218

ANTONII

FABRI I.C.

SEBVSIANI, SER^mi.

SABAVDIAE DVCIS

CONSILIARII AB INTIMIS,

ET IN SVPREMO SABAVDIÆ

Senatu Præsidis Primarij

RATIONALIVM

IN TERTIAM PARTEM

PANDECTARVM

Tomus quintus & vltimus.

Cum INDICE *Rerum & Verborum locupletissimo.*



GENEVÆ,

Sumptibus Hæredum Petri de la Rouiere.

M. DC. XXVI.

Cum Priuilegio Christianissimi Regis Galliarum.

BIU Cujas

BIU Cujas

ANTONII FABRI
I.C. SEBVSIANI IN SVPREMO SABAVDIÆ SENATV PRÆSIDIS Primarij
RATIONALIA
IN PANDECTARVM LIBRVM DECIMVM SEPTIMVM.
Ad TIT. I.
Mandati, vel contra.

1. PAVLVS libro 32. ad Edictum.

OBLIGATIO mandati consensu contrahentium consistit.[a] Ideo per nuntium quoque, vel per epistolam mandatum suscipi potest.

Ad l. 1. Obligatio.

RAT. DVB. Nulla obligatio est, quæ non contrahatur consensu, non solùm si de obligatione ex contractu tractemus, sed etiã si de obligatione ex pacto nudo. Quid enim aliud est pactũ, quàm duorum pluriúmve in idem placitum & consensus? *l. 1. supr. de pact. l. in omnibus rebus 55. l. in omnibus negotiis 57. inf. de oblig. & action.* Ergo non debuit Paulus hîc monere obligationem mandati contrahentium consensu consistere: quasi speciale hoc sit in obligatione mandati, & aliud sit in emptionibus? venditionibus, locationibus, conductionibus, & societatibus, in quibus tamen ius idem est *l. 2. eod. tit.*

DEC. Ideò dicimus istis modis obligationes consensu contrahi, quod in iis neque verborum, neq; scripturæ vlla solemnitas desideratur, sed sufficit, eos, qui negotia gerunt, cõsentire *d. l. 2. §. 1.* Ad differentiam scilicet aliarum obligationum, quæ aut verbis, aut literis, aut rei traditione non etiam consensu solo contrahuntur, *tit. de oblig. Instit. & §. 1. de obligat. consens.* sed & interdum sola patientia inducit mandatum, *l. si remunerandi 6. §. si passus sim l. qui patitur 18. infr. hoc tit.* Nec enim patientia est sine consensu, nisi cùm dissimulationem habet, quæ dissimulantem in alterius iniuriam non minùs obligat quàm patientia, *l. si sine 5. C. ad SC. Velleian. l. mulier 11. Cod. de distrahen. pignor.*

a *Ideò per nuntium quoque.* Optima illatio est. Obligationes enim, quæ nec verborum, nec literarum solemnitatem, nec rei traditionem exigũt, etiam inter absentes contrahi possunt, & consequenter per nuntium quoque, & per epistolam, *l. 1. §. vlt. infr. de contr. empt. l. 1. infr. locat.* Consensus enim per hos modos æquè ac per verba & literas inter præsentes declaratur, quod sufficit, vt mandati obligatio contrahi possit. Idque non tantùm sed priuatam contrahentium vtilitatem pertinentem etiam ad publicam propter vsum & fidem nõ semper, nec satis commodè possumus per alios & commerciorum. Vt quæ per nos expediamus mandatarios expediamus.

1 ¶ Item siue *Rogo*, siue *Volo*, siue *Mando*, siue alio quocunque verbo scripserit: mandati actio est.

Ad §. 1. Item siue Rogo.

RAT. DVB. Non omnia verba sunt idonea ad inducendam obligationem mandati. Quid enim si sint tantùm commonitoria? vt in *l. idémque 10. §. si quis ea quæ infr. hoc tit. l. si serui mei 42. supr. de negot. gest.* Aut commendatoria, vt in *l. si verò non remunerandi 12. §. cùm quidam infr. hoc tit.* Aut exhortatoria duntaxat vt in *l. ob hæc verba 20. supr. de his qui not. infam.* in postremis illis verbis, *Non enim qui exhortatur mãdatoris opera fungitur.* Nisi malis eo loco nobiscum legere, *damnatoris* pro *mandatoris* vt ibi docuimus *& lib. 6. correct. ca. 6. ex l. interlocutio 19. C. eod. tit.* Quid

BIU Cujas

item si sint verba persuasoria, vt in *l.1.§.idem Pomponius.supr.depositi.* Quid denique si sint verba consilij? Nemo enim ex consilio suo, nisi fraudulento obligatur, vt scriptum est in *§.vlt.l.prox.seq.l.consilij* 47.*de regul.iur.iunct.l.vlt. Cod.quod cum eo qui in alien. potest.* His casibus certum est nullam contrahi obligationem mandati. Ergo non est verum, quod in hoc §. Paulus scribit, siue *rogo*, siue *volo*, siue *mando*, siue *alio quocunque verbo quis scripserit mandati actionem esse.*

DEC. In toto iure nostro verba quantumlibet generalia restringi semper debent ad casus habiles, & idoneos, ne quid alioquin absurdi sequatur, *l.tutor pupilli* 35. *§.1.supr.de iureiur. l.adigere* 6.*§. quamuis. infr.de iur.patron. l.1.§.vlt.infr.ad SC.Tertyll.* Ergo & verba hæc *quocumque verbo*, licèt generalia sint, restringi tamen debent ad verba quæ expressis similia sint, & obligatoria, quod & Accursius noster benè notat, addès necessarium esse ad obligandũ quem actione mandati, vt animum habeat se obligandi, sicut & in cæteris contractibus dicere solemus, *l. ea quæ commendandi* 43.*infr.de contrah.empt.l.sciendum* 19. *infr.de ædilit.edict.* Vnde etiam fit, vt si quis proxeneta interuenerit faciendi nominis, vt multi solent, attamen quasi mandator teneri non possit. Hic enim magis monstrat nomen quàm mandat, tametsi laudet nomen, nisi dolo & calliditate sua creditorem circumuenerit. Quo tamen casu non eo magis mandati actione, sed de dolo tenebitur *l.2.infr.de proxenet.* sicut & qui fraudulentum consilium dedit *l.quòd si cùm* 8.*supr.de dolo.l.idémq;* 9.10.*§.si quis ea* 7.*in fin.inf.hoc tit.* Nec displicet quod addit hîc Gothofredus de literis credentiæ generalibus non obligare illas si sint adeò generales vt obscuræ videri possint, ex Bart.ad *l.Lucius* 24.*infr.de fideiuss.* Nisi inquit periculo suo literas deferenti scribens credi voluerit. Vel nisi generalitas literarum quibusdam circumstantiis ad speciem aliquam restringatur, veluti si institor eiusmodi literas credentiæ, vt vocant, deferat. Quas qui scripsit, præsumendus est mandasse facultatem in ea negotiandi. Præcipuè tamen spectandum est quibus verbis quis in mandando vsus sit. Si enim sunt obligatoria, non est audiendus si dicat non habuisse se animum se obligandi: Cùm nemo sit credendus id dixisse aut scripsisse quod non senserit, *l. non aliter* 69.*de legat.3.l. Labeo* 7.*infr. de supellect. legat.l.1.§.licet autem versic. in re igitur dubia supr.de exercit. act.*

3 ¶ Item mandatum & in diem differri, & sub condicione contrahi potest.

Ad §.3.Item mandatum.

RAT.DVBIT. Mandatum consensu solo cõtrahitur, vt scriptum est initio huius legis: consensum autem præsentem esse oportet, non futurum: nec enim futurus consensus præsentem obligationem parere potest, quemadmodum dicimus pactum de vendendo non esse venditionem *l. vlt.sup. de condict. caus.dat.* Consensus autem præsens non habet diem neque condicionem. Sunt enim ista non modò diuersa, sed etiam contraria, fieri quid statim & purè & fieri in diem vel sub condicione *l. cedere diem* 213. *de verb. signific.* Ergo non videtur mandatum esse, nisi quod purum sit, non autem quod in diem fiat vel sub condicione.

DEC. Consensum equidem quo mandati obligatio contrahitur, præsentem esse oportet, sed non de eo quod statim fieri necesse sit si magis ex vtilitate mandantis fieri possit in diem vel sub condicione §.*penult. Instit.hoc tit.* Quod & cæteris omnibus contractibus qui consensu perficiuntur, commune est, *l.sed Celsus 6.§.vlt.& l.seq.infr.de contr.empt. l.2.& pass.de in diem addict.* Vnde est quod & procurator qui nihil nisi mandatarius est & in diem dari, & sub condicione potest *l. 3.supr.de procurat.* Nec enim possibile est, neque etiam expedit, vt omnia statim fiant. Ergo nec quicquam prohibet mandatum in diem differri aut fieri sub condicione. Soli actus legitimi non recipiunt diem neque condicionem *l.actus legitimi* 77. *de regul.iur.* Sed legitimi ij demum sunt qui iuris solemnitatem aliquam desiderant, & ideò solemnes quoque dici possunt. In quo numero non sunt contractus ne quidem ij qui sunt iuris ciuilis, vt stipulati & literarum obligatio, multo minùs ij qui sunt iuris gentium, vt emptiones, locationes, mandata, *l.ex hoc iure 5.sup.de instit.& iur.* & si qui alij sunt similes potissimum qui consensu solo perficiantur.

4 ¶ Mandatum nisi gratuitum, nullum est. nam originem ex officio, atque amicitia trahit: contrarium porrò est officio merces. interueniente enim pecunia, res ad locationem & conductionem potius respicit.

Ad §. vlt. Mandatum.

RAT.DVBIT. Non eo minùs verum est mandatum mihi esse aliquid abs te quod tu mihi mercedem aliquam eo nomine præstes, vt me inuites ad [illegible] datum facilius suscipiendum. Nam & beneficium quisquis accipit, hoc ipso se obligat ad [illegible] *l. etsi* 25.*§.consuluit supr.de hered.petit.* Ergo nihil cause est quominùs etiam interueniente mercede aliqua, mandati obligatio contrahatur. Nam etsi remunerandi gratia honor interuenerit, id est, honorarium, adeoque salarium, nihilominùs mandati actione agi potest *C.hoc tit.* nisi sit salarium incertæ pollicitationis *l. salarium* 17. *eod.l. qui mutuam* 56.*§.salarium infr.*

DEC. Mandatum ex officio & amicitia originem trahit. Quis enim nisi amicus amico mandare faciendum aliquid velit? Atqui officio contraria est merces. Ergo ex natura mandati est, vt gratuitum esse debeat *l.si tibi rem* 13.*§. Iulianus alias l.si tibi areæ infr.de præscr.verb.* Si enim ab initio interuenerit pecunia, locatio non mandatum est, aut contractus innominatus do, vt facias si res alia quàm pecunia detur *l. naturalis 5.§.at cùm do & §.sed si facio l. si tibi polienda* 22. *infr.de præscr. verb.* Dixi *ab initio* quia contractus omnes ex ineundi ratione æstimandi sunt *l.si procuratorem* 8.*in princip.hoc tit.l.1.§.si seruus depositus* 30. *supr.tit.prox.l.si tantum* 12. *supr. de SC. Maced.* Ex quo fit vt non eo minùs mandatum sit & mandati obligatio contrahatur, quod remunerãdi gratia aliquid ex postfacto datum sit, dummodò nihil de eo ab initio conuenerit, quæ sententia & ratio est *d.l.si remunerandi 6. in princip.infr.* Iunge *§.vlt.Instit.eod.l.item* 15.*C.eod.* Inde notat Accursius nec malè tutoris quoque & curatoris officium gratuitum esse debere, quia mandatum habere quodammodo intelliguntur vel à defuncto

vel à

vel à lege *l. impuberi 40. in fin. infr. de admin. tutor.* quamuis etiam tutori salarium interdum constitui possit *l. à tutoribus 33. §. vltim. eod. l. 1. §. si pupillis de tutel. & rat. distr.*

2. GAIVS libro 2. Rerum cottidianarum, siue aureorum.

MAndatum inter nos contrahitur: siue mea tantùm gratia tibi mandem: siue aliena tantùm: siue mea, & aliena: siue mea, & tua: siue tua, & aliena. [a] quòd si tua tantùm gratia tibi mandem: superuacuum est mandatum: & ob id nulla ex eo obligatio nascitur.

Ad l. 2. Mandatum.

Hæc lex est ex iis quas nostri Magistrales vocant, quæ omnes mandati species complectitur, & appositis exemplis singulas explicat, vt vix vllo indigeat commentario. Nisi quod quinque speciebus, quas Caius hîc enumerat, possis ex Ioanne & Accursio sextam addere, si mea & tua & aliena gratia tibi mandem.

a *Quòd si tua tantùm gratia.* RAT. DVBIT. Obligatio mandati solo consensu contrahitur, *l. 1. in princip. supr.* Atqui non minus interuenit consensus vtriusque, si mandatum meum susceperis quod tua tantùm gratia factum sit, quàm si meâ quoque factum esset. Ergo & hoc quoque mandatum obligatorium est.

DEC. Obligationes omnes ad hoc comparatæ sunt vt sibi vnusquisque acquirat id quod sua interest, *l. stipulatio ista 38. §. alteri infr. de verbor. obligat.* atqui vt exequaris mandatum quod tua tantùm gratia factum est, nihil prorsus interest mea, alioqui iam mea quoque gratia factum esset, si mea vel minimùm interesset. Igitur superuacuum est hoc mandatum, nec proinde vlla ex eo nasci obligatio potest. Prius enim vt sit contractus quàm vt ex eo aliqua obligatio nascatur. Sicut & prius est vt sit aliqua obligatio quàm vt actionem parere possit, *l. licet 42. §. ea obligatio infr. de procurat.* Et sanè non tam hoc mandatum quàm consilium est, vt subiicitur in *§. vlt. huius legis.* Quod proinde obligatorium esse non potest nisi sit fraudulentum, vt iam diximus, addenda alia exceptio est: Nisi aliter non eram facturus ex *l. si remunerandi 6. §. planè infr.*

1 ¶ Mea tantùm gratia interuenit mandatum: veluti, si tibi mandem, vt negotia mea geras, vel, vt fundum mihi emas, vel, vt pro me fideiubeas.

Ad §. 1. Mea tantùm gratia.

RAT. DVBIT. Cùm mandaui tibi vt negotia mea gereres, vel vt fundum mihi emeres, vel etiam vt pro me fideiuberes, nascitur inter nos obligatio & actio mutua, non quòd mandatum meum susceperis, sed quia negotia mea gessisti & mihi fundum emisti, & pro me fideiussisti, ex his enim causis etiamsi mandatum nullum interuenisset, nasceretur tamen inter nos negotiorum gestorum actio *l. ex mandato 20. §. 1. infr. hoc tit. l. 1. & tot. tit. supr. de negot. gest.* Ergo hoc quoque casu superuacuum est mandatum, nec proinde vlla ex eo nasci obligatio potest non magis quàm in superiore specie, cùm tua tantùm gratia mandatum interuenit.

DEC. Qui mea negotia gessit me mandante, non ideò tenetur quòd gesserit, sed quod gerendi mandatum à me susceperit, vt ex eo intelligi potest, quòd si post susceptum mandatum nihil gessisset, nihilominùs ob hoc ipsum teneretur. Ex mandato igitur non ex gestione, vt argumentatur Vlpian. in *d. l. si remunerandi. 6. §. 1. infr.* Consequenter fatendum est non esse superuacuum hoc casu mandatum, cùm obligatio mandati sola contrahatur non etiam negotiorum gestorum, quæ vix est vt cum actione mandati concurrat extra casum *l. 3. §. vltim. supr. de negot. gest.* Planè quod ad effectum & vtilitatem actionis pertinet, parum interest, an actione mandati quis agat, an negotiorum gestorum: vtraque enim actio personalis est *l. pen. Cod. de negot. gest.* & neutra priuilegium habet siue taciti pignoris siue inter cæteras personales actiones. An autem hoc casu cùm mea tantùm gratia mandatum interuenit, nō etiam tua, an de dolo tantùm tenearis, an etiam de culpa adeóque leuissima, quærit Accursius. Sunt enim qui putent de dolo duntaxat eum teneri, exemplo depositarij quem dicimus non teneri nisi de dolo & lata culpa, eo quòd depositum gratia solius deponentis fiat ex regula *l. si vt certo 5. §. nunc videndum supr. commod.* præsertim cùm mandatarius non minùs quàm depositarius gratuitam operam suam præstet *§. vltim. l. prox. supr.* Sed contrà benè respondet Accursius, à mandatario non modò dolum, sed etiam culpam omnem præstari debere, id est leuissimam quoque nec nisi casum fortuitum excipiendum esse ex *l. à procuratore 13. Cod. hoc tit.* quæ tam generaliter & indistinctè loquitur, vt distinctionem recipere nullam possit, quid si mandem tibi vt mihi pecuniam credas? Non erit obligatorium mandatum, vt ex Ioanne concludit Accursius arg. *l. si mandauero 22. §. si hi quorum infr. hoc tit.* quæ sistit enim mandatum earum demum res quæ sunt, cum alio quàm cum ipso mandante faciendæ sunt, non earum quæ cum mandante. Quo nec mandatum valebit, vt mihi fundum tuum vendas: aut vt ab actoribus meis mutuam pecuniam accipias *l. idémque 10. §. si quis Titio infr.* Obstare tamen videtur quod scriptum est in *l. qui patitur 18. infr.* vbi dicemus.

2 ¶ Aliena tantùm: veluti, si tibi mandem, vt Tui negotia geras, vel, vt fundum ei emas, vel, vt pro eo fideiubeas.

Ad §. 2. Aliena tantùm.

RAT. DVB. Obligationes omnes ad hoc comparatæ sunt vt sibi vnusquisque acquirat quod sua interest, *l. stipulatio ista 38. §. alteri infr. de verbor. oblig.*

negotia geras, vel vt ei fundum emas, vel vt pro eo fideiubeas, nihil omnino interest mea. Nam si interesset, non tantùm aliena, sed mea quoque gratia mandatum interuenisse crederetur. Ergo aliena tantùm gratia factum mandatum obligatorium esse non potest, cùm nec mãdati actio ad aliud competat quàm ad id quod interest *l. si procũratorem* 8. §. *mandati actio infr. hoc tit.*

Dec. Beneficio affici hominem interest hominis *l. seruus* 7. *infr. de seru. export.* Ergo non est prohibendus is qui amici officium pro absente & ignorante implere velit, vt mandet alij negotia ipsius gerere. Sufficit enim eius interesse ex honesta causa quamuis non pecuniaria. Nec eo minùs tamen dicimus aliena tantùm gratia mandatum hoc casu interuenire, inspecto scilicet pecuniario commodo quod semper inspici solet, cùm quæritur ad quem negotium pertineat, *l. si venditor* 6. §. 1. *& d.l. seruus* 7. *de seru. export.* Deinde cùm mando tibi vt negotia Titij geras, perinde ferè est ac si ego per me gererem. Quid enim refert ad me obligandũ an per me geram an per alium? *l. ita autem* 5. §. *quod si quis tutelam infr. de admin. tutor.* Ergo ex hac quoque causa mandatum consistere potest ad obligandum etiam eum, qui mandatum suscepit nec impleuit, vt ibidem scriptum est, fauore quoque tertij cuius negotia geri debuerunt & neglecta sunt, nisi dicamus actionem vtilem quam eo loco dat Vlpianus pupillo, cuius tutelam neglexit is qui ex mandato gerendam susceperat, ex mero fauore pupilli descendere, nec facilè ad aliam personam eundem fauorem extendi debere. Planè, cùm mando tibi negotia Titij gerenda, hoc ipso me Titio obligo si negotia eius neque à te neque à me gerantur, quia in negotiis eius gerendis me interpono, atque ita impedio fortasse ne ad ea gerenda accedat alius, qui alioquin accessurus fuisset. Æquum igitur est teneri me Titio aut mandati si mandauerat mihi vt negotia ipsius gererem. Aut negotiorum gestorum si nihil mandauerat, *l. si quis mandatu* 28. *supr. de negot. gest.* Et vicissim dari mihi ex huiusmodi mandato contra te actionem mandati, adeóque priusquàm Titio quicquam præstiterim siue mandati siue negotiorum gestorum actionem, quoniam id mihi iam abesse intelligitur in quo sum ei obligatus, *d. l. si quis in fin.* Nec tantùm si malè gesseris, sed etiamsi nihil gesseris, vt malè sensisse videtur Accursius, qui non aliter locum hunc sibi visus est conciliare posse cum *dict. l. si quis mandatu, & l. si procuratorem* 8. §. *si quis mandauerit infr. hoc titul.* Hoc ipso enim quod mando tibi vt negotia Titij geras, etiam nullo Titij mandato præcedente, incipio me obligare actione negotiorum gestorum, ac proinde ex eodem instanti incipit mea interesse pecuniariè. Sed tamen verum est initio inspecto aliena tantùm gratia mandatum hoc interuenisse non mea. Iunge *l. si remunerandi* 6. §. *si tibi mandauero infr.* & quæ ibi dicemus.

3 ¶ Mea, & aliena: veluti, si tibi mandem, vt mea, & Titij negotia gereres, [a] vel vt mihi, & Titio fundum emeres, vel vt pro me, & Titio fideiubeas.

Ad §. 3. Mea & aliena.

Rat. dvb. & dec id. Eadem est ad hunc §. quæ ad præcedentem quod pertinet ad personam Titij, cuius negotia tibi cum meis gerenda mandaui. Videtur enim frustrà & superuacuo inserta mandato persona Titij, cùm nihil ei per me acquiri potuerit, neque mea quicquam interfit vt ei acquiratur *l. solutum* 11. §. *per liberam supr. de pignorat.* Ergo quemadmodum si mihi & Titio fundum emerim aut aliquid stipulatus sim, Titij persona superuacuo adiecta intelligitur, licet aliter in emptione, aliter verò in stipulatione *l. fundus ille* 64. *infr. De contr. empt. l. si mihi & Titio* 110. *de verb. oblig.* Ita & in proposito dicendum videtur mandatum in mea tantùm, non etiam in Titij persona consistere.

Dec. Sed dicendum est mandatum hoc ideo valere & obligatorium esse etiam quod ad personam Titij, quia hoc ipso quod tibi mando vt negotia Titij geras, ego me negotiis eius immisceo, mé- ipsi obligo actione negotiorum gestorum, si nu- m ipsius ad me mandatum præcesserit, ideóque incipit mea interesse, vt Titij negotia & gerantur, & benè gerantur. Sanè neque mihi aut tibi contra Titium neque Titio contra nos actio vlla competere alia potest quàm negotiorum gestorum, cùm nihil ipse mandaueris: inter me autem & te mandati & directa & contraria quia mandatum meum interuenit *l. ex mandato* 20. §. 1. *infr. hoc tit. l. si mandatum* 14. *Cod. de negot. gest.* Et verò si aliena tantùm gratia interpositum mandatum valet, vt proximè diximus, quanto magis valebit quod & mea & aliena gratia interpositum est?

a *Vel vt mihi & Titio fundum emeres.* Intellige cum Accursio siue de certo fundo actum sit, siue de incerto. Incertitudo enim quæ alios contractus viciare solet *l. cùm post* 69. §. *gener infr. de iur. dot. l. tutor incertus* 20. *infr. de testam. tutel.* mandatum tamen non viciat, cuius scilicet incertitudo tanto liberius arbitrium relinquit mandatario faciendi quid velit, qui alioquin diligenter fines mandati custodire deberet & in *l. prox. & l. diligenter* 5. *infr. hoc titul.*

4 ¶ Tua, & mea: veluti, si mandem tibi, vt sub vsuris crederes ei, qui in rem meam m- tuaretur.

5 ¶ Tua [a] aliena: veluti, si tibi mandem, vt Titio sub vsuris crederes, quòd si, vt sine vsuris crederes: aliena tantùm gratia interuenit mandatum.

Ad §. 4. Tua, mea, & seq.

Rat. Dvbit. Vsu- non propter lucrum petentium, sed propter mora- non soluentium infliguntur, vt eleganter Papinia- scribit in *l. cùm quidam* 17. §. *si pupillo. in fin. infr. de vs-* Ergo etiamsi tibi mandem, vt sub vsuris pecuniam credas ei qui in rem meam mutuaretur, mea tantùm gratia fieri videtur mandatum, non tua.

Dec. Vsurarum quidem condemnationi immediatam causam præbet mora, non soluentium, non lucrum petentium. Sed non inde fit quin lucro creditoris cedant vsuræ, & quidem mero lucro, cùm accipiantur ratione pecuniæ, quæ sui natura sterilis est, nec pecuniam gignere, & parere potest.

Vnde

BIU Cujas

Vnde fit vt sint odiosæ, nec nisi ex stipulatione debeantur, non etiam ex pacto nudo *l. 3. iunct. l. frumenti 17. & l. oleo 23. C. de vsur.* Tua igitur & mea gratia mandatum fit, cùm mando tibi, vt pecuniam sub vsuris credas ei qui in rem meã mutuaretur. Quãuis si mandarẽ tibi, vt sub vsuris mihi crederes, mãdatũ non teneret, vt diximus *ad §. 1. in fin. supr.* Quod sequitur in §. *tua & aliena*, nullã recepit difficultatem.

6 ¶ Tua autem gratia interuenit mandatum: veluti, si mandem tibi, vt pecunias tuas potiùs in emptiones prædiorum colloces, quàm fæneres, vel ex diuerso, vt fœneres potiùs, quàm in emptiones prædiorum colloces. cuius generis mandatum, magis consilium est, quàm mandatum, & ob id non est obligatorium: quia nemo ex consilio obligatur, etiam si non expediat ei, cui dabitur, quia liberum est cuique, apud se explorare, an expediat sibi consilium.

Ad §. vlt. Tua autem gratia.

RAT. DVB. Fieri potest, vt propter mandatũ meum etiam quod tua tantum gratia factum sit, & quod consilium magis quàm mandatum videri debeat, tu aliquid facias, quod alioqui facturus non esses, & quod tamen in detrimentum tuum cedat. Ergo hoc quoque casu teneri debeo ex meo mandato, & obligatorium esse debet mandatum *l. si remunerandi 6. §. planè infr.*

DEC. Cùm mando tibi, vt pecunias tuas in emptiones prædiorũ colloces, potius quàm vt eas fœnori des, vel ex diuerso, vt fœneres potius quàm in emptiones prædiorum colloces, magis consilium istud est quàm mandatum. Atqui nemo ex consilio obligatur nisi fraudulento, quia liberum est vnicuique apud se explorare, an sibi consilium expediat, vt Caius hic scribit & in princip. huius legis. Ergo non potest obligatorium esse hoc mandatum *l. consilij 47. de gul. iur.* Duo tantum casus excipiuntur. Primus est, si consilium fraudulẽtum sit & dolo malo præstitum *d. l. consilij.* Quo casu non ideo tamẽ actio mandati cõpetit, sed tantum de dolo, *l. idemq; §. si quis ea in fin. infr. hoc tit.* Fraus verò tum maximè facta intelligitur cùm quis lucri captandi gratia malum consilium dedit, vt in *l. quòd si cùm scires 8. supr. de dolo.* Aliter est, si consilio meo persuasus id feceris, quod alioqui facturus non eras, vt in specie *l. si hereditatem 32. infr. hoc titul.* His duobus casibus teneor mandati, *d. l. si remunerandi. §. planè. eod. l. 2. infr. de proxenet.* In maleficiis aliud iuris est. Omnimodo qui consuluit, tenetur, at non ei cui consilium dedit, sed ei qui damnum passus est. Nam siue is qui deliquit aliter facturus, & delictum commissurus non erat, factus est ex malo consilio malus, si æquè facturus erat, adhuc peior & deterior factus est. *l. 1. §. persuadere. supr. de seru. corrupt. l. liber homo si iussit 37. ad legem Aquil. l. non solùm 11. in princ. & §. Proculus. infr. de iniur. l. si quis vxori 52. §. cum Titio. de furt. l. semper 15. §. 1. quod vi aut clam. §. pen. Instit. de iniur.* In e sanè consilium differt à mandato, quod consilium quamuis susceptum se qui nemo cogitur. At mãdatum susceptum omnimodo implendum est, vt Accursius hîc notat ex *l. si mandauero 22. §. vlt. infr.* Item in eo quod consilium etiam rei turpis, & inhoneste esse potest, vt in eo videre est, cuius ope consilio furtum fit, *dict. §. cùm Titio.* At mandatum esse non potest *dict. l. si remunerandi. §. rei turpis. infr.* quia mandatum ex officio & amicitia originem trahit, *l. 1. supr.* Consilium autem plerumque etiam ex improbitate.

3. PAVLVS libro 32. ad Edictum.

PRæterea in causa mandati etiam illud vertitur: vt interdum nec melior causa mandantis fieri possit, interdum melior, deterior verò nunquam.

Ad l. Præterea 3.

RAT. DVB. Obligationes omnes ad hoc comparatæ sunt, vt acquirat sibi quisque quod sua interest, *l. stipulatio ista 38. §. alteri. de verbor. obligat.* Ergo non potest obligatorium esse mandatum, nisi per quod melior fiat condicio mandantis.

DEC. Totum ius nostrum consistit, non tantùm in acquirendo, sed etiam in conseruando, adeóque etiam in minuendo patrimonio, *l. vlt. supr. de legibus.* Interest autem nostra non tantùm acquiri nobis ex contractu, sed etiam conseruari nobis quod iam acquisitum est, ne condicio nostra deterior fiat. Ergo, vt valeat mandatum, & sit obligatorium, nõ est necesse, vt condicio mandantis fiat ex eo melior, sed satis est, vt melior fieri possit, deterior verò nũquam. Exempla subiiciuntur in *l. diligenter 5. §. 1. 2. & vlt. infr.* Iunge *l. ignorantis 49. supr. de procurat. l. soluendo 39. de neg. gest. l. melior 133. de regul. iur.*

1 ¶ Et quidem si mandaui tibi, vt aliquam rem mihi emeres, nec de pretio quicquam statui, túque emisti, vtrinque actio nascitur.

Ad §. 1. Et quidem.

RAT. DVB. Sine precio certo & quidem quod in pecunia numerata consistat, nulla emptio contrahi potest, *l. 2. §. 1. infr. de contr. empt. §. precium, & seq. Instit. eod. ill. tit.* Ergo si mandauerim tibi vt aliquam rem mihi emeres, nec de precio quicquam statuerim, videtur imperfectum esse mandatum, & consequenter non obligatorium, quia nec valet emptio si facta sit precio incerto, *l. hæc venditio 7. §. 1. eod.* Cùmque dici soleat fines mandati diligenter custodiendos esse, *l. 5. infr. hoc tit.* quî fieri potest vt diligenter eos seruet mandatarius in constituendo precio quod nullum à mandante præscriptum sit? Aut cur incertitudo, quæ cæteros contractus, & actus omnes viciat, *l. cùm post 69. §. gener. infr. de iur. dot. l. tutor incertus 20. infr. de testam. tutel.* non vitiabit etiam mandatum?

DEC. Nihil aliud exigimus à mandatario, nisi vt mandatum ex bona fide impleat, & ad vtilitatem mandantis quantum facere potest, idipsum in re mandata faciens quod faceret in sua, nisi quod aliena negotia exactiore officio gerẽda sunt, nec quic-

BIU Cujas

quam eorum neglectum, aut declinatum culpa vacuum est, *l. in re mandata 21. C. mandat.* Atqui licèt in mandato de emendo nihil de precio dictum sit, non prohibetur tamen mandatarius emere, ac mãdãtis negotium gerere. Imò tantò meliùs ac vtiliùs quod nullis mandati finibus coerceretur, *l. si quis pro eo 46. infr.* Distinguenda igitur est causa mandati etiam de emendo à causa emptionis. Emptio non potest sine precio, eóq; certo consistere. At mandatum de emendo potest.

2 ¶ Quod si pretium statui, túque pluris emisti: quidã negauerunt, te mandati habere actionẽ: etiã si paratus esses, id, quod excedit, remittere. nãque iniquum est, non esse mihi cum illo actionem, si nolit: illi verò, si velit, mecũ esse.

4. CAIVS libro 11. Rerum quotidianarum, seu aureorum.

SEd Proculus rectè eum vsque ad pretium statutum acturum existimat, quæ sententia sanè benignior est.

Ad §. 2. Quod si precium, & ad l. 4.

RAT. DVB. Pro Sabino & Cassio qui negabant te mandati habere contra me mandati actionem, si pluris emeris quàm precium illud sit quod ego statueram, etiamsi paratus esses id quod excedit, remittere, contractus mandati vltro citroque obligatorius est. Mandanti enim directa actio competit. Mandatario autem contraria, quod Titulus hic demonstrat, qui sic conceptus est, *Mandati vel contrà.* Atqui ex contractu vltro citróq; obligatorio iniquũ esset ex vna tantùm parte competere actionem, & non esse mihi cum illo actionem si nolit: esse autem illi mecum si velit. Ita enim fieret, vt in alterius persona contractus claudicaret, quod absurdum esset, *l. quid tamen 21. alias l. si cùm dies §. penul. supr. de recept. qui arbitr. recept.* Nisi in casu *l. Iulianus 13. § si quis à pupillo. infr. de action. empt. l. 1. infr. de rescind. vendit.* In proposito autem claudicaret mandatum si esset in arbitrio, & potestate mandatarij, vt haberet actionem contra mandantem, remittendo id quod statutum precium excederet. Non posset autem ipse conueniri mandati ad rem, quam emisset præstandam, si de precio quod ipse soluisset remittere nihil vellet. Meritò igitur Sabinus, & Cassius negabant dandam esse mandatario actionem mandati contrariam ad recipiendum precium vsq; ad præstitutam quantitatem, nec si paratus esset remittere id quod excederet quasi aliud faciat qui mandati fines excedit, quàm quod mandatum est, *l. prox. infr.* Hanc enim fuisse Sabini & Cassij sententiam Iustinianus refert in §. *is qui exequitur 8. Instit. eod.* Sed pro diuersæ scholæ authoribus, quorum antesignanus fuit Proculus, ratio illa facit quæ non tam ex mero iure quàm ex benignitate sumitur, quod nihil interfit mandantis, vt mandati actione conueniatur vsque ad modum statutum, vt in eo tantùm puniatur mandatarius, in quo mandati fines excessit, quos certè excedere nõ debuit *l. prox. infr.* Ita enim fit æquissimo temperamento, vt neuter damnum sentiat, quod alioqui mandatarius ex suscepto officio sentiret contra naturalem æquitatem, *l. si seruus 61. § quod verò infr. de furt. l. rescriptum 6. infr. de his quæ vt indign. l. Falcidia 24. ad leg. Falcid.* Nam nec omnino contra mãdatum facit qui maiore precio emit, quàm quod sibi præscriptum fuerat, cùm in maiore summa minor insit, *l. 1. §. si stipulanti. infr. de verbor. oblig.* & in eo quod plus est etiam id quod minus est, contineatur, *l. in eo 110. de reg iur.* Quid ergo si mandatarius in emendo statutum quidem modum excesserit, sed tamen ad vtilitatem mandantis, puta, si rem dignam ducentis aureis emerit centum & quinquaginta, cùm esset ei mandatum, vt centum duntaxat emeret? Martinus credidit dãdam actionem mandati ad eam vsque precij quantitatem, quæ vtiliter expensa esset: quasi sit hoc ex bona fide, quæ in hoc maximè contractu ex vtraque parte præstanda est, *l. si mandata 59. § 1. infr.* Sed Ioannes Bulgarus, & Accursius contrà, & rectiùs. Nemo enim cogitur inuitus maiore quàm constituerit precio rem emere quantumuis iusto, nec si ad suam vtilitatem id facere possit. Voluntatis enim illud est non necessitatis, nec permittendum est mãdatario, vt inuitũ eum obliget supra eam quantitatem ad quam vsque obligari noluit. Alioqui nõ illud inquirendum esset ad quam vsque quantitatem mandatum fuisset, sed ad quam vsque quantitatem mandatarius vtiliter negotium gessisset, quod absurdum foret, *l. proxim. l. si pro te 40. infr. hoc tit. l. liberto 31. § libertos. supr. de negot. gest. l. vlt. in fin. C. eod. ill. tit.*

5. PAVLVS libro 32. ad Edictum.

DIligenter igitur fines mandati custodiendi sunt. nam qui excessit, aliud quid facere videtur. [a] Et si suscepturn nõ impleuerit, tenetur. [b] Itaque si mãdauero tibi, vt domum Seianam centum emeres, túque Titianam emeris longe maioris pretij, centũ tamẽ, aut etiã minoris: non videris impleſſe mãdatum.

Ad l. Diligenter 5.

RAT. DVB. In mandato, vt in cæteris rebus ferè omnibus, nihil refert, quid ex æquipollentibus fiat, dummodò id quod factum est in mandantis vtilitatem cedat, *l. vlt. §. 1.* vbi dicemus *infr.* Ergo nil necesse est, vt tam diligenter fines mandati custodiantur.

DEC. Distinguendum est, an mandatum certam formam habeat, an incertam. Si certam, ea ipsa omnino seruanda est. Si incerta, vel plurium causarum, tunc licèt aliis præstationibus exsoluta sit causa mandati, quàm quæ ipsi mandato inerant, si tamen hoc mandatori expediat, mandati erit actio, *d. l. vlt. § 1. l. si quis pro eo 46. infr.* Diligenter igitur fines mandati custodiẽdi sunt quoties certum mandatum fuit: ne alioqui non tam aliter, quàm aliud fecisse videatur, si excesserit, vt Paulus hîc scribit. Inde namque fit, vt pro eo quod mandati fines excedit, mãdati actionem habere non possit, *l. 3. §. vlt. & l. prox. supr.* Aliud enim est plus facere quàm debeas, aliud verò aliã rem facere, *l. Græcè 8. §. si quis Stichũ. infr. de fideiuss.* Iunge *l. cùm mandati 12. C. hoc tit. l. sed & si ante 10. infr. ad S. C. Trebell. l. si itaque 19 sup. de iureiur. l. si cui 11. in princ. supr. quemadm. seruit. amitt.*

a Et si

BIU Cujas

a *Etsi susceptum non impleuerit, tenetur.* RAT. DVBIT. Mandatum ex officio, & amicitia originem trahit, *l.1.§.vltim.supr.* At satis abundè sufficit, si cui, vel in paucis amici labore consulatur, *l. tutori* 20. *C. de negot.gest.* Ergo non est cogendus etiam is qui mãdatum susceptit, vt amici officiũ impleat vltra quàm velit, ne quod ab initio meræ voluntatis fuit, trahatur ad necessitatem.

DEC. Nemo ex beneficio alieno decipi debet, *l.in commodato* 17.§.3.*supr.commod.* Deciperetur autem is qui amico mandauit faciendum aliquid, si mandatario liceret susceptum mandatum deserere, aut non implere. Itaque licèt ab initio cuique liberum sit mandatum non suscipere, non tamen liberum est susceptum non consummare, *l.si mandauero* 22.§.*vlt.infr.* Euenit namque in hoc contractu quod in cæteris omnibus, vt quæ ab initio voluntatis fuerunt, ex postfacto fiant necessitatis, *l. sicut* 5. *C. de oblig.& action.* Ideóque bene in *d.l. tutori*, adiectum est, *qui contra mandatum negotium alienum sponte gerit.* vt intelligamus interueniente mandato aliud esse, nec eo casu voluntatem solam finem implementi facere, vt Papinianus loquitur in *l.liberto* 31. §. *libertos. supr.eod.ill.tit.de negot.gest.* Itaque siue mandatarius gesserit, siue non gesserit, ideò tenetur nõ quòd gesserit, aut non gesserit, sed quòd gerendi mandatum susceperit, *l.prox.*§.1.*infr.* Iunge *l.si quis alicui* 27. §.*qui mandatum.eod. l.si maritus* 5.*l.procuratorem* 11. *C. eodem.*

b *Itaque si mandauero tibi.* RAT. DVB. & DECID. eadem est ad hunc versiculum, quæ ad initium huius legis. Hic enim versiculus nihil nisi exemplum continet eius sententiæ, quæ initio posita est diligenter custodiendos esse fines mandati, ne is qui excedit aliud, quàm quod mandatum est, egisse videatur. Sicut enim domus Seiana alia est quàm Titiana, ita & qui Seianã emere iussus Titianam emit quamuis pretiosiorem, & minori precio, aliud tamen facit quàm quod ei mandatum est. Neque hîc locum habet quod dici solet, nihil referre, quid ex æquipollentibus fiat, cùm mandatum ab initio certam formam habuerit. Et quamuis emeris, verum tamen est te non emisse illam ipsam domum, quam tibi mandaueram, vt emeres. Et cuius emendæ causam habere potui specialem, vel ex adfectione, vel ex loci opportunitate, vt in *l.si in emptionem* 35. *supr. de minor. l.1. §. & alias videamus. infr. si quid in fraud.patron.*

1 ¶ Item si mandauero tibi, vt fundum meum centum venderes, túque eum nonaginta vendideris, & petam fundum: non obstabit mihi exceptio: nisi & reliquum mihi, quod deest mandato meo, præstes: & indemnem me per omnia conserues.

Ad §.1.Item si mandauero.

Secundum exemplum est de mandato, cuius fines mandatarius excesserit, puta si cùm tibi mandassem, vt fundum meum centum venderes, tu nonaginta duntaxat vendideris. Nam si eum fundum postea velim ab emptore vindicare, quasi nec venditum, non summouebor exceptione rei venditæ, & traditæ, *l.1.§.Celsus ait.infr. de except. rei vendit.* nisi reliquum mihi præstes, id est, quod mandato meo deest, & indemnem me conserues per omnia, vt Paulus hîc scribit. RAT. DVBIT. Verum est rem meam venditam esse mandato meo, & me mandatarij mei factum præstare me debere, *arg.l.seruum Titij* 49. *infr.hoc tit.* Ergo non est mihi permittendum, vt eam rem vindicem, quam procurator meus vendidit, licèt minore precio vendiderit, quàm ei à me mandatum esset, satisque mihi esse debet, quod aduersus mandatarium habeam actionem mandati, per quam consequi indemnitatem possim, ne alioqui mandatarij mei culpa in damno constituat emptorem qui mandatarij mei personam bona fide secutus est.

DEC. Non tantùm mandatarius in culpa est, qui mandati fines excedit. Sed & is qui cum ipso contrahit. Nec enim tam facilis esse debuit ad credendum mandatum, vt in *l.si quis inficiatus* 13. *in princip. supr.tit.proxim.* cuius exhibitionem postulare potuit, & debuit, vt eius formam intelligeret & sciret, an mandati fines excedere mandatarius vellet. Ergo si minùs credulus fuerit, & quasi cum vero procuratore mandati fines non excedente contraxerit, sibi debet imputare, *l.qui hominem* 34. §.*si nullo. infr. de solut.l.*1.§.*dolum supr.de eo per quem factum erit.* Nec damnum videtur sentire quod ex culpa sua sentit. Ex *reg.l.quod quis* 203. *de regul.iur.* Hoc tamen temperamentum prudentibus magis placuit, vt si mandatarius mandati iudicio precij summam, quæ mandato expressa erat, de suis facultatibus integrare possit, hoc est, integram præstare, non dissoluatur venditio. Dissoluatur autem si eam integrare non possit, vt idem Paulus noster disertè scribit *libr.* 2. *Sent. tit.*15.*de mandat.* §.*vlt.* Secundùm quam distinctionem accipi sanè debet, quod scriptum est in hoc §. & in *dict.l.*1.§.*Celsus ait, de except.rei vendit.* Iunge *l.sicut* 8.§.*sed si permiserit, & seqq. infr. quibus modis pign. vel hypoth. solvit.* Denique prior inquietari debet mandatarius, quàm emptor ad indemnitatem mandatori præstandam. Quam si à mandatario consequi non possit, melioris ipsius causa esse debet, quàm emptoris.

2 ¶ Seruo quoque dominus si præceperit, certa summa rem vendere, & ille minoris vendiderit: similiter & vindicare eam dominus potest: nec vlla exceptione summoueri, nisi indemnitas ei præstetur.

Ad §.2.Seruo quoque.

RAT. DVB. Inter dominum & seruum mandati obligatio contrahi non potest, vt neque ex alio vllo contractu, quia serui ex contractibus ciuiliter, neque obligant, neque obligantur, *l.serui* 14. *infr. de obligat.& action.* Ideóque non tam mandare dominus seruo dicitur, quàm præcipere, vt Paulus hîc loquitur, & iubere, vt in *l.cùm seruo* 63. *infr. de contrahend. emption.* Ergo cùm dominus seruo suo præcepit, certa summa rem vendere, & ille minoris vendidit, non est quod de mandati actione tractemus.

BIU Cujas

DEC. Cùm dominus aliquid seruo suo præcepit, non quærimus, an seruus mandatum impleuerit ob aliquam actionem mandati quæ inter dominum & seruum nasci possit, sed vt sciamus, an quod à seruo gestũ est, tenere debeat, necne, quia quod contra dominij voluntatem à seruo gestum est, ratum haberi non potest, *d.l.cùm seruo*, nisi meliorem inuiti quoque domini condicionem seruus fecerit, ex regula *l.melior 133. de reg.iur.* Ergo si seruo dominus præceperit certa summa rem vendere, & ille minoris vendiderit, vindicare rem suam dominus poterit, nec vlla exceptione summouebitur, nisi indemnitas ei præstetur, ab emptore scilicet. A quo enim alio præstari posset? In eóque differt casus hic à superiore, in quo indemnitas præstari à mandatario potest, & debet, vt si summam integrare possit, non soluatur emptio. Quemadmodum proximè diximus ex eodem Paulo nostro *lib.2. Sententit.tit.15. de mandat.§.vlt.* In hac autem specie quantitas mandato expressa, quæ à seruo ipso integrari non potest, ab emptore necessariò integranda est, si velit dominum vindicantem repellere exceptione rei venditæ & traditæ. Venditam enim rem esse oportet, vt huic exceptioni locus esse possit, aut ab ipso vindicante, aut ab alio ex ipsius mandato. Non videtur autem ex mandato vendita, cùm forma mandati seruata non est, *l.1.§.Celsus ait. infr. de excep. rei vendit.* Simile est quod respondit Iauolenus *in dict.l.cùm seruo 63. de contrahend. empt.* Si seruo dominus rem aliquam certæ personæ vendere iusserit, & is alij vendiderit quàm cui iussus erat, venditionem non valere. Idémque in libera persona iuris esse, cùm venditio perfici non potuerit in eius persona, cui dominus vendi rem noluit. Nam & hîc aliud actum est, quàm quod mandatum fuit.

5 ¶ Melior autem causa mandantis fieri potest: puta, si, cùm tibi mãdassem, vt Stichum decem emeres, tu eum minoris emeris, vel tantidem, vt aliud quicquam seruo accederet. vtroque enim casu, aut non vltra pretium, aut intra pretium feciſti.

Ad §.vlt. Melior autem.

RAT. DVBIT. Diligenter fines mandati custodiendi sunt, vt initio huius legis scriptum est. Atqui tam excedit fines mandati is qui rem aliquam certo precio emere iussus, aut minoris emit, aut tantidem quidem, sed ita tamen, vt aliquid aliud præterea venditioni accesserit, quàm qui maiore precio emere iussus emit maiore. Ergo & in specie huius §. dicendum est non posse valere emptionem quæ ex mandato contra mandati formam facta est.

DEC. Qui mandato formam certam dicit, non sibi legem dicit, sed mandatario. Nec suis vtilitatibus modum statuit, sed mandatarij arbitrio & voluntati, *arg.l.Lucius 40. in fin. de fideic.libert.* ne scilicet in mandatarij potestate sit deteriorem facere mandatoris causam, non etiam vt meliorem facere prohibeatur. Atquin is qui rem, quam maiore precio emere iussus erat, minore comparauit, excedendo fines mandati, auget vtilitates mandatoris, cuius interest eam rem viliore precio habere. Nihil ergo facit contra mandatum, siue intra precium emat, aut saltem non vltra precium. Sic in *l.sicut 8. §. quòd si non concesserit. in fin. infr. quibus modis pign. vel hypoth. soluit. l.si quis mihi 25. §. sed si mandauit, & §. sed si ex parte. infr. de acquir. hered. §. is qui exequitur. Instit. hoc titul.* Quærit Accursius, quid si mandatarius pluris quidem emerit, quàm mandatum fuerit, sed plus accesserit quàm accessurum sperabatur? Pleraque enim res aliquando propter accessiones emimus, *l.si in emptione 34. inf. de contr. empt.* Respondet autem, & rectè, fecisse illum malè, quia fines mandati excedere nõ debuit, nec aliud facere quàm quod mandatum fuit. Nam & hic quoque aliud fecit, licèt mandatoris negotium vtiliter gesserit. Quod & hic textus benè probat in illis verbis, *vel tantidem vt aliud quicquam seruo accederet.* Cur enim *tantidem*, nisi vt intelligamus aliud responsurum Paulum fuisse, si seruus pluris venditus fuisset, etiamsi seruo plus accessisset?

6. VLPIANVS libro 31. ad Edictum.

SI remunerandi gratia honor interuenit: erit mandati actio.

Ad l.si remunerandi 6.

RAT. DVB. Mandatum gratuitum esse debet, quia ex officio, & amicitia originem trahit, *l.1.§.vlt. supr.* Mandati autem actio esse non potest, vbi mandatum nullum interuenit, *l.ex mandato 20. §.1. infr.* Ergo si remunerandi officij gratia honor aliquis interueniat, siue honorarium dicere velis, vt in *l.1. de extraord. cognit.* aut, vt alij minùs probabiliter interpretantur, salarium, de quo in *l.proxim. infr.* dicendum videtur, neque mandatum consistere, neque mandati actionem proinde esse posse.

DEC. Qui ab amico beneficium quantumuis gratuitum accepit, hoc ipso ad ἀνταπόδοσιν obligatur, *l. sed etsi 25. §. consuluit. supr. de petit. hered.* id est, ad remunerationem. Ergo non eo minùs mandatum, & mandati actio est, quod remunerandi gratia honor ex postfacto interuenerit, dum ne mandatarius honoris huius contemplatione ad res mandatoris gerendas accesserit. Initium enim contractus spectandum est, non quid ex postfacto acciderit, *l. si procuratorem 8. in prin. inf.* sic dicimus gratuitam esse pecuniam mutuò datam, si nullæ ipsius vsuræ pendantur, quamuis non eo minùs liceat creditori ex fructibus rei sibi pignoratæ ad legitimum modum vsuras retinere, *l.cùm debitor gratuita 8. infr. in quibus caus. pign. vel hypoth. tacit. contr.* vbi dicemus. Cæterùm si neque de honorario, neque de salario quicquam ex postfacto conuenerit, lucrum nullum ex mandato retinere mandatarius debet, *d.l. ex mandato. in princ. l. idémque. §. si procurator. infr.*

1 ¶ Si cui fuerit mandatum, vt negotia administraret: hac actione erit conueniendus, nec recte negotiorum gestorum cum eo agetur. nec enim ideo est obliga-

BIU Cujas

obligatus, quòd negotia gessit: verùm idcirco, quòd mandatum susceperit. denique teneretur, etsi non gessisset.

Ad §. 1. Si cui fuerit.

RAT. DVBIT. Non sunt multiplicandæ actiones vbi nulla est necessitas multiplicandi. Quid enim aliud adferre ac in rempublicam inuehere actionum multiplicatio potest, nisi multiplicationem litium? Quid verò multiplicatio litium, nisi multiplicationem discordiarum? Nam neque natura ipsa, neque ea quæ secundùm naturam est philosophia, multiplicari patitur entia sine causa. Atqui cùm mandatu tibi, vt negotia mea gereres, & gessisti, habeo contra te actionem negotiorum gestorum, siue gesseris malè, siue in iis gerendis negligens fueris *l. 1. & tot. tit. supr. de negot. gest.* Nam & actio illa ex officio & amicitia non minùs quàm mandati originem trahit, *l. tutori 20. C. eod.* Ergo nil necesse est, vt hoc casu mandati actionem inducamus. Maximè cùm vtraque actio eiusdem potestatis sit, eiusdémque habeat effectum, vt dixi ad *l. 2. §. 1. supr. arg. l. actio 47. eod. tit. de negot. gest.* Non enim quemadmodum dicimus mandati actionem esse non posse vbi mandatum nullum est, *l. ex mandato 20. §. 1. infr.* ita possit quis dicere mandato interueniente semper cessare negotiorum gestorum actionem, *l. 3. §. vltim. supr. de negot. gest.* quamuis tum maximè actio negotiorum gestorum locum habeat, cùm mandati cessat, *l. fideiussor 32. §. 1. eod.* Simile esse videtur, quòd si tibi mandem, vt mihi credas pecuniam, idque tu facias, aut vt mihi credas fundum tuum, cúmque tu mihi vendas, non mandati actio inter nos competit, sed certi condictio ex mutuo, aut actiones empti & venditi, quia non tam obligatus sum tibi, quòd mandauerim, quàm quòd pecuniam tuam mihi credideris, aut fundum tuum mihi vendideris, vt diximus ad *d. l. 2. §. 1. supr. arg. l. si mandauero 22. §. si hi quorum. infr. hoc tit.*

DEC. Qui mandante domino negotia eius gessit, non ideò tenetur quòd gesserit, sed quòd gerendi mandatum susceperit, vt ex eo apparet, quòd etiamsi nihil gesserit, tenetur nihilominùs, quia gerere debuit ex die suscepti mandati, nec minùs de neglectu tenetur quàm de gestis, *l. si maritus 5. l. procuratorem 11. C. hoc tit.* Ergo mandati actione teneri debet non negotiorum gestorum, initio scilicet inspecto quod in diiudicandis contractibus semper inspiciendum est, *l. si procuratorem 8. infr. l. 1. §. si seruus. supr. tit. prox. l. si tantum 12. supr. de SC. Maced.* Initium enim fuit non gestionis, à qua demùm incipit negotiorum gestorum actio, sed mandati suscepti ante gestionem, & quod gerendi necessitatem induxit. Mandati siquidem obligatio tum contrahitur non cùm mandatur, sed cùm mandatum suscipitur. Ex quo apparet quàm interfit mandantis, vt mandati potiùs quàm negotiorum gestorum obligatio, & actio ex mandato inducatur. Cùm negotiorum gestorum actio contra eum dari non possit qui nihil gessit, nec si gerere debuerit. Gerendi namque necessitas quę mandati actionem parit, impedit actionem negotiorum gestorum, quæ non aliam causam habet quàm gerentis meram beneuolentiam, *l. si communes 40.* vbi diximus *supr. de negot. gest. l. liberto 31. §. libertos. eod.* Longéque alia causa est eius mandati, quo quis tibi mandet, vt pecuniam ei credas, aut fundum tuum ipsi vendas, vt scripsi ad *d. l. 2. §. 1. supr.* & dicemus ad *l. idemq; 10. §. si quis Titio. infr.*

2 ¶ Si passus sim, aliquem pro me fideiubere, vel aliàs interuenire: mandati teneor, [a] & nisi pro inuito quis interceſſerit, aut donandi animo, aut negotium gerens: erit mandati actio.

Ad §. 2. Si passus sim.

RAT. DVBIT. Aliud est facere, aliud pati, & diuersæ sunt categoriæ actionis, & passionis. Atqui mandare sicuti verbum actiuum est, ita mandantis factum demonstrat non patientis nudum silentium quod pro consensu accipere quis velit. Ergo si tantùm passus sim aliquem pro me fideiubere, vel aliàs interuenire, non debeo teneri actione mandati quasi mandauerim. Præsertim cùm etiam pro me inuito nedum ignorante possit quis fideiubere, adeoque soluere, *l. soluendo 39. supr. de negot. gest. l. solutione 22. infr. de solut.* Quod igitur me, & absente, & inuito fieri potest, cur si præsente ac patiente me fiat pro mandato habebitur?

DEC. Mandati obligatio consensu solo contrahitur, *l. 1. in princ. supr.* Tam autem consentit qui patitur pro se præsente fideiuberi, cùm posset voluntatem contrariâ si vellet declarare, quàm qui mandat fideiuberi, *l. qui patitur 18. infr.* Habet enim omnis patientia consensum vel verũ vel fictum, quem veritus dissimulationis nomine appellamus, *l. si sine 5. C. ad S. C. Velleian. l. mulier 11. C. de distract. pignor.* Omnis dissimulatio patiẽtiam habet, sed non è contrario, patiẽtia omnis dissimulationem. Nihil ergo interest, an quis mandet tibi vt pro eo fideiubeas, an verò patiatur te pro eo fideiubere, vt in hoc §. aut mandari tibi ab alio vt pro ipso fideiubeas, vt in *d. l. qui patitur.* Ergo vtroque casu perinde nascetur actio mandati.

a *Et nisi pro inuito quis fideiusserit.* RAT. DVB. Inuito beneficium non datur, vt habet iuris regula *l. inuito 69. de regul. iur.* Atqui pro alio fideiubere beneficium est, & quidem non mediocre, cùm fideiussorem idoneum inuenire plerunque difficile sit *l. 2. §. vlt. supr. de iudic.* Ergo pro inuito fideiubere nemo potest.

DEC. Duplex beneficium dat qui confert in inuitum, vt Seneca de Beneficiis eleganter scripsit, & hominem etiam inuitum beneficio adfici interest hominis, *l. seruus 7. infr. de seru. export.* Nemo igitur prohibẽdus est vt pro alio etiam inuito fideiubeat, pro quo etiam inuito posset soluere si vellet *d. l. soluendo 39. supr. de negot. gest. l. solutione 22. infr. de solut.* Sed illud mirabilius est quod Vlpianus hic scribit eum qui pro inuito fideiusserit, mandati tamen actionem non habere, quod vtique ita intelligendum est, etiamsi ex fideiussione sua soluerit.

RAT. DVB. Non debet quis ex aliena iactura locupletari. Est enim id contra ius naturæ & gentium *l. iure naturæ 206. de regul. iur. l. nam hoc natura 14. supr. de condict. indeb.* Adeò vt in prædonis quoque persona huius æquitatis rationem haberi oporteat *l. planè 37. supr. de hered. petit. l. si pupilli 6. §. sed & si quis supr. de negot. gest.* Atqui locupletatur ex fideiussoris iactura debitor si postquam ex fide-

BIU Cujas

iussoris pecunia liberatus est, nullum aduersus eum mandati actione fideiussori regressum daremus. Fit enim locupletior quisquis à creditore suo liberatur *l. si pupilli 66. infr. de solut. l. species 11. de acceptil.* Ergo danda est fideiussori contra eum actio mandati.

DEC. Etsi æquum est neminem cum alterius damno & iactura locupletari, multo tamen æquius est, adeóque iuris rationi conuenientius, vt ne quis inuitus obligetur, cùm obligatio quælibet libertatem ciuis Romani quodammodo imminuat, quandoquidem necessitate adstringit debitorem *Instit. de obligat.* Nec nouum est vt maior æquitas tollat minorem, *l. si seruus 61. §. quod verò infr. de furt.* Ergo is qui pro inuito & repugnante fideiussit, nullum aduersus eum pro sua indemnitate regressum habere debet, sed sibi imputare cur pro inuito fideiusserit. Fuit quidem hoc inter prudentes veteres controuersum: Sed præualuit tamen sententia negantium, vt constat ex hoc §. *& ex l. si prote 40. infr.* Quam & Iustinianus disertè confirmauit in *l. vltim. Cod. de negot. gest.* Nam & in bello punitur qui rem à duce prohibitam fecit, aut mandata non seruauit, licèt benè ac feliciter rem gesserit *l. 3. §. in bello infr. de re milit.* Itaque hic, qui pro inuito fideiussit, similis est donanti, qui licèt mandante alio fideiusserit, mandati actionem habere tamen non potest *l. quod dictum 32. supr. de pact. l. si quis reum 5. vers. quid tamen infr. de liber. legat.* Nec enim repetendi animum habere potest is qui donat, cùm donari dicatur id demùm quod nullo iure cogente conceditur *l. donari 29. de donat. l. donari 52. de regul. iur.* His similis ille quoque est qui in rem suam mandauit alteri vt fideiuberet, puta pro suo procuratore, *l. de die 8. §. 1. supr. qui satisd. cog.* Item qui periculo suo spondere voluit, vt in fine huius legis. Denique is qui fideiussit pro me citra mandatum, negotia tamen mea gerens, nullam ante me actionem mandati habet, sed habet negotiorum gestorum *l ex mandato 20. §. 1. infr.* In quo differt à superioribus qui nullam habent. Quia enim cessat mandati actio, negotiorum gestorum actionem habere debet, vt Papin. argumentatur in *l fideiussor 32. in fin. supr. de negot. gest.*

3 ¶ Rei turpis nullum mandatum est: & ideo hac actione non agetur.

Ad §. 3. Rei turpis.

RAT. DVB. Obligatio mandati solo consensu contrahitur *l. 1. supr.* Atqui tam minùs consentit is qui rem turpem faciendam suscipit, quàm qui honestam. Nec minùs æquum est teneri eum qui rei turpis mandatum suscipere voluit, quàm si honestæ rei suscepisset. Imò tanto magis, quod dignior est cui minùs succurratur. Ergo etiam is qui rei turpis mandatum suscepit, mandati actione teneri debet.

DEC. Primum iuris nostri præceptum est honestè viuere. Ex quo fit vt omnia illa quæ cum publica honestate pugnat, nullum iuris vinculum habere possint, maiorem enim honestatis quàm vtilitatis adeóque quàm iuris rationem haberi maiores nostri voluerunt *l. semper in coniunctionibus 42. inf. de rit. nupt. l. non omne 144. de regul. iur.* Ergo nec mandatum rei turpis potest consistere, vt siue ex vtraque siue ex alterutra parte mandati actio nascatur. Exempla pete ex *l. si verò non remunerandi 12. §. si adolescens & l. si mandauero 22. §. qui ædem 6. inf. hoc tit.* Sic neque rei turpis emptio valet, *l. quod sæpe 35. §. veneni infr. de contr. empt.* nec societas, quia delictorum turpis atque fœda communio est, *l. quod autem 53. infr. tit. prox.* adeóque nec stipulatio quamuis sit ea stricti iuris non bonæ fidei *l. generaliter 26 & seq. inf. de verbor. obligat.* Non enim potest non esse contra bonam fidem quod est contra honestatem *d. §. si adolescens in fin.* quia nec delictum est sine dolo: nihil autem tam contrarium est bonæ fidei quàm dolus *l. 3. §. vltim. infr. tit. prox.* Neque rursum potest videri cuiusquam interesse nisi ex honesta causa interfit, *l. 3. §. si mecum supr. ad exhib. l. tum is 11. infr. de furt. l. si venditor 6. §. 1. & l. seq. infr. de seru. export.* Honesta verò causa esse non potest si quid fiat contra bonos mores §. *illud 7. Instit. hoc tit.* cuiusmodi sunt omnia quæ pietatem lædunt aut verecundiam, quomodo Papinianus loquitur in *l. filius 15. & præced. infr. de condic. instit.* Atqui mandati actio tunc tantùm competit cùm eius qui mandauit, interest, & eatenus duntaxat quatenus interest *l. si procuratorem 8. §. mandati actio infr.* Merito igitur placuit, Rei turpis & flagitiosæ mandatum nullum esse, neque mandati ex hac causa agi posse.

4 ¶ Si tibi mandauero, quod mea non intererat, veluti, vt pro Seio intercedas, vel, vt Titio credas: erit mihi tecum mandati actio, vt Celsus libro septimo Digestorum scribit: & ego tibi sum obligatus.

Ad §. 4. Si tibi mandauero.

RAT. DVB. Mandati actio tunc incipit competere cùm cœpit interesse eius qui mandauit, & eatenus tantùm competit quatenus interest *l. si procuratorem 8. §. mandati actio infr.* Ergo si tibi mandauero quod mea non intererat, puta vt pro Seio intercedas vel Titio pecuniam credas, non potest mihi tecum esse mandati actio, nec possum ego tibi esse obligatus. Præsertim cum obligationes omnes ad hoc comparatæ sint, vt acquirat sibi vnusquisque quod sua interest *l. si stipulatio ista 38. §. alteri de verbor. obligat.*

DEC. Potest fieri, vt quamuis mandati tempore nihildum interfuerit mandantis, posteà tamen incipiat eius interesse à quo demùm tempore incipit eo casu nasci actio, non vt aliàs à die suscepti mandati *d. §. mandati*, puta, inquit Accursius, si Titio vel Seio heres posteà extiterim. Sed & ab initio potest mea interesse vt pro Scio fideiubeas vel Titio pecuniam credas, si fortè is mihi hoc mandauerat & ego per te mandatum implere velim, quomodo Cuiacius quoque explicat *libr. 17. obseruat. ca. 29.* Planè constat esse omnino necessarium vt mea interfit quoquomodo, si non principaliter saltem per consequentias. Fortè si ex meo mandato aliena negotia gesseris & malè gesseris, vt diximus ad *leg. 2. §. aliena tantum supr.* Mihi tamen placet magis ea

BIU Cujas

gis ea lectio quam in libris quibusdam extare Accursius refert, & quæ negationem non habet in primis illis verbis, *quod mea non intererat*, quod & antithesis sequentis §. magis demonstrat.

5 ¶ Planè si tibi mandauero, quod tua intererat: nulla erit mandati actio: nisi mea quoque interfuerit: at si non esses facturus, nisi ego mandassem, & si mea non interfuit, tamen erit mandati actio.

Ad §. 5. Planè si tibi.

RAT. DVBIT. & DECID. ad hunc §. ex iis petenda est quæ scripsimus ad *l. 2. §. vlt. supr.* vbi eadem sententia proponitur de mandato, quod tua tantùm gratia interuenerit, quod consilium esse diximus potiùs quàm mandatum, quod proinde obligatorium esse non potest, nisi duobus illis casibus qui in hoc §. ponuntur. Quorum primus est si non tantùm tua, sed etiam mea interfuerit. Sufficit enim vel minimùm mea interesse vt mandatum vtiliter contractum videatur, & mihi actio mandati contra te competat. Alius est si cùm tua tantùm interesset, appareat tamen non aliter te facturum fuisse quàm si mandassem, quo casu non tam consilium tibi dedisse videor, quàm à consilio; quod susceperas te reuocasse. Sed probatio tamen huius rei sanè perdifficilis est. Iunge quæ scripsimus ad *d. l. 2. §. tua & aliena supr.* pro tuenda Ioannis & Azonis sententia contra Placentini errorem duplicem, quem Accursius refert hîc & refellit. Exemplum huius §. pete ex *l. si hereditatem 32. inf.* Quòd si in huiusmodi mandato dolus quoq; interuenerit, quod plerunque fit, de dolo non mandati actio est *l. vlt. supr. de dolo.*

6 ¶ Apud Iulianum libro tertiodecimo digestorum quæritur. Si dominus iusserit, procuratorem suum certam pecuniam sumere, & fœnerare periculo suo, ita vt certas vsuras domino penderet dumtaxat: si pluris fœnerare potuisset, ipse lucraretur: in creditam pecuniam videtur (inquit) accepisse, [a] plane, si omnium negotiorum erat ei administratio mandata: mandati quoque eum teneri: quemadmodum solet mandati teneri debitor, qui creditoris sui negotia gessit.

Ad §. 6. Apud Iulianum.

RAT. DVBIT. Contractus omnes æstimantur ex ratione ineundi. Ideóque initium & modus contrahendi inspici semper debet *l. si procuratorem 8. in princip. infr. hoc tit. l. 1. §. si seruus deposuit 30. supr. tit. prox. l. si tantùm 12. supr. de SC. Maced.* Atqui ponimus Dominum iussisse procuratorem suum certam summam sumere, & fœnerare periculo ipsius procuratoris, ea tamen lege, vt certas duntaxat vsuras domino penderet, si verò pluris fœnerare potuisset, ipse lucraretur. Ergo non potest videri procurator pecuniam hanc in creditum accepisse, vt eam ex causa crediti debeat non ex causa mandati, cùm tanquam procurator & ex mandato eam acceperit.

DEC. Lex huic mandato dicta egreditur notissimos mandati terminos, vt Papinianus noster in alia licèt specie loquitur in *l. Lucius 24. supr. tit. prox.* Non in eo tantùm quod facit, vt periculo procuratoris sit pecunia, quæ alioquin periculo mandantis esse deberet, nisi procurator esset in culpa *l. periculum 34. supr. de reb. credit. l. litis 37. §. si pecuniæ supr. de negot. gest. l. procuratorem 11. l. à procuratore 13. Cod. hoc tit.* Sed etiam in eo quod facit mandatum hoc non gratuitum, quod ex natura contractus gratuitum esse deberet *l. 1. §. vlt. supr. l. si tibi 13. §. Iulianus aliàs l. si tibi areæ infr. de præscr. verb.* Merces enim laboris illa est & periculi precium, vt si maiores vsuras percipere mandatarius posset, quàm quibus erat contentus dominus eas ipse lucraretur. Ergo dicendum est pecuniam hanc à procuratore deberi non tam ex causa mandati quàm ex causa mutui. Conuentio enim dat legem & formam contractui, *l. 1. §. si conuenit. supr. tit. prox. l. in conuentionalibus 52. de verb. oblig. l. contractus 23. de regul. iur.* Neque nouum est, vt quamuis mandatum præcesserit, pecunia tamen non quasi ex mandato debita, sed quasi credita petenda sit *l. idémque 10. §. si quis Titio infr. hoc tit.* vbi dicemus.

a *Planè, si omnium negotiorum.* RAT. DVB. Mandatum generale non minùs debet esse gratuitum quàm speciale. Est enim hoc de natura & essentia cuiuslibet mandati *d. l. 1. §. vltim. supr. d. l. si tibi 13. §. Iulianus aliàs l. si tibi areæ infr. de præscr. verb.* Ergo quod ad mandati actionem pertinet, non debet his casus distingui à superiore, nec procurator generalis à speciali mandatario.

DEC. Differentia horum casuum in eo est quod generale mandatum includit etiam futurum debitum æquè ac præteritum, quia generalitas mandati hoc admittit, quod in speciali mandato certam formam habente secus est, vt benè Accursius notat. Id enim est quod Vlpianus noster significat iis verbis, *Quemadmodum solet mandati teneri debitor qui creditoris sui negotia gessit*, mandato scilicet præcedente. Neque sanè conuentio specialis secuta de pecunia ad lucrum etiam procuratoris fœneranda potest facere mandatum generale mercenarium quod ab initio fuit gratuitum. Nec rursum quicquam vetat eiusdem pecuniæ nomine diuersis actionibus teneri procuratorem, id est & ex mandato & ex credito diuersis respectibus, *l. si negotia mea 31. infr. hoc tit.* Ex quo loco apparet quod & Accursius hîc notat, procuratorem generalem teneri à seipso exigere, non etiam illum cui actum vnum specialem gerere mandatum est. Idem in negotiorum gestore vniuersali iuris est, vt hic Bart. notat ex *l. diuortio 3. supr. de negot. gest.* Iunge *l. idémque 10. §. si procurator 3. infr. l. qui sine vsuris 38.* & quæ ibi scripsimus *supr. de negot. gest.*

BIU Cujas

7 ¶ Marius Paulus quidam fideiusserat pro Daphnide, mercedem pactus ob suam fideiussionem: & sub nomine alterius ex euentu litis cauerat, sibi certam quantitatem dari. hic à Claudio Saturnino prætore maiores fructus inferre iussus erat: & aduocationibus ei idem Saturninus interdixerat. videbatur autem mihi iudicatum solui fideiussisse: &, quasi redemptor litis extitisset, velle à Daphnide mandati iudicio consequi, quod erat condemnatus. sed rectissime diui fratres rescripserunt, nullam actionem eum propter suam calliditatem habere: quia mercede pacta accesserat ad talem redemptionem. [a] Marcellus autem sic loquitur de eo, qui pecunia accepta spopondit: vt si quidem hoc actum est, vt suo periculo spondeat: nulla actione agat: si verò non est hoc actum, vtilis ei potiùs actio competat. quæ sententia vtilitati rerum consentanea est.

Ad §. vlt. Marius Paulus.

RAT. DVB. Fideiussori iudicatum solui qui ex mandato interuenit, plenissima indemnitas præstanda est, & quidem actione mandati, vt quicquid ex causa fideiussionis soluere coactus fuit, id ei à debitore sarciatur, dummodò caueant dominum priore iudicio absolui, *l. iam tamen 5. in princip. l. si ex duobus* 14. §. 1. *infr. iudic. solui.* Atqui ponimus Marium Paulum, de quo hîc Vlpianus tractat fideiussisse pro Daphnide iudicatum solui pacta quidem mercede, sed non tamen suo periculo, & condemnatum fuisse, vt maiores fructus inferret quàm qui percepti erant & debiti, adeóque interdictum ei aduocationibus, quod prætextu aduocationis & fideiussionis sub alterius nomine litem contra bonos mores redemisset, vt in *l. prox. infr.* Ergo plenissimè indemnem eum à Daphnide præstari æquum esse videbatur secundũ Marcelli distinctionẽ positã in fine huius §. Distinguebat enim in eo, qui accepta pecunia iudicatum solui spopondisset, an id actum esset, vt periculo suo sponderet, an verò non hoc actum esset, vt priore casu nulla ei actio daretur. Posteriore verò daretur ei vtilis, non quidem mandati, cùm non sit mandatum interueniẽte mercede, sed præscriptis verbis in factum ex *l. hoc iure* 19. §. 1. *infr. de donat. iunct. l. 1. §. vlt. supr. l. si tibi* 13. §. *Iulianus aliàs l. si tibi areæ infr. de præscript. verb.* Cùm ergo in proposita specie nihil actum proponeretur de periculo, vt ad fideiussorem pertineret, consequens videbatur, vt indemnitas ei præstanda esset à Daphnide, tametsi pacta mercede ad fideiussionem accessisset.

DEC. Nemo ex sua calliditate & improbitate actionem sibi acquirere potest *l. itaque* 12. *in princip. infr. de furt.* Atqui huius fideiussoris improbitas pareret ei actionem, si liceret ei agere mandati ad consequendam indemnitatem plenissimam siue pro maioribus fructibus, quos inferre iussus erat, siue pro eo quod aduocationibus ei interdictum esset. Non enim alia ratione motus fuerat prætor, vt fideiussorem tunc ita condemnarer, quàm quòd eum comperisset clam nimísque callidè redemptorem litis extitisse, vt in *l. si qui aduocatorum* 5. *Cod. de postul.* etiam post pactam mercedem. Rectissimè igitur Diui fratres. Verùs & Commodus rescripserunt nullam actionem hinc dandam esse pro indemnitate, non quia mercedem pactus esset ad fideiubendum (nec enim ratio hæc sufficeret *d. l. hoc iure* 19. §. 1. *de donat.* & constat ex sequente Marcelli distinctione) sed quia pacta mercede ad redemptionem litis accessisset, & quidem callidè & per suppositam alterius personam. Suspectum enim est quod clam fit, *l. vlt. infr. de rit. nupt.* & per suppositionem *l. pupillus* 5. §. 1. *de author. tutor.* &, vt ille dicebat, malum est quod occultatur. Pactum igitur de quota litis priuat procuratorem actione mandati, vt hîc Bart. notat, quia prohibitum est *l. sumptus* 53. vbi diximus *sup. de pact. l. litis* 15. *Cod. de procurat. l. prox. infr.* Sanè post peractam litem pactum valet, dum ne excedat probabilem quantitatem, licèt palmarij nomine promissa sit quantitas *l. 1. §. si cui iunct. §. in honorariis de var. & extr. cognit.*

a *Marcellus autem sic loquitur de eo qui pecunia accepta spopondit.* His verbis non impugnat Vlpianus ex Marcello quod à diuis fratribus rectissimè constitutum dixerat, sed cùm tractasset de fideiussore, qui non tantùm pacta mercede ad fideiussionem accesserat, sed etiam improbè, ac contra bonos mores litem redemerat. Nunc tractat ex Marcello de fideiussore iudicatum solui, cui nihil imputari possit, nisi quod pacta mercede fideiusserit. In hoc enim si quæratur, an pro indemnitate sua actionem aliquam contra debitorem habere debeat, adhibenda distinctio, est quam Marcellus adhibebat, an suo periculo spoponderit necne, vt priore casu nullam actionem habere debeat, posteriore verò danda ei sit actio non mandati, quia gratuitum nõ fuit, sed in factum vtilem, de qua in *l. quoties* 21. *infr. de præscr. verb.* Sic dictam non tantùm quòd sit efficax, vt malè putat Accursius, sed quia deficientibus directis ad vtiles necessariò recurrendum est *l. quia actionum* 11. *eod. tit.* Separandus itaque est fideiussor, iudicatum solui, qui vltro ad fideiussionem accessit, ab eo qui pacta mercede, & rursum is qui pacta tantùm mercede ab eo, qui suo etiam periculo, denique is qui non suo etiam periculo, ab eo qui pacta mercede subdolè & callidè non tantùm ad fideiussionem, sed etiam ad litis redemptionem accessit: ita fiet vt totus hic §. benè ac facilè intelligatur.

7. PAPINIANVS libro 3. Responsorum.

SAlarium procuratori constitutum si extra ordinem peti cœperit: considerandum erit, an laborẽ dominus remunerare voluerit, atque ideo fidem ad-

hiberi

hiberi placitis oporteat, an euentum litium, maioris pecuniæ præmio, contra bonos mores procurator redemerit?

Ad l. Salarium 7.

RAT. DVB. Mãdatum debet esse gratuitũ, vt iam sæpius diximus ex *l.1.§.vlt.supr. l.si tibi rem vendendam 13.§.Iulianus.aliàs l.si tibi aream.inf. de præsc.verb.* Ergo de salario cõstituto procuratori quæri non potest. Præsertim si de procuratore ad litem dato tractemus, ne alioqui facilè eueniat, vt procurator prętextu salarij litem non tam tractare, q̃ redimere videatur, quod tanquã contra bonos mores districtè prohibitũ est, vt Papinianus hîc subiicit, & diximus in §. *vlt. legis præced.* ex *l.sumptus 53.supr. de pact. l.litis 15.C. de procurat. l.1.§.si cui.infr. de var. & extraor. cognit.* DEC. Gratuitum quidem ab initio mandatũ esse debet. Sed si ex post facto laborẽ procuratoris iusto præmio remunerari dominus noluerit, nõ eò minùs cõsistit mandatum, & mãdati actio, *l.prox. in princ. supr.* Nec enim prohibendus est dominus id facere, ad quod naturaliter sit obligatus, ne ingratus videatur, *l.sed etsi lege 25.§.consuluit.supr. de hered. petit. l. Aquilius Regulus 27. infr. de donat. iunct. l.hoc iure 19.§.1. eod.* Ergo salariũ procuratori constitutũ rectè peti poterit, si modò constitutum fuerit certum, aut in quantitate, aut in specie, aut saltem in genere, vt Accurs. hîc ex Ioãne notat. Salarium enim incertæ pollicitationis, neq; extra ordinem peti potest, neq; iudicio mandati, vt salarium certum constituatur, *l.qui mutuam 56.§.salarium.infr. l.salarium 17. C.h.t.* Multò minùs igitur peti poterit si neque certum, neque incertum aut promissum, aut conuentũ sit. Promissum enim, & conuentum esse oportet, saltem nudo pacto, vt peti possit, & quidem non mãdati actione ordinaria, aut certi condictione, aut ex stipulatu, vt male hîc putat Accurs. sed extra ordinem, id est, implorata cognitione Præsidis, vt constat ex hac lege, & ex *l.1 in fin. C. eod.* Nec aliud in honorariis Aduocatorũ iuris est, *l.1.§. in honorariis, & §.si cui cautum est, de var. & extraord. cognit.* Nisi velit quis cum Accursio dare aduocatis pro honorario consequendo etiam condictionem ex *l. vnic. C. de suffrag.* quę Imperatorũ Theodosij, Honorij, & Arcadij constitutio est. Dicitur autem hæc de salariis, & honorariis cognitio extraordinaria, vt & cęteri, de quibus in *d.tit. de extraord. cogn.* quia nõ expeditur via iudiciorum ordinaria, id est, per actionẽ & formulam, sed per cognitionem ipsorũ Magistratuum, vt & cognitiones De in integrum restitutione minorum, & de causa status, & aliæ, si quę sunt similes, quarũ fauor postulare videbatur, vt maiores iudices haberent, id est Magistratus ipsos, non iudices pedaneos, *l.quòd si minor 24.§.vlt. sup. de minor. l.nõ distinguemus 32.§. de liberali. supr. de recept. qui arbitr. recep. l.2. C. de pedan. iudic.* In eo numero visum est salaria esse, & honoraria, quorum causa tam fauorabilis est, vt nõ sit ferendum longis litib. vexari eos, qui laborum suorum prẽmium petunt, siue Aduocati sint, siue procuratores. Quod.n. est in procuratore salariũ, in Aduocato est honorarium, honoris scilicet gratia, qui Aduocato debetur, non procuratori. Quoties igitur apparet dominũ voluisse remunerari laborem Aduocati, vel procuratoris, æquum est fidẽ placitis adhiberi, & cognitione extraordinaria prouideri, vt quod promissum est, pręstetur, dummodò intra eam moderationem, vt quod honorarij & palmarij nomine Aduocato promissum est, summam centum aureorum non excedat, *dict. §. si cui.* Quod in procuratore multò magis obtinere debet, cuius potiorem quàm Aduocati causam esse debere nemo dixerit, licèt Accurs. noster de eo sine causa dubitet. Et quamuis concludat idem iuris esse in Aduocato, & in procuratore, mouetur tamẽ ratione non satis bona, quòd, inquit, etiam procuratores & aduocati, & patroni dici possint ex *d.l.1.§. aduocatos, & §. licita.* Nos enim hic de iis procuratoribus loquimur, quorum ordo diuersus sit ab ordine Aduocatorum. Et in quibus illa potiùs ratio locum habere debeat, quam attulimus, quod neque meliore, neque pari condicione censeri eos æquum qua Aduocati censentur. Illud planè probare non possum, quod Accurs. distinguit procuratorem ab Aduocato in danda vtrique actione ad exigendum salariũ. Quod enim diximus de honorario quod Aduocato promissum sit, non nisi extra ordinem petẽdo, hoc & ad salarium procuratoris pertinet, de quo potiùs quàm de aduocato intelligi hęc lex debet, & quotquot sunt quæ de salario loquuntur, vt *d.l. qui mutuam.§. salarium.inf. & d.l. 1. C. eod.* cùm Aduocati honorarium, vt monuimus, dicẽdum sit potiùs quàm salarium. Certè Aduocatis & procuratoribus illud commune est, vt de quota litis paciscì non possint, nec euentum litium maioris pecuniæ præmio redimere, vt Papinianus hîc loquitur, quia id cõtra bonos mores est, & sordidius, quàm vt publica honestas id ferre possit. Procurator enim sicut in cæteris omnibus negotiis gerendis, ita & in litibus ex bona fide rationem reddere debet, neque lucrum vllũ ex litis victoria retinere, *l.qui proprio 46.§. procurator. sup. de procurat. l.si autem 8. §.1. de neg. gest.* Nimirũ si suspensa lite societatẽ futuri emolumẽti cautio polliceatur. Nam si post causam actã cauta est honoraria summa peti poterit vsque ad probabilẽ quantitatẽ, etsi nomine palmarij cautum sit, sic tamen, vt computetur id quod datũ est cũ eo quod debetur, neutrúmque compositũ excedat licitã quantitatem, id est, centum aureorum, vt idem Vlp. noster docet in *d.l.1.§. si cui, de extraord. cognit.* Errarũt verò post Accursiũ interpretes omnes veteres in quæstione ista, Quenã actio dãda sit pro salario, vel honorario cõsequendũ, quia differẽt iam actionum ordinariarũ, & cognitionum extraordinariarũ non intellexerũt, de qua latè scripsimus ad *l. actio 47. sup. de neg. gest. & in libris Coniecturarum.* Idq; apparet euidenter ex eo quod de contraria mandati actione Accur. intelligit id quod de salario apud Præsidem prouincię petendo scriptum est in *l.1. C. hoc t.* cùm tamen temporibus Imperatorũ, quorum ea lex est, vt est ante *d.l. 2. C. de pedan. iud.* cognitio Præsidis prouinciæ nõ posset ordinaria esse, sed tantùm extraordinaria. Nec dum enim sublatæ erant formulæ, & impetrationes actionum per *l.1. & 2. C. de formal. & impetr. act. sublat.*

8. VLPIANVS libro 31. ad Edictum.

SI procuratorem dedero, nec instrumenta mihi causæ reddat: qua actione mihi teneatur? & Labeo putat mandati eum teneri: nec esse probabilem sententiam existimantium, ex hac causa agi posse depositi. vniuscuiusque enim contractus initium spectandum esse, & causam.

BIU Cujas

Ad l. Si procuratorem 8.

RAT. DVB. De rebus omnibus depositis cõparata est à Prętore actio depositi, *l.1.& tot.tit.supr.* Ergo si procuratori meo instrumenta causæ dedero ad litem peragendam, nec ea repetẽti mihi reddat, dicendũ videtur cogi eũ posse & debere, vt reddat actione depositi. Non enim eo minùs depositarius est, quòd sit etiã mandatarius, nec ob id minùs, imò tanto magis obstrictus ad instrumentorum restitutionem, cùm duo vincula sint fortiora vno, *l. pen. C.de adopt.l.1.§.vlt. infr.si quis à parent.manum.sit.*

DEC. Vniuscuiusque contractus initium spectandum est & causa *l.1.§.quòd si rem 12.& seq.§.si seruus deposuit 30.supr tit.prox.l.si tantùm 12.supr.de SC. Maced. l.si id quod 58.§.si filiusfamilias infr.tit.prox.* Sicut & cùm de in integrum restitutione quæritur *l.3.§.scio in fin.supr.de minor.* Nam vt iactare nostri solent à primordio tituli posterior formatur euentus, *l. vnic. ad fin. C. de impon.lucr.descript.lib.10.tit.35.* Atqui in proposita specie mandati contractus primus fuit, & quidem plenior habens etiam custodiæ legem, vt in *d. §. quòd si rem & seq.* Sed & causa tradendorum procuratori instrumentorum inspicienda est, vt & in cæteris omnibus, *l.cùm hi 8.§ in causa sup. de transact.l.filiusfamilias 114.§.Diui 2.de legat.1.l.si pariter 9.infr.de liber.caus.l.si ex plagis 51.§.in cliuo supr.ad leg.falcid.* Causa verò illa fuit non vt instrumenta custodirentur, sed vt procurator iis in mandati executionem vteretur. Mandati ergo ad eorum repetitionem actio competit non depositi, & procurator non tanquam depositarius, sed tanquam mandatarius conueniendus est. Iunge *l.procurator 55.infr.*

1 ¶ Sed & si per collusionem procuratoris absolutus sit aduersarius: mandati eum teneri. [a] sed si soluendo non sit: tunc de dolo actionem aduersus eum, qui per collusionem absolutus sit, dandam ait. Sed & de lite, quam suscepit exsequendam, mandati eum teneri constat.

Ad §.1.Sed etsi per collusionem.

RAT. DVBIT. Quicquid à vero procuratore factũ est, perinde haberi debet ac si ab ipso domino mandãre factum esset. Nihil enim refert, an quis per se faciat, an per alium *l. si quis id quod 7.§.vlt.supr. de iurisdict. l. ita autem 5.§. quod si quis infr.de administr. tutor l.vero procuratori 12.de solut.* Vnde est quod verus procurator domini loco esse dicitur etiã quod ad causam acquirendi dominij *l. si procurator 13.infr. de acquir.rer.domin.* & ad liberandum debitorem *l.si procurator 6.in princip.& §. Celsus l.indebitam 47.supr. de condict.indeb. l.creditoris 8. Cod. eod.* Ergo quemadmodum collusionem suã propriam dominus obiicere aduersario absoluto non posset, ita neque sui procuratoris, nec de procuratoris facto magis quàm de suo conqueri, cùm imputare sibi debeat potiùs, cur talem elegerit, & prior ipse in culpa sit malæ electionis *l. 3.§.vlt.supr.de minor.l.1.§.is quoque infr.de oblig.& action.*

DEC. Mandatum bonæ fidei contractus est, nihil autem bonæ fidei iam contrarium est quàm dolus *l. 3. §.vlt.infr.tit.prox. l.si dolo 5.C.de rescind.vendit.* Nec procuratoris nomen meretur procurator, vt loco & vice domini esse videatur, cùm dominum spoliat, sed cùm eius negotia rectè & ex bona fide administrat, quomodo de tutore scriptum est in *l. qui fundum 7.§.si tutor infr. pro emptor.iunct.l.is qui in puteum 11. §. an ignoscitur, quod vi aut clam.* Et sicut in cæteris negotiis gerendis, ita & in tractandis potissimùm litibus bonam fidem præstare debet *l. qui proprio 46.§.procurator supr. de procurat.* Nec rursum culpa malę electionis imputari potest ei qui non de culpa & negligentia, sed de dolo alterius conqueritur. Qua enim fronte posset hanc culpam imputare actori is qui ex proprio dolo suo conuenitur? *arg.l.si plures 38.infr.de admin. tutor.* Atqui collusio non fit sine dolo *l.& eleganter 7.§.si dolo 9.l.cùm à te 25.supr. de dol.l.si per lusorio 14.infr.de appellat.l.si seruus plurium 50.§.1.de legat.1.* Denique in omni negotio quod mandatum est, bonam fidem præstare mandatarius debet, *l.si mandatu 59.§.1.& pass.hoc tit.* Ergo si per dolum & collusionem procuratoris aduersarius mandantis absolutus sit, ęquum est mandati iudicio eum teneri.

a *Sed si soluendo non sit.* RAT. DVB. Actio de dolo non cõpetit ei cui alia actione etiam extraordinaria cõsultũ esse potest *l.1.§.idẽ Põponius, & pass. sup.de dolo.* Atqui mandanti, cuius procurator collusit cũ aduersario, potest esse cõsultũ actione mandati quã aduersus procuratorẽ dandã esse modò diximus. Nec quod procurator fortè soluendo nõ sit actionẽ mandatoris potest tollere quã habet in procuratorẽ. Sũt enim legitimi quidã modi tollendarũ obligationũ, & quæ ex iis nascũtur actionum *Instit. quib.mod.tollit.oblig.* Inter quos modos nõ est inopia debitoris. Respicit enim ad facultatem dãdi magis quã ad ius, & vigorẽ obligationis & actionis *l.continuus 137.§.illud inf.de verb.oblig.* Ergo nõ magis de dolo actio dãda est cõtra eũ qui collusit cũ procuratore, cùm procurator soluẽdo nõ est, quàm si soluẽdo sit. Præsertim verò cùm sublata quoq; persona procuratoris possit mãdãti alio modo cõsuli. Ita scilicet vt ipsi permittatur cõtra debitorẽ malè absolutũ agere pristina actione, perinde ac si res iudicata nõdũ esset, & aduersus oppositã exceptionẽ rei iudicatæ replicare per exceptionẽ doli mali de collusione habita cũ procuratore, vt in *l. cũ à te 25.sup.de dolo.* Nõ enim replicatio doli infamat sicut actio de dolo, vt neq; doli exceptio, quãuis suggillet existimationẽ apud bonos & graues viros *l.4.§. aduersus infr. de doli mal.except.l.parẽs 5.§.vlt.& l.licet 7.in prins.& §. nec exceptiones infr.de obseq. parent.& patron.præst.* Quæ ratio est *d.l.cũ à te 25.de dolo.* DEC. Quẽadmodũ obligationes omnes ad hoc comparatæ sũt, vt actiones pariãt, *l.licèt 42.§.ea obligatio supr.de procur.l.stipulatio ista 38.§.alteri de verb.oblig.* Ita & actiones vt pariant exactionẽ per mediã sententiã, & condemnationẽ. Ad quid.n. agere, nisi vt exigatur? Vigor enim sententiæ totus in executione cõsistit, *l.si longis 7. C.de exec.rei iud.* Vigor autem executionis in exactione. Atqui ab eo qui soluendo nõ est, nihil potest exigi, quoniã qui nihil habet quod perdat, aut quod prẽstet eius periculo nihil est, *l.itaque fullo 12. §.1.infr. de furt.* Ideóq; solemus dicere nullã actionẽ videri habere illũ qui eã habet quã debitoris eludit inopia, *l.nã is 6.iunct. §.vlt.legis præce.sup.de dolo.* Ergo tametsi mãdator actionẽ mãdati habeat cõtra procuratorẽ suũ, qui cũ aduersario collusit, si tamẽ procurator soluẽdo nõ sit, nõ debet ea res adimere mãdati actionẽ de dolo cõtra aduersariũ, qui per collusionẽ procuratoris absolutus est. Cũ ab eo qui soluẽdo nõ est indẽnitatẽ cõsequi nõ possit. Sola ratio illa contra

man-

BIU Cujas

mãdãtẽ facit, ne actione de dolo, aduersus absolutũ agere posse videatur, & agendo pristina actione, ac replicãdo de dolo satis cõsulere sibi possit, *d.l.cũ à te.* cùm per rem iudicatam non tollatur ipso iure actio, sed tantùm opposita exceptione rei iudicatæ *tot.tit.de except.rei iudic.* Exceptio autem quælibet si vel minimum quid iniquitatis habeat, elidi per replicationem possit, *l.2.inf.de except.* sola excepta doli exceptione quæ nullam patitur replicationem, ne quidem doli, *l.apud Celsum 4.§.Marcellus ait 13.de doli mali except.* Nec enim possis cum Accursio dicere, intelligi id debere eo casu, quo paratus sit debitor pati, vt iudicium sub exceptione hac *si collusum sit*, in se transferatur ex *d.l.& eleganter.§.si dolo.sup.de dolo.* Non enim posset vti exceptione rei iudicatæ debitor, qui iudicium sub exceptione supradicta in se transferri passus esset. Separandus igitur est casus ille, quo per dolum malum tuum me consentiente ac decepto absolutus sis, ab illo casu, quo per collusionem procuratoris mei viceris. Hoc enim casu posteriore etsi potest repeti actio pristina, quæ per iudicatum ipso iure extincta non est, replicatio tamen doli locum habere potest. Priore verò casu nõ potest, quia neq; tam à te quàm à procuratore meo deceptus sum, ego neque procurator meus qui dolum ipse participauit, deceptus videri potest. Adde quæ scripsimus ad *d.§.si dolo*, & ad *d.l.cùm à te*, vbi totam quæstionem hanc fusiùs tractauimus aduersus omnes cæterorum omnium opiniones.

b *Sed & de lite quam suscepit exequendam.* RAT. DVB. Inuitus agere, & litigare nemo cogitur, *l.vnic.C.vt rem inuit.ager.vel accus.cogat.* & laudanda potiùs quàm vituperanda est verecundia eius qui lites execratur, *l.4.§.1.supr.de alien.iudic.mut.caus.fact.* Atqui paris ferè verecundiæ, & honestatis est nolle litigare, & nolle in lite fortassis improba perseuerare, fieríque facilè potest, vt is ipse, qui litem etiam non calumniæ causa instituit, in ea tamen post cognitam rei veritatem perstare nolit, *l.destitisse 10.sup.de iudic.* Quod ergo in ipsius domini mandantisque persona honestum esse creditur, cur in persona procuratoris prohibebitur?

DEC. Mandatum quidem suscipere vel recusare ab initio liberum est. Sed susceptum deserere nõ licet, nisi iustissima causa interueniente, *l.si mandauero 22.§.vlt.& trib.legib.seqq.infr l.5.in princ.* vbi dixi *supr.* Ergo si procurator susceptam litem exequi nolit æquũ est teneri eum hoc nomine actione mandati, nisi mandato tempestiuè renunciauerit, & deserendi mandati iustam causam habuerit, *d.§.vlt.& legib.seqq.l.post litem 17.§.vlt.cum 10.sequentib supr. de procurat.* Nec si litem quam exequendam suscepit posteà suspicetur improbam esse, cùm eam tractet periculo non suo, sed eius à quo mandatum accepit. Alioqui erit inuenta via per quam liceat procuratoribus quando velint inchoatam litem hoc prætextu deserere, quod absurdum, & iniquum esset, cũ procurator qui alieno nomine litigat, nec se vltrò obtulit, neque existimationis suæ, neque sumptuum litis, neque executionis indicati incommoda suo nomine timere possit quantumuis improba sit lis, quam exequitur, *l.furti 6.§.si quis alieno.supr.de his qui notant.infam.l.4.in princip.infr. de re iudic.*

2 ¶ Si quis mandauerit alicui gerenda negotia eius, qui ipse sibi mandauerat: habebit mandati actionem: quia & ipse tenetur. [a] tenetur autem, quia agere potest. quanquam enim vulgo dicitur, procuratorem ante litem contestatam facere procuratorem non posse: tamen mandati actio est. ad agendum enim duntaxat hoc facere non potest.

Ad §. 2. Si quis mandauerit.

RAT. DVB. Primi mandatoris qui negotia sua geri mandauerat, & cuius negotia gesta sunt, magis interest quàm secundi, qui & ipse alij mandauit gerenda ea ipsa negotia quæ ipsi mãdata fuerant. Primo igitur mandatori non secundo danda erit mandati actio contra hunc qui aut omnino non gessit, aut malè gessit. Vt quemadmodum cùm duo sunt contractus etiam diuersi eum inspicimus qui primus est, *l.1.§.idem Pomponius 13.supr.deposit.* ita & in diuersis mandantibus eius personam inspicere potiùs debeamus qui prior mandator fuit, vt mandati actionem habeat in secundum mandatarium, alioqui circuitus longior fiet si primo mandatori necesse sit agere contra secundum, & rursùm secundo contra postremum mandatarium, contra *l.dominus testamento 53.supr.de condict.indeb.* Nec enim nouum est, vt celeritate coniungendarum actionum vna occultetur, vt in *l.3.§.sed si debitorem.infr.de donat.int. vir.& vxor.l singularia 15.supr.de reb.credit.* Ergo commodius, & expeditius videtur, vt priori mandatori rectà demus actionem in secundum mandatarium quàm vt posteriori.

DEC. Sicuti actio mandati esse non potest, vbi nullum intercessit mandatum, *l.ex mandato 20.§.1. infr.hoc tit.* Ita neque aduersus alium competere potest, quàm cui ipsi mandatum est. Actio enim mandati personalis est, & quæ nascitur ex contractu, & consensu, *l.1.supr.* Ergo non inter alios, quàm qui consenserunt, & contraxerunt. Atqui cùm mandasti mihi vt negotia tua gererem, & ego tu sum Titio, vt ea ipsa negotia tua gereret, apparet contraxisse te mecum non cum Titio, Titium quoque mecum non tecum. Titius ergo alij teneri non potest, quàm mihi, sicut nec ego alij quàm tibi. Nec ad rem pertinebit, si quis obiiciat, actionem mandati non alij posse competere quàm ei, cuius interest, & quatenus interest *§. mandati.infr.hac lege.* Mea autem nil videri interesse, cùm non mea negotia gesta sint, aut geri debuerint, sed tua. Nã imò verò mea interest ob hoc ipsum, quod tibi teneor actione mandati, cùm mãdatum, quod à te susceperam, implere per me debuerim, non per alium, nisi ex cuius persona, & facto, vel non facto teneri vellem, *l.si quis mandatu 28.supr.de negot.gest.l.heredem 14.infr.hoc tit.* Me autem æquum non esset tibi teneri, si contra Titium actionẽ nullam haberem. Ergo vtrumq; verum est, & teneri me tibi, quia cum Titio agere possum, & me cũ Titio agere posse, quia tibi teneor. Et sunt ista ex numero eorũ, quorum quodlibet causa est alterius, vt non insubtiliter Accurs. noster obseruat ad *d.l.heredem.* Nec vllus hîc circuitus est, qui euitari possit & debeat. Sed fiunt omnia ex ordine cùm ille ipse conuenitur qui mandatum suscepit, & ab eo à quo suscepit, *arg.l.cùm vnus 12.infr.de reb.author.iudic.possid.* Nec quę circa pecuniã creditam sin-

gularia recepta sunt, de quibus in *d.l.singularia*, tam facilè ad mandati causam protrahi debent, *l.qui negotia* 34. vbi dicemus *infr.hoc tit.*

a *Tenetur autem, quia agere potest.* RAT. DVBIT. Procurator ante litem contestatam facere ac substituere alium procuratorem non potest, *l.neque* 11. *l.procuratoribus* 22. *& sequent. C. de procurat.* Ergo si tibi mandauero gerenda eius negotia qui mihi mandauerat, vt ea gererem, non possum contra te tãquam procuratorem meum agere mandati, cùm nulla præcesserit litis contestatio, quæ me dominum fecerit.

DEC. Distinguendus est procurator ad lites à procuratore ad negotia. Procurator ad lites alium substituere non potest ante contestationem, quia nec dominus est, nec domini loco qualẽ esse eum necesse est qui procuratorem ad litem constituere velit, *d.l.procuratoribus, & seq.* At procurator ad negotia non indiget contestatione, adeóque nec contestandi potestate, vt alium procuratorem substituat ad negotia administranda, vt benè probat Accursius ex *l.seruum quoque* 33. *& l.mutus* 43. *supr. de procurat.* Atqui tractamus hîc de procuratore ad negotia non ad lites dato. Non igitur eò minùs danda mihi est contra te mandati actio quod ex mandato primi mandatoris litem contestatus non fuerim. Nec est contrarium quod obiicit Accursius ex *l. penult. §. item adiiciendum est. infr. de diuers. tempor. præscript.* si is cui mandatum erat, vt rem venderet, alij vendendam eam mandauerit, non aliter huius qui posteà mandauerat dandam accessionem esse, quàm si dominus id ei permiserit. Specialem enim rationem id habet propter possessionis accessionem, quam absurdum esset dari ex persona illius qui neque possessor vnquam fuisset, neque ex possessoris voluntate vendidisset. Quærit autem Accursius non ineleganter, an liberari possim ab actione mandati qua teneor ei qui negotia sua gerenda mihi mandauerat præstando ipsi actionem mandati, qua tenetur mihi Titius qui aut omnino non gessit, aut malè gessit, non quasi dubitari possit, quia eam actionem præstare ipsi debeam, *d.l. heredem. l. in creditore* 38. *in fin. inf. de euict.* Sed quia regulare est, vt, quoties quis non alia de causa tenetur, quàm quod actiones aliquas habeat, delegatio pro iusta præstatione sit, *l. quod debetur* 51. *in fin. supr. de pecul. l. item veniunt* 20. §. *ait Senatus placere. sup. de hered. petit. iunct. l si quid possessor* 31. *in princip. eod.* Sed contrà concludit Accursius post Irnerium: Et rectè. Non enim ob id tantùm tibi teneor, quòd contra Titium, cui tua negotia gerenda mandaui, actionem habeam, sed etiam quia imprudenter Titium elegi qui negotia tua gereret, quæ vel ego ipse per me gerere debueram, vel alij diligentiori mandare gerenda, vt in *l.nam & Seruius* 21. §. *vltim. supr. de neg. gest. l.* 2. §. 1. *supr. si mens. falsum. mod. dixer.*

3 ¶ Si tutores mandauerint contutori suo mancipium emendum pupillo, & ille non emerit: an sit mandati actio? & vtrùm tantùm mandati, an verò & tutelæ? & Iulianus distinguit: referre enim ait, cuius generis seruum, tutores vni tutorum mandauerint, vt emeret. nam si superuacuum seruum, vel etiam onerosum: mandati actione tantùm eum teneri: tutelæ non teneri: si verò necessarium seruum: tunc & tutelæ eum teneri, non solum, sed & cæteros. nam & si non mandassent, tenerentur tutelæ, cum seruum pupillo necessarium non comparauerint: non sunt igitur excusati, quòd contutori mandauerint: quia emere debuerunt. planè habebunt nihilo minùs mandati actionem: quia mandato non est obtemperatum. Contrà quoque Iulianus ait, tutorem, qui emit, mandati actionem habere aduersus contutores suos.

Ad §. 3. Si tutores.

RAT. DVB. Cùm tutores mandant contutori mancipium aliquod emendum pupillo, dubitari non potest, quin tanquam contutores id fecerint, non suo nomine. Ergo non est quærendum cum Vlpiano, an mandati, an tutelæ actione contutor teneatur si non emerit. Nec rursus distinguendum cum Iuliano, an de seruo superuacuo, vel oneroso emendo actum sit, an de eo, quem pupillo expediebat habere. Nam cùm omni casu tutela, quæ præcessit, mandato causam dederit, quidni dicimus actionem tutelæ omnimodo locum habere? Ex regula in huius legis principio posita, quòd vniuscuiusque contractus initium inspiciendum sit, & causa, *iunct. l.* 1. §. *quod si rem* 13. *supr. tit. pro.x.*

DEC. Iuliani distinctio elegantissima & verissima est. Nam si tutores eum seruum emi mandauerint, qui aut superuacuus, aut onerosus potiùs quã vtilis pupillo futurus esset, nihil est quod hîc de tutelæ actione tractari possit. Nam quemadmodum mandati actio, nec alij competere potest, quàm cuius interest, nec rursum nisi quatenus interest §. *mãdati. infr.* Ita nec actio tutelæ aliter nasci pupillo potest quàm si pupilli interfit, quia nec ad aliud datur quàm ad id quod pupilli interest, *l.* 1. *& tot. tit. de tutel. & ration. distr. l. si posteaquàm* 10. *& seq. infr. rem pupill. salu. for.* Pupilli autem interest non emptum fuisse seruum superuacuũ, vel onerosum potiùs quàm emptum, & quem si habuisset, expediebat potiùs vendere, vt in *l.item veniunt* 20. §. *hæc aduersus. supr. de hered. petit.* Non enim onerandus est pupillus mancipiis superuacuis, vt nec animalibus quæ mori ac perire facilè possunt, *l. verum* 11. §. *si locupleti. supr. de minor. l. lex quæ tutores* 22. *C. de admin. tutor.* Cessante igitur hoc casu actione tutelæ, mandati actio supererit, quæ competet sanè contutoribus, qui mandarunt, si modò eorum interfit, *d.* §. *mandaui. infr.* Potest enim fieri facilè, vt ipsorum interfit, quãuis non pupilli, fortè si viliore precio emendum mandauerant, inquit Accursius, cariore distracturi. Verendũ siquidem non est, ne illius lucri rationem pupillo reddere debeant, qui nullam damni si quod interuenisset partẽ sentire debuisset. Ex regula *l. secũdùm naturam* 10. *de reg. iur. l. id quod* 7. *infr. de peric. & cõmod.*

rei

rei vendit. vt benè idem Accursius noster argumentatur. Quòd si necessaria pupillo fuit eius serui emptio, non negauit Iulianus mandati actionem eo quoque casu competere, cùm verissimum sit, & mandatum fuisse, & mandato obtemperatum non esse, & contutorum interesse, vt quod tutelæ iudicio ob non emptum seruum pupillo præstaturi sunt, à contutore per mandati actionem consequantur, vt in *l. si quis mandato 28. supr. de negot. gest.* Non enim excusati erunt, cùm de rationibus tutelæ reddendis tractabitur, ob id quod tutori mandauerint, vt eum seruum emeret, quem ipsi emere omnimodo, id est, vel per se, vel per alium debuerunt, *l. 1. & 2. C. si tut. vel curat. non gesser.* Tutelæ igitur actione non solus ille contutor tenebitur cui contutores mandauerant, vt emeret: sed cæteri quoque contutores omnes, quia & aduersus omnes tutelæ actio pupillo competit, neque tamen ea tutelæ actio mandati actionem inter contutores tollet, quæ ex vtraque parte competit. Directa quidem iis qui mandarunt aduersus eum qui mandatum susceperit, nec impleuerit. Contraria verò ei qui emit, aduersus contutores si quid ex hac causa ei absit, cuius nomine indemnitatem eum consequi æquum sit. Iunge §. *vltim. cum l. sequent. & l. idémque 10. in princip. infr.*

5 ¶ Si liber homo, cùm bona fide seruiret, mandauerit Titio, vt redimeretur, & nummos ex eo peculio dederit, quod ipsum sequi, non apud bonæ fidei emptorem relinqui debuit, Titiúsque, pretio soluto, liberum illum manumiserit, mox ingenuus pronuntiatus est: habere eum mandati actionem, Iulianus ait, aduersus eum, cui se redimendum mandauit: sed hoc tantùm inesse mandati iudicio, vt sibi actiones mandet, quas habet aduersus eum, à quo comparauit.[a] Planè si eam pecuniam dederit, quæ erat ex peculio ad bonæ fidei emptorem pertinente, nullæ ei (inquit Iulianus) mandari actiones possunt: quia nullas habet, cùm ei suos nummos emptor dederit: quinimò (inquit) ex vendito manebit obligatus, sed & hæc actio inutilis est: quia, quantum fuerit consecutus, tantum empti iudicio necesse habebit præstare.

Ad §. 4. Si liber homo.

RAT. DVBIT. Liber homo qui cùm bona fide mihi seruiret, & se seruum esse crederet, mandauit alicui redimendum, puta Titio, eique nummos in hanc rem dederit, quamuis ex peculio quod eum sequi nec ad bonæ fidei emptorem pertinere debuisset, tñihil minùs cogitauit, quàm vt mandati actionem vllo casu sibi aduersus Titium acquireret. Quam enim actionem acquirere sibi velle potuisset in eo statu in quo erat omnino incapax acquisitionis, maximè verò & obligationum & actionum omnium, *l. in personam seruilem 22. l. quod attinet 32. de regul. iur.* Ergo si Titius precio soluto iam liberum illum manumiserit, quamuis ingenuus posteà pronunciatus sit, nullam tamen actionem mandati aduersus Titium habere potest, cui redimendum se mandauit. Nec enim actus operari possunt vltra intentionem agentium, *vulg l. non omnis 19. supr. de reb. credit.* & prius est, vt hic liber homo cogitauerit de acquirenda sibi actione mandati, quàm vt sibi eam acquisierit. Nec rursus potest hic liber homo conqueri de Titio qui fidem impleuit, cùm & nummis datis hominem redemerit, & redemptum manumiserit. Quid enim aliud à Titio petere poterat, vel sperare?

DEC. Plerunque accidit, vt extra id quod agitur, tacita obligatio nascatur, veluti cùm per errorem indebitum soluendi causa datur, vt scriptum est in *l. is qui 13. in fin. supr. commod.* Atqui hoc euenit in proposita specie, in qua per errorem is qui seruum se putabat, cùm liber esset, redimi se mandauit, & à Titio se manumitti passus est. Constat enim huiusmodi manumissionem: non solùm libertati non officere, sed nec ingenuitati §. *vltim. Instit. de ingen.* & pronunciationem ingenuitatis specié quandam euictionis esse, *l. sed etsi stipulatio 19. §. 1. infr. de euict. l. vlt. C. de adsert. tollend.* Cùm ergo reuera fuerit & liber homo, & ingenuus eo tempore, quo se redimi frustrà Titio mandauit, non dubitabatur quin eo tempore capax fuerit acquirendę sibi contra Titium actionis mandati, & illud tantùm inspiciendum est, an subsit materia aliqua contrahendæ obligationis in persona Titij, vt mandati actione libero homini teneri possit. Subest autem procul dubio materia, cùm redemptio facta est à Titio ex iis nummis peculiaribus, qui eum manumissum sequi debuissent, id est, quos neque ex re possessoris, neque ex operis suis acquisiuerit, *l. acquiruntur 10. §. idem placet. inf. de acquir. rer. domin.* Cùm igitur eos Titio dederit, & quidem sine causa, quod neque redimi, neque manumitti homo liber potuerat, an non æquissimum est reddi eos ingenuo? *l. 3. §. si liber homo. supr. de condict. caus. dat.* Quanam verò actione, nisi mandati, cùm propter mandatum Titio factum eos amiserit? An ergo eos Titius restituere cogetur, quia ipse acceperit? Minimè. Dedit enim illos bonæ fidei possessori, & quidem ex voluntate ingenui bona fide seruientis pro precio nimirum redemptionis. Sed ad hoc tantùm mandati actio competet, vt actiones, quas habet Titius aduersus eum à quo comparauit, huic præstet, vt in *l. si mandatu 45. infr. hoc tit.* Habet autem actionem ex empto, & de euictione, quia hic ingenuus venditus & manumissus, vt seruus sibi ipsi euictus quodammodo intelligitur, *d. l. sed etsi 19. §. 1. de euict. iunct. l. qui à pupillo 7. eod. d. l. 2. in fin. C. de adsert. tollend.* Per quam actionem certum est cogendum esse bonæ fidei possessorem, eundémque venditorem, vt reddat precium quod accepit, *l. si in venditione 60. infr. de euict.*

a *Planè si eam pecuniam dederit.* Hic posterior casus nullam dubitandi rationem habere videtur. Quis enim possit quærere, an Titius actiones suas in emptorem bonæ fidei præstare debeat, quas nullas habeat? Atqui nullas habere potest Titius cõtra bonę

BIU Cujas

fidei emptorem, eundémque venditorem cùm ei nummos dederit, qui erant sui, id est, vt Accursius benè explicat, venditoris. Tantúmque abest, vt primus emptor, idémque venditor secundo emptori Titio nummos, quos accepit, restituere teneatur, vt imò verò maneat Titius venditori obligatus actione ex vendito ad solutionem scilicet precij tãquam nondum soluti cùm ex ipsius, venditoris nummis solutum sit. Quod enim generaliter dici solet, quoties nummos suos accipit creditor, toties non contingere liberationem debitori, *l. si mandauero 22. §. si mandauerim in fin. hoc tit.* in emptore quoque verum est, vt nõ aliter liberetur à venditore quàm si nummos, quos soluit pro precio, faciat accipientis venditoris, *l. ex empto 11. §. 1. inf. de action. empt. l. 1. de rerum permut.* Non autem potest facere venditoris nummos qui iam sint venditoris, cùm id quod iam nostrum est magis nostrum fieri non possit §. *sic itaque. Instit. de action.* Sed tamen subiicit Vlpianus, & rectè actionem hanc ex vendito, quam Iulianus dat primo emptori, eídemque venditori contra Titium secundùm emptorem ad precij restitutionem, inutilem ei fore, quia quantum fuerit à Titio consecutus per actionem ex vendito, tantum ille vicissim iudicio empti necesse habeat præstare Titio, cui homo liber venditus seipsum euicit. Et hæc huius non insubtilis §. vera, & dilucida interpretatio.

5 ¶ Mandati actio tunc competit, cùm cœpit interesse eius, qui mandauit. cæterùm, si nihil interest, cessat mandati actio. & eatenus competit, quatenus interest: Vt puta mandaui tibi, vt fundum emeres. si intererat mea emi, teneberis. ceterùm si eundem hunc fundum ego ipse emi, vel alius mihi, neque interest aliquid: cessat mandati actio. [a]Mandaui, vt negotia gereres. si nihil deperierit, quamuis nemo gesserit, nulla actio est. aut si alius idoneè gesserit, cessat mandati actio. & in similibus hoc idem erit probandum.

Ad §. 5. Mandati.

RAT. DVB. Aliena tantùm gratia mandatum fieri potest, vt puta, si tibi mandauerim, vt Titij negotia geras, vel ei fundum emas, vel pro eo fideiubeas, *l. 2. §. aliena tantùm*, vbi diximus *supr.* Atqui vt Titio acquiratur fundus, vel vt qua alia ratione fiat locupletior, nihil interest mea, *l. stipulatio ista 38. §. alteri. de verb. oblig.* Ergo mandati actio non tantùm tunc competit, cùm cœpit interesse illius qui mandauit, multóque minùs dici potest eatenus illam competere, quatenus interest.

DEC. Mandatum facti est non iuris, vt & cæteri contractus omnes, *l. consilio 7. §. vlt. infr. de curat. furios.* Ideóque potest intercedere priùs etiam quàm interfit mandantis. Sed mandati obligatio, itémque actio iuris est, & idcirco quamuis ex ipso mandato nascatur, non tamen statim atque mandatum est, nascitur: sed eo demùm instanti quo incipit mandantis interesse. Accidit enim aliquando, vt postea incipiat interesse, cùm antea nihil interfuisset, vt in exemplis quæ attulimus ad *d. §. aliena tantùm*, & *ad l. si remunerandi 6. §. si tibi mandauero. supr.* post Iacob. Cuiacium *lib. 17. Obseruat. c. 29.* Et quemadmodum sufficit nonnunquam, vt ab initio interfuerit, licèt ex postfacto desierit interesse, vt in *l. qui autem 12. §. 1. supr. si quis caution.* & alibi plerisque exemplis ibi ab Accursio citatis. Ita nec quicquam vetat nihil interesse ab initio. Ex postfacto autem incipere interesse. Neque tamen consequens est, vt quoties interest, toties actio mandati competat. Necesse namque est, vt mandatum præcedat, *l. ex mandato 20. §. 1. infr.* & quidem quod honestum fuerit ac obligatorium. Quid enim si ex turpi, vel parum honesta causa interfit? vt in *dict. l. si remunerandi 6. §. rei turpis. sup.* Quid si pro præsente quidẽ, sed inuito ac repugnãte quis fideiusserit, vt in *l. si pro te 40. infr.* Quid si te mãdante, sed donã di animo? vt in *l. quod dictũ 32. sup. de pact.* Certè his casib. mandati actio, nec directa, nec contraria competit quamuis interfit, *d. l. si remunerandi. §. si passus sim. supr.* Illud planè constat, quod Vlpianus hîc subiicit, si cùm ab initio mandantis interfuisset, puta vt fundus ipsi emeretur, quem emi mandauerat, postea tamen eius interesse desierit, fortè quod eum ipsum fundum, vel ille sibi emerit, vel ipsi alius, cessare actione mandati, quòd ad eum casum res peruenerit, à quo incipere non potuit, *l. quia 16. supr. ad legem Aquil.* Idque commune est actionibus omnibus quæ non dantur, nisi ad id quod interest, scilicet vt desinant competere si desinat interesse, si non ad certum tempus relatæ fuerit, in quo interfuerint. Maximè verò si de actionibus bonæ fidei tractemus. Non tantùm enim malè agit, sed etiam dolo malo, & contra bonam fidem si pergat agere ad id quod sua interest, cùm nihil iam ipsius interfit, *l. 2. §. circa. infr. de dol. mali except.* stipulationum, quæ omnes stricti iuris sunt, alia ratio est. Habẽt enim constantem & perpetuam regulã illam, vt stipulatio, quæ semel commissa est, nunquam resoluatur, *l. euicta 16. §. si seruus. l. habere licere 58. in fin. de euict.*

a *Mandaui vt negotia gereres.* Aliud exemplum est quod Vlpianus adfert, vt probet actionem mandati competere nõ posse si nihil interfit. Nam si mandauerim tibi gerenda mea negotia, quamuis mandati actione tenearis etiamsi nihil gesseris, non tamen priùs mãdati actio mihi competet, quàm mea interesse cœperit. Finge nihil ex negotiis meis deperiisse, nihil certè mea interesse videri potest. Ergo neque mandati actionem habebo, licèt mandatum ab initio fuerit obligatorium. Nec distinguemus an alius mea negotia gesserit, an nullus. Quid enim refert, dũne mihi quicquam deperierit? Aut quid aliud agebam, cùm mandabam tibi, vt negotia mea gereres, quàm vti ne quid damni negotia mea paterentur? *arg. l. 1. §. inde quæritur. infr. de oper. noui nunc.* Planè, nec sufficiet ad te excusandum, quòd alius ea gesserit, nisi idoneè & vtiliter gesserit, quia fidem & personam tuam elegeram, & gessissem ego ipse, vt credibile est, nisi mandatum gerendi à me suscepisses. Addit Vlpianus, *Et in similibus hoc idem erit probandum*, vt intelligamus superioris sententiæ plura exempla ab eo allata esse, nec alia deesse similia,

quæ

quæ adferri possent, in quibus idem ius probandum sit. Itaque non est ab his verbis inchoandus nouus §. vt in vulgata editione, sed versiculus hic superiori coniungendus, vt in Florentina.

6 ¶ Si ignorantes fideiussores debitorem soluisse, vel etiam acceptilatione, siue pacto liberatum, ex substantia debitoris soluerunt: non tenebuntur mandati.[a] Quod & ad actionem fideiussoris pertinet. & hoc ex rescripto Diuorum fratrũ intellegere licet. huius verba hæc sunt: IMP. ANTON. & VERVS AA. Catullio Iuliano. Si hi, qui pro te fideiusserant, in maiorẽ quantitatẽ damnati, quàm debiti ratio exigebat, scientes & prudẽtes auxilium appellationis omiserũt. poteris, mandati agentib. his, æquitate iudicis tueri te. Igitur, si ignorauerunt, excusata ignorantia est.[b] si sciuerunt, incũbebat eis necessitas prouocandi.[c] ceterùm dolo versati sunt, si non prouocauerunt.[d] quid tamen, si paupertas eis non permisit? excusata est eorum inopia.[e] sed & si testatò conuenerunt debitorem, vt, si ipse putaret, appellaret, puto rationem eis constare.

Ad §. 6. Si ignorantes.

RAT. DVB. Non alia de causa datur actio mandati fideiussoribus qui pro debitore soluerunt de suo, quàm quòd debitoris condicionem meliorem fecerint, eúmque à creditore liberauerint. Fit enim locupletior quisquis à creditore suo liberatur *l. si pupilli 66. in fin. infr. de acceptilat.* Æquum autem non esset debitorem ex fideiussoris damno & iactura locupletari. Numquam enim damno affici debet is qui mandatum suscipit, *l. si mandassem 15. inf. hoc tit. l. si seruus 61. §. quod verò. infr. de furt.* Atqui debitor qui iam liberatus est, siue ipso iure per solutionem, aut acceptilationem, siue per exceptionẽ, puta pacto conuento, non potest iterum ac magis liberari ex pecunia fideiussoris. Ergo etiamsi fideiussor ignorans, pecuniam pro qua fideiusserat, creditori soluerit, nullam tamen eo nomine mandati actionem habere debet. Rursum si fideiussor non de sua pecunia, sed de bonis & substantia debitoris nondum liberati soluerit (quod facere iure suo potest, ne alioqui necesse habeat, aut res suas vendere, aut pati carceres, quod vtrumq; inhumanum esset, *l. Lucius 38. §. 1. l. si mandatu meo 45. in princip. infr. hoc tit.*) ideo non potest conueniri à debitore mandati actione, quòd ipsius negotium vtiliter gesserit quem liberauit à creditore. Atqui ratio hæc cessat eo casu quo fideiussor ex substantia debitoris soluerit pro debitore iam liberato, siue liberatum sciuerit, siue ignorauerit. Non enim potest ignorantia fideiussoris facere, vt eo minùs debitor qui soluit, aut cui acceptolatum est, liberatus esse intelligatur. Ergo quemadmodum superiore casu non videntur fideiussores agere posse mandati cõtra debitorem iam quoquomodo liberatum, siue naturaliter tantùm, siue etiam ciuiliter liberatus sit. Ita & posteriore dicendum videtur, fideiussores qui ex substantia debitoris soluerunt, cùm iam esset ille liberatus, teneri actione mandati directa ad præstandam indemnitatem debitori, cuius bona prætextu fideiussionis sine causa distraxerunt. Quam enim vtilitatem ex ea distractione securáque solutione percipere potuit debitor qui iam erat liberatus?

DEC. Damno affici nunquam debet is, qui mandatum suscepit, vt modò dicebamus ex *d. l. si mandassem 15. infr. d. l. si seruus 61. §. quod verò infr. de furt.* Atqui damnum pateretur fideiussor & quidem ex causa suscepti mandati, si agere prohiberetur pro repetitione eius pecuniæ quam de suo soluisset. Aut si actione mandati teneretur ipse ob vendita debitoris bona, tametsi iam liberato debitore, si modò liberatum eum soluens fideiussor ignorasset. Vnde enim diuinare potuit factam à debitore solutionem aut acceptilatione partam ei liberationem? An fortè imputare ei volumus cur non diuinauerit? *l. si fideiussor 29. §. si debitor infr. hoc tit. l. si putator 31. supr. ad leg. Aquil. l. 4. §. illa etiam quæstio infr. de doli mal. except.* An non potiùs imputandum est mandatori quod fideiussorem non certiorauerit, eíque denunciauerit ne ignorans solueret? *d. l. si fideiussor. in princi. & d. §. si debitor.*

a *Quod & ad actionem fideiussoris pertinet.* Sensus est, idem iuris esse in actione mandati contraria quę fideiussori competit aduersus mandantem, debitorem quod esse diximus in mandati actione directa quæ mandanti competit aduersus fideiussorem si debitoris bona distraxerit, vt haberet, vnde solueret creditori, cui iam fuerat satisfactum. Vt scilicet vtroque casu distingui oporteat, an sciens, an ignorans liberatum esse debitorem, soluerit. Vt si ignorans ei succurrendum sit, si sciens non succurratur. Alia quæstio est de fideiussore qui impetrauit à Potestate, vt & antequã solueret, pignora ipse possideret quasi satisfacturus creditoribus, de quo in *l. fideiussor 26. in princ. infr. de pignor. Et hoc ex rescripto diuorũ fratrum intelligere licet.* A contrario sensu rescripti, inquit Accurs. Nec enim rescriptum cuius verba hîc referuntur de eo fideiussore loquitur, qui pro fideiussore vltro soluerit, aut debitoris bona vt pro eo solueret distraxerit, cùm iam debitor esset liberatus. Sed de eo qui in maiorem quantitatem condemnatus, quàm debiti ratio exigebat, sciens & prudens auxilium appellationis omisit. Contra quem æquitate iudicis tuendum esse debitorem placuit Imperatoribus si ab eo mãdati actione conueniatur. Sed quia rescriptum de fideiussore prudente & sciente loquitur, benè infert Vlpianus, *Igitur si ignorauerunt, excusata ignorantia est.* Cur enim de prudente ac sciente fideiussore locuti essent Imperatores si in ignorante quoque idem admisissent? Nec sanè quisquam dubitat, quin optimum in iure nostro & validissimum sit argumentum à contrario sensu quoties in contrario sensu non eadem iuris aut æquitatis ratio locum habet quæ in sensu directo vt in *l. 1. §. huius rei supr. de offic. eius cui mandat. est iurisd. Iunct. l. conuenticula 15. Cod. de Episcop. & cleric.*

b *Si sciuerunt, incumbebat eis necessitas prouocandi.*

RAT. DVB. Nemo inuitus agere cogitur *tot. tit.*

BIU Cujas

C. *vt nem. inuit. ager. vel accus. cogat.* Atquin is qui prior appellat, agit, *l. qui appellat. 29. supr. de iudic.* Ergo nec appellare quisquam cogendus est, ne tum quidem cùm agendi, aut accusandi necessitatem habuit, *l. propter veneni 21. §. vlt. infr. de S.C. Silan. l. Herennius 63. §. Caia Seia. de euict.*

DEC. Mandatarius & procurator bonam fidem in omnibus præstare debet, *l. idemq; 10. in princip. l. si mandatu 59. §. 1. infr. eod.* Atqui non est ex bona fide, vt alterius periculo malè ac iniquè condemnatus fideiussor, aliúsve mandatarius quilibet omittat auxilium appellationis, *l. si pro ea 10. in fi. C. hoc tit.* quod auxilium est iuris communis, *l. 3. §. falsus procurator. infr. rat. rem haber.* & necessarium ad corrigendam iudicati iniquitatem, *l. 1. infr. de appellat.* Ergo quamuis mandati fines diligenter custodiendi sint, *l. diligenter 5. sup. hoc tit.* & in mandato nihil de appellãdo dictũ sit. Potest tamen & debet procurator mãdatũ ad prouocationẽ quoque extendere, vt loquitur *l. inuitus 17. C. de procurat iunct. l. minoribus 6. in fin. Cod. de his quibus vt indign.* Ne videatur dolo malo, & contra bonam fidem appellatione vsus non fuisse *d. l. si pro ea.* Quia sicuti mandatum, siue simplex, siue limitatum includit omne antecedẽs necessarium, *l. ad rem mobilem 56. l. ad legatum 62. supr. de procurat.* ita & omne id quod est consequens ex bona fide quousque mandatum perfectè impletum sit, *d. l. si mandatu 59. §. 1. inf.* Non tam enim mandati extensio ista dicenda est, quàm executio, quoniam in mandato quolibet includuntur ea omnia sine quibus mandatum alioquin vtiliter, & commodè expediri non posset, *l. 2. supr. de iurisdict.* nec recusare procurator debet, quominùs ob susceptum mandatum cogatur appellare, cùm & agere compellatur si agendi mandatum susceperit, quamuis ab initio fuerit ei liberum non suscipere, *l si mandauero 22. §. vltim. infr.* Alioqui cogendus est actione mandati præstare domino quanti eius interierit, quòd actum aut prouocatum non sit, §. *mandati. supr.* Ideóque apud Sebusianos meos solent procuratores iudiciorum, cùm appellant, protestari se id facere, ne ad interesse teneantur. Planè si præsente debitore, fideiussor condemnatus sit, in maiorem quantitatem quàm debiti ratio exigebat, etiamsi sciens se iniquè cõdemnatum appellationis auxilium omiserit, nihil tamen ex hac causa ei imputare debitor poterit, qui potuit ipse, cùm præsens esset, appellare *d. §. Caia Seia. & versic. Sed etsi testatò. infr.*

c *Cæterùm dolo versati sunt si non prouocauerunt.* RAT. DVB. Non videtur facere dolo qui iure suo vtitur, *l. si duorum 52. infr. de action. empt.* Atqui iure suo vtitur fideiussor, qui cùm liberũ habeat, an appellare velit, necne, mauult tamen non appellare, siue dubium litis euentum vereatur, qui semper incertus est, *l quod debetur 51. supr. de pecul.* siue vexationem, & sumptus litis appellatoriæ, *arg. l. 1. supr. de inoffic. testam. l. minoribus 6. supr. de minor.* Nam & ob hanc causam solemus dicere verecundam esse cogitationem eius qui lites execratur, *l. 4. §. 1. supr. de alie. iudic. mut. caus. fact.* Tantum abest, vt ad dolum accedat. Ergo non facit dolo fideiussor qui condemnatus ad maiorem quantitatem, quàm quæ debebatur, non prouocauit, tametsi sciuerit factam à debitore solutionem. Præsertim cùm appellationis remedium plerumque suspectum sit, ne dicam odiosum propter appellationes, quæ vt plurimùm frustratoriæ sunt, nec nisi morandi causa interponuntur, vt in *l. tutor 41. in princ. infr. de vsur.*

DEC. Aduersus iniuriã iudicis non aliud promptius aut certius auxilium est, quàm appellationis, *d. l. 1. infr. de appellat. l. ait Prætor 7. §. sed si ei. versic. quid tamen. supr. de minor.* quia appellatio extinguit iudicatum, *l. furti 6. §. 1. supr. de his qui not. infam. l. 1. §. vlt. infr. ad S.C. Turpill.* Atqui fideiussor qui se videt condemnatum in maiorem quantitatem, quàm quæ à reo debeatur, apertè videt factam esse iniuriam non tam sibi quàm debitori qui iam soluit, & aduersus quem nihilominus regressum habiturus est. Ergo non facit ex bona fide, sed dolo malo, si non prouocet, vt iniuriam à debitore propulset. Debuit enim causam debitoris non minùs, quàm suam tueri, maximè cùm periculo & sumptu debitoris id futurum fuerit, *d. l. si pro ea 10. C. hoc tit.* Aut saltem testatò conuenire debitorem, vt ipse, si putaret, appellaret. Quomodo sequitur hic in textu.

d *Quid tamen si paupertas eis non permisit?* RAT. DVB. Difficultas conquirendæ pecuniæ in persona eius qui ob suam paupertatem, neque domi pecuniam habet, neque inuenit creditorem ad incõmodum pauperis fideiussoris potiùs quàm ad impedimentum debitoris mandantis pertinet, quia recedunt ista ab impedimento naturali, & respiciũt ad facultatem dandi. Est autem facultas personæ commodum incommodúmque non rerum quæ debentur, vt eleganter scriptum est in *l. continuus 137. §. illud. infr. de verb. oblig.* Ergo quamuis fideiussor qui appellare debuit, non potuerit præ inopia, non ideò tamen debet esse excusatus.

DEC. Inopia quamuis non sit modus tollendæ obligationis, excusat tamen à dolo, quia non potest videri dolo facere qui per inopiam impeditus est id præstare quod sine pecunia, & sumptu præstari non potuit. Dolus enim est, si quis non faciat id quod possit, & debeat facere, *l. dolus est 44. infr. hoc tit. & §. prox. infr. l. quod Nerua 32. supr. tit. prox.* Quid verò imputare possis ei qui non fecerit id quod facere, etiamsi maximè voluisset, præ inopia tamen non potuisset? Neq; verò ex bona fide est, vt miser & inops fideiussor qui fideiubendi mandatum suscipiendo ac fideiubendo amici officium impleuit liberaliter, in eas coniici angustias, vt vel ad conquirendam pecuniam quam inuenire non possit vrgeatur, vel doli mali reprehensionem incurrere compellatur, *l. si seruus 61. §. quod verò. infr. de furt. l. ne liberalitate 50. de re iudic.* Sic in *l. illicitas 6. §. vlt. supr. de offic. Præsid.* In delictis sanè paupertas numquam prodest, *l. palam 43. §. non est. infr. de rit. nupt.*

e *Sed etsi testatò conuenerunt debitorem.* RAT. DVBIT. Qui non fecit quod facere potuit, & debuit, non ob id solùm excusari debet, quòd alius æquè id facere potuerit, & debuerit §. *si tutores. vers. non sunt igitur excusati. sup.* Ergo etiamsi fideiussores condemnati testatò denunciauerint debitori, vt appellaret si id sibi expedire putaret, non ideò tamen excusati esse debent, præsertim cùm ponamus fideiussores condemnatos esse, non debitorem qui è contrario liberatus est ob hoc ipsum quod eius fideiussores priore loco conuenti sunt, *l. si mandatu 45. §. vlt. iunct. l. si mandauero 22. §. interdum infr. hoc tit.* Primus enim Iustinianus hoc ius correxit in *l. vlt. C. de fideiuss.* Adeò vt dubitandum sit, an si de iure obligationis pignorum actum fuisset, fideiussores liberaren-

BIU Cujas

rarentur. Quod tamen negatur in *l. etiamsi 9. eod. tit. iunct. l. quamuis 8. C. de pignor.* Sanè si quãdo prouocandum est, eius est appellare qui fuit condemnatus, non alterius, cùm appellatio nihil nisi iniquitatis sententiæ querelam contineat *l. præfecti 17. supr. de minor.*

Dec. Appellantes audiuntur omnes quorum interest, etiamsi non sint condemnati *l. 4. §. alio condemnato & sequent. l. 5. in princip. & §. 1. l. si per lusorio 14. infr. de appellat. l. 1. de appellat. recip. vel non.* Atqui cùm fideiussor condemnatus fuit, interest debitoris quamuis liberati, vt sententia per appellationem rescindatur propter regressum quẽ alioqui cõtra eũ habiturus est fideiussor siue mãdati actione, siue negotiorũ gestorũ, si modò nihil ei possit imputari *l. exceptione 67. inf. de fideiuss.* Ergo ab eiusmodi sentẽtia prouocare debitor ipse & potest & debet si ei denunciatum sit à fideiussore condẽnato, nec audiendus est, si appellandi necessitatẽ, quam ipse nolit recipere, malit reciicere in fideiussorem, perinde acsi condemnationi adfuisset vt in *l. Herennius 63. §. Caia Seia. infr. de euict.* Ergo si fideiussores condemnati testatò debitorem conuenerint, vt si ipse putaret, appellaret, dicendum est cũ Vlpiano rationem eis cõstare, vt indemnitatem cõtrario mãdati iudicio persequi non prohibeantur.

1 ¶ Dolo autẽ facere videtur, qui id, quod potest restituere, nõ restituit.[a] Proinde si tibi mandaui, vt hominem emeres, eúmq; emisti: teneberis mihi, vt restituas,[b] sed & si dolo emere neglexisti, (fortè enim, pecunia accepta, alij cessisti vt emeret,) aut si lata culpa: (forte si gratia ductus, passus es alium emere) teneberis.[c] Sed & si seruus, quem emisti, fugit: si quidem dolo tuo, teneberis: si dolus non interuenit, nec culpa, non teneberis, nisi ad hoc, vt caueas, si in potestatem tuã peruenerit, te restituturum.[d] Sed & si restituas, tradere debes: & si tatum est de euictione rei, vel potes desiderare, vt tibi caueatur: puto sufficere, si mihi hac actione cedas, & procuratorem me in rem meam facias: nec amplius præstes, quàm consecuturus sis.

Ad §. vlt. Dolo autem.

Rat. dvb. Potest fieri vt mandatarius iustam aliquam causam habeat non restituendi id, quod tamen ex causa mandati restituere teneatur: puta si mandator indemnitatem ei præstare recuset, eius nomine velut quodam tacito pignoris iure mandatoris rem retinere velit vt in *l. Iulianus 13. §. offerri infr. de action. empt. l. pen. §. 1. de hered. vel act. vendit.* Nam quarum rerum nomine habet contrariam mandati actionem *l. si verò 12. §. si mihi mandaueris l. si quis alicui 27. §. impendia l. qui mutuam 56. §. vlt. infr. hoc tit.* multo magis retentionem habere debet *l. 1. §. is autem infr. de superfic. l. inuitus 156. §. 1. de regul. iur. l. 1. de pignor.* Non est autem in mora: Tantum abest vt sit in dolo qui iustam causam habet propter quam nolit reddere *l. sciendum 21. & seq. infr. de vsur.* Nam nec in mora ille est qui iusta exceptione aliqua tueri se potest *l. lecta 40. supr. de reb. credit.* Ergo generaliter verum non est dolo facere videri eum, qui cùm possit mandatori id quod mandati iudicio debet, restituere tamen non vult. In dubio autem quis ferat præsumi dolum, cuius non tantum præsumptio odiosa est & improbabilis *l. meritò 51. infr. tit. prox. sed etiam probatio l. dolum 6. C. de dolo.* quæ tamen necessaria est quoties dolus alligatur *l. in exceptionibus 19. §. qui dolo infr. de probat.*

Dec. Tertium iustitiæ præceptum est ius suum cuique reddere. *l. iustitia eo §. 1. supr. de iustit. & iur. l. bona fides 31. sup. tit. prox.* Et quemadmodum contra bonã fidem est, mandatũ, quod susceperis, implere nolle *l. si mãdauero 22. §. vlt. d. l. si quis alicui 27. §. qui mandatũ inf.* ita & multo magis postquã impleueris nolle mãdatori restituere id omne, quod ei restituere & possis, & debeas. Nimirũ si nullam satis iustam recusandi causam habeas: supponẽdi enim semper sunt, vt soleo dicere, termini habiles, ne quid absurdi sequatur. Extra hunc casum præsumptio hæc noli non solum iuris est, sed etiam de iure, vt nostri loquuntur, de iure, contra quam non admittitur probatio in contrarium *l. filium 6. supr. de his qui sui vel alien. iur. sunt.* quia nimirum impossibilis esset probatio aut falsa, cum ius ipsum certum sit *l. 2. infr. de iur. & fact. ignor.* Iunge *l. dolus est 44. infr. hoc tit. l. 1. §. vlt. supr. tit. prox.*

a *Proinde si tibi mandaui.* Rat. dvb. Si tanquam procurator meus rem mihi emeris, cãq; res tibi sit tradita, dominium mihi acquiritur id est proprietas etiam ignoranti *l. si procurator 13. infr. de acquir. rer. domin.* Mea igitur non interest, vt habeam contra te actionem mandati, cum habeam dominij vindicationem. Plus enim cautionis est in re quàm in persona *l. plus cautionis 25. de regul. iur.* Quod si res non sit tibi tradita meo nomine, certum est non posse illam prius meam fieri quàm mihi tradideris *l. res ex mandatu 59. eod. tit. de acq. rer. domin.* Atqui nemo rẽ suam tradere & restituere præcisè cogi potest per viam actionis, cùm traditio & restitutio sint facti *l. consilio 7. §. vlt. infr. de curat. furios. l. qui restituere. 68. supr. de rei vindic.* Ad factum autem nemo præcisè cogatur, quia sine vi & impressione id fieri non posset, sed in locum obligationis faciẽdi succedit obligatio & præstatio eius quod interest *l. si quis ab alio 13. in fin. infr. de re iudic. l. cum stipulatus 113. §. vlt. iunct. l. stipulationes non diuiduntur 72. de verb. obligat.* Ergo si tibi mandauerim vt mihi hominem emeres, tũq; emisti, non eo magis potero contra te mandati agere vt eum mihi tradas & restituas.

Dec. Procurator bonam fidem præstare debet in omni eo quod mandatum est, *l. idemq; 10. in princip. l. si mandatu 59. §. 1. infr. hoc tit.* Ergo si mandauero tibi vt hominem mihi emeris, tũque suscepto mandato emeris, æquum est & ex bona fide eum mihi restituas, non quidem præcisè si nolis, sed causatiuè, nisi malis præstare quanti mea interest, vt euenit in venditore nolente rem tradere quam vendidit *l. 1. infr. de action. empt. l. contractus 17. C. de fid. instrum. & d. l. qui restituere.* Nec enim hoc casu potest locum habere manus illa militaris, quam sub Vlpiani nomine Tribonianus contra iuris rationem inuexit in *d. l. qui restituere.* Pertinet enim lex illa ad vindicationes cæteráque actiones arbitrarias tantùm, non etiam ad actiones bonæ fidei & strictæ

BIU Cujas

vt ex illius legis fine apparet. Proinde nō ad actionē mandati, quæ sui natura non datur nisi ad id quod interest, & quatenus interest §. *mandati actio supr.*

b *Sed etsi dolo emere neglexisti.* RAT. DVB. Imputare sibi debet qui minùs diligenti amico faciendum aliquid mandat, cùm sit in culpa malæ electionis *l. nam & Seruius* 21. §. *vlt. supr. de negot. gest.* Sicut dici solet de eo qui penes minus diligentem amicum rem suam deposuit *l.* 1. §. *is quoque infr. de oblig. & action.* Ergo si mandauerim tibi, vt hominē mihi emeres, tú q; emere neglexeris, & interim alius emerit, non est mihi hoc nomine danda contra te mandati actio.

DEC. Qui mandatum suscepit, implere illud ex bona fide debet *dict. l. idemq;* 10. *in princip. l. si mandauero* 22. §. *vlt. infr.* Nihil autem tam contrarium est bonæ fidei quàm dolus *l.* 3. §. *vlt. infr. tit. prox. l. si dolo* 5. *C. de rescind. vendit.* Hic autem tractat Vlpianus de procuratore qui dolo malo emere neglexerit, fortè accepta pecunia cesserit alij vt emeret, aut lata culpa quàm ad dolum proximè accedit, fortè si gratia ductus alium emere passus sit: ergo his casibus procuratorem æquum est teneri actione mandati, vt damnum, quod ex dolo suo & lata culpa intulit, mandatori sarciat, cui & de omni culpa tenetur, etiam leuissima *l. à procuratore* 13. *C. hoc tit.* Nec enim culpa malæ electionis mandatarium excusare à dolo & culpa potest, cùm quilibet probum se præstare debeat.

c *Sed & si seruus quem emisti fugit.* Casus hic nullā habet dubitationem siue dolo malo tuo seruus, quem mihi mandatu meo emeras, fugerit, siue culpa tua, cùm mandatarius non tantùm dolum, sed etiam omnem culpam præstare debeat, vt proximè diximus ex *d. l. à procuratore.* Sed quod Vlpianus subijcit: Si dolus tuus non interuenerit, nec culpa teneri te ad hoc vt caueas, si in potestatem tuam seruus emptus peruenerit te restituturum dubitationem aliquam recipit ex eo, quod fuga serui quæ nec dolo malo nec culpa vlla tua accidit, casus improuisus est quem procurator præstare non tenetur *d. l. à procuratore.* Proinde non videris cogendus cauere si adprehenderis eum reddi, sed ad hoc tātum teneri, vt si ad te iterum peruenerit, debeas reddere: alioquin eo demùm casu mandati tenearis, Quomodo in depositario scriptum est in *l. si sine* 20. *supr. tit. prox.* Sed decidendi ratio ex eo petenda est, quod durius obligetur mandatarius quàm depositarius, vt post Accursium ad illum locum scripsimus: Quódq; non magnum sit damnum aut incommodum in ea cautione præstanda de restituendo seruo si in potestatem tuam peruenerit. Nam & in bonæ fidei possessore conuento rei vindicatione idem obtinet *l. si à bonæ fidei* 21. *supr. de rei vindic.* Et in actione ad exhibendum *l. Celsus* 5. §. *vlt. supr. ad exhib.* & in condictione ob causā dati causa non secuta *l. si pecuniam* 5. §. *item si quis de condict. ob caus. dat.* Denique in omnibus bonæ fidei iudiciis *l. in omnibus* 41. *supr. de iudic. l. pro socio* 38. *infr. tit. prox.* Nec enim hæc cautio desiderat fideiussorem, cuius datio plerumq; difficilis, semper autem onerosa est *l.* 2. §. *vlt. de iudic.* sed nuda repromissione contenta est *d.* §. *item si quis*, quæ sola repromissionis nomine regulariter significatur *l.* 3. *C. de verbor. signific. l. emptori* 37. *l. si dictum* 56. *infr. de euict.*

d *Sed & si restituas.* Puto textum hunc alioqui obscurum esse, ita intelligendum in illis verbis, *sed & si restituas, tradere debes, si cautum est de euictione*, vt nō aliter videaris mihi hominem restituere quem mādatu meo emeris quàm si venditor cauerit tibi de euictione. Pars enim quodammodo venditionis est, vt caueat venditor de euictione rei venditæ vt si fortè euincetur, habeat emptor actionem ex empto ob euictionem *l. ex empto* 11. §. 1. *inf. de action. empt. l. si in venditione* 60. *de euict. l. pacta cōuenta* 72. *de contr. empt.* Aut si nondum tibi de euictione cautum sit, potes desiderare, vt tibi caueatur, vt posteà per mandati actionem possis mihi ea actione de euictione cedere, sine qua nec plenè mihi emisse & tradidisse videreris *l. possessio* 49. §. *vlt. infr. de acquir. poss.* Concludit tamen Vlpianus neque hoc, neque illud necessarium esse, sed sufficere, vt mihi hanc actionem cedas, quam aduersus venditorem tuum habes, vt caueat tibi de euictione, Id est, vt me procuratorem tuum in rem meam facias, nec amplius quicquam mihi præstes, quàm actione ex empto consecuturus sis euictionis nomine vt in *§. si liber homo supr.* Nam nec alia causa est ob quam tenearis mihi actione mandati etiam post rem traditam si nondū tibi cautum sit de euictione quàm quod ex empto actionem contra venditorem tuum habeas vt tibi de euictione caueatur, etiāsi in vendēdo nihil de eo dictū sit *l. in vendendo* 66. *inf. de contr. empt.* Quisquis autem ob hoc solum obligatus est quod actionem habeat, ipsam cedendo liberatur, *l. quod debetur* 51. *in fin. sup. de pecul.* vbi diximus.

9. PAVLVS libro 32. ad Edictum.

DE tuo etiam facto cauere debes.

Ad l. de tuo 9.

RAT. DVB. Alienatio & dominij translatio non potest fieri nisi cum sua causa *l. alienatio* 67. *infr. de contr. empt. l. debitorem* 15. *C. de pignor.* Atqui cùm hominem ex mandato meo mihi emisti qui traditus tibi sit non meo, sed tuo nomine, dominium ipsius in te translatum est, nec priùs meum fieri potest quàm tu mihi tradideris *l. res ex mandato meo* 59. *infr. de acquir. rer. domin.* Ergo non ad aliud teneri mihi potes actione mandati quàm vt eum hominem tibi præstem talem qualis est, siue ante traditionem eum pignori obligauerim creditori meo, siue illum manumiserim. Hæc enim omnia facere potui pro meo iure, cùm essem dominus, vt benè hīc docet Accursius.

DEC. Procurator in omni eo negotio, quod mandatum ipsi est, bonam fidem præstare debet *l. prox. in princip. infr.* Atqui non esset ex bona fide si hominem quem mandato meo emisti, sic mihi traderes, vt tamen ex tuo facto pignori iam obligatus inueniretur aut manumissus. Ita enim fieret vt in effectu nihil mihi præstares, magísque me onerares. Ergo non aliter liberari debes ab actione mandati qua mihi teneris, quàm si de tuo facto mihi caueas, id est nihil te fecisse, à quo tempore factus es huius serui dominus, quod meam conditionem deteriorem facere possit quàm futura erat, si ipso venditionis tempore traditus mihi fuisset. Nec quod obligatum eum aut manumissum abs te fuisse non appareat, exonerare te ab hac cautione potest. Periculum enim sufficit, quod subest ne quid horum feceris quæ facere potuisti, vt Caius loquitur in *l. si post acceptum* 18. *supr. de rei vindic.* Sic in *l.* 2. *in princip. infr. de hered. vel act. vendit.*

10. VLPIANVS libro 31. ad Edictum.

IDēque & in fundo, si fundum emit procurator. nihil enim amplius, quàm bonam fidem præstare eum oportet, qui procurat.

Ad l. Idémque 10.

Sensus est, quod in §. *vlt. l. 8. supr.* dictum est procuratorem qui in emendo seruo ex alterius mandato non curauit caueri sibi de euictione, & tamen ex empto adhuc agere potest contra venditorem, vt sibi caueatur, non ad aliud teneri actione mandati, quàm vt actiones suas præstet, quas habet aduersus eum à quo cōparauit hominē. Idem dicendū esse in eo qui fundi emendi mandatū habuit. Quid enim dissimile esse potest in homine & in fūdo, nisi quod homo fugere potest, fundus nō potest. Idq; ratio, quæ subiicitur, ostendit, quod nihil amplius, quàm bonam fidem præstare eum oporteat, qui procurat. Quæ ratio aptari non potest interpretationi Accursij existimantis loci huius sensus hunc esse, vt quod in homine dictum est, dolum & culpam præstrari à procuratore debere, idem in procuratore qui fundum emit, dici oporteat: longè nāque aliud est quod Vlpianus ait nihil amplius quā bonam fidem præstare procuratorē debere. Quod ipsum tamen quomodo verum esse possit, non est sine dubitatione. Dubitandi enim ratio illa statim occurrit, quod certissimum sit à procuratore non dolum duntaxat, sed etiam culpam omnem, adeóque leuissimam præstari oportere solo casu fortuito excepto *l. à procuratore 13. C. hoc tit.* Et hoc est quod Ioannes apud Accursium intelligere nō potuit arbitratus dixisse Vlpianum *nihil amplius* pro *nihilominus*, aut pro *nihil melius*, quod omnino ridiculum est. Paulo melius Azo tractare hic Vlpianum de eo procuratore qui in emendo siue homine siue fundo exactissimam diligentiam adhibuerit, vt ei culpa nulla imputari possit, ne quidem leuissima, sed qui tamen ad hoc mihi adhuc obligatus sit vt rem quā emit, mihi tradat. Quod si non faciat non tam in culpa sit quàm in dolo *d. l. si procuratorē 8. §. dolo autem supr.* Sed omnium optimè iudicio meo dixerit qui negauerit, hæc esse contraria Procuratorem nihil amplius quàm bonam fidem præstare debere quomodo hic scriptum est, & à procuratore omnē culpam id est etiam leuissimam præstandam esse, vt in *d. l. à procuratore.* Nec enim bonam fidem præstat qui in aliqua culpa est, tametsi bona fides non tam culpæ opponi soleat quàm dolo. Nempe quod magis aduersetur bonæ fidei dolus quàm culpa *l. 3. §. vlt. infr. tit. prox. l. si dolo 5. C. de rescind. vendit. l. bonam fidem 4. C. de oblig. & action.* Quanquam vt dicam quod sentio, & quod alibi, ni fallor, monui ne nimis rigidè & amarè cum procuratore agamus, si eum ad culpam quamlibet etiam leuissimam præstandam obligemus. An non enim satis bonam fidem præstat si tantam exhibeat diligentiā quantā diligens paterfamilias rebus suis adhibere solet? Quomodo in tutore obseruatur, *l. à tutoribus 33. infr. de admin. tutor.* qui tamen æque mandatum à lege habere intelligitur. nam & tutori cum mandatario qui aliena tractat negotia, illud cōmune est quod alienæ tantùm, non etiam suæ vtilitatis gratia accedit ad gerenda negotia, quæ res facit eum fauorabiliorem, vt tantò mitiùs cum eo agendum sit, ne de culpa etiam leuissima teneatur. Ex regula *l. si vt certo 5. §. nunc videndum. supr. commod. l. contractus 23. de regul. iur.* vbi verba illa *quidam & diligentiam*, cùm de exactissima diligentia intelligi debeant, quæ omissa inducat non leuem culpam, sed leuissimam, vix ad alium contractū ex omnibus ibi recensitis præterquàm ad commodatum referri meo iudicio possunt. Itaque quamuis in *d. l. à procuratore* scriptum sit generaliter culpam omnem à procuratore præstandam, non tamen errauerit meo iudicio, qui ad leuem culpam id restrinxerit, nec ad leuissimam extenderit, quę licèt interueniat, vix tamen cum bona fide commune habere quicquam videtur. Denique cùm nihil nisi bonam fidem præstare procurator debeat, vt hîc scriptum est, omnino consequens fit, vt non teneatur, etiamsi per leuissimam culpā quid admiserit, vel omiserit, si modò nihil ab eo contra bonam fidem factum esse probetur.

1 ¶ Sed & si de sanitate serui procuratori cautum est, aut caueri potest, aut de ceteris vitiis: idem erit dicendum: at si culpa caueri non curauerit, condemnabitur.

Ad §. 1. Sed & si.

RAT. DVB. Aliud est caueri per venditorem de sanitate serui venditi: aliud verò caueri de euictione. Nec enim ideò seruus euincitur, & emptori amittitur, quòd sanus non sit. Ergo quod in præcedentibus dictum est de procuratore, cui de euictione cautum non est, non debet trahi ad eum, cui de serui venditi sanitate cautum non fuit.

DEC. Non minùs ex venditionis natura est, vt venditor caueat de sanitate serui, aut alterius cuiuslibet animalis venditi, quàm vt caueat de euictione, *l. ex empto 11. §. redhibitionem, & sequ. iunct. §. idem Neratius. infr. de action. empt. l. in vendendo 66. de contrah. empt.* Idem ergo iuris vtroque casu esse debet, vt scilicet procurator cui cautum non est, ac proinde qui actionem quam habiturus fuerat, si cautum ei fuisset, cedere non potest, eam saltem actionem præstet quam habet, vt sibi caueatur, nec quicquam amplius. Nam quantò vtilius est mandanti cautum habere de euictione quàm de sanitate serui, tantò æquiùs est liberari procuratorem, vt præstet actionem ex empto quam habet contra venditorem, vt caueat de sanitate, nec ad aliud quicquam teneatur. Planè si culpa eius acciderit ne caueri de sanitate hodie possit, puta si cautionem hanc venditori, vel vltro, vel accepta pecunia remiserit, æquum erit condemnari eum quanti mandantis interest, *l. 8. §. mandati. sup.* & ex ratione *l. Stichum 95. §. pen. infr. de solut.* id est, quia ipsius culpa accidit ne vllis actionibus possit cedere.

2 ¶ Si ex fundo, quem mihi emit, procurator fructus consecutus est: hos quoque officio iudicis præstare eum oportet.

Ad §. 2. Si ex fundo.

RAT. DVBIT. Fructus percipiuntur iure soli, & dominij, *l. qui scit 25. §. 1. infr. de vsur.* Præterquàm in bonæ fidei possessore qui licet dominus non sit, attamen in percipiendis fructibus penè dominus est propter bonam fidem, *l. bonæ fidei 48. infr. de acquir.*

BIU Cujas

rer.domin. quæ tantundem possidenti præstat, quantum veritas, vbi lex impedimento non est, *l.bona fides 236.de reg.iur.* Atqui procurator qui mãdatu meo rem aliquam mihi emit, & cui ea res suo nomine non meo fuit tradita, dominus rei est quousque mihi eam tradiderit, *l.res ex mandatu meo 59. de acq. rer. domin.* Ergo fructus, quos interim ex illa re percepit, ad eum pertinent iure dominij, nec proinde restituere illos debet actione mandati directa, cùm non possit malæ fidei possessor videri, qui etiam dominus est, *l.si quis cùm sciret 8. infr. pro emptor.* nec rursus quicquam in mandato de fructibus, aut percipiendis, aut restituendis dictum sit.

DEC. Procurator in mandato quod susceperit implendo, & exequendo bonam fidem præstare debet, vt in huius legis principio scriptum est, & in *l.si mandatu 59.§.1.infr.* Atqui non est ex bona fide, vt procurator lucrum vllum ex mandato retineat, *§.prox.infr.l.qui proprio 46. §.procurator. supr.de procur.* cùm ex mandati natura sit, vt gratuitum esse debeat non mercenarium, *l.1.§.vlt.supr.* Ergo fructus quos percepit quamuis suos fecerit, sibi tamen retinere non debet, sed ei, cuius mandato emit, restituere. Non quidem iure actionis, cùm nihil in mandando de fructibus dictum sit, sed officio iudicis ad quem maximè pertinet, vt in omnibus bonæ fidei iudiciis ex bono, & æquo æstimet, quãtum actori restitui debeat *§.in bonæ fidei 30. Instit.de action. l.qui per collusionem 49.§.1.de action.empt.l.quæro 54.inf. locat. §.idem Labeo 9.infr.hac lege.*

3 ¶ Si procurator meus pecuniam meam habeat, ex mora vtique vsuras mihi pendet. [a] sed etsi pecuniam meam fœnori dedit, vsurásque consecutus est: consequenter dicemus, debere eum præstare, quantumcunque emolumenti sensit: siue ei mandaui, siue non: quia bonæ fidei hoc congruit, ne de alieno lucrum sentiat. [b] quòd si non exercuit pecuniam, sed ad vsus suos conuertit, in vsuras conuenietur, quæ legitimo modo in regionibus frequentantur. [c] Denique Papinianus ait, etiamsi vsuras exegit procurator, & in vsus suos conuertit: vsuras eum præstare debere.

Ad §.3.Si procurator.

RAT.DVB. Non sicuti fructus ita & vsuræ natura percipiuntur, & ex re ipsa, sed iure, & ex interposita stipulatione, *l.si nauis 62. supr. de rei vindic.l.3. C.de vsur.* quia pecunia pecuniam non gignit, ideóque odiosæ creduntur esse vsuræ, ita vt non sicuti cæteræ accessiones etiam ex nudo pacto præstari debeant, quamuis incontinenti apposito *d.l.3.l.frumenti 17.l.oleo 23.C.de vsur.l.Titius 24. infr.de præscript. verb.& §.prox. infr.* Ergo non quemadmodum is qui mandatu meo fundũ mihi emit, fructus ex eo perceptos mihi restituere officio iudicis debet, vt scriptum est in §.præced. Ita & vsuras mihi ex mora suã pendere debet, etiamsi pecuniam meam habeat. Illo enim casu lucrum aliquod ex re mea cõsequeretur, quod contra bonam fidem esset, vt sequitur in hoc §. Hoc verò casu tametsi vsuras nullas præstaret, nullum tamen ex re mea lucrum sentiret. Tractat enim Vlpian. initio huius §. de pecunia, quam à me procurator meus ociosam habeat, non de illa quam exercuerit, & ex qua vsuras aliquas perceperit.

DEC. Non præstat bonam fidem procurator, si in reddenda pecunia, quam iudicio mandati reddere debet, moram contrahat, nec vsuras præstet. Quippe quæ non tam propter lucrum petentium, quàm propter moram non soluentium infliguntur, vt Papinianus scribit in *l.cùm quidam 17. §.si pupillo. infr.de vsur.* Qui enim moram contrahit in reddenda re quam debet reddere, facit alij iniuriam, nec tantùm in culpa est, sed etiam in dolo, *l.si procuratorẽ 8.§.vlt.supr.* Vnde nimirum est, quod solemus dicere, In omnibus bonę fidei iudiciis vsuras deberi nõ minùs quàm fructus ex die morę, *l.mora 32.§.in bonæ fidei.l.videamus 38.§.penul.eod tit.* Ergo procuratorem vsuras quoque à die moræ præstare æquum est. Moram autem intelligi factam oportet si congruo loco, & tempore interpellatus, nec vllam satis iustam recusandæ solutionis causã habens, restitutionẽ distulerit, *d.l.mora.in princ.& l.sciendum 21.cum seqq. eod.* nisi fauor minoris ætatis in persona mandantis suadeat, vt etiam citra interpellationem debeantur, *l.in minorum 3.C. in quib. caus.non est neces. in integr.restit l. Titia Seio 87.§.vsuras.infr.de legat.2.*

a *Sed etsi pecuniam meam fœnori dedit.* RAT. DVB. Eius debet esse lucrum, cuius est damnum, & periculum, *vulg.l.secundùm naturam 10. de reg.iur.l.id quod 7.infr.de peric.& commod.rei vendit.* Atqui periculum pecuniæ fœnori collatæ ad procuratorem & mandatarium pertinet, qui nomen fecit, non ad dominum, cuius pecunia est *§.quoniam autem Nouell.72.Vt hi qui obligat. haber.se perhib.l.cùm quæritur 16. infr.de admin.tutor.* nisi in casu *l.si res pupillaris 50.eod.* Ergo & lucrum vsurarum si quas ex mandantis pecunia perceperit, non restituere mandanti debet, sed sibi retinere.

DEC. Procurator bonam fidem præstare in omnibus debet, vt initio huius legis dictum est. Est autem ex bona fide, vt & periculum præstet nominum, si qua ex mandantis pecunia malè contraxerit, & minùs idonea. Et si quas vsuras ex pecunia illa perceperit, eas mandanti restituat, quia nullum ex re quam procurat, lucrum sentire debet, *l.qui proprio 46.§.procurator. supr.de procurator.* Nec proinde distinguendum est, an procurator mandatum habuerit exercendæ pecuniæ, necne, quia tum quoque cùm mandatum nullum interceſſit, lucrum est vsuras ex aliena pecunia retinere. Quamuis verum sit quod suprà diximus, non propter lucrum petentium, sed propter moram non soluentium infligi vsuras solere, *d.l.cùm quidam 17.§.si pupillo. infr.de vsur.* Neque rursus distinguere debemus, an vsuras legitimas perceperit, aut quæ in regione frequentãtur, an verò illicitas, & quæ legitimum modum vsurarum excedant. Quantumcunque enim emolumentum sit quod procurator perceperit, quamuis illicitum, & indebitum, totum id tamen restituere domino debet, *dict.§.procurator.* Tantò enim facit improbiùs, & contra bonam fidem, quantò improbius lucrum est, quod ex aliena pecunia vult retinere.

BIU Cujas

nere. Denique ex mandato apud eum qui mandatum suscepit nihil remanere oportet, sicuti nec dānum pati debet, si exigere fœneratam pecuniam non potuit, quam non suo periculo fœnori dederit, *l. ex mandato 20. in princ. infr. l. 4. supr. tit. prox. §. si mandauero 8. infr. hac lege. iunct. l. si vnus 67. §. 1. infr. titul. proxim.*

b *Quòd si non exercuit pecuniam.* RAT. DVB. Pecuniæ vsus nullus est, nisi in abusu, id est, non potest quis vti pecunia, quin eam consumat *l. 1. & tot. titul. supr. de vsufr. ear. rer. quæ vsu consum.* Atquin is qui non exercuit mandantis pecuniam, sed eam in suos vsus conuertit, nihil aliud fecit, nisi quòd aliena pecunia vsus est. Ergo cùm pecuniam, qua vsus est, consumpserit, nec proinde vllas ex ea vsuras consecutus est, aut consequi potuit, non videtur ex bona fide, vt vsuras vllas præstet, ne quidem eas, quæ in regione frequentantur.

DEC. Tam percipit lucrum ex aliena pecunia procurator, qui eam in suos vsus conuertit, quàm qui eam exercet, vt vsuras ex ea colligat. Quid enim aliud est pecuniam in vsus suos conuertere, quàm lucrum ex ea captare? & pecuniam alienam in rem suam conuertere? Nō enim absumptum videri potest, quod in corpus proprij patrimonij versum est, *l. idem seruandum 72. de leg. 2.* Atqui nullum procurator lucrum ex mandato retinere debet, vt modò diximus ex *l. ex mandato 20. infr.* Ergo non tantùm pecuniam, quam in vsus suos conuertit, debet reddere, sed etiam præstare vsuras, tametsi nullas perceperit, & eas non quidem maximas, id est, centesimas, sed quæ in regione frequentantur. Nam & eæ sunt, quæ in bonæ fidei iudiciis officio, & arbitrio iudicis irrogantur, *l. 1. in princip. & §. 1. infr. de vsur. iunct. l. si vnus 67. §. si vnus. infr. tit. prox.* qui locus similiter accipiendus est de vsuris illis, quæ in regione frequentantur. Idem iuris est in negotiorum gestore, de quo in *l. si sine 38. supr. de negot. gest.* vbi quod dicitur eos qui gratuitam, certè integram, & abstinentem ab omni lucro fidem præstare deberent, si ea licentia abutantur, vt ex administratione nummos sibi sumant grauissimis vsuris, id est, centesimis vice cuiusdam pœnæ subiiciendos esse, ad eos restringendum videtur, qui officium publicum exercent, aut tutorum, aut magistratuum non ad eos extendendum, qui officio priuato amici fungūtur, quo modo negotiorum gestor, & procurator, quibus etiam illud prodesse debet, ne tam amarè cum eis agatur, quòd non alia de causa vsuras debeat negotiorum gestor, idémque debitor, quàm quia quod debebat non soluerit, *dict. l. qui sine.* Procurator verò quòd ab amico ipso pecuniam acceperit, non sibi ex administratione sumpserit, *arg. l. de eo 63. iunct. l. si id quod 28. §. si quas. infr. de donat. inter vir. & vxor. iunct. dict. l. qui sine.* Alioquin si is, cui mea negotia gerenda mandaui, ex eorum administratione pecuniam sibi sumpserit, eámque in suos vsus conuerterit, non video cur alia ipsius, quàm tutoris causa esse debeat, licèt Accursius hîc, & ad *d. l. qui sine* reluctetur, cùm & negotiorum gestor, & procurator ex iis personis sint, quæ nullum sibi lucrū ex alienis negotiis comparare debeant. Et ita accipi volumus quod ad *d. l. qui sine* scripsimus, etiam procuratorem ad grauissimas, & centesimas vsuras condemnandum, si pecuniam domini in suos vsus cōuerterit, contrà quàm scriptum sit in hoc §. scilicet si eam sibi licētiam propria authoritate sumpserit, vt ex alienorum negotiorum administratione pecuniam sibi retinuerit ad eam in suos vsus conuertendam. Non autem si eam à domino ipso acceperit, quamuis exercendam, aut aliàs in vtilitatem domini consumendam, vt ita hic §. cum *d. l. qui sine* concilietur. Iunge *l. non existimo 54. infr. de admin. tutor.* Nisi malis cum Iacobo Cuiacio *lib. 13. Obseru. cap. 15.* dicere verba illa in hoc versiculo posita, *quæ legitimo modo in regionibus frequentātur*, traiecta esse, & in primum huius §. versiculum reiicienda, in quo agitur de vsuris à procuratore ex mora pendendis, quæ nō aliæ vtique esse possunt, quàm quæ in regione ad legitimum vsque modum frequentantur *d. l. 1. de vsur.* Sed non videtur probabile traiectionem in locum tam remotum factam esse, potiúsque dicerē tollenda prorsus, & delenda. Hæc verba, ac planè imperito interpreti tribuēda, & primum huius §. versiculum, adiuuandum esse ea interpretatione, quæ ex ratione iuris satis eliciatur, & ex *dict. l. 1. de vsur.* Tam enim perfidè facit procurator quàm Duumuir, aut tutor, qui alienam pecuniam in suos vsus conuertit, nisi palàm id faciat, & se proscribat eius pecuniæ debitorem, vt in *l. quoties 9. §. non tantùm, & d. l. non existimo, de admin. tutor.* Quidni ergo etiam centesimas vsuras debebit, ex regula *dict. l. qui sine.* Et certè verum est, quod ait Cuiacius, semper in malam partem prudentes sentire, cùm de eo loquuntur, qui alienam pecuniā in suos vsus conuertit. Distinctio tamen nostra in procuratore satis placet, quæ in aliis locum habere vix potest.

c *Denique Papinianus ait.* RAT. DVB. Vsurarum vsuræ non permittuntur, ne quidem expressa conuentione. Est enim hic anatocismus, quem omnimodo fieri prohibuit Iustiniani constitutio in *l. vlt. C. de vsur.* improbata fœneratorum malitia, qui vsuras pro sorte debitas in sortem conuertebant, vt alias vsuras parerēt. Ergo multò minùs ex bona fide est, vt procurator qui ex alienæ pecuniæ negotiatione vsuras percepit, quamuis eas in vsus suos cōuerterit, earum vsurarum nouas vsuras prēstare debeat. Quod enim expressa conuentio facere non potest, vix sanè est, vt bona fides fieri permittat.

DEC. Nullum lucrum ex re mandata retinere procurator debet, vt iam toties diximus. Retineret autem si vsurarum, quas in vsus suos conuertit, vsuras nullas penderet, cùm præsertim hoc casu vsuræ, quas & percepit, & in suos vsus conuertit, sortem nouam apud procuratorem fecerint, quæ impunè, & citra pœnam vsurarum abuti non debuit. Ergo etiam vsurarum vsuras hoc casu præstare debet non iure anatocismi, quasi conuersis in sortem vsuris ad augendam eam, sed quasi duplicis sortis, quarum neutram in vsus suos conuertere debuerit. Vix tamen esse puto, vt huiusmodi vsurarum vsuras centesimas præstare procurator debeat, quas præstare deberet, si Priorem sortem in vsus suos conuertisset, vt proximè diximus. Etsi enim nouam sortem faciunt, nunquam tamen pecunia illa ex vsuris redacta fuit in dominio mandantis, sed ei tantùm iudicio mandati debita, & vsurarum iure percepta, quę licèt grauiores vsuras parere interdum possint, vix tamen vnquā grauissimas, id est, centesimas. Quasnam igitur? Eas videlicet, quæ in regione frequentantur, dum ne legitimum modum excedant. Licèt dici soleat parum referre, an quis sortem alienæ pecuniæ in vsus suos conuerterit, an sortis vsuras *l. tutor 7. §. si vsuras, & l. qui negotiationem 58. §. 1. de administr. tutor.* Sanè si & sortem, & vsuras exactas procurator

BIU Cujas

in suos vsus conuerterit, vix erit, vt quod ad centesimas vsuras præstandas attinet, separari à sorte vsuræ debeant *d.§.1.* Præstabit ergo centesimas, & fortis & vsurarum simul.

4 ¶ Si quis Titio mandauerit, vt ab actoribus suis mutuam pecuniam acciperet: mandati eum non acturum, Papinianus libro tertio responsorum scribit: quia de mutua pecunia eum habet obligatum: & ideo vsuras eum petere non posse, quasi ex causa mandati, si in stipulationem deductæ non sunt.

Ad §.4. Si quis Titio.

RAT. DVB. In contractibus omnibus initium inspiciendum est, & causa *l. si procuratorem 8. in princip. supr. hoc tit.* Atqui cùm mandaui Titio, vt à meis actoribus pecuniam mutuam acciperet, quam postea accepit, negotium non à mutuo cœpit, sed à mandato. Nec enim accepisset fortasse, nisi mandassem. Mandati ergo actio mihi contra Titium danda est, si acceptam pecuniam nolit reddere. Et consequenter dicendum est etiam vsuras huius pecuniæ in actionem mandati venire ex mora, licèt in stipulationem deductæ non sint, secundùm ea quæ scripta sunt initio §. præcedentis. Quæ tamen in condictionem certi ex mutuo non venirent, si in stipulationem deductæ non essent, ex *l. 3. C. de vsur. l. Titius 24. infr. de præscr. verb.*

DEC. Quoties mandatarius non aliter implere ac exequi mandatum potest, quàm si contrahat in vtilitatem eius ipsius qui mandauit, non tam obligatur ex eo quòd mãdatum susceperit, quàm quòd cum actoribus mandantis contraxerit, & ab eis mutuam pecuniam acceperit, quæ proxima & immediata causa est ipsius obligandi. Ergo ex mutuo teneri debet condictione certi non ex mandato, nec actione mandati. Nemo enim teneri potest mandati, ob id solùm quòd mandatum susceptum executus sit sicut oportuit: sed is demùm, qui mandatum suscepit, si suspectum non impleuerit, aut impleuerit quidem, sed non satis rectè, & ex bona fide. *l. si remunerandi 6. §. 1. supr. l. si mandauero 22. §. vlt. infr. hoc tit.* At verò cùm mandaui Titio, vt ab actoribus meis pecuniam mutuam acciperet, & accepit, vtique susceptum mandatum impleuit, & quidem eo ipso modo, quo implere, & potuit, & debuit. Nulla igitur causa subest propter quam actio mãdati danda mihi sit contra Titiũ, mihíq; sufficere abũdè debet, quod eum ex mutuo habeam obligatum. Alia species est, de qua in *l. 1. §. si te rogauero 11. & seq. supr. tit proxim.* Nec enim ibi impletum omnino fuit mandatum, vt benè Accursius hîc respondet, addens, nec insubtiliter in specie huius §. hoc esse amplius, quod ex forma ipsa, mandati apparet mandante noluisse transire negotium in formam alterius contractus, mandando procuratori, vt mutuam pecuniam acciperet ab actoribus mandantis. Nec quisquam putet inutilem & ociosam esse quæstionem, vtra potiùs actio in hac specie competat, vtrum mandati, an condictio certi ex mutuo. Mandati enim actio, cùm sit bonæ fidei, longè plenior est, maximè verò ad vsurarum accessionem ex mora inducendam. Condictio autem certi ex mutuo, cùm stricti iuris sit, vt condictiones omnes non admittit incrementum vsurarum, nisi quæ deductæ sint in stipulationem, nec si de iis præstandis per pactum nudum, quamuis incontinenti appositum conuenerit. Iunge *d. l. si remunerandi. §. Apud Iulianum. supr.* & quæ scribemus ad *l. seruus 7. infr. de seru. export.* Aliam rationem adfert Accursius, sed minùs bonam, quod cùm Titius mutuam pecuniam accipiẽdo sit obligatus tanquam reus principalis, fieri nequit, vt obligetur iterum tanquam mandatarius, & intercessor, quia cùm obligationũ aliqua differentia est semper maior, & plenior, tollit minorem, *l. si reus 13. infr. de duobus reis. l. si duo 93. de solut.* Sed tamen ratio hæc supponit id ipsum quod est in quæstione, obligari Titium cõdictione certi ex mutuo. At nos quærimus de hoc ipso, an condictione certi ex mutuo sit obligatus, ac cur non potiùs actione mandati. Ratio igitur alia quærenda est, & ea probanda, ni fallimur, quam nos proximè attulimus.

5 ¶ Idem Papinianus libro eodem refert, fideiussori condemnato, qui ideo fideiussit, quia dominus procuratori mandauerat, vt pecuniam mutuam acciperet, vtilem actionem dandam, quasi institoriam: quia & hic quasi præposuisse eum mutuæ pecuniæ accipiendæ videatur.

Ad §.5. Idem Papinianus.

RAT. DVB. Non quisquis mandatarius est, etiam institor dici potest, sed is demùm qui alicui negotiationi præpositus est, *l. 3. l. 5. l. institor est 18. supr. de instit. act.* Atqui non potest institoria locum habere, nisi contra institorem, *l. 1. & pas. eod. tit.* longéque latiùs patet procuratoris nomen & officium, quàm institoris. Ergo si fideiussor condemnatus sit qui pro meo procuratore intercesserat, cui mandaueram, vt mutuam pecuniam pro me acciperet, non potest ei contra me competere institoria, nec quasi institoria, eíque debet sufficere, quòd indemnitatem à me consequi possit per actionem negotiorum gestorum, *l. liberto 31. in princ. supr. de neg. gest. iunct. l. ex mandato 20. §. 1. infr. hoc tit.*

DEC. Sicut actione institoria tenetur dominus ex contractu veri institoris, ita & quasi institoria ex contractu quasi institoris: quæ actio quasi institoria etiam vtilis dicitur in hoc §. quia ad exemplum institoriæ datur, *d. l. liberto. l. in eum 19. in princip. supr. de instit. act.* Atquin procurator hic meus quasi institor est, quia pecuniis accipiendis prępositus à me videtur, vt Papinianus dicebat, quem hîc Vlpianus refert. Ergo fideiussori qui pro meo procuratore fideiussit, & condemnandus soluit, actio vtilis, & quasi institoria contra me danda est, non actio mandati, quia ponimus non fuisse mandatum fideiussori, vt interueniret, non potest autem mandati actio locum habere, vbi mandatum nullum intercessit *d. l. ex mandato 20. §. 1. infr.* Non item negotiorum gestorum, vt malè putat Accursius ex *d. l. liberto*, quia ponimus fideiussorem hunc interuenisse, quamuis non ex mandato meo, attamen contemplatione mandati, quod ego procuratori meo feceram, vt mutuam pecuniam acciperet. Quo casu non magis negotiorum gestorum, quàm mandati actio locum habere

BIU Cujas

habere potest, quia tum demum negotiorum gestorum actio competit, quoties vltro quis accedit ad aliena negotia gerenda nullius præcedentis mãdati habita contemplatione. Ergo vtilis quasi institoria necessaria est, quam nemo vnquam ex prudentibus sumpsit pro actione negotiorum gestorum, aut scripsit posse cum ea concurrere. Quamuis nihil prohibeat dari eam in suo casu ad exemplum actionis institoriæ, vt in specie *d.l.liberto*. Non enim omnis actio, quæ datur ad exemplum institoriæ actionis institoria vtilis est, in quo deceptus videtur Accursius, qui actionem hanc vtilem quasi institoriam negotiorum gestorum interpretatur. Non animaduertens ad verba illa huius § *qui ideò fideiussit, quia dominus procuratori mandauerat, vt pecuniam mutuam acciperet*. Cur enim ita loqueretur Vlpian. post Papinianum, si non aliud esset in fideiussore, qui vltrò, & non mandati contemplatione interuenisset?

6 ¶ Si cui mandauero, vt à Titio stipuletur: potero cum eo, cui mandaui, agere mandati, vt eum accepto liberet, si hoc velim: vel si malim, in hoc agam, vt eum deleget mihi, vel si cui alij voluero.[a] Et Papinianus libro eodem scribit, si mater pro filia dotem dederit, eáque mandante filia, vel ilico stipulata sit, vel etiam postea, mandati eam teneri: quamuis ipsa sit, quæ dotem dederit.

Ad §. 6. Si cui mandauero.

RAT. DVB. Actio cedenda, non priùs eius est, cui cedi debet, quàm cessa sit. Alioqui nõ esset cedenda si iam ante cessionem pro cessa haberi deberet, *l. quod debetur 51. supr. de pecul. l. si res 59. infr. de euict. l. Modestinus 76. de solut.* Dominum enim, quem esse oportet, priusquàm de ea re, qua de agitur, liberam habeat disponendi facultatem, *vulg. l. in re mandata 21. C. hoc titul.* Atqui si mandauero tibi, vt à Titio stipuleris, & stipulatus sis, actio quæ ex stipulatione tibi quæsita est, tota tua est, non mea, ante cessionem, ne quidem vtilis, nisi me præsente stipulatus sis, *l. si procuratori 79. infr. de verborum oblig.* Ergo quamuis actionem mandati contra te habeam, vt actione illa mihi cedere cogaris, *l. possessio 49. §. vltim. de acquir. possess.* non tamen possum contra te mandati agere ad hoc, vt Titium liberes, vel si malim, vt eum mihi deleges, aut alij, cui ego voluero. Cùm enim creditor adhuc sis Titij, ex tuo arbitrio non ex meo pendere debet, vt eum liberes, vel mihi deleges, vel alij, cui tu velis.

DEC. Quod mihi prodest, & tibi, non nocet, facilè mihi permittendum est, *l. in creditore 38. infr. de euict. l. penult. C. de precibus Imper. offer.* præsertim cùm id agitur, vt longior, & inutilis circuitus vitetur, qui semper euitandus est quantum fieri commodè potest, *l. dominus 55. supr. de condict. indeb.* & vt celeritate coniungendarum actionum vna occultetur, vt in specie *l. 3. §. sed si debitorem. infr. de donat. inter virum & vxor. l. singularia 15. supr. de rebus credit.* Atqui quoties actionem aliquam, quæ tua sit mihi, præstare cogeris eã magis interest, quã tua, quis actionis illius effectus esse debeat, & quænã vtilitas, cùm licèt adhuc in dominio tuo sit, magis tamen in bonis meis, quàm in tuis esse videatur, *l. quod euincitur 190. l. non videtur quisquam 51. de regul. iur. iunct. l. rem in bonis 52. de acquirend. rer. domin.* Ergo quamuis ante cessionem non possim ego Titium liberare, aut alij delegare, cuius scilicet nomen adhuc meum non est, sed tantùm mihi debitum. Possum tamen contra te mandati agere, vt eum liberes, aut mihi, aliíve cui voluero, deleges. Quid enim tua interest, aut Titij, vt Titius à te liberetur ante factam mihi cessionem, an à me, postquàm mihi cesseris? An non esset ille circuitus longior, & vtrique etiam mihi incommodioti? Verum igitur est, quod Bartolus ex hoc §. infert, De actione quam debes mihi cedere, debere te facere quicquid volo. Estque hic vnus exiis casibus in quibus mandati actio competit, non vt quid detur, sed vt quid fiat, *l. qui mandatum 45. l. si mandatu meo 47. §. quoties. l. si mandatu Titij 59. in princ. inf. l. multùm interest 19. l. pen. de hered. vel act. vendit.* quod non est nouum. Nam & in aliis bonæ fidei actionibus interdum vsuuenit actionem contra aliquem ad hoc dari, vt is aduersus alium agere, etiam inuitus cogatur, *l. 2. §. pen. supr. de lege Rhod. de iact. l. Iulianus 13. §. pen. infr. de action. empt. l. cùm in plures 60. §. messem locat. l. si sic legatum 75. §. vlt. de legat. 1. l. 2. §. idem Labeo scribit 28. infr. ne quid in loc. public.*

a *Et ideò Papinianus eodem libro scribit.* RAT. DVB. Persona, quæ dotem dat mulieris nomine, potest quam vult legem initio dotis dandæ dicere, etiam citra personam mulieris, *l. cùm dos 7. infr. de pact. dotal.* Nec tantùm pater aut mater, sed etiam extraneus quilibet, quoniam rei suæ legem dicit, *l. ob res 20. §. 1. eod. tit. l. quoties 29. in princip. infr. solut. matrim.* Atqui ponimus datam esse dotem pro filia à matre, quæ mandante filia, vel illico, & incõtinenti, vel posteà, & ex interuallo stipulata sit dotem sibi reddi. Ergo multò magis dicendum est hoc casu liberum esse matri liberare maritum, vel non liberare, cùm non solùm sibi stipulata sit, quod facere citra filiæ personam potuit, sed etiam ex voluntate, & mandato filiæ. Quod enim possum facere te inuito, cur non possim facere te consentiente, ac mandante.

DEC. Mater, quæ nomine filiæ dotem marito dedit, donandi animo dedisse intelligitur, cùm dotandi officium paternum sit, non maternum, *l. vlt. C. de dot. promiss. l. neque mater 14. C. de iure dot. iunct. l. donari 28. de donat. l. cùm is 36. §. mulier. supr. de condict. indebit.* Ac proinde quamuis potuerit mater ab initio quam voluisset legem doti tanquam rei suæ dicere, ex regula *l. in traditionibus 48. supr. de pact.* ex post facto tamen non potuit, nisi volente & consentiente filia *dict. l. cùm dos, & dict. l. ob res. §. 1. de pact. dotal.* Atqui in proposita specie non fuit à matre adhibita stipulatio incontinenti, quia ponimus inter dotis dationem, & stipulationem interuenisse mandatum filiæ de dote stipulanda, id est, soluto matrimonio reddenda, ne alioqui si nulla fuisset interposita stipulatio, dos hæc tanquam aduentitia mariti lucro cessisset, secundùm ea, quæ Vlpianus in Fragmentis scribit *titul. de dotibus*, & quæ nos docuimus *libr. 4. Coniectur.* Ponimus autem susceptum à matre hoc mandatum. Ergo recusare non potest mater, quin mandati actione teneatur, non solùm ad actionem, quam ex stipulatione habet

BIU Cujas

filiæ præstandam, sed etiam ad liberandum maritum, si hoc filia velit, aut ad eum, vel ipsi filiæ, vel alij delegandum, iuxta ea quæ initio huius §. diximus. Nam & idem in actione negotiorum gestorum contingeret, si qua eiusmodi contra stipulatorem dotis ad cedendam ex stipulatione actionem competeret, *l. penult. supr. de negot. gest.* Quid? An non videtur filia, cui mater dotem donauit, eandem matri redonasse, cùm passa est eam sibi stipulari eandem dotem à marito? siue incontinenti id factum sit, siue ex interuallo? *arg. l. si verò 12. §. inde Papinianus. infr. hoc tit.* minimè verò. Esset enim maligna illa interpretatio, per quam mulier indotata constitueretur, *arg. l. 1. in fin inf. qui potior. in pignor. hab.* neque credenda est filia matrem adhibuisse animo donandi ad stipulandam dotis restitutionem, sed potiùs, vt obligatam eam haberet actione mandati ad præstandam, cedendámque actionem ex stipulatione *l. mulier 72. §. vlt. infr. de iur. dot.* Qui enim mandatum habuit dotis restitutionem stipulandi, eámque sibi stipulatus est, præsumendus est id fecisse ad mandatum implendum, & vt eius personæ negotia gereret quæ mandauit. Nam & mandato cessante sufficeret interpositam esse stipulationem animo gerendi negotia mulieris, vt posset cogi stipulator, non tantùm vt actionem præstaret, sed etiam vt mãdatum, si mulier vellet, liberaret, *dict. l. penult. supr. de neg. gest.* Non enim tam facilè, támque citò voluntatis mutatio præsumenda est, *l. eum qui 22. infr. de probat.* nec magis in contractibus, quàm in vltimis voluntatib. *l. non ad ea 87. de condic. & demonstr.* Nec obstat quod contrà scriptum videtur in *l. quæ dotis 33. solut. matr.* vbi videtur mulier, quæ alios adhibuerat ad stipulandam à marito partem dotis, donandi animo id fecisse. Ratio enim illius legis, & propter quam datur actio stipulatoribus proprio nomine ad dotem consequendam, non ex eo pendet, vt putat Bartolus, quòd pars tantùm dotis in stipulationem deducta esset. Sed quia aliud est mandare stipulationem dotis, aliud verò adhibere qui stipulentur: Et præterea mulier in ea specie marito herede relicto decesserat, cui non poterat mandati actio competere, vt ea sibi actio ex stipulatione contra seipsum cederetur: Nec proinde, vt ipse liberaretur, quia toties cogitur debitorem liberare ex mandantis voluntate, is qui actionem præstare cogitur, quoties ea ipsa persona mandat liberationem fieri, cui facienda cessio, esset si eam sibi fieri actione mandati postularet. Nam quousque facta cessio sit, constat actionem propriam stipulatoris esse tanquam eius, qui solus sit verè creditor. Cui consequens est, vt si ea cessio fieri nunquam possit, quod cõtingit, siue persona quę mandauit, nullis relictis heredibus decesserit, vt in *l. 1. C. de oblig. & action.* siue relicto herede ipso debitore contra quem cedenda esset actio, vt in *d. l. quæ dotis*, actio penes stipulatores maneat, quãuis non nisi tanquam procuratores stipulati sint, & quidem cum effectu, quia nemo superest qui actionis illius commodum eripere iis possit. Vt & in specie *l. habere licere 57. infr. de euict. l. 1. §. idem quærit 14. versic. quid enim. supr. tit. prox.* Fítque hoc magis occasione quã iure, vt loquitur *l. 2. infr. de riuis.* Quare nec aliud esset in specie *d. l. quæ dotis*, etiamsi stipulatores à muliere adhibiti dotem vniuersam sibi solui stipulati proponerentur. De quo tamen latiùs ad eum locum, si Deus volet, dicemus.

7 ¶ Si quis ea, quæ procurator suus, & serui gerebant, ita demum rata esse mandauit, si interuẽtu Sempronij gesta essent, & malè pecunia credita sit: Sempronium, qui nihil dolo fecit, non teneri. & est verum, eum, qui non animo procuratoris interuenit, sed affectionem amicalem promisit in monendis procuratoribus, & actoribus, & in regendis consilio, mandati non teneri, sed si quid dolo fecerit, non mandati, sed magis de dolo teneri.

Ad §. 7. Si quis ea.

RAT. DVBIT. Qui alienis negotiis interuenit iuxta formam mandati, mandatum quoque agnoscere, & sequi videtur §. *idem Papinianus.* vbi diximus *supr. hac lege.* Atqui mandato intercedente, si non rectè, & ex bona fide impletum sit, mandati actio cõpetit directa contra mandatarium, sicuti & contraria aduersus mandatorem si mandatarius benè, ac fideliter id impleuerit, *l. si mandauero 22. §. vlt. infr. & pas. hoc titul.* Ergo in specie huius §. dicendum est, si malè credita sit pecunia, quæ interuentu Sempronij ex mandati forma credi debuit, & credita est, Sempronium quoque hoc nomine actione mandati teneri debere.

DEC. Aliud est mandatum aliena negotia gerendi suscipere, & animo procuratoris gerere. Aliud verò affectionem amicabilem promittere in commonendis procuratoribus, & actoribus, iisque consilio regendis. Priore casu mandatum est, & mandatarius is, qui alienis negotiis interuenit. Posteriore verò consiliarius tantùm non mandatarius. Atqui ex consilio non fraudulento, neque mandati, neque alia vlla actio nascitur, *l. 2. §. vltim.* vbi diximus *supr. l. consilij 47. de regul iur.* Adeò vt etiam fraude ac dolo interueniente, non eò magis actio mandati locum habere possit, sed tantùm De dolo, vt scriptum est in fine huius §. Ergo tametsi interueniente Sempronio, qui ex mandati forma interuenire debuit, res malè gesta sit, attamen nec actione mandati, nec alia vlla teneri potest, sed tãtùm De dolo, si quid sub prætextu, & nomine amici dolo malo fecerit. Rectè autem Vlpianus *in commonendis procuratoribus.* Nam si non simplex admonitio sit, sed etiam administrationis concessio, aliud erit, vt rectè Accursius noster notat ex *l. Titium 47. in princ. infr. de admin tutor. l. 1. §. sed etsi sic præposuit 14. supr. de exercit. action.* Placet autem, quod hinc Bartolus infert, Aduocatum imperitum, etiamsi per imperitiam malè consuluerit, si tamen dolo careat, ex malo consilio non obligari. Etsi namque imperitia culpæ adnumeratur, vt habet iuris regula *142. de regul. iuris.* dolo tamen non adscribitur. Nec sicuti De dolo actio contra dolosos ad vindicandum dolum, introducta est, ita & actio aliqua prodita est De culpa, nec vindicatur culpa leuis, multò minùs leuissima, nisi iis casibus, quibus etiam culpa perinde, ac dolus in actionem venit. Lata culpa sanè tam prope dolum est, vt dolo passim æquiparetur, extra casum *l. in lege Cornelia 7. infr. ad legem Cornel. de sicar.*

8 ¶ Si

BIU Cujas

8 ¶ Si mandauero procuratori meo, vt Titio pecuniam meam credat sine vsuris, isque non sine vsuris crediderit: an etiam vsuras mihi restituere debeat, videamus. & Labeo scribit, restituere eum oportere, etiam si hoc mandauerim, vt gratuitam pecuniam daret.[a] quamuis, si periculo suo credidisset, cessaret (inquit Labeo) in vsuris actio mandati.

Ad §. 8. Si mandauero.

RAT. DVB. Non debet actio mandati, siue directa, siue contraria extendi vltrà quàm mãdatum est, *l. 3. §. vltim. l. 4. & 5. supr.* Ergo si procuratori meo mandauerim, vt pecuniam meam credat Titio gratuitam, id est, sine vsuris, non est mihi danda in eum actio mandati ad hoc, vt vsuras quoque quas à Titio percepit, mihi restituat, ne alioqui eueniat, vt in plus mihi teneatur, quàm teneri eum voluero, aut, vt inuito mihi acquirat vsuras, quas acquirere mihi nolui, & ex gratuito & liberali creditore faciat me fœneratorem.

DEC. Procurator in omni negotio quod ex mãdato pendeat, bonã fidem præstare debet, vt in huius legis initio scriptum est. Bona fides autem non patitur, vt ex alieno lucrum aliquod sentiat, §. *si procurator sup. l. ex mandato* 20. *inf. l. qui proprio* 46. §. *procurator. supr. de procur.* Ergo si vsuras à Titio perceperit, cui pecuniam meam gratuitam, & sine vsuris credi mandaueram, eas quoq; restituere mihi debebit, ne aliter posito iure accidat, vt earum lucrum improbè retineat, tantóq; improbiùs quod contra voluntatẽ meam eas percepit, fœnerando pecuniã meã Titio quem liberalitate mea obstringere mihi volueram. Quemadmodum. n. furtũ est, si quis ex alieno largiatur aliquid, vt sibi acquirat beneficij debitorem *l. si pignore* 54. §. 1. *inf. de furt.* ita nõ debuit procurator fœnerando meam pecuniam liberalitatis, & officij gloriam quam captabã, mihi præripere, & inuidere.

a *Quamuis si periculo suo credidisset.* RAT. DVB. Periculo suo credit pecuniam quisquis cõtra domini voluntatem eam credit, vt benè hîc Accur. ratiocinatur. Atqui cõtra voluntatem mãdantis credit procurator pecuniã Titio sub vsuris quã sine vsuris credere iussus erat. Ergo periculo suo credit, nec tamẽ vsuras quas à Titio percepit, lucratur, sed mandanti restituere mandati actione cogitur. Ergo vel non est verũ, quod in hoc versiculo dicitur, Eũ qui periculo suo pecuniam credidit, vsurarũ quoque cõmodum sibi retinere posse, vice ac quodãmodo in precium periculi, vel pugnabit hic versiculus cum sententia præcedente.

DEC. Cuius est periculũ damni quod potest contingere, eius quoque lucrum esse debet, nõ solum si id expressè actũ sit, sed etiam si de eo nihil dictũ sit. Ex regula *l. id quod* 7. *infr. de peric. & commod. rei vend. l. secundùm naturam* 10. *de reg. iur. l. is qui* 13. §. 1. *sup. cõmod.* Atqui ponimus pecuniam meam fuisse creditã Titio periculo procuratoris. Ergo & vsuras quas à Titio, licèt contra volũtatem meam perceperit, retinere sibi poterit. Nec est cõtrarium, quod proximè responsum est de pecunia sub vsuris credita Titio cõtra domini voluntatem, qui eã sine vsuris credi mãdauerat. Nõ enim ob id solum periculo procuratoris credita videri potest, q; contra mandantis volũtatem vsuraria credita sit pecunia, quę gratuita esse debuerat, cùm credita sit Titio, quem ego ipse elegeram. Aliud esset, si procurator meus dulcedine vsurarum alium quàm Titium debitorem elegisset, vt fœnebrem faceret pecuniam, quam ego gratuitã esse volueram. Id enim non nisi periculo suo facere posset. Nec tamen bona semper consecutio est, vt si procuratoris periculo credita sit pecunia, lucro eius vsuræ cedere debeant. Nam si mandauerim procuratori meo, vt Titio sub vsuris quincuncibus meam pecuniam crederet, & ille sub iisdem vsuris eandem pecuniam Mæuio credere maluerit, erit illius periculo pecunia, quoniam fines mandati diligenter custodire debuit, non alium debitorem eligere minùs idoneum, *l. nam & Seruius* 21. §. *vltim. supr. de negot. gest.* neceò minùs tamen vsurarum lucrum, quas procurator perceperit ad me pertinebit, quia vsurariam volui esse pecuniam, non gratuitam. Planè si grauioribus vsuris, quàm quincuncibus Mæuio credita sit pecunia, quod vltra quincunces excurret, procuratoris mei lucro cedet, cuius & periculo nummi fuerunt, *d. l. is qui* 13. §. 1. *commodat. l. si vnus* 67. §. 1. *infr. tit. prox.*

9 ¶ Idem Labeo ait, & verum est, reputationes quoque hoc iudicium admittere. & sicuti fructus cogitur restituere is, qui procurat: ita sumptum, quem in fructus percipiendo fecit, deducere eum oportet. sed & si ad vecturas suas, dum excurrit in prædia, sumptus fecit: puto, hos quoque sumptus reputare eum oportere. nisi si salariarius fuit: & hoc conuenit, vt sumptus de suo faceret ad hæc itinera, hoc est de salario.

Ad §. 9. Idem Labeo ait.

RAT. DVBIT. Qui mandat Titio, vt fundum emat, non cogitat de faciendis reputationibus sumptuum quos Titius ad fructus ex eo fundo percipiendos impẽderit. Nimis enim remotum illud est ab eo quod agitur, nimisque extrinsecum, vt in *l. si sterilis* 21. §. *cùm per venditorem. infr. de action. empt.* Aliáque causa esse videtur fructuum à mandatario ex re empta perceptorum. Cur enim fundos emimus, nisi vt commodũ fructuum nobis ex iis acquiramus? Totum siquidem rei emolumentum in fructu, non in proprietate consistit, *l. Mæuius* 66. §. *fundo l. Mæuius* 76. §. *dominus, de leg.* 2. Ergo quamuis in actionẽ mãdati veniant fructus omnes, quos procurator ex re empta percepit, & quicquid lucri, siue fructuum, siue vsurarũ, aut alterius cuiuslibet rei nomine consecutus est, vt in præcedentibus diximus: non tamen consequens est, vt eos sumptus procurator mandati iudicio conuentus reputare mandanti debeat,

BIU Cujas

sed alia ratione, id est, vel per solam retentionem, vel per actionem negotiorum gestorum, cùm in eo mandatoris negotia vtiliter gesserit, nec nouum sit, vt mandati actio cum negotiorum gestorum actione concurrat, *l.3.§.vlt.supr.de negot.gest.* præsertim diuersis, vt hîc, respectibus. Nam quemadmodum mandati actio competere non potest, cùm mandatum nullum interceßit, *l.ex mandato* 20.§.1.*infr.* nec si negotiorum gestor mandatum sibi fuisse putet, *l. item si* 5.*supr.de negot.gest.* ita neque extendi debet vltra quàm mandatum sit, *l.*4. *hoc titul.* ne voluntas mandatoris trahatur ad incogitata ad ipsum obligandum, contra *l.cùm Aquiliana* 5.*supr.de transact. vulg.l.non omnis* 19.*supr.de reb.credit.*

DEC. Ex mandato sicuti nullum lucrum penes mandatarium remanere debet, ita neque damnum *d.l.ex mandato.in princ.* Vtrumque enim fit ex eadem regula æquitatis, quę in hoc bonæ fidei iudicio maximè dominatur, & quæ sicuti non patitur, vt procurator lucrum aliquod ex alieno retineat, vt scriptum est initio huius legis, & in §.*si procurator.supr.* Ita neque vt damnum vllum ex mandato sentiat, cùm ei officium suum damnosum esse non debeat, *l.si seruus* 61.§.*quod verò.infr.de furt.* In eámque rem comparata est mandatario actio mandati contraria, cuius auxilio si aliter fieri nequeat, indemnitatem consequatur. Sed ea res non adimit ei beneficium retentionis, & reputationum in hoc mandati iudicio faciendarum, cùm sit ei commodius reputare retinendo, quàm vltro agere, vt in *l.*1.§.*præterea infr.de contr.tutel.& vtil.act.l.sin autem* 8.§.*si quocumq; modo.supr.de negot.gest.l.quod in diem* 7.§.1 *supr.de compensat.l.*1.*in princip.infr.de pignor.* Nihilque æquius est, quàm vt quo iudicio quisque conuenitur in eo, & reputationes facere ipsi liceat *tot.tit.Cod.de reput.faciend.in iudic.in integr.restit.* Nec nouum est, vt interdum etiã extra id quod agitur, obligatio inducatur, *l.is qui* 13.*in fin.sup.cõmod.* Maximè verò cùm de sumptibus in fructus colligendos factis tractatur, quia nec fructus intelligendi sunt, nisi qui deductis iis sumptibus supersunt. *l.si à domino* 36.§.*vltim.& l.seq. supr.de hered.petit.l.quod in fructus* 46.*infr.de vsur.l.*1.*C. de fructib.& lit.expens.l.*4.*l.vlt.in fin.supr.de oper.seruor.* Nec tantummodò sumptuum quos procurator, siue ad colligendos fructus, siue in quam aliam mãdati causam procurator fecerit, reputationem ei facere licebit, sed etiam vsurarum eius pecunię quam impenderit iuxta distinctionem *l.si verò* 12.§.*si mihi infr.hoc tit.* Idem igitur est si ad vecturas suas, id est, ad conducendos equos quibus veheretur, dum in prædia excurrit sumptus fecerit, vt hîc Vlpian.subiicit. Eadem namque in omnibus iuris, & æquitatis ratio est, ac proinde idem ius constituendum *vulg.l. illud* 32.*sup.ad leg.Aquil.l.*3.§.*vnde etiã.inf.de iniust.rupt.* Sed addit Vlpianus exceptione *nisi si salariarius fuit, & hoc conuenit, vt sumptus de suo faceret ad hæc itinera, id est, de salario.* Nemo enim dixerit hoc casu permittendum illi esse, vt hos sumptus mandatori reputet quos de suo facere debuit, quia esset hoc contra bonam fidem, quæ nunquam patitur, vt bis idem exigatur, *l.bona fides* 57.*de regul.iur.* Idem iuris est in sociis si quid vnus de suo in causam societatis impenderit, *l.cùm duobus* 52 *aliàs l.si fratres.* §.*si quis ex sociis.infr.tit.prox.* Item in tutore, *l.à tutoribus* 33.§.*vlt. infr.de admin.tutor.* & generaliter in omnibus qui aliena negotia, etiam sine mandato vllo administrãt *l.sed an vltro* 10.*& l.quæ vtiliter* 45.*& pass.sup.de neg.gest.* Quis autem horũ sumptuum modus esse debeat, si de hoc quoq; dubitetur ex mandatarij qualitate, & consuetudine æstimãdum erit, vt Accurs.noster hic notat, ex *l.vel vniuersorum* 12.*sup de pignor.act.* Denique ex arbitrio boni viri *l.Titium* 47.§.1.*inf.de admin.tut.*

10 ¶ Idem ait, si quid procurator citra mandatum ad voluptatem fecit, permittendum ei auferre, quod sine damno domini fiat: nisi rationem sumptus istius dominus admittit.

Ad §.10. *Idem ait.*

RAT. DVB. Non debet denegari mandatario qui in fundo quem ex mandato emit, impensas pleraſque ad domini voluptatem fecit, quod bonæ fidei possessori conceditur. Ponimus enim huiusmodi impensas voluptarias bona fide factas esse, non ea mente, vt ipsarum restitutione dominus oneraretur, & difficilior ei fieret mandati actio ad rem repetendam, vt in *l.si seruos* 25.*supr.de pignorat.act.l.*3.§.*sed si mutua.supr.de in rem verſ.* Atqui bonæ fidei possessor voluptarias quoque impensas reputat per doli exceptionem, tamdiúq; retinẽdę rei ius habet, *l.vtiles* 39.§.1.*sup.de hered.petit.l.in hoc iudicium* 14.§.1. *supr.commun diuid.* Ergo & mandatario idem beneficium dandum est, vt possit eas reputare.

DEC. Melior causa esse debet bonæ fidei possessoris, quàm procuratoris. Possessori namque bonæ fidei nihil imputari potest, si dum se dominum putat, rem ornat quibuscunque vult, & potest rectoriis incrustationibus, picturis, & aliis huiusmodi ad voluptatem suam ornamentis. At procuratori, qui scit alienam rem se curare, semper imputari potest, cur mandati fines transilierit, id est, cur neque mandatum, neque volũtatem domini habens eos sumptus ad solam voluptatem fecerit, si nunc eorum restitutione oneratum dominum velit. Etsi enim ab initio nihil dolo malo fecit, nunc tamen facere videtur, cùm recusat rem restituere si non eorum quoque sumptuum reputatio admittatur, *arg.l.*2.§. *circa.infr.de doli mal.except.* quasi ex postfacto appareat non alio consilio, & proposito factos eos sumptus fuisse, quàm vt eorum restitutione durior fieret causa domini, si eam reputationem nollet admittere, *d.l.*3.§.*sed si mutua.sup.de in rem verſ.* Ideóque videretur comparandus potiùs malæ fidei possessori qui in alieno solo prudens, & sciens ædificauit. Et cui idcirco nec tollendorum sumptuum potestatem ei facimus quasi eos donasse videatur, *l.adeo* 7.§.*ex diuerso versic.certè inf.de acquir.rer.domin.l.si seruus* 30.§.*si oliuam* 25.*supr.ad leg.Aquil.l.qui alienum* 14.*infr. de donat.l.*2.*l.domum* 5.*C.de rei vind.* nisi ab initio bonæ fidei emptor fuerit, vt in *l.Iulianus* 37.*supr.eod.tit.* Aut nisi agatur iudicio vniuersali petitionis hereditatis in quo aliud ex æquitate recipiendum esse nonnulli existimant ex *d.l.vtiles* 39.§.1.*in fin.supr.de hered.petit.* vbi latiùs scripsimus. Sed nec tamen tam amarè tractandum est cum procuratore, qui ab initio amici officium suscepit, & impleuit, vt malæ fidei possessori comparandus sit, ac prohibendus ne impensas, quas fecit, tollat, si facere id possit sine rei in quam factæ sunt, læsione, ac detrimento, vt Vlpianus hîc scribit. Æquissimo sanè temperamento,

vt

BIU Cujas

vt neque deducere eas impēsas possit, vt bonæ fidei possessor quilibet, neque donasse illas videatur, vt malæ fidei possessor, sed earum tamen tollēdarum ius habeat, nisi rationem & reputationem earū dominus admittat, scilicet tantum dando, inquit Accurs. quantum haberet his abrasis, *l. in fundo 38. sup. de rei vindic.* Iunge *d. l. 3. §. sed si mutua. supr. de in rem vers. l. si quis negotia 25. supr. de neg. gest.*

11 ¶ Fideiussores, & mandatores, etsi sine iudicio soluerint, habent actionem mandati.

Ad §. 11. Fideiussores.

RAT. DVB. Imputari potest fideiussoribus, & mandatoribus, cur tam citò soluerint, neque expectauerint, vt iudicio conuenirentur, condemnarentur, & condemnati soluere cogerentur, ne alioqui beneficio, quod ab iis accepit debitor, oneretur potiùs quàm adiuuetur, quod contingeret, si priùs ipsis soluere teneretur, quàm creditor contra eos, aut contra debitorem ipsum egisset. Beneficio autem iuuari quem oportet non onerari, sicut nec decipi, *l. in commodato 17. §. 1. supr. commod.* Ergo fideiussoribus, & mandatoribus qui sine iudicio soluerunt, mandati actio dari non debet.

DEC. Nemo prohibetur bonam fidem agnoscere, quomodo de tutoribus scriptum est in *l. quoties 9. §. sicut. infr. de admin. tutor.* Nec oportet noxiæ esse fideiussori si ipse pudori suo pepercerit, vt Celsus loquitur in *l. Quintus Mucius 48. infr. hoc tit.* Oneratur enim pudor, & pulsatur verecundia eius, qui cùm sciat se debere, & iure gentium dare oportere, siue proprio, siue fideiussorio nomine, recusat soluere, quousque conueniatur per iudicem, & cogatur soluere vi actionis, cùm actiones non nisi in perfidos comparatæ sint, & iuris gentium violatores, vt Theophilus scribit in *Titul. de action. l. cùm amplius 186. §. is natura debet, de reg. iur.* Ergo non tantùm iustè, sed etiam probè facit fideiussor, qui sine iudicio soluit, siue aduersarius eum extra iudicium interpellauerit, quod plerumque fit, *l. mora 32. infr. de vsur. l. qui Romæ 122. in princ. & §. coheredes, de verb. obl. l. Titia Seio 87. §. vsuras, de leg. 2.* dummodò potestatē non eximat debitori vtendi iure suo, *dict. l. & mutus & §. proxim. seq.* Et consequenter mandati actionem habere debet, ne alioqui in damno moretur, quod esset iniquum, *l. si mandassem 15. l. ex mandato 20. infr.* Nam & quod magis est, idem obseruatur in fideiussore qui iam liberatus soluit.

12 ¶ Generaliter Iulianus ait, si fideiussor ex sua persona omiserit exceptionem, qua reus vti non potuit: si quidem minùs honestam, habere eum mandati actionem: quòd si eam, qua reus vti potuit, si sciens id fecit, non habiturum mandati actionem, si modò habuit facultatem rei conueniendi, desiderandíque, vt ipse susciperet potiùs iudicium, vel suo, vel procuratorio nomine.

Ad §. 12. Generaliter.

Mihi locus hic semper visus est mancus & mutilus. Nam cùm Vlpianus ex Iuliano profiteatur se generaliter docere velle quid iuris sit, si fideiussor exceptionem sibi proprio nomine competentem prætermiserit, siue reus ea vti potuerit, siue non potuerit, multos tamen casus omittit, in quibus quid iuris sit non aperit. Neque verò huic §. aut rationem, aut sententiam aliter constare posse arbitror, quàm si hunc §. ita legamus, *Generaliter Iulianus ait si fideiussor ex sua persona omiserit exceptionem, qua reus vti non potuit habere eum mandati actionem. Quòd si eam qua reus vti potuit, siquidem minùs honestam æquè habere eum mandati actionem, sin eam qua reus honestè vti potuit, si sciens, id fecit non habiturum mandati actionem, si modò habuit facultatem rei conueniendi desiderandiq;, vt ipse potiùs susciperet iudicium, vel suo, vel procuratorio nomine. Suo quidem nomine ante litem contestatam. Procuratorio autem postea.* Ita enim si legamus, benè quadrabunt omnia, neque in hac distinctione quicquam omissum, vel malè additum inuenietur. Cùm tamen si vulgatam lectionem sequamur, absurda multa occurrant. Inter quæ primum illud est, quod in primo illo casu, quem Vlpianus ex Iuliano ponit, id est, quo fideiussor exceptionem sibi ex sua persona cōpetentem omiserit, *qua reus vti non potuit*, adhibetur distinctio illa, *an honesta sit exceptio, an minùs honesta*, vt si minùs honesta, parcendum sit fideiussori, qui eam omiserit: si verò honesta, non sit ei parcēdum, nec danda mandati actio. Cur enim dixisset Iulianus *siquidem minùs honestam*, si in ea quoque exceptione, quæ honesta esset, idē existimasset? Quamuis ita putet Accursius, qui in his verbis dictionem *maximè* subaudiendam esse putat. Atqui falsum est fideiussorem, si exceptionem sibi ex persona sua competentem, quamuis honestissimam omiserit, qua reus vti non potuit, eò minùs habiturum mandati actionem, si modò paratus sit defendere reum aduersus creditorem, vt disertè scriptum est in *l. si fideiussor 29. §. vlt. inf. hoc tit.* Cui simile est, quod Paulus respondit in *l. penult. supr. ad SC. Velleian.* si mulier quod ex intercessione soluit, nolit repetere, sed malit mandati agere contra debitorem, pro quo intercessit, dummodò ipsi caueat de indemnitate, audiendam eam esse. Ideò autem cautio hæc, quæ nihil nisi nuda repromissio est, à fideiussore desideratur, quia iniquum esset reum cogi per actionem mandati soluere, quod postea iterum creditori soluere cogeretur, vt dicemus ad *d. §. vlt.* Neque aliud iuris est in qualibet alia exceptione soli fideiussori competente, siue tempore liberatus sit, siue personali pacto de non petendo, quod reo prodesse non posse certum est, *l. nisi hoc actum est 22. supr. de pact.* Illud enim duntaxat intuendum est, ne fideiussor eximat reo potestatem vtendi iure suo, *l. Quintus 48. infr.* vbi dicitur hoc casu fideiussorem parum fideliter facere, ideóque nec mandati actione iuuandum esse. Prius igitur est, vt fideiussor exceptionem communem omiserit, id est, & sibi, & reo competētem, quàm vt quærendum sit, an honestam, aut minùs honestam, siue sciens, siue ignorans omiserit. Quænam enim iniuria debitori à fideiussore facta videri potest etiamsi fideiussor sciens exceptionem honestam omiserit, qua vti potuisset si voluisset, cùm

BIU Cujas

reus ea vti ipse non potuerit? Ergo distinctio illa honestæ, vel inhonestæ exceptionis à fideiussore prætermissæ, quamuis æquissima sit (nam nec facere posse credimur, quod honestè facere non possumus, *l.filius 15.infr. de condic. instit.*) attamen ad eum solum casum pertinet, quo talis exceptio sit, vt ea vti reus quoque potuerit. Fideiussor siquidem tanquam fideiussor conuentus, licèt vti possit exceptione ex persona debitoris, etiã debitori ipsi competente, si modò nõ cohæreat personæ, sed rei iuxta distinctionem *l.exceptiones 7.iunct.l.omnes 19.infr. de except.* non tamen perinde omnes exceptiones, quę fideiussori ex proprio capite competunt, etiam reo accommodãtur, *l.fideiussoris 23.supr.de pact.* §.*exceptiones.Instit. de replicat.* Adeò vt si fideiussori principalis debitor heres extiterit, & ità obligatio fideiussoria sublata sit, nec possit creditor à reo, nisi tanquam à reo debitum petere, & fideiussor captata inde occasione vti velit exceptione sibi tanquam fideiussori non competente in factum, aut dolimali replicatio contra eum dari debeat, *l.cùm reus 14. infr.de fideiuss.* vbi hanc ob causam addita negatione legendum esse *exceptione fideiussori non competente*, docuimus *lib.1.Coniect.cap.5.* Et tamen cùm fideiussor exceptionem omisit, qua etiam reus vti potuit, nulla hîc distinctio adhibetur à Iuliano, neque ab Vlpiano, an honesta fuerit illa exceptio, necne, cùm hoc vno casu illa inspectio necessaria fuerit. Non enim quoties fideiussor omisit exceptionem, qua reus vti potuit, etiamsi sciens id fecerit, amittit statim mandati actionem. Sed ita demùm si eam omiserit, quam honestè obiicere potuit. Porrò obiicere omnes potest, quæ sunt ex bona fide. Nec puto ferè alias inhonestas dici posse, quàm quæ à bona fide alienæ sint, cuiusmodi sunt exceptiones procuratoriæ, de quibus in *d.l.si fideiussor 29.* §.*quædam.infr. hoc tit.* vbi dicitur non congruere bonæ fidei de huiusmodi iuris apicibus disputare. Bonam enim fidem præstare sicuti fideiussor reo debet, ita & multò magis debitor fideiussori, ne alterutrius verecundia ob alterius lucrum oneretur. Itaq; rideo cùm istius inhonestæ exceptionis exemplum adferri video ab Accursio, & probari à Iacobo Cuiacio *lib.11. Obseru. cap.40.de exceptione.* Quod quisque iuris quam Cuiacius post Græcos interpretes stellionatus exceptionem vocat, qua is qui creditoribus suis decoxit vti non potest aduersus creditorem suum, eundémque decoctorem, cùm in eodem vitio sit: At fideiussor eius vti potest si velit, quòd sinolit vti, malitque soluere, non eò minùs tamen si Accursio & Cuiacio credimus, habebit actionem mandati, quia excusatus pudor eius esse debeat, qui minùs honestà exceptione vti noluerit, *d.l.Quintus 48.infr.* Primùm enim falsum est, fideiussorem hac exceptione vti posse, cùm debitor ipse principalis ea vti non potuerit. Falsum item, hanc exceptionem competere fideiussori ex propria persona, cùm non ei creditor decoxerit, qui habuit eum debitorem, sed suis creditoribus. Nullo enim iuris loco reperias huiusmodi exceptionis stellionatus ita fieri mentionem, vt obiici possit decoctori à quolibet debitore, præsertim si ponas factum eum debitorem, postquàm creditor suis creditoribus decoxerit, sibi namque imputet qui talem sibi creditorem elegit, quem periculosius esset habere debitorem. Falsum est denique exceptionem hanc in persona fideiussoris minùs honestam esse, vt excusetur fideiussor, qui ea vti noluerit. Esset quidem inhonesta in persona debitoris, eiusdémque decoctoris, sed cur etiam in persona fideiussoris qui non decoxit? Aut in quo fideiussoris pudor oneraretur, tametsi exceptionem hãc obiiceret creditori, eidémque decoctori, nulla debitoris, quamuis itidem decoctoris mentione facta. Neque verò existimandum est hanc exceptionem ideò denegari debitori, quod sit minùs honesta, sed potiùs, si qua huius propositionis veritas, & ratio est, quòd eo iure hic contra se vti debeat, quo contra alios vsus est, *l.1.& tot.tit.l.3.*§.*si is pro quo eod. quod quisq.iur.* Itaque fateamur quod rei est, nullam satis commodam huius loci explicationem adferri posse, nisi nostra emendatio recipiatur. Ni fortè aliud exemplum sequi malis Accursij de fideiussore, cui factum est pactum personale de non petendo, si foderet vineam, cùm esset in dignitate, quod ridiculum est. Iunge quæ dicemus ad *dict.l.si fideiussor 29.*§.*quædam, &* §.*vlt.infr.*

13 ¶ Si fideiussori donationis causa acceptum factum sit à creditore: puto, si fideiussorem remunerari voluit creditor, habere eum mandati actionem. [a]Multò magis, si mortis caussa acceptò tulisset creditor: vel si eam liberationem legauit.

Ad §.*vlt. Si fideiussori.*

RAT. DVB. Mandati actio non datur fideiussori, nisi ad id quod ipsius interest, & quod ipsi abest *l.si procuratorem 8.*§.*mandati.supr.l.inter causas 26.*§.*abesse.infr. hoc tit.* Atqui nihil videtur interesse fideiussoris, nec quicquam ei abesse, cùm fideiussori acceptum factum est debitum à creditore. Acceptilatio enim, licèt non nisi imaginaria solutio sit, vim tamen veræ solutionis obtinet ad tollendam radicitus, & ipso iure obligationem §.1.*Instit.quibus mod. tollit.oblig.l.pen.inf.de solut.& l.prout 80.eod.* Ergo cùm neque quicquam fideiussor præstiterit, neque in quoquam maneat obligatus, nulla ei contra debitorem mandati actio competere potest, *l.si quis mandatu 28.in fin.supr. de neg.gest.*

DEC. Multum interest, an fideiussori acceptum tulerit creditor donandi animo, an remunerandi. Si donandi, obtinet id quod diximus, quia nihil prorsus fideiussori abest. Si verò remunerandi, cõtrà est, quia remunerationis commodum ei eripitur propter fideiussionem. Tantum igitur ei abesse ex causa fideiussionis intelligitur, quantum illud est, quo remunerari eum creditor noluit. Quemadmodum enim locupletior fit, qui remunerationem accipit, quatenus accipit, *l.sed etsi 25.*§.*consuluit.supr.de petit. hered.* Ita qui remunerationem amittit, licèt nõ fiat hoc ipso pauperior, quoniã aliud est pauperiorem fieri, aliud verò non fieri locupletiorem, *l.5.*§.*concessa, &* §.*si maritus.infr. de donat.inter vir. & vxor. l.quod autem 6. quæ in fraud. credit.* amittit tamen occasionem lucri, quod sufficit, vt eius interesse videatur, & vt in æstimando eo quod interest, huius quoque lucri ratio habenda sit, *l.2. in fin. supr. de eo quod cert. loc. l.si commissa 13.infr. rat. rem haber.* Quamquam si verum amamus, qui remunerationis sibi factæ, & naturaliter debitæ iacturam facit, nõ modò lucrum amittit,

BIU Cujas

amittit, sed etiam damnum sentit, cùm sit hoc veluti genus quoddam permutationis, vt eleganter scriptum est in *d.* §. *consuluit*. Perinde igitur fideiussoris indemnitati per mandati actionem succurrendum est, acsi soluisset, quia ponimus factum fideiussoris remunerationi, quam creditor facere noluit, causam dedisse. Nam nec alius remunerãdus est, quàm qui beneficium dedit.

a *Multò magis si mortis causa acceptò tulisset creditor.* Repete ex verbis proximè præcedentibus *animo remunerandi*. Nam si non remunerandi, sed principaliter donandi animo facta sit fideiussori donatio, quamuis mortis causa, nullam contra reum actionem mandati habere debet, non magis quàm si inter viuos facta esset, *l. si verò 12. in princip. infr.* Cur ergo addit Vlpianus verba illa *multò magis*? Nimirum, vt ego arbitror, quia donationes causa mortis capiuntur ad instar legatorum, & ad eorum naturam proximè accedunt, *l. Marcellus 15. l. illud 37. in princip. infr. de mort. caus. donat.* In legatis autem maior præsumptio est, quod animo remunerandi facta sint, *l. nec adiecit 8. cum duabus seqq. infr. tit. proxim.* Id. óque statim subiicit Vlpianus, *vel si ei liberationem legauit.* Quanquam & donationes inter viuos plerumque benè merentibus amicis fiunt, *l. viuus 9. infr. si quid in fraud. patron. l. Aquilius 27. l. penult.* §. *1. de donat.* Sed non tam facilè præsumitur in donante inter viuos animus remunerandi: cùm is qui donat inter viuos, simpliciter & absolutè donare dicatur. *l. Seia 42.* §. *1. eod. titul.* donatio autem remuneratoria non fit simpliciter, & absolutè donatio, sed secundùm quid, & potiùs species quædam permutationis, *d. l. sed si 25.* §. *consuluit, de petit. hered. & d. l. Aquilius.* Iunge *l. hoc iure 19.* §. *1. eod.* licèt is locus ad huius §. sententiam parum meo iudicio pertinere videatur. Cæterùm distinctionis, quæ in hoc §. inchoatur, alia pars petenda est ex *l. si verò 12. in principio. infr.*

11. POMPONIVS libro 3. ex Plautio.

SI ei, cui damnatus ex causa fideiussoria fueram, heres postea extitero: habebo mandati actionem.

Ad l. Si ei cui 11.

RAT. DVB. Cùm fideiussor reo stipulandi heres extitit, non potest videri fideiussor à seipso pecuniam exegisse, cùm reus promittendi maneat obligatus. Fideiussoria enim obligatio sola eo casu tollitur, quæ accessoria est, non principalis, *l. heres à debitore 21.* §. *quòd si stipulator. vers. quòd si idem. infr. de fideiuss.* Ergo mandati actionem habere non potest, sed ex stipulatu potiùs agere debet, vt ratiocinatur, & concludit Africanus in *d. l. heres.* §. *vlt.*

DEC. Fideiussor ex causa fideiussoria condemnatus comparandus est ei, qui iam soluerit, *l. Lucius 38.* §. *1. infr. hoc tit. l. si pro ea 10. C. eod.* Ergo statim agere mandati potest, etiam priusquàm tempus venerit, quo condemnati iudicatum facere compelluntur, *l. fideiussor 45. infr. de fideiuss.* Nec ad rem pertinet, quod hoc quoque casu perinde atque si fideiussor condemnatus non esset, sola obligatio fideiussoria tollatur, non etiam principalis, *d. l. heres.* §. *quod si stipulator. vers. quòd si idem.* Vt proinde ex Africani ratione posita in *d.* §. *vlt.* ex principali actione, non autem mandati agendum videatur. Actio enim mandati, quæ propter condemnationem, & exinde cœpit competere, nõ ideò extincta videri potest, quòd fideiussoria obligatio sublata sit. Ad quid enim requirimus obligationem fideiussoriam, nisi vt parere possit mandati actionem? At qui iam semel competit, à quo tempore condemnatus fideiussor fuit, vt diximus. Ergo neque per confusionem, & extinctionem obligationis fideiussoriæ, neque alia ratione vlla, nisi plenissimæ indemnitatis præstatione perimi potuit, *l. euicta 16.* §. *si seruus. l. habere licere 57. in fin. infr. de euict.* Et ita benè Accursius quoque noster intellexit, addens, quod nec prætermittendum est, ita intelligi hanc legem debere, si fideiussor à creditore institutus heres fuerit animo remunerandi, quod probat ex huius legis cum §. præcedenti connexione. Vereor tamen ne non sit satis bona comparatio. Tunc enim distinguimus, an remunerandi animus in donãte, aut in legante interuenerit, cùm de donatione, aut legato tractamus, quia possunt ista esse remuneratoria, possunt & non esse. Et quo casu non sunt remuneratoria, nihil causæ est, cur actio mandati danda sit fideiussori contra debitorẽ, qui nondum est liberatus. At in specie huius legis liberatus est per fideiussorem reus, non quidem ex eo quod stipulatori fideiussor heres extiterit, sed quòd fuerit condemnatus. Nam quod heres stipulatori extitit, cùm fideiussoriã solam obligationem sustulerit, dubitandi rationem auget potiùs quàm vt rationem decidendi præbeat. Liberatur autem reus condemnatione fideiussoris, quia & sola ipsius contestatione liberaretur, ex ratione iuris veteris ante Iustiniani cõstitutionem, quæ hoc ius correxit in *l. vlt. C. de fideiuss.* Iunge *l. si mandatu 45.* §. *vlt. inf. hoc titul.* Est igitur hic casus superiori dissimilis, & planè diuersus, sed tamen ob id subiunctus, quod sicut in superiori specie, ita & in hac datur mandati actio fideiussori, quãuis nihildum soluerit, nec ei quicquã abesse, ob id solùm videri possit, quod à creditore suo fuerit institutus, eíq; heres extiterit. Dices inanem fieri condemnationem, postquam fideiussor condemnatus creditori suo eidémque actori heres extitit, cùm ab eo tempore certũ sit esse neminem à quo conueniri ex iudicato possit. Et quod magis est neminẽ esse posse. A quo enim conueniretur nisi à seipso? *dict. vers. quod si idem. l. nec cum filiofamilias 16. infr. de furt.* Sed respondendum est, quod iam diximus, sufficere q; mandati actio cœperit aliquando competere. Ac prætereà cùm debitor creditori suo heres extitit, rationem quãdam poni inter heredem & hereditatem, & intelligi maiorẽ hereditatem ad heredẽ peruenire quasi soluta pecunia, quæ debebatur hereditati, & per hoc minùs in bonis heredis esse, vt elegãter Paulus scribit in *l. si ei cui 41.* §. *vltim. de euict.* Ergo in proposita specie dicẽdum est, quod fideiussor creditori heres extitit facere, vt tanto minùs sit in bonis fideiussoris cõdẽnati. Quidni ergo mandati actionẽ ei dabimus cõtra debitorẽ liberatũ? Vide quę ad hanc legẽ scripsimus *li. 1. Cõiect. c. 17.*

12. VLPIANVS libro 31. ad Edictum.

SI verò non remunerandi causa, sed principaliter donando, fideiussori remisit actionem: mandati eum non acturum.

BIU Cujas

Ad l. Si verò 12.

Iam explicatum à nobis est initium huius legis ad §. *vlt. l. idemq;* 10. *supr.* Continet enim secundam partem illius distinctionis, quam Vlpianus noster adhibuit in *d.* §. *vlt.* an fideiussori donatum, siue inter viuos, siue mortis causa fuerit, vel legatum animo remunerandi, vel non. Vt si animo remunerandi, habeat fideiussor actionem mandati, si verò non animo remunerandi non habeat. Rationem vtriusque partis distinctionis iam attulimus, quia priore casu abesse fideiussori intelligitur id quo creditor eum remunerari voluit. Posteriore verò nihil ei abest, cùm gratis liberatus sit. Similem distinctionem obseruat Accursius in *l. si pro patre* 10. §. *si domini. versic. plus dicit supr. de in rem vers.* Obstare tamen huic legi creditur, quod scriptum est in *l. inter causas* 26. §. *si is qui. infr.* si is qui fideiussori donare vult, creditorem eius habeat debitorem suum, eúmque liberauerit, continuò mandati acturum fideiussorem, quia nihil interfit, vtrum creditor nummos creditori fideiussoris soluerit, an eum liberauerit. Sed vt benè Azo obseruauit, multum interest, an creditor ipse apud quem fideiussi, mihi donet non animo remunerandi, & me liberet. Quo casu non ago mandati, quia neque mihi quicquam abest, neque creditori adest, vt in hac lege. An verò alius donet mihi pecuniam æquè non animo remunerandi, sed simpliciter, & principaliter, quam pecuniã ego posteà soluam creditori, siue ego ipse tradã, siue ipse qui donat, tradiderit ei me volente. Quo casu soluisse per eum videor, & ideò statim ago mandati §. *prox. infr.* siue creditor debitum suum manualiter, ac naturaliter acceperit, vt in *d.* §. *prox.* siue liberatio ad eum peruenerit, vt in specie *d.* §. *si is qui.*

1 ¶ Marcellus autem fatetur, si quis donaturus fideiussori, pro eo soluerit creditori, habere fideiussorem mandati actionem.

Ad §. 1. *Marcellus.*

RAT. DVB. Ex eo perídet, quod proximè Vlpianus scripsit, si non remunerandi animo, sed principaliter donandi causa creditor fideiussori actionem remiserit, quam aduersus eum habebat ex causa fideiussoria, non ideo tamen fideiussori actionem mandati dandam esse aduersus debitorem. Sed alius hic casus est, de quo Marcellus respondit, scilicet de fideiussore nõ cui creditor actionem remiserit, sed pro quo alius donandi animo, quamuis non remunerandi, pecuniam creditori eius soluerit. Quo casu perinde haberi debet, acsi fideiussor ipse de suo creditori soluisset. Nec aliud est, si alius ille tertius qui creditor erat creditoris, creditorem, eundémque debitorem suum liberauerit, *l. inter causas* 26. §. *si is qui. infr. hoc tit.* vt cum Azone proximè explicauimus.

2 ¶ Planè, inquit: si filiusfamilias, vel seruus fuit fideiussor, & pro his soluero donaturus eis: mandati patrem, vel dominum non acturos. hoc ideo: quia non donare patri voluit, qui soluit.

Ad §. 2. *Planè inquit, si filiusfamilias.*

RATIO DVBITANDI. Quicquid acquirit filiusfamilias, acquirit patri volenti sibi per filium acquiri, *l.* 1. *infr. si quis à parentib. manumiss. sit.* Quicquid verò acquiritur per seruum, acquiritur domino, etiam inuito ex omnibus penè causis, *l. etiam* 32. *de acquir. rerum domin. l. seruus vetante* 62. *de verbor. oblig.* ita vt ne momento quidem temporis acquisitio in persona filiifamilias, vel serui consistat, *l. placet* 79 *de acquir. hered.* Ergo si fideiussor filiusfamilias fuerit, vel seruus, & pro his soluero donaturus eis, non minùs danda est patri, vel domino mandati actio cõtra debitorem, quàm si patri ipsi, vel domino donassem Quo casu nemo dubitaret, quin actio mandati ipsis competeret, secundùm id quod in huius §. initio ex eodem Marcello scriptum est.

DEC. In omnibus acquisitionibus aliquid interuenit, quod est facti, aliquid etiam, quod est iuris. Contractus omnis, ex quo fit acquisitio facti est non iuris, *l. consilio* 7. § *vlt. infr. de curat furios.* acquisitio autem ipsa iuris est non facti. Totum enim ius nostrum partim in acquirendo versatur, *l. vlt. supr. de legib.* Porrò ea quæ sunt facti, non transeunt à filio ad patrem, nec à seruo ad dominum, *l. qui heredi* 44. *infr. de condic. & demonstr.* sed ea tantùm quæ sunt iuris, *l. quod dicitur* 130. *l. stipulatio ista* 38. §. *hæc quoque stipulatio, & seq. de verbor. oblig.* Ergo si filiofamilias, vel seruo fideiussori Titij donatum voluero, cùm non ideò dici possit me patri, vel domino donasse, quia donatio facti non iuris est consequens fit, vt nec domino, nec patri actio mandati possit competere, nisi ponerem, & probarem contemplatione patris, vel domini filiofamilias, aut seruo me donasse. Quo casu sicut ipsi patri, vel domino viderer donasse *l. filiofamilias* 42 *de condic. & demonstr. l. sed & si quid* 22. *cum præced. supr. de vsufr.* ita nec dubitandum esset, quin patri, vel domino mandati actio cõpetere deberet. Idq; est quod Vlpianus ex Marcello hîc subiicit, *Hoc ideò, quia non donare patri voluit, qui soluit.* Cùm autem ponimus seruum fideiussisse, ponendum necessariò est fideiussisse illum ex causa peculiari, vt ex eiusmodi fideiussione conueniri dominus actione De peculio possit. Alioqui certũ est ex fideiussione obligari seruum inscio domino nõ posse extra causam peculiarem, *l. seruus inscio* 19. *& seq. infr. de fideiuss. l.* 3. § *si filiusfamilias. supr. de pecul.* alia filiifamilias ratio est. In eo namque non distinguimus quam fideiubendi causam habuerit, sed ex ipsius fideiussione, vt ex alio cõtractu quolibet patrem De peculio semper obligari dicimus, in eóque distare filiumfamilias à seruo, vt & in aliis pleriſq; *d. l.* 3. §. *sed si filiusfamilias, de pecul.* An igitur si pro filiofamilias fideiussore soluero, habebit ille actionem mãdati proprio nomine quam pater habere non potest? Nam in seruo nulla dubitatio est, quin etiamsi maximè donatum ei voluerim, actionem tamen habere nequeat, cùm proprię condicionis qualitate impediatur, ne aut agere possit, aut conueniri, *l. seruus* 6. *C. de iudic. l. cum seruo* 107. *de reg. iur.* Puto autem cum Azone, nec ipsi filiofamilias permittendum, vt hanc mandati actionem exerceat, siue eam suo nomine exercere velit, cùm non sit ex earum numero, quas permissum est filiisfamilias suo nomine exercere, de quibus in *l. filiusfamilias* 9. *& l. in factum* 13. *infr. de oblig. & action.* siue etiam pater ipse filij nomine, vt malè sensit Bulgarus, quia quod ex quibusdam

causis

BIU Cujas

causis patri permittitur agere nomine filij, ad eas actiones pertinet, quas absente patre filiusfamilias suo nomine exercere posset, vt euenit in actione iniuriarum, *l. sed si vnius* 17. *§. ait Prætor* 10. *& seqq. infr. de iniur.* & aliis similibus, de quibus in *d. l. filiusfamilias, & d. l. in factum.*

3 ¶ Planè si seruus fideiussor soluerit, dominum mandati acturum.

Ad §. 3. Planè si seruus.

RAT. DVBIT. Nihil interest, an quis per se soluat, an per alium, *l. solutione* 22. *infr. de solut. l. soluendo* 39. *supr. de negot. gest. & §. prox. supr.* Atqui cùm seruus fideiussor soluit per donatorem, non ideo mandati actio ipsius domino contra debitorem competit, vt proximè diximus. Ergo nec si seruus ipsemet soluerit, mandati actionem habere dominus debet.

DEC. Non potest seruus obligari tanquam fideiussor, nec dominum obligare De peculio, nisi ex causa peculiari, *l. seruus inscio* 19. *& seq. infr. de fideiuss. iunct. l.* 3. *§ si filiusfamilias. supr. de pecul.* Ponendum igitur necessariò est, vt supponamus terminos habiles, causam fideiubendi in hoc seruo fuisse peculiarem. Ponamus ergo similiter soluisse illum de nummis peculiaribus, vt ex eo inferamus. Habiturum ergo dominum actionem mandati contra debitorem, quem seruus fideiussor eiusmodi solutione liberauit *§. prox. infr. l. sed etsi* 20. *vers. sequitur ergo, à contrario sensu, de fideiuss.* Nam si seruus ex dominica pecunia soluerit, cùm eam vindicare, si extet, aut si consumpta sit eam condicere dominus possit, non potest ex eiusmodi solutione contingere liberatio, nec proinde nasci actio mandati domino contra debitorem, qui non est liberatus. Planè, si dominus ipse de sua pecunia soluerit, vt seruum suum ex causa fideiussionis obligatum liberaret, dubitandum non erit, quin mandati actionem habiturus sit, cùm per eandem solutionem, qua fideiussorem liberauit, etiam reum principalem liberauerit. Nam quod contrà scriptum videtur in *dict. l. sed etsi*, ad eum casum pertinet, quo seruus extra causam peculiarem inscio domino fideiusserit. Quod cùm accidit, licèt ipse dominus soluerit, repetere tamen potest non quidem ab eo, pro quo seruus fideiussit, quia non est liberatus, sed ab eo, cui pecuniam numerauit, cùm indebitam acceperit, eius serui nomine, qui ex causa fideiussionis non nisi inutiliter obligari potuit, vt in *dict. l.* scriptum est. Facessant igitur qui putant apud Accursium ex hoc versiculo corgi, quod in præcedentibus de seruo fideiussore dictum fuit.

4 ¶ Idem Marcellus ibidem ait: si filiusfamilias non iussu patris fideiusserit: cessat mandati actio, si nihil sit in peculio. quod si iussu, vel ex peculio solutum est: multò magis habet pater mandati.

Ad §. 4. Idem Marcellus.

RAT. DVB. Etiam cùm filiusfamilias sine iussu patris fideiussit, quamuis non ex causa peculiari, tamen tenetur pater actione De peculio, in eóque differt filiusfamilias à seruo, pater à domino, vt diximus ad *§. planè inquit* 2. *supr. ex l.* 3. *§. si filiusfamilias, & §. sed si filiusfamilias. supr. de pecul.* Ergo & mandati actionem pater habere debet, siue ipse, siue filius soluerit, quamuis in peculio nihil esse proponatur, & non iussu patris filius fideiusserit.

DEC. Mandati actio nunquam datur, nisi ei, cuius interest, & quatenus interest, *l. si procuratorem* 8. *§. mandati. supr.* Atqui nihil interest patris, cùm filiusfamilias extra causam peculiarem fideiussit, & non iussu patris, quia licèt eo quoque casu teneatur pater de peculio ex contractu filij, inanis tamen actio illa est, adeóque intercidit, si nihil sit in peculio, neque litis contestatæ tempore, neque rei iudicandæ, *l. quæsitum* 30. *in priuc. supr. de pecul.* Ergo nec mandati actionem habere hoc casu pater debet cõtra reum principalem, tametsi pro filio soluerit, cùm per eam solutionem non modò reum non liberauerit, sed neque filium, nisi pro eo non tãquam pater, sed tanquam alius quilibet extraneus soluerit, vt in *l. si paterfamilias* 15. *§.* 1. *supr. de adopt.* Aliud est, si vel iussu patris filiusfamilias fideiusserit, vel ex peculio soluerit. Primo enim casu ideò mandati actionem habere pater debet, quod ex eiusmodi contractu filij in solidum obligatus fuerit, *l.* 1. *supr. quod cum eo. l.* 1. *quod iussu.* Altero autem, quia cùm ex peculio solutum sit, quod patris magis, quàm filij est. *l.* 3. *§. sed vtrum. l. patri* 27. *supr. de minor.* interest patris peculij causam saluam facere, quod nisi per mãdati actionem fieri non potest, quamuis non patri, sed filio mandatum sit, quia nimirum vnus contractus est, ex quo & filiusfamilias in solidum, & pater de peculio tenetur, *l. si quis* 44. *supr. de pecul. l. si cum filiofamilias* 9. *§.* 1. *de compens.*

5 ¶ Si filiofamilias mandaui, vt pro me solueret: patrem, siue ipse soluerit, siue filius ex peculio, mandati acturum Neratius ait, quod habet rationem. nihil enim mea interest, quis soluat.

Ad §. 5. Si filiofamilias mandaui.

RAT. DVB. Quemadmodum mandati actio locum habere non potest, si mandatum nullum interuenerit, *l. ex mandato* 20. *§.* 1. *infr. hoc tit.* Ita neque aduersus alium, quàm eum ipsum, qui mandauit. Atqui ponimus mandasse me filiofamilias, vt pro me solueret, non autem patri. Ergo, siue pater ipse soluerit, siue filius ex peculio, mandati actionem contra me habere pater non debet, quamuis de suo soluerit, adeóque si voles, filij contemplatione, ne is fortè mandati actione teneretur, vt in *l. mandasti* 46. *supr. de neg. gest.*

DEC. Vnus mandati contractus est, ex quo & pater de peculio, & filiusfamilias in solidum tenetur, vt modò dicebamus ex *l. si filiofamilias* 9. *§.* 1. *supr. de compensat. l. si quis cum filiofamilias* 44. *de pecul.* Nec rursus quicquam mea interest, quis pro me soluerit, an filiusfamilias, an pater. Ergo nec mea quicquam refert, vt à patre conueniar actione mandati, licèt nihil ei mandauerim. Si tamen ipse pater de suo soluerit, an adhibenda erit distinctio, quæ ponitur in *dicta lege mandasti.* Vtrum scilicet contemplatione mandati, quod filius susceperat, pater soluerit, id est, ne

BIU Cujas

filius mandati iudicio teneretur, an verò etiamsi aliamente id fecerit? Ita putat Accursius, cum quo & ego sentio, sicque accipiendum esse hunc locum; vt pater, qui contemplatione mandati à filio susceptipro me soluit, habeat quidem contra me actionem mandati, sed ex persona filij sui, nó ex sua propria. Sufficit enim ad inducendam actionem mandati, siue directam, siue contrariam, vt aliquid contemplatione mandati factum sit, etiam ab eo, cui nihil mandarum fuerit, vt in *l. idémque* 10. §. *idem Papinianus*, vbi diximus *supr. hoc tit.* Planè cum filius familias ex peculio suo soluit, nulla distinguendi necessitas, aut occasio est. Sed omnimodo pater ex propria sua persona mandati actionem habet.

6 ¶ Si filiofamilias mandauero, vt pro me solueret, & emancipatus soluat: verum est, in factum actionem filio dandam, patrem autem, post emancipationem soluentem, negotiorum gestorum actionem habere.

Ad §. 6. Si filiofamilias mandauero.

RAT. DVB. In contractibus condicionalibus filiifamilias inspici solet tempus contractus, non autem euenientis condicionis, *l. si filiusfamilias 78. infr. de verbor. oblig. l. quæ legata 18. de regul. iur.* Ergo si filiofamilias mandauerim, vt creditori meo solueret, non inquirendum est, vtrum ante, an post emancipationem solverit: sed idem ius constituendum, quod ad mandati actionem pertinet, quod constitueretur, si manens filiusfamilias soluisset: quo casu proximè diximus ad §. præcedentem, habiturum patrem actionem mandati siue ipse soluisset, siue filiusfamilias ex pecunia peculiari. Nam & quoties solutio fit in consequentiam, & ex necessitate præcedentis obligationis, solemus inspicere tempus contractæ obligationis non solutionis, *l. 1. infr. qui potior. in pign. hab.*

DEC. Emancipatio filijfamilias, cui mandaueram, vt pro me solueret, facit vt exinde pro extraneo habeatur, *l. quinetiam 55. in fin. infr. de ritu nupt.* & consequenter, vt alius esse videatur, quàm qui erat ante emancipationem. Non ergo ille ipse cui mandaueram, vt pro me solueret. Vnde fit, vt obligationes omnes, quibus filiusfamilias obstrictus erat per eam capitis diminutionem, quamuis minimã, quæ emancipatione contingit, intercidant, nisi per in integrum restitutionem à Prætore conseruentur. Ex *tit. de capit. minut.* Quę sententia, & ratio est illius Tituli, & cui positus sit inter titulos in integrum restitutionibus, *l. 2. §. ait Prætor. l. 3. §. 1. & pas. ill. titul.* vbi scripsimus. Ergo nec mandati obligatio, quæ ciuilis est, durare post emancipationem potest, nec proinde mandati actio, quam obligatio illa parit. Sed tamen, quia verum est filiumfamilias, cui mandaui, vt pro me solueret, etiam post emancipationem eum ipsum esse naturaliter, ac reuera quem ego procuratorem ad soluendum elegeram, nec æquum est, vt per occasionem iuris ciuilis lucrũ aliquod ex ipsius damno sentiam contra naturalem æquitatem, *l. 1. §. 1. infr. de doli mali except. l. iure naturæ 206. de regul. iur.* dabit ei Prætor actionem mandati contra me non directam, quæ per capitis diminutionem periit, sed vtilem, & in factum, & restitutoriam, id est, quæ à Prætore ex edicto illo De capite minutis restituitur. Quare ad rem non pertinet, quod hic filiusfamilias fuerit tempore contractus, ex *d. l. si filiusfamilias, & d. l. quæ legata.* Id enim tunc locum habet, cùm quæritur, cui actio ex filiifamilias contractu competat, & vt intelligamus filio stipulante acquiri eam patri, quia in stipulationibus tempus illud inspicitur, quo contrahimus, licet sub condicione contractum sit, *d. l. si filiusfamilias.* At in proposito, id est, cùm de mandati actione tractamus, non tempus, quo mandatum est, inspicere debemus, sed tempus illud, quo mandatum impletũ fuit, vel neglectum, etiamsi mandatum purum fuerit, quia exinde tantùm nascitur, & obligatio & actio mandati, siue directa, siue contraria. Atqui ponimus mãdatum impletum fuisse, solutámque à filiofamilias, cui mandaueram, pecuniam post emancipationem. Ergo non potest ei directa, & vulgaris cõpetere (directã enim intelligimus, non quæ opponitur contrariæ, cùm sit hæc ipsa contraria, sed quæ opponitur vtili) quæ competeret, si ante emancipationem soluisset, aut si post emancipationem mandatum ei fuisset, sed vtilis tantùm, & in factum, quasi alij mãdatum sit, & ab alio mandatum impletum. Dices, neque ex stipulatione condicionali obligationem, aut actionem vllam nasci ante condicionis euentum, *l. cedere diem 213. de verb. signific.* & tamen non eò minùs inspici tempus contractus, non autem euenientis condicionis. Respondeo primùm illud falsum esse, nullam ex stipulatione condicionali obligationem nasci ante condicionis euentum. Nascitur enim cõfestim obligatio, quamuis non nisi condicionalis, vt ex eo apparet, quod mortuo interim stipulatore condicionalis illa obligatio ad heredẽ ipsius transmittitur, *l. is cui 42. infr. de oblig. & action. §. ex condicionali. Instit. de verbor. oblig.* Deinde quàm manifesta sit inter mandatum, & stipulationem differentia, vel ex eo maximè constare, quòd ex stipulatione pura statim nascitur, non tantum obligatio, sed etiam actio. Ex mandato autem quantumuis puro nulla nasci potest actio directa priusquàm neglectum sit, aut contraria priusquàm impletum fuerit, vt diximus. Inspiciendum igitur tempus est impleti mandati, vt proinde si eo tempore mutata inueniatur persona mandatarij per capitis diminutionem, quæ nihil aliud est quàm status mutatio, *l. 1. supr. de capit. minut.* emancipato scilicet eo qui mandati tempore filiusfamilias fuerat, nulla ei nisi in factum & vtilis actio contra mandari possit. Quam enim hîc Vlpianus in factum actionem vocat, vtilem esse constat ex Africano in *l. quidam cùm filiumfamilias 46. in fin. infr. de hered. instit.* vbi vtilem eam nominat, opponitque vulgari, quam nos supra directam appellauimus, vt in *l. quia actionum 11. l. quoties 21. infr. de præscript. verb.* Proinde mirum non est actionem hanc non acquiri patri per filium, sed ipsi filio dari qui emancipatus soluit, tametsi tempore mandati fuerit in patris potestate. Cùm non tam ex mandato nascatur, quàm ex solutione facta eo tempore quo mandatarius sui iuris esse ac de propria pecunia soluta inueniatur. Idem iuris est in filiofamilias qui à Sempronio ita stipulatus est, *Quantam pecuniam Titio credidero fide tua esse iubes?* Nam si filiusfamilias emancipatus Titio crediderit, nihil patri Titius fideiussor debebit, *l. quidam 132. §. vlt. infr. de verbor. oblig.* Sed alia ratione quàm quæ à nobis allata est. Ea nimirum, quã ibi Paulus adfert, *quia nec reus ei tenetur.*

Etsi

Etsi enim fideiussoria obligatio principalem antecedere potest ordine temporis *l. 4. l. stipulatus sum 6. §. adhiberi de fideiuss.* tamen cùm accessoria sit, necesse est vt sequatur causam & conditionem principalis obligationis: Hactenus saltem vt non alij fideiussor teneatur quàm cui principalis reus obligatus est. Itaque quod generaliter scriptum est in *d. l. si filiusfamilias.* in stipulationibus inspiciendum esse tempus quo contrahimus ad fideiussorias stipulationes non pertinet, quæ ex principali obligatione necessario pendent. Potest etiam alia ratio adferri ex Bartolo. Quod verba illa, *Quantam pecuniam Titio credidero*, conditionem faciant, perindéq; sit, ac si scriptum esset, *si credidero.* cùm sit verbũ futuri temporis *l. si quis stipulatus sit 112. de verb. oblig.* Relatiuum autem iunctum verbo futuri temporis faciat conditionem *l. Stichum qui meus erit 6. de legat. 1. l. Quintus 27. §. vlt. de aur. & argent. legat.* Hæc autem cõdicio, *si pecuniã credidero*, potestatiua est, cùm sit in potestate mea non credere *d. l. 1. Qui potior. in pignor. hab.* Portò conditiones potestatiuæ, &, vt prudentes nostri loquuntur, promiscuæ hoc proprium & singulare ius habẽt, inquit Bartolus quod ad tempus contractus non retrotrahuntur: sed eæ tantùm quæ aut merè casuales sunt, aut mixtæ ex *d. l. 1. l. qui balneum 9. l. potior. 11. eod. tit.* ex quo infert ille in condicionibus potestatiuis tẽpus contractus inspici nõ posse, ne quidem in stipulationibus cõdicionalibus, atque ita intelligendum esse quod scriptũ est in *d. l. si filiusfam.* Sed mihi traditio hæc suspecta est. Primũ, quia, vt alibi scripsi sæpius, non bene dicim⁹ cõditiones vllas siue promiscuas, siue casuales retrotrahi. Quãdoquidẽ cõditio nihil est nisi priuatio quædam puritatis id est, impediens ne actus stipulationis aut alius quilibet purus dici possit. Quod autem nihil est, retrotrahi nõ potest, cùm non entis nullæ sint qualitates *l. si partem 19. supr. Quemadm. seruit. amitt. l. eius qui 41. de reb. credit.* Quid, ergo facit euentus condicionis? Nihil, nisi vt actus qui ab initio fuerat cõdicionalis, perinde habeatur ac si ab initio purè initus fuisset *d. l. potior versic. videamus. Qui potior. in pign. hab.* Hoc verò conditionibus omnibus commune est, siue potestatiuæ sint, siue casuales aut mixtæ. Ergo, si hoc ipsum nihil aliud est quàm conditiones retrotrahi, vt interpretes loquuntur, dicendum est condiciones omnes retrotrahi. Differentiam autem inter casuales & potestatiuas in ea tantũ esse quod casuales & mixtæ retrotrahuntur etiam in præiudiciũ tertij: Potestatiuæ verò non item, ne in potestate sit debitoris alterius creditoris anterioris ius lædere *d. l. qui balneum & d. l. potior l. necessario 8. infr. de peric. & commod. rei vendit.* Ergo in stipulationibus sub potestatiua quoque condicione contractis verum est inspiciendum esse tempus contractus etiam cùm quæritur, an ex eiusmodi stipulationib. filio ac patri actio quæratur. Nec nisi in pignoribus supradictam distinctionem locum habere. Longè subtilius est quod Accursius noster tradit, Ex stipulatione qualibet condicionali etiamsi condicio post emancipationem extiterit, ideo tamen agere filium non posse, nec inspici tempus existentis condicionis, quòd si nulla stipulatio interposita esset, filius ex solo condicionis euentu agere non posset. In proposita verò huius §. specie, tametsi non mandassem filiofamilias, vt pro me solueret, nihilominus ex solutione post emancipationem facta haberet contra me negotiorum gestorum actionem. Quidni ergo actionem in factum & vtilem mandati, si mandatum præcesserit? Nec solutio, quã sequi necesse est, vt actio aliqua filio cõpetat, efficit mandatũ condicionale, quod per se purum est, sed tale quid est, sine quo mãdati actio siue vulgaris siue vtilis & in factũ competere nulla posset, quia neque mandatum impletum esset à mãdatario, neque ei quicquam abesset, quod vtrumque necessarium est ad mandati actionem inducendam *l. si procuratorem 8. §. mandati actio supr. l. inter causas 26. §. abesse infr. hoc tit.* Vera igitur est regula, quam ponit hîc Accursius, vt quo casu filiusfamilias emancipatus ageret, etiamsi nullus contractus præcessisset, possit perinde agere illo etiam casu quo contractus præcesserit ipso filio in potestate patris adhuc constituto: licèt alia atque alia actione: Eo autem casu, quo agere non posset, si cõtractus nullus præcessisset, patri quæratur actio ex contractu filijfamilias, non ipsi filio posteà emancipato. An verò contra filium ipsum si vel mandatum omnino neglexerit, vel minùs rectè impleuerit, mandati actio directa mihi competet, an duntaxat vtilis, & in factum? Aliquam enim competere certum est, ne iniquitas nimia emergeret, si filio emancipato daretur aduersum me actio aliqua: mihi autem aduersus eum nulla, *l. pen. infr. hoc tit. iunct. l. 3. in fin. supr.* Accursius dat directam. Sed malè, meo iudicio. Quæ enim ratio iuris impedit ne filiofamilias contra me vulgaris actio contraria dari possit scilicet capitis diminutio, quæ per emancipationẽ contingit, vt proximè diximus, eadem facit ne mihi contra ipsum directa mandati dari possit. Extinguit enim capitis diminutio minima quoque directas omnes obligationes, quæ filiofamilias & in filiumfamilias anteà competebant, id est, tam actiuas quàm passiuas. Sed neutrius iuris rationem Accursius intellexit, imò nec quæsiit. Qui simile esse putat quod Africanus respondit in *l. mandasti 46. sup. de negot. gest.* vbi tamen agitur de filiofamilias qui mandatum duntaxat acceperit non qui emancipatus posteà fuerit. Sequitur,

a *Patrem autem post emancipationẽ soluentem.* RAT. DVB. Potest fieri vt pater etiam post filij emancipationem soluerit contemplatione mandati quod filius eius à me susceperat, vt pro me solueret, & ob hoc solùm ne filius mihi mandati actione vtili & in factum teneretur, vt in *d. l. mandasti 46. supr. de negot. gest.* Ergo debuit Vlpianus hanc distinctionem adhibere, vt hoc saltem casu pater ex propria persona mãdati agere possit, nec ei necesse sit ad actionẽ negotiorũ gestorũ cõfugere, quæ nõ nisi subsidiaria est, nec locũ habet nisi cõtractum ãdati nullo præcedẽte *l. ex mandato 20. §. 1. inf.* cum nascatur ex quasi cõtractu *l. si quis absentis 5. in princip. infr. de oblig. & action.* mãdati autẽ actio ex cõtractu *l. 1. sup. & d. l. mãdasti.* DEC. Status mutatio, quæ in persona filijfamilias mãdatarij per emancipationẽ contingit, & quę facit vt filij emancipati persona alia esse videatur, nõ patitur vt pater soluens post emancipationẽ filij possit dicere se soluisse cõtemplatione mandati quod filius à me habuerat, cũ mãdati obligatio, sicut omnes cæterę, per emancipationẽ interciderit. Restitutoria autẽ nulla detur à prætore ex edicto De capite minutis, nisi quæ ipsi filiofam. vel contra ipsum danda sit, quia ipse est, qui capite minutus fuit, nõ pater eius. Quod hic locus omniũ maximè & apertissimè probat, & ad quod tamen nec Accursius noster, nec alius quisquam animaduertit. Necessariò igitur & omni casu recurrendum

BIU Cujas

est ad actionem Negotiorum gestorum, vt per eam patri indemnitas præstetur, qui post filij emancipationem de suo soluit, siue soluerit contemplatione mandati quod à me filius habuerat, siue qua alia de causa, nec distinctio hoc casu vlla adhibenda est.

7 ¶ Contrario iudicio experiuntur, qui mandatum susceperunt, vtputa qui rerum, vel rei vnius procurationem susceperunt.

Ad §. 7. Contrario iudicio.

RAT. DVBIT. Quisquis mandatum suscipit, se solum hoc ipso, non etiam mandantem obligat, siue vnius tantùm rei siue plurium mandatum suscipiat, cùm mandati obligatio ex consensu & conuentione nascatur *l. 1. supr.* Atqui non potest nasci actio personalis nisi ex personali obligatione aliqua præcedente *l. licèt 42. §. ea obligatio supr. de procurat.* Contrariæ autem actiones omnes sunt personales, nulla in rem. Pendent enim à directis, quæ sunt personales siue ex contractu nascantur siue ex quasi contractu, nisi quod in directis agitur de fide rupta, in contrariis verò non nisi de indemnitate & calculo *l. ei apud quem 5. supr. tit. prox l. furti 6. §. vltim. supr. de his qui notant. infam.* Cur verò non agitur in contrariis iudiciis de fide rupta, nisi quia non nascuntur ex fide data & ex conuentione? Ergo ei qui mãdatum suscepit, contrarium iudicium dandum non est, si nihil ei mandator promiserit.

DEC. In mandatis, vt & in cæteris contractibus omnibus, præsertim qui sunt bonæ fidei, inspiciendum præcipuè est quid actum sit *l. sed Celsus 6. §. 1. infr. de contr. empt.* adcóque in stipulationibus *l. semper in stipulationibus 34. de regul. iur.* Atqui inter mandantem & mandatarium id proculdubio agitur, vt & mandatarius diligenter ac fideliter mandatum impleat, & indemnis à mandatore præstetur. Quid enim bonæ fidei magis conueniens est, quæ potissimùm ex æquitate æstimetur *l. bona fides 31. supr. tit. prox.* aut quid iniquius est quàm si mandatario suum officium sit damnosum? *l. si seruus 61. §. quod verò infr. de furt. l. ex mandato 20. in princip. hoc tit.* Ergo si quæ impendia mandatarius de suo fecerit ad exequendum mandatum, ea restitui ipsi à mandatore æquum est §. *si mihi mandaueris. infr. l. si quis alicui 27. §. impendia 4. hoc tit.* Et quamuis id actum non esset, nouum tamen non est, vt tacitè extra id quod agitur obligatio inducatur, *l. is qui commodatum 13. in fin. supr. commod.* An verò vnius rei, an plurium quis mandatum susceperit, nihil hoc casu interest, *l. 1. §. 1. supr. de procurat.*

8 ¶ Inde Papinianus quærit: si patronus prædium, quod emerat, pro quo pretij bessem exsoluerat, iusserit liberto suo tradi, vt ille residuum pretij redderet, deinde reddito pretio, vendenti fundum patrono libertus cõsenserit: trientis pretium an libertus possit repetere. & ait, si mandatum suscepit initio libertus, non donatum accepit, contrario iudicio posse eum pretium repetere, quod deductis mercedibus, quas medio tẽpore percepit, supereſt: quòd si donationem patronus in libertũ contulit, videri & postea libertum patrono donasse.

Ad §. 8. Inde Papinianus.

RAT. DVB. Libertus in proposita specie nihil nisi mandatarius est. Accepit enim mandatum à patrono, vt fundi quem patronus emerat trientẽ venditori solueret quem solui necesse erat, vt venditor ad fundi traditionem cogi posset, *l. Iulianus 13. §. offerri infr. de action. empt.* Ergo si libertus trientem illum precij soluerit, atque ita totum fundum à venditore acceperit, dandum ei est contrarium iudicium aduersus patronum, vt trientis illius restitutionem cõsequatur, quemadmodum si mandatum accepisset de fundo emendo soluendóque toto precio, & is totum precium soluisset, vtiq; haberet contrariam actionem mandati de toto precio recuperando, §. *prox. infr.*

DEC. Is cui mandatur vt fundum aliquem totum emat, & quod omnino consequens est vt totum precium venditori soluat, nudus tantùm procurator & mandatarius videri potest non etiam donatarius. Idcóque nihil causæ est, cur non actionem contrariam mandati habere debeat ad totius precij, quod dederit, repetitionem. At in huius §. specie, id est cùm patronus fundum emit & bessem precij exsoluit, si iubeat liberto fundum tradi ea lege vt is precij residuum, id est trientem exsolueret, potest videri ea mente fuisse vt totum fundum simúlque bessem precij iam solutum liberto donaret, ita tamen vt residuum, id est, trientem de suo solueret, eiúsque solutione mandatorem exoneraret. Itaque cùm incidat quæstio voluntatis, necessariò distinguendum est quid actum sit. Multùm enim refert, an mandatum, an verò donationem acceperit libertus à patrono. Priore casu mandati actio contraria liberto competet aduersus patronum, per quam trientem precij consequatur, deductis tamen mercedibus, & pensionibus, quam medio tempore ex eius fundi locatione perceperit. Posteriore verò dicendum erit si post solutum trientem precij libertus patrono totum eum fundum vendenti consenserit, videri libertum itidem patrono trientem illum precij similiter donasse, vt ex vna donatione alia præsumatur. Quamuis præsumptio donationis regulariter odiosa sit, & improbabilis *vulg. l. cùm de indebito 25. infr. de probat.* quia donare nihil nisi perdere est *l. filiusfamilias 7. infr. de donat.* Nam & plerisque casibus perinde accidit vt ratione pietatis vel adfectionis donandi animum præsumi oporteat, vt Accursius noster hîc probat ex legibus quàm plurimis quas apud eum videre est. Neq; enim id agimus, vt Accursij glossas transcribamus. Notat tamen Bartolus, præsumptionem hanc vnius donationis inferendæ ex alia non habere locum in dote ex *l. idémque 10. §. si cui mandauero 6. supr. hoc tit.* Quod tamen an verum sit, cœpimus dicere ad eum locum, & dicemus latiùs ad *d. l. quæ dotis.* Illud planè prætermittendum non est, in dubiæ voluntatis quæstione non esse capiendam præsumptionem illam, vt patronus in libertum donationem contulisse videatur; quoniam, vt dixi, odiosa præsumptio est. Idque à Papiniano & Vlpiano prætermissum miror.

9 ¶ Si

9 ¶ Si mihi mandaueris, vt rem tibi aliquam emam, egóque emero meo pretio: habebo mandati actionem de pretio recuperãdo. [a] Sed & si tuo pretio, impendero tamen aliquid bona fide ad emptionem rei: erit contraria mandati actio. [b] aut si rem emptam nolis recipere. [c] Simili modo, & si quid aliud mandaueris, & in id sumptum fecero. [d] Nec tantùm id quod impendi, verùm vsuras quoq; consequar. vsuras autem non tantùm ex mora admittendas esse dicemus: verùm iudicẽ æstimare debere, si exegit à debitore suo quis, & soluit, cùm vberrimas vsuras consequeretur: (æquissimum enim erit, rationem eius rei haberi) aut si ipse mutuatus grauibus vsuris soluit. sed etsi reum vsuris non releuauit, ipsi autem & vsuræ absunt, vel si minoribus releuauit, ipse autem maioribus fœnus accepit, vt fidem suam liberaret: non dubito, debere eum mandati iudicio, & vsuras consequi. & (vt est constitutum) totum hoc ex æquo & bono iudex arbitrabitur.

Ad §. 9. Si mihi mandaueris.

Pendet hic §. ex eo quod scriptum est in §. *contrario iudicio 7. supr.* Contrario mandati iudicio posse experiri eos, qui mandatum susceperunt, vt scilicet indemnitatem consequi possint si quid eis absit ex causa mandati. Finge igitur te mihi mandasse, vt rem aliquam tibi emerem, méque emisse meo precio, id est, mea pecunia, & meis nummis, vt Paulus loquitur *libro 2. Sententiarum. titul. 15. de mandat.* §. 1. Habebo contra te mandati actionem contrariam de precio recuperando. Alioqui officium meum mihi damnosum esset, & ex damno meo locupletareris, quod esset contra bonam fidem, cùm tamen hic contractus sit bonæ fidei, *l. si mandassem 15. l. ex mandato 20. in princip. infr. hoc tit. l. si seruus 61. §. quod verò infr. de furt.* Eadem igitur dubitandi & decidendi ratio est ad totum hunc §. quę ad *d. §. contrario* sequitur.

a *Sed & si tuo precio.* RAT. DVBIT. Mandati fines diligenter custodiendi sunt, *l. 3. in fin. l. diligenter 5. supr.* Ergo si quid impendero vltra precium quod mihi dederas, vt tibi fundum emerem, debeo mihi imputare, nec mandati actionem contrariam eo nomine aduersum te habere debeo, *argum. l. quod quis 203. de regul. iur.*

DEC. Qui mandat aliquid fieri, censetur mandare ea quoque omnia quæ mandati exequendi gratia fieri necesse est, & sine quibus expediri mandatum commodè non potuisset, si modò nihil à mandatario fiat, nisi bona fide, *l. si quis alicui 27. §. impendia. l. qui mutuam 56. §. vltim. infr. hoc tit. l. 2. supr. de iurisdict. cum similibus.* Ergo quamuis ex tua pecunia fundum tibi ex mandato tuo emero, si quid tamen de meo impendero bona fide propter illam emptionem, æquum est dari mihi contra te mandati actionem contrariam de omni eo quod mihi aberit, recuperando: adeóque quod magis est, etiamsi potuisses tu si negotium gessisses, minus impendere, vt scriptum est in *dict. §. impendia.* Quare nil necesse est, vt cum Accursio dicamus mandatum mihi abs te fuisse, vt fundum tibi emerem nullo certo precio constituto. Quod enim ponimus impensum aliquid à me fuisse vltra precium, non eò pertinet, vt auxerim precium, quod mihi præstitueras, sed vt extra causam precij aliquid necessariò impenderim, puta ad vecturas, dum excurro in prædium visurus quale sit, vt prudentiùs contraham, vt in *l. idémque 10. §. idem Labeo ait. supr. l. si post inspectum 9. infr. de pericul. & commod. rei vendit.* Impensæ siquidem appellatione precium rei non continetur, sed si quid præter precium impensum sit, *l. quibus diebus 40. §. 1. infr. de condic. & demonstrat.*

b *Aut si rem emptam nolis recipere.* RAT. DVBIT. Res ex mandatu meo empta non prius mea fit, quàm mihi eam tradiderit is, qui emit *l. res ex mandatu 39. infr. de acquirend. rerum domin.* Interim igitur est procuratoris, si non fuerit ei meo nomine tradita, *l. si procurator 13. eodem.* Ergo nulla procuratori necessaria est contraria mandati ad consequendam indemnitatem, si mandator rem suo nomine emptam nolit recipere, cùm satis superque consultum esse possit retentione illius rei quam emit, adeò vt nec vlla ei cessio necessaria sit, quam potius domino fieri à procuratore oporteret, *l. possessio 49. §. vlt. de acquir. poss.*

DEC. Euenit plerumque, vt mandatarius nolit emptam sibi rem esse, quam mandator sibi emptam voluerit, vtque mandatori vtilis futura sit emptio, quæ mandatario ipsi esset onerosa. Quo casu non est æquum, vt procurator inuitus cogatur rem sibi emptam habere quam nolit, cùm nec emere, nec vendere quisquam cogendus sit, *l. inuitum 11. Cod. de contrah. empt. l. nec emere 16. C. de iur. deliber.* Adeò vt nec causam dicere cogendus sit, ob quam nolit emere non magis quàm cur non hereditatem etiam lucrosam adire, *l. si in testamento 22. §. vltim. infr. si quis omiss. caus. testam. l. 4. ad SC. Trebell.* Meritò igitur procuratori hoc casu dat Vlpianus contrariam actionem mandati aduersus mandatorem, non ad id vt mandator inuitus cogatur eam rem recipere, quam emi, mandauit, & quæ non ipsius nomine fuit procuratori tradita, sed vt quanti ex ea causa interest procuratoris, qui ex mandato emit procurator ei præstare teneatur. Quæ actionis mandati natura est, *l. si procuratorem 8. §. mandati actio supr. hoc tit.*

c *Simili modo & si quid aliud mandaueris.* RATIO DVBIT. & DECID. eadem est, quæ ad *§. contrario supr. hac lege. l. idémque 10. §. idem Labeo ait. supr. hoc tit.* vbi etiam scripsimus. Adeo autem verum est sumptus à mandatario bona fide factos in restitutionem venire, vt etiamsi propter eos sumptus multiplicata sit summa, non aliud tamen dicendũ sit, *l. si*

BIU Cujas

datu meo 45. §. si fideiussor. l. qui mutuam. 56. §. vlt. inf. eo.

d *Nec tantùm id quod impendi.* KAT. DVB. Nullum ex mandato lucrum retinere procurator debet, sicuti neque damnum vllum sentire. Vtrumque enim ex bona fide est, *l. ex mandato 20. inst. l. qui proprio 46. §. procurator. supr. de procurat.* Sufficit ergo vt actione mandati possit consequi, quod impendit, non etiam, vt vsuratum lucrum, & additamentum percipiat, præsertim si ponas moram nullam mandatoris in reddendis sumptibus intercessisse, cùm vsuræ, non tam propter lucrum petentium, quàm propter moram non soluentium infligantur, *l. cùm quidã 17. §. si pupillo. infr. de vsur.* nec tam natura, quã iure percipiantur, *l. si nauis 62. supr. de rei vindic.*

DEC. Mandati actio contraria mandatario competit ad omne id quod ipsius interest, *l. si procuratorem 8. §. mandati actio. supr. hoc tit.* In eo autem quod interest, etiam lucrum continetur, *l. 2. in fin. supr. de eo quod cert. loc. l. si commissa 13. infr. rat. rem haber.* Ergo & vsuras consequi debet eius quantitatis, quam impendit, non ita tamen, vt eas in lucro habeat, sed hactenus tantùm, ne damnum sentiat, vt apparet ex exemplis hîc positis, vt puta, si quis à debitore suo pecunias exegerit, & soluerit, cùm ab eo vberrimas vsuras consequeretur, aut si mutuatus ipse grauibus vsuris pro mandatore soluerit, aut si absint ei vsuræ, etiam quibus non releuauerit debitorem, cùm nullas ipse debeat. Aut denique si minoribus releuauit, ipse autem maioribus fœnus accepit, vt fidem suam liberaret. His enim omnibus casibus, vt apparet, moraretur in damno mandatarius, si nõ etiam vsuras, quæ ipsi absunt, consequeretur. Nec tam inspiciendum est, quantum lucri & commodi ex procuratoris facto accesserit mandatori, quàm vtrum aliquid damni passurus esset procurator, si non ei per contrariam mandati actionem succurreretur, & quod damnum passurus non fuerat, si mandatum non suscepisset. Nam eò vsque bona fides progreditur, & ratio æquitatis, quæ in hoc iudicio, vt & in cæteris bonæ fidei iudiciis dominatur, *l. si seruus 61. §. quod verò. infr. de furt. §. in bonæ fidei 26. Instit. de action.* Extra hos casus nullas procurator vsuras petere potest, nisi si quæ ex mora debeantur. Nam bonæ fidei iudiciis omnibus generaliter illud conuenit, vt in iis ex die moræ vsuræ debeantur, *l. mora 32. §. in bonæ fidei. infr. de vsur. l. 3. C. in quibus causis in integr. restit. necess. non est.* Neque verendum est, vt hoc casu lucrum aliquod ex mandato procurator retineat, cùm vsuræ non propter lucrum petentium, sed propter moram non soluentium infligantur, vt diximus ex *d. l. cùm quidam 27. §. si pupillo, de vsur.* Et tamen, quod diximus, nõ tam inspici debere lucrum, quod ex procuratoris facto dominus senserit, quàm ne quid damni procurator patiatur. Valdè obstare creditur, quod idem Vlpianus noster scribit in *l. & in contraria 37. in fin. eod. tit. de vsur.* Si negotiorum gestor pecunias mutuatus vsuras dederit, has vsuras venire, quas ipse pendit, vtique, si plus domino præstitum sit commodi, quàm vsuræ istæ colligunt. Sed ne in cæteris Accursij responsionibus, & conciliationibus refellendis diutius immorer, separanda est hac parte negotiorum gestorum actio contraria ab actione contraria mandati. Non enim potest is qui mandauit, imputare procuratori, cur mandatum susceperit: quomodo imputari potest negotiorum gestori, cur ad aliena negotia gerenda vltro accesserit, nisi domini negotia vtiliter gesserit.

10 ¶ Dedi tibi pecuniam, vt creditori meo exsoluas: non feci-sti. præstabis mihi vsuras: quo casu & à me creditor pecuniam debitam cum vsuris recepturus est. & ita Imperator Seuerus Hadriano Demonstrato rescripsit.

Ad §. 10. Dedi tibi pecuniam.

Hic §. est de mandati actione directa, quæ mandanti contra procuratorem competit, non de contraria, de qua superiores. Maior autem dubitandi ratio est circa vsuras, quæ per directam, quàm quæ per contrariam mandati actionem petuntur, quia mandatarius nullo casu in damno morari debet. Mandatorem verò in damno morari absurdum non est, cùm non secus mandator mandatario, ita & mandatarius indemnitatem mandatori præstare cogendus sit. Incidit enim mandatarius in mandatorem qui eum egit, non autem mandator in mandatarium, *arg. l. vltim. infr rem pupill. salu. fore.* Et hinc dubitandi ratio ad hunc §. sumi potest. Sed decidendi ratio illa est, quod cùm ex mandatarij culpa mandator damnum sentit, æquum sit eo nomine mandatarium directa mandati actione teneri, cùm non debuerit mandatum suscipere, si nolebat implere, *l. si mandauero 22. §. vltim. l. si quis alicui 27. §. qui mandatum. infr. hoc titul.* Tenetur enim mandatarius non tantùm de dolo, sed etiam de culpa etiam leui, *l. contractus 23. de regul. iur.* cùm omnem diligentiam præstare debeat, *l. à procuratore 13. C. hoc tit.* Atqui cùm dedi tibi pecuniam, vt eam creditori meo exsolueres, si id non feceris, cùm posses, in culpa es, nec tantùm in culpa, sed etiam in dolo, cùm in eo furtum mihi feceris, ideóque etiam furti actione tenearis *l. si is cui te 7. C. de furt.* non tamen negotiorum gestorum, vt malè putat Accursius ex *l. 3. §. si quis pecuniã. supr. de negot. gest.* vbi non de eo agitur, qui nummos meos creditori meo soluendos acceperit, & suo creditori soluerit, vt in *l. Cassius 17. infr. de solut.* aut sibi retinuerit, vt in hoc §. sed qui è contrario pecuniam ad me perferendam acceperit, quam tamen mihi nõ reddiderit. Quem proinde negotium meum gessisse negari nõ potest, ac proinde negotiorum gestorum actione mihi teneri. Ergo si creditor meus, cui pecuniam meam soluere debueras, nec soluisti, debitum à me petat cum vsuris, an non æquum est, vt easdem vsuras mihi præstes directa mandati actione? Scilicet ne ex facto tuo damnum sentiam. Planè, si nullas vsuras creditor meus à me exigat, nec tu mihi vllas debebis, quia iam de lucro captando certarem, non de indemnitate consequenda.

11 ¶ Si adolescens luxuriosus mandet tibi, vt pro meretrice fideiubeas, idque tu, sciens mandatum, susceperis: non habebis mandati actionem: quia simile est, quasi perdituro pecuniam sciens credideris. Sed & si vlterius directo

manda-

BIU Cujas

mandauerit tibi, vt meretrici pecuniam credas: non obligabitur mandati, quasi aduersus bonam fidem mandatum sit.

Ad §. 11. Si adolescens.

RAT. DVB. Non omnia, quæ à minoribus, & cum minoribus geruntur, irrita sunt, sed ea tantùm quæ contra iuris prohibitionem, & amplissimi Ordinis decretum gesta probari possunt, puta, si quis minor prædium suburbanum, vel rusticum sine decreto vendiderit, *l. 1. & 2. l. si quidem 11. Cod. de præd. minor.* Alioqui tum quoque cùm minor læsus est, contractus tenet, præsertim si non nisi de eo ex contractu obligando tractetur, *l. puberes 101. de verborum oblig.* Estque ei necessaria in integrum restitutio, si non modò minorem se, sed etiam læsum & captum probet, *l. verùm 11. §. sciendum est. l. quòd si minor 24. §. non omnia. l. non omnia 44. supr. de minor. l. nam posteaquàm 9. §. si minor. de iureiur.* Ergo si luxuriosus, quàuis adolescens mandet tibi, vt pro meretrice fideiubeas, & tu cùm id scires, mandatum susceperis, non eò minùs habere debes mandati actionem, cùm minor, qui id tibi mandauit, ex mandato suo sit ipso iure obligatus. Quidni enim liceat ei, qui rerum suarum moderator est, & arbiter ad luxuriæ materiam sicut vnguenta comparare potest, *l. 3. §. necnon illud. supr. de in rem verso.* ita & mandare, & alioquolibet modo contrahere?

DEC. Mandatum ex officio, & amicitia originem trahit, *l. 1. §. vlt supr.* Sicut autem nihil officio, & amicitia honestius est, ita nihil officio, & amicitiæ tam contrarium, quàm turpitudo, quam nec bona fides pati potest. Siquidem primum iuris præceptum est, honestè viuere, cui ex diametro aduersatur quicquid turpe est. Ergo cùm mandatum sit ex contractibus bonæ fidei, non est ferendum, vt rei turpis, & flagitiosę mandatum valere possit, *l. si remunerandi 6. §. rei turpis. supr. hoc tit.* vbi diximus. Quid autem turpius esse potest, quàm si quis ab adolescente luxurioso mandatum suscipiat sciens, & prudens fideiubendi pro meretrice? Quid enim hoc aliud est, quàm adolescenti huic luxurioso pecuniam credere, quam statim perditurus sit? Aut quid aliud est sorto pecuniam dare quàm perdere? *l. si quis cùm sciret 8. infr. pro emptor.* Scio turpiter quidem dari quod datur meretrici, & turpiter eam facere quòd sit meretrix, sed tamen non turpiter eam accipere, cùm sit meretrix, *l. 4. §. sed quod meretrici. supr. de condict. ob turp. caus.* Verùm non facit ea res quo magis valere debeat mandatum fideiubendi pro meretrice, quod non nisi turpiter suscipi potest à sciente. Secus enim est si ab ignorante, idque significat Vlpianus iis verbis, *idque tu sciens, mandatum susceperis*, quomodo hic locus legendus est posita virgula post dictionem *sciens*, non vt in Pandectis Florent. post dictionem *mandatum*. Nec illud quoque ignoro, quod Accursius obiicit ex *d. l. si quis cùm sciret*, non eò minùs bonæ fidei emptorem eum esse, qui à luxurioso adolescente tem emit, protinus meretrici pecuniam daturo, cùm sit plus quàm bonæ fidei possessor is, qui etiam dominus est, quique à domino emit, vt illa lex ait. Bonam enim aut malam fidem emptoris æstimamus ex scientia vel ignorantia rei alienæ, præsertim quantum ad vsucapionem pertinet, non ex solutione precij benè aut malè facta, *l. bonæ fidei 48. §. 1. de acquir. rer. domin. l. qui scit 25. §. vlt. de vsur.* Cæterùm malè soluitur precium, quod minori & adolescenti luxurioso soluitur perditurο *dict. l. si quis cùm sciret*, vbi non alunde petenda est ratio dubitandi, vt constat ex *dict. l. quòd si minor 24. §. restitutio. de minor.* Quamuis eo loco Paulus moneat parciùs succurrendum esse minori contra emptorem qui perditurο precium soluit, quàm contra creditorem qui perditurο pecuniam credidit, quia precium soluere emptori necesse est, pecuniam autem credere non est necesse. Iunge *l. Iauolenus 15. aliàs l. eum qui de annuis legat. infr.* Ideóque benè Vlpianus hîc subiicit, *quia simile est, quasi perditurο sciens pecuniam credideris.* Sed propiùs ad hanc speciem accedet, si adolescens ille luxuriosus, de quo tractamus, mandauerit directò tibi, vt meretrici pecuniam credas. Qui enim fideiubet apud creditorem meretricis, non ideò credit meretrici, nisi per indirectum, quia facit, vt periculo suo credat alius, qui alioquin non esset crediturus, videturque ipse credidisse, cùm huic creditori pecuniam reddere debeat, eique præstare indemnitatem. Et hoc est, quod Vlpianus subiungit, *sed si vlteriùs directò mandauerit tibi, vt meretrici pecuniam credas, non obligabitur mandati.* Sed ratio, quæ subiicitur, *quasi aduersus bonam fidem mandatum sit*, generalior est, nec minùs conuenit mandato, quod à maiore luxurioso factum sit, quàm ei quod à minore, vt intelligamus dispositionem huius §. etiam in maiore locum habere. Cùm enim mandatum sit contractus bonæ fidei, nihil admittere potest quod sit contra bonam fidem, nec nisi ex bona fide alter alteri quicquam præstare debet, *l. si procuratorem 8. §. 1. l. idemque 10. in princip. supr. hoc tit. & § si mihi mandaueris. supr. l. si mandatu 59. §. 1. infr. eod.* Denique nihil potest esse ex bona fide quod fiat contra publicam honestatem, cuius solius vinculo bona fides coercetur, quippe cuius fines latiùs patent quàm iuris. Non enim omne quod iure licet, honestum est, *l. non omne 144. de reg. iur. l. semper in coniunctionibus 42. infr. de ritu nupt.* Donationum alia ratio est. Valent enim quæcumque adfectionis gratia fiunt, siue honestæ sint, vt puta erga benè merentes amicos, siue inhonestæ, puta erga meretrices, *l. adfectionis 5. l. donationes 31. de donat.* nisi si miles focariæ suæ dederit *l. 3. C. de don. int. vir. & vxor.* quia in bonæ fidei contractibus donationis species non deputatur, *l. enim qui 22. de donat.*

12 ¶ Cùm quidam talem epistolam scripsisset amico suo, *Rogo te, commendatum habeas Sextilium Crescentem amicum meum*: non obligabitur mandati: quia commendandi magis hominis, quàm mandandi causa, scripta est.

Ad §. 12. Cùm quidam.

RAT. DVBIT. Verbum *rogo* ex eorum numero est, ex quibus mandati actio nascitur, *l. 1. §. 1. supr.* Ergo qui talem epistolam ad amicum scripsit,

BIU Cujas

Rogo te, vt commendatum habeas Sextilium Crescentem amicum meum, mandati obligatur.

DEC. Multum interest, an quis mandandi, an commendandi causa epistolam scripserit. Ex mandato enim duntaxat mandati obligatio, & actio nascitur, non ex commendatione. Idque est quod Bartolus hîc notat, Verba, vt ipse loquitur, recommendatoria non obligare. Et quamuis *rogo* sit verbum idoneum ad concipiendum mandatum, id tamen non tam ex vi, & potestate verbi pendet, quàm ex mente rogantis, quæ illa esse debet, vt mandare velit, non commendare. Sic dicimus idem verbum *rogo*, esse verbum fideicommittendi §. *vltim. Instit. de singul. rebus per fideic. relict.* Tractamus autem hîc de commendatione personæ, non rei. Nam rem commendare alio sensu dicimus pro eo quod est deponere, *l. Lucius 24. supr. tit. próxim. l. commendare 186. de verborum significationibus.* Ergo ex supradictis verbis mandati actio nasci non potest. Nec enim tam facilè familiares epistolæ, quibus homines plerunque commendant absentem in id trahere conuenit, vt mandato æquipolleant contra mentem scribentis, *l. vlt. versic. neque familiares. C. quod cum eo qui in alien. potest. est.*

13 ¶ Si quis mandauerit filiofamilias credendam pecuniam non contra senatusconsultum accipienti, sed ex ea causa, ex qua de peculio, vel de in rem verso, vel quod iussit pater, teneretur: erit licitum mandatum.[a] Hoc amplius dico: si, cùm dubitarem, vtrùm contra senatusconsultum acciperet, an non, nec essem daturus contra senatusconsultum accipienti, & intercesserit, qui diceret, non accipere contra senatusconsultum, & *Periculo meo crede*, dicat, *Bene credis* arbitror, locum esse mandato, & mandati eum teneri.

Ad §. 13. Si quis mandauerit.

RAT. DVB. Parum interest, an quis pecuniam alicui crediderit, an credendam mandauerit §. *si adolescens. supr.* Atqui si quis pecuniam crediderit filiofamilias, contractus non valet obstante Senatusconsulto Macedoniano, ex quo fit, vt vel nulla actio creditori ex eo contractu dari possit, vel si qua detur ea sub exceptione Senatusconsulti dari debeat, *l. 1. per tot. tit. supr. de SC. Macedon.* Ergo nec mandati actio danda est contra eum qui credendam filiofamilias pecuniam mandauit. Mandatoris enim obligatio accessoria est, quæ proinde sine principali subsistere non potest, *l. antep. supr. de SC. Macedon. l. qui contra 11. infr. de fideiuss.*

DEC. Non omne creditum filiofamilias factum inutile est, & nullius momenti cùm plerique casus sint, in quibus Senatusconsulto Macedoniano locus non est, *l. 2. 4. 5. & vlt. C. de SC. Maced. l. 3. & pass. supr. eod. ill. tit.* Quibus casibus non solùm condictio certi ex mutuo contra filiumfamilias competit, sed etiam contra patrem De peculio, vel De in rem verso, vel Quod iussu. Quæ patris obligatio omni casu accessoria est, quamuis ex eodem contractu nascatur, ex quo & ipsius filiifamilias obligatio, *l. si cùm filiofamilias 9. §. 1 supr. de compens. l. si quis cum filiofamilias 44. supr. de pecul.* Ergo quibus casibus pater ex cõtractu filiifamilias, vel De peculio, vel De in rem verso, vel Quod iussu teneretur, etiam mãdatorem teneri dicendum est. Non enim illicitum esse potest mandatum credendi filiofamilias, cùm creditum ipsum licitum est. Eadémque distinctio seruatur, cùm de filiifamilias fideiussore quæritur, *l. sed si paterfamilias 9. §. non solùm, & l. antepen. supr. de SC. Maced.* Nam & fideiussoris æquè, ac mandatoris obligatio accessoria est, vt nemo nescit, *l. vltim. Cod. de fideiuss.*

a *Hoc amplius dico.* RAT. DVB. Mandati obligatio accessoria est, vt proximè diximus, nec potest subsistere sine aliquâ principali cui accedat *d. l. antep. supr. de SC. Maced. l. qui contra 11. infr. de fideiuss.* At qui cùm aduersus Senatusconsultum Macedonianum credita filiofamilias pecunia est, nulla principalis obligatio est, cui mandati obligatio possit accedere, *d. l. qui contra.* Ergo fieri non potest, vt mandati actio hoc casu nascatur, si ponamus contra Senatusconsultum creditã esse filiofamilias pecuniam, licèt is qui credidit, non fuerit crediturus, si contra Senatusconsultum credi scisset. Præualere namq; debet, quod est in veritate potiùs, quàm quod in opinione, vt & aliis plerisque iuris nostri casibus §. *si quis rem suam. Instit. de legat.* Verum autem est creditam fuisse contra Senatusconsultum pecuniam.

DEC. Non debet decipi, qui alterius fidem secutus est, quique persuasus id fecit, quod alioqui facturus non fuisset, *l. vlt. C. de pact. inter empt. & vendit. l. 1 supr. de pact. l. 1. de pecun. constit.* Atqui deciperetur is, qui cùm nollet filiofamilias credere metu Senatusconsulti Macedoniani, credidit tamen persuasus verbis illis mandatoris: *Nihil contra Senatusconsultum facis, Periculo meo crede. bene credis*, si mutuo contra Senatusconsultum facto non haberet ille mandati actionem contra mandatorem, quam habere contra ipsum filiumfamilias, qui mutuum accepit, nullam potest. Ergo ne decipiatur, & in damno moretur, actionem mandati habere debet. Quid enim tam contrarium bonæ fidei est, quàm dolus? *l. 3. in fin. infr. tit. prox. l. si dolo 5. C. de rescind. vendit.* Aut quid tam dolosum, quàm fidem frangere, & amici facilitatem in præstando officio circumuenire? Sic dicimus institorem qui adfirmauit, mihi rectè me suis operariis credere, teneri eo nomine ex locato, *l. cuicunque 5. §. sed & cùm sullo. supr. de instit. act.* Deniq; quisquis in se periculum suscipit, periculum præstare debet, quia rem periculi sui fecit. An ergo dicemus subsistere hoc casu mandati obligationem accessoriam sine principali? Aut ne absurdum hoc emergat, mandatoris obligationem non accessoriam esse, sed fieri principalem, tanquam solo mandatore obligato? Minimè verò. Nam filiusfamilias qui mutuam à creditore pecuniam accipit, licèt contra Senatusconsultum accipiat, naturaliter tamen obligatur, *l. quia naturalis 10. de SC. Macedon.* quod sufficit, vt obligationi naturali etiam ciuilis possit accedere, quæ pariat actionem, *l. 5. infr. de pignor. l. 1. l. stipulatus sum 6. §. vlt. & l. seq. de fideiuss.* Idéoque non datur hoc casu actio De dolo, quamuis dolus intercesserit, quia mandati sufficit, *l. & eleganter 7. §. vlt. cum duab. seqq. sup. de dolo.* Nihil ergo impedit quominùs in specie

BIU Cujas

cie huius §. & mandatum teneat, & mandati actio ex eo detur. Intellige nisi creditor sciebat indubitatè locũ esse Senatusconsulto. Non enim deceptus videri potest, qui sciuit, *l. nam si scit 26. supr. de rei vindic.* Nec proinde locum habet hic §. nisi in dubitãte persuasio, vt periculo mandatoris filiofamilias crederet.

14 ¶ Si post creditam pecuniam mandauero creditori credendam: nullum esse mandatum, rectissimè Papinianus ait.[a] planè si, vt exspectares, ne vrgeres debitorem ad solutionem, mandauero tibi, vt ei des interuallum, periculóque meo pecuniam fore dicam; verum puto, omne nominis periculum debere ad mandatorem pertinere.

Ad §. 14. Si post creditam.

RAT. DVBIT. Etiam accessoriæ obligationes, qualis est obligatio mandatoris, possunt præcedere ordine temporis, licèt ordine naturæ & intellectus subsequantur semper principalem, cui accedunt, vt videre est in obligatione pignoris, *l. 5. infr. de pignor.* & fideiussoris *l. stipulatus sum 6. §. vlt. de fideiuss.* Ergo quãuis mandatoris obligatio sit accessoria ad principalem, nihil tamen verat eam subsequi, vt si post creditam pecuniam mãdauerim creditori eam credendam, perinde obliger mandati, acsi ante creditam pecuniam mandassem. Quid enim referre potest an quid antè, vel post fiat, in iis præsertim quæ sunt coniuncta, *l. quidam 14. infr. de peculi legat.* Nam & solemus dicere ratihabitionem æquiparari mandato, *l. vlt. C. ad SC. Maced. l. donationes quas parentes 25. in fin. C. de donat. inter vir. & vxor. l. 1. §. sed etsi quod 14. infr. de vi & vi armat.* Cùm tamen ratihabitio semper subsequatur, præcedat autem nunquam, *l. si pupilli 6. §. item quæritur. supr. de neg. gest.*

DEC. Mandatum concipi non potest, quin in futurum tempus conferatur, siue dandi mandatum sit, siue faciendi, nec alia probabilior ratio vlla est inducendæ actionis mandati, quàm quòd existimandus sit mandatarius non fuisse facturus quod fecit, si mandatum ei non fuisset, tanquam qui mãdatoris sui fidem sit secutus in suscipiendo officio, eóque implendo, *l. 1. §. vlt. l. si mandauero 22. §. vlt. infr. eod.* Ergo quoties mandatum sequitur rem quæ gesta est, neque valere, neque proinde mandati actionem parere potest. Idémque in constitutore iuris est, vt non nisi post principalem debitorem obligari possit, quia constitutio pecuniæ debitum aliquod præcedens supponit, *l. 1. §. debitum, & pass. supr. de pecun. constit. l. 2. C. eod.* Fideiussoris autem & pignoris alia ratio est, vt iam diximus. Nec enim natura horum contractuum repugnat, cùm necesse quidem sit obligationem aliquam subesse, cui pignus, vel fideiussor possit accedere, sed nihil referat, an præsens sit illa obligatio, an futura *§. fideiussor. Instit. de fideiuss.* Sunt & aliæ differentiæ inter mandatorem, constitutorem, & fideiussorem, quas Accursius hîc notat, quod constitutor obligetur nudo pacto *§. de constituta. Instit. de action.* mandator autem non nisi ex contractu, qui tamen consensu perficiatur *l. 1 supr.* Fideiussor verò ex stipulatione tantùm *§. vlt. Instit. de fideiuss. l. blanditas 12. Cod. de fideiuss.* Item constitutor aliud pro alio constituere potest, *l. 1. §. an potest. supr. de pecun. constit.* non item fideiussor aliud pro alio promittere, *l. Græcè 8. §. si quis Stichum. infr. de fideiuss.* Denique constitutor si constituat se citeriore die soluturum, rectè obligatur *l. 4. supr. de pecun. constit.* non etiam fideiussor *§. item si ille. Instit. de fideiuss. d. l. Græcè. §. illud.* Dicitur tamen quis interdum dare mandatorem, sicut & fideiussorem, *l. si præcedente 58. §. 1. l. vlt. §. 1. infr. hoc tit.*

a *Planè si vt expectares.* RAT. DVB. Qui mandat creditori vt expectet, nec vrgeat debitorem ad solutionem, sed ei det interuallum, non ideo facit, vt creditor in credenda pecunia, quæ iam antè credita fuerat, fidem eius secutus videri possit, aut debitorem elegisse, cui creditor pecuniam crederet. Ergo cùm creditor ipse sit in culpa malæ electionis, qui nomen minùs idoneum contraxit, nominis periculum ad eum pertinere debet non ad mandatorem, *l. nam & Seruius 21. §. vlt. supr. de negot. gest.* nec quod mandator adiecerit periculo suo pecuniam fore, ad aliud obligare ipsum potest, quàm vt ab eo tempore nominis periculum pertinere ad eum possit, at non etiam præteriti temporis quod expectandi mãdatum antecessit. Ergo verum non est, quod Vlpianus hîc respondet, omne nominis periculum, id est, vt ego interpretor, totius temporis, quod & præcessit mandatum, & subsecutum est ad mandatorem pertinere. Periculum siquidem nominis non ad alium pertinere potest, quàm ad eum cuius culpa deterius factum probetur, *l. periculum 3. supr. de reb. credit.* In proposito autem nulla mandantis culpa esse potest, nisi à quo die mandauit expectari solutionem.

DEC. Nihil frequẽtius est, quàm vt nomina quę ab initio fuerunt idonea, ex postfacto, & solo tractu temporis, aut in totum, aut ex parte pereant lapso facultatibus debitore, aut per inopinatum aliquem fortunæ impetum, aut propter imprudentiam, vel prodigalitatem debitoris, *l. si res pupillaris 50. infr. de admin. tutor. l. planè 4. infr. vt in possess. legat.* Ergo qui iusti debiti exactionem impedit, siue mandando, siue quo alio modo, transfert in se meritò periculum omne temporis, nec minùs præteriti, quàm futuri, si mandando dixerit simpliciter pecuniam sui periculi fore, ne alioqui ex eius mandato creditor periclitetur, qui solidum fortassis consequi potuisset, si longiorem exactioni moram non attulisset. Sed an cogendus erit creditor probare fuisse adhuc eo tempore debitorem idoneum? Exemplo eius, quod dicimus, Nominum paternorum periculum ad tutorem quidem pertinere, sed ita demùm si pupillus probet fuisse illa tempore susceptæ administrationis idonea, *l. 2. C. de arbitr. tutel.* Nam si mandati tempore nomen idoneum non erat, quid interesse potest creditoris, qui mandante alio distulit solutionem, quam nullo quoque mandato intercedente extorquere ab inope debitore non potuisset? *arg. l. nam is nullam 6. supr. de dolo. l. si alius 7. §. est & alia. versic. idem ait esse inf. quod vi aut clam.* Mandati autem actio non perit, si non interfit, nec ad aliud quã ad id quod interest, *l. si procuratorem 8. §. mandati ac. supr. hoc tit.* Ergo non puto Vlpiani sententiam hanc esse, vt huiusmodi probatio nõ oneretur, siue quòd is qui mandauit totam rem periculi sui fecerit nulla temporis facta distinctione, siue quòd etiamsi causam periculi ad futurum tempus expressim re-

BIU Cujas

tulisset: hoc ipso tamen significasset fuisse nomen eo tempore idoneum: nominis enim, quod iam perierit, periculum superesse amplius nullum potest, sicuti solemus dicere, eius periculo nihil esse qui nihil habet quod perdat *l. itaque fullo 12. infr. de furt.* Omne igitur nominis periculum & omnis temporis ad mandatorem pertinere debet. Iunge *l. si præcedente 58. §. 1. infr.*

15 ¶ Idem ait, si tutor mandet, suscipi, vel probari nomen quod fecerat: teneri eum mandati, scilicet quondam pupillo suo, vel curatori eius.

Ad §. 15. Idem ait.

RAT. DVB. Initium cuiusque contractus spectandum est & caussa *l. si procuratorem 8. in princip. supr. hoc tit.* Atqui cum tutor mandat suscipi à pupillo vel adprobari nomen, quod tutor ipse fecit, negotium incipit à tutela, non à mandato, & quasi contractus tutelæ primus est, cùm tutor ipse nomẽ fecerit. Ergo si nomen malè contractum sit nec idoneum, tutelæ actione non mandati teneri tutor debet. Quomodo argumentatur Vlpianus noster in *l. 1. §. idem Pomponius quærit 13. sup. tit. prox.* Omnia enim à tutore malè contracta nomina ad tutoris periculum pertinent, non tantùm si sibi ipsi stipulatus sit, sed & si pupillo *l. cum quæritur 16. infr. de admin. tutor.*

DEC. Plenior est & pupillo vtilior mandati actio quàm tutelæ. Nam in actione tutelæ habet tutorius deferendę pupillo electionis, vt id quod gessit tutor in cõtrahẽdis nominib. aut in totũ agnoscat, aut à toto recedat, nec aliter possit malè contracti nominis periculũ recusare, quàm si nec bona nomina velit suscipere *d. l. quũ quæritur.* Quod certè secus est, cùm malè contractum nomẽ aliquod pupillus mandante tutore agnouit. Habet enim eo casu actionem mandati, vt indemnis præstetur à tutore ob malum nomen agnitum, nec eo minus cætera nomina, si qua sint bona & idonea, potest, si velit, agnoscere. Cùm igitur plenior hoc casu & vtilior pupillo sit mandati actio quàm tutelæ, meritò dat Vlpianus pupillo facto puberi aut curatori eius actionem mandati aduersus tutorem eâdem ratione, qua idem Vlpianus mandati actionem dat potius quàm depositi in specie *d. l. 1. §. quod si rem 12. supr. tit. prox.*

16 ¶ Si mandauero exigendam pecuniam, deinde voluntatem mutauero: an sit mandati actio vel mihi, vel heredi meo; & ait Marcellus, cessare mandati actionem:[a] quia extinctum est mandatum, finita voluntate.[b] quod si mandaueris exigendam, deinde prohibuisti, exactamque recepisti: debitor liberabitur.

Ad §. 16. Si mandauero.

RAT. DVB. Contractus omnes, cùm sint obligatorij, licet ab initio sint voluntatis ex post facto, tamen sunt necessitatis *l. sicut 5. C. de obligat & action.* Nempe cum de contractibus nominatis agitur. Nam in solis innominatis receptum est vt admittant locum pœnitentiæ *l. si pecuniam 5. in princip.* vbi diximus *supr. de condict. caus. dat.* Atqui contractus mandati non solum contractus est, sed etiam nominatus, & quidem vltrò citróq; obligatorius, *l. seruus meus. 19. infr.* quamuis non æquè principaliter, quia mandatũ non obligat nisi mandatariũ principaliter & directò: mandantem verò non nisi actione contraria, vt diximus ad *l. 1. & ad §. contrario hac lege supr.* Ergo mandatum extingui non potest sola mandãtis voluntate, ac proinde si, vt ponit hîc Vlpianus, mandauero tibi exigendam pecuniam, deinde voluntatem mutauero, non eo minùs mandati actio aduersum te dari mihi debet, vel heredi meo, nisi pecuniam exegeris.

DEC IID. Inuito beneficium non datur *l. inuito 69. de reg. iur.* nec æquum est aut ex bona fide contra voluntatem fieri id quod ex voluntate proficiscitur. Atqui mandatum nascitur ex voluntate mandantis & ex officio ac amicitia suscipientis *l. 1. §. vlt. supr. l. si seruus 61. §. quod vero infr. de furt.* Ergo quãuis duorum consensu contrahatur, *d. l. 1. in princip.* dici q; soleat, nihil esse tam naturale, quàm vnumquodque dissolui eo modo quo colligatum est, vt habet vulgata iuris regula, fieri tamen nequit, vt mandatum subsistat post finitã mandantis voluntatem, si modò res adhuc integra sit, necdum quicquam interfit mandatarii: sic enim hic locus accipiendus est, vt constat ex *l. si mandauero 22. §. vlt. l. inter causas 26. in princip. infr. hoc tit. §. rectè quoque Instit. hoc tit.* Est enim voluntas hominis ambulatoria & mutabilis vsq; ad mortem *l. 4. inf. de ad. legat. l. cum hic status 32. §. pœnitentiam de donat int. vir. & vxor. l. 1. §. antep. supr. tit. prox. l. si pater tuus 3. Cod. hoc tit.*

a *Quia extinctum est mandatum.* RAT. DVB. Non videtur bona hæc Marcelli ratio, cùm nihil prohibeat extinctum esse mandatum, & tamen mandati actionem superesse, vt in specie *d. l. inter causas 26. in princip. & l. si præcedente 58. in princip. infr. hoc tit.* vbi disertè scriptum est, mandatum solui quidem morte mandãtis, sed tamen mandati actionem non solui, sic enim dicimus, tutelam quoque finiri pubertate, sed officium tutelæ non item, nisi acceptis curatoribus *l. à tutoribus 33. §. 1. infr. de admin. tutor.*

DEC. Multum interest, an mandatum finiatur siue voluntate siue morte mandantis, rebus omnibus adhuc integris, an verò postquam res integra esse desiit ex parte mãdatarij, priore casu finitur & mandatũ & mãdati actio, quia mandatarij nihil interest. Posteriore verò casu cœpit iam interesse mãdatarij, cui cœpit competere contraria mandati actio in id quod sua interesset, proinde discedi à cõtractu inuito eo non potest, ne fit in vnius potestate quæsitam alteri actionem facto suo adimere *l. Granius 71. §. pen. infr. de fideiuss. l. vlt. supr. de pact.* & propriam obligationem suam citra solutionem extinguere *l. si seruum 91. §. nunc videamus infr. de verb. oblig.* Semel enim nata actio nec morte nec reuocatione ac mutatione voluntatis, nec alio vllo modo finiri potest extra eos modos legitimos quibus obligationes tolli posse placuit *l. euicta 16. §. si seruus infr. de euict.* inter quos modos tollendæ obligationis neque mors est neque mutatio voluntatis. *tot. tit. Instit. quib. mod. tollit. oblig. l. obligationum ferè 44.*

BIU Cujas

§. *placet de oblig. & action.* Nec ad rem pertinet quod mandati contractus sit vltro citróque obligatorius: Ita enim est potentia quidem, sed non actu. Cũ enim mandatum contrahitur, solus ille qui mandatum suscipit, obligatur directo, ideoq; directa actione mandati tenetur: qui verò mandat, non priùs obligatur quàm cœperit mandatario aliquid abesse ob causam mandati. Ideoq; mandati actio contraria ei necessaria est. Quod vix prius contingit, quàm mandatum impleri cœptum sit. Interim igitur quidni erit locus pœnitentiæ ex parte mandãtis, qui nondum obligatus est mandatario, quãuis mandatarium habeat obligatum? Aliud iuris est in iis contractibus, ex quibus mutuæ obligationes & actiones æquè principaliter ex vtraque parte, & æquè citò nascuntur, vt in emptionibus, vẽditionibus, locationibus, conductionibus, permutationibus aliisq; similibus. In quo maximè cõtractum genere locum habet supradicta iuris regula ea, quæ mutuo consensu contrahuntur, non nisi mutuo consensu contrario dissolui posse, vt non tam ad contractus pertineat, quàm ad obligationes, quæ ex contractibus proficiscuntur *l. prout* 80. *de solut.* Ad quid enim cõtrahitur, nisi vt obligatio inducatur? *l.* 1. *de oblig. & action.* Sanè contractus societatis quãuis vltro citróque obligatorius æquè principaliter, finitur tamen morte alterutrius ex sociis *l. actione* 65. §. *morte infr. tit. prox.* Iunge quæ dicemus ad *d. l. inter causas* 26. *in princip. infr.*

b *Quod mandaueris exigendam.* RAT. DVB. Liberatio, quæ per solutionem contingit, necesse est, vt vel ipso tempore solutionis id contingat, vel numquam *l. Neratius* 63. *supr. de condict. indeb.* Atqui cùm mandasti Sempronio exigendam pecuniam à Titio debitore tuo, deinde prohibuisti Titio ne is Sempronio solueret, certum est Titium, si post eam prohibitionem soluat Sempronio, eiusmodi solutione non liberari, quia soluit mandatario & procuratori post reuocatum mandatum, scilicet si reuocationem non ignorauerit. Hoc enim supponendum necessariò est. Alioqui si ignorauerit, contingit debitori liberatio, etiamsi pecunia à Sẽpronio exacta nunquam ad te peruenerit *l. verò procuratori* 12. §. *sed & si quis l. si quis seruo l. qui hominem* 34. §. *si Titium infr. de solut.* §. *item si adhuc Instit. hoc tit.* vbi ratio redditur optima, ne alioqui iusta & probabilis ignorantia debitoris damnum ei adferat. Ergo etiamsi exactam à Titio pecuniam à Sempronio posteà receperis, dicendum est nihilo magis debitorem liberari posse.

DEC. Non est nouum, vt liberatio, quæ solutionis tempore obtingere non potuit, obtingat posteà ex eadem solutione, nempe si pecunia, quæ non vero creditori soluta fuit, postea ad verum creditorẽ licet per alias manus peruenerit. *l. sed & si* 25. §. *item si rem* 17. *in fin. l. si quid possessor* 31. §. *vlt. supr. de hered. petit. l. debitores* 28. *l. in perpetuum* 61. *infr. de solut.* Atqui ponimus pecuniam, quam Titius debitor tuus Sempronio tanquam procuratori suo soluit, quãuis sciens reuocatum mandatum, à Sempronio post modum ad te peruenisse. Quidni ergo liberabitur Titius, perinde acsi tibi ipsi post reuocatum mandatum soluisset? vt in *d. l. si pater* 5. *C. hoc tit.* Et ita locus hic accipiendus mihi videtur, non de mãdatore, qui post reuocatum mandatum solutionẽ ipse à debitore suo exegerit. Qui casus est *d. l. si pater.* aut nullam prorsus aut longè minorem habens dubitationem: nec rursus nouum est vt pendeat ius liberationis etiam per solutionem contingentis *l. si creditor* 26. *l. quitres* 98. *in princip. &* §. 1. *de solut.*

12 ¶ Idem Marcellus scribit: Si, vt post mortem sibi monumentum fieret, quis mandauit: heres eius poterit mandati agere, vt perficiatur. [a] Illum verò, qui mandatum suscepit, si sua pecunia fecit, puto agere mandati, si non ita ei mandatum est, vt sua pecunia faceret monumentum, poterit enim agere etiam cum eo qui mandauit, vt sibi pecuniam daret ad faciendum: maximè si iam quædam ad faciendum parauit.

Ad §. vlt. Idem Marcellus scribit.

RAT. DVB. Sicuti mutatione voluntatis finitur mandatum, vt proximè diximus: ita & mandantis morte si is integro adhuc mandato decesserit *l. inter causas* 26. *infr. hoc tit.* Ergo mandatarij heres licet executus fuerit mandatum post mortem mãdatarij, attamen mandati actionem habere non potest *l. si quis alicui* 27. §. *morte infr.* Nec enim nisi mortui hominis heres quisquam esse potest, cùm viuentis nulla sit hereditas *l.* 1. *infr. de hered. vel act. vendit. l.* 1. *pro hered.* Eâdem igitur ratione nec mandatoris heres mandati agere vllo casu poterit, quãuis mandatum fuerit de monumento mandatori faciendo.

DEC. Non potest mandatoris morte finiri mãdatum quod collatum est in id tempus quo mandator mortuus erit *l. si quis alicui* 27. §. 1. *infr. hoc tit.* Prius enim est vt mãdatum accipiat initium, quàm vt finem habere possit *l. si in diem* 46. *l. Titio vsufructus* 96. *de condic. & demonstr.* Atqui in proposita specie licèt mandatum à viuente fiat, incipit tamen eius executio & exequendi obligatio post mortem. Fiunt enim monumenta vt in iis cadauera defunctorum honestè ac religiosè recondantur, aut saltem memoriæ eorum seruandę gratia, si monumẽtum à sepulchro separare velis, vt in *l.* 2. §. *sepulchrũ & §. monumentum supr. de religios. & sumptib. funer.* Nam & ita fieri monumentum potest, vt sit etiam sepulchrum *l. monumentum* 42. *eod.* Nec tantùm in memoriam defuncti, sed etiam in memoriam humanæ conditionis, vt eleganter scribit Modestinus in *l. quidam* 27. *infr. de condic. instit.* Ergo si mandauerit quis monumentum sibi fieri post mortem suã, heres eius mandati agere poterit si à mandatario monumentum non fiat, nec ille iustam vllam excusationem habeat, cur mandatum non impleat. Neque verò nouum est, vt actiones & ab heredibus incipiant & contra heredes etiam ex contractibus *l. vnic. C. vt action. ab hered. & contr. hered. incip.* Alia causa est, si quis funeris sui curam alicui mandauerit, & is accepta ab herede pecunia funus non duxerit. Datur enim hoc casu heredi contra eum de dolo actio, non mandati, vt scriptum est in *l. & si quis* 14. §. *si cui funeris supr. de religios. & sumptib. funer.* vbi rationem diuersitatis attulimus. Et sanè viuente mandatore monumentum extrui potest: sed fa-

BIU Cujas

nus eius duci non potest. Obiicitur etiam huic legi quod scriptum est in *l. vlt. in fin. infr. de solut.* Ei cui iussi debitorem meum post mortem meam soluere, non rectè solui, quia mandatum morte dissoluitur. Nec video quid ad hanc obiectionem responderi commodè possit, nisi probes sententiam Cuiacij qui *libr. 1. Obseruat. cap. 38.* docuit feliciter, ni fallor, inuersum esse ordinem verborum in illa lege duobus locis, & ita restituendũ textum esse, *Ei qui mandatu meo stipulatus est post mortem meam, rectè soluitur, quia talis est lex obligationis, ideóq; etiã inuito me rectè ei soluitur. Ei autem, cui iussi debitorẽ meum soluere, post mortẽ meam non rectè soluitur, quia mandatũ morte dissoluitur.* Et ita sanè omnino legendum est. Repugnat enim principiis iuris, vt mandatum post mãdatoris mortem collatum eiusdem morte dissoluatur, & priùs finiatur quàm initium acceperit, vt cõstat ex hoc §. *& ex l. prox. seq.* Sed quod obiicitur ex *l. cum pater 77. §. Mœuio de legat. 2.* ad rem non pertinet. Cùm enim stipulator mandat debitori suo vt Titio, cui mortis causa donatum volebat, pecuniam soluat, non confert mandatum post mortem suam, cùm donatio quælibet caussa mortis perficiatur vltimo instanti vitæ donatoris, quo demum instanti certum esse incipit reuocari eam amplius nõ posse, non autem vt pleriq; putant post ipsius mortẽ: isque sensus est *l. non videtur 32. infr. de mort. caus. donat.* Et ideo non est nouum, vt ex donatione causa mortis dominiũ in donatarium statim transferatur, quamuis non irreuocabiliter *l. sed interim 11. §. 1. iunct. l. præced. & §. vlt. l. si eum 9. de donat. int. vir. & vxor.*

a *Illum verò qui mandatum suscepit.* Sensus est in hac specie, cùm quis mandauit sibi fieri monumentum post mortem suã, differentiam hanc esse inter mandatorem & mandatarium, quod mandator agere mandati nunquam potest, cum non sit obligatus mandatarius vt monumentum faciat nisi post mortem demum mandatoris. Ideóq; soli eius heredi actio mandati competere potest. At mandatarius etiam ipse mandati agere potest actione cõtraria cõtra viuum mandatorem & quidem statim: id est, nõ expectata ipsius mãdatoris morte, nimirum si sua impensa viuo adhuc mandatore monumentũ fecerit. Cur enim cogatur mandatoris mortẽ ad consequendã indemnitatẽ expectare, quã nõ expectauit vt mandatũ impleret? RAT. DVB. Imputari potest mãdatario, cur tã cito & in vita mandatoris mandatum impleuerit, quod satis erat impleri post eius mortem. Exemplo eius quod dicimus, Fideiussorem, qui mandato præcedente pro debitore in diem se obligauit, siue per errorem siue prudens & sciens soluerit pecuniam ante diem mandati, tamen actionem cum reo non habere *l. fideiussor. 51. iunct. l. si mandauero 22. infr. hoc tit. l. si fideiussor. 31. infr. de fideiuss.* Adiuuari enim beneficio non onerari & decipi quem oportet *l. in commodato 18. §. 1. supr. commod.* Oneraretur autem mandator, si ob factum viuo se monumentum cogeretur impẽsam statim reddere quam ad heredis sui onus pertinere voluisset. Plerique enim malunt se habere pecuniam quàm heredes suos *l. 1. l. Senatus 35. §. sed mortis causa infr. de mort. caus. donat.* Et pauci sunt qui malint quod debent soluere quàm soluendi necessitatem heredi relinquere, licet dici soleat, quod & verissimum est, locupletiorem fieri eum qui se liberat à debitore *l. si pupilli 66. de solut.* essèq; hanc vnam & omnium certissimam speciem acquirendi *l. species 11. de acceptilat.* Ergo non est permittendum ei, qui mandatum suscepit extruendi monumenti post mortem mandatoris, vt impensam, quam viuo eo fecit mandati actione contra eum repetat, ne contra mandati formam id fiat, quod in id tempus collatum fuerat quo mandator decessisset.

DEC. Laudandus magis est quàm vituperandus mandatarius, qui viuo mandatore monumentum extruit, quod non nisi eo mortuo extruere cogebatur. Plus enim præstat qui ante diẽ facit quod post diem facere debuit *l. Iauolenus 15. alias l. eum qui infr. de annuis l. post mortem 12. C. de fideic.* Nec habet testator quod conqueratur, qui id quod post mortem suam fieri mandauerat, se viuo factum videt: nec verendum habet, quod pleriq; testatorũ, ne voluntas sua circumueniatur, *l. si cui 92. de condic. & demõstr.* Igitur æqui boniq; cõsulere debet quod mandatarius ante ipsius mandatoris mortem monumentum extruxerit, nec recusare quominùs cõtrariam mandati actionem excipiat statim, vt indẽnem præstet mandatarium, qui cùm impensa sua monumẽtum iam extruxerit in damno, moraretur interim si mandatoris mortem expectare cogeretur. In quo dispar est causa mandatarij & mandatoris. Non enim quemadmodum mandatarius agere potest contra viuum mandatorem, quiã & viuo adhuc eo monumentum extruere potuit & extruxit: Ita & mãdator ipse agere potest cõtra mãdatariũ ad extruẽdũ mãdatũ quod ex forma mandati non nisi post mãdatoris mortẽ extrui debeat. Estq; hic vnus casus ex iis in quibus cõtraria mãdati actio nascitur priusquã directa. Quidni verò? nam neq; necesse est vt directa locum habeat ad hoc vt contraria exerceri possit *l. 1. §. vlt. infr. de contr. tutel. & vtil. act. l. sed an vltro 10. supr. de negot. gest. l. in commodato 17. §. 1. l. in rebus 18. §. vlt. supr. Commod.* Accursius tamen noster locum hunc aliter intelligit de danda mandatario actione mandati non contra mandantem ipsum, sed contra heredem mãdantis: nam & ratio quę sequitur in textu, ostendit tractari hic ab Vlpiano eum casum quo contra mandatorem ipsum mandati agere mandatarius velit, & possit. Sequitur enim, *Potuit enim agere etiam cum eo, qui mandauit, vt sibi pecuniam daret ad faciendum.* Nam si eo casu quo quis mandauit vt pecuniâ ipsius mandãtis monumentum extrueretur, actio cõpetit mandatario aduersus mandantem ipsum ad pecuniam dandam faciendi monumenti gratia, quidni etiam dabitur ei ad pecuniam reddendam quam mandatarius de suo impenderit, vt monumentum faceret? Est enim longè fauorabilior mandatarius petens restitutionem pecuniæ de suo iam expensæ, quàm qui pecuniam petit in monumentum faciendum expendendam. Nam quid eius interest vt fiat monumentum ex mandato alterius si per mandantem ipsum stet quominus fiat? Nec repugnant verba illa quæ præcedunt, *si non & ita mandatum est vt pecunia sua faceret monumentum.* Nõ enim sic accipienda sunt quasi exceptionem contineant ad id quod proximè dictum fuerat, dandam mandatario actionem mandati contra mandatorem ipsum: sed ad id tantùm quod Vlpianus ex Marcello dixerat dandam ei actionem ad restitutionem expensæ pecuniæ. Tunc enim habet mandatarius actionem mandati contrariam ad restitutionem expensæ pecuniæ, cùm ei mandatum fuit vt de propria sua pecunia monumentum faceret. Cæterùm si fuit mandatum, vt de ipsius mandatoris pecunia

monu-

BIU Cujas

monumentum extrueret, quomodo benè Accursius supradicta verba interpretatur, non est danda mandatario cõtraria actio mandati ad repetendam pecuniam quam de suo erogauit. Sibi namque imputet qui contra formam mandati fecit, cuius fines è cõtrario diligenter custodire debuit *l. diligenter 5. supr.* Satisq; ei esse debet quod agere poterat si voluisset, vt pecuniam mandator daret, quæ ad monumenti extructionem impenderetur. Quod vtiq; recusare mandator non fuisset, qui sua pecunia monumentum extrui mandauerat, nisi quod mandatum re integra reuocare pro arbitrio potuisset, cũ extinguatur mandatũ finita voluntate §. *prox. supr.* Idcirco autem adieci *re integra*, quia non nisi rebus integris finiri mandatum sola mutatione voluntatis potest §. *item si adhuc. Instit. hoc tit.* Et hoc est quod Vlpianus hic subiungit, *maximè si iam quædam ad faciendum parauit.* Non enim possunt videri omnia integra, si quid vel minimũ paratũ sit à mandatario ad monumentum faciendum *l. si pecuniam 5. supr. de condict. dat. iunct. l. 1. §. cœpisse infr. de pollicit.* An ergo hic abundat dictio *maximè*, vt putat Accursius? Minimè verò. Nam & rebus omnibus integris potest mandati actio contraria etiam posteriore hoc casu dari contra mandatorem, vt det pecuniam ad monumentum extruendum, nempe si neque mutauerit, neque mutet etiamnum voluntatem: specialis enim fauor monumenti hîc nullus est, quicquid tentet Accurs. ex *l. si quis sepulcrum 12. §. hoc edictum supr. de relig.* Qui locus non de mandati actione est, sed de funeraria.

13. GAIVS libro 10 ad Edictum Prouinciale.

IDem est, & si mandaui tibi, vt post mortem meam heredibus meis emeres fundum.

Ad l. Idem est 13.

RAT. DVB. & DECID. eadem est ad hanc legem quæ *ad §. vlt.* legis superioris: videbatur enim illud quoque mandatum, de quo hîc agitur, emendi fundum heredibus mandantis post mortem ipsius finiri morte, iuxta vulgares iuris regulas *l. inter causas 26. in princip. & l. seq. §. morte infr. hoc tit. l. vlt. infr. de solut.* Sed in proposita specie aliud est, quia mandatum hoc collatum est post mortem, vt in *d. §. vlt. l. si quis alicui 27. §. 1. infr. hoc tit.* Quod miror ab Accursio perceptum non esse qui vt locos istos conciliet, diuinat & comminiscitur in huius legis specie actum fuisse vt mandatum etiam finita voluntate duraret, quod ridiculum est, nisi actum accipias pro eo quod dictum est, quod æquè absurdum fuerit *l. semper in stipulationibus 34. de regul. iur.*

14 VLPIANVS. libro 31. ad Edictum.

HEredem fideiussoris, si soluerit, habere mandati actionem dubium non est.[a] Sed si vendiderit hereditatem, & emptor soluerit: an habeat mandati actionem, quæritur. & Iulianus libro tertio decimo scribit, idcirco heredẽ habere mandati actionem, quia tenetur iudicio ex empto, vt præstet actiones suas: idcircóque competere ex empto actionem, quia potest præstare.

Ad l. Heredem 14.

RAT. DVB. Mandati actione contraria is demùm tenetur, qui mandauit, & is demùm agit cui mandatum est. Non enim potest mandati actio siue directa siue contraria nullo mandato interueniente *l. ex mandato 20. §. 1. infr. hoc tit.* Atqui licèt mandatum sit fideiussori, non ideò tamen eius quoque heredi mandatum videri potest, qui eo tẽpore neque dum vllus erat, neque quis futurus esset, sciri poterat, cùm esset incertus *l. qui liberis 8. §. 1. infr. de liber. & posthum. l. sciendum est 70. de verb. signif.* Ergo heres fideiussoris etiamsi soluerit, mandati actionem habere nõ debet, cùm nihil ei mandatum sit, sed tantùm negotiorum gestorum quòd mandantis debitoris negotium vtiliter gesserit.

DE C. Heredis eadem censetur esse persona quæ defuncti *Nouell. 48. de iureiur. à morient. præst. in princip. l. heredem 59. de verb. signific. l. heres & hereditas 22. infr. de vsucap.* Ideoq; succedit heres in omnia iura defuncti siue actiua siue passiua ex lege duodecim tabularum *l. 1. C. si cert. petat. l. 1. & 2. C. si vnus ex plurib. hered. debit. vel. credit.* Ergo quemadmodum actio mandati siue directa siue contraria competit ei & in eum cui mandatum est, ita & eius heredi & in heredem danda est iis scilicet omnibus casibus quibus aut defuncto, aut contra defunctũ dari deberet. Neq; hoc vllam habet dubitationem, vt Vlpianus hîc scribit. Sequitur,

a *Sed si vendiderit hereditatem.* RAT. DVB. Qui vendit hereditatem, trãsfert omne ius suum in emptorem, quem vice heredis constituit, & in suum locum substituit *l. 2. §. cùm quis infr. de hered. vel act. vendit.* Ergo si heres fideiussoris hereditatem vendiderit, in qua erat mandati actio, dicendum est non ipsi, sed emptori hereditatis mandati actionem dari debere.

DE C. Venditor hereditatis non eo minùs heres manet post traditam quoque hereditatem *l. 2. C. de hered. vel act. vendit.* omnésque actiones directas penes se retinet, quas habebat ante venditionem sicut & heres rogatus de restituẽda hereditate, etiãsi eam restituerit, *§. restituta. Instit. de fideic. heredit.* quisquis enim semel fuit semper heres, perseuerat, *l. ait prætor 7. aliàs l. et si sine §. sed quod Papinianus supr. de minor. l. ei qui soluendo 88. de hered. instit.* Ergo fideiussoris heres non eo iuris mandati actionem habere debet, quòd fideiussoris hereditatem vendiderit, vel ob hoc ipsum quòd eam mandati actionẽ præstare teneatur emptori vt in *l. si procuratorem 8. §. si quis mandauerit & §. si liber homo supr. hoc tit. l. cùm is qui 36. infr. de fideiuss.* quamuis si verum amamus, præpostera sit hæc ratio, quod pace Vlpiani nostri dixerim. Prius enim est, vt fideiussoris heres mandati actionem habeat quàm vt præstare illam possit. Nec idcirco eam habet, quòd præstare ipsam debeat: sed præstare idcirco tenetur, quòd eam habeat. In eamque rem competit aduersus eum ex empto actio, vt sequitur in textu. Quid? an non vtiles actiones transeunt omnes in emptorem etiam citra cessionem, quamuis directæ remaneant penes

BIU Cujas

venditorem. Fateor, ex *l sicum emptore 16. supr. de pact. l. emptor 5. C. de hered. vel act. vendit.* Sed id tum habet locum, cùm hereditatis venditor habet directas tempore contractus, quod regulariter inspiciendum est *l. 2. §. 1. de hered. vel act. vendit.* Absurdum enim esset priùs competere vtilem emptori quàm directa competierit venditori, cùm non nisi ex suppositione & comparatione directarum præcedentium de vtilibus tractari possit *l. 1. l. si heres 70. in princip. & pass. infr. ad SC. Trebell. l. 1. C. de oblig. & action.* Atqui non potuit heres fideiussoris habere mandati actionem contrariam vulgarem, vt Africanus vocat in *l. quidam cùm filiumfamilias 46. infr. de hered. instit.* id est, directam quatenus directa opponitur non directæ, sed vtili, priusquàm soluerit id quod defunctus fideiussor ad eam actionem acquirendam soluere debuit, quia non ex eo quod soluendi mandatum quis susceperit, contrariam mandati actionem habere potest, sed ex eo tantùm, quòd mandatum impleuerit & soluerit *l. si mandato 45. §. 1. infr.* vt iam sæpius diximus. Itaque quod Accursius ex hoc loco notat duo hîc esse, quorum quodlibet sit causa alterius, vereor ne magis subtiliter quàm verè dictum sit. Quod enim heres fideiussoris mandati actionem hereditatis emptori præstare cogitur, causam illam habet, quòd eam præstare possit. Sed cur eam habeat, causa non illa est, quòd præstare illam possit, sed quia fideiussoris heres est qui eam ex suo contractu habiturus fuerat, si soluisset.

1 ¶ Si fideiussori duo heredes extiterint: & alter eorum à coherede emerit hereditatem: deinde omne, quod defunctus fideiusserat, stipulatori soluerit: habebit aut ex stipulatu, aut ex empto obligatum coheredem suum. idcirco is mandati actionem habebit.

Ad §. 1. Si fideiussori.

RAT. DVB. Inter coheredes diuiduntur per legem duodecim tabularum actiones omnes & actiuæ & passiuæ pro portionib. heriditariis *l. 2. l. vlt. & pas. C. de heredit. actiõ.* Ergo si vni fideiussor duo sint heredes, quorum alter partem dimidiam hereditatis à coherede emerit, deinde ex causa fideiussoria totum debitũ stipulatori soluerit, non eo magis potest habere mandati actionem contrariam in solidum pro toto debito, cùm emptio partis hereditariæ quæ ad ipsius coheredem spectabat, non faciat eum heredem in solidum, & supra partem hereditariam quam ab initio habuit, sicuti nec quod coheredem suum habeat obligatum siue ex empto siue ex stipulatione, si ea nouandi animo interposita, sit vt fieri olim solebat in ipso tempore venditæ hereditatis vt in *l. in illa stipulatione 50. §. 1. infr. de verb. oblig. l. cùm stipulamur. 97. de verbor. signific.* Quid enim commune habet actio, quæ contra vnum competit, vt contra alium actionem aliam parere possit? Non est igitur bona cõsecutio, quæ hîc fit ab Vlpiano vt fideiussoris coheres idémq; emptor partis coheredis mandati actionem habere debeat contra reum principalem pro quo totum soluerit ob hoc solum quod heredem suum eumdẽq; venditorẽ habeat sibi obligatũ aut actione ex stipulatu aut ex empto. DEC. Coheres qui fideiussoris hereditatẽ pro parte sua coheredi vẽdidit, tenetur vtiq; aut ex stipulatu, si stipulatio interceserit, aut ex empto si nulla interuenerit stipulatio, vt actiones omnes quas habet ex causa hereditaria, præstet coheredi sicut alius quilibet venditor teneretur emptori cuilibet *l. 2. in princ. & §. illud. & seq. inf. de hered. vẽdit.* Atqui in hac specie coheres vẽditor post solutionẽ factã à coherede suo eodẽq; emptore habet proprio iure actionẽ mãdati contrariam aduersus reum principalem, perinde ac si partem debiti hereditariam ipse soluisset, cùm pro ea parte successerit ex causa hereditaria mandatario qui si viueret, ac pro eo veluti fideiussore alius soluisset, mandati actionem hodie haberet *l. ex mandato 20. § 1. infr.* Ergo & coheres qui solidum soluit habere actionem mandati, debet in solidum, sed partim ex sua persona & ex causa hereditaria, partim verò ex persona coheredis & iure cesso facta scilicet per coheredẽ eundémq; vẽditorẽ cessione, vt bene Accursius noster interpretatur, vt quod iuris est de toto quoad totũ in specie superioris respõsi, idẽ sit in specie huius §. de parte quod ad partẽ, vt idem ille argumẽtatur ex *l. qui scit 25. in princip. infr. de vsur. l. quæ de tota 76. supr. de rei vindic.* Eóque nimirum pertinet ratio illa quam adfert Vlpianus, quòd coheres emptor coheredem suum venditorem habeat obligatum scilicet vt probet mandati actionem pro sua parte præstare illum debere, nõ vt ex eo inferat, coheredem emptorem qui totum soluit, actionem mandati in solidum iure proprio habere debere, sic in *l. 3. supr. Famil. erciſc.* Sanè quod idem Accursius tentat postrema illa huius §. verba *idcirco is mandati actionem habebit*, ad coheredem eundémq; venditorem referri posse, non puto probabile, cùm præcedentia sint de coherede emptore, nec maior sit ratio vt coheres venditor mandati actionem habeat, nisi pro sua parte hereditaria, quam coheres emptor. Cessionem igitur aliquam fieri necesse est, cui verò, nisi ei qui solidum soluit, ab eo qui nihil soluit? Dices: Ad quid igitur bonũ est dicere coheredem qui vendidit partem suam hereditariã habere nihilominus mandati actionem pro ea parte hereditaria, cùm ea cedere coheredi cogatur, nec possit eam ad suam vtilitatem exercere, cùm nihil ipse soluerit? Nempe vt ea possit cedere coheredi, cui cedere non posset, si eam non haberet, vt in superiore huius legis specie Vlpianus ex Iuliano argumentatus est. Quod enim coheres idémq; emptor partis hereditariæ totum debitum soluerit, nõ potest ei dare mandati actionem in solidum sine coheredis cessione, quia sicuti ex mandato soluẽdi non potest nasci actio mandati contraria ne quidem in vtilitatem eius cui mãdatum est, nisi secuta demum solutione & impleto mãdato. Ita nec in vtilitatem eius ex coheredibus qui de suo totum soluerit nisi in omne ius mandati succedat quod defunctus habuit. Hoc verò nisi per cessionem coheredis fieri nullo modo potest.

15. VLPIANVS libro 31. ad Edictum.

SI mandassem tibi, vt fundum emeres: postea scripsissem, ne emeres: tu, antequã scias me vetuisse, emisses, mandati tibi obligatus ero: ne damno adficiatur is, qui suscepit madatum.

Adl. Si

BIU Cujas

Ad l. si mandaßem 15.

RAT. DVB. Mandatum finitur reuocatione ac mutatione voluntatis *l. si verò 12. §. penult.* vbi diximus *supr. §. rectè quoque Instit. hoc tit.* Atqui cùm mãdaui tibi, vt fundum emeres, postea scripsi ne emeres, verum est reuocatum à me fuisse mandatum. Nec eo minus verũ quod tu reuocationẽ ignoraueris, & antequã scires me vetuisse, emeris. Ergo hoc quoque casu perinde dicendum est mandati actionem competere non posse, cùm mandatum extinctum sit finita voluntate. Quomodo argumentatur Vlpianus in *d. §. penult.*

DEC. Sicuti ex mandato, quod quis suscepit, nihil lucri remanere debet penes mandatarium: ita nec damno adfici vnquam debet is qui mandatũ suscepit, si modo nihil sit quod ei merito imputari possit *l. inter causas 26. in princip. infr.* cùm nemini officium suum præsertim gratuito, & per amicitiam exhibitum damnosum esse debeat *l. si seruus 61. §. quod verò infr. de furt. l. 3. §. vlt. infr. de testib. l. sed si quis ex signatoribus 7. Testam. quemadm. aper.* Atqui nihil imputari potest mãdatario qui bona fide mãdatũ, quod susceperat, impleuit nesciẽs reuocatũ. Alieni enim facti ignorantia semper tolerabilis est *l. vlt. infr. Pro suo.* Nisi fortè imputare ei volumus cur non diuinauerit reuocatum: quod absurdum esset dicere *l. si fideiussor. 19. §. si debitor. inf. hoc tit. l. si putator. 31. supr. ad leg. Aquil.* Longéq; magis imputari potest mandatori cur non fuerit diligentior in reuocando mandato, & in reuocatione mandatario denuncianda. Quod vtique facere potuerat si voluisset. Ergo si quis emendi fundi mandatum susceperit, & mandato reuocato cum id ipse nesciret, emerit: perinde tamen mandati actionem cõtrariam habere debet ad consequendam indemnitatem, acsi reuocatio nulla intercessisset. Alioqui damno afficeretur si emptum sibi fundum habere nollet. Et hæc vtilitatis ratio est, quam Paulus significat in *d. l. inter causas 26. in princip. infr.* & post eum Iustinianus in *§. item si adhuc. Instit. hoc tit.* Essent enim homines longè difficiliores ad mandata suscipienda & exequenda si ex iusta reuocati mandati ignorantia dãnum aliquod sibi accidere posse suspicarentur. Ignorantia enim maximè facti in damnis amittendæ rei suæ nocere nunquam debet, *l. error facti 8. & seq. de iur. & fact. ignor.* Iunge *l. cùm pater 77. §. Mœuio de legat. 2. l. si quis seruo 18. l. qui hominem 34. §. si Titium & §. si debitorem l. si cùm Cornelius 82. infr. de solut. l. penult. supr. de reb. credit.* Quàm autem vera sit ratio, quæ in hac lege ponitur, ex eo apparet, quod si quando talis casus contingat vt in damno moraturus nõ sit mandatarius, sola ipsius ignorantia mutatæ voluntatis non faciet vt ea pro nõ mutata haberi debeat, vt in elegãti specie, *l. si pater 40. infr. de manum. vindict.* Vbi si pater filio mãdauerit, aut permiserit (permissio enim illa mandati vim obtinet *l. qui patitur 18. inf.*) vt Stichum seruum manumitteret, deinde mutauerit volũtatem: filius verò mutatam ignorans manumiserit, constat eum liberum non fore, quia verum est voluntate patris eiusdémq; domini manumissum seruum nõ fuisse, quod tamen ad validitatem manumissionis omnino necesse est. Nec libertatis fauor quicquã hîc facit, cùm tamen faciat, vt si filius familias patris ab intestato defuncti mortem ignorans eum manumiserit, libertas competat, quia verum est à domino datam fuisse libertatem, nec voluntatem domini mutatam fuisse, vt in eiusdem legis principio scriptum est. Ex quo etiam intelligimus duriorem esse mandati extinctionem, quæ per reuocationem & voluntatis mutationem, quàm quæ per mortem contingit. Ideò fortasse quod facilè potest contingere, & contingit plerumque, vt re integra & ante impletum mandatum moriatur is qui etiamsi vixisset diutius, mandatum tamen reuocaturus non fuisset. Quod voluntatis mutatione expressim facta non similiter dici potest.

16. VLPIANVS libro 31. ad Edictum.

SI quis mihi mandauerit, in meo aliquid facere, & fecero: quæsitum est, an sit mandati actio. & ait Celsus libro septimo digestorum, hoc respondisse se, cùm Aurelius Quietus hospiti suo medico mandasse diceretur, vt in hortis eius, quos Rauẽnæ habebat, in quos omnibus ãnis secedere solebat, sphæristerium, & hypocausta & quædam alia ipsius valetudini apta, sua impensa faceret. deducto igitur, quanto sua ædificia pretiosiora fecisset, quod amplius impendisset, posse eum mandati iudicio persequi.

Ad l. si quis mihi 16.

RAT. DVB. Mandatum in rem mandatarij regulariter non consistit, quia consilium magis est quàm mandatũ: ideoq; nõ est obligatorium vt mãdati actionem producere possit *l. 2. §. vlt. supr. hoc tit.* Atqui cùm quis mihi mandat in meo aliquid facere, mandatum mihi fit in re mea & in rem meam, quia quod in meo fit, meum est, & si ab alio fieret, solo meo cederet eo iure quo superficies omnis solo cedit tam naturali quàm ciuili ratione *l. 2. infr. de superfic.* Ergo vtile mandatum hoc & ad producendam mandati actionem efficax esse nõ potest. Proinde si medico meo mandauero vt in hortis suis impẽsa sua sphæristerium faceret & hypocausta & alia valetudini mandantis accommodata, non idcirco aliqua medico contra me actio dari debet, cùm quicquid in eam rem à medico impensum est, ipsius commodo & vtilitati cedat, faciatq; hortos medici in quibus erant balnea, vt esse solebant apud veteres ad curandam valetudinem, longè pretiosiores. Alioqui daretur medico actio contraria mandati ad lucrum captandum, quæ non nisi ad damnum euitandum dari debet.

DEC. Non est æquum neque ex bona fide, vt mandatarius qui mandatum impleuit, damnum sentiat *l. prox. sup. l. ex mandato 20. inf. hoc tit.* Atqui damnum sentirem ex eo quod mandato tuo feci & ædificaui in meo fundo, si non haberem contra te actionem mandati contrariam ad consequendam indemnitatem de eo quod propter tuam magis quàm propter meam vtilitatem impendissem, supra quàm pretiosior fundus meus factus fuisset. Constat enim, & quotidiniana experientia compertum est, pluris semper esse impensam, quæ fit in

BIU Cujas

in ædificando quàm sit precium quod ex ædificatione accedit fundo. Ergo pro impensa quæ excedit quanto precioſior fundus factus est, contrariam mandati actionem habere debeo, quia tantumdē mihi propter mandatum tuum abesse intelligitur. Ad eam verò vsque quantitatem ad quam creuit propter impensam fundi æstimatio, non possum mandati agere, quia nihil mihi abest, nec mea quicquam interest *l. si procuratorem* 8. §. *mandati actio supràl. inter tausas* 26. §. *abesse infr. hoc tit.* Nec possum videri damnum vllum pati in eo ipso in quo factus sum locupletior. Denique nihil absurdi est meum me negotium gerere, & nihilominùs vtilem mandati actionem contrariam habere, vt in specie huius legis & *l. si mandauero* 22. §. *interdum & §. Iulianus infr. hoc titul.* Suauis verò est Accursius, cùm hîc interpretatur quid sit sphæriſterium, quid hypocauſtrum, & illud quidem esse locum amœnum herbis, hoc verò subterraneam ſtationem æstate bonam. Quàm melius Gothofredus ex Plinio, Suetonio, & Lampridio ista explicat.

17. PAVLVS libro 7. ad Sabinum.

SI mandauero tibi, vt à Titio decem exigeres: &, ante exacta ea, mandati tecum egero: ſi ante rē iudicatam exegeris: condemnandum te esse constat.

Ad l. Si mandauero. 17.

RAT. DVB. Mandatum exigendi includit mandatum agendi & vrgendæ ac proinde expectandæ condemnationis. Prius enim est, vt quis agat quàm vt debitor condemnetur. Et rurſum vt condemnatus ſit quàm vt exigi ab eo inuito possit. Iudiciū ſiquidem redditur in inuitum *l. inter ſtipulantem* 83. §. 1. *de verb. oblig.* Et ſimiliter iudicati executio in qua vigor rei iudicatæ conſiſtit *l. ſi longis* 7. *C. de exec. rei iudic.* etiam in inuitum *l. à Diuo Pio* 15. *per tot. infr. de re iudic.* Ergo ſi mandauero tibi vt à Titio decem exigeres, & ante rē iudicatam, ac proinde antequàm potueris ab inuito & litigioſo debitore exigere, tecum mandati egero, malè ac præmaturè ago, quia mandatum nondum impleueris nec implere adhuc potueris, ac proinde plus peto tempore. Conſequenter dicendum est, etiamſi ante rem iudicatam exegeris, condemnari te non debere ex actione quam malè inſtituerim, & eo tēpore quo ius agendi non habebam. Nemo enim agere potest ſine actione, & antequàm ea nata ſit *l. ſi pupilli* 6. §. *vlt. ſup. de negot. geſt. l. quoties* 9. §. *& generaliter infr. de admin. tutor.* Alia igitur interpellatione opus est nouáq; actione, quia non potest videri, in iudicium veniſſe id, quod poſt iudicium acceptum accidiſſet *l. non potest* 23. *ſupr. de iudic.*

DEC. Ius ſuperueniens pendente iudicio ex cauſa de præterito, vt loquuntur, prodest actori ad extorquendam condemnationem, etiamſi is primū non rectè egerit vt in *l. ſi rem alienam* 9. §. *vlt. ſupr. de pignor. act.* Maximè verò in bonæ fidei iudicijs *arg. l. in omnibus.* 41. *de iudic.* Atqui in propoſita ſpecie, cùm egi contra te mandati actione contraria priuſquam à Titio decem exegiſſes, agendi cauſſa fuit de præterito. Ex contractu ſcilicet mandati qui præceſſit. Et ius quod mihi ſuperuenit pendente iudicio ob id quod decem illa exegeris à Titio ante rem cum eo iudicatam, habet quoque cauſam de præterito, quia ex eodem mādati contractu pēder. Ergo prodeſſe mihi poteſt & debet ad obtinendam contra te condemnationem. Quodnam enim tempus inſpiciendum magis est, quàm tempus condemnationis, vt ſciatur an ſequi poſſit condēnatio? *l. item videndum* 18. §. *pen. ſupr. de hered. petit. l. quæſitum* 30. *in princip. ſupr. de pecul.* Ergo quamuis antequam decem exegiſſes, contra te egero mandati actione directa, ſi tamen ante rem iudicatam exegeris, condemnari te oportebit.

18. VLPIANVS libro 40. ad Sabinum.

QVi patitur ab alio mandari, vt ſibi credatur: mandare intelligitur.

Ad l. Qui patitur 18.

RAT. DVB. Aliud est agere, aliud pati: ſunt enim iſta diuerſæ categoriæ. Atqui mandare, agere est, non pati. Ergo qui patitur ab alio mandari, vt ſibi credatur, non ideò videri poteſt mandare, vt ſe mandati actione obliget, ergo mandantem. Sic enim hæc lex accipienda est, quomodo benè Accurſius interpretatur, non autem quaſi videatur mandare creditori vt ſibi pecunia credatur. Eo namque caſu obligaretur ex mutuo, non ex mandato *l. idémq;* 10. §. *ſi quis Titio ſupr. hoc tit.*

DEC. Patientia eius qui cùm præſens esſet, potuit diſſentire nec diſſenſit, pro expreſſo conſenſu habetur, in ijs maximè quæ ad patientis commodum & vtilitatem pertinent. Quotus enim quiſq; est, qui non facilè commodis ſuis conſentiat? Atqui cùm quis patitur alij mandari ab aliquo vt ſibi pecunia credatur, pertinet ad ipſius commodum, non tantum vt pecunia credatur, ſed etiam vt creditori mandetur ab aliquo pecuniam credi, ſine quo mandato fuerat creditor fortaſſe pecuniam creditурus. Ergo mandare intelligendus est mandanti vt mandet creditori, & conſequenter mandati ſe obligat erga primum mandantem, cùm mandati obligatio ſolo conſenſu contrahatur *l. 1. ſupr.* Qui enim conſentit, non tantùm patitur, ſed etiam agit in iis ſcilicet, quæ nudo conſenſu agi & fieri poſſunt *l. 1. §. magiſtrum ſupr. de exercit. act.* Quod ſi patientia interueniat in ea re quæ ad damnum, & incommodum patientis ſpectet, difficilius est vt ea patientia pro conſenſu, & is conſenſus pro contractu habeatur: ſed diſtinctionibus quibuſdam locus est. Inter quas præcipua illa esse videtur quam nec Accurſius hîc prætermittit, An qui paſſus est contradicere: potuerit & actum prohibere, an nō: vt priore caſu nocere ipſi debeat patientia, non poſteriore ex *l. ſæpe* 63. *infr. de re iudic.* Niſi, inquit Accurſius, ratio adfinitatis intercedat vt in *l. ſeruus communis* 38. §. 1. *infr. de donat. int. vir. & vxor.* vel ius domini *ex l.* 3. *&* 4. *ſupr. de noxal. act.* Nos aliter & fuſiùs hoc explicauimus ad *l. Caius* 39. *ſupr. de pignor. act.* Iunge *l. ſicut* 8. §. *non videtur infr. Quib. mod. pigin. vel hypoth. ſoluit. l. ſi remunerandi* 6. §. *ſi paſſus ſim*

ſup. hoc

BIU Cujas

supr. hoc tit. l. si fideiussor. 6. Cod. eod. l. qui fide 53. infr. eod. l. si verò 5. §. positum sup. de his qui eff. vel deiec. d. l. 1. §. magistrum supr. de exercit. act. l. 1. §. vlt. de flumin. l. semper qui non prohibet 60. de regul. iur.

19. IDEM libro 43. ad Sabinum.

SEruus meus si de semetipso emendo mandarit, vt redimatur: Pomponius eleganter tractat, an is, qui seruum redemit, vltrò conuenire possit venditorem, vt seruum recipiat: quoniam mandati actio vltro citroque est. sed esse iniquissimum Pomponius ait, ex facto serui mei cogi me seruum recipere, quem in perpetuum alienare volueram. nec magis in hunc casum debeo mandati teneri, quàm vt eum tibi venderem.

Ad l. seruus meus 19.

RAT. DVB. Cùm seruus meus de semet emendo mandauit Titio, & Titius mandatum serui mei secutus eum emit: videor ego quoque vendendo seruum adprobare mandatum serui. Etsi enim ex eiusmodi mandato nulla nasci potest obligatio, neque ex persona serui, quia nec liber mandare hoc potest, absurdum autem sit plus licere seruo quàm homini libero neque ex persona mea, quoniam qui mandat vt à se res comparetur, inutiliter mandat, optima tamen ratione, quia non id agitur vt ex ipso mandato, sed propter mandatum ex alio contractu nascatur actio, placuit domino acquiri obligationẽ, vt eleganter scriptũ est in *l. vnic. C. si seruus exter. emi se mandauer.* Atqui nõ possũ mãdatũ illud pro parte probare, & pro parte improbare *l. nã absurdũ 7. inf. de bon. libert. l. si ita stipulatio 39. §. 1. in fin. de oper. libert.* Ergo cũ seruus meus de semet emendo mandauerit Titio hoc addito vt redimatur, vel non debui vẽdere, vel venditum redimere debeo, vt mandati forma seruetur. Est enim mandati contractus vltro citroq; obligatorius, vt hæc lex ait. Iniquum autem, est mihi esse mandati actionem cum emptore, si velim vt seruum meum emat: illi verò vt eum redimam & recipiam si nolim mecum non esse *l. 3. in fin. supr. hoc tit.* Nam & serui mei interesse potest, vt me potiùs quàm alium dominum habeat, nec alterius seruitutem diutius experiatur.

DEC. Cùm seruus extero se mandat emendum nullum mandatum est *l. cùm seruus 54. infr. hoc tit.* ob eam rationem quam modo attulimus ex *d. l. vnic. C. si seruus exter. emi se mandauer.* Neque rursus in potestate serui esse debet, vt dominum suum obliget nisi de peculio, eo demum casu quo de re vel ex causa peculiari contraxerit *l. 1. supr. quod cùm eo qui in alien. potest. l. 1. & pass. supr. de pecul. iunct. l. melior 133. de regul. iur. l. 2. in fin. supr. de eo per quem fact. erit.* Ergo ex mandato serui de seipso vendendo non potest dominus obligari neque vt seruum vẽdat, neque vt seruum redimat. Et certè iniquissimũ est, vt Pomponius dicebat, ex facto serui mei cogi me seruum recipere, quem cùm vẽdidi, in perpetuũ alienare volui: non igitur magis teneri debeo mãdati actione ex mandato serui mei, vt venditum eum redimam & recipiam, quã ab initio teneri debui vt eum inuitus tibi venderem. Nec tamen consequens est, vt similiter neque mandati actionem habere debeam contra Titium, vt seruum meum emat, ex mandato quod suscepit ipsius emendi. Hæc enim mandati obligatio ex mandato serui mei rectè contrahitur & mihi acquiritur, nec tam ex mãdato quàm propter mandatum, vt diximus ex *d. l. vnic. C. si seruus exter. emi se mandauer.*

20. PAVLVS libro 11. ad Sabinum.

EX mandato, apud eum, qui mandatum suscepit, nihil remanere oportet, sicuti nec damnum pati debet, si exigere fœneratam pecuniam non potuit.

Ad l. Ex mandato 20.

RAT. DVB. Mandatum licet gratuitum esse debeat, quia ex officio & amicitia originem trahit *l. 1. §. vlt. supr.* hoc ipso tamen admittere videtur vt mandatarius lucrum aliquod ex mandato retinere vel saltem sperare possit, cùm, quisquis ab alio beneficium accipit, se obliget ad ἀντίδωρα & remunerationem *l. sed & si 25. §. consuluit. supr. de hered. petit. l. Aquilius Regulus 27. infr. de donat.* Quidni ergo saltem remunerationis iure aliquid ex mandato retinere madatarius poterit? *l. si remunerandi 6. in princip. & l. salarium 7. supr. hoc tit.*

DEC. Mandatum bonæ fidei contractus est, & ex officio atque amicitia originem trahit, vt diximus. Bonæ fidei autem hoc congruit, ne quis de alieno lucrum sentiat *l. idémque 10. §. si procurator supr. hoc tit. l. qui proprio 46. §. procurator supr. de procurat.* Ergo nullum ex mandato lucrum retinere mandatarius debet vt neque negotiorum gestor *l. si autem 8. §. item si fundum de negot. gest.* Nisi remunerandi causa vel honorarium ei promissum sit, vel salariũ *d. l. si remunerandi in princip. & d. l. salarium d. l. idémq; 10. §. idem Labeo ait supr.* Scilicet ex post facto, non autem ab initio, & ex compacto. Initiũ enim cuiusque contractus spectandum est *l. si procuratorem 8. in princip. supr.* diximus ad *d. l. si remunerandi & ad l. salarium.* Idem iuris est in hereditatis petitione, vt nullum ex hereditate lucrum penes possessorem remanere debeat siue bonæ fidei possessor sit, siue prædo *l. ancillarum 27. §. vlt. & l. seq. l. si & rem 22. in fin. supr. de hered. petit.* Nam & hereditatis petitio bonæ fidei est *l. vlt. in fin. C. de hered. petit.* Est autem generalis illa ratio, quod bonæ fidei nũquam conueniat vt quis de alieno lucretur. Addit Accursius, nec Præsidi aut Iudici licere quicquam ex bonis litigantium retinere, quod certè verissimum est *Nouell. 8. vt iudic. sine quoq; suffrag. tit. 3.* Iusiurandũ quod præstatur ab his qui administrationes accipiũt & §. *oportet cap. 12. Nouell. 17. de mandat princip.* sed alia ratione nempe quod alienum id sit abintegritate, & innocentia quæ à Præsidibus, Iudicibus, & magistratibus omnibus præstanda est.

BIU Cujas

a *Sicuti nec damnum pati debet.* RAT. DVB. Sibi imputare debet mandatarius cur vltrò mandatum susceperit, ex quo damnum sentire possit. Quis enim eum cogebat mandatum susc ipere *l. si mandauero* 22. §. *vlt. infr.* Imò verò debuerat prospicere posse hoc euenire, vt damnum aliquod ex mandato pateretur *l. si quis domum* 9. §. *idem quærit infr. locat.* damnum autem quod quis ex culpa sua sentit, nec sentire videtur *l. quod quis* 203. *de regul. iur.* Ergo nihil absurdi est vt mandatarius damnum aliquod ex mandato sentiat, quamuis neque lucrũ neque commodum ex eo vllum retinere possit.

DEC. Regula iuris est, eius debere damnum esse, cuius est lucrum *l. secundum naturam* 10. *de regul. iur. l. illud.* 7. *infr. de peric. & commod. rei vendit.* Et consequenter nihil damni penes eum remanere debere ex eo negotio, ex quo lucrum nullum sperare possit. Atqui mandatarius nullum lucrum ex mandato retinere debet vt modò diximus. Ergo neq; damnum vllum sentire. Est enim vtrumq; perinde ex bona fide, & ex summa æquitate, quæ nõ patitur mandatario damnosum esse officium suum *l. si seruus* 61. §. *quod verò infr. de fur. l. si mandassem* 15. vbi diximus *supr.* Cùm mandatum ex officio & amicitia originem trahat *l.* 1. §. *vlt. supr.* Et verò qua fronte posset mandator imputare mandatario dãnũ quod passurus ille nõ fuerat si mandatum non suscepisset? *d.* §. *quod verò.* Proinde si fœneratam pecuniam exigere procurator fortè non potuit, nullũ ex eo damnum patietur, si modo diligentiam eam præstiterit quam diligens procurator præstare debet *l. à procuratore* 13. C. *hoc tit.*

1 ¶ Fideiussori negotiorum gestorum est actio, si pro absente fideiusserit. nam mandati actio non potest competere, cùm non ante cesserit mandatum.

Ad §. 1. *Fideiussori* 40.

RAT. DVB. Si quid fideiussor pro debitore soluerit, eius recuperandi gratia mandati habet actionem §. *si quid autem Instit. de fideiuss.* Ergo non actionem negotiorum gestorum, quæ non nisi subsidiaria est, nec datur nisi deficientibus aliis quæ nascuntur ex contractu cùm nascatur illa ex quasi contractu. *l. si quis absentis* 5. *infr. de oblig. & action.*

DEC. Non potest dari actio mandati quoties nullum intercessit mãdatum: nascuntur enim obligationes omnes ex contractibus vel quasi contractibus *l.* 1. *eod. tit.* Mandati autem actio ex contractu. Mandatum igitur vel expressum vel tacitum præcedere necesse est, vt mandati actio locum habere possit. Neutrum porrò interuenit, si quis pro absente fideiusserit & ignorante. Aliud enim est si pro præsente nec vetante quamuis nec mandante. Habetur enim pro mandante quisquis præsens & sciens patitur pro se fideiuberi *l. qui patitur* 18. *supr. l. si pro te* 40. *l. qui fide* 53. *infr. hoc tit. l. si fideiussor.* 6. C. *eod.* Habet verò fideiussor qui ex debitoris mandato fideiussit, actionem mandati, non semper, sed ita demum si soluerit *d.* §. *si quid autem Instit. de fideiuss.* nec donandi animo aut pro inuito fideiusserit *d. l. si pro te l. vlt.* C. *de negot. gest. l. si quis reum* 5. *infr. de liber. legat.* Quòd si mandatum nullum præcesserit neque expressum neque tacitum, non ideò tamen fideiussori si soluerit, actio denegabitur, sed negotiorum gestorum competet, quæ competit omnib. qui ad aliena negotia gerenda vltrò accedunt *l. si remunerandi* 6. §. *si passus sim*, vbi diximus *supr. hoc tit.* nisi donandi animo fideiusserit *l.* 4. *supr. de negot. gest.* Nam & pro absente ac ignorante fideiubere quis potest *l. fideiubere* 30. *infr. de fideiuss.* Iunge *l.* 4. *eod. tit.*

21. VLPIANVS libro 47. ad Sabinum.

CVm madatu alieno, pro te fideiusserim: non possum aduersus te habere actionem mandati: a quemadmodũ qui alienum mandatum intuitus spopondit, sed si non vtique vnius, sed vtriusque mandatum intuitus, id fecerim: habeo mandati actionem etiam aduersus te: quemadmodum & si duo mihi mandassent, vt tibi crederem: vtrumque haberem obligatum.

Ad l. cùm mandato 21.

RAT. DVB. Habet fideiussor actionem contrariã mandati quoties pro alio fideiussit & soluit si mandatum præcesserit, vt proximè diximus in §. 1. *legis præcedentis. Iunct. §. si quid autem Inst. de fideiuss.* Atqui cùm mandato alieno pro te fideiussi & solui, verum est & fideiussisse me pro te & soluisse, & mandatum præcessisse. Ergo mandati actio mihi contra te danda est.

DEC. Nemo ex alieno facto obligatur *l.* 2. *supr. de eo per quem fact. erit.* Factum enim cuique suum nocere debet, non alteri *l. factum* 155. *de reg. iur.* ne in aliena potestate sit ignorantis conditionem facere deteriorem contra iuris regulam in *l. non debet* 74. *eod. l.* 2. *Quod vi aut clam.* Ergo nec si mandatum alienum secutus pro te fideiusserim & soluerim, mãdati actionem contra te habere debeo, quia verum est te nihil mihi mandasse. Ac proinde contra eum solum qui mandauit, actionem mandati habere debeo. Nec video cur Accursius ponat in hac specie fideiussisse me pro te animo donandi. Id enim si ita esset, nulla mihi actio mandati dari deberet, ne quidem contra eum qui mandasset. Quem enim animum repetendi habere potest is qui animum habet donandi? *l.* 4. *supr. de negot. gest.* Et quo casu is qui pro absente ac ignorante fideiussit actionem negotiorum gestorum habere contra eum non potest, quam alioquin habere deberet secundum ea quæ ad legem præcedentem diximus, eo casu nec mandati actionem contra mandantem habere debet. Sequitur,

a *Quemadmodum qui alienum mandatum intuitus spopondit.* Hic quoque noster delirat Accursius intelligens hunc versiculum de fideiussore nolente transferre in se obligationem principalis debitoris, vt differat, inquit, hic casus à superiore. Nec animaduertens in superiore tractari de eo qui alienũ mandatum secutus pro te ignorante fideiusserit. In hoc verò de eo qui alieno mandato se pro tuo negotio obligauerit, non tanquam fideiussor, sed tanquam

tanquam expromissor aut nudus, & simplex promissor. Proinde non alia ad hunc versiculum, quam ad superiorem dubitandi aut decidendi ratio adferri potest. Ergo si mandatum Titij secutus me pro te obligauero, pro te, inquam, non obligato, quo casu fideiussor tuus videri non possum, non contra te, sed contra Titium mandati agere debebo.

b *Sed si non vtique vnius.* RAT. DVBIT. Qui prioris mandatum intuitus pro alio vel fideiussit, vel simpliciter spopondit, non potest videri contemplatione alterius posterioris mandati ad fideiussionem aut simplicem sponsionem accessisse, alioqui non tam prioris quam posterioris mandatoris fidem secutus esse videretur. Quo casu similiter dicendum esset non contra priorem, sed contra posteriorem solum mandati agi oportere. Non ergo verum est, quod Vlpianus hic scribit, si vtriusq; id est & Titij & tuum mandatum secutus pro te vel fideiussero vel simpliciter me obligauero, habere me mandati actionem etiam aduersum te. Quemadmodum inquit, si duo mandassent mihi vt tibi crederem, haberem vtrumque obligatum. Quo casu non dubitaretur quin ambo essent obligati in solidum *l. si mandatu Titij 59. §. Paulus respondit vnum 3. infr. hoc tit.*

DEC. Etiam mandato, sicuti depositi, commodato, & alio contractu quolibet duo rei debẽdi constitui possunt quoties vtriusque mandantis fidem mandatarius secutus est, aut mandator vtriusque mandatarij *l. eandem 9. infr. de duob. reis l. creditor 60. §. duobus infr. hoc tit.* Fieri enim potest & fit plerumque vt vtriusque siue mandantis siue mãdatarij fidem quis sequatur, qui alterutrius solius sequi nollet: Quod cùm euenit, æquissimum est ne decipiatur dari ei contra vtrumque actionem dum ne ab vtroq; amplius debito exigatur, vt scriptum est in *d. §. duobus.* Porrò idem est intuitum esse quẽ mandatum vtriusque, vt Vlpianus hîc loquitur, & vtriusque mandantis fidem secutum esse, & contẽplatione mandati vtriusque quid fecisse. Sic & aduersus duos insolidum potest dari actio, sed negotiorum gestorum contra eum cuius absentis & ignorantis negotia gesta sunt & ex stipulatu contra fideiussorem qui pro eo absente & ignorante fideiusserit, vt in *l. 3. §. vlt. supr. de negot. gest. iunct. l. fideiubere 30. infr. de fideiuss.*

22. PAVLVS libro 32. ad Edictum.

Si mandauero tibi, vt pro me in diem fideiubeas: túq; pure fideiusseris, & solueris: vtilius respondebitur, interim non esse tibi mandati actionem: sed cùm dies venerit.

Ad l. Si mandauero tibi 22.

RAT. DVB. Qui rogatus fideiubere pro me in diem purè fideiussit, & soluit, siue purè debebam siue in diem, plus præstat quam à me rogatus fuerit, *l. eum qui 15. alias l. Iauolenus infr. de ann. legat.* ac proinde maiore officio reum principalem obstringit. Ergo si ex illa fideiussione statim & ante diem soluerit, tanto magis actionem mandati habere debet ne alioqui ob id quod officiosior fuerit, durius cũ eo agatur, quam si minùs officiosus fuisset. Quæ res à bona fide & ab æquitate omnino abhorreret *l. si seruus 61. §. quod verò infr. de furt.* Nullum enim damnum remanere penes mandatarium debet *l. si mandassem 15. l. ex mandato 20. in princip. supr.* Dãnum autẽ pateretur, si quod statim soluisset, statim repetere non posset, cùm & plus & minus soluatur tempore *§. plus autem Instit. de action. §. fideiussores in fin. Instit. de fideiuss.* Propter commodum & interusurium medij temporis *l. debitor 82. de legat. 2. l. in lege falcidia 45. infr. ad leg. falcid.*

DEC. Diligenter mandati fines custodiendi sunt: Hactenus saltem vt deteriorem non faciat mãdantis condicionem, quamuis meliorem facere possit. *l. 3. l. diligenter 5. sup. hoc tit.* Beneficio enim adiuuari nos, non decipi, aut damno adfici oportet *l. in commodato 17. §. 1. supr. Commod.* Atqui cùm pro me, qui te rogaueram vt fideiuberes in diem, fideiussisti purè & soluisti ante diẽ, damnum sentirem ex tuo beneficio, si statim & ante diem haberes contra me actionem mandati per quam cogerer statim ad solutionem. Amitterem enim commodum illud & interusurium medij temporis, cùm is qui in diem debet, totum medium tempus liberum habeat ad soluendum *l. stipulatio ista 38. §. interincertã l. continuus 137. §. cùm ita infr. de verb. oblig.* nec nisi præteritis totius tẽporis partib. ad solutionẽ vrgeri possit *l. qui hoc anno 42. l. liber homo 118. §. 1. eod. l. quod certa die 70. de solut.* Ergo si purè fideiusseris, & ante diẽ solueris, quod egò te in diẽ promittere rogauerã, vtilius est, vt Paulus hîc loquitur, id est æquius (æquitatẽ enim ciuilis legislator æstimat semper ex vtilitate) interim non esse tibi contra me mãdati actionẽ, sed tũ demũ cùm dies venerit vt & in *l. fideiussor 51. infr. hoc tit.* Malè autem Accursius hîc ponit, te fideiussisse pro me cùm nihil deberem. Nec enim valet fideiussio nisi accedat obligationi alienæ vel præsenti vel saltem futuræ *l. stipulatus sum 6. §. vlt. infr. de fideiuss.* Et consequenter non magis postquam ante diem mecum agere mãdati posses. Ponendum igitur est te fideiussisse pro me debitore. Sed cùm fieri possit, vt debuerim purè aut in diem, malo ponere me debuisse purè non in diem. Nam si pro me cùm in diem dumtaxat deberem, purè fideiussisses, non rectè obligareris ex fideiussione, quia illud commune est in omnibus qui pro aliis obligantur, vt si in duriorem causam accepti sint, puta fideiussor purè, cũ principalis obligatio sub condicione esset aut in diem, omnino non, id est, nullomodo obligentur *l. Græce 8. §. illud. eod. tit. §. fideiussores Instit. eod.* Ponendum igitur necessario est me debuisse purè: rogasse autem fideiussorem vt se obligaret in diem, quod leuius est. Dices cùm Accursio, Quænam igitur erit inter hãc speciem, & eam quæ in seq. §. proponitur, differentia? Hoc enim est quod Accursio imposuit. Sed facilis respõsio est, quam nec idẽ Accursius ignorauit, quod in hac specie fideiussor contra mandati formam & fideiussit, & soluit. In sequẽti autem fideiussit quidem in diem vt mandatum ei fuerat, sed soluit ante diem, quod non fuerat mandatum. Item in hac specie ponẽdum est me debuisse purè, vt diximus: in sequenti autem §. non nisi in diem, vt constat ex illius §. textu & antithesi.

BIU Cujas

1 ¶ Item tractatum est: si cum in diem deberem mandatu meo in diem fideiusseris, & ante diem solueris: an statim habeas mandati actionem. & quidam putant: præsentem quidem esse mandati actionem, sed tanto minorem quanti mea interfit, superueniente die solutum fuisse. sed melius est dici, interim nec huius summæ mandati agi posse. quando nonnullum adhuc commodum meum sit, vt ne hoc ante diem soluam.

Ad §. 1. Item tractatum est.

RAT. DVB. Quod in diem debetur, ante diem solui potest, licet peti non possit, vt proximè diximus ex *l. stipulatio ista* 38. §. *inter incertam l. qui hoc anno* 42. *l. liber homo* 118. §. 1. *l. continuus* 137. §. *cùm ita infr. de verb. oblig. l. quod certa die* 70. *de solut.* Ergo fideiussor, qui pro me in diem obligato in diem fideiussit, mandati formam secutus, nihil contra mandatum facit, neque contra iuris rationem, etiamsi ante diem soluat. Nec cuiquam facit iniuriam qui iure suo & communi vtitur, cùm iuris executio non habeat iniuriã *l. iniuriarum* 13. §. 1. *infr. de iniur. l. si duorum* 52. *infr. de action. empt.* In eoq; differt hic casus à superiore, quod ibi fideiussor fines mãdati excesserat & rogatus fideiubere in diẽ pro eo qui purè obligatus erat, purè quoque fideiusserat: ideoque in consequentiam puræ fideiussionis statim, & ante diem soluerat.

DEC. Potest quidem, id quod in diem siue certam siue incertam debetur, ante diem solui, sed ita demum si non alterius interfit quàm soluentis. Nec enim præmatura illa solutio alij nocere debet *l. Iauolenus* 15. *alias l. eum qui infr. de ann. legat. Iunct. l. filiusfamilias* 114. §. *diui de legat.* 1. *l. si ita relictum* 45. §. *Pegasus de legat.* 2. *l. vxorem* 41. §. *Scium maritum de legat.* 3. Atqui in proposita specie interest, debitoris pro quo fideiussor intercessit, ne soluat ante eam diem ad quam soluere principalis reus debeat, ne scilicet per mediam fideiussoris personam ad reum prius perueniatur quàm per returus fuerit stipulator, si fideiussor nullus intercessisset. Ita enim fieret vt ex amici officio & fideiussione damnum reus sentiret, ex qua nihil nisi commodum sperare debuisset. Ergo non est permittendum fideiussori vt contra eum ante diem mandati agat *l. fideiussor.* 51. *infr. hoc tit.* Nec recipienda eorum sententia est, qui putant, præsentem quidem esse mandati actionem, sed tanto minorem, quanti interest rei principalis non nisi superueniente die, id est, post diem solutum fuisse. Nam præter id quod difficilior illa esset eius quod interest taxatio & periculo probationum obnoxia *l. vlt. infr. de stipulat. prætor.* negari nõ potest, quin nonnullum adhuc sit commodum rei principalis, vt nec hoc quod deducto cõmodo medij temporis soluendum supereſt, soluere ante diem cogatur. Nec enim parum commodi est misero debitori in dilatione & prorogatione solutionis totius quantitatis. Non ob id tantum, quod interim vti potest pecunia si eam in numerato habeat, sed etiam quod conquirere potest ad soluendum suo tempore pecuniam, quam non habet. Aliud iuris est in marito, qui eo casu quo satisdare debet mulieri de dote post certum tempus soluenda si satisdare non possit, condemnatur vt in præsenti soluat deducto cõmodo medij temporis *l. si constante* 24. §. *quoties infr. solut. matrim.* Nimirum quia vt benè Accursius docet, ius hoc maritus habet ex beneficio legis, velut in consequentiam priuilegij, quod ei datum est ne supra quàm facere potest, conueniatur, & condemnetur. At nos tractamus de debitore, qui nec à creditore suo cui fideiussorem dedit, ante diem conueniri potuerit, quiq; ius illud habuerit ex verbis ipsis stipulationis & quod ei à fideiussore ipso auferri inciuile sit, ex cuius persona & fideiussione commodum potiùs aliquod sentire debeat quàm damnum, & incommodum. nam & in omni incommodo damnum aliquod est, vel propter solam priuationem & ademptionem commodi, cùm damnum ab ademptione & quasi deminutione patrimonij dictũ sit, vt ait *l. 3. infr. de damn. infect.* minùs obstat quod Accursius obiicit ex *l. aliquando* 13. §. *vlt. supr. ad S. C. Velleian.* Ibi enim non de solutione ante diem facta vel facienda tractatur, sed de actione ob intercessionem mulieris contra priorem debitorem statim restituenda, quam prior ille debitor omnimodo & in omnem euentum suscipere compellatur, vt ibi explicauimus.

2 ¶ Interdum euenit, vt meum negotium geram, & tamen vtilem habeam mandati actionem, veluti cùm debitor meus periculo suo debitorem suum mihi delegat, aut cùm rogatu fideiussoris cum reo experior. nã quamuis debitum meum persequar, nihilominus & illius negotium gero. igitur, quod minus seruauero, consequar mandati actione.

Ad §. 2. Interdum.

RAT. DVB. & DECID. ad hunc §. & ad §. *Iulianus inf.* cadẽ penc est quæ ad *l. si quis mihi* 16. *sup. hoc tit.* Quod mandati obligatio non videatur posse consistere in rem eius qui mandatum suscipit. Quasi non tam mandatum illud dicendum sit, quàm consilium quod obligatorium non est *l. 2. §. vlt.* vbi diximus *supr. hoc tit.* Et certè regulariter ita est. Sed fallit plerisque casibus, scilicet cùm mandatum respicit commodum & vtilitatem non solius mandatarij, sed etiam mandantis. Tua enim & mea simul gratia mandare me tibi nihil prohibet. Eiúsque rei exempla duo hîc adferuntur. Primum est, si debitor meus periculo suo debitorem suum mihi delegauerit. Alterum si rogatu fideiussoris cũ reo experiar. Prius exemplum illam habet dubitãdi rationem, quòd is qui debitorem suum delegat creditori, liberatur à creditore, adeoq; licet debitor delegatus soluendo non sit, quasi solutionis potestate *l. quamuis* 8. §. *interdum supr. ad S. C. Velleian.* Delegatio enim nouationis species quædam est & quidem præcipua *l. 1. 3. vlt. & pass. C. de nouat. & delegat.* Nouatio autem nihil aliud est quam prioris obligationis peremptio & in sequentem transfusio, *leg. 1. infr. eod. illo tit.* Sed decidendi ratio est, quod tunc id obtineat, cùm creditor, cui facta fuit

delegatio

delegatio fidem delegati debitoris secutus est, non etiam cùm periculo debitoris delegantis admisit debitorem delegatum, *l. inter causas 26. §. abesse l. si mandatu meo 45. §. quod mihi infr. hoc tit.* Longeque alia species est quæ tractatur in *l. licet 42. §. ea obligatio supr. de procurat.* quem locum quasi huic contrarium Accursius opponit, vt iam ibi diximus & dicemus latiùs ad *d. §. quod mihi.* Alterum exemplum dubitandi rationem ex eo recipit, quod cùm mandatu & rogatu fideiussoris creditor reum eligit, vt aduersus eum experiatur, si quis dicat obligari fideiussorem ex huiusmodi mandato, consequens fiet vt bis idem promittere videatur, quod cùm accidit, non ideo tamen bis, sed semel tantùm is qui promittit obligatur, *l. qui bis 18. infr. de verb. obligat.* At decidendi ratio ex eo petenda est, quod ex huiusmodi mandato fideiussoris liberatur ille ex priore caussa fideiussionis, vt scriptum est in *d. l. si mandatu 45. §. vlt. inf.* Cùm ita ius olim fuerit, vt sola rei electione fideiussor liberaretur, & contrà, *l. iure nostro 5. l. liberum 16. l. reos 23. Cod. de fideiuss.* Quod ius mansit ad tempora vsque Iustiniani qui tandem illud abrogauit in *l. vlt. eod. tit.* Hoc verò Accursius noster non intellexit, qui scribit in hac posteriore specie vnam obligationem seu actionem per aliam non tolli ex *l. heres à debitore 21. §. non est nouum infr. de fideiuss.* quod certè falsum est, vt constat ex *d. § vlt.* vbi eodem errore eidem Accursius labitur, cùm verba illa, *quia sequenti mandato liberaretur ex priore causa*, refert ad eum casum quo delegatio interuenerit, quæ referri debent ad illum quo creditor mandatu fideiussoris reum principalem elegerit, de quo nihil Africanus in *d. §. non est nouum.* Nec leuior eiusdem Accursij error est circa primum huius §. exemplum cùm obiicit superuacuum videri hoc mandatum debitoris mei periculo suo debitorem suum mihi delegantis: Cùm, inquit, & si mandatum hoc non interueniret, mandantis tamen periculo ageretur. Hoc enim falsum est, cùm bonum nomen faciat quisquis admittit debitorem delegatum, tametsi soluendo non sit, vt disertè scriptum est in *d. l. inter causas 26. §. abesse infr.* Non est igitur superuacuum mandatum cùm delegans mandat periculo suo admitti delegationem. Verba enim illa, *periculo meo*, ea sunt quæ faciunt vtile mandatum, quia ostendunt creditorem noluisse absolutè sequi nomen debitoris delegati, sed tantùm periculo delegantis *d. l. si mandatu §. quod mihi infr. iunct. l. si verò 12. §. si post creditam supr. hoc tit.* Hac igitur vna ratione debuit Accursius negare superuacuum esse hoc mandatum, non illâ quam petit ex præscriptione, Quòd primam actionem præscriptio tollere potuerit, necdum tamen secundùm peremerit, quod ridiculum est, cùm toto Pandectarum iure actiones omnes ciuiles ex contractibus proficiscentes essent perpetuæ, nullíque præscriptioni obnoxiæ ad tempora vsque Theodosij & Arcadij, qui præscriptiones 30. & 40. annorum induxerunt. Quod autem addit de impendiis, quæ veniunt in hanc actionem *d. l. inter causas 26. §. impendia infr.* ad rem quoque non pertinet. Non enim actionis inducendæ ratio illa bona est, quod plenior futura esset si competeret, si non iam ex ipsa iuris ratione competat. In proposito autem ideo competit mandati contraria, non quia plenior sit propter impendia, sed quia debitor creditori mandauit, vt debitorem delegatum periculo ipsius mandantis admitteret, quem non aliter fuerat admissurus. Hoc igitur casu quamuis debitum suum persequatur creditor, nihilominùs mandantis quoque negotium gerit cuius debitorem vrget periculo ipsius mandantis. Non quasi eo minùs debitor delegatus desierit esse debitor primi sui creditoris, & factus sit debitor secundi per delegationem (nihil enim de potestate & substantia delegationis detrahit, quòd facta sit periculo delegantis.) Sed quia delegantis & mandantis interest vt quem priùs habuerat debitorem à creditore cui eum delegauit, conueniatur, vt ex pecunia quæ ab eo seruari poterit, plenissimam liberationem consequatur, quam per delegationem nondum fuerat consecutus, propter periculum quod suberat ne delegatus debitor soluendo non esset: quod periculum non priùs finitur quàm ex euentu apparuerit totum exigi potuisse, adeóque exactum fuisse. Igitur quod minùs seruauerit creditor ex delegatione, quidni actione mandati contraria à delegante debitore consequetur? Et hoc est quod postremis huius §. verbis concludit Paulus *Igitur quod minus seruauero consequar mandati actione* nisi quod non ad primum duntaxat casum factę delegationis verba hæc referuntur, sed ad secundum quoque creditor rogatu fideiussoris reum conuenerit. Itaque perperam ea explicat Accursius, cùm ad verbum, *consequar*, notat in hunc modum, *à delegato in primo & à debitore in secundo.* Nam imò verò debuit dicere, *à delegante in primo, & à fideiussore in secundo*, vt constat ex iis quæ diximus & ex *d. l. si mandatu 45. §. penult. & vlt. infr.*

3 ¶ Si hi, quorum res veneunt, quas pignori dederunt, supposuerint emptores, & eis emendas res mandent: mandatum intelligitur: licèt, quantum ad meram rationem, mandatum non consistat. nam cùm rem tuam emas, nulla emptio est in tua persona rei tuæ.

Ad §.; Si hi quorum.

RAT. DVB. Sicuti rem suam emere nemo potest, *l. suæ rei 16 infr. de contr. empt.* quia quod iam meum est, magis meum fieri non potest, *§. sic itaque Instit. de action. l. neque pignus 45. l. non vt ex pluribus 159. de regul. iur.* Ita neque alij mandare possum vt rem meam mihi emat, cùm neque effectum neque vtilitatem aliquam habere hoc mandatum possit. Atqui pignora à debitore data creditori remanent in dominio debitoris, *l. rescriptum 12. in princip. infr. de distract. pignor. l. cùm & sortis 35. §. 1. supr. de pignor. act.* Ergo nec à creditore pignus emere debitor potest, *l. debitor 40. eo.* nec proinde alij mãdare, vt à creditore emat, *l. vnic. C. si seruus exter. emi se mãdauer.*

DEC. Vtilitatis publicæ causa & in mandatis & in aliis contractibus præsertim qui bonæ fidei sunt multa recipienda sunt cõtra merã stricti iuris rationẽ *l. ita vulneratus 51. §. vlt. supr. ad leg. Aquil. l. inter causas 26. in princip. inf.* Atqui publica vtilitas suadet, vt si hi quorũ res veneunt quas pignori dederũt, supposuerint emptores quib. emẽdas res mãdẽt, valere mandatum debeat, cuius vtilitas illa esse possit, ne miser & inops debitor qui pignus luere non potest propterea quòd pecuniam in numerato non ha-

BIU Cujas

beat, cogatur rem suam amittere quam alius extraneus empturus sit, & quam non amitteret si per mediam mandatarij personam emere illam posset. Ergo mandatum hoc saltem ex æquitate tuendum est, licèt alioquin dici soleat pro simulatis & infectis habenda esse quæcunque per suppositam personam fiunt, *l. pupillus 5. §. sed si per interpositam infr. de author. tutor. l. si is qui bonis 91. §. de acquir. hered.* præsertim verò in venditione pignoris, *l. & qui sub imagine 10. C. de distract. pignor.* Nimirum quia interpositio personæ dolum plerumque arguit & simulationem. Caret autem dolo debitor qui supponit emptorem rei, suæ quidem, sed cuius tamen vendendæ ius perinde habet creditor, acsi ipsius creditoris esset, quia eam vendit ex debitoris eiusdémque domini voluntate, *l. non est nouum 46. infr. de acquir. rer. domin. & Instit. tit. quibus alien. licet vel non.* Quidni ergo liceat debitori eam emere per suppositam personam quomodo extraneus quilibet per se posset, vt sibi conseruet, quod extraneus acquireret? Est enim hæc non tam emptio & acquisitio, quàm conseruatio, & pignoris quædam luitio. Ius autem nostrum non minùs in conseruando, & retinendo, quàm in acquirendo consistit, *l. vltim. supr. de legib.* Neque verò nouum est, vt quis per alium possit facere id, quod per se non posset, *l. Aristo. 3. in fin. infr. Quæ res pignor. oblig. poss. l. si is qui duos 29. de liber. legat. l. epistola 52. §. si inter supr. de pact.* Quamquam nec ita hoc accipi volo, vt emptor pignoris qui ad pignus emendum suppositus fuit à debitore, ipsi debitori pignus emat, quod fieri nõ posse arbitror, sed vt sibi emat, negotiũ tamen debitoris gerens vt in *d. §. si inter.* Et ideo necessaria est debitori actio mandati, per quam cogat mandatarium, pignus quod sibi emerit recepto precio, debitori reddere, & in omnibus bonam fidem præstare *d. §. si inter.* Rectè autem Imperatores in *d. l. 1. C. si seruus exter. emi se mand.* inutile esse mandatum, quo quis mandet, vt à se res sua comparetur. Vt intelligamus, non ergo esse inutile, si quis mandet, rem suam comparari non à se, sed à tertio, id est, à creditore, & quidem iure distrahente, vt benè hîc addit Bartolus. Alioqui mandatum non valeret. Iunge *§. prox. infr. & l. si fundum 35. hoc tit. & l. si quis mihi 16. supr. eod.* At non etiam quod scriptum est in *§. is cuius infr.* vt malè Accursius. Non enim rem suam emit, qui bona sua iam publicata emit post publicationem, cùm publicatio ea fisci fecerit, vt ibi dicemus.

4 ¶ Iulianus scripsit, mandati obligationem consistere etiam in rem eius qui mandatum suscipit, ex eo maximè probari: quòd, si, pluribus heredibus vendentibus, vni mandauero, vt rem hereditariam emeret, etiam pro ea parte, ex qua heres sit, obligatur mãdati actione, & obligat, & sanè si ille propter hoc extraneo rem non addixerit, quòd mandatum susceperat, ex bona fide esse præstari ei pretium, quanti vendere poterat, & contrà, si emptor ad emptionem rei sibi necessariæ idcirco non accesserat, quod heredi præcepisset, se ei empturum, æquissimum esse mandati iudicio præstari, quanti eius interfuit, emptam rem habere.

Ad §. 4. Iulianus.

RAT. DVB. & DEC. Ad hunc §. eadem est, quæ ad *§. interdum 2. supr. hac lege*, vbi diximus. Videbatur enim mandatum in re mandatarij non posse consistere. Et sanè regulariter ita est, sed non semper. Quid enim si tale sit mandatum, vt coniunctam habeat vtilitatem mandantis, & mandatarij? Exemplum elegans adfert Paulus ex Iuliano in hoc §. Nam si cùm plures essent heredes, qui rem aliquam hereditariam vendere volebant, ego vni mandauero, vt eam mihi emeret, etiam pro ea parte pro qua heres est, & obligatur mihi mandati actione, vt partem suam recepta totius precij parte restituat, & me obligat, vt precij partem illam quæ ipsum contingit ei restituam *l. si fundum 36. infr.* Nec sanè aliter sine summa vtriusque iniuria constitui ius posset. Nam si coheres, qui mandatum à me suscepit emendæ mihi rei hereditariæ, propter hoc non addixerit rem hereditariã extraneo, quod à me mandatum emendi susceperat, an non ex bona fide est, vt præstem ei precium actione mandati contraria, quanti vendere alteri potuisset? Alioqui damno adficietur ob susceptum impletúmque bona fide mandatum, quod ferendum non est, *l. si mandassem 15. l. ex mandato 20. supr. l. si seruus 61. §. quod verò infr. de furt.* Contrà verò, si ego ad emptionem rei mihi necessariæ ideò non accesseram, quod coheres recepisset se mihi empturum (legendum enim est, *heres recepisset*, non, vt vulgò, *heredi præcepisset*,) nónne æquissimum est mandati iudicio directo præstari mihi, quanti mea interfuit, emptam rem habere? Alioqui damno adficerer ob id quod coheredis huius eiusdémque mandatarij fidem secutus essem. Atquin amici beneficio & amicitia, quæ mãdato præbet originem *l. 1. §. vlt. sup.* adiuuari debui non decipi, aut damno affici *l. in cõmodato 17. §. 1. supr. commod.* Dubitandum ergo non est, quin consistat mandatum de re emenda etiam quæ pro parte sit mandatarij, & pro illa etiam parte, quæ sit mandatarij. Nam quod superiore §. diximus, rei suæ emptionem non valere, ad hunc casum non pertinet: Cùm huius mandati effectus non in eo consistat, vt rei huius hereditariæ partem, quæ iam tua est, tibi emas, aut meam mihi, sed potiùs, vt partem tuam mihi vendas, aut saltem perinde mihi eam præstes, ac si eam cum cæteris partibus mihi emisses. Non enim pro mihi empta haberi potest, quin hoc ipso habeatur per te vendita. Quanquam nihil vetat, cum tota re, quam quis emit, partem quoque suam eum emere, *l. quod si vno 13. §. 1. infr. de in diem addict.* Idcirco autem habetur pro mihi empta, non quia maiori parti accedat, vt sentire videtur Accursius ex *l. in modicis 24. infr. de contr. empt.* (quid enim si maior pars rei hereditariæ, quam mihi emendam mandaui, ad coheredem, qui mandatum suscepit, pertineat? fortè ex maiore parte institutum) sed quia, vt emptionis, ita & mandati causa indiuidua est, cùm eius rei hereditariæ partem non fuerim empturus, qui totam rem illam hereditariam emere volui, *l. cùm ex causa 139. infr. de verb. obligat. l. tutor. vrgentibus 47. §. curator supr. de minor. l. si quis aliam 46. infr. de solut.*

5 ¶ Is

5 ¶ Is cuius bona publicata sunt, mandare alicui potest, vt ea emat. & si emerit, vtilis erit mandati actio, si non præstet fidem. quod ideo receptum est: quia publicatis bonis, quidquid postea acquiritur, non sequitur fiscum.

Ad §. 5. Is cuius.

RAT. DVBIT. Is cuius bona publicata sunt, indignus videtur qui ea bona vnquam habeat, ne, quod vna via ei prohibetur, permittatur altera, contra *l. scire oportet* 21. §. 1. *infr. de tutor. & curat. dat. & arg. l. vlt. C. de remiss. pignor.* Ergo non est ei permittendum, vt eadem bona siue per se siue per alium emat. Ne inuito magistratu videatur id habere velle quod Magistratus per sententiam ei abstulerit. Præsertim cùm non nisi ex delicto pœna bonorum publicationis irrogari soleat aut debeat puta relegatis aut deportatis *l. relegatorũ* 7 *l. relegat°* 14. *& pass. inf. de interd. & releg. Iunct. l. Papinianus* 20. *sup. de minor.*

DEC. Publicatis bonis & fisco addictis quod posteà acquiritur condemnato non sequitur fiscum, sed remanet penes condemnatum. Publicatio namque præsentia tantùm bona adimit, non etiam futura. Quod hic locus probat omnium optimè. Nihil ergo prohibet eum quoque cuius bona publicata sunt, ea bona quæ habuit, & amisit, redimere, non modò per alium si cui fortè mandet emenda, vt in specie huius §. sed & per seipsum si velit *l. cotem* 11. §. *eam rem infr. de public. & vectig.* etsi locus ille est de commissis, non de bonis publicatis. In quo differt species huius §. ab illa de qua in §. *si hi quorum supr.* Sicut & in eo quod ibi debitor rem suam emit quam pignorauit. Hîc autem alienam quæ sua fuit, vt & in *d.* §. *eam rem*, vbi dominus dicitur is cuius res commissio vindicata est, non quasi dominus sit eo tempore quo emit, sed quia dominus anteà fuerit: Constat enim id quod commissum est, statim desinere eius esse, qui crimen contraxit, *l. commissa* 14. *eod. tit. de public. & vectig.* Obstare tamen huic §. valde creditur, quod scriptum est in *l.* 2. *C. de bon. proscript.* Deportatorum bona etiam quæ post irrogatam pœnam acquisiuerint, perinde publicari. Sed ratio illius sententiæ aperta est, & ex ipsis verbis legis probatur, nempe quòd deportatus quamuis libertatem retineat, non tamen bona tantùm, sed etiam ciuitatem amittat, & consequẽter ius habendi heredis, cùm testamenti factio, & actiua & passiua sit iuris ciuilis & publici, *l. 3. infr. qui testam. fac. poss. l.* 1. *C. de hered. instit.* Consequenter bona quidem sua post deportationem acquisita deportati, quandiu viuunt retinent (eiusdem enim iuris, & facultatis est acquirere posse & retinere quod acquisiuerint) sed morientes relinquunt ea fisco, quæ relinquere heredi non possunt, idque in consequentiam quandam non tam publicationis præcedentis, quàm deportationis irrogatæ, quæ facit, vt quamuis bona sua possint alienare, facilè tamen præsumãtur id facere in fraudem fisci quibus succeſſurus est, *l. deportatus* 15. §. 1. *infr. de interd. & releg.* Est igitur hic §. intelligendus de eo cuius bona publicata sint citra deportationem aliámve siue maximam siue mediam capitis diminutionem. Quod & Iacobus Cuiacius docuit ad *l. eius qui* 8. §. 1. *qui testam. facer. poss.* quamuis rationem huius iuris non satis percepisse, certè non satis clarè explicasse videatur. Vt & apud Accursium Azo, qui tamen propius accessit ad id quod dici oportuit. Nisi quod hunc quoque §. videtur etiam de deportato intellexisse, nec pœnam publicationis bonorum quæ deportato irrogatur ab ea distinxisse quæ propter deportationem irrogata sit. Planè cæteræ conciliationes Accursij ridiculæ sunt. Nam neque quicquam interest, an deportatus quis sit propter illicitam negotiationem aliquam an ex alio delicto, vt constat ex *l.* 1. *C. quæ res venir. non poss.* neque existimandum est hunc §. corrigi per *d. l.* 2. *C. de bon. proscript.* quæ nullum ius nouum facit, sed vetus, quod iam obtinebat, refert, probátque. Videtur autem Bartolus eundem errorem secutus esse vt hic §. de deportato loquatur, cùm putet Pauli sententiam eam esse, vt qui retinet ea quæ sunt iuris gentium, ex contractibus qui sunt quoque iuris gentium, habeat etiam ciuilem actionem. Nimirum quia deportati quamuis amittant ciuitatem, retinent tamen ea omnia quæ sunt iuris gentium, & ideo emere possunt, vendere, donare, permutare aliúerve contrahere, dummodò eo contractuum genere qui sint iuris gentium, *d. l. deportatus* 15. *de interd. & releg.* Ergo & mandare. Nam & hic quoque contractus ex iure gentium est sicut cæteri ferè omnes, *l. ex hoc iure* 5. *supr. de iustit. & iur.* Sed tamen in eo fallitur, ni fallor ego, quod putat deportato licuisse agere ciuilibus actionibus, quæ tamen non alia actione dicuntur ciuiles quàm quòd sint propriæ ciuium Romanorum non etiam peregrinorum & alienigenorum, qui à Republica alieni esse dicuntur, *Nouell. 89. quib. mod. natur. effic. sui in princip.* Atquin deportati efficiuntur per deportationẽ, peregrini, *d. l.* 1. *C. de hered. instit.* & ad peregrinitatem redacti in *l. sed si hac lege* 10. §. *sed si per pœnam supr. de in ius vocand.* Ergo ciuilibus actionibus directis vti non potest, sed tantùm vtilibus à Prætore ipsi dandis, & quidem à Prætore non vrbano, sed peregrino qui etiam Romæ constitutus erat, vt peregrinis & inter peregrinos ius redderet de quo in *l.* 2. *sup. de orig. iur.* Error Bartoli aliorúmque interpretum in eo fuit, quod putant ista conuerti, Deportati bona publicari: Et eum, cuius bona publicata sunt, deportatum esse. Quasi non possint vllius bona publicari nisi ex causa deportationis, quod falsum est, quamuis publicatio & ademptio bonorum deportationem sequatur.

6 ¶ Quiædem sacram spoliandam, hominem vulnerandum, occidendúmve mandatu suscipit: nihil mandati iudicio consequi potest, propter turpitudinem mandati.

Ad §. 6. Qui ædem.

RAT. DVB. & DECID. Eadem est quæ ad *l. si remunerandi* 6. §. *rei turpis & ad l. si verò* 12. §. *si adolescens supr. hoc tit.* Nihil enim aliud hic §. continet nisi noua exempla mandati turpis & flagitiosi. Ex quo mandati actionem siue directam siue contrariam nasci, neque ex bona fide est, neque ex publica honestate, cuius tamen rationem potissimam semper haberi æquum est, tum quoque cùm bonæ fidei ratio cessat, vt in stipulationibus quæ sunt stricti iuris, *leg. generaliter* 26. *& sequentib. leg. si flagitij* 123. *de verbor. obligat.* Nec quod in delictis

BIU Cujas

mandans puniatur eâdem pœna qua is qui mandatum suscepit, *l.non ideo 5.Cod.de accusat.l.1.§.sed etsi quod infr.de vi & vi armat. l.non solùm 11.§.si mandatu de iniur.* facere potest, vt mandatum consistere videatur, cùm ex eiusmodi mandato actio mandati numquam nasci possit. Punitur enim mandans, non tam quòd mandauerit, quàm quia mandando deliquerit.

7 ¶ Si tibi centum dedero, vt ea Titio dares, túque non dederis, sed consumpseris:[a] & mandati, & furti teneri te, Proculus ait,[b] at si ita dederim, vt, quæ velles, dares: mandati tantummodo.

Ad §. 7. Si tibi.

RAT. DVB. Mandati actio non datur nisi ei cuius interest & quatenus interest, *l. si procuratorem 8.§.mandati actio supr. hoc tit.* Atquin vt alij quid detur, & acquiratur, nihil interest mea. Vnde est quod nec alteri stipulari possum *l. stipulatio ista 38.§.alteri infr.de verb. oblig.* Ergo si tibi dedero centum vt ea Titio dares, quamuis Titio non dederis, sed ea consumpseris, mandati tamen agere contra te non possum.

DEC. In bonæ fidei iudiciis etiam adfectionis ratio habetur in eo quod interest æstimando *l.cùm seruus 54.infr.hoc tit.l.seruus 7.de seru.export.* Mea ergo interest vt ea centum quæ tibi dedi, des Titio, cognato fortassis meo, aut saltem amico, & consequenter dicendum est mandati actionem mihi tecum esse debere. Quòd si Titius creditor meus fuit, tanto magis teneri mihi debes, vt eam pecuniam mihi reddas, & quidem cum vsuris eo casu quo creditor à me pecuniam creditam recepturus sit cum vsuris, *l. si verò 12.§.dedi tibi supr.hoc titul.*

a *Et mandati & furti teneri te.* RAT. DVB. Actiones furti & mandati contrariæ sunt & incompatibiles, *l.1.Cod.de furt.* Furti enim actio supponit pecuniam consumptam esse citra vel contra domini voluntatem, quam tamen interuenisse mandati actio præsupponit. Ergo non potest verum esse quod Proculo placebat in hac specie vtramque actionem, & mandati & furti mihi dandam esse.

DEC. Furti actio variis ex causis competere potest, aut quia contrectata sit inuito domino, aut quia ex domini quidem voluntate ad alium ea peruenerit, sed tamen contra ipsius voluntatem consumpta, & in alios vsus conuersa sit. Priore casu concursum actionis mandati admittere non potest, *d.l.1.Cod.de furt.* Posteriore verò potest, vt in specie huius §. quod & Accursius noster benè hîc explicat. An non verò etiam Titio aliqua eo nomine dabitur actio? Mandati quidem dari non potest, cùm nihil ipse mandauerit, *l.ex mandato 20. supr.cum l.seq.supr.* Sed furti actionem habere potest si pecunia eius facta fuerit: quod contingeret si procuratori eius data esset, maximè si ea mente, vt statim eius fieret, *l.si ego 24.supr.de negot.gest. l.absenti 10.l.qui mihi 13.infr.de donat. iunct.l.cum qui 14.§.vlt. infr.de furt l.sed si paterfamilias 9.§.vlt.supr.de SC. Macedon.* Nam de seruo Titij nihil hîc tractari potest, quia cum seruo nec mandati nec furti nec alia vlla actione agi posset, *l.cum seruo 107.de regul.iur.* Erit igitur actio furti eius qui pecuniæ à mandatario consumptæ dominus fuerit *d.§.vlt.l.si is cui 7.C.eod.tit. de furt.* Datur autem hoc casu actio furti contra mandatarium, non quia pecuniam contrectauerit quam à domino accepit, vt modò diximus, sed quia eam in vsus suos contra domini voluntatem consumpserit *d.l.si is cui.*

b *At si ita dederim vt cui velles dares.* RAT. DVB. Non videtur hoc mandatum certam vllam legem habuisse contra quam feciisse videri possit mandatarius, cùm eius arbitrio relictum sit, vt cui vellet daret, *arg. l.qui mutuam 56.§.salarium infr.hoc tit.* Ergo etiamsi nulli dederit, sed in vsus suos consumpserit, non videtur cum eo mandati agi posse. Quasi nec quicquam videatur interesse mandantis qui liberalitatem certam in personam incertam conferre non potuit, *l.1.C.de incert.person.§.incertis Instit. de legat.*

DEC. Mandatum hoc dandi cui velis pecuniam quam à me acceperis, licèt arbitrium tibi liberum relinquat, vt des cui velis, legem tamen certam habet, vt alicui te dare necesse sit, non in vsus tuos eam consumere. Nec enim facultas necessariæ electionis propriæ liberalitatis beneficium est, vt eleganter Papinianus scribit in *l. vnum ex familia 67.§.1. de legat. 2.* Et quod ad rem nostram magis pertinet, non in arbitrio tuo positum est, an omnino velis restituere, sed cui potiùs restituas. Multùmque interest vtrum in potestate tua fecerim si velis dare, an post necessitatem dandi soluis distribuendi arbitrium liberum tibi concesserim, *l. vtrum ita 7.§.1.infr. de reb.dub.* Mandati ergo teneri mihi debes vt pecuniam hanc mihi reddas si eam nulli dederis, & in tuos vsus consumpseris, quia interest mea penes te non manere pecuniam, quam vt alij dares; mandaueram. Sed cur non etiam furti, vt in superiore casu? Nimirum quia pecuniæ huius dominium per dationem à me factam in te translatum intelligitur. Quid enim aliud est dare quàm dominium transferre? *l.vbi autem 75.§.vlt. de verb. oblig. l. non videntur data 167. de regul. iur.* Porrò rei suæ furtum regulariter nemo facit. Extra casum *l.in actione 19.§.vlt.l.si is qui 66.in princip.infr.de furt.* & si qui sunt similes. Nec obligatus es vt mihi eadem ipsa nummorum corpora reddas, quomodo in depósito & commodato contingeret, sed vt tantundem vt in *l.Lucius 24 supr.tit.prox.* quemadmodum si mutuam pecuniam à me accepisses. Consumptione enim conualescit & fit mutuum, quod anteà non erat *l.rogasti 11.§.vlt.cum duab.sequent. supr.de reb.credit.* Noli autem cum Accursio dubitare an legendum sit, *cui velles*, an verò, *quæ velles*, vt in quibusdam libris scriptum esse testatur. Prior namque lectio vt receptissima, ita & verissima est. Antithesis enim quæ in hoc §. ponitur, in eo tantùm est, vtrum centum tibi dederim, vt ea cui velles dares, an vt Titio.

8 ¶ Si mandauerim seruo tuo, vt quod tibi debeam, solueret meo nomine: Neratius scribit, quamuis mutuatus seruus pecuniam, rationibus tuis quasi à me

BIU Cujas

frà me receptam intulerit, tamen, si nummos à creditore non ita acceperit, vt meo nomine daret, nec liberari me, nec te mandati mecum acturum: quod si sic mutuatus sit pecuniam, vt meo nomine daret, vtrumque contrà esse.[a] nec referre, alius quis, an idem ipse seruus nomine tuo, quod pro me soluebatur, acceperit. & hoc verius est, quoniam, quotiens suos nummos accipit creditor, non contingit liberatio debitori.

Ad §. 8. Si mandauerim.

RAT. DVB. Cùm mandaui seruo tuo, vt quod ego tibi debebam pro me solueret ac meo nomine. Isque pecuniam ab alio puta à Titio mutuatus eam rationibus tuis quasi à me acceptam intulit, apparet impletum ab eo fuisse mandatum. Quid enim aliud facere poterat vt meo nomine tibi solueret? Ergo dicendum est, & liberari me abs te, & mandati actionem tibi contra me competere, ad eam pecuniam à me repetendam, vt creditori à quo seruus mutuatus est, eam possis reddere.

DEC. Mandatum quod feceram seruo tuo soluendi meo nomine non tam ad nudam numerationem referendum est quàm ad vim, & effectum numerationis ac solutionis, id est, ad liberationem quæ ex solutione regulariter solet cõtingere. Quid enim aliud agebam, nisi vt abs te liberarer? Atqui per huiusmodi solutionem non fui à te liberatus. Quoties namque creditor suos nummos accipit à debitore, non contingit liberatio debitori *l. si procuratorem 8. §. si liber homo supr. hoc tit. l. ex empto 11. §. 1. infr. de action. & empt.* Nisi sciens suos receperit vt in *l. 1. §. eleganter 33. supr. tit. prox.* In proposito autem seruus tuus meo quidem nomine tibi soluit, cùm pecuniam quasi à me receptam rationibus tuis intulerit, sed ex nummis tuis, quoniam qui ei simpliciter crediti fuerunt à Titio tui facti sunt, cùm nihil ipse sibi seruus potuerit acquirere, *l. etiam 32. inf. de acquir. rer. domin. l. placet. 79. de acquir. hered.* Ergo non me liberauit, nec proinde mandatum impleuisse videri potest, vt actionem mandati vllam tibi contra me acquisiuerit. Hoc ita si non ea mente creditor pecuniam seruo tuo numerauerit vt meo nomine tibi eam solueret. Tunc enim vtrumque contrà erit dicendum, nempe & liberari me, & te mecum mandati acturum, quia hoc casu verum est tuam quidem statim factam esse pecuniam, sed tanquam à me, non tanquam à Titio immediatè profectam, *l. sed si paterfamilias 9. §. 1. supr. de SC. Maced. l. qui mihi 13. infr. de donat. l. 1. §. hæc quæ de seruis & seq. de acquir. poss.* Et ita Neratium sensisse Paulus hîc refert. Sequitur,

a *Nec referre alius quis, an idem ipse seruus.* RAT. DVBIT. Multum interesse videtur, an seruus tuus, an alius quilibet liber homo nomine tuo acceperit, quod pro me soluebatur. Nã quod seruus tuus accipit, vtique acquirit tibi etiam inuitò, vt modò diximus, sit liber homo, si procurator tuus non sit, neque sibi potest acquirere, quod tuo nomine accipit, neq; tibi, quia in potestate tua non est. Aliud ergo dicẽdum videtur, si liber homo, quos à creditore nummos seruus mutuatus erat, tuo nomine acceperit, aliud verò si seruus ipse tuus.

DEC. Quod tuo nomine liber homo accipit ex ea pecunia, quam seruus tuus mutuam accepit, & quasi à me receptam, rationibus tuis intulit, perinde haberi debet, ac si seruus tuus ipse accepisset, quasi nihil nisi nudum ministerium liber ille homo seruo tuo præstiterit, vt in *l. & licet 15. supr. de constit. pecun. d. l. absenti 10. d. l. qui mihi 13. infr. de donat. l. quod meo 18. de acquir. poss. l. cùm vnus 12. de reb. author. iudic. possid.* Nihil ergo refert, an quis alius, an idem ipse seruus tuus pecuniam, vt pro me tibi solueretur, mutuatam acceperit, quia, quod possum creditori meo soluere per seruum ipsius, hoc possum, & per alium quemlibet facere, & contrà. Nec video, cur textum hunc, aut eius sensum tantopere perturbatum esse quidam existiment, cùm ponendum sit omni casu seruum à creditore pecuniam mutuatum, vt ex mandato meo eam tibi solueret. Alioqui nihil esset, quod de mãdati actione tibi ex persona serui tui contra me danda tractari posset.

9 ¶ Fugitiuus meus, cùm apud furem esset, pecuniam adquisiit, & ex ea seruos parauit, eósque Titius per traditionem à venditore accepit. Mela ait, mandati actione me consecuturum vt restituat mihi Titius: quia seruus meus mandasse Titio videbatur, vt per traditionem acciperet: si modo rogatu serui hoc fecerit. quod si sine voluntate eius venditor Titio tradiderit: tunc posse me ex empto agere, vt mihi eos venditor traderet venditorémque per condictionem à Titio repetiturum si seruos tradiderit Titio, quos non debuerit, cùm debere se existimaret.

Ad §. 9. Fugitiuus.

RAT. DVB. Per seruum qui in fuga est, nihil possidere possumus, quia non habet animum possidendi nostro nomine *l. 1. §. per seruum 14. iunct. §. hæc quæ de seruis 19. infr. de acquir. poss.* Ergo neque mandati actionem aut ex empto, neque aliud quicquam possumus per eum acquirere. Nec proinde fundum aut seruum quem ipse ex pecunia apud furem quæsita comparauerit: cùm dominia rerum à naturali possessione cœperint *d. l. 1. in princip. eod.* & prius sit, vt per seruum acquiratur nobis possessio, quàm vt dominium, quod sine possessione acquiri ex contractu non potest, *l. per procuratorem 8. C. eod. l. traditionibus 20. C. de pact. l. traditio 20. in fin. infr. de acquir. rer. domin.*

DEC. Seruus fugitiuus sicuti aliarũ rerum dominì possessionem interuertere nõ potest, ita ne suam quidem potest *l. rem quæ nobis 15. in fin. de acquirend.*

BIU Cujas

poss. inf. l. 1. Cod. de seru. fugit. Ergo cùm in domini sui non solùm potestate, sed etiam possessione remaneat, nihil prohibet ex eius contractibus acquiri domino actiones personales, puta mandati & ex empto, quæ ipsi seruo acquiri nullomodo possunt. Proinde si cùm fugitiuus meus apud furem esset, pecuniam acquisuerit, ex eáque seruos comparauerit, quos eius rogatu Titius à venditore per traditionem acceperit, dicendum est mandati actionem mihi per seruum hunc quæsitam esse contra Titium, per quam consequar, vt eum fundum Titius mihi restituat, vt ex Mela Paulus hîc scribit, quia, inquit, seruus meus mandasse Titio videtur vt eos seruos à venditore per traditionem acciperet, cùm ponamus rogatu serui interueniente hoc Titium fecisse. Neque hic casus vllam videtur recipere dubitationem. Nec enim possessionis auxilio vllo egemus, vt per seruum fugitiuum mandati actio, aut ex empto, aut alia vlla personalis domino acquiratur. Quod autē Mela dat mihi actionem mandati contra Titium, innuere videtur, venditorem tradentem seruos Titio liberatum fuisse ab actione ex empto, cùm perinde sit ac si seruo ipsi eidémque emptori tradidisset, cùm eos serui rogatu tradiderit. Nihil enim refert, tibi quid tradā, an alij tua voluntate *l. mulier* 21. *& seq. infr. ad SC. Trebell.* Si autem venditor tradidisset seruo meo quamuis fugitiuo, vtique liberatus esset, quia cùm ipso, non autem mecum contractum fuisset *arg. l. filiæ* 88. *de solut.* aut potiùs quia per seruum mei facti fuissent, sed tamen non ita est. Quod enim alij quā seruo meo, licèt ex ipsius voluntate soluitur, meum non fit, nec proinde liberat debitorem, vt disertè scriptum est in *l. fugitiuus* 19. *eod. tit.* Competet igitur mihi hoc casu duplex actio, mandati contra Titium, ex empto autem contra venditorem tanquam non liberatum, quod & Accursius docet. Alius sequitur casus in vers. *Quòd si sine voluntate:* minùs dubitabilis est, Si sine voluntate serui mei fugitiui venditor eos seruos Titio tradiderit. Quo casu idem Mela dicebat, & Paulus probat, posse me ex empto contra venditorem agere, vt mihi eos traderet: Venditorem autem eosdem à Titio per condictionem repetiturum, si seruos tradiderit Titio, quos non debuerit ei tradere, cùm tamen debere se existimaret. Quibus verbis apertè Paulus significat, venditorem, qui priore casu liberatus non fuerat tradendo seruos Titio rogatu serui mei eiusdémque emptoris, nullo minùs fuisse liberatum posteriore casu per traditionem Titio factam sine fugitiui voluntate. Cur verò hic posterior casus minùs dubitabilis est: Nimirum, quia nō seruo ipsi traditi sunt, aut, quod idem esset, alij ex ipsius voluntate, sed Titio cui tradi non debuerant citra meam aut saltem serui mei voluntatem. Vt proinde nulla dubitandi ratio occurrat propter quam venditor videri debeat liberatus. Igitur quod ad actionem ex empto nulla erit inter hos casus differentia, quia vtroque casu dabitur mihi contra venditorem qui neutro casu liberatus est: Sed circa actionem mandati erit differentia, quia priore casu danda mihi erit contra Titium, cui rogatu fugitiui mei traditi sunt serui. Posteriore autem casu non item, cùm mādatum nullum interceſſerit *l. ex mandato* 20. §. 1. *supr.* Denique priore casu duplex actio mihi competit, mandati vna contra Titium, ex empto, altera contra venditorem etiam post traditionem Titio factam iussu serui. Posteriore autem vnica tantùm ex empto contra venditorem, nulla verò mandati contra Titium, cui nihil mandatum fuit. Et ita rectissimè Accursius noster locum hunc interpretatur, De cōdictione, quam Mela dat venditori contra Titium, nulla dubitatio est ex *l. inter causas* 26 §. *mandato infr. hoc tit. l. cùm fundus* 31. §. 1. *sup. de reb. credit. l. si seruus* 24. §. *seruum tuum infr. de action. empt.*

10 ¶ Si curator bonorum venditionem quidem fecerit, pecuniam autem creditoribus non soluerit: Trebatius, Ofilius, Labeo responderunt, his, qui præsentes fuerunt, competere aduersus eum mandati actionem: his autem, qui absentes fuerunt, negotiorum gestorum actionem esse. atquin si præsentium mandatum exsecutus, id egit: negotiorum gestorum actio absentibus non est: nisi fortè aduersus eos, qui mandauerunt curatori, tanquam si negotia absentium gesserint. quod si, cùm soli creditores se esse existimarent, id mandauerint: in factum actio absentibus danda est in eos, qui mandauerunt.

Ad §. 10. Si curator.

RAT. DVB. Mandati actio competere non potest, vbi nullum antecessit mandatum *l. ex mandato* 20. §. 1. *supr.* Nec sufficit contemplatione alicuius gestum esse negotium, si mandatum nullum præcesserit. Datur enim ex ea causa negotiorum gestorum actio *d.* §. 1. *l.* 3. §. *vltim. l. si pupilli* 6. §. *sed si ego & §. item quæritur supr. de negot. gest.* Ergo si curator bonorum venditionem fecerit, nec creditoribus pecuniam soluerit, non potest verum esse quod Trebatius, Ofilius, & Labeo responderunt, Creditoribus qui præsentes fuerunt, competere aduersus eum mandati actionem.

DEC. De curatore constituendo & bonis dando hoc iure vtimur, vt prætor à curatoribus adeatur, ísque curatorem curatorésve constituat ex consensu maioris partis creditorem, *l. 2. infr. de curat. bon. dand.* Consensum igitur creditorum interuenire oportet, ac proinde mandatum quod vel ex sola eorum patientia induceretur *l. qui patitur* 18 *supr. hoc tit.* Quòd si creditores priuato consilio coierint, id est, non adito prætore, & elegerint curatorem per quem bona distrahantur, quod fieri etiam potest *l. vlt. de curat. bon. dand.* tanto magis dicendum est mandati actionem creditoribus dandam esse. An non enim mandauerunt qui elegerunt? Plus siquidem est mandare quā mādanti prætori consentire. Et verò vt plurimum constituitur curator vnus ex creditoribus *l. si diu* 8. *& l. seq. infr. quib. ex caus. in poss. eat. possid.* quamuis nō sit hoc necesse *d. l.* 2. §. *nec omnimodo de curat. bon. dand.* neque habuit hæc sententia difficultatem vllam apud veteres prudentes. Sed quod sequitur in hoc §. iis creditoribus qui absentes fuerunt negotiorum gestorum, actionem in proposita specie dandam esse: Hoc verò est in quo dissentit Paulus à Trebatio, Ofilio & Labeone. Nam

BIU Cujas

Nã vt benè Paulus argumẽtatur, si curator præsentium creditorum mandatũ executus, venditionem bonorum debitoris peregerit, quomodo teneri iis potest actione negotiorum gestorum, quorum cõtemplatione nihil gessit, quamuis in effectu eorum quoque negotia gesserit? Verius igitur & melius est vt dicamus cum Paulo solis præsentibus actionem aduersus curatorem competere, eamque mandati: sed absentibus contra eum nullam esse ne quidem negotiorum gestorum. Esse tamen negotiorum gestorum contra præsentes, qui curatori bonorum vẽditionem mandauerunt. Illi enim sunt qui negotium absentium verè gesserunt, quia cũ vnus è creditoribus postulat in bona debitoris se mitti, & prætor permisit, omnibus videtur permisisse, nec tam personæ solius petentis quàm in rẽ & creditoribus omnibus, quod & Labeo putauit, vt idem Paulus noster refert in *l. cum vnus* 12. *de reb. author. iudic. possid.* vbi subiicit idem in peragenda bonorum venditione iuris esse. Nec enim alij in possessionem mitti possunt vt sibi possideant, quàm qui bona ex edicto vendere possunt *l. pen.* §. *vlt. Quib. ex caus. in poss. eat.* Aliud est si citra permissionem Prætoris creditores priuato consilio coierint, & curatorem vnum elegerint per quem bona distrahantur. Tunc enim nulla cæteris qui non elegerunt actio competit non solum contra curatorem, vt scriptum est in *dict. l. vlt. de curat. bon. dand.* sed neque contra creditores qui elegerunt & mandauerunt, quia suum duntaxat non absentium negotium gesserunt. Prætoris namque permissio & authoritas sola illa est quæ facit vt omnium negotium gestum esse videatur *d. l. cùm vnus.* Quid ergo si creditores præsentes qui curatorem elegerunt, autore prætore eiq; bonorum venditionem mãdauerunt, putauerint solos esse se creditores? Nemo dixerit habuisse illos animum gerendi absentium negotia, de quibus non cogitarunt. Igitur necessaria erit absentibus contra præsentes actio subsidiaria in factum quæ vicem actionis negotiorum gestorum repræsentet, eundemque habeat effectum. Nec obstat quod Accursius obiicit ex *d. l. si pupilli* 6. *vers. si quis ita simpliciter supr. de negot. gest.* Ibi enim Vlpianus Labeonis sententiam refert, quamuis ita vt eam non improbet: Quæ hic à Paulo & refertur & improbatur. Aliud iuris est si præsentes creditores mandauerint curatori, vt absentium quoque negotia gereret. Tunc enim & mandati cõtra præsentes agere poterit & negotiorum gestorum contra absentes *l. qui mandatũ* 14. C. *de negot. gest.* Quod si nullius mandatum intercessisset (quanquam in curatore bono dato non facilè potest hoc contingere) dabitur gestori contra omnes tam absentes quàm præsentes & ipsis vicissim contra eum negotiorum gestorum actio siue sciuerit se absentium negotia gerere, siue ignorauerit. Quemadmodum si cum putaret vnius esse negotia, quæ reuera alterius erant, ea gesserit, perinde ei, cuius negotia sunt, tenetur actione negotiorum gestorum ac si eius esse sciuisset aut credidisset. *l. item si* 5. §. *vlt. supr. eod. il. tit. de negot. gest.* Iunge *l. liberto* 31. §. *inter. negotia* & quæ ibi scripsimus, *eod.*

11 ¶ Sicut autem liberum est, mandatum non suscipere: ita susceptum consummari oportet, nisi renunciatum sit. renuntiari autem ita potest, vt integrum ius mandatori reseruetur, vel per se, vel per alium eandem rem commodè explicandi: aut redundet in eum captio, qui suscepit mandatum. Et quidem si is, cui mandatum est, vt aliquid mercaretur, mercatus non sit: neque renuntiauerit, se non empturum: idque sua, non alterius culpa fecerit: mãdati actione teneri eum conuenit.[a] hoc amplius tenebitur, (sicuti Mela quoque scripsit) si eo tempore per fraudem renuntiauerit, cùm iam recte emere non posset.

Ad §. vlt. sicut autem.

RAT. DVB. Mandatum non nisi ex amicitia & officio proficiscitur, ideóq; gratuitum est & esse debet *l.* 1. §. *vlt. supr.* Amicorum autem officia libera sunt & voluntaria: Nec quisquam cogendus est amici officium implere si nolit aut suprà quàm velit, vt in negotiorum gestore videre est, qui ad mandatarium & procuratorem proximè accedit *l. tutori* 20. C. *de negot. gest.* Ergo etiamsi quis mandatum vltro susceperit, non est tamen cogendus, vt inuitus illud impleat.

DEC. Contractus omnes nominati ab initio sunt voluntatis, ex post facto autem necessitatis *l. sicut* 5. C. *de oblig. & action.* Nec nisi in contractibus innominatis receptum est vt ex parte eius qui prior impleuit & antequam alius impleuerit, locus sit pœnitentiæ *l. si pecuniam* 5. *supr. de condic. caus. dat.* Atqui contractus mandati nominatus est & quidẽ ex iis qui solo consensu perficiuntur *d. l.* 1. *supr.* Ergo quamuis ab initio liberum sit mandatario cuilibet mandatum suscipere vel recusare, susceptum tamen impleri omnimodo oportet. Ne alioqui beneficio amici decipiatur is qui eo adiutum iri se credebat *l. in commodato* 17. §. *sicut supr. commod.* vbi idipsum in commodato scribitur quod hîc in mandato. Quanquam nec tam durè ac amarè cum mandatario agitur, vt omnino mandatum implere debeat. Nam quemadmodum mandatori liberũ est mandatũ reuocare, dummodo sint adhuc omnia integra ex parte mãdatarij, quoniam finita voluntate mandatum quoque finiri necesse est *l. si verò* 12. §. *si mandauerim supr. hoc tit.* Ita & is qui mandatum suscepit si intelligat se officium explere non posse, idipsum cùm primum poterit, debet & potest mandatori nunciare vt alterius opera si velit vtatur. Alioquin quantum mandatoris interest damnabitur quod promissum officium deseruerit *l. si quis alicui* 27. §. *qui mandatum infr. hoc tit.* §. *mandatum non suscipere Instit. eod. tit.* Idq; est quod Paulus hîc subijcit: Ita renunciari mãdato posse vt integrũ ius mãdatori reseruetur vel per se, vel per aliũ eandem rem æquè commodè explicandi. Et similiter ex parte mandantis ita reuocari posse mandatum vt nulla redũdet captio, id est, nullum damnum in eum qui mandatum suscepit. Exempla sunt in *l. si pecuniam* 5. *supr. de condict. caus. dat. & ex l. si fideiussor*

BIU Cujas

29. §. *si cùm debitor infr. hoc tit.* Aliud exemplũ adfert hic Paulus, si is cui mãdatũ erat vt aliquid mercaretur, neq; mercatus sit neq; denũciauerit se non emturũ, idq; sua, non alterius culpa fecerit. Nam mãdati actione directa tenebitur: quia negare nõ potest quin sit in culpa, si nõ lata, saltẽ leui, quã ab eo præstari ex bona fide est *l. à procuratore* 13. *C. hoc tit.* debuit enim mandatũ aut non suscipere, aut susceptũ non deserere. In quo deterior conditio mãdatarij quàm negotiorũ gestoris, cui administrationis finem non necessitas muneris vt in tutore, aut suscepti oneris vt in procuratore, sed propria volũtas facit, cùm satis abundéque sufficiat si cui vel in paucis amici labore consulatur, vt eleganter scriptum est in *d. l. tutori* vbi hanc ob causam rectè Imperatores adiecerunt verba illa *citra mandatum*, vt intelligamus interueniente mandato aliud probãdum esse. Sequitur,

a *Hoc amplius tenebitur.* RAT. DVB. Non potest videri fraudem facere aut per fraudem mandatarius qui emendi mandato tunc renunciat, cùm non rectè potest emere. Annon enim satius est non emere, quam malè emere? Non igitur ex hac causa mandati actione teneri debet.

DEC. Renuntiatio mandati intempestiuè facta perinde habetur ac si facta non esset *d. §. mandatum non suscipere Instit. hoc tit.* sicut & interpellatio quę nec cõgruo loco, neq; cõgruo tẽpore facta est, ad inducẽdã morã prodesse quicquã potest *l. moræ* 32. *infr. de vsur. iunct. l. qui Romæ* 122. *in princ. de verb. oblig.* Atqui mandato emendi renunciat intempestiuè, ac nimis tardè mandatarius, qui renũciat eo tẽpore, quo iã rectè emi res non potest quæ mandati tẽpore poterat. Hoc enim necessario addẽdũ est, vt renunciatio intempestiuè facta dici possit. Alioquin si rei aut negotiationis status mutatus nõ sit, nihil est quod mandatario imputare possis propter quod actio mandati cõtra eũ dari debeat: sed si medio tẽpore & à quo potuit renunciare, emptionis contrahendæ causa mutata sit, æquum est teneri mandatarium propter fraudem. Quid enim tam contrarium bonæ fidei quam fraus & dolus? *l. 3. in fin. infr. tit. prox. l. si dolo* 5. *C. de rescind. vendit.* Fraus verò hoc casu per mandatarium facta intelligitur, non quia renunciauerit, & renunciare maluerit, quàm emere, sed quia intempestiuè ac nimis seriò renunciauerit, cùm renunciare debuisset eo tempore quo mandator eandem rem per alium rectè emere potuisset.

23. HERMOGENIANVS libro secundo Iuris Epitomarum.

SAnè si valetudinis aduersæ, vel capitalium inimicitiarum.

24. PAVLVS libro 2. Sententiarum.

SEu ob inanes rei actiones.

25. HERMOGENIANVS libro secundo Iuris Epitomarum.

SEu ob aliam iustam causam excusationes alleget: audiendus est.

Ad l. Sanè 23. cum duab. seqq. 24. & 25.

Ponũtur in his legib. tres exceptiones ad id quod proximè dictum est mandati actione teneri mandatarium, si mandato intempestiuè renunciauerit. Sic enim hæ leges intelligi debent, vt si qua ex his causis interuenerit, quę effecerit vt vel nullomodo vel non nisi intempestiuè mandato renunciare mandatarius potuerit, mandati actione non teneatur, vt Iustinianus noster explicat in *§. mandatum non suscipere Instit. hoc tit.* Caussæ autem tres hæ sunt valetudinis aduersæ, aut vt in Pand. Florentinis scriptum est, aduersariæ, capitalium inimicitiarum quæ superuenerint, & ob inanes, non vt in Accursij libro scriptum erat, *immanes*, rei actiones. Inanes enim sunt quæ vel inopia vel exceptione debitoris quantum ad effectum rei pertinet, excluduntur *l. nam is 6. supr. de dolo l. nihil interest* 117. *de regul. iur.* Sensus est nõ posse imputari mandatario, cur reum non conuenerit, & ad condemnationem vsque vrserit si comperierit, nihil in bonis debitoris fuisse, ex quo satis fieri iudicato potuerit, præter actiones easque inanes: Cùm executio mandati & iudicij fieri non potuerit sine magnis sumptibus, qui vtiq; mandantis periculo damnoq; cessuri fuerãt si debitor fuisset condẽnatus *l. quod debetur* 51. *supr. de pecul.* Nam qui nihil habet quod perdat eius periculo, ac dãno nihil est *l. itaque* 12. *in princip. inf. de furt.* An nõ melius fecit ac prudentius qui mandatorem suum tot sumptibus inanibus onerare noluit quos ob rei inopiam repetere nunquam potuisset? *arg. l. 1. supr. de inoffic. testam.* aut quos ipsi reo iusta aliqua exceptione subnixo præstare condemnandus fuisset? Possunt & aliæ pleræque iustæ causæ interuenire, ex quibus renunciari mandato possit etiam intempestiuè, vt generaliter scriptum est in *l. 25.* & quæ specialius enumerantur in *l. ante litem* 19. *& seq. supr. de procur.* Sanè Paulus noster, ex cuius libris sententiarum sumpta est *l. 24. libr. 2. tit. 15. de mandato in princip.* quatuor causas enumerat ob quas renunciari mandato potest, ob subitam inquit valetudinem, ob necessariã peregrinationem, ob inimicitiã & inanes rei actiones. Sed quod ibi addit *integra adhuc causa* probare non possum, cùm ex supradictis causis etiam intempestiuè, ac proinde re ampliùs non integra mãdato renunciari possit, vt iam diximus: quod nec Cuiacius ad Paulũ diffitetur *ex d. §. mandatum autẽ suscipere Instit. hoc tit.* Itaque locus ille proculdubio emendandus est, & addita coniunctione ita legendus, *& integra adhuc causa*, vt sit hic quintus casus in quo renũciari mandato possit: sed cùm hac differentia quod superioribus casibus etiam intempestiuè mandato renunciari potest. Cùm autem adhuc integra causa est, semper tempestiuè renunciatur. Nisi quis dicat virgulam, quæ posita est ante dictionem *integra*, cõiunctionis vim supplere posse, & facere vt soluta pro separatis haberi debeant ex *l. sæpe* 53. *de verb. signific.* Quod ego malo. Idq; à Cuiacio non fuisse obseruatum miror. Suauis autem Accursius est qui in *l. 24.* pro inanes legit *immanes*, & immanes rei actiones interpretatur accusationes capitalium criminum: Vel, inquit, quia circa funus fuit impeditus, quod totum absurdum & derisorium est.

26. PAVLVS libro 32. ad Edictum.

INter causas omittendi mandati etiam mors mandatoris est. nam mandatum soluitur morte. a si tamen per ignorantiam impletum est, competere

actionem

actionem vtilitatis causa dicitur. Iulianus quoque scripsit, mandatoris morte solui mandatum: sed obligationem aliquando durare.

Ad l. Inter causas. 26.

RAT. DVB. Cæteri contractus cùm ab initio pariant obligationem, non finiuntur morte, quia nec obligatio vlla morte finitur *l. viam veritatis* 10. C. *de locat. l. sed addes* 19. §. *ex conducto l. cùm in plures* 60. §. 1. *infr. eod. ill. tit.* cùm lex duodecim tabularũ obligationes omnes perpetuet, easq; transferat in heredem, *l. 1. C. si cert. petat. l. vlt. C. de hered. act.* Atqui mandati contractus obligatorius est & quidem vltro citroq; *l. seruus meus* 19. *supr.* Ergo morte mandantis finiri non debet mandatum, nec rursus morte mãdatarij.

DEC. Mandatum de quo tractamus solius mandantis non etiã mandatarij causa interponitur, nec aliam causam & originẽ habet, quàm voluntatem mandantis & officium, atque amicitiam suscipientis: nihil ergo interest mandatarij, vt finiatur mandatum morte mandantis aut mutatione voluntatis scilicet rebus omnibus integris. Nam si iam cœperit interesse mandatarij, aliud est, vt diximus ad *l. si verò* 12. §. *si mandauero & ad l. si mandauero* 22. §. *vlt. suprà.* Quanquam nec nouum est, vt etiam post solutũ mandantis morte mandatum, ipsa tamen mandati obligatio adhuc duret, vt æquitur in hoc textu, *Iunct. l. si præcedente* 58. *infr. hoc tit.* Cæteri contractus non finiuntur morte alterutrius contrahentiũ adeoque nec vtriusque non solùm si re aut verbis aut literis, sed nec si nudo consensu contrahantur, quia alterius interest, vt in locationibus & venditionibus videre est. Et post mortem contrahentiũ interest quoque heredum, cùm non tantùm nobis sed etiam heredibus nostris paciscamur *vulg. l. si pactum* 9. *infr. de probat.* Quod in mandato dici nõ potest præsertim ex parte heredum mandatarij. Quandoquidem non quemadmodum mandatarij personam & industriam mandator elegit, ita & heredum ipsius quos ignorauit aut fidem aut industriam secutus videri potest. Nec rursus semper accidit vt mandatarij heredi idem officium amicitiæ & obsequij præstare mandati velint. Non enim amicitiarum semper successores sunt, qui facultatum. Ex quo illud etiam fit vt contractus societatis, quamuis firmissimus & vltro citroque æquè principaliter obligatorius, morte tamen alterutrius sociorum dissoluatur *l. actione* 65. §. *morte infr. tit. prox.* Planè reuocatio mandati quæ fit per mutationem voluntatis, interdum potentior est quàm quæ contingit per mortem mandantis, vt constat ex *l. si pater* 4. *infr. de manum. vindict.* & nos scripsimus ad *l. si mandassem* 15. *supr.*

1 *Si tamen per ignorantiam impletum est.* RAT. DVB. Actio mandati non nascitur nisi ex mandato *l. ex mandato* 20. §. 1. *supr.* Ergo postquàm mandatum morte solutum est, mandati actio siue directa siue contraria nasci ex eo nulla potest *l. si verò* 12. §. *pen. supr.* Quid enim refert an mandatum nullum interuenerit, an verò quod interuenerat, finitum & extinctum sit; *l. 1. §. siue ab initio supr. de condict. sin. caus.* Maximè verò videtur hæc ratio locum habere, cùm morte mandantis extinctum est mandatum potius quàm cùm mutatione voluntatis. Imputari enim potest mandanti qui mandatum reuocauit, cur non citius certiorauerit mandatariũ de reuocatione. Quod tamen non similiter imputare mortuo possis. Ergo quamuis per mandatarij ignorantiam impletum sit mandatum post mortẽ mandantis, non ideò tamen dicendum est ei competere mandati actionem.

DEC. Mandatario, qui ex officio tantùm & amicitia mandatum suscepit, nunquam officium suum damnosum esse debet, cùm damnum nullum sensurus fuerit si mandatum non suscepisset *l. si seruus* 61. §. *quod verò infr. de furt. d. l. si mandassem* 15. *& l. ex mandato* 20. *in princip. supr. hoc tit.* vbi scripsimus. Atqui damnum pateretur, si non haberet contrariam actionem mandati ad consequendam indemnitatem & repetitionem eius quod post mãdantis mortem, quam ignorasset, bona fide impendisset. Idq; alienum esset ab vtilitate publica, quoniam huius periculi metu plerique à suscipiendis mandatis & à susceptis implendis etiam viuo adhuc mandante deterrerentur. Quid enim posset imputari ei qui mandantis mortem ignorauit? Facti quidem alieni ignorantia semper probabilis est, *l. vlt. infr. Pro suo.* Et quamuis nihil imputari possit mandanti mortuo, ipsius tamen heredibus imputari potest, cur mandatario eam non denunciauerint, rebus omnibus adhuc integris, præsertim si mandatum, quod defunctus fecerat, non ignorauerunt. Quanquam non tam illud inspiciendum est, an mandatoris heredibus aliquid imputari possit quàm quod mandatario ipsi nihil imputari potest. Ergo vtilitatis publicæ gratia ex qua potissimũ æquitatem æstimamus, meritò receptũ est, vt contraria mandati actio mãdatario danda sit qui mandatum iam morte mandantis extinctum ignorans & bona fide impleuit *§. itẽ si adhuc Institit. hoc tit.* Idq; est, ni fallor, quod Iulianum scripsisse Paulus statim subiicit, Mandatoris quidem morte solui mandatum, sed tamen obligationem mandati aliquando durare, quod & scriptum est in *l. si præcedente* 58. *infr. hoc tit.* Quando enim potest hoc verius dici, quàm cùm per iustam & probabilem mandatarij ignorantiam, iam finitũ mandatũ aut morte mandantis aut reuocatione impletum tamẽ est; sic dicimus etiã post finitã tutelam interdũ tamẽ officium tutoris durare *l. à tutoribus* 33. §. 1. *infr. de admin. tutor.* Eadem distinctio adhibenda est in actione Pro socio, si quid vnus ex socijs impenderit ignorans alterius socij morte iam dissolutam esse societatem. Nam & societas morte finitur *d. l. actione* §. *morte & seq. infr. tit. prox.* Iunge *l. prox.* §. *morte infr.*

1 ¶ Si quis debitori suo mandauerit, vt Titio solueret: & debitor, mortuo eo, cùm id ignoraret, soluerit: liberari eum oportet.

Ad §. 1. si quis debitori 52.

Pendet hic §. ex eo quod proximè dictũ est, mãdatũ quidem morte mandantis extingui si adhuc omnia sint in integro, sed tamen propter probabilem mandatarij ignorantiam, obligationem & effectum mandati nihilominus durare. Nam cùm quis debitori suo mandauit vt Titio solueret, & is mortem mandantis ignorans Titio soluit, ratio dubitandi alia non occurrit propter quam videri debeat non esse liberatus, quàm quia mandãtis morte mandatum extinctum fuerit, debitori autem soluenti non aliter possit liberatio ipso iure contin-

BIU Cujas

tingere, quã si vel creditori vero soluerit, vel alij ex mandato veri creditoris *l. vero procuratori 12. inf. solut. l. creditoris 8. C. de condict. indeb.* In proposito autem constat Titium, cui debitor soluit, neque verum creditorem esse, neque veri creditoris verum procuratorem, cùm creditoris mandatum morte ipsius extinctum sit. Sed dicẽdi ratio illa eadem est, quam proximè attulimus, quod quãuis morte mandantis extinctum sit mandatũ: vtilitatis tamen gratia succurrendum sit mandatario, vt nihilominus actionem mendati contrariam habere debeat non ad repetitionem eius quantitatis, quam ignorans soluit, sed ad obtinẽdam liberationem. Quasi durante adhuc obligatione & effectu mandati ne alioqui probabilis eius ignorantia damno eum afficiat cui nihil possit imputari, quique nihil nisi officiũ & amicitiã exhibere mandanti voluerit, quamuis de se et ãliberando cogitauerit, cùm ei fortasse cõmodius fuisset vero creditori quàm Titio soluere, nisi mandantis voluntas & vtilitas aliud suasisset. Sic in *l. qui hominẽ 34. §. si Titium infr. de solut.* Vbi ratio quam Iulianus adfert his verbis, *Nam is qui aliquem omnibus negotijs suis præponit, intelligitur etiam debitoribus mandare vt procuratori soluant*, sic omnino adiuuanda est, vt propositionem hanc suppleamus, *Mandatum autem propter iustam debitoris soluentis ignorantiam quantum ad effectum & obligationem mandati durare adhuc creditur.* Ex eo quod Paulus proximè dixit eiusdem Iuliani, cuius illa lex est, sententiam hanc fuisse. Et sanè si etiam post extinctum mandantis morte mandatum, obligatio tamen mandati durat ad dandam mandatario contrariam mandati actionem, quanto magis danda est in specie huius §. ad inducẽdam liberationem; ad quam vtique proniores esse semper debemus tanquam quæ fauorabilior sit? *l. Arianus 41. infr. de oblig. & act.* Iunge *l. penult.* & quæ ibi scripsimus *supr. de reb. credit.*

2 ¶ Abesse intelligitur pecunia fideiussori, etiam si debitor ab eo delegatus sit creditori: licet is soluendo non fuerit. quia bonum nomen facit creditor, qui admittit debitorem delegatum.

Ad §. 2. Abesse.

RAT. DVB. Fictiones iuris debent veritati respondere quantum fieri potest, quomodo de falsis confessionibus scriptum est in *l. confessionibus 13. & l. seq. §. vlt. supr. de interrog. in iur. fac.* Nec plus debet posse fictio in casu ficto, quàm veritas in casu vero *l. filio. 23. infr. de liber. & posthum. l. si is qui pro emptore 15. de vsucap.* Atquin fieri non potest, vt debitor qui soluendo nõ est, soluat re vera, cùm nihil habeat vnde soluat. Ergo quãuis dici soleat, eũ, qui debitorẽ suũ delegat, hoc ipso videri soluere *l. quãuis 8. §. interdũ sup. ad SC. Velleian. l. qui debitorẽ 18. infr. de fideiuss.* id tamẽ nõ aliter videtur locũ habere posse, quã si delegatus debitor soluẽdo sit, cũ inanis sit actio quã debitoris excludit inopia *l. nam is 6. supr. de dolo.* DEC. Bonum nomen facit quisquis admittit debitorem delegatum quamuis inopem & nõ soluendo, cum idoneum esse adprobet, sicut & qui minus idoneum fideiussorem admittit *l. 3. in fin. de fideiuss.* Ideoq; imputare sibi debet, nec inopiam prætendere illius quem semel pro idoneo habuit *l. 1. §. item quæritur 11. de separat.* Pro locupletе enim habetur quisquis semel adprobatus est *l. si ab arbitro. 10. in princip. & §. 1. supr. Qui satisd. cogant. l. si probatum 19. infr. de tutell. & rat. distr.* Nisi tale sit nomen quod bonum fieri numquam possit puta nomen filijfamilias collatum in tempus post mortẽ patris *l. 1. supr. de SC. maced.* Nihil igitur interest qualis debitor delegatus sit, & omni casu delegatio vim solutionis obtinet *d. §. interdum & d. l. qui debitorem.* Nisi cùm periculo delegantis admissa est delegatio *l. si mandatu 45. §. quod mihi infr. hoc tit.* Nã & idem est, etiãsi citra delegationem creditor nomen aliquod debitoris per simplicem cessionem in solutum acceperit *l. pupilli 96. §. soror. infr. de solut.* Quanto magis facta delegatione, quæ cùm sit species nouationis, & quidem præcipua, non minorem habet vim quàm solutio ad priorem obligationem perimendam *l. 1. de nouat. §. prætereà Instit. quib. mod. toll. oblig.* Sic dicimus, videri hereditatẽ soluẽdo esse, quæ inuenit hæredem, tametsi reuera soluendo nõ sit *l. libertus 36. infr. de bon. libert. l. quæ dotis 33. solut. matrim.* Habet sane vicissim hoc commodum delegatio, quod exceptiones doli & aliæ, quæ poterant opponi deleganti, cessant in persona eius cui quis delegatus est *l. doli exceptio 19. in princip. infr. de nouat. & delegat.* Quo magis æquum est pro plena & perfecta solutione haberi delegationem. Atqui fideiussori qui pro mandatore soluit, quoniam abest ei pecunia, statim competit mandati actio cõtraria; quia iam eius interest, ne alioqui moretur in damno *l. si procuratorem 8. §. mandati actio supr.* Ergo merito actionem mandati ei damus *d. l. qui debitorem 18. de fideiuss.* Idémque est, si vel recusante creditore vel cum tuto ei solui nõ posset, pecuniam obsignauerit, cum obsignatio non minùs quàm delegatio vim solutionis obtineat *l. qui mutuam 56. §. 1. infr. l. acceptam. 19. C. de vsur. l. obligatione 9. C. de solut.* Sed an exigemus, vt creditor qui admisit debitorẽ delegatũ, sciuerit inopem eum esse & nõ soluendo? Ita putat Accursius ex *l. promittendo 41. §. si à debitore*, in postremis illis verbis, *quod sciens tale nomẽ secutus videtur quale initio obligationis fuerit infr. de iur. dot.* Sed non puto. Imputare námque sibi debet, cur antequàm delegationem admitteret, non fuerit diligentior in inquirendo, an idoneum esset nomen necne. Ideóque haberi debet pro eo quasi sciuerit eam rẽ quam scire debuit. Nec enim facti, sed iuris propositio ista est, Bonum fieri nomen ab eo qui admisit delegatum. Et ita accipiendum puto quod scriptum est de sciente in *d. §. si à debitore*, vt scilicet qui admisit delegationem, non possit prætendere ignorantiam inopiæ debitoris delegati. Planè si dolo & persuasione sola delegantis creditor delegationem inopis debitoris admiserit, aliud dicendum erit, non tantùm in muliere quæ soluto matrimonio egẽtẽ reum dotis per nouationẽ decepta acceperit *l. si cùm dotẽ 22. §. si mulier infr. solut. matrim.* sed & in alio quolibet. Ne fraudi & deceptioni faueamus, præsertim cũ etiã mandati iudicio cõtrario succurri possit ei, qui mãdãte suo debitore delegationem admisit alterius debitoris inopis, si delegans ignorantiam eius dolo malo circũuenerit. *Arg. l. si quis delegauerit 12. in fin. inf. de nouat. & deleg. Iunct. l. si cùm scires 8. supr. de dolo.* Quãquam illud etiam verum est, iudicio de dote, de quo agitur in *d. §. si mulier*, inesse doli exceptionem, vt & cæteris omnibus bonæ fidei iudicijs *l. si ideo 21. eod. l. huiusmodi 84. §. qui seruum delegat. 1.* Tale autem non esse iudicium quo quis agit contra eum cui debitor delegatus est. Agit enim ex stipulatione, cùm

delegatio

delegatio non possit fieri nisi per stipulationem *l. 1. & 2. C. de nouat. & delegat. l. delegare* 11. §. 1. *infr. eod. ill. tit. d.* §. *praterea Instit. Quib. mod. tollit. oblig.* Stipulatio autem semper stricti iuris est, cui proinde doli exceptio inesse ipso iure non potest §. *in bonæ fidei vers. sed & in strictis. Instit. de action.*

2 ¶ Si is qui fideiussori donare vult, creditorem eius habeat debitorem suum, eúmque liberauerit: continuò aget fideiussor mandati: quatenus nihil interfit, vtrum nummos soluerit creditori, an eum liberauerit.

Ad §. 3. si is qui.

RAT. DVB. Si creditor meus fideiussori meo donaturus nõ remunerãdi gratia, sed simpliciter donãdi animo actionẽ sibi ex causa fideiussionis cõpetẽtem fideiussori remiserit, nõ ideo habet fideiussor contra me actionẽ mãdati *l. si verò 12. in princ. & §. 1. sup. hoc tit.* Ergo neq; in specie huius §. habere debet, si creditor meus, dum fideiussori meo donare vult, creditorẽ nostrũ eũdémq; suũ debitorẽ liberauerit, quasi nihil fideiussori ei abesse videatur qui nihil numerauit. Abesse enim aliquid oportet fideiussori antequã contrario mandati iudicio experiri possit §. *prox. sup.* DEC. Nihil interest vtrum eã quãtitatem pecuniæ quam fideiussori meo donatam creditor meus voluit, aut ipsius creditori meóque soluerit fideiussoris nomine, an ipsi fideiussori numerauerit vt eã creditori nostro solueret, an denique nostrum creditorem solius fideiussoris contẽplatione liberauerit: omni enim casu intelligitur abesse fideiussori pecunia: quam sibi à creditore meo donatam soluturus fuerat eidem creditori ad se & me quoque liberãdum, nisi creditor meus creditorem nostrum eundemque debitorem suum liberare maluisset, quàm fideiussori meo pecuniam numerare. Quid enim refert fideiussoris mei, an pecuniam à creditore meo donandi animo accepe-rit, an liberationem? Quid rursum mea, an hoc vel illo modo fuerim liberatus? Est verò hic casus ex eorum numero in quibus celeritate cõiungendarũ actionum vna occultatur, vt in *l. 3. §. sed. si debitorem infr. de donat. int. vir. & vxor. l. singularia* 15. *supr. de reb. credit.* Is enim rei gerendæ ordo esse deburat, vt creditor meus qui fideiussori meo donata volebat, centum puta, quæ fideiussor pro me promiserat, centum ei numeraret, deinde ea centum fideiussor meus sua facta eidem pro me & ex causa fideiussionis solueret. Quo casu nemo dubitaret, quin ea centum ipsi abessent, & quidem ex causa mandati, quod is à me susceperat, cùm si pro me non fideiussisset, eadem centum aut sibi retinere aut alij creditori suo soluere potuisset, atque ita liberationem sibi acquirere & facere se locupletiorem *l. si pupilli 66. in fin. de solut.* Nunc igitur verum est abesse illi hæc eadem centum quæ donator pro ipso soluisse intelligitur communi creditori nostro, cùm eum per acceptilationem fortasse, aut alio quolibet modo contemplatione solius fideiussoris liberauit. Difficilem hunc §. fecerunt verba illa *creditorem eius*, quæ non de creditore solius fideiussoris intelligenda sunt, sed de communi creditore fideiussoris, & meo, quod Accursius noster non satis planè explicauit.

4 ¶ Præterea sciendum est non plus fideiussorem consequi debere mandati iudicio, quàm quod soluerit.

Ad §. 4. Praterea.

RAT. DVB. Mandatarius non tantùm eas pecunias, quas ex mandati causa impendit & soluit, consequi potest, sed etiam vsuras quas nunquam præstitit, si modò aliquam moram à mandante passus sit, *l. si verò 12. §. si mihi mandaueris supr. hoc tit. l. post solutionem* 18. *C. eod.* Ergo interdum plus potest fideiussor, & alius quilibet mandatarius mandati iudicio consequi, quàm quod soluerit.

DEC. In mandati iudicio contrario vt & in cæteris bonæ fidei iudiciis omnibus vsuræ veniunt non iure obligationis & actionis, sed tantum officio iudicis *l. qui per collusionem* 49. §. 1. *infr. de action. empt. l. quæro* 50. *locat.* quia non est ex bona fide vt cuiquam frustratio sua prosit *l. hominem* 37. *in fin. hoc tit.* aut alij noceat *l. in condemnatione* 173. §. *penult. de regul. iur.* Noceret autem nisi eo damno vsurarum mandatoris mora puniretur. Non enim propter lucrum petentium, sed propter moram non soluentium vsuræ infliguntur, *l. cùm quidam* 17. §. *si pupillo infr. de vsur.* Sed in obligationem & actionem mandati contrariam certum est nihil principaliter venire posse, nisi quod mandatarius impendit & soluit. Nec enim bona fides aliud postulat, quàm vt indemnis seruetur, nec possit conqueri suum sibi officiũ damnosum fuisse *l. ex mandato* 20. *in princip. supr.* Non etiam vt lucrum vllum ex mandato sentiat *l. idemque* 10. §. *si procurator supr.* Imo & interdum minus consequitur mandatarius quàm impenderit. Nempe si plus quàm mandatum ei erat, fecerit, vt in *l. 3. in fin. & l. 4. l. si mandauero* 22. *in princip. &* §. 1. *supr.* quia beneficio adiuuari quem oportet non onerari *l. in commodato* 17. §. 1. *supr. Commod.*

5 ¶ Mandatu tuo fideiussi decem, & procuratori creditoris solui. si verus procurator fuit, statim mandati agam, quod si procurator non est, repetam ab eo.

Ad §. 5. Mandatu tuo.

RAT. DVB. Cùm fideiussor soluit ei qui negotia creditoris procurabat, quasi verus esset procurator, verũ est perinde ei abesse pecuniã quam soluit, ac si vero procuratori soluisset. Ergo perinde dãda ei est actio mandati contraria aduersus reum principalẽ. Quæ scilicet incipit cõpetere, cum ei aliquid abest §. *abesse supr.* aut cùm aliter cœpit eius interesse *l. si procuratorem* 8. §. *mandati actio hoc tit.* Præsertim si is cui solutum est, procurator vulgo credebatur *arg. l. 3. in princip. supr. de SC. Maced.* ne alioqui mius amarè cum eo agamus qui nihil nisi officium & amicitiam vltrò exhibuit *l. 1. §. vlt. supr.* Neque verò dãnum vllum idcirco debitor sensurus est qui conditionem habiturus sit indebiti aduersus procuratorem qui indebitum accepit. Præsertim si fideiussor nõ suo, sed debitoris nomine soluerit, vt in specie *l. indebitam* 47. *supr. de condict. indeb.*

DEC. Non sufficit abesse pecuniam fideiuss-

sori aliíve mandatario ad hoc, vt habeat contrariam mandati actionem, nisi illud etiam concurrat, vt ea pecunia absit ex causa mandati, reóque principali proficiat ad liberationem. Alioqui si fideiussor sic soluerit, vt tamẽ principalis debitor nõ sit liberatus, nihil ei prodesse debet: nec enim id simpliciter mãdatũ debitori intelligitur vt solueret, sed vt debitorẽ solutione liberaret. Quomodo accipi debet quod scriptũ est in *§. si quid autẽ Instit. de fideiuss.* Neq; verò abesse quicquã videtur fideiussori qui eius pecunię, quã soluit, condictionẽ & repetitionẽ habet, cùm is qui actionẽ ad rẽ habet, ipsam quoq. rẽ habere videatur *l. qui actionẽ 15. de reg. iur.* At qui fideiussor, qui falso creditoris procuratori soluit, habet cõdictionẽ, *l. creditoris 8. C. de cõdict. indeb.* Solutio enim quę liberationẽ parere nõ potest, parit cõdictionem *l. qui hominẽ 34. §. vlt. l. cùm quis 34. §. 1. infr. de solut.* Habet verò cõdictionẽ non indebiti, sed ob causã dati causa non secuta, si ideo procuratori soluerit vt liberaretur *l. si procuratori 14. supr. de condict. ob caus. dat.* Indebiti verò si credidit se liberatum *d. l. creditoris.* Remanet enim prima & pristina obligatio *d. l. qui hominẽ §. vlt. l. si mandauero 22. §. fugitiuus supr. hoc tit.* Sed & condictio furtiua hoc casu dari potest *d. l. si procurator 14. in fin.* Furtũ enim facit quisquis sciẽs se procuratorem non esse indebitos nummos accipit, *l. quoniam 18. supr. de condict. furt. l. falsus creditor 47. infr. de furt.* diximus ad *d. l. si procuratori.* Ergo hoc casu fideiussor, qui falso procuratori soluit, mandati actionem cõtra reum principalem quem non liberauit, habere nõ potest, sed eo tantum casu quo verus procurator fuerit is cui solutũ est, quia eo casu perinde contingit liberatio acsi vero creditori solutum esset *l. vero procuratori 12. de solut. l. mulier 41. ad S. C. Trebell.* Nec facilitas & credulitas nimia fideiussoris qui verum procuratorẽ esse credidit eum cui soluebat, dãmno aut incommodo afficere debet miserum debitorem, qui nõdum à vero suo creditore liberatus est *d. l. qui hominem §. si nullo de solut. l. 1. §. dolum autem sup. de eo per quem fact. erit l. 3. §. sed si sic accepit supr. de in rem vers. l. nimia credulitate 11. C. de oblig. & action.*

6 ¶ Non omnia, quæ impensurus non fuit, mandatori imputabit: veluti quòd spoliatus sit à latronibus: aut naufragio res amiserit: vel languore suo, suorũmque adprehensus, quædam rogauerit. nam hæc magis casibus, quàm mandato, imputari oportet.

Ad §. 6. Non omnia.

RAT. DVB. Ex mãdato damnum aliquod penes mãdatariũ remanere neque æquum est neq; ex bona fide, *l. si mandassem 15. l. ex mandato 20. supr. hoc tit.* Atqui cùm mandatarius exequendi mandati gratia peregrè profectus in latrones incidit, & ab iis spoliatus est, aut naufragio res amisit, aut languore suo aut suorum adprehensus quædam erogauit, iustissimè allegare potest non fuisse se huiusmodi dãna passurum si mandatum non suscepisset, vt Africanus ratiocinatur in *l. si seruus 61. §. quod verò infr. de furt.* Ergo damna hæc omnia ei à mandatore præstari æquum est, sicut è contrario, non omnia quæ impendit mandatarius, reputare mandatori potest, si fortè ea impensurus fuerat etiamsi mandatum non suscepisset, *arg. l. ex parte 39. supr. famil. ercisc.*

DEC. Ea demùm damna mandatarius imputare mandatori debet quæ ex causa mandati passus est. At incursus latronum, naufragia, morbi & alia huiusmodi magis casibus quàm mandato imputanda sunt, vt Paulus hîc scribit. Ergo mandatario præstari à mandatore non debent. Nemo enim casus istos fortuitos præstare debet nisi qui eorum periculum in se receperit, *l. contractus 23. in fin. de regul. iur. l. si merces 25. §. vis maior l. opus 36. infr. locat. l. 5. §. quod verò supr. commod.* Aliud iuris est in actione Pro socio *l. cùm duobus 52. §. quidam sagariam infr. tit. prox.* propter ius fraternitatis quod inter socios cõtrahitur, vt ait Accurs. ex *l. verum est 63. in princip. eod.* & quod facit vt inter socios lucra & damna omnia sint communia, nisi si quæ damna alterutrius ex socij culpa contigerunt *d. §. quidam d. l. si merces 25. §. vis maior in fin. locat.* Ex regula *l. secundum naturam 10. de regul. iur. l. illud. 7. de peric. & commod. rei vendit.* Quæ ratio cessat in persona mandatarij, qui nullum penitus lucrum ex mandato sperare potest *d. l. ex mandato l. idemque 10. §. si procurator. supr.* Mihi tamen duriuscula videtur hæc Pauli sententia, cùm tanto mitius agendum sit cum mandatario, quod nullum ex mandato lucrum sperare possit, faciléq; in Accursij nostri sentẽtiam descenderem, vt hic §. obseruari non deberet, non solum de curialitate, vt Accursius loquitur, sed illa potissimum iuris & æquitatis ratione quam ex Africano attulimus, & ad quam nec puto responderi posse, quòd iustissimè possit allegare mandatarius se hæc damna passurum non fuisse, si mandatum non suscepisset. An non enim satis abundéque est, quòd incommoda hæc & salutis pericula susceperit, quæ nulla satis ampla mercede ac remuneratione æstimari possunt, *l. pen. §. 1. infr. de donat.* nec vlla indemnitatis præstatione deleri? Neque verò in hoc tantùm dissentit Africanus à Paulo, sed etiam in specie *§. seq.* vt mox dicemus.

7 ¶ Sed cùm seruus, quem mandatu meo emeras, furtum tibi fecisset: Neratius ait, mandati actione te consecuturum, vt seruus tibi noxæ dedatur: [a] si tamen sine culpa tua id acciderit. quod si ego sciissem talem esse seruum, nec tibi prædixissem, vt posses præcauere, quanti tua interfuit: tantum tibi præstari oportet.

Ad §. 7. Sed cùm seruus.

RAT. DVD. Procurator cui furtum fecit seruus quem ille mandatu tuo emit, iustissimè allegare potest se id damnũ non passurũ fuisse, si mandatũ non suscepisset. Ergo etiamsi ignoraueris eum seruum furem esse, nihilominus damnum decidere cogendus es, nec liberandus etiamsi seruum pro noxæ dedito relinquere paratus sis. Atq; ita argumentatur & concludit Africanus in *l. si seruus communis 61. §. quod verò infr. de furt.* Longè aliter quàm in seruo pignori dato & commodato & deposito idem

Africanus

BIU Cujas

Africanus scripserit in *l. si seruus 31. supr. de pigor. act.* Vbi tamen quod addit de seruo deposito, pugnare videtur cum eo quod scribit in *d.* §. *quod verò*, idipsũ quod dixerat de seruo qui mandatario furtum fecerit, vt eius nomine mandator damnum in solidum decidere teneatur, euidentius esse ait in causa depositi. Nam licet alioquin æquum videatur non oportere cuiquam plus damni per seruum euenire quàm quanti seruus ipse sit, multo tamen æquius esse nemini officium suum quod eius cum quo cõtraxerit, non commodi sui causa suscepterit, damnosum esse, cùm tamen in *d. l. 31. depignor. act.* scribat ex Iuliano idem iuris in deposito seruo constituendum esse quod in pignori dato & commodato. An ergo sibi ipsi Iulianus aut Africanus contradixit? Hoc verò non est probabile, præsertim cùm vtraq; lex eodem ex libro Africani sumpta sit octauo scilicet Quæstionum. Probabilius est quod vult Cuiacius ad Africanum in *d. l. si seruus communis* absolui ab Africano sermonẽ tractatumq; cœptũ in *d. l. si seruus de pign. act.* & rẽ totã tractari, dirigique ad summam rationem diligentius, æqua quidem esse ea quæ scripta sunt in *d. l. si seruus 31. & in hoc* §. Sed æquiora esse ea, vt idem ipse Africanus ait, quæ tãdem concludit in *d. l. 61. de furt.* Putat ergo Cuiacius quod & nos libenter admittimus, dissensisse in hac quæstione Africanum à Paulo, & Neratio, quod ad mandatum seruum pertinet. Quod verò ad seruum depositum etiam à Iuliano, ne dicam à seipso vt & à Paulo in specie §. superioris sequitur in hoc §.

a *Si tamen sine culpa tua id acciderit.* Ergo si culpa mandatarij acciderit, vt seruus mandatu meo emptus furtum ei fecerit, non putabat Neratius mandati actione cõsequi eum posse, vt seruus, quem emit, noxæ tibi dedatur. Hoc verò euidenter falsum est. Nam & cùm culpa interuenit aliqua eius cui furtum factum est, quisquis ille sit, non ideo tamen noxali actione expetiri prohibetur, quia dolus seruui præponderat, vt bene Accursius docet. Alioqui vix vnquam ex causa furti noxalis actio competeret, quia & vix est vt furtum fiat à seruo extraneo, sine aliqua culpa eius cui fit, nisi velles hæc verba restringere ad insignem & latam culpam, vt à Cuiacio factum est *ad l. rem mihi 21. §. 1. in fin. supr. commod.* Quod tamen non est probabile, cùm prudentes nostri quoties de culpa simpliciter loquuntur, de leui non de lata intelligant, sicut nec de leuissima, vt sæpius docuimus. Nec felicior est idẽ Cuiacius, cùm ad *d. l. si seruus 31. de pignorat. act.* notat huius exceptionis exempla petenda esse ex *d. l. si seruus communis 61. §. hæc ita puto vera esse de furt.* vbi Africanus eadem exceptione subiecta his verbis, *si nulla culpa ipsius qui mandatum vel depositum susceperit, intercedat*, subiungit exempli loco, *Cæterum si ipse ei vltrò custodiam argenti forte, vel nummorum, commiserit, cùm alioquin nihil vnquam dominus tale quid fecisset, aliter existimandum est.* Obseruare enim vir doctissimus debuit exceptionem hanc ab Africano subiectam esse non ad id quod dixerat de noxali actione contra dominum serui vel depositi vel ex mandato empti danda quasi noxalis actio per culpam illius, cui furtum factum est, excludi possit, quod non ita est. Sed ad id tantum quod in præcedentibus dixerat, Ex his causis mandati vel depositi teneri dominum non solum actione noxali, sed in solidum, vt nimirum significaret culpa si eius cui furtũ factum est, furtũ præcesserit, non in solidum cõdemnari eum debere, sed sufficere vt noxali iudicio & conueniatur & condemnetur. Proinde si hic §. ex illo interpretandus esset, debuerat exceptio ista poni in fine huius §. vt & in *d. l. si seruus communis*, hoc modo, *Quod si sciẽs ego talem esse seruum nec prædixissem vt posses præcauere tunc quanti tua interfit tantum tibi præstari oportet, si tamen sine culpa tua id acciderit.* Vera enim tunc erit exceptio. Cæterum quæro à Cuiacio, an verè dici possit nullã culpam ipsius qui depositum vel mandatum suscepit, intercedere, quomodo Africanus loquitur in *d.* §. *hæc ita puto*, si non lata & insignis culpa intercedat? An nõ etiam leuis culpa absolutè culpa dicenda est? *l. cõtractus 23. de regul. iur. l. 5. §. nunc videndum supr. Commod. & alibi pass.* Maneo igitur in priore mea sententia & coniectura, vt exceptionem hic positam corruptam esse putem, & pro *tua* legendum *mea.* Exemplum enim culpæ meæ statim adfertur sequentibus illis verbis, *Quod si ego sciissem*, quæ meo iudicio sic accipienda sunt acsi scriptum esset paulo apertius, *Nam si ego sciissem*, aut vt in *d. §. hæc ita puto*, *Cæterũ si ego sciissem.* De quo vide quæ scripsi latius *libr. 3. Coniect. cap. 5.* vbi & distinctionem illam Accursij quæ nec Cuiacio placet, refutaui. An certũ, an verò incertum hominem emi quis mandauerit. Itemq; illam, vtrum in emptione an in furto mandatarij culpa interuenerit.

8 ¶ Faber mandatu amici sui emit seruum decem, & fabricam docuit: deinde vendidit eum viginti, quos mandati iudicio coactus est soluere: mox, quasi homo non esset sanus, emptori damnatus est. Mela ait, non præstaturum id ei mandatorem: nisi posteaquàm emisset, sine dolo malo eius hoc vitium habere cœperit seruus. Sed si iussu mandatoris eum docuerit, contra fore: tunc enim & mercedem, & cibaria consecuturum: nisi, vt gratis doceret, rogatus sit.

Ad §. vlt. Faber.

RATIO DVB. Eadem est quæ in §§. præcedentibus, quod ex mandato nullum damnum penes mandatarium remanere debeat quod passurus non fuerit si mandatum non suscepisset *l. si mandassem 15. l. ex mandato 20. in princ. supr. hoc tit. l. si seruus communis 61. §. quod verò infr. de furt.* Atqui in specie huius §. id est cùm faber amici sui mandato seruum emit precio decem aureorum, eúmque fabricam docuit, deinde eundem seruum vẽdidit viginti aureis, quod erat olim vulgare precium seruorum, *l. 1. C. de commun. ser. manum.* quos viginti aureos mandati iudicio mandatori soluere ac reddere coactus est: mox, quasi homo sanus nõ esset, emptori dãnat⁹ est per redhibitoriã, in dãno manebit mandatarius si nõ idipsum præstetur ei à mãdatore, nec tamẽ dãnũ illud sentiret si emendi mandatũ non suscepisset. Ergo non est verum quod Mela dicebat, man-

BIU Cujas

datorem hoc ei non præstaturum, nisi posteaquàm emisset sine dolo malo eius hoc vitium habere cœpisset seruus. DEC. Carere debet mandatarius omni culpa saltem leui, vt per contrariam mandati actionem consequi indemnitatem possit, nec sufficit vt dolo careat, si non careat etiam culpa *l. à procuratore* 13. *C. hoc tit. l. si procuratorem* 8. *§. vlt supr.* Atqui in proposita specie fuit procurator in culpa, cùm emerit seruum vitiosum, quem nec emere nec vendere vicioſum debuit. Ergo quod per actionem redhibitoriam emptori restituere damnatus fuerit, per contrariam mandati actionem repetere non poterit, si iam ipso emptionis tempore vicium hoc seruus contraxerat. Nam si post contractam emptionem vicium hoc habere cœperit, distinguendum erit an dolo mandatarij interueniente, an sine dolo malo ipsius vicium hoc superuenerit, vt priore casu imputetur mandatario, posteriore verò mãdatori. Dices, ita posito iure iniquitatem illam emergere, quod cùm mandator integrum precium viginti aureorum à mandatario per directam mandati actionem receperit, æque debeat ille præstare quantum abest venditori propter actionem redhibitoriam, aut quanto minoris empturus fuerat emptor si seruum vicioſum sciuisset. Alioqui quod plus fuit in precio serui quàm esse debuerit, lucro cedet mandatoris, & damno mandatarij, vnde fiet vt ex mandatarij iactura mandator locupletetur, quod tamen iniquissimum fuerit *l. iure naturæ* 206. *de reg. iur.* Huiusque iniquitatis euitandæ gratia conueniens videretur, vt in proposito non aliter viginti aureos mandatarius restituere mandatori cogeretur, quàm si mandator caueret ei de indẽnitate aduersus metum actionis redhibitoriæ, eiusque periculum in se susciperet paratúsque esset mãdatorem aduersus emptorem defendere *l. si fideiussor* 29. *§. vlt. infr.* Sed tamẽ illa semper imputari culpa potest mãdatario cur hominem minùs sanũ emerit, vendideritque, nisi ponas quod Paulus non ponit, eum etiã iussu mandatoris vendidisse. Quid? an non satis adprobauit emptionem & venditionem mandator, cùm à mandatario precium venditionis exegit? *arg. l. seruum Titij* 49. *infr. l. si seruus alienus* 66. *de fideiuss.* Nã si is adprobat qui mandatarium de seruo dicẽdo rogauit, vt mox dicemus, quãto magis ille qui preciũ venditionis exegit? Respondeo legem hanc non de actione ex empto intelligẽdam esse per quam condemnetur venditor: Quãto minoris emptor fuerit empturus si vicium sciuisset *l. ob quæ vicia* 4. *l. quoties* 61. *infr. de ædilit. edict.* sed de redhibitoria per quam corpus ipsum venditum redditur venditori & in eã causam res reducitur, acsi neque emptio neque vẽditio interceſſiſſet *l. redhibere* 21. *l. cùm mancipium* 51. *l. facta redhibitione* 60. *& paſs. eod.* Hoc enim cùm accidit nulla fit iniuria mandatario etiamsi mandati actio contraria aduersus mandatorem ei denegetur, cùm pro viginti aureis quos mãdatori reddidit, seruum ipsum habeat qualem emerat, ac proinde vi ipsa & eminenter ipsius quoq; precium quod emptori reddidit, habere videatur. Totúmque mandatarij damnum in eo esse potest quod hodie seruum habeat minus sanum, minoréque precio estimandũ quàm eo quod mãdatarius emptori reddiderit, sed damnum hoc imputare sibi, non mandatori debet, quippe quod ei contingat non tam propter mãdatum aut propter vẽditionem, quàm propter redhibitionem, cui sola mandatarij culpa in emendo seruo contracta causam dederit. Aliud ergo est, si vicium hoc seruo superuenerit post factam emptionẽ sine dolo malo culpáq; mandatarij, quia nihil est quod imputari mandatario hoc casu possit inspecto emptionis tempore, quod inspiciẽdum præcisè est, ne alioqui etiam futuri temporis periculum mandatori præstare is teneatur, quod iniquũ esset. Planè si quo ipsius dolo aut culpa vicium post emptionẽ acciderit, non impunè ferre debet, nec recusare quominus eius vicij dãnũ subeat, cui causam dedit. Sequitur,

a *Sed si iussu mãdatoris docuerit contra fore.* RAT. DVB. Etiam cùm mãdator fabrum mandatarium rogauit de docendo seruo, non eo minùs verum est culpam mandatarij præcessisse in emendo seruo, quod eum minùs sanum emerit: quę res redhibitioni causã dedit, vt diximus. Ergo idẽ iuris hoc casu quod superiore esse debet, vt mandatarij nõ mandatoris dãno redhibitio cedere debeat. DEC. Mandator qui mãdatarium rogauit vt seruũ fabricam doceret, nõ solùm emptionem serui comprobasse intelligitur, sed etiam culpã quam in homine non sano emẽdo contraxerat ei remisisse, exindéque seruũ hunc tanquã suum proprium habuisse perinde acsi à mandatario traditus ei fuisset, & vicissim à mãdatore retrotraditus mandatario vt doceretur. Quomodo Accursius noster post Ioannem benè explicat *arg. l. singularia* 15. *sup. de reb. cred.* Quod non similiter dici potest cùm mandator sola precij perceptione venditionẽ à mandatario factam adprobauit. Quippe quã ponimus à mandatario factã esse suo nomine non mãdatoris, vt proinde nihil causæ sit, cur seruus ob eã rẽ mandatori traditus, & acquisitus videri debeat. Quod enim mãdatarius viginti aureos quos ex vẽditione redegerat, mandatori restituere coactus est, non aliã rationẽ habet, quàm quia ex causa mandati eos perceperat, ex quo nihil lucri sperare aut retinere potuit, non quia venditionẽ minus sani hominis perinde adprobauerit acsi sanũ fuisset, quẽ nec sanũ non esse adhuc audierat. Cùmque facta redhibitione in eo statu reponãtur omnia, vt nulla emptio, & venditio facta esse intelligatur, *d. l. facta* 60. *de ædilit. edict.* cõsequens est, vt secunda venditio quæ pro nõ facta habetur, culpã, quæ in priore emptione facta est, nec purgare, nec remittere potuerit. Addit Paulus etiam mercedem & cibaria mandati actione contraria consecuturũ mandatariũ eo casu quo rogatus sit à mandatore, vt seruum emptum fabricam doceret, nisi si vt gratis doceret rogatus sit, vt intelligamus videri seruum emptum hoc casu mandatori traditum. Quo enim iure serui alieni nomine & mercedes & cibaria deberet, quæ specialiter non mandasset præstari? Cùm verò seruus hoc casu perinde habendus sit acsi mandatori traditus fuisset, consequens est vt postmodum à mandatario venditus, ipsius quoque mandatoris nomine venditus videatur, ac proinde vt secuta redhibitio mandatori soli nocere debeat non etiam mandatario acsi mandatoris iussu eum seruum quamuis non sanum vendidisset.

27. GAIVS libro 9 ad Edictum Prouinciale.

SI quis alicui scripserit: vt debitorem suum liberet: séque eam pecuniam, quã is debuerit, soluturum: mandati actione tenetur.

BIU Cujas

Ad l. Si quis alicui 27.

RAT. DVB. Mandati obligatio regulariter non consistit in re neque in rem illius qui mandatum suscepit, quasi sit hoc consilium potiùs quàm mandatum, *l. 2. §. vlt. supr.* Nisi in quibusdam casibus de quibus in *l. si mandauero 22. §. interdum & §. Iulianus*, vbi diximus *supr. hoc tit.* Atqui mandatum hoc, vt quis debitorem suum liberet in rem mandatarij est. De ipsius enim re ac negotio agitur cùm tractatur de ipsius debitore liberando. Ergo non potest hoc mandatum parere obligationem aut actionem mandati, cùm deliberare apud se possit & debeat is ad quem scriptæ sunt literæ, an sibi expediat debitorem suum liberare.

DEC. Mandatum hoc non est nudum de mandatarij debitore liberando, vt consilium potiùs quàm mandatum videri possit, sed causam illam habet, quòd mandator sit soluturus eam pecuniam quæ à mandatarij debitore debeatur. Ergo si creditor mandatum hoc secutus debitorem suum liberauerit, actionem mandati contrariam aduersus mandatorem habere debet, vt damnum quod ex debitoris sui liberatione sensit ei sarciatur, cùm nō fuisset eum liberaturus, si mandatum id ei non fuisset. Liberare namque debitorem cùm nihil aliud sit quàm eum amittere, alienare est *§. vlt. Instit. quib. alien. lic.* Ideóque perinde hoc mandatum haberi debet ac si mandassem tibi, vt fundum tuum Cornelianum Titio venderes precio centum aureorum, quos tibi pro Titio essem soluturus. Quo casu nec dubitari oportet, quin si eum fundum Titio vendidisset precio centum aureorum, actionem mandati ad consequendos centum aureos contra me habere deberes. Alioqui remaneres in damno ob id solùm quòd mandatum meum bona fide secutus esses, contra *l. si quid mandassem 5. l. ex mandato 20. supr. hoc tit.* Videórque his duobus casibus pro Titio apud te fideiussisse. Quid enim vel tua vel mea refert, an fideiussorem me habeas, an mandatorem, *l. si præcedente 58. §. 1. l. vlt. §. 1. infr. hoc tit.* Est enim proxima causa fideiussorum & mandatorum, & idcirco de vtriusque promiscuè tractatur in *tit. de fideiuss. & mandat. infr. & C. l. vlt. C. eod. ill. tit.*

1 ¶ Si seruum ea lege tibi tradidero, vt eum post mortem meam manumitteres: constitit obligatio. potest autem & in mea quoque persona agendi causa interuenire: veluti si, pœnitentia acta, seruum reciperare velim.

Ad §. 1. Si seruum.

RAT. DVB. Mandatum finitur morte *l. prox. in princip. sup. §. morte infr. hac lege.* Ergo non potest conferri in tempus post mortem mandantis, ne inde initium sumere videatur vnde finem accipere debet *arg. l. Titio cùm morietur 51. supr. de vsufr.* aut priùs finem quàm initium habuisse. *l. si in diem 46. l. Titio vsusfructus 96. de condic. & demonstr.* Ergo si seruum meum ea lege tibi tradidero, vt eum post mortem meam manumitteres, non potest obligatio consistere.

DEC. Duplex hic contractus est, vnus nominatus mandati, alius innominatus do vt facias, *l. 3. §. sed si sibi & seqq. iunct. l. si pecuniam 5. §. 1. supr. de condict. caus. dat. l. naturalis 5. §. at cùm do infr. de præscr. verbor.* & consequenter duplex hinc nascitur obligatio, mandati vna, præscriptis verbis altera. Et de hac quidem nulla dubitatio est, cùm si tibi dederim Stichum ea lege, vt ipsum manumitteres licèt hoc addito, *post mortem meam*, negari non possit quin contractum sit συνάλλαγμα, ad producendam ciuilem actionem, *l. iuris gentium 7. §. sed etsi in alium supra de pact.* Sed quod ad mandati actionem pertinet, negandum est finiri morte mandatum quod in tempus mortis collatum est, *l. si verò 12. §. vlt. & l. seq. supr. hoc tit.* vbi diximus. Competet autem heredi meo, si post meam mortem acceptum seruum non manumittas. Nec enim nouum est ex meo cōtractu incipere actionem à persona heredis mei tanquam hereditariam, tametsi nunquam mihi competierit, *l. vnic. C. vt action. ab hered. & contr. hered. incip. l. hereditarium 7. infr. quib. ex caus. in possess. eat. l. hereditariarum 40. infr. de obligat. & action.* Quamuis possit mihi quoque ex hoc contractu mandati actio competere, vt Caius subiicit. Nempe si in mea persona agendi causa interueniat, velut, inquit, si pœnitentia acta seruum recuperare velim. Possum enim mutare voluntatem non solùm quatenus hic contractus fuit innominatus *d. l. 3. §. sed si sibi d. l. si pecuniam 5. §. 1. de condict. caus. dat.* Sed etiam quod ad causam mandati pertinet, quāuis mandati contractus sit nominatus, quia mandatum omne finitur mutatione voluntatis, *d. l. si verò 12. §. pen. supr.* vbi ea scripsimus ex quibus dubitandi & decidendi rationes ad hunc versiculum peti poterunt. Si ergo mutauero voluntatem antequàm seruum manumitteres, nec tamen eum velis mihi reddere, non tantùm habebo condictionem ex contractu innominato do vt facias *d. §. at cùm do*, sed etiam actionem mandati ad repetendum seruum & recuperandum. Verum enim est me tibi mandasse, vt eum manumittere cùm tibi dedi ea lege, vt post mortem meam manumitteres. Cùm ergo possim mutare voluntatem, *l. si hominem 30. hoc tit. l. 3. infr. de ser. export. l. vlt. C. si mancip. ita fuer. alien.* quídni actionem mandati habebo directam, vt eum à te inuito recuperem. Nam in seruo eâdem lege apud te depósito, vt post mortem meam manumitteretur, idem ius obtinet, vt per actionem depositi non tantùm heres meus repetere eum possit, sed ego etiam mutata voluntate, *l. 1. §. penult. supr. tit. prox.* Accursius noster qui quod hîc scriptum est de admittenda mea pœnitentia totum refert ad naturam contractus innominati, non satis benè videtur locum hunc percepisse. Sanè si obiicias manumissionem, cùm ita actus legitimus non posse fieri per procuratorem, *l. 3. C. de manum. vindict. iunct. l. actus legitimi 77. l. nemo alieno 123. de regul. iur.* Respondendum erit cum Accursio, posse hanc manumissionem fieri ab eo cui datus est seruus ea lege, vt post dantis mortem manumitteretur, quia licèt ea forma contrahendi mandatum manumittendi contineat, mandatarius tamen non tam procurator quàm dominus est. Ideóque iure dominij manumittere potest, *l. 4. infr. de manum. vindict.*

2 ¶ Qui mandatum suscepit, si potest id explere, deserere promissum officium non debet. alioquin, quanti mandatoris interest, damnabitur. si verò

BIU Cujas

intellegit, explere se id officium non posse: idipsum, cùm primùm poterit, debet mandatori nuntiare: vt is, si velit, alterius opera vtatur. quòd si, cùm possit nunciare, cessauerit: quanti mandatoris interfit, tenebitur. si aliqua ex causa non poterit nuntiare, securus erit.

Ad §. 2. Qui mandatum.

RAT. DVB. & DECID. ad hunc §. eadem est quæ ad *l. 5. §. 1. & ad l. si mandauero 22. §. vlt. supr. hoc tit.* Omnium enim horum locorum sententia est, mandatum semel susceptum, aut implendum omnino esse, & quidem iuxta formam præscriptam aut re integra renunciandum. Nisi iusta aliqua causa quæ impediat, ne aut impleri mandatum, aut renunciari tempestiuè possit. Quod tamen hîc Caius scribit. Mãdatariũ si intelligit se, id officium explere non posse, idipsum cùm primùm poterit, debere mandatori nunciare, vt is si velit, alterius opera vtatur, non adeò præcisè & absolutè accipi debet, vt non sufficiat mandatario quandocunque posteà nunciare, dummodò sint adhuc omnia integra, necdum cœperit quicquam mandantis interesse, *§. item si adhuc & §. rectè Instit. hoc tit. & d. l. si mandauero 22. §. vlt. supr.* Nam nec mandati actio competere mandatori potest priusquam cœperit eius interesse, *l. si procuratorem 8. §. mandati actio supr. hoc tit.* quod & significant verba illa huius *§. quanti mandatoris interfit tenebitur.*

3 ¶ Morte quoque eius, cui mandatum est, si is integro adhuc mandato decesserit, soluitur mandatum, [a] & ob id hæres eius, licèt exsecutus fuerit mandatum, non habet mandati actionem.

Ad §. 3. Morte.

Hic quoque §. eandem habet dubitandi & decidendi rationem, quam attulimus ad *l. prox. in princip. supr.* in eo quod Caius hîc scribit, morte eius cui mandatum est si is integro adhuc mandato decesserit, solui mandatum, quemadmodum & morte mandatoris, & mutatione expressa voluntatis. Voluntas enim finitur morte nec transit ad heredem *l. si ita legatum 65. §. illi. si volet de legat. 1. l. qui Romæ 122. §. Agerius de verb. obligat.* Quid autem interest inter finitam & reuocatam voluntatem? §. *item si adhuc Instit. hoc tit.* Nisi quod interdum potentior est reuocatio, vt diximus ad *l. si mandassem 15. in. fin. supr. ex l. 4. infr. de manum. vindict.* Quanquam maior ratio subesse videtur, propter quam morte mandatarij finiatur mandatum, quàm morte mandatoris, quoniam is qui aliquid faciendum mandat, eligit industriam personæ, qua proinde defuncta mandatum extingui necesse est, cùm non perinde videri possit elegisse industriam personæ futuri heredis qui semper incertus est, *l. qui liberis 8. §. 1. infr. de liber. & posthum. l. sciendum est 70. de verb. signific.* Nec enim maior ratio est, vt quis inuitus habeat procuratorem eum quẽ non vult, quàm vt socium *l. actione 65. §. morte & §. societas infr. tit. prox.* Neq; rursum quoties mandatum morte mandatarij finitum est, adhiberi debet distinctio quę adhibetur cùm mandatoris morte extinctum fuit, an scilicet impletum sit mandatum bona fide priusquàm sciretur extinctum esse, *d. l. inter causas prox. sup.* cùm heres mandatarij mortem ipsius ignorare nõ possit, quod in personam mãdatarij mortuo mandatore diuersum est, vt benè hîc Accursius scribit. Nec enim viuentis quisquam heres esse potest, *l. 1. infr. pro hered.* Cùm verò morte mandatoris exstinctum est mãdatum, ideò necessaria est distinctio scientiæ vel ignorantiæ mortis, quia mors mandatoris ignorari probabiliter à mandatario potest, quam ignorantiã nocere mandatario æquum non est. Eadémq; distinctio etiam inter socios adhibetur *d. l. actione §. item si alicuius.* Sequitur,

[a] *Et ob id heres eius licèt exsecutus fuerit mandatum.* RAT. DVD. Heres mandatarij vltro exequens mãdatum quod defunctus susceperat, plus facit quàm facere debeat. Nec imputari ei potest, cur fidẽ quã defunctus dederat, liberauerit. Ergo si mandatum executus sit, tanto magis actionem mandati habere debet, si nõ directam, saltem vtilem, quomodo Accursius locum hunc interpretatur. Nam qui præstat plus quàm debeat, hoc ipso præstat quod debet, *l. eum qui 15. aliàs l. Iauolenus infr. de ann. legat.* Alioqui locupletabitur mandator ex damno, & iactura heredis, quod non minùs iniquum est quàm vt ex ipsius mãdatarij iactura locupletetur, *l. nam hoc natura 14. supr. de condict. indeb. l. iure naturæ 206. de regul. iur.* Præsertim cùm mãdatum, quod defunctus susceperat, huic damno causam dederit.

DE c. Mandati actio contraria siue vulgaris, & directa, siue vtilis competere nunquam potest ei, cui mandatum nihil fuit, cùm ex mandato nascatur *l. ex mandato 20. §. 1. supr.* cùm per mandatum eligatur industria personæ, quæ pro personarum diuersitate longè alia atque alia est *l. inter artifices 36. de solut.* in eóq; maximè differt mandatarius à negotiorum gestore, *l. nam & Seruius 21. §. vlt. supr. de negot. gest.* Atqui heredi mandatarij nihil mandatum fuit, neque industria videri potest electa personæ ipsius, quæ incerta est, tempore mandati, *d. l. sciendum est 70. de verb. signific.* Ergo etiamsi post mandatarij mortem mandatum executus sit heres, actione tamen mandati nec directam nec vtilem habere potest. Nisi iam defunctus mandatum implere cœperat. Hoc enim casu cùm non sit finitum mandatum morte mandatarij, quòd res integra non sit, dubitandum non est quin actionem mandati non modò vtilem, sed etiam directam, & vulgarem habere debeat mandatarij heres qui mandati executionem à defuncto cœptam impleuerit ac perfecerit. In huiusmodi autem causis non tam inspiciendum est quãdo impleta & perfecta sint negotia, quàm quando inchoata *d. l. nam & Seruius §. si viuo de negot. gest.* Habebit tamen heres mandatarij actionem negotiorum gestorum contra mandatorem etiam illo casu, quo mandatarius rebus omnibus integris defunctus sit, si modo mandatum vtiliter impleuerit: atque ita ipsius indemnitati rectè consuletur, cùm verum sit mandatoris negotia eum gessisse & quidem vtiliter, quod sufficit cessante mandato ad inducendam negotiorum gestorum actionem, quæ actioni mandati subsidiaria esse solet, *d. l. ex mandato §. 1. l. fideiussor 32. §. 1. & pass. supr. de negot. gest.*

4 ¶ Im-

BIU Cujas

4 ¶ Impendia, mandati exsequendi gratia, facta, si bona fide facta sunt, restitui omnimodo debent. nec ad rem pertinet, quod is, qui mandasset, potuisset, si ipse negotium gereret, minus impendere.

Ad §. 4. Impendia.

RAT. DVB. Actio mandati porrigi & extendi non potest vltra quàm mandatum sit, præsertim contraria, cùm mandati fines diligenter custodire mandatarius debeat, *l. diligenter 5. supr. hoc tit.* Atqui in mandato nihil dictum fuit de impendiis à mandatario præstandis, de quibus tamen caueri & potuerat & debuerat vt in *l. si verò 12. §. vlt. supr.* Ergo si quæ impendia mandati exequendi gratia facta sint, quamuis bona fide, restitui actione mandati contraria non debent. Maximè verò si ponamus cum qui mandauit, potuisse, si negotium ipse gessisset, minùs impendere. Adiuuari enim nos beneficio, non onerari aut decipi oportet, *l. in rebus commodato 17. §. 1. supr. commod.* Oneraretur autem mandator si plus impensum sit à mandatario quam fuerat ille impensurus: Et sanè vix est vt hoc casu negotium vtiliter gestum videri possit à mandatario qui plus impendit, neque verò pro eo quod plus impendisset, actionem negotiorum gestorum dari ei oportetet, *l. sed an vltro 10. §. 1. & pass. supr. de negot. gest.* Cur ergo potiùs actionem mandati?

DEC. Mandato contineri intelliguntur omnia sine quibus mandatum expediri non potest, *l. 2. supr. de iurisdict. l. ad rem mobilem 56. l. ad legatum 62. supr. de procurat.* Ergo impendia quæ bona fide fecit mandatarius in mandato exequendo, ei restituenda sunt, quasi voluntate mandantis facta; cùm in consequentiam mandati facta sint & in antecedens necessarium eius quod faciendum fuit. Mandatum enim cùm sit contractus bonæ fidei, recipere interpretationem debet ex bona fide, *l. idémque 10. in princip. l. si verò 12. §. si mihi mandaueris & §. si adolescens supr. hoc tit. l. si mandatu 59. §. 1. infr.* Atqui ex bona fide est, vt quicquid ad mandatum exequendum bona fide à mandatario erogatũ est, id ei restituatur, ne alioqui in damno eum morari contingat, quod iniquum esset, *l. si mandassem 15. l. ex mandato 20. supr.* Nec proinde inspiciendum est quantum mandator impensurus fuerit, sed quantum mandatarius bona fide impenderit. Sibi enim mãdator imputet qui per alium gerere maluerit, quod per se gerere poterat quíque talem mandatarium elegerit, *l. 3. §. vlt. & l. 4. supr. de minor.* Neque in contrarium quicquam facit quod Accursius obiicit ex *l. in fundo 38. supr. de rei vindic. l. vel vniuersorum 12. supr. de pignorat. act.* Nihil enim ibi hac de re.

5 ¶ Si, mandatu meo, Titio credideris, & mecum mandati egeris: non aliter condemnari debeo, quam si actiones tuas, quas aduersus Titium habes, mihi præstiteris.[a] sed si cum Titio egeris: ego quidem non liberabor: sed in id duntaxat tibi obligatus ero, quod à Titio seruare non potueris.

Ad §. vlt. Si mandatu meo.

RAT. DVBIT. Cùm meo mandatu credidisti Titio, & mecum mandati agis, quia verum est te mandato meo credidisse, nihil commune habet causa mandati cum cessione actionum quas à me tibi præstari vis contra Titium. An enim ob id minùs obligatus mihi esses actione mandati, quod nullas contra Titium haberem actiones? An eo minùs debes mihi ex causa mandati, quod Titium quoque ex causa mutui habeam obligatum? Ergo non eo minùs damnari tibi debeo, quod actiones tuas quas aduersus Titium habes, nullas mihi præstiteris.

DEC. Actio mandati bonæ fidei est §. *actionum Instit. de action.* ideóque præstationes vtrimque recipit ex bono & æquo §. *in bonæ fidei eod. l. si verò 12. §. si mihi mandaueris supr. hoc tit.* Cui autem non æquum videatur hoc saltem consequi mandatorem quod sine dispendio mandatarij futurum sit, *l. in creditore 38. in fin. infr. de euict.* Atqui nullum dispendium neque incommodum creditoris est in præstandis actionibus quas contra suum debitorem habet, vt ibidem scriptum est. Nam & postquàm à me consecutus esses actione mandati quanti tua interesset, inutilis & efficax esset condictio certi ex mutuo quam contra Titium haberes. Repellendus enim esses doli exceptione si plenissimam indemnitatem à me consecutus, eandem pecuniam Titio creditam ab eo petere velles. Ita enim tibi contra vtrumque nostrũm actio competit, vt tamen nõ amplius quàm debitum sit, exigas ab vtroque, vt scriptum est in fine huius §. *Iunct. l. si fideiussor 29. §. hoc idem & l. creditor 60. §. duobus in fin. infr. hoc tit.* Porrò negare non potes quin actionem habeas contra Titium, quia licet contra me priorem mandati egeris, ille tamen non idcirco à conditione certi liberatus est *l. si mandatu 13. infr. de fideiuss.* Ergo ob hoc ipsum quod eas habes, cogendus es mihi eas præstare, *l. si procuratorem 8. §. si quis mandauerit l. heredem 14. in princip. supr. eod.* Neque ego priùs tibi damnari debeo quàm tu mihi eas præstiteris. Idque æquitate ipsa iudicij quod est bonæ fidei & cui doli exceptiones ipso iure insunt, *l. in hoc iudicium 14. §. 1. supr. commun. diuid. l. sed si ideo 21. infr. solut. matr. l. huiusmodi 84. §. qui seruum de legat. 1. d. §. in bonæ fidei Instit. de action.* Et hoc adeò verum est, vt si mandatarij eiusdémq; creditoris vitio acciderit, ne mandatori possit actionibus cedere, deneganda ei sit contra mandatorem mandati actio, *l. Stichum aut Pamphilum 95. §. penult. de solut.* Nec sanè potest negari quin in specie huius §. causa mandati connexa sit cum causa crediti, quandoquidem mandatu meo Titio credidisti. Nihil ergo fit alienum à iuris ratione aut ab eo quod inter nos actum videri debet, cùm ita ius cõstituitur, vt non priùs actione mandati condemnari tibi debeam quàm si actiones tuas quas contra Titium habes, mihi præstiteris. Etsi enim mandatarij indemnitati maximè ac præcipuè consulendum est ne suum ei officium sit damnosum, *l. si mandassem 15. l. ex mandato 20. supr. hoc tit. l. si seruus communis 61. §. quod verò infr. de furt.* Attamen etiã mandatori consulendũ est quantũ salua mãdatarij indẽnitate fieri potest contra debitorẽ, cui etiam officium exhibuit amici mandando ei credi pecuniam quam alioqui creditor non fuisset forsasse crediturus, *arg.*

BIU Cujas

l. Granius 71. §. vlt. infr. de fideiuſſ. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. ſi mandatu meo de ſolut. in illis verbis vt ei ſatisfiat. Denique quod mihi prodeſt & tibi non nocet facilè mihi concedendum eſt, *d. l. in creditore l. 2. §. item Varus infr. de aqua & aquæ pluu. arcend. l. penult. Cod. de prec. Imp. offer. Iunge l. ſicut 21. C. de fideiuſſ. l. cùm is qui 36. eod. d. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. ſi mandatu meo de ſolut.*

a *Sed ſi cum Titio egeris, ego quidem non liberabor.* RAT. DVB. Mandator fideiuſſori ſimilis eſt & ad eum proximè accedit, vterque enim acceſſoriè & pro alio obligatur, *l. ſi præcedente 58. §. 1. l. vlt. §. 1. infr. hoc tit.* At qui fideiuſſoris electione ſola quamuis nihil præſtiterit, reus liberatur & contrà electione rei fideiuſſor adeóque vnius ex fideiuſſoribus electione cæteri omnes ipſéque principalis debitor liberantur, *l. iure noſtro 5. l. liberum 16. C. de fideiuſſ.* Scilicet ante Iuſtiniani conſtitutionem quæ hoc correxit in *l. vlt. eod. l. ſi mandatu 45. §. vlt. infr. hoc tit.* Ergo & mandatorem dicendum eſt liberari cõuento & electo reo principali.

DEC. Speciale ius olim fuit in mandatoribus, vt electione rei principalis non liberarentur, *l. ſicut 21. C. de fideiuſſ. & d. l. vlt.* Ideo fortaſſe, quod mandator priorem ſe ſemper obliget, nec tam contemplatione futuri debitoris, qui an futurus ſit, adhuc ignoratur, quàm pro ſe ipſo & principaliter, cum non niſi in conſequentiam mandati ſecunda obligatio contrahatur. Mandatum enim ſemper præcedere debet, ſequi verò nunquam poteſt *l. ſi verò 12. §. ſi poſt creditam ſupr. hoc tit.* quod in cæteris obligationibus acceſſoriis omnibus diuerſum eſt, *l. ſtipulatus ſum 6. §. vltim. infr. de fideiuſſ. l. res hypothecæ 5. infr. de pignor.* Itaque aliud debitum eſt quod mandator propter ſuum mandatum debet, aliud verò quod debitor qui à mandatario pecuniam mutuam accepit. Vnde fit vt nec ſi mandator ſoluat, reũ liberet, quia propter mandatum ſuũ ſoluit, & ſuo nomine. Ideóque mandatori actiones aduerſus reum cedi oportet, vt ex Papiniano eleganter Vlpianus ſcribit in *l. ſeq.* & Papinianus ipſe in *l. Stichum aut Pamphilum 95. §. ſi mandatu meo antep. infr. de ſolut.* At quod à reo & fideiuſſore debetur, vnicũ debitum eſt, licèt duæ ſint obligationes, ob eam cauſam ſolutione ab alterutro facta vtrumque ipſo iure liberari neceſſe eſt. Quis ergo iam miretur, electione debitoris mandatorem non liberari qui nec ſolutione à reo facta liberaretur? At debitore priùs conuento & damnato ſi pecunia ſoluta ſit, mandator liberatur, quia nihil iam creditoris intereſt vt in ſpecie *d. l. Stichum §. dolo feciſti.* Nec enim actio mandati datur niſi ei cuius intereſt, *l. ſi procuratorem 8. §. mandati actio ſupr. hoc tit.* Quæ ratio etiam facit, vt quamuis non liberer, ſi cum Titio egeris, attamen in id duntaxat tibi obligatus remanere debeam quod à Titio ſeruare non poteris, vt Caius hîc ſcribit: Non quaſi ſim fideiuſſor indemnitatis tantùm, vt malè videtur ſenſiſſe Accurſius ex *l. decem 116. de verb. oblig.* Sed quia nec aliud per contrariam mandati actionẽ poſſum conſequi quàm indẽnitatem, vt in contrariis actionibus omnib. cõtingit, *l. ei apud quem 5. ſupr. tit. prox.* id eſt, quanti mea intereſt, nihil autem mea intereſt niſi pro eo quod minus à Titio ſeruare potero. Idque eſt quod ſolemus dicere intereſſe creditoris plures habere reos & debitores, *l. 3. in fin. infr. de liber. legat.* Nec enim creditor ob id ſolùm quòd duorum creditor ſit, ideò tamen bis exigere debitum poteſt *l. creditor 60. §. duobus infr.* Iunge quæ dicemus ad *l. ſeq.*

28. VLPIANVS libro 14. ad Edictum.

PApinianus libro decimo tertio quæſtionum ait, mandatorem debitoris ſoluentem, ipſo iure reum non liberare propter mãdatum enim ſuum ſoluit, & ſuo nomine.[a] ideóque mandatori actiones putat aduerſus eum cedi debere.

Ad l. Papinianus. 28.

RAT. DVB. & DEC. eadem eſt quæ ad *§. vlt.* legis præcedentis, vbi hæc ipſa ſententia proponitur Mandatorem qui ex cauſa mandati conuentus ſoluerit non liberare ipſo iure debitorem, ideóque cedendas ei eſſe à creditore contra debitorem actiones. Cuius ſententiæ rationem Vlpianus hîc ex Papiniano reddit quod mandator non debitoris nomine, ſed ſuo ſoluerit, hoc eſt propter mandatum ſuum. Alia namque eſt obligatio mandati, alia verò pecuniæ creditæ. Eſt enim iuris noſtri regula generalis, quod quis ſuo nomine ſoluit non debitoris, non liberare debitorem, *l. ſi quid poſſeſſor. 31. in princip. ſupr. de hered. petit. l. cùm quis 38. §. de peculio in fin. l. Paulus reſpondit 101. in princip. infr. de ſolut.* Nam ſi debitoris nomine ſoluiſſet mandator, dubitari non poſſet quin & debitorem ipſum, & per conſequẽtias ſeipſum quoque liberaſſet. Cùm quiſquis pro alio ſoluit etiam inuito eum liberet, *l. ſoluendo 39. ſupr. de negot. geſt. l. 1. §. penult. in fin. ſupr. de exercit. act.* Sed cùm credendus ſit quilibet ſuo nomine ſoluiſſe potiùs quàm alieno, *l. & magis 4. inf. de ſolut.* dicendum eſt mandatorem licèt non expreſſerit ſe ex mandati cauſa ſoluere, ſi tamen ſimpliciter ſoluerit, ſuo nomine ac propter ſuum mandatum ſoluiſſe videri, non nomine debitoris. Vt euenit in eo qui pro alio conſtituit, & deinde ſimpliciter ſoluit, *l. ſi filiusfamilias 15. ſupr. de in rem verſ.* Quemadmodum, cùm tutor pupillo tenetur ob id quod debitorem eius non conuenerit, neque iudicio cum altero accepto liberatur alter, nec ſi tutor damnatus ſoluerit, ea res proderit debitori, vt idem Papinianus noſter ſcribit in *l. Stichum aut Pamphilum 95. §. ſi mandatu infr. de ſolut.* vbi hanc ob cauſam ait ſi mandatu meo pecuniam Titio, credideris hunc contractum ſimilem eſſe tutori & debitori pupilli. Quod ſubinde explicat in verſic. *Et hoc pertinet tutoris, & debitoris pupilli nos feciſſe comparationem.* Sic enim legendum eſt, non vt vulgo, *non feciſſe*, quod & alibi iam monuimus. Ergóne, inquies, habebit creditor totam pecuniam à mandatore ſolutam, & nihilominùs debitorem adhuc obligatum? Habebit vtique, ſed ſi poſt factam ei à mandatore ſolutionem agat condictione certi ex mutuo, quæ ſtricti iuris eſt nec doli exceptionem in ſe continet, repellendus erit oppoſita doli exceptione, vt ſuprà diximus, *arg. l. ſicut 8. §. vlt. infr. quib. mod. pign. vel hypoth. ſoluit. iunct. l. 2. eod. tit.* Improbus enim eſt qui velit bis idem conſequi etiam à diuerſis debitoribus, *l. ſi quis dolo 51. §. 1. infr. de re iudic. l. bona fides 57. de regul. iur. l. ſi fideiuſſor 29. §. hoc idem l. creditor 60. §. duobus hoc tit.* Sed ex hoc tanto magis intelligimus non eſſe de-

BIU Cujas

esse debitorem ipso iure liberatum, cùm liberandus sit per oppositam doli exceptionem, *l. qui seruum 34. §. 1. infr. de oblig. & action.* Et hoc Accursius quoque noster bene docuit. Quid igitur si mandator nec simpliciter soluerit, nec suo tantùm aut debitoris solius nomine, sed vtriusque, & vt Accursius loquitur, totalis obligationis? Placet quod Accursius respondet vtrumque hoc casu liberari: Nam quæ iuris ratio facit vt is liberetur cuius nomine solutum est, eadem euincit, vt quod vtriusque nomine solutum est, vtrumque liberet, *d. l. 1. §. penult. supr. de exercit. act.*

a *Ideóque mandatori actiones putat aduersus reum cedi debere.* RAT. DVB. Habet mandator actionem negotiorũ gestorum pro cõsequenda indemnitate contra eum pro quo mandauit, cùm nec soluerit nec obligatus fuerit nisi propter suum mandatum, vt diximus, nihil autem mandauerit nisi in rem & vtilitatem debitoris, cui etiam doli exceptionem solutione sua acquisiit, vt modò diximus. Ergo nõ indiget cessione actionum à creditore faciẽda ad conueniendum debitorem.

DEC. Tum demum actio negotiorum gestorum danda est mandatori ob solutionem à se factam creditori cui mandauerat, vt pecuniam Titio crederet, cùm debitor ea solutione liberatus est, *l. vltim. supr. de negot. gest.* Alioqui nec debitoris negotium vtiliter gessisse videri potest, qui eum non liberauit, quod tamen necesse est ad actionem negotiorum gestorum inducendam, *l. sed an vltro 10. §. 1. & pass. eod. tit.* Atqui in proposita specie mandator debitorem non liberauit, quia non ipsius nomine soluit, sed suo & propter suum mandatum, vt diximus. Ergo nec actionem negotiorum gestorum habere potest contra debitorem, cùm non eius, sed suum negotium gesserit: Nec mandati, cùm nihil ei debitor mandauerit, *l. ex mandato 20. §. 1. supr.* Et consequenter necessaria est cessio actionum creditoris, vt iis ipsis experiri aduersus debitorem possit, idque quasi vltimi remedij loco, vt in *l. rem hereditariam 65. infr. de euict.* Alioqui in damno mandator moraretur, & ex eo damno locupletaretur debitor, cui solutio à mandatore facta licèt ipsius mãdatoris, non debitoris nomine doli exceptionem acquisiuit quidem, sed per consequentiam duntaxat, non quòd id principaliter ageretur. Cõsequentiæ autem in iure nostro attendi non solent, *l. 1. l. quod dicitur 7. infr. de author. tutor.* præsertim ad dandam actionem negotiorum gestorum, pro qua inducenda animum gerendi alterius negotia interuenisse oportet: Alioqui nec animus adest alium obligandi, *l. in hoc iudicium 14. §. 1. supr. commun. diuid.* Illa igitur tantùm quæstio tractanda superest quam Accursius mouet, an cessionem hanc actionum fieri necesse sit in ipso actu solutionis aut incontinenti post solutionem, an verò possit vtiliter fieri etiam ex interuallo. Respondet autem cum distinctione, an mandator soluerit suo nomine, an debitoris, an simpliciter. Primo casu ait posse fieri cessionem ex interuallo, & quandocunque. Secundò nunquam. Tertiò autem, si cessio fiat incontinenti, videri mandatorem aut fideiussorem soluisse suo nomine. Si verò ex interuallo, soluisse potiùs videri nomine debitoris. Mihi distinctio hæc nunquam placuit. Aliud enim est quærere, an cessio actionum fieri possit ex interuallo, aliud verò an soluisse mandator aut fideiussor suo nomine, an nomine debitoris. Distinguere potiùs Accursius debuit, An solutione sublata sit obligatio de cuius cessione agitur nẽcne. Si sublata sit, frustrà quæritur de cedenda actione, quæ amplius nulla superfit sublata obligatione. Ideóque non potest hoc casu fieri cessio ex interuallo. Incontinenti tamen potest perinde atque in ipso actu solutionis, adeóque interdum etiam ex interuallo si solutionem præcesserit pactum aliquod de actionibus cedendis, vt eleganter & disertè scriptum est in *l. Modestinus 76. de solut.* His enim casibus non tam solutum debitum, & peremptа per solutionem actio quàm nomen debitoris eo precio venditum intelligitur, *d. l. Modestinus l. soluitur 5. §. si conuenerit infr. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit. l. cùm pupillus 21. de tutel. & ration. distr. l. cum is 76. de fideiuss.* At cùm per solutionẽ sublata nõ est obligatio, neque peremptа actio videri potest quæ ex obligatione nascitur, vt in specie huius legis. Ideóque hoc casu nihil impedit quominùs actionis cessio quandoque fiat, *l. si res obligata 57. de legat. 1. l. si minoris 25. infr. de admi. tutor. d. l. 2. d. l. sicut 8. §. vlt. quib. mod pign. vel hypoth. soluit.* Proinde si mandator propter suum mandatum, & suo nomine soluerit, poterit fieri cessio à creditore aduersus debitorem, non quia mandator suo nomine soluerit, vt sentire videtur Accursius, sed quia debitor non est liberatus. Si verò debitoris nomine soluerit, non valebit cessio facta ex interuallo, non quia debitoris nomine soluerit, sed quia debitor ipso iure liberatus fuit, nec proinde supereſt actio vlla quæ cedi possit, contra iam liberatum, *l. 1. Cod. de contr. iudic. tutel.* Valebit tamen si aut in ipso actu solutionis facta sit aut incontinenti post solutionem aut in consequentiam pacti præcedentis, de actionibus cedendis. Quòd si denique simpliciter mandator soluerit, cùm hoc ipso præsumendus sit suo potiùs quàm debitoris nomine soluisse, vt diximus ex *d. l. si filius familias 15. sup. de in rem vers.* Consequens est, vt cessio fieri possit etiam ex interuallo, cùm neque hoc casu debitor sit liberatus, quamuis aliter concludat Accursius, quasi hæc sententia sit *d. l. Modestinus.* In quo sanè fallitur, & quotquot ex nostris distinctionem ipsius sequuntur.

29. IDEM libro 7. Disputationum.

SI fideiussor conuentus, cùm ignoraret, non fuisse debitori numeratam pecuniam, soluerit ex causa fideiussionis: an mãdati iudicio persequi possit id, quod soluerit, quæritur, & si quidem sciens prætermiserit exceptionem vel doli, vel non numeratæ pecuniæ: videtur dolo versari. dissoluta enim negligentia prope dolum est. vbi verò ignorauit: nihil est, quod ei imputetur. pari ratione, & si aliqua exceptio debitori competebat, pacti fortè conuenti, vel cuius alterius rei: & ignarus hanc exceptionem non exercebat, dici oportet, man-

BIU Cujas

dati ei actionem competere, potuit enim, atque debuit reus promittendi certiorare fideiussorem suum, ne fortè ignarus soluat indebitum.

Ad l. Si fideiussor 29.

RAT. DVB. Vtilitas exceptionis siue non numeratæ pecuniæ, siue doli, siue alterius cuiuslibet debitori acquisitæ non debet ei siue ignoranti siue inuito adimi facto fideiussoris, ne alteri per alterum iniqua condicio inferatur contra iuris regulam, *l. non debet 74. de regul. iur.* Præsertim cùm beneficio quod accipit à fideiussore debitor adiuuari debeat, non lædi aut decipi *l. in commadato 17. §. 1. supr. commod.* Nam neque facto debitoris auferri potest inuito fideiussori quæsita ei exceptio *l. vlt. sup. de pact.* Sicuti nec alieno facto adimi cuiquam actio sua potest, *l. Granius 71. §. penult. infr. de fideiuss.* Atqui cùm debitori qui se obligauit spe futuræ numerationis non est numerata pecunia, competit ei exceptio nõ solùm non numeratæ pecuniæ intra biennium nisi creditor probet numeratã à se pecuniam fuisse, sed etiam doli, *l. 3. C. de non numer. pecun.* vltra biennium quoque si debitor se oneret probatione. Eáque exceptio ex persona debitoris competit etiam fideiussori adeóque mandatori, *l. tam mandatori 12. eod. iunct. l. exceptiones 7. §. 1. infr. de except.* Et tamen huius exceptionis vtilitas auferretur debitori, & quidem facto fideiussoris, si fideiussori qui nulla exceptione opposita soluisset, daretur actio mandati contraria aduersus debitorem. Quid enim debitoris interest, an soluendum necessariò habeat fideiussori, an creditori? aut an directò, an per mediam fideiussoris personam ad eum perueniatur, *l. cùm lex 46. infr. de fideiuss. l. si quis reum 5. infr. de liber. legat.* Ergo non est permittẽdum fideiussori qui ita soluerit ex causa fideiussionis, vt mandati iudicio id quod soluerit, persequatur.

DEC. Nemo damnum sentire debet ex mandato quod bona fide & susceperit, & impleuerit, si modò nulla ei culpa imputari possit, *l. si mandassem 15. l. ex mandato 20. in princip. sup. hoc tit.* Atqui damnũ sentiret fideiussor ex sua fideiussione si prohiberetur indemnitatem suam persequi iudicio mandati, & quidem nulla culpa sua interueniente, quamuis exceptionem doli, vel non numeratæ pecuniæ sibi quoque competentem non opposuerit, quam scilicet ignorabat cõpetere debitori. Tractamus enim hunc casum quo fideiussor ignorauerit, non fuisse debitori numeratam pecuniam, ac proinde quo nihil ei possit imputari, nisi fortè imputare ei volumus, cur non id diuinauerit, quod absurdum esset *§. si cùm debitor infr.* An non enim multo iustius imputari potest debitori, cur fideiussorem suum de rei veritate non certiorauerit ante solutionẽ, ne fortè contingeret ei indebitum soluere? *d. §. si cùm debitor & seq. infr.* Ergo non eo minùs actionem mandati contrariam habere debet ad consequendam indẽnitatem. Idémque iuris est si quam aliam exceptionem debitori competentem puta pacti conuenti aut aliam quamlibet ignorans prætermiserit. Quomodo enim ignarus potuit exceptionem exercere, *l. cùm sex 55. infr. de edilit. edict.* Siquidem alieni facti ignorãtia semper tolerabilis est *l. vlt. Pro suo.* Planè si sciens eam exceptionem debitori competere prætermiserit, non solùm in culpa esse videbitur, sed etiam in dolo, cùm dissoluta negligentia, id est, lata culpa propè dolum sit *l. latæ culpæ 223. l. magna negligentia 226. infr. de verb. signific. l. quod Nerua 32. supr. tit. prox. l. 1. §. 1. supr. si mens. fals. mod. dixer. l. 1. §. non aliàs infrà si is qui testam. lib. ess. iuss.* Nam & in non faciendo lata culpa cõtrahi potest, *d. l. 1. §. 1. si mens. fals. mod. dixer. l. si seruum 91. in princip. infr. de verb. oblig.* Adeo autem lata culpa dolo proxima est, vt vix vnquam doli mentio fiat quin eo nomine etiam culpa lata contineatur, si duos casus excipias, quos hîc Accursius obseruat, quorum primus est in accusatione suspecti tutoris, *l. vlt. C. de suspect. tutor. §. suspectus Instit. eod. tit.* Alter est in lege Cornelia de sicariis, *l. in lege 6. infr. de leg. Cornel. de sicar.* Alia ratio est fideiussoris qui vsus exceptione quæ prodesse ipsi debebat, per iniuriam tamen iudicis victus est. Huic enim etsi nihil præstatur iure mandati, id tamen alia ratione fit, nec quia ei imputari aliquid possit, sed quod iniuriam ei factam æquius sit penes eum manere quàm ad alium transferri, *l. exceptione 67. infr. de fideiuss.* Eadem distinctio scientiæ, & ignorantiæ in aliis ferè omnibus iuris partibus adhibetur, sed maximè in fideiussoribus, *l. si procuratorem 8. §. si ignorantes*, vbi diximus, *supr. hoc tit.* Iunge *l. cùm quis 10. C. de iur. & fact. ignor. l. regula 9. infr. eod. ill. tit. l. vltim. §. si mulier. ne ipsa supr. ad SC. Maced. l. in venditionibus 9. §. vlt. infr. de contr. empt. l. inter causas 26. in princip. supr.* Non cadit tamen hæc distinctio in fideiussorem qui vsus non est exceptione sibi cõpetẽte ex persona sua factóq; suo, quippe cuius ignorantiam non possit probabiliter prætendere, *l. quamquam 7. supr. ad SC. Velleian.*

1 ¶ Non malè tractabitur: si cùm ignoraret fideiussor, inutiliter se obligatum, soluerit, an mandati actionem habeat. & si quidem factum ignorauit, recipi ignorantia eius potest. si vero ius, aliud dici debet.

Ad §. 1. Non malè.

RAT. DVB. Fideiussor qui ab initio inutiliter se obligauit, nullomodo obligatus fuit. Paria enim sunt inutiliter quid factum esse, & nullomodo factum esse, *l. quoties 6. supr. qui satisd. cogant. l. 2. infr. de author. tutor.* Ergo si fideiussor qui putauit se obligatum, cùm non esset, soluerit, indebiti soluti condictionem habere potest, nec proinde actionem mãdati cùm imputare sibi debeat, cur indebitum soluerit, vt in negotiorum gestore scriptum est in *l. si quis negotia 23. sup. de negot. gest.* Aut si quis actionem mandati ei dare velit, restringere illam ita oportebit, vt quod minùs consequi poterit à creditore cui soluit, hocà debitore mandati iudicio consequatur, *l. indebitam 47. supr. de condict. indeb.*

DEC. Multum interest, an quod indebitum soluit fideiussor, indebitum fuerit etiam quod ad debitorem ipsum pertinet, vt in *d. l. indebitam.* An verò quod ad solum fideiussorem vt in hoc §. Priore casu id obtinet quod scriptum est in *d. l. indebitã*, & distinguere oportet vtrũ fideiussor debitoris nomine soluerit, an suo. Posteriore verò ea distinctio adhibẽda est quę ponitur ab Vlpiano in hoc §. Vt si factũ ignorauerit, ignorantia eius recipi possit, si verò ius aliud dici debeat. Facti nãq; dũmodò alieni ignorantia semper probabilis est *l. vltim. infr. Pro suo.* non etiam proprij *l. quamquam 7. supr. ad SC. Velleian.* At

iuris

BIU Cujas

iurisignorantia neminem excusat si modo potuerit consulere peritiores, *l regula 9. §. penult. infr. de iur. & fact. ignor. l. in bonorum 10. infr. de bonor. possess.* Quid? An non verum est iuris ignorantiam acquirere quidem volentibus non prodesse, sed tamen suum petentibus, & in damnis amittendæ rei suæ non nocere, *l. iuris ignorantia 7. & seq. de iur. & fact. ignor.* Respondeo non quomodo Accursius, etiam debitorem certare de damno vitando, ideoque cùm sit possessor, potiorem esse debere ex *l. si seruum 91. §. sequitur. de verb. oblig.* (quodnã enim potest esse damnum debitoris quem ponimus fuisse verũ debitorem?) sed è contrario nec ipsum fideiussorem qui agit mandati pro sua indemnitate aduersus eum pro quo soluit indebitum certare de damno vitando, cùm possit habere condictionem indebiti ex propria persona tum quoque cùm pecunia non fuit indebita quantum ad debitorem & quanto minus à creditore cõsequi poterit qui forte soluendo non sit tantum actione mandati contraria eum à debitore consecuturum ex *d. l. indebitam.* Non enim probè debitor obiicere potest fideiussori cur indebitum soluerit, cùm non esset obligatus si modò negare non possit fideiussorem ex mandato debitoris præcedente obligatum fuisse. Iustissimè siquidem potest fideiussor allegare se id damni passurum non fuisse, si non mandatum suscepisset *l. si seruus communis 61. §. quod verò infr. de furt.* Sufficit q; non esse inutile mandatum fideiubendi quãuis fideiussio ipsa ex eo mandato secuta inutilis fuerit. Quantumuis enim inutilis solutioni tamen postea secutæ causam dedit. Ergo & hoc casu indemnis seruandus est fideiussor actione contraria mandati non solùm subsidiaria, vt in *d. l. indebitam.* sed etiam vulgari & ordinaria. Quia quod soluit fideiussor etiam quasi fideiussor & suo nomine debitorem liberat, acsi à debitore ipso solutum esset *l. cùm is 36. infr. de fideiuss. & tit. quib. mod. tollit. oblig. in princip.* quod sufficit ad inducendam mandati actionem, *§. vlt. infr.* In eóque differt mandator à fideiussore, *l. si quis 27. §. vlt. & l. prox. præced. supr.* Hoc verò non similiter dici potest si quis quasi fideiussor soluerit pecuniam quæ indebita fuerit etiam quantum ad debitorem. Nec enim potuit solutione liberari debitor qui non erat obligatus, *l. decem 116. de verb. oblig.* Exemplum autem huius §. de fideiussore qui cùm inutiliter tanquam fideiussor obligatus esset, indebitum tamen soluerit lapsus ignorantia facti, potest sumi ex *l. Græcè 8. § illud commune infr. de fideiuss.* in eo fideiussore qui se obligauit purè pro eo quem purè quoque obligatum se putabat, cùm tamen non esset ille obligatus nisi sub condicione vel in diem. Hoc enim casu fideiussor omnino non, id est, nullomodo obligatur, nec si dies venerit vel condicio postea extiterit, *d. §. illud.* Et tamen est hæc ignorantia facti & quidem alienii ac proinde probabilis & tolerabilis, *d. l. vlt. pro sub.* Erit verò ignorantia iuris, si fideiussor sciens reum principalem non nisi in diem vel sub condicione debere, pro eo tamen purè fideiusserit, existimans validam nihilominus fore fideiussionem contra iuris regulam quæ non patitur vt fideiussores, & alij qui accessionum iure obligantur in duriorem causam accipiantur quàm principales debitores, *d. §. illud.* Itémque si fideiussor promiserit reum principalem daturum aliquid vel facturum, cùm tamen de suo tantùm facto non de alieno promittere debuerit. Hæc enim iuris ignorãtia facti est, *l. sicut reus 65. infr. de fideiuss.* Cæterùm in specie huius §. ponendum necessariò est obligatum fuisse fideiussorem sed inutiliter. Nam si nullomodo fuerit obligatus qua fronte aget mandati? Itaq; no iad hunc locum exemplũ petere ex *l. fideiussor 32. supr. de negot. gest.* vbi agitur de fideiusore qui putabat se ex duabus causis fideiussisse, cùm tamen pro vna tantùm fideiussisset & quidem vtiliter, pro alia autem nullomodo ideſt, ne quidem inutiliter. Quæ Accursius exempla adfert, minùs videntur accommodata. Ponit enim fideiussorem per ignorantiam facti se obligasse pro reo qui tutus erat exceptione pacti vel iurisiurandi, nec proinde obligatus erat naturaliter, sed tantùm ciuiliter, ex *l. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis de solut.* cùm tamen hoc casu fideiussor obligetur & quidem vtiliter. Easdem licèt exceptiones habiturus si conueniatur quas haberet debitor ipse si conueniretur, *l. exceptiones 7. §. 1. infr. de except.* Nec enim eo minùs tenet obligatio fideiussoris se & ciuiliter & naturaliter obligantis quòd reus principalis ciuiliter tantùm, non etiam naturaliter maneat obligatus, quia non duriùs obligatur sed efficaciùs: Sicut & ille qui se obligat & ciuiliter, & naturaliter pro eo qui naturaliter tantùm erat obligatus, *l. si pupillus 127. de verb. oblig. l. 1. in fin. de nouat.* Planè si fideiussor qui non nisi ex stipulatione obligatur, *l. blanditus 12. C. de fideiuss.* non responderit nisi ex interuallo putans valere stipulationem & fideiussionem etiamsi ex interuallo ad interrogationẽ respõdeatur contra *l. 1. §. qui præsens de verb. oblig. l. continuus 137. in princ.* erit hic quoq; error iuris, vt Accursius notat. Subinde quærit cur aliud iuris sit, si erratũ sit in iure, aliud verò si in facto. Respondet autẽ nec malè, quia ius finitũ est, facta verò infinita ex *l. 2. infr. de iur. & fact. ignor.* Sed debuit ex eadem lege addere ius certum esse (non quasi ab omnibus sciatur, aut sciri præsumatur, vt vulgò nostri malè iactitãt, quod nec peritiores ferè sciũt, sed quia certis principiis ac regulis finibúsque concluditur) facta verò incerta, *l. vbi autem 75. §. qui id quod de verb. oblig.* Incerta porrò facilè ignorantur. Certa non item.

2¶ Si cũ debitor soluisset, ignarus fideiussor soluerit: puto eũ mandati habere actionẽ. ignoscendum est enim, si non diuinauit, debitorẽ soluisse. debitor enim debuit notũ facere fideiussori, iã se soluisse, ne fortè creditor obrepat, & ignorantiam eius circumueniat, & excutiat ei summam, in quam fideiussit.

Ad §. 2. Si cùm debitor.

RAT. DVB. Solutione debiti siue à reo siue à fideiussore facta tollitur omnis obligatio tã principalis debitoris, quàm fideiussoris, *l. cùm is 36. infr. de fideiuss. & tit. quib. mod. tollit. oblig. in princip.* Nec tantùm sciens, sed etiã ignarus adeóq; inuitus fideiussor liberatur per solutionẽ à principali debitore factam, *dict. tit. quib. mod. oblig. tollit.* Idq; nõ tantũ solutionis potestate, sed etiam per consequentias quia liberato reo principali fideiussor in obligatione retineri nõ potest, nec si promissum à debitore animal ipse occiderit, *l. si fideiussor 19. sup. de dolo.* Ergo si pecuniã à reo principali iã solutã debitor soluerit, quamuis ignarus, fatendum est eum soluisse inde-

BIU Cujas

bitum, nec ea solutione liberasse debitorem qui iã erat liberatus *l. 1. C. de contr. iudic. tutel.* Proinde nec mandati actio contraria videtur ei danda esse, cùm nihil vtilitatis solutio attulerit reo principali §. *vlt. infr.* habeat q; condictionem indebiti aduersus falsum creditorem cui soluit *l. indebitam 47. supr. de condict. indeb.* Aut si solidum repetere à creditore non possit, sufficere debet si actionem contrariam mandati subsidiariam ei demus contra mandantẽ in id tantum quod minus à creditore consecuturus sit *d. l. indebitam* Videtur autem hic casus paullo dubitabilior quàm qui in huius legis initio propositus fuit. Ibi enim reus principalis manebat ipso iure obligatus quamuis exceptione non numeratæ pecuniæ, vel doli, vel pacti conuenti, vel qua alia huiusmodi tutus esset. In specie autem huius §. liberatus erat debitor ipso iure, quem facto fideiussoris quamuis ignorantis in obligationem recidere, iniquum sanè esset. Decidendi tamen ratio eadẽ est, quia indemnem seruare fideiussorem debitor cogitur, si quid fideiussori absit ex causa fideiussionis, dummodo nihil sit quod imputari fideiussori possit *l. si mandassem 15. l. ex mandato 20. supr. hoc tit. l. si seruus communis 61. §. quod verò infr. de furt.* Atqui nihil est quod imputare possis mandatario qui pecuniam pro qua fideiusserat, soluit ignorans solutam eam iam fuisse à debitore. Ignoscendum namque ei est si non diuinauit *l. si putator 31. supr. ad leg. Aquil. l. 4. §. illa etiam quæstio 23. infr. de doli mali except.* E contrario imputare sibi debitor debet, cur non certiorauerit fideiussorem, eique notum fecerit se soluisse, ne fortè creditor obreperet, ac ignorantiam eius circumueniret, eique summam excuteret in quam fideiusserat, vt in *l. si pecuniam 5. §. item si quis supr. de condict. caus. dat. l. sed si pupillus 11. in princip. de instit. action. l. si procuratorem 8. §. si ignorantes l. si mandauero 22. §. vlt. l. inter causas 26. in princip. supr. hoc tit.*

3 ¶ Hoc idem tractari & in fideiussore potest: si, cũ soluisset, non certiorauit reũ: sic deinde reus soluit, quod soluere eũ nõ oportebat. & credo, si, cũ posset eũ certiorare, non fecit: oportere mãdati agentẽ fideiussorem repelli. dolo enim proximũ est, si post solutionem non nũciauerit debitori. [a] cedere autem reus indebiti actionem fideiussori debet, ne duplum creditor consequatur.

Ad §. 3. Hoc idem.

RAT. DVB. & Decidendi ad hunc §. eadem est quæ ad superiorem: nihil enim refert, an debitor soluat an fideiussor, & an suo an alter alterius nomine, quia omni casu ambo solutione liberantur *l. cùm is 56. infr. de fideiuss. & tit. Quib. mod. tollit. oblig. in princip.* Proinde idem iuris esse debet in fideiussore qui soluit ignorante debitore nec certiorauit debitorem, quod diximus in debitore qui soluit ignorante fideiussore, nec certiorauit fideiussorem cùm facere id posset. Ergo si fideiussor mandati agat cõtra debitorem vt repetat quod pro eo soluit, repellendus erit exceptione doli, qua licèt debitorem nondum liberatum ea solutio liberauerit à creditore, non magis tamen ei profuit quam si eũ non liberasset, cùm perinde soluere coactus sit propter iustam ignorantiam solutionis prius factæ à fideiussore, acsi solutio nulla præcessisset. Nam nec diuinare potuit aut debuit solutionem à fideiussore factam, cõtrà verò potuit & debuit fideiussor notum facere debitori quod solutum debitum fuisset ne id debitor iterum solueret. Atquin ita fiet inquies, vt fideiussor in damno moretur, contra id quod tam sæpe diximus officium ei suum dãnosum esse debere *l. si seruus communis 61. §. quod verò infr. de furt. l. si mandassem 15. l. ex mandato 20. supr. hoc tit.* Sed respondeo damnum quod quis ex culpa sua sentit, nec sentire videri *l. quod quis 203. de reg. iur.* Neque verò minus bonam fidem præstare debet fideiussor debitori quam debitor fideiussori *l. idemque 10. in princip. supr. l. si mandatu Titij 59. §. 1. infr. hoc tit.* Non est autem ex bona fide, quin potiùs dolo proximum est, si fideiussor post solutionem à se factam non nunciauerit debitori, vt hîc Vlpianus scribit. Alioqui beneficio fideiussoris deciperetur debitor, non adiuuaretur, quod ferendum non est *l. in commodato 17. §. 1. supr. Commod.* Illa tamen differentia est, quod in fideiussore distinguimus an reum principalem certiorare potuerit an non, vt ostenduit verba illa huius §. *si cùm posset eum certiorare.* At in debitore nõ distinguimus an fideiussorem certiorare potuerit necne, vt benè notat Accursius ex principio huius legis. Nempe quia indẽnis omnimodo seruandus est fideiussor à debitore, nisi eo solo casu quo fideiussori aliquid imputari possit. At non æquè seruandus est debitor indemnis à fideiussore etiamsi nihil debitori possit imputari, si modo nec quicquam sit quod possis imputare fideiussori. Porrò eo quoque casu quo debitor fideiussorem certiorare non potuerit, quamuis nihil debitori imputari possit, non tamen ex eo inferre possis: Esse igitur aliquid quod fideiussori imputetur, quare certioratus non sit.

a *Cedere autem reus.* RAT. DVD. Non potest mitius agi cum fideiussore qui soluit, nec certiorauit debitorem ne iterum solueret, quàm vt agens contraria mandati actione ad consequendam indemnitatem doli mali exceptione repellatur, quomodo repellendum eum esse Vlpianus proximè scripsit. Nam, & dolus eius aut saltem culpa lata dolo proxima grauiorem quandam condemnationem potius exigeret, cùm non minus in dolo sit is qui patitur exceptionem doli, quàm qui actione de dolo conuenitur: palã enim esset doli exceptionem propositam esse ex eadem causa ex qua de dolo malo actio proposita est, vt Vlpianus noster scribit in *l. 2. in princip. infr. de doli mali except.* Ergo qua fronte potest fideiussor desiderare, vt sibi actiones præstentur à debitore cùm propria ipsius fideiussoris culpa dolusve puniatur? Sic enim Papinianus argumentatur in specie *l. si plures 38. §. vlt. infr. de admin. tutor.* An non hoc esset actionem ex culpa & improbitate sua acquirere contra *l. itaque 12. §. 1. infr. de furt.*? DEC. Non vsque adeo amarè cum fideiussore agendum est, licet fuerit negligentior in certiorando debitore ne iterum solueret, vt non tantùm repellatur exceptione doli agens ad indemnitatẽ, sed etiam denegetur ei cessio actionis & cõdictionis indebiti quæ ex facto & solutione fideiussoris ipsi reo acquisita fuit. Nisi enim prior soluisset fideiussor, indebitũ non fuisset quod à reo principali solutũ posteà fuisset, deniq; solutio

à fide-

3 fideiussore facta liberauit debitorem, quamuis eius liberationis fructum debitor non senserit, qui propter nō factam sibi certiorationem iterum soluere coactus fuit: sentit tamen in hoc quod habet condictionem indebiti quam non haberet, si fideiussor non soluisset. Semper enim condictio indebiti danda ei est qui posterior soluit *l. cùm duo 25. l. vlt. §. Titius supr. de condict. indeb.* Cui non ergo æquum videatur hoc saltem consequi fideiussorem quod sine dispendio rei principalis futurum sit *l. in creditore 38. in fin. infr. de euict. Iunct. l. si id quod 28. §. si quas infr. de donat. int. virum & vxorem.* Alioqui eueniret, vt creditor duplum consecutus duplum retineret, quod esset improbum & iniquum *l. creditor 60. §. duobus infr. hoc tit. l. si quis dolo 51. §. 1. in fin. de reiudic. l. bona fides 57. de reg. iur.* Nec ea res lucra debitoris cederet, qui si condictione indebiti solutum repeteret à creditore, hoc ipso fateretur negotium à fideiussore suo vtiliter gestum esse tum cùm soluisset. Cùm igitur habeat cōdictionem indebiti, quam fideiussori præstare possit, eamque sibi quæsitam si non ex pecunia, saltem ob pecuniam fideiussoris, quæ ei hodie abest. Recusare certè nō debet, nec potest, quominus ea condictione indebiti cedat fideiussori qui amici officium non modo præstitit fideiubendo, sed etiam impleuit soluēdo, quique damnum hoc hodie nullum sentiret, si mandatum ab initio non suscepisset *l. si seruus communis 61. §. quod verò versic. iustissimè, infr. de furt.* Quare non benè hic fideiussor comparabitur ei de quo Papinianus tractat in *d. l. si plures.* id est, tutori qui & in dolo fuerit non administratæ per contumaciam tutelæ, & ex contumacia ac negligentia sua damnum pupillo intulerit, cùm hic fideiussor neque ex dolo suo conueniatur, neque damnum vllum debitori attulerit, cui è contrario liberationem soluendo quæsiit, & in eo ipso, in quo culpam contraxit, quod de solutione à se facta debitorem non certiorauit, materiam ei condictionis indebiti parauerit.

4 ¶ Quædam tamen etsi sciens omittat fideiussor, caret fraude, vt puta si exceptionem procuratoriam omisit, siue sciens, siue ignarus. de bona fide enim agitur, cui non congruit de apicibus iuris disputare: sed de hoc tantùm debitor fuerit, nécne.

Ad §. 4. Quædam tamen.

RAT. DVB. Fideiussor in iis omnibus quæ ad causam fideiussionis pertinent, bonam fidem præstare debet, vt & alius mandatarius quilibet *l. idemque 10. in princip. supr. l. si mandatu Titij 59. §. 1. infr. hoc tit.* Atqui non videtur bonam fidem præstare nisi omnibus ijs vtatur exceptionibus quibus debitor vti posset. Cur enim accommodantur illæ fideiussoribus, nisi vt defendant debitorem qui iis vti posset? Nempe quia quod à fideiussoribus petitur, ab ipso debitore peti videtur, cùm mandati iudicio reddere iis debeat, quod ipsi pro eo soluerint *§. exceptiones Instit. de replicat.* Nemo autem dubitat, quin etiam dilatoriæ exceptiones debitoris competant quales sunt procuratoriæ, veluti si per militem aut fœminam agere quis velit *l. 2. §. vlt. infr. de except. §. vlt. Instit. eod.* & consequenter fideiussori *l. exceptiones 7. eod. tit.* Ergo fraudem & iniuriam facit fideiussor debitori, si prætextu bonæ fidei, quā velit agnoscere, omittat exceptiones istas dilatorias, quibus tueri se posset debitor si conueniretur. Etsi enim dilatoriæ exceptiones litem non perimunt, sed personam tantùm euitant *d. l. 2. §. vlt.* interdum tamen magnum commodum adferunt propter tam multa quæ pendente lite possunt incidere & facere ne vnquam condemnetur is, qui tamen hodie condemnatus esset. Quid enim si postea contingat mori creditorem nullo herede aut bonorum possessore aliōve successore relicto, ne quidem fisco? vt in *l. 1. §. idem quærit si apud te 14. supr. deposit. l. habere licere 57. infr. de euict.* Aut quid si longiore tantum temporis spatio aliquo debitor indigeat, vel ad conquirendas pecunias, ex quibus creditori satisfaciat vel ad vendenda bona ex quorum precio pecuniam colligat, vel ad rogandos amicos, quorum opera & interuentu lis per transactionem finiri possit. Non igitur hoc commodo priuandus debitor est facto ipsius fideiussoris cuius beneficio adiuuari debuerit, non decipi *l. in commodato 17. §. 1. supr. Commod.*

DEC. Ignoscendum est fideiussori, si à vero creditore conuentus pudori suo pepercerit *l. Quintus 48. infr. hoc tit.* Parcit autem pudori suo quoties bonæ fidei agnoscendæ gratia id recusat facere per quod pudor eius oneraretur: oneratur autē quoties recusat solutionē debiti quod promisit. *d. l. Quintus.* quia nihil tā ex bona fide est quàm vt quod promissum fuit, præstetur *l. 1. sup. de pact. l. 1. de pecun. constit.* Ideoque non congruit bonæ fidei de æpicibus iuris aut verborum disputare, sed tantum de veritate facti, hoc est, an qui conuenitur debitor sit nec-ne *l. 2. §. vlt. C. eod. l. ita vulneratus 51. §. vlt. supr. ad leg. Aquil. l. & si non cognitio 4. C. si contra ius vel. vtil public.* Atqui exceptiones dilatoriæ & procuratoriæ ad veritatem negotij & peremptionem litis nil pertinent *d. l. 2. §. vlt. de except.* Ergo non est imputandum fideiussori, si eas siue sciēs siue ignorans omiserit. Intellige autem hic exceptiones procuratorias illas demum, per quas disputatur, an quis procurator idoneus sit & esse possit. Nam si nō de persona procuratoris disputetur, sed de mandato ipso, propterea quod aut nullum proferatur, aut quod profertur, minùs idoneum & sufficiens esse dicatur, iam non dilatoria, sed peremptoria exceptio est, quæ opponi quandocunq; potest, etiam post rem iudicatam, quia reddit iudicium retrò nullum, vt pragmatici loquuntur, ex *l. licet 24. C. de procurat.* Cùm tamen exceptiones, quæ dilatoriæ tantum sunt, ante litem contestatam opponi debeant *l. exceptionem 19. C. de probat.* Nec tamen sufficit eum, qui tanquam procurator agit & pecuniam exigit, habere mandatum ad agendum, mouendámque litem si non habeat etiam ad accipiendam solutionem *l. hoc iure 86. infr. de solut.* Et hæc quoque procuratoria exceptio dicitur in *l. inter quos 39. §. penult. infr. de damn. infect. Iunct. l. inter causas 26. §. mandato tuo sup. hoc tit.* Exceptionib. procuratoriis simile quidā faciūt exceptionē nō factæ excussionis quā Iustin. introduxit, *Nouell. 4. de fideiuss.* quasi sit hæc quoq; ex apicibus iuris tanquā dilatoria, vnde est quod nec in foro mercatorū admittitur, in quo expediuntur summariè omnia, & ex bono & æquo.

BIU Cujas

Sed vereor ne aliud dicendum sit, quia excussionis non factæ exceptio, licet sui natura sit dilatoria, ideoque ante litem contestatam opponenda *d. l. exceptionem*. Ex euentu tamen peremptoria esse potest, nempe si probetur creditori aliunde satisfieri posse, de quo plura in codice nostro scripsimus sub *tit. de except.* caue tamen ne cum plerisque adeò abutaris hoc §. quasi ad apices iuris referenda sint omnia quæ disputatur secundum veram rectamq; iuris rationem, etiam cui nulla repugnet æquitas, nisi quam illi ex cerebro suo fingunt, quam cerebrinam rectè quidam dixerunt. Hoc & Bartolus docet. Quoniam autem Accursius ad hunc §. plenius tractat de exceptionib., quas si fideiussor omiserit, actionem contrariam mandati habere debeat vel nó debeat, & adhibet multas distinctiones quas mentiti tenẽdas esse ait Bartolus: operæ nostræ precium erit breuiter eas referre, quia nec à nobis improbantur. Ait, Cùm fideiussor omittit exceptionem, siquidem competentem ex sua persona, sed inhonestam, agere illum nihilominus mandati. Rectè, quia ignoscẽdum ei est si pudori suo pepercerit *d. l. Quintus* 48. *infr. hoc tit.* Si verò honestam & talem qua reus vti potuerit puta pacti de nõ petendo in rem concepto, tunc non agere. Et hoc quoque rectè ex *l. idemque* 10. §. *generaliter supr. hoc tit.* Quamquam textus illius §. valdè corruptus & inuersus est, & eo quo ibi diximus modo restituendus, præsertim quod ad honestã & inhonestam exceptionem pertinet. Quod si exceptio non poterat reo prodesse, quòd non esset communis vt exceptio Velleiani, dãdam nihilominus actionem mandati ex *l. vlt.* §. *pen. supr. ad SC. Velleian.* Verè quia nihil hoc casu interest debitoris. At si fideiussor exceptionem omiserit ex rei persona competentem, sed quæ ipsi etiam fideiussori accommodari possit, quia scilicet non personæ debitoris, sed ipsi rei cohærebat, iuxta distinctionem *d. l. exceptiones* 7. *de excep.* Tunc distinguendum esse, an sciens, an ignorans omiserit, & si ignorans, an per iuris, an per facti ignorantiam, vt in huius legis principio dictum est & in §. 1. *Si verò sciens*, siquidem declinatoria & dilatoria iudicij tantùm fuit exceptio, agere tamen possit, vt constat ex hoc §. Si verò fuerit dilatoria solutionis, quod ante diem petieretur quod nõ nisi in diem debebatur, nec mandati agere ante diem possit, ex *l. si mandauero* 22. *in princip. &* §. 1. *supr. l. fideiussor.* 51. *infr. hoc tit.* Si verò perpetua fuit exceptio, nunquam agere fideiussor possit mandati actione contraria, vt initio huius legis scriptum est. Quod si exceptio, quæ reo competit, ad fideiussorẽ porrigi non possit, qualis est pacti personalis de non petẽdo, apertissimum est nihil imputari posse fideiussori si ea exceptione vsus non sit, quæ nec volens vti potuit *d. §. generaliter iunct. l. cùm reus* 14. *infr. de fideiuss.* nisi quod adhuc imputari ei potest, si cùm posset, non cõuenerit debitorem, & desideraverit vt ipse potius iudicium susciperet vel suo vel procuratorio nomine, vt subiicitur in d. §. *generaliter*. Hæc de fideiussore condemnato. Quid verò si fideiussor qui omisit exceptionem, non fuerit condemnatus, sed soluerit? Distinguẽdum rursus est, an exceptionem omiserit, quæ ex persona sua tantùm sibi competat, an eam quæ etiam reo. Priore casu non eo minus habebit actionem mandati, vt constat ex §. vlt. huius legis, quoniam haberet, etiamsi ob omissam exceptionem hanc damnatus esset. Sed si soluerit omissa exceptione quæ reo competebat, iisdem distinctionibus locus est quas attulimus, cùm fideiussor ob non oppositam exceptionem iudicio damnatus fuit. Quod si opposuerit, & tamen damnatus fuerit, tunc seruandum erit quod diximus ad initium huius legis ex *l. exceptione* 67. *infr. de fideiuss.* Iunge quæ in eundem ferè sensum scripsimus ad *l. si procuratorem* 8. §. *si ignorantes & ad d. l. idemque* §. *generaliter supr. hoc tit.*

5. ¶ In omnibus autem visionibus, quæ propositæ sunt, vbi creditor vel non numeratam pecuniam accipit, vel numeratam iterum accepit. repetitio contra eum competit: [a] nisi ex condemnatione fuerit ei pecunia soluta. tunc enim propter auctoritatem rei iudicatæ, repetitio quidem cessat: [b] ipse autem stellionatus crimine, propter suam calliditatem plectetur.

Ad §. 5. In omnibus autem visionibus.

Sic legendũ est *Visionibus*, non vt vulgo *diuisionibus*. Visiones namq; dicere Tribonianus solet prosociebus & casibus, vt in constitutione *de confirm. digest. quis est l. 2. C. de veter. iur. enucl.* §. *si quid autem* 14. Id eõq; pro valde suspectis habeo iuris locos omnes in quibus hanc dictionem lego, vt in *l. sed etsi* 25. §. *adeo autem*, vbi iam dixi, *supr. de hered. petit. l. quamuis* 8. §. *si mulier supr. ad SC. Velleian. l. cùm de indebito* 25. §. *in omnibus* 3. *infr. de probat.* & in hoc §. cuius verba certè omnia Tribonianum redolent magis quàm Vlpianum. Nec valde necessarium erat, vt moneret ille condictionem competere aduersus creditorem, qui cùm posset repelli perpetua exceptione, debiti tamen solutionem extra iudicium consecutus est, aut pecuniam ab vno iam acceptam ab alio iterum accepit. Id enim iam expressum satis fuerat in §. *hoc idem supr.* nec vllam habere poterat dubitationem. Distingui tamen oportebat cui cõdictio indebiti cõpeteret, an fideiussori, vt in specie §. *si cùm debitor*, an potiùs reo, vt in specie *d.* §. *hoc idem*. Semper enim competit ei qui posterior soluit, vt diximus ad *dict. §. hoc idem ex leg. cùm duo* 25. *& l. vlt.* §. *Titius supr. de condict. indeb.* Illud quoque addendum potiùs erat, quod prætermissum est in *d.* §. *si cum debitor*. Eo casu quo fideiussor posterior soluerit ignorans factam priùs solutionem à debitore qui eum non certiorauit, cùm & condictio fideiussori competat aduersus creditorem, & mandati actio contraria aduersus debitorem, cogendum esse fideiussorem si mandati actione priùs experiatur, cedere debitori condictione indebiti quam habet contra creditorem, quomodo è contrario tenetur rem cedere fideiussori condictionem indebiti, quam habet aduersus creditorem eo casu quo solutam à fideiussore pecuniam ignorans creditor quoque, sed posterior soluerit, *d.* §. *hoc idem in fin.* Addit Accursius non esse generaliter veram huius §. sententiam, cùm ei qui tutus erat exceptione

dolĩ

doli vel Macedoniani condictio indebiti danda non sit, quod eiusmodi exceptiones odiosæ sint non fauorabiles. Secundum distinctionem *l. qui exceptionem 40. de condict. indeb.* Sed malè. Exceptio enim doli, de qua in principio huius legis, fauorabilis est, non odiosa, ideóq; nec indebiti condictionem excludit, vt docuimus ad *d. l. qui exceptionem.* Sequitur,

a *Nisi ex condemnatione fuerit ei pecunia soluta.*

RAT. DVB. Sententia non tribuit ius, sed quod est declarat *l. ex diuerso 35. §. 1. supr. de rei vindic.* Ergo non potest facere debitum quod re vera est indebitum, nec proinde indebiti condictionem impedire.

DEC. Authoritas rerum iudicatarum facit & facere debet minuendarum litium gratia, & vt aliquis sit earum finis, vt res iudicata pro veritate habeatur, *l. ingenuum 25. supr. de stat. homin. l. res iudicata 207. de regul. iur.* tum quoque cùm per sordes, aut per errorem, aut per gratiam iudicatum est, *l. seruo 65. §. cum Prætor ad SC. Trebell.* Ergo non potest amplius dici indebitum quod per sententiam & condemnationem pronunciatum est debitum, & consequenter condictioni indebiti locus esse hoc casu non potest, *l. 1. C. de condict. indeb. l. Iulianus 60. supr. eo. ill. tit.* Intellige tamen si sententia & condemnatio teneat. Alioqui nec sententiæ nec condemnationis nomen meretur, *l. 4. §. condemnatum infr. de re iudic.* Quamuis eo iure quo in praxi vtimur à sententia etiam quæ ipso iure nulla sit, appellare sit necesse. Item intellige nisi ex falsis instrumentis iudicatum sit. Hoc enim casu etiam soluti datur repetitio, vt Accursius notat ex *l. vlt. C. si ex fals. instrum.* Alios casus refert Accursius, in quibus contra sententiam succurri condemnato potest ex *l. cùm à te 25. supr. de dolo l. si prætor 75. vers. Marcellus de iudic. l. rem mihi 21. supr. commod. l. admonendi 31. de iureiur. l. habebat 13. in princip. supr. de instit. act. l. 1. §. vlt. ex quib. caus. maior.* Sed de his omnibus erit alius commodior dicendi locus. Nec enim ad huius §. sententiam hic tractatus pertinet. Sequitur,

b *Ipse autem stellionatus crimine propter suam calliditatem plectetur.* Quoties namque crimen aliquod admissum est, quod specialius nomen non habet, stellionatum appellamus, *l. tutor 16. §. contrariam l. si quis in pignore 36. §. sed & si quis sup. de pignor. act.* Quod enim in priuatis causis & ciuilibus est actio de dolo, id in criminalibus est accusatio stellionatus *l. 3. infr. de crimin. sellion.* Nam neque crimen vllum sit sine dolo. Negari autem non potest quin manifestè dolo malo faciat qui eiusdem debiti solutionem bis consequitur siue ab vno & eodem debitore, siue à pluribus, *l. bona fides 57. de regul. iur. §. hoc idem supr. hac lege l. creditor 60. §. duobus infr. hoc tit. l. si quis dolo 51. §. 1. in fin. infr. de re iudic.* Et hæc bona fides est, non quæ ex æquitate æstimatur, & in bonæ fidei tantùm iudiciis locum habet, *l. bona fides 31. supr. tit. prox. §. in bonæ fidei Instit. de action.* Sed quæ dolo opponitur, in *l. bonam fidem 4. C. de oblig. & action.* & quę in omnibus hominum negotiis adesse non minùs debet, quàm dolus malus abesse. Rectè autem vulgo hîc, *calliditatem*, & meliùs quàm vt Haloander legere voluit, *caluitatem*, ex *l. si caluitur 235. de verb. signific.* Vetus enim quidem fuit verbum *caluitur*, & legis duodecim tabularum, sed obsoletum iampridem, & insolens. Sanè Florentina lectio quę habet, *calliditatem*, defendi non potest, nec bono vllo sensu donari.

6 ¶ Fideiussor, si solus tempore liberatus, tamen soluerit creditori, rectè mandati habebit actionem aduersus reum. quamquam enim iam liberatus soluit, tamen fidem impleuit, & debitorem liberauit. si igitur paratus sit defendere reum aduersus creditorem: æquissimum est, mandati iudicio eum, quod soluit, reciperare. & ita Iuliano videtur.

Ad §. vlt. Fideiussor.

RAT. DVB. Fideiussor qui solus tempore liberatus est, fortè quòd vt ponit Accursius ad tempus duntaxat fideiussisset ea lege adiecta, ne post illud tempus teneretur [valet enim hæc pactio ad dandam fideiussori exceptionem pacti, quamuis non ad tollendam ipso iure obligationem, *l. obligationum ferè 44. §. 1. vers. placet infr. de oblig. & action.*] Si postea soluerit, non potest dicere se ex causa fideiussionis soluisse aut coactum soluere, cùm ex ea causa iam sit liberatus, nec vlla ampliùs soluendi necessitate adstrictus. Quæ obligationis diffinitio est apud *Iustin. tit. de oblig.* Ergo nec mandati actionem contrariam habere potest, cùm debeat potiùs sibi imputare, cur exceptione sibi competente vsus non fuerit, vt in præcedentibus diximus.

DEC. Non potest debitor imputare fideiussori cur fidem impleuerit, & sibi competentem exceptionem omiserit, quæ debitor ipse si conuentus fuisset, vti non potuisset, *l. idémque 10. §. generaliter supr. hoc tit. l. Quintus 48. infr. eo.* Præsertim cùm ea solutione debitor ipse liberatus fuerit, *tit. Instit. quib. mod. tollit. oblig. in princip. l. cùm is 36. infr. de fideiuss.* quæ ratio tam potens est, vt etiamsi subesset causa aliqua, per quam mandati causa irrita constitueretur, actio tamen negotiorum gestorum fideiussori dari deberet, vt scriptum est in *l. quamquam 7. in fin. supr. ad SC. Velleian. l. vlt. in fin. supr. de negot. gest. iunct. l. ex mandato 20. §. 1. hoc tit.* Neque verò potest quisquam alij obiicere, cur id fecerit, ex quo lucrũ senserit is, qui factum obiicit, *l. si extraneus 33. l. cùm in fundo 78. §. quòd si mulier infr. de iur. dot.* Ergo si fideiussor qui solus tempore liberatus erat, soluerit creditori, verum est mandati actionem contrariam habere illum debere. Ideo autem ponimus solum fideiussorem tempore liberatum fuisse, quia si reus quoque liberatus esset, aliud dici oporteret, essentque adhibendæ distinctiones, de quibus suprà diximus. Quod autem Accursius notat, non posse hunc §. de præscriptione intelligi, quæ fideiussoris solius non etiam debitoris obligationem peremerit, verum sanè est. At non ratione illa quam adfert, licèt vera quoque sit, quod præscriptio contra fideiussorem interrupta, etiam contra debitorem interrupta videri debeat ex *l. vlt. C. de annal. except. & l. vlt. C. de duob. reis.* Sed quia iure Pandectarum ex quo hic §. explicandus est, nondum fuerat inducta præscriptio triginta vel quadraginta annorum, quam lon-

BIU Cujas

go post tempore Honorius & Theodosius induxerunt in *l.sicut 3.& l. omnes 4.C.de præscr.30.vel 40.annor.* cántq; ciuiles omnes actiones perpetuæ, *Instit. tit.de perpet.& tẽpor.act.* Porrò fideiussor nõ nisi ciuili actione teneri potest, cũ semper obligetur per stipulationẽ, *l.blanditus 12.C.de fideiuss.§.de constituta Instit.de action.* Ergo actione perpetua, nõ tẽporali nec præscriptibili. Dices non liberari fideiussorem ipso iure, cùm liberatur per lapsum temporis adiecti in stipulatione, cùm ea adiectio nihil nisi pacti exceptionem pariat, vt diximus ex *d.l.obligationum ferè §. 1.versic.placet de oblig.& action* Ergo non esse accommodatum hoc exemplum ad hunc §. in quo agitur de fideiussore liberato. Sed respondendũ est in effectu nihil interesse, an quis ipso iure liberatus sit, an per oppositam pacti dolive exceptionem, *l. nihil interest 112.de regul.iur l.qui seruum 34.§.1.in fin.eod. ill. tit.* Cæterùm quòd non sit liberatus fideiussor ipso iure, sed tutus duntaxat exceptione pacti vel doli, tanto magis facere debet vt mandati iudicium contrarium ei dandum sit, quia tanto minùs imputari ei potest. cùm potuerit adhuc conueniri, & si iure suo vti nollet, condemnari. Illud difficilius videtur, quare Vlpianus hîc ex Iuliano exigat, vt paratus sit fideiussor reum defendere aduersus creditorem, si velit mandati iudicio id quod soluerit recuperare. Qua enim defensione indigere principalis reus potest, qui per solutionem à fideiussore factam liberatus fuit ipso iure? Nisi dicamus, quod verum est: Posse creditorem vereri, ne quandoque fideiussor quod soluerit, velit condicere tanquam indebitum, quòd is solutionis tempore iam liberatus esset, haberétque perpetuam & fauorabilem pacti exceptionem ex *l. qui exceptionem 40.supr.de condict. indeb.* Eóque prætextu contra reum agere quasi nõdum plenissimè liberatum, quandiu condictionis metus subest. Nec enim eadem solutio & liberationem parere potest & condictionem, *l.qui hominem 34.§.vlt.l.cùm quis 38.§.de pecul.infr.de solut.* Posse igitur & debitorem vereri ne id creditori cõtingat, quod saltem de facto potest contingere. Ergo aduersùs metum tunc nec vanum nec improbabilem, rectè loco remedij cõparatum est vt fideiussor agens contrario mandati iudicio paratum se dicat, reum aduersus creditorem defendere, id est, adferere reum esse liberatum solutione fideiussoris. Hoc enim facto, verendum amplius non erit, ne ad condictionem proficiat vnquam posteà solutio, quæ semel profecerit ad liberationem, *l.cùm is 32.§. 1.supr.de condict.indeb.*

30. IVLIANVS libro 13. Digestorum.

SI hominem tibi dedero, vt eum manumitteres: & postea procurator meus prohibuerit, ne manumitteres: an mandati agere possim, si tu eum manumiseris? respondi: Si procurator iustam causam habuit interpellandi manumissionem serui, [a] quem in hoc solùm acceperam, vt manumitterem: veluti si comperit eum postea falsas rationes confeciſſe, insidias vitæ prioris domini struxisse: tenebor, nisi denuntiationi procuratoris paruero. si verò nulla iusta causa procuratori fuit denuntiandi, ne seruus manumitteretur: non poterit mecum agi, quamuis ad libertatem eum perduxerim.

Ad l. Si hominem. 30.

RAT. DVB. Mandatum etsi reuocari potest ad nutum & arbitrium mandantis re adhuc integra *l.si verò 12.§ si mandauero supr.hoc tit.§.item si adhuc, Instit. eod.* tamdiu tamen durare intelligitur quamdiu reuocatum non est, nec alterius est reuocare quàm domini qui mandauit, vt vnumquodque dissoluatur eo modo, quo colligatum est, ex regula *l.prout 80.infr.de solut.l.nihil tam naturale 35.de regul.iur.* Atqui ponimus datum tibi fuisse seruum, & traditum ob hoc solum vt eum manumitteres, nec mutatam fuisse ipsius voluntatem. Ergo quamuis dominij procurator generalis (de hoc enim loquimur non de eo qui speciale mandatum habuerit ad impediendam manumissionem, vt benè Accursius & alij interpretes docent) denunciauerit tibi ne eum manumitteres, non ideò tamen manumissio impediri potest, nec tu si manumiseris, teneri actione mandati, quasi contra domini voluntatem eum manumiseris, & perduxeris ad libertatem; cùm non appareat de mutata domini voluntate *l.si pater 4.infr. de manum.vindict.* Nullius siquidem momenti est denunciatio facta ab eo qui denunciandi & impediendi ius non habet *l.2.C.debit.vendit.pignor.impedi. non poss.* sed tantùm quam ab eo facta est qui denunciandi ius aliquod habet & cuius interest vt in *l.ait prætor 10.§.si quis particeps infr.quæ in fraud.credit. l.si fundum 17.C.de rei vindic.* Atqui nihil interest procuratoris, qui speciale mandatum nullum habet impediendæ manumissionis, cùm etiamsi non denunciaret, mandati tamen actione non teneretur. Quædam enim sunt, quæ speciale mandatum exigunt, nec in generali continentur, *l.mandato generali 60.supr.de procurat. l. illud 25.§.1.supr.de minor.* In quo numero cur non etiam erit mandatum reuocandæ aut potiùs impediendæ libertatis? quæ omnium rerum fauorabilissima est, *l.libertas 122.de verb.signif. & d. l.4.de manum.vindict.* Ergo etiamsi iusta aliqua causa interuenerit interpellandæ manumissionis serui quem in hoc solùm acceperas, vt manumitteres, non tamen poterit mandatum dandæ libertatis per procuratorem generalem reuocari nec impediri manumissio, nec tu obligari vt eo nomine mandati tenearis.

DEC. Mandatum quodlibet sicuti bonæ fidei est, ita recipere debet interpretationem ex bona fide, vt mandato etiam generali contineri intelligantur ea omnia, quæ credibile sit mandatorem in mandato expressurum fuisse, si de iis cogitasset; quemadmodum è contrario quantumuis generale mandatum sit, eo tamen non continentur illa de quibus non cogitasse credendus sit *d. l. mandato d.l. illud §.1.* vbi diximus, *l.si cùm Cornelius 82.* in illis verbis, *nec causam habuisset existimandi id se inuita Seia facturum esse, infr.de solut.l.creditor 60.§.vlt. infr. hoc tit.l. obligatione generali 6.infr. de pignor.* Atqui ex bona fide est, vt credamus dominum vel non fuisse mandaturum, vt manumitteretur Stichus, vel etiamsi mãdasset, reuocaturum tamen mandatum si sciuisset Sti-

BIU Cujas

set Stichum hunc falsas rationes confeciſſe præsertim poſt mandatum do manumittendo. Vel inſidias vitæ prioris domini ſtruxiſſe. Quid enim nequius dici poſſet, ac ſeruilis ingenij nequitia dignius? Ergo ſi ex huiuſmodi cauſis procurator generalis mandatum manumittendi quantumuis ſpeciale & à domino factum reuocauerit, nihil contra mandantis voluntatem feciſſe videri debebit, imò id ipſum feciſſe quod facturus erat mandans ſi ſciuiſſet. Nec enim ignorantis & errantis voluntas vlla eſt, nec conſenſus vllus, *l. ſi per errorem 15. ſupr. de iuriſdict. l. 2. in princip. ſupr. de iudic. l. ſed hoc ita 20. de aqua & aquæ pluu. arc.* Proinde ſi procuratoris denunciationi non parueris & inuito eo Stichum manumiſeris, libertas quidem tenebit, vt probant poſtremæ illa huius legis verba, *quamuis eum ad libertatem perduxerint*, quia & à vero domino facta manumiſſio eſt, quamuis ex mandato prioris domini, vt conſtat ex iis verbis, *vel inſidias vitæ prioris domini ſtruxiſſet, iunct. l. quidam 25. §. ſi quis filium in fin. infr. ad SC. Trebell.* Nec poteſt dici reuocatum fuiſſe à priore domino mandatum, ſed tantummodò fuiſſe illum reuocaturum ſi ſciuiſſet ea quæ ſciuit procurator quod longe diuerſum longéque minus eſt reuocatione, ſiquidem expreſſa opus eſt, vt manumiſſio & libertatis datio impediatur, *l. 3. infr. de ſeru. export. l. vlt. C. ſi mancip. ita fuer. alien. l. 3. §. ſed ſi tibi dedero & l. ſi pecuniam 5. §. ſi ſeruum ſupr. de condict. cauſ. dat.* Sed tamen teneberis mandati actione, vt præſtes quanti intereſt prioris domini Stichum manumiſſum non fuiſſe. Quòd ſi iuſta cauſa nulla fuerit procuratori denunciandi ne ſeruus manumitteretur, nõ ſolùm libertas tenebit, ſed & mandati actione non teneberis, quia nullius momenti fuit denunciatio. Sanè ſi ſpeciale mandatum habuiſſet procurator de reuocando mandato manumittendi, non eſſet dubitandum quin manumiſſio poſt reuocationem, & denunciationem procuratoris facta non valeret, ideóque nec mandati actio danda eſſet contra eum qui inutiliter ac ſine effectu manumiſiſſet, *l. pen. Cod. ſi mancip. ita fuer. alien. l. ſi venditor 6. de ſeru. export.* vbi eleganter Papinianus ait eſſe incredibile, vt in huiuſmodi conuentionibus de nudo actu manumittentis ac non potiùs de effectu beneficij cogitatum eſſe videatur. In ſocietate aliud eſt. Societati enim renunciari poteſt etiam per procuratorem generalem, niſi ſpecialiter ei prohibitum ſit ne renunciet, vt ſcriptum eſt in *l. actione 65. §. renunciare infr. tit. prox.* vbi dicemus. Eſt igitur hæc lex ſingulariter notanda quæ probat generalem procuratorem ex cauſa iuſta poſſe ea reuocare quæ dominus alij ſpecialiter mandauerit.

a *Quem in hoc ſolùm acceperam vt manumitterem.* Sunt qui mallent legere, *quem in hoc ſolùm acceperas, vt manumitteres.* In ſecunda ſcilicet perſona, in qua & concepta fuit quæſtio. Accurſius verò benè vidit mutari perſonam, & à ſecunda fieri tranſitum ad primam. Sed cur ea mutatio fiat, non exprimit. Nec tamen animaduerrit hoc factum eſſe, quoniam is qui Iulianum conſulebat, de ſe ipſo in prima perſona locutus fuerat, vt par erat, ad Iulianum autem in ſecunda. Iulianus verò ad propoſitã quæſtionem reſpondens de ſeipſo loquitur in prima perſona, vt debuit. Eius verò à quo conſulebatur, perſonam non deſignat, quia de procuratore tantùm quærebatur qui denunciauerat domino ne ſeruus manumitteretur, non de eo qui dederat vt manumitteretur. Illud etiam benè Accurſius notat, Errare illos qui putant in ſpecie huius legis factam eſſe manumiſſionem per procuratorem. Nam neq; hoc iure fieri poteſt, vt dixim⁹ ad *l. ſi quis alicui 27. §. 1. ſup.* neq; is qui manumiſit procurator fuit, ſed dominus poſterior ad differentiam prioris, de quo ſupradicta illa verba, *vel inſidias vitæ prioris domini ſtruxiſſet.*

31. IDEM libro 14. Digeſtorum.

SI negotia mea mandauero gerenda ei, qui mihi actione intra annũ in quadruplum tenebatur, poſt annum verò in ſimplum: etſi poſt annum cum eo mandati agam: præſtare mihi quadruplum debebit. nam qui alterius negotia adminiſtranda ſuſcepit, id præſtare debet in ſua perſona, quod in aliorum.

Ad l. Si negotia 31.

RAT. DVB. Non debet fieri deterior cauſa mandatarij ob id ſolùm quòd mandatum ab eo ſuſceperit cui aliqua actione tenebatur, cùm mandatum ab officio & amicitia originem trahat, nec cuiquam officium ſuum damnoſum eſſe debeat *l. 1. §. vlt. l. ſi mandaſſem 15. l. ex mandato 20. ſupr. hoc tit. l. ſi ſeruus communis 61. §. quod verò infr. de furt.* At qui fieret deterior cauſa mandatarij qui ſuſcepti mandati tempore ea actione tenebatur, quæ intra annum dabatur in quadruplum, poſt annum verò in ſimplum. Si etiam poſt annum conuentus actione mãdati quadruplum præſtare teneretur, quia ſi mandatum nõ ſuſcepiſſet, ſimplum duntaxat ab eo poſt annum peti poſſet. Ergo non eſt ferendum, vt ſi poſt annum actione mandati conueniatur, quadruplum præſtare cogendus ſit. Exempla pete cum Accurſio ex actione vi bonorum raptorum *l. 3. C. vi bonor. rapt.* & apud *Iuſtin. eod. tit. in princ.* Item ex actione in factum de calumniatoribus *l. 1. in princip. ſupr. eiuſ. tit.* Item ex actione quod metus cauſa quæ, ſicut cæteræ, intra annum vtilem datur in quadruplum, poſt annum verò in ſimplum, *l. item ſi cùm 14. §. 1. ſup. quod met. cauſ.*

DEC. Procurator in omnibus iis quæ ad mandati cauſam pertinent, bonam fidem præſtare debet *l. idémque 10. in princip. ſupr. l. ſi mandatu Titij 59. §. 1. infr. hoc tit.* At qui ex bona fide eſt, vt mandatarius & quiſquis aliena gerit negotia, ſi quid domino debeat, idipſum à ſe exigat. Potuit enim id facere quamuis agere contra ſeipſum non potuerit *l. ſi pupilli 6. §. vlt. l. diuortio 35. l. qui ſine vſuris 38. ſupr. de negot. geſt. l. quoties 9. §. & generaliter infr. de admin. tutor. l. tutor 69. de fideiuſſ.* & vt quod in aliorum perſona præſtat, aut præſtare debet, id præſtet etiam in ſua *l. cùm in eo 44. ſup. de pact. l. altius 15. ſi ſeruit. vindic. l. cùm hereditas 59. infr. de admin. tutor. l. frater à fratre 38. verſ. porrò eum de condict. indeb. ſupr.* Alioqui ſentiret mandatarius lucrum ex mandato ſi faceret in hoc condicionem ſuam meliorem, quod ęquè contra bonam fidem eſſet *d. l. idémque §. ſi procurator & d. l. ex mandato.* Neque hoc tam videri damnum debet quàm amiſſio lucri ex mandato captati. Certè tale damnum non eſt quòd poſſit mandatarius dicere ſe ſen-

BIU Cujas

surum non fuisse si mandatum non suscepisset, de quo solo conqueri mandatarius posset *d. §. quod verò, versic. iustissimè*. Ergo etiamsi post annum procurator hic mandati actione conueniatur, quadruplum tamen præstare debebit, non quidem pristina illa actione vi bonorum raptorum aut de calumniatoribus, aut, Quod metus causa, quia cùm sint prætoriæ & ex iurisdictione prætoris, non est in potestate priuatorum facere, vt vltra id tempus quod à prætore constitutum est, extendantur. Sed propria mandati actione directa, nec quasi in culpa sit quòd à se quadruplum non exegerit, sed potiùs quasi exegerit hoc ipso quod exigere debuit. Paullo aliter Bartolus, cùm ad hanc legem notat actionem etiam pœnalem deuolui in actionem mandati, si procurator à seipso non exegerit, sed vtraque sententia in effectu eôdem recidit. Idem intelligo in actione temporali, si qua mandatarius aut alius negotiorum gestor tenebatur, *l. atquin natura 19. sup. de negot. gest.*

32. IDEM libro 3. ad Vrseium Ferocem.

SI hereditatem aliter aditurus non essem, quàm cautum mihi fuisset damnum præstari: & hoc mandatum interceßisset: fore mandati actionem existimo. Si quis autem mandauerit alicui, ne legatum à se repellat, longe ei dissimile esse.[a] nam legatum adquisitum, nunquam illi damno esse potuit: [b] hereditas interdum damnosa est. In summa: quicunque contractus tales sunt, vt eorum nomine fideiussor obligari possit: & mandati obligationem consistere puto. neque enim multum referre, præsens quis interrogatus fideiubeat, an absens mandet. præterea vulgo animaduertere licet, mandatu creditorum hereditates suspectas adiri: quod mandati iudicio teneri, proculdubio est.

Ad l. si hereditatem. 32.

RAT. DVB. Is qui alij mandat vt hereditatem sibi delatam adeat, non tam sua quàm ipsius mandatarij gratia hoc mandare videtur, ideoque non videtur obligatorium mandatum, cùm sit potius consilium ex quo nisi fraudulentum sit, nemo obligatur *l. 2. §. vlt.* vbi diximus *supr.* Potest enim is cui sic mãdatum est, deliberare apud se an sibi expediat hereditatem adire nécne. Sunt enim pleræque causæ propter quas prudentissimus quisque interdum recusat adire delatam sibi hereditatem quamuis lucrosam *l. quia poterat 41. infr. ad SC. Trebell. l. si in testamento 22. §. vlt. si quis omis. caus. testam.* Ergo quamuis hereditatem tibi delatam non aliter aditurus fueris, quàm si tibi cautum esset damnum præstari, actionem tamen mandati habere non debes contra eum qui tibi mandauit, non magis quã si mandasset, vt legatum tibi relictum agnosceres. In qua specie nemo vnquam dixit, mandati actionem dari posse.

DEC. Quicunque contractus tales sunt, vt eorum nomine fideiussor obligari possit, etiam mandati obligatio potest subsistere. Quid enim refert an quis præsens interrogatus fideiubeat, an absens mandet, & an quis fideiussorem habeat, an mandatorem? *l. si præcedente 58. §. 1. l. vlt. infr. hoc tit.* Atqui fideiussor dari potest pro indemnitate heredis siue suspectam siue damnosam hereditatem adeuntis. Quid enim est cuius indemnitas promitti & præstari non possit? ac præterea constat posse fideiussorẽ accedere omni obligationi *l. 1. l. stipulatus sum 6. §. adhiberi infr. de fideiuß.* Ergo mandatorem ex hac quoque causa obligari posse æquum est. Nam & ad eum obligandum sufficeret quod is cui mandatum esset, non aliter facturus fuisset *l. si remunerandi 6. §. planè supr. hoc tit. §. tua tantum. Instit. eod. l. apud Celsum 4. in princip. infr. de doli mal. except. l. tutor. 19. in princip. ad SC. Velleian.* Quemadmodum è contrario valet argumentum à fideiussore ad mandatorem negatiuè, vt quo casu fideiussor accipi non potest, nec mandator possit, vt probat Accursius ex *l. 2. C. ne fideiuss. vel mãdat. dot. dent.* Quamuis inter fideiussorem, & mandatorem plures sint differentiæ. Inter quas præcipuæ quinque hæ sunt. Quòd obligatio mandati nudo consensu contrahitur: fideiussio autem non nisi verbis & stipulatione, *l. blanditus 12. C. de fideiuss. iunct. l. 1. supr.* Quòd mandati etiam ab absente, vt hæc lex probat, fideiussio autem non nisi à præsente, quod mandator ex postfacto interuenire nõ potest, *l. si verò 12. §. si post creditã. supr.* fideiussor verò & ante & post, *d. l. stipulatus sum §. 1. de fideiuss.* Mandator sola electione non liberatur, fideiussor verò liberatur, vt diximus ad *l. Papinianus 28. supr.* Denique mandator soluens propter mandatum suum & suo nomine non liberat debitorem, *d. l. Papinianus.* Fideiussor verò soluens etiam suo nomine & ex causa fideiussionis non solùm se liberat, sed etiam reum principalem, *Instit. tit. quib. mod. oblig. tollit. in princip.* Nec bona est hac parte comparatio hereditatis & legati. Hereditas enim damnosa plerumque est, semper verò ferè suspecta. Legatum verò nunquam, cùm sit mera donatio, *l. legatum 36. de legat. 2. & remuneratio l. nec adiecit 9. cum seqq. inf. tit. prox.* quamuis iis locis etiam hereditatis mentio fiat, quòd ea quoq; nobis quasi debitum ob aliquod meritum præcedens obueniat. Quod verum quidẽ est, sed ita tamen, vt plerunq; melius fuerit hereditatẽ nõ habuisse, siue quòd plus damni habeat, & incommodi, quã cõmodi quod euenit cùm non est soluendo, *l. quæ dotis 33. infr. solut. matrim.* Siue quod aut litibus pleriſque aut perplexis negotiis sit onerata & intricata, *d. l. 4. ad SC. Trebell.* Addit aliam rationem Iulianus, Quòd vulgo animaduertere liceat mandato creditorum hereditates suspectas adiri, vt in *d. l. tutor.* Quos vtiq; mandati iudicio teneri nemo ambigit, *d. l. 4. in princip. de doli mal. except. l. vlt. supr. de dolo.* Aliquando autem dolus committitur in eo quod persuadetur ei cui delata est hereditas, vt hereditatem quasi non idoneam

neam repudiet cùm sit idonea, vt in *l. si quis adfirmauit 9. eod. tit.* vbi diximus.

a *Nam legatum acquisitum.* RAT. DVB. Potest ita fieri legatum vt is cui centum fortè legata sunt, rem suam quæ maioris precij sit, restituere rogetur. Quo casu certum est, legatum valere *l. Imperator 70. §. si centum vers. hac ita de legat.* 2. Ergo saltem hoc casu etiam contra eum qui mandauit legatario vt legatum agnosceret, mãdati actio dari debet, cùm hoc casu eadem ratio legati & hereditatis esse videatur. Idque Accursius noster admittit, quamuis dubitanter sub dictione *fortè*, quod ego tamen admittere non possum. Hoc enim casu ideo admittimus valere legatum quod legatarius tanti rem suam æstimasse videatur quanti est legatum, vt proinde non possit legatum hoc videri damnosum: tanti enim quod ad me attinet, res mea est quanti à me æstimatur *l. tutor 8. & seq. supr. de in lit. iur. l. 4. §. 1. de alienat. iudic. mut. caus. fact.* Nec potest legatarius in hac specie decipi nisi à seipso, cùm legatum in quantitate consistat quæ semper expedita est, sicut & onus, quod legato iniicitur, semper certum est numquam latens, quomodo in hereditate contingeret *d. l. 4. ad SC. Trebell.* Nec conqueri potest legatarius qui legatum agnouit cum suo onere, quia nec onus à legato separare potuit *l. sed duobus. 5. §. 1. de legat. 2.* Denique nec valet legatum aut fidei commissum si plus oneris & incommodi habeat quam commodi *§. 1. Instit. de sing. reb. per fideic. relict. l. 1. §. si is qui ad SC. Trebell.*

b *Hereditas interdum damnosa est.* RAT. DVB. Non est damnosa hereditas quæ est soluendo. Atqui soluendo est omnis hereditas quæ inuenit heredem *l. libertus 36. infr. de bon. libert. l. 3. ad leg. falcid. l. quæ dotis 33. solut. matrim.* Ergo non potest hereditas adita, & acquisita damnosa esse.

DEC. Non est equidem damnosa hereditas quæ habet heredem, quoniam heres tenetur satisfacere omnibus creditoribus de suo, sed tamen damnosa est quod ad heredem pertinet, qui hereditaria onera vniuersa sustinet, dummodo habeat de suo vnde satisfaciat *l. vlt. C. de hered. act. l. quoties 13. C. de hered. instit. l. hereditatis 119. de verb. signific. l. 1. 2. & 3. de bonor. possess.* Nam cùm hereditas ex quo adita est, transferat in heredem omnia quæ fuerunt in hereditate *l. 1. §. Scæuola infr. si is qui testam. lib. esse iuss. est*, consequens fit vt commoda omnia & incommoda sicuti à defuncto in hereditatem transeunt, ita & ab hereditate transeant in heredem. Heres enim & hereditas vnius eiusdemq; personæ vicem sustinent, id est, defuncti *l. heres & hereditas 22. infr. de vsucap.*

33. IDEM libro 4. ex Minucio.

ROgatus, vt fideiuberet: si in minorem summam se obligarit, rectè tenetur si in maiorem, Iulianus verius putat. quod à plerisque responsum est, eum qui maiorem summam, quam rogatus erat, fideiussisset, hactenus mandati actionem habere, quatenus rogatus esset: quia id fecisset, quod mandatum ei est. nam vsque ad eam summam, in quam rogatus erat, fidem eius spectasse videtur, qui rogauit.

Ad l. Rogatus 33.

RAT. DVB. Mandati fines diligenter custodiendi sunt à procuratore *l. diligenter 5. in princ. supr.* Atquin is qui rogatus fideiubere in maiorem summam se obligat in minorem, non custodit fines mandati. Ergo neque tenetur, neque mandantem sibi obligat actione mandati contraria. Idque consequens videtur illorum sententiæ quos Paulus refert in *l. 3. in fin. supr. hoc tit.*

DEC. In maiore summa minor inest. *l. diem proferre 27. §. si plures supr. de recept. Qui arbitr. recep. l. 1. §. si stipulanti infr. de verb. oblig. §. is qui exequitur 8. in fin. Instit. hoc tit.* Sicut in eo quod plus est etiam id quod minus est continetur *l. in eo 110. de regul. iur.* Ergo qui fideiubet in maiorem summam quàm rogatus fuerit, id fecisse intelligitur quod mandatũ illi est: ad eam scilicet vsque summam in quam rogatus est, ac proinde ad eam vsque summam & obligatus est & obligatum habet debitorem actione mandati secundum Proculi sententiam à Caio relatam in *l. 4. supr.* quæ tanquam verior & benignior frequentiore prudentum calculo recepta videtur, vt constat ex *d. l. 4. & ex hac lege.* Idque non tantùm ex vi verborum, sed etiam ex mente rogantis, & rogati *d. §. is qui exequitur, in fin.* Nam fideiussor vsq; ad eam summam in quam rogatus fuit, fidem eius spectasse videtur qui rogauit, quomodo Iulianus hîc scribit. Caue autem ne hunc locum sic intelligas, quasi obligetur fideiussor qui in maiorem summam se obligauit, quàm à reo principali deberetur. Is enim omnino non, id est nullomodo obligatur, vt rectè Accursius monet ex *l. græcè 8. §. illud. de fideiuss.* Sed intellige de eo qui fideiusserit in maiorem summam quam rogatus fuerat, sed tamen minorem, aut saltem non maiorem ea quæ à reo debebatur, vt valeat fideiussio & supersit locus quæstioni de actione mandati.

34. AFRICANVS libro 8. Quæstionum.

QVi negotia Lucij Titij procurabat, is, cùm à debitoribus eius pecuniam exegisset, epistulam ad eum misit: qua significaret: certam summam ex administratione apud se esse: eámque creditam sibi, se debiturum cum vsuris semissibus. quæsitum est: an, ex ea causa, credita pecunia peti possit: & an vsuræ peti possint. respondit, non esse creditam: alioquin dicendum, ex omni contractu, nuda pactione, pecuniã creditam fieri posse. nec huic simile esse, quod

BIU Cujas

si pecuniam apud te depositam conuenerit, vt creditam habeas, credita fiat: quia tunc nummi qui mei erant, tui fiant. item quod si à debitore meo iussero te accipere pecuniam, credita fiat: id enim benigne receptum est, his argumentum esse: eum, qui, cum mutuam pecuniam dare vellet, argentum vendendum dedisset: nihilo magis pecuniam creditam rectè petiturum: & tamen pecuniam ex argento redactam periculo eius fore, qui accepisset argentum: [a] & in proposito igitur dicendum, actione mandati obligatum fore procuratorem: vt, quamuis ipsius periculo nummi fuerint, tamen vsuras, de quibus conuenerit, præstare debeat.

Ad l. Qui negotia 34.

RAT. DVB. Singularia multa recepta sunt circa pecuniam creditam contra iuris communes regulas, inter quæ hoc etiam est, quod si cùm ex causa mandati pecuniam mihi deberes, inter nos conuenerit, vt crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia, & deinde à me ad te profecta, vt disertè Vlpianus scribit in *l. singularia 15. in fin. supr. de reb. credit.* Ergo malè Africanus hic negat haberi eam debere pro credita, fietus, vt videtur, ea tãtùm iuris regula, quod necesse sit nummos vt sint crediti, fieri ex meis tuos, quod hîc non contingit, siue ponas cum Accursio extare nũmos qui debebantur ex causa mandati, siue dicas consumptos esse, & sanè ita est. Pugnat omnino in hac specie Africanus cum Vlpiano, neque conciliationis ratio vlla inueniri potest. Quod & iam ante nos docuit Iacobus Cuiacius ad Africanum in hãc ipsam legem & *libr. 8. Obseruat. cap. 8.* Nos verò ad *d. l. singularia* vnde peti volumus cætera quæ ad primæ partis huius legis explicationem pertinet ne bis idem repetamus. Quod verò subiicitur in versic. *his argumentum esse* hoc quoque explicauimus ad *l. rogasti 11. eod. tit. de reb. credit.*, qui locus etiam cum hoc pugnare maximè videbatur. Sequitur,

a *Et in proposito igitur.* Redit ad priorem speciem initio legis propositam de eo qui pecuniam quam ex causa mandati debebat, voluit penes se remanere quasi creditam cum vsuris semissibus. Et cũ quæreretur, an pecunia per epistolam facta esset credita, & an ex eadem epistola vsuræ semisses peti possent: Respondet Africanus ad vtramque quæstionẽ mandati, actione obligatum esse procuratorem vt & pecuniam reddat, & vsuras de quibus conuenit præstet, quamuis eiusdem periculo nummi fuerint: Cùm tamen si pecunia facta esset credita, vsuræ neque ex nudo pacto, quamuis incõtinenti appositio, neque aliter quàm per stipulationem promissæ peti possent *l. Titius 24. inf. de præscr. verb. l. 3. C. de vsur.* odio scilicet vsurarum pecuniæ fœnebris. Nam in vsuris frumenti vel hordei promissis etiam nudo pacto incontinenti appositio aliud est *l. frumenti 17. l. oleo. 23. eod. ill. tit.* Cur verò actione mandati potiùs debentur quàm condictione certi ex mutuo fœneratio? Nempe quia mandati actio bonæ fidei est *l. procuratorem 11. C. hoc tit. §. actionum Instit. de action.* An ergo dicemus cum Bartolo, In contractibus bonæ fidei esse hoc speciale vt admittant præstationem vsurarum ex pacto incontinenti adposito? Minimè verò: nam & hoc quoque falsum est, cùm contractibus quoque strictis id cõueniat, quibus etiam insunt pacta incontinenti facta *l. lecta 41. de reb. credit.* quamuis non formẽt actionem ex contractu, sed producant nouam Præscriptis verbis, vt scripsimus *ad d. l. lecta.* Sicut & falsum est quod addit Bartolus videri pactum incontinenti adpositum non ex interuallo quandiu negotium durat quod mandatum fuit. Oportet enim tũc factum esse, cùm inchoatur pactio, vt habet vulgata lectio in *l. nec ex prætorio 27. in fin. de regul. iur.* aut saltem cùm perficitur contractus quod fit nudõ consensu, non cùm mandatis negotij finis imponitur *l. quoties 29. solut. matrim.* Dic ergo cum Iacobo Butrigario, quem Bartolus hîc refert, deberi in hac specie vsuras officio iudicis, vt euenit in omnibus bonæ fidei iudiciis *l. qui per collusionem 49. §. 1. infr. de action. empt. l. quæro 54. locat. l. 4. C. depos.* cùm ea pecunia vsus sit procurator, quod sufficeret ad eum in vsuras obligandum etiamsi promissæ non essent, nõ quasi ex mora nisi de ea intelligas quæ re ipsa contraria sit, vt in *l. curabit. 5. C. de act. empt.* quod ipse pecuniã à se exigere debuerit: sed quia non debet impunè vsum eius pecuniæ abuisse & ex aliena pecunia lucrum sentire *l. idemq; 10. §. procurator. supr. hoc tit. l. die sponsaliorũ 25. §. 1. sup. tit. prox.* Sed accedente conuentione tanto minus dubitari potest, quin vsuræ debeantur, & quidem quales quãtæq; promissæ sunt, id est semisses. Semper enim cõuẽtio seruãda est, dũmodò neq; sit cõtra leges, neq; cõtra bonos mores *l. Lucius 24. in fin. iunct. l. 1. §. si conuenit & seq. eod. tit. l. contractus 23. & d. l. nec ex prætorio 27. de regul. iur.* Et quãuis adiectum ex interuallo pactũ de vsuris non possit inesse actioni mandati ad producendã actionem *l. iuris gentium 7. §. quinimo sup. de pact. l. pacta cõuẽta 72. infr. de cõtr. empt.* tamen sola ratio illa sufficit, quod non debeat procurator lucrum vllum ex mandato retinere. Retineret autem si eius pecuniæ qua vsus esset, vsuras non præstaret *d. §. procurator & d. l. die §. 1.* Illud tamen dubitationem facere videbatur, quod nummi periculo procuratoris fuerant, vt in præcedentibus Africanus fatetur. Difficilius enim est vt vsuras debeat is cuius periculo nummi fuerunt *d. l. rogasti. 11. in fin. de reb. credit.* Sed tamen nihil absurdi est quod impediat ne pecunia etiam quæ credita non est, periculo sit eius qui mutuam eam habere voluit, vt in hac specie secundum Africani sententiam, & nihilominus vsuræ præsertim quas intra legitimum modum promiserit, ab eo debeãtur, etiam ante moram, siue propter conuentionem debeantur. Non enim moram vllam exigunt vsuræ quæ ex cõuentione debentur *l. qui Romæ 122. in princip. de verb. oblig.* & nos docuimus ad eam legem libr. 1. *coniect. cap. 1.* siue ideò tantum, vt procuratori lucrum extorqueatur, & sola æquitate iudicij quod in proposito contingit *d. §. si procurator l. si verò 12. §. si mihi mandaueris supr. hoc tit.* Quo casu

BIU Cujas

casu nulla conuentio necessaria est ad inducendam necessitatem præstandarum vsurarum, sed tantùm ad modum earum statuendum, quod nec Cuiacius noster videtur percepisse, qui tamen alioqui scripsit ad hanc legem feliciter. Idq; significant verba illa, *vsuras de quibus conuenerit*, id est, semisses. Relatione scilicet facta non tam ad debitum vsurarũ quàm ad modum ipsarum, quod hoc casu vsuræ non tam ex conuentione debeantur, quàm quòd procurator pecunia vsus sit. Semisses tamẽ debeantur non quincunces aut trientes, quia de sensibus conuenerit.

1 ¶ Cùm heres ex parte esses, mandaui tibi, vt prædiũ hereditariũ mihi emeres certo pretio: emisti pro coheredũ quidẽ partibus non dubiè mandati actio est inter nos: pro tua autẽ parte posse dubitari ait, vtrúmne ex empto, an mãdati agi oporteat. neq; enim sine ratione quẽquã existimaturũ pro hac parte sub cõditione contractã emptionẽ, quod quidẽ quæri maximè pertinere ait: vt si fortè priùs, quàm emptio fieret, decesserim: & tu, cùm scires me decessisse, propter mandatum meum alij vendere nolueris: an heres meus eo nomine tibi sit obligatus? & retrò, si alij vẽdideris, an heredi meo tenearis? nã si quidem sub condicione emptio facta videatur, potest agi, quemadmodũ si quæuis alia condicio post mortem extitisset: sin vero perinde mandati agendum sit, ac si alienũ fundum emi mandassem: morte insecuta: cùm id scieris, resoluto mandato, nullam tibi actionem cum herede meo fore. Sed & si mandati agendum esset: eadem præstanda, quæ præstarentur, si ex empto ageretur.

Ad §. 1. Cùm heres.

RAT. DVB. Nulla est, quod pertinet ad actionẽ mãdati pro coheredũ tuorũ portionib. cũ mandaui tibi vt fũdũ hereditariũ quẽ cũ coheredib. tuis cõmunẽ habebas, mihi emeres certo precio. Nihil enim est quod impediat ne pro eorũ portionib. mãdatũ consistat cũ emisti me viuo. Sed quod ad eam partem quæ in fundo illo communi hereditario tua erat, dubitãdi ratio illa occurrit quòd tẽ suã emere nemo potest, *l. suæ rei 16. infr. de contr. empt.* qui enim iã dominus est, magis dominus fieri nequit, *§. sic itaque Instit. de action.* neque vt ex plurib. causis deberi quid nobis potest, ita & nostrum esse potest, *l. non vt ex plurib. 159. de regul. iur.* Ergo pro tua parte nõ videtur mandatũ posse cõsistere tãquã rei impossibilis, nec proinde ex eo mãdati actio vlla nasci posse, sed potiùs ex empto, quasi cõtracta inter nos emptione partis tuę sub cõdicione, quomodo cõtrahi eã posse certũ est *§. pen. Instit. de empt. & vendit. l. sicut emptio 20. inf. locat. l. hæc venditio 7. l. si quis fundũ 37. de contr. empt.* ad differentiam scilicet mancipationis, quæ cùm sit actus legitimus neq; diem recipit, neq; condicionem, *l. actus legitimi 77. de regul. iur.* Videtur autẽ in hac specie venditio à te cõtracta tuæ partis sub illa cõdicione. Si cæterorũ coheredũ partes emerẽtur: An vt vulgo creditur, quasi partem tuã emere nõ possis nisi & partes emas cæterorũ. At verò cũ tota re etiã partem tuam emere possis? *l. qui coheredes 17. sup. cõmun. diuid. l. quod si imò 13. §. vlt. infr. de in diem addict.* Ita omnes putant, & noster quoque Cuiacius. Ego non puto. Nec enim tractat hîc Africanus de partis tuæ emptione quæ à te facta sit, sed quæ à me te vẽdẽre. Neq; verò necesse est te partẽ emere iã tuã vt mihi eã vẽdas cũ cæteris quoque tuorũ coheredũ portionibus. Sed vt partẽ tuã possis mihi vẽdere necesse est, vt coheredũ quoque tuorũ partes emas, vt totũ fundũ ex mandato meo præstare mihi possis, quia scilicet nõ fuerã empturus partem tuã solã *l. tutor vrgentibus 47. §. 1. supr. de minor. l. cũ ex causa 139. infr. de verb. oblig.* Ideoq; nimirũ dicit Africanus venditionẽ & emptionẽ hanc inter nos contractã videri sub conditione illa, si coheredum quoque partes emerentur, nõ quidẽ expressa, sed tacita, & quæ ex natura negotij necessario inest. Cũ ergo partes coheredũ tuorũ emeris meo nomine, videtur impleta cõdicio sub qua tu partẽ quoq; tuam mihi vendidisse vidẽris, ac proinde habeo cõtra te actionẽ ex empto. Tu contra me vicissim actionem ex vendito, pro ea parte quã in fundo cõmuni hereditario habuisti. Ne quis autem putet ociosam esse quæstionem, vna actio inter nos hoc casu locum habeat, an mandati an ex empto & vẽdito, proponit aliam speciem Africanus in qua omnino necesse sit hoc sciri, quænam ex his duabus actionibus competat, nam in proposita specie, cùm emeris me viuo, parum interest an ex empto agatur, an mandati, cùm me viuo mandatum impletum sit, nec quicquam sit quod impediat, ne mandati actio inter nos exerceri possit si modò competat. Videamus ergo quænam sit noua illa & diuersa species quam Africanus subiungit. Finge decessisse me priusquàm emeris partes coheredum tuorum, & te cùm scires me decessisse, noluisse tamen propter mandatum meum partem tuam alij vlli vendere. Si nullam contra heredem meum habere actionem potes nisi mandati, non etiam ex empto, nullam habes, quia morte mea finitum & extinctũ est mandatum, nec duntaxat mandatum, sed etiam mandati obligatio, cùm ante impletum mãdatum sciueris me mortuum. At si dicamus competere actionem ex vendito tibi contra heredem meum, non eo minùs danda tibi erit quod ego ante impletam condicionem decesserim. Quia non sicut mãdatum ita & emptio morte finitur, transeúntque in heredes emptoris & venditoris obligationes empti, & venditi, nec minùs ex venditione condicionali quàm ex pura, dummodo post alterutrius, vel etiam vtriusque mortem condicio extiterit, *l. necessariò 8. versic. quòd si pendente infr. de peric. & commod. rei vẽdit.* Atqui ponimus extisse cõdicionẽ me mortuo vẽditionis tuæ partis cùm partes coheredum tuorũ emeris, quãuis post mortem meam. Quandocunq; enim existens condicio retrotrahitur ad tẽpus cõtractus, si cũ interpretibus loqui velis: Aut si mecũ potiùs facit, vt perinde haberi debeat acsi contractus ab initio purus, nullàq; condicione suspensus fuisset, *l. qui balneum 9. l. potior 11. infr. qui potior. in pi-*

gnor. hab. Ergo venditio tuæ partis pro purè facta haberi debet, perinde acsi facta esset sub alia cõdicione qualibet, puta si nauis ex Asia veniret, quæ condicio post mortem meam extitisset. Multum ergo interest, vt sciamus quænam hoc casu ex huiusmodi negotio nascatur actio, an mãdati, an verò ex empto & vendito, si mandati nulla competere videbitur, quia, vt diximus, extinctum est morte mea mandatum. Si verò ex empto & vendito, habebis tu actionem ex vendito cõtra heredem meũ pro tua indemnitate, si nolit ille partem quoque tuam cum aliorum portionibus emere, quam tu alij vendere noluisti, vt fidẽ, quam mihi dederas, mandatum meum suscipiendo liberares. E contrario si partem illam tuam alij vendideris quam heres meus simul cum coheredum tuorum portionibus sibi quæsitam velit, eadem occurret quæstio, an tu ei ex empto actione tenearis. Quasi nolis rem tradere quam mihi vendideras sub condicione, quamuis condicio impleta sit post mortem meam: vt enim his casibus mandati actio locum habere non possit, illa semper ratio suadere videtur quod mãdatũ meum re integra per mortem meam te sciente extinctum & finitum sit. Sed tamen concludit Africanus in omnibus his speciebus, id est non tantùm si me viuo, sed etsi me mortuo extiterit cõdicio sub qua tu partem tuam fundi communis mihi vendidisse intelligeris. Nempe quod tuorum coheredum partes quandocunque emeris, mandati actionem inter nos, i. ẽq; inter te & her. dẽ meũ cõpetere. Et rectè. Negari enim non potest quin initio inspecto quod sẽper inspiciendũ est, contractus mandati sit initus nõ emptionis partis tuæ, *l. si procuratorem* 8. *in princ. supr. hoc tit. l.* 1. *§. idẽ Pomp. quærit* 13. *supr. tit. prox. l. nõ tantùm* 12. *de SC. Maced.* Sed quanã obsecro ratione? An quia, vt putat Cuiacius, cùm mandaui tibi vt totum fundum mihi emeres, & hoc quoque mandasse tibi videor, vt partem tuam emeres ex *l. si mandauero* 22. *§. Iulianus supr.* Hoc verò nimis ridiculum mihi videtur. Nam quod ad partem tuam pertinet, non potest videri id actum inter nos, vt ex mandato meo eam emeres, sed hoc tantùm, vt eam potius mihi venderes, emptisq; coheredum tuorum portionibus totum fundum mihi præstares. Fateor posse quem cum toto fundo etiam partem suam emere *d. l. quod si vno §. vlt. in diẽ addicti.* Sed nego de hac emptione tractare hîc Africanum, vt iam monui, sed de emptione quam ego partis tuæ fecerim & quam tu ipse mihi vendidisse videaris. Nego posse mandatum consistere vt partem tuam emas fundi communis, si de parte tua emenda expressim mandem, quia non solùm inutile, sed etiam impossibile est cùm rem tuam emere non possis. Fateor mandato fundi totius emendi partem quoque tuam contineri, quia & in toto fũdo continetur. Sed hoc non tam vt eam emas quã vt mihi eam cum toto fundo vendas & præstes: Quod vt facere possis, sufficit tibi coheredum tuorum partes emere. Tuam verò vt emas, neque necessitas vlla est neque vtilitas. Perinde enim mihi totum fundum præstabis, & mandato plenissimè satis facies, si coheredum tuorum portiones solas emeris acsi totum fundum emisses, quoniam tua pars iam tua est. Neque verò aliud ab Vlpiano scriptum est in *d. §. Iulianus*, vbi hoc tantùm dicitur, si pluribus heredibus vendentibus vni mandauero vt rem hereditariam emeret, etiam pro ea parte qua heres est, obligari eum mãdati actione & obligare. Ad quid verò obligabitur? An ad id fortasse vt si tãtum portiones coheredum emerit, non etiam suam partem teneatur? Minimè verò si modo paratus sit totum fundũ eo precio, quod à me dictũ est, præstare. Ad quid enim teneatur nisi ad id quod mea interest? *l. si procuratorem* 8. *§. mandati actio supr.* Quid verò mea interest, quòd partem suam non emerit, dum partem quoque suam cum coheredum quoque portionibus mihi præstet? Nec enim videor de nudo nomine emptionis partis tuæ cogitasse quomodo Papinianus loquitur in *l. si venditor* 6. *in princip. infr. de seru. export.* Sed potius de effectu quẽ pareret emptio non partis tuæ, sed totius fundi, vt & coheredum tuorum portiones, & tuam quoque partem præstare mihi posses. Nam & si partem tuã emisses millies, nec eam tamen tradere mihi velles, perinde teneris mandati si nolles tradere, acsi non emisses, vbi verò non emeris, nihilo magis teneberis mandati, si modò fundum totum præstes. Quid enim aliud agebam mandato meo nisi vt per tuam personam totius fundi dominium acquirerem? An verò ob id magis, aut facilius acquiram quod partem quoque tuam emeris? An non tam erat tua priusquàm totum fundum emeres, atque fuit post emptionem? Denique actio illa ex vendito quam tibi dat Africanus contra heredem meum si is nolit partem tuam recipere quam occasione mandati mei vendere alij nolueris. Itemq; actio illa ex empto quã vicissim dat heredi meo si tu alij quã ipsi partem tuam vendideris. An non præsupponit emptionem & venditionem partis tuæ inter nos contractam, non autem priorem illam quæ inter te & coheredes tuos facta esse videatur? Cùm enim dicis te partem quoque tuam cum toto fundo emisse & emere potuisse, quæro à quo emisse potes nisi à tuis coheredibus? Quis ergo tibi vẽdidisse nisi coheredes tui? Rursũ quæro an ex eiusmodi emptione & vẽditione aliqua empti aut vẽditi obligatio inter te & coheredes tuos nasci possit? nulla certè. Nã neque actio ex vendito dari posset ad precium, neq; actio ex empto ad rem tradendam, cùm neq; precium vllũ parti tuæ cõstitutũ sit à coheredibus, neque ad tradendam tibi partem tuam se obligauerint. Ad quid ergo daretur coheredibus tuis cõtra te actio ex vendito, aut tibi contra eos ex empto? Loquitur ergo Africanus de partis tuæ emptione quam ego à te fecisse intelligor, non tu à coheredibus tuis. Et similiter de venditione quam mihi fecisse videris partis tuæ, non quam tibi coheredes tui. Ergo nec de actione ex empto, quæ tibi contra coheredes tuos competat, sed quæ mihi aut heredi meo contra te, nec de actione ex vendito quæ coheredibus tuis contra te danda sit quasi partem quoque tuam tibi vendiderint, quam cum toto fundo emisti, sed de ea quæ tibi danda sit contra me vel heredem meum. Quis autem dare tibi possit actionem ex vendito aduersum me propter emptionem, quam à coheredibus tuis feceris? Aut quis vnquam audiit emptori competere actionem ex vendito? *l. ex empto* 11. *& pas. infr. de action. empt. & vendit.* Dicendum igitur est longè aliter quàm Cuiacio, & nostris visum sit, me, cùm mandaui tibi vt totum fundum mihi emeres, hoc ipso videri tibi mandasse, non tam, vt partem tuam tibi emeres, quam vt partem quoque tuam cum reliquo toto fundo mihi venderes & præstares eo precio quod mandato contnebatur. Fundum enim totum mihi emere, quid aliud est quàm mihi etiam partem tuam certo precio præstare, vt in *l. prox. infr.* Hoc ipsum verò quid aliud

aliud est quàm eam vendere? *l. naturalis 5. §. 1. de præscript. verb.* At quia nolebam vt fundum mihi emeres nisi totum, nec possum videri tibi mandasse vt fundi partem tuam quoque mihi venderes nisi sub ea condicione, si prius coheredum tuorum partes emisses. Itaque non tantùm emptio tuæ partis sub condicione illa per me facta videri potest, sed etiam mandatum de toto fundo mihi emendo, quatenus in toto fundo tua quoque pars continetur, quam mihi etiam non emptam perinde præstare possis actione mandati, atque portiones coheredum tuorum quas emisti. Nec minus quantum ad coheredum tuorum portiones, condicionale mandatum videri debet. Nam si eas à coheredibus redemptas velles mihi ex causa mandati præstare, partem verò tuam aut tibi retinere aut alij vendere, non videreris mandato satis fecisse ne quidem pro coheredum tuorum portionibus, quia non de coheredum portionibus duntaxat, sed de toto fundo emendo mandatum suscepisti. E contrario, si non totum fundum emeris, sed partes duntaxat coheredum, & tamen cum eorum partibus etiam tuam præstare mihi paratus sis, satis feciſti mãdato, vt scriptum est in *l. prox. seq.* quia totum fundum mihi præstas, licet non totum aut mihi aut tibi emeris. Condicio igitur & mandati & emptionis illa fuit. Non si coheredũ portiones tãtùm emerentur mihi, sed si totus fundus mihi præstaretur tanquam mihi totus emptus. Ex quo tanto magis intelligimus, quam impertinens sit rationem huius §. ex eo petere, quod cum toto fundo etiam partem tuam emere tibi potueris: Cùm neque tuam partem neque coheredum tuorum portiones secundum mãdati formam emere tibi debueris, sed mihi. Quis verò dubitat, quin partem quoq; tuam mihi emere potueris, eam scilicet hoc ipso mihi vendendo, & præstando actione mandati? *d. l. prox. infr.* Videris autem conuenisse de ea vendenda, cùm mandatũ suscepisti de toto fundo emendo mihi, adeóque iam tum vendidisse, cùm & precium venditionis certum fuerit, & consensus vendendi iam tum interuenerit, sub illa nimirum condicione, vt diximus, si totus fundus mihi præstaretur. Concludamus ergo cum Africano & cum Neratio in *l. prox. seq.* mandati actionem inter nos esse debere pro tua quoque parte non minus quàm pro coheredũ portionibus. Non etiam ex empto aut vendito. Inspecta siquidem origine contractus inter nos initi mandatum fuit non emptio & venditio, vt iam diximus ex *l. 1. §. idem Pompon. quærit. 13. supr. tit. prox.* Mandatum inquam non simplex, quod mea morte extingui possit, sed plenius propter admixtum negotium emptionis, vt easdem omnino præstationes habere debeat, quas haberet actio ex empto & vendito, ac proinde quod finiri non possit, nec mandantis morte nec mandatarij, sicut nec actio ex empto & vendito finiretur, quamuis omnibus integris. Ideò fortasse quod pro tua parte non solùm in re tua, sed etiam in rem tuam procurator constitutus esse videaris. Quod genus mandati morte non finitur *l. illam 33. C. de donat.* Aut si velis pertinacius dicere, mãdatum quoque hoc morte finiri, mandati tamen obligatio non finietur. Eritque hoc exemplum vnum ad id quod ex Iuliano, scriptum est in *l. inter causas 26. §. 1. supr.* aliquãdo accidere, vt finito quoque mandato attamen mandati obligatio duret, vt & in specie *l. si præcedente 58. in princip. infr.* Et hæc vera decidendi ad hanc legem ratio est, veráque legis huius sententia quam non perceperunt Azo & Accursius, qui mortuo me ante emptas à te partes tuorum coheredum actioni ex empto & vendito non mandati locum esse volunt. In eóque sentio cum Cuiatio, sed non in condicione illa, sub qua lex ait videri factam inter nos partis tuæ emptionem.

35. Neratius libro 5. Membranarum.

SI fundum, qui ex parte tuus est, mandaui tibi, vt emeres mihi: verum est, mandatum posse ita consistere: vt mihi, ceteris partibus redemptis, etiam tuam partem præstare debeas.[a] sed si quidem certo pretio emendas eas mandauerim: quanticumque aliorum partes redemeris, sic & tua pars coartabitur: vt non abundet mandati quantitatem, in quantũ tibi emendum totum mandaui.[b] sin autem nullo certo pretio constituto, emere tibi mandauerim: tuque ex diuersis pretiis partes ceterorum redemeris, & tuam partem, viri boni arbitratu, æstimato pretio dari mihi oportet.

Ad l. Si fundum. 35.

Eadem species in hac lege tractatur quæ in superiore. Nimirum de eo qui à me mandatum susceperit emendæ mihi eius rei quam cum alio habebat communem. Nisi quod in superiore specie tractauit Africanus de eo qui rem hereditariam communem habebat cum coheredibus. Hîc verò Neratius de eo qui communem ex alia qualibet causa. Confirmat autem hîc Neratius quod ab Africano suprà responsum esse diximus. In hac specie cum quis suscepit mandatum rei communis emendæ certo precio, consistere mandatum etiam pro ea parte quæ est mandatarij, vt scilicet redemptis condiuisorum suorum partibus suam quoque partem quasi venditam præstare teneatur, tametsi neque totam rem à coheredibus emerit, sed ipsorum portiones duntaxat, neque proinde cum tota re partem quoque suam. Quod tamen tanquam necessarium antecedens præcedere debere non tantùm Azo & Accursius existimarunt, sed etiam, quod magis miror, dignissimus Africani interpres Cuiacius, de quo quia iam satis multa scripsimus ad legem præcedẽtem plura hîc nõ dicemus. Nisi fortè quis putet diuersam esse speciem huius legis ab illa quod ibi emeras totum fundum, ac proinde cum toto fundo partem quoque tuam, vt interpretes volunt: hîc verò coheredum tuorum aut condiuisorum partes duntaxat. Sed tamen vtcunq; sit, ex hac lege apparet, vel in specie legis præcedentis non emisse te fundum totum, vt cum toto fundo partem quo-

BIU Cujas

que tuam emeres, quia nec erat id necesse, vel si ex facto ita contigerat, nihil tamen referre an totum fundum emeris, an coheredum portiones solas. Quo casu nemo dixerit partem quoque tuam te emisse. Et tamen mandatum consistere etiam pro tua parte Neratius hic scribit: non ergo putat mandato meo hic contineri, vt partem quoque tuam emas, sed tantùm vt eam quasi mihi à te venditam præstes, cùm coheredum tuorum portionibus, quas solas redemeris. Nec recipienda est Azonis sententia ab Accursio probata, vt sensus Neratij sit, consistere mãdatum etiam pro parte tua, occasione partium coheredum, velut, inquit, cùm vnus ex heredibus qui habebat coheredes, rem aliquam à defuncto pignoratam emit totam à creditore hereditario, vt in *l. qui coheredes 27. supr. commun. diuid.* Etsi enim non constituisset mandatum, si mandasse tibi vt rei communis partem tuam solam mihi venderes (nam vt eam mihi aut tibi emeres, impossibile esset mandatum, cùm venditoris personam ab emptoris persona realiter distinctam esse necesse sit) non ideo tamen consequens est, vt ad implendum mandatum partem quoque tuam simul cum coheredum portionibus emere debueris. Quod vel vnus hic locus omniũ apertissimè probat. Nec tursus verum est quod vult Cuiacius, competere quidem hoc casu actionem ex empto, sed non esse necessariam. Nam nec competere potest ex eo cõtractu qui ab initio mandati nomen & ius habuerit non emptionis.

a *Sed siquidem certo precio.* RAT. DVB. Nunquam permittendum est vt procurator ex mandato quod suscepit, damnum sentiat *l. si mandassem 15. l. ex mandato 20. supr. hoc tit. l. si seruus 61. §. quod verò infr. de furt.* Atqui cùm mandaui tibi vt fundum, qui pro parte tuus erat, mihi emeres certo precio, senties damnum ex mandato meo, si quanto carius aliorum partes emeris, tanto vilius tuam vendere cogaris, quæ tamen non minoris precij sit, quàm cæteræ singulæ, si partes fundi æquales fuerunt. Ergo non est dicendum quanticunque aliorum partes redemeris, sic & tuam partem coarctandam vt non abundet, id est, non excedat mandati quantitatem, in quã mandaui fundum totum emendum. Quid enim si iussus emere totum fundum precio centum aureorum emeris, cæterorum partes precio nonaginta aureorum: An cogeris partem tuam decem aureis vendere? Alioquin quid si non nisi centum aureis partes suas vendere voluissent: An ob id tuã gratis præstare tenereris?

DEC. Quisquis mandatum suscipit, fines eius diligenter custodire debet. nec eos transgredi potest *l. 3. in fin. l. 5. in princip. supr. hoc tit.* Atqui mandatum à me suscepisti totius fundi emendi precio centum aureorum. Ergo nõ est tibi permittendum vt siue emendo condiuisorum tuorum partes, siue tuam vendendo precium illud excedas centum aureorum: imputes ergo tibi, si aliorum partes tanti emeris, vt ex precio centum aureorum, vel nihil vel minus supersit ad partem tuam æstimandam: debueras enim aut mandatum ab initio non suscipere, aut aliorum partes minus emere, vt ex quantitate in mandatum deducta tantum supereesset quãtum ad partis tuæ precium satis esset. Neque videris damnum vllum sentire, quod ex culpa tua sentias, vt habet iuris regula: culpa autem non tam in eo est quod mandatum susceperis, quàm quod toti fundo, & per consequens parti etiam tuæ tale precium dixeris, tantique aliorum partes emeris, vt vel nihil vel minus ex præscripta quantitate retinueris quàm precio partis tuæ soluendo par esset. Toti enim fundo precium diximus non parti tuæ. Et quamuis pro precio partis tuæ aut nihil aut minus apud te remaneat, verum tamen erit dicere, Totum fundum emptum mihi fuisse precio centum aureorum.

b *Sin autem nullo certo precio constituto.* RAT. DVB. sine precio cõque certo nulla emptio esse potest, *l. 2. §. 1. infr. de contr. empt. §. precium & §. item precium Instit. eod. tit. l. 1. infr. de rer. permut.* Ergo si nullo certo precio constituto fundum emere tibi mandauerim, qui erat tibi cum aliis communis, non potes videri partem tuã mihi adhuc vendidisse æstimandam arbitrio boni viri, cùm in faciendo & suscipiendo mandato nihil de eo dictum sit.

DEC. Qui mandatum suscipit emendi mihi partius fundi in quo partem habeat: quanuis nullo constituto precio, hoc ipso se obligat vt partem suam mihi vendat. Quomodo enim alioqui totũ fundum mihi præstaret: nisi fortè gratis nullóque accepto precio præstare vellet? Quod tamen neque probabile est vnquam facturum eum esse, neque mandato cõueniens est quod de fundo toto emẽdo factum fuit. Precium ergo aliquod constitui omnino necesse est, cùm sine precio certo fieri emptio nulla possit, vt diximus. Atqui precium rei tuæ à te ipso solo cõstitui prorsus iniquum esset, etiamsi de eo conuenire inter nos non posset, quia id eo tantum casu receptum est, quo iurandum sit in litem aduersus contumacem nolentem rem alienam reddere *l. si filiofamilias 25. §. 1. infr. solut. matr. l. non enim 9. Rer. amot. l. tutor. 8. supr. de in lit. iur.* Preciũ ergo arbitratu viri boni constitui necesse est, cùm verendum non sit hoc casu, ne mandati summa excedatur, quæ mandato nulla dicta est. Nam nec quicquam vetat venditionem ab initio ita contrahi, vt precij quantitas in futurum boni viri arbitrium conferatur *l. vlt. Cod. de contr. empt.*

36. IAVOLENVS libro 7. ex Cassio.

ITa vt omnes summas, maiores & minores, coaceruet: & ita portionem ei, qui mandatum suscepit, præstet. quod & plerique probant.

Ad. l. Ita vt omnes 36.

Pertinet initium huius legis ad eũ ipsum casum de quo actum est in fine legis præcedentis, id est quo mandauerim tibi vt totum fundum quem habebas cum aliis condiuisoribus communem, mihi emeres, nullo certo precio constituto, vt constat ex §. 1. huius legis, vbi reditur ad primam superioris legis speciem de mandato emendi quod à me habueris ad certam vsque precij quantitatem. Sensus ergo Iauoleni est, summas omnes maiores & minores coaceruãdas esse, vt ita, id est, vt deinde portionem quoq; eius qui mandatum suscepit præstet vir bonus, cõstituto scilicet medio precio inter maiora & minora. Quid enim melius aut cõmodius arbitrari vir bonus possit, vẽditis inæquali precio partibus æqualibus? Reducenda nimirũ sunt inæqualia precia ad æqualitatẽ, vt mandatarius qui æqualem in fundo portionem habet, æqualem quoque precij partem ferat. Sed ita tamen vt ratione condi-

BIU Cujas

condiuisorum qui partes suas diuersis precijs vendiderunt, nihil ex precio immutetur. Et ita Ioannes vetus interpres locum hunc intellexit, quem & Accursius refert, & Cuiacius probat. Multa sunt in iure nostro huiusmodi quæ sic constituuntur nō tam quòd iuris ratio aliqua nos cogat id facere, quàm quia nihil sit quod melius aut iustius constitui possit *l. quoties* 200. *de regul. iur.*

1 ¶ Simili modo & illa specie, vbi certo pretio tibi emere mandaui, si aliarum partium nomine commode negotium gesseris, & vilius emeris: pro tua parte tantum tibi præstatur, quanti interest tua: dummodo intra id pretium, quod mandato continetur. quid enim fieret, si exiguo pretio hi, cū quibus tibi communis fundus erat, rem abiicere, vel necessitate rei familiaris, vel alia causa cogerentur: num etiam tu ad idē dispendium deducereris? [a] sed nec lucrum tibi ex hac causa adquirere debes: cum mandatum gratuitum esse debeat. neq; enim tibi concedendum est, propter hoc venditionem impedire, quod animosiorem eius rei emptorem esse, quàm tibi mandatum est, cognoueris.

Ad §. 1. Simili modo.

RAT. DVB. Bona fides, quam mandatarius in omni contractu mandati præstare debet *l. idemque* 10. *in princip. supr. l. si mandatu Titij* 59. §. 1. *infr. hoc tit.* hoc exigere ab eo videtur, vt idipsum in persona sua præstare debeat quod & in aliorum personis æquum existimauit *l. si negotia* 31. vbi diximus *supr. eod.* Ergo cùm mandaui tibi emere mihi certo precio fundum quem cum aliis communem habebas, si aliarum partium nomine commode negotium gesseris, easque vilius emeris, pro tua quoque parte idem precium constituere debes, ne tuum magis quam meum negotium gessisse videaris.

DEC. Officium mandatarij, quod fideliter & ex bona fide præstiterit, non tantùm in suscipiendo mandato emendi totius fundi quem cum aliis communem habebat, sed etiam in emendis quàm vilissimo potuit precio condiuisorum portionibus, non debet ei damnosum esse, ne alioqui & à suscipiendo & ab exequendo fidelius mandato reuocetur *d. l. si mandassem* 15. *l. ex mandato* 20. *supr. hoc tit. l. si seruus* 61. §. *quod verò infr. de furt.* Atqui sentires damnum ex mandato si ob id quod condiuisorum tuorum partes vilius emeris quos vel necessitas rei familiaris vel prodigalitas, vel qua alia causa coegerit minoris vēdere, tu quoque ad idem dispendium deducereris, nisi fortè quis imputare tibi velit, quòd aliorum partes vilius emeris, vsus occasione necessitatis, quæ cogebat eos vendere. Quod tamen absurdum esset, cùm nemo alteri possit imputare factū ex quo ipse lucrū senserit *l. si extraneus* 33. *l. cū in fundo* 78. §. *quod si mulier infr. de iur. dot.* Ergo pro tua parte tātū tibi præstare debeo quanti tua interest, dūmodo intra id preciū quod mandato continetur. Nō enim si alij condiuisores partes suas abiicere noluerūt, & proiicere vt loquitur *l. si pignora* 50. *inf. de euict.* etiam coacti vrgentibus sumptib. aut aliis onerib. necessariis vt *in l. non idcirco* 12. *C. de rescind. vendit.* æquū est te ob id tantū quòd mandatum à me susceperis, in eas conijci angustias vt rem quoque tuam proiicere & prodigere cogendus sis. Neque simile est quod obijcitur ex *d. l. si negotia.* Id enim ad ea pertinet quæ mandatarius cōtra se facere debuit perinde ac contra alios in causa iuris iam quæsiti mandatori, vt non magis liceat mandatario esse negligenti in causa sua quàm in aliorum in præiudicium mādatoris. At in proposito agitur de iure quærendo ex causa emptionis faciendæ à diuersis venditoribus. Quo casu nihil vetat aliud precium constitui ab vno ex venditoribus aliud ab alio: Cùm in emendo & vendendo liceat contrahentibus naturaliter se decipere, & venditori quanto carius potest vendere; emptori autem quanto vilius potest emere *l. in causa* 16. §. *idem Pomponius supr. de minor. l. item si precio* 22. §. *vlt. infr. locat. l. si voluntate* 8. *C. de rescind. vendit.* Cùm igitur tu tanquam procurator meus & emptoris & vēditoris officio functus sis, potuisti meo nomine & in meam vtilitatem vilissimo precio à condiuisoribus tuis eorum partes emere, tuam verò partem mihi longè maiore precio vendere, cùm tua interesset maximè non etiam mea, dummodò non pluris æstimetur id quod tua interest, quam sit in precio quod in mandato meo continetur. Hoc enim semper addendum est, ne prætextu tuæ partis liceat tibi mādati mei fines prætergredi *d. l. diligenter* 5. *supr.*

a *Sed nec lucrum tibi ex hac causa.* RAT. DVB. Actio mandati nec competit, nec datur mandatori nisi eius interfit, & quatenus interfit, *l. si procuratorem* 8. §. *mandati supr. hoc tit.* Atqui mea nihil interest quanti partem tuam æstimes, aut potiùs quanti tua interest ratione partis tuæ dum ne excedatur ea quantitas quam mandato præscripsi. Finge fundum quem tibi mandaui vt mihi emeres, communem tibi fuisse ex æquis partibus cum Titio & Sempronio, Titium autem partem suam tertiam vendidisse tibi precio decem aureorum, Sempronium quoque suam pari precio. Quid mea interest, an partem tuam dignam triginta & tribus aureis æstimes quadraginta aut quinquaginta? An ideò fiet vt excedatur summa centum aureorum ad quam vsque constituti tibi precij modum? Ergo non es prohibendus pro parte tua licet non tanti sit petere quinquaginta aureos, nec debeo tibi lucrum hoc inuidere, cùm eriam hoc tibi permisso futurum sit vt appareat te negotium meum cōmodè ex vtilitate mea gessisse. Fiet enim vt precio septuaginta aureorum habeam totum fūdum quem ego ipse centum aureis æstimauerā.

DEC. Mandatum gratuitum esse debet, cùm ex officio & amicitia originem trahat *l. 1. §. vlt. supr.* Ergo nullum ex eo lucrum sibi retinere debet quia id contra bonam fidem esset *l. idémque* 10. §. *si procurator d. l. ex mandato* 20. *eod.* Nectam inspiciendum est an mandatoris quicquam interfit, quā vtrum licitè & honestè lucrum hoc retinere possit mādatarius, cū nec omne quod licet, honestum sit,

BIU Cujas

l. non omne 144. *de regul. iur.* & maior habenda semper sit ratio honestatis, quam vtilitatis etiam licitæ. Atqui in proposita specie tu mandatum à me suscepisti totius fundi emendi meo nomine. Ergo non est tibi concedendum, vt quia tuorũ sociorum partes vilius emisti, tuam pluris vendas & æstimes quàm quanti sit, aut quia me animosiorem huius fundi emptorem esse cognoueris, qui longè maiore precio quàm centum aureorum fundum hunc comparaturus sim, si non aliter totum eum habere possum, quàm præstando tibi pro tua parte longè plus quàm quanti reuera est. Augentur enim plerumque rerum precia ex stultitia emptoris animosioris quam par sit ad acquisitionem, vt in *l.* 3. *infr. ad leg. falcid.* Rectè autem Iauolenus *non esse tibi concedendum propter hoc venditionem impedire*, scilicet non tuæ partis duntaxat, vt malè interpretatur Accursius, quasi impediat venditionem is demum qui carius vendere vult quàm res sit ex *l. non dubium* 14. §. 1. *de legat.* 3. Sed totius fundi, quippe quem totum emi, mandauerim non empturus pro parte. Quominus enim sociorũ tuorum partes iam mihi emeris, potes tamen adhuc impedire ne mihi venditæ videri possint, si nimirum partem tuam non nisi iniquo & iniusto precio vendere mihi velis. Aut enim totum fundum mihi emptum esse necesse est, aut nulla penitus ex parte. Et tamen facis perfidè qui hoc prætextu, & vt lucrum iniustum captes siue ex stultitia mea siue ex suscepto mandati implendi officio, impedis venditionem totius fundi, & eas ipsas emptiones facis irritas quas meo nomine fecisti. Et hic sanè sensus est illius verticuli, *neque enim tibi concedendum est*, vt benè ad Africanum docet Cuiacius cõ ra Accursiũ, qui casum hîc mutari putat, & argumẽtũ cõquirere Iauolenũ à simili, vt proximã sẽtẽtiã suam probet, quod nõ ita est.

2. ¶ Quod si fundum, qui per partes venit, emendum tibi mandassem: sed ita, vt non aliter mandato tenear, quàm si totum fundum emeres: si totum emere non potueris: in partibus emendis tibi negotium gesseris: siue habueris in eo fundo partem, siue non, & eueniet, vt is, cui tale mandatum datum est, periculo tuo interim partes emat: & nisi totum emerit, ingratus eas retineat. Propius est, vt cùm huiusmodi incommodis mandatum suscipi possit: præstarique officium & in partibus emendis, perinde atque in toto, debeat ab eo, qui tale mandatum sua sponte suscepit.

Ad §. 2. Quod si fundum.

Rat. Dvb. Sicut procuratori officium suum, quod exhibuit suscipiens mandatum, damno esse non debet, ita neq; periculo *l. ex mandato* 20. *supr.* Si quidẽ cuius periculũ est, eius & dãnũ est *l. si verò* 12. §. *si quis mãdauerit. sup. hoc tit. l. si mãdatu meo* 45. §. *quod mihi, inf. l.* 1. §. *idẽ Põp. quærit* 14. *vers. sed si mãdasti sup. tit. prox.* Quemadmodum è contrario qui nihil habet quod perdat, eius periculo nihil est, *l. itaque* 12. *in princip. infr. de furt.* Ergo si fundum qui per partes venit emendum tibi mandauerim, quamuis hoc adiecto, vt non aliter mandato tenear quàm si totũ fundum emeris. Dicendum est, si totũ emere non potueris, sed quasdam duntaxat partes, nõ ideo tamen tuo periculo te emisse, sed meo, cùm emeris meo nomine non tuo.

Dec. Mandatarius eam legem seruare tenetur quæ mandato dicta est, si modò neque contra leges sit, neque contra bonos mores: dant enim conuentiones legem contractibus *l.* 1. §. *si conuenit suprà tit. prox. l. in conuentionalibus* 52. *de verbor. obligat. l. contractus* 23. *l. nec ex prætorio* 27. *de regul. iur.* Atqui conuentio hæc, ne ex mandatu meo aliter tibi tenear quàm si totum fundum emeris, non solum contra leges non est, neque contra bonos mores, sed etiam habet magnam rationem, quia nollem emere partem *l. tutor vrgentibus* 47. §. 1. *sup. de minor.* ne inuitus in communionem inciderem *l. si non sortem* 26. §. *si centum supr. de condict. indeb. l. si quis aliam* 47. *de solut.* Propter discordias quas materia communionis excitare solet *l. in re communi* 26. *vrban. præd. l. cùm pater* 77. §. *dulcissimis de legat.* 2. Propter quam causam nec in cõmunione iam cõtracta inuitus quisquam manere compellitur *l. vlt. C. commun. diuid.* Ergo cùm non possis actione mandati contraria me cogere, vt partes quas emisti, accipiam, cùm non totum fundum emeris, nec proinde mandatum impleueris, necessario cõsequens est, vt interim, id est, quousq; totus fundus emptus sit, eas partes periculo tuo emeris non meo. Imputes enim tibi quod tale mandatum & ea lege susceperis, nec prospexeris quod prospicere debuisti posse hoc euenire, *l. si quis domum* 9. §. 1. *vers. idem quærit infr. locat.* Ingratiis ergo, id est, inuitus quoque partes illas retinebis. Nec quicquam absurdi est cum hoc incommodo mandatum abs te suscipi, præstarique à te par officium debet in partibus omnibus emendis si in eo fundo nullam partem habueris, atque in toto fundo emendo, si partem iam in eo habuisses. Quo casu non liberareris ab actione mandati si partes à te redemptas duntaxat, non etiam partem tuam præstare mihi velles, vt scriptum est in lege præcedente, neque vicissim haberes contrariam mandati actionem aduersum me pro indemnitate tua consequenda, quia mandato non satisfeciisses. Cur non ergo idem erit cùm de partibus omnibus emẽdis eius fundi in quo partem nullam habebas, mandatum suscepisti? Suscepisti quidem cum magno incommodo, sed tamen suscepisti, & quidem sponte, cùm ab initio liberum tibi esset non suscipere, *l. si mandauero* 22. §. *vlt. supr.* Ergo implere illud debes, & exequi bona fide etiam cum tuo periculo & damno, si aliter bonam fidem præstare non possis.

3. ¶ Quod si mandassem tibi, vt fundum mihi emeres, non addito eo, vt non aliter mandato tenear, quàm si totum emeres: tu partem, vel quasdam partes eius emeris: tum habebimus sine dubio inuicem mandati actionem, quamuis reliquas partes emere non potuisses.

Ad §. vlt.

BIU Cujas

Ad §. vlt. Quòd si mandassem.

RAT. DVB. Cùm mandaui tibi, vt fundum qui per partes vendebatur mihi emeres, quamuis non addito eo, vt non aliter mandati tenear, quàm si totum emeres; id tamen actum videri debet vt non aliter empturus fuerim, quàm si totum fundum haberem. Ea namque emptorum omnium mens esse creditur ne inuiti incidant in communionem, vt ad §. præcedentem diximus ex *l. tutor* 47. §. 1. *supr. de minor. l. si non sortem* 26. §. *si centum de condict. indeb. l. si quis aliam* 47. *infr. de solut.* Ergo non magis hoc casu quàm superiore habebimus inuicem mãdati actionem, si reliquas partes emere non potueris.

DEC. Multum interest, an fundus totus & in solidum vẽdatur vnica emptione, an verò per partes. Priore casu locum habet præsumptio & ratio illa quam attulimus quod emptor partem empturus non fuerit propter indiuisam venditionis naturam & causam, *l. cùm ex causa* 139. *infr. de verb. oblig.* Posteriore verò casu non item, cùm fundus qui per partes venditur necesse sit vt per partes quoque ematur tot factis venditionibus quot sunt partes quæ separatim venduntur ac diuersis ac separatis preciis *l. quia dicitur* 32 *l. cùm plures* 72. *infr. de euict.* Et prætereà imputare sibi debet mandator qui cùm posset mandato, legem dicere apertiùs, non tamen dixerit, ex regula *l. veteribus* 39. *supr. de pact. l. Labeo* 21. *infr. de contr. empt.* Ergo si hoc posteriore casu emptis quibusdam partibus alias emere non potueris, securus es, vt nihil periculo tuo emeris, sed indemnitatem plenissimam à me consequi debeas contraria mandati actione, dum nihil sit quod tibi imputetur.

37. AFRICANVS libro 8. Quæstionum.

HOminem certum pro te dari fideiussi, & solui, cùm mandati agatur: æstimatione eius ad id potiùs tempus, quo solutus sit, non quo agatur, referri debet. & ideo, etiam si mortuus fuerit, nihilominus vtilis ea actio est.[a] Aliter in stipulatione seruatur: nam tunc id tempus spectatur, quo agitur.[b] nisi fortè aut per promissorem steterit, quo minùs sua die solueret: aut per creditorem, quo minùs acciperet. etenim neutri eorum frustratio sua prodesse debet.

Ad l. Hominem. 37.

Hæc lex pertinet ad tractatum illum insignem de ineunda rei debitæ æstimatione siue ex bonæ fidei siue ex stricti iuris contractu debeatur, de qua iam nos tam multa scripsimus ad *l. vinum* 22. *supr. de reb. credit. ad l. pen. & vlt. de condict. tritic. & ad l.* 3. §. *in hac. supr. commod.* vt plura hîc scribere vix possimus. Dicemus tamen quantum ad huius legis explicationem satis erit. Habet autem lex duas partes. Prima est de actione mandati, posterior de condictione certi ex stipulatione. Prior pars habet in actione mandati referendam esse æstimationem ad id tempus quo fideiussor debitum hominem soluerit nõ quo agatur. Posterior verò, In condictione certi ex stipulatione inspiciendum esse è contrario tempus quo agitur, id est, litis contestatæ. Ad priorem ratio dubitandi hæc est, quod actio mandati sit bonæ fidei §. *actionum Instit. de action.* In actionibus autem bonæ fidei æstimatio rei debitæ ineunda sit inspecto tempore vtro res pluris fuit vel moræ vel rei iudicandæ ex *d. l.* 3. § *in hac supr. commod. l.* 3. §. *si per venditorem infr. de action. empt.* Ergo & in actione mandati inspiciendum est tempus moræ aut rei iudicatæ non solutionis.

DEC. Mandati actio non datur nisi ad id quod interest, & quatenus interest, *l. si procuratorem* 8. §. *mandati & pass. hoc tit.* Atqui non incipit interesse mandatarij nisi cùm incipit ei abesse. Vnde est quod in hoc tractatu tam sæpè disputatur, an & quando & quantum absit procuratori, *l. inter causas* 26. §. *abesse supr. l. si quis mandatu* 28. *supr. de negot. gest.* Tum autem incipit abesse fideiussori ex causa mandati cùm hominem promissum soluit. Abest enim homo quem soluit, & vt soluere posset fortassis emit. Ergo præcisè inspiciendum est quanti tum homo fuerit cùm solueretur. Non etiam tempus moræ quia nec ante solutionem à fideiussore factam contrahere moram debitor potuit, cùm mora contrahi non possit vbi nulla petitio & interpella io esse potest, *l. si pupillus* 127. *de verb. oblig. l. nullæ* 88. *de regul. iur.* Nullam autem habet petitionem fideiussor antequam soluerit, vt dicemus ad §. *1. legis sequentis.* Solutione verò à fideiussore facta cùm iam res absit mandatario eiúsque cœperit interesse, iniuria ei vtiq; fieret si expectandũ esset vt mandator in mora constitueretur. Non enim propter moram suam conuenitur mandator, sed propter mandatum suum, *l. Papinianus* 28. *supr. hoc tit.* Neque rursus in mora constitui potest soluendi Stichi quem non fideiussori debet, sed quem è contrario fideiussor pro eo debuit & soluit. Nam ad hoc tantùm tenetur debitor, vt præstet fideiussori quanti eius interest, id est, plenissimam indemnitatis æstimationem. Quæ ratio etiam facit vt nec rei iudicandæ tempus hîc spectari possit, cùm non possit res iudicari nisi longo tempore postquàm fideiussoris abesse cœpit. Denique non tractamus de ineunda æstimatione nisi rei debitæ adhuc eo tempore quo res iudicatur. Atqui cùm fideiussor agit mandati nihil ei debetur nisi quantum ei abest, nec tamen illud ipsum quod ei abest, sed quanti eius interest ob id quòd ei aliquid absit. Itaque quamuis absit fideiussori homo quem pro debitore soluit non tamen persequitur hominem contraria mandati actione, sed quanti eius interest ob id quòd homo ille quem soluit ipsi absit. Proinde id quod abest iam inde à quo instanti abesse incipit totum in pecunia consistit, quia & æstimatio eius quod interest, non potest, vt & alia quælibet non esse pecuniaria, *l. vlt. infr. de stipulat. prætor.* Ex quo autem pecunia debetur, non potest aliam atque aliam recipere æstimationem, non solùm quoniam in republica benè constituta semper vna eadémque est nummorum æstimatio, *l.* 3. *de eo quod cert. loc. l.* 3. *de in lit. iur.* Sed etiam quia pecuniæ proprium est res omnes cæteras æstimare non æstimari, *l. si ita fideius-*

BIU Cujas

forem 42.infr.de fideiuſſ. quod in ſpecie aut merce debita diuerſum eſt, *d.l.vinum d.l.pen.& vlt.de condict. tritic.* Ex hoc verò intelligimus quàm malè Accurſius rationem huius legis petat ex eo, quod ab eo tempore quo Sempronij fideiuſſor Stichum ſoluit, in mora videatur conſtitutus eſſe ſoluendi fideiuſſori. Nec ſi cum Accurſio ponas & comminiſcare conuentum fuiſſe in ipſa fideiuſſione, vt ſtatim atque fideiuſſor ſoluiſſet, ipſi quoque debitor ſoluere cogeretur. Cùm enim obligatio mandatoris & actio fideiuſſoris non incipiat niſi ex quo cœpit aliquid abeſſe fideiuſſori propter ſolutionem ab eo factam, quî fieri, obſecro, poteſt, vt eodem inſtanti & obligatio debitoris actióque mandati contraria incipiat, & debitor in mora conſtituatur? An non aliquod medium tempus interuenire neceſſe eſt in quo fieri poſſit interpellatio ad conſtituendum in mora debitorem, *l.promiſſor 21.in princip.ſupr.depecun. conſtit.* Et verò non ita ſenſiſſe Africanum, vt debitor pro quo fideiuſſor ſoluit, hoc ipſo in mora conſtitutus videatur, apparet ſatis ex eo quod in ſecunda legis parte ponit Africanus, exceptionem, *niſi fortè*, inquit, aut per promiſſorem ſteterit quominùs ſua die ſolueret, aut per creditorem quominùs acciperet. Et enim neutri eorum fruſtratio ſua prodeſſe debet, non ergo reſpicit Africanus ad id quod debitor in mora fuiſſe videatur ex die ſolutionis per fideiuſſorem factæ, ſed ad id quòd ex illo die ſolutionis verum ſit abeſſe fideiuſſori quanti Stichus, quē ſoluit, fuit tum cùm ſolueretur nec plus nec minùs. Alioqui ſi tempus moræ hîc ſpectare velles, quomodo ſpectatur in bonæ fidei iudiciis ſi eo tempore res pluris fuerit, aut litis conteſtatæ vt in ſtrictis conſequens fiet, vt mortuo interim, id eſt, ante moram & ante litem conteſtatam Sticho qui ſolutus fuit, liberandus eſſet debitor tanquam qui nondum moram vllam neque iudicialem neque extraiudicialem contraxiſſet. Quod tamen iniquum eſſet, cùm non eò minùs fateri oporteret abeſſe fideiuſſori Stichum, quem tamen ex mandati cauſa ſoluiſſet. Ideóque moraretur in damno ſi mandati actionem contrariam non haberet, vt & in *l.ſi ſeruus 31.ſupr.famil.erciſc. l.ſed poſtquàm 9.commun. diuid. iunct. l. ſi Stichus 25. eod.* Idémque eſſet ſi ſolutus Stichus nō mortuus, ſed debilitatus fuiſſet vel flagitio ſuo ad nihilum precij redactus vt in *l.ſi is qui negotia 50. §. 1. infr. hoc tit.* Quemadmodum è contrario fieret iniuria debitori ſi facto poſt ſolutionem precioſiore Sticho tanti condemnaretur debitor quanti Stichus eſſet eo tempore quo vel ageretur vel res iudicaretur. Non enim tanti poteſt intereſſe fideiuſſoris, cùm Stichus longe minoris fuerit eo tempore quo ſolutus fuit. Solutionis ergo tempus omnimodo & præcisè ſpectandum eſt non fideiuſſionis, non moræ, non litis conteſtatæ, non rei iudicatæ. Neque quod poſtea æſtimatio creuerit vel decreuerit, pertinet ad mandati actionem. Quomodo de conſtitutoria ſcriptum eſt in *l. nec enim 20. ſupr.de pecun. conſtit.* Et verò cur obſecro interitu Stichi liberaretur debitor quamuis ante moram contingente? Tum enim id locum habet, cùm perit res debita vt in *l.ſi ex legati 23.& ſeq.de verb.obligat.* Stichus autem ſolutus à fideiuſſore non debetur fideiuſſori, ſed quanti eius intereſt quòd Stichū ſoluerit, vt diximus. Id autem quod intereſt perire non poteſt, cùm in quantitate conſiſtat & in genere non in ſpecie, *vulg.l.incendium 11.C.ſi cert. petat.* Intellige autem legem hanc cum Cuiacio de homine certo, non cum Accurſio etiam de incerto. Non ratione illa quam adfert Cuiacius, quòd incertus homo non moriatur. Lex enim ponit hominem ſolutum antequàm mortuus ſit, & mortuum poſt ſolutionem, non potuit autem ſolui homo niſi certus, quamuis debitus fuerit incertus & in genere. Sed quia homine generaliter promiſſo ac debito, deinde ſoluto multæ quæſtiones poſſunt aliæ incidere circa æſtimationem ſerui non propter tempus ineundæ æſtimationis, ſed propter qualitatem ſerui ſoluti an ex meliorib. fuerit, an ex deterioribus, an ex mediocribus. Qui enim hominem in genere debet ſicut non cogitur optimum ſoluere, ita nec peſſimum poteſt, *l ſi heres generaliter 110.de legat.1.* quia cùm obligationes ad hoc comparatæ ſint vt vnuſquiſque acquirat ſibi quod ſua intereſt, *l. ſtipulatio iſta 38.§.alteri de verb.oblig.* intereſſet ſtipulatoris non habere ſeruum peſſimum potiùs quàm habere. Et alia ratio eſt tritici aliarúmve rerum quæ in pondere, numero & menſura conſiſtunt, ex quibus rebus ſi nihil aliud cōuenerit etiam dando peſſimam debitor liberatur, nec tenetur præſtare quicquam fideiuſſori ſi optimam dederit, cùm peſſimam quoque dando liberare ſe ac debitorem potuiſſet, *l fideiuſſorem 52. infr.* Et in hoc benè Accurſius à Cuiacio reprehenſus eſt.

a *Aliter in ſtipulatione ſeruatur.* Senſus eſt in condictione certi ex ſtipulatione cùm lis æſtimanda ſit vt in omnibus actionibus tam bonæ fidei quàm ſtricti iuris ineundam eſſe rei debitæ æſtimationem inſpecto præcisè tempore litis conteſtatæ, vt in cæteris omnibus ſtricti iuris iudiciis, *d.l.vinum 22.ſupr. dereb.credit.l.3.§.in hac ſupr.commod.l.vlt.de condict.tritic. l.fundum 28.infr. de nouat.* Cuius iuris rationem attulimus ad *d. l. vinum & ad d.§. in hoc.* Ex hoc verò intelligimus quàm grauiter erret vir doctiſſimus, qui hanc legem quæ eſt de condictione certi ex ſtipulatione per quam pecunia petitur, *l.1.de condict. tritic.& de qua in l.ſi quis certum 24.ſupr. de reb.credit.& tit.de verb. oblig.in princip.* intelligit de condictione triticaria, quòd inquit actio ſtricta ex ſtipulatu nō ſit æſtimatoria, nam in condictione triticaria certum eſt ineundam eſſe rei debitæ æſtimationem inſpecto tempore non litis conteſtatæ, quod hîc vult Africanus, ſed condemnationis, vt diſertè ſcriptum eſt in *d.l.penult.* vbi diximus *de condict. tritic.* Et falſum eſt quod ſupponit actionem ſtrictam ex ſtipulatu non eſſe æſtimatoriam, cùm in ea quoque lis neceſſariò æſtimanda ſit, *l.vltim.eod.tit.& d.l.vinum.* Imò longe magis quàm in triticaria quia per condictionem certi ex ſtipulatione pecunia petitur iam inde à tempore litis conteſtatæ. Per triticariam verò triticum, & res ipſa quæ eſt in obligatione vſque ad ſententiam. Quæ ratio facit, vt in eo ſingulari quodam iure inſpiciendum neceſſariò ſit tempus condemnationis, *d.l.pen.* Item quaſi condictio quoque triticaria non ſit ſtricta, quæ tamen eſt ſtrictiſſima, vt & cæteræ condictiones omnes. Sed natus hic error eſt ex eo quod vir doctiſſimus, neque quid eſſet condictio triticaria, nec proinde qualis eſſet intellexit, vt ad Titulum illum & in vltima parte Chiliadis noſtræ oſtendimus.

b *Niſi fortè aut per promiſſorem ſteterit.* RAT. DVB. In iudiciis ſtrictis nulla moræ ratio habetur quod pertinet ad ineundam rei debitæ æſtimationem, vt neque quantum ad vſuras, & acceſſiones: eſt enim hoc ius proprium iudiciorum bonæ fidei, *l.3. §.ſi per venditorem infr.de action.empt.l. mora 32.§.in bonæ fidei l.*

dei l.vsuræ 34. l. videamus 38. §. in cæteris infr. de vsur. In eóque grauissimus interpretum omnium veterum & Cuiacij error est, quod putant, hanc propositionẽ, iuris, quæ vult, in ineunda rei debitæ æstimatione ex contractu stricto inspiciendum esse præcisè tempus litis contestatæ, & quæ tot legibus probatur, restringendum esse huiusmodi exceptione, nisi ante litem contestatam mora facta sit, quamuis probari eam putent ex vna hac lege, contra manifestam, vt probauimus iuris rationem. Non ergo debuit Africanus addere hanc exceptionem.

Dec. Multum refert an ex obligatione stricti iuris contrahatur mora per interpellationem extraiudicialem, quo casu procedit quod diximus de tempore moræ in stricti iuris actionibus non inspiciendo, an verò per lapsum diei certæ quæ adiecta sit in ipsa stipulatione. Nam quemadmodum dies adiecta in stipulatione pars est obligationis, *l. 1. §. editiones supr. de edend.* ita & hanc vim habet vt perinde esse debeat ac si in stipulationem deductum esset, vt illius diei æstimationem incipi oporteret. Nã & fructus veniunt in stipulationem propter diei adiectionem qui alioquin non venirent, adeóque id quod interest, *l. si fundum certo die 114. de verb. oblig.* Est enim potentior mora quę contrahitur per adiectionem & lapsum diei, *l. ad diem 77. eod. l. quoties 59. eod.* Meritò igitur Africanus hanc exceptionem adiecit distinguens per illa verba, *sua die*, moram quæ facta sit per interpellationem, ab ea quæ facta sit per lapsum temporis additi in stipulatione. Quare nec ad rem nostram pertinet quod Accursius hîc notat posteriorem moram nocere ex *l. illud 16. de peric. & commod. rei vendit. l. qui decem 72. de solut.* Id enim ad eam moram pertinet quæ per interpellationem cõtrahitur, quia posterior interpellatio tollit priorem non ad eam quæ per lapsum diei, quia non similiter posterior dies tollit priorem, nec fieri vlla arte potest vt non semper verum sit sua die satisfactum non esse, nec proinde, vt mora contracta non sit. Quod autem addit Accursius moram priorem purgari per posteriorem etiam post litem contestatam falsum est. Nam ideò inspicimus tempus litis contestatæ in æstimatione ineunda rei debitæ ex stipulatione, quod instans, quo litis contestatio fit, vltimum instans sit, quo res dari potest ex regula, *l. si Calendis 11. infr. de re iudic.* Itaque ab eo die non amplius debetur res, quæ in obligatione erat, sed sola eius æstimatio. Vnde etiam fit quod ait Papinianus in *l. 2. infr. de vsur.* vt quale quid est cùm petitur, tale dari debeat. Sed de his omnibus fusiùs ad *d. l. vinum de reb. credit. & ad d. l. 3. §. in hac commod.*

38. Marcellvs libro singulari Responsorum.

LVcius Titius Publio Mæuio filio naturali domum communem permisit. non donationis causa, creditori filij obligare: postea Mæuio defuncto, relicta pupilla, tutores eius iudicem aduersus Titium acceperunt: & Titius de mutuis petitionibus. quæro, an domus pars, quam Titius obligandam filio suo accommodauit, arbitratu iudicis liberari debeat? Marcellus respondit: an, & quando debeat liberari: ex persona debitoris: itémque ex eo, quod inter contrahentes actum esset: ac tempore, quo res, de qua quæreretur, obligata fuisset: iudicem æstimaturum. est enim earum specierum iudicialis quæstio, per quam res expediatur. Non absimilis illa, quæ frequentissimè agitari solet: fideiussor an & prius, quam soluat, agere possit, vt liberetur. nec tamen semper exspectandum est, soluat, aut iudicio accepto condemnetur, si diu in solutione reus cessauit, aut certè bona sua dissipauit: præsertim si domi pecuniam fideiussor non habebit: qua numerata creditori, mandati actione conueniat.

Ad l. Lucius 38.

Rat. Dvb. Valet pignus etiam rei alienæ aut cõmunis si cõstitutum sit domino vel socio cõsentiente, *l. aliena res 20. supr. de pignorat. act. l. 1. & tot. tit. C. si alien. res pignor. dat sit l. vnic. C. si commun. res pignor. dat. sit.* Pignus autem semel constitutum liberari nõ aliter potest quàm si solutum sit debitum aut aliter eo nomine satisfactum, *l. si rem 9. §. omnis pecunia sup. de pignor. act. l. quandiu 6. & pass. C. de distract. pignor. l. 2. C. debit. vendit. pignor. imped.* non posse. Atqui ponimus domum, quæ communis erat Mæuio debitori cum Titio eius patre naturali fuisse totam à Mæuio obligatam proprio suo creditori permittente, & consensum suum accommodante Titio, necdum fuisse debitum creditori solutum. Frustra ergo ac nullo iure Titius contra tutores pupillæ Mæuij accepto iudice de mutuis petitionibus disputabat de liberanda domo arbitratu iudicis, cùm neque solutio neque satisfactio creditori offerretur.

Dec. Quæstio non in eo erat, an pignus à Titio & Mæuio constitutum in domo communi posset liberari citra luitionem, quam certum est non fieri nisi per solutionem aut aliam satisfactionem quæ solutionis vice sit, sed an cogendi essent tutores pupillæ Mæuij pignus luere, aut Titio præstare quanti eius interesset lui partem quam permittendo mandasse videbatur filio vt obligaret. Idque per actionem mandati, quænam enim alia posset competere? Permissio siquidem illa mandati vicem obtinet, *l. qui patitur 18. sup.* Et ea ratione prima hæc pars legis ad hunc Titulum pertinet, quemadmodum, & secunda de fideiussore qui mandato debitoris obligatus contra debitorem agit priùs etiam quàm soluat, vt ipse liberetur. Videbatur autem in vtraque specie ex vna parte iuris ratio valde facere contra Titium nec minor cõtra fideiussorem quòd Titius obligationi pignoris consensisset sine vlla præfinitione temporis ad quod vsq; pignus teneret

BIU Cujas

tur. Fideiussor verò pro debitore se pro alio obligasset æquè sub certi temporis præfinitione, & ita vt post illud tempus non teneretur. Etsi enim tempus non est modus tollendæ obligationis, danda tamen esset fideiussori, qui sic cõueniisset, exceptio doli contra creditorem qui aduersus suam conuentionem vrgeret fideiussorem ad solutionem, *l. obligationum ferè 44. §. 1. versic. placet de oblig. & action.* Aut cur non conuênit Titius, itémque fideiussor vt etiam prius quàm liberatum esset pignus, liceret tamen ei agere mandati ad illud liberandum? Valuisset enim conuentio, nec minùs in fideiussore, *l. si pro ea 10. C. hoc tit.* Cùm & pignoris & fideiussoris datio pro alieno debito pari passu ambulent, quod hæc lex maximè probat, cùm ait Marcellus quæstionem quam priùs tractauit in pignore non absimilem illi esse, quam posteà tractat in fideiussore, ex altera verò parte tam pro Titio quã pro fideiussore, illud vrgere maximè videtur, quod valde durum sit & pignus & fideiussorem tamdiu & quasi in perpetua obligatione retineri, si fortè creditor in persequendo debito negligentiorem se præbeat, & debitor in soluendo, cùm interim multa possint accidere quæ faciant, ne posteà Titius aut fideiussor indemnitatem non sit consecuturus. Quid enim si debitor fiat inops & non soluendo? Cur cogamus eum expectare, vt ob inopiam debitoris fiat inanis actio mandati quam ille non nisi post solutionem sit habiturus? *l. nam 156. supr. de dolo.* Quid si vltro bona sua dissipare incipiat? *l. si constante 24. in princip. infr. solut. matrim. l. vbi adhuc 29. C. de iur. dot.* Quid si neque Titius neque fideiussor pecuniam domi habeat quam in promptu numerare creditori possit ad obtinendam liberationem? An cogendus erit, vt vel bona sua vendere habeat necesse, vel pati carceres, si condemnationem expectet, vt in *l. 1. C. qui bon. ceder. poss.* aut si se obligauerit, vt fieri hodie assolet, per instrumentum quod vocant guarentigiatum, quòd sententiæ vim habeat & condemnationis? Neutrum sanè æquum fuerit, *l. si mandatu meo 45. in princip. infr.* in illis verbis, *ne necesse habeas res tuas vendere & in §. 1. & seqq. eiusdem legis.* An non multo æquius futurum sit vt permittatur eis bona debitoris vendere ex quorum precio satisfiat creditori? Quomodo in Senatu nostro iudicari solitum scripsimus in Codice Fabriano, *definit. 24. & 26. hoc tit.* quod & Vlpianus noster insinuat in *l. si procuratore 8. § si ignorantes supr. hoc tit.* & Modestinus in *l. fideiussor 26. in princip. infr. de pignor.* Hæc cùm ita sint, respondet Marcellus quæstionem propositam de Titio, itémque de fideiussore agente priùs quàm soluat ad hoc vt liberetur, non tam iuris esse quàm facti, & in iudicis æstimatione & arbitrio esse, vt sunt omnes quæ magis in facto quàm in iure consistunt, *l. 1. § sed non vtique infr. ad SC. Turpill. l. ordine 25. ad municip. l. voluntatis 7. C. de fideic. l. si verò 12. §. si mihi mandaueris in fin. supr. hoc tit.* Debere igitur bonum iudicem qui de actione mãdati cognoscit, & qui in actionibus omnibus bonæ fidei, qualis hæc est, arbitrium habet æstimandi omnia ex bono & æquo §. *in bonæ fidei 26. Instit. de action. l. 1. infr. de vsur.* æstimare quid in huiusmodi quæstionibus pronunciare debeat, circumstantiis facti omnibus benè perpẽsis & examinatis, ex persona scilicet debitoris, vt siue iam inops sit, siue vergat ad inopiam, aut quòd malis sit moribus & bona sua dissipet ac prodiget, consulat Titio nostro, & fideiussori aduersus damni futuri metum sibi prospicienti, cùm multo iustius sit eorum iura ab initio intacta seruare quàm post vulneratam causam remedium frustra quærere, *l. vlt. C. in quib. cas. non est necess. in integr. restit.* Quid item si fideiussor inops sit, & pauper, quem certum sit nõ habere vnde soluat, & mox detrusum iri in carceres si non vrgeatur debitor vt eum liberet? Itémque ex eo quod inter contrahentes actum esset. Nam si conuenisset, vt etiam priùs quàm solutum esset debitum, liceret Titio aut fideiussori agere mandati aduersus debitorem ad præstandam liberationem aut saltem indemnitatem, non esset dubitandum quin iusta conuentio, & seruanda esset *d. l. si pro ea contra quam 10. C. hoc tit.* Item ex tempore quo res de qua quæritur obligata fuisset aut fideiussor. Nec enim id videtur actum, neque rursus æquum est, eum, qui amici officium exhibuit, retineri in perpetua obligatione à qua possit amicus eum liberare per solutionẽ *l. si mora 9. iunct. d. l. si constante §. penult. infr. solut. matrim. l. si quis vina 4. §. vlt. infr. de peric. & commod. rei vendit.* Hoc ipsum quoque an diu res aut persona steterit in obligatione, arbitrio iudicis æstimandum est ex facultatibus tã debitoris quàm eius qui se vel bona sua pro debitore obligauit. Itémque ex quantitate summæ quæ debetur an magna sit, an verò exigua quam debitor facile & breui sit explicaturus. Nam qui dictionem hanc *diu* interpretantur de decennio ex *l. si fideicommissa 16. §. Aristo. Qui & à quib. manum. lib. fiant* aut vt alij de biennio ex *l. cùm domini 56. iunct. l. quæro 54. §. 1. infr. locat.* Vereor ne nimis audacter faciant definiẽdo generaliter, quod Marcellus tanquam in facti & arbitrij quæstione positum definire ausus non est. Ergo totum cum Accursio nostro iudicis arbitrio relinquamus ex *l. 1. cũ seqq. infr. de iur. delib.* Sunt igitur quinque casus quos hîc Accursius enumerat, in quib. permittitur ei qui alterius mandato vel se vel bona sua obligauit agere mandati actione contraria ad consequendam indemnitatem. Primus est si ipse soluat de suo vt eum excludam qui soluit ex bonis aut ex pecunia debitoris *l. indebitam 47. supr. de condict. indeb. iunct. d. l. si mandatu 45. infr.* Secundus huic proximus & subiungendus, si pecuniam debitam quam creditor sine causa recusauerit, aut quæ ei tutò solui non potuit, fideiussor ritè obsignauerit ac deposuerit, vt in *l. qui mutuam 56. §. 1. hoc tit. l. fideiussor 64. fideiuss.*, cùm æquè verum sit hoc casu abesse pecuniam fideiussori perinde acsi ei soluta esset, cũ obsignatio ritè ac solemniter & in iure facta vim habeat solutionis *l. obsignatione 9. C. de solut. l. acceptam 19. C. de vsur.* Tertius est si fideiussor fuerit condemnatus. Non enim cogitur expectare vt detrudatur in carceres vel ad necessitatem faciendæ bonorum possessionis adigatur: & ignoscendum ei est si parcat pudori suo *l. Quintus 48. infr. hoc tit. iunct. d. l. 1. C. qui bon. ceder. poss.* Quartus est, si diu steterit in obligatione vt in hac lege scriptum est. Quintus, si debitor bona sua dissipare ac dilapidare cœperit, vt hîc Marcellus ait. Sextus & vltimus, si fideiussor conuenerit non vt ad tempus tantùm teneatur (hoc enim casu non egeret post tempus actione mandati contra debitorem quandoquidẽ tutus esset exceptione doli contra creditorem *d. l. obligationum 44. §. placet de oblig. & act. iunct. l. pen. de fideiuss.* sed vt prius etiam quàm fideiussor solueret mandati agere posset. Qui casus & sensus est *d. l. si pro ea iunct. l. fideiussor pro venditore 45. de fideiuss.* Et in hoc errauit fortasse Accursius qui eum casum ponit quo conuenerit vt fideiussor ad tempus

BIU Cujas

pus tãtũ teneatur, nisi fortè sic intellexit: ne teneatur postid tẽpus manere in fideiussione, quãquam video in specie, *d.l.penult. de fideiuss.* interuenisse cõuentionẽ, vt fideiussor ad tempus dũtaxat vitæ suæ teneretur. Cæterũ licet his sex casib. actio mandati competat fideiussori, aliter tamẽ atq; aliter competit. Prioribus enim duobus competit ad indemnitatem, quatuor verò posterioribus, ad hoc tantùm vt liberetur. Et hoc est quod ait Paulus in *d.l.si mãdatu meo* 45. *§. quoties inf.* Quoties ante solutam pecuniam mandati agi posse dicimus, faciendi causa non dandi teneri reum. Fit autem hoc ex generali æquitate iudiciorum bonæ fidei. In quibus omnibus ita receptum est, vt etiamsi nondum præstandæ pecuniæ dies venerit, si tamen quis agat, ex iusta causa condemnationem fieri, non solùm ad interponendam cautionem de qua in *l. in omnibus* 41. *sup. de iudic.* sed ad aliud quodlibet quod æquum videatur vt apparet ex hac lege & ex *d. l. si mandatu.* Placet autem quod apud Accursium tota hæc lex vnico contextu legitur, nec habet §. distinctum à principio legis, quem habet lectio Florentina. Iunge *l. fideiussor* 45. *infr. de fideiuss.*

39. NERATIVS libro 7. Membranarum.

ET Aristoni, & Celso patri placuit, posse rem hac condicione deponi, mandatúmque suscipi, vt res periculo eius sit, qui depositum, vel mandatum susceperit. quod & mihi verum esse videtur.

Ad l. Et Aristoni 39.

RAT. DVB. Pacta contra leges & contra ius posita nullius sunt momenti, *l. iuris gentium* 7. § *ait prætor. supr. de pact. l. pacta quæ contra* 6. *C. eod. l. si creditor* 7. §. 1. *infr. de distract. pignor.* Atqui contra ius est vt mandatarius & depositarius præstent periculum, quia depositarius non tenetur nisi de dolo, *l. si vt certo* 5. §. *nunc videndum* 1. *supr. commod. l. si seruus communis* 61. §. *quod verò infr. de furt.* Mandatarius autem etsi de omni culpa tenetur etiam leuissima, casum tamen fortuitum non præstat. *l. à procuratore* 13. *C. hoc tit.* nec proinde periculũ vllius casus fortuiti, quod nec à quoquam vllo præstatur, cùm sit vis maior cui resisti non potest. *l. si merces* 25. §. *vis maior infr. locat. l. contractus* 23. *in fin. de regul. iur.*

DEC. Conuentiones dant legem contractibus dummodò neque contra leges sint neque contra bonos mores, *l.* 1. §. *si conuenit & seq. sup. tit. prox.* Atqui pactum hoc, vt mandatarius aut depositarius etiam de casu fortuito teneatur quamuis præter leges sit, non est tamen contra leges. Hoc enim longè diuersum est, quia lex nõ prohibet quin huiusmodi pactum fiat quod sufficit, vt fieri possit, *l. necnon* 28. *§. quoad eius supr. Ex quib. caus. maior. l. cùm sponsus* 12. *§. si res de public. in rem act.* Ergo verum est quod & Aristoni & Celso patri placuit posse rem hac condicione deponi mandatúmque suscipi, vt res periculo eius sit qui depositum vel mandatum susceperit, nec minùs vt in depositio quàm vt in mandato casus fortuitus præstetur. Quamuis contrà sentire videatur Accursius hoc admittens tantùm in mandato, ne pactum inquit nihil operetur, *arg. l. si quando* 109. *de legat.* 1. At non etiam in depositio, quasi sufficiat, vt ex huiusmodi pacto depositarius obligetur ad culpam quamlibet præstandam etiam leuissimam, qui alioquin de dolo tantùm teneretur, ex *d. l.* 1. §. *sæpe supr. tit. prox.* vbi Vlpianus ex Iuliano scribit eum, qui se obtulit, depositio se illigasse depositi periculo, ita tamen vt nõ quidem solùm dolum, sed etiam culpam, & custodiam præstet, non tamen fortuitos casus. Sed alia mihi videtur esse ratio huius depositarij, alia verò illius, qui nominatim conuênit, vt res deposita periculo eius sit. Plus enim potest expressa conuentio, quàm obtulisse se depositio, & restrictio illa quæ postremis eius §. verbis continetur, *non tamen fortuitos casus*, ad posteriorem §. speciem referri omnino debet, non ad priorem. Quod autem de commodato scriptum est in *d. l.* 5. §. *nunc videndum vers. cõmodatum autẽ* & §§. *seqq. supr. commodat.* non posse commodatario imputari casus fortuitos, ad eum casum certè non pertinet, quo commodatarius in se periculum omne receperit, vt in *l. rem mihi* 21. §. 1. *eod.* Neque verò periculum vllum est in eo, quod per culpam contingit, cũ culpa quælibet etiam leuissima euitari possit à diligentissimo patrefamilias: alioqui nec culpa esset, si euitari non posset, *d. l. si merces* 25. §. *penult. locat.* Conuentione autem hoc fieri posse, vt etiam casus fortuitos & eorum periculum in se suscipiat is, qui alioquin eos præstare non deberet. Constat satis non solùm ex hac lege, & ex eo, quod admittit Accursius in mandatario, & ex *d. l. contractus l. quæ fortuitis* 6. *iunct. l si nulla* 8. *C. de pignor. act.* Intellige autem hanc legem de periculo, quod in re ipsa deposita, vel ex mandato empta contigerit, non de eo quod extrinsecus, de quo in *l. ita vt* 36. §. *quòd si fundum supr. hoc tit.* Est enim alia quæstio de illo periculo, & quæ distinctionibus aliis indiget, vt ex iis videre est, quæ nos ad illum §. scripsimus.

40. PAVLVS libro 9. ad Edictum.

SI pro te præsente, & vetante fideiusserim: nec mandati actio, nec negotiorum gestorum est. sed quidam vtilem putant dari oportere: quibus nõ consentio. secundùm quod & Pomponio videtur.

Ad l. Si pro te 40.

RAT. DVB. & DECID. ad hanc legem, quæ ad *l. si remunerandi* 6. §. *si passus sim vers. Et nisi pro inuito supr. hoc tit.* vbi diximus, quod apertissimè locus hic probat, fuisse hoc ius controuersum inter prudentes veteres, quorum plerique dabant actionem negotiorum gestorum, actionem saltem vtilem, contra eum cuius licèt inuiti & prohibentis negotia

BIU Cujas

vtiliter gesta essent. Quorum sententiam quamuis ab Azone, vt refert Accursius, postea malè probatam, Paulus tamen hîc improbat, & post eum Iustinianus Iuliani potissimùm authoritate motus in *leg. vltim. Cod. de negot. gestor.* Iunge *l. qui fide 53. infr. hoc tit.*

41. GAIVS libro 3. ad Edictum Prouinciale.

POtest & ab vna duntaxat parte mandati iudicium dari. nam si is, qui mandatum suscepit, egressus fuerit mandatum: ipsi quidem mandati iudicium non competit: at ei, qui mandauerit, aduersus eum competit.

Ad l. Potest 41.

RAT. DVD. Contractus mandati non tantùm bonæ fidei est, sed etiam vltro citróque obligatorius, *l. seruus meus 19. supr. hoc tit.* Atqui absurdum & iniquum est mandati actionem directam mandanti esse contra mandatarium. Mandatario autem contra mandantem non esse contrariam, *l. 3. in fin. supr.* Nam in contractibus præsertim qui sunt bonæ fidei sicut æquitas magna versatur, ita & seruari debet æqualitas. Ergo quisquis habet mandati actionem directam, pati debet contrariam: & contrà nec ferendum est, vt mandati iudicium ex vna tantùm parte detur.

DEC. Alia ratio est quæ inducit actionem mandati directam. Alia verò quæ inducit contrariam. In actione mandati directa agitur de fide rupta, cùm perfidus sit mandatarius si mandatum susceptum deserat. In contraria autem non agitur nisi de indemnitate & calculo ne in damno moretur mandatarius qui amici officium suscepit, & exhibuit *l. ei apud quem 5. supr. tit. prox.* Et quamuis ex mandato nascantur vtrinque obligationes, non tamen sunt æquè principales. Vna enim directa est, alia non nisi contraria, vt in deposito, commodato, & pignore, aliter quàm in emptionibus conductionibus, societatibus, & permutationibus. Ex quibus nascuntur vtrinque obligationes æquè principales, & ex ipso contractu. Cùm tamen in aliis contractibus directæ solæ nascantur ex contractu statim atque perfectus est & ab ipso instanti contractus. Contrariè verò non tam ex ipso contractu & ex conuentione quàm ex æquitate contractus, & ex bona fide. Quid ergo prohibet mandati actionẽ directam dari mandanti, non dari autem mandatario contrariam, nempe si nulla pro eo vrgeat æquitas, si quid ei possit imputari, puta si mandati fines egressus fuerit, quos diligenter custodire debuerat. Egressus, inquam faciendo aliud quàm quod mandatum erat, *l. diligenter 5. supr hoc tit.* Nam si plus fecerit, in eo vtique quod plus erit id quod est minus continebitur, *l. in eo 110. de regul. iur.* & ideo non denegabimus mandatario actionem mandati contrariam in eo quod iuxta mandatum fecerit, & quatenus de suo ad eam vsque quantitatem impenderit, *l. sed Proculus 4. l. rogatus 33.* vbi scripsimus *supr. hoc tit.* In cæteris contractibus quos diximus esse ab initio, & æquè principaliter vltro citróque obligatorios, difficilius est, vt contractus claudicet, nec nisi ab vna parte obligatio contrahatur. Interdum tamen id quoque euenit, vt in specie *l. Iulianus 13. § si quis à pupillo infr. de action. empt.* §. 1. *Instit. de author. tutor.* Sed quod putat Accursius in locatione & conductione idem contingere in specie *d. l. ex conducto 15. §. vlt. infr.* non probo. Ibi enim ex vtraque parte obligationem ab initio constitisse, & actionem vtrinque competiisse ex eo apparet, quod conductori datur actio, vt à locatione & ab actione ex locato liberetur, cùm liberatio præsupponat obligationem *l. decem 116. de verb. oblig.* Sanè non nego etiam locationem perinde ac emptionem posse ex vna tantùm parte consistere, in eodem scilicet casu, si quis tam stultus sit, vt cùm pupillo sine tutoris authoritate locationem vel conductionem inire velit.

42. VLPIANVS libro 11. ad Edictum.

SI mandauero tibi, vt excuteres vires hereditatis: & tu, quasi minoris sit, eam à me emeris: & mandati mihi teneberis.[a] Tantundem, & si tibi mandaui, vt vires excuteres eius, cui eram crediturus: & renuntiaueris, eum idoneum esse.

Ad l. Si mandauero 42.

RAT. DVB. Extra mandati à te susceptæ causam est, quòd hereditatem à me emeris cuius facultates mandaueram tibi vt excuteres. Quid enim vetat te excussisse atque ita mandatum impleuisse, ac nihilominùs postea emere hereditatem quam alius quilibet emere perinde potuisset. Videris enim non quasi mãdatarius emisse, sed quasi quilibet, vt Vlpianus noster loquitur in *l. si paterfamilias 15. §. qui duos supr. de adopt.* Ergo etiamsi denunciaueris mihi minorem esse hereditatem quàm reuera esset, atque ita eam à me tanquam minorem emeris, & quod est consequens minore precio quàm iusto, non est mihi contra te danda actio mandati si nihil dolo feceris: Aut si quid à te dolo malo factum est, actio de dolo potiùs mihi competere videretur, quasi alia qualibet deficiente. Præsertim verò si dolus tuus contractui causam dederit, quo casu nec contractus bonæ fidei tenet, *l. eleganter 7. in princip. supr. de dolo.*

DEC. Improbus est mandatarius & facit contra bonam fidem, si ex mandato, quod bona fide suscipere debuit, lucrum captet cum mandantis damno, & iactura, *l. idémque 10. § si procurator l. ex mandato 20. supr. hoc tit.* Et quamuis ab initio caruisset dolo, nunc tamen facit dolo qui lucrum quod ex hereditatis emptione percepit, retinere vult impunè, nec mandanti restituere, *l. si procuratorem 8. §. pen. supr. l. 1. §. est autem 22. supr. tit. prox. l. 2. §. circa infr. de doli mali except.* Atqui cùm mandaui tibi vt hereditatis mihi delatæ & acquisitæ vires excuteres, & renunciasti mihi eam minorem esse, atque ita feci-

sti vt

BIU Cujas

tisti, vt eam quasi minor esset, minore quoq; precio emeres, lucrum captasti ex meo damno, & quidem quod grauius est per occasionem mandari, neque enim tibi tuæque adfirmationi fidem habuissem, nisi mandatum à me suscepisses excutiendarum hereditatis virium, quas porrò ex euẽtu apparet malè excussas, cùm probetur longè maior fuisse hereditas, quàm esse illa retuleris. In quo si nihil dolo feceris, culpa tamen non cares: quæ licèt leuissima, mandati tamen iudicio præstanda est *l. à procuratore 13. C. hoc tit.* Si autem etiam dolo feceris, etiam mandati actione dolus vindicatur, nec minùs actiones quã exceptiones doli iudiciis bonæ fidei insunt, vt alibi scripsimus. Omni ergo casu danda mihi est cõtra te actio mãdati directa, sed an ita, nisi dolum tuũ sic interuenisse constaret, vt causam cõtractui dedisset? Eo nãq; casu sicuti cõtractus nõ valeret ita, neque ex eo contractu actio dari vlla posset, ideóq; de dolo agi oportere videretur. Atq; ita cõcludit Accursius ex *d. l. eleganter 7. de dolo.* sed malè, id enim tum obtinet cũ semota illa actione, quæ alioqui dãda esset, ex eo contractu cui dolus causã dedit, nulla supereſt alia actio, quæ possit cõpetere. Certum enim est, actionẽ de dolo numquã cõpetere, nisi qualibet alia deficiẽte *l. 1. §. 1. & pass. eod. tit.* In proposito autẽ quãtis dolus tuus dedisset causã vẽditioni, & idcirco actio ex vẽdito dari nõ posset, tanquã nulla subsistẽte vẽditione, supereſſet tamẽ actio mãdati, cùm dolus tuus causam mãdato nõ dedisset. Aliud enim est dicere, me sine dolo malo tuo nõ fuisse mãdaturũ tibi, vt excuteres vires hereditarias, Aliud verò dicere, me non fuisse tibi venditurũ. Imò etiãsi dolus tuus vẽditioni causam nõ dedisset, quòd iã apud te cõstitutum esset, hereditatẽ vẽdere, ideóq; actio ex vẽdito mihi cõpetere videretur vt in *l. Iulianus 13. §. si vẽditor & seq. infr. de action empt.* In proposito tamen casu actio ex vẽdito locũ habere nõ posset: at mãdati actio tantũ, quia is primus cõtractus fuit *d. l. si procuratorem 8. in pr. sup. l. 1. §. quòd si rem. 12. & seq. sup. Tit. prox.* Ergo cessante actione ex vendito, quòd ex venditione nulla nasci non potuerit, tantò magis dicendum est competere mãdati actionẽ directã, & ita de dolo actionẽ denegandã. Planè si ponerem dolũ admissum esse à te, in eo quoq; quod mandauerim tibi, vt excuteres vires hereditatis, quã emere volebas, cùm ego aliter neq; venditurus, neque mandaturus tibi fuissem, admitti posset, actioni de dolo locum fore, quia non magis mandati quàm venditi actio tenere posset, ob dolum qui causam vtrique contractui dedisset.

a *Tantundem etsi tibi mãdaui.* Posterior hic casus paulò maiorẽ habet dubitationẽ, quia cùm mãdaui tibi, vt excuteres vires debitoris, cui erã creditурus, & denunciãsti mihi esse illũ idoneũ, atq; ita feceris, vt ei crederẽ, nullũ ex hoc mandato lucrum penes te remanet, Ideóq; tãtò minùs æquũ videtur mãdati actione te mihi teneri. Sed tamẽ verum est me deceptũ à te fuisse, quòd renũciaueris mihi esse idoneũ debitorẽ quem ex euẽtu apparuit non fuisse, & ob id inanẽ esse meam actionẽ, quã mihi quæsij, credẽdo ei pecuniã *l. nã is 6. supr. de dolo.* Nec valde refert, an dolo malo id feceris nẽne. Nam si dolo malo potest ille vindicari actione mandati, quia bonæ fidei est, vt diximus, nec potest videri, dolus ille tu⁹ dedisse causã mãdato, cũ æquè fuisse pecuniã creditur⁹, vt lex ponit, alij scilicet cuilibet quẽ modò idoneum esse scirẽ. Quod si nullus in eo dolus fuit, negare tamen nõ potes, quin saltem culpã admiseris in eo quod minus diligẽter, si nõ minus fideliter eius facultates excuseris, quomodo diligentissius alius excussisset. In quo si neque lata neque leuis culpa fuit, saltem fuit leuissima quæ etiam iudicio mandati præstanda est *l. à procuratore 13. C. hoc tit.* Alia causa est eius qui nullo mandato præcedẽte adfirmauit mihi lucri sui causa idoneũ esse debitorẽ, qui nõ erat: Is enim actionẽ de dolo tenetur, cùm neque mandati, neque alia vlla in eum possit competere *l. quòd si cùm scires 8. supr. de dolo.*

43. IDEM libro 23. ad Edictum.

QVi mandatum suscepit, vt pecunias in diem collocaret, ísque hoc fecerit, mandati conueniendus est, vt cum dilatione temporis actionibus cedat.

Ad l. Qui mandatum 43.

RAT. DVB. Is qui mandatũ suscepit à me, vt pecuniã meã in diẽ collocaret, & collocauit, mãdatũ impleuit, cùm id fecerit, quod faciendũ ei mãdatũ fuerat. Nec enim posſũ ei imputare quòd pecuniã nondũ exegerit, non solùm quia nec potuit antequã dies venerit, sed etiã quia nõ ponimus mandatũ hoc ei fuisse, vt pecuniã exigeret. Aliud enim est mãdatũ & negotiũ collocãdæ pecuniæ, aliud exigẽde, nec vnquã imputari potest mãdatario, cur nõ plus fecerit, quã ei mandatũ esset, cũ si fecisset hoc ipso teneretur mãdati actione, quia mãdati fines custodire diligenter debuit *l. diligenter 5. supr. hoc tit.* Atqui nõ tenetur mãdatarius actione mãdati directa, nisi cùm vel mandatũ omnino nõ impleuit, vel minùs fideliter, aut minùs vtiliter per dolũ vel culpã suam impleuit, *l. si mãdauero 22. §. vlt. l. si quis alicui 27. §. qui mandatũ & pass. supr. hoc tit.* Ergo nulla causa subest, propter quam possim agere cõtra te mãdati præsertim ad hoc, vt præstes mihi actionẽ, quæ nondũ nata sit, & quæ antequàm dies venerit, cõpetere tibi nulla potest, *l. vnic. in fin. sup. quand dies vsufr. legat. ced.*

DEC. Actione mãdati directa tenetur mãdatarius, vt quicquid ex re mãdatoris per occasionẽ mãdati habet, id totũ mãdatori restituat. Alioqui dolo malo facere videtur, vt scriptũ est in *l. prox. seq. & in l. si procuratorẽ 8. §. dolo autẽ supr.* Cùm nullũ lucrum ex mãdato, quod sẽper gratuitũ esse debet, retinere possit *l. 1. §. vlt. l. ita vt 36. §. 1. l. idémque 10. §. si procurator l. ex mãdato 20. supr.* Atqui collocãdo meã pecuniã licèt in diẽ acquisiisti tibi nõ solũ obligationẽ præsentẽ, prius etiã quàm dies venerit, cùm iã cesserit, sed etiã actionẽ futurã, & quæ poterit exerceri, cùm dies venerit *l. cedere diem 213. de verb. signific.* quia quod in diẽ debetur iã debetur, licèt peti adhuc nõ possit *l. in diẽ 10. supr. De cõdit. indeb. l. stipulatio ista 38. §. inter incertam l. continuus 137. §. cùm ita de verb. oblig.* Ergo mandati actione directa possum te conuenire, vt præstes mihi actionem, nõ quam iam habeas [nulla enim ante diem habere potes, vt diximus] sed quã eueniẽte die habiturus es, cùm iã obligatio sit nata. Idq; est, quod lex ait, *vt cum dilatione tẽporis actionibus tuis cedas.* Nec enim cessio actionũ fieri potest, nisi cũ sua causa, id est, præsentium tanquam præsentiũ, & futurarũ, tanquã futurarũ. Vt scil. nihil ex mãdato remaneat penes mãdatarium,

BIU Cujas

id est, ne spes quidem agendi, neque verò in eo dispendium vllum est, aut incommodum tuum propter quod recusare debeas cessionem hanc actionum *l. in creditore 38. in fin. infr. de euict.* Imò & agere possem contra te, si vellem, vt eam actionem, quæ mihi cedere debes, alteri quoque præstares *d. l. idémque 10. §. si cui mandauero supr. hoc tit.* Estq; hîc vnus ex iis casibus in quibus mandati agitur, non ad dandum, sed ad faciendum, vt benè notat Accursius ex *l. si mandatu meo 45. §. quoties infr.*

44. Idem libro 62. ad Edictum.

Dolus est, si quis nolit persequi, quod persequi potest: aut si quis non exegerit, quod exigere potest, aut soluere.

Ad l. Dolus. 44.

Rat. Dub. Doli præsumptio est odiosa, ideóq; is qui dolum allegat, eum probare omnino debet, *l. in exceptionibus 19. §. qui dolo infr. de probat.* idque ex manifestis insidiis, aut vt Cuiacius legendum putat indiciis *l. dolum 6. C. de dolo l. meritò 51. inf. tit. prox.* Ergo, quamuis negari nō possit, quin mādatarius in culpa sit, qui non vult persequi, quod persequi potest, aut qui nō exegerit, quod exigere, & soluere [sic enim locum hunc legendum arbitror supplendo verbum *potest* ex præcedentibus] cur non tamen id culpæ adscribimus potiùs quàm dolo? nec tam facilè mādatarij existimatio, & fama oneretur? Videtur enim totū hoc ex negligentia potiùs proficisci, quæ à dolo valde distat, cùm à socordia & stupiditate causam plerumque habeat.

Dec. Magna negligentia culpa est, sed magna culpa dolus est, *l. magna negligentia 233. de verbor. signific.* Nec facilè dici potest carere fraude illum, qui susceptum mandatum, quod implere posset deserit etiam per negligentiam, cùm multo ciuilius facturus fuerit si mandatum non suscepisset, ne sub officij & amicitię prætextu mādantem decipiat, qui alioquin diligentiori alteri negotia sua gerenda fuerat mandaturus. Adiuuari enim nos amici beneficio non decipi oportet *l. in commodato 17. §. sicut. in fin. supr. Commod. l. si mandauero 22. §. vlt. l. si quis alicui 27. §. qui mandatum supr. hoc tit.* Meritò igitur contra mandatarium dolus præsumitur, si nolit persequi, quod persequi potest, aut si non exegerit, quod exigere & soluere, quomodo legendum esse dixi. Quamquam nec est necesse copulam addere cùm eius vicem possit supplere virgula, & facere, vt soluta pro coniunctis accipiantur, vt in *l. sæpe 53. de verb. signific.* Eodem planè sensu quem habet vulgata & Accursiana lectio *aut si quis nolit soluere, quod exegerit*, quæ verba nō dubito quin ex interpretis alicuius glossa in textum irrepserint, cum Florētina lectio māca & multila crederetur. Placet autem, quod Accursius notat dolum hunc nō tam probatum esse, quàm præsumptum, vt & in *l. dolo 41. infr. ad leg. falcid.* Sed vellem, vt addidisset præsumptionem hanc iuris esse, & de iure, vt nostri loquuntur, & ideo probationis vim habere adeò vt nec admittat probationem in contrarium, vt nostri omnes consentiunt ex *l. filium diffinimus 6. supr. de his qui sui vel alien. iur. sunt iunct. l. Lucius 83. de condic. & demonstr.* Et idcirco habet hic dolus eosdem in iure effectus, quos verus & probatus habere posset puta ad inducendum in litem insiurandum quod nō defertur, nisi propter dolum & latam culpam, quæ ipsa nihil nisi dolus præsumptus est *l. in actionibus 5. supr. de in lit. iur. l. 2. C. eod.* Item ad transferendū periculum in eum qui tamen non possit teneri de periculo, nisi ob dolum ex *l. cùm res 47. §. vlt. de legat. 1.* Iunge *l. si procuratorem 8. §. dolo supr. hoc tit. l. 1. §. est autem 22. & §. vlt. supr. tit. prox.* Rectè autem hîc Vlpianus de eo tractat, qui non exegerit quod exigere potuit. Nec enim dolum aut culpam vllam imputare possis ei, qui defectu mādati minus idonei exigere non potuit, etiamsi agere potuerit, puta si fuerit procurator ad litem tractandum constitutus, non ad exigendam aut accipiendam solutionem, vt in *l. hoc iure 86. infr. de solut.* Multò minus si nec agere potuerit, vt in *l. si pupilli 6. §. vlt. supr. de negot. gest. l. seq. & si 25. §. quod ait Senatus in fin. de hered. petit. l. si quid possessor. 31. §. illud. planè supr. de hered. petit. l. tutores 39. in princip. iunct. l. quoties 9. §. & generaliter. infr. de admin. tutor.* Planè si & agere potuit, & exigere, ob hoc ipsum teneri debet, perinde ac si haberet, quia & habere intelligitur *d. §. quod ait, & l. si verò 64. §. dabit autem infr. solut. matrim.* dolo autem facit, qui quod habet non reddit *d. l. si procuratorem 8. §. dolo supr. d. l. 1. in fin. supr. tit. prox. l. si autem 8. de negot. gest.* Addamus etiā ex *d. l. dolo 41. ad leg. falcid.* Neque dolo eū carere, qui non exegit quod exigere debuit antequā solueret, puta cautionem, vt in specie *d. l. dolo & l. quod si possessor 17. supr. de hered. petit.* Vt hæc lex generaliùs intelligatur, non solùm de non exacta pecunia de qua tantùm in *l. procuratorem 11. C. hoc tit.* sed etiam de non exacta cautione, si eam exigi mandatum est. Tractamus enim de mandati actione quæ competere non potest, cùm mandatum nullum interuenit, *l. ex mandato 20. §. 1. supr.* Etsi autem Vlpianus in hac lege persequendi verbo vsus est, quod specialiter sumptum differt à verbo agendi: [hoc enim verbo actiones ordinariæ magis propriè significantur, Illo autem persecutiones extraordinariè *l. pecuniæ 178. §. actionis verb. de signific.*] videtur tamen mihi generaliter accipiendum, vt & actionem quamlibet personalem, & petitionem, id est, actionem in rem, vt vindicationem & hypothecariam, denique etiam persecutionem, & extraordinariam cognitionem contineat. Nam & his omnibus modis persequi actor dicitur id, quod sibi debetur, *l. actionum 25. l. actiones 37. l. nihil aliud 51. de obligat. & action.*

45. Paulus libro 5. ad Plautium.

Si mandatu meo fundum emeris: vtrum, cùm dederis pretium, ages mecum mandati: an & antequàm des, ne necesse habeas, res tuas vendere? & rectè dicitur, in hoc esse mandati actionem, vt suscipiam obligationem, quæ aduersus te venditori competit. nam & ego tecum agere possum, vt præ-

stes

BIU Cujas

stes mihi aduersus venditorem empti actionem.

Ad l. si mandatu meo 45.

RAT. DVB. Mandati actio contraria non est danda mãdatario, priusquam mandatum impleuerit §. *prox. infr.* Nam è contrario tenetur ipse mandati actione directa, si mandatũ non impleat *l. si mandauero. 22. §. vltim. l. si quis alicui 27. §. qui mandatum supr. hoc tit.* Atqui cùm mandaui tibi, vt fundum mihi emeres, non videris impleuisse. quamuis emeris, nisi etiam preciũ dederis: Alioqui liberum erit venditori eundem fundum alij vendere, si neq; precium solueris, neque aliter eo nomine satisfeceris, si modò fides habita de precio non sit, & quidem citra crimen falsi aut stellionatus *l. venditor 21. vers. nam si siue culpa, infr. de hered. vel act. vendit.* Ergo non prius mandati agere contra me potest, sicut neque fideiussor regulariter potest, priusquam soluerit, aut fuerit condemnatus, præterquàm in casibus, de quibus diximus in *l. Lucius 38. sup.*

DEC. Mandatum cùm sit contractus bonæ fidei qui ab officio, & amicitia originem trahit *l. 1. §. vlt. supr.* sic semper interpretandum est, vt quam minimo fieri potest incommodo suo mandatarius illud implere possit, ne ex eare damnum sentiat ex qua lucrum nullum sperare possit *l. ex mandato 26. supr.* Nisi tale madatum sit, quod nouni si cum suo incommodo implere possit, vt in specie *l. ita vt 36. §. vlt.* vbi diximus *supr.* Atqui magnum esset incommodum mãdatarij, si cùm fortè nullam pecuniam in numerato haberet, ad fundũ emendũ, vt in *d. l. Lucius in fin.* cogeretur res suas vendere ad soluendum precium mandantis nomine, quamuis indemnitatem postea agendo esset consecuturus. Interest enim nostra, non modò non soluere potiùs, quàm solutum repetere *l. 3. supr. de compensat. l. si stipulatus 15. in princip. infr. de fideiuss.* Sed etiam ac multò magis res nostras non vendere, quàm id quod nostra eo nomine postea interierit, recuperare *l. non enim 9. infr. Rer. amot. l. si filiofamilias 25. §. 1. solut. matr.* Neque verò mandatum hoc susceptum videri potest, vt mandatarius rem suam vendere cogeretur. Ergo in specie proposita permittẽdum tibi est, contra me agere mandati, ptius etiam quàm precium solueris, ne cogaris alioqui res tuas vẽdere, quod esset iniquum & iniustum. Neque videris hoc casu mandatum deserere, sed potiùs id agere, vt faciliùs impleri possit, si dem tibi pecuniam, ex qua preciũ possis soluere, vt in specie *l. si verò 12. §. vlt. supr. hoc tit.* Quod si nec ego incõmodum hoc subire possim, aut velim dandæ tibi pecuniæ, ex qua precium soluere possis: non eò minus danda tibi erit contra me actio mandati ad hoc, vt tuam obligationem suscipiam id est eam, quæ aduersus te competit venditori. Ita enim fit, vt neque tibi, neque mihi damnum vllum, aut incommodum inferatur: sempérq; æquissimum est temperementum, per quod fit, vt neutra pars lædatur *l. ex his 8. in fin. infr. Quæ in fraud. credit.* Quidni verò tenear tibi actione mandati contraria ad hoc, vt tuam obligationem suscipiam, cùm ego vicissim agere tecũ possim, vt empti actionem mihi præstes, quam habes aduersus venditorem? Nam in hoc quoque mandati actio directa plerumque competit, vt actiones cedantur, quas habet mandatarius habiturúsque est, vt in *l. prox. præced.* Nec similis ratio est fideiussoris, qui priusquam soluerit, quod promisit, mãdati agere regulariter non potest, nisi in casibus *d. l. Lucius 38. supr. §. si quid autem Instit. De fideiuss.* quia ad hoc ipsum se obligauit, vt solueret, & hoc vnũ mandatum ei intelligitur. Quod proinde priusquam fecerit, nec mandatum impleuisse videri potest *l. indebitam 47 supr. de condict. indeb.* Quod & Accursius noster benè hîc notat, & ad *l. si quis mandatu 28. supr. de negot. gest.* Itémque posse fieri etiam reum procuratorem in rem suam, vt in *l. plane 4. in fin. supr. famil. ercis. l. vlt. §. Titius de condict. indeb.* Quid ergo si creditor tuus, id est, venditor, qui tibi vẽdidit, & fidem tuam non meam secutus est, debitorem mutare nolit? Neque enim cogendus est, quando tecum, nõ mecum contraxerit? Hoc casu manebis quidem obligatus, sed cauere tibi debebo de te defendendo. §. *item si in fin. infr. hac lege.* Dabitur ergo hoc casu mandati actio tibi contra me ad interponendam cautionẽ. Quod & in aliis bonæ fidei iudiciis frequentissimũ est, quoties iusta aliqua causa sub est interponendæ cautionis, vt in *l. in omnibus 41. infr. de iudic.* Agitur ergo his casibus mandati non ad dandum sed ad faciendum vt in §. *quoties infr.*

1 ¶ Sed si mãdato meo iudiciũ suscepisti: manẽte iudicio, sine iusta causa nõ debes mecũ agere, vt trãsferatur iudiciũ in me. nõdũ enim perfecisti mãdatũ.

Ad §. 1. sed si mandato.

RAT. DVB. Non paruum est incommodũ in tractandis, & persequendis litibus, nec inuerecundum aut iniustum videri debet, eius desideriũ qui lites execratur *l. 4. §. 1. supr. de alien. iudic. mut. caus. fact.* Cúmque mandatum ab officio & amicitia originem trahat *l. 1. §. vlt. supr. hoc tit.* Satis abundéque mandanti esse debet, si ei in paucis amici labore consulatur, vt de negotiorum gestore scriptum est in *l. tutori 20. C. de negot. gest.* Ergo laudandus potiùs quam vituperandus est mandatarius, qui suscepto mandato accipiendi pro me iudicij, cuius longiores fortè moras præuidet, vt se ab eo incommodo liberet, desiderat transferri in me iudicium, in eámque rem contra me agit mandati actione contraria, non solùm si qua iusta causa sit transferendi in me iudicij multæ enim sunt de quibus in *l. filiusfamilias 8. §. vlt. cum seq. l. ante litem 14. l. 15. & seqq. supr. de procurat.* & quarum si, vel vna interueniat, nemo dubitat quin iudicium transferri in me possit, & debeat] sed etiamsi nulla alia causa præter voluntatem tuam interueniat. Nemo enim in lite fortassis improba perseuerare cogitur nec si iudicium suo nomine susceperit *l. destitisse 10. supr. de iudi.* Quanto minus si alieno?

DEC. Non potest mandatarius, nec debet recusare incommodum ad quod vltro se obligauit suscipiendo mandatum, & sine quo mandatũ implere nõ possit, cùm imputare sibi debeat, cur tale mandatum vltrò susceperit, *l. ita vt omnes 36. §. vlt.* vbi diximus *supr.* Debuit enim hoc prospicere posse euenire, vt incommodum huiusmodi ex mandato sentiret *l. si quis domum 9. §. 1. vers. idem quærit inf. locat.* Ergo si mandatum susceperis accipiendi pro me iudicij, nec iusta vlla causa interueniat eius in me transferẽdi, nõ est tibi permittẽdũ, vt priusquã finitum sit, agas contra me actione mandati con-

BIU Cujas

traria, vt in me transferatur. Prius enim est, vt susceptum mandatum impleas, quàm vt contra me agas. Nō autem implés mādatum, sed deseris, cùm sine iusta causa iudicium quod mandatu meo accepisti, in me transferri postulas. Nec rursus tibi liberum esse debet in lite mea facere, quod in tua posses *arg. l. si constante* 24. §. *si maritus in fin. infr. solut. matrim.* Nisi quòd si lis mea tam improba sit, vt in ea persæuerare sine aliqua existimationis meæ nota, apud bonos & graues viros non possis, ignoscēdum tibi est, si parcere velis pudori tuo *l. Quintus* 48. *infr.* comperta scilicet rei, & negotii veritate, vt in *d. l. destitisse.* Alioqui & extra hunc casum beneficio tuo deciperer, non adiuuarer: Quod esset contra bonam fidem & honestatem, *l. in commodato* 17. §. *sicut supr. commod.* Denique mandatum suscipere, sicut ab initio voluntatis est, ita ex postfacto necessitatis *l. si mandauero* 22. §. *vlt. l. si quis alicui* 27. §. *qui mandatum supr.* Meliórque conditio negotiorum gestoris, cui propria voluntas finem administrationis facit, vt scriptum est in *d. l. tutori.* vbi hanc ob causam rectè adduntur verba illa *citra mandatum*, vt intelligamus obligari grauiùs mandatarium: Tutelæ quoque alia ratio est, licèt enim tutelæ agi non possit, nisi finita demum tutela *l. nisi finita* 4. *infr. de tutel. & rat. distr.* Id tamen fit alia ratione, nempe, quia tutelæ nonnisi semel agi potest, & pupilli interest actionem illā sibi saluam esse, nec consumi propter ea, quæ habet priuilegia. At mandati, vt, & negotiorum gestorum agi sæpius potest, quod Accursius ad hunc §. non videtur percepisse, nos pluribus docuimus in nostra Iurisprudentiæ Papinianeæ scientia. Nec rursus simile est, quod diximus, dandam mandatario actionem mandati contrariam interdum etiam ad hoc, vt mandator obligationem mandatarij in se suscipiat, vt in specie de qua in principio huius legis. Ibi enim mandatum impleuerat mandatarius, emendo fundum, quamuis precium non soluisset. Hîc verò non impleuit, sed vult mandatum deserere, postulans transferri à se iudicium, quod accepit, antequàm finitum sit, si nulla satis iusta causa fuerit, hoc postulandi. Denique, sicut vbi cœptum est iudicium, ibi & finem accipere debet, *l. vbi cœptum* 30. *supr. de iudic.* Ita & qui semel iudicium accepit, finem ei imponere debet, si nulla eius transferendi causa superueniat, vt in *l. tam ex contractibus* 57. *eod.*

2 ¶ Item si dum negotia mea geris, alicui de creditoribus meis promiseris: & antequam soluas: dicendum est, te agere posse, vt obligationem suscipiam: aut, si creditor nolit obligationem mutare: cauere tibi debeo, defensurum te.

Ad §. 2. Item si dum negotia.

RAT. DVB. & DECID. Eadem ferè est ad hunc §. quæ ad initium huius legis: Nisi quod hic §. ad eum quoque casum pertinet, quo mandatum nullum intercesserit. Habet enim locum etiam in negotiorum gestore, vt Accursius notat. In negotiorum autem gestore non possis illam rationem dubitandi aptare, quod is qui promisit creditori, necdum soluit, mandatum non impleuerit. Illa igitur adferenda erit, quæ est generalior, quòd neque mandatario, neque negotiorum gestori abesse, quicquam videatur ex eo solo, quod mandantis creditori aliquid promiserit, si nondum soluerit *arg. l. facere posse* 28. *infr. solut. matr.* non aliter autē actio mandati, vel negotiorū gestorū possit competere, quàm si aliquid ei absit, vtraque enim actio datur ad indemnitatem, contraria scilicet, non directa *l. si verò* 12. §. *contrario sup. hoc tit. l. ei apud quem* 5. *supr. Tit prox.* Sed decidendi ratio est, quòd imò verò abesse vtrique videatur id, in quo obligatus est, vt Iauolenus scribit in *l. si quis mandatu* 28. *in fin. supr. de negot. gest. l. quod bonis* 15. §. *ex donationibus infr. ad leg. falcid.* §. *tutores Instit. de oblig. quæ quasi ex contr. nascunt. l. planè* 34. §. *quòd si rem vers. & multò magis delegat.* 1. Ergo si dum negotia mea geris, alicui de creditoribus meis promiseris, etiam priusquàm soluas, permittēdum tibi est, contra me agere, vel mandati, vel negotiorum gestorum, vt obligationem in me suscipiam, nec aliud erit, si mandauerim tibi, vt pro me promitteres animo nouandi, inquit Accursius, quia huius quoque casus eadem ratio est, cùm & hoc casu propter mandatum meum te obligaueris. Sed quod addit Accursius, secus esse, si mādauerim tibi, vt pro me fideiubeas, animo nouandi, non possum probare. Nunquam enim potest quis fideiubere animo nouandi, cùm si per huiusmodi fideiussionem potestate nouationis sublata esset principalis obligatio, neque fideiussoria posset consistere, quæ non nisi accessoria est, *l. si fideiussor* 19. *supr. de dolo l. cùm principalis* 178. *de regul. iur.* Quid ergo si creditor meus, cui tu promisisti, siue animo nouandi, siue non, mutare nolit debitorem. Neque enim cogendus est, dabitur tibi actio mandati contra me, vt caueam de te defendendo, quemadmodum diximus ad initium huius legis.

3 ¶ Si iudicio te sisti promisero, nec exhibuero, & antequàm præstem mandati agere possum, vt me liberes: [a] vel si pro te reus promittendi factus sim.

Ad §. 3. Si iudicio.

RAT. DVB. Eadem est, quæ ad §. præcedentem, quòd nihil abesse videatur mandatario, qui me iudicio sisti promiserit, nec exhibuerit antequàm eo nomine quicquam stipulatori præstiterit: non sit autem ei permittendum contra me priùs agere, quàm aliquid ei absit, cùm nec actio mandati ad aliud detur, quàm ad id quod interest, *l. si procuratorem* 8. §. *mandati supr.* ac proinde ad id quod abest, *l. inter causas* 26. §. *abesse eod. iunct. l. si commissa* 13. *infr. rat. rem haber.* Sed decidendi ratio eadem illa est, quæ ad §. præcedentem, quòd videatur iam abesse mandatario id, in quo est obligatus, quāuis nihildū præstiterit, *l. si quis mandatu* 28. *sup. de negot. gest.* Aget autē mandati, non vt det ei aliquid, cùm nihil ipse adhuc dederit, sed, vt faciam, vt in §. *quoties infr.* id est, vt eum liberem. Etsi enim

enim liberatio ipsa iuris non facti est, modus tamen liberandi nullus est qui non sit facti siue solutio sit siue acceptilatio, siue simplex nouatio, siue etiam delegatio. Contractus enim omnes sunt facti *l. consilio 7. §. vlt. infr. de curat. furios.*

a *Vel si pro te reus promittendi factus sim.* Id est tanquam expromissor qui solus obligatur pro non obligato. Non autem tanquam fideiussor qui nō nisi pro obligato obligari potest nec habere actionem mandati priusquam soluerit nisi in casibus de quibus in *l. Lucius 38. supr.* Et ratio differentiæ pereuidens illa est, quod expromissor & quisquis alius pro me animo nouandi promittit & se obligat, hoc ipso me liberat. Fideiussor autem meus fideiubendo pro me obligat quidem seipsum, sed non me liberat. Quia cùm ei mandaui vt pro me fideiuberet, intelligor etiam hoc ei mandasse vt pro me solueret *l. indebitam 47. supr. de condict. indeb.* Ac proinde non potest videri mandatum impleuisse priusquam soluerit. Quomodo certè impleuit ille qui iam me liberauit *d. l. inter 26. §. si is qui fideiussori supr. hoc tit.* Quod si quis pro me nondum obligato se obligauerit ne obligari me pateretur: Tanto magis danda ei erit contra me actio mandati vt eum liberem, quia plus mihi præstitit quàm si me liberasset, cùm fecerit vt ne quidem fuerim obligatus. Ita enim me à futura obligatione liberauit, vt ait Accursius. Iunge §. *seq.* qui nominatim loquitur de expromissore, si Florētinam lectionem sequare.

4 ¶ Sed si mandauero tibi, vt creditori meo soluas, túque expromiseris, & ex ea causa damnatus sis: humanius est, & in hoc casu mandati actionem tibi competere.

Ad §. 4. sed si mandauero.

Rat. Dvb. Non prius danda mandatario est mandati actio contraria, quàm mandatum impleuerit & perfecerit §. 1. *supr.* Atqui cùm mandauit tibi vt meo creditori solueres, & ei promisisti, nec dum tamen soluisti, verum est dicere te nondum precium soluisse, nec proinde mandatum impleuisse: longè namque aliud est promittere, aliud soluere *l. facere posse 28. infr. solut. matrim.* Ergo quamuis ex ea promissione fueris iam condemnatus, non eo magis tamen danda tibi est contra me mandati actio contraria, quia nec condemnatum esse te ad soluendum, soluisse est.

Dec. Iudicium mandati bonæ fidei est, & alias atque alias præstationes recipit, sed omnes ex bono & æquo *l. si verò 12. §. si mihi mandaueris supr. hoc tit.* id est ex benignitate & humanitate. Atqui humanum est etiamsi nondum creditori meo solueris, sed tantum promiseris, si tamen iam condemnatus sis, perinde tamē te haberi ac si iam soluisses quod ad tuam indemnitatem consequendam, non quidem vt reddam tibi pecuniam quam non dederis, sed vt me liberes, & obligationem meam in te suscipias. Nam & fideiussori mandasse debitor intelligitur vt soluat *l. indebitam 47. de condict. indeb.* Et tamen si fideiussor condemnatus sit etiam priusquam soluerit, habet mandati actionē contrariam *l. Lucius 38. sup.* Nec enim cogendus est expectare vt detrudatur in carceres, vt diximus ad *d. l. Lucius.* Ex *l. si pro ea 10. C. hoc tit. l. fideiussor. pro venditore 45. infr. de fideiuss.* Video tamen in Pandectis Florentinis scriptum esse *expromiseris* pro eo quod in libro Accursij legitur *ei promisseris* Quam lectionem Florentinam si sequamur, eadē quidem erit ratio dubitandi quæ à nobis allata est, quia neque qui promittit neque qui expromittit soluit. Mandatum autem tibi fuerat vt solueres. Proinde nec si expromiseris, videris mandatum impleuisse. Sed tamen decidendi ratio erit apertior, quia quisquis pro reo expromittit, eum liberat si iam erat obligatus, quandoquidem expromissio fieri hoc casu non potest sine animo nouandi: satis autem soluendi mandatum implet qui debitorem liberat. Quid enim amplius facere solutio poterat nisi vt debitor liberaretur? *l. inter causas 26. §. si is qui fideiussori supr.* Quæ ratio licet non habeat locum in fideiussore, vt ad §. præcedentem contra Accursium disputauimus, quia fideiussor in obligatione retineri non posset liberato debitore. Alia tamen ratio facit vt fideiussori condemnato dari statim debeat actio, id est prius etiam quàm soluat, nimirum quia eius electio debitorem liberauit §. *vlt. infr. hac lege.* Mihi Accursiana lectio magis placet quàm Florentina ob illa verba *humanius est.* Quod enim expromissori damus, actionem mādati etiam ante quam soluerit, nō ex humanitate fit, sed ex mera iuris ratione, quia debitorem liberat *d. §. si is qui fideiussori.* Nec refert quid ex æquipollentibus fiat *l. vlt. §. 1. infr.* non etiam si pro debitore simpliciter, id est non animo nouandi promiserit. Quo tamen casu secuta condemnatione humanitas & æquitas facit vt ei quoque dāda sit mandati actio cōtraria, cùm in eo sit vt iam iam ex condemnatione detrudi possit in carceres, quamuis nondum soluerit.

5 ¶ Quoties autem ante solutam pecuniam mandati agi posse diximus: faciendi causa, non dandi, tenebitur reus, & est æquum: sicut mandante aliquo actionem nacti, cogimur eam præstare iudicio mandati, ita ex eadem causa obligatos nos habere mandati actionem, vt liberemur.

Ad §. 5. Quoties.

Exempla huius §. nō aliunde petenda sunt quā ex iis quæ hucusque dicta sūt tota hac lege. Quoties enim contra me agitur mandati ad hoc vt vel obligationem tuam suscipiam, vt in prima specie huius legis & §. *item si dum*, vel vt te liberem vt in specie §. *si iudicio & seq. supr.* ad faciendum agitur non ad dandum. Itemq; si agatur ad hoc vt præstentur actiones vt in *l. qui mandatum 43. supr. l. si mandatu Titij 59. in princip. infr.* Cùm si post solutionem mandatarius ageret, vtique ad dandum ageret, id est, ad reddendum, non autem ad faciendum. Nam & dandi verbum reddendi significationem continet, vt & contra *l. verbum reddendi 100. de verbor. signific. l. hæres meus 100. de legat. 3.* Addit autem Vlpianus æquum esse vt sicuti procurator mādāte aliquo actionē nactus eā iudicio mādati præstare cogitur: Ita quoque ex

BIU Cujas

mandante aliquo actionem nactus, eam iudicio mandati præstare cogitur, ita quoque ex eadem causa obligatus, mãdati actionem contrariam habeat, vt liberetur: vt in contractu bonæ fidei vltro citróq; obligatorio, æquitas & æqualitas, quantum fieri potest, seruetur. *arg. l. 3. in fin. supr. hoc tit. l. si vina 6. in fin. de peric. & commod. rei vendit.* Non igitur aliæ dubitandi, aut decidendi rationes à nobis adferendæ sunt, quàm quæ ad singula exempla attulimus.

6 ¶ Si fideiussor multiplicauerit summam, in quam fideiussit, sumptibus ex iusta ratione factis: totam eam præstabit is, pro quo fideiussit.

Ad §. 6. si fideiussor.

RAT. DVB. Beneficio fideiussoris adiuuari debitorem oportet, non onerari, nec damno affici *l. in commodato 17. §. sicut supr. Commod.* Atqui oneraretur, & damno adficeretur, si totã summam fideiussori præstare teneretur, quam fideiussor prætextu sumptuum à se factorum multiplicasset. Quid enim onerosius dici potest, quàm si ei qui pro centum aureis fideiussit ducentos reddi oporteat? Ergo non est ferendum, vt totam summam, quæ multiplicata est, debitor fideiussori præstare teneatur. Nam, nec in aliis causis, & personis id quod interest, duplum egredi potest regulariter *l. vnic. C. de Sentent. quæ pro eo quod interest profer.*

DEC. Ex contractu mandati, æquius est onerari debitorem, quàm in damno manere fideiussorem, si ex causa fideiussionis tot sumptus facere coactus sit, vt summa in quam fideiusserat, multiplicata inueniatur. Iustissimè enim procurator allegare potest, se id damni passurum non fuisse, ni mandatum suscepisset *l. si mandassem. 15. l. ex mandato 20. supr. l. si seruus 61. §. quod verò infr. de furt.* Ergo quicquid mandatarius probauerit, se ex causa mãdati coactum fuisse, impendere totum, id restitui ei debet, absq; vlla moderatione vt in *l. idémq; 10. §. item Labeo supr. l. si is qui 50. §. vlt. infr. hoc tit. l. qui proprio 46. §. litis supr. de procurat.* Adeoque licet is, qui mandauit, potuisset si ipse negotium gessisset, longè minùs impendere, vt scriptum est *in l. si quis alicui 27. §. impendia*, vbi scripsimus *supr. hoc tit.* Sanè sumptus oportet iustè factos esse, & ex causa mandati, vt ei qui mandauit, imputari possit ne sub specie beneficij debitor contra bonam fidẽ oneretur, & mandatarius lucrum ex ipsius damno consequatur: Nam & ab omni lucro quantulocunque abstinere mandatarius debet *l. idémque 10. §. si procurator d. l. ex mandato supr.*

7 ¶ Quod mihi debebas, à debitore stipulatus sum periculo tuo. posse me agere tecũ mãdati in id, quod minus ab illo seruare potero, Nerua, & Atilicinus aiunt:[a] quamuis id mandatum ad rem tuam pertineat. & meritò, tunc enim liberatur is, qui debitorem delegat, si nomen eius creditor secutus est: non cum periculo debitoris ab eo stipulatur.

Ad §. 7. Quod mihi.

RAT. DVB. Is qui debitorem delegat, liberatur, quia soluisse intelligitur *l. quamuis 8. §. interdum supr. ad SC. Velleian.* Bonum enim nomen facit creditor, qui admittit debitorẽ delegatum, etiamsi nõ sit soluẽdo *l. inter causas 26. §. abesse supr. hoc tit.* Atqui ponimus, me, id quod mihi debebas, à debitore tuo stipulatum esse, & quidem animo nouandi, vt benè Accursius interpretatur, atque ita factã esse delegationem mutatione debitoris: & interposita nouandi animo stipulatione. Ergo quamuis debitor tuus soluendo non sit, nec totum ab illo seruare possim: dicendum tamẽ est, non posse me, contra te mandati agere in id, quod minus ab illo seruare potero, sed pristina actione me agere oportere, vt in *l. licèt 42. §. ea obligatio supr. de procurat.*

DEC. Tum liberatur is, qui debitorem delegat cùm nomen debitoris delegati creditor secutus est. Atqui in propositã specie nomen tui debitoris secutus non sum, quia licèt ab eo stipulatus sim, & quidem animo nouandi, periculo tamen tuo id feci, non meo. Ergo possum contra te mandati agere in id, quod ab illo minùs seruare potero, quasi maneas mihi debitor, aut fideiussor indemnitatis *l. decem 116. de verbor. oblig.* alioqui nihil mihi prodesset, quòd periculo tuo stipulatus essem: At quia non eo minùs verum est, factam esse nouationem, adeóque delegationem, consequens omnino est, vt pristina actione agi nõ possit, quæ per nouationẽ perempta est *l. 1. infr. de nouat.* Nec possit obiici, bis idẽ ab eodem promitti nõ posse, ex *l. qui bis 18. de verb. oblig.* Id enim locum non habet, cùm secunda promissio nouandæ prioris animo facta est *d. l. 1. de nouat.*

a *Quamuis id mandatum ad rem tuam pertineat.* Ita legitur in Pand. Florentinis, sed malo cum Accursio pro *tuam* legere *meam*, vt scripsi *libr. 3. Coniect. cap. 5.* Verum enim est mandatum hoc ad rẽ meã, non ad tuã, pertinere, cùm mandaueris mihi vt quod mihi debebas, à debitore tuo nouãdi animo stipularer. Ideoq; nimirum videbatur mandatum non tenere quomodo regulariter non tenet, sed tamẽ fallit interdũ illa regula, scilicet cùm mãdantis quoque negotium geritur, vt in hac specie *l. si mandauero 22. §. interdum & §. Iulianus supr.*

8 ¶ Idem iuris est, si mandatu fideiussoris cum reo egissem: quia sequente mandato liberaretur ex priore causa.

Ad §. vlt. Idem iuris est.

RAT. DVB. Si creditor, qui habebat reum, & fideiussorem, cũ reo egerit mandato fideiussoris, nõ ideò delegatio aliqua facta videri potest. Non enim fit delegatio per mandatum, sed per stipulationem *§. præterea Iustit. quib. mod. tollit. obligat. l. delegare 11. §. 1. infr. de nouat.* Neque rursus dici potest facta vlla nouatio, quæ nunquam fit sine animo nouandi, nec nisi stipulatione interueniente

BIU Cujas

ueniente *l. 2. infr. eod. ill. tit. l. vltim. Cod. eod.* Ergo etiamsi mandato fideiussoris creditor cum reo egerit, mandati tamẽ actionem habere non debet, cùm ex eiusmodi mandato fideiussor nõ sit liberatus, pristinaque actione contra fideiussorem agere creditor debet, vt in *l. licet* 42. §. *ea obligatio in fin. sup. de procurat.* Dec. Ius vetus ita fuit, vt electione rei fideiussor liberaretur, & contrà, donec ius illud à Iustiniano abrogatũ est in *l. vlt. C. de fideiuss. & mandat.* Idque omnium optimè ex hoc §. probatur. Ergo, si mandato fideiussoris creditor cum reo egerit, atq; ita fideiussorem à priore obligatione liberauerit, actionem mãdati habere contra fideiussorem debet, si fortè aut nihil aut non solidum à reo cõsequi potuerit, vt in specie §. præcedentis, quia licet non tam propter mãdatum fideiussoris quàm propter electionẽ à creditore factã fideiussor liberatus sit, non fuerat tamẽ reum minùs idoneum electurus, nisi hoc creditor ei mandasset, vt proinde semper verum sit mandatum hoc liberationi fideiussoris causam dedisse. Itaque non malè cõparari possit hic casus cum superiore, in quo posuimus factã fuisse delegationem periculo mãdantis, quia licèt in mandato nihil de periculo dictum sit, res tamen tota recidit in periculum mandantis, quia propter mãdatum, vt dixi, fideiussor liberatus est. Quid? An non hoc quoque casu perinde atque superiore cùm delegatio facta est creditor vltro secutus est nomen debitoris, quamuis mandãte fideiussore? Poterat enim mandatũ non suscipere *l. si mandauero* 22. §. *vlt. supr.* Cur non ergo requirimus ad dandam creditori actionẽ mandati contra fideiussorem, vt periculo fideiussoris factũ mandatum fuerit? An non perinde facit bonũ nomẽ debitoris creditor qui illud eligit? Minimè verò. Quid electio illa neq; solutio est neq; pro solutione habetur? Alioqui nec reus condẽnari posset, non magis quã fideiussor. Nec per huiusmodi electionẽ quicquã acquirit creditor: sed è contrario ex duobus debitoribus vnum amittit. Cùm tamen per delegationem nouus debitor acquiratur stipulatori, cuius periculo proinde cedere delegationem æquissimũ est, nisi aliud expresse dictum sit & delegationem pro vera solutione haberi. Dices, Cur non ergo perinde mandati actionẽ damus fideiussori contra reum, statim atque fideiussor electus est, non expectato eo, vt sit condẽnatus, si verum est quod diximus, electione similiter fideiussoris reum liberari? Et tamen expectamus vt sit condemnatus *l. Lucius* 38. *supr. l. si pro ea* 10. *C. eod. l. fideiussor pro venditore* 45. *infr. de fideiuss.* Respondeo electione quidem fideiussoris debitorem liberari iure vetere inspecto, sed tamen non debere eam rem prodesse fideiussori ad dandam ei actionem mandati antequàm sit condemnatus, non solùm quod fieri possit, vt nunquam condemnetur, puta si interim sine herede aut alio successore decederet, etiam fisco vt in *l. habere licere* 57. *infr. de euict.* sed etiam quia nihil adhuc ei absit neque abesse intelligatur, adeóque nec obligatus esse videatur toto illo medio tempore quod est inter litis contestationem & condemnationem ex qua deberi incipit quod antea debebatur ex alia causa. Idque propter nouationem quæ fit tam per litis cõtestationem *l. delegare* 11. *l. aliam* 29. *infr. de nouat.* quàm per condemnationem *l. vlt. C. de vsur. rei iudic. l. si fundus* 16. §. *si pluris infr. de pignor.* Data enim actione per. Prætorem euanescit obligatio, nec nisi de actionis iure amplius quæritur ad sententiam vsque. Denique vt actionem mandati habeat fideiussor, sicuti non sufficit vt absit aliquid fideiussori, nisi etiam adsit aliquid reo ex pecunia vel saltem ex facto fideiussoris *l. Iulianus* 47. §. 1. *inf.* Ita nec è contrario sufficit, vt propter fideiussorem aut liberatio aut commodum aliquod debitori accedat quin aliquid absit fideiussori *l. si verò* 12. *in princip. &* §. 1. *l. inter causas* 26. §. *si is qui hoc tit.* vbi diximus. Nihil autem fideiussori abest ob id quod creditor reum elegerit. Abest autem cum iam est condemnatus: cùm plus sit condemnatum esse quam obligatum, *l. 3. in princip. infr. de vsur. l. si quis mandatu* 28. *in fin. sup. de negot. gest.*

46. Idem libro 74. ad Edictum.

SI quis pro eo spoponderit, qui ita promisit, *Si Stichum non dederis, centum millia dabis*? Et Stichum redemerit vilius, & soluerit, ne centum millium stipulatio committatur: constat, posse eum mandati agere. Igitur commodissimè illa forma in mandatis seruanda est: vt quotiens certum mandatum sit, recedi à forma non debeat: at quotiens incertum, vel plurium causarum, tunc licet aliis præstationibus exsoluta sit causa mãdati, quàm quæ ipso mandato inerant: si tamen hoc mandatori expedierit, mandati erit actio.

Ad l. si quis pro eo. 46.

Rat. Dvb. Fideiussor eius, qui promiserat ita stipulanti, *Si Stichum non dederis, centum millia dabis.* Si Stichum viliùs emit, ac soluit ne stipulatio centum millium committeretur, non potest videri soluisse id quod erat in obligatione. Nec enim fuit in obligatione Stichus, sed centum millia *l. obligationum ferè* 44. §. *penult. infr. de oblig. & action. l. ita stipulatus* 115. §. *item si quis de verb. oblig.* Non ergo videtur feciisse id quod mandatum fuit, & consequenter mandati actionem habere non potest *l. 3. in fin. l. diligenter* 5. *supr. hoc tit.*

Dec. Recedi quidem à forma mandati non debet quoties ea certa est, & mandatum certum: at quoties incertum vel plurium causarum, tunc, licèt aliis præstationibus exsoluta sit causa mandati quàm quæ ipsi mandato inerant, si tamen mandatori expediat, mandati actio esse debet, vt eleganter & magistraliter quomodo nostri loquuntur, Iulianus in hac lege distinguit. At qui in proposita specie mandatum si non fuit incertum, fuit saltem plurium causarum. Fuit namque in electione debitoris & consequenter fideiussoris an Stichum mallet soluere, an centum millia. Non quasi Stichus fuerit in obligatione etiam alternatiua (quomodo esset si promissor vel Stichum vel centum millia disiunctiuè promisisset *l. si duo* 128. *de verbor. oblig.*) Sed quia quamuis in obligatione Sti-

BIU Cujas

chus nullo modo fuerit ne quidem alternatiuè. Fui tamen in solutione *d.l.obligationum §.pen.d.l.ita stipulatus §.item si quis.* Ac proinde cùm & solui potuerit & solutus sit, non est dubitandum quin eiusmodi solutione fideiussor perinde liberauerit debitorem, acsi centum millia creditori soluisset. Id enim est quod dicimus esse quid in solutione vt scilicet eius solutio liberet debitorem *l.si quis stipulatus fuerit decem in melle 57.de solut.* Cùm ergo in hac specie fideiussorem liberauerit & quidem longè commodiùs & vtiliùs quàm si centum millia pro eo soluisset, quamuis mandatum non habuerit emendi & soluendi Stichi, quidni actionem mandati habere debeat, *l.prox.§.1. infr.* Quid enim refert mandantis an hoc vel illo modo impletum sit mandatum dummodo sit impletum? Præsertim verò maiore commodo, & vtilitate debitoris *l. vlt. §.1.infr.* Imò si verum amamus, is qui fideiussorem dedit soluẽdorum cẽtum millium, si Stichus non solueretur, quemadmodum ei mandasse intelligitur vt solueret centum millia si Stichus nõ solueretur *l.indebitam 47.supr.de condict.indeb.* ita & in eo mandato videtur id quoque inclusisse vt solueret Stichum si id facere vellet ac posset, cùm æque in solutione fuerit Stichus, ac centum millia, vt diximus.

47. POMPONIVS libro 3. ex Plautio.

IVlianus ait, si fideiussori vxor doti promiserit, quod ei ex causa fideiussoria debebat, nuptiis secutis, confestim mandati aduersus debitorem agere eum posse. quia intelligitur abesse ei pecunia, eo quod onera matrimonij sustineret.

Ad l.Iulianus 47.

RAT. DVB. Fideiussor qui accepit in dotem ab vxore id quod ipsi vxori debebat puta centum tanquam fideiussor Sempronij, neque soluit quicquam vxori neque ei cõdemnatus est neque condemnari ei amplius potest, cùm per dotis constitutionem factus sit dominus actionis quum mulieri & contra Sempronium & cõtra seipsum quasi fideiussorem Sempronij competebat *l. dote ancillam 9.C.de rei vindic.* Ergo mandati agere contra Sempronium non potest cum ei neque absit adhuc quicquam neque abesse in posterum possit, quamdiu saltẽ durabit matrimonium. DEC. Fideiussori actio mandati cõtraria cõpetit, statim atq; cœpit ei aliquid abesse ex causa mãdati, quia nullum damnũ ex mãdato pati debet *l. ex mandato 26. l.inter causas 26.§. abesse supr.* Atquin abest iam fideiussori & ipsa pecunia quam in dotem accepit. Cùm dotem habeat ex causa onerosa ad ferenda scilicet onera matrimonij *l.dotis fructum 7.in princip. infr.de iur.dot. l.pro oneribus 20.C.eod.l.si filia 20.§.hoc amplius supr.Famil.ercis.* Est enim causa dotis semper onerosa quantum ad maritum, licet quantum ad mulierem ipsam lucratiua esse possit *l. vlt. §. infr. Quæ in fraud.credit.l.ex promissione 19.de oblig.& action.* Nec rursus potest videri fideiussor hic liberatus ab obligatione eius pecuniæ quam quasi fideiussor Sempronij debuit cùm fieri possit vt soluto matrimonio & in casum reddendæ dotis eã ipsã pecuniam vxori restituere & seipsum de obligatione reponere teneatur. Quo casu nemo dubitaret quin actionem mandati contra Sempronium habiturus esset. Et ob id nimirum respondet Iulianus confestim mandati agere fideiussorem posse nuptijs secutis vt doceat non esse expectandũ, vt soluto fortè postea matrimonio cogatur fideiussor aut eius heres mulieri vel ipsius heredi soluere pro Sempronio. Cur enim aliud tempus expectemus cùm iam absit fideiussori.

1 ¶ Si is, qui pro te hominem dare fideiussit, alienum hominem stipulatori dederit: nec ipse liberatur, nec te liberat. & ideo mandati actionem tecum non habet.[a] Sed si stipulator eum hominem vsuceperit: dicendum esse Iulianus ait, liberationem contingere. eo ergo casu mandati actio post vsucapionem demum tecum erit.

Ad §.1.si is qui.

RAT. DVB. Fideiussori qui pro te hominem in genere stipulanti Sempronio promiserat, & alienum hominem soluit, verum est abesse hominem quem soluit. Et quem non soluisset si mandatum fideiubendi non suscepisset. In mandato enim fideiubendi includitur etiam mandatum soluendi *l.indebitam 47.supr. de condict.indeb.* Ergo mandati actionem ei dari æquissimum est ne in damno alioqui moretur, & officium suũ ei sit damnosum, contra *l.si mandassem 15.l.ex mandato 20.supr.l.si seruus communis 61.§.quod verò infr.de furt.*

DEC. Ad mandati actionem fideiussori dandam necesse quidem est mandatori aliquid abesse vt ipsius intersit cùm non detur hæc actio nisi ei cuius interest *l.si procuratorem 8.§.mandati supr.* Sed tamen id non sufficit, nisi etiam hoc concurrat, vt ex ea fideiussoris iactura debitor locupletetur, & aliquod ei commodum accedat scilicet liberationis. Quodnam enim aliud in proposita specie potest accedere? Atqui fideiussor qui alienum hominem soluit, neque liberat neque liberatur, quia hominem accipientis non facit *l. Neratius 63.supr. de condict.indeb.l.si alieni 78.& seq. l.si rem meam 20.l. is qui alienum 60.infr.de solut.* Ergo mandati actionẽ habere non debet. Nec est quod cum Accursio obiicias malam esse rationem hanc Pomponij ex Iuliano sumptam cùm plerique casus sint in quibus permittitur fideiussori agere mandati prius etiam quam aut debitorem aut seipsum liberauerit vt in *l.Lucius 38. & l.si mandatu meo 45.in princip. & §.quoties cum præcedentibus supr. hoc tit. l.si pro ea 10. l.eod.* Habent enim illi casus omnes specialem rationem quam nos docuimus *ad d.l.Lucius.*

a Sed

BIU Cujas

2. *Sed si stipulator eum hominem vsuceperit.* RAT. DVB. Liberatio non potest contingere nisi ex solutione, neque rursum actio mandati, nisi ex eo quod fideiussor soluerit §. *si quid autem Instit. de fideiuss.* Ergo necesse est, vt nascatur vel eo tempore, quo fideiussor soluit, vel nunquam. Atqui eo tempore non potuit nasci liberatio, cùm fideiussor soluit. Ergo nec si creditor solutum hominem alienum vsuceperit, mandati actio fideiussori danda erit: cùm ius, quod creditor nunc habet dominij, non tam solutioni accepto ferendum sit, quàm vsucapioni.

DEC. Ratio cur fideiussor alienum hominem soluens, neque seipsum, neque debitorem liberauerit, non alia est, quàm quia hominem stipulatoris non fecerit. Nec enim traditio dominium trãsferre potest, quod non sit penes tradentem *l. traditio 20. de acquir. rer. domin.* ac proinde potest ab eo res auocari *d. l. si rem meam d. l. is qui alienum de solut.* Ergo, si quid superueniat propter quod, res auocari posse desinat, dicendum est solutionem conualescere, vt liberationem parere possit. Nec enim nouum est, ex euentu confirmari solutionem *l. quires 98. in princip. & §. 1. eod. tit. de solut.* Atqui cùm creditor alienum hominem sibi solutum vsucepit, perinde fit dominus, acsi fideiussor suum soluisset. Quid enim aliud est vsucapio, quàm adiectio dominij ad possessionem? vt ait *l. 3. infr. de vsucap.* Vsucapio igitur facere debet, vt conualescat ex postfacto solutio, & quæ nasci ex solutione debuit liberatio *dict. l. is qui alienum 60. l. Cassius 17. de solut. l. 2. Cod. de reb. alien. non alienand.* Sic dicimus eum, qui alienam rem vẽdidit, vel etiam alij obligatam post longi temporis præscriptionem, vel vsucapionem desinere emptori de euictione teneri *l. qui alienam 54. infr. de euict. l. si obligata 19. C. eod.* Nempe quia desinit res ab emptore auocari posse, eo igitur casu quo alieni hominis à fideiussore soluti vsucapio secuta sit mandati actio fideiussori, demum competere incipiet, quia & tunc verum esse incipiet, non tantùm abesse fideiussori Stichum, quem soluerit, sed etiam adesse debitori liberationem, quam ei fideiussor facto & damno suo quæsierit.

48. CELSVS libro 7. Digestorum.

QVintus Mucius Scæuola ait: si quis sub vsuris creditam pecuniam fideiussisset, & reus in iudicio conuentus, cùm recusare vellet, sub vsuris creditam esse pecuniam, & fideiussor soluendo vsuras potestatem recusandi eos reo sustulisset: eam pecuniam à reo non petiturum. Sed si reus fideiussori denuntiasset, vt recusaret, sub vsuris debitam esse, nec is propter suam existimationem recusare voluisset: quod ita soluerit, à reo petiturum. Hoc bene censuit Scæuola. parum enim fideliter facit fideiussor in superiore casu, quod potestatem eximere reo videtur, suo iure vti, cæterum in posteriore casu non oportet, esse noxiæ fideiussori, si ipse pepercit pudori suo.

Ad l. Quintus 48.

RAT. DVB. Non tantùm alieno, sed etiam proprio pudori parcit fideiussor, qui soluit vsuras, quas scit debitas esse saltem naturaliter, quamuis nonnisi nudo pacto promissas, cùm in omnem causam fideiusserit, nec minus vsurarum quàm sortis *l. quæro 54. infr. locat.* Oneratur enim pudor, & pulsatur verecundia, vt Papinianus loquitur in *l. pecuniæ 8. infr. de alim & cibar. legat.* cùm denegatur solutio eius, quod debetur, quamuis naturaliter tantùm debeatur, cùm is naturâ debere dicatur, quem iure gentium dare oportet, cuius fidem secuti sumus, *l. cùm amplius 184. §. is natura debet de regul. iur.* Ponimus autem fuisse debitas vsuras, & promissas, quòd probant prima illa verba legis, *Si quis sub vsuris creditam pecuniam fideiussisset.* Ergo quamuis reus in iudicio conuentus recusare, ac denegare vellet, sub vsuris creditã fuisse pecuniam, & fideiussor eas soluendo potestatem reo sustulerit recusandi eas, non eò minùs tamen agere mandati potest, ad ipsas repetendas.

DEC. Nõ oneratur pudor ob hoc solùm, quòd id quod debetur non soluatur, sed tum demum cùm petita eius solutio recusatur per debiti denegationem. Ergo non debuit fideiussor vltrò vsuras soluere tanquam debitas, quas sciebat à creditore recusari tanquam indebitas. Nec potest dicere se pudori debitoris parcere voluisse, cuius periculo sciebat rem cessuram, siue debitæ, siue indebitæ vsuræ fuissent. Denique non debuit prohibere debitorem, pro quo fideiusserat, vti iure suo, & exceptione, quam opponere volebat, siue iusta ea esset, siue iniusta. Non enim magis permittendũ est fideiussori, vt debitoris causam lædat, quàm debitori, vt deteriùs faciat ius fideiussoris *l. vlt. sup. de pact.* Atqui cùm fideiussor vltrò soluit vsuras, adimit reo facultatem vtendi iure suo, & denegãdi vsuras debitas esse, adeóque tametsi essent reuera indebitæ, cùm vsuræ solutæ quamuis indebitæ repeti nunquam possint, si modò sors debita fuerit *l. si non sortem 26. in princip. sup. de condict. indeb.* Meritò igitur Quintus Mucius Scæuola respondit fideiussorem hoc casu mandati non actu rum, quia parum fideliter, id est, non satis ex bona fide fecerit, sed cõtra bonam fidem, cùm potestatem reo exemit, vtendi iure suo. Quid? An non debitorem ab hoc vsurarum debito liberauit, si, vt ponimus vsuræ debebantur? Liberauit sanè. Nam & naturalis obligatio solutione tollitur, non minùs quàm ciuilis, cùm solutio naturalis modus sit tollendę obligationis, *l. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis infr. de solut. Et tit. Quib. mod. tollit. oblig. in princip.* Sed tamen non ideò mandati actionem habere potest, quia id soluit, quod reus ipse soluere cogi non potuisset, quodque nec videtur debitor mandasse fideiussori, vt solueret, cùm nonnisi naturaliter deberetur, quamuis etiam solius naturalis obligationis nomine accipi fideiussor

BIU Cujas

possit *l. 1. l. stipulatus sum 6. §. vlt. & seq. infr. de fideiuss.* Tractamus autem eum casum, quo debitor volebat, denegare promissas vllomodo fuisse vsuras, id est, ne quidem nudo pacto. Quo casu nulla penitus dubitādi ratio pro fideiussore occurrebat, quin mādati actionem ei denegari oporteret. Sed quid si vellet fideiussor probare debitas fuisse vsuras & promissas? Nō esset meo iudicio denegāda ei actio, sicuti solemus dicere de emptore, qui se per cōtumaciā vinci passus est de proprietate rei venditæ. Quamuis enim ob id solùm quod victus sit actionem ex empto de euictione contra venditorem habere non possit, quasi vicio suo causam perdiderit, potiùs quàm quòd malam causam haberet, si tamen paratus sit probare malam causam venditoris fuisse, & venditorem, etiamsi denunciata ei lis fuisset, nō potuisse vincere, non amittit tamē actionē de euictione *l. si ideò 55.* vbi dicemus *infr. de euict.* Nec enim eo casu posset debitor calumniari prohibitum se facto fideiussoris vti iure suo, cùm probetur nullum ius habuisse. Alia causa est fideiussoris, qui post denunciationem sibi à debitore factam, vt recusaret ac denegaret sub vsuris creditam fuisse pecuniam, quas promissas esse sciebat, maluit vsuras soluere propter suam existimationem, ne dolosus & mendax esse videretur. Excusandus enim est fideiussor, si pudori suo pepercerit Nec ea res noxiæ, & damno ei esse debet. Nam si nullum damnum ex mandato sentire fideiussor debet *l. ex mandato 20. supr.* multo minus pudoris & exstimationis, quæ apud bonos & graues viros nulla mercede æstimari potest *l. 4. §. aduersus infr. de doli mal. except.* Hinc notat Accursius emptorem, non eo minus posse agere de euictione, quod in lite à domino mota, nolit iurare de calumnia, cùm sciat rem ad actorem pertinere, quia non est cogendus peierare, nec idcirco actionem suam amittere debet *arg. l. ex empto 11. §. idem libro secundo aliàs l. emptorem infr. de action. empt.* Nemo enim prohibetur bonam fidem agnoscere *l. quoties 9. §. sicut vers. nec vtique in fin. de admin. tutor.* Nec sub alieni compendij emolumento, aut certum aut etiam anceps periurium subire *l. videamus 4. supr. de in lit. iur. Iunge l. bona fides 31. versic. incurrit supr. Tit. prox.*

1 ¶ Cùm mandauero tibi, vt credendo pecuniam, negotium mihi geras, mihíque id nomen præstes, meúmq; in eo periculum, & meū emolumentū sit: puto, mandatum posse consistere. [a] Certùm si mandaui, vt tibi negotium geras, tuique arbitrij si nomen, id est, vt cuiuis credas. & tu recipias vsuras, periculúmq; duntaxat ad me pertineat: iam extra mandati formam est, quemadmodum si mandarem, vt mihi quemuis fundum emas.

Ad §. 1. Cùm mandauero.

RAT DVB. Mandatum regulariter non potest in re mandatarij consistere, nec in ipsius rem & vtilitatem, quia id consilium potiùs quàm mandatum est, ideoq; non est obligatorium *l. 2. §. vlt. supr. hoc tit.* Atqui cùm mando tibi, vt pecuniam tuam credas, licet adiiciam, vt mihi nomen illud præstes meúmque in eo periculum, & emolumentum sit, mandatum fit in re tua, quoniam pecunia tua est, sine qua nec de vsuris, nec de periculo aut emolumento nominis tractari quicquam oporteret. Ergo mandatum hoc consistere non potest.

DEC. Interdum potest mandatum consistere, & in rem mandatarij, scilicet si sic fiat, vt ad mandantis quoque vtilitatem pertineat *l. si mandauero 22. §. interdum: & §. Iulianus supr. hoc tit.* Atqui in specie proposita licet mandatum fiat de pecunia mandatarij, fit tamen in rem mandantis, mandaui enim tibi, vt pecuniam tuam credendo, non cuilibet, sed Sempronio (sic enim locus hîc intelligēdus est, vt ex antithesi sequentis speciei appatet) mihi negotium geras, mihíq; id nomen præstes, meum in eo periculum & emolumentum sit. Ergo nihil vetat, quominùs hoc quoque mandatum consistat. Inspiciendum enim semper est, cui negotium gestum sit, an soli mandatario, quo casu non valet, An mandanti soli, an verò vtrique quibus casibus valet.

a *Caterùm si mandaui* RAT. DVB. Si mandaui tibi, vt credendo pecuniam tuam, tibi negotium geras, & tui arbitrij sit nomen, id est, vt cui voles, credas, & tu recipias quidem vsuras, sed tamen periculum ad me pertineat, apparet mandatum quidem de re tua fieri, sed tamen negotiū ad me pertinere. Ad quem enim magis negotium spectat, quam ad quem periculum? Ergo hoc quoque mandatum valere debet, tibíq; contra me actionem parere.

DEC. Mandatū hoc excedit notissimos fines, & terminos, mandati sicut de deposito scribit Papin. in *l. Lucius 24. supr. tit. prox.* Totum enim spectat ad tuam vtilitatem non ad meam, periculum enim hoc casu solum damnum significat, non etiā commodum & emolumentum. Ergo mandatum hoc non magis consistere potest, quam si tibi mandem, vt quemuis fundum tibi emas; sic enim legēdū est, vt in vulgata editione nō *mihi* vt in *Pand. Florent.* Est enim hoc vtrumq; consilium duntaxat nō mandatum, inquit Accursius. Excipe tamen casū illum quem Accursius quoque excipit, si non aliter facturus fueras, quā si mandasse. Hoc enim casu omnimodo nascitur actio mandati *l. si remunerandi 6. §. apud. Iulianum* vbi diximus *supr.*

49. MARCELLVS. libro 6. Digestorum.

SEruum Titij emi ab alio bona fide, & possideo: mandatu meo eum Titius vendidit, cùm ignoraret suum esse. vel contrà, ego vendidi illius mandatu cùm fortè is, cui heres exstiterit, eū emisset, de iure euictionis, & de mādato, quæsitū est? & puto Titium, quāuis, quasi procurator vēdidisset, obstrictū emptori,

BIU Cujas

ptori esse: neq; si rem tradidisset, vendicationem ei concedendam. & idcirco mandati agere posse, si quid eius inter fuisset: quia fortè venditurus non fuerit. [a] Contra mandator, si rem ab eo vindicare velit, exceptione doli sub mouetur: & aduersus venditorem testatoris sui habet exempto, iure hereditario actionem.

Ad l. Seruum Titij 49.

RAT. DVB. Titius, qui mandatu meo seruum quem bona fide possidebam, tibi vendidit, quasi meum, cùm ignoraret suum esse, non vendidit nisi tanquam procurator, & tanquam meum, vt in facto supponimus. Ergo dominium eius serui non amisit, cùm nemo siue errans, siue ignorans (habet enim sæpe error ignorãtiã & ignorãtia errorẽ, *l. si per errorem 15. supr. de iurisd.*) rem suam amittat *l. si procurator meus 35. infr. de acquir. rer. domin.* Et per consequens vindicare seruum potest tanquam suum, cùm vindicatio semper competat ei, qui dominus est, siue iure gentium siue ciuili *l. in rem 23. in princip. & pas. supr. de rei vindic.*

DEE. Quem de euictione tenet actio, eundẽ agentem & vindicatem repellit doli exceptio *l. vindicantem 17. l. Seia 73. infr. de euict. l. venditrici 3. C. de reb. alien. non alien.* Atqui in proposita specie Titius qui seruum suum vendidit, licet tanquam procurator vendiderit, tamen obstrictus est & obligatus de euictione, Non solùm si de euictione specialiter fidem suam adstrinxerit, vt in *l. procurator qui pro euictione 67. supr. de procurat.* Sed etiam si simpliciter sicut alius venditor quilibet cùm verũ sit eum vendidisse *l. non dubitatur 6. l. si tibi 25. C. de euict. l. 2. l. sed & si nulla 19. infr. eod. ill. tit. l. vlt. C. de commun. rer. alienat.* Idq; lex hæc maximè probat in qua nihil de euictione specialiter à Titio promissa proponitur. Ergo nec Titio permittendum est in hac specie, vt seruum suum vindicet tametsi eum, vt procurator vendiderit. Non quasi ipso iure vindicare non possit, cùm verè sit adhuc dominus *d. l. si procurator.* Sed quia nec vindicare aut aliter agere posse creditur quisquis vindicãs, aut aliter agens doli mali exceptione repelli potest, nihil si quidem interest, an quis ipso iure actionem non habeat, an verò habeat quidem, sed à qua summoueri per doli aut aliam iustam exceptionem possit *l. nihil interest 112. de regul. iur.* In hoc autem casu Titius seruum suum vindicans doli mali exceptione, ideo repellẽdus est, quia emptorem inquietat, quem si alius quilibet inquietaret indemnem ipse præstare teneretur: Item, quia venit contra proprium factum & quidem ad suum commodum: quod tamen facere nemo potest *l. post mortem 25. supr. de adopt.* Et imputare sibi debet cur mandatum susceperit, vendendi serui & cur vendiderit, si me sciebat soluendo non esse, & à quo indemnitatem consequi non posset, quod si soluendo sim, satis ipsi esse debet, quod indemnis à me seruari possit per actionem mandati, quam ei contra me dandam esse, Marcellus hîc scribit, si quid eius interfuerit vltra preciũ, quod ex venditione accepit, quia fortè non fuerat venditurus, si seruum esse sciuisset. Ergo si Titius seruum hunc suum: quamuis ignorans suum esse & tanquam procurator meus vendiderit, tenebitur emptori actione ex empto, vt eum tradat *l. ex empto 11. infr. de action. empt.* Si verò tradiderit, quãuis per traditionem dominium non transtulerit, quia nec transferendi animum habuit, cùm ignoraret illud ad se pertinere *d. l. si procurator.* Attamen vindicare non poterit, sed repelletur exceptione non tantùm doli verùm etiam rei venditæ & traditæ *l. 1. & tot. ill. tit. infr. de except. rei vendit. & tradit.* Planè quod ad precium attinet Titio solutum ab emptore, & quod alius quilibet procurator mihi reddere teneretur actione mandati, non præstabit mihi Titius, sed retinebit, quia nec æquũ esset, nec ex bona fide, vt præter rem suam quam vendendo amisisset, etiam precium rei suæ amitterer, atque ita ego ex ipsius iactura locupletarer. Idque est quod Marcellus hîc scribit. *Et idcirco mãdati eum non teneri*, scilicet ad precium quod accepit mihi restituendum, cùm rem suam vendiderit, non meam. Ex eo námque quòd priùs dixit Titium de euictione obstrictum esse, infert mandati ergo eum non teneri, Atque ita respondet ad vtramque quæstionem propositam circa primam speciẽ iis verbis *de iure euictionis, & de mandato quæsitum est.* Actione nimirũ de euictione teneri Titiũ emptori, ideoq; nec vindicare rem suam ab emptore posse, actione verò mandati non teneri mihi ad precium restituendum, aut ad cedendam actionem ex vendito, si fortè precium nondum ei solutum sit, sed me ipsi actione mandati contraria ad plenissimam indemnitatem ei præstandam, si quid præterea ipsius interfit. Alia ratio est tutoris & curatoris, quem si tanquam tutor vel curator vendiderit non teneri finita administratione placuit, nisi proprio nomine se obligauerint *l. post mortẽ 5. §. 1. infr. quand. ex fact. tutor. l. si non subscripsisti 15. C. de admin. tutor.* quia eorum officium necessarium est Procuratoris voluntarium, vt benè docet Accursius ex *l. cùm quidam 26. eod. tit. l. tutori 20. C. de negot. gest.* Sed tamen non videtur Accursius hãc legem benè percepisse, cùm eam sic intelligit, vt ita demum habeat locum, si ego, qui mandaui Titio, vt seruum venderet, soluendo sim ad præstandam ei indemnitatem. Quasi sit ita conciliandа, lex hæc cum *d. l. si procurator*, totum enim hoc commentitium est, nec distinguimus, an mãdator sit soluendo, nisi cùm tractamus de minore qui semper restituendus est etiam in ijs quæ tanquam procurator gessit, si euentu damnum passurus sit *l. cum mandatu 23. supr. de minor.* Maiori enim potest imputari, cur vltro mandatum susceperit ab eo quem sciebat aut scire debebat soluenolo non esse. Nec quod errauerit ignorans rem suam esse, cùm susciperet mandatum, excusare illum potest ab hac culpa, cùm quisquis contrahit, ignarus esse non debeat condicionis eius cum quo contrahit *l. qui cum alio 19. de regul. iur.* Quid verò facilius, quam legem hanc conciliare cum *d. l. si procurator*? Ibi enim Vlpianus hoc tantùm ait si procurator meus rem suam quasi meam alij vendiderit & tradiderit? non recessisse ab eo dominium, quia nemo ignorãs rem suam amittit,

BIU Cujas

Hîc verò nihil aliud Marcellus, nisi quod procurator meus rem suam, etiam quam vendiderit, quasi meam vindicare non potest: Non sunt autem hæc contraria. Nam habet quidem ius vindicandi, quia dominus est, sed tamen vindicare nō potest, quia & doli mali, & rei venditæ ac traditæ exceptione repelli potest. Quod autem Vlpianus addit nullam esse alienationem, non sic accipiendum est, quasi nulla sit venditio, nullæq; ex ea empti & venditi actiones nascantur, sed vt nullum ex ea transferatur dominium quasi non existente hoc casu iusta causa traditionis, propter errorem tradentis, atque ita manente traditione nuda, quæ inefficax est ad dominium transferendum *l. nunquam nuda 31. eod. tit.* Quid enim aliud est alienatio, nisi translatio dominij *l. 1. C. de fund. dotal. l. alienationis 28. de verb. signific.* Sed non facit ea res, quin verum sit, quod Marcellus hîc scribit, non posse procuratorem vindicare rem suam ab emptore, si modò sic intelligas, vt nō tam defectu dominij agere prohibeatur, quàm metu exceptionis, qua summoueri possit, & debeat, si agere velit. Quæ secunda Accursij responsio & conciliatio est, quam & magis communiter ab interpretibus probatam esse, testatur hîc Bartolus, licèt inclinet magis in eam sententiam, vt distingui oporteat, an mandatum fuerit speciale vendendi huius vel illius serui, an verò generale in quo certè non includitur, vt rem propriam vēdere iussus videatur. Quod & si satis probabile videtur *arg. l. si procurator 6. §. idem Labeo supr. de condict. indeb.* Nihil tamē causæ est, cur id quod scriptum est in *d. l. si procurator 35. de acquir. rer. domin.* ad eum casum coarctari debeat, quo procurator mandatum generale duntaxat habuerit non speciale, & si pro hac Bartoli sententia & distinctione illud facere videtur, quod Vlpianus eo loco æquiparat procuratorem tutori qui generale duntaxat mandatum habet à lege speciale nunquam. Sanè tertia responsio quam adfert Accursius, quod Titius in specie huius legis seruum suum vendiderit, tanquam suum, cùm tamen crederet suum non esse *arg. l. 1. C. de bon. matern.* nullomodò probabilis est nec Marcelli nostri verbis conuenit.

a *Contrà, Mandator, si ab eo rem vindicare velit.* In hoc versic. tractat Marcellus secundam speciem quam proposuerat superioribus illis verbis, *Vel cōtrà ego vendidi illius mandato, cùm forte is cui heres extiterit, cùm emisset.* Sed quænam hæc species sit, non omnino benè mihi conuenit cum Accursio, Bartolo, cæterisque interpretibus: ponunt enim fuisse stichum Titij priùs etiam quàm crederet factum esse suum ex causa hereditaria: posteà eundem Titium heredem extitisse Sempronio, qui stichum emerat à non domino Mæuio, ideoq; Titium quasi crederet stichum hereditario iure posse suū esse, mandasse mihi, vt eum venderem, sed tanquā suum ex causa tantùm hereditaria, in qua specie volunt, posse Titium mandatorem stichum vindicare quasi suum ex priore titulo, quia non mandauerit vendi, nisi tanquam suum ex causa hereditaria, cùm tamen ex ea causa non modò ad eum non pertineret, sed neque pertinere posset: Quandoquidem nemo ex pluribus causis dominus eiusdē rei esse potest, quamuis ex pluribus causis eandem rem possidere possit *l. 3. §. ex plurimis infr. de acquir. poss. l. non vt ex pluribus 159. de regul. iur.* quia quod iam nostrum est, magis nostrum fieri non potest §. *sic itaque Instit. de action.* Volunt igitur quoniam in causa & titulo transferendi dominij errauit Titius, non fuisse ex huiusmodi venditione quam ego mandatu ipsius fecerim translatum dominium, propterea quod nemo errans dominium rei suæ amittat *d. l. si procurator 35. de acquir. rer. domin.* & idcirco vindicationem ei iure summo tanquam domino competere, sed tamen exceptione doli summouendum esse, quia contra factum suum veniat vindicans eam rem quam vendi mādit, & quam ideo ille ipse vendidisse videatur. Ego verò admitto quidem fuisse hunc stichum Titij (hoc enim probant verba illa prioris speciei, quæ in hac quoque repetenda sunt *cùm ignoraret suum esse*) eúmq; venditum fuisse Sempronio à nō domino (nam & hoc probant vltima illa huius legis verba, *& aduersus venditorē testatoris sui habet ex empto iure hereditario actionē*) sed dico errorem Titij cùm mandauit mihi, vt stichū quasi suū venderem non ex eo petendum esse, quod idem stichus ex pluribus causis eius esse non posset, vt sentire videtur Accursius, sed ex eo quod putabat se factum dominum ex causa tantùm hereditaria, cùm tamen etiamsi dominus ille prius non fuisset, nihilomagis fieri dominus potuisset ex causa hereditaria Sempronij, qui à Mæuio non domino eum emisset Vtrique ergo casui commune illud est, quod Titij seruus venditur ignorantis suum esse, sed illud dissimile, quod primo casu venditur à Titio ex mandato meo, posteriore autem à me ex mandato Titij: Vtroq; casu errat Titius, sed in primo ex mera facti ignorantia generali, quia nescit seruum suum esse: in secundo autem ex speciaiiore ignorantia, non tam tituli quàm causæ. Putabat enim stichum suum esse, nec in eo errabat, sed putabat suum esse ex hereditaria causa, & in hoc nimirum errabat. Putabat enim ideo suum esse quod fuit testatoris, fuisset: cùm tamen testatoris nunquam fuisset, quia eum testator à nō domino Mæuio comparauerat: vtroque casu tenetur Titius de euictione priore quidem, quoniam ipse vendidit, quamuis quasi procurator vendiderit, vt supra diximus. Posteriore autem, quia vendi mandauit, quod sufficit, vt actione ex empto saltem vtili ad exemplum institoriæ actionis teneatur ex Papiniani sententia, quam Vlpianus refert, & probat in *l. Iulianus 13. §. si procurator. infr. de action. empt:* Vtroque casu dominium Titius serui sui retinet, quia dominium nunquam transfertur per errorem, siue nullo modo se putet dominum, is qui vendit, siue putet se dominum, sed ex ea causa ex qua nec dominus sit, nec esse possit, & idcirco habet Titius vtroque casu saluam vindicationem tanquam dominus, sed vtroq; casu repellitur doli mali exceptione, quia vtroq; casu contra suum factum venit, & similiter vtroque casu tenetur de euictione, vt diximus, sed multò magis cùm stichum vendere mihi mandauit, quam cum mandato meo, & tanquam meus procurator eum vendidit: procuratori enim erranti bona fide multò iustius subueniendum est, ne officium suum ei damnosum sit, quàm mandatori cui magis imputari potest, cur mandauerit. Plerumque enim auiditas officij amico exhibendi premit mandatarium, vt ei non relinquat plenius deliberandi consilium, vt Vlpianus in alia licet specie loquitur in *l. 1. in princip. supr. de exercit. act.* Sed circa mandati actione de qua

qua etiam Marcellus quærit, differentia est inter has species. Nam in priore non tenetur mihi Titius actione mandati neque ad restituendum precium si id iam acceperit, neq; ad præstandas actiones si solutum precium non fuerit, ego autem ipsi teneor actione mandati contraria ad indemnitatem præstandam si quid eius vltra precium interfit, vt vidimus. At in posteriore specie neq; habeo cõtrariam actionem mandati aduersus Titium, quia nihil mihi abest, neque ipse directam contra me, quia nec eius quicquam interest, quòd vendiderim, cùm vendendo mãdatum impleuerim, si modò precium quod accepi ab emptore, præstiterim Titio, [omnino enim aut venditionis precium, aut actionem ex vendito ad precium contra emptorem ei præstare debeo.] Sed habet Titius iure hereditario actionem ex empto aduersus testatoris sui venditorem, id est, aduersus Mæuium qui eum seruum quasi suũ vendidit Sempronio, cùm esset Titij à Sempronio posteà instituti. Sed ad quid dabitur illa ex empto actio? An ad simplam vt putat Accursius? Nam ad duplam certũ est agi nõ posse, nec si dupla per stipulationem promissa fuerit in casum euictionis, quia committi hoc casu stipulatio non potest, cùm res euicta non sit Titio, qui ipse eam vendidit, cùm vendi mandauit, nec sibi ipsi euincere illam potuit, *l. si vendideris 9. l. non tamen 24. l. si ei cui 41. §. 1. infr. de euict. l. 2. §. si Titius infr. de hered. vel act. vendit. d. l. Iulianus 13. §. si procurator inf. de action. empt.* At neque ad simplam vsque agi hoc casu posse arbitror si Titij non tanti interfit. Simpla enim non præstatur nec debetur nisi euictionis nomine. Ex empto autem actio non datur nisi ad id quod interest, *l. si in venditione 60. l. euicta 70. eod. tit.* Inspiciendum igitur erit, an quid interfit Titij vltra precium quod ipse ex venditione per me facta redegerit, vt in casu superiore. Finge Stichum minore precio venditum à me fuisse, quàm eum Sempronius à non domino Mæuio emerit. Quod plus erit in precio venditionis à Mæuio factæ, hoc Titius tanquam Sempronij heres à Mæuio consequetur, à me autem nihil si nulla mihi culpa imputari possit cur minore precio vendiderim. Cùm pro diuersitate temporum etiam precia rerum mutari soleant, *l. precia 63. ad leg. falcid. l. si seruum 33. supr. ad leg. Aquil.* Nec enim potest in hac specie causari Titius, quod in priore se non fuisse fortassis venditurum si suum esse sciuisset, cùm & suum esse sciuerit, & nihilominùs vendi eum mandauerit, nec in alio errauerit quàm in eo quod ipsum ex vna causa suũ esse credidit, cùm esset ex alia. Et ita versiculũ hũc satis alioquin obscurum, & difficilem explicandũ esse arbitror aliter quàm ab Accursio & aliis explicatus sit. Erit igitur hoc casu actio ex empto perinde vtilis Titio ad cõsequendum à Mæuio, quod suæ indemnitati deest, atq; superiore casu eidem Titio actio mandati contra me, vt quanti eius interfuerit vltra precium consequatur.

50. Celsvs libro 38. Digestorum.

SI is, qui negotia fideiussoris gerebat, ita soluit stipulatori, vt reũ, fideiussorémq; liberaret, ídq; vtiliter fecit: negotiorũ gestorũ actione fideiussorem habet obligatũ.[a] nec refert, ratũ habuit, nécne. Fideiussor etiã antequã solueret procuratori pecuniã, simul ac ratum habuisset, haberet tamẽ mãdati actionẽ.

Ad l. Si is qui 50.

Rat. dvb. Is qui gerendo negotia fideiussoris ita pro eo soluit, vt non modò fideiussorem, sed etiam reum liberauerit, tam vtiliter gessit negotia principalis rei quàm fideiussoris, cùm vnica solutio prosit & sufficiat ad vtriusq; liberationem, *tit. Instit. quib. mod. tollit. oblig. in princip.* Ergo non minùs contra reum quàm contra fideiussorem danda ei est negotiorum gestorum actio.

Dec. Cùm de negotiorum gestorum actione quæritur, illud inspici maximè solet & debet cuius contemplatione gestum sit negotium, *l. si pupilli 6. §. sed si ego l. mandasti 46. & pass. supr. de negot. gest.* quãuis ille qui negotia gessit contemplatione vnius, quæ erant alterius non eo minùs, contra illum cuius negotia fuerunt, habere debeat actionem si in persona tantùm errauerit, dummodo aliquem sibi obligare voluerit, *l. quæ vtiliter 45. §. vlt. eod. tit. l. in hoc iudicium 14. §. 1. l. si quis cùm existimaret 29. commun. diuid.* At qui ponimus gestorem negotiorum fideiussoris soluisse pro fideiussore, & eius solius contemplatione nõ etiam debitoris. Ergo quamuis debitorem quoque liberauerit, non eo magis tamen actionem negotiorum gestorum habere contra ipsum debet, sed tantùm contra fideiussorem. Nam quod debitorem quoque liberauerit nõ nisi per consequentias factum est *dict. tit. quib. mod. oblig. tollit.* Sicut & cùm liberato reo fideiussor quoque liberatur, vt in *l. si fideiussor 19. supr. de dolo.* Consequentiæ autem in iure nostro non attenduntur, vt effectum aliquem nouum producant, *l. 1. l. quod dicitur 7. infr. de admin. tutor.*

a *Nec refert an ratum habuerit nécne fideiussor.* Rat. Dvb. Non potest quis non habere ratum quod ipsius nomine vtiliter gestum est, *l. Pomponius 9. sup. de negot. gest.* Atqui ratihabitio æquiparatur mandato, *l. vlt. C. de SC. Macedon.* Ergo siue ratum habuerit fideiussor, dicendum est, perinde omnia seruari debere acsi fideiussor mandasset negotiorum gestori, vt solueret. Atqui si mandasset, non solùm actione negotiorũ gestorum teneretur gestori, sed etiam mandati contraria ad indemnitatem ei præstandam, sed etiam ageret ipse vicissim, mandati contra debitorem, vt sequitur in fine huius legis vbi meo iudicio sic legendum est, *Sed & fideiussor etiam antequàm solueret procuratori pecuniam, simul atque ratum habuisset, haberet tamen mandati actionem.* Ergo omni casu dicendum est mandati actionem contrariam competere & gestori contra fideiussorem, & fideiusori cõtra debitorem: Nec proinde expectandam esse ratihabitionem expressam, cuius euentus nihil operaretur, *l. aliquando 13. §. vlt. sup. ad SC. Velleian. l. si quis ita 33. infr. de hered. instit. l. si procurator 6. §. Celsus ait supr. de condict. indeb.*

Dec. Actio mandati competere non potest ei qui negotia fideiussoris gerens citra mandatum, ita pro eo soluit, vt & fideiussorem liberauerit & reum, cùm mandatũ nullum interuenerit. *l. ex mãdato 20. §. 1. supr.* Nec rursus fideiussori contra reum principalem quandiu ratum non habuit, quia licet etiam ante ratihabitionem sit obligatus gestori qui negotium eius vtiliter gessit, *d. l. Pomponius.* videatur autem iam ei abesse id, in quo est obligatus, *leg. si quis mandatu 25. in fin. supra de negot.*

BIU Cujas

gest. absurdum tamen est prius ei competere actionem quàm sibi aliquid abesse sciat, cùm hoc ipsum probare debeat sibi abesse vt mandati agere possit *l. inter causas 26. §. abesse supr. hoc tit.* habet ergo actionem mandati ita demùm si ratam habeat factam suo nomine solutionem. Ratam autẽ satis habet hoc ipso quod vult agere mandati contra debitorem: neq; continuo interponit testationem contrariæ voluntatis vt in *l. si filiusfamilias 26. supr. de SC. Maced.* quamquã nec ei quicquam prodesset interponere, neque ad impediendam liberationem quæ ipso iure parta esset, neque ad impediendam actionem negotiorum gestorum, quæ ex vtili gestione iam semel quæsita esset. Multo magis si agat, vt in *l. si præcedente 58. §. 1. in fin. infr. eod.* Ergo vtrumq; verum est, quod Celsus hic scribit, & gestorem habere actionem negotiorum contra fideiussorem priùs etiam quàm fideiussor ratam habuerit solutionem à gestore factam, & fideiussorem habere contra debitorem actionem mandati priùs etiam quàm gestori soluerit, & restituerit pecuniam, ex quo tamen ratum habuerit factum gestoris. Etsi enim nondum abest ei pecunia quandiu eam nondum soluit, quæ ad hunc postremum versiculum dubitandi ratio erat: abesse tamẽ ideò intelligitur: quod ad eam restituendam iam obligatus est, *d. l. si quis mandatu.* In eóque est obseruanda elegans differentia inter actiones negotiorum gestorum, & mandati, quod quamuis neutra competere possit ignoranti, quia nemo ignorans gerit negotia aliena ad eum obligandum, cùm si putet se sua gerere, neminem obliget *d. l. in hoc iudicium 14. §. 1. l. si quis cùm 29. supr. commun. diuid.* neque ignorans quisquam mandat, attamen etiam ignorantes, negotiorum gestorum actione teneri possunt, mandati autem non possunt, quia non magis mandatum suscipere, quàm mandare ignorans quisquam potest. Igitur in proposita specie nihil absurdi est fideiussorem teneri negotiorum suorum gestori etiam ignorantem, mãdati verò actionem non habere nisi scientem aduersus debitorem. Quid ergo si fideiussor ratam habere nolit solutionem factam à negotiorum gestore? An dabimus actionem negotiorum gestorum contra inuitum & nolentem liberari? Vtiq;. Non, quia liberari possit debitor etiam inuitus per solutionem ab alio factam, *l. soluendo 39. supr. de negot. gest. l. solutione 22. infr. de solut.* Sed quia ponimus nullam præcessisse fideiussoris prohibitionem quæ sola impedit actionem negotiorum gestorum, *l. vlt. C. de negot. gest. l. si pro te 40.* vbi diximus *sup. hoc tit.* Proinde quod dicimus, & fideiussori abesse videri id in quo est obligatus, &, Fideiussorem, cui aliquid abest, mãdati agere posse, quod ad priorem quidem propositionem verum est, sed non quod ad posteriorem, nisi iungas, scire fideiussorem quòd aliquid sibi absit ex causa fideiussionis. Non vt ea scientia per se vim ratihabitionis habeat quæ nec est necessaria, sed quia si fideiussor ratam habere nollet solutionem, actionem mandati habere non posset qui actionis causam quantum posset, impugnaret ac destrueret, quamuis non eo minùs gestori suo actione negotiorum gestorum teneretur. Itaque improbare factum gestoris nocet fideiussori ne actionem mandati contra reum habere possit, non prodest autem quantum ad actionẽ negotiorum gestorum, vt proinde stultus fuerit fideiussor nisi malit ratum habere quàm non habere. Cúmque ratum habeat hoc ipso quod agit mandati, meritò eam ob causam Celsus hic vocat procuratorem eum quem alioqui negotiorum gestorem dicere debuerat.

1 ¶ Siue, cùm frumentum deberetur, fideiussor Africum dedit, siue quid ex necessitate soluendi plus impendit, quàm esset pretium solutæ rei: siue Stichum soluit, ísque decessit, aut debilitate, flagitióve ad nullum pretium sui redactus est: id mandati iudicio consequeretur.

Ad §. 1. Siue, cùm frumentum.

RAT. DVB. Fideiussor non aliud triticum à reo potest repetere, quàm quo pessimo liberare se iure potuit, quando scilicet sine adiectione bonitatis tritici pro altero triticum spopondit *l. fideiussorem 52. infr.* nec enim fideiussor ad hoc accipitur, vt dutiùs obliget debitorem fideiussori quàm creditori; nec vt debitor oneretur, sed vt beneficio afficiatur, *l. incommodato 17. §. sicut sup. commod.* Atqui frumentum Africum est omnium optimum, vt hic locus ostendit, & quod Vlpianus scribit in *l. vbi autem 75. §. vsque adeò de verb. oblig.* & aliis pleriſq; iuris nostri locis. Ergo si cùm frumentum simpliciter deberetur, & sine adiectione bonitatis tritici, fideiussor Africũ soluerit, non debet habere mandati actionem pro ea quantitate quæ excedit valorem tritici pessimi, ac vilissimi.

DEC. Non debet damno adfici mandatarius, qui mandatum suscepit, ac bona fide impleuit, *l. si mandassem 15. l. ex mandato 20. supr. l. si seruus 61. § quod verò infr. de furt.* Atqui damno adficeretur, si soluto tritico Africo non haberet repetitionem nisi ad concurrẽtem vsque tritici vilissimi æstimationem: ergo etiam Africi tritici æstimatio ei præstanda est: Nempe si ex necessitate Africum soluerit, cùm ad solutionem vrgeretur, nec aliud triticum haberet, aut inueniret, vt benè Accursius explicat, & sequẽtia illa huius §. verba probant, *siue quid ex necessitate plus soluendi impendit.* Nam & ad priorem speciẽ verba illa *ex necessitate*, referenda sunt. Nisi enim soluendi necessitas excusaret fideiussorem, qui cùm dando vilissimum frumẽtum liberari potuisset, tamen Africum soluere maluisset, imputari ei culpa proculdubio posset, ex qua æquum non esset consequi eum pleniorem actionem, *l. à procuratore 13. C. hoc ti.* At cùm neutri imputari potest, & alterutrũ dãno adfici necesse est, meliùs est mandatario succurri qui nihil nisi amici officium exhibuit, quàm mandatori, cui hoc saltẽ obiici potest, cur mandauerit, *d. l. si seruus 61. §. quod verò versic. iustissimè infr. de furt.* In negotiorum gestore non idẽ esset qui si pro me triticum Africum soluisset, cùm ego nõ nisi vilissimum deberẽ, nõ haberet negotiorum gestorũ actionẽ contra me supra frumenti vilissimi æstimationẽ, quia in eo quod excederet, nõ vtiliter negotiũ meũ gessisset. Cùm tamen in mandatarij persona nõ æquè inspiciendũ sit an vtiliter negotiũ meũ gesserit, sed tãtùm, an ex fide bona mãdatũ impleuerit. Itaq; etiamsi multiplicauerit summã in quã fideiussit, nõ eo minùs totum quod impẽdit, consequi debebit, *l. si mandato 45. §. si fideiussor*, vbi diximus *supr.* Nec distinguemus an fideiussor triticum optimum pro vilissimo soluerit, an verò vltra rei debitæ, ac solutæ precium aliquid impen-

impenderit, quæ secunda huius §. species est, quia vtroque casu licèt in damno mandator constituatur, indemnitatem tamen plenissimam præstare mandatario debet. Idem multo magis probandum est, si Stichus à fideiussore solutus decesserit aut debilitate flagitióve ad nullum sui precium redactus sit, quia non eo minus fideiussor mandati actionem contrariam habebit ad consequendum id omne quod ei abest: Cùm in actione mandati contraria spectandum sit tempus solutionis factæ à fideiussore, non quo mandati agitur *l. hominem* 37. vbi etiam diximus *supr. hoc tit.*

51. IAVOLENVS libro 9. ex Cassio.

FIdeiussor, quamuis per errorē ante diem pecuniam soluerit: repetere tamen ab eo non potest, ac ne mandati quidem actionem, antequam dies soluendi veniat, cum reo habebit.

Ad l. Fideiussor 51.

RAT. DVB. & DEC. ad hanc legem petendæ sunt ex ijs quæ diximus ad *l. si mandato* 22. *in princ. &* § 1. *supr. hoc tit.* quantum scilicet ad posteriorem partem huius legis, quæ negat fideiussorem qui ante diem soluerit, mandati actionem habere cum reo antequàm dies soluendi venerit, sed quod in priore parte Iauolenus respondet fideiussorem quāuis per errorem ante diem pecuniam soluerit, repetere tamen à creditore id quod soluerit, non posse, eas dubitandi & decidendi rationes recipit, quas atulimus ad *l. in diem debitor* 10. *supr. de condict. indeb.* vbi hoc ipsum Paulus scribit quod hic Iauolenus: In diem debitorem adeò debitorem esse, vt ante diem solutum repetere non possit. Intelligè verò hanc legem cum Accursio siue error iuris sit siue facti, quia quod ad indebiti condictionem pertinet, nullus iuris error interuenire potest qui indebitum facere possit quod in diem certam debetur. Quod verò ad mandati actionem contrariā pertinet, non potest mandatarij error quantumcunque probabilis facere, vt debitori commodum temporis auferri oporteat, nisi factum ipsum & culpa debitoris errori causam dederit, vt in specie *l. si fideiussor* 29. §. 1. *& seq. sup.* Iunge *l. idemq;* 10. §. *penult.* & quę ibi scripsimus *supr.*

52. IDEM libro 1. Epistularum.

FIdeiussorem, si sine adiectione bonitatis tritici, pro altero triticum spopondit, quodlibet triticum dando, liberari posse existimo.[a] à reo autem non aliud triticum repetere poterit, quam quo pessimo tritico liberare se à stipulatore licuit.[b] itaque si paratus fuerit reus, quod dando ipse creditori liberari potuit, fideiussori dare, & fideiussor id, quod dederit, (id est, melius triticum) condicet: exceptione eum doli mali summoueri existimo.

Ad l. Fideiussorem 52.

RAT. DVB. Qui debitor est generis, sicuti quod in eo genere optimum est, dare non cogitur; ita nec audiendus est, si, quod pessimum est, dare velit, sed ex mediocribus, *l. legato generaliter* 39. *l. si heres* 110. *de legat. l. si quid venditor* 18. §. *penult. infr. de ædilit. edict. l. si quis argentum* 35. §. 1. *C. de donat.* Ergo fideiussor qui triticum debet sine adiectione bonitatis, non est audiendus, si vilissimum dare velit, quamuis nec Africum, quod omnium optimum est, dare teneatur.

DEC. Multum interest, an genus debeatur ex iis rebus quæ in genere consistunt quale est triticum, vinum, oleum & similia: An verò quod sit ex iis rebus quæ consistunt in specie, vt homo. Priore casu solui potest etiam quod vilissimum sit, quia non potest tam vile esse, vt non expediat id habere potiùs quàm nihil, nec onerosū vllo casu videri potest, *l. cùm certum* 4. *infr. de tritic. vino & oleo legat.* Posteriore autem casu non item, quia vilissimum hominē putà furem aut fugitiuum aut vispellionem habere non expedit. Estque locupletior, saltem minùs pauper qui nullum seruum habet quàm qui talem habet, vt diximus ad *l. hominem* 37. *supr. hoc tit.* post Iacobum Cuiacium qui hoc ipsum sumpsit ex Bartolo ad hunc locum. Obstare tamen videtur quod scriptum est in *l. cùm is* 32. §. *vlt. supr. de condict. indeb.* eum qui hominem debet dando quemlibet, liberari posse: Nisi ex aliis legibus supradictis, ita id intelligas, vt tamen non pessimum det. Quod sanè ita est.

a *A reo autem non aliud triticum.* RAT. DVB. Ex mandato nihil damni penes mandatarium remanere debet *l. ex mandato* 20. *supr. hoc tit.* Atqui manebit in damno mandatarius, si cùm frumentum Africum soluit non nisi vilissimi æstimationem aduersus mandatorem repetere posset. Ergo permittendum ei est, vt quale triticum pro debitore soluit, tale repetat contraria mandati actione.

DEC. Beneficium & officium fideiussoris debet prodesse debitori, non nocere *l. incommodato* 17. §. *sicut supr. commod.* Noceret autem si in plus obligaretur fideiussori, quàm debitori. Ergo non est concedendum fideiussori, vt aliud triticum, id est, alterius tritici æstimationem à debitore repetat, quàm eius quod soluere cogi debitor potuisset, tametsi melius & precioſius soluerit, ac proinde si soluit Africum, quod est optimum, cùm vilissimi præstatione liberari debitor potuisset, nihil nisi precium vilissimi repetere poterit, nisi ponas coactum eum fuisse Africum, soluere, cùm eo loco, & tempore vrgeretur, vt aliud frumentum quàm Africum nec inuenire posset nec soluere, vt in specie *l. si is qui negotia* 50. §. 1. vbi diximus *supr.*

b *Itaque si paratus fuerit reus.* RAT. DVB. Qui triticum simpliciter & generaliter debet, non debet præstare Africum, quod omnium optimū est, cùm etiam vilissimum dando liberari possit, vt proximè diximus. Ergo si Africum soluerit, danda ei est contra creditorem condictio indebiti, cùm indebitum soluerit. Quomodo dicimus de eo qui cùm hominem in genere deberet ac Stichum se debere existimaret, Stichum soluit. Potest enim Stichum condicere & alium quemlibet dare *d. l. cùm is* 32. §. *vltim. supr. de condict. indeb.* Nec videtur doli exceptione repelli posse, cùm certet de damno vitando, quippe qui à debitore nō possit contraria mandati actione repetere nisi quo pessimo tritico

BIU Cujas

liberare se à stipulatore potuit, vt proinde illatio quæ fit hîc à Iauoleno non solum minus conueniens videatur superioribus, sed planè repugnans.

Dec. Qui soluit triticum Africum, cùm simpliciter triticum deberet, quamuis cogi nõ potuerit vt Africum daret, non eo magis tamen dicere potest se soluisse indebitum. Nam si etiam vilissimum dando liberare se potuit tanquam debitum, quidni multo magis dando optimum, tanquam æquè debitum? Ergo indebiti condictionem habere non potest, nisi ponas per errorem facti solutum fuisse Africum quod putaret fideiussor se Africum debere vt in *d. l. cùm is* §. *vlt. de condict. indeb.* Illud tamen exigimus ad dandam exceptionem doli creditori qui frumentum Atticum recepit, aduersus fideiussorem condicere volentem, vt paratus sit reus indemnem fideiussorem præstare ad eam vsque quantitatem cuius solutione liberari fideiussor potuisset. Quia quod supra eam quantitatem soluit facilitati & stultitiæ suæ potius quàm fideiussioni imputare debet vt in *l. inter causas 26.* §. *non omnia supr.* siue per errorẽ iuris Africum soluerit spe futuræ repetitionis aduersus reum competituræ (stulti enim sunt, qui in iure errant *l. regula 9.* §. *penult. infr. de iur. & fact. ignor.*) siue quod tanti habuerit liberari ab obligatione. Et ita hæc lex meo iudicio intelligenda & accipienda est, non quomodo ab Accursio accipitur de condictione quam fideiussor instituerit aduersus debitorem ipsum pro quo interceßit. Quænam enim condictio potest competere fideiussori aduersus debitorem cui nihil solutum est; nisi forte condictionẽ sumpsit Accursius pro actione mandati? Quod ridiculum est. Aliud enim est obligari actione mandati, aliud verò obligari condictione, vt de actione depositi scriptum est in *l. si quis inficiatus 12.* §. 1. *supr. tit. prox. iunct. l. hominem 37. supr. mandat.* Nam & idem Accursius sic intelligit quod scriptũ est in *l. indebitã 47. supr. de condict. indeb.* Fideiussorẽ qui indebitam iure gentium pecuniam pro debitore soluit obligatum habere mandatorem eundémq; reum principalem, stipulatorem verò qui pecuniam accepit reo esse obligatum, vt scilicet fideiussori teneatur debitor actione mandati, debitori verò stipulator cõdictione indebiti. In proposito autem ideo non habet reus condictionem aduersus creditorem quod nihil eius interßit tanquam qui non teneatur fideiussori supra vilissimi precij æstimationem. Item quod non possit videri creditor indebitũ iure gentiũ accepisse ob id quod triticum Africum & optimũ acceperit, cùm ei triticum quodlibet deberetur. Africum enim etsi peti non potuit, solui tamen potuit à volente siue debitore siue fideiussore, qui enim præstat plus quàm debeat, hoc ipso præstat quod debet, *l. eum qui 15. aliàs l. Iauolenus infr. de ann. legat.*

53. Papinianvs libro 9. Quæstionum.

QVi fide alterius pro alio fideiussit præsẽte & nõ recusãte: vtrosq; obligatos habet iure mãdati. quòd si pro inuito, vel ignorante, alterius mandatum secutus fideiussit: eum solum conuenire potest, qui mandauit, non etiam reum promittendi: nec me mouet, quod pecunia fideiussoris reus liberetur. id enim contingit, etsi meo mandato pro alio soluat.

Ad l. Qui fide 53.

Rat. dvb. Is qui inde alterius pro alio fideiussit quamuis præsente & non recusante solius mandantis fidem secutus videtur, non eius pro quo fideiussit. Credibile enim est non fuisse illum fideiussurum si alius nõ mandasset. Ergo solum illum habere debet obligatum quo mandante non etiam vllum pro quo fideiussit.

Dec. Qui patitur ab alio mandari, vt pro se fideiubeatur, mandare ipse quoq; intelligitur mãdãti vt mãdet, *l. qui patitur 18. supr. hoc tit.* Ergo is qui fide ac mandato alterius pro alio fideiussit præsente & nõ recusante vtrosq; obligatos habere debet actione mãdati cõtraria, & eum qui mandauit iure mandati expressi, debitorẽ verò qui passus est mãdari sibi, vt fideiuberet iure mãdati taciti. Nã quod vulgari nostrorũ brocardico iactari solet, expressũ facere, vt cesset tacitũ *l. vlt. C. depact. cõuent. tã sup. dot.* ad eũ casum pertinet, quo inter easdẽ personas res sit, nõ ad eũ, quo tertia persona aliqua interueniat. Nec quicquã vetat fideiussorem hunc sequi fidẽ vtriusq;, & eius qui expressim mãdat, & eius qui mãdari patitur, non aliàs fideiussurus. Dices fortasse, hunc qui patitur mãdari ab altero, vt pro se fideiubeatur nõ videri hoc mãdare fideiubẽti, sed mãdãti vt diximus ad *d. l. qui patitur.* Ergo nõ obligari fideiubẽti, sed soli mãdãti. Et hæc sanè præcipua ad hãc legẽ dubitandi ratio esse videtur. Sed respondeo in specie quidẽ *d. l. qui patitur* ita esse vt qui patitur ab alio mandari, vt sibi pecunia credatur nõ creditori mãdare videatur, vt sibi pecunia credatur, sed mãdatori, vt mãdet, quia nec valeret mandatũ de credenda sibi pecunia, cum secuto credito esset ille obligatus creditori ex mutuo non ex mandato *l. idémq;* 10. §. *si quis Titio supr. hoc tit.* In proposita verò specie qui patitur mandari alteri, vt pro se fideiubeat, secuta fideiussione nõ alia quã mãdati actione teneri potest ei qui fideiussit, nisi fortè velis teneri eũ actione negotiorũ gestorũ, propterea quòd negotium eius vtiliter gestũ sit, sed nõ ita est, quia quemadmodũ actio mandati locũ habere nõ potest, si nullum mandatũ interceßerit, ita nec negotiorum gestorũ quoties mandatũ siue expressum siue tacitum interceßit, *l. ex mandato 20.* §. 1. *supr.* cùm eadẽ sit vis taciti quæ expressi, *l. cùm quid 3. sup. de reb. credit. l. si remunerãdi 6.* §. *si passus l. si pro te 40. sup. l. si fideiussor 6. C. eod.* Ergo si pro ignorante vel inuito ille fideiusserit solius mandantis fidem secutus solum illum conueniet actione mandati: Non etiam reũ promittendi *d. l. si pro te.* ne quidem actione negotiorum gestorum quamuis negotium pro debitore gerendi animum habuerit, nimirum si pro præsente & inuito fideiusserit, non etiam si eo absente & ignorante. Tũc enim negotiorum gestorum actione tenebitur. Sed ita demum si proposuerat negotia debitoris gerere antequàm mandatum ei esset à tertio, vt fideiuberet, vt in specie, *l. 3.* §. *vlt. supr. de negot. gest.* non etiam si cùm tale nihil cogitaret, accesserit ad fideiubendum pro debitore, mandatum. Tertij solum intuitus, & secutus, vt tandem Accursius noster concludit, & rectè. Dubitandi tamen ratio illa circa posteriorem hanc speciem occurrebat, quam Papinianus hîc subiicit, quòd

pecunia

pecunia fideiussoris non tantùm alius fideiussor, sed ipse quoque reus promittendi liberatus sit, vt proinde negari non possit, quin ipsius quoque negotium vtiliter gestum fuerit, ac proinde saltem actione negotiorum gestorum teneri debeat. Sed respondet Papinianus non esse bonam consecutionem, quia quod reus quoque promittendi liberatur non fit principaliter, sed tantùm per consequentias, quando fideiussor pro quo solutum est liberatus fuit perinde acsi soluisset ipse. Solutio autem à fideiussore facta debitorem quoque ipso iure liberaret, *Instit. tit. quib. mod. oblig. tollit. in princip.* Idem enim contingeret, & si mandato meo quis pro alio soluisset absente & ignorante, quo tamen casu nemo diceret, dandam mihi actionem mandati aduersus absentem & ignorantem, qui nihil vnquam mandasset quamuis propter solutionem mandato meo factam liberatus fuisset. Denique hoc vult dicere Papinianus quod nos sæpius dicimus, non esse attendenda ea quæ non fiunt nisi per consequentias, *l. 1. l. quod dicitur 7. infr. de author. tutor.*

54. IDEM libro 27. Quæstionum.

CVm seruus extero se mandat emendum, nullum mandatum est. Sed si in hoc mandatum intercessit, vt seruus manumitteretur, nec manumiserit: & pretium consequatur dominus vt venditor: ex affectus ratione mandati agetur. finge filium naturalem, vel fratrem esse. placuit enim prudentioribus, affectus rationem in bonæ fidei iudiciis habendam. [a] Quod si de suis nummis emptor pretium dederit: ([b] neque enim aliter iudicio venditi liberari potest) quæri solet, an vtiliter de peculio agere possit. & verius, & vtilius videtur, prætorem de huiusmodi contractibus seruorum non cogitasse: quibus se ipsi mala ratione dominis auferunt.

Ad l. Cùm seruus. 54.

RAT. DVB. Serui non sunt incapaces eorum quę sunt meri facti, *l. nec seruus 42. sup. de pecul. l. qui heredi 44. de condic. & demonstr.* quia quod ad naturam attinet, adeóq; quod plus est ad ius naturale omnes homines sunt pares, neque vlla est inter liberos homines, & seruos differentia *l. quod attinet 32. de regul. iur.* Naturaliter autem fieri dicitur id quod verè fit, & vt loquuntur de facto, *l. 3. §. aperire infr. de SC. Silan. l. communi 7. §. neque colonis supr. commun. diuid.* atqui mandati contractus factus est, vt & contractus omnes cæteri, *l. consilio 7. §. vlt. infr. de curat. furios.* Ergo nihil vetat, quin valeat mandatum si seruus extero se emendum mandauerit, præsertim si additum sit vt manumittatur; vt tanto facilius possit cõtingere libertas, cuius fauore nemo nescit quàm multa sint cõtra iuris ciuilis rationem constituta, *l. generaliter 24. §. si quis seruus infr. de fideic. libert. l. lege Iunia 24. de manum. testam.* Quanquam nec additio illa necessaria est, vt competat libertas *l. 4. §. siue autem infr. de manumiss.*

DE C. Cùm seruus mandat extero se emendum non potest mandatum valere neque ex ipsius serui neq; ex domini persona. Nõ ex persona serui, quia liber homo mandare non hoc posset cùm liberi hominis emptio nulla sit *l. liberi 70. infr. de contr. empt.* Neq; ex persona domini, quoniã is qui mandat, vt à se res sua cõparetur inutiliter mãdat, cùm tam citò possit vendere quã id mandare *l. vnic. C. si seruus extero se emi mandauer.* quemadmodum nec mandare non posset, vt sibi pecunia crederetur à mãdatario, cui quippe tã facilè esset credere quàm mandatũ suscipere *l. idémq; 10. §. si quis Titio supr. hoc tit.* Ergo ex huiusmodi mandato nasci & consistere obligatio nulla potest aut actio si nulla emptio sequatur. Planè secuta emptione cõstat mãdatum cõualescere, vt acquiratur & obligatio & actio mãdati per seruũ domino, quia nõ id agitur, vt ex huiusmodi mãdato, sed vt propter mandatũ ex alio cõtractu nascatur actio, vt scriptũ est in *d. l. vnic.* At non ipsi seruo quiomnino incapax est acquirendæ nõ solùm actionis, cùm actiones omnes sint ex iure ciuili, sed etiã obligationis cuiuslibet, cùm obligationes omnes sint iuris, & seruus incapax sit omnium quæ iuris sunt, nec minùs eorum quę sunt iuris gentium quàm quæ sunt iuris ciuilis, *d. l. quod attinet 32. de regul. iur.* Nã & iure gentium quo inductę sunt seruitutes & captiuitates *l. 4. & 5. supr. de instit. & iur.* perinde sũt incogniti serui, & pro nullis habendi atq; ciuili iure. In quo differunt à deportatis qui ciuitatem solã amittunt, libertatem verò retinent, ideóque ex contractibus iuris gentium, & obligare, & obligari possunt, *l. deportatus 15. infr. de interd. & releg.* Et ita debet accipi quod scriptum est in *d. l. quod attinet*, quæ non nisi de iure naturali & de ciuili loquitur, vt ius gentium quod medium esse solet inter ius naturale, & ciuile, ad ius ciuile referatur potius quàm ad ius naturale propriè & strictè sumptum. Nemo enim dixerit iure gẽtium homines omnes æquales esse *d. l. 4. de instit. & iur.* Præsertim quod obligationes omnes, quæ sunt iuris gentium si eas, quæ naturales tantùm sunt, excipias, adprobatæ sint & confirmatæ iure ciuili ad producendam actionem. Quid si seruus mandauerit alicui de se manumittendo? Constat multo magis nullum esse mandatum nisi præcesserit mãdatum de emendo. Nam nec alius manumittere potest, quàm qui per emptionem aut aliter factus sit dominus *l. 1. & tot. tit. C. de his qui à non domin. manum. sunt*, si tamen mandatarius seruum emerit, placet etiam hoc casu conualescere mandatum, quẽadmodum, inquit Accursius, cõualescit pactũ nudum ad agendum si subsecuta sit stipulatio, vt in *l. 4. in fin. sup. de pact.* aut si subsecutus fuerit cõtractus innominatus vt in *l. ex placito 3. C. de rer. permut.* quamuis non sint hæc omnino similia, vt nemo nõ videt. Ergo secuta in proposito casu emptione etiã domino actio acquiretur, per quam cogat emptorem eundémque mandatarium aut preciũ soluere actione ex vendito aut seruũ reddere iudicio mandati prout ipse elegerit. Ambas enim actiones quasi contrarias exercere simul nõ potest *d. l. vnic.*

BIU Cujas

C. *si seruus exter. emi se mandauer.* Plenior autem est actio mandati quàm ex vendito, quia hæc non nisi ad precium competere potest & ad vsuras si quæ ex mora debeantur *l. ex empto* 11. §. 1. *l. qui per collusionem* 49. §. 1. *in de action. empt.* Illa verò etiam ad id quod interest, nec tantùm si interfit ratione lucri cessantis vel damni emergentis, vt aliàs obseruari solet, *l. si commissa* 13. *infr. rat. rem haber.* sed etiã quod longè & plus est, ratione affectus, vt Papinianus hic loquitur, id est, adfectionis, vt idem ille in *l. seruus* 7. *infr. de seru. export.* Prudentioribus enim placuit, vt hic subiicitur, In bonæ fidei iudiciis affectus quoque rationem habendam esse, nimirum quòd sit etiam hoc ex bona fide *l.* 1. §. *sed et si nõ mortis vers. sed nonnullos de tutel. & ration. distr. l. si in emptione* 35. *supr. de minor. l. pater* 71. *in fin. infr. de euict. l. libertus* 36. *de bon. libert. l.* 1. §. *& aliàs videamus si quid in fraud. patron.* Quamuis precia rerum non ex singulorum adfectione, sed ex communi opinione æstimanda sint *l. precia rerum* 63. *ad leg. falcid. l. si seruum meum* 33. *supr. ad leg. Aquil. l. vlt.* §. *pen. de oper. seruor.* Adfert autem exemplum Papinianus, si fortè filius naturalis vel frater sit is qui manumitti debuit. Fieri enim facilè potest, vt ex pluribus eiusdem domini seruis in familia natis ille qui prior manumissus est, emat cæteros siue filios naturales siue fratres, atque ita dominus eorum efficiatur. Noli tamen hunc locum sic intelligere, vt si dominus mandati actionem elegerit ipsius voluntatem, & arbitrium sequi iudex debeat in æstimando eo quod adfectionis ratione ipsius interierit. Æstimandum enim id erit officio & arbitrio iudicis in taxanda quantitate eius quod interierit actoris, vt in *l. si cùm fundum* 68. §. *vlt. in fin. infr. de contr. empt. l. si traditio* 4. *C. de action. empt.* Alioqui verendum esset ne in immẽsum aut quod nostri dicunt in infinitum excurreret quantitas eius, quod interesset, vt in *l. ex damni* 40. *in princip. infr. de damni infect.* quod nunquam permittendum est, nisi cùm iuratur in litem *l. qui restituere* 68. *supr. de rei vindic. l.* 4. §. *in infinitum supr. de in lit. iur.* Noli rursum cum Ioanne & Accursio sic intelligere vt adfectionis ratione ad hoc agi possit vt seruus manumittatur. Non enim ad hoc dari potest actio mandati, sed tantùm ad id quod interest, *l. si procuratorem* 8. §. *mandati actio supr. hoc tit.* præsertim cũ manumittere sit facti, nemo autẽ præcisè adigi possit, & cõdẽnari ad factũ quia in obligationibus faciendi succedit semper obligatio & præstatio eius quod interest, *l. si quis ab alio* 13. *in fin. de re iudic. l. stipulationes* 72. *l. quoties* 81. *l. cùm stipulatus sim* 113. §. 1. *de verb. obligat.* Itaque ratio adfectionis non facit, vt tanto magis minúsve danda sit actio mandati ad hoc vt seruus manumittatur, sed tantùm vt pluris æstimãdum sit id quod interest, quod alioqui minoris æstimaretur. Illud planè verum est etiamsi nulla ratio adfectionis interueniat; perinde tamen agere dominum posse ad retrotradendum seruum qui manumitti debuit, cùm fiat hoc ex natura contractus, quo emptor obligatus est, vt seruum quem emit, vt manumitteret, vel manumittat vel reddat domino, nec tamen ita hoc accipi debet, vt præcisè agi possit ad retrotradendum seruum non magis quàm ad manumittẽdum, vtrumque enim facti est, sed vt id quod domini interest, ei præstari omnimodo debeat si seruus neque manumittatur neq; reddatur, quemadmodum cùm dicimus dari actionem ex empto emptori contra venditorem ad rem tradendam *l. ex empto* 11. §. 1. *infr. de action. empt.* sic intelligere debemus, nisi malit venditor præstare quanti emptoris interest *l.* 1. *eod. l. contractus* 17. *C. de fid. instrum.*

a *Quod si de suis nummis emptor precium dederit.*

Rat. Dvb. Ex omnibus seruorum contractibus tenetur dominus actione de peculio *l.* 1. *& tot. tit. sup. de pecul.* quemadmodũ ex eorũdem delictis tenetur noxali actione *l.* 1. *& tot. tit. de noxal. act. l.* 1. §. *si filiusfamilias de ijs qui effud. vel deiec.* Atqui diximus valere mandatũ serui de semet ipso emendo si emptio posteà sit secuta. Ergo si de suis nummis emptor precium dederit, dicendum est vtiliter eum de peculio acturum contra dominum, vt quod de suo soluerit, contra priorem dominum repetat ad finem vsque peculij.

Dec. Actio de peculio non alia est quàm quæ competit ex edicto Prætoris de peculio: est enim actio illa prætoria *l.* 1. *supr. Quod cùm eo & d. l.* 1. *de pecul. & Instit. quod cum eo qui in alien. potest.* Atqui prætor quisquis ille fuit qui edictum & actionem de peculio primus proposuit, non videtur cogitasse de huiusmodi contractibus seruorum, quibus se ipsi ratione mala dominis quodammodo ignorantibus auferrent per mediam suppositi extranei emptoris personam. Ergo non potest hoc casu emptori contra dominum dari actio de peculio: alioqui & seruo & precio dominus careret, vt benè Accursius argumẽtatur, scilicet si tantundem esset in peculio quantum in precio serui. Hoc enim addendum est, Quid ergo si plus sit in precio serui quàm in peculio? Ne hoc quidem casu tenebitur dominus de peculio: Eâdem ratione quia de huiusmodi contractibus prætorem cogitasse non est credibile: Nec ad hunc casum pertinet, quod scriptum est in *l.* 3. *in princip. supr. de in rem vers.* Sed ad illum quo dominus cum seruo ipso contraxerit, acceptis ab ipso seruo nummis quos alius in eam rem seruo crediderit, quo casu licèt ad concurrentem vsque serui æstimationem, quantitas ab eo data nec in peculio computetur, nec proinde actione de peculio vel de in rem verso peti possit, quia tantum de suo dominus erogat quantum accipit, attamen in eo quod excedit serui precium negari non potest quin versum in rem domini esse videatur, ac proinde locus esse debeat pro eo, quod excedit, actioni de in rem verso, quæ tamen pars, & species quædam est actionis de peculio §. *præterea vers. licèt enim Instit. quòd cum eo qui in alien. potest.* Idque etiam Accursius noster bene ad illum locum explicauit. Neque tamen hoc tantùm casu illud euenit, vt ex contractu serui dominus de peculio non teneatur, sed aliis etiam plerisque, quos idem Accursius hîc congerit. Puta si pro alio intercedat non ex causa peculiari *l. seruus inscio* 19. *infr. de fideiuss. l.* 3. §. *si filiusfamilias supr. de pecul.* Si aliquid donet, quia nec ad hoc peculium ei donatur, vt ex eo donare quicquam possit, nec si liberam habeat peculij administrationem *l. contra* 28. §. *si filiusfamilias supr. de pact. l. filiusfamilias* 7. *infr. de donat.* Si quid voueat *l.* 3. §. *voto infr. de pollicit.* Si iudicium vel arbitrium subeat *d. l.* 3. §. *si seruus supr. de pecul.* Est autem hic tractatus longè diuersus ab eo casu quo seruus se nummis suis redemptum dicat, de quo in *d. l.* 4. *infr. de manumiss.* Eo namque casu licèt æquè manumittendus sit seruus necipso iure ac sine manumissione libertatem consequatur, in iure tamẽ consistere aduersus emptorem eundémque dominum potest, vt eum manumittere iubeatur *l. qui se dixit* 67. *supr. de iudic.*

b *Neque*

BIU Cujas

b *Neque enim aliter iudicio venditi liberari potest.*

RAT. DVB. Solutione precij liberatur emptor, nec interest venditoris vnde pecunia prouenerit. Alioqui nullus erit negotij gerendi finis si emptor, vt liberetur à venditore, cogatur probare suos esse nummos quos precij nomine soluerit. Et verò tritum est pecuniam, quæ soluitur, præsumi esse soluentis *l.1.l.cùm propria 5. l.vlt.C.si quis alter.vel sibi.* Ergo si precium empti serui emptor venditori eidémque domino priori soluerit, dicendum est liberatum eum esse.

DEC. Emptor qui precium soluit, non aliter liberatur, quàm si pecuniam quam soluit, emptoris fecerit *l.ex empto 11.§.1.in fin.infr.de action.empt.* Atquin si ex peculiaribus nummis, quos seruus ad se emendum ministrauerit solutio facta sit, certum est non potuisse nummos illos magis fieri venditoris cuius iam erant. Sicut enim peculium ipsum ad venditorem pertinet ita & nummi peculiares, nec nisi falsò ac conniuentibus oculis dici potest nummos peculiares esse serui, *d.l.4.§.1.de manumiss.* cùm seruus proprium nihil habere possit, qui nec seipsum habet *l.4.supr.de capit.minut.* Ergo si ex peculiaribus nummis emptor precium soluerit, non potuit & liberatio cõtingere, cùm non solùm de suo nihil soluerit, sed ex ea pecunia soluerit quæ iam ad venditorem pertinebat, *l.vnic.C.si seruus exter.emi se mand.* Aliud erit si fortè ex aduentitio lucro aut amici beneficio vel liberalitate, vel prorogante eo vel repromittente vel se delegante vel recipiente debitum redemptus sit, dum ne ex peculio, quod venditoris fuerit, solutio celebrata sit *d.l.4.§.1.de manumiss.& d.l.vnic.C.si seruus exter.* Excipiendus tamen vnus casus est, quem Accursius non prætermisit, si venditor sciens peculiares nummos esse solutionem acceperit. Non enim potest videri deceptus venditor qui prudens & sciens nummos suos in solutum accepit *l.1.§. eleganter supr. tit.prox. l.1. in fin. infr. de action. empt.*

1 ¶ Si liber homo bona fide seruiens, redimi se mandauerit, idque nummis emptoris factum sit: contraria mandati actione agi posse, constat: [a] vt tamen actiones præstentur, quas habet emptor aduersus venditorem. [b] finge, non manumisisse liberam personam emptorem.

Ad §. 1. si liber homo.

RAT. DVB. Ex mandato quod per se & ipso iure nullum est, actio nulla nasci potest, neque directa neque contraria. Prius enim est, vt valeat contractus, quàm vt ex eo nascatur obligatio, & detur actio *l.fuæ rei 16.infr. de contr. empt.* Atqui liber homo mandare nõ potest de semet emendo *l.vnic.C. si seruus exter.emi se mand.* Ergo nulla ex huiusmodi mandato nasci actio potest, nec magis contraria ex parte emptoris, qui suis nummis eum redemit à bonæ fidei possessore, vt eum manumitteret, quàm directa ex parte liberi hominis, vt manumittatur.

DEC. Mandatum de semetipso emendo factum ab homine libero qui se seruum putabat, & ab eo susceptum qui æquè bona fide seruum eum esse credebat, quamuis effectum habere non possit, quia nec emi nec manumitti liber homo potest *l.1. §.id quod 9.de oblig & act.* tenet tamen inter ignorantes quantum ad contrahendas inter eos obligationes personales, *l.liberi hominis 70. inf. de contr. empt.* Qua ergo fronte possit liber homo comperta sua libertate, dicere non teneri se mandati actione contraria, ob id solùm quod mandatum non valuerit, vtcumque inualidum esset, cùm ex causa huius mandati verum sit abesse mandatario, eidémque emptori pecuniam quam pro precio dedit bonæ fidei possessori, quod damnum passurus non fuerat, si mandatum non suscepisset. Indemnem ergo eum præstari æquum est *l.si mandassem 15.l.ex mandato 20.sup.hoc tit. l.si seruus 61.§. quod verò, vers. iustissimè, inf.de furt.* Est enim quod sibi imputet liber homo, cur emi se mandauerit, aut si neget sibi posse imputari quòd se seruum existimaret, quantò minùs imputari poterit emptori qui æque fuit in bona fide nec mandatum hoc susceperus si liberum sciuisset?

a *Vt tamen actiones præstentur.* RAT. DVB. Nihil in mandato dictum est de præstandis actionibus. Ergo non est arctandus emptor vt actiones præstet homini libero quas habet contra venditorẽ. DEC. Actio mandati siue directa siue contraria bonæ fidei est in quam proinde veniunt omnia, quæ sunt ex bona fide, §. *in bonæ fidei. Inst. de action.* Ex bona autem fide & æquitate est, vt emptor mandatarius præstet mandatori actiones quas contra venditorem habet, cùm id sine vllo ipsius incommodo & dispendio futurum sit *l. in creditore 38. in fin. de euict.* Ergo si mandatarius agat contraria mandati actione contra liberum hominem mandatorem, non debet recusare quominus præstet actiones quas contra venditorem habet. Quasnàm verò? Actionem scilicet ex empto aut ex stipulatione duplæ quæ solebat interponi olim in seruorum vẽditionibus, *l. emptori duplam 37.§.1.eod.tit.* Aut condictionem indebiti, eo casu quo vẽditio liberi hominis non valuerit: Puta si possessor sciuerit fuisse illum liberum, qui seruus putabatur *l.fuæ rei 16.l.& quod soluerit 23. l.si in emptione 34. §.liberum hominem inf.de contr. empt.*

b *Finge non manumisisse liberam personam emptorem.* Sensus est, non posse dubitari, quin actiones competant emptori contra venditorem eo casu quo emptor liberum hominem hũc bona fide seruientem non manumiserit. Nam si manumisisset, proculdubio & actionem ex empto, & ex stipulatione duplæ amisisset, quia eum priùs sua voluntate perdidisset, vt scribit Vlpian. *in l.si seruum cuius 25. infr. de euict. iunct. l.si mancipium 34. eod.* Nec ad rem pertinet quod hæc manumissio liberi hominis ipso iure non valuerit. Nam etiam ex actu nullo declaratur voluntas, *l.vlt.infr.de reb.eor.qui sub tutel. l.licet transferam 20.de adim.legat.* Quæ voluntas sufficit, vt de euictione actio amittatur, neque ob id quod hunc manumissum liberum fuisse postea constiterit, facere potest, vt ad remissam actionem regressus dari debeat *l.quæritur 17.§.si venditor de ædilit. edict.* Miror verò Accursium post Azonem hanc interpretationem, quæ aliorum quorundam fuit, non probasse, & actionem ex empto ab actione ex stipulatione duplæ distinxisse, quasi non etiam de actione illa ex stipulatione duplæ locus

BIU Cujas

hic intelligi debeat, qui generaliter loquitur de actionibus præstandis ab emptore omnibus quas habet ille contra venditorem, inter quas & stipulatio duplæ est, vt diximus, quæ nec differt ab actione ex empto in causa, sed tantùm in præstationibus, *l. si in venditione 60. l. euicta 70. infr. de euict. Iunge l. 3. §. si liber homo supr. de condict. caus. dat. l. si procuratorem 8. §. si liber homo supr. hoc tit.*

55. IDEM libro 21. Responsorum.

PRocurator, qui res non inclusas subtraxit, sed traditas non reddidit, iudicio mandati, non furti tenetur.

Ad l. Procurator 55.

RAT. DVB. Dolus est, si quis nolit restituere quod ab alio habet si eius restituendi habeat facultatem *l. si procuratorem 8. §. dolo autem l. dolus est supr. hoc tit. l. 1. §. est autem 22. supr. tit. prox.* Qui autem cistam alicui tradit, in qua sint aliæ res, non modò cistam illam tradere videtur, sed etiam res singulas in cista illa inclusas: Ideóque si cistam deposuerit, etiam singularum rerum nomine depositi agere potest *d. l. 1. §. si cista eod.* Ergo quemadmodum furtum cistæ facit procurator qui cistam sibi traditam custodiendam non reddit, ita & singularum rerum quæ in cista sunt, furtum facere videri debet, hoc ipso quod cistam retinet dolo malo quamuis cistam non aperuerit, nec res ipsas attigerit.

DE C. Furtum non fit sine contrectatione, *l. 1. §. vlt. l. inficiando 67. infr. de furt.* Atqui procurator quãuis cistam acceperit & contrectauerit, ideóque & furtum eius fecerit, nec tamen singulas quæ in cista erant, non contrectauit, quas nec contrectare potuit cùm essent in cista inclusæ, quin eas subtraheret, id est, ex cista vel sacculo in quo erant extraxerit, quod ponimus factum hîc non fuisse. Ergo earum rerum nomine furti teneri non potest, sed tantùm mandati si dominus mandauerit ei accipiendas & retinendas quousque repoſcerentur. Possent etiam repeti actione depositi propter dolum depositarij si contractus incepisset à deposito non à mandato *d. l. 1. §. est autem, & §. quòd si rem & seq. deposit.* Hic enim dolus maximus est, & prope furtum, vt Celsus loquitur in *d. l. inficiando.*

56. IDEM libro 3. Responsorum.

QVi mutuam pecuniam dari mandauit: omisso reo promittendi, & pignoribus non distractis, eligi potest. quod vti liceat, si litteris exprimatur: distractis quoque pignoribus, ad eum creditor redire poterit. etenim quæ dubitationis tollendæ causa contractibus inseruntur, ius commune non lædunt.

Ad l. Qui mutuam 56.

RAT. DVB. Conuentiones dant legem contractibus *l. 1. §. si conuenit supr. Tit. prox. l. in conuentionalibus 52. de verb. oblig. l. contractus 23. l. nec ex prætorio 27. de regul. iur.* Atqui ponimus eum qui mutuam pecuniam dari mandauit, conuenisse vt omisso reo promittendi & pignoribus non distractis eligi posset. Ac proinde è contrario sensu conuenisse vt pignoribus distractis eligi amplius non posset. Valet enim argumentum à contrario sensu in contractibus quoque non minus quam in cæteris *l. inter socerum 26. §. cùm inter infr. de pact. dotal. l. si cùm dotem 22. in princip. solut. matrim. l. 1. §. huius rei supr. de offic. eius cui mandat. est iurisd.* Ergo si pignora distracta sint, nec tamen ex eorum precio satisfieri creditori potuerit, non est ei permittendum vt pro superfluo consequendo ad mandatorẽ redeat.

DEC. Quæ dubitationis tollendæ causa contractibus inseruntur, ius commune non lædunt *l. quæ dubitationis 81. de regul. iur.* Atqui iure communi permittitur creditori non solùm eligere creditorem ante distracta pignora, sed etiã postea distracta ad mandatorem redire, *l. non rectè 3. l. iure nostro 5. l. reos 23. l. pignoribus 25. C. de fideiuss. & mandat.* Nam nec iis casibus in quibus electione vnius alter liberatur: electio tamen pignorum ab vno datorum quicquam prodest ad alium liberandum *d. l. pignoribus & l. etiamsi 9. eod.* quæ loquuntur de fideiussore qui olim liberabatur electione rei principalis, non autem de mandatore qui non liberabatur *d. l. reos 23. & l. vlt. C. eod.* Ergo & in proposita specie, post distracta quoque pignora creditor ad mandatorem redire poterit perinde ac si non conueniſſet, vt non distractis pignoribus eligi mandator posset. Semper enim inspiciendum est cuius gratia pactum interuenerit, ne vnquam contra ipsum pacti interpretatio fieri possit *l. in ratione 30. §. tametsi versic. Sed id non est verisimile ad leg. falcid. l. Lucius 40. in fin. de fideic. libert.* Nemo autem dubitet quin pactum, de quo Papinianus in hac lege, insertum sit fauore creditoris, vt non cogeretur distrahere pignora, quæ principalis reus dedisset antequàm ad mandatorem perueniret, non igitur debet ei nocere *vulg. l. quod fauore 6. C. de legib. l. nulla 25. supr. eod. ill. tit.* Præsertim cùm maior sit ratio succurrendi creditori qui mandatori pepercit quem initio eligere potuit ante distractionem pignorum quàm si distractionem pignorum non expectasset. Denique pactum, quod in sensu directo inutile est, in contrario vale non potest: Quod enim per se nullum & inutile est, nullum iuris effectum habere debet, vt est in regula iuris pontificij. Haberet autem, si contrarium sensum posset inducere ad mutandam iuris rationem. Quamquam nec omnino inutile pactum est quod dubitationis tollendæ causa adiicitur, cùm non parua sit vtilitas pacti quod omnem perimit quæstionem. Sed cùm non nisi dubitationis tollendę gratia pactum adiectum sit, satis est, vt effectum illum habeat, nec alium habere potest. Idque est quod vulgo iactari solet abundantem cautelam non nocere, nec ea, quæ sunt superflua *l. testamentum 17. C. de testam. l. vlt. C. de donat. l. pediculis 32. §. Labeo de aur. & argent. legat. l. si seruo 26.*

BIU Cujas

no 26. *in fin. de adim. legat. l. quæ extrinsecus* 65. *de verb. oblig. l. non solent* 94. *de regul. iur.* Hæc quamquam ita sunt, & ex iuris veteris ratione verissimè disputantur: Hodie tamen ex Iustiniani constitutione, *Nouell. 4. cap. 1. de fideiuss.* certum est non posse mandatorem eligi à creditore nisi excusso prius reo principali, quod & Accursius hîc notat.

1 ¶ Fideiussor, qui pecuniam in iure obtulit, & propter ætatem eius, qui petebat, obsignauit, ac publicè deposuit, confestim agere mandati potest.

Ad §. 1. Fideiussor.

RAT. DVB. Non datur actio mandati contraria fideiussori cui nihil abest, vt sæpius supra diximus, ex *l. inter causas* 26. §. *abesse supr. hoc tit.* Atqui nihil abest fideiussori qui pecuniam obtulit nec soluit quātuis eam publicè, id est, in iure & publica authoritate deposuit. Non enim oblatio & depositio illa facit pecuniam creditoris priusquàm ei numerata sit, ac proinde nō tollitur obligatio, nec inducitur liberatio, ad quam inducendam necesse est, vt nūmi fiant creditoris, *l. seruum Titij* 49. vbi diximus *supr. hoc tit. l. vnic. C. si seruus exter. emi se mandau.* Nec quod ea ratione fideiussoris mora impediatur, & creditor ipse in mora constituatur, ad rem facit, nihilenim aliud ex eo induci potest nisi quod actiones creditori denegandæ sunt, si solutionem sine causa recusauerit *l. si debitor* 30. *infr. de solut.* In proposito autem nec pecuniam à creditore recusatam ponimus, sed nuda oblatione præcedente nullāque subsecuta recusatione fideiussorem ad obsignationis remedium conuolasse metu, quem sibi ipse intulerit restitutionis, quam creditor qui minor erat annis viginti quinque aduersus solutionē sibi factam impetrare potuisset *tot. tit. C. si aduers. solut. l. quod si minor.* 24. §. *restitutio. supr. de minor.* Nec enim benè tutoq; soluitur minori nisi interueniente vel curatoris vel iudicis authoritate *l. ait prætor* 7. §. *permittitur eod. tit. l. sancimus* 25. *C. de admin. tutor.* §. *nunc admonendi Instit. Quib. alien. licet vel non.* Neque verò aliter obsignatio vim solutionis habere solet quàm si facta sit recusante solutionem debitore, *l. acceptam* 19. *C. de vsur.* Ergo fideiussor qui pecuniam in iure obtulit, & propter ætatem solam eius qui petebat metu restitutionis obsignauit ac publicè deposuit, non idcirco mandati agere potest.

DEC. Obsignatio ritè & legitimè facta vim solutionis obtinet *d. l. acceptam l. obsignatione* 9. *C. de solut. l. 1. §. si pecuniā* 33. *in fin. supr. Tit. prox.* Nec enim aliud commodius & expeditius remedium inueniri potuit ad acquirendam debitori liberationem, si qua ex causa vel nullo modo propter creditoris absentiam aut contumaciam vel non satis tutò soluere debitor posset *l. si reus* 73. *supr. de procurat.* puta ob incertum ætatis ac restitutionis, quomodo Papinianus loquitur in *l. si Titius* 48. *infr. de fideiuss.* Ergo æquissimum est, vt fideiussor qui minori 25. annis pecuniam obtulit & in publico loco puta in æde sacra, vt fieri olim solebat metu restitutionis in integrum deposuit, confestim experiri mandati possit, *l. fideiussor* 64. *eod. tit.* id est, non expectato eo, vt pecunia ad creditorem peruenerit, cùm non eo minùs verum sit, & adesse pecuniam fideiussori, & adesse debitori liberationem. Quamuis nec recusauerit solutionem creditor adhuc minor, neque per eum stet quominùs oblatam pecuniam accipiat. Quid enim refert an creditor sine causa recuset solutionem accipere, an nec volenti ei solutio fieri tuto possit: Tantóque iustior hæc est fideiussoris intentio, quod etiam ad ipsius debitoris commodum & vtilitatem pertinet. Cuius non minùs interest quàm fideiussoris vt tuta & secura sit liberatio quàm siue ex sua siue ex fideiussoris sui pecunia quæsitam sibi velit. Interest autem fideiussoris quoque sic soluere, vt neque indebitum debite neque debitum indebitè, id est, alio quàm debuit modo soluisse videri possit, *l. indebitam* 47. *supr. de condict. indeb.*

2 ¶ Non ideo minus omnis temporis bonam fidem explorari oportet, quod dominus post annos quinq; ex prouincia reuersus, mox reipublicæ causa profecturus, non acceptis rationibus mandatum instaurauerit. cùm igitur ad officium procuratoris pertinuerit, quidquid ex prima negotiorum gestorum administratione debuit, ad secundam rationem transferre, secundi temporis causa priorem litem suscipiet.

Ad §. 2. Non ideo minùs.

RAT. DVB. Mandator, qui ex prouincia reuersus non redditis prioris administrationis rationibus mandatum instaurauit, totius prioris debiti & administrationis memoriam aboleuisse videtur. Quemadmodum solemus dicere de eo qui repudiatam mulierem adulterum ad secundum matrimonium reuocauit, *l. si vxor* 13. §. *pen. infr. ad leg. Iul. de adult.* Neque negari potest quin mandati instauratio nouum mandatum sit à primo distinctum, vt Accursius fatetur, licèt eædem sint personæ mandantis & mandatarij. Ergo cùm nihil commune habeat prima administratio cum secūda, quia sunt diuersa mandata diuersæque administrationes, non est cogendus procurator secundi temporis causâ priorem litem suscipere.

DEC. Procurator in omni hoc negotio vtriusque administrationis bonam fidem præstare debet *l. idémque* 10. *in princip. supr. l. si mandatu Titij* 59. *in princip. infr. hoc tit.* Atqui ex bona fide est & ad procuratoris officium pertinet, vt quicquid ex prima negotiorum gestorum administratione debuit ad secundam rationem transferat, nempe quia exigere à se ipso debuit si modò instaurati mandati tempore soluendo fuit *l. diuortio* 35. *supr. de negot. gest.* Ergo si qualis fuit contra procuratorem instituta tempore prioris administrationis, eandem procurator vi posterioris mandati suscipere cogetur. Id enim

BIU Cujas

est quod Papinianus ait, *secundi temporis causâ*, propter secundi temporis causam, & administrationem. Prius enim mandatum finitum esse constat ex eo solo, quod dominus reuersus sit qui in prouinciam profecturus procuratorem constituerat, quasi cessante causa propter quam fecerat procuratorem, vt in *l. Papinianus 20. supr. de minor. l. is qui reipublicæ 39. ex quib. caus. maior. iunct. l. 2. §. legatis supr. de iudic. l. actione 65. §. item si alicuius infr. tit. prox.* acsi dominus alium procuratorem constituisset, *l. si quis cùm procuratorio 31. §. vlt. supr. de procurat.* Nec posteà discedente domino, & siue in eandem siue in aliam prouinciam reipublicæ causa profecturo mãdatũ ipso iure resuscitari potuisset, nisi à domino ipso instauratum fuisset ac renouatum, vt locus hic optimè probat, & Accursius noster concludit, *arg. §. qua ratione Instit. de pupill. substit.* Respondétque non malè diuersam longè rationem esse curatoris furioso dati, qui licèt per solam resipiscentiam curator esse desinat, curationem tamen recipit si furiosus in furorem recidat, nec alia cura esse videtur quàm prima, sed eadem ipsa numero *l. pen. C. de curat. furios.* quia furioso succurrendum fuit per legem qui consulere sibi ipsi non potest, quòd in homine sanæ mentis procuratorem constituente diuersum est. Sed hoc ita accipiendum est, vt & Accursius benè explicat, nisi domino post reditum suum præsente nec repugnante procurator in sua administratione perseuerauerit. Quo casu dicendum est, si nullo tempore licet breuissimo, intermisso in priore administratione perstiterit, nõ videri mandatum reuocatum, cùm eius continuationi consensisse videatur dominus etiam tacendo, *l. item quæritur 13. §. vlt. infr. locat.* Si verò tempus aliquod vel breuissimum interceserit, quo interrupta fuerit administratio, tacitè instauratum & renouatum mandatum videri, *arg. l. si post pubertatem 14. & l. præced. infr. de tutel. & Ration. distr. l. tutor 11. C. arbitr. tutel.* Iunge *l. si vt proponis 3. & 5. C. de nupt.* Alia species est quæ à Paulo proponitur in *l. Lucius 46. in princip. inf. de admin. tutor.* vbi hoc tantùm dicitur, Non ex eo quod adultus quis eum qui prędia eius coluit, procuratorem habere voluit, debitum quod ex conductione reliquatus est, agnouisse eum videri, quominùs ab eo qui curã administrauit, petere id possit: Quod cũ huius §. specie commune nihil habet.

3 ¶ Salarium incertæ pollicitationis neque extra ordinem rectè petitur, neque iudicio mandati, vt salarium tibi constituatur.

Ad §. 3. Salarium.

RAT. DVB. Salarij pollicitatio non repugnat naturæ mandati, quamuis gratuitum illud esse debeat, si modò non ab initio de salario conuenerit, sed post impletum mandatum animo remunerandi constitutum sit *l. si remunerandi 6. in princip. & l. salarium 7.* vbi diximus *supr.* Ergo si incerta fuerit salarij pollicitatio, non eo minùs extra ordinem peti poterit, id est, apud prætorem qui de salariis & honorariis extra ordinem cognoscit, ipse nec dat iudicem, *l. 1. & tot. tit. de var. & extraord. cognit.* vel actione mandati, vt certum constituatur arbitrio vel prætoris in priore casu, vel dati iudicis in posteriore. Quid enim vetat id quod conuentioni deest boni viri arbitrio suppleri?

DEC. Incertitudo viciat quamlibet pollicitationem & promissionem etiam dotis, quæ tamen omnium fauorabilissima est *l. 1. C. de dot. promiss.* Nisi quod in dote si quid incertum sit, ex qualitate tamen & facultatibus mariti modum & interpretationem recipere potest, *l. cùm post 69. §. gener. infr. de iur. dot.* Multo igitur magis dicendum est incertæ pollicitationis salarium neque extra ordinem peti non posse, neque per mandati actionem posse *l. salarium 17. C. hoc tit.* Cùm enim mandatum gratuitum esse debeat, nihil est quod certi possit Prætor aut iudex arbitrari, quod pro salario præstandum sit, neque ex dignitate neque ex facultatibus siue mandantis siue mandatarij, siue vtriusque. Quod in dote à patre promissa diuersum est *d. §. gener.* Placet autem vulgata lectio, quæ sic habet in fine §. *vt salarium tibi constituatur*, non vt in Florentiæ *constituet.* Neque tamen volo vt cum Accursio suppleas verba illa *agi potest*, quasi locus mancus sit. Repetendum enim est verbum *petitur*, acsi scriptum esset, salarium incertæ pollicitationis neque peti extra ordinem, neque iudicio mandati, vt certum constituatur.

4 ¶ Sumptus bona fide necessariò factos, etsi negotio finem adhibere procurator non potuit, iudicio mandati restitui necesse est.

Ad §. vlt. Sumptus.

RAT. DVB. Sicuti cuique liberum est, mandatũ non suscipere: ita ei qui suscepit consummandum necessariò est, aut tempestiuè renunciandum. Alioquin tenetur ipse mandati actione directa. Tãtum abest vt contraria experiri possit *l. si mandauero 22. §. vlt. supr. hoc tit.* Ergo si negotio finem imponere atque ita mandatum consummare procurator non potuit, nõ est ei danda mandati actio contraria ad repetendos sumptus etiam quos & bona fide & necessariò fecerit ad mandatum exequendum.

DEC. Nihil æquius & iustius est, quàm vt indemnis seruetur procurator qui mandatum bona fide executus est, quamuis non vtiliter rem gesserit, si modò nulla ei culpa imputari possit, licèt minore sumptu maioréque vtilitate rem suam dominus gerere potuerit, *l. si quis alicui 27. §. impendia* vbi diximus *sup.* Nihil enim nisi bonam fidem præstare procurator debet *l. idémq; 10. in princip. supr.* & vt careat omni culpa *l. à procuratore 13. C. eod.* Atqui nihil imputari potest ei qui mandatum quanta potuit diligentia, & bona fide executus est, tametsi negotio finem adhibere non potuerit, si modò per eum non steterit. Qui enim fecit quod potuit, legem, id est, mandatum Dei legísque diuinæ adimpleuit, cùm impossibilium nulla sit obligatio *vulg. l. impossibilium 184. de regul. iur.* Et longè aliud est mãdatum consummare, aliud autem negotio mandato finem imponere. Consummat enim mandatum qui facit quod potest, tametsi finem negotio non imponat, adeóque tametsi in lite vincatur,

l. etiamsi

l. etiam si 4. C. hoc tit. l. qui proprio 46. §. litis impendia supr. de procur. Ergo sumptus ei restituendi sunt quotquot bona fide impendit *d. §. impendia l. si mandassem 15. l. ex mandato 20. supr. l. si seruus 61. §. quod verò versic. iustissimè infr. de furt.* Alia gestoris ratio est cui nõ sufficit bona fide negotium gessisse nisi vtiliter gesserit, quia sibi debet imputare cur vltro gesserit *l. 5. §. quid tamen infr. Iudic. solu. l. sed an vltro 10. §. 1. in fin. supr. de negot. gest.* Tutor verò procuratori non gestori cõparatur *l. 3. §. sufficit de contr. tutel. & vtil. act. l. tutor. 20. C. de negot. gest.*

57. IDEM libro 10. Responsorum.

MAndatum distrahendorum seruorũ, defuncto eo, qui mandatum susceperat, intercidisse constitit.[a] Quoniam tamen heredes eius errore lapsi, non animo furandi, sed exsequendi, quod defunctus suæ curæ fecerat, seruos vendiderant: eos ab emptoribus vsucaptos videri placuit. [b] sed venaliciarium ex prouincia reuersum, Publiciana actione non vtiliter acturum: cùm exceptio iusti dominij, causa cognita, detur: neque oporteat eum, qui certi hominis fidem elegit, ob errorem, aut imperitiam heredum, adfici damno.

Ad l. Mandatum 57.

RAT. DVB. Obligationes omnes defunctorum transeunt in heredes ex *lege 12. tab.* tam actiuæ quam passiuæ *l. 1. C. si cert. pet. l. vlt. C. de heredit. act.* Quid enim aliud est heredem esse quàm successorem in vniuersum ius quod defunctus habuit *l. nihil aliud est 24. de verb. signific. l. heredem 59. de regul. iur.* Nam & quisquis contrahit, se heredemque suum obligat *d. tit. de hered. act. l. viam 10. C. de locat.* sicut & qui sibi stipulatur, suis quoque heredibus stipulari & pacisci intelligitur *l. si pactum 9. de probat.* Ergo mandatum distrahendorum seruorum defuncto eo qui mandatum susceperat, non intercidit.

DEC. Quisquis alij mandat faciendum aliquid, industriam & fidem eligit mandatarij. Atqui non eadem semper industria & fides heredis est, quæ fuit defũcti, *l. inter artifices 31. infr. de solut.* Ergo morte mandatarij mandatum intercidere necesse est, *l. si quis alicui 27. §. morte supr.* Multo magis quàm morte mandatoris, *l. inter causas 26. in princip. eod.* vbi diximus. Idem in societatis contractu iuris est ob eandem rationem, quia in eo quoque potissimùm contractu industria personæ eligitur, *l. actione 65. §. morte infr. tit. prox.*

a *Quoniam tamen heredes eius errore lapsi.* RAT. DVB. Furtiuæ res vsucapi nullo tempore possunt *§. furtiuæ Instit. de vsucap. l. 4. §. quod autem inf. eod. ill. tit.* Atqui furtum fit quoties aliena res contrectatur inuito domino, id est, ignorante, & non consentiente, quamuis nec prohibente, *l. 1. §. vlt. l. inficiando 67. in princip. infr. de furt.* Ergo si heredes mandatarij seruos distraxerint, quorum distrahendorum mandatum defunctus susceperat, dicendum est factos eos esse furtiuos, cùm non contrectauerint eos ex domini voluntate quæ finita est finito mandato morte mandatarij, *l. si verò 12. §. si mandauero supr. hoc tit.* Ergo non poterunt vsucapi tanquam furtiui.

DEC. Furtum sine furandi animo non fit *§. placuit. Instit. de oblig. quæ ex delict. nascunt.* Atqui ponimus heredes mandatarij per errorem lapsos non animo furandi, sed exequẽdi, quod defunctus curæ suæ fecerat, seruos vendidisse, ac proinde bona fide quàm error semper inducit, siue in iure erraverint existimantes obligationem mandati iure hereditario in heredem transire, siue in facto, credentes idem sibi mandatum fuisse quod defuncto. Error namque etiam iuris ac multo magis facti excusat à dolo, *l. sed etsi 25. §. scire supr. de hered. petit.* & per consequens à furto quod non fit sine dolo, quia furtum plus quàm dolus est, *d. l. inficiando.* Ergo non potest impediri vsucapio seruorum quasi furtiuorum.

b *Sed venaliciarium ex prouincia reuersum.* RAT. DVB. Exceptio iusti dominij Publicianæ actioni obiici potest *l. pen. supr. de Public. in rem act.* Atqui emptores huiusmodi seruorum quos mandatarij heredes distraxerunt, vsucapione sibi eos acquisierunt, vt modò diximus, cùm vsucapionibus non minùs quàm traditionibus rerum dominia transferantur, *l. traditionibus 20. C. de pact. l. 3. de vsucap.* Ergo si seruorum prior dominus è prouincia reuersus Publiciana experiri velit, quia directò vindicare eos non potest, repellendus est exceptione iusti dominij.

DEC. Exceptio quidem iusti dominij Publicianæ obiicitur, sed causa cognita *d. l. pen. & vlt. de Public. in rem act.* In causæ autem cognitione illud potissimùm versatur, An aliqua causa sit denegandæ exceptionis domino propter æquitatem quæ faciat pro actore Publicianam exercente. Nam cùm Publiciana, sit actio prætoria, æstimanda tota est ex æquitate, vt & exceptiones omnes. Hic enim sensus est horum Papiniani verborum, *cùm exceptio iusti dominij causa cognita detur*, acsi scriptum esset, *non nisi causa cognita.* Atqui æquum non est, vt is qui certi hominis fidem eligit, ob errorem aut imperitiam heredum damno afficiatur, ne alioquin alteri per alterum iniqua condicio inferatur contra iuris regulam, *l. non debet alteri 74. de reg. iur. l. 2. infr. quod vi aut clam l. rem hereditariam 65. in fin. de euict.* Ergo venalitiarius reuersus non inutilirer Publiciana experietur, contra possessores eosdémque dominos, nec iusti dominij exceptione repelletur. Cùm ergo hæc pereuidens sit & vera Papiniani sententia, apparet versiculum hunc ita legendum esse, *Sed venaliciarium ex prouincia reuersum Publiciana actione non inutiliter acturum.* In quo cùm recentiores ferè omnes consentire videam, miror solum Ioãnem Robertum à cæteris dissentire, vt Accursij & Bartoli ac sequacium interpretationem probet, qui contra Papinianum respondent Publicianam in hac quoque specie iusti dominij exceptione repelli. Nec animaduertunt ad rationem à Papiniano allatam, quæ contrariam sententiam

BIU Cujas

omnino euincit, ostenditque esse hunc vnum ex casibus in quibus agenti Publiciana replicatio dãda est aduersus exceptionem iusti dominij vt in *l.si à Titio 72.supr.de rei vindic. l.2.de except.rei vend. l.4.§. si à Titio infr.de doli mal.except.* Error autem Accursij primus ac præcipuus in eo est quod venalitiarium intellexit, & accepit pro emptore seruorum, cùm tamen eo nomine significetur is qui prouinciam egressurus mandatum fecerat Titio distrahendorum seruorum, quos posteà Titij heredes distraxerant: Sunt enim venalitiarij iidem qui mangones & mercatores non ementes nisi, vt vendant. Vnde & venalitij dicuntur in *l.vlt.de ædilit.edict.* vt tractat Cuiacius *lib.10.obseruat.cap.6.* Malè item Accursius ponit reuersum venalitiarium ante completam vsucapionem, quam è contrario Papinianus ait cõpletam fuisse his verbis, *eos ab emptoribus vsucaptos videri placuit.* Malè denique ponit emptores de quibus Papinianus in plurali loquitur agere Publiciana, contra dominum possidentem ante completam vsucapionem, & repelli exceptione iusti dominij, cùm è contrario Papiniani sententia sit, dandam venalitiario reuerso Publicianam contra emptores etiam post completam vsucapionem, nec repellendum eum exceptione iusti dominij quamuis emptores iidem sint qui & possessores, & domini. Hoc verò vir doctissimus Iacobus Cuiacius benè vidit, sed non eo minùs locum hunc malè interpretatus est, ponens venalitiarium seruos istos à non domino emisse: quod prorsus commentitium est: Cùm Papinianus non dicat venalitiarium emisse â non domino, sed eos, qui ab heredibus mandatarij emerunt, quos heredes certum est nec dominos fuisse, nec vendidisse ex domini voluntate, cùm extinctum iam esset mandatum. Nostra verò interpretatio plana est, si modò Florentina lectio emendetur, & pro *vtiliter* legamus *inutiliter.* Sic enim Papinianus loqui solet elegantiore formula, *non inutiliter* pro *vtiliter*, vt *non necessario* pro *frustra* in *l.verbis 5.ad leg.falcid.*

58. PAVLVS libro 5. Quæstionum.

SI præcedente mandato, Titium defenderis: quamuis mortuo eo, cum hoc ignorares: ego puto, mandati actionem aduersus hæredem Titij competere: quia mandatum morte mandatoris, non etiam mandati actio soluitur. [a] Quod si sine mandatu defensionem suscepisti, negotiorum quodammodo defuncti gerere institueras: & quemadmodum, si illum liberasses, competeret tibi negotiorum gestorum actio, ita potest dici, & heredem eius eadem actione teneri.

Ad l. Si præcedente 58.

RAT.DVB. Mandatum morte mandatoris finitur, *l.inter causas 26. in princip.supr.hoc tit.§.item si adhuc Instit. hoc tit.* Ergo quamuis præcedente mandato Titij eum quasi viuum defenderes, si tamen iam tum erat mortuus, nulla tibi actio mandati contra heredem ipsius competere potest, quamuis mortuum eum ignoraueris. Non magis quàm si nullo mandato præcedente eum defendere instituisses. Nec enim potest mandati actio competere vbi nullum interuenit mandatum, *l.ex mandato 20.§.1.supr* Quid autem refert, an nullum mandatum interuenerit, an quod interuenerat, extinctum & finitum sit *arg.l.1.§.siue ab initio supr.de condict sin.caus.*

DEC. Morte quidem mandatoris mandatum soluitur, sed non tamen actio mandati si mandatarius defunctum eum ignorans mandatum executus sit aut exequi cœperit, ne alioquin iusta ipsius ignorãtia damno eum adficiat, quod esset iniquũ & contra bonam fidem. Idque vtilitatis causa recipi oportuit, ne alioquin huius periculi metu reuocarentur è suscipiendis, & exequendis mandatis *d.l.inter causas & l.si mandassem 15.supr.d.§.item si adhuc.* Scripsi ad *d.l.inter causas & ad d.l.si mandassem.* Nec est contrarium quod à Iuliano responsum est in *l.de qua re 74.§.cum absentem supr. de iudic.* vbi in simili, vt videtur, specie dat ille actionem negotiorum gestorum non mandati: nullum enim ibi mandatum interuenerat non solùm de iudicato soluendo, sed neq; de sumptibus in litem faciendis, vt Accursius benè obseruat. Quòd si non tantùm præcessit mandatum, sed etiam dominus pro suo procuratore satisfecerit Iudicatum solui, cogendus erit procurator ad litẽ contestandam & iudicium accipiendum, si modò sciente ac non contradicente procuratore dominus id fecerit *l.si defunctus 15.supr.de procurat.*

a *Quod si sine mandato.* RAT. DVB. Qui defensionem suscipit hominis iam mortui, nihil agit & nullius negotium gerit, cùm mortuus homo nullus sit *l.3.§.hæc verba supr.de negot.gest.* ideóque & iudicium quod ab eo suscipitur, nullum est, *d. l.de qua re 74.§.cùm absentem supr.de iudic.* Ergo nec actio negotiorum gestorum hoc casu dari potest. Nec enim quod negotium defuncti gerere hic instituerat, facere potest vt gesserit. Plúsque inspiciendum est quod in veritate, quàm quod in opinione est vt in *§.si quis rem suam Instit.de legat.*

DEC. Quoties quis alicuius negotia gerere voluit, & in persona errauit, cùm alterius essent negotia quàm cuius credidit, eum tamen sibi obligat cuius negotia fuerunt si modò ea vtiliter gesserit, *l.quæ vtiliter 45.§.vlt.supr.de negot.gest.l.in hoc iudicium 14.§.1.l.si quis cùm 29.commun.diuid.* Atqui in proposita specie negotiorum gestor quamuis defuncti, quem viuere putabat negotium gerere instituerit, veritate tamen negotia heredis gessit, & quidem vtiliter, quia licèt iudicium accipiendo pro mortuo, quod nullum fuit, non magis heredem quàm defunctum liberauerit, si tamen fuerit condemnatus, & soluerit, acquirit heredi pro liberatione doli exceptionem per quam summoueat actorem, si post acceptam litis æstimationem à negotiorum gestore velit vrgere debitorem, *d.§.cùm absentem.* Parum enim refert in effectu an reum liberet ipso iure an per exceptionem, *l.sicut §.vltim. iunct.l.2.infr.quib.mod.pign.vel.hypoth.soluit.* Sicut & an quis

BIU Cujas

an quis ipso iure actionem non habeat, an doli exceptione summoueri possit *l. nihil interest* 112. *de regul. iur.* Quidni ergo habebit gestor actionem Negotiorum gestorum contra heredem defuncti, quam habere posset contra defunctum, si eum liberasset?

1 ¶ Lucius Titius creditori suo mandatorem dedit. deinde defuncto debitore, maiore parte creditorum consentiẽte, à prætore decretum est, vt portionem creditores ab heredibus ferant: absente eo creditore, apud quem mandator exstiterat. quæro, si mandator conueniatur, an eandem habeat exceptionem, quam heres debitoris. respondi: Si præsens apud prætorem ipse quoq; cõsensisset: pactus videretur iusta ex causa: eadémq; exceptio & fideiussori danda esset, & mandatori: sed cum proponas, eum abfuisse: iniquum est, auferre ei electionem, sicut pignus, aut priuilegium, qui potuit præsens idipsum proclamare, nec desiderare decretum prætoris. nec enim, si quis dixerit summouendum creditorem, heredi consulitur: sed mandatori, vel fideiussori, quibus mandati iudicio eandem partem præstaturus est. plane si ab herede partem accepisset, an in reliquum permittendum esset creditori, fideiussorem conuenire, dubitatum est. sed videbitur consentire decreto, conueniendo heredem.

Ad §. 1. Lucius Titius.

RAT. DVB. Pactum factum cum herede à maiore parte creditorum, ijs etiã nocet qui absentes fuerunt: cogũtur enim sequi exemplum & cõuentionem præsentium, nisi habeant hypothecas, ac ne fisco quidem excepto, eo casu quo hypothecas non habet *l. rescriptum* 10. *supr. de pact.* Atquin pacti exceptio, quæ heredi debitoris datur, etiam fideiussori & mandatori danda est, vt & cæteræ exceptiones omnes quæ rei cohærent, non personæ, *l. exceptiones* 7. *l. omnes* 19. *infr. de except.* Ergo si in proposita huius §. specie mandator à creditore conueniatur, dicendum est eãdem pacti exceptionem, quæ ipsi heredi si conueniretur, danda esset, etiam mandatori dari debere.

DEC. Alia est causa creditoris qui habuit mãdatorem. Alia verò cæterorum creditorum quibus non est res nisi cum debitore aut debitoris herede. Pactum maioris creditorum partis nocet cæteris etiam absentibus si non habeant actionem nisi cõtra debitorem, non quidem vt exceptione pacti inter alios initi summoueri possint: sed vt cæterorũ creditorum exemplum sequi cogantur. Quomodo Vlp. loquitur in *d. l. rescriptum.* At non etiam huius qui habet mandatorem, & absens fuit, si enim præsens fuisset, non solum hoc ipsum proclamare potuisset, & rationem aliquam adferre, propter quam cæteros in suam fortasse sententiam traxisset, *l. item si vnus* 17. §. *vlt. supr. de recept. qui arbitr. recep.* sed etiam quod caput est, decretum Prætoris non desiderasset. Quid enim decreto Prætoris indigebat hic, qui ius habebat eligendi mandatorem, atque ita concursum illum creditorum effugere poterat? Atqui ponimus creditorem hunc, qui mandatorem habuit, non adfuisse, cùm cæteri creditores cum debitoris herede conuenerunt, vt portiones tantum ferrent eatum summarũ quæ ipsis integræ deberentur. Ergo non debet ei nocere decretum Prætoris, quo nec indigebat quantum ad mandatorem. Nec proinde danda est mandatori ex persona heredis exceptio pacti quæ daretur heredi debitoris, ita namq; fieret, vt ignoranti creditori auferretur electio quam à iure haberet. Quod nõ minus iniquum esset, quàm si quis pignus ei auferre vellet, vel priuilegiũ, quod creditores alij nõ haberẽt. Cur enim potiùs mandatorẽ aut fideiussorẽ si quẽ habeat? Nã & contra mandatorẽ aut fideiussorẽ illa etiã ratio facit, quod pactũ inter alios factum sicut aliis nocere non debet, ita neq; prodesse, *l. si vnus* 27. §. *pacta quæ turpẽ versic. ante omnia supr. de pact.* Atqui pactũ inter creditores & heredem interpositũ nõ tam heredi prodesset, quã mandatori si exceptio pacti ipsi accommodaretur, cùm mãdati iudicio nõ ampliorẽ partẽ cõsecuturi sint ab herede quã de qua aliis creditoribus præstanda conuenit. Tanquã quib. etiã absentib. & inauditis pactũ cęterorũ creditorũ nocere debeat, cùm neq; pignus vllũ habeant, neq; priuilegiũ. Ergo ne absurdũ hoc sequatur, dicendũ est nõ esse mãdatori dandã huius pacti exceptionẽ. Planè, si ponerem creditorẽ hunc adfuisse cùm cæteri creditores cõuenirẽt, nocebit ei pactũ vtiq; etiã quãtũ ad mãdatorẽ, nõ tã quia decreto consenserit (quid enim si præsens fuisset, ac dissensisset?) quàm quòd cum cęteris creditorib. decretũ imploraverit, quo non indigebat si mandatorẽ eligere voluisset, atque ita ius quod habebat eligẽdi, vltro abiecisse videatur. Quæ ratio etiam facit, vt quamuis hic creditor qui mãdatorẽ habuit absens fuerit, si tamẽ posteà partẽ debiti ab herede acceperit, in reliquũ nõ possit mãdatorẽ siue fideiussorem cõuenire. Nempe, quia vt Paulus hic subiicit, videatur consentire decreto cõueniẽdo heredẽ cuius respectu dubitari non oportet, quin etiã hic creditor cæterorũ præsentium exemplum sequi debeat. Quid enim refert an decretum ab initio cum cæteris desiderauerit, an decreto ex postfacto consenserit? Quod si creditor hic, de quo tractamus, decreto quidẽ adfuerit, sed tamen proclamauerit, non solùm contradicendo (nec enim hoc sufficeret) sed protestando nolle se decretum vllum desiderare, non putarem eum sibi pręiudicasse, quominùs etiam cõtra mandatorem aut fideiussorem debitoris sui experiri posset. Idq; significare videntur præcedẽtia verba illa huius §. *si præsens apud prætorẽ ipse quoq; consensisset*, scilicet decreto siue interponẽdo siue interposito, quãuis in aliorũ sententiã venire ipse noluisset. Cętera q̃ in hoc Pauli respõso cõtinẽtur ex his q̃ diximꝰ satis explicata sunt, nisi quod ait de creditorib. priuilegiariis

BIU Cujas

Pugnare enim videtur quod supponit creditoribus priuilegiarijs absentibus decretum Prætoris nocere non debere cum eo quod à diuo Pio rescriptum fuisse Vlpianus refert in *d.l.rescriptum*. Nisi ad ea confugias quæ nos contra Tribonianum & Cuiacium ad eum locum scripsimus. nã quod Accursius noster hîc putat non de alio priuilegio quàm tacitæ hypothecæ Paulum hîc loqui non est probabile, cum Paulus separet priuilegium à pignore, nec minus pignoris nomẽ mereatur quod tacitum quàm quod expressum est *Tot.tit. In quib. caus. pign. vel hypoth. tacit. contr. & l. aufertur.* 46. §. *fiscus infr. de iur. fis.* Illud benè Accursius absentem haberi pro dissentiente potius quam pro consentiente *l. in eo iure* 45. §. *deinde infr. de rit. nupt. l. sicuti* 18. *supr. de recept. Qui arbitr. recep.*

59. IDEM libro 4. Responsorum.

SI mandatu Titij Calpurnius pecuniam, quam Titius credebat, stipulatus esset,[a] non donandi animo: mandati iudicio eũ ab herede Titij posse conueniri, vt actiones suas præstet. Idem est, & si exacta est à Calpurnio pecunia.

Ad l. si mandatu Titij 59.

RAT. DVB. Mandatum finitur morte mandatoris non minus, quàm morte mandatarij *l. inter causas 26. in princip. supr. hoc tit.* Ergo mortuo Titio qui mandauerat Calphurnio vt pecuniam quã Titius credebat, à debitore stipularetur, quamuis non donandi animo, dicendum est Calphurnium à Titij herede qui nihil mãdauit, conueniri actione mandati non posse, ne quidem ad præstandas actiones, nec proinde ad pecuniæ restitutionem si ea iam à Calphurnio exacta sit.

DEC. Non finitur mandatum morte cùm res integra esse desit §. *item si adhuc Instit. hoc tit.* Atqui non est res integra, cum is cui creditor mandauit, vt stipuletur, stipulatus est: mandatum enim iam impleuit potiùs. Illúdq; tantum supereſt vt quod ex mandato penes eum remansit, mandatori præstet ac restituat, ne alioqui maneat in lucro & locupletetur ex aliena iactura, quod iniquum esset *l. idémque* 10. *in princip.* §. *si procurator l. ex mãdato* 20. *supr. hoc tit.* Ergo sicut actione mandati teneretur in proposita specie Calphurnius ad mandandas præstandásq; Titio actiones, quas sibi ex stipulatione acquisiuit, si Titius viueret: ita & Titio prædefuncto heredi eius eandem mandati actionem competere dicendum est, cùm heres succedat in omnia defuncti iura, præsertim actiua *l. nihil aliud est* 84. *de verb. signific.* Non enim sicuti mandatum re integra finitur morte, ita & actio quæ ex mandato impleto cœpit competere, finiri morte potest, *l. heredem* 14. vbi diximus *supr.* Cùm è contrario possit accidere, vt mandato quoque finito nihilominus mandati obligatio & actio duret, vt in specie legis proximè præcedentis in princip. & *l. inter causas 26. vers. Iulianus supr.* mandati enim obligatio perpetua est §. *ille illi infr. hac lege.* Quemadmodum autem mandati actionẽ directã habet mandator, vt mandatum impleatur, quod neq; extinctũ neq; finitũ sit, ita & ad hoc vt quod ex mandato penes mandatariũ remãsit, restituatur *l. si procuratorem* 8. §. *dolo autem l. dolus est* 44. *supr. l. procurator.* 55. *hoc tit.* Qua ergo fronte possit Calphurnius recusare vt præstet heredi Titij actiones quas habet ex stipulatione, quam Titij mandatu interposuerit, & quas ipsi Titio si viueret, præstare cogeretur; *d. l. idemq;* §. *si cui mandauero 6. l. si mandatu meo* 45. *supr.* Nec enim actio mandati semper competit ad dandum, sed & plerumque ad faciendum *d.l. si mandato* §. *quoties & pass.* vbi scriptum est, quam quis actionem mandante aliquo nactus est eam mandati iudicio præstare cogendum esse. Aliud est, si Calphurnius aut vt in Pand. Flor. legitur, Calphurnius mãdato Titij pecuniam stipulatus eam à debitore exegerit. Hoc enim casu competet actio ad dandum, id est ad reddendam pecuniam non ad cedendas actiones quæ amplius nullæ sunt: sed per solutionẽ extinctæ. Perinde tamen vtroque casu mandati actio heredi Titij competet: sicque intelligi debet quod Paulus hîc scribit, *Idem est & si exacta est à Calphurnio pecunia*, vt & Accursius benè interpretatur, non quasi per omnia vtroq; casu idem sit, & quantum ad effectum actionis mandati.

a *Non donandi animo.* RAT. DVB. Donari videtur quod nullo iure cogente conceditur *l. donari 28. infr. de donat. l. donari* 82. *de regul. iur.* Atqui nihil cogebat Titium mandare Sempronio, vt sibi stipularetur pecuniam reddi quam Titius ipse credebat. Is enim regulariter stipulari debet qui pecuniam credit, cùm vnicus tantùm sit contractus *l. cùm enim 7. iunct.* §. 1. *legis præcedentis infr. de nouat.* Ergo hoc ipso quod mandat Titius Calphurnio vt pecuniam hanc stipuletur, eam ipsi donare credendus est.

DEC. Donare perdere est *l. filiusfam. 7. infr. de donat.* Atqui perdere & iactare suum velle nemo præsumendus est *l. cùm de indebito 25. infr. de probat.* Ergo nec donandi animus facilè præsumendus est nisi probetur. Intellige tamen cum Accursio, nisi præsumptio aliqua vrgeat tacitæ donationis vt in *l. si vero* 12. §. *inde Papinianus supr. hoc tit. Iunct. l. Seia* 11. *in fin. infr. de dot. releg.* Probat ergo hic locus optimè quod vult Bart. eũ qui ad stipulandum adhibitus est, non videri adhibitum animo donandi.

1 ¶ Paulus respondit, fideiussorem, qui rem pignoris iure obligatam à creditore emit, mandati iudicio conuentum ab herede debitoris, oblato omni debito, restituere cum fructibus cogendum, neque habendum similem extraneo emptori: cùm in omni contractu bonam fidem præstare debeat.

Ad §. 1. Paulus respondit, fideiussorem.

RAT. DVB. Is qui rem emit à creditore iure pignoris distrahente quamuis emat à non domino, fit tamẽ dominus, quia emit ex domini voluntate *l. non est nouum* 46. *infr. de acquir. rer. domin. & tit. quib. alien. lic. vel non in princip.* adeò vt de proprietate vinci non possit *l. qui à creditore* 18. *C. de distract. pignor.* Vnde fit vt debitor quãuis creditori offerre debitũ potuerit, emptori tamẽ offerre nõ possit *l. 2. C. si antiq. cred. pign. vẽdid.* Nec si dolus & fraus creditoris in vendi-

BIU Cujas

in venditione interuenerit, nisi emptor fraudem participauerit, *l. si cessante 7. C. de distract. pignor. l. 1. C. si propt. public. pensit. l. 1. in fin. C. si vendit. pignor. agat.* Ergo si fideiussor rem pignoris iure obligatam à creditore emerit, non est cogēdus oblatam à debitore, aut à debitoris herede totius debiti pecuniam accipere & rem quam emit, restituere. Neq; enim debet esse deterioris condicionis quàm alius emptor extraneus quilibet, ne officium suum ei damnosum sit, noceátque ipsi quòd amico fideiubendi officium exhibuerit. Cùm etsi quid ex ea causa damni sentiret hoc ipsum mandati actione sarciendum ei esset, *l. ex mandato 20. supr. l. si seruus communis 61. §. quod verò infr. de furt.*

DEC. Fideiussor qui ex mandato debitoris pro eo fideiussit bonam fidem in toto contractu mandati, & in omni contractu qui ex mandato pendeat præstare debet, *l. idémque 10. in princip. supr.* Atqui non esset ex bona fide, vt fideiussor prætextu mandati rem obligatam quam emisset, rerineret, cùm satis ei esse debeat, quod à debitore indemnis præstetur, quod fit per oblationem totius debiti cum accessionibus. Nam neque lucrum neque damnum vllum penes procuratorem manere debet, *d. l. idémque §. si procurator. supr.* Ergo cogendus est mandati actione vt rem obligatam quam emit siue debitori siue debitoris heredi restituat & quidem cum fructibus, dummodò totum debitum ei cum accessionibus omnibus offeratur: ad quod tamen extraneus emptor non cogeretur: Fit enim hæc venditio non tam acquirendi dominij causa quàm transferendi pignoris à creditore in fideiussorem, vt Papinianus loquitur in *l. 2. infr. de distract. pignor.* vbi addit, quod præcipuè obseruandum est fieri eam ex necessitate iuris, quia & fideiussor soluere cogitur creditori, & creditor solutionem accipiens à fideiussore trāsferre in eum pignora quæ habebat à debitore *l. 2. C. de fideiuss.* Quo enim iure ea retineret accepta solutione? Aut quo iure venderet ea fideiussori solutionem offerenti, nisi ob pecuniam à fideiussore oblatam id ipsum facere teneretur, adeóque & actiones quas contra debitorem haberet ei præstare, quod sine vllo ipsius dispendio futurum sit, *l. in creditore 38. infr. de euict.* Itaque dicitur hoc casu fideiussor nō tam sibi emere pignus & acquirere quàm emptionis titulo pignus suscipere, *d. l. 2. l. cùm secundus 5. §. 1. de distr. pign. l. 2. infr. de pignor. l. fideiussor 32. supr. de negot. gest.* quia non creditur fideiussor pignus empturus fuisse nisi propter mandatum necessitatem soluendi habuisset. Idémq; iuris est in secundo creditore, qui, vt pignus suum confirmaret, priori creditori soluit, & pignus emit. Nam & huic offerre debitor quandocunque potest, & pignus luere acsi venditum non fuisset, aut ac si translatio tantùm pignoris nō etiam venditio facta esset *d. l. cùm secundus §. 1.* quia nec nisi transferendi pignoris causa huiusmodi vēditio ex necessitate iuris facta esse intelligitur. Itaque generalior est ratio illa quam adfert Papinianus in *d. l. 2. de distract. pignor.* quàm quæ à Paulo hic sumitur ex mandato & ex bona fide quam mandatarius in omni contractu præstare debet. Quæ ratio sicut in fideiussore est optima, ita in secundo creditore locum habere non potest. Nullum enim mandatum siue tacitum siue expressum à debitore habere secundus creditor intelligitur. Idq; est meo iudicio quod Imperatores rescripserunt in *l. emptione 3. C. plus valer.* quod agit. Emptione pignoris causa facta, non quod scriptum, sed quod gestum est, inspici debere, id est, nō tā pro emptione & acquisitione quā pro trāslatione pignoris accipi eā oportere, vt benè ac subtiliter docuit Cuiacius *libr. 16. obseruat. ca. 26.* Nec alia sanè illius loci interpretatio adferri potest, vt in Chiliade nostra scripsimus.

a *Cum fructibus.* RAT. DVB. Bonæ fidei possessor facit fructus suos omnes sola perceptione *l. bonæ fidei 48. de acquir. rer. domin.* lucratúrq; saltē eos quos cōsumpsit, *l. quæsitū 40. eod. l. 4. §. post litē supr. fin. regund. l. 4. §. Iana de vsucap.* Atquin fideiussor in hac specie bonæ fidei possessor nō solū est, sed etiā dominus, quia licèt emerit à nō domino, tātundē iuris tamē habet quātū si à domino emisset, vt proximè diximus ex *d. l. non est nouū 46. de acquir. rer. domin.* Qui autem à domino emit, malæ fidei possessor videri non potest *l. si quis cū sciret 8. infr. pro emptor.* nisi emerit contra legis prohibitionē *l. si ab eo 12. infr. de vsucap.* Ergo nō est cōdemnandus ad fructuū restitutionē, quos nō solùm bona fide, sed etiā iure dominij perceperit. DEC. Procurator in omni cōtractu qui ex mādato pēdeat, bonā fidem prēstare debet ac mandatarius quilibet *d. l. idémque 10. in princip.* Non est autē ex bona fide, vt lucrū aliquod ex mādato retineat, *d. l. idémque §. si procurator d. l. ex mādato 20. supr.* cùm gratuitū esse mandatū debeat *l. 1. §. vlt. l. ita vt omnes 36. §. 1. eod.* Ergo nec fructus lucrari debet, sed debitori aut eius heredi restituere, quasi quicquid gessit, in vtilitatem gesserit debitoris, & tanquā procurator ab eo in hac re cōstitutus vt in *l. si pignori 29. in fin. sup. famil. ercisc.* Satísq; ei esse debet quod nullū ex mādato damnū sensurus sit, tametsi perceptos fructus cū fundo restituat, quādoquidē sicuti pro fundo habet debitū, ita & pro fundi fructib. vsuras omnésq; accessiones. Id enim significant verba illa huius *§. oblato omni debito*, vt cōstat ex *d. l. 2. infr. de distract. pignor. l. 2. C. debit. vēdit. pignor. imped. non poss. l. 1. C. si vendit. pignor. agat.* Ex quo apparet nō semper admitti posse, vt quemlibet eū qui tanquā talis admitti nō potest, quod & Accursius noster hic notat ex *l. vlt. §. quatuor de legat. 2. iūct. l. si paterfam. 15. §. qui duos supr. de adopt.* Dices mandati iudiciū hoc casu locū habere nō posse, cū actio de dolo cōpetat, vt scriptū est in *l. 1. C. de dolo.* Quæ tamē nō nisi alia qualibet deficiēte dari potest *l. 1. §. ait prætor sup. eod. ill. tit.* Sed respōdendum est cum Azone, Accursio, & Cuiacio *lib. 3. obseruat. c. 37.* verba illa *d. l. 1. ne fidei ruptæ gratia de dolo possit actio exerceri*, non ita esse accipienda quasi actio de dolo in ea specie competat, sed, vt ob dolum mandatarij, qui dolus ex fide rupta inducitur, danda sit debitori actio, scilicet mandati directa, in qua vt & in cæteris omnibus directis agitur de fide rupta *l. ei apud quem 5. supr. tit. prox.* Quemadmodum & in *l. si seruus 21. in princip. infr. de euict.* ait Vlpianus in illa specie de dolo agi posse si dolus interceserit, pro eo quod voluit dicere, *ob dolum agi posse*, sed ex empto, quia & per actiones bonæ fidei quales sunt actiones ex empto & mandati dolus æquè ac per actionem de dolo vindicetur. Itaque verum est quod Cuiacius supradicto loco notat dictam *l. 1. C. de dolo*, esse ex earum numero quas fugitiuas vocat, *& sub tit. mandat*, non *sub tit. de dolo* collocari eam debuisse. Quod & constat ex *dict. l. 2. infr. de pignor.* Nec est contrarium, quod idem Papinianus in eadem, vt videtur, specie negat actionem mandati competere, & dat actionem negotiorum gestorum in *d. l. fideiussor 32. supr. de*

BIU Cujas

negotior. gestor. Tractat enim Papinianus illo loco de fideiussore, qui imperitia lapsus alterius quoque contractus qui personam eius non contingebat, pignora susceperat, & vtramque pecuniam soluerat existimans indemnitati suæ confusis prædiis consuli posse. Quo casu mandati actio certè competere non poterat nequidem pro parte, vt ibi scripsimus.

2 ¶ Paulus respondit, die adiecto in mandato, intra quem præstaturum se Lucius Titius scripsit, non esse impedimento, quo minus etiam post eum die conueniri mandati iudicio possit.

Ad §. 2. Paulus respondit die adiecto.

RAT. DVB. Quod ad certum vsque diem permissum & mandatum est, post diem videtur prohibitum, idque non tam per argumentum à contrario sensu quàm vi & potestate temporis limitati, vt Baldus loqui solet ex *l. Imperator 8. supr. de postul. l. Thais. 42. §. intra certa tempora infr. de fideic. libert.* Ergo dies adiectus in mandato intra quem Lucius Titius aliquid se præstaturum scripsit, impedimento esse debet, quominùs post eum diem conueniri mandatarius actione mandati possit.

DEC. Tempus non est modus tollendæ obligationis neque ipso iure neque per exceptionem nisi conuenerit expressim, vt post illud tempus agi non possit, quo casu placuit exceptionem pacti dandam esse reo si post diem conueniatur, *l. obligationum ferè 44. §. 1. vers. placet. infr. de oblig. & action.* Atqui ex contractu mandati nascitur obligatio, & actio directa contra mandatarium. Contraria verò aduersus mandatorem *l. 1. supr.* Quæ obligatio ex natura obligationum omnium quæ ex contractu nascuntur, perpetua est §. *ille illi infr. hac lege.* Ergo non potest adiectio diei in mãdato facere, ne post eum diem conueniri mandatarius possit, cùm possit mandatum fieri in diem non minùs quàm sub condicione, *d. l. 1. §. item mandatum supr.* Imò verò tanto magis teneri mandatarius debet cùm dies in mandato adiectus præteriit, quia verum est saltem hodie faciendum esse quod iam olim fieri oportuit, *l. si sterilis 21. §. cùm per venditorem in fin. infr. de action. empt.* Nec enim tempus ideo adiicitur mãdato, vt mandatum tempore finiatur, vt pœna de qua in *d. l. Imperator*, neque per modum condicionis vt in *d. §. intra certa tempora.* sed è contrario, vt incipiat mandatarius ex eo tempore teneri & conueniri posse in quod dilatum fuerat mandatum *d. §. item mandatum*, & ante quod præteritum conueniri non potuisset *l. qui hoc anno 42. de verb. oblig.* Aliud esset si finiendæ obligationis gratia tempus insertum proponeretur vt in *d. l. 44. §. 1. vers. placet de verb. oblig.*

3 ¶ Paulus respondit, vnum ex mandatoribus in solidum eligi posse, etiam si non sit concessum in mandato, [a] post condemnationem autem in duorum personam collatam, necessariò ex causa iudicati singulos pro parte dimidia conueniri posse, & debere.

Ad §. 3. Paulus respondit, vnum.

RAT. DVB. Cùm tabulis cõprehensum est illũ, & illum centũ aureos esse stipulatos, nec adiectum *ita vt duo rei stipulandi fierent*, placet non nisi virilem portionem singulos stipulatos videri, *l. reos 11. §. cum tabulis infr. de duob. reis.* Ergo è contrario si mandati literis, vt Papinianus loquitur in *l. qui mutuam 56. supr.* comprehensum sit Titium & Sempronium, mandasse tibi, vt centum mihi crederes, nec adiectum, *ita vt duo rei debendi ex causa mandati fierent*, dicendum est singulos non nisi in viriles partes mãdasse videri & mandati actione conueniri posse: Ideóque nec in potestate tua esse debere, vt vnum ex ipsis in solidum eligas contra quem agas in solidum. Nam etsi ex causa mandati duo pluréve correo debendi fieri possunt, vt & ex alio contractu quolibet, *l. eandem 9. de duob. reis*, non aliter tamen id actum videri debet quàm si expressim dictum sit *d. §. cùm tabulis.*

DEC. Mandatores etiamsi plures sint, qui simul mandent, nunquam tamen alter alterius contemplatione mandare intelliguntur, sed per se singuli vt proinde singulorum quoque fidem creditor in solidum sequi videatur, vnusquisque igitur propter suum mandatum conuenitur, ac proinde in solidum, cùm singuli mandauerint, vt tota pecunia crederetur *l. cùm mandato 21. in fin. l. Papinianus 28. supr. hoc tit. l. si literas 7. C. eod.* Noli autem cum Azone locum hunc sic intelligere, vt ita demùm possit vnus ex mandatoribus eligi si alius non sit soluendo. Sufficit enim vt eligendi causam illam habuerit quòd existimaret alios soluendo non esse vt scriptum est in *l. liberum 16. C. de fideiuss.* Planè si omnes soluendo sint, habent beneficium diuisionis ex epistola Diui Hadriani, *l. vlt. C. de constit. pecun. §. si plures Instit. de fideiuss.* Hodie verò non nisi pro virilibus ipso iure tenentur, etiamsi se obligauerint tanquam correos, nisi expressim conuenerit, vt in solidum teneantur, *Nouell. 99. de reis promitt.* Vnde sumpta est, *auth. hoc ita C. de duob. reis.* Quid in pluribus eiusdem negotij mandatariis? Idem *l. prox. §. duob. infr. hoc tit.*

a *Post condemnationem autem.* RAT. DVBIT. Euidenter iniquum est exceptionem rei iudicatæ ei prodesse contra quem iudicatum est *l. euidenter 16. infr. de except. rei iudic.* Ergo plures mandatores simul quidem conuenti, sed singuli in solidum ex natura contractus non eo minus teneri debent in solidũ in executione iudicati, quòd simul condemnati sint. Nec enim sententia ius tribuit: sed ius quod est declarat *l. & ex diuerso 35. §. 1. supr. de rei vindic.*

DEC. Per sententiam & iudicatum fit nouatio *l. vlt. C. de vsur. rei iudic.* ideóque condemnatis vna eadémq; sententia mandatoribus pluribus incipit deberi pecunia ex condemnatione non ex pristina mandati actione, *l. si fundus 16. §. si pluris infr. de pignor.* Atqui cùm plures vna eadémque sententia condemnati sunt, quamuis simpliciter, placet scindi condemnationem in partes

in partes viriles si non expressim dictum sit, vt singuli in solidum teneantur, *l.1. & 2. C. si plur. vna sentent. condemn. sint*, quia nihil est quod melius dici possit, cùm vna tantùm summa sit ad quam plures condemnati fuerunt, *arg. d. l. reos* 11. §. *cùm tabulis infr. de duob. reis.* Verum igitur est quod hîc Paulus respondit: Post condemnationem collatam in personam duorum mandatorum, necessariò ex causa iudicati singulos pro parte dimidia conueniri & posse & debere. Quibus verbis ostendit nec aliter agere posse creditorem, tametsi maximè velit, vt proinde qui condemnati sunt, nulla indigeant exceptione rei iudicatæ, cùm ex sententia & iudicato conueniri contra ipsius formam non possint; quod Accursius non intellexit, cùm notat posse adhuc creditorem agere pristina mandati actione in solidum contra vnumquemque ex mandatoribus, quod certè falsum est *d. l. vlt. C. de vsur. rei iudic. & d. l. si fundus* 16. §. *si pluris infr. de pignor.* Alioqui non esset verum quod hic Paulus ait, esse illos necessariò conueniendos ex causa iudicati, si pristina supereſſet actio, qua possent conueniri. Quòd si diuisa petitio redintegrari non potest post litis contestationē *l. liberum* 16. *C. de fideiuss.* quāto minùs diuisa per condemnationē? Solū igitur remediū hoc creditori supereſt, vt ab ea sentētia prouocet, si ab inferiore iudice lata sit ob id quòd non fuerint singuli in solidum condemnati. Iunge *l. si duo* 22. *supr. tit. prox.* vbi tamen vide quæ scripsimus. Illud sanè constat, tum quoque cùm omnes tenentur, & condemnati sunt in solidum, vnicam tamen solutionem sufficere *l. prox.* §. *duobus infr. l.* 1. *C. de fideiuss.*

4 ¶ Creditor pignus vendidit. quæro, an si euicta sit possessio emptori, regressum creditor ad mandatorem habere possit? & an interſit, creditoris iure vendiderit, an communi iure promiserit? Paulus respondit, si creditor ex pretio pignorum debitum consecutus non sit, mandatorem liberatum non videri. [a] Ex hoc responso apparet, si euictionis nomine non teneatur, proficere eam rem ad liberationem.

Ad §. 4. Creditor.

RAT. DVB. Creditor, qui pignus vendidit iure creditoris, de euictione non tenetur *tot. tit. C. credit. euict. pignor. non deber. l. etsi is* 10. *infr. de distract. pignor.* Tenetur autem si vendiderit iure communi, quamuis nihil de euictione dictum sit, *l. non dubitatur* 6. *C. de euict. l. si in venditione* 60. *l. euicta* 70. *& pass. infr. de euict.* Atquin sicuti liberatur mandator, cùm ex venditione pignorum debitoris creditor debitum vel totum vel pro parte consecutus est, cùm solutio à debitore facta liberet mandatorem seu fideiussorem, *Instit. tit. quib. mod. tollit. oblig. l. vlt. C. de fideiuss.* Ita liberari nō potest, cùm accepto precio, quod redactum est à creditore ex venditione pignorum, & euictione posteà secuta regreditur emptor aduersus creditorem, quia nec tum creditor suum consecutus intelligitur, quoties de euictione tenetur, quia non videtur cœpisse qui necesse habet alij restituere *l. non videtur* 51. *de regul. iur.* quemadmodum nec in bonis est quod euincitur, *l. quod euincitur* 190. *de regul. iur.* Ergo debuit Paulus respondere multum interesse, an creditor iure pignoris, & creditoris vendiderit, an iure communi, vt si vendiderit iure creditoris, quia de euictione non tenetur mādator, maneat liberatus, si verò iure communi, & tanquam alius quilibet, non sit liberatus mandator; quia nec creditori solutum intelligitur, cùm non duret solutum, nec tam hoc casu resuscitari videtur obligatio & reuiuiscere contra iuris regulam, quàm extincta nunquam esse, *l. si rem meam* 20. *l. si quis aliam* 47. *l. qui res* 98. *in princip. & §. 1. l. in perpetuum* 61. *infr. de solut. & liber.*

DEC. Tum quoque, cùm creditor vendidit iure pignoris & creditoris fieri potest, vt tamen precium quod accepit, & ex venditione redegit emptori cui fundus euincitur, restituere teneatur, puta, si non præstet se potiorem creditorem. Ad hoc enim vtique tenetur, tametsi de euictione non sit obligatus, *l. 1. C. credit. euict. pignor. non deber.* Rursum fieri potest, vt tum quoque cùm iure communi creditor vendidit aut euictionem promisit, non tamen cogatur creditor precium restituere, quod accepit: Puta, si per quasi Seruianam actionem & hypothecariam euictus sit fundus à creditore posteriore, quo potior esse debeat is qui pignus, & mandatorem, accepit, & pignus vendidit. Atqui non potest liberari debitor, nec proinde mandator nisi eo casu quo creditor debitum consecutus sit irreuocabiliter, aut ad concurrentem vsque quantitatem debiti quod, irreuocabiliter consecutus est, vt in fine huius §. concluditur. Ergo bene Paulus ac magno ingenio ad propositam quæstionem respondet, si creditor ex pignorum precio debitum consecutus non sit, mandatorem liberatum non videri, vt intelligamus parum referre, an creditor iure pignoris vendiderit, an iure communi, & an euictionem promiserit, nécne, sed inspiciendum esse duntaxat effectum, & euentum rei quem & aliàs inspicere Paulus solet, vt in *l. debitor* 59. *vers. videamus de effectu rei infr. ad SC. Trebell.* Id est, an ex precio pignoris creditor debitum consecutus sit, an non, vt si consecutus sit, quia precium ita perceperit, vt auelli ab eo non possit, censeatur liberatus debitor & consequenter mandator, aut si non totum debitum ita consecutus sit, sed partem duntaxat pro ea saltem parte, quam consecutus sit, si verò vel nihil vel minus quàm deberetur, cōsecutus sit, aut quia non tanti res vendi potuerit, aut quia redactum ex venditione precium creditor ob secutam euictionem, aut alia qualibet de causa restituere cōactus fuerit, neque debitori neque mandatori contingat liberatio. Quid ergo si creditor vendiderit quidem iure creditoris, sed tamen euictionem iure communi promiserit? Nihil enim obstat, quominùs promittat si velit, cùm & duplam quoque possit promittere *l. si pignore* 22. §. *vlt. & l. seq. supr. de pignorat. act.* Distinguendum est quomodo Vlpianus distinguit in *d. §. vlt.* an culpa aliqua in eo creditori possit imputari an nulla, vt posteriore casu dandus ei sit regressus contra debitorem, non etiam priore. Quod & Accursius hîc notat. Iunge *l. quæsitum* 9. *infr. de distract. pignor.*

a *Ex hoc responso apparet.* Imò inquam ex hoc maximè §. probatur, quod à nobis pluribus locis

obseruatum & indicatum est, versiculos pleroſque in legibus nostris esse ſuppoſititios, & qui ex gloſſa imperitioris alicuius, ſed audacioris interpretis in textum irrepſerunt. Quis enim non euidenter videat versiculum hunc Pauli non esse, non magis quàm Vlpiani in *d. l. ſi pignore §. ſi prædo*, illationem illam, *Proderit igitur ei, quod creditor bona fide poſſeſſor fuit*, vt ad eum locum ſcripſimus. Nec enim Paulus cuius reſponſum est, quod extat in hoc §. vnquam ita ſcripſiſſet, aut ſcribere ipſe potuiſſet, *Ex hoc reſponſo apparet*, ſed quiſquis alius ad Paulum notas ſcripſiſſet, quomodo ille ad Papinianum ſcripſit, Marcellus ad Iulianum, Iauolenus ad Labeonem, Claudius Tryphoninus ad Scæuolam. Atqui nemo ad Paulum notas ſcripſit. Nota igitur esse alicuius interpretis, & quidem minùs acuti, qui ſententiam Paulij aſſecutus non ſit. Nec enim Paulus tam generaliter ſenſit, vt quoties creditor de euictione non tenetur, proficere debeat precium venditionis debitori & mandatori ad liberationem. Quid enim ſit, vt diximus, vendiderit quidem iure creditoris, nec euictionem promiſerit, ſed tamen potiorem ſe præſtare non potuerit, quod ab aliis creditoribus anteuerteretur? Quid rurſum ſi euictionem promiſerit bona fide vt rem obligatam maiore precio diſtraheret, ita vt nulla ei culpa imputari poſſit? His caſibus certum eſt liberationem non contingere, quãuis creditor de euictione non teneatur, niſi ex proprio facto propriáque conuentione *d. l. quæſitum 9. infr. de diſtr. pignor. d. l. 1. in fin. C. Credit. euict. pignor. non deber. d. l. ſi pignore §. vlt.* Nimirum quia his caſibus non poteſt dici precium pignoris ad creditorem cum effectu peruenisse.

5 ¶ *Ille illi ſalutem. Mando tibi, vt Blæſio Seuero adfini meo octoginta credas, ſub pignore illo, & illo: in quam pecuniam, & quidquid vſurarum nomine acceſſerit, indemnem rationem tuam me eſſe ex cauſa mandati, in eum diem, quoad vixerit Blæſius Seuerus, præſtaturum.* poſtea ſæpe conuentus mandator, non reſpondit. Quæro, an morte debitoris liberatus ſit? Paulus reſpondit: mandati obligationem perpetuam eſſe: licet in mandato adiectum videatur, indemnem rationem tuã eſſe, me ex cauſa mandati, in eum diẽ, quoad vixerit Blæſius Seuerus, præſtaturũ.

Ad §. 5. Ille illi ſalutem.

RAT. DVB. Obligatio mandati naſcitur ex cõſenſu *l. 1. ſupr. hoc tit.* Ergo non poteſt extendi vltra tempus quod mandato præfinitum eſt. Atqui in propoſita ſpecie mandator expreſſim ſcripſit in epiſtola ſe præſtaturum indemnem rationem mandatarij ratione ſortis & vſurarum in eum vſque diẽ *Quoad Blæſius Seuerus viueret*, cui pecuniam credi mandabatur. Ergo poſt mortem Blæſij non poteſt conueniri quaſi finita die in quam vſque obligatus eſſe voluerat. Etſi enim tempus non eſt modus tollendæ obligationis, ſi tamen conuenerit, vt quis non teneatur niſi ad certum vſq; tempus, habet poſt id tempus exceptionem pacti *l. obligationum ferè 44. §. 1. verſ. placet infr. de oblig. & action. §. at ſi ita Inſtit. de verb. oblig. l. eum qui 56. §. qui ita ſtipulatur. 1. eod. ill. tit. infr.* Porrò pacti exceptiones ſicut & doli, inſunt bonæ fidei iudicijs omnibus *l. 3. infr. de reſcind. vendit. l. ſed ſi ideo 21. ſolut. matr. l. huiuſmodi 84. §. qui ſeruum delegat. 1.* in quorum numero eſt contractus mandati *§. in bonæ fidei Inſtit. de action.*

DEC. Multum intereſt, quomodo & qua de cauſa tempus in obligatione adiiciatur, an cauſa differendæ obligationis aut potiùs actionis, vt ſcilicet ante diem illum agi non poſſit, quo caſu propriè dicitur contrahi obligatio ex die aut in diem, vt in *d. §. 1. l. cedere diem 213. de verb. ſignific.* An verò cauſa finiendæ & limitandæ obligationis, vt ſi quis ſtipuletur vſque ad certum tempus, & dicitur hæc obligatio propriè ad diem *d. §. 1.* Quamquam in libris noſtris video paſſim iſta confundi, *Promittere quem in diem & ad diem*, vt in *l. ad diem 77. de verb. oblig. & alibi paſſ.* Nec ſanè tam pendet hæc differentia ex dictionibus illis *in* vel *ad* quàm ex dictione *vſque*, quam conſtat limitatiuam eſſe temporis. Aliquando etiam adiicitur tempus cauſa finiendæ obligationis, ſed non tamen extinguendæ, id eſt, non ob id ne poſt illud tempus agi ampliùs poſſit, ſed, vt non poſſit ex illo tempore creſcere obligatio, puta propter vſuras, & acceſſiones. Id verò in propoſita huius §. ſpecie accidiſſe puto. Non enim mens illa mandatoris fuiſſe videtur, vt nolletex mandato obligari niſi ad mortem vſque Blæſij debitoris, [quænam enim ſtultitia eſſet mandatoris nolentis manere in obligatione poſt mortem illius, cui pecuniam credi mandaſſet, quæ ex mandato fuiſſet credita?] ſed vt nollet obligare ſe ad vſuras in perpetuum, ſed in tempus vſque mortis Blæſij adfinis ſui, cui proſpicere ac fauere cogitabat, non etiam ipſius heredi quantum ad vſuras. Cur enim dicamus ea mente illum fuiſſe, vt poſt mortem Blæſij nollet conueniri, cùm vſuras promittendo in diem vſque mortis Blæſij non niſi poſt eius mortem potuerit conueniri? Magiſque ergo videbatur ita ſcripſiſſe mandator, vt non niſi poſt mortem debitoris conueniri poſſet, cùm in id vſque tempus incertum eſſet quid & quantum deberetur propter incrementum vſurarum, quàm vti ne poſt mortem conueniretur. Alioqui dicendum eſſet mandatum non valere, ex quo neque viuo neque mortuo debitore conueniri mandator poſſet. Itaq; ſic accipi mandatum hoc debet acſi ſcriptum eſſet, *Præſtaturum mandatorem indemnem mandatarium non modò ratione ſortis creditæ, ſed etiam ratione vſurarum quæ acceſſuræesent in diem vſque mortis Blæſij.* ad excludendas ſcilicet vſuras eius temporis, quod poſt mortem Blæſij excurſurum eſſet. Sed tamen non facit ea res quominùs viuo adhuc debitore mandator conueniri poſſit & ad ſortem & ad vſuras totius præteriti temporis, quarũ taxatio & quantitas ſemper certa eſt, dum ne futurum tempus tangatur. Potuit igitur mandator ex eo mandato conueniri etiam viuo Blæſio. Et ita poteſt accipi quod Paulus ſcribit *poſteà conuentum ſæpè mãdatorem fuiſſe*, vt poſt literas mandati ſcriptas conuentus fuerit non etiam poſt mortem Blæſij. Quod autem addit *ſæpè*, oſtendit conuentum fuiſſe mandatorem extra iudicium, non autem in iudicio. Nõ enim

enim sæpius agi in iudicio eâdem actione potest, cùm actio quælibet hoc ipso quod exercetur, statim consumatur, *l. habebat 13. in princip. supr. de instit. act. l. si sic stipulatus sim 113. in fin. de verb. oblig.* Ostendit etiam ea dictio, non solùm fuisse interpellatum mandatorem, vt solueret, sed etiam ita interpellatum, vt omissa non fuerit debiti reperendi instantia. Hoc enim necessarium est, vt mora per interpellationem congruo loco & tempore factam cõtracta, vel potiùs non purgata esse videatur, *l. morâ 32. in princip. & §. 1. infr. de vsur.* Quamuis semel contractam esse moram sufficiat, vt perpetuo vsuræ debeantur, *l. Titia Seio 87. §. vsuras de legat. 2.* An ergo mora illa erit, quæ faciet in specie huius §. vt obligatio, quæ vsque ad diem mortis Blæsij contracta videbatur, perpetua sit, vt etiam mortuo Blæsio duret? Ita sensisse videtur Bartolus qui hîc notat pro summario, diem adiectam causa limitandæ obligationis, non liberare debitorem existentem in mora, aut, quod effectu idem est, mandatum tempore limitatum post moram esse perpetuum, vt in *l. qui autem 14. §. sed & si quis supr. de pecun. constit.* Quomodo & solet mora perpetuare obligationem rei etiam peremptæ, *l. si ex legati 23. & seq. l. si seruum 91. §. sequitur & §. vlt. infr. de verb. oblig.* Nec aliud sentit Castrens. ad *l. eum qui ita 56. §. qui ita stipulatur, 1. de verb. oblig.* vbi ait textũ hunc in hoc sensu esse singularem. Ego non puto. Nec enim Paulus ait perpetuari obligationem, aut perpetuatam esse, sed mandati obligationem de qua quærimus, esse perpetuam: Qua dictione significatur perpetuam eam esse ab initio & sui natura. Quid igitur, inquies, proderit creditori quòd mandator in mora fuerit siue viuo adhuc, siue iam mortuo Blæsio? Nam nec quicquam verat dictionem illam *posteà*, de qua iam diximus, sic intelligi acsi scriptum esset, *post mortem Blæsij*. Respondeo profuturam esse quantum ad vsuras, vt quamuis noluerit mandator eas præstare aut promittere nisi in diem vsque mortis Blæsij, ad eas tamen continuandas etiam post Blæsij mortem teneatur. Notissimum enim est in omnibus bonæ fidei iudiciis vsuras ex die moræ deberi *d. l. mora 32. §. in bonæ fidei l. vsuræ 34. l. & in contraria 36. infr. de vsur. l. in minorum 3. C. in quib. caus. non est necess. in integ. restit.* Multum verò interest, an vsuræ ex causa mandati debeantur obligationis iure, id est, quia promissæ sint, an duntaxat propter moram. Quæ enim ex mora debentur, non nisi officio debentur iudicis, ideóque soluta quandocunque sorte etiam post moram deberi desinunt, nec magis in condemnationem deduci à iudice quàm peti possunt *l. qui per collusionem 49. §. 1. infr. de action. empt. l. 4. C. depos.* Cùm tamen eæ quæ iure obligationis debentur, etiam post sortem solutam peti possint *l. centum Capuæ 8.* vbi diximus, *supr. de eo quod cert. loc.* In proposito igitur quæ vsuræ post mortem Blæsij in diem vsque solutionis deberi cœperint, non erunt in obligatione, sed officio tãtùm iudicis propter moram præstabuntur. Quæ verò viuo Blæsio cucurrerint licèt ex tempore contractæ moræ, non eò minus iure obligationis debebuntur, & in mandati actionem venient, quia promissæ fuerunt vt in *l. qui Romæ 122. in princip. de verb. oblig.* Nec illud tamen improbabile est, quod Accursius post Azonem locum hunc sic interpretatur, vt promiserit mandator se soluturum in vita debitoris, ideóq; etiam post mortem teneatur, ex §. 2. iunctis iis quæ ibi diximus *supr. hac lege.* Aliud enim est promittere te soluturum mihi in vita alicuius, aliud verò dicere te post eius mortem nolle soluere. Prior conuentio interponitur ad accelerandam solutionem, ne cogar illius tertij mortem expectare. Posterior verò pertinet ad extinguendam tempore obligationem & actionem. Vtramque verò interpretationem admittere videntur verba illa ex quibus tota nascitur dubitatio, *in eum diem quoad vixerit Blæsius Seuerus.* In dubio igitur ea interpretatio capienda est, quæ & Pauli responso magis conuenit, & iuris rationi. Illa certè recipi non potest, quæ prima est apud Accursium, vt in specie huius §. perpetua quidem sit mandati actio, sed tamen summouenda sit exceptione doli si post Blæsij mortem agatur: ex *d. l. 44. §. 1. vers. placet de oblig. & action. & d. l. eum qui 56. §. qui ita 1. de verb. oblig.* Respondet enim Paulus non tantùm de stricti iuris ratione, sed etiã de æquitate & effectu rei, vt in *§. præced. & l. debitor 59. in princip. infr. de SC. Trebell.* præsertim cùm tractet de actione mandati, quæ bonæ fidei est, & quæ ipso iure non competit iis casibus quibus si ex contractu stricto ageretur, doli mali exceptio locum habere posset, quia doli mali & pacti exceptiones insunt omnibus bonæ fidei iudiciis *l. 3. infr. de rescind. vendit. l. sed si ideo 21. infr. solut. matrim. l. huiusmodi 84. §. qui seruum de legat. 1.* Quod autem de vsuris apud Accursium quidam putant de iis quæ viuente debitore cucurrerunt, teneri mãdatorem etiam post mortem debitoris, de aliis verò quæ petantur pro tempore, quod mortem debitoris secutum est, non teneatur, defendi nullomodo potest. Semel enim contracta mora facit, vt exinde vsuræ in perpetuum debeantur etiam post mortem Blæsij quamuis citra moram & iure obligationis non nisi viuo Blæsio deberentur, *d. l. Titia Seio 87. §. vsuras de leg. 2.* Planè quod in fine huius §. scriptum est *licèt in mandato adiectum videatur, Indemnem rationem tuam esse me ex causa mandati in eum diem, quoad vixerit Blæsius Seuerus, præstaturum*, non possum videre cur Paulus adiecerit, cùm hæc ipsa verba in Consultatione proposita fuissent, & quidem tam apertè, vt nulla ratio fuerit scribendi, *licèt adiectum videatur*, sed potiùs *licet adiectum sit.* Nec enim dicimus videri id quod omnino & apertè est. Dicamus igitur eiusdem interpretis esse hanc adiectionem, cuius esse diximus finem §. superioris.

6 ¶ Paulus respondit, non videri mandati condicioni paritum, cùm in mandato adiectum sit, vt idonea cautio à debitore exigeretur, si neque fideiussor, neque pignora accepta sint.

Ad §. vlt. Paulus respondit non videri.

RAT. DVB. Cautionis nomine nuda repromissio significatur non satisdatio neque pignoris datio, *l. 3. C. de verb. signific. l. emptori 37. l. si dictum 56. infr. de euict.* Ergo condicioni mandati paritum videri debet etiamsi mandatarius neque fideiussorem ac-

BIU Cujas

ceperit neque pignora.

DEC. Aliud est cauere simpliciter, aliud uerò idoneè cauere. Nuda cautio nuda repromissione contenta est, sed idonea cautio alterutrum necessario requirit aut fideiussorem aut pignora *l. 4. §. addici inf. de fideic. libert.* vbi tamen additur, si fides habita sit promittenti sine satisdatione, idoneè cautum videri: sed hoc tum demum verè dicitur, cùm creditor ipse fidem habuit, non autem cùm mandatarius, nec enim in arbitrio & potestate mandatarij esse debet, vt mandati formam à mandatore præscriptam immutet, cùm fines mandati diligenter custodire debeat *l. diligenter 5. supr.* Adeo vt si conuenerit de accipiendis pignoribus non sufficiat accepisse fideiussorem, aut contra *l. si creditor 7. C. de fideiuss.* vbi dicitur, quod & paulus hîc innuit, mandati actionem ei non competere qui condicioni mandato adscriptæ non paruit. Illud non displicet quod Accursius hic notat, si ita dictum sit, *Facies me securum ad sensum sapientis.* Sensum tamen sapientis non alium esse debere quàm, vt debitorem per contractum legitimè liget & cautè: non tamen vt eum iubeat dare fideiussorem *arg. l. qui mutuam 56. in princip. supr.* An verò nec pignora dari iubebit? Hoc sanè difficilius est, cùm assidua sit in omnibus ferè contractibus pignorum obligatio & præsentium & futurorum *l. & quæ nondum 15. §. quod dicitur infr. de pignor. l. vlt. C. quæ res pignor. oblig. poss. iunct. l. quod si nolit. 31. §. quia assidua infr. de ædilit. edict.* Adeo vt nec desint qui putent, in contractu quolibet obligationem pignorum quãuis omissam, haberi tamen debere pro expressa contra quos disputauimus in error 1. decad. 1. de error. pragmat. Nec tamen illibenter admittimus, tale sapientis arbitrium esse oportere, vt pignorum obligatio non omittatur, si quæ bona debitor habeat quæ obligare possit. Est enim longè facilior & expeditior bonorum obligatio, quàm fideiussoris datio *l. 2. §. vlt. supr. de iudic.* Nec facilè possum probare, quod vult Accursius si quis plenam securitatem alicui promiserit ad fideiussoris dationem teneri eum debere ex *l. si quis alienam 46. infr. de action. empt.* in qua nihil de fideiussore, sed tantum de implenda venditione, quæ tum impletur, cùm res vendita sic traditur, vt per traditionem dominium transferatur. Alius tractatus est de pleno compromisso, de quo in *l. quid tamen 21. alias l. si cùm dies §. plenum iunct. l. litigatores 11. §. quod ait prætor & l. ita demum 31. in fin. supr. de recept. Qui arbitr. recep.*

60. SCÆVOLA libro 1. Responsorum.

CReditor mandatorem conuenit. is condemnatus, prouocauit. quærendum est, an manente appellatione, debitor à creditore conueniri possit? respondi, posse.

Ad l. creditor 60.

RAT. DVB. Nihil innouandum est pendente appellatione, *l. 1. & tot. tit. Nihil innouar. pendent. appellat.* quia finis appellatoriæ litis expectãdus est, vt sciatur, an benè, an malè iudicatum sit, vnde fit vt tam frequens sit vsus appellationum ad frustrandam iudicati executionem & remorandam *l. tutor 45. §. Lucius infr. de vsur.* Appellatio namque extinguit iudicatum *l. furti 6. §. 1. supr. de his qui notant. infam. l. 1. §. vlt. infr. ad SC. Turpill.* Ergo si mãdator conuentus prior, & condemnatus prouocauerit, non est permittendum creditori, vt debitorem conueniat pendente appellatione, ne inspretum appellationis id facere videatur, quod pragmatici vulgo attentatum vocant.

DEC. Non est expectandus euentus qui nihil operari potest *l. aliquando 13. §. vlt. supr. ad SC. Vellei-an. l. si quis ita 33. infr. de hered. instit.* Atqui siue pronuncietur pro mandatore in causa appellationis siue contra mandatorem, non potest ea res liberare debitorem, quia nec electione, nec contestatione, nec condemnatione mandatoris debitor liberatur aut contra *l. vlt. C. de fideiuss. & mandat. iunct. l. reos 23. eod.* Cur ergo expectabimus finẽ litis appellatoriæ, cùm in omnem euentum futurũ sit vt debitor conueniri possit? Longéque alia species est de qua in *l. quoties 47. §. si creditor. supr. de pecul. & in l. decem 116. de verb. oblig.* Neque verendum est vt appellatio spreta videri possit, cùm nihil fiat in præiudicium eius qui prouocauit, & noua persona sit, quæ conuenitur. Quod & Accursius benè notat, quamuis hæc non tam decidendi ratio sit, quã responsio ad obiectionem.

1 ¶ Ad eum, qui vxorem ducturus erat, literas fecit, tales: *Titius Seio salutem. Sempronium pertinere ad animum meum cognouisti. ideoque cùm ex voto meo nuptura tibi sit: velim, certus sis, secundùm dignitatem tuam contrahere te matrimonium: & quamuis idoneæ repromissuram tibi Titiam matrem puellæ dotem sciam: tamen & ipse, quo magis conciliem animum tuum domui meæ: fidem meam interponere nõ dubito. Quare scias: quodcunque ab ea, ex hac causa stipulatus fueris, id me mea fide iussisse, saluum te habiturum.* Atq; ita Titia, quæ neque Titio mandauerat, neque ratum habuerat, quod scripserat, dotem Seio promisit. Quæro, si heres Titij ex causa mandati præstiterit, an actione mandati heredem Titiæ conuenire possit? respondi, secundùm ea, quæ proponuntur: non posse.[a] Item quæsitum est. an nec negotiorum? respondi, nec hoc nomine iure agere posse. palam enim facere Titium, non tam Titiæ nomine, quàm quod consultum vellet, mandasse.

[b]Item

BIU Cujas

b Item, si maritus aduersus mandatorem ageret, an liqua exceptione summoueatur; respondi, nihil proponi, cur summouendus sit.

Ad §. 1. Ad eum.

RAT. DVB. Qui patitur mãdari quid ab alio, ipse quoque mandare intelligitur *l. qui patitur* 18. *supr. hoc tit.* Ergo cũ Titius mandauerit marito, vt Titiã vxorem duceret, ab eaq; promissam dotem saluam fore fideiusserit in vtilitatem Titiæ quæ subinde dotem Seio marito promiserit, dicendum videtur, Quicquid ex huius mãdati causâ heres Titij præstiterit, posse illum actione mandati contraria repetere ab herede Titiæ: ne alioqui ex iactura Titij herediſve ipsius locupletetur, præsertim cùm subijciat Scæuola, nec actione negotiorum gestorum heredi Titij succurri posse.

DEC. Non potest mandati actio interuenire vbi nullum mandatum interuenit, nec ratihabitio quæ mandato æquiparetur *l. ex mandato* 20. §. 1. *supr. hoc tit.* Atqui in proposita specie ponimus Titiam neque mandasse Titio vt pro dote fideiuberet neque fideiussionem ratam habuisse. Ergo cùm mandatum nullum præcesserit neque expressum neque tacitum, neque præsens fuerit Titia cũ Titius ad Seium fideiussionis literas scripsit vt hoc ipso ei mandasse videatur ex *d. l. qui patitur iunct. l. si remunerandi* 6. *§. si passus supr. eod.* consequens est vt nec Titia nec eius heres à Titio ipsiusve herede mandati actione conueniri possit.

a *Item quæsitum est, an nec negotiorum gestorum.*

RAT. DVB. Negotiorum gestorum actio datur ei qui alterius negotia gessit vtiliter *l. quæ vtiliter* 45. *& tot. tit. sup. de negot. gest.* Atqui Titius negotium vtiliter gessit Titiæ fideiubendo pro dote ipsius, sine qua dote credibile est non fuisse Seium eam ducturum. Ergo quamuis mandato deficiente mandati actio locum habere non possit, dicendum videtur saltem Negotiorum gestorum actionem habere locum debere.

DEC. Actioni negotiorum gestorũ locus tunc est cùm quis alij negotium gerere voluit non sibi nec errauit *l. si pupilli* 6. *§. seq. & si quis negotia eod. tit. l. creditor.* 12. *alias l. si prior §. sciendum est infr. Qui potior. in pignor. hab. l. tribus* 8. *supr. de vsufr. ear. rer. quæ vsu consum.* Atqui Titius in proposita specie suum magis quàm Titiæ negotium gerere voluit, vt palam fit ex verbis illis epistolæ *quo magis conciliem animum tuum domui meæ* non tam Titiæ nomine, quàm quod sibi consultum vellet mandasse Seio, vt fide sua saluam dotem fore crederet. Ergo neque Negotiorum gestorum actione teneri Titio aut eius heredi Titia eiusve heres potest.

b *Item si maritus aduersus mandatorem ageret.*

RAT. DVB. Mandatori succurritur per actionem mandati aut actionem negotiorum gestorũ ne propter exhibitum amici officium in damno maneat. Ergo quo casu regressum habere aduersus debitorem non potest, non videtur æquum neque ex bona fide, vt ex mandato suo teneatur.

DEC. Non est decipiendus maritus qui sine mandato Titij vxorem Titiam fortasse ducturus non fuisset. Suum enim negotium non vxoris suæ gerit *l. si donaturus* 9. §. 1. *supr. de condict. caus. dat. l.* 4. §. *sed & si mulier. l. purè* 5. §. *penult. infr. de doli mal. except.* Atqui deciperetur si agens contra Titiam eiusve heredẽ exceptione aliqua summoueretur. Nihil enim refert, an quis ipso iure nullam actionem habeat, an verò exceptione aliqua summoueatur, *l. nihil interest* 112. *de regul. iur.* Ergo nulla exceptione summoueri debet qui Titij fidem & mãdatum secutus est *l. si literas* 7. *C. hoc tit.* Nec bona consecutio est, vt quia nullũ regressum habere cõtra Titiã potest, mandati actione nõ teneatur, *l. cùm mãdatu* 21. *supr. hoc tit. l. Marcel.* 25. *inf. de fideiuss.* cũ sibi debeat imputare cur mandauerit, cũ scire deberet nullũ se regressũ contra Titiã habiturum, *l. si Titius & Seia* 48. *eod.* tanquã qui suum potiùs quàm Titiæ negotium gessisset. Atqui, inquies, dotium neque fideiussores neq; mandatores dari posse *l.* 1. *&* 2. *C. ne fideiuss. vel mandat. dot. dent.* Sed benè respondet Accursius, Ex parte quidem viri prohibitam esse fideiussoris aut mandatoris pro dote obligationem. Sed non ex parte mulieris, *l. cùm dotis* 55. *infr. de iur. dot.*

2 ¶ Duobus quis mandauit negotiorum administrationem, quæsitum est, an vnusquisque mandati iudicio in solidum teneatur. respondi, vnumquemque pro solido conueniri debere: dummodo ab vtroque non ampliùs debito exigatur.

Ad §. 2. Duobus.

RAT. DVB. Plures simul obligati non tenentur nisi in viriles portiones, *l. reos* 11. *§. cùm tabulis infr. de duob. reis.* Nisi adiectũ sit, vt vel correi debẽdi fiant quomodo fieri possunt ex mandato, vt & ex alio contractu quolibet, *l. eãdem* 9. *eod. tit. l. si vt certo* 5. *§. vlt. infr. commod.* aut quod effectu idem est, vt singuli in solidum teneantur, *l. si non singuli* 5. *l. si in rem* 22. *C. si cert. petat.* Ergo si duobus simul mandauerit quis administrationem negotiorum, non debet vnusquisque eorum mandati iudicio in solidum teneri, sed pro parte duntaxat, tam de negotio communiter gesto quàm de non gesto & neglecto. Atque ita post Ioannem & Azonem sentire videtur Accursius, eum solum casum excipiens quo vnus ex mandatariis solus negotium gesserit, vt per omnia similis ratio sit mandatariorum & tutorum, *l.* 1. *§. nunc tractemus infr. de tutel. & ration. distr. l.* 1. *&* 2. *C. si tut. vel curat. non gesser. l. decreto* 24. *§.* 1. *l. tutores* 39. *§. tutoribus & seq. l. Lucius* 46. *§.* 1. *infr. de admin. tutor.*

DEC. Cùm quis duobus simul mandat in solidum negotiorum suorũ administrationem vniuscuiusque fidem in solidum sequi intelligitur, & hoc ipso fiunt quasi duo rei promittendi, vt singuli in solidum teneantur, *l. si plures* 3. *de curat. bon. dand. l. pluribus* 34. *supr. de procurat.* etiamsi nominatim id dictum non sit, quasi natura ipsa negotij & contractus ita faciente, *d. l. si vt certo §. vlt. commod.* vbi agitur de duobus commodatariis. Quomodo & de duobus depositariis scriptum est in *l.* 1. *§. si apud duos supr. tit. prox.* Nec aliud est in duobus mãdatoribus, *l. cùm mandatu* 21. *in fin. l. prox. §. Paulus respondit vnum hoc tit.* aut in pluribus fideiussoribus

BIU Cujas

§. *si plures Instit. de fideiuss.* Aliáque ratio est tutorum, cum quibus ideo mitius agendum esse visum est, quod publicum officium inuiti suscipere cogantur, non spõte vt cæteri. Hoc enim vnum est quod mandatores & mandatarios, itémque commodatarios, & depositarios duriùs obligat, quòd sponte contraxerint, seq; obligauerint, *l. ita vt omnes* 36. §. *vlt.* in verbis illis, *ab eo qui tale mandatum sua sponte susceperit, iunct. l. si mandauero* 22. §. *vlt. supr.* Nec mirum hoc cuiquam videri debet, cùm etiam ij qui reipublicæ negotia administrant à tutoribus hac parte separandi sint, *d. l. Lucius* §. 1. Videtúrque æquitas arbitri & officium viri boni eam iuris formam desiderasse, vt pro ea tantùm parte condemnari tutores debeant quam administrauerunt, & ita demùm in solidum si à cæteris seruari res non possit, & idonei culpa detegatur, quòd suspectum facere supersederit, vt elegãter Papinianus scribit in *l. vlt. infr. rem pupill. salu. for.* Quod in plurib. depositariis, commodatariis, mãdatariis & mandatoribus diuersum est. Omnibus tamen hoc commune, vt vna solutione omnes liberentur, nec ab omnibus simul amplius debito exigatur. Vnicum enim debitum est, quamuis plures sint debitores. Quod Scæuola hic non prætermisit. Hodie tamen & iure nouo res expeditior est, postquàm Iustinianus constituit, vt nunquam mandatarij, aut mandatores plures in solidum teneantur, sed pro virilibus singuli ipso iure, *Nouell. 4. de fideiuss. cap.* 1. & *Nouell. 99. de duob. reis.* cùm anteà necessarium iis esset beneficium diuisionis ex Epistola diui Hadriani tanquam ipso iure in solidum obligatis *l. vlt. C. de cõstit. pecun.* Scilicet cùm pro alijs obligantur non etiam cùm pro seipsis pro sua propria administratione. Hoc enim casu distinguendum est cum Bartolo, an administratio singulis concessa sit in solidum, an pro parte, vt posteriore hoc casu non teneantur in solidum nisi dictum sit. Sed in dubio tamen præsumendum est mandatam singulis in solidum administrationem, vt hic locus omnium optimè probat. Quo casu singuli tenentur in solidum ipso iure nisi contrarium expressè actum sit. Iunge quę scripsimus ad *d. l. si vt certo* §. *vlt. supr. Commod. & ad d. l. cùm mandatu* 21. & *d. l. prox.* §. 2. *supr. & ad l. cum alicui* 26. *supr. de negot. gest.*

3 ¶ Si inter maritum & socerum id actum esset, vel tacito intellectu, vt onus exhibendæ vxoris ad maritum rediret, præstante patre dotis vsuras: nullam actionem superfore ad recipiendum, quod negetur consumptum. quòd si pater puellæ exhibitionem mandasse se doceat, actionem mandati competere.

Ad §. 3. *si inter.*

RAT. DVB. Dotis fructus omnes ad maritũ pertinent pro ferendis oneribus matrimonij *l. dotis fructum* 7. *in princip. infr. de iur. dot. l. pro oneribus* 20. *Cod. eod. l. si filia* 20. §. *hoc amplius supr. Famil. erciscund.* neque in eam rem pactione vlla opus est. Quòd si dos sit pecuniaria, quæ nullos fructus alios habeat quàm vsuras, eadem ratio facit, vt totius dotis vsuras maritus habere debeat nisi eas remiserit vt in *l. vir vsuras* 54. *de donat. int. vir. & vxor.* nec debent hac parte vsuræ à fructibus separari cùm vicem fructuum obtineant *l. vsuræ* 34. *infr. de vsur.* Ergo siue inter maritum & socerum id actum sit aut expressa conuentione, aut etiam tacito intellectu, quia in dubio id semper actum intelligitur, nisi contrarium expressim dictum sit, vt onus exhibendæ vxoris, quod ante matrimonium ad patrem pertinebat, rediret ad maritum, id est inciperet ad maritum pertinere patre dotis vsuras præstante, siue pater puellæ exhibitionem marito se mandasse doceat, dicendum est nullam actionem patri posse aduersus maritum competere neque mandati, neque aliam eo prætextu quod maritus ad alendam vxorem minus impenderit, quàm à patre vsurarum nomine perceperit, sed totum id quod residuum est mariti lucro cedere debere.

DEC. Plerumque accidebat olim, vt pater nuptui tradens filiam eius alendæ onus in se susciperet *l. pen. in princip. & l. vlt. supr. de in rem vers. l. vlt. in princip. infr. de doli mal. except.* Quo casu fieri poterat vt pater postea mandaret viro vt vxorẽ ipse aleret ex vsuris quas ei pater præstaret, atq; ita in effectu onus alendæ mulieris ad patrem sẽper spectaret. Atqui cũ hoc euenit, vxorẽ alit maritus nõ tãquã, maritus sed quasi alius soceri sui mãdatarius quilibet. Ergo posteriore hoc casu maritum quasi aliũ soceri sui mãdatariũ quẽlibet mãdati actione directa teneri equũ est, vt quod plus vsurarũ nomine à socero accepit quàm in vxorẽ impẽderit & consumpserit, socero restituat: videtur enim hoc casu electus quasi minister, ideoq; nullũ ex mandato & ministerio lucrum remanere penes eum debet, vt benè docet Accursius ex *l. Lucius* 88. §. 1. *iunct. l. si quis Titio* 17. *delegat.* 2. In summa multũ refert an marito debeantur vsuræ à patre mulieris ad hoc vt mulierem alat maritus iure mariti & tanquam maritus, quod in dubio præsumendum est, an verò tanquam alius quilibet ex mandato patris, vt in *l. si pater familias* 15. §. *qui duos supr. de adopt.* Priore casu non potest actio mandati locum habere, cùm mandatum nullum interuenerit, *l. ex mandato* 20. §. 1. *supr.* neque interuenisse præsumatur, vt locus hic apertè probat in illis verbis *mandasse se doceat*, nisi secuta probetur possessio & per longum tempus continuata quæ mandatum præsupponat vt in *l. qui in aliena* 6. §. *sed & si non adierit infr. de acquir. hered. l. si filius familias* 10. *C. de petit. hered.* Posteriore verò mandati actio directa competit, vt quod maritus in vxorem alendam se impendisse & consumpsisse non probauerit hoc socero restituere teneatur. Nã & æquè marito incũbit onus probandi consumptum à se fuisse in vxorem totũ id quod ad se peruenisse fateatur si totũ id à patre consumptũ neget, quod & hîc Accursius notat & ex *l. si quis pro redẽptione pen. C. de donat.* Illud certè non probo quod Accursius hîc ponit, Pactum prius interces sisse, vt pater filiam aleret. Deinde aliud posterius vt onus alendæ & exhibendæ vxoris ad maritum rediret. Motus vt credibile est, ex verbo illo *rediret*, quo tamen nostri passim vtuntur, pro eo quod est *pertinere* ac *peruenire* vt in *l. si duobus* 37. *infr. de testam. milit. l. quo tutela* 73. *de reg. iur. l. si quis sub condicione* 11. §. 1. & *seq. de testam.*

BIU Cujas

testam. tutel. Exemplo verbi *reddendi* quod etiam dandi simpliciter habet plerumque significationem, *l. cùm quidam 21. de legat. 2. l. verbum reddendi 94. de verb. signific.*

4 ¶ Lucius Titius fratris filio commisit rerum suarum administrationẽ ita: Σείῳ τέκνῳ χαίρειν· ἐγὼ μὲν κατὰ φύσιν εἶναι νομίζω, τὸν ὑὸν παῖδας, καὶ τοῦ παῖδας υἱῶν πράγματεύεσθαι, διὸ καὶ τινὰ ὑπεξαίρεσιν αὐτῶν· εἰ δὲ μή τοιοῦτόν τινός. ὑπάρχω σοι, ὡς πάντων ἐμῶν, ὡς θέλεις πραγματεύεσθαι· εἴτε πωλεῖν θέλεις, εἴτε ὑποτίθεσθαι, εἴτε ἀγοράζειν, εἴτε ὁπουῦν πράττειν, ὡς κυρίῳ ὄντι τοῦ ἐμοῦ· ἐμοῦ πάντα κύρια εἶναι τὰ ὑπό σου γινόμενα ἡγουμένου, καὶ μηδὲν ἀπλέγοντός σοι πρὸς μεταμέλειαν πράξειν, id est, *Titio filio suo S. Ego quidem secundum naturam esse existimo, pro patre & patris filius negotiari sine aliqua concessionis inquisitione. si autem necessitas alicuius talis erit: concedo tibi de omnibus meis, vt vis negotiari: siue vendere vis, siue pacisci, siue emere, siue quodcumque operari, vt domino emi meorum: me omnia firma esse à te facta existimante, & non contrarium dicente tibi ad vllam operationem.* Quæsitum est, si quid non administrandi animo, sed fraudulenter alienasset, vel vendidisset, an valeret. respondi, eum, de quo quæreretur, plenè quidem, sed quatenus res ex fide agenda esset, mandasse.[a] Item quæro, an, cùm Seius magistratu functus, debitor extitisset, Lucius Titius eo nomine conueniri possit, vel res eius obligatæ essent, propter verba epistulæ suprascriptæ respondi, neque conueniri posse, neque res obligatas esse.

Ad §. 4. Lucius Titius.

RAT. DVB. Procurator cum libera rerum administratione omnia facere potest, quæ dominus ipse posset, tanquam qui hoc ipso domini loco constitutus videatur, vt habent verba epistolæ quæ in hoc §. referuntur, vt proinde nulla in eũ cadat distinctio, an possit hoc aut illud facere, quomodo distingui solet in procuratore generali totorum bonorum, nec tamen liberam administrationem habente, *l. procurator cui 58. iunct. l. procurator totorum 63. l. mandato generali 60. supr. de procurat. l. si conuenerit 18. §. vlt. de pignor. act.* Atqui non potest mandatum fieri cum libera administratione verbis apertioribus & latioribus, quàm quæ in hac epistola continentur, ex quibus posset etiam peti formula concedendæ liberæ administrationis, præsertim ob verba illa, vti vis quæ Bartolus bene ad hoc ponderat, distinguítque ab illis, *prout tibi videbitur & placebit* aut *secundum arbitrium tuum*, aut *prout putaueris*, quibus arbitrium boni viri continetur *l. Thais 41. §. sorore l. fideicommissa 46. §. quod si ita scriptum sit infr. de fideic. libert.* Ergo etiamsi mandatarius in specie huius §. fraudulenter quid gessisset siue alienando siue donando siue mandando, perinde haberi id debet ac si à domino ipso factum esset, qui tamen nihil in fraudem sui ipsius fecisse videri posset. Nam & qui à seipso decipitur, indignus est cui succurratur, *l. nam si scit 26. supr. de rei vindic. l. imò eum 16. §. 1. de liber. caus. infr. l. 1. in fin. de action. empt.*

DEC. Bona fides quæ opponitur dolo, in omnibus contractibus desideratur, *l. bonam fidem 4. C. de oblig. & action.* sed maximè in contractibus bonæ fidei cui nihil tam contrarium est quàm dolus *l. 3. in fin. infr. tit. prox. l. si dolo 5. Cod. de rescind. vendit.* Ergo quantumuis plenum sit mandatum & cum libera administratione, attamen recipere interpretationem ex bona fide debet, non solùm quòd sit contractus bonæ fidei, sed etiam quòd ab omni dispositione & concessione quantumlibet generali dolus semper excluſus intelligi debeat *l. procurator 10. C. hoc tit. l. cùm tale 72. §. Titius vers. quidergo de condit. & demonstr.* Vnde est, quòd nec is qui liberam habet administrationem, donare tamen potest, quia donare est perdere, *l. filiusfamilias 7. infr. de donat.* Planè qui eligendi mandatum generale habet, etiam indignum eligere poterit, *l. cùm quidam 24. de legat. 2.* sed ita tamen, vt dolum malum abesse oporteat, quomodo hic Bartolus benè docet. Semper enim procurator bonam fidem præstare debet *l. idémque 10. in princip. supr. hoc tit.*

a *Item quæro, an cùm Seius.* RAT. DVB. Verba epistolæ, de qua Scæuola in hoc §. permittebant Seio vt de bonis Lucij Titij faceret quidquid vellet tanquam eorum dominus per epistolam constitutus. Ergo quemadmodum bona Seij qui magistratu functus est, & Reipub. debitor extitit obligata Reipublicæ, fuerunt non quidem tacita, sed expressa conuentione (ita enim necessariò supponendum est vt de bonis Lucij Titij an æquè obligata sint, dubitandi ratio aliqua esse possit.) Ita & bona Lucij Titij obligata esse dicendum est, ideóque & Lucium Titium conueniri posse non quidem actione personali, cùm ipse neque contraxerit, neque quasi contraxerit cum republica, sed reali & hypothecaria tanquam pignorum possessor, vt & alius eorum possessor quilibet. Pignorum siquidem persecutio in rem est, *l. pignoris 17. infr. de pignor. l. pignoris 18. C. eod.* Alioqui videbitur Lucius Titius rempublicam decepisse, eósque omnes qui cum Seio contraxerunt, intuiti patrimonium Lucij Titij, quasi esset Seij, qui mandati confidentia sic omnia Lucij bona administrabat, ac si dominus eorum esset *arg. l. hinc quæritur 19. §. 1. versic. eum enim supr. de pecul. l. Titia 48. infr. de solut.*

DEC. Mandatum omne quantumlibet generale non extenditur ad incogitata: liberalitatem enim captiosam interpretatio prudentum fregit, inquit eleganter Papinianus in *l. cùm Aquiliana 5. supr. de transact. l. si venditor 6. in princip. infr. de seru. export. l. obligatione 6. infr. de pignor.* Atqui eo tempore quo epistola hæc cõscribebatur, nõ cogitabatur de magistratu quem Seius gesturus esset, nec de obligatione aut personæ aut bonorum, quam eo no-

BIU Cujas

mine esset contracturus. Vnde enim diuinare id potuisset? quomodo argumentatur Vlpianus in *l.4.§.illa etiam quæstio 23. de dol.mal.excep.* Benè igitur Scævola respondet, neque ex gestu Seij Lucium Titium conueniri posse, neque Lucij res obligatas esse, non quia non dederit Lucius Seio pignorandi facultatem, si pignorare Seius necessitate aliqua vrgente voluisset, sed quia neque de hoc casu cogitauit, vt diximus, neque liberam potestatem Seio dedit, nisi sub condicione illa, *Si necessitas tale aliquid faciendi accideret*, vt ex epistolæ verbis apparet. Quænam enim suberat necessitas obligandi bona Lucij pro reliquis quæ Seius traxisset dum magistratu fungeretur? Denique bona Lucij Titij obligata à Seio fuisse necesse esset tanquam bona Lucij Titij non tanquam Seij: quæ porrò nec tanquam Lucij Titij, nec tanquam Seij obligata proponebantur. Expressa siquidem conuentione opus erat, etiam in eo casu quo Seij bona tacitè fuissent Reipublicæ obligata. Inauditum enim est, vt in alienis bonis ex contractu aut gestu alieno hypotheca tacita contrahatur. Quod si extra causas in quibus pignus vel hypotheca tacito iure contrahitur, ne quidem ipsius debitoris bona citra expressam conuentionem obligata sunt, vt scripsimus in *Error.1. Chiliadis nostræ de error.pragmat.* quanto minùs obligata videri possunt bona Lucij Titij, de quibus obligandis nihil dictum est, tametsi obligari potuissent?

61. Pavlvs libro 2. ad Neratium.

QVod filiofamilias, vt peteret, mandaui: si emãcipatus exegerit. de peculio intra annum vtiliter agam. Paulus. Sed & cum filio agendum est.

Ad l. Quod filiofamilias. 61.

Rat. Dvb. Emancipatio filiifamilias cùm fiat per minimam capitis diminutionem, efficit, vt alia ipsius persona esse intelligatur *l.3.§.vlt.supr. de capit. minut.* Fit enim ex suo herede extraneus *l.quinetiam 55.infr.de rit.nupt.* Atqui actio de peculio non datur in patrem nisi ex contractu filijfamilias, non autem ex contractu emancipati aut ex eo quod gestum est post emancipationem. Ponimus autem filiumfamilias cui mandaueram, vt meo nomine pecuniam exigeret, non nisi post emancipationem exegisse. Nulla ergo mihi contra patrem actio de peculio dari debet, ne quidem vtilis intra annum à die emancipationis numerandum.

Dec. In contractibus omnibus etiam condicionalibus multo magis in puris inspiciendum est tempus contractus *l. si filiusfamilias 78.infr. de verb. oblig.* Atqui mandaui filiofamilias, vt pro me pecuniam exigeret, quo tempore suscepit ab eo mãdati, nemo dubitat quin patrem suum obligare mihi de peculio potuerit, obligando seipsum in solidum *l. si quis cum filiofamilias 44.de pecul.* Ergo quamuis posteà emancipatus fuerit, & post emancipationem pecuniam exegerit, non eo minùs teneri mihi de peculio pater debet, & quidem actione directa non vtili, nam & filius ipse mandati actione directa mihi tenetur, cùm obligatus sit, non tam quòd pecuniam exegerit, quàm quia mandatum suscepit. Teneretur enim, etiamsi nõ exegisset, vt scriptum est in *l. si remunerandi 6.§. 1.supr. hoc tit.* Iunge *l.mandasti 46.supr.de negot. gest. & l.si verò non remunerandi 12. §.si filiofamilias mandauero*, & quæ ibi scripsimus *sup.hoc tit.* Ergo quod hic dicitur *vtiliter*, intellige *efficaciter*, & de directa, non de vtili actione: sed quæ tamen anno finiatur, quippe quæ stricto iure nulla competere deberet post emancipationem non magis quàm si filiusfamilias decessisset *l. 1.& tot.tit.supr.quand.de pecul.act.est annal.* Ipsi autem filio si quid impenderit non directa, sed vtilis, & in factum actio contra me danda est, vt scriptum est in *d.§.si filiofamilias mandauero*, vbi rationem huius iuris attulimus.

62. Scævola libro 6. Digestorum.

CVm controuersia esset de hereditate defunctæ, inter scriptum heredem, & patruum Mæuium, & amitas: Mæuius, litteris ad sorores suas factis, declarauit, commune futurum, quidquid ad eum ex euentu litis hereditariæ peruenisset: neque stipulatio litteras secuta est. quæsitum est, cum transegerit idem Mæuius cum scripto herede, ita vt prædia, & aliæ quædam res ex ea transactione ad eum peruenirent, an ex litteris suis possit à sororibus conueniri. respondi, posse.

Ad l. Cùm controuersia. 62.

Rat. Dvb. Quod quis habet ex transactione interposita super lite mota de hereditate, non tam ex hereditate habuisse videtur, quàm ex litis decisione *l. venditor 21.de hered. vel act. vendit. l.3.infr.ad leg.falcid.* Ergo in proposita specie quamuis Mæuius mota contra heredem scriptum de hereditate defunctæ controuersia literas miserit ad sorores, quibus declarauit commune iis fore quicquid ex euentu litis hereditariæ ad eum peruenisset, non ideo tamen consequens est vt prædiorum & aliarum rerum nomine, quæ ex transactione ad eum peruenerunt à sororibus suis possit conueniri, cùm non ex hereditate, sed ex litis decisione ad eum peruenerint.

Dec. Nullum lucrum ex mandato remanere penes mandatarium debet neque per occasionem mandati, quia id esset contra bonam fidem *l.idémque 10.§.si procurator l.ex mandato 20.supr.hoc tit.* Atqui negari nõ potest in proposita specie quin Mæuius id omne quod ex trãsactione consecutus est, habuerit propter mandatum. Nec enim poterat

Mæuius

BIU Cujas

Mæuius hereditatem totam petere ab herede scripto, & euincere ab intestato ex sua tantùm persona cùm haberet sorores, easdémque defuncti amitas, ad quas non minùs quàm ad Mæuiũ hereditas defuncti legitima ex lege duodecim tabularum pertinebat. Fateor, potuisse illum tanquam personã cõiunctam agere pro sororibus, etiam citra mandatũ oblata saltem satisdatione de rato, *l. sed & hæ, 35. in pr. sup. de procur.* Sed ea res nõ faciebat illum procuratorem, *l. 3. §. sed etsi forte, inf. Iudic. solui.* nisi literę ipsius ad sorores interuenissent, quibus cùm sorores consenserint, siue quòd non continuò interposuerint testationem contrarię voluntatis, vt in *l. si filius familias, ib. supr. de SC. Maced.* siue quòd prudentes & scientes eum agere passæ sint *l. si remunerandi, 6. §. si passus sim, sup. hoc tit. iunct. l. qui patitur, 18. eod.* fatẽdum est ab eo tempore factum illum esse procuratorem sororum: Ideóque ex mandato cœpisse illum esse obligatum, vt quicquid ex causa mandati ad eum perueniret, sororibus communicaret. Alioqui credibile est non passuras fuisse sorores, vt solus ille ageret, ac hereditatem communem vindicaret: Ergo totum id quod etiam ex transactione habuit sororibus communicare per mandati actionem cogendus est. Neque enim negari potest, quin ex occasione non solùm hereditatis, sed etiam mandati id habuerit. Quod sufficit, vt ad id communicandum actione mandati teneatur, *l. debitor, 59. §. 1. inf. ad SC. Trebell.* Neque verò potuit ex bona fide prætextu mandati solus transigere, vt quod ex transactione consequeretur, quasi propria industria sua quæsitũ suum faceret, ac sororibus denegaret. Nam, etsi mãdatum nullum interceſſisset, attamen negotiorum gestorum actione sororibus teneretur, quippe quarum negotium nõ minùs quàm suum gessisset, cùm suam partem solam petere potuisset, *l. 1. & tot. tit. si pars hered. pet. iunct. l. si communes, 40. supr. de negot. gest.* Quidni ergo etiam mãdati conuenietur, cùm mandatum interceſſerit? sempe enim facilius est, vt mandato interueniente mãdati actio competat, quàm vt detur actio negotiorum gestorum cessante mandato, cùm non sit, nisi subsidiaria, & quam impedire multa possũt. Dices, quod Accursius obiicit, In mandato etiam generali non contineri, vt transigere procurator possit diminuendi gratia, *l. mandato, 60. sup. de procurat.* quod nec tutori permissum est, *l. Lucius, 46. §. vlt. inf. de admin. tutor.* Et ob hãc nimirum causam ponit Accursius sorores scriptis, & acceptis à fratre literis ita consensisse, vt transigendi quoque potestatem ei darent, quod tamen prorsus commentitium est. Respondeo, Ratihabitionem æquiparari mandato, *l. vlt. C. ad SC. Maced.* Satis autem ratam habere sorores transactionem à fratre factam, si mandati actione conueniat fratrẽ, vt quod ex transactione accepit, ipsis communicet, vt in *l. si præcedente, 58. §. 1. in fi. sup. eod.* Video Accursium aliter locum hunc interpretari, & habere Męuiũ pro mandatore potiùs, quàm pro mandatario, quasi literarum quas ad sorores scripsit, sensus ille esset, vt mandaret ipsis pati eum agere, ac communi nomine hereditatem totam vindicare. Sic enim ad hãc legem scribit, Ex mandato, vt quis patiatur mandatorem agere, posse mandatorem conueniri, vt communicet (sic enim apud Bartolum legẽdum est, non vt vulgo, *Consequatur*) quod ad eum peruenit. Sed interpretatio nostra probabilior videtur & expeditior, quamuis in effectu vtraque eodem recidat. Illud benè Accursius notat, Ex euentu litis etiam id haberi, quod per transactionem habetur, quasi in tantum vicerit is qui transegit, quantum ex transactione consecutus est, non minùs quàm si ex sententia id cõsecutus esset. Vnde infert ille ad Aduocatum cui promissum est à cliente honorarium centum aureorum si litem vinceret, vt honorarium perinde habere debeat, acsi per sententiam obtinuisset.

1 ¶ Mandaui tibi, in hæc verba: *Lucius* Titius, Gaio suo salutem. Peto, & mando tibi, vt fidem dicas pro Publio Mæuio apud Sempronium: quæque à Publio soluta tibi non fuerint, me repręsentaturum hac epistula, mea manu scripta, notum tibi facio. quæro, si non fideiussisset, sed mandasset creditori, & aliter egisset, quàm quod ei mandatum esset: an actione mandati teneretur. respondi, teneri.

Ad §. 1. Mandaui tibi.

RAT. DVB. Aliud est fideiubere, aliud mandare, vt ex tot differentiis constat, quas supra attulimus inter fideiussorẽ, & mandatorẽ. Atqui fines mãdati diligẽter custodiendi sunt, *l. diligenter, 5. sup. hoc tit.* Ergo is cui mandatum erat, vt fideiuberet si mandauerit, non videtur mandato satisfeciſſe, nec proinde contrariam mandati actionem habere debet pro repetitione eorum, quæ ex mandati causa impenderit.

DEC. Nihil refert quid ex æqui pollentibus fiat, vt ex hoc maximè loco probari solet, & ex *l. sed etsi, 28. §. ex quibus supr. De iudic. l. mulier, 22. infr. ad SC. Trebell. l. pater Seuerianam, 101. §. condicionum verba. Iunct. l. in condicionibus 19. in princip. & §. si patronus de condic. & demonstr. l. cum seruis, 104. De verb. oblig. l. fin. C. de donat. quæ sub modo. l. si mater 3. C. de instit. & substit.* Atqui æquipollentia sunt fideiubere pro alio, & mãdare vt ei pecunia credatur, quia in effectu perinde obligatur is qui mandat, & is qui fideiubet, perindeque is qui mandauerat fideiuberis consequitur quod nolebat, vt amico pro quo fideiuberi mandabat, pecunia crederetur. Ergo perinde mandati actio locum habere debet, acsi is, qui fideiubere iussus erat, fideiussorẽ se nõ mandatorẽ prębuisset. Nec tam aliud, quàm quod rogatus erat feciſſe videri debet, quàm aliàs, i. aliter, & alia ratione, quàm qua fuerat mandatũ. Nõ debet mãdatarius aliud facere, quàm quod rogatus est, *d. l. diligenter, 5. sup. hoc tit.* Sed idipsũ quod rogatus est vno modo facere, alio modo facere nõ prohibetur. Itaque, malo hîc legere, *vel aliàs egisset quod mandatum ei esset*, nõ vt vulgo, *quàm quod*. Nisi malis, retenta dictione, *quàm* pro *quod* legere *quomodo*, vt diuersitas sit, non in substantia rei quæ facienda mandata est, sed in modo tantùm faciendi, & exequendi mandati. Parum enim refert, quomodo quid fiat, dummodò fiat, nec quicquam interſit mandantis. Si namque interesset alio modo fieri, quàm quo factum est, aliud certè probandum esset.

BIU Cujas



PRO SOCIO.

AD TIT. II.

Paulus libro 32. ad Edictum.

SOCIETAS coiri potest, vel in perpetuum, id est, dum viuunt,[2] vel ad tempus, vel ex tempore, vel sub condicione.

Ad l. Societas, 1.

RAT. DVB. Nulla societatis in æternum coitio est, *l. nulla, 70. infr. hoc tit.*

DEC. Aliud est coiri societatem in æternum, quod fieri non potest, quoniam in contrahenda societate industria eligitur personæ, quæ æterna esse non potest, *§. soluitur Instit. hoc tit.* Aliud verò coiri societatem in perpetuum. Habet enim hæc dictio eum sensum, vt quandiu contrahentes viuent, in tempus vsque mortis eorum contracta societas videatur, ad differentiam scilicet societatis contractam ad tempus vel ex tempore. Nec enim perpetuam societatem esse necesse est. Alio sensu dicitur aliquando perpetuum quod generaliter ac semper verum est, vt in §. 1. *Instit. De satisd. tutor.* Aliquando etiam id quod est sine præfinitione temporis, vt cum dicimus perpetuas exceptiones ad differentiam temporalium, vt in *l. 3. de except.* & perpetuas quoque actiones ad earum exclusionem quæ sunt temporales, *Instit. Tit. de perpet. & tempor. act.* Errat enim Accursius cum ait, perpetuas actiones dici etiam eas quæ durant vsque ad triginta vel quadraginta annos, ex *l. 3. & 4. C. de præscript. 30. vel 40. annor.* Erant quidem olim perpetuæ, sed supradictis Constitutionibus factæ sunt temporales, vt Iustinianus supradicto loco scribit: Cuiusmodi sunt omnes quæ tempore perire possunt, *l. creditore 14. infr. de reb. author. iudic. possid.* Nec rectius est quod idem Accursius tradit, sumi aliquando perpetuum pro eo quod est generale. Edictum enim perpetuum, de quo in *l. edita 3. C. de edend.* non ideò dicitur perpetuum quod sit generale, quamuis verum sit esse etiam generale. Sed ad differentiam edictorum præcedentium quæ annua erant quousque ex omnibus annuis compositum est edictum perpetuum à Saluio Iuliano qui idcirco Edicti perpetui ordinator dictus est. Illud non nego quod idem Accursius perpetuum aliquando dici pro eo quod continuè est ac sine vlla intermissione & interuallo, vt cũ de eo tractamus qui perpetuò sit in furore, vt in *l. humanitatis, 9. C. de impub. & aliis substit.*

a *Vel ad tempus.* RAT. DVB. Tempus non est legitimus modus tollendæ obligationis, *l. obligationum ferè, 44. §. 1. vers. placet infr. de verb. oblig.* Atqui ex societatis contractu nascitur obligatio, & ex obligatione actio Pro socio, de qua in toto hoc Titulo. Ergo ad tempus coiri societas non potest.

DEC. Conuentiones dant legem contractibus, *l. 1. §. si conuenit supr. Depos. l. In conuentionalibus, 52. de verb. oblig. l. contractus, 23. l. nec ex prætorio, 27. de reg. iur.* Præsertim verò contractibus bonæ fidei. Quid enim tam ex bona fide est, ac naturali rationi conueniens, quàm pacta seruari? *l. 1. sup. de pact. l. 1. de pecun. constit.* Ergo, si conuenerit, vt societas ad certũ vsque tempus contrahatur, putà vsque ad decem annos proximos, aut ex certo tempore, puta ex decennio proximo, dicendum est valere conuentionem, vt societas ex tempore, aut ad tempus contracta sit. Nec enim finitur hoc casu, aut inducitur tẽpore obligatio, sed contractus, & initium, & finem accipit ex voluntate contrahentium, in quo nihil absurdi est. Voluntates enim legitimè contrahentium omnimodo cõseruãdæ sunt, *l. de societate, 6. C. hoc tit.* Denique, qualia sunt subiecta, talia sunt, & esse debent prædicata. Dices, quæ alia dubitandi ratio est, dominia acquiri ad tempus nõ posse, cùm non nisi certis & legitimis modis acquirantur, inter quos modos non est tempus, vt constat ex Vlpiano in Fragmentis, *Tit. 19. de acquisit. rer.* ex cõtractu autem societatis dominium trãsferri, cùm res omnes inter socios communicentur, *§. 1. & l. prox. inf.* Societatem igitur ad tempus coiri non posse. Respondeo causam quidem acquirendi dominij perpetuam esse debere, quia ex temporali causa non solet dominium transferri, *l. 1. infr. de iur. dot. l. non solet, 36. locat.* sed tamen excipi causam societatis, quæ nec æterna esse potest, *d. l. nulla, 70. infr.* nec aliter tamen fieri, quàm vt ex ea dominium transferatur, propter cõmunicationem illam bonorum omnium, quæ per tacitam traditionem inducitur, *d. §. 1. & d. l. prox. infr.* Excipiendus igitur fuit cõtractus societatis, propter publicam vtilitatem, ad quam maximè pertinet, vt eiusmodi contractus vsu tam necessario hominib. nõ interdicatur. Alia emptionum, permutationum, dotium & donationum ratio est, quas placuit non posse fieri ad tempus, quia causam habent perpetuam, nec earum naturæ repugnat, vt sint æternæ. Hocergo ius in societate induxisse videtur sola casus necessitas, v loquitur *l. si mulier, 59. §. ex asse, in fin. de iur. dot.* Cùm olim etiam in societate dubitatum sit, an sub condicione contrahi posset, & vt refert Iustinianus in *d. l. de societate*, quamuis frequentior prudẽtium opinio admiserit, posse, vt Paulus in hac lege innuit, nec tamẽ dubitatum sit vnquam, quin ad tempus contrahi societas posset. Cur verò maior dubitandi ratio vno casu, quàm alio? Nam, si ratio illa est, quam nonnulli adferunt post Cuiacium, in Paratitlis Codicis, ad hunc Titulum, quòd societati mancipatio tacitè insit, quæ porrò tanquam actus legitimus non recipit condicionem, *l. actus legitimi, 77. de reg. iur.* an non eadem facere deberet, vt nec ad tempus contrahi societas posset? Neque enim actus legitimi diem magis recipiunt, quàm condicionem, *d. l. actus.* Adde quod etiam emptionibus mãcipatio tacita olim inerat, vt Cuiacius ib. scribit, nec tamẽ vnquã dubitatũ est, quin emptio cõtrahi sub cõdicione posset, perinde ac locatio, *l. sicut, 20. infr.*

inf. locat. l. hac venditio, 7. l. si quis fundum, 37. inf. tit. prox. & penult. Instit. eod. cùm & dominium, & possessionem sub condicione transferri nihil prohibeat, *l. qui absenti, 38. infr. de acquir. poss.* Dicendum potiùs est, meo iudicio, quòd in societate bonorum id necessariò agitur, vt bona omnia quę, coeũtium sunt statim & continuò communicentur, vt sequitur in hac lege, quia, vt subiicitur in *l. seq.* tanta traditio interuenire intelligitur, quæ porro necesse est, vt fingatur interuenire, vel eo tempore quo societas contrahitur, vel nunquam. Atqui condicionis proprium est, vt suspendat actum, eiúsque effectum & potestatem impediat, *l. pecuniam, 36. sup. de reb. credit.* Ergo videtur implicare, vt contrahatur societas sub condicione, non minùs quàm si quis diceret, Per eam societatem & fieri continuò bonorum communicationem, & non fieri. Sed dicendum est, quod iam attigimus, & traditionem, & translationem dominij & possessionis, quæ fit per traditionem, fieri posse sub condicione, *l. arboribus, 12. §. vlt. supr. de vsufr. l. qui absenti, 38. §. 1. de acquir. poss.* Quidni ergo etiam ficta traditio censebitur interuenisse, vt per eam communicatio bonorum non fiat, nisi existente demùm condicione, vt potestas iuris voluntatem contrahentium subsequatur? *d. l. pen. C. hoc tit.* Eadem sanè dubitandi ratio faceret, vt neque ex tempore societas contrahi posse videretur.

1 ¶ In societate omnium bonorum omnes res, quæ coeuntium sunt, continuò communicantur.

2. *Gaius* libro decimo ad Edictum Prouinciale.

QVia licet specialiter traditio non interueniat, tacitè tamen creditur interuenire.

Ad §. 1. In societate, & Ad l. 2. Quiá.

RAT. DVB. Certi sunt & legitimi quidam modi transferendi dominij iure Quiritium, quos Vlpianus refert in Fragmentis, *Tit. 19. de acquisit. rer.* Traditio, Mancipatio, Vsucapio, Cessio in iure, Adiudicatio & Lex. Atqui inter hos modos non est societas, quippe quæ contrahitur nudo consensu, *l. 2. inf. de oblig. & action.* Inauditum verò est, vt nudo consensu dominium transferatur, *l. traditionibus, 20. C. de pact.* vbi nuda pacta dixerunt interpretes, pro nudis conuentionibus, & nudo consensu. Ergo in contrahenda societate, etiam omnium bonorum, non potest fieri, vt cõtrahentium bona continuò & statim, id est, ipso iure, ac citra traditionem communicentur. Communicatio enim quid aliud, nisi dominij translatio est, cùm id quod antea meum erat totum, fit inter nos commune? vt in *l. si quis societatem, 74. infr. hoc tit. l. si patruus, 4. C. commun. vtr. iudic.* Ratio decidendi ponitur in *l. seq.* quia licèt specialiter & expressim, traditio nulla interueniat, tacita tamen creditur interuenire. An ita vt quod vnus ex sociis suo nomine possidebat, incipiat communi nomine possidere? vt Accursius interpretatur ex *l. quod meo, 18. infr. de acquir. poss.* Minimè verò. Est enim ille expressus modus transferendæ possessionis, *d. l. quod meo*, vt & cùm columna traditur & accipitur solo visu & aspectu, *d. l. quod meo, §. si venditorem, l. 1. §. pen. eod. tit.* Nec rursus potest hoc modo transferri possessio, nisi in tempore, cùm quicquid animi est, sit facti. Nihil autem per rerum naturam fieri possit in instanti, licèt rerum omnium finis instanti concludatur. Atqui Paulus in hac lege ostendit communicationem hanc bonorum quæ fit per societatem, fieri in instanti, cùm ait fieri continuò, neque in eam rem factum vllum hominis, aut animi requirit, vt significet fieri ipso iure, ac sola iuris potestate. Non ergo intelligit de communicatione dominij, quæ fiat per communicationem possessionis, tanquam per necessarium antecedens, sed de communicatione dominij, & possessionis simul. Est enim etiam quoddam dominium possessionis, quod tam citò acquiritur, quàm dominium proprietatis, ei qui fit socius, cùm omnia communicentur, ac proinde etiam possessio sola conuentionis, & contractus potestate citra vllam traditionem. Nam, neque nouum est, vt sine possessione dominium transferatur, *l. 1. & 2. supr. de Public. in rem act. l. homo liber, 54. §. vlt. infr. de acquir. rer. dom.* quamuis regulare illud sit, vt per mediam possessionem dominium acquiratur, *l. traditio, 20. §. vlt. l. res ex mandatu, 59. eod. l. 1. de acquir. poss. l. per procuratorem, 8. C. eod. l. pen. C. de rei vind.* Sed quomodo potest fictio iuris pertingere ad ea quæ sunt facti? *l. denique, 19. supr. Ex quib. caus. maior.* Nam, & possessio, & traditio, sunt facti, *d. l. denique, l. 1. §. si vir vxori, infr. de acq. poss. l. consilio, 7. §. vlt. infr. de curat. furios.* Sed ad traditionem veram id pertinet, non ad fictam quæ tota iuris, & ex iure est, & quæ tamen perinde veram possessionem transferre potest concurrente iuris potestate, atque ea, quæ vera est, & corporalis. Nam, & modi fictitij transferendæ possessionis veram possessionem, nihilominus transferunt, vt cernere est in clausula constituti, de qua in *d. l. quod meo.* Hinc verò fit, vt quamuis contracta sit societas vniuersorum bonorum, præsentium, & futurorum, si qua tamen bona post contractam societatem quæsita sint, non ideò sunt illa communia, sed communicanda, *d. l. si quis societatem*, quia nec traditio vlla eorum nomine interuenisse videri potest, cùm nondum essent acquisita. Porrò ex eo quod scriptum est in *l. 2. de traditione tacita*, quæ in societate omnium bonorum interuenisse intelligitur, apparet quàm falsum sit, quod Iacobus Cuiacius docuit societati mancipationem quandam tacitam inesse. Nam, cum traditio & mancipatio, duo sint diuersi modi acquirendi dominij, vt ad initium huius legis ex Vlpiano diximus, & in contrahenda societate tacita traditio fingatur interuenisse, consequens est, vt non solùm nulla subsit necessitas inducendæ tacitæ mancipationis, sed etiam, vt induci nullo modo possit, non magis quàm illud fieri, vt per traditionem & mancipationem simul eiusdem rei dominium cuiquam acquiratur. Quod non magis fieri potest, quàm vt ex pluribus causis & titulis, eadem res fiat mea, aut quod effectu idem est, vt id quod iam meum est, magis meum fiat, *l. non vt ex pluribus. 191. de reg. iur. l. in bello, 12. §. si quis seruum, de capt. & postlim. §. sic itaque, Instit. de action.*

BIU Cujas

3. PAVLVS lib.32.ad Edictum.

EA verò, quæ in nominibus erunt, manent in suo statu: sed actiones inuicem præstare debent.

Ad l.Ea verò,3.

RAT.DVB. Etiam nomina debitorum in bonis continentur,& appellatione bonorum veniũt, *l.bonorum*, 49. *de verb.sign.* quippe quorum tertiam quandam speciem constituunt à bonis mobilibus, & immobilibus differentem, *l.quam Tuberonis*,7.§.*in peculio*,*sup.de pecul.* Ergo contracta societate bonorum omnium, dicendum est nomina, sicut & cætera bona omnia in societatem vniuersalem venire.

DEC. Actiones personales, ac multò magis obligationes ex quibus actiones illæ nascuntur, adeò cohærent personæ, ac, vt nostri loquuntur, ossibus, vt à persona separari nullo modo possint, neque per traditionem, quia cùm sint iura, & consequenter incorporalia, neque tradi, neque tangi possunt, *l.1.§.quædam*,*supr.de rer.diuis.* & apud Iustinianum, *Instit.de rer.corpor.& incorpor.* Neque per cessionem etiam in iure factam, nisi quantum ad hoc, vt cessionarius actiones directas exercere possit ex persona cedentis, vtiles verò ex propria, *l.postquàm*, 7. *& seq.C.de hered.vel act.vendit.* Quamuis actiones illæ directæ quæ penes cedentem remanent, inutiles sint & inefficaces in tribus illis casibus, de quibus in *l.3.C.de nouat.& deleg.* id est, si cessionarius, vel litem contestatus sit, vel denunciauerit debitori, ne cedenti solueret, vel denique partem aliquam debiti ab eo acceperit. Extra quos casus, si post factam cessionem debitor cedenti soluerit, liberatur tanquam qui soluerit vero creditori *d.l.3.* Iunge *l. quis ergo*,16.*in fi.l.si Sicho*,53.*sup.de pecul.* Mirum igitur non est in societate vniuersali non communicari nomina per fictam illam traditionem, quæ iuris potestate interuenisse creditur, cùm neque per traditionem expressam transferri possint, vt non plus possit fictio in casu ficto, quàm veritas in casu vero. Ad id enim porrigi fictio debet, quod per rerum naturam non est impossibile, *l.concessionibus*,13. *& l.seq.§.vlt.sup.de interrog.in iur.fac.* Proinde socij qui in bonis habent etiam nomina, actiones inuicem præstare cogendi erunt, vt Paulus hîc scribit. Ita fit, vt nomina quidem debitorum, non minùs quàm corpora veniant in societatem vniuersalem, sed non tamen in communicationem, pro qua faciendæ sunt mutuæ cessiones, quia in suo statu manent nomina, vt lex ait, id est, remanent in solidum illius cuius erant ante contractam societatem. Excipit Accursius pactum magistri societatis, ex quo placet actionem sociis dari, *l.item magistri*,14. *supr. de pact.* Item pactum socij quo conducit locum publicum fruendum, ex *l.1. de loco publ. fruend.* sed non est bona exceptio. Pertinet enim ad pacta quæ inita sint post contractam societatem. Paulus autem tractat hîc de nominibus quæ contracta sint ante societatem, & quæ propria fuerint eius, qui nondum socius erat eo tempore, nec proinde vllum magistrum societatis habebat. Dissimile est quod dici solet, Nomina debitorum in Familiæ erciscundæ iudicium non venire, *l.2.§.vlt.supr.Famil.erciſc.* Id enim fit dissimili ratione, quia familiæ erciscundæ iudicium non datur, nisi ad diuidendas res hereditarias: Nomina autem sunt ipso iure diuisa per legem duodecim tabularum, inter coheredes pro hereditariis portionibus, *l.1.C.si cert.petat.l.vlt. C.de hered.action. Iunct. l.heredes*,25. *§.an ea stipulatio Famil.erciſc.* At in actione *Pro socio*, non de diuisione agitur, sed de communicatione quæ non tam facilè per legem fieri potest. Lex enim, sicut hereditatem ipsa constituit, quæ nihil nisi fictio iuris est, ita eam diuidit per partes illas iuris, quæ ab eadem lege duodecim tabularum constituuntur, *l.seruum meum*, 50. *§.vlt. infr.de hered.instit.iunct.l.hereditas*,50.*supr.de hered.pet.* At nomina debitorum, obligationes & actiones, licet in iure quoque consistant, & iuris nomen habeant, non tamen tam à lege sola inducuntur, quàm ex hominis facto nascuntur, ideóque & personæ ipsius incommutabiliter adhærent, vt ab ea separari ne quidem per legem possint, non magis quàm vt persona quæ non contraxit, fiat illa ipsa quæ contraxit. Facta si quidem omnia personalia sunt, & personalissima, ita vt quod ab vna persona certa factum est, ab alia factum videri nunquam possit.

1 ¶ Cùm specialiter omnium bonorum societas coita est: tunc & hereditas, & legatum, & quod donatum est, aut quaqua ratione adquisitum, communioni adquiretur.

Ad §.1. Cùm specialiter,33.

RAT. DVB. Implicare videtur contradictionem, vt societas fiat specialiter, & fiat omnium bonorum. Dictio enim illa *Omnium*, nota est generalitatis, non specialitatis, *l.testatorem*,68. *delegat.3.* Ergo non debuit Paulus ita scribere, *Cùm specialiter omnium bonorum.*

DEC. Aliquando specialiter fieri dicitur, quod fit expressè, & opponitur ei quod fit tacitè. Aliquando autem dicitur specialiter fieri quod fit non tantùm expressè, sed etiam verbis specialioribus, quæ generalibus opponantur, vt in *l.semper specialia*, 147. *de regul.iur.* Ad priorem sensum hic locus pertinet, non ad posteriorem. Non enim exigit Paulus, vt in omnium bonorum societate contrahenda specialiter actum sit, de communicandis etiam iis quę ex hereditate, legato, vel donatione acquisita erunt, sed vt societas contracta sit specialiter, & expressim omnium bonorum, non autem simpliciter, & indefinitè *bonorum.* Eo namque casu, neq; hereditas, neque legatum, neque donatio in societatem venirent, ob rationes positas in *l. coiri*, 7. *& quatuor seqq. infr.* Et quamuis dici soleat indefinitam æquipollere vniuersali, *l.si plures.* 98. *de legat.3.* id tamen non est perpetuum, quoniam indefinita recipere potest interpretationem quam vniuersalis expressa non potest, *d.l.testatorem.* Nulla autem dictio vniuersalior & expressior est, quàm illa *Omniũ*, ad omnia comprehendenda. *l. cùm duobus*,52. *§. socium*,*iuncto §.idem Papinianus*,*infr.hoc tit.* Eiusdem potestatis est dictio *Vniuersorum*, quę illas etiam res comprehendit, quę post contractam societatem cuiq; sociorũ acquirẽtur, *l.si societatẽ vniuersarum*,73. *infr.* Quod & in societate omniũ bonorũ, adeóque simpliciter

simpliciter contracta iuris est. *l. si quis societatem, 74. eod.* Etsi enim eo tempore quo contrahitur societas, communicari non possunt bona nondum quæsita, sc. per fictam illam traditionem quam in societate ineunda, tacitè interuenire diximus, *l. prox. sup.* communicanda tamen sunt post acquisitionem & ita veniunt in societatem, quamuis non in præsentem communicationem, vt diximus ex supradictis legibus, *ad §. 1. l. 1. & d. l. 2. supr.*

2 ¶ De illo quæritur, si ita coita sit societas, vt [a] si qua iusta hereditas alterutri obuenerit, communis sit: quæ sit iusta hereditas? vtrùm quæ iure legitimo obuenit, an etiam ea, quæ testamento? sed probabilius est, ad legitimam hereditatem tantùm hoc pertinere.

Ad §. 2. De illo.

RAT. DVB. Iusta dicitur hereditas quæcunque obuenit ex lege. Iusta enim dicitur à iure, vt & in *l. nunquam nuda, 31. de acq. rer. dom. iuncta l. 3.* vbi diximus *supr. si vsusfr. petat.* cuius primam ac potissimam partem lex constituit, præsertim duodecim tabularum, quam veteres totius iuris ciuilis fontem atque originem appellarunt, *l. ius autem, 7. supr. de iust. & iur.* Atqui lege obuenire dicitur hereditas, nec impropriè etiam illa quæ ex testamento defertur, quia lege duodecim tabularum testamentariæ hereditates confirmantur, *l. lege obuenire, 130. de verb. sig.* Nec enim sine lege posset quisquam testari, cum is qui testatur, disponat de bonis suis in id tempus, quo amplius non erit illorum dominus, vt plerisquo scriptorum nostrorum locis docuimus. Vnde etiam est quòd testamenti factio, & actiua, vt loquuntur, & passiua iuris publici esse dicitur, *l. 3. inf. qui testam. facere poss.* Ergo si societas ita expressim coita sit, vt si qua iusta hereditas alterutri obuenerit, ea communis sit, id est, communicanda, vt ad proximum §. scripsimus, ex *l. si societatem, 73. & sequ. infr. hoc tit.* dicendum est non tãtùm ad legitimam, & quæ ab intestato tantùm defertur, sed etiam ad testamentariam, tanquam quæ iusta & legitima quoque sit, pertinere conuentionem.

DEC. Iustam hereditatem cùm dicimus, non eam intelligimus, quæ ita dicatur ad differentiam iniustæ (nec enim hereditas iniusta vlla est, id est, quæ non à iure, adeoque à lege, vel saltem à Senatusconsulto, quod legis vim obtinet, deferatur, *l. 1. 2. & 3. supr. de hered. petit. §. quos autem, Instit. de bonor. possess.*) sed ad differentiam eius, quæ non tantùm à iure, sed etiam ab homine deferatur. Atqui sola hereditas intestati ea est, quæ à lege sola defertur, nullo hominis facto intercedente, ita vt dici quodammodo possit legem esse causam adæquatam delationis hereditatis ab intestato. Hereditas enim testamentaria, licet perinde ac legitima lege confirmetur, in eo tamen maximè à legitima differt, quòd eam ab homine priùs deferri necesse est, quàm à lege deferatur. Facto enim testamento, lex subsequitur hominis voluntatem, *l. verbis legis 120. de verb. sign.* Prætor verò non minus patris quàm legis, *l. pater. 10. §. 1. inf. de capt. & postlim.* Ab intestato autem è contrario paterfamilias subsequitur voluntatem legis, *l. 3. in pr. l. conficiuntur, 8. §. 1. infr. de iur. codicill.* Ergo cũ pactio de iusta hereditate quæ obueniet communicanda, non alia de causa iustæ hereditatis mentionem fecisse videri possit, quàm vt eam excluderet, non quidem quæ iniusta, vel minùs iusta, sed quæ minùs propriè iusta dici posset: Apparet ita conuentum esse ad exclusionem hereditatis testamentariæ, quam fatendum est, licèt legitima dici possit, nec impropriè, vt scriptum est in *d. l. lege obuenire*, minùs tamẽ propriè hoc nomen mereri, cùm pendeat, non tantùm à legis, sed etiam ab hominis voluntate, ideóque specialius nomen habet. Dicitur enim testamentaria: Quæ autem ab intestato defertur, sui generis nomen retinet, dicitúrque magis propriè legitima, & consequenter iusta. Noli dicere cum Bartolo, hereditatem, quæ ab intestato defertur, ideò magis propriè legitimam, & iustam dici, quòd à lege immediatè deferatur. Nam & testamentaria defertur immediatè à lege, non ab homine, licet testamentum præcedere necesse sit, quod non nisi ab homine viuo fit, vt eiusdem posteà defuncti voluntatem subsequi lex possit. Lex enim, sicut hereditatem confirmare non potest viuo testatore, cuius sc. viuentis adhuc nulla hereditas esse potest, *l. 1. inf. de hered. vel act. vendit. l. 1. pro hered.* ita nec testamentum confirmat confirmatione irreuocabili, nisi eo instante, quo paterfamilias moritur, & quo certum esse incipit reuocari testamentum amplius non posse. Necdum tamen eo instanti hereditatem confirmat, quæ nulla adhuc est, & quã nõ inducit, nisi primo illo instanti quod subsequitur mortem, cùm instans illud vitæ adscribatur, non morti, *l. qui duos, 18. §. 1. de manum. testa. l. vlt. de condic. instit.* Denique, testator non se interponit inter delationem hominis, & hereditatem: sed lex ipsa, quæ confirmat testamentum hominis, & posteà inducit, defertq; hereditatem. Debuit igitur Bartolus dicere, testamentariam hereditatem deferri, primùm ab homine, deinde, ac proinde immediatè à lege. Legitimam verò intestati à sola lege, cui idcirco soli adscribenda est, non vt testamentaria homini, & legi. Aliud enim est dicere, hereditatem aliquam deferri à lege immediatè, aliud verò deferri à lege sola. Effectus autem, qui vnam tantùm causam habet, plus debet suæ causæ, quàm alterutri debere possit, qui duas habet, quoniam causa, quæ est vnica, completa est, plures verò concurrentes sunt incompletę singulę. Obseruandum autem est in hoc societatis contractu, nunquam disputari, quomodo in cęteris omnibus contractibus plerunque disputatur, contra quem fieri debeat interpretatio, quia par omnium contrahentium, & sociorum causa est, & vtrique vna & eadem actio competit, quę dicitur *Pro socio*, nec vnquam dici potest, cui potiùs sociorum imputandum sit, cur apertiùs legem non dixerit. Quod in cęteris omnibus contractibus diuersum est, *l. veteribus, 39. supr. de pact. l. Labeo, 21. infr. tit. prox.*

a *Si qua iusta hereditas.* RAT. DVB. Viuentis nulla est hereditas, vt modo diximus ex *l. 1. infr. de hered. vel act. vendit. l. 1. Pro hered.* Atqui pactum hoc ad eas hereditates pertinet quæ obuenient, ac proinde ad hereditates earum personarum quæ adhuc viuant. Ergo pactum valere non potest, tanquam de ea re factum quæ non sit.

DEC. Etiam de futuris rebus pacisci & con-

BIU Cujas

trahere possumus, dummodo in futurum pactio conferatur *l. nec emptio 8. inf. tit. prox.* Habet enim huiusmodi conuentio tacitam conditionem, & tum quoque cùm expressa non est figura condicionis: attamen recipit dilationem ex re ipsa, vt in *l. interdum 73 infr. de verb. oblig.* Pactum ergo de futura hereditate communicãda valet, quia in id tempus confertur, quo hereditas erit & obuenerit, magisq; inspiciendum est in quod tempus conferatur dispositio quàm quo fiat *l. Stichus 39. infr. de manum. testam. l. quod sponsæ 4. C. de donat. ant. nupt.* Intellige tamen cum Accursio de hereditate futura incerti hominis: nec enim valeret pactum de futura hereditate viuentis tanquã factum per nimiam festinationem contra ius gentium, vt Papinianus loquitur in *l. donari 29. §. donationem & l. seq. infr. de donat.* Improbus enim est qui sollicitum se præbet de hereditate viuentis *l. 2. §. interdum de vulg. & pupill. substit. l. 2. §. vlt. de his quæ vt indign. l. 1. §. si impubere decollat. bon.* Nisi proponas interuenisse consensum Titij, de cuius hereditate inter alios agebatur. Quo casu placuit Iustiniano valere pactionem in *l. vlt. C. de pact.*

3 ¶ Societas, si dolo malo, aut fraudandi causa coita sit, ipso iure nullius momenti est: quia fides bona contraria est fraudi, & dolo.

Ad §. vlt. societas.

RAT. DVB. Dolus, si quis in ipso contractu interuenerit, vindicatur ipso iure & æquitate iudicij bonæ fidei, si modò contractus bonæ fidei fuit. Hoc enim est quod toties iactari solet. Bonæ fidei iudicijs & actiones & exceptiones doli inesse *l. sed & si ideo 21. infr. solut. matr. l. huiusmodi 84. §. qui seruum de legat. 1.* Atqui non posset vindicari dolus per actionem bonæ fidei, si dolus faceret vt contractus bonæ fidei non valeret. Nec enim ex contractu nullo & inualido vlla actio nasci potest. Ergo non impedit dolus, quominus valeat contractus societatis, etiamsi dolo malo & fraudandi causa societas coita proponatur.

DEC. Nihil tam contrarium est bonæ fidei quàm dolus *l. si dolo 5. C. de dolo rescind. vendit.* Atqui societas contractus est bonæ fidei, si quis vsquam alius, exigitq; exuberantiorem bonam fidem quã alius vllus ex cæteris *l. in proposita 78. infr. hoc tit. l. 3. C. eod.* Ergo fieri nequit vt societas subsistat, quæ dolo malo ac fraudandi animo coita sit. Intelligimus enim de dolo qui causam dederit societati contrahendæ, non autem qui in societatem inciderit. Illa verò distinctio, vt receptissima, ita verissima est: Multùm referre an dolus causam dederit contractui bonæ fidei, quo casu id obtinet, quod hic scriptum est: Contractum nullius esse momenti *l. & eleganter 7. in princ. sup. de dolo*, vbi diximus, an verò inciderit in contractum, quo casu non fit contractus nullus: sed æquitate iudicij dolus vindicatur, *l. in hoc iudicium 14. §. 1. supr. commun. diuid.* Dicitur autem dolus dedisse causam contractui, cùm in hoc ipso quis circumscriptus est, vt contraheret, qui non aliàs fuerat contracturus *d. l. & eleganter.* In strictis verò iudiciis vindicatur quidem æquè dolus, quia bona fides quæ opponitur dolo in contractibus omnibus quantumlibet strictis desideratur *l. bonam fidem 4. C. de oblig. & action.* sed non eâdem ratione. Vindicatur enim opposita doli mali exceptione non ex sola iudicij æquitate quę nulla est in iis quę sũt stricti iuris *§. in bonæ fidei 26. Instit. de action.* Cæterùm dolus impunitus remanere numquam debet *l. procurator 8. §. 1. inf. de doli mali except.* Cùm ergo contractus societatis cui dolus causam dedit, nullius sit momenti ipso iure, non erit ad eum rescindendum necessaria in integrum restitutio, *l. in causæ 16. in princip. & §. 1. sup. de minor. l. 2. l. si quidem 11. C. de præd. minor.* Semper enim restitutio præsupponit contractum valere *d. l. in causæ. l. 3. C. si aduers. libert.* Videtur autem in hoc §. Paulus distinguere dolum à fraude, nec malè. Dolus enim bonus quidam est, fraus verò bona nulla. Interdum tamen latiùs patet interpretatio fraudis etiam quàm doli mali, vt comprehendat etiam dolũ qui sit in re ipsa, quãuis nullus ex proposito dolus sit, *l. si quis cùm aliter 35. de verb. oblig.*

4. MODESTINVS libro 3. Regularum.

SOcietatem coiri & re, & verbis, & per nuntium posse nos, dubium non est.

Ad l. Societatem 4.

RAT. DVB. Societas est ex numero eorum contractuum, qui nudo consensu non qui re aut verbis contrahuntur *l. 2. infr. de oblig. & action. & apud Iustin. tit. de oblig. ex consens.* Ergo non debuit Modestinus hic scribere societatem & re & verbis coiri posse, sed tantũ consensu.

DEC. Parum interest an verbis an facto ipso animus declaretur *l. non tantum 5. infr. rat. rem haber. l. si præcedente 58. §. 1. in fin. supr. tit. prox.* Duplex enim consensus est, vnus expressus, alius tacitus, qui tacito intellectu fieri intelligitur, vt Paulus loquitur in *l. creditor. 60. §. si inter eod. tit.* Nihil ergo vetat contractum qui solo consensu fiat, cuiusmodi est societas, non tantùm expresso cõsensu fieri, id est, qui verbis, nõ tamen solemnibus, vt in stipulatione, sed quibuscunque declaratus fuerit, sed etiam tacito qui ex re ipsa magis quàm ex verbis inducatur, quemadmodum & dissoluitur societas dissensu tacito non minùs quàm expresso. Atque ita benè locum hunc interpretatur Bartolus & post eum Cuiacius, ex *l. planè 37. & l. itaque 64. infr. hoc tit.* Vt sensus sit præter communionem illam rei alicuius quæ aut ex hereditate communiter pluribus delata aut ex legato vel ex emptione communi inducitur quæ propriè societas non est, sed tantùm communio, *l. vt sit 31. cum seqq. infr. hoc tit.* Esse duplicem societatem expressam, vnam, verbis, vt diximus, quibuscunque, dummodò ad consensum expressum declarandum idoneis contractam: Tacitam alteram, quæ colligatur ex actibus societati consonantibus, vt quia simul habitant, quæstus & lucra simul participant, damna communiter tolerant, si modò sint habiles ad contrahendam societatem. His enim omnibus cõcurrentibus, socij esse intelliguntur, & actiuè & passiuè, vt nostri vulgo tractant post Bartolum ad *l. Titium & Mauium 47. §. altero infr. de admin. tutor.* & ad

BIU Cujas

& ad l. cùm duobus 52. §. idem respondit infr. hoc tit. Non est quidē societas nisi quæ fit tractatu habito *l. nā cum tractatu 32. infr. hoc tit.* sed tractatus quoque vt consensus duplex esse potest, vnus expressus, alius tacitus, nec tantum inter præsentes contrahitur societas illa expressa, sed etiam inter absentes: per nuncium scilicet aut per epistolam, quod in cæteris contractibus qui solo consensu perficiuntur, generale est *l. 1. §. 1. supr. tit. prox. l. 1. §. vlt. infr. tit. prox. l. 2. de oblig. & action.* cùm æquè per nuncium & per epistolam voluntas declaretur. Quid enim aliud est nuncius quàm viua epistola; nisi nuncius tacitus, vt ex Epicteto docet Cuiacius?

1 ¶ Dissociamur renunciatione, morte, maxima capitis diminutione, & egestate.

Ad §. 1. Dissociamur.

RAT. DVB. Nihil tam naturale est, quàm vnumquodque dissolui eo modo quo colligatum est *l. nihil tam naturale 35. de regul. iur. l. prout 80. de solut.* Atqui societas solo consensu contrahitur vt modo diximus. Ergo & dissensu solo dissolui debet, non etiam morte neque capitis diminutione, neque egestate, vt nec cæteri contractus, qui consensu perficiuntur.

DEC. In societate multa sunt specialia quæ in cæteris contractibus etiam qui nudo consensu fiunt, locum non habent. Cæteri enim contractus non nisi mutuo vtriusque partis consensu dissoluuntur, societas verò alterutrius sola voluntate & renunciatione, nisi quod is qui intempestiuè renunciauit, hoc ipso tenetur in id omne quod interest eius cui renunciatum est *l. si conuenerit 14. l. actione 65. §. renunciare, iunct. l. verum est 63. §. vlt. infr.* Item societas dissoluitur morte *d. l. actione §. morte.* Cæteri contractus non item, excepto contractu mandati *l. inter causas 26.* vbi diximus *supr. tit. prox. l. viam veritatis 10. C. de locat.* Nimirum, quia in societate eligitur industria personæ *d. §. morte, iunct. §. societas §. soluitur Instit. hoc tit.* Industria autē finitur morte simul cū persona. Et quia homines intereunt nō tantū morte, sed etiam maxima aut media capitis diminutione quarū illa libertatem, hæc bona adimit cùm ciuitate *l. pen. infr. de extraord. cognit. l. tutelas 7. §. vlt. supr. de capit. minut.* Ideò dicimus etiam capitis diminutione scilicet maxima vel media tantùm, non etiam minima societatem dissolui *d. l. verum est §. vlt.* Ergo & per egestatem id est bonorum vniuersorum publicationem solui societatem dicendum est *d. l. actione 65. §. publicatione infr. hoc tit. d. l. tutelas 7. §. vlt. de capit. minut.* Idem est, si quis ex socijs mole æris alieni oppressus bonis suis cesserit, & ita eius bona vendita sint *d. l. actione §. 1. & §. item si quis Instit. hoc tit.* Et de hac egestate malo hunc locum intelligere, quàm de publicatione bonorum, quæ vulgo capitis diminutionem maximam aut mediā concomitatur, licèt non sit nouum, vt etiam salua libertate & ciuitate bona publicentur, vt aliquando in relegatorum persona contingit *l. relegatorum 7. §. ad tempus & seq. infr. de interd. & releg.* Est enim sola egestas proprius & separatus modus dissoluendæ societatis etiam citra bonorum publicationem & capitis diminutionem.

5. VLPIANVS libro 31. ad Edictum.

Societates contrahuntur siue vniuersorum bonorum, siue negotiationis alicuius, siue vectigalis,[a] siue etiam rei vnius.

Ad l. societates 5.

RAT. DVB. Potest etiam contrahi societas bonorum indistinctè & indefinitè non addito signo vniuersali *omnium* vel quod idem est *vniuersorum l. coiri 7. infr. hoc tit.* Ergo neque hunc casum debuit Vlpianus prætermittere.

DEC. Cùm coitur societas simpliciter & indistinctè, videtur coiri vniuersorum, licèt id adiectum non sit *d. l. coiri* quamuis multum interfit an id expressum sit in coeunda societate, an non, quia priore casu & hereditas & legatum, & quod donatum est aut quaqua ratione acquisitum communioni acquiritur. Posteriore verò non item *l. 3. §. 1.* vbi diximus *supr.* Itaque placet quod hic ex Ferrariensi Gothofredus notat, Prudentius facere notarios qui addunt, societatem generalem cōtrahi super bonis omnib. præsentibus & futuris, quocunq; modo, licito tamen & honesto acquisitis, & acquirēdis tam ex industria quā ex fortuna, & tam ex contractib. inter viuos, quàm ex vltimis voluntatibus, vt omnia includantur, nec dubitationi locus supersit, an aliquid sit quod in tam vniuersali societate includi non debeat. Hæc porrò societas bonorum omnium siue totorum siue vniuersorum illa est quam Græci κοινωνίαν appellant, vt Iustinianus ait in *princip. huius tit. Instit. siue negotiationis alicuius.* Exemplum adfert Iustinianus initio huius *tit. in Instit.* Si mancipiorum emēdorum ac vendendorum societas contracta sit aut olei aut vini, aut frumenti emendi, vendendique. Alia exempla peti possunt ex *l. cùm duobus 52. §. quidam sagariam 4. & seq. infr. hoc tit.* vbi agitur de societate contracta in negotiatione sagaria & argentariæ, in quo genere societatis ita ius est, vt ea tantum communicanda sint quę ex illius negotiationis causa proueniunt, nō quæ aliunde, id est, vel ex industria personæ, vel ex fortuna. *d. l. cùm duobus §. cùm duo 5.*

a *Siue etiam rei vnius.* Puta equi vendendi, aut alterius certę speciei, vt hæc societatis species diuersa sit à societate negotiationis, de qua proximè diximus, quę ad certum genus non ad certam speciem pertinet. Quamuis & hæc quoque negotiationis species quædam sit, sed specialior.

1 ¶ Societas autem coiri potest, & valet etiam inter eos, qui non sunt æquis facultatibus: cùm plerumque pauperior opera suppleat, quantum ei per comparationem patrimonij deest.

BIU Cujas

Ad §. 1. Societas autem.

RAT. DVB. In societate commune esse debet lucrum & damnum, & quidem pro paribus, & æquis partibus §. 1. *Instit. hoc tit.* Igitur & sociorum partes pares ac æquales esse debent, ne alioqui leonina societas inter eos contracta esse videatur.

DEC. In omni societate contrahenda eligitur potissimùm industria personæ, vt diximus in præcedentibus. Plerunque autem pauperior ex industria & opera sua supplet quantum ex patrimonij comparatione ei deest. Quo casu operam vnius pro pecunia valere conueniens est, vt ait Iustinianus in §. *de illa sanè Instit. hoc tit.* vbi addit sæpè accidere, vt quorundam opera tam preciosa sit in societate, vt eos iustum sit meliore condicione in societatem admitti, ideóque meritò improbatam fuisse Quinti Mucij sententiam, qui pactum hoc contra naturam societatis esse putabat. Inde Accursius noster notat, æquè nobilitatem per eruditionem suppleri posse, vt in collegium Canonicorum in quod soli nobiles admitti debeant, etiam ignobiles dummodò benè literati adsciri possint. Iunge *l. si non fuerint* 29. *infr. hoc tit.*

2 ¶ Donationis causa societas rectè non contrahitur.

Ad §. 2. Donationis.

RAT. DVB. In traditionibus rerum quodcunque pactum interpositum sit, id valere debet *l. in traditionib.* 48. *supr. de pact.* Atqui in societate traditio quædam tacita interuenire creditur, cuius potestate fit, vt bona omnia communicentur. *l. 2. sup.* Ergo si donationis causa cõtracta sit, societas non eo minùs valere debet saltem inter eas personas inter quas donatio prohibita non est. Quomodo in emptione distinguit Vlpianus in *l. si quis donationis* 38. *infr. tit. prox.*

DEC. Implicat contradictionem, vt aliquis contractus ita fiat ne cum sua ipsius natura cõsentiat, nec proinde potest valere pactum in contractu appositum, quod contra eiusdem contractus naturam sit, vt Quintus Mucius Scæuola dicebat in §. *de illa Instit. hoc tit.* vbi licèt Quinti Mucij sententia reprehendatur in eo quod putabat non valere societatem ita contractam, vt vnus ex sociis pecuniam, alius operam & industriam conferat, eius tamen ratio non reprehenditur, sed rationis tantùm applicatio, negante Seruio Sulpitio contra naturam societatis esse illam conuentionem. Atqui cõtra societatis naturam est, vt quis donationis causa socium sibi adsciscat; puta ea lege, vt neque pecuniæ neque operæ quicquam alius in societatem conferat, & tamen lucri partem habeat, nullam damni. Mera enim hæc donatio est non societas, sunt autem separati contractus donationis & societatis, neque in vnum eundémque contractum confluere ac permisceri possunt. Ergo donationis causa societas contrahi nullomodo potest, nimirum ita, vt vniuersa societas donationis causa fiat, nam si conuenerit, vt donationis causa maiorem lucri partem alter ex sociis habeat quàm ex vulgaribus societatis regulis habere deberet aut minorem partem damni, dubitandum non est meo iudicio, quin valeat societas. Quomodo in emptione distinguit idem Vlpianus noster in *d. l. si quis donationis.* Nam & alia distinctio illa recipienda est, an inter coniuges inita sit societas, an inter extraneos, vt inter extraneos valeat, inter coniuges verò non valeat, *l. 5. §. generaliter & §. circa venditionem infr. de donat. int. vir. & vxor.* An ergo contractus hic qui societatis iure valere non potest, valebit tamen iure donationis? Ita putat Accursius, nec malè, si nihil aliud, inquit, donationem impediat ex *l. empti* 8. *C. de contr. empt.*

6. POMPONIVS libro 6. ad Sabinum.

SI societatem mecum coieris ea condicione, vt partes societatis constitueres: ad boni viri arbitrium ea res redigenda est: & conueniens est viri boni arbitrio, vt non vtique ex æquis partibus socij simus: veluti si alter plus operæ, & industriæ, alter plus pecuniæ in societatem collaturus sit.

Ad l. Si societatem 6.

RAT. DVB. Non valet conuentio in vnius ex contrahentibus arbitrium collata condicione *l. in vendentis* 13. *C. de contr empt. l. sub hac condicione* 8. *infr. de oblig. & act. l. stipulatio* 17. *de verb. oblig.* Atqui constitutio partium lucri & damni ad societatis essentiam maximè pertinet, vt constat ex hac lege & *l. si non fuerint* 29. *& pass. hoc tit. §. de illa Instit. eod.* Ergo si societatem mecum coieris ea condicione, vt partes societatis constituerès, non rectè societas contracta videri potest.

DEC. In contractibus bonæ fidei facienda semper est interpretatio ex bona fide, & ità vt contractus valeat potiùs quàm pereat, nec tam spectemus quod dictum quàm quod actum est, *l. sed Celsus* 6. *§. 1. infr. tit. prox. l. semper in stipulationib.* 34. *de regul. iur.* Ergo si societatis condicio, & partium constitutio collata sit in voluntatem non vnius ex sociis, sed alterius tertij sic interpretanda conuentio est, vt ad viri boni arbitrium redigatur. Nam & idem in venditione obseruatur, *l. hæc venditio 7. infr. tit. prox. & in locatione & conductione l. si in lege* 24. *in princip. infr. locat.* vbi dicitur bonam fidem hoc exigere, vt arbitrium tale præstetur quale viro bono conuenit. Quid? An nõ bona fides exigit, vt in societate partes semper æquales fiant? Societatem enim & æquitatem semper maximè decet æqualitas, à qua & æquitatem ipsam quidam dictam volunt. Minimè verò. Fieri siquidem potest, vt alter ex sociis plus operæ vel industriæ conferat, alter verò plus pecuniæ, ob eámque causam necesse non est, vt societatis partes æquales fiant, cùm ex personarum & factorum circunstantiis æquius plerunque sit, inæquales eas esse. Quod quoniam in facto non in iure consistit, totum arbitrio boni viri relinquendum necessariò est, *l. mora* 32. *infr. de vsur.* Iunge *l. societatem 76. cum quatuor sequentib. infr. hoc tit.* & quæ ibi dicemus.

7. VLPIANVS libro 30 ad Sabinum.

COiri societatem & simpliciter licet, &, si non fuerit distinctum, videtur coita esse vniuersorum, quæ ex quæstu veniunt: hoc est, si quod lucrum ex emptione, venditione, locatione, conductione descendit.

Ad l. Coiri

BIU Cujas

Ad l. Coiri 7.

RAT. DVB. & DEC. Ad hanc legem iam attulimus ad *l.5.§.1.supr.* Nam cùm dici soleat indefinitam æquipollere vniuersali *l.si plures 98.de legat.3.* videbatur nihil referre, an societas bonorum simpliciter & indistinctè (sunt enim hæc synonyma, vt locus hic omnium optimè probat, & alij quos Bartolus hic congerit) contracta esset, id est nullo expressim addito vniuersali signo, an verò bonorum omnium vel vniuersorum vel totorum. Vt perinde his omnibus casibus in societatem veniant, & communicari debeant omnia quoquomodo postea dummodò iustè quæsita etiamsi ex fortuna, vt loquuntur, non ex opera, & industria personæ. Quod tamen non ita est. Societate namque simpliciter & indistinctè contracta, comprehenduntur quidem omnia quæ ex quęstu veniunt, id est, ex opera & industria personæ, vt lex sequens explicat, at non etiã illa quæ ex hereditate ac legato veniunt, aut ex donatione causa mortis, quæ tamen veniunt omnia in societatem omnium bonorum, aut totorum, aut vniuersorum *d.l.3.§.1.* Multùm enim refert, an quid tacitè contineatur, an verò verbis exprimatur, *l.si ita legatum 65.§.1. de legat.1.* Et quamuis regula iuris habeat expressa nocere, non expressa non nocere, *l. expressa 195.de reg.iur.* Non tamen nouum est, vt expressa prosint, quæ non expressa vel nocerent, vel saltem nõ prodessent. Interdum igitur, *Vt tacuisse iuuat, sic tacuisse nocet.* Exempla verò eorum quæ ex quæstu veniũt, adfert Vlpianus in lucris, quæ ex emptione & venditione aut ex locatione, & conductione descendunt. Quod enim his modis acquiritur, nõ tam ex re ipsa, quàm ex negotiatione quamuis propter rem ipsam acquiritur, *l. venditor 21. infr. de hered.vel act.vendit.*

8. PAVLVS libro 6. ad Sabinum.

QVæstus enim intelligitur, qui ex opera cuiusque descendit.

Ad l. Quæstus enim 8.

RAT. DVB. Quæstus videtur dictus ab acquirendo, vt proinde quicquid iustè ac licitè acquisitum est, quæstus nomine comprehendi rectè possit. Ius enim nostrum ex parte consistit in acquirendo, *l.vlt.supr.de legib.* Atqui non minùs iustè acquiritur quod ex legato vel donatione causa mortis, vel per successionem hereditariam, quàm quod ex causa emptionis & venditionis vel alterius cuiuslibet contractus acquiritur. Ergo quamuis nulla in eo versetur opera, & industria hominis, nõ eo minùs tamen quæstus appellatione contineri debet.

DEC. Non ab acquirendo, sed ab inquirendo quæstus dictus est, vnde & quæstores appellati quasi quæsitores *l.2.§. & cùm ærarium 22.de orig.iur.* Inquirendi autem verbum operam & diligentiam significat, & solertiam, vt Accursius explicat. Non ergo quæstus appellatione comprehendi potest, quod ex hereditate vel legato vel mortis causa donatione acquiritur, cùm etiam negligentibus & dormientibus, denique omnino ignorantibus ista acquirantur, nullóque ipsorum facto intercedente, *l.filiusfam.16.§.1.infr.qui testam.facer.poss.l.cùm pater 77.§.surdo & muto l.legatum 80. de legat.2.l.à Titio 64.de furt.* excepta hereditate, quæ extra causam suorum & necessariorum heredum nec ignorantibus nec inuitis acquiritur, *l. qui in aliena 6. in princip.infr.de acquir.hered.* Iunge *l.aditio 45.§.cùm quæstus eod.tit.l.duo societatem 72.§.vlt.hoc tit.* Alio sensu nomen operæ sumitur in *l.1.& tot.tit.infr.de oper.liber.& in tit.de oper.seruor.* quod & Accursius hîc notat, qui tamen malè quæstum interpretatur lucrum. Est enim generalius nomen lucri, & se habet ad quęstum, vt genus ad speciem *l.sed etsi 13.* vbi dicemus *infr.*

9. VLPIANVS libro 30. ad Sabinum.

NEc adiecit Sabinus, hæreditatem, vel legatum, vel donationes mortis causa, siue non mortis causa. fortassis hoc ideo, quia non sine causa obueniunt, sed ob meritum aliquod accedunt.

Ad l.Nec adiecit.9.

RAT. DVB. Etiam illa quæ ob meritum aliquod accedunt, ex opera & industria hominis accedere intelliguntur. Quænam enim maior opera & industria cuiusquam esse potest, quàm vt de aliis bene mereatur, atqui hereditas & legatum & donatio siue causa mortis, siue non causa mortis id est, inter viuos non nisi ob prędcedens aliquod meritum solent accedere, vt hic scriptum est & in *l. idem q; 12.§. vltim. supr.tit. prox l. viuus libertus 9. infr. si quid in fraud.patron.* Ergo etiam hæc appellatione quæstus comprehenduntur.

DEC. Quæstus ab inquirendo dictus est, vt scripsimus ad legem præcedentem, non ab acquirendo aut à merendo: nunquam enim meritũ causa proxima & immediata est acquisitionis, sed beneuolentia & liberalitas testatoris vel donatoris: dignus enim est decipi qui beneficium dat vt recipiat, inquit eleganter Seneca *libr.1. de benefic. cap.1.* Itaque licet meritum præcedat, acquisitio tamen, quæ subsequitur, nullam solertiam & diligentiam exigit. Proinde quæstus appellatione contineri non potest.

10. PAVLVS libro 6. ad Sabinum.

ET quia plerumque vel à parente, vel à liberto, quasi debita nobis hæreditas obuenit.

11. VLPIANVS libro 30. ad Sabinum.

ET ita de hereditate, legato, donatione Quintus Mucius scribit.

Ad l.Et quia 10.& l.Et ita 11.

RAT. DVB. Sola spes futuræ hereditatis aut futuri legati vel donationis neminem facit locupletiorem, cùm multis de causis possit accidere ne sperata hereditas adeóque delata vnquam acquiratur, *l.precia rerum 63.in fine principij infr.ad leg.falcid.* Ergo non eo minùs hereditas quæstus appellatione contineri debet, quod à parente vel à liberto alicui ex sociis obuenerit.

DEC. Cùm liberi parentibus succedunt aut patroni libertis penè ad propria bona veniunt *l.1.§. largius infr.de succes.edict.* Ratio enim naturalis qua-

BIU Cujas

si lex quædam tacita liberis hereditates patentum addicit *l. vlt. de bon. damnat.* Ratio autem ciuilis facit vt propter ius patriæ potestatis censeatur filius quodammodo dominus bonorum paternorum etiam viuo adhuc patre, nec hereditas vlla esse intelligatur, *l. in suis* 11. *de liber. & posthum.* Nec minus ferè iuris habet patronus in successione libertι, qui tam grande beneficium in libertum contulerit, *l. 1. de bon. libert.* & qui enim emancipando capacem fecerit acquirendi sibi, *l. 1. si à parent. quis manum. sit l. filio 7. vt legat. seu fideic. seruand. caus. caueat. l. 4. C. de obseq. patron. præst.* Meritò igitur huiusmodi hereditates dicuntur debitæ, hic à Paulo, & à Theodosio in *l. vltim. §. pen. Cod. de codicill.* vbi dicitur aliud esse, amittere debita, aliud verò lucra non capere.

12. PAVLVS libro ad Sabinum.

SEd nec æs alienum, nisi quod ex quæstu pendebit: veniet in rationem societatis.

Ad l. Sed nec æs alienum. 12.

RAT. DVB. Omne æs alienum quod manente societate cõtractum est, de communi soluendum est, *l. omne æs alienum 27. infr.* Ergo distinguendum non est, an æs alienum ex quæstu pendeat nécne. Qui enim *omne* dicit, nihil excipit *l. testatorem 68. deleg. 3.*

DEC. Iure societatis per socium ære alieno socius non obligatur nisi quatenus in causam & vtilitatem societatis & in communem arcam pecunia versa est, *l. iure societatis 82. infr. hoc tit.* Ergo si quid æris alieni contractum sit à socio qui quæstum fecit, & qui quæstus ac compendij societatem inierat vt in *l. duo societatem 71. in fin. infr. hoc tit. l. aditio 45. §. cùm quæstus infr. de acquir. hered.* non ad aliud æs alienum teneri socius debet, quàm quòd ex quæstu pendeat, quod enim aliunde contractum est, nõ tam societatis quàm socij onus & æs alienum est: socius autem non ad æs alienum quod socij sit, tenetur, sed ad id tantùm quod sit societatis. Et ita intelligi debet quod scriptum est in *d. l. omne 27. infr.* Æs autem alienum intellige quod aliis debemus, æs suum verò, aut potiùs nóstrum quod alij nobis debent, *l. cedere diem 213. §. 1. de verb. signific.*

13. IDEM libro 32. ad Edictum.

SEd & si adiiciatur, vt & quæstus, & lucri socij sint: verum est, non ad aliud lucrum, quàm quod ex quæstu venit, hanc quoque adiectionem pertinere.

Ad l. Sed etsi adiiciatur. 13.

RAT. DVBIT. Latiùs patet appellatio lucri quàm quęstus, quia omnis quæstus lucrum est. Sed non similiter è contrario, omne lucrum quæstus est *l. quæstus 8. supr.* Séque habet lucrum ad quæstum, vt genus ad speciẽ. Ergo si inter socios cõuenerit in coeunda societate, vt & quæstus & lucri socij sint, dicendum est ad aliud quoque lucrum quàm quod ex quæstu veniat, adiectionem hanc pertinere, nec alioqui fatendum sit lucri mentionem frustrà, & inutiliter adiectam esse, quod absurdum esset, cùm verba improprianda sint potiùs quàm, vt nihil operentur, *l. si quando 109. delegat. 1.* maximè cum id quod adiectum est, latiorem habet significationem vt in *l. si stipulatus 4. in princip. infr. de vsur.*

DEC. Species addita generi siue priore siue posteriore loco addita sit, restringit significationem generis, vt Bartolus hîc notat ex *l. vlt. §. 1. infr. de tritic. vin. & oleo legat.* Idq; ex præsumpta contrahentium volũtate vt ait Bartolus. Longéq; aliud est, cùm verba sunt omnino diuersa, vt Bartolus loquitur, id est nullũ inter se habentia ordinem generis & speciei vt in *d. l. si quando & d. l. si stipulatus.* Atqui lucrum & quæstus se habent tanquam genus & species, vt diximus. Ergo coita societate quæstus, licet adiecta sit mentio lucri, non de alio tamen lucro sensisse contrahentes videri debent, quàm quod ex quæstu veniat, vt generis significatio per speciem restringatur. Nec enim necesse est, vt verbum adiectum verbo adiiciat aliquid sensui, quomodo Accursius hîc notat. Idem enim contingit quoties ex pluribus verbis aliquod abundat. Quanquam nolo cum Accursio dicere alterutrum ex his verbis, *lucri & quæstus* omnino abundare. Abundat enim fateor dictio *lucri* quæ nihil adiicit sensui, sed non abundat dictio *quæstus* quæ facit, vt lucri appellatio alioqui generalior, restringatur. Idem est, etiamsi lucri quæstus & compendij societas coita sit, vt in *l. duo societatem 71. §. 1. infr.*

14. VLPIANVS libro 30. ad Sabinum.

SI conuenerit inter socios, ne intra certum tempus communis res diuidatur: non videtur conuenisse, ne societate abeatur. [a] quid tamen, si hoc conuenit, ne abeatur: an valeat? eleganter Pomponius scripsit, frustra hoc conuenire. nam, etsi non conuenit, si tamen intempestiuè renuntietur societati, esse pro socio actionem, sed etsi conuenit, ne intra certum tempus societate abeatur, & ante tempus renuntietur: potest rationem habere renuntiatio. nec tenebitur pro socio qui ideò renuntiauit, quia condicio quædam, qua societas erat coita, ei non præstatur. aut quid, si ita iniuriosus, & damnosus socius sit, vt non expediat, eum pati?

15. POMPO-

BIU Cujas

15. POMPONIVS libro 13. ad Sabinum.

VEL quod ea re frui non liceat, cuius gratia negotiatio suscepta sit.

Ad l. Si conuenerit 14. & l. Vel quod 15.

RAT. DVB. Non est societas sine communione, cùm ipso iure quasi per tacitam traditionem inducat bonorum inter socios communicationem *l. 1. & 2. sup. hoc tit.* Ergo si inter socios conuenerit ne intra certum tempus communis res diuidatur, hoc ipso conuenisse videtur, ne à societate abeatur.

DEC. Potest communio esse sine societate: cõmunio enim contrahitur reipsa. Societas verò nõ nisi tractatu habito, *l. vt sit 31. cum seqq. infr.* Nec quicquam vetat res manere communes, & nihilominùs societatem dirimi, *l. actione 65. § si post distractam 13. hoc tit. l. in hoc iudicium 14. § si inter supr. commun. diuid.* Est nam que communio velut genus, societas autem species communionis, & quidem præcipua ac nobilissima. Posito autem genere non statim ponitur species, licèt è contrario posita specie ponatur genus. Obseruandum autem est agi in hac lege de conuentione sic inita ne intra certum tempus communis res diuidatur, aut à societate abeatur, quia non valeret conuentio: Ne vnquam à communione vel à societate discederetur, siquidem nulla societatis aut alterius communionis in æternum coitio est, *l. nulla 70. hoc tit.* propter discordias, quas materia communionis excitare solet *l. in re communi 26. sup. Vrban. præd. l. cùm pater 77. §. dulcissimis de legat. 2. d. l. in hoc iudicium 14. §. si conueniat sup. commun. diuid.*

a *Quid tamen si hoc conuenerit, ne abeatur.* RAT. DVB. In traditionibus rerum, quodcunque pactũ interpositum sit, id valere manifestissimum est *l. in traditionibus 48. supr. de pact.* Atqui in societate traditio quædam tacita interuenire intelligitur, per quam fit, vt sociorum bona omnia communicentur *l. 2. supr. hoc tit.* Ergo si in contrahenda societate conuenerit ne à societate abeatur intra certum tempus (hoc enim semper addendum est) dicendum videtur conuentionem valere.

DEC. Ea demum conuentio valere dicitur, quæ habet vtilem casum aliquem in quo vires & effectum habere possit *l. heres à debitore 21. §. cùm & tu infr. de fideiuss. l. Stichus 39. in fin. de manum. testã.* Alioqui frustrà & inutiliter adiicitur, quod adiectum nihil operatur. Atqui conuentio hæc nullũ habet casum vtilem, quia etiamsi adiecta non sit, si tamen vnus ex sociis intempestiuè societati renunciauerit, id est, eo tempore quo alterius socij iam interesse cœperat, ne tum renunciaretur, quomodo Paulus explicat in *l. actione 65. §. Labeo autem 5. infr. hoc tit.* placet teneri renunciantem actione Pro socio in id omne quod socij interesset, *l. sed & socius 17. §. vlt. hoc tit.* Si verò tempestiuè renunciatũ sit societati, quamuis intra tempus, intra quod cõuenerat ne è societate abiretur, certũ est renunciationẽ valere nõ ob id solũ quòd nihil interfit eius cui renũciatũ est, sed etiã quòd vtriusq; interfit à societate recedi, vt Accursius noster benè notat. Tẽpestiuè namq; tũ facta renũciatio intelligitur, cùm is qui renunciat, iustam aliquã habet causam renunciãdi, puta ex iis quæ ponuntur in fine huius legis & in legibus sequentibus. Et hoc est, quod Vlpianus in hac lege subiicit, etiamsi conuenerit ne ante certum tempus à societate abeatur, & ante id tempus renuncietur societati, posse tamen renunciationem habere rationem, nec teneri pro socio eum qui ideò renunciauit, quòd condicio quædam, id est, conuentio, qua societas coita erat, i. si non præstaretur, aut si tam iniurioſus & damnosus sit socius, vt non expediat eum pati. Nam etsi expressè conuenisset, vt his quoque casibus non liceret à societate discedere, non posset valere conuentio tanquam quæ contra bonam fidem facta esset. Non enim ex bona fide est, vt ea societas duret ex qua nihil nisi rixas & damna sperare alter ex sociis possit, cùm & societates & cæteri contractus omnes non nisi lucri & commodi alicuius captandi gratia fiant, *l. actionum 25. §. 1. infr. de oblig. & action.* Adeò vt nec aliud probandum sit, si pater diuisionem inter liberos etiam ad certum vsque tempus fieri prohibuerit, aut si pupillus vel minor socium rixosum, & damnosum ad diuisionem prouocare velit de quo nostri tractant ad *l. iubemus 14. C. de sacros. eccles.* Idem iuris est & in aliis casibus, de quibus in proximis legibus sequentibus. Maximè verò si ea re frui non liceat cuius negotiatio suscepta est, siue vi maiore id cõtingat siue qua alia de causa, tametsi nulla sociorum culpa interuenerit. Sicut enim nulla emptio intelligi potest, si nulla sit res quæ veneat, *l. nec emptio 8. infr. tit. prox.* ita nec vlla societas negotiationis, si ea re vti frui non liceat cuius gratia negotiatio suscepta est. Iam enim diximus posse societatem contrahi, non modò vniuersorum bonorum, aut vnius rei cuiuspiam, sed etiam alicuius negotiationis, *l. societates 5. supr.*

16. VLPIANVS libro 30. ad Sabinum.

IDémq; erit dicendum, si socius renuntiauerit societati, qui reipublicæ causã diu & inuitus sit abfuturus, quãuis nõnunquã ei obiici possit, quia potuit & per aliũ societatẽ administrare, vel socio cõmittere. sed hoc non aliàs, nisi valde sit idoneus socius, aut facilis abfuturo etiã per alium societatis administratio.

Ad l. Idémq; 16.

RAT. DVB. Etiamsi is qui renunciauit societati, diu & inuitus Reipublicę causa abfuturus sit, non tamen videtur satis iusta ea causa renunciandæ societatis, cùm vel totam societatem possit socio committere, vel etiam per alium quamuis extraneum puta per procuratorem gerere & administrare societatem. Quid enim refert an per se administret, an per alium? *l. ita autem 5. §. quòd si quis infr. de admin. tutor.* Ergo non debuit hic casus iungi cæteris, de quibus in legibus præcedentibus.

DEC. Non semper tam idoneus est socius vt ei soli administrationem societatis facile concedere alter socius debeat: nec rursus tam facile expeditúmq; est abfuturo socio etiam per alium extraneum rem administrare, quia tam idoneum esse

BIU Cujas

illum oportet, vt non minùs industriæ ac diligentiæ habeat quam habet is qui abfuturus est ne per eum deterior fiat causa socij & societatis præter id quòd prudentiùs certè facit quisquis per se rem suam aut communem administrare mauult, quàm per alium, ac proinde is etiam qui administrationem quam per se facere non potest, mauult deserere, si possit, quàm aliena fide & manu periculo suo exercere. Fuit olim eadem causa iusta renunciandi etiam matrimonij olim cùm libera erant repudia, & hodie quoque si sponsalia tantùm præcesserint per verba de futuro, id est, si de matrimonio agatur nondum contracto, sed contrahendo, *l. 2. C. de repud.* Hinc notat Bartolus, nec improbabiliter, quoties quis alium mittere iubetur puta procuratorem, aut medicum, aut aduocatum, aut institorem, vt in *l. si ab hostibus* 10. §. 1. *infr. solut. matr. l. Papinianus* 20. *supr. de minor.* debere id ita intelligi si facilè idoneũ reperire potuit quem mitteret: Ideoq; probandi onus ei incumbere qui dicit idoneũ reperiri facilè potuisse, nisi ex loci & ciuitatis amplitudine præsumi possit non fuisse difficile eius condicionis homines, & quidem idoneos inuenire. Quod ipsum tamen restringit Bartolus ad aduocatos procuratores & medicos non etiam ad institores, quod isti vnico tantum negotio possint eodem tempore insistere non pluribus vt cæteri non malè. Quamuis ex factorum, temporum, locorum, & personarum circumstantiis totum hoc maximè pendeat.

1 ¶ Qui igitur paciscitur, ne diuidatur, nisi aliqua iusta ratio intercedat: nec vendere poterit, nec alia ratione efficiet, vt diuidatur. sed sanè potest dici, venditionem quidem non impediri, sed exceptionem aduersus emptorem locum habere, si ante diuidat, quàm diuideret is, qui vendidit.

Ad §. 1. Qui igitur.

RAT. DVB. Pacta inter alios inita aliis neque prodesse debent neque nocere *l. si vnus* 27. §. *pacta quæ turpem vers. ante omnia l. vlt. supr. de pact.* Ergo si inter socios conuenerit ne intra certum tempus res communis diuidatur, aut à societate abeatur, & vnus ex sociis partem suam vendiderit (nec enim prohibetur vendere) dicendum est non prohiberi emptorem prouocare socium ad diuisionem aut à societate recedere, cùm nihil ipse pepigerit.

DEC. Nemo plus iuris in alium transferre potest, quàm ipse habeat *vulg. l. nemo plus iuris* 54. *de regul. iur.* nec debet melior esse causa emptoris quàm fuerit venditoris *l. inuitus* 156. §. *plerumque iunct. l. quod ipsis* 143. *eod. tit.* Ergo si quis ex sociis pactus sit ne diuidatur & is partem suam extraneo vendiderit, dicendum est exceptionem pacti nocituram emptori si diuidere velit ante tempus intra quod conuenerat, ne diuidi posset. Non enim videtur alij, quàm ei qui pactus est, nocere pactum quod nocet emptori, non ipso iure, sed ope exceptionis, cùm is in locum & ius venditoris successerit, eiusq; personã in eo quod emit repræsentet, adeò vt etiã pactũ ei prosit in specie *l. si tibi* 17. §. *pactũ sup. de pact.* sic dicimus exceptionem rei iudicatæ transire à venditore in emptorem, *l. stà te* 9. §. *vlt. l. si mater* 11. §. *penult. l. iudicatæ* 19. §. 1. *de except. rei iudic.* Quanquam quod hic dicitur pactum socij eiusdemque venditoris emptori nocere, non ita accipi debet vt ex eiusmodi pacto emptor conueniri possit, quomodo socius posset actione Pro socio (nec enim is qui à socio emit ideò socius est) sed vt exceptione repelli possit propter pactum ab eo interpositum à quo emit: Socius enim qui vendidit, tenetur ipse actione Pro socio, quia hoc ipso contra pactionem commisit, vt ex lege prox. sequ. Accursius hîc notat. Ex quo intelligimus, eum qui pactus est, ne diuidatur societas, si posteà vendat, priusquàm diuidendi ratio aliqua iusta superuenerit, facere contra pactionem, cùm desinat esse socius, atque ita efficiat, vt à societate abeatur, nec eo magis tamen impediri venditionem, quominùs partis venditæ dominium trãseat in emptorem, ac proinde quod hîc scribitur, non posse illum qui sic pactus est, partem suam vendere, non ita accipiendum esse, vt venditio impediatur, sed, vt si vendat, hoc ipso committat aduersus pactionem. Denique, vt non possit salua pactione vendere. Cur verò non dicimus ipso iure nullam esse vẽditionem, vt pactioni stetur? vt in *l. si creditor*, 7. §. *vlt. infr. de distract. pignor.* Sed longè alia illius loci lectio, & sententia est, quàm nos docuimus in postrema parte Chiliadis nostræ *De error. pragmat.* & latiùs ad eum locum dicemus. Quòd si conuenerit de re aliqua non diuidẽda, quæ citrà societatem sit communis, cessat quidem ratio illa quam attulimus, quòd per huiusmodi venditionem fiat, vt à societate discedatur (neque enim partis venditio communionem tollit) perinde tamen verum est fieri contra pactionem, quia emptori liceret ipso iure ad diuisionem prouocare non obstante pactione inter alios facta, & quidem cum effectu si non accommodaremus emptori exceptionem. Sed quam obsecro? An pacti? an doli? Nec enim Vlpianus explicat. Puto doli potiùs, quæ subsidiaria est, quàm pacti, cùm nihil ipse pactus sit, *l. & heredi* 21. §. 1. *de pact.* Dolo enim nihilominùs facere videtur qui eo iure vti nolit, quo vti cogeretur is à quo ius habeat. Ita verò si locum hunc intelligas, non obstabit quod idẽ Vlpianus scribit in *l. in hoc iudicium* 14. §. *si inter socios supr. commun. diuid.* Si inter socios conuenerit ne intra certũ tẽpus societas diuideretur, dubiũ nõ esse quin ei liceat vẽdere, qui tali cõuẽtione tenetur. Ei namq; licet vẽdere, vt dominium partis suę trãsferat in emptorẽ, vtq; & emptorẽ sibi obliget & se emptori. Eidẽ verò non licet vendere salua pactione, & quin aduersus eã cõmittat, quod autem quis directo facere nõ potest, nec id facere permittendum est per quod indirectò ad illud perueniatur *l. scire oportet* 21. §. 1. *infr. de tutor. & curat. dat. l. oratio* 16. *infr. de sponsal. l. magis puto* 5. §. *si pupillus de reb. eor. qui sub. tutel.* Quid autem facilius esset quàm ei qui pactus esset de non diuidenda societate, conuentionẽ eludere si partẽ suã vendere ipsi impunè liceret? Et hoc est quod ex Paulo subiicitur in *l. seq.*

17. PAVLVS libro 6. ad Sabinum.

SEd & socius, qui alienauerit, contra pactionem accepit. committit, & tenetur societatis, aut communi diuidundo iudicio.

Ad l. Sed

Ad l. Sed & socius 17.

RAT. DVB. Actio nulla competere potest ei, cuius nihil interest, at ne quidem exceptio. Cùm & obligationes & actiones, & exceptiones omnes ad hoc comparatæ sint, vt vnusquisque sibi acquirat id, quod sua interest *l. stipulatio ista 38. §. alteri. l. 3. §. 1. de verb. oblig.* Atqui nihil interest socij, quod alter socius rem communem vendiderit etiam aduersus pactionem: cùm habiturus sit exceptionem doli aduersus emptorem, si velit ante conuentum tempus diuidere. Quid enim refert, an quis tutus sit ipso iure, an ope exceptionis? *l. nihil interest 112. de regul. iur.* Ergo, quamuis socius, qui alienauit, contra pactionem commiserit (sic enim legendum est, vt vulgo deleto verbo *accipit*, quod in Pandectis Florentinis malè additum est) non eò magis tamen societatis, aut communi diuidundo iudicio teneri debet.

DEC. Interest nostra, non tantùm exceptionem habere, sed etiam actionem ad consequendam indemnitatem: Cùm exceptioni locus esse non possit, nisi alio agente *l. 2. & 3. & pass. infr. de except.* difficile autem sit, vt agere velit is, qui aliqua exceptione summotum iri sciat, *l. 3. §. vlt. infr. de contr. tutel. & vtil. act.* Ergo quod exceptionem habere debeat socius contra emptorem, qui emit si priùs diuidere emptor velit, quàm diuidere venditor potuisset, non debet ei adimere actionem, quam contra socium eundemque venditorem habet ob factã venditionem aduersus pactum societatis. Actionem, inquam, aut Pro socio, aut Communi diuidundo: Pro socio, si conuenerat, ne societas diuideretur: Communi diuidundo, si conuenerat tantùm ne res communis, non autem, ne societas diuideretur. Nisi malis cum Accursio de vtili actione Communi diuidundo, locum hunc intelligere, quę subsidiaria est actioni Pro socio, cùm societas sublata est, manente communione ex *l. 1. supr. Commun. diuid.* quanquam prior interpretatio mihi probabilior videtur. Potest etiam huius actionis vtilitas esse in sumptibus factis in lite contra emptorem instituta, si fortè socius eos ab emptore seruare non potuerit, aut, quia non fuerit emptor ad eos sumptus condemnatus, aut, quia propter suam egestatem soluere eos non possit. Item, si quę damna passus sit socius ob factã diuisionem: cùm fortè agente emptore pactum probare non potuisset, quod nunc contra venditorem probare possit, vt Accursius hîc explicat ex *l. argentarius 10. §. cùm autem supr. de edend.*

1 ¶ Si absenti renuntiata societas sit: quoad is scierit, quod is adquisiuit, qui renuntiauit, in commune redigi debet: detrimentum autem solius eius esse, qui renuntiauerit: sed quod absens adquisiit, ad solum eum pertinere, detrimentum ab eo factum commune esse.

Ad §. 1. Si absenti.

RAT. DVB. Par & æqualis debet esse ratio lucri & damni, præsertim inter socios, cùm ex societatis natura & substantia sit, vt lucra & damna omnia pro iisdem portionibus communicentur. Ne alioqui leonina potiùs quàm iusta societas contracta videri possit *l. si non fuerint 29. §. vlt. infr.* Ergo etiamsi absenti societas renunciata sit, dicendum est, si renunciatio teneat, neque lucrum, neque damnum commune esse debere, sed cuiusque proprium, tãquam dissoluta societate, si verò non teneat renũciatio, quoad is scierit, cui renunciata est societas, commune vtriusque damnum & lucrum esse debere. Quis enim ferat renunciationem pro parte valere, & pro parte non valere? *l. nam absurdum 7. de bon libert.* Aut quid absurdius quàm ex contractu æquè principaliter vltro citroque obligatorio, qualis est contractus societatis, superesse obligationem & actionem ex vna tantum parte, non etiam ex altera? *l. 3. in fin. supr. tit. proxim. l. si vina 6. in fin. infr. de peric. & commod. rei vendit.*

DEC. Societas sicuti mutuo consensu contrahitur, ita nonnisi mutuo dissensu tolli in totum potest. Ex regula *l. nihil tam naturale 35. de reg. iur. l. prout 80. de solut. l. actione 65. §. diximus infr. hoc titul.* Ergo si vnus ex sociis, absente socio, renũciauerit societati, non potest priùs videri dissoluta societas in præiudicium absentis, quàm is sciuerit renunciationẽ: Ne sit in potestate vnius ex sociis, inscio altero, cõtractum vltro citroque obligatorium dissoluere. Ergo interim quod acquisiit is, qui renunciauit, in commune redigi debet, quasi manente adhuc societate, quantum ad eam, qui adhuc nescit renunciatam. Detrimentum autem eius esse debet, qui renunciauerit, cùm fecerit, quantum in eo fuit, vt societas exinde dissolueretur, eamque habuerit pro dissoluta. Quomodo esset dissoluta, si sola renunciantis voluntas spectãda esset? *arg. l. cùm tabulis 16. in princ.* secundũ illam emendationem, & interpretationem, quã nos ad eum locum attulimus *libr. 3. Coniect. cap. 14.* Ann on enim ex bona fide est, vt qui societati renũciauit, perinde habeatur quod ad ipsius incommodum & detrimentum pertinet, ac si valeret renunciatio, quum in ea causa se ipse cõstituerit, quã nec mutauerit re integra priùs quã aduersarius talem renunciationem admisisset *arg. l. si iudex 41. in fin. supr. de minor.* E contrario igitur quod absens medio tempore acquisiit, nesciẽs renunciatum fuisse hereditati, ad eum solum pertinebit. Detrimentum autem ab eo factum commune erit. Denique claudicat hic contractus, & habetur societas pro dissoluta ex parte renunciantis, nõ etiam ex parte socij, cui renunciatũ est, vt in *l. Iulianus 13. §. si quis à pupillo infr. de action. empt.* Is enim qui renuntiauit, à se quidẽ liberare sociũ suum, etiam ignoranter, potest: seipsum autẽ liberare à socio suo non potest *d. l. actione 65. §. diximus hoc tit.* Nimirum, si dolo malo renũciatio facta sit, vt ibidem docet Paulus, & post eum Iustinianus *in §. manet autem societas Inst. hoc tit.* Quomodo enim posset renuntiatio absentem & ignorantem afficere? Planè si socius, postquã renũtiationem sciuit, aliquid cõmuni nomine gesserit, nõ eò minùs id cõmunicare tenebitur, sed actione Communi diuidundo, non Pro socio, cùm finita sit societas, vt benè hîc notat Bartolus ex *l. vt in conductionibus 33. in fin. l. actione 65. §. si post distractam infr. hoc tit. l. si negotia 11. l. litis contestatæ 37. §. si pecuniæ supr. de negot. gest.*

2 ¶ In societate autem coeunda, nihil attinet de renuntiatione cauere eundem: quia ipso iure societatis intempestiua renũtiatio in æstimationem venit.

BIU Cujas

Ad §. vlt. In societate.

RAT. DVB. Conuentiones dant legem contractibus *l. 1. §. si conuenit supr. depos. l. in conuentionalibus 52. de verborum oblig. l. contractus 23. l. nec ex prætorio 27. de regul. iur.* Ergo in societate coeunda, si conuenerit vt societati renunciari non possit, vtile pactum videri debet, vt tanto minùs liceat renunciare societati.

DEC. Inutile pactum est, quo cauetur in coeunda societate, ne societati intempestiuè renunciare liceat: cùm ipso iure, id est, sola iuris potestate, nulloque hominis pacto, & facto interueniente intempestiua societatis renunciatio in æstimationem veniat, id est, in actionem Pro socio, per quã æstimetur quanti ob eam causam interfit eius, cui renunciatum est *l. si conuenerit* 14. vbi diximus *supr.* Si tamen tale quid conuenerit expressim dubitationis tollendæ gratia, ius commune ex eo non lædetur *l. qui mutuam 56. supr. tit. prox. l. quæ dubitationis 81. de reg. iur.*

18. POMPONIVS libro 13. ad Sabinum.

SI seruus societatem coierit: non sufficiet, si iubeatur à domino seruus abire à societate: sed socio renuntiandum est.

Ad l. Si seruus 18.

RAT. DVB. Cùm seruus societatem coiit, ius societatis acquiritur domino, non seruo, qui nullius iuris capax est, sed tantùm facti *l. nec seruus 41. sup. de pecul. l. qui heredi 44. infr. de condic. & demonstr.* nec proinde obligationis, aut actionis Pro socio, cùm ex contractu seruus obligari ciuiliter possit, vt vel agere queat, vel conueniri *l. serui 14. infr. de oblig. & act. l. nullomodo 7. inf. ad l. Cornel. de falsi. l. cum seruo 107. de reg. iur.* Ergo non seruus ipse renunciare societati debet; sed dominus, cuius totum lucrum & damnum est, quod ex societate potest contingere, sufficitque vt dominus iubeat discedere seruum à societate.

DEC. Eius est societati renunciare, qui societatem contraxit, cùm in cõtractibus omnibus personæ contrahentium potissimùm spectandæ sint, sed maximè in societatibus, in quibus eligitur industria personæ, vt toties diximus. Contrahere enim facti est non iuris *l. consilio 7. §. vlt. infr. de curat. furios.* & similiter contractui renunciare. Quæ autem sunt facti, non transeunt ad dominum, sed in serui persona consistunt *d. l. qui heredi.* Nec serui dominus, socius est, sed seruus ipse. Ergo si societatem seruus coierit, non sufficit vt iubeatur à domino discedere à societate ad eam dissoluendam, sed necesse est socio renunciari, & quidem à seruo, non à domino, quippe quo etiam inuito contrahere seruus possit *l. si quis seruum 29. §. 1. sup. de pecul.* vt benè hîc Azo notat.

19. VLPIANVS libro 30. ad Sabinum.

QVi admittitur socius: ei tantùm socius est, qui admisit. & rectè: cùm enim societas consensu contrahatur: socius mihi esse non potest, quem ego socium esse nolui, quid ergo, si socius meus eum admisit? ei soli socius est.

20. IDEM libro 31. ad Edictum.

NAm socij mei socius, meus socius non est.

Ad l. Qui admittitur 19. & l. Nam 20.

RAT. DVB. Per societatem fit communicatio bonorum omnium inter socios *l. 1. §. 1. & l. 2. suprà.* Ergo, qui in societatis partem admittitur ab vno ex sociis, sicut bona sua omnia communicat ei à quo admittitur, ita & communicationem accipit bonorum ipsius omnium, ac proinde etiam illorũ, quæ alterius socij sunt, &, quæ cum socio, qui admisit, iam sunt communia. Ergo fieri non potest, vt qui ab vno ex sociis in socium admissus est, non etiam à cæteris omnibus admissus videatur.

DEC. Societas consensu perficitur *l. 2. de oblig. & action.* Ergo socius meus esse non potest is, quem socium meum esse nũquam volui, id est, cum quo vt socius meus esset, nunquam consensi. Sic namque interpretandum est verbum *nolui*, quo Vlpianus hîc vtitur, licet aliud sit nolle, aliud verò non velle, sicut & aliud est *velle*, aliud *non nolle, l. 3. de reg. iur. l. 4. de acquirend. hered.* Sufficit autem, vt socius non velit esse socius noui socij, quamuis nec nolit. Consensum enim expressum & positiuum præcedere necesse est in contractibus omnibus, qui consensu perficiuntur. Ergo, qui ab vno tantùm ex sociis in socium admissus est, aliorum socius esse non potest, qui consensum suum non accommodauerunt, & vt clariùs scriptum est in *l. sequen.* Socij mei socius, meus socius non est, *l. consilij 47. §. 1. de regul. iur.* Sicut nec libertus liberti mei libertus meus est *l. Modestinus 105. de verb. signific.* Sed tamen non impeditur, quominus ei socius sit à quo admissus fuit, cùm inter eos consensus ille interuenerit, qui fuit necessarius ad coeundam societatem. Indeq; fiunt cætera, quæ in legibus sequentibus subiiciuntur.

21. IDEM libro 30. ad Edictum.

ET quicquid fuerit de societate nostra consecutus: cum illo, qui eum adsumpsit, communicabit: nos cum eo non communicabimus: sed factum eius præstabitur societati: id est, aget socius, & societati præstabit, quod fuerit consecutus.

22. GAIVS

BIU Cujas

22. GAIVS libro 10. ad Edictum Prouinciale.

EX contrario factum quoque sociorum debet ei præstare, sicuti suum: quia ipse aduersus eos habet actionem. [a] Item certum est, nihil vetare, priùs inter eum, qui admiserit, & eum, qui admissus fuerit, societatis iudicio agi, quàm agi incipiat inter cæteros, & eum qui admiserit.

Ad l. Et quicquid 21. & seq. 22.

RAT. DVB. Contractus societatis vltro citroque est obligatorius, & quidem æquè principaliter, adeò vt ex vtraque parte nascatur vna tantùm eademque actio, & vnius nominis, quæ dicitur Pro socio. Ergo si quis ex sociis tertium admiserit, ignorante socio, nec eum socius admittere velit, condicio deferenda socio est, vt tertium illum, vel admittat in totum, vel in totum reiiciat. Non autem vt partim habeat eum pro socio, partim pro non socio. Quod tamen contingeret, si quicquid tertius ille fuerit de societate nostra consecutus cum illo, qui eum assumpsit, communicaret: nos autem cum eo non cõmunicaremus. Item si factum eius, qui admissus est, præstare cogeretur socius, qui eum admisit, & ob eam causam agere contra tertium, & societati nostræ præstare actione Pro socio, quod ille à Tertio propria actione Pro socio esset consecutus. Et ex contrario, si factum quoque sociorum Tertio, qui admissus est, præstare debeat is, qui eum admisit, quòd ipse aduersus eos quoque habeat actionem. Horum enim omnium nihil esset, si societas ab vno ex prioribus sociis, inscio altero contracta, aut valeret in totum, aut non valeret: quam tamen nonnisi absurdè possit dici, pro parte valere, & pro parte nõ valere *l. nam absurdum 7. infr. de bon. libert. l. cùm quæritur 16. de admin. tutor. l. cùm hereditate 55. de acquir. hæred. l. si ita 39. in fin. de oper. libert. l. 3. §. 1. sup. tit. prox.*

DEC. Cùm vnus ex pluribus sociis, inscio altero tertium aliquem admittit ad societatem, duæ sunt societates. Prior vna inter priores socios contracta, posterior altera inter vnum ex prioribus sociis, & illum tertium. Nihil igitur absurdi est diuersis respectibus, & ex diuersitate personarum alias, atque alias fieri præstationes, & alios aliis obligari, aliis non obligari. Societas igitur inter Primum & Tertium contracta, Secundo inscio, facere debet, vt inter Primum & Tertium lucra omnia communicanda sint, non etiam inter illos & Secundum, si cum Accursio ponas tres tantùm socios fuisse. Sed malo ponere quatuor, ex quibus Primus & Secundus non admiserint Quartum, quem Tertius solus assumpsit. Id enim omnino suadent verba illa huius legis *cum illo, qui eum assumpsit, communicabit. Nos cum eo non communicabimus.* At quod societas contracta est inter Tertium & Quartum, non etiam inter Primũ & Secundum cum Quarto, ea res facere debet, vt factum Quarti præstare Tertius debeat Primo & Secundo, & quod actione Pro socio consecutus à Quarto fuerit, totum id Primo & Secundo communicare. Rursus factum Primi & Secundi cogetur Tertius præstare Quarto, si quid illi in damnum societatis fecerint, quia habet contra ipsos eo nomine actionem. Nihil ergo in hoc fit contra communes societatis regulas, multò minùs contra æquitatem. Sed distinctio fit personarum & societatum, vt confusio euitetur.

a *Item certum est nihil vetare.* RAT. DVB. Inter socios omnes vtriusque societatis, sicuti mutuæ fiunt communicationes, durante vtraque societate, vt modò diximus. Ita ea dissoluta, communicationes quoque illas dissolui necesse est, in quo sociorum omnium vtilitas & damnum versatur. Vtramque igitur societatem eodem tempore dissolui necesse est, vt sine pecunia vllius eorum, quorum interest, dissolutio fiat.

DEC. Alia societas est, quam ponimus contractam fuisse inter Primum, Secundum & Tertium, alia verò, quæ inter Tertium & Quartum, vt proximè diximus. Nihil ergo vetat, manente vna dissolui alteram, & inter eum, qui admiserit, & eum, qui admissus fuit, id est, inter Tertium & Quartum societatis iudicio agi, quàm agi incipiat inter cæteros (sic enim legendum est, vt in Pand. Florent. non vt apud Accursium *eos*) & eum, qui admiserit.

23. VLPIANVS libro 30. ad Sabinum.

DE illo Pomponius dubitat: vtrum actionem eum mandare sociis sufficiat, vt, si facere ille non possit, nihil vltra sociis præstet: an verò indemnes eos præstare debeat, & puto, omnimodo eum teneri eius nomine, quem ipse solus admisit. quia difficile est negare, culpa ipsius admissum.

Ad l. de illo 23.

RAT. DVB. Quoties quis ob hoc solùm tenetur alteri, quod actionem aduersus alium habeat, non ad aliud tenetur quàm vt actiones, quas habet, præstet *l. quod debetur 51 in fin. supr. de pecul. l. si quid possessor 31. in princip. supr. de hered. petit.* Atqui in proposita specie socius Tertius, qui Quartum admisit, non alia de causa tenetur factum sociorum, scilicet primi & Secundi, perinde ac suum Quarto præstare, quàm, quia contra Primum & Secundum habeat Pro socio actionem, si quid illi contra societatis vtilitatem fecerint, vt scriptum est in lege proximè præcedente, *quia ipse aduersus eos habet actionem.* Et similiter Tertius, qui Quartum solus admisit, idcirco tenetur præstare Primo & Secundo factum Quarti, quem admisit, quòd perinde contra ipsum actionem Pro socio habeat. Ergo vtroque casu dicendum est solam cessionem actionis Pro socio sufficere, nec ad aliud, siue Primo & Secundo siue Quarto teneri Tertium, qui Quartum solus admisit.

BIU Cujas

DEC. Alia ratio est, quæ Tertium Quarto obligat vt præstet ei factũ Primi & Secundi. Alia verò, quæ Primo & Secundo Tertium obligat ob admissum in societatẽ Quartum iis ignorantibus. Priore casu obligatur Quarto Tertius, quòd expressa conuentione societatem cum eo contraxerit, cùm iam aliorum socius esset. In quo nulla Tertij culpa est, quod ad Quartum pertinet. Ideoq; puto, non ad aliud teneri hoc casu Tertium ex facto Primi & Secundi, quàm vt Quarto præstet actionem Pro socio, quam contra Primum & Secundum habet. At posteriore casu culpa aliqua est Tertij, quòd Quartum admiserit insciis cæteris. Nec enim debuit sociis ignorantibus nouum socium obtrudere. Ergo cùm ex culpa sua conueniatur à Primo & Secundo, vt præstet factũ Quarti, nõ debet ei sufficere vt mãdet Primo & Secundo actionẽ Pro socio, quam contra Quartum habet, sed omnimodo teneri debet, vt indemnes præstet eius nomine, id est, Quarti quem solus admisit. Quantũ verò interfit, an dicamus liberari Tertiũ sola cessione actionis: An verò præcisè obligetur ad præstandã indemnitatẽ: Ex eo intelligim⁹, ꝙ cũ sola cessionis actione liberatur, inutilis cessio est cessionario, si soci⁹ Quart⁹ facere nihil possit, cũ socius etiã cõdemnatus priuilegiũ habeat, ne vltra quã facere potest, cõueniatur *l. verũ est 63. inf. hoc tit.* Hinc apparet quod notat Bald⁹, Eũ qui culpę ratione tenetur, nõ liberari præstãdo actionẽ.

1 ¶ Idem quærit, an commodum, quod propter admissum socium accessit, compensari cum damno, quod culpa præbuit, debeat? & ait, compensandũ. quod non est verum. [a] nam & Marcellus libro sexto Digestorum scribit, si seruus vnius ex sociis, societati à domino præpositus, negligenter versatus sit: dominum societati, qui præposuerit, præstaturum, nec compensandum commodum, quod per seruum societati accessit, cum damno. & ita Diuum Marcum pronuntiasse. nec posse dici socio, *Abstine commodo, quod per seruum accessit, si damnum petis.*

Ad §. 1. Idem quærit.

RAT. DVB. Nõ intelligitur esse in lucro, nisi quod damno deducto supereſt, nec rursum in damno, nisi quod deducto lucro *l. Mucius 30. infr. hoc tit.* Ergo semper compensandum est lucrum cum damno, & damnũ cum lucro, vt in *l. si negotia 11. supr. de nego. gest.*

DEC. Compensatio vim & locum solutionis obtinet *l. si constat 4. C. de compensat.* Non potest autem solutio per liberationem contingere, quoties soluitur ex ea pecunia, quæ iam sit creditoris, aut saltem ipsi debita *l. si mandauero 22. § si mandauerim in fin. sup. titul. prox.* Porrò societatis lucra omnia inter socios cõmunicanda sunt tanquam ex industria socij acquisita. At non etiam dãna, quæ vnius ex sociis culpa contigerunt. Sic enim fieret compensatio culpæ vnius cum industria alterius, quod esset ridiculum. Culpam enim mutuam esse oportet, aut mutuam negligentiam, aut mutuum dolum, vt compensatio fieri possit *l. si ambo 10. supr. de compensat. l. viro 39. inf. solu. matr.* Non est igitur bona consecutio, vt damnum quod ex socij adsumpti culpa societati contigit, debeat compensari cum lucro quod ex eiusdem persona societati obuenerit, quia non eadem ratio hoc casu est lucri & damni, quãuis ex vna eademq; persona & lucri & damni occasio proficiscatur. Lõgeq; alia species est, quæ tractatur in *d. l. si negotia*, in qua compensatio fit lucri cum damno, quia non erat illud lucrum debitum absenti ab eo, qui negotia ipsius gessit, cui nec gerendi officium debebat. Ergo benè Pomponius à Marcello reprehensus est in eo, quod in proposita specie lucri & damni compensationem inter socios admittebat.

a *Nam & Marcellus libro sexto Digestorum scribit.* RAT. DVB. & DEC. ad hunc versiculum eadem est, quæ ad proximè præcedentem. Adfert enim Vlpianus hunc nouum casum ex Marcello, vt sententiam suam contra Pomponium probet. Casus autem ille est, Si seruus vnius ex sociis societati à domino præpositus negligenter versatus sit, ita vt ex negligentia & culpa sua damnum societati attulerit, & tamẽ lucrum quoque aliquod ex eiusdem serui negotiatione societati accesserit. Quo casu cũ ex facto quęreretur, an dominus, qui seruum negotiationi præposuisset, ideoq; damnum à seruo illatum præstare sociis debuisset, audiendus esset, volens damnum illud cum lucro compensare, quod per eundem seruum societati obuenerat, Diuus Marcus pronunciauit, non esse audiendum. Nec posse dicere socio, *Abstine commodo, quod per seruum accessit, si damnum petis.* Etsi enim regulare est, vt, qui damnum sentit, etiam lucrum sentire debeat, *l. si duorum 42. in fin. de action. empt. l. id quod 7. in princ. infr. de pericul. & commod. rei vẽdit. l. secundum naturam 10. de reg. iur. l. vnica. §. pro secundo C. de caduc. tollend.* Id tamen, tum obtinet, cùm lucri & damni par causa est, & vtrumque ex eodem fonte proficiscitur. In proposito autem longè dispar vtriusque ratio est, quia lucrum debetur sociis ex contractu ipso societatis. Nec tamen damnum ab iis præstandum est, cùm neque propria, neque communis culpa vlla is imputari possit, qui seruum hunc non præposuerũt, sed ei soli ex sociis, qui eum præposuit, quique dominus eius fuit. Nulla igitur ratio est, cur lucri cum damno fieri compensatio hoc casu debeat. Sic in *l. si adrogator 22. §. 1. in fin. sup. de adopt. l. si mulier 21. infr. de pact. dotal. l. vlt. in fin. C. de legit. tutel. tit. de legit. patron. tutel. in fin. l. ab administratione 8. C. de legat.* quos omnes locos adfert hîc Accursius licèt ab huius legis sententia satis alienos.

24. IDEM libro 31. ad Edictum.

PLanè si ambo socij seruum alterius præposuerint: non tenebitur dominus eius nomine, nisi duntaxat de peculio. commune enim periculum esse oportet, cùm ambo eum præposuerint.

Ad l. Planè si ambo 24.

RAT. DVB. Ex contractibus omnibus seruorum tenentur domini insolidum, si dominus iusserit & mandauerit cum seruo contrahi *l. 1. supr.*

Quod

Quod iuss. l. 1. Quod cum eo, qui in alien. potest. Atquin is, qui patitur iuberi & mandari, hoc ipso iubere & mandare videtur *l. qui patitur 18. supr. tit. prox.* Ergo si ambo socij seruum alterius, siue socij, siue extranei præposuerint societati, dicendum videtur teneri debere dominum eius serui nomine, non tantùm de peculio, quomodo tenetur etiam is qui prohibuerat seruo, ne contraheret *l. si quis seruum 29. in fin. supr. de pecul.* sed etiam in solidum.

DEC. Causa dominij nihil commune habet cum propositione serui, quę potissimùm inspicienda est, cùm quæritur quis factum serui præstare debeat. Cuius enim magis est factum ipsius præstare, quàm eorum, qui ipsum præposuerunt? Atqui ponimus præpositum fuisse societati seruum, non à domino, sed ab ipsis sociis. Idque absente domino. Quem tamen non modo scientem esse oporteret, ac patientem, sed etiam præsentem & consentientem, aut saltem non repugnantem, vt pro mandante haberi deberet, *d. l. qui patitur l. si remunerandi 6. §. si passus sim, & l. si pro te 40. eod. tit. mandat.* Ergo absurdum esset ex negotiatione mala serui proposiți dominum teneri sociis, qui ipsi eum præposuerunt. Planè, quin actione De peculio teneri dominus debeat dubitari non potest, cùm seruus dominum obliget de peculio, tum quoque cum prohibente domino cõtrahit *d. l. si quis seruum.* Vltra peculium verò commune debet esse periculorum eorum ex sociis, qui ipsum præposuerunt, *l. 1. in princip. §. magistrum & §. igitur præpositio & pass. suprà de exercit. actio.*

25. PAVLVS libro 6. ad Sabinum.

NOn ob eam rem minus ad periculum socij pertinet, quòd negligentia eius perisset, quòd in plerisque aliis industria eius societas aucta fuisset, & hoc ex appellatione imperator Antoninus pronuntiauit.

26. VLPIANVS libro 31. ad Edictum.

ET ideò, si socius quædam negligenter in societate egisset, in plerisque autem societatem auxisset, non compensatur impendium cum negligentia, vt Marcellus libro sexto digestorum scripsit.

Ad l. Non ob eam rem 25. & seq.

RAT. DVB. & DEC. ad hanc legem eadem est, quæ ad §. 1. *l. de illo 23. supr.* Cùm enim quæritur, an lucrum cum damno compensandum sit, de quo hîc tractatur, nihil interest, an vnus ex sociis per seipsum societati damnum dederit, siue alius ille ab eo admissus sit in socium ignorãtibus cæteris, an verò societati ab ipso præpositus fuerit. Quod & Accursius hîc notat. Vtroque enim casu idem iuris est, vt non fiat compensatio industriæ cum negligentia, quia industriam socius socio debet, ac proinde diligentiam, non negligentiam. Quod autem hinc idem Accursius infert, si dem tibi pecuniam ad aliquem perferẽdam, & eam perdideris, imputare me mihi debere, quia mala electio sit in culpa. Nisi, inquit, magis idoneum hominem eligere non potuerim. Quo casu magis est, vt excusandus sim *argum. l. eum qui 10. §. 1. & l. seq. supr. Commod.*

27. PAVLVS libro 6. ad Sabinum.

OMne æs alienum, quod manente societate contractum est, de communi soluendum est: [a] licet, posteaquàm societas distracta est, solutum sit. [b] igitur etsi sub condicione promiserat, & distracta societate, condicio extitit, ex communi soluendum est. [c] ideóque, si interim societas dirimatur, cautiones interponendæ sunt.

Ad l. Omne æs alienum 27.

RAT. DVB. Etiamsi per societatem vniuersalem fiat bonorum omnium communicatio, quasi traditione quadam tacita interueniente, nomina tamen in eodem statu manent, nec fieri potest, vt qui promisit vni ex sociis, debeat alteri *l. 1. 2. & 3. supr. l. 3. & 4. supr. famil. ercisc.* Ergo non omne æs alienum, quod manẽte societate contractum est, de communi soluendum est, sed de parte sola eius, qui debitum cõtraxit. Nec enim id agitur inter eos, qui societatem coeunt, vt æs alienum contrahant, sed è contrario vt societatem locupletiorem faciant, quæ per æs alienum semper fit pauperior *l. 1. §. 1. infrà de separat.* vnde dicitur æs alienum, quod nos aliis debemus *l. cedere diẽ 213. §. 1. de verb. sign.* ideoq; nec bona dicũtur, nisi deducto ære alieno *l. subsignatũ 39. §. 1. eo. tit.*

DEC. In coeunda societate id agitur, vt & lucra & damna omnia inter socios communicentur *l. si nõ fuerint 30. §. vlt. l. si vnus 67. in fine principij infr.* Lucrum autem non dicitur, nisi damno deducto *l. Mutius 30. eod.* Sicuti neq; bona, nisi deducto ære alieno *l. subsignatũ 39. §. bona de verb. sig.* Ergo æquissimum est omne æs alienum, quod manente societate contractum est, iure societatis & ex ea causa, quæ ad societatem pertineat (ita enim hæc lex accipienda est) solui de communi. Alioqui certum est iure societatis per socium ære alieno socium non obligari, nisi in communem arcam pecuniæ versæ sint *l. iure societatis 82. infr.* Iunge *l. sed nec æs alienum,* & quæ ibi scripsimus *supr. hoc tit.* Addit Paullus,

a *Licet posteaquam societas distracta est, solutum sit.* RAT. DVB. Quod fit post distractam societatẽ, nihil potest habere cum societate commune, neque de communi solui potest, quod iam nullum est *arg. l. actione 65. §. si post distractam infr. hoc titul.* Ergo si posteaquàm distracta societas est, solutum sit debitum aliquod, quamuis manente societate contractum, non potest superesse actio Pro socio, vt id soluatur de communi.

DEC. Non tam inspiciendũ est, quo tempore solutio fiat, quã ex qua causa, quoties solutio causã habet aliquã præcedentẽ *l. 1. infr. qui potior. in pignor. hab.*

BIU Cujas

Ergo si debitum manente societate ab vno ex sociis contractum sit, non eò minùs solui debet de communi, quod post distractam societatem à socio eodemq; debitore solutum sit. Itaque nihil refert, an eo tempore quo distrahebatur societas, soluendum adhuc fuerit, an verò iam solutum, quod nec Accursius negat.

b *Igitur & si sub conditione promiserat.* RAT. DVB. Quod sub condicione promissum est, non prius incipit deberi quàm condicio extiterit, *l. cedere diem 213. de verb. signific.* Ergo si condicio ante distractam societatem non extiterit, de communi soluendum debitum non erit, ne priùs quæri videatur de solutione quàm de obligatione.

DEC. Obligatio ex contractu, quamuis condicionali, nascitur ex ipso contractu, & radices agit in personis contrahentium priùs etiam quàm conditio existat, quia non est in potestate debitoris facere, ne debeat existente quandocunque condicione, *l. qui balneum 9. infr. Qui potior. in pignor. hab.* & cùm semel condicio existit, perinde habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, purè facta fuisset, *l. potior 11. §. videamus in fin. eod tit.* Vnde est quod ex cõdicionali stipulatione debitũ transmittitur ad heredem stipulatoris mortui ante condicionis euentum, *§. ex condicionali Instit. de verborum obligat.* In quo plus iuris habet quàm legatarius cõdicionalis, *l. is cui 42. de oblig. & action.* Nempe, quia in stipulando versatur factum stipulatoris, non etiam legatarij in acquirendo legato, vt in Coniecturarum nostrarum libris docuimus. Ergo benè Paulus hîc adiicit: Si vnus ex sociis manente societate aliquid promiserit sub condicione, quæ nonnisi post distractam societatem extiterit, de communi tamen id soluendum esse.

c *Ideóque si interim societas dirimatur.* RAT. DVB. eadem est, quæ ad versiculum præcedentem, nec alia quoque ratio decidendi. Sed tamen illa etiam dubitandi ratio specialior, quod ad cautiones interponendas pertinet, adferri potest, quod nemo superuacua cautione sit onerandus, & pro ea summa, quæ nondum sit debita, & quæ in eo est, vt fortasse nunquã debeatur *l. hæc stipulatio 14. §. 1. inf. vt legat. seu fideic. seruand. cauſ. caueat iunct. d. l. cedere diẽ, 213. de verb. sign.* Decidẽdi autem ratio specialior ex eo sumi potest, ex eo quod generaliter proditum est. In omnibus bonæ fidei iudiciis, cuiusmodi est iudicium *Pro socio*, cùm nondum dies præstandæ pecuniæ venit, si agatur ad interponendam cautionem ex iusta causa condemnationem fieri *l. in omnibus 41. supr. de iudic. l. pro socio 38. l. si vnus 67. in princip. infr. hoc tit.* Nascitur enim hoc ex bona fide, & summa æquitate, quæ non patitur, vt quod non debetur, nisi sub condicione, perinde solui statim debeat, ac si iam & purè deberetur, quia quod pendet, non pro eo est, quasi iam sit *l. is damnum dat 169. §. 1. de regu. iur.* Nec rursus, vt quia nondum certo debetur, nõ maior eius ratio haberi debeat quã si certum esset, nunquam debitum iri. Sufficit enim vt aliquo casu, & aliquo tempore deberi possit, & prospiciendum est etiam id, quod potest euenire *l. quod Seruius 8. in fin. supr. de condict. cauſ. dat. l. si quis domum 9. §. 1. versicul. idem quærit. infr. locat. l. pecuniam 36. supr. de reb. credit.* Æquissimum igitur temperamentum est, vt cautionibus res expediatur inter socios interponẽdis, vt existẽte quandocũq; cõdicione indemnis à sociis præstetur is, qui ex causa societatis sub cõditione se obligauerat. Iũge *l. si mãdauero tibi 22. in princ. sup. tit. prox. l. 2. §. 1. inf. de collat. bon. l. cũ socij 16. sup. Cõmu. diuid.* & quod subiicitur in *l. prox. seq.*

28. IDEM libro 60. ad Edictum.

SI socij simus, & vnus ex die pecuniam debeat, & diuidatur societas: non debet hoc deducere socius, quemadmodum præsens deberet. sed omnes diuidere, & cauere, cùm dies venerit, defensum iri socium.

Ad l. si socij 28.

Hæc lex eandem fere sententiam habet quam superior, ac proinde easdem propemodum, dubitandi & decidendi rationes. Nisi quod in superiori agitur de debito condicionali. Hîc verò de debito ex die, aut quod idem est, in diem. Inter quæ differentia hæc est, quòd ea, quæ in diem certum debentur, iam debentur, & certum est ea debitum iri, quia, & diem venturam esse, certum est, quamuis nondum peti possint *l. cedere diem 213. de verbor. signific.* cùm tamen in debitis condicionalibus, neque cedat, neque veniat dies antequam condicio extiterit, vt ibidem scriptum est. Ideò autem loquor de eo, quod debetur in diem certum, quia dies incertus parum à condicione distat, siue in stipulationibus *leg. stipulatio ista 38. §. inter incertam de verbor. obligat.* siue in testamentis *l. dies incertus 75. de condict. & demonstr.* Ideóque maior dubitandi ratio esse videbatur, vt quod vnus ex sociis alicui durante societate in diem certum promisisset, posset in societate distrahenda deducere, quemadmodum præsens debitum, & purum posset deducere, cùm certum sit adeò debitum iri, vt si ante diem solutum esset, reperi non posset *l. in diem debitor 10. supr. de condict. indeb.* Sed aliud tamen respondetur, quia quod in diem quantumuis certum debetur, sicut peti ante diem non potest, ita neque ante diem solui necesse est. Ergo, neque deduci, cùm deductio vim solutionis habeat *l. frater à fratre 38. §. 1. eod.* quemadmodum nec venire in compensationem *l. quod in diem 7. suprà de compensation.* Ergo socij omnes diuidere debebunt, & cauere defensum iri socium cùm dies venerit *l. si vnus 67. in princip. infr. l. si mandauero 22. in princ. sup. tit. prox.*

29. VLPIANVS libro 30. ad Edictum.

SI non fuerint partes societati adiectæ: æquas eas esse constat. Si verò placuerit, vt quis duas partes, vel tres habeat, alius vnam: an valeat? & placet valere: si modò aliquid plus contulerit societati, vel pecuniæ, vel operæ, vel cuiuscunque alterius rei causa.

Ad l. Si non fuerint 29.

Initium huius legis vix vllam dubitandi rationem admittere potest. Cùm enim nullæ lucri & damni partes in societate coeunda adscriptæ sunt, quænam

quænam obsecro aliæ esse possunt nisi æquales? Quòd si quis inæquales constituere vellet, quasnam posset constituere, quæ inæqualitatis huiusmodi rationem aliquam haberent? Est enim hoc ex eorum genere, quorum alia ratio reddi nulla potest, quàm quia nihil sit quod melius constitui possit, cuiusmodi pleraque in iure nostro alibi obseruauimus. Sed quod hic Vlpianus subiicit, si inter socios conuenerit, vt quis lucri duas vel tres partes habeat, alius vnam duntaxat, valere pactionem, si modò is qui plures partes habet, plus contulerit societati vel operæ vel pecuniæ vel alterius cuiuscunque rei. Hoc verò est, quod aliquam dubitationem recipere videtur. Illam videlicet, quòd contractus societatis specialem hanc naturam habeat, vt omnium sociorum par causa sit, & esse debeat. Vnde est quod ex vtroque latere vna tantùm eademque nascitur actio, quæ dicitur Pro socio, paris vtrinque potestatis non vna, Non vna directa, altera contraria, vt euenit in actionibus Commodati, Pignoratitia, Depositi & Mandati: Nec duæ diuersi nominis, quamuis æquè principales, vt in contractibus emptionis & conductionis, quomodo Cuiacius eleganter docuit in Paratitlis ad Tit. hunc Codicis. Ergo videtur esse contra naturam huius contractus, vt inter socios lucri & damni dispares & inæquales sint portiones. Alioqui non erit societas vera communio lucrorum & damnorum omnium. Quæ tamen natura & substantia tota est societatis, §. *prox. & l. si vnus 67. in fine principij infr.* Sed decidendi ratio est, quòd partium constitutio non tam ad naturam & essentiam, quàm ad effectum societatis pertinet. Non enim facit inæqualitas partium vt dispares sint præstationes quæ ex vtraque parte fiunt æquè principaliter eâdem Pro socio actione. Nam cùm etiam alterius tertij arbitrio constitui possint *leg. si societatem 6. supr.* quidni multo magis ipsorum contrahentiũ arbitrio constituentur? Neque verò æquitas semper suadet æqualitatem, quæ si in hoc maximè contractu semper seruanda esset, nihil dici posset iniquius, nihil inæqualius. Quid enim si alter sociorum plus in societatem conferat aut pecuniæ, aut industrię, aut alterius rei cuiuslibet? *d. l. si societatem.* Alioqui certè faciendum est cum Accursio & Azone, huiusmodi pactum non valiturum, vt probant verba illa huius legis *si modo aliquid plus contulerit societati*, quamuis dici soleat in omnibus contractibus: sed iis maximè qui sunt bonæ fidei, conuentionem dare legem contractui *l. 1. §. si conuenit supr. depositi. l. contractus 23. l. nec ex prætorio 27. De regul. iur. l. fundi partem 79. infr. Tit. prox.* Habet enim societas ius quoddam fraternitatis, vt scriptum est in *l. verum est 63. hoc tit.*

1. ¶ Ita coiri societatem posse, vt nullam partem damni aliter sentiat, lucrum verò commune sit. Cassius putat, quod ita demum valebit, (vt & Sabinus scribit) si tanti sit opera quanti damnum est, plerumque enim tanta est industria socij, vt plus societati conferat, quàm pecunia. Item si solus nauiget, si solus peregrinetur, si pericula solus subeat.

Ad §. 1. Ita coiri.

RAT. DVB. Societas nulla esse potest, nisi vbi lucri & damni communio aliqua est §. *prox. infr. l. si vnus 67. hoc tit.* Atqui nulla lucri communio est, si inter socios conuenerit, vt nullam partem damni alter sentiat, lucrum verò vtrique commune sit, Videturq; hæc societas proximè accedere ad leoninam, de qua in §. *seq.* quæ talis est, vt ex ea damnum vnus ex sociis totum expectet, nullum verò lucrum speret.

DEC. Potest opera vnius ex sociis & industria tanti esse quanti damnum est, id est, vt Accursius benè explicat, periculum damni subeundi. Quo casu compensatione facta damni cum industria, satis esse debet socio, qui vel nihil vel minus industriæ habeat, quod tamen lucri partem aliquam & æqualem sit habiturus. Nam nec lucrum vllum esse intelligitur, nisi deducto damno, nec è conuerso damnum vllum nisi deducto lucro, vt scriptum est in *l. seq.* Idque est, quod ex Cassio & Sabino Vlpianus hîc scribit rationis loco, Tanti esse operam plerunque operam & industriam socij vt plus conferat societati quàm pecunia, id est, inquit, si solus nauiget, solus peregrinetur, solus pericula subeat. Sic in *l. 1. C. hoc tit. l. 5. §. 1. supr. l. cùm duobus 52. §. vtrum ergo l. quid enim 80. infr.* Quærit autem Accursius, nec ineleganter, Quid si pecunia perdatur quam vnus ex sociis contulit, An damnum commune esse debeat? Et respondet rectè, non esse commune, nisi id actum sit, sicuti nec si alter moreretur, qui solus operam conferre deberet. Vt sit eadem ratio industriæ & pecuniæ. Nec eo magis tamen futurum in alterius socij potestate qui operam solus confert vt socium cogat vel parem operam & industriam adhibere, vel tantundem pecuniæ quantum perdidit, reponere. Cùm extinctis rebus de quibus coita erat societas, ipsam quoque societatem extingui & finiri necesse sit *l. verum est 63. §. vlt. infr.*

2. ¶ Aristo refert, Cassium respondisse, societatem talem coiri non posse, vt alter lucrum tantùm, alter damnum sentiret: & hanc societatẽ leoninam solitum appellare. & nos consentimus, talem societatem nullam esse, vt alter lucrum sentiret, alter verò nullum lucrũ, sed damnum sentiret. iniquissimum enim genus societatis est, ex qua quis damnum, nõ etiam lucrũ spectet.

Ad §. 2. Aristo.

RAT. DVB. pendet ex eo quod scriptum est in §. proximè præcedente, Ita coiri posse societatem, vt nullam partem damni alter sentiat, lucrum verò commune sit. Sed alia ratio est conuentionis, de qua in hoc §. agitur, quæ totum lucrum societatis

BIU Cujas

dat vni ex sociis, & alteri totum damnum. Hæc enim verè est leonina societas. Nec iniquius vllum est genus societatis, quàm ex qua quis damnum solum & totum, nullum verò lucrum, nec partem lucri vllam expectet. Idem verò est, inquit Accursius, post Azonem, si conuenerit, vt vnus ex sociis non nisi partem damni sentiat, partem verò nullam lucri. Nempe quia nec nisi propter spem lucri fiunt contractus siue societatis siue alij quilibet *l. actionum 25. §. 1. infr. de oblig. & action.* De damno autem non cogitatur, nisi respectu lucri quod nullum esse intelligitur nisi deducto damno, vt scriptũ est in *l prox. seq.* An ergo sufficiet, vt nummum vnum aliquis ex sociis pro toto lucro percipiat? Minimè verò: sed aut arbitrio iudicis & viri boni totum hoc dirimendum erit *arg. l si societatem 6. supr. hoc tit.* aut quod verius putat Accursius, ita ius constituendum, vt non minorem partem quàm quartam lucri habere debeat is, qui vel totum damnum vel maiorem damni partem sentiat. Quod ego satis probabile arbitror argumento eius, quod scriptum est initio huius legis. Extra hũc casum regulare est, vt ad quem lucrum spectat, etiam damnum pertineat *l. secundũ naturam 10. De reg. iur. l. si igitur 55. hoc tit.*

30. PAVLVS libro 6. ad Sabinum.

MVcius libro decimo quarto scribit, non posse societatem coiri, vt aliam damni, aliam lucri partem socius ferat. Seruius in notatis Mucij ait, non posse societatem ita contrahi. neque enim lucrum intelligitur, nisi omni damno deducto: neque damnum, nisi omni lucro deducto, sed potest coiri societas, ita vt eius lucri, quod reliquum in societate sit, omni damno deducto, pars alia feratur: & eius damni, quod similiter relinquatur, pars alia capiatur.

Ad l. Mucius 30.

RAT. DVB. Non potest ita coiri societas, vt totum lucrum vnus ex sociis ferat, alius verò totum damnum, vt proximè diximus. Ergo neque ita vt quis ex sociis maiorem partem damni & minorem lucri ferat. Quasi sit hæc conuentio contra naturam & substantiã societatis. Atque ita certè Quintus Mucius Scæuola existimabat quem hîc Paulus refert: Reprehensus tamẽ à Seruio, non in eo quod putabat hanc pactionem non valere de iure, vt loquuntur, sed in eo quod supponebat posse illam iniri de facto. Quod tamen Seruius negabat. Ratione illa meliore ac fortiore, quòd non intelligatur lucrum nisi omni damno deducto, neque damnum nisi omni lucro deducto: Compensatione scilicet lucri & damni facta vsque ad concurrentem quantitatem. Vt proinde non possit lucrum & damnum simul in eandem societatem incidere, sicuti benè Ioannes locum hunc interpretatus est, effectu nimirum & exitu inspecto, vt addit Accursius. Non tam igitur inualida & nulla est huiusmodi pactio, vt Mucius existimabat, quàm inepta & impossibilis de facto, ac cuius casum impossibile sit vnquam ex facto contingere. An non autem potest ita coiri societas, vt eius lucri quod reliquum in societate erit, omni damno deducto, pars alia capiatur, puta dimidia? Eius verò damni quod similiter omni lucro deducto, supererit, pars alia id est tertia, vni ex sociis relinquatur? Valebit vtique conuentio. Itaque si de hoc casu sensit Mucius, quomodo eum sensisse fortassis credibilius est, ne ineptus videatur: Æquè tamen errauit, cùm credidit pactionem hanc non valere, ac iure improbatam esse, quasi sit contra naturam societatis, vt Iustinianus refert in §. *de illa Instit. hoc tit.* vbi tota hæc quæ fuit inter Quintum Mucium & Seruium Sulpitium controuersia, latiùs & apertiùs exponitur. Illo etiã addito in §. sequ. si in vna causa pars fuit ex ressa veluti in solo lucro, vel in solo damno, in altera verò sit omissa, in eo quoque, quod prætermissum est eandem partem seruari debere. Non est simile quod Accursius adfert de peculio, de hereditate & de fructibus. Scilicet neque peculium, neque hereditatem, neque fructus esse nisi deductis impensis. Si non sic intelligas, vt in peculio quoque & in hereditate lucrum cum damno compensandum sit vsque ad concurrentem quantitatem priusquàm sciri possit, an lucrosum magis, an damnosum sit peculium, itemque lucrosa damnosáve hæreditas. Nam in fructibus percipiendis nullum damnum esse potest nisi impensarum, quæ ad colligendos & percipiendos fructus fiunt *l. si à domino 36. §. vlt. supr. de hered. petit. l. pen. de impens. in reb. dotal. fact.* Nec valde ad rem pertinent leges quas in hanc rem adducit Accursius ex *l. 3. §. si ære alieno l. sed etsi 9. §. peculium supr. de pecul. l. vlt. §. sin autem æs alienum C. de bon. quæ liber.* Quod autem idem obiicit ex *l. de illo 13. in fin. supr. hoc tit.* quàm diuersum sit ab eo quod in hac lege scriptum est, ex iis quæ ad locum illum scripsimus, apparet satis.

31. VLPIANVS libro 30. ad Sabinum.

VT sit pro socio actio, societatem intercedere oportet. nec enim sufficit, rem esse communem, nisi societas intercedat. communiter autem res agi potest etiam citra societatem: vt puta cùm, non affectione societatis, incidimus in communionem, vt euenit in re duobus legata: item si à duobus simul empta res sit: aut si hereditas, vel donatio communiter nobis obueniat: aut si à duobus seperatim emimus partes eorum, non socij futuri.

Ad l. Vt

BIU Cujas

Ad l. Vt sit 31.

RAT. DVB. Societatis non alius effectus est quàm vt inducat communionem bonorum per communicationem illam quæ ex tacita quadam traditione fieri intelligitur *l.1.§.1.& l.2.supr.* Vnde & à Græcis κοινωνία dicitur, vt Iustinianus refert in Instit. initio huius Tituli. Quo nomine nihil nisi communio significatur. Ergo sufficit rem esse communem vt sit Pro socio actio.

DEC. Ea differentia est inter societatem & communionem, quæ inter genus & speciem. Omnis siquidem societas communio est, sed non omnis communio, æquè societas dici potest, at illa tantùm quæ fit tractatu habito, vt Paulus loquitur in *l. sequ.* id est, ex conuentione intercedente animo contrahendæ societatis. Ergo si quid communiter possideatur ab iis qui non affectione societatis inundæ, sed alia de causa inciderint in communionem, puta si duobus eadem res legata sit, vel à duobus simul empta res sit, aut si hereditas vel donatio communiter nobis obuenerit, aut si à duobus separatim emamus partes eorum quæ communes erant & indiuisæ, Pro socio actio locum habere nō poterit, quia societas nulla est, sed Communi diuidundo agendum erit. Quæ actio generalior est & locum habet quoties communis res est siue cum societate siue absque societate *l. 2. in princip. & pass. supr. Commun. diuid. l. pen. C. eod. §. item si inter Instit. De oblig. quæ ex quas. contr.* Est tamen etiam tacita quædam societas, & incidens vt loquitur Accursius ex *l.5.§.1.* vbi diximus *supr. hoc tit.*

32. IDEM libro 2. ad Edictum.

NAm, cùm tractatu habito societas coita est, pro socio actio est, cùm sine tractatu in re ipsa & negotio communiter gestum videtur.

Ad l. Nam cùm tractatu habito 32.

RAT. DVB. Nullus fit contractus nisi tractatu præhabito. Inde namque contractus dictus est quòd post tractatum de negotio quod geritur habitum, tandem negotium ipsum contrahatur in pauciora verba & concludatur, vt in *l si voluntate 8. C. de resc. vendit. l. si dominus 8. infr. de præscr. verb.* Ergo non benè distinguitur societas à communione per hanc differentiam, quod fiat tractatu habito, cùm possit fieri vt per contractum duo pluréve in communionem incidant, nec tamen societas vlla sit vt in posterioribus exemplis legis præcedentis: Scilicet si desit animus contrahendæ societatis.

DEC. Tractatum hîc Paulus intelligit non quemlibet, sed eum demùm qui habeat conuentionem ineundæ societatis. Alioqui in re ipsa & in negotio communiter gestum videtur. Quæ res aliam actionem quàm Pro socio inducit, eam scilicet non de qua proximè diximus, Communi diuidundo: sed Negotiorum gestorum, vt bene sentit Accursius. Tunc enim actio Negotiorum gestorum quæ subsidiaria tantùm est, locum habet, cùm actio Communi diuidundo non competit, id est, quoties quis alienum negotium gessit alieni non sui expediendi gratia *l. si communes 40. supr. de negot. gest. l. si quis putans 6. §. siue autem versic. cæterum Comm. diuid.* Iunge leges sequentes.

33. IDEM libro 31. ad Edictum.

VT in conductionibus publicorum, item in emptionibus. nam qui nolunt inter se contendere, solent per nuntium rem emere in commune. quod à societate longè remotum est. & ideo societate sine tutoris auctoritate coita, pupillus non tenetur, attamen communiter gesto tenetur.

Ad l. Vt in conductionibus 33.

Adferuntur in hac lege exempla varia communionis quæ inter aliquos esse potest sine societate. Primum est in conductionibus publicorum vectigalium, si fortè plures vectigalia publica conduxerint sui quisque negotij gerendi gratia non animo contrahendæ societatis: Alioquin erunt socij, & actio Pro socio locum habebit *l. societas 5. supr. hoc tit.* Alterum est in emptionibus prædiorum. Nam qui nolunt inter se contendere, solent per nuncium rem emere in commune, quod à societate longè remotum est, neque parit hæc communio actionē Pro socio, sed tantùm Communi diuidundo, si de ea dissoluenda tractetur *l. 2. supr. Commun. diuid.* Tertium exemplum est, si societatem pupillus coierit cum aliquo sine tutoris authoritate. Cùm enim pupillus neq; cōtrahere neque obligari possit ciuiliter nisi authore tutore *l. obligari 9. inf. de author. tutor. l. more 8. de acquir. hered.* Consequens est vt nec societatem contrahere possit. Sed non eo minùs tamen de communiter gesto tenetur si eius negotium vtiliter gestum sit. Obligatur enim & Negotiorum gestorum actione, & Communi diuidundo, quoties actio ex re ipsa venit, sicut & furiosus *l. si quis cùm 29. vers. denique supr. Commun. diuid. l. furiosus 46. infr. de oblig. & action.* Ne scilicet alioquin eueniat vt ex alterius iactura locupleretur. Quod nec in pupilli & furiosi persona æquum videri potest *l. naturaliter 13. §. vlt. ex l. sequ. supr. de condit. indeb.* Adeoque obligatur pupillus etiam ex aliis causis & ex suis contractibus, cùm ex iis locupletior factus est *l.3.§. pupillus l. si pupilli 6. in princ. l. Nesennius 34. De negot. gest. l.3. supr. Commod.*

34. GAIVS libro 18. ad Edictum Prouinciale.

QVibus casibus, si quid forte vnus in eam rem impēderit, siue fructus, mercedésve vnus perceperit, vel deteriorem fecerit rem: nō societatis iudicio

BIU Cujas

locus est: sed inter coheredes quidem familiæ erciscundæ iudicio agitur, inter ceteros communi diuidundo [a] inter eos quoque, quibus hereditario iure communis res est, potest & communi diuidundo agi.

Ad l. Quibus casibus 34.

Hæc lex sicuti iuncta est præcedentibus, ita & eandem habet sententiam aut saltem ab iis dependentem. Quibus enim casibus supra dictum est societatem non esse, sed tantùm communionem sine societate. Consequens omnino est, vt neque actioni Pro socio locus esse possit, sed aut iudicio Familiæ erciscundæ inter coheredes *l. 1. & tot. tit. supr. Famil. erciſc.* si modo nondum eo iudicio actũ sit (nec enim ampliùs quàm semel Familiæ erciscundæ iudicio agi potest nisi causa cognita *l. si filia 20. §. Familiæ*, vbi diximus *eod.* adeoque nec si de diuidenda hereditate transactum sit *l. 1. C. eod.*) aut inter cæteros qui non sunt coheredes Communi diuidundo *l. 2. in princip. & pass. supr. Commun. diuid. l. pen. C. eod.* Planè iis etiam casibus quibus diximus posse rem esse communem sine societate, si ponas animum interuenire contrahendæ societatis, dubitari non oportet, quin sicuti verè societas contracta est, ita & actioni Pro socio locus esse debeat vt Accursius noster notat ex *l. cùm duobus 52. §. vtrum ergo versic. si in coeunda & §. item Mela infr. hoc tit.*

a *Inter eos quoque quibus hæreditario iure.* RAT. DVB. Inter eos quibus hereditario iure res aliqua communis est, ac proinde qui sunt coheredes Familiæ erciscundæ iudicium locum habet, vt proximè diximus. Ergo non Communi diuidundo. Nũquam enim iudicia hæc concurrunt. Et subsidiarium est iudicium Communi diuidundo, deficiente iudicio Familiæ erciscundæ. Et rursum frustra desiderat honorariam actionem is qui habet ciuilem *l. 1. supr. de Public. in rem act.* Atqui iudicium Familiæ erciscundæ ciuile est & ex lege duodecim tabularum *l. 1. supr. Famil. erciſc.* Iudicium autem Communi diuidundo est honorarium & prætorium, vt diximus ad *Tit. Commun. diuid.* Ergo inter eos quibus hereditario iure communis res est, Communi diuidundo agi non potest.

DEC. Fieri potest vt accepto Familiæ erciscundæ iudicio quędam res tamen indiuisæ relictæ sint. Quo casu ad eas diuidendas cùm Familiæ erciscũdæ iudicium sæpius accipi non possit, vt suprà diximus Communi diuidundo, iudicium necessarium est *d. l. si filia 20. §. familiæ supr. Famil erciſc.* Potest item fieri vt coheredes quasdam res ex hereditate communes velint diuidere non omnes. Quo etiam casu Familiæ erciscundæ iudicio, quod vniuersale est, locus esse non potest, sed tantùm Communi diuidundo *l. inter coheredes 44. in princip. eod. tit.* Ergo ad hos casus restringi potest & debet quod hic scriptum est: Inter coheredes, quibus hereditario iure communis res est, Communi diuidundo iudicio agi posse.

35. VLPIANVS libro 30. ad Sabinum.

NEmo potest societatem heredi suo sic parere, vt ipse heres socius sit. [a] in heredem autem socij proponitur actio, vt bonam fidem præstet.

Ad l. Nemo potest 35.

RAT. DVB. Quisquis contrahit & paciscitur, id agit vt non tantùm sibi, sed etiam heredibus suis consulat *l. si pactum 9. infr. De probat.* Ergo & contractus societatis sicut & cæteri ad heredem transire debet. Quod si præterea ponas inter socios expresso pacto conuenisse vt in ius societatis etiam heredes sociorum succederent, quidni valere debeat conuentio, cùm nihil bonæ fidei magis conueniens sit quàm pacta seruari, quæ nec contra leges sunt, nec contra bonos mores: *l. 1. §. si conuenit & seq. supr. depoſit.* & in traditionibus rerum quodcunque pactum sit interpositum, id valere debeat *l. in traditionibus 48 supr. depact.* Adde quòd heredis persona intelligitur eadem esse, quæ defuncti *Nouell. 48. de iureiur. à morient. præstit.* Quid ergo prohibet quominus saltem ex conuentione expressa transeat societas in heredem? Præsertim cùm possit fieri vt aliqua societatis negotia inchoata sint viuo socio, quæ nisi post ipsius mortem expediantur, & explicentur ab herede, valde id damnosum societati futurum sit.

DEC. In coeunda societate industria potissimùm eligitur personæ, vt iam sæpius diximus *ex §. soluitur Instit. hoc tit.* Industria autem futuri heredis eligi non potest, quia incertus est *l. qui liberis 8. §. 1. infr. de vulg. & pupill. substit. l. sciendum est 70. de verb. ſignific.* Proinde certum esse non posset iudicium eius qui sic paciscereturt, vt in socium admittere quandoque cogeretur etiam heredem socij. Legislator porrò non alias conuentiones admittit quàm quæ certo iudicio factæ sint, sicut nec vltimas voluntates, quamuis sint illæ omnium fauorabilissimæ *l. qui in testamento l. 4. infr. Qui testam. facer. poſſ. §. incertis Instit. de legat.* Ergo nec per pactionem expressam fieri potest, vt quis heredi suo societatem paret, ita vt ipse heres socius sit. Nec magis societas quàm tutela iure hereditario transire in heredem potest *l. furti 6. §. pen. supr. de his qui not. ant. infam.* vbi hanc ob causam dicitur, Heredem socij non posse fieri infamem, tametsi actione Pro socio condemnatus sit, quia proprio nomine condemnari non potest, in eoque similem esse heredi tutoris, *l. tutela 16. §. 1. infr. de tutel.* dissimilem verò heredi depositarij, commodatarij, & mandatarij, qui licet heres, attamen depositi aut commodati aut mandati condemnari etiam ex sua persona potest. Nępe quia heres quoque depositarij depositarius est, heres commodatarij etiam commodatarius est: Heres mandatarij mandatarius quoque est, si modò re non amplius integra mandatarius decesserit. Itaque contractus & obligationes ipsæ depositi, Commodati & mandati transeunt in heredem. Sed & in alio differunt tria illa iudicia à iudicio Pro socio, quòd specialia sunt, Pro socio autem est generale, sicut & Negotiorum gestorum & Tutelæ *l. pro socio 38. infr.* Quod autem hîc dicitur, Nec pactione expressa fieri posse vt heres socij succedat in societatem

BIU Cujas

tatem, intellige cum Accursio in priuatis societatibus. Nam in societate vectigalium aliud est, remanetque societas etiam post mortem vnius ex sociis. Ita enim Pomponius in *l. adeo 59.* vbi dicemus *infr. l. verum est 63. §. in heredem in fin. infr.*

a *In heredem autem socij.* RAT. DVB. Actio Pro socio non habet locum nisi inter socios, & societatem esse oportet vt sit actio Pro socio *l. vt sit 31. supr.* Atqui heres socij socius non est, vt modo diximus. Ergo contra heredem socij actio Pro socio locum habere non potest.

DEC. Vt actio Pro socio locum habere possit, satis est societatem fuisse, licet esse desierit. Nec minus æquum est heredem socij bonam fidem præstare sociis defuncti, licet ipse socius non sit, quàm si socius esset. In iis scilicet quæ heres explicare cogitur à defuncto inchoata vt in *leg. heres socij 40. infr.* Noua enim si velit inchoare non potest, neque tanquam socius, neque tanquam heres socij, sed tanquam negotiorum gestor alius quilibet, ideoque nec si dolo malo aut culpâ quid fecerit, actione Pro socio teneri debet: sed Negotiorũ gestorũ. Nisi præcedẽs societatis causa negotiorũ gestioni causã dederit. Nã & idẽ euenit in iudicio tutelæ *l. si tutor. 13. & seq. infr. de tutel. & Ration. distr. l. tutor. 11. C. arbitr. tutel. l. nam & Seruius 21. §. si viuo Titio supr. de neg. gest.*

36. PAVLVS libro 6. ad Sabinum.

ET acti etiam culpam, quam is præstaret, in cuius locum successit licet socius non sit.

Ad l. Et acti etiam culpam 36.

RAT. DVB. Heres socij nec socius est nec esse potest *l. prox. præced. & l. heres 40. l. adeò 59. in princip. infr.* Ergo nec Pro socio conueniri potest, nec magis pro culpa quam admisit socius in cuius locum successit, quàm pro sua propria.

DEC. Socij heres, quamuis non succedat in societate, quia socius non est, succedit tamen in emolumento quod ex societate defunctus habuit, *l. verum est 63. §. in heredem infr. hoc tit.* Ergo & in damno si quod societati contigerit ex dolo vel culpa defuncti socij, vt scilicet factum eius præstet, nec minùs culpam scilicet leuem quàm latam & dolum *d. l. heres.* Succedit enim heres quilibet in omne æs alienum quod defuncti fuit *l. 1. C. si cert. pet.* In ære autem alieno est non minùs quod ex dolo & culpa sua defunctus debuit, quàm quod ex contractu, præsertim cùm ex contractu venit, vt & dolus præstandus sit & culpa, vt in proposito *l. 5. §. nunc videndum 1. supr. Commod.*

37. POMPONIVS libro 6. ad Sabinum.

PLane si hi, qui sociis heredes extiterunt, animum inierint societatis in ea hereditate: nouo consensu, quod postea gesserunt, efficietur, vt in pro socio actionem deducatur.

Ad l. Planè si hi 37.

RAT. DVB. Non est in potestate heredum facere vt contractus societatis à defunctis sociis initus in heredes transeat, quod nec socij ipsi facere expressa pactione potuerunt *l. nemo potest 35. supr. l. adeo 59. in princip. hoc tit.* Ergo parum refert quod hi qui sociis heredes extiterunt, habuerint animum ineundæ societatis.

DEC. Societas nudo consensu contrahitur *l. 2. infr. de oblig. & action. & apud Iustin. Tit. de oblig. ex consens.* Ergo si nouus heredum consensus interueniat, noua quoque societas inter eos contracta intelligitur numero magis quàm specie differens ab ea quæ inter defunctos socios fuit. Denique multa negotia sunt quæ à societate non nisi animo distinguuntur *leg. vt sit 31. leg. si margarita 44. hoc tit.* Quanquam difficillima probatio est eorum quæ in animo consistunt *l. non omnes 5. §. à barbaris infr. de re milit.* nisi quatenus verbis expressis aut factis animus ille declaratur *l. non tantùm 5. infr. Rat. rem haber.*

38. PAVLVS libro 6. ad Sabinum.

PRo socio arbiter prospicere debet cautionibus in futuro damno, vel lucro, pendente ex ea societate. quod Sabinus in omnibus bonę fidei iudiciis existimauit, siue generalia sunt, veluti pro socio negotiorum gestorum, tutelæ: siue specialia, veluti mandati, commodati, depositi.

Ad l. Pro socio 38.

RAT. DVB. Ad officium iudicis nil pertinet tractus temporis futuri post condemnationem, nec magis in bonæ fidei iudiciis quàm in cæteris *l. 1. §. 1. versic. nec tamen infr. de vsur.* vbi dicitur non rectè iussurum iudicẽ bonas cautiones interponi, vt si condemnatus paruerit sententię, tardiùs futuri temporis vsuræ pendantur, cùm in potestate sit actoris iudicatum exigere. Ergo nec Pro socio arbiter, id est, iudex à Prætore datus, de quo & ibi agitur, prospicere cautionibus debet de futuro damno vel lucro pendente ex ea societate, quæ dissoluitur.

DEC. Multùm refert an id quod futurum est ex præterito pendeat aut ex præsenti, an ex futuro. Quomodo Accursius distinguit. Futurum enim quod pendet ex futuro non pertinet ad officium iudicis, sed illud tantùm quod ex præterito pendet

BIU Cujas

aut ex præsenti *l. & ego* 12. *supr. si seruit. vind. l. Antæus* 14. *§. vlt. infr. de aqua, & aq. pl. arcēd.* Addit Accursius dici etiam posse, Cautiones venire in hoc iudicium Pro socio non tam per se, quàm ratione aliarum rerum, quæ per se veniunt in iudicium societatis. Exemplo, inquit rei furtiuæ, quæ licet per se non veniat in societatem, venit tamen si in societatem collata fit *l. quod autem* 53. *infr. hoc tit.* Itemque nominum quæ in iudicium Familiæ erciscundæ veniunt non per se, sed occasione cæterarum rerum corporalium, quæ diuiduntur *l.* 2. *§. vlt. supr. Famil. erciscund.* Verius tamen est in actione Pro socio cautiones venire non minùs quàm lucra & damna pro quibus interponuntur. Cùm enim lucra & damna futura perinde diuidenda sint inter socios ac præsentia, nec tamen diuidi possint, quia nondum extant, consequens omnino est in eorum vicem & locum cautiones interponi debeant, quarum beneficio sociis omnibus æquè prospiciatur. Nec sane auxilium vel remedium vllum iuris est ad expediendas innumeras iuris & facti difficultates, aptius & facilius quàm quod cautionibus interpositis adhibetur. Maximè verò in bonæ fidei iudiciis siue generalia sint vt Pro socio, Negotiorum gestorum & Tutelæ, siue specialia: veluti Mandati, Commodati, Depositi, vt ex Sabino Paulus hic subiungit, & constat ex *leg. in omnibus* 41. *supr. de iudic. leg. si mandatu meo* 45. *§. item si supr. Tit. prox. leg. si post acceptum* 18. *& seqqu. supr. de rei vindic. leg.* 1. *§. si heres infr. ad SC. Trebell.* Ergo idem est & in iudicio communi diuidundo quod proximè accedit ad actionem Pro socio nisi quod aliquando generale, & aliquando speciale est *l.* 1. *& 2. l. cùm socij* 16. *supr. Commun. diuid.*

1. ¶ Si tecum societas mihi sit, & res ex societate communes: quam impensam in eas fecero, quósve fructus ex his rebus ceperis, vel pro socio, vel communi diuidundo, me consecuturum: & altera actione alteram tolli, Proculus ait.

Ad §. 1. Si tecum.

RAT. DVB. Actiones Pro socio & Communi diuidundo diuersæ sunt & separatæ. Actio enim Pro socio inter eos tantùm qui socij sunt, locum habet: Communi autem diuidūdo etiam inter eos inter quos tantùm res communis est sine societate *l. vt sit* 31. *supr.* Ergo non magis possunt hæ actiones concurrere quàm illud fieri vt iidem socij sint & non socij.

DEC. Huiusmodi actiones quamuis diuersę sint, non sunt tamen contrariæ, sed habent pleraque similia, & conueniunt in eo maximè, quod ambæ supponunt communionem, sed communi diuidundo communionem tantùm, Pro socio autem etiam societatem. Ac proinde quemadmodum communio se habet ad societatem vt genus ad speciem: Ita fatendum est actionem Communi diuidundo generaliorem esse, Pro socio autem specialiorem, & quæ non tam propter diuisionem comparata est, quàm propter præstationes personales, vt scriptum est in *d. l.* 1. *Commun. diuid.* Etsi verius est habere se istas actiones inuicem vt excedentia & excessa *l. si actum sit* 43. vbi dicemus *infr.* Nihil ergo prohibet eiusdem rei communis nomine vtramque actionem non solùm competere, sed etiam exerceri, dummodo tamen incipiatur ab actione Communi diuidundo, quę minores & pauciores habet præstationes. *l. si actum sit* 43. *infr.* Nam si incipiatur ab actione Pro socio, vix quicquam supereſt quod in actionem Communi diuidundo venire amplius possit: Nisi adiudicationes aliquæ necessariò faciendæ sint, quas vtique actio Pro socio non admittit *d. l. si actum.* Et ita accipiendum est quod ex Proculo Paulus hic scribit, altera actione tolli alteram vt apparet ex *d. l. si actum sit.* Planè nec dubitandum est quin omne id quod alterutra consecutus actor fuerit, in alteram actionem imputare debeat: Ne alioqui bis idem consequatur, quod esset contra bonam fidem *d. leg. si actum sit & l. sed actione* 50. *infr. Iunct. l. si quis dolo* 51. *§.* 1. *de re iudic.* Cæterùm siue Pro socio agat socius, siue communi diuidundo, quam impensam in res communes fecero, quósve fructus tu ex his rebus ceperis, consecuturum me esse certum est: Quia id exigit bona fides. Bonæ fidei autem iudicium est etiam Communi diuidundo *l. in hoc iudicium* 14. *§.* 1. *Commun. diuid.* Et præstationes omnes quæ propter rē ipsam communem fiunt, non tam personales sunt, quàm reales, ideoque in actione Communi diuidundo non minus locum habent, quàm in actione Pro socio *d. l.* 1. *Commun. diuid.*

39. POMPONIVS libro 13. ad Sabinum.

SI fundus mihi rerum communis sit, & in eum mortuum intuleris: agam tecum pro socio.

Ad l. Si fundus 39.

RAT. DVB. Vnicuique ex sociis ius competit in solidum inferendi mortuum in locum communem. Nec enim pro parte inferri potest *l. si quis putans* 6. *§. si quis in communem supr. Commun. diuid.* Ergo si fundus aliquis mihi tecum sit cōmunis, & tu mortuum in eum intuleris, non ideo danda mihi est contra te Pro socio actio. Summa enim ratio est quæ pro religione facit *l. sunt personæ* 43. *supr. de religios. & sumptib. funer.* & damni pecuniarij causa ius & facultatem inferendi mortui intercidere minùs sanè durum est, vt in simili Papinianus dicebat in *l. cùm pater* 77. *§. cùm existimaret delegat.* 2.

DEC. Non potest socius facere conditionem socij deteriorem *l. quibus casibus* 34. *supr.* Atqui facit deteriorem is qui mortuum infert in communem locum si purus sit. Etsi enim non ideò fit locus religiosus *d. §. si quis in communem*, fit tamen iniuria socio, quo ignorante mortuus illatus est, & qui ob eā causam agere cogitur, vt corpus tollatur vel preciū partis

partis prestetur *l. si quis intulit, 7. supr. de religios. d. §. si quis in communem.* vbi additur ex hac causa competere in factum quoque actionem. Ex edicto scilicet Prætoris, *de religios. & sumpt. funer. l. 2. §. 1. ill. tit. Itemque*, inter non socios actionem Familiæ erciscundæ si coheredes sint, si minùs Communi diuidundo. Quidni ergo inter socios dabitur actio Pro socio? Nimirum si res fuit ex societate communis. Alioqui non Pro socio agendum erit: sed vel Familiæ erciscundæ, vel Communi diuidundo, vt notat Accursius ex *d. l. 2. §. 1. de relig. & sumpt. funer.* Planè si in sepulchrum commune alter ex sociis mortuum intulerit, etiam inscio adeóque inuito socio, non tenebitur tanquam qui iure suo vsus sit, cùm in eam rem comparata sint sepulchra, *l. vel quod paterfamilias, 6. eod. tit. de religios.* Idémque est, si vnus ex dominis illatus sit, maximè si alius non fuit locus in quo sepeliretur, *l. si plures, 41. eod.* Nemo enim aut Pro socio, aut alia vlla actione tenetur ob id quod iure suo vsus sit, *l. merito, 51. infr. hoc tit.*

40. *Idem* libro 17. ad Sabinum.

HEres socij quamuis socius non est: tamen ea, quæ per defunctum inchoata sunt, per heredem explicari debent, in quibus dolus eius admitti potest.

Ad l. Heredes socij, 40.

RAT. DVB. Heres socij, socius non est, vt toties diximus in præcedentibus, præsertim verò ad *l. nemo potest, 35. supr.* Ergo, nec eorum quæ à defuncto socio inchoata sunt cura ad eum pertinet, vt iudicio Pro socio ob admissa vel omissa, conueniri possit, aut debeat.

DEC. Cum morte socij finita societas est, noua quidem negotia inchoare necesse heredi non est, sed vetera explicare, ac conseruare necessarium est. Quæcunque enim prioris negotij explicandi causa geruntur, nihilum refert quo tempore consummentur, sed quo tempore inchoentur vt eleganter Paulus scribit in *l. nam & Seruius, 21. §. si viuo Titio supr. de negot. gest.* Et in huiusmodi negotiis gerendis etiam dolus heredis admitti potest, & admissus vindicari debet. Non etiam culpa quæ inter socios tantùm præstatur, nisi de lata intelligas, quæ in omnibus ferè iuris partibus dolo æquiparatur *l. quod Nerua, 32.* vbi diximus *sup. depositi.* Et hîc certè huius legis sensus est. Intellige tamen si heres socij & legitimæ ætatis & masculus sit. Exemplo eius quod de tutoris herede similiter scribit Pomponius in *l. 1. in princip. infr. de fideiuss. nominat. & hered. tutor.* Nec enim heres tutoris magis tutor est quàm heres socij socius, vt ibidem Pomponius scribit, cùm tutela non transeat in heredem iure hereditario, *l. tutelæ, 16. §. 1. infr. de tutel.* Sed tamen heredem siue tutoris siue socij talem esse oportet, vt & tutelam gerere & societatem administrare possit. Quod neque in minorem cadit hodie, *l. vlt. C. de legit. tutel.* neq; in fœminâ quâ sexus summouet à negotiorũ administratione, *l. 3. de reg. iur.* Nam, neq; minor societatem contrahere potest sine curatoris authoritate, imò ne quidem authore curatore propter communicationem, & alienationem illam, quæ inter socios omnium præsertim bonorum per fictam quandam traditionem fieri intelligitur, *l. 1. §. 1. & l. 2. supr.* & quæ non minùs curatori minoris quàm ipsi minori per orationem Diui Seueri interdicta est, *l. 1. & tot tit. de reb. eor. qui sub tutel. & C. de præd. minor.* Dico amplius. Nec per decretum Prætoris fieri posse vt cum minore societas vtiliter contrahatur. Non enim liberum est Prætori permittere alienationem bonorum minoris, sed ita demùm si vrget æs alienum, *l. magis puto, 5. §. non passim. eod.* Nemo autem dixerit æris alieni exsoluendi gratia societatem contrahi posse. Est autem hoc adeò verum, vt neque possit pupillus aut minor prouocari ad diuisionem etiam tutore vel curatore authore. Nimirum quia etiam per diuisionem fit alienatio, *l. si pupillorum, 7. eod. tit. de reb. eor. qui sub tutel.*

41. *Vlpianus* libro 20. ad Edictum.

SI quis à socio pœnam stipulatus sit: pro socio non aget, si tantumdem in pœna sit, quantum eius interfuit.

Ad l. Si quis à socio, 41.

RAT. DVB. Stipulatio pœnalis non nouat præcedentem obligationem, *l. prædia, 28. infr. De action. empt. l. si quis rem, 30. supr. De recept. Qui arbitr. recep. l. rescriptum 10. §. si pacto De pact. l. apud Celsum 4. §. Labeo, 7 infr. De doli mal. except. l. ita stipulatus, 115. l. qui Romæ, 122. §. duo fratres De verb. oblig.* Alioqui non esset pœnalis si promissorem à priore obligatione, & actione liberaret. Ergo si quis à socio pœnam stipulatus sit, non ideò tolletur actio Pro socio, quãuis tantum in pœna sit quantum socij interfuit. Alioqui enim posito iure, nullum ex pœna damnum sentiret is qui tamen in pœnam incidisset.

DEC. Actio Pro socio non datur nisi ad id quod interest actoris. Nihil autem interest socij qui ex stipulatione pœnali iam consecutus est, quanti eius interfuit. Ergo, hoc casu actio Pro socio tolletur non quidem per nouationem, sed per exactionem, ne bis idem consequatur actor, quod esset contra bonam fidem, *l. si quis dolo, 51. §. 1. de re iudic.* Estque id generale, vt quoties vtraque actio ad rei persecutionem respicit, altera per alteram tollatur, non electione, sed perceptione *l. sed actione 50. hoc tit. d. l. apud Celsum, 4. §. Labeo De doli mal. except. d. l. prædia De action. empt.* vbi latius totam illam quæstionem cum Bartolo tractabimus, Vtrum pœnalis stipulatio nouet præcedentem obligationem. Est enim is locus huic tractationi conuenientior. Sanè in hac specie nouationem non fieri, ex eo apparet quod fatetur Vlpianus in hac lege & seq. superesse actionem Pro socio etiam post exactam pœnam si pluris interfuit actoris. Id enim verè dici non posset si per stipulationem pœnalem nouatio facta esset. Neque necesse est ad aliam Accursij

BIU Cujas

distinctionem recurrere, an plus minùsve sit in pœna quàm in actione principali, vt sciri possit, an præsumendus sit animus nouandi nec ne: Aut in Azonis sententiam ire, qui credidit indistinctè per stipulationem pœnalem fieri nouationem, ex *l. obligationum ferè* 44. *§. vlt. de oblig. & action.* vbi non de stipulatione pœnali agitur, sed de pecunia certa per secundam stipulationem promissa ad taxandum id quod stipulatoris ex priore stipulatione interesset ex consilio Iureconsulti in *l. vlt. de stipulat. prætor.* Quare nec ibi Paulus ait nouationem fieri, sed quasi nouationem, vt intelligamus nihil aliud prætextu prioris stipulationis peti posse iure eius quod interest, quàm quod in posteriorem deductum fuit. Denique cùm pœna loco ipsius rei promissa est, nunquam peti & pœna, & simul res ipsa potest, vt in *l. duo societatem*, 71. *infr.* Aliud verò est si pœna ob quam aliam rationem promissa sit puta ob contemptum arbitrium qui ex compromisso sententiam dixit, vt in *l. non distinguemus*, 32. *in princ. Iunct. d. l. si quis rem* 30. *supr. de recept. Qui arbitr. recep.*

42. IDEM libro 45. ad Sabinum.

QVod si ex stipulatu eam consecutus sit: postea pro socio agendo, hoc minus accipiet, pœna ei in sortem imputata.

Ad l. Quod si ex stipulatu, 42.

RAT. DVB. Id quod pœnæ nomine à debitore exactum est, lucro debet cedere creditoris, *l. id quod pœnæ*, 74. *infr. de solut. l. quod à quoquo* 46. *de regul. iur.* vbi aliis verbis, sed eodem sensu dicitur, Quod à quoquo pœnæ nomine exactum est, id eidem restituere neminem compelli. Atqui satis restituit qui imputat *l. si pignore*, 22. *supr. de pignor. act.* Ergo si vnus ex sociis promissam pœnam ab altero ex stipulatu consecutus sit, non est ei pœna in sortem imputanda, ac proinde non eo minùs actione Pro socio tantundem consequi debet quantum si pœnam nullam consecutus esset, id est quanti sua interesse probauerit: Quandoquidem nihil commune habet pœna cum eo quod interest, *l. stipulatio ista* 38. *§. alteri infr. de verb. oblig.*

DEC. Aliud iuris est in pœna legali de qua superiores omnes leges loquuntur, aliud verò in pœna conuentionali quæ semper recipit interpretationem ex intentione & voluntate contrahentium, *l. in conuentionalibus*, 52. *de verb. oblig.* Quomodo benè noster distinguit Accursius. Nam, & conuentiones omnes appositæ in contractu bonæ fidei recipere interpretationem debent ex bona fide, *l. bona fides*, 31. *sup. deposit. l. ex empto*, 11. *§. qui autem, infr. de action. empt. l. si socius* 81. *infr. hoc tit.* Non est autem ex bona fide, vt actor & pœnam, & id quod sua interest, consequatur, *l. duo societatem*, 71. *eod.* Iam enim incipit, nihil eius interesse, si pœnam consecutus sit, & tantum sit in pœna, quantum in eo quod interest. Ergo, si in pœna minus sit quàm in eo quod interest, nihilominus quidem aget Pro socio, quia nouata non est per pœnalem stipulationem actio, vt ad præcedentem legem diximus, & hæc lex omnino probat, sed tamen tanto minùs percipiet, quia pœnam ei in sortem imputari æquum est, & ex bona fide. Iunge *l. prædia*, 27. *de act. empt.*

43. IDEM libro 28. ad Edictum.

SI actum sit communi diuidundo, nõ tollitur pro socio actio. quoniam pro socio, & nominum rationem habet, & adiudicationem non admittit. sed si postea pro socio agatur: hoc minùs ex ea actione consequitur, quàm ex prima actione consecutus est.

Ad l. Si actum sit, 43.

RAT. DVB. Actiones Pro socio & Communi diuidundo ambæ ad rei persecutionem respiciunt. Per vtramque enim persequitur actor id quod sibi abest, *l. in honorariis*, 35. *infr. de oblig. & act.* & datur vtraque ad id quod interest, *l. pro socio*, 38. §. 1. *supr. hoc tit.* Ergo alterutra actione contentus esse debet socius, *l. sed actione*, 50. *infr. hoc tit.* & eligere vtram exercere malit, *l. quod in herede* 9. *§. eligere supr. de tribut. act. l. cùm filius*, 76. *variis. de legat.* 2.

DEC. Quoties duæ actiones concurrunt, quarum vna plenior est, altera non potest ea quæ minùs plena est consumere aliam pleniorem, *l. vnde quæritur*, 7. §. 1. *in fin. supr. Commod. l. qui seruum*, 34. *infr. de oblig. & action.* Hoc verò maximè obtinet cùm vtraque actio habet aliquid plus, & aliquid minus quàm altera, & habent se vicissim tanquam excedentia & excessa, vt nostri loquuntur. Atqui actiones Communi diuidundo & Pro socio sunt huius generis. Nam sicut actio Pro socio excedit actionem Communi diuidundo in nominibus, quomodo legendum est apud Accursium, quoniam actio Pro socio etiam nominum rationem habet: Non autem actio Communi diuidundo, *l. 4. in princ. supr. commun. diuid.* cùm nomina cõmunicari possint non diuidi tanquam incorporalia. Ita è contrario actio Communi diuidundo excedit actionem Pro socio in eo quod adiudicationes mutuas admittit, quas admittere non potest actio Pro socio, per quam scilicet fit vt conferatur in communionem id quod antea commune non fuit, ad quam communicationem non potest deseruire adiudicatio. Communi autem diuidundo iudicium versatur circa res quæ communes sunt æqualiter diuidendas, vt benè hîc doctissimus Gothofredus notat, & clariùs quàm Accursius. Ergo si actum sit Communi diuidundo primùm, non ideò tolletur Pro socio actio, quia nec imputari socio potest, cur priorem potius elegerit, qui neutram eligere potuit sine damno, & vtraque vti necesse habuit, vt & nominum & adiudicationum simul ratio haberetur. Quid ergo si

ex priore

BIU Cujas

ex priore actione communi diuidundo actor iam aliquid consecutus sit: an non inquum fuerit, idipsum eum iterum consequi actione pro socio. Ita sanè est. Desinit enim æquum esse dari actionem plenam ei cuius iam minus interesse cœperit, ob id quod ex priore actione consecutus est *d. l. qui seruum*, cùm sit contra bonam fidem, vt idem bis ab eodem, licet alia atque alia actione exigatur *l. si quis dolo 51. in fin. de re iudic. l. bona fides 57. de regul. iur.* Temperamentum igitur hoc adhibendũ erit, vt si socius postquàm egit Communi diuidũdo, agat pro socio, hoc minus ex ea actione consequatur quod ex prima consecutus est: sic enim placet legere, non vt vulgo *quam ex prima* pro *quantum*, vt Azo interpretari coactus est, ex *l. pro socio 38. §. 1. in fin. supr.* Quod autẽ Accursius hic notat Actiones istas Pro socio & Cõmuni diuidundo similes esse quantum ad personales prętationes, caue ne tam generaliter intelligas, vt communicandi quoque necessitatem comprehendas. Nam & hæc quoque personalis quidem præstatio est, sed quæ actioni Pro socio tantum conuenit non actioni Communi diuidundo, id enim est quod ait *l. 1. sup. commun. diuid.* actionem communi diuidundo nõ tam ad personales vicissim præstationes pertinere vt actionem pro socio, quàm ad communium rerum diuisionem, & contra, actionem pro socio magis ad personales inuicem præstationes quàm ad res diuidendas, etsi iudicium quoque communi diuidundo suas quoque præstationes habet accessorias, nec dissimiles iis quas habet actio Pro socio, siue vnus ex sociis aut condiuisoribus aliquid in rem communem impenderit, siue fructus mercedésve perceperit, siue deteriorem rem communem fecerit *l. quibus casibus 34. d. l. pro socio 38. §. 1. supr.* Et ita certè Accursius sensit.

44. IDEM libro 31. ad Edictum.

SI margarita tibi vendenda dedero, vt si ea decem vendidisses, redderes mihi decem, si pluris, quod excederet, tu haberes: mihi videtur, si animo contrahendæ societatis id actum sit, pro socio esse actionem. si minus, præscriptis verbis.

Ad l. si margarita 44.

RAT. DVB. Non potest videri societas à me contracta qui te non admisi socium distractionis, sed mihi certum precium excepi, vt idem Vlpianus noster scribit in *l. si tibi rem vendendam 13. infr. de præscript. verb.* Ergo si margarita tibi dedero vendenda ea lege, vt si ea decem vendidisses, redderes mihi decem, si pluris, haberes tu id quod excederet, pro socio actio esse non potest, cùm societas nulla sit: vt enim actio pro socio competat, societatem aliquam interuenire oportet *l. vt sit 31. supr. hoc tit.* ac proinde præscriptis verbis agi oportet, vt scriptum est *d. l. si tibi.*

DEC. Animus contrahendæ societatis quoties interuenit, facilè efficit vt cõtractus alius quilibet etiam qui non sit societas, si modo accedat prope ad societatem, degeneret in contractum societatis *d. l. vt sit 31. l. planè 37. supr.* Atqui ponit Vlpianus in specie huius legis animum contrahendæ societatis interuenisse, vt verba illa ostendunt, *si animo contrahendæ societatis id actum sit.* Mirum igitur non est actionem pro socio hoc casu competere, vt placiti fides seruetur, quemadmodum, & in specie, *l. cùm duobus 52. §. item ex facto 7. infr.* Non autem præscriptis verbis, quę sanè competeret, si animus contrahendæ societatis, neque probari neque præsumi posset, *d. l. si tibi*, quam cum hac sic conciliandã esse dubitari non potest, cùm vtraque sit Vlpiani.

45. IDEM libro 39. ad Sabinum.

REi communis nomine cum socio furti agi potest, si per fallaciam, dolóve malo amouit, vel rem communem celandi animo contrectet. [a] sed & pro socio actione obstrictus est. [b] nec altera actio alteram tollit. Idémque in omnibus bonæ fidei iudiciis dicendum est.

Ad l. Rei communis 45.

RAT. DVB. Furtum est contrectatio rei alienæ inuito domino *l. 1. §. vlt. infr. de furt.* & apud Paulum *libr. 2. sentent. tit. 31. in princip. de furt.* Atqui non est aliena res, quæ est cõmunis. Meum enim est quod est commune, etiamsi sit etiam alterius *l. illud 46. infrà de rit. nupt. l. 5. §. 1. de legat. 1. l. pupillus 239. §. vltim. de verb. signific.* Ergo rei communis furtum fieri non potest, præsertim cùm in dubio credendus sit socius iure suo vti potiùs quàm furti consilium inire voluisse, *l. meritò 51. infr.*

DEC. Ideo nimirum hæc lex adiicit, *si per fallaciam dolóve malo amouit, vel rem communem celandi animo contrectet*, vt idem Vlpianus noster declarat in *d. l. meritò.* Et sanè fatendum est rem communem sicut omnino aliena non est, ita neque omnino meam esse, vt ex supradictis legibus apparet, & ex *l. in re communi 26. supr. Vrban. præd. l. si socius 43. infr. de furt.*

a *Sed & pro socio actione obstrictus est.* RAT. DVB. Actiones furti & pro socio incompatibiles videntur, & contradictoriæ. Actio enim furti præsupponit rem alienam esse, vt modò diximus. Actio autem Pro socio rem esse communem. Non potest autem eadem res & aliena esse & communis. Ergo non possunt hæ duæ actiones simul competere *l. 1. C. de furt.*

DEC. Res communis partim aliena est, partim sua, & saltem æquiuocè aliena & sua dici potest *d. l. pupillus 239. §. vltim. de verb. signific.* Nihil ergo vetat eius rei nomine teneri socium & actione furti, quatenus aliena videri potest, & actione Pro socio, quatenus propria est & communicata.

BIU Cujas

b *Nec altera actio alteram tollit.* RAT. DVB. Actio pro socio bonæ fidei est, ac proinde tota nascitur ex bono & æquo §. *actionum* 28. & §. *in bonæ fidei* 30. *Instit. de action.* Atqui bonum & æquum nō est, nec proinde ex bona fide (bona enim fides quæ in bonæ fidei contractibus exigitur, summā æquitatem desiderat *l. bona fides* 31. *supr. deposit.*) vt qui iam duplum aut quadruplum per actionem furti à socio consecutus est, adhuc simplum præterea consequatur actione pro socio aut alia vlla quæ sit bonæ fidei. Desinit enim hoc casu bonum & æquum esse quod antea bonum & æquum fuerat, vt scriptum est de actione iniuriarum, quæ similiter ex bono & æquo datur in *l. qui seruum* 34. *infr. de oblig. & action.* Ergo neque in actione pro socio neque in aliis bonę fidei iudiciis admittendum est, vt qui actione furti pœnam dupli vel quadrupli iam consecutus est, saluam habeat aliam actionē per quam simplum præterea consequi possit. *Iunct. l. eum qui* 14. §. *idem scribit.* 6. *infr. de furt.* Atque ita Iauolenus concludit in *l. si is cui* 71. *eod. tit.* vbi ait si is cui commodata res erat, furtum ipsius admiserit, agi cum eo furti & commodati posse. Et, si furti actum sit, commodati actionem extingui scilicet ipso iure, si verò Commodati, exceptionem actioni furti obiici posse. Nec est quod quis respondeat speciale id esse in actione Commodati ob eas diuersitatis rationes quas adfert Accursius, quæ nec ipsi Accursio probantur, nec magis aliis interpretibus, quibus magis placere video quod Accursius ipse tandem magis probat, vt non de furti actione Iauolenus sentiat, de qua expressim loquitur: sed potiùs de condictione furtiua, de qua nō loquitur. Quod mihi ridiculum semper visum est: Cùm nullo alio iuris loco vnquam dixerint Iureconsulti actionem furti pro condictione furtiua, quæ non minus vi sua & potestate differt ab actione furti quàm nomine. Actio siquidem furti solam pœnam persequitur: Condictio autem furtiua non nisi rem furtiuam *l. si pignore* 54. §. *cùm furti eod. tit. l. si pro fure* 7. §. 1. *& pass. supr. de condict. furt.* Potiúsq; dicerem in quæstione ita Iauolenū à cæteris prudentibus dissensisse, vt alibi scripsimus, præsertim ad *l. in condictione* 9. *eod. tit. & ad l. vnde quæritur* 7. *in fin. & ad l. in rebus* 18. §. 1. *supr. Commodat.*

DEC. Quemadmodum numquam pœnales actiones de eadem re concurrentes alia aliam consumit *l. numquam* 60. *infr. de oblig. & action.* Ita nec si vna pœnalis sit alia rei persecutoria. Aliud enim pœna est, aliud verò rei persecutio *d. l. si pignore* 54. §. *cum furti de furt. d. l. si pro fure* 7. §. 1. *de condict. furt.* In solis illis quæ eiusdem rei persecutoriæ sunt id demum obtinet, vt vna tollat alteram *l. sed actione* 50. *infr. hoc tit.* nisi pluris interfit actoris *l. sed si ex causa* 47. *eod. d. l. qui seruum* 34. *de oblig. & action. d. l. vnde quæritur* 7. §. 1. *commod.* Ergo nec furti actio per actionem pro socio tolli potest, nec actio pro socio per actionem furti. Obstat tantummodo *d. l. si is cui.* Sed de tota hac quæstione scripsimus latissimè ad *d. l. vnde quæritur.* §. 1.

46. PAVLVS libro 6. ad Sabinum.

IDem est & in colono, & in eo, qui negotia gerit, & qui mandatum nostrum exsequitur, & in tutore.

Ad l. Idem est 46.

Quod in præcedente lege dictum est de actione Pro socio, non tolli eam per actionem furti, trahitur in hac lege ad actionem Locati quæ contra colonum, & conductorem competit. Item ad actiones negotiorum gestorum, mandati, & Tutelæ, si forte aut colonus, aut negotiorum gestor, aut mandatarius, aut tutor furtum fecerit. Nam & prædixerat Vlpianus idem in omnibus bonæ fidei iudiciis dicendum esse. Sunt autem exempla ista omnia actionum & iudiciorum bonæ fidei, vt nec actio Commodati, de qua Iauolenus in *l. si is cui* 71. *infr. de furt.* ab hoc numero excludenda sit. Eadē igitur est ad omnes huiusmodi actiones dubitandi ratio & decidendi. Neque necesse est, vt pro verbis illis primis huius legis *Idem est* legamus *id est* quomodo credidit Iacobus Cuiacius *libr. Obseruat. 9. cap.* 15. cùm diuersæ sint leges & diuersorum authorum.

47. VLPIANVS libro 30. ad Sabinum.

SEd si ex causa furtiua condixero, cessabit pro socio actio, nisi pluris mea interfit.

Ad l. Sed si ex causa 47.

RAT. DVB. Condictio furtiua nascitur ex delicto *l. si ambo* 9. §. *quoties supr. de compensat. l. si mulier* 21. §. *hæc actio infr. Rer. amot.* Nec enim habet aliam causam quàm furti, vnde & condictio rei furtiuæ passim dicitur & ex causa furtiua, vt in hac lege. Ergo quemadmodum per actionem furti nō tollitur actio pro socio, ita neque per condictionem furti iam tolli debet.

DEC. Quamuis condictio furtiua non minus nascatur ex furto quàm ipsa furti actio, vt pluribus scripsimus ad *l. in condictione* 9. *supr. de condict. furt.* in eo tamē maximè differt ab actione furti, quod tota est rei persecutoria, cùm furti actio sit tota pœnalis *l. si pro fure* 7. §. 1. *eod. l. si pignore* 54. §. *cùm furti inf. de furt.* Atqui in actionibus rei persecutoriis quoties concurrunt, ita receptum est, vt vna tollatur per alteram, non etiam in pluribus pœnalibus, aut quarū altera pœnalis sit, altera rei persecutoria, vt diximus ad *l. rei communis* 45. *supr.* Ergo mirum non est tolli actionem Pro socio per condictionē furtiuam: quandoquidem vtraque merè rei persecutoria est. Sed hoc ita, si non pluris interfit actoris vt hæc lex ait. Nam cùm iuris huius ratio non alia sit, quàm ne actor bis idem consequatur, quod esset contra bonam fidem, consequens est, vt non debeat sūmoueri actor ab vna actione, quod altera iam egerit, si nondum totum quod sua interest, consecutus sit *l. vnde quæritur* 7. *in fin. supr. Commod.* vbi diximus. Iunge *l. qui seruum* 34. *infr. de oblig. & action. l. eum qui* 14. §. *idem scribit.* 6. *infr. de furt.*

¶ Si

BIU Cujas

1 ¶ Si damnum in re communi socius dedit: Aquilia teneri eum, & Celsus, & Iulianus, & Pomponius scribunt.

Ad §. 1. Si damnum.

RAT. DVB. Legis Aquiliæ actio non datur nisi domino *l. item Mela 11. §. legis autem Aquiliæ supr. ad leg. Aquil.* Atqui socius non est dominus rei communis, cùm nulla sit pars in re communi in qua vnusquisque ex sociis partem suam non habeat, quia partes non tam diuisione corporis quàm intellectu fieri intelliguntur *l. Mœuius 66. §. duorum de legat. 2.* Ergo si damnum in re communi vnus ex sociis dederit, pro socio agendum contra eum est, non lege Aquilia.

DEC. Socius rei communis dominus est pro ea parte quam in re communi habet *l. 5. §. 1. de legat. 1. l. pupillus 239. §. vlt. de verb. signific.* Ergo pro eâdem parte, pro qua dominus est, Aquiliam ei competere fatendum est, vt Vlpianus tractat in *l. sed si communem 19. §. 1. & l. seq. supr. ad leg. Aquil.* Nec eo minùs tamen actione Pro socio tenebitur, vt ex Paulo subiicitur in *l. seq.*

48. PAVLVS libro 6. ad Sabinum.

SEd nihilominus & pro socio tenetur.

49. VLPIANVS libro 31. ad Edictum.

SI hoc facto societatem læsit: si, verbi gratia, negotiatorem seruum vulnerauit, vel occidit.

Ad l. Sed nihilominus 48. & l. Si hoc 49.

RAT. DVB. Vtraque actio & legis Aquiliæ & pro socio rei persecutoria est, licet actio legis Aquiliæ sit mixta ex pœnali §. *vi autem versic. sed & legis Aquiliæ Instit. de action.* Ergo si socius lege Aquilia conuentus sit ob damnum datum, actione pro socio teneri & conueniri non debet, cùm in pluribus actionibus rei persecutoriis vna tollatur per alteram, vt scriptum est in *l. sed actione 50. infr. hoc tit.* Præsertim cùm actio legis Aquiliæ sit plenior ob repetitionem triginta dierum qui damnũ datum præcesserunt, cùm ex lege Aquilia condemnatio facienda sit quanti plurimi in triginta diebus proximis retrorsum computatis ea res fuit, in qua damnum datum est *l. si seruus 27. §. tertio autem capite supr. ad leg. Aquil. & l. qui seruum 34. §. vlt. infr. de oblig. & action.* vbi hanc ob causam dicitur, postquam actum est lege Aquilia, finiri actionem Commodati, nempe quòd legis Aquiliæ cõdemnatio plenior sit, in quam scilicet venit etiam id quod actoris interest *l. inde Neratius 23. in princip. & §. 2. idem Iulianus scribit supr. ad leg. Aquil.* Quidni ergo perinde dicemus, si lege Aquilia cõtra vnum ex sociis actum sit, extingui actionem Pro socio? Quippe quæ plenior esse non possit quàm actio legis Aquiliæ, nec proinde possit pluris interesse socij quàm ex lege Aquilia consecutus sit.

DEC. Aliud est dicere, Ex duabus actionibus agi posse, aliud verò, ex vtraque exigi. Et si enim cùm vtraque rei persecutoria est, vna per aliam tollitur, id tamen ita intelligi debet, si per eam, quæ prior instituta est, tantum actor consecutus non sit, quantum eius interest. Proinde si lege Aquiliæ socius vtiliter egerit, & litis æstimationem totam consecutus fuerit, non puto Pro socio actionem posse vllam supereſſe, cùm nihil amplius intersit socij: Actio autem Pro socio non nisi ad id quod interest, dari possit *l. prox.* vbi diximus *sup.* Quomodo de actione commodati scriptum est in *d. l. qui seruum §. vlt.* Nec enim video quid inter hanc & illam actionem distet, nisi quod non potest dãnum fieri in re commodata, quin commodatoris intersit. Potest autem fieri damnum in seruo vnius ex sociis, nec tamen societas lædatur. Et è contrario potest fieri, vt ob seruum læsum societas valde læsa sit, vt puta si seruũ negotiatorem quis vulnerauerit, & occiderit, vt subjcitur in *l. seq.* Ergo potest etiam actio pro socio necessaria esse aut vtilis si vel prius pro socio agere velit quàm lege Aquilia, si forte facilius sit socio probare societatem, quàm dominium, cuius probatio plerumq; difficillima est §. *commodum Instit. de interdict.* Vel ex facto proponas socij amplius interesse, quàm ex lege Aquilia consecutus sit.

50. PAVLVS libro 6. ad Sabinum.

SEd actione pro socio consequitur, vt altera actione contentus esse debeat, quia vtraque actio ad rei persecutionem respicit: non, vt furti, ad pœnam dumtaxat.

Ad l. Sed actione 50.

RAT. DVB. Actio legis Aquiliæ pœnalis est non tantum, quia per inficiationem crescit in duplum *l. contra negantem 4. C. de leg. Aquil.* Sed etiam quia per eã pluris res æstimatur quàm quanti fuerit eo tempore quo damnum datum est *l. inde Neratius 23. §. hanc actionem supr. eod. ill. tit. §. his autem verbis 9. Instit. eod.* Atqui pœnalis actio concurrens cum actione rei persecutoria neque tollit persecutoriam, neque per eam tollitur *l. rei communis 45. supr.* Ergo socius, cui damnum in re communi à socio datum est, quique eo nomine actionem vtramq; habet & legis Aquiliæ & Pro socio, non potest cogi vt alterutra contentus esse cogatur, non magis quàm si pro lege Aquilia furti actionem haberet. DEC. Ea demum actio pœnalis, neque rei persecutoriam tollit, neque per eam tollitur: quæ pœnam duntaxat respicit, vt actio furti: quomodo in hac lege scriptum est. Atqui non est huiusmodi actio legis Aquiliæ, quoniam mixta est, ex pœna & rei persecutione, vt diximus ad *l. præ-*

ted. ex §. vi autem versic. sed & legis Aquiliæ Instit. de action. Ergo quatenus rei persecutoria est, hoc saltem commune habere debet, cum merè rei persecutoriis, vt tollat actionem pro socio, nisi ponas adhuc interesse socij postquam lege Aquilia egerit & litis æstimationem consecutus sit: quod tamen vix est, vt contingat, quemadmodum suprà monuimus ex *l. qui seruum* 34. §. *vlt. infr. de oblig. & action.*

51. VLPIANVS libro 30. ad Sabinum.

MEritò autem adiectum est, ita demum furti actionem esse, si per fallaciam, & dolo malo amouit: quia, cum sine dolo malo fecit, furti non tenetur, & sanè plerumque credendum est, eum, qui partis dominus est, iure potius suo vti, quam furti consilium inire.

Ad l. Merito 51.

RAT. DVB. Fallacia & dolus difficillimæ probationis est, vt & cætera omnia quæ in animo consistunt *l. dolum 6. C. de dolo l. non omnes 5. §. à barbaris infr. de re milit.* Ergo si ad dandam furti actionem socio contra socium, qui rem communē amouerit vel celauerit, necesse sit probari dolum & fallaciam, vix vnquā eueniet vt furti agi possit. Semper enim dicet socius, qui amouerit & celauerit, se neq; per fallaciā, neq; per dolū id fecisse, nec furti faciendi animum habuisse, *arg. l. inter stipulantem 83. §. 1. in fin. infr. de verb. oblig.* Atque ita cogetur actor ad impossibilis probationis necessitatē, quod absurdum & iniquum fuerit *l. 2. supr. de his qui effud. vel deiec.* Quid autem refert, an probatio sit omnino impossibilis, an verò tam difficilis, vt penè impossibilis habeatur? *l. 4. §. 1. infr. de statulib.* Imputet ergo sibi socius, qui rem communem aut amouerit aut celauerit, cum non amplius parte sua dominationem in ea interponere deberet, vt Pomponius loquitur in *l. duo fratres 78. in fin. de acquir. hered.* Nec enim melius probari animus potest quàm ex factis ipsis *l. non tantum 5. inf. rat. rem haber.*

DEC. Furtum sine animo & affectu furandi non committitur §. *placuit Instit. de oblig. quæ ex delict. nascuntur.* Furandi autem animus numquam in eo præsumendus est, qui nihil fecit nisi quod iure suo facere potuit. Credendus enim est quilibet iure suo vti voluisse potius quàm furti vel alterius fraudis consilium iniisse. Quam nobilem iuris præsumptionem eleganter vocat Accursius ex *l. si quis seruum communem 9. supr. de seruo corrupt. Item apud Labeonem 15. §. si communem 36. infr. de iniur. l. semper in dubiis 56. de regul. iur.* Sed ex hoc potissimum loco. Et sanè difficile est ac penè impossibile vt quis re communi pro sua parte vtatur, quin partem socij attingat, cùm partes, quas socij habent in re communi non tam corporis quàm iuris intellectum habeant *l. Mœuius 66. §. duorum de legat. 2.* Vnde etiam est quod in pari sociorum iure melior est causa prohibentis *l. Sabinus 28. supr. Commun. diuid. l. in re communi 26. vrban. præd.* Et quamuis naturale vicium sit, vt negligatur id quod communiter possidetur *l. 2. C. quand. & quib. quart. pars libr. 10. tit. 34.* non tamen facit ea præsumptio, vt illud quoque præsumendum sit socium in re communi dolum & fallaciam admittere voluisse. Facilius enim peccatur in omittēdo, quàm in cōmittēdo, nec tā prona sunt hominū ingenia ad dolum & fallaciā quàm ad negligētiā. Merito igitur Vlpianus noster cùm dixit in *l. rei communis 45. supr.* Rei comunis nomine cum socio furti agi posse, adiecit statim, *si per fallaciam dolóve malo amouit, vel rem communem celandi animo contrectet*, vt intelligamus doli huius & fallaciæ probationem exigi ab eo qui allegat, non ideo solum quòd ei qui dicit incumbat, semper probatio non, ei qui negat *l. 2. l. in exceptionibus 19. §. qui dolo infr. de probat.* Sed etiam quia delicti quod numquam sine dolo committitur, præsumptio semper odiosa est, cùm ciuis Romani existimationem oneret ac suggillet saltem apud bonos & graues viros *leg. 4. §. aduersus infr. de doli mal. excep.* Est igitur hæc præsumptio iuris quidem, sed non de iure, vt nostri loquuntur, cùm admittat probationem in contrarium, quàm illa quæ & iuris, & de iure est, non admitteret, *leg. filium 6. supr. de his qui sui vel alien. iur. sunt l. Lucius 83. de condic. & demonstr.* Neque verò doli probatio aut impossibilis videri debet aut tam difficilis, vt penè sit impossibilis. Cùm satis sit probari eum ex indiciis aut insidiis dummodo manifestis, vt scriptum est in *d. l. dolum 6. Cod. de dolo*, siue vulgatam, siue Cuiacianam lectionem sequi malis. Prodest autem hæc præsumptio, vt benè notat Bartolus, ad liberationem quidem, sed non ad condemnationem.

1 ¶ Et videamus, an Fauia teneatur. & ratio quidem facit, ne teneatur: verùm si plagium fecit, vel supressit, Fauia tenebitur.

Ad §. 1. Et videamus.

RAT. DVBIT. & DECID. Ad hunc versiculum eadem est, quæ ad sententiam præcedentem. Nam si quæratur, an vnus ex sociis lege Fauia de plagiariis conueniri à socio possit, siue seruum communem suppresserit, siue alio modo in legem Fauiam inciderit: Ratio quidem iuris, id est, præsumptio quæ prima facie occurrit, suadet, vt ea lege teneri non possit, tanquam qui, vt in superiore specie credendus sit iure suo vti potius quàm delinquendi & plagij committendi consilium iniuisse. Quod & in dubio ita dicendum est, *l. plagij 14. Cod. ad leg. Fauiam*

BIU Cujas

Fauiam de plagiar. Sed si cõstet idoneis, & sufficientibus probationibus plagium ab eo admissum, vel seruum suppressum fuisse, nec dubitandũ erit quin lege Fauia de plagiariis perinde, ac furti actione & teneri & conueniri socius possit, *dict. l. plagij.* Et hæc vera huius versiculi sententia, & interpretatio est quam priorem attulit Accursius, non quam posteriorem, ne de solo vsu serui communis teneatur socius, sed ita demum si eum vendiderit aut aliter plagium admiserit. Non enim de vsu tantùm serui communis accipi potest, quod in præcedentibus ab Vlpiano dictum est de seruo communi amoto per vnum ex sociis vel celato. Et alius casus est de plagio per socium admisso. De quo fortassis ideò maior dubitandi ratio suberat, quod accusatio ex lege Fauia, aut, vt alij legunt, Fabia, de plagiariis sit publici iudicij, *l. plagij 13. Cod. ad leg. Fauiam de plagiar.* vt & cæteræ accusationes, quæ fiunt ex legibus publicorum iudiciorum, *tot. titul. de public. iudic.* Durius autem videatur inter socios qui iure quodam fraternitatis sibi inuicem tenentur, vt ait *l. verum est 63. in princip. hoc tit.* actionem publici criminis permitti, quàm actionem furti quæ priuati iudicij est. Sed non ita est, cùm & actio furti æquè infamet, *l. infamem 7. de public. iudic.* & quanto grauiora sunt crimina, cuiusmodi sunt publica, tanto faciliùs & grauiùs vindicanda sint propter publicam vtilitatem, ad quam maximè id pertinet, *dict. leg. infamem & tot. tit. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. 1. infr. de solut.*

52. IDEM libro 31. ad Edictum.

CVm duobus vicinis fundus coniunctus, venalis esset: alter ex his petiit ab altero, vt eum fundum emeret: ita vt ea pars, quæ suo fundo iuncta esset, sibi cederetur. mox ipse eum fundum, ignorante vicino, emit. quæritur, an aliquam actionem cum eo vicinus habeat. Iulianus scripsit, implicitam esse facti quæstionem. nam si hoc solum actum est, vt fundum Lucij Titij vicinus emeret, & mecum communicaret, aduersus me, qui emi, nullam actionem vicino competere. si verò id actum est, vt quasi commune negotium gereretur: societatis iudicio tenebor: vt tibi, deducta parte, quam mandaueram, reliquas partes præstem.

Ad l. Cùm duobus 52.

RAT. DVBIT. Is qui emit fundum quem vicino mandauerat, vt emeret vtilem, & vicinum fundis vtriusque, vt sibi pars quarta fundi cederetur. Reliquæ partes penes emptorem remanerent, facit iniuriam vicino, si nullam ei partem fundi relinquat, totúmque ipse sibi retineat. Mutat enim consilium in alterius iniuriam, quod facere nemo potest, *leg. nemo potest 75. de regul. iur.* Ergo teneri debet actione Pro socio quasi contracta inter eos fundi emendi societate, vt damnum sarciat vicino quod ex non obseruata conuentione vicinus sentiat.

DECID. Multum refert an mandatum simplex contractum sit, an societas. Nam qui venit contra mandatum quod alij fecerit, nihil facit contra bonam fidem, cùm ei liberum sit reuocare mandatum re adhuc integra §. *rectè quoque Institut. de mandat. l. si verò 12. §. si mandauero 16. leg. si mandassem 15. supr. tit. prox.* Nec mutatur hoc casu, consilium in alterius iniuriam, cùm ex eiusmodi mandato nullum ius mandatario quæsitum esset. Qui verò venit aduersus contractam societatem, facit contra bonam fidem, & socium decipit, quod ei facere per pœnitentiam non licet. Habet igitur proposita species implicitam facti quæstionem, vt benè Iulianus dicebat, an scilicet mandati contractus initus esset, an societatis. Contractus enim omnes sunt facti, *leg consilio 7. §. vltim. infrà de curat. furios.* In dubio tamen præsumetur, contractus mandati simplicis ad euitandam obligationis præsumptionem, quia mandati contractus re integra obligatorius non est, *dict. §. rectè.* Proniores autem esse debemus ad inducendam liberationem, quàm ad obligationem, *leg. Arianus 41. de obligat. & actionib.* Multò igitur magis ad non inducendam obligationem, quia fauorabilus est, non obligari quàm liberari. Planè tum quoque cùm societas emendi fundi contracta est vt in *l. societates 5. supr. hoc titul.* si is cui mandatum erat, vt emeret, noluerit emere per dolum malum, aut culpam aliquam, dicendum erit teneri eum hoc nomine, §. *si qui societatem 11. infrà hac lege*, & ideo etiamsi alius posteà emerit, non tenebitur quasi compensatione culpæ inuicem facta quæ in iudiciis maximè bonæ fidei locum habet, *leg. si ambo 10. suprà de compensat. §. in bonæ fidei 30. Institut. de action.* vt apud Accursium Azo sensit. Extra hunc casum si id actum sit inter contrahentes, vt commune negotium gereretur, societatis iudicio tenebitur is qui sibi emit, non vt fundum communicet (nec enim actum fuerat, vt emeretur ad communicationem & in commune) sed vt deducta parte quarta, quam emi pro se mandauerat, reliquas partes socio præstet.

1 ¶ Venit autem in hoc iudicium pro socio bona fides.

BIU Cujas

Ad §. 1. Venit autem.

RAT. DVB. Ad hunc §. nulla est. Cùm enim societas sit contractus bonæ fidei, *§. actionum Instit. de action.* quis dubitare potest quin in hoc iudicium Pro socio veniat bona fides? Nec enim aliunde dicta sunt iudicia bonæ fidei quàm quòd bonam fidem maximè desiderent, nec eam tantùm quæ dolo opponitur, & quam in cõtractibus omnibus desiderari certum est, *l. bonam fidem 4. C. de oblig. & action.* sed eam quoque quæ potissimum æquitati innititur *l. bona fides 31. supr. depos.* In contractu porrò societatis bona fides non tantùm adesse debet, sed etiam exuberare *l. 3. C. hoc tit.* quia ius habet fraternitatis *l. verum est 63. infr.*

2 ¶ Vtrum ergo tantùm dolum, an etiam culpam præstare socium oporteat, quæritur. & Celsus libro septimo digestorum ita scripsit: Socios inter se dolum, & culpam præstare oportet. [a] Si in coeunda societate (inquit) artem operámve pollicitus est alter: veluti cùm pecus in commune pascendum, aut agrum politori damus in commune quærendis fructibus: nimirum ibi etiam culpa præstanda est. pretium enim operæ artis est velamentum. Quòd si rei communi socius nocuit: magis admittit, culpam quoque venire.

Ad §. 2. Vtrum ergo.

RAT. DVB. Bonæ fidei dolus tantùm opponitur, *l. 3. §. vltim. supr. l. si dolo 5. Cod. de rescind. vendit. l. non debet 11. in fin. supr. de dolo.* Ergo quod venit in hoc iudicium, bona fides facere debet, vt de dolo tantùm, non etiam de culpa socius teneatur.

DEC. Non tantùm dolo aduersatur bona fides, sed etiam culpæ. Facit enim contra bonam fidem is quoque, qui culpam admittit non solùm latam, sed etiam leuem. Ergo socios inter se non tantùm dolum, sed etiam culpam præstare oportet, etiam leuem, non tamen leuissimam *l. socius socio 72. infr. hoc tit. §. vltim. Instit. eod.* In eóque deterior est condicio socij, quàm depositarij, qui non nisi de dolo tenetur, & de lata culpa, *§. præterea, Instit. quib. mod. re contr. obligat. l. 1. §. vltim. l. quod Nerua 32. supr. depos.* Quamuis enim depositi quoque contractus bonæ fidei sit *d. l. 1. §. hanc actionem 23. eod.* solius tamen deponentis gratia interponitur, sibique debet imputare is qui negligenti amico rem suam custodiendam tradit *l. 1. §. is quoque infr. de obligat. & action.* Qua ratione videbatur in actione quoque pro socio idem iuris constituendum esse, cùm in coeunda societate eligatur industria personæ, & de se queri debeat is qui minùs diligentem socium eligit *d. l. socius socio in fin.* Fuítque ius hoc inter veteres iuris authores controuersum, & in quæstione positum, vt Iustinianus refert in *dict. §. vltim.* Sed præualuit tamen, vt ibidem ait, sententia existimantium culpam quoque præstari à socio debere. Non alia, vt puto de causa, quàm quia in contractu societatis exuberantior bona fides requiratur, quàm in cæteris bonæ fidei contractibus, *l. 3. Cod. hoc tit.* propter ius fraternitatis quod in se societas continet, *l. verum est 63. in princip. infr.* vt diximus ad §. præcedentem. Ergo etiam diligentiam præstare socius socio debet. Sed qualem? Non vtique diligentissimam, sed talem rebus communibus, qualem rebus suis adhibere solet *d. l. socius.* At relatione facta ad tempus contractæ societatis ne liceat ei de priore diligentia quicquam remittere, quomodo depositario licet, vt sit aliqua inter socium & depositarium differentia, inquit Accursius. Sufficit enim depositario, vt talem præstet hodie diligentiam rei depositæ, qualem suis rebus adhibet quamuis minorem, & remissiorem quàm anteà. Planè si diligentior factus sit socius, tanto maiorem quoque diligentiam societati præstare debebit: nec enim salua fide minorem alienis aut communibus rebus quàm suis diligentiam præstare quisquam potest, *d. l. quod Nerua 32. in fin. supr. depos.*

a *Si in coeunda societate.* Est hic §. distinctus à superiore in vulgata editione, sed non in Florentina, quam in his Rationalibus sequimur. Nec inuiti hoc loco, cùm pendeat sententia huius §. ex eo quod proximè dictum est ex Celso, socios inter se dolũ & culpã præstare oportere. Cuius conclusionis exemplũ ponitur in his verbis. Finge igitur in coeunda societate artem operámve pollicitum esse alterum, veluti cum pecus in commune pascendum, aut agrum politori damus in commune quærendis fructibus, etiam culpa hoc casu præstanda erit. *Precium enim*, inquit, *operæ artis est velamentum.* Quæ tamen ratio non tam eò pertinet, vt probet Celsus culpam in hac specie præstari debere, quàm vt ostendat hoc quoque casu contractam esse societatem. De quo magis dubitari posse videbatur, cùm alter ex sociis non nisi operam, alter verò vel pascendum pecus vel agrum poliendum cõferret. Sed iam sæpius diximus posse ita coiri societatem, vt vnus operam tantùm & industriam conferat, alius verò solus pecuniam, adeóque ita, vt maiorem lucri partem ferat is qui solam industriam confert, si pluris sit opera & industria ipsius, quàm pecunia quæ ab alio confertur, aut alia res quælibet, *l. societas 5. & sequent. sup.* Verùm quem sensum habeat hæc ratio, difficile est interpretibus dicere. Etiam recentioribus, ex quibus cùm multi ac ferè omnes textum corruptum esse crediderint, nec sibi temperauerint ab emendatione, vix tamen duo in emendandi ratione consentiunt, vt videre est apud Gothofredum. Miror ego nemini vnquam in mentem veniisse, vt diceret, quod omnino dicendum existimo, pro *artis* legendum esse *partis*, hoc sensu, vt cùm alter ex sociis operam tantùm suam vel artem vel industriam confert, precium eius operæ, vel artis, vel industriæ sit vice & loco partis, ne dubitari possit, quin partem lucri ex societate ferre debeat, acsi partem in fundo aut in pecore haberet, cuius gratia societas inita est. Nã nec quisquã dubitat, quin hic Vlpiani, aut potiùs Celsi sensus sit, sed tãtùm quomodo ex supradictis verbis erui hic sensus possit, disputãt. Nec leuior alius error est qui in hoc ipso §. Accursiũ decepit in illis verbis,

verbis, *aut agrum politori damus in commune*, vbi pro *politori* legit *pollicitatori*. Cùm apud bonos Latinitatis authores, præsertim qui de re rustica scripserunt, politores dicantur ij qui agros excolere, ac polire consueuerũt, sicut & speciali nomine Politio dicitur, cũ ager colẽdus alicui locatur mercede certæ partis puta sextę, aut septimæ aut nonæ, vt ex Turnebo & Cuiacio Gothofredus hic notat. Ergo si quis politori det agrũ excolendũ, quærendis in commune fructibus, etiam culpa ex parte vtriusque socij præstabitur, quamuis fundus ipse non sit communis. Minorémque habet hic casus dubitationem. Quid enim tam contrarium operæ, arti, & industriæ quàm culpa? Imò & imperitia culpæ adnumeratur, quoties quis aliquid faciendum, vt artifex conduxit, *l. si quis domum* 9. §. *penult. infr. locat.* Quòd si socius rei communi nocuerit, difficilius videtur, vt culpam præstare debeat tanquam qui in re communi socio suo nocere non possit, quin sibi quoque noceat, & quasi rei suæ potiùs quàm alienæ nocuerit. Quæ dubitandi ratio est, ad postremum huius §. versiculum, *arg. l. plagij* 14. *C. ad leg. Fauiam. de plagiar.* Sed tamen magis esse ait Vlpianus, vt hoc quoque casu culpa veniat, quoniam res communis ita est vnius ex sociis, vt tamen sit etiam alterius, vt diximus ad *l. rei communis* 45. *supr. ex l. illud* 46. *infr. de rit. nupt.* Nam & in propriis rebus culpa admitti potest, *l. si constante* 24. §. *si maritus infr. solut. matrim.* quæ licèt regulariter coerceri non debeat, quia non interest alterius: coercenda tamen est, si alterius interest, vt in proposito, pro qua parte alter socius rei communis dominus est.

3 ¶ Damna, quæ imprudentibus accidunt, hoc est, damna fatalia, socij non coguntur præstare.[a] ideóq, si pecus æstimatum datum sit: & id latrocinio, aut incendio perierit: commune damnum est, si nihil dolo, aut culpa acciderit eius, qui æstimatum pecus acceperit. [b] quòd si à furibus subreptum sit, proprium eius detrimentum est: quia custodiam præstare debuit, qui æstimatum accepit. hæc vera sunt, & pro socio erit actio: si modò, societatis contrahendæ causa, pascenda data sunt, quamuis æstimata.

Ad §. 3. Damna.

RAT. DVB. Vix vlla hîc adferri potest. Certum enim est damna fatalia quæ nec præuideri, nec impediri possunt, ideóque imprudentibus, & nihil tale cogitantibus accidunt, à nemine præstanda esse, cùm casibus fortuitis adscribantur, *l. contractus* 23. *in fin. de regul. iur. l. quæ fortuitis* 6. *C. de pignorat. act. l. à procuratore* 13. *C. mandat. l. si merces* 25. §. *vis maior. infr. locat. l.* 2. §. *si eo tempore de administr. rer. ad ciuit. pertin.* Suauis verò est Accursius qui dictionem illam, *imprudentibus*, accipit pro *valde prudentibus*, vt dictio *in* augmentatiuè ponatur: quemadmodum inquit in *l. Gallus* 29. §. *ille casus infr. de liber. & posthum.* vbi cùm scripsisset Scæuola, *Ille casus in difficili est*, pro eo quod in libro Accursij legebatur *indifficilis est*: videret autem Accursius casum illum Iuliani perdifficilem esse, coactus fuit, valde difficilem pro indifficili interpretari. Dignum sanè de quo quis dicat, *Accursius est indoctus* pro eo quod est, *valde doctus*. Quamquam & viro doctissimo Iacobo Cuiacio idem error contigit, vt *inscientem* pro *valde sciente* dictum velit ab Alfeno in *l. si seruus insciente domino* 34. *infr. de vsucap.* Quod nos alibi refutauimus.

a *Ideóque si pecus æstimatum datum sit.* RAT. DVB. Æstimatio facit transire periculum etiam casus fortuiti in eum qui rem æstimatam acceperit, *l.* 1. §. *nã infr. de æstimat. act.* Ergo si pecus datum sit ab vno ex sociis æstimatum, & posteà latrocinio aut incendio perierit, commune damnum esse non debet sociorum omnium, sed proprium eius qui pecus æstimatum accepit, vt euenit in commodato *l. si vt certo* 5. §. *& si forte* 3. *supr. 3. commod.*

DEC. Quoties res de qua contrahitur, ita æstimatur, vt æstimatio non res ipsa reddenda sit aut vt æstimatio vel res alternatiuè reddatur, æstimatio facit emptionem, transfértq; periculum quodlibet etiam casus fortuiti in accipientem, quia transfert etiam dominium, casus autem fortuiti omnes spectant ad dominum, *l.* 1. §. *vlt. l.* 2. *infr. pro emptor. iunct. l. plerunque* 10. §. *vltim. l. quoties* 16. *de iur. dot. l. æstimatæ* 50. *solut. matrim.* At quoties ita res datur æstimata, vt ea ipsa reddenda sit, sic ferente scilicet natura contractus, æstimatio non transfert periculum, quia nec transfert dominium. Sed tamen augetur obligatio si Bartolo credimus, vt qui alioquin tenebatur de leui tantum culpa, teneatur hoc casu etiam de leuissima, vt in hac specie, qui verò de leuissima, teneatur etiam de casu fortuito, vt in specie *d. §. etsi fortè.* Vbi nos pluribus scripsimus, & dicemus latiùs ad *d. l.* 1. §. *vltim. de æstim. act.* Ponimus autem pecora data esse pascenda quamuis æstimata societatis contrahendæ causa, vt scriptum est in fine huius §. Alioqui posset videri aliud negotium gestum, ex quo proinde danda esset actio Præscriptis verbis non Pro socio, vt in *l. si margarita* 44. *supr. hoc tit. l. si tibi rem* 13. *infr. de præscript. verb.*

b *Quòd si à furibus subreptum sit.* RAT. DVB. Potest fieri furtum sine culpa, *l. eum qui* 14. §. *idem scribit* 6. *infr. de furt.* Ergo tametsi pecus æstimatum in societatem collatum sit, non magis tamen de furto quàm de latrocinio vel incendio teneri socius debet, tanquam hic quoque casus fortuitus sit.

DEC. Qui æstimatam rem quamlibet accepit, non potest negare quin saltem eius rei custodiam præstare debeat, ac proinde diligentiam exactissimam, in re custodienda, quæ vix est, vt præstita dici possit ab eo cui furtum factum est. Talis enim custodia præstanda est, vt nihil nisi vim maiorem timere possit, *l. si ea res* 31. *in princip. infr. de action. empt.* Nec potest dici res benè custodita quæ citra vim maiorem amissa est. Denique plus est præstare custodiam quàm diligentiam omnem etiam exactissimam, *l.* 2. *in fin. infr. de peric. & commod. rei vendit. & d. l. si ea res.*

BIU Cujas

4 ¶ Quidam sagariam negotiationem coierunt. alter ex his ad merces comparandas profectus, in latrones incidit: suámque pecuniam perdidit: serui eius vulnerati sunt, résque proprias perdidit. dicit Iulianus, damnum esse commune. ideóque actione pro socio damni partem dimidiam agnoscere debere tam pecuniæ, quàm rerum ceterarum, quas secum non tulisset socius, nisi ad merces communi nomine comparandas proficisceretur. sed & si quid in medicos impensum est: pro parte socium agnoscere debere, rectissime Iulianus probat. proinde & si naufragio quid periit: cùm non aliàs merces, quàm naui solerent aduehi: damnum ambo sentient. nam sicuti lucrum, ita damnum quoque commune esse oportet, quod non culpa socij contingit.

Ad §. 4. Quidam sagariam.

RAT. DVB. Quod vnus ex socijs ad merces comparandas post contractam negotiationem sagariam profectus in latrones inciderit, suámq; pecuniam & alias res suas perdiderit, quodq; præterea serui eius vulnerati sint, non tam societati quàm casibus fortuitis imputandum videtur, quos supra diximus, nec à socio nec ab alio vllo præstari debere. Quomodo in causa mãdati scribit Paulus in *l. inter causas 26. §. non omnia.* Ergo non debet hoc damnum commune esse sociorum, sed proprium illius cui hæc obtigerunt.

DEC. Alia causa est societatis, alia mandati. Nam inter socios sicuti lucra omnia sunt communia, ita & damna esse debent quæ non culpa socij contigerunt, vt scriptum est in fine huius §. ex regula *l. secundum naturam 10. de regul. iur. l. id quod 7. infr. de peric. & commod. rei vendit. l. si merces 25. §. vis maior infr. locat.* Inter mandatorem verò & mandatarium nulla communicatio fit, cùm nullum ex mandato lucrum sperare mandatarius debeat. Quæ tamen ratio probat tanto iniquius esse, vt huiusmodi damna fortuita mandatario imputentur, qui iustissimè allegare præterea potest se ea damna passurum non fuisse, si alieni compendij gratia mandatum non suscepisset, vt benè Africanus disputat in *l. si seruus communis 61 §. quod verò inf. de furt.* vbi euidenter dissentit à Paulo in *d. §. non omnia.* Et ego cum Africano sentio, vt proinde non sit hac parte melior condicio socij qui damnum passus est quàm debeat esse mandatarij, sed alia atque alia ratione socium illa ratio tuetur, non solum quod eiusmodi damnum propter societatem passus sit, sed etiam quod iniquum sit & contra ius fraternitatis, vt totum dãnum subeat is qui non nisi partem lucri ex negotiatione, si feliciter cessisset, sperare potuit. At mãdatarium illa tantum ratio defendit, quòd non fuerit damnum illud passurus, si mandatum non suscepisset *d. §. quod verò.* Benè autem Vlpianus, Actione pro socio damni huius partem agnoscere socium debere tam pecuniæ quàm cæterarum rerum, quas secum non tulisset socius nisi ad merces communi nomine comparandas profectus fuisset. Nam si quid aliud tulisset secum, & amisisset quod non ad societatis causam pertinuisset, huius quoque rei damnum agnoscere socium non oporteret, sic in *l. 1. & l. 2. in princip. versic. æquissimum supr. ad leg. Rhod. de act. l. ex parte 39. in princip. famil. erciscun.* addit, sed & si quid in medicos impensum est ob vulneratos seruos, id quoque à socio præstandum esse pro parte societatis iudico, nempe quia & huic impensæ faciendæ societas causam & necessitatem dedit. Proinde & si naufragio quid perierit, idem dicendum erit, quia naufragij casum fortuitum esse nemo dubitat, sed addit, *cùm non aliàs merces quàm naui solerent aduehi.* Vt intelligamus aliud esse, si aliter quàm naui merces aduehi solebant, quia tunc culpa præcessisset casum. Quod cùm euenit, tenetur etiam de casu fortuito quisquis tenetur de culpa *l. si vt certo 5. §. sed interdum*, vbi diximus *supr. Commod.* Quid verò si vterque ex sociis à latronibus captus sit & euaserit? non eo minus damnum cõmune erit, vt benè Accursius notat. Nec enim prosperitas vnius, infelicitas alterius esse debet. Quid rursum si alter ex sociis vtroque capto non euaserit, sed ab amico redemptus sit? Placet distinctio Accursij, vt si remunerandi animo id factũ sit, damnum precij redemptionis commune sit, si verò animo donandi, non possit agere is qui nihil de suo contulit, & cui nihil eo nomine abesse intelligitur *l. idémque 10. §. vlt. & l. seq. iunct. l. si verò non remunerandi 12. in princip. supr. tit. prox.*

5 ¶ Cùm duo erant argentarij socij: alter eorum aliquid seperatim quæsierat, & lucri senserat. quærebatur, an commune esse lucrum oporteret. & Imperator Seuerus Flauio Felici in hæc verba rescripsit: Etiam si maximè argentariæ societas inita est: quod quisque tamen socius non ex argentariæ causa quæsiit, id ad communionem non pertinere explorati iuris est.

Ad §. 5. Cùm duo erant.

RAT. DVB. Socij lucra & damna omnia communicare inter se debent. Id enim maximè proprium est societatis, *§. prox. supr. l. si merces 25. §. vis maior infr. locat.* Ergo cùm ponamus inter duos argentarios societatem contractam esse, si alter eorum aliquid seperatim quæsierit, & lucrum senserit, commune lucrum esse oportet. DEC. Societate

contracta

contracta alicuius negociationis non alia lucra & damna communicari inter socios debent quàm quæ ad eam negotiationem pertinent, vt limitata causa non nisi limitatum effectum pariat, *vulg. l. in agris 16. de acquir. rer. domin.* Nec enim latiùs patere debet effectus quam sua causa. Ergo quod quisque ex sociis non ex argentariæ causa quæsierit, ad communionem non pertinebit, sed acquirentis proprium erit, sic in *l. sed & si 13. supr.* Huic speciei proxima illa est quæ subiicitur in §. *seq.* nec valde dissimilis, vt benè videtur, monet Accursius. Hîc enim agitur de communione per societatem contracta ex causa argentariæ. Ibi verò de communione paternæ maternæq; hereditatis inter fratres per societatem retenta.

6 ¶ Papinianus quoque libro tertio responsorum ait. SI fratres, parentum indiuisas hereditates ideo retinuerunt: vt emolumentum, ac damnum in his commune sentirent: quod aliunde quæsierint, in commune non redigetur.

Ad §. 6. Papinianus. Alias l. Si fratres.

RAT. DVB. & DEC. ad hunc §. eadem est quæ ad superiorem. Vtroque enim loco agitur de societate contracta. Ibi argentariæ, hic verò hereditatum parentum inter fratres qui eas indiuisas ideo retinuerint, vt lucrum in ijs, & damnum commune sentirent. Maior tamen dubitandi ratio in hac specie subesse videbatur ex eo quod omnium bonorum societas inter fratres contracta videri posset, cùm vix alia bona fratres habere possent quàm quę à parentibus acceperant. Patre scilicet prius defuncto, deinde matre. Nam si mater prædecessisset, ipsius hereditas patri quęsita per liberos in patris potestate constitutos fuisset *l. filij 6. l. penult. infr. ad SC. Tertyll.* Eo scilicet iure quod obtinuit vsque ad Constantini tempora in *l. 1. C. de bon. matern.* Atqui societate bonorum omnium contracta, licèt non veniant communicanda ea, quæ vel hereditatis vel legati vel donationis titulo acquisita sunt, communicandum tamen est quicquid ex quæstu venit, *l. coiri 7. & sequentib. l. aditio 45. §. & cùm quæstus infrà de acquirend. hered.* Ergo etiam quod aliunde fratres separatim quæsierint, etiam in societatem veniet. Sed obseruandum est multum referre, an societas coita sit vniuersorum bonorum, quod non nisi expressa conuentione fieri potest, an verò certi generis bonorum puta paternorum, & maternorum, quamuis alia bona sociorum nulla sint. Sufficit enim vt alia esse possint, quæ nec paternorum, nec maternorum iure ac nomine censeantur: Cuiusmodi sunt omnia quæ aliunde quæsita proponuntur. Idémque multo magis dici potest, si nec de parentum hereditatibus vlla societas contracta probetur, vt notat Accursius. Sed tamen inter hos casus illa erit differentia, quod nulla societate contracta, ne quidem ea communicanda sunt, quæ ex fructibus aut ex preciis bonorum communium, si qua vendita sint, acquisita fuerunt, quia licèt acquisitio facta sit ex pecunia vel ex alia re communi, non idcirco tamen, id quod acquiritur, fit commune aut communicabile, *l. si patruus 4. C. commun. vtriusque iudic.* nisi coniunctim acquisitum sit, id est, coniuncto dominio, vt loquitur *l. 2. Cod. hoc tit.* Ergo nec damna, quæ fratribus istis obtigerint, aliunde quàm ex causa hereditatum parentum communicabũtur inter eos: sed propria manebunt eius cui obtigerint, vt par sit in vtramque partem ratio lucri & damni. Quid verò si fratres qui parentum hereditates indiuisas retinuerunt nulla expressæ societatis inita conuentione, lucra omnia, & damna inter se communicauerint & simul habitauerint, nec vnquam sibi inuicem rationes reddiderint? Tacita societas contracta inter eos videbitur in iis scilicet rebus quas promiscuè & communiter gesserunt, non etiam in cæteris, vt hic notat post Bartolum Gothofredus, & nos diximus ad *l. 4. supr.* Iunge *l. itaque 64. infr.*

7 ¶ Item ex facto consultum respondisse se ait libro tertio responsorum: inter Flauium Victorem, & Vellicum Asianum placuerat, vt locis emptis pecunia Victoris monumenta fierent opera, & peritia Asiani: quibus distractis pecuniam Victor cum certa quantitate reciperet, superfluum Asianus acciperet, qui operam in societatem contulit. erit pro socio actio.

Ad §. 7. Item ex facto.

RAT. DVB. In hac conuentione nihil dictum est de societate contrahenda. Ergo non potest videri contracta societas, nec proinde locus esse actioni Pro socio *l. vt sit 31. & seq. supr. hoc tit.*

DECID. In societatibus sicut in emptionibus cæterísque contractibus omnibus, sed in iis præsertim, qui bonæ fidei sunt, sequimur id quod actum est, *l. sed Celsus 6. §. 1. infr. tit. prox. l. semper 34. de regul. iur.* In proposito autem apparet id actum esse, vt societas contraheretur emendorum, & distrahendorum fundorum quos Flauius Victor sua pecunia emeret, & in quibus posteà fierent monumenta, opera & peritia Velliti Asiani, vt ita factis iis fundis preciosioribus & posteà distractis pecuniam Victor cum certa quantitate ex precio venditionis acciperet, superfluum verò Asianus acciperet pro operæ precio quam in societatem contulisset. Constat enim posse ita contrahi societatem, vt vnus pecuniam, alius operam conferat, maximè verò cùm coitur societas alicuius negotiationis, vt in *l. 5. in princip. & §. 1. l. si non fuerint 29. & §. vtrum ergo hac leg. suprà.* Ergo si alter ex sociis recuset facere quod promissum est, erit pro socio actio, quæ sola ex contractu societatis nasci potest, ad personales

BIU Cujas

præstationes, vt fiat id quod fieri promissum est, quam in rem inutilis est actio Communi diuidundo *l.1.sup.commun.diuid.l.sed & socius* 17. vbi diximus *sup.hoc tit.* Sic & in cæteris omnib.contractib. bonę fidei idē euenit, vt ex pacto incontinenti adiecto informetur ipsa actio quæ ex contractu descendit, vt ex ea possit agi ad omne id quod pacto comprehensum est, *l.iuris gentium* 7.§. *quinimò & §. adeò supr.de pact.* Planè si ponas alio quàm contrahendæ societatis animo factam esse supradictam conuentionem, non competet actio pro socio, sed præscriptis verbis, vt in specie *l.si margarita* 44.*supr.l.si tibi rem* 13.*infr.de præscr.verb.* quod & Accursius hic monet.

8 ¶ Idem Papinianus eodem libro ait, si inter fratres voluntarium consorcium initum fuerit, & stipendia ceteráque salaria in commune redigi iudicio societatis. quamuis filius emancipatus hæc non cogatur conferre fratri (inquit) in potestate manenti, quia, etsi in potestate maneret, præcipua ea haberet.

Ad §.8. Idem Papinianus.

RAT. DVB. Cùm voluntarium consortium initum est inter fratres, quorum vnus in potestate retentus, alter emācipatus fuit, ea demùm per societatem hanc voluntariam, & vniuersalem bonorum omnium communicanda videntur, quæ emancipatus frater ad bonorum possessionem contra tabulas à prætore admissus fratri in potestate rerento conferre cogeretur, non etiam illa quæ in collationem non venirent. Quid enim refert an collatio fiat ex edicto, an iure societatis? Atqui filius emancipatus neque stipendia, neque cætera salaria, quæ in militia meruisset, cōferre ex edicto debuisset, sed præcipua ea habuisset, sicut omnia quæ castrensis peculij appellatione continerentur, *l.* 1.§. *nec castrense & seq infr.de collat.bonor.* Non enim alia conferre tenetur emancipatus quàm, quæ patri quæsiuisset, si emancipatus non fuisset *d.l.*1.*in princip.l.*1.*infr. si quis à parent.manum. sit.* Castrense autem peculium non contulisset, sed præcipuum habuisset, vt Papinianus hic scribit, & ex Papiniano Vlpianus, nempe quia in castrensi peculio filiusfamilias habetur pro patrefamilias ex constitutionibus, *l.*2.*supr. de SC. Maced.l.vltim.infr. ad SC.Tertyll.* Ergo nec si societas omnium bonorum inter fratres coita sit, communicanda hæc erunt quæ ad castrensis peculij causam pertinent.

DEC. Longè alia ratio est collationis quæ fit ex edicto prætoris, alia verò eius, quæ ex contractu societatis. In priorem non veniunt bona castrensia ob rationem illam quam attulimus. In posteriorem verò veniunt, quia nascitur ex voluntate quæ ad omnia sociorum bona extenditur. Tractamus enim de societate coita non simpliciter, sed vniuersorum bonorum: alioqui contrà dicendum esset, vt docet Accursius ex *l.*3.§.1.*l.coiri* 7.*supr.*

9 ¶ Idem respondit, societatem non posse vltra mortem porrigi. [a] & ideo nec libertatem de supremis iudiciis constringere quis poterit, vel cognatum vlteriorem proximioribus præferre.

Ad §.9 Idem respondit, societatem.

RAT. DVBIT. Cæteri contractus vltra mortem extenduntur etiam citra expressam vllam cōuentionem, *l.ex depositi* 12.*infr.de oblig. & action.l si hominem* 7.§.*datur supr.depositi.l.viam veritatis* 10.*Cod. de locat.* Quidni ergo etiam contractus societatis? Nam & quisquis contrahit, non tantùm sibi, sed etiam heredibus suis contrahit, & paciscitur, *l.si pactum* 9.*infr.de probat. & tot.tit.Cod.de hered.*

DEC. In contractu societatis speciale est, vt in heredem transire non possit ne quidem expressa conuentione, *l.nemo potest* 35.*supr. & l.adeò* 59.*infr. hoc tit.* quia in eo eligitur certa industria certæ personæ, *l.*5.§.1.*si non fuerint* 29.*l.cùm duobus* 52.§.*vtrum ergo supr. hoc tit.* §. *soluitur Instit. eod.* Futuri autem heredis persona semper incerta est, *l. sciendum est* 70.*de verb.signific.* nec proinde industria eius eligi potest, vt pluribus scripsimus ad *d.l.nemo potest.*

a *Et ideò nec libertatem.* RAT. DVB. Est in arbitrio & potestate cuiusque, vt sibi heredem eligat quem velit, *l.verbis legis* 120.*de verb.signific.* Heredis autem electi persona semper certa est. Ergo nihil vetat me tecum ita coire societatem, vt transeat illa in Titium heredem meum, quia hoc casu cessat incertitudinis ratio illa quam attulimus.

DEC. Heredem non facit nisi hereditas *l.*1.§. *Scæuola infr. si is qui testam. lib. eß. iuss.* Hereditatem verò sola lex facit *l. filiusfamilias* 18. *ad leg. falcid.* Est enim hereditas fictio & nomen iuris *l. hereditas* 50. *supr.de hered. petit. l.pecuniæ* 78. §. 1. *de verb. signific.* Lex autē duodecim tabularum non inducit hereditatem nisi vel ex testamento vel ab intestato. Ex testamento quidem confirmando supremā defuncti hominis voluntatem, non autem quamlibet *l. verbis legis* 120. *l. lege obuenire* 130. *eod.tit.* Voluit enim ambulatoriam esse hominis voluntatem ad supremū vsque vitæ exitum *l.*4.*de adim. legat. l. cùm hic status* 32. §. *pœnitentiam de donat.int. vir. & vxor.* ac proinde manere liberam ita, vt nullo pacto nullāque arte constringi possit, *l.pactum quod dotali* 15. *Cod. de pact. l.stipulatio hoc modo concepta* 61.*de verbor.obligat.l.ex eo* 4.*Cod.de inutil.stipulation.* Atqui non maneret libera, sed constringeretur, si societas inter te & me ita posset iniri, vt in Titium quoque tanquam heredem meum testamentarium transire deberet. Sunt enim contractus omnes, ex postfacto necessitatis, quamuis ab initio sint voluntatis, *vulg. l.sicut* 5. *Cod.de obligat. & action. l. in commodato* 17. §. *sicut autem suprà commod.* atque ita tenerer actione pro socio tibi, si alium quàm Titium instituerem heredem, si eiusmodi conuentio valerer. Inde est quod dicimus hereditatem testamento duntaxat dari extraneis posse, non autem pacto vllo vel contractu, *l.hereditas* 5. *Cod.de pact.conuent.tam supr. dot.*

Ergo

BIU Cujas

Ergo fatendum est societatē eo quo diximus modo contractam non valere. Neque rursum si conuenerit vt societas nostra post mortem meam continuetur in Titium tanquam agnatum meum futurum mihi heredem ab intestato, cùm tamen sit agnatus vlterior qui ab alio proximiore in successione intestati anteuertatur. Lex enim defert ab intestato hereditatem proximiori tantùm agnato non etiam vlteriori §. *placebat & tot. tit. Instit. de legit. agnat. succes.* Priuatorum autem conuentiones legum authoritate non censentur, inquit eleganter idem Papinianus noster in *l. vlt. infr. de suis & legit.* Ergo vtrumque verum est quod ex Papiniano Vlpianus hîc scribit, Neminem posse societatem vltra mortem porrigere, nec eo modo libertatem suam de supremis iudiciis constringere vel agnatum, aut cognatum vlteriorem proximioribus præferre: Quorum tamen alterutrum euenit & necessariò si societas ita coiri posset. Nec quicquam proderit ad eam validandam quod iusiurandum in huiusmodi contractu adhibitum proponatur. Etsi enim seruari potest citra dispendium salutis æternæ, quod ad eius obseruandi necessitatem sufficere alias solet *cap. Cum contingat. Extr. de iureiur. cap. Quamuis pactum de pact. in 6.* In proposita tamen specie ideò seruandum non est, quod contra bonos mores præstitum sit *d. l. stipulatio & d. l. ex eo.* Nec proinde sit obligatorium ex iuris pontificij regula *cap. Nō est obligatorium, de reg. iur. in 6.* Aliud iuris est in pacto quod contra leges tantùm est non etiam contra bonos mores, vt euenit in pacto de non succedendo *d. cap. Quamuis pactum*, vt alibi fusius scripsimus in Chiliade. Hinc Bartolus infert donationem bonorum omnium præsentium & futurorum non valere, quia auferat liberam testandi facultatē. Quod tamen nos alibi quoque reprobauimus. Non enim facit hæc donatio, quominus nomina debitorum & bona postea quæsita reperiantur in hereditate donationis, quamuis restituenda sint donatario, vt in iis heredem habere possit, sicut & in ære alieno si quis tam facilis & inconsultus sit vt hereditatem ipsius adire velit.

10 ¶ Idem respondit: Socius, qui cessantis, cessantiúm ve portiones insulæ restituerit, quamuis aut sortem cum certis vsuris intra quatuor menses, postquàm opus refectum erit, recipere potest, exigendóque, priuilegio vtetur, aut deinceps propriam rem habebit, potest tamen pro socio agere ad hoc, vt consequatur, quod sua intererat finge enim, malle eum magis suum consequi, quàm dominium insulæ oratio enim Diui Marci idcirco quatuor mensibus finit certas vsuras, quia post menses quatuor dominium dedit.

Ad §. 10. Idem respondit Socius.

RAT. DVB. Non sunt multiplicandæ actiones, vt nec multiplicanda entia sine necessitate, præsertim si damnum potius quàm commodum aliquod sint allaturę *l. 1. supr. de Public. in rem act.* Atqui socius qui sociorum cessantium in refectione insulæ partes restituit & refecit suis sumptibus, habet actionē ex oratione diui Marci, per quam cogere possit socios, vt etiam sortem cum centesimis vsuris (sic enim legendum hîc est, non vt vulgo *aut sortem cum certis* vel *cæteris vsuris*) restituāt intra mēses quatuor, Post quatuor autem menses etiam dominium insulæ nanciscatur, vt Vlpianus ex Papiniano hic refert, & constat ex *l. si vt proponis 4. C. de ædific. priuat.* Ergo nihil causæ est, cur demus ei præterea actionē Pro socio ad id quod sua interest: Cùm nec quicquam eius interesse videatur, quandoquidem plus cautionis est in re quàm in persona *l. plus cautionis 25. de regul. iur.* Præsertim cùm hic socius in repetitione sumptuū quos ad insulam restituēdam fecerit, duplex priuilegium habeat: Vnum tantæ hypothecæ contra creditores cæteros personales & chirographarios *l. 1. infr. In quib. caus. pign. vel hypoth. contr.* Alterum prælationis etiam contra hypothecarios *l. interdum 5. Qui potior. in pign. hab.* Nimirum quia & publice interest refici ędificia, nec ruinis vrbem deformari, & huius pecunia saluam fecit totius pignoris causam.

DEC. Quod alicuius fauore constitutum est, non debet in eius odium retorqueri *l. nulla 25. supr. de legib. l. quod fauore 6. C. eod.* nec quisquam inuitus cogendus est vti iure suo vel pro se introducto *leg. si iudex circumuento 41. supr. de minor. leg. penul. C. de pact.* Atqui fieri potest facilè vt socius qui in restituendam insulam sumptus fecit, malit sumptus illos consequi quam habere dominium insulæ. Ergo si malit in eam rem agere Pro socio, aut etiam Communi diuidundo si communis insula fuerit citra societatem, non est ei denegandum. Erunrque præstandæ ipsi vsuræ centesimæ, etiam post quatuor menses. Neque verendum est ne in eo fiat aliquid contra diui Marci orationem, quippe quę non alia de causa finit quatuor mensibus centesimas vsuras, quàm quia post quatuor menses dominium insulæ socio dedit. Sed & creditori permittitur eam insulam imò creditoris aut potius iure dominij distrahere *l. ad curatoris 46. §. 1. infr. de damn. infect.* Ex quo intelligimus dominium insulæ hoc casu acquiri ipso iure socio qui sumptum fecit, nulloque hominis facto, nullaque etiam sententia interueniente sola nimirum legis potestate, cùm lex sit vnus & prȩcipuus ex modis sex acquirendi iure Quiritium dominij, quos Vlpianus in Fragmentis refert *Tit. 19. de acquisit. rer.* etiam citra vllam traditionem, vt in *l. 1. 2 & 3. supr. de Public. in rem act. l. legatum 80. de legat. 2. l. à Titio 64. de furt. l. commissa 14. de publ. & vectigal. l. 1. §. an bona & seqq. infr. de iur. fisc.* (dominium enim iuris est non vt possessio magis facti.) Sed tamen acquiri volenti, non inuito. Satis autē voluntatem suam declarat, quod insulę dominium habere nolit cum actione Pro socio conuenit socios ad id quod sua interest *arg. l. si præcedente 58. §. 1. in fin. supr. tit. prox.* Eadem enim oratio quæ dominium insulæ reficienti socio dedit, liberat socios vtique ab obligatione personali. Sed ita tamen si dominium insulæ habere malit quàm sumptus in refectionem factos consequi, non etiam si pecuniam habere malit, sed & potest necessarium esse auxilium actionis Pro socio, si vnus ex sociis

BIU Cujas

communi nomine insulam refecerit absentibus cæteris. Oratio enim diui Marci non nisi contra cessantes & contumaces facta est. In quo numero non sunt absentes & ignorantes, vt Accursius notat: Contra quos tamen non eo minus actio competit Pro socio de eo quod in rem communem impensum est *l. pro socio* 38. §. 1. *supr. l. si ædes* 12. *Commun. diuid. l. furiosus* 46. *de oblig. & action.* Quòd si socij non sint, cessabit quidem actio Pro socio, cùm societas sit tantùm incidens, sed competet actio Communi diuidundo *d. l. pro socio* §. 1. nec cogetur is qui sumptum fecit contentus esse auxilio orationis diui Marci, vt Ioānes apud Accursium malè docet. Planè si ponas socium insulam refeciisse nomine proprio, neque orationem diui Marci, neque actionē Pro socio implorare poterit, quia impensam quam sciens in rem communem suo tantùm nomine fecit, communioni donasse intelligitur *leg. si is contra quem* 5. *C. de ædific. priuat.* Et ita benè Accursius. Nec illud etiam malè, Eum qui plures habet vias, si leuiorem eligat, audiendum esse, moremque ei geri oportere, ex *l. quòd si possessor.* 71. *supr. de rei vindic.* Sed non æquè probare possum quod Accursius quærit: An in hac specie transferatur dominium ipso iure sine sententia. Quasi verò etiam sententia sit modus transferendi dominij. Quod nos refutauimus in vltima Decade Chiliadis nostræ de error. pragmat.

11. ¶ Si qui societatem ad emendum coierint, deinde res, alterius dolo, vel culpa, empta non sit: pro socio esse actionem, constat. [a] Planè si condicio sit adiecta, *Si intra illum diem venierit*, & dies sine culpa socij præterierit: cessabit actio pro socio.

Ad §. 11. Si qui societatem.

RAT. DVB. Societas coita de re aliqua emenda vt *in l. actione* 65, §. *item si societatem* videtur habere tacitam condicionem, si res illa ematur, vt euenit quoties cōtractus aliquis conferturin futurum tempus *l. interdum* 73. *infr. de verb. obl.* Contractus autem condicionales tum demùm perficiūtur, cùm condicio extiterit, vt de condicionalibus emptionibus scriptum est in *l. hæc venditio* 7 *infr. tit. prox.* quia deficiente condicione nullus contractus præcessisse intelligitur *l. pecuniam* 36. *supr. de reb. credit.* Prę posterum autem est vt agatur ex contractu aliquo priusquàm perfectus fuerit, & vt ex contractu nascatur actio prius quàm nata ex eo sit obligatio, quę tamen non nascitur ante euentum condicionis *leg. cedere diem* 213. *de verb. sign.* Ergo si post coitam societatem de emenda re aliqua, res tamen illa non ematur, quamuis dolo vel culpa alterius ex sociis id contingat, actio tamen Pro socio esse non potest.

DEC. Societas nudo consensu perficitur, nec quòd fiat de aliqua re emenda, aut in futurum facienda facit eam condicionalem, sed tanquam pura statim obligat contrahentes ad faciendum id de quo conuenit. Nec enim vlla societas est siue vniuersorum bonorum sit, siue alicuius negotiationis, siue rei cuiuslibet, quæ non in futurum conferatur. Ad quid enim socij industria eligeretur, si non post contractam societatem faciendum aliquid esset, ex quo futurum lucrum speraretur? Ergo cùm in actionem Pro socio veniat dolus & culpa, fatendum est, actionem Pro socio ex huiusmodi societate nasci in eum ex sociis cuius dolo vel culpa accidit ne res empta sit, de qua emenda conuenerat. Dolus enim est, quoties non vult quis facere quod potest & debet *l. dolus* 44. *iunct. l. si procuratorem* 8. §. *dolo autem supr. Tit. prox. l.* 1. §. *est autem* 22. *leg.* 3 *l. si quis inficiatus* 12 *supr. Depos.*

a *Planè si condicio sit adiecta.* RAT. DVB. Societas non eo minus est pura, quod in futurum tempus collata sit, vt modo diximus, præsertim cùm talis condicio est, quæ tacitè inesse videatur, *leg. aliquando* 107. *infr. de condic. & demonstr.* Atqui hęc condicio *si intra illum diē res venierit*, tacitè inesse videtur societati quæ contracta sit de illa re emenda. Quomodo enim emi potest nisi vendatur? Ergo nō minùs in hac specie quàm in superiore actio Pro socio locum habere potest.

DEC. Condicio expressa etiam quæ alioqui tacitè inesset, facit actum condicionalem qui alioquin purus esset. Aliud enim iuris est si quid tacitè contineatur, aliud verò si verbis exprimatur *l. si sic legatum* 65. §. 1. *de leg.* 1. Expressa enim nocent quæ non expressa non nocent *l. nonnunquam* 52. *de condic. & demonstr. l. expressa* 195. *de reg. iur.* Atqui condicionales contractus perfecti non sunt antequàm condicio existat, ideoque nec obligationem pariunt, nec actionem *d. l. hæc venditio* 7. *tit. prox. infr.* Ergo si condicio illa sit adiecta societati de certo fundo emendo *si intra diem illum venierit*, & dies sine culpa dolóve socij præterierit, cessare debet Pro socio actio, quasi nulla contracta societate, cùm societatis condicio defecerit *l. si quis fundum* 37 *in fin. eod. tit. l. necessariò* 8. *de pœn. & commod. rei vendit.* Maximè propter adiectionem temporis intra quod vendi res debuit. Condicio enim cui tempus adiectum est, si intra tempus præstitutū impleta non sit, deficit, & posteà impleri amplius non potest *l. Thais* 41. §. *intra certa tempora de fideic. libert.* Nec vllæ sunt magis præcisæ condiciones quàm quæ certam diem admixtam habent *l. in illa stipulatione* 8. *de verb. oblig.* Faciunt enim vt tota obligatio sub condicione & in diem collata sit, quomodo ibidem Paulus scribit.

12. ¶ Item si in communem riuum reficiendum impensa facta sit: pro socio esse actionem ad reciperandum sumptum Cassius scripsit.

Ad §. 12. Item si in communem.

RAT. DVB. Non est actio Pro socio nisi sit contracta societas *l. vt sit* 31. *supr.* Atqui potest riuus esse communis sine societate. Ergo non sufficit in communem riuum reficiendum impensam factam esse, vt per actionem Pro socio recuperari possit.

DEC. Quoties de actione Pro socio danda tractamus, ponendum est præcessisse societatem, non eam quam Accursius incidentem vocat, sed conuentionalem quæ fit tractatu habito *d. l. vt sit & seq.* Semper enim supponendi sunt termini habiles, vt vulgo iactari solet ex *l. adigere* 6. §. *quamuis infr. de iur. patron. l. tutor* 35 §. 1. *supr. de iureiur. l.* 1. §. *vlt. ad S. C. Tertyll.* Ergo & in specie huius §. ponendum est cum Accursio, riuū hunc fuisse communē ex causa societatis, hoc etiā addito, si voles, quod addit Accursius societatis & negotiationis gratia cōuenisse inter socios vt riuus reficeretur. Quanquā pactio hęc nō nisi ex abūdanti requiritur. Cęterùm si societas nulla intetuenerit, impēsa quidē in riuū cōmunē ab

vno

vno ex condiuisoribus facta non eo minus repetetur, sed per actionem Communi diuidundo non Pro socio, vt idem Accursius notat ex *l. quibus casibus 34. l. pro socio 38. §. 1. supr.* Nescio autem cur Accursius hîc notet posse vnum ex sociis in hac specie in re communi inuito altero, contra id quod scriptum est in *l. Sabinus 28. supr. Commun. diuid. iunct. l. si ædes 12. eod. tit.* Nō enim ponit hîc Vlpianus socium qui impensam fecit ad riuum reficiendum, prohibitum fuisse à socio ne faceret. Quòd si prohibitus etiam fuisset, vtique non licuisset alij reficere volenti id facere propria authoritate inuito socio, cùm in pari iure melior sit condicio prohibentis *d. l. Sabinus.* Sed tamen dicimus cum prohibente agi posse aut actione Pro socio si contracta sit societas, vt in *§. prox. infr.* aut Communi diuidundo si societas nulla interueniat vt in *d. l. si ædes.* At longè aliud est prohibente ac inuito socio aliquid facere. Aliud verò contra eum inuitum agere, vt quod fieri nollet, fieri tamen patiatur. Iudicium enim redditur semper in inuitum *l. inter stipulantem 83. §. 1. de verb. obl.*

13. ¶ Item Mela scribit: si vicini semipedes inter se contulerint, vt ibi craticium parietem inter se ædificarent ad onera vtriusque sustinenda, deinde ædificato pariete, alter in eum immitti non patiatur: pro socio agendum. Ideoque & si aream in commune emerint, ne luminibus suis officeretur, & alteri tradita sit, nec præstet alteri, quod conuenit: pro socio actionem esse.

Ad §. 13. Item Mela.

RAT. DVB. Si vicini semipedes inter se contulerint, vt ibi craticium parietem inter se ædificarent ad onera vtriusque sustinenda, & ædificato pariete alter in eum immitti tigna non patiatur, non ideò videtur conueniri Pro socio, vt seruitutem præstet tigni immittendi, cum in re communi seruitus inter socios constitui nulla possit, quia nemini res sua seruit *l. in re communi 26. supr. Vrban. prad.*

DEC. Conuentio facta in societate de ædificādo communi pariete ad onera vtriusque sustinenda, non alium sensum habere potest quàm vt vnicuique sociorum liceat in ædificatum parietē tigna immittere. Quōd etsi iure seruitutis fieri non potest vt ex ea causa seruitutis vindicatio dari possit, iure tamen conuentionis fieri potest, ad inducendam personalem actionem *l. 4. in princip. supr. de seruit. l. cùm essent 33. §. 1. in fin. rustic. prad.* Quæ porrò in proposita specie non alia esse potest quàm Pro socio, cùm negari non possit contractam esse inter vicinos societatem communis parietis ædificandi, (nam & vnius rei cuiuslibet societas iniri potest *l. societas 5. supr.*) idque ad onera cuiusque sustinenda. Ergo ad hoc maximè vt in communem illum parietem tigna sua immittere quisque ex vicinis possit. Quamuis latior sit seruitus & pactio ferendi oneris, quàm tigni immittendi. Ac proinde vicinus quæ ædificato communi pariete non patitur vicinum signa sua in eum parietem immittere tam facit contra pactionem, quàm si parietem ædificari prohiberet. Perinde igitur teneri debet actione Pro socio, non vt seruitutem in pariete communi imponi patiatur, quod fieri certè non potest, sed vt conuentioni satisfaciat: Alioqui præstet quanti ob eam causam vicini interest. Non enim datur actio Pro socio nisi ad id quod agentis interest. Idemque iuris est in altero exemplo quod idem Vlpianus hîc subiicit, si aream alienam in commune vicini emerint ne luminibus suis officeretur, & alteri eorum tradita sit area, necis præstet vicino quod conuenit. Eadem igitur & in hac specie dubitandi & decidendi ratio est quæ in superiore.

14. ¶ Si plures sint inter eosdem societates coitæ: ad omnes societates sufficere hoc vnum iudicium, constat.

Ad §. 14. Si plures.

RAT. DVB. Ex societate contracta tractatu habito nascitur actio Pro socio *l. vt sit 31. & sequ. supr.* Ergo si plures sint societates inter easdem quoque personas, plures etiam Pro socio actiones ex iis nasci necesse est.

DEC. Iudicium actionis Pro socio generale est vt & Negotiorum gestorum & Tutelę *l. pro socio 38. in princip. supr.* Ergo perinde pluribus societatibus atque vni deseruire vna actio Pro socio potest, dūmodò inter easdem personas agatur. Quemadmodum pluribus ab eodem gestore gestis vnius hominis negotiis, vna Negotiorum gestorum actio sufficit, & vnicum iudicium Familiæ erciscundæ non tantùm pro bonis omnibus vnius hæreditatis, sed etiam pro diuersis hereditatibus inter easdem personas communibus *leg. heredes 25. §. item si plures supr. Famil. erciscund. l. bona. 8. C eod.* Nam & interdum euenit, quod tamen rarius & difficilius est, vt ex vna eademque speciali actione duplicis contractus commodum actor consequatur *l. non est nouum 8. in fin. infr. de action. empt.* Neque hoc ex æquitate tantùm & causa dirimendarum litium, vt Azo putabat ex *l. quidam 21. supr. si cert. pet.* sed ex mera iuris ratione, quia natura iudicij Pro socio quod per se vniuersale est, hoc facit.

15. ¶ Si quis ex sociis propter societatem profectus sit, veluti ad merces emendas: eos duntaxat sumptus societati imputabit, qui in eam rem impensi sunt. viatica igitur & meritoriorum, & stabulorum, & iumentorū, & carrulorū vecturas, vel sui, vel sarcinarum suarum gratia, vel merciū, rectè imputabit.

Ad §. 15. Si quis ex sociis.

RAT. DVB. Societate contracta ad emendas merces non de alia impensa actum videri potest quàm de ea quæ mercium emendarum pretium constituerit. Nam extra substantiam emptionis est, quicquid extra precium est, cum substātia emptionis consistat ex precio *leg. pacta conuenta 72. infr. Tit. prox.* Ergo nec viatica meritoriorum & stabulorum & iumentorum neque carrulorū vecturas siue sui

BIU Cujas

siue sarcinarum suarum, vel etiam mercium gratia factas rectè imputabit, si de eo nihil in contrahenda societate dictum sit. Quid enim habent hæc omnia commune cum pretio mercium?

DEC. Qui negotiationem aliquam expediendam suscipit, ea quoque omnia facere potest & debet, sine quibus negotiatio illa expediri nullomodo posset *l.2 supr. de iurisd. l. vlt. de offic. eius cui mandat. est iurisd.* Atqui negotiatio expediri non potest emendarum mercium, quin necesse sit proficisci ad nundinas. In eamque rem impensas facere viaticorum, & carrulorum, de quibus diximus. Ergo & viatica & cætera omnia, de quibus diximus, rectè socius imputabit societati, si modò in faciendis expensis honestum modum seruauerit, vt nihil dolo culpáve eius factum dici possit: Nisi expressim cõuenerit vt socius de suo sumptus faceret ad hęcitinera *l. idemque* 10. *§. idem Labeo ait supr. tit. prox.* Quid ergo si alter socius minùs fuerat impensurus? Sibi imputet qui socium minùs frugalem elegerit dum à socio culpa absit, sicuti dicere solemus in eo qui mandauit *l. si quis alicui* 27. *§. impendia supr. tit. prox.*

16. ¶ Socium vniuersa in societatem conferre debere, Neratius ait, si omnium bonorum socius sit. & ideo, siue ob iniuriam sibi factam, vel ex lege Aquilia, siue ipsius, siue filij corpori nocitum sit, conferre debere, respondit.

Ad §. 16. Socium.

RAT. DVB. Damnum quod quis vel in suo vel in filij sui corpore patitur, ipsius proprium est, nec socios contingit, quia personale est, adeóque personalissimum. Ergo & si quid ex ea causa consecutus sit per actionem siue iniuriarum, siue legis Aquiliæ communicare socio non debet, quamuis omnium bonorum socius sit.

DEC. Iniuria vni ex sociis facta etiam alios contingit *§. vlt. infr.* propter ius fraternitatis quod ex societate inter socios inducitur *leg. verum est 63. in princip. infr.* Ergo & quod is ex sociis qui damnum & iniuriam passus est, ex ea causa consecutus fuerit, in societatem vniuersorum bonorum conferre debet, sicuti cætera omnia, præterquàm si quid ex prohibitis causis adquisierit, vt scriptum est in *§. prox. & seq.* Intelligo autem de societate, quæ contracta sit non simpliciter, sed expressè omnium bonorum ex *l. 3. §. 1. l. coiri 7. supr. l. si societatem 73. infr. hoc tit.*

17. ¶ Ibidem ait, socium omnium bonorum non cogi conferre, quæ ex prohibitis causis adquisierit.

Ad §. 17. Ibidem ait.

RAT. DVB. Non est permittendũ socio vt quod ex prohibita & inhonesta causa adquisiit, sibi retineat. Ne alioquin ad delinquendum imitari videatur, præsertim cum sit socius vniuersorum bonorum, de quo nunc agimus. Nam & perinde in bonis est quod ex prohibita atque quod ex licita causa acquisitum fuit. Quidni ergo veniet in societatem bonorum omnium? Qui enim omnia dicit nihil excipit *l. testatorem 68. De legat 3.* Nec honesta interpretatio non honesti quæstus lucrum adferre socio debet qui ex inhonesta causa sibi adquisiit *l. si possessor 52. supr. de hered. petit.*

DEC. Societatis cõtractus bonæ fidei est *l. 3. C. hoc tit.* Contra bonam vero fidem est quicquid contra bonos mores est & contra publicam honestatem *l. si verò 12. §. si adolescens supr. tit. prox. l. filius 15. de condit. instit.* adeoq; cõtra primum iuris præceptum, quod est, Honestè viuere *l. iustitia 10. §. 1. de iustit. & iur.* Inde igitur est vt neque societas neque communicatio vlla esse possit, vt maleficiorum, ita rerum ex maleficiis, & prohibitis causis acquisitarum *§. prox. & legib. seqq. infr. l. si à reo 70. §. vlt. infr. de fideiuss.* Neque sane fieri potest vt rerum ex delicto quæsitarum communicatio aliqua fiat, quin etiam delictorum communicatio & participatio inducatur. Denique nullum bonæ fidei iudicium recipit præstationem quæ contra bonos mores desideretur *l. generaliter 5. infr. de vsur.* Estque longè alia species *d. l. si possessor.* vbi neque de contractu agitur, neque de bona fide.

18. ¶ Per contrarium quoq; apud veteres tractabatur, an socius omnium bonorum, si quid ob iniuriarum actionem damnatus præstiterit, ex communi cõsequatur, vt præstet & Attilicinus, Sabinus, Cassius respõderunt. [a] si iniuria iudicis damnatus sit: consecuturum. si ob maleficium suum: ipsum tantum damnum sentire debere. cui cõgruit, quod Seruium respondisse Ofilius refert. si socij bonorum omnium fuerint, deinde vnus cum ad iudicium non adesset, damnatus sit: [b] non debere eum de communi id consequi. si vero præsens iniuriam iudicis passus sit: de communi sarciendum.

Ad §. vlt Per contrarium.

RAT. DVB. In societate par debet esse ratio lucri & damni. Nec æquum est vt qui lucrum sentit detrectet, damnum quoque sentire & incommodum *l. si non fuerint 29 §. vlt. supr. l. id quod 7. infr. De peric. & commod. rei vendit. l. secundum naturam est 10. de reg. iur.* Nam & generaliùs dici solet contrariorũ eandem esse rationem. Atqui diximus in *§. socium 16. supr.* Socium siue ob iniuriam sibi factam siue quod ipsius corpori aut filij eius nocitum sit, per actionem iniuriarum aut ex lege Aquilia aliquid consecutus sit, debere id societatis iudicio sociis suis conferre, si modò expressa conuentione socij fuerint vniuersorum bonorum. Ergo & per contrarium

trarium si quam iniuriam socius alij fecerit,& ex ea causa iustè condemnatus sit, commune quoque damnum sociorum omnium esse debet.

Dec. Pœna ibi esse debet vbi noxia est *l. sancimus 22. C. de pœn.* Id enim est quod dici solet pœnã sequi suos authores: Cum pœnæ constitutæ sint in emendationem hominum delinquentium *l. si pœna 20. infr. eod. illo tit.* Ergo maleficium quod vnus ex sociis admisit, imputare sibi soli debet non sociis. Nam nec videtur damnum sentire quod ex culpa sua sentiat *l. quod quis 203. iunct. l. quod à quoquo 46. de regul. iur.* Idque adeò verum est, vt etiam si ex dolo vel ex culpa vnius ex sociis alter socius præstitisset, id à socio repetere posset actione Pro socio *l. adeò 59. §. 1. hoc tit. aut Communi diuidundo leg. si is cum quo 20 supr. Commun. diuid.* Nec semper debet par ratio esse lucri & damni, cùm diuersitatis ratio aliqua adferri potest vt in *leg. si non fuerint 29. §. 1. & l. Mucius 30 supr.*

a *Si iniuria iudicis damnatus sit, consecuturum.* Rat. dvb. Iniuriam quæ vni ex sociis iniustè condemnato facta fuit, æquius est penes eum manere quàm in alios socios transferri: Vt contingit in emptore & venditore *l. si per imprudentiam 51. infr. de euic.* & in fideiussore volente regressum habere aduersus debitorem *l. exceptione 67. infr. de fideiuss.* Nec enim quæ vni facta est iniuria debet alium contingere *d. l. si per imprudentiam.* Ergo etiam si per iudicis iniuriam vnus ex sociis iniustè condemnatus sit, damnum tamen quod ex eo sensit, cæteris sociis commune esse non oportet.

Dec. Aliud iuris est in expressa societate vniuersorum bonorum: Aliud verò in cæteris contractibus, propter ius fraternitatis quod societas inter socios inducit *l. verum est 63. in princip. infr.* Efficit enim vt iniuria vni ex sociis facta siue à iudice siue ab alio quolibet, cæteros quoque omnes contingat, vt ex hoc potissimùm §. interpretes omnes bene notant. Planè in venditore hæreditatis illud etiam obtinet, vt si per iniuriam iudicis condemnatus sit & aliquid præstiterit, repetere id possit ab emptore. Nimirum quia heredi hoc solum sufficit esse eum condemnatum sine dolo malo suo, vt scriptum est in *l. 2. §. solet quæri infr. de hæred. vel act. vendit.* quandoquidem hereditatis emptor in omne ius, & locum heredis succedere intelligitur *d. l. 2. in princip. & §. cum quis 18.*

b *Non debere eum de communi id consequi.* Rat. dvb. Iniuria vni ex sociis perperam condemnato facta etiam alios socios contingit, vt modò diximus. Atqui quoties quis condemnatus est ob id quòd abfuerit, non tam victus videtur ob id quod malam causam habuerit, quàm quòd abfuerit. *l. si ideo 55. infr. de euict.* ac proinde perperam & iniustè condemnatus præsumitur. Ergo quicquid damni ex ea causa passus est, de communi consequi debet.

Dec. Quisquis legitimè vocatus in ius non venit, non caret culpa, cùm sit contumax aduersus edictum Prætoris de quo in Titulis *si quis in ius vocat. non ier. & In ius vocat. vt eant.* adeò vt nec si appellet audiendus sit *l. & post edictum 73. §. vlt. supr. de iudic.* Atqui tantum abest vt vnius ex sociis culpam alij præstare debeant, vt si quid ex ea causa præstiterint, totum id à socio per actionem Pro socio aut Communi diuidundo repetere possint *l. adeo 59. in fin. hoc tit. l. si is cum quo 20. supr. Commun. diuid.* quia non tantùm dolum, sed etiam culpam præstare socius socio debet §. 1. *hac lege supr.* Ergo quod præstitit vnus ex sociis ex condemnatione contra eum lata ob id quòd ad iudicium non adfuerit, à cæteris sociis, id est, de communi consequi non debet. Nec quod etiam absens vincere potuisset, si bonam causam habuisset, vt scriptum est in *d. l. & post edictum in princip. ad rem facit.* Ad vincendum enim non sufficit bonam causam habere nisi bonis allegationibus ita lis instruatur, vt de iure litigatoris constare iudici possit. Neque præsentia Dei supplere potest facti allegationes, ex quibus ius oritur. Vnde accidere quotidie videmus vt absentes passim vincantur & contumaces, quoniam vt pragmatici iactare solent, aduersus contumaces omnia iura clamant, perrarò vincant.

53. Idem libro 30. ad Sabinum.

QVod autem ex furto vel ex alio maleficio quæsitum est: in societatem nõ oportere conferri, palam est: quia delictorum turpis atque fœda communio est. [a] Plane, si in medium collata sit, commune erit lucrum.

Ad l. Quod autem 53.

Rat. dvb. In societate non simpliciter contracta, sed hoc expressim adiecto vt sit bonorum omnium, communicãda sunt omnia vndecunque quæsita *l. 3. §. 1. l. coiri 7. supr. l. si societatem 73. infr. hoc tit.* Ergo etiam quæsita ex furto vel ex alio maleficio, quippe quæ non est iustius aut honestius manere penes eum qui deliquit, quàm penes alios qui non deliquerunt *arg l. si possessor 52. supr. de hered. petit.*

Dec. Delictorum turpis atque fœda communio est, vt hîc Vlpianus scribit & in *l. nec prætermittendum 57. infr.* vbi ait generalius Rerum inhonestarum nullam esse societatem. Ergo nec lucra ex prohibitis & inhonestis causis acquisita communicari debent, quia lucrorum ex maleficiis quæsitorum iniri societas non potest, quin ipsorum etiam delictorum ineatur vt diximus ad §. *ibidem ait 17. legis præcedentis.* Iunge *l. si à reo 70. §. vult. infr. de fideiuss.*

a *Planè si in medium collatum est.* Rat. dvb. Quod ex scelere & maleficio quæsitum est non magis honestè retineri quàm peti potest *d. l. si possessor 52. supr. de hered. petit.* Ergo etiam si socius qui deliquit, in medium contulerit quod ex delicti sui causa quæsiit, commune tamen lucrum esse non debet.

Dec. Multa honestè retinentur quæ honestè peti non possunt tùm quoque cùm vtriusque partis turpitudo versatur *leg. 3. l. 4. §. sed & quod meretrici supr. de condict. ob turp. caus.* Multo igitur magis si ex parte retinentis nulla sit turpitudo. Atqui in proposita specie is qui ex causa delicti sui aliquid acquisiit solus turpiter fecit, socij autem eius non ideo turpiter quidquam feciſſe videri possunt. Nec turpiter nunc facere cùm retinent quod à socio quæsitum ex scelere vltro in societatem collatum est. Non enim idcirco fit commune delictũ quamuis lucrum ex delicto communicetur, dum ne ipsa communicatio petatur. Ergo neque bona fides neque honesti ratio vlla impedit quominus etiam lucrum hoc nolente socio conferri possit.

BIU Cujas

54. Pomponivs libro 31. ad Sabinum.

QVod enim ex maleficio contulerit socius, non aliter recipere debet, quàm si damnatus sit.

Ad l. Quod enim 54.

Rat. dvb. Etiam si socius, qui furtum fecerat, & lucrum furto quæsitum in societatem contulerat, damnatus sit vt lucrum illud redderet, indignus tamen est cui succurratur, cùm imputari ei possit, cur & deliquerit, & contulerit. Præsertim cùm non ideo sit condemnatus, quòd lucrum ex delicto quæsitum contulerit, sed quòd deliquerit. Ergo quod contulit, non eo magis recipere à sociis potest, quòd ad idipsum reddendum fuerit condemnatus *arg. l. 2. §. denique infr. de hered. vel act. vendit.*

Dec. Actio Pro socio bonæ fidei est §. *actionum 28. Instit. de action. l. 1. §. 1. De vsur.* nec proinde præstationes vllas recipere potest quæ non sint ex bona fide *l. generaliter 5. eod. §. in bonæ fidei Instit. de action.* Atqui non est ex bona fide, vt socius ex bonis socij retineat id quod ille alij reddere damnatus sit. Ita enim fieret vt ex aliena iactura locupletetur & socium damno afficeret. Neque verò idem est lucrum socio auferre, & damnum ei inferre. Prius iure societatis fieri potest, socio scilicet vltro consentiente & lucri participationem offerente. Posterius verò contra ius societatis est, & contra bonam fidem. Nunquam enim socio permittitur, vt socio damnum inferat. Quo illato etiam ex hac causa Pro socio teneretur.

55. Vlpianvs libro 30. ad Sabinum.

SI igitur ex hoc conuentus fuerit, qui maleficium admisit, id, quod contulit, aut solum, aut cum pœna auferet. si mihi proponas, insciente socio, eum in societatis rationem hoc contuliſſe. quòd si sciente: etiam pœnam socium agnoscere oportet. æquum est enim, vt, cuius participauit lucrum, participet & damnum.

Ad l. Si igitur 55.

Rat. dvb. Quod ex maleficio contulit socius postea ad id ipsum reddendum cõdemnatus, non alia ratione à sociis recipere potest, quàm quia id contulerit, nec possit eadem res aut pecunia & in societatem venire & in restitutionem, neque rursus æquum sit ex causa societatis damnum vllum socio à socio irrogari, vt modo diximus. Atqui ponimus socium qui lucrum ex furto quæsitũ in medium contulit, & posteà rem furtiuam per condictionem reddere, ac præterea dupli vel quadrupli pœnam actione furti præstare damnatus est, solam pecuniam aut aliam rem furtiuam non etiam furti pœnam in societatem contuliſſe. Ergo nullo casu æquum est vt furti pœnam quam delinquens meruit, de communi præstari patiantur, & vt nulla sit inter socium qui deliquit & cæteros qui non deliquerunt, differentia.

Dec. Multum refert, an socij qui non deliquerunt scientes & prudentes rei furtiuæ collationem admiserint, an ignorantes. Posteriore casu solam pecuniam in medium collatam restituere tenentur, non etiam pœnam ratione illa quam modo attulimus. At priore casu æquum est etiam pœnam solui de communi, quia æquissimum est vt qui participauit lucrum, etiam damnum percipiat *l. si non fuerint 29. §. vlt. supr. hoc tit.* Similem distinctionem scientiæ & ignorantiæ obseruat Accursius in *l. item quæritur 13. §. si quis mensuras l. ex conducto 15. aliàs leg. si vno versic. quid tamen infr. locat.*

56. Pavlvs libro 6. ad Sabinum.

NEc quicquam interest, vtrum manente societate præstiterit ob furtum, an dissoluta ea.[a] Idemque est in omnibus turpibus actionibus: veluti iniuriarum, vi bonorum raptorum, serui corrupti, & similibus: & in omnibus pœnis pecuniariis, quæ ex publicis iudiciis accidunt.

Ad l. Nec quicquam 56.

Rat. dvb. Ea quæ post dissolutam societatem contingunt ad societatis causam nil pertinent: quemadmodum dicere solemus ad officium iudicis non pertinere futuri post condemnationem temporis tractatum *l. 1. §. 1. infr. de vsur.* Quid enim refert, an nulla vnquam societas contracta sit, an verò ea quæ contracta fuerat, sit dissoluta *l. 1. §. siue ab initio supr. de condict. sin. caus.* Ergo multum interest vtrum socius qui rei furtiuæ lucrum in societatem contulerat, damnatus sit manente adhuc societate, an post eam dissolutam.

Dec. Quæ post societatem accidunt si causam habeant de præterito & ab ipsa societate, perinde habenda sunt acsi societas adhuc duraret, vt diximus ad *l. pro socio 38. in princip. supr. ex leg. omne æs alienum 27. & seq. eod.* Nihil ergo refert an durante societate, an eâ dissolutâ socius cõdemnatus fuerit & præstiterit aliquid ob furtũ, cum & furtũ fecerit manẽte societate & furti lucrũ in societatẽ contulerit.

a *Idemq; est in omnibus turpibus actionibus.* Miror Accursiũ malle hęc verba referre ad id quod scriptum est in *l. cùm duobus 52. §. socium supr.* quàm ad id quod proximè dictum est de furti actione & condictione furtiua contra sociũ instituta qui durante societate furtũ fecerit, & furti lucrũ in societatẽ contulerit, quique postea condẽnatus sit & furtiuã rẽ reddere & furti pœnam præstare. Sensus enim Pauli est

eandem

BIU Cujas

eandem distinctionem in cæteris turpibus actionibus adhibendam esse. Vtrum scilicet sciente & consentiente socio, qui non deliquit, lucrum delicti in medium collatum sit, an eo ignorante, vt priore casu, si quandocunque postea condemnatio secuta sit, cogatur socius reddere, non solùm id, quod ex delicto percepit, sed etiam delicti pœnam pecuniariam quæcunque tandem illa sit, non etiam posteriore casu. Turpes autem actiones Paulus hîc intelligit, vt benè interpretatur Accursius, omnes actiones, quę ex delicto nascũtur, & delicti exprobrationem quandam continent, siue famosæ, siue non famosæ sint. Sunt enim pleræque turpes, quæ tamen famosæ non sunt. In quo numero est condictio furtiua, vt docuimus ad *l. in condictione 9. supr. de condict. furt.* Eiusmodi est actio Serui corrupti, vt notat Accursius, & aliæ de quibus in hac lege. Quæ tamen nonnisi de pœnalibus actionibus intelligi debet, qualis illa est de seruo corrupto *l. doli 5. §. hæc actio de Seruo corrupto*, nisi in casu *l. vlt. eod.* Non autem condictio furtiua, quæ licet turpis sit, quia ex furto nascitur, attamen nec famosa est, nec pœnalis, sed merè rei persecutoria, vt contra Cuiacium & Cuiacianos probauimus ad *d. l. in cõdictione.* Sanè actiones publicorum iudiciorum omnes, non modò turpes sunt, sed etiam famosæ & pœnales, cùm irrogent infamiam condẽnato *l. infamem 7. infr. de public. iudic.* etiamsi ex iis agatur in factum, vt in specie *l. qui nomine 25. infr. ad leg. Cornel. de falsi.*

57. VLPIANVS libro 30. ad Sabinum.

NEc prætermittendum esse, Pomponius ait: ita demum hoc esse verum, si honestæ & licitæ rei societas coita sit. Cæterùm si maleficij societas coita sit: constat, nullam esse societatem. generaliter enim traditur, rerum inhonestarum nullam esse societatem.

Ad l. Nec prætermittendum 57.

Huius legis sensus est, Supradictis distinctionibus de communicãdo & restituendo lucro ex prohibitis causis acquisito, tum demum locum esse, cùm rei licitæ & honestæ societas coita est, non etiam si rei turpis & inhonestæ, puta maleficiorum. Sicut enim quærendum non est de actione Pro socio, nisi cùm societas contracta est *l. vt sit 31. supr.* Ita nec societas vlla rei turpis & flagitiosæ esse potest, quia contra bonam fidem est quicquid est contra bonos mores *l. generaliter 5. infr. de vsur. l. cùm duobus 52. §. vlt. & l. seq. sup.* Ideoque, nec aliud est in emptione & venditione *l. quod sæpè 34. §. veneni mali infr. tit. prox.* Item in mandato *l. si remunerandi 6. §. rei turpis supr. tit. prox.* Adeoque & in fideiussione, quãuis sit illa stricti iuris *l. si à reo 70. §. vlt. infr. de fideiuss.* Rationem attulimus generaliorem ad *d. l. cùm duobus 52. §. ibidem ait supr.* & quæ non minùs stricti iuris contractibus conuenit quàm iis, qui bonæ fidei sunt *l. generaliter 26. & seq. l. si flagitij 123. de verb. oblig.* Iunge *l. 4. §. 1. supr. famil. ercisc.*

58. IDEM libro 31. ad Edictum.

SI id, quod quis in societatem contulit, extinctum sit: videndum est, an pro socio agere possit. tractatum id ita est apud Celsum libro septimo Digestorum, ad epistolam Cornelij Felicis. cùm tres equos haberes, & ego vnum: societatem coimus, vt accepto equo meo quadrigã venderes, & ex precio quartam mihi redderes. si igitur ante venditionem equus meus mortuus sit: non putare se Celsus ait, societatem manere, nec ex precio equorum tuorum partem deberi. nec enim habendæ quadrigæ, sed vendendæ coitam esse societatem. Cæterùm si id acti dicatur, vt quadriga fieret, eáque communicaretur, túque in ea tres partes haberes, ego quartam: non dubiè adhuc socij sumus.

Ad l. Si id quod 58.

RAT. DVB. Cùm id quod in societatem collatũ fuit, extinctum est, societas quoque extinguitur, quippe, quæ sine re esse non potest, non magis quàm emptio *l. nec emptio 8. infr. tit. prox.* Et è contrario quandiu res durat, manet societas, & commune inter socios lucrum, ac damnum esse debet *l. si non fuerint 29. § vlt. l. cùm duobus 52. §. quidam in fin. supr.* Atqui in proposita specie, si cùm tres equos haberes, & ego vnum, societatem coiuimus, vt accepto equo meo quadrigam venderes, & ex precio quartam partem mihi redderes, & ante venditionem quadrigæ, equus meus perierit, videtur contracta societas habendæ quadrigæ, vt vendi postea posset. Priùs enim est haberi quadrigam, quàm vt vendatur. Ergo cùm perfecta fuerit societas habẽdæ quadrigæ, licet perierit equus antequam quadriga venderetur, non eô minùs dicendum est societatem durare, vt ex equorum tuorum precio pars mihi debeatur.

DEC. Alia est societas habendæ quadrigæ, alia vendendæ. Et quamuis haberi quadrigam necesse sit antequam vendi, quum tamen societatis contractus, vt & alius quilibet legem à conuentione accipiat, non idcircò videri potest contracta societas habendæ quadrigæ, quòd contracta sit vendẽdæ. Ergo quum de quadriga tantũ vendenda actũ sit, dicendum est, si equus meus ante venditionem perierit, meum periculum non commune esse debere, quasi societate non tam extincta & finita,

BIU Cujas

quàm nondum contracta, cùm quadriga esse desierit, quæ proinde vendi amplius non potest *l. peculium* 65. §. 1. *de legat. 2. l. quid tamen* 10. §. *vltim. & l. seq. supr. de vsufruct. l. cùm eiusdem* 34. §. 1. *de ædilit. edict.* Tunc autem damnum inter socios commune esse debet, cùm post contractam societatem contigit. Quemadmodum dici solet: Vt quis Familiæ erciscundæ iudicio agere possit, non tantùm heredem eum esse oportere, verùm etiam ex ea causa agere, vel conueniri quam gessit, quodque admisit postquam heres effectus sit *l. qui erat* 49. *vers. si autem heres errauit supr. famil. erciſc.* Et quamuis societas contracta rei alicuius in futurum faciendæ non sit conditionalis, sed pura, vt diximus ad *l cùm duobus* 52. §. *si qui societatem* 11. *supr.* non ideò tamen ex ea ad aliud agi potest, quàm vt vel fiat illud ipsum de quo faciendo conuenit, vel vt si dolo, culpáve vnius ex sociis factum non sit id, quod interest, præstetur. Atqui conuenerat tantùm, vt quadriga venderetur, non vt fieret, aut haberetur. Ergo si vendi non possit, quòd ante venditionem equus meus perierit, neque societas, neque actio Pro socio vlla inter nos esse potest. Igitur si è contrario id actum dicatur inter nos, vt quadriga fieret & communicaretur, tuq; in ea tres partes haberes, ego quartam, non faciet mors equi mei, quominus adhuc socij simus, quia iam viuo equo meo quadriga fieri potuit, & societas contracta fuit. Quod Azo non malè protrahit ad societates illas pecorum quæ apud nos frequentantur, & quas nostri *Commendas* vulgò vocant, vt quamuis vacca, cuius societas contracta est, moriatur, nihilominus in vitulo ex ea nato societas duret. Idque locus hic non malè probat. Iunge §. *seq.*

1 ¶ Item Celsus tractat, si pecuniam contulissemus ad mercem emendam, & mea pecunia periisset, cui perierit ea. & ait, si post collationem euenit, vt pecunia perierit, quòd non fieret, nisi societas coita esset: vtrique perire, vt puta si pecunia, cùm peregrè portaretur ad mercem emendam, periit. si verò ante collationem, posteaquam eam destinasses, tunc perierit: nihil eo nomine consequeris, inquit: quia non societati periit.

Ad §. 1. Item Celsus tractat.

Idem ferè huius §. sensus est, qui superioris responsi, vt damnum quod vni ex sociis contigit ante contractam, perfectamque societatem ipsius proprium sit, quòd verò post eam contractam & perfectam sit commune. Ideoque posset eadem dubitandi & decidendi ratio sufficere, quæ ad superius responsum allata est. Nam si cùm pecuniam contulissemus ad emendas merces, pecunia mea perierit, videbatur proprium meum damnum esse debere, non commune, quasi societas nondum coita esset ante contractam emptionem. Sed aliud tamen Celsi & Vlpiani iudicium est, si modò post factam vtrimque collationem pecunia mea perierit, cùm ea collatio vtrimque facta argumentum præbuerit certissimum contractæ iam exinde societatis, licèt nondum secuta emptio sit. Planè si ante collationem perierit, quamuis posteaquam emendis mercibus eam destinassem: nihil eo nomine consequi potero, quia non societati periit, sed mihi. Nihil enim sola destinatio hoc casu facit, vt nec in specie *l. fundi* 17. §. *vlt. & l. seq. infr. de act. empt. l. librorum* 52. §. *vlt. ligni* 55. §. *si lignum de leg.* 3. *l. si chorus* 79. §. 1. *eod.* De quo plura hîc Gottofr. Societas enim contrahitur vel re, vel consensu *l.* 4. *sup. non sola destinatione.* Et alia ratio est pecuniæ destinatæ ad comparationem prædij, quæ immobilis censetur *l.* 3. §. *quid ergo de contr. tut. l. ei vti l. action.* Sed hoc ipsum tamen ita, si non fuerat peritura pecunia, nisi societas coita esset, putà si cùm peregrè portaretur pecunia ad mercem emendam perierit. Aliud ergo dici oporteret, si pecunia æquè peritura erat. *l. si plures* 14. §. 1. *supr. Depositi.*

2 ¶ Si filiusfamilias societatem coierit, deinde emancipatus à patre fuerit: apud Iulianum quæritur, an eadem societas duret, an verò alia sit, si fortè post emancipationem in societate duratum est. Iulianus scripsit libro quartodecimo Digestorum, eandem societatẽ durare: initium enim in his contractibus inspiciendum. duabus autem actionibus agendum esse, vna aduersus patrem, altera aduersus filium cum patre de eo, cuius dies ante emãcipationem cessit. nam eius temporis, quo post emancipationem societas durauit, nihil præstare patrem oportet. cum filio autem de vtroque tempore: id est, de tota societate. nam, & si quid (inquit) socius filij, post emancipationem filij, dolo fecerit: eius, non patri, sed filio actio danda est.

Ad §. 2. Si filiusfamilias.

RATIO. Filiusfamilias cùm emancipatur, fit noua persona, cùm diminitionem capitis patiatur, & in seruitutem imaginariam deducatur *l.* 3. §. *vlt. supr. de capit. minut. l. quinetiam* 55. *in fin. infr. de rit. nupt.* Ergo si filiusfamilias societatem coierit, deinde emancipatus à patre fuerit, alia & diuersa societas esse videtur, quamuis post emancipationem in societate duratum sit. Huiusq; diuersitatis magnum argumentum illud est, quod de eo, cuius dies ante emancipationem cessit, agi potest Pro socio, non tantum cum filio insolidum, sed etiam cum patre actione De peculio. At eius temporis, quo post emancipationem societas durauit, nihil præstare

patrem

patrem oportet: cum filio autem de vtroque tempore agendum est, & quod emancipationem præcessit, & quod subsecutum est, vt Vlpianus hîc subiicit. Addens, si quid socius filij post emancipationem filij dolo fecerit, eius rei nomine, non patri, sed filio actionem dandam esse. Quomodo enim posset vna, eademque societas, tam diuerso iure censeri? *arg. l. eum, qui ades 23. infr. de vsucap.*

Dec. Cuiusque contractus initium semper inspiciendum est *l. si tantùm 12. supr de SC. Maced l. 1. §. si seruus deposuit 30. supr. depos. l. si procuratorem 8. in prin. supr. tit. prox.* Atqui contractus societatis initius fuit ante emancipationem. Ergo etiam post emancipationem eadem societas durat: nec facilius est, vt contractus societatis, qui ab initio fuit, degeneret in aliam, nouamque societatem, quàm vt in alium diuersæ speciei contractum degeneret, puta in mãdatum *l. 1 §. quòd si rem & seq. supr. depositi. d. l. si procuratorem 8. supr. tit. proxim.* Igitur eadem societas durat post emancipationem, quæ anteà fuerat. Nec quod per emancipationem filij persona alia esse videatur, ad rem facit, cùm actio Pro socio in bonum & æquum concepta sit, cuiusmodi quæ sunt actiones, emancipatione non tolluntur, nec indigent restitutione *l. eas obligationes 8 & seq. supr. de capit. minut. l. actione 65. §. societas 11. infr.* Neque verò capitis diminutio, quæ per emancipationem contingit, mutat veritatem, aut tollit industriam personæ *l. peto 69. §. vlt. de leg. 2.* Duæ tamen sunt actiones, quæ ex eo contractu nascuntur. Vna contra filium insolidum. Alia de peculio contra patrem. Sanè quod ad patrem pertinet, certum est emancipatione secutâ, non posse illum conueniri de peculio pro gestis à filio post emancipationem, si quidem non datur actio De peculio contra patrem, nisi de iis, quæ filius familias gessit, non de iis, quæ emancipatus *l. si quis cũ filiofamil. 44. & tot. tit. sup. de pecul.* Proinde nõ potest initium spectari, quod ad patrem, vt extendatur actio De peculio post extinctam patriam potestatem: nisi intra annum, sed de iis tantùm, quæ gesta sunt ante emancipationem *l. 1. & tot. tit. supr. Quand. act. de pecul. est annal.* Neque tamen consequens est, vt dicamus, quod Accursius tentat, de iis, quæ hic filius gessit, etiam post emancipationẽ, non teneri filium, nisi inquantum facere potest. Cur non enim teneatur insolidum, cùm & ex contractu proprio conueniatur, & earum rerum nomine, quas gessit post emancipationem? Ad quas vtique nemo dixerit pertinere edictum illud Prætoris, quod actionem De peculio facit annalem, nec nisi inquantum facere filius potest, conueniri eum patitur ex priore contractu. Nam hoc non mutat qualitatem, & substantiam actionis, quæ ex eodem contractu nascitur, nec impedit quominus semper verum sit inspici tempus contractus, vt & in *l. Pomponius 15. supr. de negot. gest.* quam nescio, cur Accursius huic legi tanquam contrariam opponat, cùm in vtraque scriptum sit, initium inspici oportere. Etsi verum est, quod ille notat, Actionem negotiorum gestorum nasci ex quasi cõtractu: actionem autem Pro socio ex contractu. Sed separanda est actio, quæ competit contra filium ab ea, quæ contra patrem. Hæc enim finitur emancipatione filij, non illa, quia nec societas patrem respiciebat, sed filium. Nec ait Vlpianus initium actionis inspiciendum esse, sed initium contractus.

a *Nam etsi quid inquit.* Rat. dvb. Quæ ex contractibus filiifamilias nascitur, actio acquiritur patri, etiamsi contractus fuerit condicionalis, & condicio post emancipationem extiterit *l. si filius familias 78. infr. de verb. oblig.* Atqui cùm societas contracta est à filiofamilias, eaque post filij emancipationem durauit, eadem est societas, quæ fuerat ante emancipationem, quia contractus initium inspiciẽdum est, vt modò diximus. Ergo si socius filij post ipsius filij emancipationem aliquid dolo malo fecerit, propter quod teneri debeat actione Pro socio, conueniens est, vt eius rei nomine non filio, quamuis emancipato, sed patri actio danda sit.

Dec. Societas, quæ cũ filiofamilias cõtracta durauit tamen etiam post filij emancipationem: vna quidem tantùm est, quia contractus initium inspici debet, sed tamen duæ sunt actiones. Vna contra filium insolidum. Altera contra patrem De peculio de iis, quæ à filio gesta sunt ante emancipationem. Et quemadmodum post emancipationem desinit pater teneri de peculio, quod ad ea pertinet, quæ filius post emancipationem gessit, ita & desinit ei actio competere, quæ competebat durante patria potestate, solique filio emancipato danda actio est, qui solus exinde tenetur. Quid enim possis imputare patri, qui nec iussit filium inire societatem (alioqui aliud iuris esset *l. vlt. infr.*) neque prohibere potest filio emancipato, quominus in societate perseueret, & in ea dolo malo versetur.

3 ¶ Si seruus meus societatem cum Titio coierit, & alienatus in eadem permanserit: potest dici, alienatione serui, & priorem societatem finitam, & ex integro alteram inchoatam. atque ideò & mihi, & emptori actionem pro socio competere. item tam aduersus me, quàm aduersus emptorem, ex his causis, quæ ante alienationem inciderunt, dandam actionem: ex reliquis aduersus emptorem solum.

Ad §. vlt. Si seruus.

Rat. dvb. Cuiusque contractus initium spectandum est, vt scriptum est in §. præcedente, vbi diximus societatem contractam cum filiofamilias, qui postea emancipatus in eadem perseuerauerit, eandem esse societatem, quæ fuerat ab initio, nec aliam factam esse per emancipationem. Ergo similiter dicendum est, si seruus meus societatem cum Titio coierit, & à me alienatus in eadem societate permanserit, eandem esse societatem post alienationem, quæ antea fuerat, non aliam & diuersam: ideoque non emptori, sed mihi soli competere actionem Pro socio, nec aduersus emptorem, sed aduersus me solum.

Dec. Longè alia ratio est filij emancipati, alia serui alienati. Filius, tum quoque cùm est in potestate, non solùm potest contrahere (quod etiam seruus potest, cùm contractus sint facti *l. consilio 7.*

BIU Cujas

§. *vlt. infr. de curat. furios. iunct. l. nec seruus* 41. *de pecul. l. qui heredi* 44. *de condict. & demonstr.*) sed etiam obligationem & actionem Pro socio sibi acquirere, cùm sit capax omnis obligationis, & actiuæ & passiuæ *l. filiusfamilias* 49. *de oblig. & action.* Proinde nõ potest superueniens emancipatio facere, vt desinat obligatus esse, & obligarum habere socium, cùm in eo statu sit, vt tanto magis & obligari, & alium obligatum habere possit *l. actione* 65. §. *societas infrà.* At seruus, neque obligari ciuiliter potest, neque cum alio agere, neque alienam actionem excipere *l. serui* 16. *eod. l. cum seruo* 107. *de regul. iur.* atque ita totam obligationem necesse est ab initio transire in dominum, vt ex societatis contractu, quem seruus inierit, nõ iussu domini, teneatur dominus de peculio. Solius enim domini persona inspici potest, non serui, quæ nulla esse creditur. Nam serui non tam habentur pro mortuis in in iure nostro, quàm pro nullis *l. quod attinet* 32. *de regul. iur. l. nullo modo* 7. *ad leg. Cornel. de falsi.* Ergo mutata domini persona, societatem quoque à seruo contractam mutari, & aliam fieri consequens est, ac proinde ex priore societate me solum teneri, & quidem etiam post alienationem, sed intra annum De peculio *l.* 1. §. 1. *supr. Quand. de pecul. act. est annal.* Ex posteriore verò solum emptorem, & vicissim ex priore solùm me posse agere, ex posteriore verò solum emptorem, pro diuersitate causarum, quæ antè, vel post alienationem inciderunt, vt Vlpianus hîc loquitur. Et sanè cùm in societate qualibet eligatur persona certa, & certæ personæ industria, fieri non potest, vt naturaliter & reuera mutetur persona, quin alia atque alia fiat societas: non autem prior redintegrata, vt malè Bartolus loquitur.

59. POMPONIVS libro 12. ad Sabinum.

ADeò morte socij soluitur societas, vt nec ab initio pacisci possimus, vt heres etiam succedat societati. hæc ita in priuatis societatibus: at in societate vectigalium nihilominus manet societas. eitã post mortem alicuius, sed ita demum, si pars defuncti ad personam heredis eius adscripta sit, vt heredi quoque conferri oporteat, quod ipsum ex causa æstimandum est. quid enim, si is mortuus sit, propter cuius operam maximè societas coita sit? aut sine quo societas administrari non possit?

Ad l. Adeò 59.

RAT. DVB. & DEC. ad initium huius legis eadẽ est, quæ ad *l. nemo potest* 35. *supr. hoc titul.* vbi eadem sententia proponitur: neminem posse societatem heredi suo sic parare, vt ipse heres socius sit. Sed quod addit Pomponius ex Sabino, hæc ita esse in priuatis societatibus, at in societate vectigalium manere societatem, & post mortem alicuius, ex sociis, sed ita demum si pars defuncti ad personam heredis eius adscripta sit, vt heredi quoque conferri oporteat. Hoc verò est quod perdifficilem habet sententiam, & à nemine adhuc benè explicatum, vt Cuiacius conqueritur *libro* 10. *Obseruat. cap.* 25. vbi docet non tantùm separandas esse hac parte priuatas societates à publicis, sed etiam voluntarias ab hereditariis. Ex *l. verum est* 63. §. *in heredem infr.* vbi Vlpianus postquam dixit in heredem quoque socij actionem Pro socio competere, quamuis heres socius non sit, quod emolumenti successor sit. Subiungit, circa societates vectigalium, cæterorumque scilicet publicorum idem obseruari, vt heres socius non sit, nisi fuerit adscitus: Verumtamen omne emolumentum ad eum pertineat: Simili modo & damnum agnoscat quod contingit, siue adhuc viuo socio vectigalis, siue posteà, *Quod non similiter*, inquit, *in voluntaria societate obseruatur.* Voluntariam societatem appellat Cuiacius eam, quæ tum primùm inter socios cõtrahitur: hereditariam verò quæ inter heredem socij defuncti, & socios superstites, siue prima societas fuerit priuata, id est, rei priuatæ, siue vectigalium cæterorumve publicorum. Et ait inter societates rei priuatæ, & vectigalium, hanc esse differentiam, vt in illis heres socij, nec socius sit nec esse possit, ne quidem expressa conuentione *d. l. nemo potest*, & hac lege, in his verò heres socij, nihilo magis quidem succedat in societate, sed tamen fieri socius possit, etiamsi ab initio, & in coeunda societate non ita conuenerit, si modò pars defuncti ad personam heredis quoq; adscripta sit à sociis superstitibus. Solebant enim socij vectigalium partes & stationes sibi vicissim adscribere separatas *l. locatio* 9. §. *socij infr. de public. & vectigal.* Quo casu societas, quæ transit in heredem, cùm sit hereditaria, non voluntaria est, sed necessaria, in qua id iuris esse vult Cuiacius, vt omne lucrum & damnum societatis commune sit cum herede, siue viuo adhuc socio, siue iam defuncto, eo contigerit, vt scriptum est in *d.* §. *in heredem, & in l. in actione* 65. §. *si in rem certam infr.* Sed non explicat, an id ita intelligat, vt locum habeat etiamsi lucrum illud & damnum contigerit ex noua negotiatione post mortem socij inchoata, quomodo Accursius noster intellexisse videtur: an verò de eo lucro & damno quod pendeat ex antegesto: vt alij existimant. Sic enim Paulus disertè in *l. actione* 65. §. *morte infr.* Sed tamen separanda est hac parte societas vectigalium hereditaria ab ea, quæ sit voluntaria. Nam in hereditaria, quæ ex conuentione cum defuncto inita, id est, vt interpretor, transit in heredem (aliter enim, nec societas vectigalium ad heredem transiret) communicantur lucra & damna omnia, quæ mortuo socio etiam ex noua negotiatione contigerunt, cùm sit socius. At eo casu, quo heres socius non sit, quod accidit, quoties in coeunda societate vectigalium, aut in distribuendis partibus administrationis inter omnes socios, nihil de herede dictum est, non alia lucra & damna communicantur heredi, quàm quæ in alia societate merè priuata & voluntaria communicarẽtur, id est, quæ antegesto pendent *d.* §. *si in rem &* §. *morte.* Non etiam quæ ex postgesto. Et ad hunc casum omnino pertinet quod scriptum est in *d.* §. *in heredem*, vbi ius idem constituitur in societatibus vectigalium & cæterorum publicorum, vt socij heres socius non sit, nisi sit adscitus. Cui conuenit quod sequitur in *persic. Verumtamen*, vt omne emolumen-

BIU Cujas

lumentũ societatis, pro parte scilicet socij defuncti ad ipsius heredem pertineat, itemq; damnũ quod societati contingit, siue adhuc viuo socio, siue postea, ad heredem, inquam, qui non fuerit adscitus in societatem. Persequitur enim Vlpianus eum ipsum casum, de quo prius tractauerat: illũ autem tractabat, quo socius adscitus non fuisset, vt constat euidenter ex illa exceptione quam subiicit, *Nisi fuerit adscitus*. Et ita benè Vlpianus in hac lege consentit cum seipso in *dict. §. in heredem*. Quod enim hîc scribitur, In societate vectigalium nihilominus manere societatem etiam post mortem alicuius ex sociis, sed ita demum, si pars defuncti ad personam heredis eius adscripta sit, vt heredi quoque conferri oporteat: Quid aliud est, quàm idipsum quod legimus in *d. §. in heredem*, in societatibus vectigalium idem obseruari quod in cæteris priuatis, vt socij heres socius non sit, nisi fuerit adscitus? Quemadmodum, & quod scriptum est in *d. §. in heredem*. Omne emolumentum & damnum societatis ad heredem socij, quamuis non adscitum pertinere, siue viuo adhuc socio contingat, siue postea, conuenit optimè cum eo, quod Paulus scribit in *d. l. actione 65. §. si in rem infr.* Sed vterque locus intelligendus est in eo quod pendet ex antegesto, vt idem Paulus clarè explicat in *d. l. actione §. morte*. Ad differentiam nimirum heredis adsciti, qui cùm sit & ipse socius, omnia lucra & damna communia habere debet, quæ post mortem socij etiam ex noua societate contigerunt, vt aliqua differentia sit inter heredem socium, & eum, qui socius ipse non est, sed socij tantùm heres, vt & in *l. prox. seq. in fine principij*. In cuius sanè persona nulla prorsus societas est, nec magis hereditaria, vt malè putat Cuiacius, quàm voluntaria. Communio enim tantùm illa est, quæ ex defuncti societate voluntaria transit in heredem, non societas, nisi impropriè, vt Cicero satis malus iurisconsultus in Quintiliana loquitur, & Cuiacius ipse fatetur: Cùm neque societas vectigalium transeat in heredem, non magis quàm societas priuata, nisi ex speciali conuentione heres quoque adscitus sit. Ex conuentione, inquam, facta non post mortem socij, vt malè ponit idem Cuiacius, sed ab initio in coeunda ipsa vectigalium societate, vel saltem in partium administrandarum distributione, quam inter socios vectigalium fieri solitam fuisse diximus ex *d. l. locatio 9. §. socij de public. & vectig.* Idque apparet meo iudicio, non obscurè, ex eo quod Vlpianus noster in hac lege postquàm dixit societatem vectigalium in eo differre à priuata quod transeat in heredem, si modò pars defuncti ad personam quoque heredis eius adscripta sit, ita vt heredi quoque conferri oporteat. Subiungit hoc tamen ex causa æstimãdum esse, *Quid enim*, inquit, *si mortuus sit is, propter cuius operam maximè societas coita sit? aut sine quo societas administrari non posit?* Nam si tractaret de socij herede adscito post ipsius socij mortem, ridicula certa & inepta esset ista exceptio: Quãdoquidem nihil vetaret etiam mortuo eo, propter cuius operam maximè societas coita esset, & sine quo administrari societas non posset, adsciri personam heredis, quamuis nullam, aut minorem habentis industriam, si modò id socij vellent. Cur non enim voluntariam & nouam societatem contrahere cum ipso possent, sicut & cum alio quolibet? Sensus igitur Vlpiani est, Non semper societates vectigalium in heredem socij transire, nec si in coeunda societate, aut in distribuenda partium administratione id actum sit, quia si ex sociis ille decesserit, sine quo administrari societas non potest, morte ipsius dissolui societatem omnino necesse est, nouamque societatem contrahi, si cum ipsius herede societatem durare velint. Quemadmodum dicimus quadrigæ legatum equo vno postea mortuo, ita demũ perire, si equus ille mortuus sit, qui quadrigam demonstrabat *l. peculium 65. §. 1. de legat. 2.* Est igitur societas vectigalis, cùm ex conuentione transit in heredem perinde voluntaria atque si de priuatæ rei societate tractaretur, nisi quod in priuatę rei societate non potest pactio facere, vt societas trãseat in heredem. Itaque nulla est societas hereditaria, quæ priùs non sit conuentionalis. Nulla rursus conuentionalis hereditaria, nisi in vectigalium, cæterorumque publicorum conductione. Quæ ideò conuẽtionalis dicitur, quod necesse sit vt incipiat à conuentione. Hereditaria verò, quod eam conuentionem à defuncto socio factam esse necesse sit, non cum ipso herede. Alioqui merè volũtaria erit & noua, non hereditaria. Quamquam nec malè dici potest voluntaria respectu heredis, quippe qui adeundo hereditatem socij censetur cũ aliis defuncti sociis, quasi contrahere *l. 4. infr. quibus ex caus. in poss. eat. l. si quis absentis 5. §. heres de oblig. & action.* Cur enim adit hereditatem si non vult teneri ex pacto & contractu defuncti? Itaque antequam heres adeat, nulla est cum eo societas, nec voluntaria, nec hereditaria. Postquam verò adiit, iam quidem est necessaria, sed tamen est etiam voluntaria. Ergo cùm in *d. §. in heredem*, Paulus subiicit, *Quod non similiter in voluntaria societate obseruatur*, opponit voluntariam societatem, non ei quam Cuiacius hereditariam & necessariam vocat, quæ nulla est, sed voluntariam intelligit eam, quam Vlpianus hîc priuatam vocat, oppositam societati vectigalium & publicorum. Quid? Annon & in voluntaria, priuataque societate idem obseruatur, quod in societate vectigalium, vt heres socij & lucrum & damnum omne agnoscere debeat, quod contigit, siue viuo adhuc socio, siue posteà? Ita sanè est *d. §. si in rem*. dummodo hanc sententiam restringas cum Paulo in *d. §. morte*, ad id quod pendet ex antegesto. Sed Vlpiani sententia est, In voluntaria societate non idem obseruari, quod in societate vectigalium, vt distingui oporteat, an heres socij adscitus sit nẽne, cùm neque expressa conuentione socius adsciri possit, vt Vlpianus hîc scribit. Et ita noster quoq; Accursius benè interpretatur. Ac longè melius, quã Cuiacius, qui quod Vlpian. scribit in *d. §. in heredem*, nõ idem obseruari in voluntaria societate, quod in societate vectigalium, sic accipit, quasi scriptum sit, non idem necessariò obseruari. Nẽpe quod aliter, inquit, societati lex dici possit. Atqui Vlpianus, non ait in voluntaria societate, non similiter necessariò obseruari, sed simpliciter air, non similiter obseruari. Inspecta igitur iuris communis ratione, non habito respectu ad conuentionem aliquam de qua hîc ne apex quidem. Nec de contractibus vllæ sunt proditæ regulæ ex eo, quod potest esse & induci per expressam conuentionem etiam contra, vel præter naturam contractus, sed ex eo quod sit de natura contractus *l. 1. §. si conuenit & seq. supr. deposit. l. si vt certo 5. §. nunc videndum Cõmod. l. contractus 23. de regul. iur.* Falsum autem est in voluntaria & priuata societate, non esse lucrum & damnum commune heredi etiam, qui socius non

BIU Cujas

sit, siue damnum contigerit, viuo adhuc socio, siue posteà d.§.*si in rem & d.§.morte*. Nisi fortè dictionẽ illam *postea* referre velis ad lucrũ & damnum quod contigerit etiam post mortem socij ex postgesto. Quod tamen nos iam refutauimus. Et quid obsecro absurdius est quàm dicere cum Cuiacio, minus plenam esse societatem vectigalium voluntariam, quàm hereditariam? Cur verò societas vectigaliũ transire facilius in heredem potest ex conuentione quàm ea, quæ sit rei priuatæ? Nam neque hoc quisquam explicat. Puta rationem diuersitatis illam esse, quòd societas vectigalium semper admixtam habet locationem, quæ sui natura transit in heredem *l.viam veritatis* 10.*C.de locat.* etiam citra conuentionem vllam cum locatore initam, quam tamen Accursius exigere malè videtur. Nec dicas, Rationem hanc facere debere, vt societas igitur vectigalium transire debeat in heredem etiam citra vllam conuentionem cùm locatio transeat. Satis enim est, si locatio faciat, vt societas transire in heredem possit ex conuentione, quæ alioqui ne quidem per conuentionem expressam trãsire posset. Illud sanè placet, quod Accursius notat requiri, vt persona hæredis sit idonea, & vt conuentio fiat, non solùm cum locatore, sed etiam inter ipsos socios, vt transeat societas in heredem. Nec illud quoque improbo, quod Ioannes Faber aliàs docuit, Posse societatem transire in heredem, si quis societatem pro se & suis heredibus, adhibito iureiurando inierit. Idque iure Canonico, ex *cap. Cùm contingat extr.de iureiurand.* Nam si societas transire potest in heredem propter admixtam causam locationis, quidni transire poterit, etiam adhibito iureiurando? Quippe quod contra bonos mores non est, licèt sit contra iuris communis regulas, quodque seruari potest citra dispendium salutis æternæ, vt in *d.cap.Cùm contingat, & cap.Quamuis pactũ de pact. in 6.* Et ita supradictos iuris locos, qui alioquin obscurissimam, pugnantemque videntur habere sententiam, conciliari & intelligi debere arbitramur. Et in Cuiacij interpretatione, non plura ferè verba esse, quàm errata. Primùm in eo quod ait in *d.§.in heredem*, separari societatem voluntariam, non solùm à societate vectigalium, sed etiam à societate priuata, quod falsum est. Nam prima illa verba *in heredem quoque socij Pro socio actio competit, quamuis heres socius non sit: licet enim socius non sit, attamen emolumenti successor est*, nonnisi ad priuatam societatem pertinent & voluntariam, quam Vlpianus ex Papiniano voluntarium consortium appellat in *l.cùm duobus* 52. §. *idem Papinianus respondit suprà hoc tit.* De societate autem vectigalium cæterorum publicorum, sola loquitur in verbis illis sequentibus, *& circa societates vectigalium, cæterorumq; idem obseruamus*. Quod enim ait, *cæterorumq;*, perinde est ac si adiecisset *publicorum*, quod nec Cuiacius negat. Quemadmodum & quod statim sequitur, *vt heres socius non sit, nisi fuerit adscitus*, non nisi ad societatem vectigalium, cæterorumque publicorum referri potest, non etiam ad priuatam, in qua scilicet non potest locum habere illa exceptio, *nisi adscitus fuerit*, vt hæc lex ait. Sed quod additur, *Verumtamen omne emolumentum societatis ad eum pertineat, simili modo & damnum agnoscat, quod contingit, siue adhuc viuo socio vectigalis, siue postea*, nõ cõmuniter referendum est ad societatem vectigalium, cæterorumque publicorum, & ad priuatam, sed ad solam societatem vectigalium, cæterorumque publicorum, de qua sola loquebatur, & consequenter ad eum casum, quo socij heres non sit adscitus in societatem vectigalium, qui nec in priuatã adsciri potest. Ergo quod in fine §. additur, *Quod non similiter in voluntaria societate obseruatur*, necessariò sic accipiendum est, vt redeat Vlpianus ad societatem priuatam, de qua prius dixerat, moneatque hoc esse dissimile in societate voluntaria & priuata, quod in ea non distinguimus, quomodo distinxerat Vlpianus in societate vectigalium, an heres socij adscitus fuerit, nécne? Nullo enim casu voluntarij socij heres socius esse potest, nisi nouam ipse societatem cõtrahat, quòd si accidat, habet heres hoc amplius iuris, non tanquam heres, sed tanquam socius, quod omne lucrum & damnum ei commune est etiam, quod mortuo socio, & ex noua negotiatione contigerit tanquam ex noua societate. Neque verò supradictis postremis verbis *dict.* §. *in heredem*, loquitur Vlpianus de voluntaria societate heredis adsciti, quomodo interpretatur Cuiacius de societate voluntaria generaliter, ac proinde inter quoslibet contracta. Sed peius illud est, quod de voluntario socio accipit, quod de socij herede, adscito Vlpianus ait, & ideò ponit socij heredem adscitum esse à sociis superstitibus, post mortem defuncti socij: Cùm tamẽ quod de socij herede, adscito Vlpianus ibi scribit, non de alio herede intelligi debeat, quàm de quo inter contrahentes socios vectigalium actum est, vt ad eum societas transiret, siue id actum sit in ipso contractu conductionis vectigalium & publicorum, siue in distribuendis partibus administrationis, vt suprà diximus.

1 ¶ Quod in alea, aut adulterio perdiderit socius: ex medio non est laturus: si quid verò dolo nostro socius damni ceperit, à nobis repetat.

Ad §.1. Quod in alea.

RAT. DVB. Ea societas vera est, quæ omne lucrũ & damnum commune facit sociorum omnium *l.si non fuerint* 29.§.*vlt.l.cùm duobus* 52.§.*quidam sagariam supr.* quia cùm societas cõtrahitur, tam lucri, quàm damni communio initur *l. si vnus* 67. *in fine principij infr.* Ergo etiam quod in alea, vel in adulterio vnus ex sociis perdidit, de communi ferre debet, sicut & quod ex alea, vel ex adulterio lucri fecisset in commune posset conferre, & sociis communicare *l.quod autem* 53.*supr.*

DEC. Quod vnus ex sociis ex culpa sua damnũ sentit, cæteris sociis imputare non potest, non solùm quòd nec damnum illud sentire videatur *l. quod quis* 203. *de regul.iur.* sed etiam, quia culpam præstare ipse debeat *d. l. cùm duobus* §. *vtrum & l. is cum quo* 10.*supr.Commun. diuid.* Atqui negari non potest, quin id quod socius in alea, vel in adulterio amisit, culpa ipsius amissum sit *l.* 1. §. 1. vbi scripsimus *supr. de aleat.* Non ergo de communi id ferre debet *d.l.cùm duobus* §.*vlt.* quia nec id quod ex alea, vel adulterio, furtóve, aut alio maleficio quæsiuisset, conferre sociis cogeretur, quamuis si conferre vellet, posset cùm delictorum & rerum inhonestarum nulla societas esse possit *d.l.quod autem & l. nec prætermittendum* 57.*supr.* Planè si quid damni ex dolo no-

BIU Cujas

lo nostro socius acceperit, certum est id socios à nobis posse repetere. Quidni enim dolum præstet socius, qui etiam culpam præstare debet? *d. §. vtrum ergo & d. l. is cum quo* 20. *Commun. diuid.*

60. IDEM libro 13. ad Sabinum.

SOcium, qui in eo, quod ex societate lucri faceret, reddendo moram adhibuit, cùm ea pecunia ipse vsus sit: vsuras quoque eum præstare debere Labeo ait: sed non quasi vsuras: sed quod socij interfit, moram eum non adhibuisse. sed si aut vsus ea pecunia non sit, aut moram non fecerit: contrà esse. Item post mortem socij nullam talem æstimationem ex facto heredis faciendam, quia morte socij dirimitur societas.

Ad l. Socium 60.

RAT. DVB. Vsuræ non propter lucrum petentium, sed propter moram non soluẽtium infliguntur. *l. cum quidam* 17. *§. si pupillo in fi. de vsur.* Atqui ponimus socium qui ex societate aliquid lucri fecit, ea pecunia vsum esse, nec in ea reddenda moram fecisse. Potest enim ex his duobus esse verum sine altero, & alterutrum sufficit Vlpianus vult, vt ad vsuras præstandas socio socius obligetur, vt verba illa probant, *Sed si aut vsus ea pecunia non sit, aut moram non fecerit.* Ideóque placet plerisque quod Cuiacius docet *libr.* 13. *Obseruat. cap.* 15. legendum esse in hac lege *aut cum ea pecunia ipse vsus sit.* Ergo si mora nulla interuenerit socij in reddenda pecunia quam ex societate lucri fecit, quamuis ea vsus sit, vsuras tamen præstare nullas debet.

DEC. Omne lucrum & damnum inter socios diuidi debet pro iis partibus, quę in coeunda societate constituta sunt, cùm nihil aliud sit societas, quàm lucri & damni communio *l. si vnus* 67. *in fine principij infr.* Atqui lucrum est si quis alienam pecuniam aut communem ad suos vsus conuerterit, aut etiam lucrum quod ex societate fecerit, licet nullus ex ea pecunia vsuras perceperit *l. idemq;* 10. *§. si procurator supr. Tit. prox. l. die sponsaliorum* 25. *§.* 1. *l. Quintus* 28. *Depositi.* Ergo hoc quoque casu etiam vsuras socium sociis præstare æquum est, tametsi mora nulla interuenerit: Nam si species lucri est ex alieno largiri, & acquirere sibi beneficij debitorem, vt scriptum est in *l. si pignore* 54. *§.* 1. *infr. De furt.* quanto magis retinere ex alieno vel ex communi proprij sui commodi gratia? vt *in l.* 1. *in princip. & §.* 1. *infr. De vsur.* Quanquam obseruandum est tractari in *d. §.* 1. de vsuris pecuniæ communis, id est, sortis communicatæ inter socios, vt Papiniani verba probant. Hîc autem de vsuris lucri, quod ex societate vnus ex sociis fecerit, qui ea lucri pecunia vsus sit, vt & Accursius noster benè monet. Indéque respondet ad id quod dici solet, Accessionum accessiones non esse permittendas. Nec magis ex bonæ fidei iudicio, quàm ex stricto *l. vlt. C. de vsur. rei iudic.* Non enim accessio est lucrum quod ex societate percipitur, nisi fortè ponas lucrum ex vsuris accessisse, sed incrementum & augmentum sortis, quod proinde accessiones omnes recipere potest perinde ac prima sors ipsa. Nam & vsuræ, interdũ conuertuntur in sortem, puta si tutor exactas vsuras pecunię pupillaris in suos vsus conuerterit vt in *l. tutor qui repertorium* 7. *§. si vsuras infr. de admin. tutor.* Quare nec emẽdatione Cuiacij probare possũ quasi in huius legis principio duplex cuius tractetur. Vnus quo socius in reddendo eo quod ex societate lucri fecit, moram adhibuerit, nec tamen pecunia vsus sit. Alter quo pecunia vsus sit, nec tamen in ea reddenda moram adhibuerit: Cùm tamen vnus tantùm casus proponatur, in quo scilicet socius in reddendo lucro moram adhibuerit & a lucri pecunia vsus præterea sit. Quod sequentia illa satis ostendunt, in quibus ait Põponius contra esse, id est, vsuras nullas deberi nec quasi vsuras nec quasi interesse si alterutrum duntaxat interueniat, id est, vel mora sine vsu pecuniæ vel vsus sine mora. Alioqui si duo casus essent, debuerat Pomponius scribere, non quomodo scripsit, deberi vsuras non quasi vsuras, sed quia interfit socij moram adhibitam non fuisse. Verùm hoc quoque addito: Vel socium pecunia illa vsum non esse. Quid? inquies, an non alterutrum sufficit, vt vsuræ debeantur? vt in *d. l.* 1. *§.* 1. *de vsur.* An non tot locis scriptum est, & in actione Pro socio, & in bonę fidei iudiciis vsuras ex mora deberi? *d. l.* 1. *§.* 1. *l. mora* 32. *§. in bonæ fidei l. & in contraria* 35. *infr. de vsur. l. in minorũ* 3. *C. in quib. caus. non est necess. in integr. restit. l. si vnus* 67. *§. penult. infr. hoc tit.* Ita est. Sed tum, cùm de pecunia communi agitur, quam socius inuaserit, vel in suos vsus conuerterit, non etiam cùm de lucro quod ex societate factum est, communicando. Priore casu moram interuenire necesse non est, vt vsuræ debeantur *d. l.* 1. *§.* 1. *De vsur.* quia bona fides quæ in hoc maximè cõtractu exuberare debet *l.* 3. *C. hoc tit.* non minùs obligat ad vsuras socium, qui pecuniam communem inuasit aut ea vsus est, etiãsi mora nulla interuenerit, quàm eum qui in restituenda pecunia communi moram fecit. Posteriore autem casu mora necessaria est, & illud præterea vt socius ea pecunia vsus sit, quam ex societate lucri fecit, quia cùm neque sit, neque vnquam fuerit communis, sed tantùm communicari debeat (quod longè diuersum est *l. si quis societatem* 74. *infr.*) difficilius est vt vsurarum incrementum recipiat, id est, nisi duo illa concurrant: Vt & moram fecerit socius in reddendo lucro, & ea lucri pecunia vsus sit. Quibus duobus interuenientibus vsuras præstari æquum est, at non tanquam vsuras, sed tanquam id quod interest socij, qui si moram passus non fuisset, ea pecunia vti & ipse aut suo aut saltem communi nomine potuisset. Denique in actione ista Pro socio vsuræ sortis communis ex mora debentur. At non vsuræ pecuniæ, quæ nec socij vnquam adhuc fuit, neque socio debita in vicem alterius rei quę fuerit socij vel propria vel communis. Est enim multo fauorabilior vsura eius pecuniæ, quæ licèt nec sit mea nec vnquam fuerit, mihi tamen debita est in vicem rei meæ, vt contingit in vsuris quæ debentur actione ex vendito propter non solutum pretium vel ex locato propter non solutam mercedem. Ergo si socius vel moram adhibuerit in reddendo eo quod

BIU Cujas

ex societate lucrifecit: nec tamẽ ea pecunia vsus sit, vel vsus quidem sit ea lucri pecunia, sed tamen in ea reddenda moram nullam adhibuerit, vsuras nullas debebit neque quasi vsuras neque iure eius quod interest, quia interesse illud videtur extra rem, cuius proinde ratio haberi nulla potest *l. si sterilis 21. §. cùm per venditorem infr. de action. empt.* nisi cùm & mora interceſſit, & socius ea pecunia vsus est. Quo casu cõcursus vtriusque facit, vt iam circa rem interesse videatur. Neque verò nouum est vt latiùs pateat ratio lucri & compendij quàm vsurarum *l. Titium 47. §. altero l. qui negotiationis 58. in princip. de admin. tutor.* Cæterùm fallitur etiam egregiè idem Cuiacius supradicto *cap. 15. libr. 13. Obseruat.* cùm verba illa *non quasi vsuras* ideò addita esse putat, si vsuræ istæ quasi fœnus deberentur, vtique etiam citra moram vel abusionem eius pecuniæ deberẽtur. Quasi verò idẽ sit vsura quod fœnus. Aut quasi fœnus esse possit alterius pecuniæ q̃ creditæ. Aut deniq; quasi fœn⁹ aliter q̃ ex stipulatione vel peti vel deberi possit, quæ omnia falsa sunt *l. 3. C. de vsur. l. Titius 24. infr. de præscr. verb.* Atq; in hac lege neq; de pecunia credita agitur, neq; de stipulatione vlla quę interuenerit. Ineptũ igitur est & impertinẽs tractare hîc de fœnore, cui in ꝓposita specie locus nullus esse potest.

a *Item post mortem socij.* RAT. DVB. Licèt heres socij socius non sit, attamen quicquid lucri vel detrimẽti contigit, etiam heredi commune esse debet *l. & acti 36. supr. l. actione 65. §. si in rem infr. hoc tit.* Ergo etiam in herede socij idem dici potest quod in socio, vt si in reddendo lucro moram adhibuerit, & ea pecunia vsus sit, etiam vsuras præstare debeat, non quasi vsuras, sed quasi id quod interest.

DEC. Morte socij dirimitur societas *l. 4. in fin supr. l. actione 65. §. morte infr. hoc tit. l. furti 6. §. penult. supr. de his qui not. infam.* Ergo non potest heres socij teneri ad præstandas vsuras lucri quod ex societate percepit, etiamsi moram in restituendo lucro fecerit, & ea pecunia vsus sit, quoniam actio Pro socio non nisi inter socios locum habere potest *l. vt sit 31. supp.* Nisi hactenus, vt in eo quod antè actum est, culpam socij præstare heres debeat *dicta l. & acti & d. §. morte.* Nos autem tractamus de vsuris præstandis post finitam societatem ob moram, quæ ab herede facta sit in ea pecunia restituenda, qua heres ipse vsus sit. Quo casu nihil est quod vsuras possit inducere, nec tanquam vsuras, nec tanquam id quod interest. Interesse namque oportet ratione societatis, quæ porrò hîc nulla amplius est.

1 ¶ Socius, cùm resisteret communibus seruis venalibus ad fugam erumpentibus, vulneratus est. impensam, quam in curando se fecerit, non consecuturum pro socio actione, Labeo ait: quia id non in societatem, quamuis propter societatem, impensum sit. sicuti nec si propter societatem eum heredem quis instituere desiisset, aut legatũ prætermisisset, aut patrimonium suum negligentiùs administrasset. nam nec compendium, quod propter societatem ei contigisset, veniret in medium: veluti si propter societatem heres fuisset institutus, aut quid ei donatum esset.

61. VLPIANVS libro 31. ad Edictum.

SEcundum Iulianum tamen, & quod medicis pro se datum est, recipere potest. quod verum est.

Ad §. 1. Socius & ad l. Secundum Iulianum. 61.

RAT. DVB. pro Labeone, socius qui cùm resisteret seruis communibus ad fugam erumpentibus ab iis vulneratus est, & impensam in se curando fecit, non tam in societatem quàm propter societatem impendit, aliud enim est in rem aliquam impendere, aliud verò propter rem aliquam, sicut & diuersa hæc sunt, dari mihi aliquid, propter rem meam, & dari mihi ex re mea *l. eo tempore 50. in fi. supr. de pecul.* Ergo non poterit socius hanc impensam actione Pro socio à sociis repetere, quia in actionem Pro socio non alia impensa venire potest q̃ quæ in societatem facta est. Exemplo eius quod idem Labeo dicebat, nec consecuturum socium actione Pro socio à sociis, si quis propter societatem, id est, vt Bartolus bene interpretatur, occasione societatis absentem, forte eum heredẽ quis instituere desiisset, mutato scilicet priore testamento in quo heredem eum instituerat, aut legatum per absentis obliuionem prætermisisset, quod præsenti ei fuerat haud dubiè relicturus, aut si socius hic, dum res communes ad causam societatis pertinentes curat, diligentiùs patrimonium suum proprium tanto negligentiùs administrasset. Nec enim quisquam dixerit horum omnium nomine quicquam consequi debere socium à sociis actione Pro socio. Nam nec compendium quod propter societatem, id est, occasione societatis contigisset, conferre cogeretur. Veluti si per occasionem societatis amicitiam sibi conciliasset diuitis hominis in longinqua prouincia degentis, cui nunquam fuisset cognitus si societatis vtilitas eum longiùs peregrinari in prouinciam illam non coegisset, ac proinde à quo nunquam heres institutus fuisset. Idémque est si per eandem societatis occasionem donatum ei aliquid fuisse proponatur. Nam nec hereditas, nec donatio, vel legatum sine aliquo merito, & causa antecedente obuenire solet *l. nec adiecit 9. supr.* nec facile est vt voluntas feratur in incognitum. Cur enim actione Pro socio conferri ista in medium oporteret, quæ societatem non pro causa, sed tantum pro occasione habuerunt? *argum. l. 2. infr. de riuis.* Licèt occasionem etiam nostri interdum, sed minùs propriè dicant pro causa, vt in *l. debitor 59. in fin.*

BIU Cujas

fin. infr. ad SC. Trebell. Ergo nec impensam quam in se curando socius fecit, repetere socius à sociis potest, quamuis eam occasione societatis fecerit, nec facturus fuerit si socius non fuisset, cùm in societatem ipsam nihil impenderit.

DEC. Pro Iuliano, quod socius pro se curando in proposita specie medicis dedit, non tantùm occasione societatis impensum est, sed etiam in causam societatis, cùm ponamus vulneratum eum fuisse ob resistentiam factam seruis communibus ad fugam erumpentibus. Ergo à sociis impensam hanc repetere socius poterit actione Pro socio, tanquam contemplatione societatis factam, & quæ non aliam causam habuit proximam quàm societatem. Semper enim spectari debet cuius personæ aut cuius rei cõtemplatione quid factum sit, *l. aditio 45. §. vlt. infr. de acquir. hered. l. si serui 21. & seq. supr. de vsufr.* Quod in aliis supradictis casibus à Labeone allatis diuersum est, in quibus societas occasionem tantùm præbet, non causam, aut si occasionem, saltem remotam. Non tam enim inspiciendum est, an socio quid relictum sit, vel non, quàm vtrum quasi socio & contemplatione societatis quàm quasi alij cuilibet, vt & in *l. si verò 64. §. item quicquid infr. solut. mat.* Benè igitur Labeo reprehensus est à Iuliano quod pertinet ad impensam à sociis præstandam ei qui ad impediendam seruorum communium fugam vulneratus est, cùm damnum illud immediatè propter causam & vtilitatem societatis passus sit, quod alioqui passurus non fuisset, *arg. l. si seruus communis 61. §. quod verò in vers. iustissimè inf. de furt.* & ad commodum societatis rem gesserit. Sed in cæteris neque fuit reprehensus Labeo à Iuliano, nec reprehẽdi iure potuit. Quod & iã olim Azo apud Accursiũ rectè docuit.

62. POMPONIVS libro 13. ad Sabinum.

SI Titius, cum quo mihi societas erat, decesserit: egóque, cùm putarem Titij hereditatem ad Seium pertinere, communiter cum eo res vendiderim: & partem pecuniæ ex venditione redactæ ego, partem Seius abstulerit: te, qui re vera Titio heres es, partem à me redactæ pecuniæ societatis iudicio non consecuturum: Neratio, & Aristoni placebat: quia meæ duntaxat partis pretia percepissem. neque interesse, vtrum per se partes meas vendidissem, an communiter cum eo, qui reliquas partes ad se pertinere diceret: alioquin euenturum, vt, etiam si duo socij rem vendiderint, vnusquisq; eius, quod ad se peruenerit, partem alteri, societatis iudicio, præstare debeat. sed nec te ex parte, quã hereditatis petitione forte à Seio consecuturus sis, quicquam mihi præstare debere, quia quod ad Seium peruenerit, tuarum partium pretium sit. nec ad me habentem meum, quicquam ex eo redire debeat.

Ad l. Si Titius 62.

RAT. DVB. Iniquum est ex eadem societate vnum ex sociis plus consequi, alium minus *l. prox. §. si cùm tres socij infr. hoc tit.* Atqui in specie huius legis, ego qui cum Seio quem Titij socij mei heredem esse putabam, res aliquas communes communiter vendidi, cùm tamen Titij hereditas ad te re vera pertineret, plus haberem ex societate quàm tu, si partem à me redactæ pecuniæ restituere tibi non cogerer, eámque pecuniam dimidiæ partis totam mihi retinerem, salua tibi contra Seium alterius dimidiæ repetitione. Plus enim est habere iam pecuniam quæ ad me pro parte mea pertinet, quàm habere actionem contra Seium heredem putatiuum, vt tuam partem quam nullo iure accepit, tibi restituat. Ergo vt inter nos seruetur æqualitas, dimidiam partem eius dimidiæ quam accepi, tibi abs me reddi æquum est, alterius verò dimidiæ quam Seius accepit, communem esse tecum mihi aduersus Seium repetitionem. Ita namque fiet vt non melior sit condicio mea quàm tua.

DEC. Socius qui nihil ex societate supra partem suam habet, nihil quoque socio reddere cogitur. Ex communi enim aliquid habere necesse est eum qui aliquid cogatur socio restituere. Atqui in hoc casu meæ duntaxat partis precia percepi, non tuæ. Alterius enim dimidiæ quæ in rebus venditis ad te pertinebat, precia Seius accepit, non ego. Verum igitur est quod Neratio & Aristoni placebat, nihil me tibi ex ea pecunia quam accepi, restituere debere, vt & in *l. Lucius 38. supr. fa-mil. erciscund.* Neque verò ita fit vt plus ego feram ex societate, quàm tu, cùm singuli dimidiam preciorum habeamus, sed ego ab emptore, tu à Seio qui mecum vendidit tanquam heres Titij, cùm non esset. Longéque alia species est quæ proponitur in *d. §. si cùm tres*, vbi alius ex sociis plus ex societate consequeretur, alius verò minus, si quod is qui posterior egit à tertio socio propter superuentam eius inopiam consequi non potuit, ab alio quĩ prior egit ac solidum consecutus est, non suppleretur, in subsidium scilicet tertio illo existente non soluendo. Quid ergo si in proposita specie Seius qui partem illam preciorum accepit, quæ te contingebat, soluendo non esset? An eo magis deberem partis meæ partem dimidiam tibi restituere? Minimè verò, non magis quàm si partem meam rerum communium per se, id est, solam ac separatim vendidissem, nam vt Pomponius subiicit, nihil interest vtrum per se ac separatim partes meas vendiderim, an communiter cum Seio qui reliquas partes ad se pertinere diceret, cùm tamen me solo vendente multo apertiùs sit, nihil te consequi debere ex pecunia quam redegi ex preciis partium mearum, nec quicquam esset quod mihi possis imputare, cùm partes duntaxat meas vendiderim, solúsque Seius sit qui partes tuas vendendo siue solus siue mecum, iniuriã tibi fecerit. Alioquin eueniet, inquit Pomponius, vt etiam si duo veri socij rem communem vendiderint, vnusquisque eius quod ad se peruenerit, partem alteri socio restituere debeat, vt in veris sociis idem seruetur quod in iis quorum vnus verus sit, alius putatiuus. Quod tamen absurdum esset. Qua enim fronte

BIU Cujas

posset socius pecuniæ partem ab eo repetere qui nihil nisi suum recepit, nec proinde impedimento est quominùs alter socius tantundem recipiat. Semper namque fauendum ei est qui nihil nisi suum recepit, *l. repetitio 44. supr. de condict. indeb. l. putè 5. §. penult. infr. de doli mal. except. l. quod autem 6. §. sciendum l. pupillus 24. infr. quæ in fraud. credit. d. l. Lucius 38. supr. famil. erciſc. l. in nauem 31. ad fin. infr. locat.* nisi suum percipiendo per occupationem, præripuerit sociis facultatem solidum consequendi, cùm iam par sociorum omnium causa constituta esset, vt in *d. §. si cùm tres iunct. d. §. sciendum*, quod sanè in huius legis specie non contingit. Non enim occupat, nec quicquam socio præripit qui partem tantùm suam vendit, sicut nec is qui partem duntaxat suam condicit in specie *l. nam etsi fur 13. §. vlt. supr. de reb. credit. l. si pœnæ 19. §. vlt. infr. de condict. indeb. l. cùm pater. 77. in princip. de legat. 2. Iunge l. vsufructuarium venari 62. in fin. supr. de vsufr.* Dissimile est quod ex eodem Pomponio nostro Paulus scribit de fundo communi à pluribus possesso, cuius partem quæ mea est, vindicare velim in *l. Pomponius 8. supr. de rei vindic.* vbi diximus. Et quod in *l. item Labeo 22. in princip. supr. famil. erciſcund.* de thesauro, quem in fundo communi repertum partitus sim cum extraneo conscio, id est, sciente nihil se in eo fundo iuris habere, nec proinde in thesauro. Idem ergo iuris erit si quæratur, an tu ex ea parte preciorum, quam tu à Seio hereditatis petitione consecutus sis aut consecuturus partem à te petere velim. Nam neque tu mihi quicquam præstare debebis, etiamsi partem meam ab emptore necdum consecutus sim, nec fortè consequi ob inopiam eius ampliùs possim, quia quod ad Seium peruenit, tuarum partium precium sit, non mearum, nec ad me quicquam ex tuo redire debeat. Mulrò minùs si iam habeam meum, vt suprà posuimus. Partes enim, quas singuli socij in re communi habẽt, licèt iuris intellectu magis quàm diuisione corporum consistant, re vera tamen ita sunt distinctæ, vt pars vnius numquam sit pars alterius, *l. Mauius 66. §. duorum de legat. 2.* Aliud ergo esset, si ego & Seius res istas quæ inter me & te communes erant, singuli in solidum vendidissemus tanquam correi ex causa venditionis facti vt in *l. eandem 9. infr. de duob. reis.*

63. VLPIANVS libro 31. ad Edictum.

VErum est, quod Sabino videtur, etiam si non vniuersorum bonorum socij sint, sed vnius rei, attamen in id, quod facere possunt, quódve dolo malo fecerint, quò minùs possint, condemnari oportere. hoc enim summam rationem habet, cùm societas ius quodammodo fraternitatis in se habeat.

Ad l. Verum est 63.

RAT. DVB. Nullo iuris loco scriptum est fratrem fratri condemnari in solidum non debere, sed eatenus tantùm quatenus facere possit. Nascitur enim huius exceptionis æquitas potissimùm ex reuerentia quę certis tantùm personis debetur, inter quas non sunt fratres, sibi enim amorem duntaxat & adfectionem inuicem debent, non reuerentiam, quippe cui causam dat non tam coniunctio quàm dignitas personarum, aut fauor qui ex publica vtilitate descendat. Ergo non est bona ratio propter quam Vlpianus probat Sabini sententiam existimantis, etiamsi socij non vniuersorum bonorum socij sint, sed vnius tantùm rei, attamen in id quod facere possint, quódve dolo malo fecerint quominùs possint, condemnari eos oportere, ideò quod societas ius quodammodo fraternitatis in se habeat. Præsertim verò cùm societas vnius rei, quam Vlpianus ex Sabino ait eodem priuilegio gaudere debere, valde distet à fraternitate, quæ non vnam rem aut alteram, sed parentum bona omnia facit inter fratres communia *l. cùm duobus 52. §. Papinianus supr.* Vt proinde ius hoc ad eam saltem societatem restringendum videatur quæ sit vniuersorum bonorum, quomodo disertè scriptum est ab eodem Vlpiano nostro in *l. sunt qui 16. infr. de re iudic.*

DEC. Societas quælibet non modò vniuersorum bonorum, sed etiamsi sit vnius rei vel negotiationis vt in *l. societates 5. supr. hoc tit. l. actione 65. §. si in rem & pass. infr.* ius quodammodo fraternitatis in se continet in ea scilicet re vel negotiatione cuius societas contracta est. Fraternitatis, inquam, voluntariæ, & descendentis ex contractu inter socios inito, cuius fauorabilior vtiq; & plenior & potentior causa est quàm fraternitatis naturalis *d. l. cùm duobus §. idem Papinianus.* Maiorem ergo reuerentiam sibi inuicem socij debent propter hanc fraternitatem voluntariam, & consortium voluntarium, vt post Papinianum Vlpianus loquitur in *dict. §. idem Papinianus*, quàm illi quos natura non voluntas fratres fecit, quorum quàm rara sit gratia & concordia ipsis rerum experimentis nimis certè compertum est. Fiunt namq; fratres per naturam, & nascuntur non eliguntur. Socij autem non nascuntur, sed fiunt, vt de Christianis Tertullianus dicebat, & priusquàm fiant, eliguntur, *§. solui tur Instit. hoc tit.* Etsi verò in sociis vniuersorum bonorum maximè hoc obtinet, quod Proculiani cæteríque fortassis frequentiore calculo senserunt *d. l. sunt qui.* Verum tamen est quod Sabinus primus dixit, idem priuilegium cæteris quoque sociis etiam vnius rei vel negotiationis dandum esse, tanquam in quibus eadem iuris & æquitatis ratio obtineat. Quod enim amplior aut strictior sit societas, non facit eam magis minúsve societatem aut magis minúsve fraternitatem: Cùm magis & minus non faciant differre specie. Vera igitur est Sabini sententia, vt idem priuilegium socij omnes habeant etiam qui non sint vniuersorum bonorũ. Et optima ac generalis ratio illa, quod omnis societas ius fraternitatis volũtarię in se habeat. Sicq; lex hæc concilianda est cum *d. l. sunt qui*, quod & Ioannes & Accursius docuerunt subaudiendo dictionem *maximè* in *d. l. sunt qui.* Nec enim possunt videri pugnantes leges cùm ambę sint Vlpiani, quamuis non eadem Sabini quę aliorum sententia hac parte fuisse videatur. Potiúsq; dicerem suspectũ esse versiculum illum *socium autem omnium bonorum accipiendum est*, & imperiti interpretis non attendentis ad hunc locum neq; ad latinitatem, quę postulabat ita scribi, *socius autem omnium bonorũ accipiendus est.* Sũt verò aliæ pleræq; personæ quibidem priuilegium concessum est, ne supra id quod facere possunt condẽnentur *d. l. sunt qui & 8. seq. l. in*

condemnatione 173. *de regul. iur.* §. *vlt. Inst. de action.* Est tamen priuilegium valde personale, quod neque ad heredes transit, *l. sciendum* 25. *de re iudic.* neque ad fideiussorem, nisi quasi defensor intervenerit, vt Vlpianus noster subiicit in hac lege.

1 ¶ Videndum est, an & fideiussori socij id præstari debeat, an verò personale beneficium sit, quod magis verum est.[a] Sed si hic fideiussor, quasi defensor socij, iudicium susceperit, proderit sibi. namque Iulianus libro quartodecimo digestorum, scripsit defensorem socij in id, quod socius facere potest, condemnari oportere. idémque & in patroni defensore accipi debere ait. Et vtique idem erit in vniuersis, qui in id, quod facere possunt, conueniuntur.

Ad §. 1. Videndum est.

RAT. DVB. Cùm fideiussor conuenitur, reus ipse per mediam fideiussoris personam conueniri videtur, *l. si quis reum* 5. *infr. de libert. legat.* propter regressum quem fideiussor aduersus reum habet *l. cùm lex* 46. *infr. de fideiuss.* Ergo priuilegium quod habet socius ne suprà quàm facere potest conueniri debeat, etiam fideiussori socij dandum est, ne alioquin si ei denegetur, etiam socio ipsi denegari videatur. Nam & inde est quod solemus dicere, omnes exceptiones quæ reo competunt, fideiussori quoque etiam inuito reo competere, *l. omnes* 19. *infr. de except.*

DEC. Priuilegia quædam sunt personalia, quæ personæ tribuuntur: quædam in rem, quæ non tam personæ, quàm rei & causę conceduntur. Quę sunt prioris generis, ad alios non transeunt, nec personam egrediuntur, sed ea tantùm quæ sunt posterioris, *l. quia tale* 13. *infr. solut. matr. l. ex pluribus* 42. *de admin. tutor. d. l. exceptiones* 7. *de except.* Atqui exceptio hæc quæ datur socio, quod facere possit, merè personalis est, non in rem: ergo fideiussori non competit *d. l. exceptiones.* Et secundum hanc distinctionem accipiendum est, quod minùs generaliter scriptum legimus in *d. l. omnes*, vt leges legibus concordentur, *l. vltim. Cod. de inoffic. dotib.* Iungę *l. etsi fideiussor* 24. *infr. de re iudic.* §. *vlt. Instit. de replicat.*

a *Sed si hic fideiussor quasi defensor.* RAT. DVB. Priuilegia personalia non egrediuntur personam, vt modò diximus. Atqui non minùs defensoris, quàm fideiussoris persona alia & diuersa est à persona rei: de eo namque defensore tractamus qui alium defendit, non qui seipsum, quique ideò non admittitur ad defendendum, nisi præstita priùs satisdatione, *l. sed & hæ* 35. §. *defendere l. minor* 51. §. *vlt. & legib. seqq. supr. de procurat.* Ergo priuilegium non magis defensori socij quàm fideiussori dandum est, ne suprà quàm facere possit, condemnetur.

DEC. Defendere nihil aliud est quàm eandem vicem subire, quàm reus ipse subire cogeretur, *d. l. minor* §. *quoniam de procurat.* Atqui reus socius hanc exceptionem habet. Ergo & defensor eius habere debet *d.* §. *quoniam & l. si cum procuratore* 23. *infr. de re iudic.* In eóque differt à fideiussore quòd fideiussor ex sua propria, non ex rei obligatione conuenitur. At defensor obligationem & actionem illam ipsam suscipit qua dominus tenetur. Ergo & danda ei omnis exceptio est, quæ ipsi reo accommodaretur, vt benè hic Bartolus docet.

2 ¶ Patri autem, vel domino socij, si iussu eorum societas contracta sit, non esse hanc exceptionem dandam.[a] quia nec heredi socij, cæteríque successoribus hoc præstabitur. quia nec ceterorum heredibus successoribúsve, quos in id, quod facere possunt, conuenimus, idem præstatur.

Ad §. 2. Patri autem.

RAT. DVB. Quoties iussu patris vel domini societas cum filio vel seruo contracta est, directò agi potest Pro socio contra patrem vel dominum cuius persona potissimùm spectata est, *l. vlt. infr. hoc tit.* §. *vlt. Instit. quod cum eo qui in alien. potest.* Ergo etiá patri vel domino danda est hoc casu exceptio, ne suprà quàm facere possit condemnetur.

DEC. Priuilegium hoc adeò personale est, vt non nisi socio detur. Atqui nec pater qui iussit cum filio societatem contrahi, nec dominus qui cum seruo, socius tamen est. Cùm enim societas sit contractus, non alius socius esse potest quàm qui ipse contraxit. Contractus autem omnes facti sunt non iuris, *l. consilio* 7. §. *vltim. infr. de curat. furios.* Quæ verò facti sunt, non transeunt à filio in patrem, vt nec à seruo in dominum, *l. quod dicitur* 230. *de verbor. obligat. l. qui heredi* 44. *de condic. & demonstr.* Non ergo patri si ex suo iussu conueniatur, danda erit hæc exceptio, sed soli filio qui ex suo cõtractu quamuis in patris potestate positus conueniri potest, *l. filiusfamilias* 39. *de oblig. & action.* Idem iuris igitur est in domino quod in patre, sed non idē ius in seruo quod in filio, quia cum seruo nulla actio est, *l. cum seruo* 107. *de regul. iur.* Est ergo pater conuentus pro filio similior fideiussori filij, quàm defensori, vt hîc notat Accursius ex *l. cùm filiusfamilias* 49. *in princip. infr. de verb. oblig.*

a *Quia nec heredi socij.* RAT. DVB. Heres succedit in vniuersum ius, quod defunctus habuit, *l. cùm heres* 11. *de diuers. tempor. præscript.* Ergo in omnes actiones & exceptiones, quæ defuncto competierunt.

DEC. Priuilegia personalia, id est, quæ cohærent personæ, non transeunt in heredem. Alia enim re vera est persona defuncti, alia verò heredis, licèt fictione iuris vnius eiusdémque personæ iure censeantur. *Nouell.* 48. *de iureiur. à morient. præstit. in princip.* Atqui priuilegium hoc quod habet socius, ne condemnetur suprà quàm facere possit, merè personale est, vt vidimus in §. superiore. Ergo nec ad heredem transit, nec ad alium quemlibet successorem siue ciuilem siue honorarium, *l. quia tale* 13. *infr. solut. matrim.*

BIU Cujas

l. ex pluribus 42. *de admin. tutor. l. sciendum est* 25. *l. Nesennius* 41. *de re iudic. l. exceptiones* 7. *infr. de except. §. antep. Instit. de action. l.* 4. *§. soli autem filio supr. Quod cum eo.* Excipiuntur filij mulieris qui patri heredes extiterunt. Hi enim si à matre alióve mariti herede conueniãtur, in id tantũ quod facere possunt. condemnãdi sunt, nõ tanquã heredes, sed tãquã filij, nec tãquã filij patris tãtùm, sed tanquã filij cõmunes, quorum causam nemo dubitat fauorabiliorem esse debere *l. etiam* 18. *in princip. solut. matr.*

3 ¶ Id, quod facere potest socius, quemadmodum æstimandum sit? & placuit, non debere deduci æs alienum, quod debetur à socio. ita & Marcellus libro septimo digestorum scripsit. nisi forte (inquit) ex ipsa societate debeatur.

Ad §. 3. Id quod socius.

RAT. DVB. Non debet esse deterior condicio socij quàm donatoris, cùm societas etiam fraternitatis ius habeat, vt scriptum est initio huius legis. At quod per donationem inter donatorem & donatarium non æquè contrahitur. Atqui donator ita tenetur in quantum duntaxat facere potest, vt tamẽ omne æs alienum quod habet deducendum sit *l. qui ex donatione* 12. *infr. de donat. l. inter eos* 19. *§. 1. de re iudic.* Ergo & in socio idem seruari debet.

DEC. Pinguiùs donatori succurrere debemus quàm ei qui verum debitum soluere compellitur, ne scilicet ex liberalitate sua periclitetur *l. & exheredatum* 49. *in fin. & l. seq. eod. tit.* Atqui socius verum debitum soluere compellitur, neque ex sua liberalitate conuenitur, sed ex suo contractu. Ergo minùs ei succurrendum est quàm donatori. Hactenus scilicet vt in condemnatione eius quod facere potest, non sit deducendum æs alienum nisi fortè tale sit vt ex ipsa societate debeatur; quemadmodum Vlpianus hîc ex Marcello scribit, quia eiusmodi æs alienum de communi solui debet *l. iure societatis* 82. *infr. iunct. l. omne æs alienum* 27. *supr.* Deducendum tamen semper est ne socius egeat, *l. in condemnatione* 173. *de regul. iur.* Et ita debet accipi quod à Iustiniano scriptum est in *§. item si de dote* 37. *Instit. de action.* Quatenus facere quis possit nihil aliud esse, quàm quatenus facultates eius patiuntur. Ideoq; si dotis quantitati concurrant facultates mariti, cui socius comparatur, in solidũ damnari eum debere, nimirum deducto ne egeat, vt & Accursius rectè interpretatur.

4 ¶ Item videndum, an cautio veniat in hoc iudicium eius, quod facere socius non possit: an scilicet nuda promissio? quod magis dicendum arbitror.

Ad §. 4. Item videndum est.

RAT. DVB. In actione de peculio si semel actum sit, quamuis minus inueniatur rei iudicandæ tempore in peculio quam pater vel dominus debeat. cautionibus tamen locus non est de futuro incremento peculij *l. quoties* 47. *§. si semel supr. de pecul.* Ergo & in actione pro socio idem iuris obseruandum est, vt melior sit condicio socij quam sit patris vel domini *§. patri autem supr.*

DEC. Diuersa est ratio actionis de peculio, alia actionis Pro socio. Pater enim nihil debet nisi quantum est in peculio, ideoq; superuacua, & indebita cautione onerandus non est *l. hæc stipulatio* 14. *§. 1. infr. vt legat. seu fideic. seruand. caus. caueat.* At socius vniuersum debet vt scriptum est in *d. §. si semel* Quod enim eatenus duntaxat condemnãdus est quatenus facere potest, non efficit quin solidum debeat, adeoq; quin condemnandus sit in solidum si facultates patiantur *§. item si dos & seq. Instit. de action.* Deducto nimirum ne egeat, vt diximus ad *§.* præcedentem nec quicquam frequentius est quam vt in iudiciis potissimum bonæ fidei cautio præstetur *l. in omnibus* 41. *supr. de iudic.* sed cautio nuda id est repromissio, quæ & sola cautionis nomine significatur *l. 3. C. de verb. signific. l. emptori* 37. *l. si dictum* 56. *infr. de euict.* nisi cùm expressim satisdatio pro cautione exigitur vt in omnibus prætoriis stipulationibus *l. generaliter* 3. *infr. de stipulat. prætor.*

5 Si, cùm tres socij essent, egerit cum vno ex sociis socius, & partem suam integram sit consecutus: deinde alius socius cum eodem agat, & partem consequi integram non poterit, quia facere solidum non potest: an hic, qui minus consecutus est, cum eo agere possit, qui solidum accepit, ad communicandas partes inter eos exæquandas: quasi iniquum sit, ex eadem societate, alium plus, alium minus consequi. sed magis est, vt pro socio actione consequi possit, vt vtriusque portio exæquetur. quæ sententia habet æquitatem.

Ad §. 5. Si cum tres.

RAT. DVB. Repetitio nulla est ab eo qui suum receperit *l. repetitio* 44. *supr. de condict. indeb. l. Lucius* 38. *supr. Famil. ercis. l. in nauem* 31. *ad fin. infr. locat.* Atqui socius qui solidum consecutus est à socio postea facto non soluendo, nihil nisi suum recepit & sibi debitum *l. quoties* 47. *§. qui semel supr. de pecul.* Nam priuilegium quod habet socius ne supra quam facere potest condemnetur, non facit quin solidum debeat, vt proximè diximus, nec crediti & actionis ius minuit, sed tantùm exactionis: ideóque opponi potest etiam in executione iudicati, *l. Nesennius* 42. *§. vlt. infr. de re iudic.* quia non impugnat iudicatum. Ergo si cùm tres socij essemus, egero cum vno ex sociis, & partem meam integram consecutus sim, deinde tu cum eodem agas & partem tuam integram consequi non possis, quia facere hodie in solidum non possit, non ideò permittendum est tibi, vt mecum agas ad communicandas, & exæquandas inter nos portiones

BIU Cujas

tiones nostras, cùm mihi prodesse debeat quòd diligentior fui & occupaui, vt in *l. prox. præced. supr.* Mihi enim vigilaui & ius nostrum vigilantibus scriptum est, & diligentibus non negligentibus, *l. quod autem 6. §. sciendum l. pupillus 24. infr. quæ in fraud. credit. l. non enim 16. supr. ex quib. caus. maior.* Et inter eos quibus ex eadem causa debetur melior solet esse condicio occupantis, *l. inter eos 19. in princip. infr. de re iudic.*

DEC. Societatis contractus sicuti bonam fidem & æquitatem summam desiderat, *l. 3. Cod. hoc tit. l. bona fides 31. supr. deposit.* ita & maximam æqualitatem inter socios, ne ex eadem societate alius plus cõsequatur, alius minus, quod iniquum esset, cùm societas nihil aliud sit quàm communio totius lucri, & damni, vt scriptum est in *l. si vnus 67. in princip. infr. hoc tit.* Ergo æquum est dari tibi contra me actionem Pro socio, vt vtriusque portio exæquetur, ne alioqui eueniat, vt plus ego consequar quàm tu, cùm sim solidum consecutus, tu verò minus propter inopiam tertij, quæ posteà superuenit, cùm ex eodem contractu agamus qui fraternitatis ius in se continet, vt scriptum est initio huius legis. Nec quod ego prior egerim & occupauerim facere potuit condicionem tuam deteriorem quàm contractus inter nos initi æquitas iam fecerat parem, *arg. d. l. quod autem § sciendum quæ in fraud. credit.* Habetque locum regula *d. l. inter eos*, cùm pluribus debetur ex diuersis cõtractibus: similem tamen causam habentibus, vt benè Accursius monet. Longéque alia species est *d. l. prox. præcedentis*, in qua non tractatur, an vnus ex sociis plus consequi debeat quàm alius. Sed ex qua pecunia partem suam consequi vnus debeat, ex qua verò suam alius vt ibi diximus. Diuersa quoque ratio est heredum ex defuncti contractu venientium si vnus ex iis prior partem suam receperit, vt in *l. vlt. C. deposit.* Est enim minùs fauorabilis causa heredum qui in communionem incidunt quàm sociorum qui vltro societatem inter se contrahunt vt idem Accursius docet. Iunge *l. item Labeo 20. in princip. supr. famil. ercisc.*

6 ¶ Tempus autem spectamus, quantum facere socius possit, rei iudicandæ.

Ad §. 6. Tempus autem.

RAT. DVB. In actionibus omnibus maximè solemus inspicere tempus litis contestatæ, quia quale quid est cùm petitur, tale dari debet *l. vinum 22. supr. de reb. credit. l. vlt. de condict. tritic. l. 3. § in hac commod.* Nouatio enim fit per litis contestationem *l. delegare 11. §. 1. l. aliam 29. infr. de nouat.* Ergo cùm quæritur, quodnam tempus inspiciendum sit, tempus litis contestatæ inspiciendum est potiùs quàm rei iudicandæ.

DECID. Priuilegium de quo tractamus quod habet socius ne condemnetur suprà quàm facere potest, non tam actionem respicit quàm exactionem, vt suprà diximus. Inter actionem verò, & exactionem media est condemnatio quæ proxima est & immediata causa exactionis. Ergo tempus condemnationis inspiciendum est potiùs quàm litis contestatæ, quod & in aliis similibus plerisque casibus euenit vt in *l. item videndum 18. § si quis cùm iunct. l. 4. supr. de hered. petit. l. quæsitum 30. in princip. supr. de pecul. l. in condemnatione 173. de regul. iur.* Quomodo dicimus etiam in condictione triticaria spectari tempus condemnationis, non vt in cęteris condictionibus tempus litis contestatæ, *l. penult.* vbi rationem diuersitatis attulimus *supr. de condict. tritic.* Adeò autem verum est spectari non debere tempus quod condemnationem præcedit, vt si condemnationis tempore socius facere possit, & solidum soluere, ideóque in solidum condemnatus sit, postea vero, id est, ante mandatam executioni sententiam lapsus sit facultatibus, adhuc in executione iudicati priuilegium hoc habere debeat, ne suprà id quod facere potest, exigatur, deducto etiam ne egeat, *l. Nesennius 41. §. vlt. infr. de re iudic. iunct. d. l. in condemnatione.*

7 ¶ Hoc quoque facere quis posse videtur, quod dolo fecit, quo minùs possit. nec enim æquum est, dolum suum quemquam releuare. Quod & in ceteris, qui in id, quod facere possunt, conueniuntur, accipiendum est. Si tamen non dolo, sed culpa sua facere posse desiit: dicendum est, condemnari eum non debere.

Ad §. 7. Hoc quoque.

RAT. DVB. An facere quis possit nécne facti est, non iuris. Pendet enim hoc ex eo an facultates ipsius patiantur, vt in solidum condemnari possit deducto ne egeat §. *item si de dote antep. Instit. de action.* In iis autem quæ sunt meri facti, fictio iuris locum habere non potest, *l. denique 29. supr. ex quib. caus. maior.* Porrò vt videatur quis facere posse qui dolo malo fecerit ne facere posset, ex iuris fictione est. Nec enim dolus verè possessio est, licet dicatur esse pro possessione, *l. qui dolo 131. de regul. iur.* Ergo quamuis socius dolo fecerit quominùs posset, non eo minùs tamen priuilegium habere debet, ne suprà quàm facere potest, exigatur.

DEC. Priuilegium hoc nascitur ex summa æquitate & ex iure illo fraternitatis, quod societas inducit, vt vidimus initio huius legis. Atqui nunquam æquitas fauet ei qui dolum admisit, *l. penult. in fin. infr. ad SC. Trebell. l. si plures 38. de adminis. tutor.* cùm dolus nunquam manere debeat impunitus, ne tùm quidem cùm doloso ipsi nocet, *l. procurator 11. §. 1. de doli mal. except.* Quanto minùs si quis lucrum & commodum ex dolo suo sentire velit *l. ne ex dolo 12. & pass. supr. de dolo.* Omnem enim honorem, & reuerentiam dolus excludit quoties allegari & probari potest, vt de reatu scriptum est in *l. 1. C. vbi Senat. vel clariss.* Indignus namque est beneficio constitutionis is, qui dolo facit aduersus eam ipsam constitutionem cuius beneficium implorat, *l. auxilium 37. supr. de minor. iunct. l. Nesennius 41. §. vlt. infr. de re iudic.* Est igitur hic vnus casus ex illis in quibus excluditur socius ab hoc priuilegio. Non enim datur nisi causa cognita, causæ autem cognitio in hoc potissimùm versatur, an socius aliquid dolo fecerit, vt ex doli clausula quæ in contractibus omnibus apponi solebat, sit obli-

BIU Cujas

gatus. Item in eo an negauerit se socium, *l. sed hoc ita 22. in fin. de re iudic.* socij enim priuilegium amittere dignus est quisquis negat se socium, sicut & priuilegium possessionis amittit qui per mendacium negat se possessorem *l. vlt. supr. de rei vindic. Auth. item possessor. C. qui potior in pignor. hab.* Non alias ergo socius in id tantum quod facere potest, condemnandus est, quàm si confiteatur se socium fuisse *l. si vnus 67. §. vlt. infr. hoc tit.* nec dolo fecerit quominus possit vt & in *l. summa cum ratione 21. supr. de pecul.* Qui enim potest facere vt possit, iam videtur posse *l. qui potest facere 174. de regul. iur.* Quid ergo si non in dolo fuerit socius, sed in culpa tantum eaque leui non lata vt dolo æquiparari non possit? Nam & culpa in hoc iudicium venit non minus quàm dolus *l. cum duobus 52. §. vtrum ergo supr.* Verius tamen est, dolum duntaxat hac parte comprehendi cum quæritur, non an socius teneatur, sed an priuilegium hoc amittere debeat. Nec aliud est in marito si actione de dote conueniatur. Etsi enim is de culpa quoque tenetur, quã in dotalibus rebus admiserit, nihilo magis tamen amittit priuilegium quod habet tanquam maritus ne supra quàm facere potest, condemnetur, vt benè hic Bartolus cõcludit ex *l. etiam 18. §. licet infr. soluto matrim.* aduersus Accursium qui speciale esse putat odio mariti, vt non minùs ex culpa quam in rebus dotalibus admiserit quàm ex dolo suo ab hoc priuilegio excludatur: quod certè falsum est, non minus in marito quam in socio. Quem Vlpianus in hoc §. similem facit hac parte cæteris omnibus qui in id quod facere possunt, conueniuntur. Excipere namque maritum debuerat, si aliud in eo iuris esse existimasset.

8 ¶ In heredem quoque socij pro socio actio competit: quamuis heres socius non sit. licet enim socius non sit, attamen emolumenti successor est, & circa societates vectigalium, ceterorúmq; idem obseruamus, vt licet heres socius non sit, nisi fuerit adscitus: verũtamen etiã omne emolumentum societatis ad eum pertineat: simili modo & damnum adgnoscat, quod contingit, siue adhuc viuo socio vectigalis, siue postea. quod non similiter in voluntaria societate obseruatur.

Ad §. 8. In heredem.

RAT. DVB. Heres socij socius non est *l. heres socij 40. supr.* adeo vt neque expressa conuentione sociorum fieri socius possit *l. nemo 35. l. adeo 59. eod.* Atquin actio pro socio non datur nisi sit societas *l. vt sit 31. eod.* Ergo actio Pro socio in socij heredem dari non potest.

DEC. socij heres quamuis socius non sit, attamen emolumenti quod ex societate speratur, successor est. Ergo non minus teneri debet actione Pro socio quàm si esset socius. Hactenus nimirum vt & bonam fidem ipse præstet in omnibus negotiis quæ ex societate pendent, & eorum quæà socio defuncto malè gesta sunt, rationem reddat *d. l. nemo & l. seq.* Cætera quæ in hoc § sequuntur de societatibus priuatis & vectigalium cæterorumque publicorum tam late explicauimus ad *d. l. adeo*, vt nihil hic addendum supersit.

9 ¶ Si seruo communi legatum sine libertate vnus ex dominis reliquit: hoc ad solum socium pertinet. an tamen pro socio, iudicio communicari debeat cum herede socij quæritur. & ait Iulianus, Sextum Pomponium referre Sabinum respondentem, non communicari. & posse hanc sententiam defendi, Iulianus ait. non enim propter communionem hoc adquisitum est, sed ob suam partem. nec oportet id communicari quod quisq; non propter societatem, sed propter suam partem adquisierit.

Ad §. 9. Si seruo communi.

RAT. DVB. Seruus communis cui ab vno ex dominis iisdémque sociis legatum, aliquid est sine libertate, remanet, vtriusque socij seruus, transitq; dominium quod in seruo habebat testator, in ipsius heredem, non minus quàm si nihil ei seruo legatum esset. Non enim legatum simile est institutioni heredis, quæ si collata sit in personam serui proprij sine libertate olim quidem erat dubia, prudentibus aliter atque aliter de eo sentientibus, sed hodie valet, facitque seruum liberum acsi cum libertate institutus esset, non minus quã cùm tutor sine libertate scriptus est. Idque ex Iustiniani constitutione in *l. pen. C. de necess. hered. instit. & instit. tit. de hered. instit. in princ.* Quod in legato nuspiam similiter constitutum est. Atqui sicuti seruus proprius quicquid acquirit totũ suo domino acquirit: Ita & seruus cõmunis omnibus dominis pro domini portionib. quas in eo seruo habent *l. acquiruntur 10. & pass. inf. de acquir. rer. domin. & tot tit. de stipulat. seruor.* Ergo quod ab vno ex dominis seruo communi sine libertate legatum est, acquiri vtrique domino necesse est, & quod ipsi socio iam defuncto acquiri non potest, acquiri eius heredi, in quem licet ius societatis non transeat, ius tamen dominij transit, aut si dicas ad solum socium superstitem id quod legatum est, pertinere, fatẽdum erit saltem iudicio Pro socio, cum herede socij communicari id debere.

DEC. Quamuis per societatem communio lucri & damni ineatur *l. si non fuerint. 29. §. vlt. supr. l. si vnus 67. infr. hoc tit.* Non oportet tamen id communicari quod vnus ex sociis nõ propter societatem, sed propter suam partem acquisiuerit, vt benè hic Vlpianus ex Iuliano scribit. Cũ enim ratio & causa communicandi non alia sit quam societas, necesse est, vt propter societatem acquisitum sit quicquid socius à socio communicari sibi desiderat. Atqui legatum hoc de quo quærimus, quod ab vno ex duobus sociis seruo communi sine libertate relictũ est, non

BIU Cujas

est,non propter societatem acquisitum est socio superstiti,sed propter suam partem,id est,quam in eo seruo habebat. Quoties enim id quod per seruum communem non nisi vni ex dominis acquiri potest, necessario totum ei acquiritur *l. proinde 7. §. si seruus & legib. seq. l. si communis 17. inf. de stipulat. seruor. l. si duo 17. infr. de acquir. rer. domin.* Ergo legatum hoc quod huic seruo communi relictum est, neque alij quàm socio superstiti acquiri potest, neque ab eo communicari debet heredi testatoris eiusdémque socij defuncti, cùm legatum neque acquiri possit ante mortem testatoris non magis quàm hereditas *l. legatum 80. de legat. 2. l. à Titio 64. de furt.* neque per seruum communem acquiri possit socio qui iam defunctus est. Nec denique heredi,quia heredi aut à seruo siue proprio siue communi à semetipso inutiliter testator legasset *l. & quidem totum 18. l. legatum 116. l. planè 34. §. inde dicitur §. 1. de legat. 1.* Ergo totum ad socium pertinere debet. Quod & à diuo Pio rescriptum esse Paulus refert in *l. Plautius 49. infr. ad leg. Falcid.* Quamquam ratio hæc magis probat legatum hoc nulla ex parte posse acquiri heredi socij, quàm non esse communicabile, de quo tamen potissimum hic tractatur. Non est contrarium quod ex eodem Iuliano scriptum est in *l. per seruum qui pignori 37. §. 1. de acquir. rer. domin.* Si vnus ex tribus dominis seruo communi pecuniam donauerit eo modo quo alienis seruis donare solemus, futuram eam rem sociorum communem pro partibus quas in seruo habebũt. Id enim ita intelligi debet, vt tamen totum quæratur sociis quorum fiet tota res communis, excluſa scilicet persona socij qui donauit,vt bene hic Accursius noster interpretatur & meliùs quam Irnerius & Azo qui legatum à donatione hac parte distinxerũt. Nam & legatum donatio quędam est *l. legatum 36. de legat. 2.* nec facilè ac sine causa debet à donatione separari *l. nec adiecit 9. sup. hoc tit.* quamuis interdum separetur, vt in *l. viuus 9. inf. si quid in fraud. patron.* Stipulationis sanè alia ratio est, nam si seruus communis simpliciter stipuletur ab vno ex dominis, acquirit cæteris dominis pro eorum partibus dominicis, sed pro parte promittẽtis stipulatio nulla est, *d. l. proinde §. si seruus de stipulat seruor.* An quia, vt putat Accursius, legatum & donatio beneficia sint, & ideò pleniorem recipiant interpretationem? *l. in testamentis 12. de reg. iur. l. vlt. supr. de constit. princip. l. cùm hic status 32. §. pœnitentiam in fin. de donat. int. vir. & vxor. cap. cùm dilecti extr. de donat.* Et nõ puto, quia non per aliquam interpretationem hoc fit, sed per meram iuris rationem, quæ ex eo petenda est, vt ego quidem arbitror, quòd difficilius sit, vt per seruum communem obligetur quis sociis & condominis eiusdem serui, quàm vt per eum transferat in ipsos rei suæ dominium. Obligatio enim, quæ per stipulationem serui contrahitur, incipit à facto & voluntate serui stipulantis. Dominij autem translatio à facto & voluntate domini rem suam legantis seruo cõmuni vel donantis. Ideò autem tractat hîc Vlpianus de socio qui seruo communi legauerit sine libertate, quia iure Pandectarum, si seruo communi libertatẽ vnus ex sociis relinquebat, hoc ipso partem suam amittebat, eáque socio adcrescebat, ne alioqui esset in potestate vnius ex sociis seruum communem socio adimere, cùm libertas pro parte dari non possit *§. vlt. Instit. de donat.* atque ita nihil tractari posset de legato heredi socij communicando. Iure autem nouo inspecto competeret libertas, etiam quæ ab vno tantum ex sociis relicta esset, *l. 1. §. his ita C. de commun. ser. manum.* ac proinde legatum seruo manumisso acquireretur, nec magis hoc, quàm superiore casu quæstioni de cõmunicando legato locus vllus relinqueretur. In seruo proprio, cui aliquid sine libertate legabatur, ita sanè ius erat, vt legatum valere non posset. Valeret autem si cum libertate datum esset *l. quæsitum 91. §. præsenti de legat. 1. l. si quis seruo 84. de leg. 2. l. Iulianus 86. de condic. & demonstr. l. seruo 15. de opt. legat. l. seruis 4. C. de legat.* Excipiebatur miles, qui etiam legando seruo aliquid sine libertate aut libertum eum nũcupando, si seruum esse sciebat, libertatem quoque hoc ipso ei dedisse videbatur *l. ex his verbis 7. C. de testam. milit.* Quæ omnia bene Accursius hic notat.

10 ¶ Societas soluitur ex personis, ex rebus, ex voluntate, ex actione. Ideóq; siue homines, siue res, siue volũtas, siue actio interierit: distrahi videtur societas. [a] Intereunt autem homines quidem maxima, aut media capitis diminutione, aut morte. Res verò cùm aut nullæ relinquantur, [b] aut condicionem mutauerint. neque enim eius rei, quæ iam nulla sit, quisquam socius est: neque eius quæ consecrata, publicatáve sit. [c] Voluntate distrahitur societas renuntiatione.

Ad §. vlt. Societas.

Tractatus huius §. totus ex iis est quos nostri magistrales vocant, & qui proinde vix vllam dubitandi rationem habere potest, sed dubitandi potiùs, decidendíque rationes suppeditat aliis omnibus locis in quibus de dissoluenda vel de dissoluta & distracta societate tractatur. Habet autem hic tractatus naturalem intellectum. Nam cùm societas sit personarum quarum industria eligitur §. *soluitur Instit. hoc tit.* quid conuenientius est, quàm extinctio personis solui societatem? Rursus cùm societas contrahi sine rebus non possit, an non necesse est extinctis rebus, quarum societas contracta fuerat, societatem quoque extingui? Neque enim eius rei quę iam nulla sit societas vllæ esse potest, vt sequitur in hoc §. neque eius quæ consecrata vel publicata sit. Prætereà cùm voluntate & consensu societas contrahatur, quid naturalius, quàm contraria voluntate & dissensu societatem dissolui? *l. 4. §. 1. supr. l. actione 65. §. diximus infr. hoc tit.* Denique actione distrahitur societas, cùm aut stipulatione aut iudicio mutata est causa societatis per nouationem, *d. l. actione 65. in princip.* Sed de his omnibus dicendum erit latiùs in sequentibus.

a *Intereunt autem homines.* RATIO VBIT. Capitis diminutio non tollit nec extinguit obligationes nec actiones quæ sunt ex bono & æquo *l. eas*

BIU Cujas

obligationes 8. *supr. de capit. minut.* Atqui obligatio & actio pro socio nascitur ex bono & æquo cùm nascatur ex contractu, in quo exuberare debet æquitas & bona fides *l.* 3. *C. hoc tit.* Ergo per capitis diminutionem etiam maximam dissolui societas non potest, multo minùs per medium, quæ nō libertatem cum ciuitate adimit; sed ciuitatem solam §. 1 & 2. *Instit. de capit. diminut.* Sola enim seruitus morti assimilatur *l. seruitutem* 209. *de regul. iur.* Deportatio igitur quæ ciuitatem tantùm adimit, nō etiam libertatem, morti comparanda non est, *l. intercidit* 59 *infr. de condic. & demonstr.*

Dec. Totum ius ciuile non nisi ciuibus Romanis scriptum est, cùm sit proprium ciuium Romanorum, §. 1. *& sequentib. Instit. de iur. natur. gent. & ciuil. l.* 1. *infr. ad leg. Falcid.* Inde fit, vt ciuilis legislator omnes illos qui ciues non sunt, nec habent caput in ciuitate, pro nullis habeat, ac multo magis pro mortuis *l. quod attinet* 32. *de regul. iur. l. qui testamento* 20. §. *seruus infr. Qui testam. facer. poss. l. nullomodo* 7. *ad leg. Cornel. de falsis* Ergo & deportatos, quia & hi mortuorum loco habentur, cum non habeant caput in ciuitate *l.* 1. §. *penult. infr. de bonor. poss. contr. tab. l.* 4. §. *si deportatus de bon. libert. l. Gallus* 29. §. *& quid si tantum de liber. & posthum.* Nam & hæc magna capitis diminutio appellatur in *l. pen.* §. *vlt. infr. de extraord. cognit.* licet possit deportatus in ciuitatem restitui spe probabiliori, quàm seruus in libertatem *d. l. intercidit. de condic. & demonstr.* Intereunt igitur homines non tantum naturali morte, sed etiam ciuili, quæ contingit, quoties ciues esse desinunt, ac proinde non potest societas durare cum deportato non magis quàm cum seruo aut mortuo. Etsi enim deportati retinent ea quæ sunt iuris gentium *l. deportatus* 15. *infr. de interd. & releg.* ex quo iure sunt ferè omnes contractus *l. ex hoc iure* 5. *de iustit. & iur.* attamen neque stipulari neque agere potest, cùm & stipulationes & actiones omnes sint iuris ciuilis, & sine quibus vix vlla commerciorum vtilitas esse potest, *l. actionum* 25. §. 1. *& vlt. infr. de oblig. & action. l. stipulatio ista* 38. §. *alteri de verb. oblig.* An autem obligatio ex contractu societatis nata extinguatur per maximam aut mediam capitis diminutionem, alia quæstio est de qua in *dict. l. eas obligationes*, vbi vide quæ scripsimus.

b *Aut condicionem mutauerint.* Rat. dvb. Mutatio condicionis rerum quæ sunt in societate, non facit quominùs eæ res extent, multùmque differt casus hic ab illo de quo proximè diximus, quo mutata sit condicio personarum, itémque ab illo quo res, de quibus contracta societas fuerat, extare desierint, cùm eius rei quæ iam nulla sit societas subsistere non possit. Siquidem non entis nullæ sunt qualitates *vulg. l. eius qui penult. supr. de reb. cred. l. si partem* 19. *quemadmod. seruit. amitt.* Quid enim vetat etiam eius rei quæ mutata sit, puta quæ ex dotali facta sit non dotalis, societatem durare? vt in *d. l. actione* 65. §. *vltim. infr.*

Dec. Non quælibet mutatio rei sufficit ad dissoluendam societatem, sed ea demùm quæ facit, vt res societatis in communi vsu esse desinant, vt puta si ex profanis factæ sint sacræ & religiosæ, aut etiam publicatæ, id est fisco addictæ, quemadmodum benè Accursius interpretatur ex *d. l. actione* §. *vltim.* quod & verba huius §. euidenter probant. Sic neque mutatio quælibet personarum dissoluit societatem, sed ea tantùm quæ vel maximam vel saltem mediam capitis diminutionem inducit.

c *Voluntate distrahitur societas.* Rat. Dvb. Cōtractus omnes ab initio sunt voluntatis, ex postfacto autem necessitatis, *vulg. l. sicut* 5. *C. de oblig. & action.* Ergo sola voluntas & renunciatio non potest sufficere ad dissoluendam societatem.

Dec. Habet contractus societatis hoc speciale vt & alia pleraque de quibus scripsimus ad *l.* 4. §. 1. *supr.* Vt nimirum etiamsi non mutuo dissensu, sed vnius tantùm voluntate societati renunciatum sit, societas dissoluatur, si modò citra dolum renunciatio facta sit, dolo autem interueniente scindatur societas ita, vt is quidem cui renunciata *societas* est à socio qui renunciauit, liberetur, is autem qui dolo malo & intempestiuè renunciauit, à socio non liberetur, *l. actione* 65. §. *diximus*, vbi dicemus *infr.*

64. Callistratvs libro 1. Quæstionum.

ITaque cùm separatim socij agere cœperint, & vnusquisque eorum sibi negotietur: sine dubio ius societatis dissoluitur.

Ad l. Itaque 64.

Rat. dvb. Vnumquodque dissolui debet eo modo quo colligatum est *l. nihil tam naturale* 35. *de regul. iur. l. prout.* 80. *de solut.* Ergo societas cōtracta expresso consensu dissolui solo tacito non potest.

Dec. Nihil interest an quis expresso consensu & verbis, an facto voluntatem suam declaret *l. non tantum* 5. *infr. rat. rem haber.* Atqui cum separatim socij res suas agere cœperunt, & vnusquisque eorum sibi negotiari, apparet vtriusque voluntatem eam esse vt à societate discedatur. Quid enim societati tam contrarium est, quàm si singuli socij quod communiter totius societatis nomine facere deberent, separatim suo ac proprio nomine faciant? Ergo hoc quoque casu quasi tacito quidem, sed tamen mutuo consensu dissoluta societas intelligetur. Quidni verò? Cum & similiter tacitè contrahi societas possit? *l.* 4. *in princip.* vbi diximus *sup.* Sed hoc ita, si non alteruter tantum socius, sed vterque & eorum quisque sibi separatim negotietur. Nam si alter tantum ita faciat, non dissoluetur societas, sed actione Pro socio cōmunicare alij cogetur quod sibi separatim quæsierit *l. si quis societatem* 74. *infr.* Cur non ergo idem admittimus inquies, si ambo separatim sibi negotiati sint vt inuicem quoque pro socio & agere & conueniri possint ad faciendam communicationem? Respondeo absurdum esse petitionem vice mutua induci, & socium desiderare à socio id ipsum quod ei non præstet, *arg. l. cùm pater* 27. §. *liberti de leg.* 2.

65. Pavlvs libro 32. ad Edictum.

ACtione distrahitur, cùm aut stipulatione, aut iudicio mutata sit causa societatis. Proculus enim ait, hoc ipso, quòd iudicium ideo dictatum est, vt

est, vt societas distrahatur, renuntiatam societatem: siue totorum bonorum, siue vnius rei societas coita sit.

Ad l. Actione 65.

RAT. DVB. Stipulatio inter socios interposita non tollit actionem Pro socio, sed ei adiicit aliam actionem, vt & in aliis contractibus euenit: Nisi ponas in ipso contractus initio stipulationem interponi. Quo casu non duo contractus initi intelliguntur societatis & stipulationis, sed vnus tantùm stipulationis, vt scriptum est in *l. si ita fuero 6. §. 1. & l. seq. infr. de nouat.* Ergo sola stipulatio non est modus tollendæ actionis Pro socio. Tractamus enim de societate cõtracta ante interpositã stipulationẽ, & de stipulatione interposita ex interuallo, quæ societatẽ contractã præsupponit. Alioqui non posset distrahi & dissolui societas quæ nunquam cõtracta fuisset.

DEC. Tractat hîc Paulus de stipulatione interposita non solùm ex postfacto, id est, societate iã contracta, sed etiam nouandi animo. Quę proinde nouat & perimit obligationẽ natã ex contractu societatis, & actionẽ quæ ex obligatione illa cõpetit. Et quamuis stipulatio non sit actio, ait tamen Paulus actione distrahi hoc casu societatẽ, quia sicuti consumitur actio cùm exercetur *l. habebat 13. in princip. supr. De instit. act. l. si sic stipulatus sim 133. in fin. de verb. obl.* ita & nouatione *l. 1. & pass. de nouat.* Mallem ego scripsisse Paulũ, Distrahi societatẽ nouatione, fieri verò nouationem aut per stipulationẽ nouandi animo interpositã aut per litis contestationem & accepto de societate iudicio, vt in *l. delegare 11. §. 1. l. aliam 29. infr. de nouat.* Accepto, inquam, nõ cum extraneo delegato, sed cũ ipso socio. Id enim est quod sequitur ex Proculo: Hoc ipso quod iudiciũ ideo dictatũ est vt societas distrahatur, renunciatam esse societatem siue totorum bonorum siue vnius rei coita sit. Itaq; nõ sunt hîc duo casus in quibus mutetur causa societatis per stipulationem, sed vnus tãtùm quo interponatur stipulatio siue contra socium ipsum siue contra extraneum, quandoquidem nec delegatio fit sine stipulatione. *§. præterea Instit. quib. mod. tollit. oblig.* Sed duo tamen sunt casus quibus mutari Paulum ait causam societatis. Vnus, quo mutatur per stipulationem siue nouandi tantum siue etiam delegandi animo interpositam. Alius, quo per litis contestationem, & accipiendo iudicium Pro socio; ac proinde contra socium ipsum non contra extraneum. Nec enim extraneus hac Pro socio actione conueniri potest.

a *Proculus enim ait.* RAT. DVB. Cùm agitur ad distrahendam societatem, supponitur societatem adhuc durare. Nec enim distrahi posset, quæ iam distracta esset. Ergo implicat contradictionem, quod Proculus dicebat, & Paulus hîc probat hoc ipso quod agit vnus ex sociis vt distrahatur societas, videri eam distractam & renunciatam.

DEC. Voluntate sola dissoluitur societas, *l. verum est 63. §. vlt. supr.* Ergo qualiquali voluntate intelligi possit socium habere animum desinendi manere in societate, dicendum est societatem distractã & renunciatam esse vt in specie *l. vlt. §. illud infr. de diuort.* Atqui satis intelligimus nolle socium durare in societate, cùm eam actionem mouet, quæ nõ solet nisi distracta societate oriri. Quomodo argumentatur Vlpianus, quamuis in alia specie *in d. §. illud.* Eiusmodi autem est actio Pro socio, quæ non nisi certis casibus manente societate dari solet *§. penult. infr.* hac lege. Verum igitur est quod Proculus dicebat, hoc ipso quod iudicium Pro socio ab vno ex sociis dictatum est vt societas distrahatur, renunciatã societatem videri. Sufficit enim vt vel tenuis intellectus videri possit socij nolentis in societate perseuerare, vt loquitur Vlp. in *d. l. vlt. in fin. De diuort.* Duo tamen sunt hîc instanria. Vnum in quo distrahitur societas quod fit per primam & tacitam renunciandæ societatis voluntatem. Alterum in quo iam distractum est. Illud in fieri consistit, hoc in facto esse. Planè si vnus ex sociis egerit Pro socio, vt aliquid à socio nomine proprio acquisitum communicetur, vt in *l. si quis societatem 74. infr.* non ideò videbitur societati renunciatum vt benè hîc Bart. docet, & ex verbis huius textus satis apparet. Itémque ex *§. nonnunquam infr. hac lege.* Mallem tamen in hoc versiculo pro *enim* legere *etiam*, vt sit hic alius casus, in quo actione distrahitur societas.

1. ¶ Item bonis à creditoribus venditis vnius socij, distrahi societatem Labeo ait.

Ad §. 1. Item bonis.

RAT. DVB. In coeunda societate industria eligitur personæ magis quàm bonorum quantitas. Adeò vt coiri possit societas etiam cum eo qui bona nulla habet, si tanto plus habeat industriæ *l. societates 5. §. 1. l. si non fuerint 29. l. cùm duobus 52. §. vtrum ergo supr. hoc tit.* Ergo quamuis vnus ex sociis mole æris alieni prægrauatus bonis cesserit, & ideò siue propter publica siue propter priuata debita, eius bona venierint, dicendum videtur non eo minùs societatem durare.

DEC. Societates quidem inter personas contrahũtur, nec minus contẽplatione industriæ quàm facultatum. Sed ita tamen bona semper aliqua interuenire necesse sit quæ communicentur *l. 1. & 2. supr.* Non enim fiunt nisi ratione bonorũ siue totorum siue certorũ, vt in principio huius legis scriptũ est, & in *d. l. Societates 5. & l. coiri 7. supr.* Ergo si quis bonis cesserit, eiúsque bona vendita sint, necesse est distrahi societatem ipso iure quasi deficiente iam materia societatis ex vna parte. *§. item si quis Instit. hoc tit.* Sed & cùm contractus societatis sit vltro citróque obligatorius, & quidem æquè principaliter, vnde fit vt actio quę vtrimque nascitur, vnum & idem nomen habeat Pro socio, apparet neque contrahi societatem neque manere posse quin socij inuicem & obligentur & obligent. Atqui nullam actionem habere is videtur qui eam habet, quam debitoris eludit inopia *l. nam is. 6. supr. De dolo.* Ergo etiam egestate quæ vni ex sociis superuenerit, societatẽ dissolui necesse est *l. 4. §. 1.* vbi diximus *supr.*

BIU Cujas

hoc tit. Indéque est quod etiam publicatione bonorum societatem dissolui placuit §. *publicatione* 12. *infr.* Et inhumanum prorsus esset, ex causa societatis quę ius fraternitatis in se continet, conueniri socium qui amissis bonis nudus exularet, vt in *l. tutelas* 7. §. *vlt. supr. de capit. minut.* Etsi locus ille de eo loquitur, qui cum publicatione bonorum etiam capitis diminutionem passus est inediam, & ciuitatem amisit. Quæ alia & separata extinguendæ societatis causa est.

2. ¶ Si in rem certam emendam, conducendámve coita sit societas: tunc etiam post alicuius mortem quidquid lucri detrimentíve factum sit, commune esse Labeo ait.

Ad §. 2. Si in rem certam.

RAT. DVB. Societas finitur morte, adeò vt nec conuentione expressa transire possit in heredē extra causam societatis vectigalium *l. nemo potest* 35. *l. heres socij* 40. *l. adeò* 59. *in princip. supr.* Ergo neq; lucrum neque detrimētum quod post mortem alicuius ex sociis contigit societati commune esse debet inter defuncti socij heredem & superstites.

DEC. Multum interest an de lucro vel detrimento agamus quod societati post mortem vnius ex socijs contigerit ex postfacto, id est, ob ea quæ post mortē socij gesta sunt, an verò de eo quod cōtigerit post mortē quidē socij, sed ex antegesto, vt Paulus loquitur in §. *morte inf.* id est, ob ea quæ in societate gesta sunt, antequā socij morte esset dissoluta. Priore casu non est commune lucrum & detrimentum heredum, quia socius non est. Posteriore verò commune est, quia heres socij licèt socius non sit, emolumenti tamen successor est, ac proinde etiam damni *l. verum est*, 63. §. *in heredem supr. hoc tit. iūct. d.* §. *morte*, & iis quæ de tota hac quæstione scripsimus ad *l. socium* 62. *eod.*

3. ¶ Diximus, dissensu solui societatem. Hoc ita est, si omnes dissentiant. quid ergo, si vnus renuntiet? Cassius scripsit, eum, qui renuntiauerit societati, à se quidem liberare socios suos, se autem ab illis non liberare. quod vtique obseruandum est, si dolo malo renuntiatio facta sit. veluti si cùm omnium bonorum societatem iniissemus. deinde cùm obuenisset vni hereditas, propter hoc renuntiauit. ideóque si quod damnum attulit hereditas: hoc ad eum qui renuntiauit, pertinebit: commodum autem cōmunicare cogetur actione pro socio. [a] quod si quid post renuntiationem adquisierit, non erit communicandum: quia nec dolus admissus est in eo.

Ad §. 3. Diximus.

RAT. DVB. Vnūquodque dissolui debet eo modo quo colligatū est ex regula *l. nihil tam naturale* 35. *De regul. iur.* Atqui societas non nisi mutuo duorum, pluriúmve cōsensu contrahitur, *l. 2. infr. de oblig. & action. & Instit. Tit. De oblig. ex consens.* Ergo nec aliter dissolui societas dissensu potest, quàm si omnes dissentiant: quomodo scriptum est initio huius §. & qui casus nullam omnino recipit dubitationem. Proinde si vnus tantùm renunciauerit societati, dicendum est non eo minùs durare societatem, quamuis nihil dolo malo renunciantis factum sit contrà quàm hic scribat Paulus, si vnus ex sociis dolo malo societati renuntiauerit, ipsum quidem manere obligatum, sed alios ab eo liberari.

DEC. Actio Pro socio non datur nisi ad id quod actoris interest, §. *prox. infr. & pass. hoc tit.* Nihil autem interest socij cui renunciatum est, nisi dolo malo intempestiuè facta renunciatio sit, vt in exemplis quę ponuntur in hoc §. *& seq.* Cùm enim par sit omniū sociorum causa in contractu societatis, & quicquid ex eo acquiritur, commune sit omnibus sociis, in quo contractus societatis differt à cæteris ex quibus contrahentes singuli separatim sibi acquirunt, & propriæ quisque vtilitati studet, apparet nihil causæ esse cur non possit contractus societatis dissolui voluntate vnius ex sociis, dummodò nihil fiat in fraudem sociorum. Planè cùm societatis contractus sit bonæ fidei, nemo certè dixerit dissensu vnius ex sociis posse dissolui societatem, si in fraudem sociorum id fiat. Nec enim potest fraus & dolus cum bona fide consentire *l. 3. §. vlt. supr. l. si dolo* 5. *C. de rescind. vendit.* nec rursus æquum est, vt quis facto suo & voluntate sola liberationem acquirat, & socio adimat actionem *l. si seruum* 91. §. *nunc videamus infr. de verb. oblig. l. Granius* 71. §. *penult. de fideiuss.* Sed ex parte sociorum, quibus societas renūciata est, æquissimum est induci liberationem, cùm volenti nulla fiat iniuria *l. in diem* 9. §. 1. *de aqua & aquæ pluu. arcend.* & imputare sibi debeat is qui vltro societati renuntiauit dolo malo, vt intempestiuæ renunciatione socios fraudaret. Quamuis ita fiat, vt bonę fidei contractus claudicet, nec nisi vna ex parte duret, quod vtique nouum non est etiam ab initio quoties vni ex contrahentibus imputari aliquid potest, vt in *l. Iulianus* 13. §. *si. quis à pupillo* 29. *infr. de action. empt.* Quanto magis admitti hoc debet, cùm inæqualitas hæc superuenit ex postfacto? Multa enim permittuntur ex postfacto, quæ ab initio non permitterentur. Quale illud est, vt ex paganis decedat quis pro parte testatus & pro parte intestatus, quod ab initio contingere numquam potest, *l. ius nostrum* 6. *De regul. iur.* Ex postfacto autem potest *l. circa* 24. *supr. de inoffic. testam.* Requirit autem Paulus vt dolo malo facta renūciatio sit, nec addit *vel culpa*, quoniā licet culpa quoq; etiā leuis nō minus, quàm dolus veniat in hoc iudicium *l. cùm duobus* 52. §. *vtrum ergo supr.* fieri tamē nequit vt intempestiua renūciatio fiat sine dolo malo, & citra fraudē, quoties interest sociorū nō dissolui societatē. Quid enim hoc aliud est nisi

BIU Cujas

nisi suo magis quàm communi lucro studere? *arg. l. quod Nerua 32. supr. deposit.* Exemplum autem renũtiationis factæ dolo malo adfert Paulus non inelegans, nec obscurum, si cùm omnium bonorum societatem iniissemus, deinde obuenerit vni hereditas, quæ proinde communicanda sit (ponimus enim fuisse coitam societatem non simpliciter, sed vniuersorum bonorũ vt in *l. societates 5. l. coiri 7. sup. l. si societatem 73. infr. hoc tit.*) & is cui hereditas obuenit, societatem mihi renunciauerit ea mente, ne hanc hereditatem mihi communicare cogeretur. Apertè enim facit dolo malo, qui idcirco tantùm renunciat, vt hereditatis lucrũ mihi auferat, quod cum eo commune habere deberem. Proinde si quidem damnum hereditas attulerit, æquum erit totum illud ad eum, qui renuntiauit, pertinere, si verò lucrosa sit, cogendum eum id mihi communicare actione Pro socio, vt hîc Paulus scribit. Planè nihil interest, an societas simpliciter contracta sit, an ad tempus, quia nec ante tempus renuntiari potest, nisi ex necessitate renunciatio facta sit §. *itẽ, qui societatem infr.* Nec rursus, an ipsi socio, an eius procuratori societas renunciata sit §. *item scriptum est infr.* hac lege. Idem est, & si absenti renunciata sit societas, vt in *l. sed & socius 17. §. 1. supr.* Sequitur,

a *Quòd si quid post renuntiationem acquisierit.* RAT. DVB. Dolus in vna re commissus facilè efficit, vt in alia etiam re præsumatur, quemadmodum solemus dicere, Ex vna donatione aliam præsumi *l. si verò 12. §. inde Papinianus supr. tit. prox.* Semel enim malus præsumitur malus in eodem genere mali, vt vulgo iactari solet. Ergo si post dolum admissum in renunciatione intempestiuè facta per vnum ex sociis occasione hereditatis alicuius, quæ ei obuenerat, idem socius aliquid acquisiuerit, æquè dicendum est eum qui renunciauit, liberasse quidem à se socios, sed se ab ipsis non liberasse, quasi in hac quoque re dolo admisso.

DEC. Limitata causa, nonnisi limitatum effectum producere potest *l. in agris 16. infr. de acquir. rer. domin.* Ergo dolus in vna tantùm re admissus, in ea tantùm puniendus est, non etiam in alia in qua nullus admissus sit *l. rescriptum 6. de his, quæ vt indign. l. Paulus 24. aliàs l. Falcidiæ ad leg. falcid.* Neque facilè doli præsumptio capienda est, vt ab vno casu trahatur ad alium, si nouæ probationes nullæ sint, nullaque noua indicia. Semper enim qui dolo malo aliquid factum dicit, dolum malum probare debet *l. in exceptionibus 19. §. qui dolo infr. de probat. l. dolum 6. Cod. de dolo.* Atqui ponimus cum Accursio, quod necessariò ponendum est renuntiationem intempestiuè quidem & dolo malo factam esse, sed eo tempore, quo nihil adhuc sperabatur de eo, quod post renuntiationem acquisitum fuit. Ergo non debet hac in re socius, qui renuntiauit, puniri, vt lucrum acquisitionis post renuntiationem factæ aliis communicare cogatur, quasi nondum ab iis liberatus, ob id solùm quòd in illa ipsa renuntiatione propter hereditatem, quæ ei obuenerat, dolum admisisse probetur, cùm ratione huius nouæ acquisitionis dolum nullum commiserit *argu. l. qui bona 13. § si quis iuxta 7. & § si quis, quia 11. l. damni 18. § si vicinas 12. infr. de damn. infect. l. sancimus 22. C. de pœn.* Ergo sufficit socio, qui intempestiuè renunciauit, vt lucrum quod post renuntiationem facit, non captauerit ipso renuntiationis tempore, ne lucrum illud communicare cogatur, vt scriptum est in §. *manet autem instit. hoc tit.* Iunge §. *prox. infr.*

4 ¶ Itẽ si societatem ineamus ad aliquam rem emendam, deinde cùm solus volueris eam emere: ideóque renunciaueris societati, vt solus emeres: teneberis, quanti interest mea. a sed si idcirco renunciaueris, quia emptio tibi displicebat: non teneberis, quamuis ego emero: quia hîc nulla fraus est. eaque & Iuliano placent.

Ad §. 4. Item si societatem.

Aliud exemplum est, renuntiationis intempestiuè factæ & dolo malo in fraudem societatis, & in quo idem euenit quod in casu superioris §. vt socius, qui dolo malo renuntiauit, vt suum lucrum faceret quod commune esse debuerat, ob hoc teneatur actione Pro socio, puta si cùm societatem mecum iniisses de aliqua re emenda, deinde volueris solus eam emere, & ea mente renuntiaueris societati, vt solus eam emeres, ne mihi eam communicare tenereris, vt in *l. si quis societatem 74. infr.* Teneberis enim vtiq; mihi quanti mea interierit, nisi communices, quandoquidem hæc actio non ad aliud datur quàm ad id quod actoris interest, vt constat ex hoc §. & *ex seq.* Proinde nec dubitandi nec decidendi ratio ad hunc §. alia quærenda est, quàm quæ à nobis allata fuit ad priorem casum §. præcedentis.

a *Sed si ideò renuntiaueris.* RAT. DVB. Facile erit socio renuntiare societati, quæ ad rem aliquam emendam contracta fuerat, si ei sufficiat renuntiationis suæ causam illam prætendere, quod res emenda ipsi displicuisset. Quamuis enim non possit hoc casu videri socius ideò renuntiasse societati, ne rem emendam communicare cogeretur, quã scilicet noluerit emere: potest tamen alia de causa quàm propter communicationem socij interesse, & sufficit quoquomodo factam esse deteriorem socij condicionem & totius societatis interesse non dirimi societatem, vt scriptum est in §. *prox. seq.* nec sanè patua fraudis suspicio subesse videtur in eo socio, qui dicit ideò se societati renũtiasse quòd res emenda displiceret sibi, si alius socius eam postea emisse proponatur.

DEC. Nemo cogendus est emere *l. nec emere 16. C. de iur. delib.* præsertim eam rem quæ sibi displiceat, & idcirco frequentissima olim erat in venditionibus conuentio illa, vt si intra certum tempus res vendita displiceret, inempta esset. Ergo nulla fraus est socij, qui societati cõtractæ ad aliquã rem emendam ideò renuntiat, quod res ei displiceat, quamuis alius socius postmodũ eam emerit. Quid enim tam frequẽs est quã vt quod vni displicet, alij placeat? Non igitur ob hoc solũ teneri socius socio debet, nec si socij cui renũtiata societas est, interfit non esse renuntiatam. Nam quemadmodum ex parte illius, qui agit Pro socio necesse est, vt eius interfit non dirimi societatẽ, idque non tam ob priuatũ ipsius cõpendium, quàm, quia societati id nõ expediat, vt subiicitur in §. *seq.* Ita ex parte eius qui actione ista Pro socio conuenitur, necesse est,

BIU Cujas

vt in dolo sit, aut saltem in culpa leui, si non in lata *l. cùm duobus 52. §. vtrum ergo supr. hoc tit.* Nullus autem dolus est, nullaque culpa in eo qui societati rei emendæ ideò tantùm renunciauit, quod ea res displiceret. Quanquam cùm de renunciata societate tractamus, vix fieri potest vt intempestiua renunciatio, & quæ hoc iudicio vindicanda est, fiat sine dolo malo & sola culpa interueniente, vt monuimus ad priorem partem §. *præcedentis* ex *l. quod Nerua 32. supr. deposit.* Vt mirum non sit loqui Paulum in hoc §. & in superiore de sola fraude, & dolo, non etiam de culpa, quod tamen nec Azo, nec Accursius videntur percepisse, nisi dicamus id, quod ex Cassio & Iuliano scriptum est in hoc, & in superiore §. non similiter Labeoni & Proculo placuisse, qui existimarunt sufficere ad inducendam Pro socio actionem aduersus eum, qui societati renunciauit, vt renunciatio facta sit eo tempore, quo societatis intererat non renunciari: quasi etiam cessante dolo, & lata culpa imputari possit socio, qui eo tempore renunciauit, quo non expediebat societati. In quo vix est vt culpa careat, qui commodum suum priuatum præfert communi, quamuis à dolo malo id longè distet. Atque ita fortasse quis cum Accursio nostro sentiat, Iuliani sententiam superiore §. relatam aliam fuisse quàm fuerit Labeonis & Proculi. Parum enim refert socij cui intempestiuè renunciatum est, an dolo malo socij id factum sit, an sine dolo, si modo interfit societatis, non renunciari, nec proinde culpa leui careat is, qui intempestiuè renunciauit. Fateor nõ posse intempestiuè renunciari captato ex ipsa renunciatione lucro aliquo, quin dolus admittatur. Sed dico non posse fieri, vt per eiusmodi renũciationẽ deterior fiat causa societatis, quin sit saltẽ in culpa is, qui sine necessitate societati renunciat §. *itẽ, qui societatẽ infr.* Sufficit ergo culpa socij aliquid hac parte factũ fuisse, licèt dolus nullus interuenerit, sed nõ sunt hæc ita contraria, vt Iulianum cum Labeone & Proculo pugnare dicendum sit. Ita namque conciliari possunt, vt si societatis interfit eam non dirimi, quo tempore intempestiua fit renunciatio, neque dolum, neque aliud quicquam requiramus ad inducendam Pro socio actionem, si verò socij tantùm interfit, cui renunciatum est, tum verò dolum interuenire necesse sit eius, qui renunciauit. Itaque nollem separari hunc §. à sequenti, sed vtrumque sic coniungi, vt apparet diuersam quidem esse speciem, quæ in §. *seq.* tractatur, sed non diuersam sentẽtiam Labeonis & Proculi à sententia Iuliani in specie, siue huius, siue illius §. Quod & Paulus satis significat connexione illa verborũ *Labeo autem.* Quanuis aliter sentire videatur Accursi⁹. Iũge quę ad §. *seq.* clariùs dicemus.

5 ¶ Labeo autem posteriorum libris scripsit: si renunciauerit societati vnus ex sociis eo tempore, quo interfuit socij, non dirimi societatem: committere eum in Pro socio actionẽ. nam si emimus mancipia, inita societate: deinde renuncies mihi eo tempore, quo vendere mancipia non expedit: hoc casu, quia deteriorem causam meam facis, teneri te pro socio iudicio. [a] Proculus hoc ita verum esse, si societatis interfit, non dirimi societatem. semper enim non id, quod priuatim interest vnius ex sociis, seruari solet: sed quod societati expedit. [b] hæc ita accipienda sunt, si nihil de hoc in coeunda societate conuenit.

Ad §. 5. Labeo autem.

RAT. DVB. Qui renunciauit societati, ita demum tenetur actione Pro socio, si dolo malo, & per fraudem renunciatio facta sit, vt diximus in duobus §§. præcedentibus, & in §. *prox. seq.* in postremis illis verbis, *quia sine dolo malo id fiat.* Atqui tum demum dolo malo facta videtur renunciatio, cùm ea mente facta est renunciatio, vt renuncians lucrum suum faceret, quod commune esse debuisset §. *manet autem instit. hoc tit.* Fieri autem facilè potest, vt quis societati intempestiuè renunciet, nec tamen lucri alicuius captandi causa id faciat, sed ob id tãtùm ne communibus negotiis implicetur: quamuis interfit socij non dirimi eo tempore societatem. Ergo quamuis causa socij ex huiusmodi renuntiatione deterior fiat, non ideò tamen dicendum est in actionem Pro socio committere socium, qui renunciauit, si modo careat dolo.

DEC. Non tantùm dolus in hanc actionem venit, sed etiam culpa *l. cùm duobus 52. §. vtrum ergo supr. l. 5. §. nunc videndum supr. Commod.* Culpa verò non caret, qui cùm possit non renunciare (semper enim casum illum excludimus, quo facta sit renunciatio ex necessitate, vt in §. *prox. seq.*) mauult tamen renunciare eo tempore, quo socij causam deteriorem faciat, & quo non expediat societati eam dirimi. Imò si verum amamus, vix est vt careat dolo: apertè enim facit contra bonam fidem, qui cùm prodesse socio, lucrumque ei parare deberet, vltrò tamen, nullaque cogente necessitate causam eius facit deteriorem, sibique nocet, vt alteri noceat. In quo longè insignior ipsius fraus est, quàm illius, qui societati renunciat, ideò tantùm vt lucrum aliquod sibi separatim acquirat. Quid verò tam contrarium bonæ fidei quàm dolus? *l. 3. §. vlt. supr. l. si dolo 5. C. de rescind. vendit.* Ergo non minùs hoc casu, quàm aliis superioribus dicendum est teneri Pro socio eum, qui intempestiuè societati renunciat, ita vt deteriorem societatis causam faciat, licèt nullum ex ea renunciatione lucrum captet. Etsi enim sunt istæ societatis renunciandæ causæ dissimiles, omnes tamen implicitum dolum habent, & malam fidem, propter quam eum teneri æquum sit. Et idcirco benè Paulus hunc §. superiori coniunxit, non ad corrigendam Iuliani sentẽtiam, sed ad eam potiùs ampliandam, vt intelligamus, nõ tantùm dolo malo facere sociũ cùm societati renunciat intempestiuè ob hoc tantùm vt suo lucro studeat, sed tum quoque cùm idcirco renunciat, vt socio damnum inferat. Exemplum autem adfert Labeo, si emerimus mancipia inita in id societate, deinde renuncies mihi eo tẽpore

quo

quo mancipia vendere non expedit. Hoc enim casu cùm deteriorem causam meam facias & quod magis est tuo etiam damno, nullâque coactus necessitate, an non æquissimum est teneri te mihi actione Pro socio?

a *Proculus hoc ita verum esse.* Obscurum videtur quid sibi Proculus velit, & an à Labeone, & in quo dissentiat. An enim fortasse reprehendit quod Labeo dixerat sufficere ad inducendam Pro socio actionem, vt renunciata sit societas eo tempore, quo socij intererat non renunciari: quasi debuerit Labeo exigere, non tam vt socij, quàm vt societatis interesset. Minimè verò. Nam neq; Proculus negat sufficere, vt interfit socij, cui renunciata societas est, sed ad Labeonis sententiam hoc addit, si socij interfit non dirimi societatem eo tempore, quo fit renunciatio, societatis autem interfit dirimi, aut contrà si socij interfit, dirimi. Societatis autem non dirimi, spectandum magis esse, quod societatis quã quod socij interest. Causa enim societatis est communis, socij verò priuata. Semper autem & generaliter communis causa præferenda est priuatæ, vt ex hoc §. benè omnes notant, & ex *l. vnic. §. antepen. C. de caduc. tollend. Authores quæ C. commun. de legat. l. 3. §. hi quoque 15. infr. de SC. Silan. & Nouell. 7. de non alien. reb. eccles. cap. 9. §. quia verò simile est, versic. oportet enim.* Sed omnes ij loci de vtilitate publica loquuntur, quam constat vtique semper præferendam esse priuatæ *l. ita vulneratus 51. in fin. supr. ad leg. Aquil.* Hic autem §. est de vtilitate communi sociorum omnium, inter quam & vtilitatem publicam tantum interest quantum inter publicas res & communes in summa illa rerum diuisione, de qua in *l. 1. supr. de rer. diuis.* Iunge *l. iudicem 21. supr. Commun. diuid.*

b *Hæc ita accipienda sunt.* RAT. DVB. Si conuenerit, vt à societate liceat quandocunque recedere, videtur pactum hoc, aut superuacuum, aut iniquum. Superuacuum, quatenus conuenit vt liceat à societate recedere: iniquum verò quatenus conuenit, vt etiam intempestiuè renunciare liceat, cùm id sit aduersus bonam fidem *l. si conuenerit 14. l. sed & socius 17. §. vlt. supr. hoc tit.* Ergo non debuit Paulus hanc exceptionem subiungere.

DEC. Pactum de recedendo à societate etiam intempestiuè, neque superuacuum est, neque iniquum. Non superuacuum, quia si pactum nullum intercederet, vtique non liceret intempestiuè renunciare impunè *d. l. sed & socius §. vlt.* Non iniquũ, quoniam nihil æquius est quàm pacta seruari, quę in cõtrahendo placuerunt *l. 1. supr. de pact. l. 1. sup. de pecun. const.* & bona fides cõuentionis fidẽ seruari semper exposcit *l. venditor 13. supr. Comm. præd.* quia conuentiones dant legem contractibus *l. 1. §. si conuenit supr. depos.* Aliud ergo est in pacto de non recedendo à societate, quod semper, aut superuacuum est, si conuenerit, vt intempestiuè renunciari non possit *d. l. sed & socius §. vlt.* aut iniquum si conuenerit, vt nec tempestiuè & ex iusta quantumlibet causa renunciari possit *d. l. si conuenerit.* Et ita benè Accursius post Azonem.

6 ¶ Item qui societatem in tempus coit: eam ante tempus renunciando, socium à se, non se à socio liberat. Itaque si quid compendij posteà factum erit, eius partem non feret. at si dispendium, æquè præstabit portionem, nisi renunciatio ex necessitate quadam facta sit. quod si tempus finitum est, liberum est recedere: quia sine dolo malo id fiat.

Ad §. 6. Item qui societatem.

RAT. DVB. & DEC. ad hunc §. eadem est, quæ ad §. *diximus sup.* Nihil enim distat inter societatem perpetuam, id est, tandiu duraturam quandiu omnes socij viuunt, & temporalem, quæ certo tempore concluditur, quandiu tempus illud societati præstitutum finitum non est. Ergo quemadmodũ si societati in perpetuum contractæ vnus ex sociis intempestiuè ac sine necessitate renunciauerit, socios quidem à se liberat, sed non se à sociis, ita & in societate ad tempus contracta euenit, vt socius ante tempus eam renunciando, socium quidem à se, sed non se à socio liberet. Ex quo fieri necesse est quod sequitur in hoc §. vt si quid compendij & lucri post huiusmodi renunciationem factum sit à socio, cui renunciatum est, eius partem ferre nullam debeat is, qui renunciauit. Si verò dispendium & damnum aliquod societati acciderit, æquè id præstare debeat renuncians, ac si renunciasset, nisi proponas factam esse ex necessitate renunciationem. Necessitas enim semper excusat, saltem à dolo & à culpa, vt puta si socius rixosus & damnosus sit, vt in *d. l. si conuenerit §. vlt. & l. seq. supr.* vel si socius matrimonium contraxerit, vt in *l. ede 3. Codice de locat.* aut si patrem amiserit, quemadmodum & interpretes nostri notant ex *l. 2. Cod. de repud.* Planè quod in hoc §. Paulus subiicit, si tempus societatis finitum sit, liberum esse vnicuique ex sociis ab ea recedere, nullam dubitationem recipere potest, non solùm, quia sine dolo malo id fiat, vt lex ait. (nullus enim videtur dolo facere, qui iure suo vtitur *l. nullus 55. de regul. iur.*) sed etiam quod verba contractus ita faciant, quæ sufficeret non repugnare *argum. l. talem institutionem 51. in fin. infr. de hered. instit.* Nec ad rem facit quod tempus non sit modus tollendæ obligationis *l. obligationum ferè 44. §. placet de oblig. & action.* Non enim ob id minus est modus soluendæ societatis, cùm societas ad tempus contrahi possit *l. 1. supr.*

7 ¶ Renunciare societati etiam per alios possumus, & ideò dictum est, per procuratorem quoque posse renunciari societati. Sed vtrum de eo dictum sit, cui omnium bonorum administratio concessa est: an de eo, cui hoc ipsum nominatim mandatum est, videamus: an verò per vtrunque rectè renuntietur. quod est verius: nisi prohibuerit eum dominus specialiter renunciare.

BIU Cujas

Ad §. Renunciare 7.

RAT. DVB. Multa sunt, quæ per procuratorem generalem fieri non possunt, sed quæ speciale mandatum exigunt, vt in *l. Pomponius 40. in princip. l. mandato generali 60. supr. de procurat. l. illud 25. §. si talis de minor.* In quo numero videbatur esse renunciatio societatis, cùm societas fraternitatis ius quoddam habeat *l. verum est 63. in princip. supr.* non sit autem alij permittendum facere, vt frater mihi esse desinat ignoranti quem semel fratrem habere volui, vt quemadmodum iura sanguinis nullomodo dirimi possunt *§. vltim. institut. de legit. agnat. tutel.* Ita neque quasi iura sanguinis tam facilè dirimantur.

DEC. Nihil interest, an per se quis, an per alium aliquid faciat, & voluntatem suam declaret *l. si quis id quod 7. §. vlt. supr. de iurisd. l. 1. §. 1. supr. titul. prox. l. ita autem 5. §. quòd si quis tutelam infr. de admin. tutor.* Ergo quemadmodum per procuratorem generalem & per nuncium societas contrahi potest *l. 2. de oblig. & action.* Ita & per procuratorem dissolui eam posse dicendum est ex regula *l. nihil tam naturale 35. de regul. iur. l. prout 80. de solut.* Adeò dissensu solo soluitur societas *§. diximus supr.* Sibique debet imputare is, qui procuratorem generalem constituit post initam societatem, cur procuratori non prohibuerit, ne societati renunciaret, vt scriptum est in fine huius §. Procurator enim generalis, & præsertim cui libera rerum omnium administratio permissa est, omnia potest facere, quæ dominus posset, iis tantùm exceptis, de quibus nominatim iure cautum est, vt speciale mandatum exigant *l. procurator cui 58. cum duab. seqq. supr. de procurat.* Inter quæ non est renunciatio societatis. Ideò fortasse quod nuda voluntate contenta sit, nec solemnitatem vllam exigat. Possitque interesse etiam ex iusta causa illius cuius procurator renunciat, vt quamprimum renunciatio fiat, non expectato speciali mandato domini, fortasse absentis in longinqua prouincia, vel peregrinantis. Melius igitur est intacta domini absentis iura seruare quàm post vulneratam causam remedium quærere, vt in *l. vlt. C. in quibus caus. non est necess. in integr. restit.* Placet tamen quod notat hîc Bartolus, non aliter procuratori quantumlibet generali permittendum esse, vt societati renunciet, quàm si iusta renunciandi causa interueniat ex *l. si hominem 30. supr. tit. proxim.* Idem Bartolus docet, etiam protestationem fieri posse per procuratorem generalem, etiam citra mandatum speciale, quod similiter intellige, si iustam habeat causam protestandi, vt eius cuius procurator est, iura conseruet, quæ alioqui læderentur. Et sanè cui licet quod plus est, non debet id, quod minus est, non licere, vt habet iuris regula. Longè autem plus est societati renunciare quàm protestari.

8 ¶ Item scriptum est, posse procuratori quoque meo socium meum renuntiare. quod Seruius apud Alfenum ita notat, esse in potestate domini, cùm procuratori eius renunciatum est, an velit, ratam habere renunciationem. igitur is, cuius procuratori renuntiatum est, liberatus esse videbitur. an autem ipse quoq;, qui renunciauit procuratori, liberetur: in potestate eius erit, quemadmodum diximus in eo, qui socio renunciat.

Ad §. 8. Item scriptum est.

RAT. DVB. Procurator cui renunciatur societas, non ideò renunciationem admittit. Nam si eam admitteret, hoc ipso renunciare quoque ipse ex parte sua videretur. Ergo superuacuum & inutile est dicere, Societatem etiam procuratori generali renunciari posse. Loquor autem de procuratore generali, quia de speciali nihil est, quod hoc casu tractari possit, in quo differt hic casus à superiore qui est de procuratore renunciante.

DEC. Ideò nimirum benè Seruius apud Alfenum notauit: Post factam procuratori renunciationem esse in potestate domini, cùm procuratori eius renunciatum est, an velit ratam habere renunciationem, vt si ratam eam habeat, exinde ex quo facta est renunciatio, societas dissoluta intelligatur, si verò ratam eam non habeat, liberatus quidem nihilominus sit à socio, qui procuratori renunciauit, socius autem qui renunciauit, perinde maneat obligatus, ac si non renunciasset. Nisi ponas factam esse renunciationem post finitum tempus quod societati præscriptum fuerat, vt Accursius notat ex *§. item, qui societatem 6. supr.* Sic neque aliàs denunciatio facta procuratori quicquam prodest quousque certioratus sit dominus, adeò vt non sufficiat quod certiorari potuerit *l. item veniunt 20. §. petitam supr. de hered. petit. l. 2. §. vlt. infr. de diuort. l. sed & socius 17. §. si absenti suprà l. si duo 51. infrà de admin. tutor. l. si hominem 30. suprà titul. proximum.*

9 ¶ Morte vnius societas dissoluitur, etsi consensu omnium coita sit, plures verò supersint: nisi in coeunda societate aliter conuenerint. nec heres socij succedit. [a] sed quod ex re communi postea quæsitum est: item vt dolus, & culpa in eo, quod ex antegesto pendet: tam ab herede, quàm heredi præstandum est.

Ad §. 9. Morte.

RAT. DVBIT. & DECID. ad hunc §. eadem est, quæ ad *l. nemo potest 35. l. heres socij 40. l. adeò 59. supr. hoc tit. l. furt. 6. §. penult. supr. de his qui notant. infam.* In quibus omnibus locis eadem sententia proponitur, Morte vnius ex sociis dissolui societatem, hoc etiam addito, vt neque per

BIU Cujas

per expressam conuentione fieri possit, vt heres in societatis ius succedat, nisi in societate vectigalium, cæterorumq; publicorũ. Hîc verò additur idem esse, licet vnus tantùm ex sociis mortuus sit, & plures adhuc supersint ex iis, quorum omnium consensu coita fuerat societas. Qui casus paulò maiorem videbatur habere dubitationem. Quasi nihil prohiberet subducta vnius ex sociis persona, societatẽ nihilominus inter omnes superstites subsistere. Quod non similiter dici potest societate inter duos tantùm contracta. Vno enim mortuo alter, qui solus supereſt, nullam societatem retinere potest, nisi fortè cum defuncti herede, in quem tamen ius societatis non trãsire iam diximus. Nescio autem cur Iacobus Cuiacius *lib.10. Obseruat. cap.26.* malit hunc locum sic legere, *Morte vnius socij, societas omnium dissoluitur, etsi plurium consensu coita sit, plures verò supersint.* Idem enim vulgaris lectionis, qui huius emendationis sensus est: nec quod scribitur, in *§. soluitur instit. hoc tit.* huic emendationi quicquã fauet. Ergo quod sequitur *Nisi in coeunda societate aliter conuenerit*, non sic accipi debet, vt valeat pactio Si conuenerit, vt in socij heredem societas transeat, contra quam scriptum est in *d.l. adeò 59. supr.* sed vt conuentio valeat si in coeunda inter plures societate conuenerit, vt mortuo vno ex sociis nihilominus societas duret inter superstites: nihil enim est quod huic conuentioni obstet, dum ne heres succedat.

a *Sed quod ex re communi.* RAT. DVB. Societas finitur morte, ita vt neque expressa conuentione transire in heredem possit, vt proximè diximus. Ergo quod ex re communi posteà quæsitum est neque ab herede, neque heredi præstandum est. Quanam enim actione præstaretur, nisi Pro socio? Atqui actio Pro socio non habet locum, nisi societas intercedat *l. vt sit 31. supr.*

DEC. Societatem quidem aliquam esse, aut fuisse necesse est, vt sit Pro socio actio. Sed si quando fuerit, durat etiam inter heredem defuncti socij & superstites socios: de eo scilicet quod pendet ex antegesto, vt Paulus hîc loquitur, id est, ex eo quod factum est manente societate, non ex negotiis finita iam societate inchoatis, vt in *l. Titium 47. §. altero infr. de admin. tutor.* Quod nos vt fusiùs explicauimus ad *d.l. adeò, & ad l. verũ est 63. §. in heredem supr. & ad §. si in rem certam* huius legis. Idem est si quid dolo malo, vel culpa heredis, aut sociorum factum sit circa id scilicet, quod ex antegesto pendet. Nam & heres socij bonam fidem præstare debet in iis omnibus, de quibus ex persona defuncti tenetur, quemadmodum & vicissim socij eius, qui defunctus est bonam fidẽ ei præstare debent, non minus quàm si inter eos societas duraret *l. nemo potest 35. & seq. l. heres socij 40. supr.* Itaque morte vnius ex sociis finitur quidem societas: sed non obligatio societatis, neque actio Pro socio, vt hîc Bartolus notat, exemplo eius quod de mandati actione similiter scriptum est in *l. inter causas 26. in princip. l. si precedente 58. supr. tit. prox.*

10 ¶ Item si alicuius rei societas, [a] quod si, integris omnibus manentibus alter decesserit, deinde tunc sequatur res, de qua societatem coierunt: tunc eadem distinctione vtemur, qua in mandato: vt si quidem ignota fuerit mors alterius, valeat societas. si nota, non valeat.

Ad §. 10. Item si alicuius.

Alius hîc proponitur modus soluendæ societatis, qui nullam penitus dubitandi rationem admittit. Scilicet cùm certæ tantùm rei societas contracta est, vt in *l. societates 5. supr. hoc tit. & §. si in rem certam 2.* hac lege, & finis negotio fuit impositus. Quænam enim societas supereſſe posset, aut ad quid, finito iam negotio? Sic dicimus extingui societatem, extinctáve de qua societas cõtracta fuerat *l. si id quod 58. in princ. supr.* Sic quoque condictionem sine causa competere, non solùm si quid datum aut promissum sit sine causa, sed etiam si causa propter quam datum vel promissum fuerat, finita sit *l. 1. §. siue ab initio supr. de condict. sine caus.* Et verò cùm non possit societas sine aliqua re subsistere non magis quàm emptio, aut alius contractus quilibet *d.l. si id quod, & l. nec emptio 8. infr. titul. prox.* fieri non potest, vt non dissoluatur societas finito negotio. Finitum enim negotium nihil amplius est.

a *Quod si integris omnibus manentibus.* Redit Paulus ad id quod dixerat in §. præcedente, Morte vnius ex sociis dissolui societatem, & nouum casum proponi, quo contigerit mori vnum ex sociis, deinde negotium geri ab aliis antequam mortem socij rescirent: & quidem omnibus integris manentibus, id est, non modo ante finitum negotium, de quo contracta societas fuerat, sed etiam ante illud inchoatum. Alioqui constat ea quæ per defunctum inchoata sunt, per heredem explicari & finiri debere *l. heres socij 40. supr.* Et respondet Paulus adhibendam esse hoc casu distinctionem, quæ in mandato adhiberi solet, vt scilicet si defuncti socij mors aliis ignota fuerit, valeat societas, id est, id quod gestum fuit iure societatis, si verò nota fuerit & cognita, non valeat. Sic enim & in mandato distinguere solemus *l. inter causas 26. in princip. & l. seq. §. morte supr. tit. prox.* vbi diximus. Eædem igitur dubitandi & decidendi rationes ad hunc versiculum adferendæ sunt, quas attulimus add. *l. inter causas, vers. Si tamen per ignorantiam.* Exẽplum autem huius versiculi factum, & accommodatum adfert Accursius, si fortè vnus ex duobus sociis ad nondinas profectus merces ibi emerit, ignorans mortuum socium quem in ciuitate viuum reliquerat.

11 ¶ Societas quemadmodum ad heredes socij non transit, ita nec ad adrogatorem, ne alioquin inuitus quis, socius efficiatur, cui non vult. [a] Ipse autem adrogatus socius permenet. nam, etsi filius familias emancipatus fuerit, permanebit socius.

BIU Cujas

Ad §.11.Societas.

RAT. DVB. Cùm paterfamilias sese dat adrogandum, omnes res eius corporales & incorporales quæque ipsi debitæ sunt, acquirebantur olim Pauli temporibus adrogatori, exceptis tantùm iis, quæ per capitis diminutionem peribant quales erant operarum obligationes, & ius agnationis, vt Iustinianus refert *Inst.tit.de acquisit.per adrog.§.1.* Cũ suo enim capite transferebat bona sua omnia in familiam adrogatoris, quemadmodũ Papinianus loquitur in *l.qui ex liberis* 11.*§.testamento infr.de bonor. poss.secund. tabul.* Ergo & societatis ius transire debet in adrogatorem. Cùm non sit hæc obligatio ex earum numero, quæ per capitis diminutionem minimam pereunt, quia est ex bono & æquo, vt in fine huius §.scriptũ est, *iunct.l.eas obligationes* 8.*supr.de capit.minut.* DEC. Nemo inuitus debet fieri socius, cui non vult. Nam qui societatem contrahit, certã personam eligit & certæ personæ industriam, §.*soluitur Inst.hoc tit.* Atqui alia persona est adrogati, alia verò adrogatoris, & alia quoque industria. Ergo fieri nequit citra iniuriam, vt qui adrogatum sociũ habere voluit, inuitus habeat adrogatorem: nec vt societas transeat in adrogatorem potiùs quàm in heredem de quo diximus in §. *morte supr.* Bona enim ratio est, inquit Accursius, & bona comparatio heredis & adrogatoris, cũ vterque sit æquè successor vniuersalis *d.tit.Instit.de acquisit.per adrogat.in princ.* Proinde non alia melior ratio quærenda est, cur societas non transeat in heredem, quàm quæ hîc adfertur, quare non transeat in adrogatorem: nempe, ne alioqui inuitus quis socius efficiatur ei cui non vult. Nam quod quidam pro ratione adferunt ex Ioanne Fabro, quod societas sit odiosa tãquam quæ discordias pariat, vt de communione dici solet, *l.cùm pater* 77.*§.dulcissimis de legat.2.l.in re communi* 26.*supr.Vrban.prad.* probari meo iudicio non potest. Aliud enim longè iuris est in ea communione, quę fit reipsa nullo tractatu habito, quod euenit inter coheredes & legatarios. Aliud verò in societate, quæ fit tractatu habito & per electionem, & quæ idcirco ius fraternitatis inducere dicitur in *l.verum est* 63.*supr.* Nec illud rursus verum est, quod addunt: Ideò non transire societatem in heredem, quod alioquin auferret socio liberam testandi facultatem ex *l.cùm duobus* 52.*§.idem respondit societatem supr.* Id enim ad eum casum pertinet, quo certi heredis persona in coeunda societate designata esset. Nam si generaliter cõueniret, quomodo conuenire potest in societatibus vectigalium, vt transiret societas in heredem, quisquis ille futurus esset, non idcirco libera testãdi facultas tolleretur, vt nemo non videt. Alioqui nec in societate vectigalium talis conuentio valeret, quæ tamen haud dubiè valet *l.adeò* 59.*l.verum est* 63.*§.in heredẽ* 8.*supr.*

a *Ipse autem adrogatus socius permanet.* RAT. DVB. Egestas, vnus est ex modis soluendæ societatis *l.* 4. §.1.*sup.iunct.*§.huius legis. Atqui non maior egestas esse potest quã illius, qui ex patrefamilias fit filiusf. per adrogationẽ, cũ nulla bona in ciuitate habeat *l. lex Cornelia* 28.*ad fin.inf.de vulg.& pupil.substit.l.1.infr.si quis à parent.manum.sit.* Ergo non potest socius manere is, qui adrogandum se dedit, non magis, quã qui per deportationem passus est omnium bonorũ suorum publicationem, de quo in §.*seq.* vbi additur, quod magis est, pro mortuo haberi eum in cuius locum alius successit. Quidni enim & pro mortuo habemus adrogatum, in cuius locum adrogator successerit?

DEC. Etiam filiusfamilias societatem potest contrahere, adeoq; inuito etiam patre *l.si id quod* 58.§.*si filiusfamilias supr.* hactenus scilicet, vt inuitum patrem obliget de peculio *l.si quis seruum* 29.§.1.*sup. de pecul.* Ergo cùm paterfamilias socius dando se adrogandum effectus est filiusfamilias, non possis dicere rem ad eum casum peruenisse à quo incipere non potuerit. Nihil ergo prohibet quominus societas duret, quæ cõtracta fuerat ante adrogationem. Et valdè dispar ratio est deportati, qui nõ solùm nudus exulat, vt loquitur *l.tutelas* 7.§.*vlt.supr. de capit.minut.* sed neque agere, neque conueniri ciuilibus actionibus potest, cùm sit incapax eorum omnium, quæ sunt iuris ciuilis, nec retineat, nisi ea quæ sunt iuris gentium *l.deportatus* 15.*infr.de interd. & releg.* Noli ergo cum Accursio dicere, non posse illum societatem contrahere. Quidni enim sicut emere, vendere, locare, conducere, permutare, fœnori dare, & alia his similia? de quibus in *d.l.deportatus.* Sunt enim omnia hæc, vt & reliqui cõtractus ferè omnes ex iure gentium *l.ex hoc iure* 5.*de iustit.& iur.* Illud sanè non illibenter admitterem, Permittendum esse socio adrogati, vt si velit, renunciet societati, quantumuis intempestiuè, dum ne dolo malo, idque impunè, quia mutatio status, quæ in adrogati persona contingit, iustam videtur præbere causam renunciãdæ societatis socio, qui non æquè cum filio familias societatem fuerat initurus. In omnibus enim contractibus & conuentionibus ferè subintelligitur vulgaris illa clausula, *Rebus sic stãtibus l.cùm quis* 38.*in princ.l.si cùm Cornelius* 82.*infr.de solut.l.si hominem* 30.*supr.tit.prox.* quamuis possit etiam in societate permanere si velit *l.sed si alia* 5.§.1.*inf.de bon.damnat.l.1.C.de repud.* Non idem est cùm filiusfamilias socius postea fuit emancipatus. Fit enim melior condicio eius, qui emancipatur, cùm ex filiofamilias fiat paterfamilias: deterior autem illius, qui adrogatur, cùm ex patrefamilias filiusfamilias fiat. Itaque non sicut adrogatio, ita & emancipatio superueniens iustam causam præbet renunciandę societatis, licet capitis diminutionem & status mutationem inducat. Tanto igitur magis verum est socium filiumfamilias, si emancipatus fuerit, socium permanere *d.l.si id quod* 58.§.*si filiusfamilias supr.*

12 ¶ Publicatione quoque distrahi societatem diximus, quod videtur spectare ad vniuersorum bonorum publicationem, si socij bona publicentur. nam, cùm in eius locum alius succedat, pro mortuo habetur.

Ad §.12.Publicatione.

RAT. DVB. Deportatus licet amittat ciuitatem, & ea omnia quæ sunt iuris ciuilis, adhuc tamen viuit, & libertatem retinet, ac cum libertate omnia illa quæ sunt iuris gentium *l.deportatus* 15.*infr.de interd.& releg.l.sunt quidam* 17.§.1.*infr.de pœn.* adeoque restitui in ciuitatem potest *l.intercidit* 59.*de cond.& demõst.l.1.& vlt.C.de sent.pass.& restit.* Ergo nõ potest haberi

haberi deportatus pro mortuo *l. sed si alia 5. §. 1. inf. de bon. dam. l. ex ea parte 121. §. in insulâ de verb. obli. l. 1. C. de repud. l. cùm pater 77. §. hereditatem 4. de legat. 2.* Nec proinde causa vlla est propter quam huiusmodi publicatione dissolui debeat societas, non magis quàm adrogatio filiifamilias, qui æquè per adrogationem omnia bona sua amittit, de quo diximus in §. præcedente.

Dec. Morte socij finitur societas §. *morte supr.* Intereunt autem homines non tantùm morte naturali, sed etiam maxima vel media capitis diminutione *l. verum est 63. §. vlt. supr.* vbi scripsimus *l. 1. §. penult. de bonor. poss. contr. tabul. l. 4. §. si deportatus de bon. libert. l. quoties 14. in fin. de nouat. l. si debitori 47. de fideiuss.* Ergo deportatione quoque non minùs quàm morte naturali societatem finiri, & dissolui dicendum est §. *publicatione Instit. hoc tit.* Quid ergo si non ex causa deportationis, sed tantùm relegationis bona socij publicentur? Distinguendum erit, an vniuersorum bonorum socij publicatio facta sit, an partis tantùm. Priore casu finitur sola bonorum publicatione societas non propter capitis diminutionem, quæ nulla in relegatorum persona contingit, sed propter egestatem quæ sola per se modus est dissoluendæ societatis *l. 4. §. 1. supr. & §. 1.* huius legis. At posteriore casu non dissoluitur societas, quia nec egestas tanta est eius, qui partem aliquam bonorum suorum adhuc retinet, sed eius demùm qui amissis bonis suis omnibus nudus exulat *leg. tutelas 7. §. vlt. supr. de capit. minut.* Neque verò videri fiscus potest vniuersalis successor illius cuius bona non nisi pro parte publicata sunt.

13. ¶ Si post distractam societatem aliquid in rem communem impenderit socius, actione pro socio id non consequitur: quia non est verum, pro socio, communitérve id gestum esse, sed communi diuidundo iudicio huius quoque rei ratio habebitur. nam, etsi distracta esset societas, nihilominus diuisio rerum supereſt.

Ad §. 13. Si post distractam.

Rat. dvb. Impensa facta ab vno ex sociis in res communes etiam post distractam societatem, non nisi in consequentiam præcedentis societatis facta intelligitur, quippe quæ facta non fuisset, si societas nulla præcessisset. Ergo inspecto initio & primordio contractus quod semper inspiciendum est *l. si id quod 58. §. si filiusfamilias supr. leg. si procuratorem 8. in princ. supr. tit. prox.* non malè agi potest Pro socio ad huiusmodi impensam repetendã. Tritũ enim est, à primordio tituli posteriorẽ euentum formari *l. vnic. ad fin. C. de impo. lucr. descript.* præsertim cùm actio Pro socio ad personales actiones magis pertineat, quàm actio Communi diuidundo, quæ ad rerum diuisionem potissimùm comparata est *l. 1. supr. Commun. diuid.*

Dec. Actione Pro socio id demùm peti & repeti potest quod pro socio communitérve gestum esse probatur *l. vt sit 31. supr.* Atqui quod post distractam societatem gestum est, neque Pro socio gestum videri potest qui socius esse desiit, neque cõmuniter nomine societatis, quæ iam distracta est. Ergo actio Pro socio competere ex hac causa non potest, sed necessariò recurrẽdum est ad actionem Communi diuidundo, quæ subsidiaria est actioni Pro socio, & quæ tamdiu saltem locum habet quandiu res communes sunt & indiuisæ. Atqui communio rerum manet etiam post distractam societatem quousque diuisæ sint. Ergo & iudicium Communi diuidundo durat ad impensas omnes repetendas, quæ in res communes vtiliter factæ sint, quamuis post distractam societatem. Adeò autem verum est iudicium directum, Communi diuidundo hoc casu competere, vt etiamsi post impensam factam res illæ communes extare desiissent adhuc tamen dicendum esset vtile dandum esse *l. in summa 11. supr. Commun. diuid.*

14 ¶ Si communis pecunia penes aliquem sociorum sit, & alicui sociorum quid absit: cum eo solo agendum, penes quem ea pecunia sit, qua deducta, de reliquo, quod cuique debeatur, omnes agere possunt.

Ad §. 14. Si communis.

Rat. dvb. Actio Pro socio personalis est, & in ea par sociorum omnium causa, & condicio esse debet, vt sæpius diximus. Ergo si quid absit vni ex sociis, propter quod actionem Pro socio ei dari æquum sit, contra omnes agendum est vt à singulis partem consequatur. Societas enim illa est quæ eos obligat. Ergo singulos pro iis portionibus ex quibus socij sunt. Quomodo licèt in dissimili specie argumentatur idem Paulus noster in *l. siue à certa 17. infr. de duob. reis.*

Dec. Damnum quod vni ex sociis datum est, non tam à sociis quàm ex pecunia societatis sarciendum est, aut si quid alia quàm ex damni causa ei absit, puta si pecuniam mutuam acceperit quæ in communem arcam versa sit, vt in *l. iure societatis 82. infr. hoc tit.* Societas enim ipsa est quæ debet, & arca communis quæ inter socios fictæ cuiusdam personæ vicem obtinet. Nostri vocant *la quaisse* cuius se illi & debitores & creditores subscribunt. Vnde igitur melius solutio peti potest quàm ex pecunia ipsa & arca communi? Proinde in eum necessariò dirigenda actio est qui pecuniam illam, & arcam communem penes se habet. Quamuis actio Pro socio non contra societatem, sed contra socium ipsum dirigatur. Sic dicimus, si plures sint heredes vnius argentarij qui rationes edere debuit, illum solum edere compellendum qui eas habeat *l. si quis ex argentariis 6. §. 1. supr. de edend.* & pluribus commodatarij heredibus eum solum conueniendum qui totius rei restituendæ facultatem habeat *l. 3. §. heres supr. Commod.* Igitur deducta pecunia quę debetur socio agenti, eáque soluta ex cumulo &

BIU Cujas

massa pecunię communis, de reliquo quod supererit, omnes cæteri agere poterunt, vt singuli partem suam ferant in diuisione societatis *leg. 3. supr. Commun. diuid.*

15 ¶ Nonnunquam necessarium est, & manente societate, agi pro socio: veluti cùm societas, vectigalium causa, coita est, proptérque varios contractus neutri expedit recedere à societate: nec refertur in medium, quod vectigalium ad alterum peruenerit.

Ad §. 15. Nonnunquam.

RAT. DVB. Actione Pro socio distrahitur societas *l. verum est 63. §. vlt. supr.* & in principio huius legis. Ergo fieri non potest vt manente societate competat & detur actio Pro socio.

DEC. Actio Pro socio competit & dari potest ad diuersos fines. Aliquando ad hoc, vt mutetur causa societatis per nouationem, quod fit vel per stipulationem nouandi animo interpositam, vel accipiendo iudicium per litis contestationem vt diximus ad initium huius legis. Aliquando ad hoc vt distrahatur societas. Quod cùm accidit, hoc ipso quod iudicium dictatum est ad distrahendam societatem distracta societas intelligitur. Aliquando denique ad hoc, vt quod vnus ex sociis proprio suo nomine quæsiuit, conferat in commune vt in hoc §. *& in l. si quis societatem. 74. infr. hoc tit.* Et hoc postremo casu nemo dixerit huiusmodi actione distrahi societatem ad cuius confirmationem potiùs & corroborationem actio instituitur. Itaque nolim dicere cum Accursio specialem esse decisionem huius §. nec habere locum nisi in societatibus vectigalium. Ratione illa specialitatis, quod qui maximos fructus ex vectigalibus perceperunt, retineri olim solerent in conductione: si tanta mercede alij vectigalia locari non possent *l. cotem 11. §. vlt. infr. de publican. & vectigal.* Nam præter id quod abrogatus tandem mos ille fuit rescripto Imperatoris Hadriani tanquam inhumanus & fisco damnosus vt constat ex *l. 3. §. cùm quinquennium infr. de iur. fisc.* Sententia huius §. haud dubiè generalis est, Vt vbicunque in qualibet societate expedit agi Pro socio ea manente, actio hæc permittenda sit, quæ alia & rectior Accursij interpretatio est. Semper autem expedit agi manente societate, quoties agitur ad communicandum lucrum quod sibi quis ex sociis proprio suo nomine quæsiuerit. Idcirco autem Paulus noster exemplum hîc posuit de societate vectigalium, quòd in ea non tam facilè soleant recedere socij à societate propter varios contractus quos illi coguntur inire pro diuersitate stationum in quibus vectigalia exiguntur, vt in *l. locatio 9. §. socij vectigalium infr. de publican. & vectig.* Cæterùm etiam in priuatis societatibus si vnus ex sociis in medium non conferat id, quod societatis iure conferre, & communicare cogitur, generaliter dicendum est agi de ea re communicanda posse etiam manente societate vt in *d. l. si quis societatem 74 infr.*

16 ¶ Si vnus ex sociis maritus sit: & distrahatur societas manente matrimonio: dotem maritus præcipere debet: quia apud eum esse debet, qui onera sustinet, quod si, iam dissoluto matrimonio, societas distrahatur: eadem die recipienda est dos, qua & solui debet.

Ad §. vlt. Si vnus ex sociis.

RAT. DVB. Cùm societas contrahitur, tam lucri quàm damni communio initur, vt scriptum est in *l. si vnus 67. in fine principij infr. l. si non fuerint 29. §. vlt. supr.* & par omnium sociorum causa esse debet. Ergo etiam dos vni ex sociis data inter omnes socios, & communicari debet constante matrimonio, & eo soluto diuidi.

DEC. Ibi dos esse debet vbi sunt onera matrimonij, id est, apud eum, qui onera matrimonij sustinet *l. si is qui 56. §. ibi dos infr. de iur. dot. l. si filia 20. §. hoc amplius supr. Famil. ercisc. l. 2. C. eod. tit.* Atqui ille ex sociis qui maritus est, solus onera matrimonij sustinet. Nam & idcirco dos ei datur vt onera matrimonij sustineat *l. dotis fructum 7. de iur. dot. l. pro oneribus 20. C. eod.* Ergo apud eum dos esse debet etiam constante societate. Non enim onera omnia sociorum communicantur inter socios, quamuis vniuersorum bonorum de quibus solis hîc agimus: sed onera tantùm societatis, inter quę non est matrimonium. Quid igitur si dissoluto iam matrimonio societas distrahatur? Eadem die recipienda erit & præcipienda dos à socio marito, qua maritus eam soluere, & restituere mulieri aut mulieris heredibus tenetur, id est, annua, bima trima die, quomodo fiebat olim dotis pecuniariæ exactio *l. vnic. §. cùm autem vers. exactio autem dotis. C. de rei vxor. act.* Soluto enim matrimonio nulla ipsius onera supersunt nisi vt accepta dos restituatur *Tot. tit. solut. matr. infr. & C.* Et hæc huius §. ratio est. Interim igitur pendente dilatione cautiones interponi debebunt de dote suo tempore recipienda vt in *l. omne as alienum 27. supr. hoc tit. & l. prox. infr.*

66. GAIVS libro 10. ad Edictum Prouinciale.

QVod si eo tẽpore, quo diuiditur societas, in ea causa dos sit, vt certũ sit, eam, vel partem eius reddi non oportere: diuidere eã inter socios iudex debet.

Ad l. Quod si eo tempore 66.

RAT. DVBIT. Maritus fit dominus dotis per traditionem cùm ei dos datur & traditur, quia dotis titulus sit habilis ad transferendum dominium, siquidem

siquidem dotis causa perpetua est non temporalis, licet matrimonium ipsum sit temporale, nec datur marito nisi ex eo voto vt perpetuo apud eum sit *l.1. l.quamuis 75.infr.de iur.dot.& Tit.Instit.Quib.alien.licet vel non in princip.l.dote 9. C.de rei vindic.* Ergo etiamsi eo tempore quo diuiditur societas, in ea causa sit dos, vt certum sit eam vel partem eius reddi non oportere, non ideo tamen diuidi inter socios debet. Quamuis enim per societatem vniuersorum bonorum fiant omnia bona communia quasi tacita traditione interueniente *l.1. & 2. supr.* cùm tamen dissoluitur societas, vnusquisque ex sociis bona sua recipit quæ contulerat in societatem, ne alienatio quæ fit per societatem alioqui duret vltrà quàm ipsa societas.

DEC. Separanda est acquisitio dotis à lucro dotis. Dos acquiritur marito per traditionem, sed cum illo onere vt restitui eam oporteat, si quando restitutionis casum euenire contingat. Sed non lucratur maritus dotem nisi certis casibus & ex certis causis, puta ex pacto non existentium liberorũ. Liberis enim superstitibus retinebat olim maritus dotem totam si quinque pluréve erant liberi, cùm in singulos liberos quintas retinere posset in infinitum: pro liberis verò præmortuis in singulos sextas vsque ad dimidiam partem dotis, quemadmodum Vlpianus in *tit.de dotibus* scribit. Atqui societas omnia lucra & damna inter socios communicat, & quidem irreuocabiliter *l.prox. in fine principij infr.* Ergo etiam dos, quam vnus ex sociis lucratus est, cæteris sociis communicari debet. Idem est etsi maritus dotem lucratus sit ob adulterium vxoris, aut ex qua alia causa *leg.2. infr.de pact. dotal. Authent. sed & si quis Cod. de secund. nupt.* Sic dicimus bonæ fidei possessorem suos quidem fructus facere sola perceptione *leg.bonæ fidei 48.infr. de acquir.rer.domin. l.si fructuarius messem 13.supr. Quib. mod.vsusfr. amit.* sed tamen non lucrari eos nisi vel consumpserit illos vel vsuceperit *l.4.§.post litem sup. Fin.regund.l.4 §.lana infr.de vsucap.*

67. PAVLVS libro 32. ad Edictum.

SI vnus ex sociis rem communem vendiderit consensu sociorum: pretium diuidi debet ita, vt ei caueatur, indemnem eum futurum. quod si iam damnum passus est, hoc ei præstabitur:[a] sed si pretium communicatum sit sine cautione: & aliquid præstiterit is, qui vendidit: an, si non omnes socij soluendo sint, quod à quibusdam seruari non potest, à cæteris debeat ferre? sed Proculus putat, hoc ad ceterorum onus pertinere, quod ab aliquibus seruari non potest, rationéque id defendi posse: quoniam cùm societas contrahitur, tam lucri, quàm damni communio initur.

Ad l.Si vnus 67.

RAT. DVB. Socius qui rem communem quamuis consensu sociorum vendidit, solus tenetur de euictione & ad rem tradendam & ad cętera omnia quæ venditor emptori præstare actione ex empto debet. Nulla enim actio contra socios competere potest, qui non vendiderunt, cùm aliud longè sit vendere, aliud venditioni consentire *l. aliud est vendere 160.de regul.iur.* Nec rursus diuidi inter socios debent nisi quæ sunt inter eos communia. Diuisio enim quælibet præsupponit communionem *l.1.& tot.tit.supr.Commun.diuid.* Atqui penes eum debent esse commoda penes quem sunt incommoda & onera *l.secundum naturam 10. de regul.iur.* Et rursus, Precium quod ex rei communis venditione redigitur, non est commune, quia non ex re ipsa, sed ex negotiatione percipitur *l.venditor 21.infr.de hered.vel act.vendit.* Ergo precium ex rei communis venditione redactum diuidi inter socios non debet. Non solùm si sociis ignorantibus alius vendiderit. Quo casu certum est in actionem Pro socio non venire precium sed quanti ea res est, id est, quanti eorum interest venditam rem illam non fuisse, sed etiamsi venditioni consenserint, præsertim cùm nec si velint, trãsferre in se possint actionem ex empto, quæ emptori contra solum venditorem competit, nisi emptor quoque consentiat, quippe qui debitorem mutare inuitus non cogitur *leg.1. Cod. de nouat. & delegat.*

DEC. In iudicium & actionem Pro socio veniunt omnia quæ ab vno ex sociis in causam societatis facta sunt aut fieri debuerunt, quomodo de actione Communi diuidundo scribit idem Paulus noster in *l.in hoc iudicium 14.in princip.supr.Comm. diuid.* Ergo quod vnus ex sociis vendidit de bonis communibus ab eo præstari sociis debet, aut iure eius quod sociorum interest, si socij non consenserint venditioni, aut ad finem precij si cæteri consensum venditioni præbuerint. Perinde enim habendi sunt qui venditioni à socio factæ consenserunt, acsi ipsi vendidissent *l. quidam 12. infr. de euict.* hactenus saltem vt petere non possint quanti eorum interest venditionem factam non fuisse *l.nihil proponi 120.§.omnibus de legat.1.l.quoties 11. C. de fideic.* Tenetur autem socius qui precium vendidit, diuidere cum sociis precium non tanquam quod per se sit commune, sed tanquam communicandum in antecedens necessarium, vt possit diuidi *l. si quis societatem 74.infr.* Ideoque in sequentibus statim Paulus ita loquitur, *sed si precium communicatum sit.* Sed quia is solus qui vendidit, tenetur euictionem præstare, cæteraque omnia quæ in actionem ex empto veniunt, æquitas iudicij facit, & bonæ fidei ratio vt ei cauere debeant cæteri socij de eo aduersus emptorem defendendo. Atque ita in eum statum res deducitur vt sociorum omnium par condicio fiat, nec eorum quisquam ex aliena iactura locupletetur. Indemnitas enim ęqualiter vtrinque præstatur. Sequitur,

a *Sed si precium communicatum sit sinè cautione.* RAT. DVB. Nihil potest consequi socius à socio qui partis tantùm suæ precium percepit. Neque enim ex alieno quicquam possidet quod reddere debeat *l.si Titius 62. supr.* Ergo si socius qui rem

BIU Cujas

aliquam communem sociorum consensu vendidit, precium communicauerit sine cautione, & aliquid præstiterit quod à quibusdam ex sociis quia soluendo non sunt seruare non possit, non ideò concedendum ei est, vt à cæteris id quod deest, consequi & referre debeat.

DEC. Cum societas contrahitur, tam lucri quàm damni communio initur, id est, non minùs damni quàm lucri *l. si non fuerint* 29. §. *vlt. supr.* & pro iisdem partibus nisi aliud conuenerit §. *de illa vers. & adeò Instit. hoc tit.* Ergo sociorum qui soluendo non sunt, onus etiam ad cæteros qui soluendo sunt, pertinere debet, ne alioqui emergat illa iniquitas vt ex eadem societate alius plus alius minus consequatur *l. verum est* 63. §. *si cùm tres supr.* vbi diximus.

1. ¶ Si vnus ex sociis, qui non totorum bonorum socij erant, communem pecuniam fœnerauerit: vsuráque perceperit: ita demum vsuras partiri debet, si societatis nomine fœnerauerit, nam si suo nomine, quoniam sortis periculum ad eum pertinuerit, vsuras ipsum retinere oportet.

Ad §. 1. Si vnus.

RAT. DUB. Ex causa societatis par omnium sociorum condicio esse debet, ne plus vnus quàm alius ex societate consequatur, vt proximè diximus ex *l. verum est* 63. §. *si cùm tres supr. hoc tit.* Ergo si vnus ex sociis pecuniam communem fœnerauerit vsuráque perceperit, indistinctè dicendum est vsuras partiri, & in commune conferre eum debere: Id est, non adhibitis iis distinctionibus quas Paulus hic adhibet: An totorum bonorum socij sint, nécne, & an suo an societatis nomine pecuniam communem socius fœnerauerit. Alioqui eueniet vt ex pecunia communi lucrum sibi proprium captet. quod sane fuerit cõtra bonam fidem *l. idémque* 10. §. si mandauero procuratori meo *l. si mandatu* 59. §. 1. *supr. Tit. prox. l. qui proprio* 46. §. *procurator supr. de procurat.*

DEC. Sicut ij, qui totorum bonorum socij sunt, lucra omnia communicare inter se debent, ita cùm societas non totorum bonorum contracta est, sed certarum duntaxat rerum, aut certæ negotiationis, non aliud communicare socius cogitur, quàm lucrum quod ex causa & iure societatis percepit, non etiam quod suo nomine ac periculo. Non enim potest omne lucrum commune esse, vbi nec omne damnum commune est. Ex regula in huius legis principio posita, & in *l. secundum naturam* 10. *de reg. iur.* At qui cùm vnus ex sociis non vniuersorum bonorum pecuniam licet communem, suo tantùm non societatis nomine fœnerauit, periculi sui rem fecit, si fortè pecuniam crediderit ei qui soluendo non sit. Ergo si quas vsuras ex fœnore perceperit suo lucro retinere eas debet, vt & in specie *d. §. si mandauero.* Nec aliter eas partiri cogendus est, id est, cum cæteris sociis eas diuidere, quàm si iure societatis eas perceperit. Quod non aliter accidere potest, quàm si societatis nomine pecuniam fœnerauerit. Nec enim ob id solùm, quod pecunia fœnerata communis fuerit, fit nomen commune quod socius suo nomine contraxit *l. si quis societatem* 74. *infr.* quemadmodum nec fieret res communis quæ ab vno ex sociis proprio nomine ex communi pecunia emeretur, sed tantùm communicanda *d. l. si quis*, neque res furtiua, quæ ex pecunia furtiua compararetur *l. qui vas* 48. §. *vlt. infr. de furt.* neque dotalis, quæ ex pecunia dotali *l. ex pecunia* 12. *Cod. de iur. dot.* neque pignorata, quæ ex pignorata pecunia *l. idémque est* 7. *in fin. infr. Qui potior. in pignor. hab.* Proinde si vnus ex sociis qui non totorum bonorum socij erant, communem pecuniam fœnerauerit, vsuráque perceperit non societatis, sed suo nomine, vsuras eum retinere æquum est, quia & ipsius non societatis periculo nummi fuerunt, vt qui damnum solus sentire potuit, solus quoque sentiat lucrum. Placet tamen quod Accursius notat, debere illum societati vsuras etiam aliquas huius pecuniæ sed non quasi vsuras, nec proinde quantas ipse perceperit, sed quasi interesse vt in *l. socium* 60. *supr.* Quare nec eas vsuras præstabit quæ in regione frequentãtur, vt sentire videtur Accursius, sed quanti sua interesse socij probauerint, licet inopia probationum ea res ad exiguam summam deducatur, vt in *l. vlt. infr. de stipul. prætor.* Tum enim ad vsuras quæ legitimo modo in regione frequentantur, recurrimus, cùm vsuræ quasi vsuræ præstandæ sunt, nec nisi de earum modo dubitatur vt in *l. idémque* 10. §. *si procurator supr. tit. prox.* Cùm verò fœnus omne sit hodie illicitum, non putat Bartolus cogendum socium vllo casu id communicare. Nec malè ex *leg. quod autem* 53. *supr.* Quid ergo? Communicabuntur tantùm vsuræ quas socius iure eius quod interest, perceperit. Nec enim hæ prohibitæ sunt hodie ne quidem iure canonico.

2. ¶ Si quid vnus ex sociis necessariò de suo impenderit in communi negotio, iudicio societatis seruabit: & vsuras, si fortè mutuatus sub vsuris, dedit. sed & si suam pecuniam dedit: non sine causa dicetur, quod vsuras quoque percipere debeat, quas posset habere, si alij mutuum dedisset.

Ad §. 2. Si quid vnus.

Prima pars & sententia huius §. vix vllam recipit dubitationem. Quid enim æquius dici potest magisque ex bona fide quàm vt quod vnus ex sociis necessariò de suo impendit in communi negotio, idipsum iudicio societatis seruet. Itemque vsuras si quas fortè dederit, pecuniam scilicet mutuatus sub vsuris. Non enim potest non esse vtiliter impensum in causam societatis, quod necessariò impensum est: Cùm necessariæ impensæ eæ demùm dicantur, quæ si non fierent, res aut peritura, aut deterior futura esset *l. impensæ* 14. *de impens. in reb. dotal. fact. l. impensa* 79. *de verb. sign.* Neque tamen hæc adiectio vtiles impensas excludit, quia nec

possunt

BIU Cujas

possunt vtiles videri, nisi quas fieri expedierit, & interfuerit societatis. Qua adiectione excluduntur eæ, quæ longè meliorem fecerint rem communem si societati nimis onerosæ sint, vt in *leg. si seruos 25. supr. de pign. act.* In eo namque differunt vtiles à necessariis, quod necessariæ nunquam nimis onerosæ esse possunt: vtiles possunt. Sed quod in hoc §. subiicitur, si suam pecuniam vnus ex sociis dederit, & impenderit in rem communem, non sine causa dici posse, vsuras quoque percipere eum debere, quas posset habere, si alij mutuum dedisset, recipere potest dubitationem ex eo, quod nihil hoc casu videatur interesse socij supra sortē quam impēdit, nec probè videatur posse petere, & ex bona fide plus quàm impenderit, quia nec plus ei abesse videtur. Quod vnum in omnibus bonæ fidei iudiciis inspici maximè debet *l. inter causas 26. §. abesse supr. tit. prox.* Sed tamen decidendi ratio illa est, quod ex hac Pro socio actione præstandum sit actori quanti eius interest *l. actione 65. §. item si societatem supr.* In eo autem quod interest, non tantùm id cōtineatur quod actori abest, sed etiam id quod lucrari potuit *l. si commissa 13. infr. Rat. rem haber.* Potuit autem lucrari vsuras si eam ipsam pecuniam quam in rem communem impendit alij fortè mutuam dedisset nimirum sub vsuris. Hoc enim addendum necessariò est vt mutuum Paulus hic dixerit pro fœnore. Cùm alioqui mutuum gratuitum esse debeat, si specialiter sumatur. Sed fœnus mutui quoque generaliter sumpti species est.

3 ¶ Non alias socius in id, quod facere potest, condemnatur, quàm si confitetur se socium fuisse.

Ad §. vlt. Non alias.

RAT. DVB. Inficiatio per mendacium facta non mutat rei veritatem. Nam propter nostrum affirmare vel negare nihil mutatur in re, vt iactant philosophi. Ergo quamuis socius conuentus actione Pro socio neget se socium fuisse, non eo minus tamen gaudere debet priuilegio quod omnibus sociis etiam certæ rei datum est, vt non sint condemnādi supra id quod facere possunt, cùm reuera socius sit, & habeat ius illud fraternitatis, quod per societatē contrahitur, & cuius veneratione priuilegium illud sociis datum est *l. verum est 63. in princ. sup.*

DEC. Indignus est priuilegio quod non nisi sociis datur quisquis negat se socium, non modò in pœnam mendacij vt in *leg. vlt. supr. de rei vindic. Auth. item possessor. C. qui potior. in pigno. hab.* Sed etiam quia si ei crederetur, priuilegium nullum haberet tanquam qui socius non esset. Ergo æquum esset ex bona fide vt qui contra bonam fidem negauit se socium ne bonæ fidei iudicio condemnaretur, priuilegium amittat socij & in solidum condemnetur *l. sed hoc ita 22. §. 1. infr. de re iudic.* Sic & beneficium diuisionis amittit fideiussor qui negat se fideiussorem *l. si dubitet 10. §. 1. infr. de fideiuss.* Denique frustra legum auxilium implorat qui contra leges committit *l. auxilium 37. in fin. supr. de minor.* ne ludibrio leges esse videantur, inquit *Iustin. in l. vlt. §. pen. C. de bon. quæ liber.*

68. GAIVS libro 10. ad Edictum Prouinciale.

NEmo ex sociis plus parte sua potest alienare, etsi totorum bonorum socij sint.

Ad l. Nemo ex sociis 68.

RAT. DVB. In re communi nulla pars est quę tam sit mei socij, vt non sit etiam mea, quia partes non diuisione corporum, sed intellectu iuris consistunt *l. Mœuius 66. §. duorum de legat. 2. l. seruus communis 5. infr. de stipul. seruor.* Ergo nihil vetat vnum ex sociis plus parte sua adeoque totam rem alienare. Præsertim verò si totorum bonorum socij sint. Nam & rem omnino alienam vendi posse constat *l. rem alienam 28. infr. tit. prox.* Quanto magis rem communem?

DEC. Nemo alienare potest nisi qui sit dominus, aut cui permissum est alienare ex veri domini voluntate *Tit. Quib. alien. licet vel non, Instit.* Nec enim potest traditio plus iuris in alium transferre quam ipse habeat qui tradit *l. traditio 20. de acquir. rer. domin. l. nemo plus iuris 51. de reg. iur.* Si quidem cùm alienationem dicimus, eum actum intelligimus per quem dominium transferatur *l. 1. C. de fund. dotal. l. alienationis 28. de verb. sign.* Atqui vnus ex sociis non potest dici dominus rei communis nisi pro ea parte quam in re communi habet: Nec potest negare rem communem ita esse suam, vt tamen etiam sit alterius *l. illud 46. infr. de rit. nupt. l. 5. §. vlt. & l. 6. de legat. 1.* Ergo fieri nequit vt plus parte sua vnus ex sociis alienet *l. si socius 16. supr. de reb. credit.* Longeq; aliud est vendere, aliud verò alienare. Non enim quisquis vendit, alienat, sed is demùm qui rei venditæ dominus est, & quatenus dominus est *l. clauibus 74. infr. tit. prox.* Et cùm dicimus rei alienæ venditionem valere, non de dominio transferendo intelligimus, sed de contrahendis personalibus obligationibus & actionibus inter emptorem & venditorem *d. l. rem alienam*, vbi dicemus. Nec est quod quis dicat videri socium habere mādatum à sociis vt eorum quoque partes alienare possit: cùm in mandato generali etiam expresso ius alienandi nō contineatur, nisi libera administratio concessa sit *l. procurator cui 58. l. mandato generali 60. l. procurator totorum 63. supr. de procurat. l. si conuenerit 18. §. vlt. de pign. act.* Nec tam facile mandatum præsumendum est eius rei faciendæ quæ sociis damnosa esse possit *l. si procurator 6. §. Celsus ait supr. de cond. indeb.* Nisi proponas venditam rem aliquam venalem aut quam vendi expediat societati, vt Bart. hic notat. Excipitur solus fiscus qui priuilegium habet, vt rem communem etiam dissentientibus sociis alienare possit *l. vlt. C. de vendit. rer. fiscal. cum priuat. commun. libr. 10. Tit. 4.* Illud prætermittendum non est quod Accursius notat, interdum nec socio permitti vt partem suam distrahat, scilicet post litem iam cum socio contestatam *l. alienationes 13. supr. Famil. erciscę. & l. 11. C. commun. diuid.*

BIU Cujas

1 ¶ Illud quæritur: vtrum is demum facere videatur, quo minùs facere possit, qui erogat bona sua in fraudem futuræ actionis: an & qui occasione adquirendi non vtitur? sed verius est, de eo sentire proconsulem, qui erogat bona sua. idque ex interdictis colligere possumus: in quibus ita est, *quod dolo feceris, vt desineres possidere.*

Ad §. 1. Illud quæritur.

RAT. DVB. Priuilegio, quod habent socij ne condemnari debeant suprà quàm facere possint, indignus ille est, qui in fraudem sociorum fecit quominus facere possit, non minùs quàm ille qui se socium fuisse negat, de quo diximus ad §. vlt. legis præcedentis. Atquin is qui occasione acquirendi vti non vult in fraudem sociorum, non minus facit dolo malo quo minus facere possit, quàm qui bona sua erogat, & distrahit in fraudem futuræ actionis. Etsi enim non tam pauperior fit, quàm non locupletior, quod longè diuersum est *l. 5. §. concessa infr. de donat. int. vir. & vxor.* posset tamen facere vt posset solidum soluere si locupletior fieri vellet. Videturque ad hunc casum optimè accommodari posse iuris regula, quæ habet, Eum qui potest facere vt possit iam videri posse, *l. qui potest facere 174. de reg. iur.* Ergo & qui occasione acquirendi non vtitur in fraudem futuræ actionis perinde indignus priuilegio habendus est acsi bona sua erogaret. Sic dicimus in iudicio Petitionis hereditatis, Non solùm eum qui dolo fecit quominùs possideret, cõdemnandum esse quasi possessorem si dolo desierit possidere, sed & si dolo possessionem quam nanciscì potuit, admittere noluerit *leg. sed etsi 25. §. perinde supr. de hered. petit.* Et sanè si quo vnquam casu puniendus esset is qui in fraudem siue creditorum siue sociorum, occasione acquirendi vti nollet in hac maximè specie id obtinere deberet: In odium scilicet eius qui contra bonam fidem lædere sociorum ius mallet ac fraternitatis iura violare, quàm suo & ipsorum commodo fieri locupletior.

DEC. Longè aliud est Patrimonium suum diminuere, aliud verò nolle quem fieri locupletiorem. Sicut & multum distat an pauperior quis fiat, an locupletior non fiat *d. §. concessa l. quod autem 6. in princip. & §. 1. & seqq. infr. Quæ in fraud. credit. l. 1. in princip. Quor. bonor.* Nec imputari quicquam potest ei qui locupletior fieri non vult, dummodo non faciat se pauperiorem. Nemo enim inuitus cogitur acquirere, cùm neque in inuitum liberalitas conferri possit *l. inuito 69. de reg. iur.* Ergo verius est Prætorem aut Proconsulem, cùm huiusmodi beneficium denegauit sociis qui dolo malo fecerint quominùs facere possint, de eo socio sensisse qui bona sua erogauit, non de eo qui acquirendi occasionem omisit. Nec immeritò. Qui enim contrahunt societatem, intueri videntur inuicem patrimoniũ quod habent eo tempore, non quod iis singulis accedere potest *arg. l. hinc quæritur 19. §. 1. l. si ex duobus 32. in fine principij supr. de pecul.* Nec simile est, quod de malę fidei possessore hereditatis Vlpianus scribit in *d. l. sed etsi 25. §. proinde de hered. petit.* malæ fidei possessorem teneri debere, non tantùm si dolo malo desierit possidere, sed etiamsi dolo possessionem admittere noluerit. Qui enim prædo est & dolo malo hæreditatem ad alium pertinentem inuasit, indignus planè est cui faueamus, vt minus teneatur de eo quod dolo malo incipere noluit possidere quàm de eo quod possidere desiit. Neque verò comparari potest ei qui occasione acquirendi vti noluit, cùm acquirendi titulum nullum causamque nullã habuerit. Probat autem Caius suam interpretationem, ex interdictis, in quibus inquit ita est, *Quod dolo feceris vt desineres possidere d. l. 1. quor. bonor. l. 1. §. quod ait Prætor. infr. Quod legat.* Non enim potest videri desiisse habere qui nunquam habuit *l. non potest videri 208. de regul. iur. l. non videtur 83. eod. l. Titio vsusfructus 96. iunct. l. si in diem 46. De condic. & demonstrat.*

69. VLPIANVS libro 32. ad Edictum.

CVm societas ad emendum coiretur, & conueniret, vt vnus reliquis nundinarias epulas præstaret, eósque ad negotium dimitteret: & si eas eis non soluerit: & pro socio, & ex vendito cum eo agendum est.

Ad l. Cùm societas 69.

Huius legis sententiam, quam fatetur Iacobus Cuiacius intelligi à se nunquam potuisse *libr. 4. Obseruat. cap. 27.* nos pro ingenij nostri tenuitate explicauimus *lib. 5. Coniect. cap. 4.* & ostendimus, quod vnum in huius loci explicatione difficillimum & obscurissimum est, actionem ex vendito, quam dat Vlpianus sociis ad nundinas missis contra eum qui promiserat se nundinarias epulas præstaturum reliquis quos ad negotiationem dimiserat, ideò competere, quòd communicando ei rem emptam hoc ipso eam vendidisse ipsi videntur, non secus quàm si eam sibi tantùm emissent vt in specie *l. si quis societatem 74. infr.* Cùm enim nolit ille conuentioni satisfacere, indignus planè est, cuius etiam commodo emptio facta videri debeat: quamuis possint etiam si malint rem emptam ei communicare, cùm eius quoque nomine ac mandato emerint. Habet igitur ille partem in mercibus communi nomine emptis, & tanquam socius, & tanquam is qui non tam à primo venditore, quàm à sociis emerit. Tanquam socius tenetur actione Pro socio, at tanquam is qui à sociis eam rem emisse videatur, tenetur actione Ex vendito: Pro qua nescio cur Accursius noster substituat actionem ex empto, cùm nullo modo, nulloque casu possit videri socius contumax eis vendidisse: quod & Cuiacius fatetur. In eo tamen errans, quod videre non potest, qua ratione socius hic sociis suis non tantùm Pro socio, sed etiam ex vendito teneatur. Ad id tantum respiciens quod nulla hîc expressa venditio sit quam socio fecerint socij, qui duntaxat emerũt,

nec

nec animaduertens communicationem ab iis vltro factam ei cui neque si nollent communicare cogerentur ob violatam conuentionis fidem pro vēditione noua haberi & posse & debere. Igitur quæ ratio Cuiacium mouit ac decepit, vt legis huius sententiam assequi non potuerit, ea pro dubitandi ratione à nobis retinenda est. Sed decidendi illa, quam attulimus. Malo certè, *nundinarias epulas* cum Haloandro hîc legere pro sumptibus faciendis ad epulas in nundinis, quàm vt vulgo *nundinas, id est, epulas*. tametsi epulas potuerit hîc Vlpianus dicere pro epulis nundinariis per metonymiam. Malo etiam cum eodem Haloandro legere *eosque ad negotium dimitteret*, quàm vt Florētiæ *à negotio*, aut quàm *admitteret* pro *dimitteret*. Cætera ex Coniecturarū nostrarum libris petenda sunt, non hîc repetenda. Illud certè nouum non est, vt ex eodem negotio duplex actio competat, puta Pro socio, & ex vendito, sicut & in specie *l. 2. C. de pact. int. empt. & vendit.* actio Præscriptis verbis & ex vendito. Iunge *leg. si gratuitam 17. leg. apud Labeonem 20. infr. de præscript. verb.*

70. PAVLVS libro 33. ad Edictum.

NVlla societatis in æternum coitio est.

Ad l. Nulla 70.

RAT. DVB. Societas in perpetuum coiri potest *l. 1. supr. hoc tit.* Quidni ergo & in æternum?

DEC. Aliud est coiri societatem in perpetuum: aliud verò in æternum. Priore casu societas tandiu duntaxat durat, quandiu vita, & finitur morte *d. l. 1. l. nemo potest 35. l. heres socij 40. l. adeò 59. supr.* At si in æternum coiri societas posset, non finiretur morte, sed ad heredem vsque extenderetur, nec tantummodò ad primum vsque, sed etiam ad vlteriores omnes vsque in infinitum. Quod tamen nec in societatibus vectigalium admitti posset, quamuis receptum in iis sit, vt per conuentionem expressam transire possint in heredem *d. l. adeò l. verum est 63. §. in heredem supr.* Debet enim id restringi ad primum heredem, vt benè hîc docet Accursius. Exemplo eius quod Iustinianus constituit in *l. antiquitas 14. C. de vsufru.* vt vsusfructus qui sic relictus est, vt ad heredem transeat, primi tamen heredis personam non egrediatur. Non ob id solum quod infinitas sit vitanda, & quòd generali sermone primus tantùm actus significari soleat *l. boues 89. §. hoc sermone de verb. signifi.* Sed etiam speciali illa in societatibus ratione, quod heredis persona quanto vlterioris gradus est, tanto minus sit certa *l. sciendum est 70. eod. tit.* in societate autem contrahenda certam personam esse necesse sit, cuius certa quoque industria eligitur *§. soluitur Instit. hoc tit.* Quanquam & in cōmunione quæ citra societatem contingit, idem iuris est, vt ne quidem per conuētionem æterna fieri possit *l. in hoc iudicium 14. §. si conueniat supr. Commun. diuid.* Nempe propter discordias quas communionis materia excitare solet *l. cùm pater. 77. §. dulcissimis de legat. 3.* & quæ sedari nisi per diuisionem non possunt *l. vlt. C. Comm. diuid.*

71. IDEM libro 3. Epitomarum Alfeni Digestorum.

DVo societatem coierunt, vt grammaticā docerent: &, quod ex eo artificio quæstus fecissent, commune eorum esset. de ea re, quæ voluerunt fieri, in pacto conuento societatis perscripserunt: deinde inter se his verbis stipulati sunt: *Hæc, quæ suprà scripta sunt, ea ita dari fieri, neque aduersus ea fieri? Si ea ita data facta non erunt, tunc viginti millia dari?* Quæsitum est, an, si quid contra factum esset, societatis actione agi posset? Respondit, si quidem pacto conuento inter eos de societate facto, ita stipulati essent, *Hæc ita dari fieri spondes?* futurum fuisse, vt, si nouationis causa id fecissent, pro socio agi non posset, sed tota res in stipulationem translata videretur.[a] sed quoniam non ita essent stipulati, *ea ita dari fieri spondes?* sed *si ea ita data facta non essent, decem dari?* non videri sibi, rem in stipulationem peruenisse: sed duntaxat pœnam. non enim vtriusque rei promissorem obligari, vt ea daret faceret: &, si non fecisset, pœnam sufferret, & ideo societatis iudicio agi posse.

Ad l. Duo societatem 71.

RAT. DVB. Cùm alicui negotio quod proprij contractus nomen habet, stipulatio adiicitur, non duo contractus esse intelliguntur, quorum prior per stipulationem nouetur: sed vnus tantùm est cōtractus stipulationis *l. si ita fuero 6. §. 1. & l. seq. infr. de nouat.* Solebant enim negotia omnia iam olim cōcludi verbis stipulationis *l. si dominus 8. infr. de præscr. verb.* ideoque dicuntur stipulationes omnes pendēre ex negotio contracto *l. stipulationum 5. vers. conuentionales infr. de verb. obl.* sumpta denominatione à stipulo, quod veteres pro firmo dicebant, vt Iustinianus scribit initio *Tit. de verb. obl. Instit.* Atqui in proposita specie ponimus ita conceptam esse stipulationem, *Hæc quæ subscripta sunt ea ita dari fieri neque aduersus ea fieri.* Ergo dicendum est non tam contractum societatis hoc casu initum videri quàm stipulationis solius totumque negotium in stipulationē translatum videri, quasi non tam contracta societate vlla, quàm stipulatione ex causa societatis *d. l. 6. de nouat.* Non minùs quàm si contractus societatis primùm initus, deinde nouatus per stipulationē, & in eam translatus esset. Quid enim refert, si effectū rei consideres, an obligatio iam nata perimatur & extinguatur, an verò nasci impediatur? Proinde agi Pro socio in hac specie nō potest, sed tātùm ex stipulatione. DEC. Multùm refert an stipulatio supradictis tātùm verbis concepta sit, an additis illis, quæ in proposita specie addita proponūtur, *Et si ea ita data facta ve non erunt.* Priore casu obtinēt quæ in dubitādi ratione diximus. Posteriore verò nō tā res ipsa, id est, materia societatis, quàm pœna sola in sti-

BIU Cujas

pulationem deducta intelligitur, id est, tota stipulatio pœnalis esse videtur, & ideo tantùm interposita, non vt pacto conuẽto satisfacere socius cogeretur, sed vt si nõ satisfaceret, pœnam præstare teneretur. Quasi tanti taxata quantitate eius quod interest, quod alioqui petẽdum & probandũ esset. Idque ex cõsilio Venulei in *l. vlt. infr. de stipul. prætor.* Non enim id actũ videri potest vt vtriusque rei nomine promissor obligaretur, id est, vt & pacto satisfaceret, & præterea pœnam præstaret. Deficit enim condicio stipulationis pœnalis statim atque factũ est id ob quod non factũ pœna promissa est. Quẽadmodum è contrario existit, cùm factum illud nõ est de quo faciendo conuenerat. Proinde implicat contradictionẽ, vt ex supradicta stipulatione obligetur socius & ad faciendum id quod promisit & ad præstandam pœnam quam non promisit, nisi in casum contrauentionis. Ergo societatis iudicio agere socius potest si malit Pro socio agere quàm petere pœnam ex stipulatione. Ex quo intelligimus quàm verum sit quod nos sæpius docuimus præsertim ad *l. si quis à socio* 41. *supr.* per stipulationẽ pœnalẽ non nouari præcedentẽ obligationem, *l. prædia* 28. vbi dicemus latiùs *infr. de action. empt.* Nã si quo vnquam casu nouari posset obligatio per subsecutam stipulationem pœnalem, id obtineret maximè in hac specie in qua iam dubitari poterat, an nouata esset obligatio & actio societatis per primam stipulationis partem, qua conuenerat, vt omnia de quibus faciendis in pacto conuento proscriptũ erat, ea ita fierẽt. Quod ipsum per se sufficere videbatur ad obligationẽ & actionẽ societatis nouãdam, nisi nouationẽ illud impediuisset quod stipulatio non in eo cõstiterat, vt quæ dari fierive promissa erant, ea sic darentur & fierent, sed illud præterea adiectum fuerat, vt si ea data facta non essent, pœna viginti millium præstaretur. Quæ adiectio facit vtique vt nec societatis contractus per stipulationis priorem partem nouatus videri possit, nec prior illa pars per posteriorem, vt hîc disertè Paulus scribit. Quid igitur, si in huius legis specie stipulatio ita simpliciter concepta fuisset, *Hæc quæ supra scripta sunt, ea ita dari fieri spondes?* non adiecta illa pœnali clausula, *si ea ita data facta ve non erunt, tùm viginti milia dare spõdes?* Distinguendum erit meo iudicio, an in coeunda societate stipulatio interposita sit, aut saltem incontinenti post contractam societatem. An verò ex interuallo: si incontinenti sola quidem stipulatio & actio ex stipulatu tenebit, sed non tam quasi facta verè nouatione vlla, quàm quia totum negotiũ ab initio in stipulationem translatum intelligatur, ita vt nulla ex negotio possit alia nasci actio *d. l. 6. §. 1. & l. 7. de nouat.* Sed si ex interuallo post iam contractã societatẽ stipulatio interposita proponatur, equidem sola stipulatio æquè tenebit, sed iure nouationis quasi transfuso in eam contractu societatis qui solus primùm tenuit, si modò nouationis causa id factum sit, vt lex ait, quia nec iam olim aliter fiebat nouatio quàm si id actum esset *l. 2. infr. de nouat.* dũ tamen hoc agi semper interpretemur, nisi probetur aliud conuenisse, quomodo scriptum est, quamuis in alia specie dissimili in *l. dotem* 30. *de iur. dot.* Qui sensus est eorum verborum *d. l. 2. in fin. Cæterùm si nõ hoc agatur, duæ erunt obligationes.* Hoc enim est, quod Iustinianus ad ius vetus addidit in *l. vlt. C. de nouat.* vt nõ aliter facta hodie dici possit nouatio, quàm si expressè dictum sit quod olim actum esse satis erat. Atque hunc posteriorem casum esse puto quẽ Paulus in hac lege tractat, cùm ponat coitam primùm inter duos fuisse societatem, vt Grammaticam docerent & quod ex eo artificio quæstus fecissent, id commune eorum esset, deinde de ea re quæ vellẽt fieri in pacto conuento societatis proscripsisse, id est, post perfectum societatis cõtractũ, quod nudo consensu sit, pacta quædam conuenta subiecisse nostri dicunt *Articles dressés*, prout in omni cõtractu societatis fieri moris est. Posteà inter se stipulatos eos esse his verbis, *Hæc quæ supra scripta sunt, &c.* vt intelligamus inter contractum societatis & subsecutam stipulationem pacta quædam conuenta intercessisse, ac proinde eo tẽpore quo iam perfecto contractu non poterat nata nõ esse Pro socio actio. Nec enim quisquam dixerit pacta conuenta post contractam societatem inita nouare cõtractũ potuisse, aut impedire natiuitatem obligationis & actionis ex contractu: Quandoquidem si incontinenti adiecta sint, insunt contractui & informant actionem. Si verò ex interuallo, pariunt duntaxat exceptionem ne ex contractu detur actio *l. iurisgẽtium* 7. *§. quinimò & seq. supr. de pact. l. pacta cõuenta* 72. *infr. tit. prox.* Ergo subsecuta in nouissima pactorum parte stipulatio, nouare contractum societatis tantùm potest si id actum sit, vt diximus, sed ne ex eo contractu societatis nascatur actio, impedire nõ potest, propter interpositas pactiones, quæ & à cõtractu societatis & à stipulatione diuersæ sunt. Proinde non est cur quisquam opponat hanc legem ei quod scriptũ est in *d. l. 6. §. 1. & l. seq. de nouat.* vbi tractatur ille casus quo post numerationem pecuniæ ex causa mutui vel alium contractum quẽlibet incontinenti facta est stipulatio, non quo inter priorẽ contractum & stipulationem aliud quidpiam interceſſerit, puta quædã, vt hîc, pacta conuenta quãuis ad eundem ipsum contractum pertinentia. Ideoque nouatio hoc casu necessaria est, quæ tamen nec est nec esse vlla potest, cùm incontinenti post numerationem adhibetur stipulatio *d. l. 6. de nouat.* At pugnaret omnino prima pars huius responsi cũ *d. l. 7.* si de eo casu Paulum intelligeret, quo incontinenti post coitam societatem stipulatio interposita esset. Non enim posset actio Pro socio competere, nulla præcedente societate. Sequitur,

a *Sed quoniam non ita essent stipulati.* RAT. DVB. Etiam cùm stipulationi pure subiecta est stipulatio pœnalis, nõ eo minùs videtur nouatio fieri, & pura stipulatio in posteriorem pœnalem transferri, vt idem Paulus noster scribit in *l. obligationum ferè* 44. *§. vlt. de oblig. & action.* Ergo & eadem ratione dicendum est, per stipulationem pœnalem nouari præcedẽtem contractũ societatis. Cur enim difficilius sit nouari contractũ societatis, quàm stipulationẽ?

DEC. Cum quis nauem fieri stipulatus est, & si non fieret, centum vt in specie *d. §. vlt.* non potest equidem dubitari, quin duæ sint stipulationes, pura vna & condicionalis altera, initio inspecto. Nemo enim negauerit perfectam esse stipulationem his verbis conceptam, *Nauem fieri spondes?* Et rursus illã *Si nauem non feceris, centum dare spondes?* Et posteriorẽ quidem condicionalẽ esse cùm expressam habeat figuram cõdicionis, priorẽ verò puram si separatim spectetur, sed si cùm adiectione illa posterioris stipulationis pœnalis, videtur stipulator discedere à priore stipulatione sub illa cõdicione, si posterioris stipulationis condicio existet. Exemplo eius quod Paulus scribit in *l. si penum* 24. *infr. Quand. dies legat. cedat.* Si penum vel fundũ heres dare damnatus sit,

& si

& si non dederit, decem: & penum legatam esse vel fundum, & translatũ esse legatum in decẽ si noluerit heres penum vel fundũ dare, & tunc pecuniam deberi, cùm interpellatus heres penum vel fundum dare distulisset: Ideoque si interea decesserit legatarius, tunc heredi eius nõ nisi penum vel fundum deberi. Nam cùm dictum est, inquit Paulus, *Heres meus fundum dato*, perfectum est fundi legatũ. Addo & purum, ideoque transmitti ad heredem legatarij potest, sed cùm adiicit *si fundum non dederit, decẽ dato*, videtur legatum fundi ademisse sub condicione, & eo casu quo decem deberi cœperint: vnde fit vt nõ nisi sub contraria condicione incipiat fundi legatũ relictum videri, ex regula *leg. si legatum* 10. *& l. legata inutiliter* 14. *de adim. legat. l. aliquando* 107. *de condic. & demonstr.* Indeque Paulus infert, si condicio sub qua decem relicta sunt viuo legatario non extiterit, fortè quod heres interpellatus non sit, nec aliter in mora constitutus, euenturum vt ademptio nihil egerit, fundique legatum durauerit. Cui ferè conuenit quod idem Paulus scribit in *l. 1. §. item si ita legatũ infr. ad leg. Falcid.* Nisi quod ibi magis probat, vt penus non aliter legata sit, quàm si heres incontineti eam soluerit, ac cùm primùm soluere potuit etiam citra interpellationem, cum aliquo tamen temporis spatio. Quod si iam mora facta heres penũ soluerit, tunc nec legatum eum accepisse videri, nec in Falcidiã imputari id posse. Iam enim transfusum esse legatũ & decem tãtùm deberi: Idemque multo magis dicendum esse, si legatũ à condicione inceperit, & ita datum sit ab initio *si penum heres non dederit, decem dato*. Hoc enim casu penus legata non est, sed si detur, mortis causa capitur, quia legatę pecuniæ condicio defecit. Bonã verò esse hac parte cõparationẽ stipulationis & legati Papinianus apertè profitetur in *l. ita stipulatus* 115. *versic. itẽ si quis ita infr. de verb. obli.* vbi refert ille pugnantes Pegasi & Sabini hac de re sententias. Pegasus enim putabat stipulationem illam, *Si Pamphilum non dederis, centum dari spondes?* non antè committi quàm demisset Pamphilus posse dari. Sabinus autem existimabat, ex sententia contrahentium postquàm homo potuit dari cõfestim agendũ, & tandiu ex stipulatione non posse agi, quandiu per promissorem nõ stetit, quominus hominem daret. Idque defendebat exẽplo penus legatæ, & authoritate Quinti Mucij Scæuolę, non qui Pauli præceptor fuit. Cerbidius enim ille, non Mucius fuit, sed cuius tamen sententiam probasse Cerbidius videtur, quem Paulus designare fortassis voluit in *d. §. item si ita* in illis verbis, *Ego didici* & in *d. l. si penum*, cùm ait, *Ego accepi*. Mucius etenim heredem si dare potuisset penum, nec confestim dedisset, in pecuniam legatã statim eum teneri scripserat. Idque vtilitatis causa receptũ esse fatetur Papinianus ob defuncti voluntatẽ, inquit, & ipsius rei naturam. Ideò fortasse, quòd penus tum quoq; cùm legata est, non tam in petitione sit quàm in præstatione, vt ex Marcello Vlpianus docet in *l. 1. infr. de pen. legat.* vbi & iuris huius alioqui singularis rationem illam insinuat, quòd penus sicuti per singulos annos præstanda est, ita nec aliter dici possit in legato esse, quàm si per singulos annos legata sit, non item si semel tantùm hoc modo, *Heres meus vxori meæ penum dato, si non dederit, nummos dato*. Contra quam tamen Paulus senserit in *dict. §. item si ita* vbi hũc ipsum casum proponit de penu semel tantùm & simpliciter legata, itemque in *d. l. si penum* vbi eandem prorsus rationem constituit penoris & fundi legati, cùm tamen fundus nunquã nisi semel & legari & præstari possit. Fuisseque controuersam hanc quæstionem non modò inter Pegasum & Sabinum quos ex Papiniano retulimus, sed etiã inter prudentes cæteros, non obscurè idẽ Paulus noster insinuat in *d. §. item si ita*, cùm scribit quosdã putare (quibus verbis Vlpianum certè perstringit, vt & in *l. lecta* 40. *de reb. credit.*) omnimodo legatam esse pecuniã: Penũ autẽ mortis causa capi, nec in Falcidiã imputare id heredẽ posse. Quid enim hoc aliud est, quàm quod Vlpianus scribit in *d. l. 1. de pen. legat.* penum semel & simpliciter legatã in præstatione tantùm esse, in legato autẽ, & petitione non esse? Sed & in eo dissẽtit Paulus ab Vlpiano, quòd Vlpianus putat in *d. l. 1. de pen. legat.* eo casu quo penus legata sit, dummodò semel tantùm, habere heredẽ offerẽdi potestatem tandiu quandiu lis cum eo de pecunia contestetur. Quod vtrumque cõsentit cum Iuliano in *l. cùm sine præfinitione* 19. *Quand. dies legat. ced.* Paulus verò in *d. §. item si ita*, confestim pecuniam quasi legatã peti posse vult, si non incontinenti heres penum obtulerit. Tantum abest vt expectandam putet litis contestationem: Penum autem incontinenti solutam vult esse legatã, atque ita duo esse legata: Primum penoris si incontinenti soluatur: Alterum pecuniæ, si non incontinenti penus præstetur. Quæ sententia Sabino & Mucio Scæuolæ & Papiniano in *d. l. ita stipulatus* 115. *de verb. oblig.* videtur magis placuisse. Quãquam vt dicam quod sentio, valde mihi suspecta est tota *d. l. 1. de pen. legat.* & Triboniano dignior quàm Vlpiano, siue prima illa legis verba considero, *Vxori suæ in annos singulos penoris aliquid heres dare iussus est* pro eo quod scribere debuit *heredem suum dare iussit* (nec enim de heredis, sed de testatoris vxore legatũ illud intelligi potest) vt in *l. cum sine præfinitione* 19 *infr. Quand. dies legat. ced.* siue postrema *heredis indeuotione coercenda* quę nemo vtique Triboniani esse negauerit, siue denique tot quæstiũculas intermixtas ei tam malè cõcinnatas, præsertim versiculum illum, *Habebit igitur heres oblationem* pro eo quod scribendum erat, *offerendi facultatem, tamdiu quamdiu lis cum eo de pecunia contestetur*. Scripsisset enim Vlpianus *quandiu lis cum eo de pecunia non sit contestata*. Addita scilicet negatione vt in *d. l. ita stipulatus versic. & tamdiu ex stipulatione*, quam si detrahas, facies vt *quandiu* dictum sit pro *quousque*, quod tamen nisi barbarè, ac insulsè dicere nemo possit. Sed omissis istis quæ ad legatũ penoris pertinent, in quibus negari non potest, quin Paulus à Iuliano & Vlpiano dissenserit, redeamus ad tractatum de stipulatione sic concepta *Pamphilum dari, & si Pamphilum non dederis, centum dari*: de qua Papinianus in *d. l. ita stipulatus*, & dicamus cum Papiniano, Sabini sententiam, existimãtis statim atque homo dari potuit, nec datus est, confestim agendum esse, ita recipi posse si stipulatio non à condicione cœperit, veluti *si Pamphilum nõ dederis centum dare spõdes?* sed ita concepta sit *Pamphilum dari spondes? si nõ dederis, cẽtum dari spõdes*. Nimirũ si id actum probetur, vt si Pamphilus datus non fuerit, & Pamphilus & pecunia debeatur: vt Papinianus subiungit. Quomodo enim posset deberi homo qui stipulationis verbis comprehensus non esset? Siquidẽ tritũ est verba condicionalia non disponere *d. l. si penũ in fin. Quãd. dies legat. ced. l. si quis sub condicione* 8. *infr. si quis omiss. caus. testam.* nec proinde Pamphilum deberi ex verbis illis condicionalibus, *Si Pamphilum non dederis*. Quid ergo si stipulatio à condicione cœperit

BIU Cujas

in hunc modum, *Si Pamphilũ non dederis, centum dare ſpõdes?* An eo minus Sabini ſententia recipienda erit, vt ſtatim atque Pamphilus dari potuit, nec tamen datus eſt, pecunia confeſtim peti poſſit? Tanto magis enim hoc caſu quis dixerit, fortaſſis permittendum ſtipulatori agere ex ſtipulatione, quod Pamphilum petere ex ſtipulatione non poteſt, ſed ſolũ Pamphilum. Videtur tamen Papinianus non hunc caſum ſignificare velle ſequentibus iis verbis, *Sed etſi ita cautum ſit, vt ſola pecunia non ſoluto homine debeatur, idem defendendum erit*, ſed eam ipſam ſpeciem retinere quam proximè tractauit de ſtipulatione, quæ non à cõdicione, ſed à promiſſione inceperit. Quod & Cuiacius ad eum locum docet. Et ego cum Cuiacio ſentio. Aliud enim eſt ſtipulationem à condicione incipere: aliud verò ita cautum eſſe, vt ſola pecunia non ſoluto homine debeatur. Quamuis enim vtrique caſui cõmune illud ſit, quod ſola pecunia debetur, poſſet tamen poſteriore caſu non etiam priore, & homo, & pecunia deberi, ſi id actum probaretur. Quod ſi è contrario cautum ſit, vt non ſoluto homine ſola debeatur pecunia, æquè dicendum erit cum Sabino, Poſſe peti pecuniam, ſtatim atque Pamphilum dare promiſſor potuit, nec tamen dedit, quia æquè hoc caſu peti ab initio potuit Pãphilus, cum ab initio fuerit in obligatione. Hunc verò caſum à Papiniano hîc tractari, nõ illum quo ſtipulatio à cõdicione cœperit, ex eo manifeſtè apparet, quod ita concepta ſtipulatione, *Si Pamphilũ non dederis, centum dari ſpondes*, fruſtrà cauererur, vt nõ ſoluto homine pecunia ſola deberetur, cùm ſupradictis verbis neque Pamphilus peti poſſit, neque aliud quicquã præter pecuniam. Nec tamen ita accipi Papinianus debet, vt neceſſe ſit caueri inter cõtrahentes, vt ſola pecunia debeatur eo caſu quo ſtipulatio non à condicione, ſed à promiſſione cœperit. In dubio enim id actũ eſſe præſumendum eſt *l. reſcriptum* 10. §. *ſi pacto ſupr. de pact.* quod Paulus noſter in hac lege apertè ſcribit ad finem huius reſpõſi, cùm ait, *Non enim vtriuſque rei promiſſorem obligari vt ea daret, faceret, & ſi non feciſſet, pœnam ſufferret.* Nimirũ ſi non addita ſint in ſtipulatione pœnali verba illa *rato manente pacto*, ſi pactum duntaxat præceſſerat vt in *l. penult. ſupr. de tranſact.* aut *rata manente promiſſione*, ſi ſtipulatio. An igitur Pegaſi ſententia à Papiniano relata nullo caſu obtinebit? Imò verò, eo caſu quo ſtipulatio à condicione cœperit, vt benè idem Cuiacius putat. Nam qui ſic ſtipulãtur, inquit, volunt quidem vt ſoluto Pamphilo reus liberetur, neque pecuniã præſtare teneatur, ſed volũt tamẽ vt pecunia detur, non vt Pamphilus. Quẽ cùm nec poſſint petere, quia promiſſus non eſt, nec illud quoq; fieri poſſe videtur, vt in eo ſoluendo reus morã cõtrahat, ſiquidem nulla ibi mora fieri intelligitur vbi nulla petitio eſt *l. ſi pupillus* 127. *eod. tit. l. nulla* 88. *de regul. iur.* Cui conſequens eſt vt cùm Pãphilus in præſtatione tantùm ſit, nõ priùs incipiat pecunia deberi quàm deſierit Pãphilus poſſe præſtari, quod nõ niſi mortuo eo contingit, aut ex qua alia huiuſmodi cauſa quæ morti æquiparetur, puta ſi manumiſſus fuerit vt in *l. ſi mihi* 92. *de ſolut. l. inter omnes* 46. *de furt.* Longeque alia ſpecies eſt quę proponitur in *l. ſi Titius* 9. *de verb. oblig.* vbi duæ ſunt ſtipulationes duarũ perſonarum de eadem re vni præſtanda ſi alteri nõ daretur. Quo caſu finis dandi vni eſt quando ab alio iudicium acciperetur: ſic enim ibi legendum eſt, nõ vt vulgo *quod* aut *quoad* pro *quando* & ita deſinit iam præſtari poſſe vni, quod ab alio petitur, vt ibidem Cuiacius benè explicat. Item lõgè alia ſpecies quæ tractatur in *l. qui Romæ* 122. §. *Flauius. de verb. oblig.* vbi quamuis cœpiſſet ſtipulatio à condicione, idipſum tamen quod erat in condicione poſitũ, iam deductum fuerat in conuentionẽ, ex qua erat nata actio Præſcriptis verbis, quòd in traditione ſerui donati ea lex dicta fuiſſet, vt manumitteretur, quemadmodum & Cuiacius ſupradicto loco monet. Hinc verò intelligimus quàm difficilis & perplexus ſit hic tractatus qui diſſentientes habuit Pegaſum & Sabinum, & ab iis quoque Papinianum adhibentem ſupradictam diſtinctionem, quam neuter eorum adhibendam putauerat. Pegaſus namque indiſtinctè putabat, id eſt, ſiue à cõdicione ſiue à promiſſione incipiat ſtipulatio, non prius permittendum ſtipulatori pecuniam petere, quàm ſi Pãphilus deſierit, præſtari poſſe. Sabinus verò imò cõfeſtim agi poſſe ad pecuniam ſi moram in ſoluendo Pamphilo debitor feciſſet. Moram, inquam, non quæ per interpellationem congruo loco & tempore factam contracta fuiſſet (qualis certè nulla eſſe poterat eo caſu quo ſtipulatio à condicione cœpiſſet, vt diximus) ſed quæ per ſolam ceſſationem promiſſoris in offerendo Pãphilo ſtatim atque offerri potuiſſet. At Papinianus adhibita diſtinctione, An ſtipulatio à cõdicione cœperit, an à promiſſione, vno caſu ſentit cum Pegaſo, alio autem in duos ſubdiuiſo cum Sabino. Quid ergo vt hoc etiam addamus, ſi in ſtipulationis pœnalis condicione poſitus fuiſſet non Pamphilus, ſed fundus? An expectaret Pegaſus aut Papinianus, vt deſineret fundus præſtari poſſe? id eſt, vt chaſmate perierit vel terrę motu, vel aquarũ inundatione? vt in *l. ſi in venditione* 10. §. *vlt. infr. de peric. & commod. rei vendit. l. quid tamẽ* 10. §. *agri l. ſi ager* 23. *ſupr. Quib. mod. vſusfr. amitt. l. cùm res* 47. §. *vlt. de legat.* 1. Negat Ferrettus apud Cuiaciũ ad *d. l.* 9. *de verb. oblig.* Et rectè, meo iudicio, nec enim credibile eſt cogitaſſe contrahentes de tam inſoluto, raroq; caſu expectando, præſertim ſi ponas de fundo ſtipulationẽ interpoſitam fuiſſe ibi ſito, vbi pericula huiuſmodi veriſimiliter timeri nõ poſſint. Cuiacius tamen adfirmat ex *d. l. ſi penum* 24. *infr. Quãd. dies legat. ced.* vbi legatum penoris legato fundi æquiparatur. Sed obſeruare debuit non agi eo loco de Pamphilo qui perire facile poteſt, ſed de penu legata, quæ quoniã in genere cõſiſtit, perire nunquã poteſt, *vulg. l. incendium* 11. *C. ſi cert. pet. l. in ratione* 30. §. *incertæ infr. ad leg. Falcid.* Deinde locum illum eſſe Pauli qui in quæſtione illa de penu legata, etſi penus non daretur legatis decem, non diſtinxit penũ à cæteris rebus, vt conſtat ex *d. l. ſi penum.* Quomodo diſtinxit Vlpianus in *d. l.* 1. *de pen. legat.* & Mucius quoque Scæuola apud Papinianum aut Papinianus ipſe in *d. l. ſi ita ſtipulatus* in illis verbis *idque vtilitatis cauſa receptum eſt ob defuncti voluntatem, & ipſius rei naturam.* In hoc namque primùm diſſentit Paulus, vt diximus ab Vlpiano & Iuliano. Item in eo quod teſtatore ita locuto, *Heres meus vxori meæ penum dato, ſi penum non dederit, decem dato.* Iulianus & Vlpianus vnum tantùm eſſe legatum ſcripſerunt, ſcilicet pecuniæ nullum penoris, nec ſi incontinenti penus ſoluatur, ideoque mortis duntaxat cauſa capi, nec in Falcidiam imputari, Paulus verò, imò legatam eſſe penum, ſi modò incontinẽti ſoluatur, quamuis in præſtatione tantùm ſit, nõ etiam in petitione quaſi arbitrio heredi dato ab initio præſtãdi vtrum volet. Denique in eo quod Iulianus & Vlpianus volunt moram in ſoluenda penu contra-

ctam

ctam non per interpellationem, quæ hîc nulla interuenire potest, sed per solam cessationē sine causa factam, purgari posse ad litem vsque contestatā. Paulus verò statim atque moram contraxit heres, transfusum esse vult legatum penoris in legatū pecuniæ, ita vt purgari mora nunquam possit. Sed inter legatum penoris ita relictum, vti diximus, & stipulationem de qua in hac lege & in *d.l.ita stipulatus*, id est, ita conceptam, *Penum mihi dare spondes? Si penum non dederis centum dare spōdes?* Obseruandum est hanc quoque esse differentiam, quam neque Cuiacius neque alius quisquam obseruat, quod penus etiam expressim legata his verbis dispositiuis, *Heres meus vxori meæ penum dato*, nunquam tamen peti potest, sed in præstatione tantùm est etiam secundùm Pauli sententiam: at si penus in stipulationem deducta sit, licèt his verbis additis, *si penum non dederis, centum dabis?* penus ex priore stipulatione non tantùm præstari, sed etiam peti potest, si malit stipulator penum habere quàm pecuniam saltem medio tempore quod promissori dandum est ad soluendam penum quam promisit, cùm tandiu verum sit nondum existere condicionem stipulationis posterioris & pœnalis *d.§.item si ita*. Nec priùs ex secunda stipulatione agi potest ad pecuniam, quàm ex priore promissor moram contraxerit non soluta penu confestim atque potuit soluere, nulla etiam interpellatione præcedente, quippe quam sufficit hoc casu præcedere potuisse, vt Sabini sententiæ locus esse possit, non Pegasi, qui expectandū putabat, vt quod in priorem stipulationem deductū fuerat, præstari amplius non posset. Si tamen post moram semel contractam siue per interpellationē siue per cessationē solam in dando vel faciendo eo quod dari vel fieri ex priore stipulatione debuit, velit stipulator adhuc ex priore stipulatione agere vt detur vel fiat id de quo dando vel faciendo cōuenit, non poterit, quia sufficit sequentis stipulationis condicionem extitisse, vt ex priore agi amplius non possit. Quasi hoc ipso translata iam in secundam stipulationem tota vi prioris, quæ hoc casu per secūdam quasi nouata intelligitur, vt scriptū est in *d.l.obligationum ferè* 44 *§. vlt. de verb. oblig.* non fit verè nouatio ante existentem condicionem posterioris stipulationis, ex iuris regula de qua in *leg. si Stichum* 8. *§. & l.quoties* 14. *infr. de nouat.* Nēpe quia nouatio tum propriè fieri dicitur, cùm vnum idémque debitum est quod in priore obligatione fuit, & quod in posteriorem obligationem transfunditur. Hîc autem alia res est quæ in priorem stipulationem, alia verò quæ in posteriorem deducitur, vt Cuiacius tractat ad *d.l.ita stipulatus*. Quanquam nihil prohibeat ita fieri nouationē, vt quod ex priore cōtractu debebatur, desinat deberi ex prima obligatione, ex secunda verò non illud ipsum, sed aliud quiddam debeatur, puta si pro Sticho, quem mihi ex priore stipulatione debebas, stipuler nouandi animo Pamphilū. Non fieri tamē in hac specie verā nouationē ex eo intelligimus, quod ex priore, vt diximus, agi adhuc potest, vt idipsum fiat, quod in priorē deductum fuit, & morā ex priore factā esse necesse est, vt posterior stipulatio committatur, & condicio eius existat. Non potest autē fieri vt mora contrahatur ex ea obligatione ex qua non adhuc debeatur: nec rursus nouata dici stipulatio, ex qua adhuc debeatur, cùm nouatio nihil aliud sit quàm prioris obligationis peremptio, & in sequentem transfusio *l.1. de nouat.* Et vero cùm posterior stipulatio sit pœnalis, etiamsi in ea nō sit adiectum *pœnæ nomine*, vt ex hac lege apparet, certū est pœnali stipulatione nunquam nouari præcedentem obligationem, vt diximus ad *l.si quis à socio* 41. *supr.* & tractabimus latius cum Bartolo ad *l.prædia* 28. *infr. de act. empt.* An ergo dicemus eam quasi nouari, vt in *d.l. obligationum ferè §. vlt.* Non improbabiliter fortasse id quis tentauerit eo casu quo prior obligatio à stipulatione incipiat, cui statim subiecta sit stipulatio pœnalis vt in *d.§. vlt. & d.l.ita stipulatus in fine*. Sed si ab alio cōtractu prior obligatio cœperit, puta à societate, vt in hac lege, aut à vēditione, vt in *d.l.prædia*, aliud certè dicendum est nisi cōtractus ille nouādi animo deductus sit in stipulationē, cui postea subdita sit pœnalis stipulatio. Tunc enim perinde est, ac si prior obligatio à stipulatione cœpisset, quod vtrumque lex hæc optimè probat, quæ vult competere actionē Pro socio, etiāsi pacta in societate cōuenta deducta sint in stipulationē, si modò animus nouandi in ea stipulatione non interuenerit, secus verò si contractus societatis nouatus sit per stipulationem. Quāuis hoc casu non magis agi possit ex stipulatione nouante quàm ex contractu nouato, si modò subiecta sit pœnalis stipulatio, quia & stipulatio ipsa quæ priorem actionē extinxit & nouauit, quasi nouatur per subsequētem stipulationem pœnalem *d.§. vlt.* Denique siue pœna siue quid aliud in posteriorem stipulationē deducatur, quod sit loco eius rei quę in priorem obligationem deducta fuerat, nunquā vtrumque peti potest, nisi secunda stipulatio clausulam illam habeat, *rato manente pacto*, de qua suprà diximus ex *d. l. pen. su pr. de transact. l. rescriptū* 10 *§. si pacto de pact.* Sed tamen ex priore contractu qui nouatus non est, agi adhuc potest vt fiat quod ex eo fieri debuit. At ex stipulatione pura cui statim subiecta sit pœnalis stipulatio, agi nunquā potest ex quo mora in soluendo contracta fuit, quia iam commissa est sequens stipulatio quę primam in se transtulit *d.l.obligationū ferè §. vlt.* Ergo si verum amamus, cùm stipulatio pœnalis semper habeat condicionē illam expressā *si quod promissum est, factum non erit, aut si contra factum erit*, dicamus & admittamus ingenuè, per stipulationem pœnalem nouari præcedentem stipulationem puram, sed exemplo cæterarū condicionaliū omnium, tùm demùm cùm stipulationis pœnalis condicio extiterit *d.l.si Stichū* 8. *§. & d.l.quoties* 14. *de nouat.* In eoque nihil habere pœnalē stipulationē singulare, nisi quod in cæteris animus nouandi vel probādus vel saltē presumendus est, in stipulatione autem pœnali, ex natura negotij quod agitur, fit quasi nouatio, quia non illa mens contrahentium fuisse in dubio videri potest, vt & rem & pœnam stipulator habeat, nisi adiectū sit, vt diximus, *Rato manente pacto*, ne alioquin stipulatori, qui alterutrū duntaxat habere voluit, nos vtrumq; demus, quod absurdum esset, vt in *l. debitor* 59. *in fine primi responsi infr. ad SC. Treb.* Sed habet stipulatio pœnalis singularem condicionem quam alia nulla stipulatio cōdicionalis habere potest, cùm nouandi animo interposita est, *si priori stipulationi satisfactum non erit, statim atque id fieri poterit*. Stipulationes enim cæteræ condicionales, in quas animo nouandi deducitur idipsum, quod antea purè debebatur, faciunt vt neque ex pura stipulatione interim agi possit, quia in pendenti est, an ex ea stipulatione debeatur *leg. pecuniam* 36. *in fin. supr. de reb. credit.* quamuis si interim solutum sit, repeti non possit,

BIU Cujas

quia eundem debiturum esse certum est *l. Iulianus* 60. vbi diximus *supr. de condict. indeb.* At quoniam in pœnali stipulatione aliud semper est, quod ex pura stipulatione debetur, aliud verò pœna quæ in stipulationem condicionalem deducitur, non potest pendens condicio pœnalis stipulationis facere, quin ex priore quæ pura est, agere liceat: Imò, quod alterum singulare est in condicione pœnalis stipulationis, non aliter potest illa existere quàm si ex priore stipulatione debeatur, nec tamen quod debetur, soluatur statim atque solui potest, cum aliquo scilicet temporis spatio, vt Paulus ait in *d.l.* 1. §. *item si ita infr. ad leg. Falcid.* Supponit ergo priorem obligationem tenere, nec hoc tantùm, sed etiam ita tenere, vt neque obligatio neque actio, quæ ex ea proficiscitur, pendeat, alioqui condicio nunquam existeret, nec proinde fieri vnquam nouatio posset, nec si nouandi animus millies interuenisset. Cùm autem extitit condicio, id est, statim atque cessatum est in dando vel faciendo eo quod ex stipulatione prima fieri debuit, tum verò secũda stipulatio sola vi & potestate cõdicionis impletæ trahit & transfundit in se priorem, vt nonnisi pœnæ solutione liberari amplius debitor possit, nisi cum Cuiacio admittat purgationẽ moræ vsque ad litem contestatam. Quæ fuit Vlpiani sententia in penu legata *d.l.* 1. *de pen. legat.* & Iuliani in *d.l. cùm fine* 19. *Quand. dies legat. eod.* sed non Pauli in *d.l.* 1. §. *item si ita ad leg Falcid.* nec Sabini & Papiniani in *d.l. ita stipulatus.* Et sanè cùm sola conditionis existentia faciat, vt committatur stipulatio pœnalis, & vt prior transfundatur in posteriorem, fiatque quasi nouatio, vt scriptum est in *d.l. obligationum ferè* §. *vlt. de oblig. & action.* absurdum videtur dicere post nouationem iam factam admitti purgationem moræ. Quare nec illud probare possum quod aliquando ex clarissimi viri D. Ioannis Antonij Manutij præceptoris mei sententia probabam, tractari in *d.* §. *vl.* de stipulatione, non quæ pœnalis fuisset, sed in quã certa quantitas deducta esset ad taxãdum id quod stipulatoris interesset ob non factum id quod fieri debuisset ex consilio Iurisconsulti in *l. vlt. de prætor. stipulat.* Pœnalis enim stipulatio est, quoties certa quantitas in stipulationem deducta est sub ea condicione si quid datum vel factum non erit, id est, siue dandi siue faciendi fuerit prior obligatio quãuis non sit adiectum *Pœnæ nomine*, vt hæc lex omniũ apertissimè & clarissimè probat, quæ pecuniam in stipulationem deductam quamuis non sub pœnæ nomine, pœnam tamen vocat. Longiores fortasse hic fuimus. Sed neque quæstio neque sententia huius legis visa nobis est explicari breuius potuisse. Accursius sanè locum hunc non intellexit qui scripsit agi hic Pro socio ante commissam stipulationem pœnalem, non post: quod falsum esse nos suprà ostendimus.

1 ¶ Duo colliberti societatem coierunt lucri, quæstus, compendij, postea vnus ex his à patrono heres institutus est. alteri legatum datum est. neutrum horum in medium referre debere, respondit.

Ad §. 1. *Duo colliberti.*

RAT. DVB. Coita societas lucri quæstus & cõpẽdij latiùs patere videtur, quàm quæ lucri & quæstus tantùm mentionem fecit. Hæc enim non de alio lucro accipiẽda esse videtur, quàm de eo quod ex quæstu prouenit *l. sed etsi adiiciatur* 13. vbi diximus *supr.* Atqui quæstus appellatione id tantùm venit quod ex opera cuiusque acquiritur *l. quæstus* 8. *eod.* Hereditas autem & legatum non ex opera & industria heredis, vel legatarij venit, sed ex mera voluntate ac liberalitate testatoris, licèt ob meritum aliquod præcedens *l. nec adiecit* 9. *cum duab. seqq. supr.* At cùm compendij quoque nomen adiectum est, credibile fit idcirco adiectum esse, vt societatis materiam augeret, ne alioqui frustrà & inutiliter adiectio illa facta esse videatur, quod dici non debet *l. si stipulatus sic* 4. *infr. de vsur. l. si quando* 109. *de legat.* 1. Ergo inita à duobus collibertis societate lucri, quæstus & compendij dicẽdum videtur, & hereditatem, in qua vnus ex iis institutus est, & legatum alteri datum, in commune conferri debere.

DEC. Quemadmodum inita societas & quæstus & lucri nullum aliud lucrum complectitur, quàm quod ex quæstu venit *d. l. sed etsi.* Ita nec illa quæ compẽdij adiectionem habet. Nec enim latiùs patêre potest appellatio compendij quàm lucri, quæ tamen subiecta mentione quæstus, nonnisi ea lucra comprehendit, quæ ex quæstu veniunt. Ergo nec adiecta compendij mentio facere poterit, vt vel hereditas, vel legatum communicari debeat, sed restringendum erit vtrumque nomen ad quæstum, tanquam cuius significatio strictior sit, ac quę proinde latiorem lucri & compendij significationem restringere debeat, vt in *d.l. sed etsi*, vt euenit quoties plura vocabula adiiciuntur & miscentur, quorum alterum generis, alterum speciei denotationem habeat, siue priore, siue posteriore loco species generi subiecta sit, vt cum Bartolo diximus ad *d.l. sed etsi.* Quæstus enim lucri & compendij species est: compendium autem, non minùs quàm lucrum, nomen generis. Iunge *l. aditio* 45. §. *& cùm quæstus supr. de acquir. hered.*

72. GAIVS libro 2. Cottidianarum rerum, siue Aureorum.

SOcius socio etiam culpæ nomine tenetur: id est, desidiæ, atque negligentiæ. culpa autem nõ ad exactissimam diligentiam dirigenda est. sufficit enim, talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet. quia qui parum diligentem sibi socium adquirit, de se queri debet.

Ad l. Socius socio 72.

RAT. DVBIT. & DECID. ad hanc legem eadem est, quæ ad *l. cùm duobus* 52. §. *vtrum ergo supr. hoc tit.* vbi eadem sententia proponitur, quæ in hac lege, nisi quod Caius hîc totam rem apertiùs explicat, cùm ait, socium socio de culpa quoque teneri, id est, inquit, desidiæ atque negligentiæ nomine, cùm verò negligentiæ opposita sit diligẽtia, monet non ad diligẽtiã exactissimã dirigi hoc debere, quæ culpã leuissimã induceret, sed ad eam quã socius in suis

BIU Cujas

suis rebus adhibere solet, quamuis minus exactam quàm quæ à diligente patrefamilias adhiberi deberet, vt euenit in marito *l. si constante* 24. §. *si marius infr. solut. matr.* quoniam, inquit, is qui parum diligentem socium sibi acquirit, de se queri debet, qui tam parum diligentem amicum elegerit. Itaq; cùm sit in culpa malæ electionis, vt in *l. nam & Seruius* 21. §. *vlt. supr. de negot. gest. l. qui non tam idoneum* 11. *supr. commod.* nullum videtur damnum sentire quod ex culpa sua sentit *l. quod quis* 203. *de regul. iur.* Quomodo de depositario scriptum est in §. *præterea inst. quib. mod. re contr. oblig. l.* 1. §. *is quoque infr. de obligat.* & in aliis quos Accursius hîc refert, de quibus in *l.* 1. §. *hoc autem supr. si mens. fals. mod. dixer. l. diem proferre* 27. §. *stari supr. de recept. Qui arbitr. recep. l. item Mela* 11. *in princ. ad leg. Aquil.* Cætera diximus ad *d.* §. *vtrum ergo.* Iunge §. *vlt. inst. hoc tit. l. heredes* 25. §. *non tantùm supr. famil. erciscu.*

73. VLPIANVS libro 1. Responsorum Maximino respondit.

SI societatem vniuersarum fortunarum coierint, id est, earum quoq; rerum, quæ posteà cuique adquirentur: hereditatem cuiuis eorum delatam, in commune redigendam.

Ad l. Si societatem 73.

RAT. DVB. In societatem simpliciter & indefinitè contractam non veniunt lucra hereditatis, aut legati titulo acquisita *l. coiri* 7. *& seqq. supr.* Ergo nec in societatem vniuersorum bonorum, quamuis expressim factam, cùm oratio indefinita æquipolleat vniuersali *vul. l. si heres de legat.* 1.

DEC. Plus potest expressio etiam eorum, quæ tacitè alioqui insunt, & longè aliud iuris est, si quid tacitè insit, aliud si verbis exprimatur *l. si ita legatum sit* 65. §. 1. *infr. de legat.* Ergo mirum non est latius patere societatem, quæ expressim vniuersorum, vel quod idem est omnium bonorum facta est, quàm quæ bonorum simpliciter, & indefinitè, scilicet vt etiam hereditatem, & legatum & donationem cõprehendat *l.* 3. §. *cùm specialiter*, vbi diximus *supra*. Iunge §. *prox. infr.*

1 ¶ **Idem Maximinæ respondit: si societatem vniuersarum fortunarum ita coierunt: vt quicquid erogetur, vel quæratur, communis lucri, atque impendij esset: ea quoque, quæ in honorem alterius liberorum erogata sunt, vtrinque imputanda.**

Ad §. 1. *Idem Maximinæ.*

RAT. DVB. In contractibus & conuentionibus omnibus non minus quàm in stipulationibus generale est, vt persona nunquam supplenda sit, sed expressam eam esse oporteat *l. si ita stipulatus* 126. §. *Chrysogonus in fin. de verb. oblig.* Atqui ponimus in societate, quamuis vniuersorum bonorum conuenisse inter socios, vt quicquid erogaretur, vel quæreretur, cõmunis lucri & impendij esset, inter ipsos videlicet nulla liberorum facta mentione. Ergo non sunt supplendæ personæ liberorum, vt ea quoque quæ in honorem alterius liberorum erogata sunt, vtrisque imputentur, aut potiùs vtrinque, quomodo legitur in *Pand. Florent.*

DEC. In societate specialiter contracta vniuersorum bonorum lucra & damna omnia, cõpendia & impendia continentur. Quid enim aliud illa est, quàm omnis lucri & damni, cõmodi & incõmodi cõmunio? *l.* 3. §. *cũ specialiter l. si vnus* 67. *in princ. sup.* & proximè diximus initio huius legis. Atqui ad ipsorum quoque sociorum dignitatem & vtilitatem pertinet, vt eorum liberi honestè per gradus ad honores & dignitates promoueantur, quod sine impensa aliqua fieri non potest *l.* 1. §. *sed, an id quod* 18. *inf. de collat. bonor. iunct. l. quæ vtiliter* 45. *in princ. sup. de negot. gest.* Vnde est quod Vlpianus scribit in *l. quod apiscendæ* 40. *cum l. seq. inf. de donat. int. vir. & vxor.* quod adipiscẽdæ dignitatis gratia ab vxore in virum collatum est, eatenus ratum esse, quatenus dignitati supplendæ opus est, quia & mulieris interest virum ad honores promoueri. Ergo commune onus hoc sociorum esse debet, vt in *d.* §. *sed an id quod & l. ex parte* 39. §. *filius supr. famil. erciscu.*

74. PAVLVS libro 62. ad Edictum.

SI quis societatem contraxerit: quod emit, ipsius fit, non commune: sed societatis iudicio cogitur rem communicare.

Ad l. Si quis societatem 74.

RAT. DVBIT. In vniuersali societate coeunda traditio ficta rerum omnium, quę sociorum sunt interuenire intelligitur, ideoque statim res omnes vtrinque communicantur *l.* 1. *& 2. supr.* Ergo multo magis quod vnus ex sociis post contractam societatem emerit, commune esse debet, ita vt communicatione nulla opus sit.

DEC. Quod emitur, non priùs acquiritur emptori quàm ei traditum sit à venditore quem dominum fuisse ponimus. Traditionibus enim non nudis pactis dominia rerum transferuntur *l. traditio* 20. *l. nunquam nuda* 31. *de acquir. rer. domin.* Atqui ponimus vnum tantùm ex sociis rem emisse, & quidem sibi soli, non etiam socio, quod nec facere potuisset, tametsi maximè voluisset. Ex regula *l. quæcunque* 11. *de oblig. & action. l. stipulatio ista* 38. §. *alteri de verb. oblig.* Ergo non potest id fieri commune omnium sociorum, nec si ex communi societatis pecunia emptum proponatur, quia non ex cuius pecunia emptio facta sit, inspiciendum est, sed cui res tradita sit, aut cuius nomine *l.* 3. *& 4. l. multum in-*

BIU Cujas

tereſt 6. l. penult & vlt. C. ſi quis alteri, vel ſib i l. quoties 15. C. de rei vindic. Idipſum tamen quod emptum eſt, is, qui emit, communicare ſocio cogitur iudicio ſocietatis, cùm ſocietas vniuerſorum bonorum ſpecialiter contracta eſt, non aliter *l. cùm duobus 52. §. Papinianus aliàs l. ſi fratres ſuprà hoc tit. l. ſi patruus 4. C. commun. vtriuſque iudic.*

75. CELSVS libro 15. Digeſtorum.

SI coita ſit ſocietas ex his partibus, quas Titius arbitratus fuerit: & Titius antequam arbitraretur, deceſſerit, nihil agitur. nam idipſum actum eſt, ne aliter ſocietas ſit, quàm vt Titius arbitratus ſit.

Ad l. Si coita ſit 75.

RAT. DVB. Cùm nullæ partes in ſocietate adiectæ ſunt, æquales & viriles factæ intelligi debent *l. ſi non fuerint 29. ſupr. hoc tit.* Ergo ſi ita contracta ſit ſocietas, *Ex his partibus, quas Titius arbitratus fuerit*, quãuis Titius antequã arbitraretur, deceſſerit, non eò minùs dicẽdum eſt ſocietaté valere, tanquã æquis partibus conſtitutis, cùm de aliis non appareat. Tantóque magis quod in dubio ſemper capienda eſt ea interpretatio, per quam fit vt actus valeat potius quàm pereat *l. quoties 80. de verb. oblig. l. quoties 12. de reb. dub.* Maligna enim eſt interpretatio, per quam fit vt actus deſtruatur *l. ſi ita ſtipulatus 126. §. Chryſogonus verſ. ſequens ſtipulatio de verborum obligat.*

DEC. Societas non tantùm purè, ſed etiam ſub conditione contrahi poteſt *l. 1. ſupr.* Sub conditione autem contracta intelligitur per hæc verba, *Ex his partibus, quas Titius arbitratus fuerit.* Relatiuum enim iunctum verbo futuri temporis facit conditionem *l. Stichum qui meus erit 6. de legat. 1. l. ſcribit 34. §. 1. de aur. & argent. legat.* Conditiones autem ſunt perſonales, nec proinde egredi debent perſonam in conditione deſignatam, quia impleri debent in forma ſpecifica *l. Mæuius 55. l. qui heredi 44. de condic. & demonſtr. l. qui Romæ 122. §. Agerius de verb. oblig. l. ſi ita legatum 65. §. 1. de legat. 1.* Ergo cùm in propoſita ſpecie conditio ſocietatis collata ſit in arbitrium Titij pro conſtituendis partibus ſocietatis: conditio autem defecerit mortuo Titio ante dictum arbitrium, conſequens omnino eſt nihil actum videri, nullamque ſocietatem contractam eſſe. Conſtat enim contractus omnes conditionales, ſicut ante conditionis implementum perfecti non ſunt, ita deficiente conditione ſic corruere, vt nec inchoati vnquam fuiſſe videantur *l. pecuniam 36. ſupr. de reb. credit. l. hæc venditio 7. in princ. infr. tit. prox. l. neceſſariò 8. de peric. & commod. rei vendit.* Itaque non poteſt pro perſona Titij ſubſtitui perſona heredis, cùm arbitrium heredis Titij, nec electum ſit, nec eligi potuerit, cùm fuerit incertus *l. ſciendum eſt 70. de verb. ſignific.* Nec pro arbitrio Titij ſubſtitui arbitrium boni viri, cum de Titij non de boni viri arbitrio ſenſerint contrahentes, quamuis ſi Titius arbitratus quidem ſit, ſed iniquè, nõ excludat ea res arbitrium boni viri, per quod arbitrij Titiani iniquitas corrigatur, vt apparet ex *l. proxim. & ſeq. infr.* Idemque iuris eſſe Accurſius notat in venditione *l. vlt. C. de contr. empt.* in locatione *l. ſi merces 25. in prin. infr. locat.* & in ſtipulatione *l. ſi quis arbitratu 43. & ſeq. de verb. oblig.* vbi additur, etiamſi Titius in arbitrio reddendo moram fecerit, non eſſe tamen recedendum à perſona eius cuius arbitrium inſertum eſt. Et ideò ſi omnino non arbitretur Titius nihil valere ſtipulationem, adeò vt, etſi pœna adiecta ſit, ne quidem ipſa committatur. Sed non benè comparantur hac parte contractus bonæ fidei contractibus ſtricti iuris, vt dicemus ad *l. ſequ.* Neque verò in propoſita ſpecie potuit inter contrahentes agi apertius, vt neque aliter valeret ſocietas quàm ſi Titius arbitraretur, nec ad alium modum, quàm quem Titius arbitratus eſſet, id eſt, non ex aliis partibus, quàm quas ipſe conſtituiſſet, dũ ne manifeſta eſſet arbitrij iniquitas *d. l. prox. infr.* Non eadem ratio eſt inſtituendi heredis, quia neque in alienum arbitrium conferri poteſt inſtitutio, ne ſit captatoria *l. illa inſtitutio 32. l. captatoria 70. & ſeq. infr. de hered. inſtit.* Neque inutilis eſt inſtitutio, ſi teſtator aliquos heredes inſtituerit adiectis his verbis *ex partibus quas adſcripſero.* Tametſi enim nullas partes teſtator adſcripſerit, non eò minus tamẽ valere debet inſtitutio tanquam ex æquis partibus facta *l. 2. eod. tit.* Nimirum, quia pendet inſtitutio ex vnius teſtatoris voluntate: quæ nunquam illa fuiſſe credenda eſt, vt teſtamentum ſuum nullius momenti eſſe velit, & eam teſtandi viam elegiſſe, per quam teſtamentum ſubuerteretur *l. 3. infr. de teſtam. milit. l. ſi iure 18. de legat. 3.* Planè ſi teſtator ita ſcripſerit, *Ex qua parte Titius heredẽ me ſcripſit, Seius heres eſto*, non aliter valere inſtitutio poteſt quàm ſi ex aliqua parte Titius ſcriptus inueniatur, ſi Vlpiano magis quàm Marcello, aut potius Triboniano credimus, in *dicta l. 2.* quaſi ſub conditione facta inſtitutione, cuius conditio defecerit. De quo tamen videnda ſunt, quæ nos circa legis illius interpretationem alibi ſcripſimus. Conditio tamen propriè non eſt, quæ in præteritum tempus, non in futurum confertur *l. cùm ad præſens 37. & ſeqq. ſupr. de reb. credit.* Iunge *l. ſi ita ſcripſero 38. infr. de condic. & demonſtr.*

76. PROCVLVS libro 5. Epiſtolarum.

SOcietatem mecum coiſti ea conditione, vt Nerua amicus communis partem ſocietatis conſtitueret. Nerua conſtituit, vt tu ex triente ſocius eſſes, ergo ex beſſe quæris, vtrum ratum id iure ſocietatis ſit, an nihilominus ex æquis partibus ſocij ſimus. exiſtimo autem, meliùs te quæſiturum fuiſſe, vtrum ex his partibus ſocij eſſemus, quas his conſtituiſſet, an ex his, quas virum bonum conſtituere oportuiſſet: arbitriorum enim genera ſunt duo, vnum eiuſmodi: vt, ſiue æ-

ue æquum sit, siue iniquum: parere debeamus. quod obseruatur, cùm ex compromisso ad arbitrium itum est. alterum eiusmodi, vt ad boni viri arbitrium redigi debeat: etsi nominatim in persona sit comprehensa, cuius arbitratu fiat.

Ad l. Societatem 76.

RAT. DVB. Cùm societas, aut alia quælibet cõtractus species collata est in arbitrium certæ personæ, non est recedendum à persona illa, vt diximus ad legem præcedentem ex *l. si quis arbitratu* 43. Ergo si societatem mecum coieris ea lege, eoque pacto, vt communis amicus noster Nerua partes societatis constitueret, Nerua autem constituerit, vt tu ex triente socius esses, ego ex besse standum omnimodo est arbitrio Neruæ, siue æquum illud sit, siue iniquum *l. diem proferre* 27. §. *stari supr. de recept. Qui arbitr. recep.*

DEC. Arbitrorum duo sunt genera, vt eleganter Proculus in hac lege scribit. Vnum eiusmodi, vt siue æquum, siue iniquum arbitrium sit, parere arbitrio debeamus. Quod obseruatur, inquit, cùm ex compromisso ad arbitrum itum est *d. §. stari*, vbi diximus, alterum eiusmodi, vt ad boni viri arbitrium redigi debeat, etsi persona nominatim comprehensa sit cuius arbitratu fiat, nempe si iudicio bonæ fidei agatur, non etiam si stricto puta ex stipulatione *d. l. si quis arbitratu.* Latiorem enim recipiunt interpretationem contractus bonæ fidei quã stipulationes conuentionales, quæ sunt stricti iuris, quia bona fides, quæ constituit contractus bonæ fidei, summam æquitatem desiderat, & ex æquitate potissimum æstimatur *l. bona fides* 31. *supr. depos. l. ex empto* 11. §. *qui autem & l. bona fides* 50. *infr. de action. empt.* Arbitrium autem boni viri nunquam iniquum esse potest, cùm æquitas per se sit semper certa, licet non omnibus cognita, sicut & ius ipsum semper certum esse dicimus *l. 2. infr. de iur. & fact. ignor.* Iuris enim præcipua & nobilissima pars in æquitate consistit *l. in omnibus quidem* 90. *de regul. iur. l. placuit* 8. *Codice de iudic.* In stipulationibus conuentionalibus, quæ omnes stricti iuris sunt, & quia stricti iuris sunt, aliud iuris est. Nullam enim æquitatis rationem admittunt, nec aliud quicquam, nisi quod verbis expressè comprehensum est *l. quicquid adstringendæ* 99. *de verbor. oblig.* Prætoriarum alia ratio est, quia recipiunt interpretationem ex mente Prætoris *l. in conuentionalibus* 52. *eod.* Prætor autem omnia quæ ex sua iurisdictione pendêre voluit, æstimat ex æquitate, ac proinde ex arbitrio boni viri *l. vir bonus* 18. *infr. iudic. solui l. pen. & vlt. supr. de procurat.* Idemque in testamentis iuris est, si fortè pater dotem filiæ constituerit arbitratu tutorum, vt in *l. si filiæ pater* 43. *de legat. 3.* Etsi enim actio ex testamento stricti iuris est non bonæ fidei *l. aliàs 6. sup. de in lit. iur. l. si heres 5. de eo quod cert. loc.* in plerisque tamen actionum bonæ fidei naturam imitari solet *l. in minorum 3. Cod. de in integr. restit. minor. l. 1. infr. de legat. 2.* Neque contrarium est quod in *l. præcedente*, diximus ex Celso, si coita sit societas ex iis partibus, quas Titius arbitratus fuerit, & Titius, antequam arbitraretur, decesserit, nihil agi, quoniam idipsum actum sit, ne aliter societas sit, quàm vt Titius arbitratus fuerit. Aliud enim est de eo casu tractare, quo Titius nihil arbitratus sit, quod antequam arbitraretur, decesserit, vt in *d. l. præced.* An verò arbitratus quidem sit, sed ita vt iniquum sit eius arbitrium, quod proinde ad viri boni arbitrium redigi debeat. Priore casu nihil arbitrante Titio, societas ipso iure nulla est, quia Titij persona electa fuit à qua nõ est recedendũ, nec magis in contractu bonæ fidei quàm in contractu stricti iuris, cùm sit ex bona fide pacta seruari *l. 1. supr. de pact. l. 1. de pecun. cõstit. l. 1. §. si conuenit sup. depõsit.* At posteriore casu cùm Titius arbitratus est, sed iniquè, redigenda res est ad arbitrium boni viri, quia id bona fides postulat. Nec tam receditur à persona, quàm ab arbitrio & iniquitate arbitrij, quod lõgè diuersum est, nec fortassis à Cuiacio tam benè quàm ab Accursio intellectum. Hoc verò in contractu bonæ fidei tantùm excepta locatione *l. si merces* 25. *infr. locat.* & emptione & venditione *l. vlt. C. de contr. empt.* quia statim atque certa quantitas mercedis, vel precij taxata fuit, perfecta locatio & emptio est, quæ deinde nonnisi certis & legitimis modis rescindi potest *l. 2. C. de rescin. vendit. l. 3. C. commun. vtr. iudic.* Itaque si non merces, sed operis adprobatio in alienum arbitrium collata sit, perinde haberi debet, ac si viri boni arbitrium comprehensum fuisset, vt Paulus scribit in *l. si in lege* 24. *in princ. infr. locat.* At non etiam in contractu stricti iuris *d. l. si quis arbitratu.* Planè si in arbitrium alterutrius contrahentium res collata sit. Placet quod Cuiacius notat ad *d. l. si quis arbitratu.* nullam hac parte differentiam esse inter contractus bonæ fidei & stricti iuris, sed videri collatum omni casu in arbitrium boni viri quod arbitrio alterius contrahentium permissum est ex *l. si libertus ita iurauerit* 30. *infr. de oper. libert. l. 3. C. de dot. promiss.* Alioqui non valeret stipulatio in rei promittendi arbitrium collata conditione *l. stipulatio* 17. *de verb. oblig.* adeoque nec venditio, cuius condicio collata esset in arbitrium venditoris *leg. hæc venditio* 7. *l. quod sæpè* 35. §. 1. *infr. tit. prox.* quæ sumpta est ex eodem Vlpiani libro 28. ad Sabinũ quod & Cuiacius obseruauit, nec locatio, quæ collata esset in arbitrium locatoris, de qua in *l. prox. infr.* & in *d. l. si in lege.* Separandi igitur sunt arbitri simplices, quos vulgò arbitros iuris vocant, ab arbitris arbitratoribus, qui & arbitratores simpliciter appellantur, de quibus latum, nec indulgentem tractatum hîc instituit Bartolus, quem tamen per singulas quæstiunculas, & per numeros prosequi nõ est operis & instituti nostri. Sufficiat dixisse cum Proculo, præcipuam hanc esse inter eos differentiam, quod sententiæ arbitrorum, ad quos ex compromisso itum est, omnimodo parere oportet, siue æqua sit, siue iniqua, quoniam imputare sibi debet, qui tales arbitros compromisit, vt scriptum est in *d. l. diem proferre* 27. §. *stari supr. de recept. qui arbitr. recep. l. si dictum* 56. § *si compromisero infr. de euict.* adeò vt nec ab eiusmodi sententia possit appellari, quia nec rei iudicatæ vim obtinet, nisi metu pœnæ *l. 1. C. de recept. arbitrii l. 2. supr. eod. ill. tit.* quamuis compromissa redacta dicantur ad instar iudiciorum *l. 1. eod.* Solaque superest ei, qui læsus fuit, exceptio doli mali ex clausula doli mali, quæ compromissi stipulationi subiici solet, si quid vel arbitrorũ, vel ipsius etiam aduersarij dolo factum esse dicatur *l. 3. C. eod. l. ita demum* 31. *in princ. l. non distinguemus* 32. §. *cùm qui-*

BIU Cujas

dam supr.eod.ill.tit. Alio tamẽ iure vtimur, vt etiam ab huiusmodi arbitris hodie appellari possit, perinde atque à iudicibus, vt petatur reductio ad arbitrium boni viri, etiam nulla præstita pœna, quousque arbitri sententia confirmata sit, non sine magno Reipublicæ malo, ad quam certè pertineret maximè, ne lites ab arbitris compromissariis decisæ beneficio huiusmodi appellationis contra iuris rationẽ longiùs protraherentur. Nec sanè vllus iuris nostri locus est, quo probari possit appellationes huiusmodi à sententiis arbitrorũ, qui ex cõpromisso pronunciarunt admittendas esse: extra casum *d.§.cùm quidam*, vbi tamen totum illum versiculum *Per hanc ergo exceptionem* interpretis, non Pauli esse ostendimus. Cætera de arbitris compromissariis ex ipsim⁹ ad *d.§.stari*. At arbitratorum alia ratio est. Non enim tanquam iudices eliguntur, sed tanquam viri boni, nullaque compromissa pœna. Nec proinde vlla fit iis iniuria, si postuletur, vt iniquũ eorũ arbitriũ ad boni viri arbitriũ redigatur, etsi persona nominatim cõprehẽsa sit, cuius arbitratu quid fiat, vt hîc Procul⁹ scribit. Sed tamẽ manifestã arbitrij iniquitatẽ esse oportet, vt per bonæ fidei iudicium corrigi possit, vt scriptum est in *l.vnde si Neruæ 79.infr.& in d.l.maioribus 3.C.commun. vtriusque iudic.* Ea siquidem ferè mens est omnium, qui se arbitratui alieno substituũt, vt nõ immodicè tamen obligari velint, sed id faciant, quòd sperent eum rectè arbitraturum, quomodo Celsus scribit in *d.l.si libertus ita iurauerit 30.infr.de oper.libert.* Exemplum adfert Proculus, si in proposita specie Nerua electus arbitrator constituisset, vt alter ex sociis ex millesima tantùm parte socius esset, alter verò ex aliis omnibus millesimis. Sic enim locum hunc intelligendum, legendumque esse arbitror, non vt vulgò *Ex duabus millesimis partibus*, aut vt Florentiæ multò peius *ex duobus millesimis*. Quid enim aliud esset constituere, vt vnus ex sociis, socius esset ex millesima tantùm parte, alter verò ex duabus millesimis, quàm illud ipsum quod à Nerua constitutum proponebatur, vt vnus esset socius ex triente, alius verò ex besse? Quod nec Accursius, nec Bartolus diffitentur. Quid enim obsecro est in huius Neruæ arbitrio tam prauum, vt manifesta eius iniquitas appareat, quam proinde per iudicium bonæ fidei corrigi, vel necesse, vel æquum sit? nisi fortè dicere volumus non aliter æquum videri posse arbitrium arbitratoris quàm si tale sit, vt æquæ partes societatis fiant. Quod ipsum tamen idem Proculus apertè negat, cùm ait in *d.l. quid enim*, posse conueniens esse viri boni arbitrio, vt non vtique ex æquis partibus socij simus, si fortè alter plus operæ, industriæ, gratiæ, vel pecuniæ in societatem contulerit, vt & Pomponius scribit in *l.si societatem 6.* & Vlpianus in *l.si non fuerint 29.supr.* Quare nec probare possum quod ex *d.l.quid enim*, Bartolus inferri posse credidit, corrigendum esse arbitrium, si vel in sexta parte vnus ex sociis læsus sit, cùm non aliter immodica, &, vt loquuntur, enormis læsio interueniat, quam si vltra dimidiam læsus quis proponatur *l.2.l.si voluntate 8.C.de rescind.vend.* Sed Bartolum hîc sanè locus fefellit, in quo eam speciem proponi crediderunt, quæ nonnisi sextæ partis læsionem contineat, si vulgatam lectionem sequare, quã diximus non alium sensum habere posse, nisi vt ex triente tantùm alter ex sociis socius sit, alter verò ex besse. Eadem namque proportio est vnius millesimæ ad duas millesimas, quæ trientis ad bessem. Et tamen quis non videt Proculum in *d.l.quid enim*, aliud exemplum adferre voluisse longè iniquioris arbitrij quod constituere Nerua potuisset, quàm quod ab eo constitutum fuerat? Atqui non erit iniquius, si nec aliud sit. Corrigenda igitur lex est, vt Neruæ arbitrium tale sit quod corrigi possit.

77. PAVLVS libro 4. Quæstionum.

VEluti cum lege locationis comprehensum est, vt opus arbitrio locatoris fiat.

Ad l.Veluti 77.

Est exemplum hoc de locatione collata in arbitrium non extranei, sed ipsius locatoris. Qui casus longè minorem dubitationem recipit, vt in locatoris tanquam in boni viri arbitrium collata res esse videatur, scilicet quod ad operis conducti adprobationem. Nam si merces ipsa in qua locationis substantia consistit, non minùs quàm substantia emptionis in precio, collata sit in arbitrium locatoris aut conductoris, non potest contractus valere, ne quidem quasi collatus in arbitrium boni viri, sicuti nec valeret venditio, cuius precium collatum esset in arbitrium venditoris, aut emptoris *l.in vendentis 13.C.de contr empt.l.hæc venditio 7.infr.tit. prox.* Quemadmodum locatio & venditio pari passu ambulant, si aut merces, aut precium conferatur in arbitrium tertij *l.vlt. C. de contr.empt.l.si merces 25.infr.locat.* At cùm lege locationis comprehensum est, vt opus arbitrio locatoris fiat, valet locatio, recipitque illam interpretationem, vt arbitrio boni viri opus fieri necesse sit *l.si in lege 24.eod.tit.d. l.hæc venditio infr.tit.prox.* Multò magis si in arbitrium tertij operis adprobatio conferatur, vt Paulus addit in *d.l.si in lege.*

78. PROCVLVS libro 5. Epistolarum.

IN proposita autem quæstione arbitrium viri boni existimo sequendum esse. eo magis, quòd iudicium pro socio bonæ fidei est.

Ad l.In proposita 78.

Respondet in hac lege Proculus ad quæstionem propositam in *l.societatem 76.supr.* & ait condicionem illam & legem societati dictam, vt Nerua cõmunis amicus partes societatis constitueret, sic accipiendam esse, vt arbitrium Neruæ tanquam viri boni sequendum sit. Non ob id solùm quod ea mens contrahentiũ fuisse videatur, sed etiam quod bonæ fidei iudicium sit Pro socio, ac proinde eiusmodi quod bonam fidem semper adnexam habere debeat, & æquitatem. Non est autem bona fides, aut æquitas certior quàm quæ confertur in arbitrium boni viri, quod in se semper certum est, vt Cuiacius ad Paulum scribit in legem præcedentem & sequentem.

79. PAVLVS

79. PAVLVS libro 4. ad Edictum.

VNde si Neruæ arbitrium ita prauum est, vt manifesta iniquitas eius appareat: corrigi potest per iudicium bonæ fidei.

Ad l. Vnde si Neruæ 79.

Consentit in hac lege Paulus cum Proculo in lege præcedenti, eadem scilicet specie ab vtroque tractata. Nec dubitat, quin si Neruæ arbitrium ita prauum sit, vt manifesta eius iniquitas appareat, corrigi possit & debeat per iudiciũ Pro socio quod bonæ fidei est, nec tantùm bonæ fidei, vt alia pleraque, sed in quo bona fides exuberare maximè debet *l. 3. C. hoc tit.*

80. PROCVLVS libro 5. Epistolarum.

QVid enim, si Nerua cõstituisset, vt alter ex millesima parte, alter ex duobus millesimis partibus socius esset? Illud potest conueniens esse viri boni arbitrio, vt non vtique ex æquis partibus socij simus: veluti si alter plus operę, industriæ, gratiæ, pecuniæ in societatem collaturus erat.

Ad l. Quid enim 80.

Exemplum adfert Proculus arbitrij quod ita prauum sit, vt manifesta eius iniquitas appareat, ne dubitari possit, quin per æquitatem iudicij bonæ fidei corrigendum, & emendandum sit. Quid enim, inquit, si Nerua constituisset, vt alter ex millesima parte, alter ex duobus millesimis partibus socius esset? In quo tamẽ exemplo illud perobscurum meo iudicio & difficile est, quod non aliud videtur exemplum hoc quàm eius ipsius arbitrij, quod constitutum à Nerua fuisse dixerat is, qui Proculum per epistolam consuluerat, vt scilicet tu ex triẽte socius esses, ego ex besse. Est enim eadem proportio vnius millesimæ ad duas millesimas, quę triẽtis ad bessem. Quod nec Cuiacius ad Pauli quæstiones diffitetur, existimans nihil diuersum esse in hac Proculi suppositione, quàm illud ipsum quod propositum fuerat ex facto in *dict. l. societatem 76. supr.* quasi Proculus vulgo se accõmodet, quomodo ille loquitur, vt vulgò manifestiorem arbitri iniquitatem faciat, nempe, si ita est, vt stulto & fatuo cuilibet de plebe imponeret, qui videbat se peritiori nulli posse imponere. Miror verò, nec satis possum mirari ingenium viri doctissimi, qui in tam absurda & ridicula interpretatione sibi satisfecerit. Voluit, credo, vt Proculus, vulgo se accommodare & rudioribus imponere, si quis fortè tam stultus sit, vt ei velit credere. Quid enim absurdius est, quàm existimare Proculum ad comprobãdam suam sententiam illud ipsum exemplum attulisse, quod erat positum in quæstione? An non denique verba illa *Quid si Nerua constituisset*, apertè casum illum exprimunt, quo Nerua aliud constituisset quã quod in proposita facti specie constituerat? An nõ rursus, si nihil nisi sensum & captum vulgi spectes, multò obscurior est iniquitas arbitrij, quo constitutum est, vt alter sit socius ex millesima tantùm parte, alter verò ex duobus millesimis, quàm cùm fuit constitutum, vt vnus sit socius ex triente, alius verò ex besse? An non in specie huius legis longè difficilior proportionis indagatio est? Aut quis ausit dicere tam prauum esse arbitrium Neruæ constituentis te socium ex triente, me autem ex besse, & tam manifestam esse huius arbitrij iniquitatem, vt corrigi omnimodo debeat per iudicium bonæ fidei? Nam cùm vtique non sit necesse, vt socij simus ex æquis partibus, quænam obsecro aliæ partes constitui possunt æquiores, quàm vt vnus trientem ferat, alius bessem? *l. si non fuerint 29. supr. hoc tit.* Igitur vel legendum est, *alter ex omnibus aliis millesimis partibus*, vt diximus ad *l. societatem 76. supr.* Vel quod mihi tandem probabilius videtur, delenda sunt illa omnia, *alter ex duobus millesimis partibus*, aut vt Cuiacius legit *ex duo millesimis*, & imperito interpreti adscribenda, putanti forsasse locum fore mutilũ, si ita legeretur, *vt alter ex millesima parte socius esset.* Quasi verò non statim consequens fiat etiam nullo addito, alium igitur ex reliquis omnibus partibus socium fore? ergo non potuit Nernæ arbitrium, aut iniquius, aut manifestius iniquum supponi, quàm si constituisset, vt alter sociorum ex millesima tantùm parte socius esset. Quid prauius, quid iniquius possit, vel vir malus & pessimus constituere? Meritò igitur tale arbitrium, & tam prauum corrigendum esset per iudicium Pro socio, quod bonæ fidei est: nunquam enim, nulloq; casu vir bonus tam improbè & iniquè arbitraretur. At vt socij simus, tu ex triẽte, ego ex besse, conueniẽs esse potest arbitrio boni viri, veluti si alter plus operæ, industriæ, gratiæ, vel pecuniæ in societatem collaturus erat, vt subiicitur in hac lege, vt iam diximus in *l. si societatem 6. supr. hoc tit.* Nihil enim esset iniquius, quàm æquas hoc casu fieri partes societatis. Illud sanè admitto, quod Cuiacius contra Iacobum de Arena disputat, non esse hîc ponendos tres socios, quorum vnus sit socius ex millesima tantùm parte, alter ex duabus millesimis, tertius ex reliquo. Nam præter id, quod vt ille ait, *alter*, dicitur de duobus, *vnus* autem de pluribus, cõstat ex specie Proculo proposita in *dict. l. societatem*, duos tantùm fuisse socios, quorum alter fuerit socius ex triente, alter verò ex besse. Etsi verò supponit hæc lex aliud arbitrium Neruę, quàm quod reuera interuenerat, retinet tamen eundem casum, easdemque personas, inter quas secundùm hoc tam iniquum Neruæ arbitrium interuenire potuerit. Nostra igitur posterior emendatio prorsus admittenda est, quæ totam illam adiectionem tollit, *alter ex duobus millesimis partibus*, non modo tanquã superuacuam, sed etiam tanquam ineptam & malè concinnatam, siue legas *duobus*, & retineas *partibus*, siue *duo millesimis* cum Cuiacio, quod esset insolentius. Siue denique dictionem illam *partibus* tollas, quæ & asteriſco notata est in *Pand. Florentinis*, tan-

BIU Cujas

quam irreptitia & suspecta. Et certè tanta lectionum varietas, quarum nulla sit satis elegans & digna Proculo, mihi tanto faciliùs persuadet, totam adiectionem hanc imperiti esse interpretis.

81. PAPINIANVS libro 9. Quæstionum.

SI socius pro filia dotem promisit, & priusquam solueret, herede ea relicta decessit, quę postea quā cū marito de exigēda dote egit, acceptò liberata est. quæsitum est, an si pro socio ageret, dotis quātitatem percipere deberet? si fortè conuenisset inter socios, vt de communi dos constitueretur: dixi, pactum non esse iniquum: vtique si non de alterius tantùm filia conuenit. nam si commune hoc pactum fuit: non interesse, quod alter solus filiam habuit: alter non habuit. [a] cæterùm si numeratam dotem pater, defuncta in matrimonio filia, recuperasset: reddi pecunia societati debuisset, pactum ex æquitate sic nobis interpretantibus. [b] quod si salua societate, diuortio matrimonium solutum foret: cum sua causa dotem recuperari, scilicet vt ea vel alij marito dari possit. nec si prior maritus facere non posset: denuo de societate constituendam dotem, nisi nominatim ita conuenisset. [c] Verum in proposito largius interesse videbatur: an dos numerata esset, an verò expromissa. [d] nam si filia datam dotem post. ea, quàm patri heres exstitit, iure suo recepisset: non esse referendam pecuniam societati, quam mulier habitura fuit, etsi alius hæres exstitisset. Quod si accepto à marito liberata esset: nequaquam imputari posse societati, non solutam pecuniam.

Ad l. Si socius 81.

Mallem detracta condicione hunc locum sic legere, *Socius pro filia*, vt eorum quæ sequuntur constructio demonstrat. Cæterùm species legis non est obscura. Socius pro filia dotē promiserat, & priusquam genero eam solueret, relicta herede filia decesserat, & ita societate finita mulier cum marito egerat de dote, non quidem restituenda, quia soluta & exacta non fuerat, sed quæ exigenda manserat. Itaque acceptò liberata est. Nec enim ad aliud teneri maritus poterat, quàm vt accepto eam liberaret *l. promittendo* 41. §. *vlt. infr. de iur. dot.* Rectè autem *cum marito*, non autem, vt quidam legunt apud Accursium *cùm maritus ageret*, quæ nullius sensus lectio esset. Quæsitum est apud Papinianum: An si pro socio ageret filia, eademque patris heres contra defuncti patris socium præcipere dotis quātitatem deberet, *Si fortè*, inquit, *conuenisset inter socios vt de communi dos constitueretur.* Quibus verbis apertè Papinianus demonstrat, & ita apertè, vt non potuerit apertius, non fore locum quæstioni, si pactum de dotanda filia ex communi nullum intercessisset. Papinianus autem priusquam ad propositam quæstionem respondeat, ait pactum non esse iniquum, vtique si non de alterius tantùm filia conuenerit. Commune enim pactum & æquale esse oportet, vt æquum sit *l.* 1. *C. de pact. l. si pater* 12. *C. de inoffic. testam. l. de fideicommisso* 11. *C. de transact. l. quid tamen* 21. § *penul. supr. de recept. Qui arbit. recept. l. vlt. C. de fructib. & lit. expens.* Nec tamen necesse est, vt par sit & æqualis ex vtraque parte euentus. Sufficit enim vt esse potuerit. Neque hoc casu tam inspiciendum est quid ex postfacto eueniat, quàm quid pacti interpositi tempore prospici potuerit euenire posse. Nec quisquam audiendus est id petens, cuius contrarium non fuerat in contrarium euentum postulaturus *l. penult. C. de solut.* Proinde, quamuis alter ex sociis solus filiam habuerit, non eò minùs dotanda erit illa de communi. Ratio dubitandi ad hunc versiculum illa est, quòd patris officium sit dotare filiam, nec tantùm patris, sed etiam quod magis est, patrimonij paterni, ita vt transeat ad heredem *l. vlt. C. de dot. promiss.* Ergo non debet transire in socium, præsertim si occurrat inæqualitas aliqua, puta quod vnus ex sociis vnam tantùm filiam habeat, alius verò nullam, aut vnus duas, alius quinque, cùm vbi æqualitas non est, vix possit esse æquitas. Sed decidendi ratio est, quod nihil tam sit conueniens bonæ fidei quàm pacta ab initio conuenta seruari, sine quibus credibile est eum, qui contraxit, non fuisse contracturum *l. initio* 5. *l. vlt. C. de pact. intr. empt. & vendit.* etiamsi per eiusmodi pactum fiat, vt contractus suam naturam excedat *l.* 1. § *si conuenit supr. depos. l. naturalis* 5. §. *sed si facio infr. de præscr. verb.* Atqui ponimus pactum tale interfessisse, vt filia vnius ex sociis de communi dotaretur. Nec debet socius, qui filiam nullam habet, iniquam putare in persona socij conuentionem quam in sua æquam esse putauerit, cùm potuerit & ipse vnam, pluresve filias habere, & dubij euentus par ratio fuerit in vtrumque casum *d. l. si pater puella* 12. *C. de inoff. testam.* Quid ergo si pactum ea de re nullum præcessisse? Annon perinde dotanda esset filia ex communi, societate contracta omnium bonorum? Nam de huiusmodi societate locum hunc Accursius intelligit. Nec malè. Cùm enim de societate simpliciter contracta loquimur, non de alia intelligere sine diuinatione possumus, quā quæ sit omnium bonorum, non quæ certæ rei, aut negotiationis. Atque ita plerique sentiunt, onus dotandæ filiæ ad solum patrem, non etiam ad societatem, quamuis ea vniuersorum bonorum sit, non pertinere, si nullum pactum intercedat. Neque enim pecunia hæc in communem arcam vertitur, vt in

vt in l. prox. seq. nec directè vel indirectè pertinet ad commodum societatis *l. cùm duob. 52. §. si quis ex sociis supr.* cum ei præstetur quæ operas societati nullas tribuit. Dotata enim & nupta filia marito suo debet operas non societati *arg. l. quæstus 8. supr.* sed neque potest vnus ex sociis partem socij nec plus sua parte donare, non magis quàm aliter alienare *l. nemo ex sociis 68. supr.* Dotes autem etiam inter donationes iam olim computabantur *l. cùm multa 20. C. de donat. ant. nupt.* Nisi fortè poneres æquale fore inter socios onus dotandarum filiarum, si tot vnus ex sociis haberet filias quot alter. Alioqui non potest negari quin maxima ex inæqualitate emergat iniquitas, cùm filia dotata præcipuâ dotem sit habitura soluto matrimonio, vt finis huius legis probat, & nihilominùs reliqua lucra & commoda societatis cum cæteris defuncti patris sociis diuisura, vt hic notat Gotthofred. ex Rolando à Valle *consil. 91. vol. 1.* vbi tamen concludit ille frequentiorem interpretum nostrorum opinionẽ eam esse vt societate bonorum vniuersorum contracta onus dotandæ filiæ vnius ex sociis ad totam societatem pertineat: Quòd inquit omnis impensa societati imputetur *d. l. cùm duobus 52. in fin.* etiã quod in honorem liberorum alterius erogatur *l. si societatem 73. §. 1.* nec sit nouum vt socius sentiat onus prouenies non ex societate, sed ex facto socij *l. ex parte 39. §. filius supr. famil. erciſc.* & quod magis est id quoq; quod actione iniuriarum socius per iniuriam iudicis condemnatus præstiterit *d. l. cùm duob. in fin.* Addit socio bonorum omnium, spe saltem & iure acquiri hereditatem socio delatã *d. l. si societatem 73. in princip. l. 3. §. 1. supr.* Ergo & onus hereditatis puta dotandæ filiæ socij ad eum delatæ transferendum esse. Item & huius legis fine in illis verbis *non esse referendam pecuniam societati* apparere filiam etiam citra pactum à parente cum eius socio initum, dotem præcipuam habere, si modò ei soluta fuerit. Quidni ergo etiam citra pactum ex cõmuni dotabitur? Adijcit Rolandus apud Gotthofredum, in societate bonorum omnium non attendi, vtrum plus lucretur vnus, quàm alius, vel vnus plus impendat quàm alter, sed omnia generaliter & si non æqualiter saltem ex partibus societatis partienda esse, adeoque quod ad propositã quæstionem accedit propius dotem ab vno sociorum acquisitam socio communicandam esse *l. quod si eo tempore 66. supr.* Eadem igitur lege dotata ab vno sociorum filia huiusmodi onus societati imputandum erit, denique familias sociorum ex communi alendas esse certum est. Ergo & dotandas, cũ is qui tenetur alere, teneatur etiam dotare. Valet enim argumentum ab alimentis ad dotem quippe quæ loco alimentorum succedit. His rationibus concludit Rolandus à Valle apud Gotthofredum hanc legem habere locum in societate vniuersorum bonorum, id est vt filia vnius socij ex bonis communibus dotanda sit etiam citra pactum. Quid dicemus? Negari enim non potest, quin anceps sit quæstio, & magnis in vtramque partem rationibus suffulta. Ego puto distinctionem adhiberi posse, An societas simpliciter contracta sit, an verò cum hac adiectione, vt sit vniuersorum bonorum. Et si enim etiam simpliciter coita societas, omnium bonorum esse intelligitur, facit tamen expressio vniuersorum bonorum vt latiùs pateat societas, & hereditatem quoq; ac legatum si quod obuenerit comprehendat *d. l. 3. §. 1.* Quẽadmodum enim latius patet, quantum ad hoc vt plura lucra comprehendat quàm si simpliciter & indefinitè contracta esset vt constat ex *d. l. 3. §. 1. & l. coiri 7. iunct. l. si societatem 73. in princip. supr.* Ita & latius patere debet ratione onerum & incommodorum ad societatem pertinentium, vt eadem fiat interpretatio lucri & damni. Nam cum specialiter vniuersorum bonorum societas contrahitur, perinde haberi debet, acsi expressè conuenisset, vt quicquid erogaretur vel quæreretur, communis lucri atque impendij esset. Quo casu cum ita ius sit, vt ea quoque quæ in honorem liberorum alterius erogata sunt, vtrique imputanda sint, quomodo disertè scriptum est in *d. l. si societatem 73. §. 1. supr.* An non æquè fauorabilis est, adeoq; fauorabilior causa dotis, vt ex bonis communibus dotari filia vnius ex sociis debeat etiam citra pactum? Est enim onus necessarium patris, vt dotet filiam *d. l. vlt. C. de dot. promiss. l. capite 29. de rit. nupt.* at non etiam vt quicquam eroget in honorem liberorum nisi velit. Neque huic nostræ distinctioni repugnat Papinianus in hac lege, vbi sicut de socio simpliciter & indistinctè loquitur, ita & de ea societate intelligi debet quæ simpliciter, & indistinctè coita sit. Sequitur,

a *Cæterum si numeratam dotem pater.* RAT. DVB. Mortua in matrimonio filia dos à patre profecta ad patrẽ reuertitur *l. iure succursum 6. infr. de iur. dot. l. vlt. C. commun. vtr. iudic. l. dos à patre 4. C. solut. matrim.* Atqui dos profectitia est quæcumque à patre datur filiæ etiam emancipatæ, quia profectitiam dotem facit nomen patris non ius potestatis *l. profectitia 5. §. si pater 11. infr. de iur dot.* Ergo si numeratam dotem pater mortua in matrimonio filia recuperauerit, debet ea cedere lucro patris in solatium amissæ filiæ, & ratione si non meri iuris saltem miserationis, *d. l. iure succursum.* Præsertim si vt in proposita specie pactum intercesserit inter socios de dotandis ex communi filiabus eorum. Dos enim ex consensu, & voluntate sociorum ab vno ex sociis propriæ filij data, non alias leges & conditiones recipere potest, quàm si ex propriis bonis patris data esset, cùm sufficiat datam esse à patre, vt profectitia dici possit non inspecto eo vnde pecunia prouenerit.

DE C. Pacta in contractu bonæ fidei qualis est contractus societatis, apposita interpretationem recipere debent ex æquitate, quam scilicet bona fides maximè desiderat quæ in his contractibus dominatur, *l. bona fides 31. supr. depos.* Atqui æquitas suadet, vt dos quæ ex societate profecta est, ad societatem reuertatur. Ratio enim miserationis quæ induxit vt patri succurreretur, non alia est, quàm ne miser pater & dotis & filiæ amissæ damnum sentiret, vt scriptum est in *d. l. iure succursum.* Quæ ratio euidenter cessat in patre qui non de suo dotẽ dedit filiæ, sed de communibus bonis societatis. Id ergo videtur huiusmodi pacto actum inter contrahentes, vt pater reuersam ad se dotem societati reddere cogeretur. Nec imputare pater sociis potest, cur in pacto hoc ipsum non expresserint, cũ esset hic casus mali ominis & omnino abominabilis præsertim patri *l. cum tale 72. in princip. infr. de condic. & demonstr.*

b *Quod si salua societate.* RAT. DVB. Dos ad patrem reuersa quæ ex bonis communibus societatis data fuerat, ad societatem redire debet, eiq; à patre reddenda est vt proximè diximus. Ergo e-

tiamsi diuortio solutum sit matrimonium, non potest eã pater alij marito dare nisi nouus sociorũ consensus interueniat. Alia enim dos est quæ alij marito datur, & in causã alterius matrimonij, nec tã facilè prior volũtas sociorũ ad aliã dotẽ aliúdq; matrimoniũ extẽdenda est, quomodo extẽdi posset redintegrato inter easdẽ personas matrimonio vt in *l. dotem 30. l. Diuus Seuerus 40. infr. de iur. dot. l. plerique 33. de rit. nupt. l. si mulier 19. solut. matrim.*

Dec. Dos quam mortua in matrimonio filia pater recuperat, non nisi cum sua causa recuperatur, sicuti nec alienatio vlla fit nisi cum sua causa *l. alienatio. 67. infr. tit. prox.* Atqui ea causa dotis profectitiæ est, vt quemadmodum mortua in matrimonio filia quomodo id est siue aliquibus liberis superstitibus siue nullis, vt docuimus *libr. 14. coniecturar.* dos ad patrem reuertitur, ita pater dotem ad se reuersam soluto per diuortium matrimonio filiæ seruare debeat, vt eam iterum nubenti filiæ dare possit. Quod apertius constituit Iustinianus *Nouell. 97. de æqualit. dot. cap. 5. vnde sumpta est Auth. sed quamuis C. de rei vxor. act.* Ergo pactum sociorũ de dotanda vnius ex sociis filia ex bonis communibus sic interpretandum est, vt dos ad patrem reuersa post solutum diuortio filiæ matrimonium, aut etiam morte mariti, eidem filiæ reddenda sit, ne maneat indotata *l. 2. infr. de pact. dotal.* Ex quo enim filia dotem habere cœpit, iam interest reipublicæ dotem ei conseruari, ne maneat indotata *l. 1. solut. matr. l. interest 18. de reb. author. iudic. possid. alias l. 4. de priuileg. credit. l. 2. de iur. dot.* Nec contrarium est quod vulgo iactatur, dotem primo matrimonio destinatam ad secundum matrimonium porrigi non debere, cùm aliæ nuptiæ interceserunt *l. si sponsalibus 58. in princip. l. dotis promissio 68. eod. tit.* Id enim ad dotem profectitiam non pertinet quæ semel filiæ data à patre, quamuis ad patrem reuersa, adhuc tamen eidem filiæ quandiu iterum nubere potest, conseruanda est, tanquam proprium ipsius filiæ patrimonium, *l. 3. §. ergo etiam supr. de minor. l. vlt. infr. de dot. collat.*

c *Nec si prior maritus facere non posset.* Rat. dvb. Potest pater dotem filiæ datam licèt ex communibus bonis, & ad se reuersam eidem filiæ iterum nubenti dare inuitis quoque sociis, cum quibus pactum interceſſit de filia ex communibus bonis dotanda, ne alioqui filia indotata remaneat, vt diximus. Ergo si maritus soluendo non sit, & nihil facere possit, cùm non teneatur suprà quàm facere potest, dicendum est denuò de societate constituendam esse dotem filiæ, alioqui fiet indotata. Inanis siquidem est actio quam debitoris eludit inopia, *l. nam is 6. supr. de dolo, iunct. l. maritum 12. & seq. solut. matr. l. non tantùm 20. & seqq. infr. de re iudic.*

Dec. Verba omnia quæ actum aliquem reiterabilem significant, de primo actu sunt intelligenda, *d. l. si sponsalib. & d. l. dotis promissio de iur. dot. vulg. l. boues 89. §. hoc sermone de verb. signific.* Ergo pactum inter socios initum de dotanda ex bonis communibus filia vnius ex sociis, quisquis ille sit (pactum enim commune esse oportet, vt diximus) sic interpretandum est, vt ad primam dotem restringatur, nec ad secundam trahatur. Non enim ratio eadem est secundæ dotis constituendæ eidem filiæ, quæ dotis primæ alteri marito dandæ. Illo enim casu eadem dos est licèt alius sit maritus & aliud matrimonium. At priore casu noua & alia dos est, qua onerari societatem non oportet nisi nominatim ita conuenerit, *arg. l. fideicommissa 11. §. si quis 18. de legat. 3.* Eo scilicet casu quo nec prima dos constitui potuisset ex bonis communibus si pactum de eo nullum interceſſisset. Alioqui quo casu prior dos citra pactum constitui potuit, etiam secunda poterit.

d *Verùm in proposito largè interesse videbatur.* Sic malo legere quàm vt in Pandectis Florentinis *largiter esse*, aut vt apud Accursium *largius interesse*. Hîc verò respondet Papinianus ad propositam initio legis quæstionem, an pro socio agens filia defuncti socij contra patris socios superstites præcipere dotem debeat. Ait autem, Multùm interesse an dos marito numerata esset an promissa. Priore casu non esse referendam pecuniam societati, sed præcipere mulierem eam debere, quamuis patri heres extiterit. Posteriore verò cùm nihil à marito retulerit nisi acceptilationem, nequaquam posse imputari societati non solutam pecuniam.

Rat. Dvb. Promissa dos æquè patrimonium est filiæ, atque ea quæ numerata est. Intelligitur enim abscessisse à bonis patris, *d. l. vlt. de dot. collat.* Ergo nihil interest an promissa tantùm dos fuerit, an numerata.

Dec. Imò multum interest. Nam si promissa tantùm sit, non potest imputari societati pecunia non soluta, id est, nõ potest videri ex bonis communibus societatis profecta esse dos quæ numquam soluta fuit. Ideóque nec locus quæstioni esse potest, an sit societati referenda, quæ ex societate sumpta numquam fuit. Sicuti nec de eo quæri potest, an dotanda sit ex bonis communibus filia hæc quæ nondum fuerit dotata, cùm nulla sit ampliùs societas mortuo patre qui vnus ex sociis erat, *l. actione 65. §. morte supr.* Nec eo minùs dotem aliquãdo habuerit hæc filia, quod ea dos numquam fuerit soluta, siquidem habuit dotem ex promissione marito facta à patre, quamuis ea obligatio per acceptilationem sublata sit, quam filia tanquam heres patris, qui promissam dotem numquam soluerat, acceptam facere coacta sit. Cùm enim filia heres patri extitit aut cuilibet alij qui dotem promiserit, perinde haberi debet acsi mulier ipsa dotem promisisset. Nec æquum est eius pecuniæ nomine mulieri condemnari maritum quam ipsa habeat, & satis est acceptilatione eam liberari *d. l. promittendo 41. §. vlt. infr. de iur. dot.* Remanet ergo mulier hoc casu sine dote nisi quam ipsa sibi ex paternis aliisve bonis constituat. At cùm dos à patre ex bonis communibus societatis numerata est, locus fit quæstioni, an ea dos societati referri debeat à qua profecta est, præsertim cùm filia heres patri extiterit, qui eam dotem si viuus recuperasset, societati reddere, vt diximus debuisset. Cur enim alio iure censeatur filia heres patris quàm quo pater ipse si viueret censeretur? Aut cur deterior sit, sociorum condicio ob id, quòd socius pater superstite filia, eâdémque herede relicta decesserit? *vulg. l. cùm à matre 14. C. de rei vindic. l. ex qua persona 143. de regul. iur.* Sed tamen aliud Papiniani iudicium est, non debere filiam referre societati dotem quam à patre licèt ex bonis communib. solutam ipsa mortuo patre à marito recuperauerit, sed præcipere eam debere, ratione illa pereleganti & certissima, quod eam dotem haberet ac retineret etiam alio herede existente. Quomodo in alia licet specie Paulus argumentatur in *l. sequens quæstio 68. de legat. 2.* Cum enim post dissolutam quoque morte patris societatem adhuc matrimonium steterit, non

potuit

potuit dos auferri marito, *l. Titia 62. in fin. de iur. dot.* neque ad patrem aut ad societatem redire, sed apud maritum remanere propter onera matrimonij *l. Pomponius Philadelphus 35. supr. Famil. ercisc.* Ergo siue numerata sit dos siue promissa, idem ius vtroque casu Papinianus constituit quantum ad hoc, vt non sit societati dos referenda à muliere, sed diuersum, quantum ad rationem duntaxat. Cum enim dos promissa tantum est, & per acceptilationem restituta, ideò societati referenda non est, quod numquam, si societate profecta fuerit. Cùm autem fuit numerata & à marito recuperata, idcirco societati referenda non est, quamuis filia patri heres extiterit, quod eam habitura erat filia suo iure, etiamsi alius patri heres extitisset. Sola enim filia semper habet dotem profectitiam, siue in patris potestate manserit, siue fuerit emãcipata, & siue exheredata, siue cum aliis instituta *l. vnic. §. videamus C. de rei vxor. act.* vt Accursius hîc notat. Denique priore casu numerata dotis præcipuam dotem habet filia, quia dotem habet à patre numeratã, & à marito restitutam. Posteriore verò non potest præcipere dotem, quam nullã habet, liberato per acceptilationem marito. Potest etiam Papinianus ita intelligi, vt non possit mulier imputare societati, cur non sit soluta pecunia, si fortè hoc prætextu vellet in diuisione societatis perinde dotem præcipere, acsi numerata dos fuisset. Non enim aduersus societatem agere maritus potuit, vt dos solueretur, sed tantum aduersus patrem, qui eam promiserat. Cui consequens fiet, vt non possit filia hæc dotem à societate exigere, quam nec à marito ipso exigere potuit. Et hic verisimilior Papiniani sensus esse videtur, quem nescio an Accursius noster bene perceperit.

82. IDEM libro 3. Responsorum.

IVre societatis per socium ære alieno socius non obligatur: nisi in communem arcam pecuniæ versæ sint.

Ad l. Iure societatis 82.

RAT. DVB. Omne æs alienum quod manente societate contractum est, de communi soluendum est, licet posteaquam distracta societas est, solutũ sit, *l. omne æs alienum 27. supr. hoc tit.* Ergo iure societatis socius socium æri alieno obligat, quamuis pecuniæ in rem & arcam communem versæ non sint. Quid enim aliud societas est quàm lucri & damni totius communio? *l. si vnus ex sociis 67. supr.* sibiq; debet imputare socius si socium minus prudentem elegerit *l. socius socio 72. supr.*

DEC. Non est permittendum socio, vt ære alieno societatem oneret, atque ita deteriorem faciat sociorum condicionem, quia non esset id ex bona fide: Nisi in communem arcam, id est in cõmunem totius societatis vtilitatem pecunia versa sit, saltem destinatione, inquit Accursius, vt nihil possit imputari ei qui æs alienum contraxit bona mente, & tanquam impensurus pecuniam in causam societatis, licet effectus secutus non sit, si modo per eum qui mutuã pecuniam accepit, non steterit. Etsi enim creditur contra socios debitoris sui, quibuscum non contraxit, actionem nullam habere potest, nec si pecunia in rem & vtilitatem societatis versa sit, nisi vnus ex sociis non suo, sed totius societatis nomine contraxerit, puta tanquã societatis procurator (solet enim in societatibus ferè omnibus procurator constitui qui solus omnium nomine societatem exerceat, quem sciant socij maioris esse vel diligentiæ, vel gratiæ vel industriæ vt in *l. adeo 59. in fine principij l. quid enim 80. in fin. infr.*) Ei tamen qui mutuam sumpsit pecuniã actio contra cæteros datur, vt ex communi pecuniam sumi & solui patiantur *d. l. omne æs alienum.* Nam & cum vnus ex sociis vniuersorum bonorũ aliquam rem emit suo nomine, constat non statim fieri eam communem, sed acquiri ei qui emit, licet subinde iudicio societatis communicare eam cogat *l. si quis societatem 74. supr.* Aliud iuris est si societas certæ tantum rei aut negotiationis contracta sit. Tunc enim non ad aliud æs alienum socij tenentur, quàm quod ex ea re & negotiatione pẽdeat *l. sed nec æs alienum 12.* vbi diximus *supr.* Iunge quæ scripsimus ad *d. l. omne æs alienum.*

83. PAVLVS libro 1. Manualium.

ILlud quærendum est: arbor, quæ in confinio nata est: item lapis, qui per vtrumque fundum extenditur: an, cum succisa arbor est, vel lapis exemptus, eius sit, cuius fundus, pro ea quoque parte singulorum esse debeat, pro qua parte in fundo fuerit. an, qua ratione duabus massis, duorum dominorum conflatis, tota massa cõmunis est: ita arbor hoc ipso, quo separatur à solo, propriámque substantiam in vnum corpus redactam accipit, multo magis pro indiuiso communis sit, quàm massa. sed naturali conuenit rationi, & postea tantam partem vtrumque habere tam in lapide, quàm in arbore, quantam & in terra habebat.

Ad l. Illud quærendum est 83.

RAT. DVB. Arbor in confinio nata hoc ipso quod separatur à solo propriam substantiam & nouam in vnum corpus redactam accipit, Nam ex arbore fit lignum, vt scriptum est in *l. ligni 55. §. idem libro secundo infr. de legat. 3.* Ergo debet arbor hęc postquam de fundo eruta vel succisa est, non communis esse eorum quorum nec fundus communis fuit, sed ad singulos pertinere pro qua parte in fundo ipso singulorum fuerat & pro diuiso: non autem pro indiuiso, quasi eadem re manente quę antea fuerat. Idemq; tractari potest in lapide qui per vtriusque fundum extensus fuit, & postea exemptus.

BIU Cujas

DEC. Naturali rationi conuenit tam in arbore quàm in lapide tantam partem vtrumque ex dominis habere quantam & in terra habuerat. Nam quandiu arbor, & lapis cohærent fundo è regione cuiusque finium, vtriusque sunt, ideóque nec in communi diuidundo iudicium veniunt, sed cùm aut lapis exemptus, aut arbor succisa vel eruta est, communem eam, pro indiuiso fieri necesse est. Exemplo massæ ex duabus duorum dominorum materiis conflatæ, quæ tota communis est, etiamsi aliquid ex prima separatum maneat. Ita enim & cùm arbor, vel lapis separatur à fundo, cõfunditur ius dominij, & quod erat finitis partibus, rursum confunditur, vt eleganter idem Paulus noster latiùs tractat in *l. arbor* 19. *supr. commun. diuid.* & Marcianus in *l. pro regione* 8. *iunct.* §. *vltim. legis præcedentis infr. de acquir. rer. domin.* Iunge quæ scripsimus ad *dict. l. arbor.* Et obserua legem hanc malè à Triboniano collocatam esse sub hoc titulo, & lõgè commodius collocari debuisse sub *Tit. commun. diuid.* Nam quod Accursius notat, hucusque actum esse de societate quæ consensu contrahitur, nunc verò agi de casuali societate, ridiculum est. Quasi verò ex hac lege nouum tractatum inchoare voluerit Tribonianus, qui hanc penultimam huius Tituli legem esse voluit. Neque rursum societas hic vlla est ne casualis quidem, sed tantum communio, quæ à societate multum distat, de qua in hoc Titulo, & quam non nisi tractatu habito fieri posse toties diximus. Iungenda igitur hæc lex est iis quas Cuiacius fugitiuas appellare solet.

84. LABEO libro 6. Posteriorum à Iauoleno Epitomatorum.

QVoties iussu alicuius vel cum filio eius, vel cum extraneo societas coitur, directo cum illius persona agi posse, cuius persona in contrahenda societate spectata sit.

Ad l. Quoties vlt.

RAT. DVB. Quemadmodum aliud est contrahere, aliud verò contrahenti consentire *l. aliud est vendere* 160. *de regul. iur.* Ita longè aliud videtur contrahere, aliud verò contrahi iubere. Ob eámq; nimirum causam comparata est à prætore actio, Quod iussu contra patrem vel dominum qui cũ filiofamilias aut seruo contrahi iussit *l.* 1. *& tot. tit. supr. quod iuss.* Ergo si quis cum filiofamilias societatem contraxerit, non nisi contra ipsum filiumfamilias directam pro socio actionem habere potest, non etiam contra eius patrem, qui cum filiofamilias iubente patre contraxit, satis enim ei esse debet quod patrem habeat actione Quod iussu obligatum.

DEC. In contrahenda societate eligitur industria certæ personæ §. *soluitur. Instit. hoc tit.* Atqui cum quis contrahit societatem iussu patris cum filiofamilias, non tam filij quam patris personam spectare intelligitur, sine cuius iussu non fuerat, vt verisimile est, cum filiofamilias contracturus. Ergo socius filijfamilias cum patre non cum filio in solidum agere potest, & quidem actione Pro socio directa, perinde acsi societas cum patre ipso coita esset, ita vt non filij, sed patris morte societas extingui debeat, quia solius patris persona spectata sit, quasi filiusfamilias adhibitus sit hoc casu tanquam minister duntaxat aut alius quilibet patris procurator. Nam si societas etiam per nuncium & procuratorem contrahi potest, *l.* 4. *suprà.* quidni per filiumfamilias siue à patre siue ab extraneo? *arg. l. quod meo* 18. *de acquir. poss. l. si quis Titio* 17. *de legat.* 2. Quare nec actionem Quod iussu existimo hoc casu locum habere quæ non nisi accessoria & prætoria est *d. l.* 1. *Quod iuss.* cui proinde locus esse non potest alia actione directa & ciuili contra patrem competente *l. vlt. eod.* Frustra enim qui ciuilem actionem habet, prætoriam desiderat & honorariam *l.* 1 *supr. de public. in rem act.* Hoc verò Accursius non intellexit qui putat in huius legis specie agendum esse pro socio cõtra filiumfamilias tanquam socium, contra patrẽ verò non nisi condictione certi ex §. *vlt. Instit. quod cum eo qui in alien. potest. l. si institorem* 29. *supr. de reb. credit.* Nec videt iis locis agi de pecunia credita cuius nomine non nisi certi condictio ex mutuo competere potest *l. certi condictio* 9. *& pass. ill. tit. & Instit. quib. mod. re contr. oblig. in princip.* Nos verò hic tractare de actione pro socio, quæ cum detur ad id quod interest, quod semper incertum est, condictio certi numquam dici potest *l.* 2. §. *incertam & l. vlt. infr. de stipulat. prætor. l. quatenus* 24. *de regul. iur.*

ANTO-

BIU Cujas

ANTONII FABRI

I.C. SEBVSIANI IN SVPREMO SABAVDIÆ SENATV PRÆSIDIS Primarij

RATIONALIA,

IN LIBRVM DECIMVM OCTAVVM PANDECTARVM.

Ad TIT. I.

De contrahenda emptione & venditione.

1. PAVLVS libro 33. ad Edictum.

RIGO emendi vendendíque à permutationibus cœpit. olim enim non ita erat nummus: neque aliud merx, aliud pretium, vocabatur: sed vnuſquiſque ſecundùm neceſſitatem temporum, ac rerum, vtilibus inutilia permutabat. quando plerumque euenit, vt, quod alteri ſupereſt, alteri deſit. Sed quia nõ ſemper, nec facilè concurrebat, vt, cùm tu haberes, quod ego deſiderarem, inuicem haberem, quod tu accipere velles: electa materia eſt, cuius publica, ac perpetua æſtimatio difficultatibus permutationum, æqualitate quantitatis, ſubueniret. eáque materia forma publica percuſsa vſum dominiúmque non tam ex ſubſtantia præbet, quàm ex quantitate: nec vltra merx vtrumque eſt: ſed alterum, pretium vocatur.

Ad l. 1.

RATIO DVB. Emptiones & venditiones ſunt iuris gentium, vt ſcriptum eſt in §. *vlt. huius legõ*, quemadmodum & cæteri penè omnes contractus perpaucis exceptis qui ſunt iuris ciuilis *l. ex hoc iure* 5. vbi diximus *ſupr. de iuſtit. & iur.* Atqui iuris gentium eadem ùm eſſe dicuntur, quæ naturalis ratio inter omnes homines ab initio conſtituit, quippe quæ apud gentes omnes vna ſemper eadémque eſt *l. 1. §. ius gentium l. omnes populi 9. eod.* Ergo non à permutationibus origo emendi vendendíq; cœpit, vt in hac lege Paulus ait, ſed à quo tempore diſtincta inter homines dominia eſſe & commercia inſtitui cœperunt.

DEC. Emptio non poteſt contrahi ſine precio, cùm eius ſubſtantia conſiſtat ex precio *l. pacta conuenta 72. verſ. Paulus notat. infr. hoc tit.* quia ſi non ſit ex vna parte merx, & ex altera precium, ſed vtrimque merx, (nam vtrimque verè precium eſſe non poteſt) dignoſci nequit vter ſit emptor aut venditor, vt ſubiicit Paulus in hac lege, & in *l. 1. infr. de rer. permut.* vbi addit, rationem non pati vt vna eadémq; res & veneat & precium ſit emptionis: nec rurſus poteſt conſiſtere precium niſi in pecunia numerata §. *item precium Inſtit. de empt. & vendit.* cuius præcipua fũctio in eo eſt, vt res omnes æſtimet, nec per eas æſtimari poſſit, *l. ſi ita fideiuſſorem 42. inf. de fideiuſſ.* Eſt enim nummus menſura rerum omniũ, præterquàm ſui ipſius, vt Ariſtoteles dicebat. Atqui non fuerunt nummi in vſu ab initio, ſed ex poſtfacto inducti ex neceſſitate commerciorum, quæ primùm in permutationibus penè ſolis cõſiſtebant, cùm id ageret vnuſquiſque ſecundum neceſſitatem temporum, ac rerum ſuarum vt vtilibus inutilia permutaret, ſic ferẽte rerum humanarum varietate ne dicam inconſtantia, vt plerunq; quod vni ſupereſt, alteri deſit. At cùm non poſſent per-

BIU Cujas

mutationes in eam rem sufficere, quia nec semper nec facilè concurrebat, vt cùm tu haberes quod ego desiderarem, inuicem haberem ego quod tu accipere velles. Eligi necesse fuit materiam aliquam cuius publica ac perpetua æstimatio difficultatibus permutationem æqualitate quantitatis subueniret. Eámque materiam, quia publicum vsũ habitura erat, publica forma percuti, ne fingi pro cuiuslibet arbitrio & subiici posset, & vt vsum dominiúmque præberet, non tam ex substantia sua quomodo merces cæteræ, quàm ex quantitate suæ æstimationis. Ea verò materia & forma nihil nisi nummus est, mira hominum arte non ipsa rerum natura comparatus. Igitur permutationes emptionibus, & venditionibus antiquiores fuisse necesse est, & emendi vendendíque originem, vt Paulus hîc præfatur, à permutationibus cœpisse: sine quibus nulla planè inducendi nummi necessitas fuisset, nec vllus denique vsus promiscuus commerciorum. Neque tamen eo minùs dicendum est emptiones & venditiones esse iuris gentium. Non enim ex antiquitate temporis aut vsus æstimandum est ius gentium, sed ex ratione naturali & gentibus omnibus communi, vt quicquid eiusmodi ratione inductum est, licet non à multis annis, iuris gentium dici debeat *d. l. omnes populi.* Quemadmodum è contrario iuris ciuilis esse, dicimus omnia, quæ ratio ciuilis induxit, cuiusmodi sunt stipulationes, & testamenta *§. de constituta Instit. de action. l. 3. infr. Qui testam. facer. poss.* quamuis omnes gentes iis hodie vtantur, Et testamenta iam longo ante Græcorum & Romanorum leges tempore in vsu fuerint, vt pluribus à nobis tractatum & disputatum est in nostra Iurisprudentiæ Papinianeæ scientia. Multa alia ad legis huius sententiam ac præfationem pertinentia, pete ex initio tractatus nostri de variis nummariorum debitorum solutionibus, vbi etiam pleraque de duplici vsu nummi materiali & formali, materiali quatenus in eo nihil nisi materiam aliis mercibus non dissimilem inspicimus, vt eam quoque sub mercis nomine comprehendamus: Formali verò quatenus nummus est certam perpetuámque æstimationem habens ad æstimandas res omnes cæteras *d. l. si ita fideiussorem l. 3. de in lit. iur. supr. l. 3. de eo quod cert. loc.* Exemplo quod idem Aristoteles adfert calcei, qui perinde duplicem vsum habet. Communem vnum, vt à sutore vendatur, & precij commodum adferat venditori, vt & alia merx quælibet. Alterum proprium & formalem, quatenus calceus est ad pedes calceandos. Materiam verò nummi qualem esse oporteat si quæras: Respondebo, qualem placet esse legislatori. Nam & ex corio nummos sæpius publica forma percussos fuisse, vt in summa temporum difficultate aurique & argenti ac æris penuria testantur historiæ. Publica enim forma & authoritas illa est, quæ nummo æstimationem præbet non materia & substantia nummi. Sed tamen certissimum est ad nummum conficiendum eam materiam eligi debere non solum quæ diutiùs durare ac difficilius corrumpi possit, qualis est materia auri, argenti, æris & aliorum huiusmodi metallorum, quæ non tam facile vsu consumantur, sed etiam cuius valor communis æstimationi formali nummi respondeat quantum fieri potest. Latrocinio enim publico proximum est, si talis moneta cudatur cuius bonitas intrinseca non adæquet extrinsecam, aut ad eã saltem proximè accedat. Bonitatem porrò monetæ intrinsecam eam intelligo quæ in materiæ qualitate, quantitate, ac pondere tota consistit, non autem eam æstimationem quæ publica authoritate nummo data est, etiamsi de nummo formaliter & quatenus nummus est loquamur. Et ita vno voto sentiunt omnes interpretes solo Molinæo excepto, qui in hoc maximè visus mihi semper est delirare, & contra quem ex professo hanc ob causam tractatum illum nostrum de nummariis solutionibus instituimus & edidimus, vt discant pragmatici non plus tribuere in posterum authoritati hominis quàm rationi, quomodo hucusque ab eorum plerisque factum est. Illud postremo obseruandum est in Republica benè constituta, qualis certe Romana fuit si qua vnquam alia, certã ac perpetuam esse debere nũmi materiam & æstimationem *d. l. 3. de in lit. iur. d. l. 3. de eo quod cert. loc.* Non vt his nostris miserrimis temporibus euenisse vidimus per singula momenta mutabilem, vnde fieri necesse est mira fœdaq; & nominum & rerum confusione, vt plerique nũmo iam non tanquam nummo, sed tanquam merce abutantur: Præsertim nummo aureo, cuius manente bonitate intrinseca augeri extrinsecam necesse est non solum ex inferiorum monetarum deterioratione, quod nos vulgo augmentum monetæ appellamus, sed etiam quod nummi aurei facilius minoréque incommodo huc atque illuc perferri possint, quod commodum vt cætera omnia etiam nummis æstimari, & comparari potest.

1 ¶ Sed, an sine nummis venditio dici hodie quoq; possit, dubitatur. veluti si ego togam dedi, vt tunicam acciperem. Sabinus, & Cassius, esse emptionem, & venditionem putant: Nerua, & Proculus, permutationem non emptionem hoc esse. Sabinus Homero teste vtitur, qui exercitum Græcorum ære, ferro, hominibúsque vinum emere refert, illis versibus Græcis:

Ἔνθεν ἄρ οἰνίζοντο καρηκομόωντες Ἀχαιοί,
Ἄλλοι μὲν χαλκῷ, ἄλλοι δ' αἴθωνι σιδήρῳ,
Ἄλλοι δὲ ῥινοῖς, ἄλλοι δ' αὐτοῖσι βόεσσιν,
Ἄλλοι ἀνδραπόδεσσιν. id est,

Hinc quidem vinum emebant comati Achiui:
Alij quidem ære, alij autem splendido ferro,
Alij verò pellibus, alij autem ipsis vacuo,
Alij autem mancipiis.

Sed hi

Sed hi versus permutationem significare videntur, non emptionẽ: sicut & illi:

Ἔνθ' αὖτε Γλαύκῳ Κρονίδης φρένας ἐξέλετο Ζεὺς,
Ὃς πρὸς Τυδείδην Διομήδεα τεύχε' ἄμειβε.

Hinc rursus Glauco Saturnius mentes exemit Iupiter,
Qui cum Tydide Diomede arma mutauit.

Magis autem pro hac sententia illud diceretur, quod aliàs idem poëta dicit,

--πρίατο κτεάτεσσιν ἑοῖσιν. id est,
--*emit possessionibus.*

Sed verior est Neruæ, & Proculi sententia. nam vt aliud est vendere, aliud emere, alius emptor, alius venditor: sic aliud est pretium, aliud merx. quod in permutatione discerni non potest, vter emptor, vter venditor sit.

Ad §. 1. Sed an sine nummis.

Hunc §. proximè iam satis explicauimus, cùm diximus precium in pecunia numerata consistere debere ex §. *item precium Instit. hoc tit.* Monet tamen Paulus controuersum hoc olim fuisse inter prudentes ipsos diuersæ scholæ authores. Aliud enim Sabinum & Cassium, vnde Sabiniani & Cassiani dicti, aliud Neruam & Proculum, à quibus Proculiani, existimasse. Sabinus & Cassius etiam rebus emptionem fieri posse putabant, id est permutatione quoque rerum emptionem & venditionem contrahi. Quam in rem cùm rationem iuris adferre nullam possent, vtebantur authoritate Homeri, qui in illis versibus, quos Paulus hic refert, hoc ipsum expressisse videbatur, dicebántque fuisse hoc vetustissimum genus emptionum & venditionum. At Nerua & Proculus, quorum sententia hic à Paulo adprobata & ab Imperatoribus in *l. penult. C. de rer. permut.* & à Iustiniano in *d. §. item precium*, tandem præualuit, tanquam longè verior, aliud scilicet esse emptionẽ, aliud permutationem, alioqui permutatis rebus nõ posse rẽ expediri, quænã videatur res veniisse & quę precij nomine data esse. Cũ tamẽ ratio nõ patiatur vtramq; rẽ & veniisse & emptionis preciũ esse. Deniq; permutationẽ propriã specie cõtractus esse ab emptione & vẽditione differẽtẽ: quod ex quãplurimis differentiis, quę inter hos cõtractus sũt, necessario probatur & cõuincitur, quas hic cõgerit doctissim⁹ Gotthof. Prima est, q̃ in emptione discerni facile est, vter emptor sit, vter vẽditor. Est enim vẽditor ille qui mercẽ vẽdit: emptor autẽ is qui preciũ dat pro merce, vt Paulus hic scribit & in *l. 1. inf. de rer. permut.* emptio perficitur nudo consensu §. *prox. infr.* Permutatio verò nõnisi traditione, quia in eo res tradita initiũ obligationi præbet *d. l. 1. de rer. permut.* Emptio contractus nominatus est, permutatio autẽ si vulgarib. interpretib. credimus, innominatus, quod tamen nos & in coniecturarũ libris & alibi sæpè refutauimus. Quodnã enim cõtractus nomen elegãtius, aut significãtius esse potest quàm permutationis? Ab emptione discedi potest mutuo consensu reb. omnib. integris, id est nondũ secuta rei vẽditæ traditione, *l. ab emptione 58. supr. de pact. l. 1. & 2. Cod. quand. lic. ab empt. disced.* A permutatione verò quia sumit initiũ, à traditione recedi nõ potest ne quidem mutuo cõsensu, nisi res tradita retrotradatur. ex *reg. l. nihil tam naturale 35. de regul. iur. d. l. 1. in fin. infrà de rer. permut.* Vendi etiam aliena res potest, *l. rem alienam 28. hoc tit.* permutari nõ potest, *d. l. 1. vers. ideóque Pedius de rer. permut.* Venditor non nisi ad tradendum tenetur, & vt se obliget de euictione *l. si ita distrahatur 25. §. 1. hoc tit. l. ex empto 11. §. 1. infr. de action. empt.* permutator verò ad dominium transferendum *d. vers. ideóque Pedius.* Venditor re tradita si emptor precium non soluat, ad precium tantùm agit, non etiã ad rẽ ipsam *l. inciuile 12. C. de rei vindic. l. ea condicione 14. C. de rescind. vendit.* At is qui permutauit, si ex alia parte ipsi non satisfiat, agere potest vt sibi res quam dedit, reddatur, *d. l. 1. in fin. infr. de rer. permut.* Addunt nostri in emptione & venditione nõ licere vni ex cõtrahentib. inuito altero pœnitere, quod verũ est, *l. 3. C. de rescind. vẽdit.* At in permutatione nõ licere ex *l. si pecuniã 5. sup. de cõdict. caus. dat.* qui tamen locus nõ de permutatione loquitur, sed de cõtractib. innominatis, inter quos nimirum nostri permutationẽ collocãt, de quo dicendũ nobis erit latiùs ad *d. l. 1. vers. itẽ emptio de rer. permut.* Solus enim toto in iure nostro locus ille est quo hic interpretũ error adiuuari videatur. Quãquã autem variẽsũt inter permutationẽ & vẽditionẽ emptionémq; differẽtię, fatẽdũ tamẽ est, vt aliquid Sabinianis largiamur, magnã esse inter hos contractus similitudinẽ & adfinitatẽ, ita vt permutatio dicatur simillima emptioni, & vicina, vt ait *l. 2. eo. tit.* & vicẽ emptionis obtinere, nec minùs bonę fidei esse quã emptio *l. 2. C. eod.* Quomodo etiã diuisio, *l. 1. C. cõmun. vtr. iudic.* quę & ipsa permutatio quædã est, *l. si filia 20. §. si pater supr. famil. erciſc.* In quo maximè differt permutatio à cõtractu do vt des, quẽ cõstat esse stricti iuris, vt & alios omnes cõtractus innominatos §. *actionũ 25. Instit. de action.* Quod non satis obseruatũ est à Iacobo Cuiacio, & aliis qui cõtractũ do vt des, nihil nisi permutationẽ esse scripserũt. Quare nec mirum est Homerum dixisse ὀ'δυσ. ω. versu 430. emptionẽ pro permutatione iis verbis πρίατο κτεάτεσσιν ἑοῖσιν. Nam cæteris in locis quibus Sabiniani vtebantur, sic locutus est Homerus, vt permutationem magis quàm emptionem significare voluisse videatur. Comparandi enim nomen quod expressit Homerus verbo Græco ὠνίζοντο latiùs patet quã emẽdi & permutãdi. Habet se siquidẽ tanquã genus ad emptionẽ & permutationẽ sicut & verbũ acquirendi *l. 1. C. de rer. permut.* Etsi non valdè laborãdũ esset de authoritate Homeri, etiãsi emptionẽ pro permutatione dixisset, cùm soleant Poetæ plerũq; loqui minùs propriè ac metaphoricè, quod illi poeticè loqui appellant. In sũma quæstio iuris nõ ex Homeri authoritate decidi debuit, sed ex iuris ratione: quę porrò facit vt sicut aliud est vẽdere, aliud emere, alius emptor, alius vẽditor, sic aliud esse debeat preciũ, aliud merx. Quod tamẽ in permutatione discerni non potest, id est, vter emptor sit, vter vẽditor, vterq; enim est permutator. Sanè nõ vbicũq; nũmus est, existimandum est emptionem esse, sed vbi preciũ est. Nã & in locatione pecuniam interuenire necesse est pro mercede quę non magis quàm precium potest sine pecunia

BIU Cujas

numerata consistere. Et sicuti permutationem à venditione distinguit pecunia, ita & venditionem à locatione precium non pecunia sola *l. 2. infr. locat.*

2¶ Est autem emptio iuris gentium [a] & ideo consensu, peragitur: [b] & inter absentes contrahi potest, & per nuncium, & per literas.

Ad §. vlt. Est autem emptio.

RAT. DVB. Non Potest contrahi emptio sine nummis, vt modò diximus. Atqui nummi nõ à iure gentium inducti fuerunt, cum ab initio nulli fuerint, sed à iure ciuili. Aliquam enim ciuitatẽ sibi primum cudisse nummos & ad ciuium suorum vtilitatem necesse est: quod exemplum etiamsi aliæ ciuitates & gentes omnes secutæ sint, non eo minus tamen iuris ciuilis nummi esse dici debent, vt videre est in stipulatione, de qua nemo dubitat, quin sit iuris ciuilis §. *de constituta Instit. de action.* cum tamen hodie gentes omnes stipulatione vtantur, nec vllus sit vbique terrarum contractus frequentior. Ergo non potest & emptio venditio esse iuris gentium.

DEC. Cõmercia inducta sunt ex iure gẽtium, & magna ratione naturali post inductã eodem iure distinctionẽ dominiorũ, *l. ex hoc iure 5. sup. de iustit. & iur.* Atqui magna pars cõmerciorũ in emptionibus & vẽditionib. consistit, qui vt frequentior ita penè iustior modus est acquirẽdi, deficiente permutãdi aut volũtate aut potestate. Ergo emptionẽ & venditionem iuris gentium esse fatendum est. Et consequenter nummos quoque, sine quibus emptio fieri non potest. Quomodo benè hic concludit Bartolus. Vt enim quid sit iuris gentium & quid iuris ciuilis sciatur, non ex origine ac temporis antiquitate æstimandum est, sed ex ratione originis, hoc est, an naturali ratione inductum sit, an ciuili, vt quicquid naturali ratione inductum est, licet non ita dudum, iuris gentium dici debeat. Quod autem ciuili ratione licet ab antiquis temporibus, vt vsus testamentorum, id iuris ciuilis esse dicendum sit *l. omnes populi 9. de iustit. & iur. l. eas 8. supr. de capit. minut.* Sic Vlpianus scribit in *l. an inutilis 5. §. vlt. infr. de accept.* hoc iure nos vti vt iuris gentium sit acceptilatio, non quia ius gẽtium solemnitatem illam verborum agnoscat, sine qua non potest fieri acceptilatio: nec quod hodiè frequentissimus sit apud gentes omnes contractus acceptilationis, (alioqui etiam stipulatio dicenda esset hodie iuris gentium, quod nemo vnquam dixit) sed quia post inductam iure ac ratione prorsus ciuili solemnitatem verborum ex qua constat stipulatio, necesse fuit induci & quidem ratione merè naturali vsum acceptilationis, per quã obligatio verborum tolleretur, quæ porrò aliter quàm verbis quoque tolli non potuisset. Ex regula quæ etiam iuris gentium est, *l. nihil tam naturale 35. de regul. iur. l. prout 80. de solut.* ne alioqui nulla superesset via, nullus modus liberandi eius qui per stipulationem se obligasset, nisi per solutionem, nec volente quidem & consentiente stipulatore, quod sanè & iniquissimum & contra naturalem rationem esset.

a *Et ideo consensu peragitur.* RAT. DVB. Plerique sunt contractus qui non consensu perficiuntur, sed re tantùm, id est, rei traditione interueniente, vt depositum, commodatum, pignus, permutatio, & si qui alij sunt similes, *l. 1. de oblig. & action. & tot. tit. Instit. quib. mod. re contr. oblig.* Quos tamen cõstat esse iuris gentium *d. l. ex hoc iure 5. supr. de iustit. & iur.* Non est igitur bona consecutio, vt quia emptio iuris gẽtium est, solo consensu perficiatur.

DEC. Contractus quidam inducti sunt iure ciuili, vt stipulatio, & literarũ obligatio, emphyteusis, *d. l. ex hoc iure*, iiq; omnes solemnitatem aliquam desiderant, aut verborum aut literarum aut quam aliam. Nihil enim facit ius ciuile absq; certis solemnitatibus, quas porrò ius gentium nullas agnoscit, ne quidem illam, quam nostri interpretes iuri gentium tribuere malè solent, vt per duos vel tres testes probari quid sufficiat. Sunt enim probationes omnes, vt alibi scripsimus, à iure ciuili, cũ nec sint necessariæ nisi aduersus eos qui negata perfidè veritate ius gentium violarunt. Ergo cùm Paulus hìc scribit, emptionem esse iuris gentium, id tantùm agit, vt excludat ius ciuile, ne quis fortè putaret ob id quod sine nummis fieri emptio non potest, nũmi autem à ciuili legislatore inducti esse videantur, tãquam forma & authoritate publica percussi quæ non eadem apud gentes omnes, sed alia atque alia est, emptionẽ ipsam iuris ciuilis esse. Proinde quod addit per illationem, *& ideò consensu peragitur*, sic intelligi debet, vt Paulus non tam includere voluerit cæteros contractus iuris gentium quasi omnes cõsensu perficiantur, quod nimis euidenter falsum esset, sed ad excludendas verborum, & literarũ solemnitates, quas in iuris ciuilis contractibus interuenire necesse est. Rei enim traditio, quæ in plerisque contractibus iuris gentium necessaria est, non ad solemnitatem, sed ad substantiam contractuum pertinet. Perinde igitur est, acsi Paulus scriberet, emptionem, quia iuris gentium est, neq; verborum, neq; literarũ solemnitatem, neq; aliam vllam exigere, sed consensu perfici, quomodo de locatione scriptũ est ab eodem Paulo apertiùs in *l. 1. infr. locat.* Non vt quis putet cæteros omnes contractus, qui iuris gentium sunt, etiam consensu perfici. Et ita noster quoq; Accursius interpretatur.

b *Et inter absentes contrahitur.* Mallem hic additam dictionem *ideo* appositam in versiculo præcedente. Est enim optima illatio, nec vllam habens exceptionem, emptionem, quia consensu peragitur, etiam inter absentes contrahi posse, & per nũcium & per literas. Est enim hoc commune omnibus contractibus, qui consensu perficiuntur, *l. 2. infr. de oblig. & action. l. 1. in princip. supr. mandat.* Ratio tamen dubitandi ex eo sumi potest quod in omnibus cõtractibus etiam qui consensu perficiuntur, necesse est voluntatem & affectum contrahentiũ ex vtraq; parte concurrere *l. in omnib. 55. l. in omnib. 57. de oblig. & act.* Aliud enim est vẽdere, aliud velle vendere, quemadmodum & aliud est venditio aliud pactum de vendendo. Qui enim dicit venditionem consensu perfici, intelligit haud dubiè de præsenti consensu, qui interueniat non tantùm in tractatu, sed etiam in contractu ipso venditionis. Quomodo autem fieri potest, vt præsens interueniat consensus inter absentes? Sed decidendi ratio est, quòd consensus æquè inter absentes interuenire possit aut per nuncium aut per epistolam, & literas. Nam si venditor per nunciũ aut per literas mittat ad emptorem & declaret se ei vendere, emptor autem accipiendo literas declaret nuncio se emere certo precio vtrimque constituto, negari non

non potest quin consensus præsens interuenerit, & consequenter perfecta hoc casu venditio sit, nisi continuò & statim post acceptas lectásque literas is qui accepit siue emptor ille sit siue venditor, testationem interponat contrariæ voluntatis, vt Paulus noster quamuis in specie dissimili loquitur in *l. si filiusfamilias 16. supr. de SC. Maced.* Nec quod medio tempore fieri potest, vt venditor mutauerit voluntatem, impedit perfectionem contractus. Non enim eo minùs perficitur venditio, quòd alter mutauerit voluntatem, nisi de mutatione illa certiorauerit absentē ante præstitum ab eo consensum, vt Accursius hîc concludit ex *l. 1. §. 1. supr. quod iussu l. sed & socius 17. §. 1. supr. tit. prox.* Etsi obseruanda differentia illa est inter societatem de qua textus ille loquitur, & venditionem, de qua tractamus, quod societati renunciare vnus ex sociis etiam inuito altero potest, adeóq; intempestiuè, dūmodò præstita hoc casu indemnitate illi qui ex renunciatione lædítur, si dolo malo id factum sit *l. actione 65. §. diximus & seq. eod. tit.* At venditioni non itē, nisi mutuo vtriusq; cōsensu *l. 1. C. quand. lic. ab empt. disced.* quia societas quandiu durat, contrahi quotidie videtur, quomodo de vsufructu scriptum est in *l. 1. §. interdū supr. de vsufr. adcres.* venditio autem non nisi semel. Ideóq; consensum in ea semel interuenisse sufficit, quamuis non duret ex vna parte. Sed & in contractibus qui præter consensum requirunt traditionem, dicimus posse eos fieri per literas & per nuncium, vt de donatione scriptum est in *l. absenti 10. infr. de donat.* quia & traditio absenti fieri per procuratorem potest, *l. 1. §. per procuratorem l. qui absenti 38. l. prædia 48. infr. de acquir. poss.* Sola igitur stipulatio, quæ verbis contrahitur, itémque acceptilatio illa est, quæ inter absentes fieri non potest *l. 1. infr. de oblig.* Cæterùm quod hic dicitur de nuncio, intellige cum Accursio de eo qui destinatus & missus sit ad eam voluntatem declarandam, non qui fortuito interuenerit.

2. PAVLVS libro 1. ad Sabinum.

INter patrem & filium contrahi emptio non potest: [a] Sed de rebus castrensibus potest.

Ad l. Inter patrem 2.

RAT. DVB. Emptio & vēditio iuris gentium est vt proximè diximus. Atqui iure gentium distinctæ sunt personæ patris & filij, nec locum habet ius patriæ potestatis, quippe quod proprium sit ciuium Romanorum, vt Iustinianus scribit in *Tit. de patr. potest.* Ergo nihil prohibet inter patrem & filium contrahi emptionem & venditionem. Sic dicimus deportatum quamuis libertatem non amittat, quia tamen amittit ciuitatem, speciali iure ciuitatis frui non posse, quia tamen iure gentium vtitur, posse emere, vendere, locare, conducere, permutare, fœnus exercere, & cætera his similia facere quæ sunt iuris gentium *l. deportatus 15. infr. de interd. & relegat.* Eodem igitur exēplo dicamus patrem à filio aut filium à patre stipulari non posse obstante iure patriæ potestatis. Quia stipulatio iuris ciuilis est, quò pertinet quod ait Papinianus in *l. Imperator 50. ad SC. Trebell.* inter patrem & filium cautiones interponi non posse conseruata patria potestate. Sed cum emptio ac venditio sit iuris gentium non ciuilis, nec stipulationem aut solemnitatem vllam exigat, quid obsecro, commune habere potest cum iure patriæ potestatis vt per eam impediatur?

DEC. Approbatius ciuile omnes cōtractus qui sunt iuris gentiū non tantū vt naturales obligationes conseruet, quæ ex eis nascuntur, sed etiam vt ciuiles inducat ex quibus etiā actiones nasci possint. Totum enim ius ciuile, etiam qua parte de personis & rebus tractat, refertur ad actiones tanquam propter quas solas ius ciuile comparatum sit *l. 2. §. his legib. latis 5. & seqq. supr. de orig. iur.* Vnde est quod in obligationis definitione adduntur verba illa *secundū nostræ ciuitatis iura tit. de oblig.* apud Iustinianū. Ergo cū dicimus inter patrē & filium cōtrahi emptionē non posse, hoc significamus, nullam ex eo contractu ciuilem nasci posse obligationem, nec proinde actionem. Obligatio enim ciuilis inter patrem & filiumfamilias nasci nulla potest propter patriam potestatem *d. l. imperator.* siquidē facit patria potestas, vt patris & filijfamilias vna eadémq; persona esse intelligatur, & cōsequēter, vt nō magis pater filio, aut filius patri, quàm sibi ipsi obligari possit, nec magis pater cū filio agere, vel filius cum patre quam cum seipso *l. ne cum filiofamilias 16. infr. de furt. l. lis nulla 4. supr. de iudic.* vbi diximus. Negamus igitur contractum hunc valere iure ciuili, non tamen negamus quin valeat iure gentium ad producendam obligationem naturalem quam inter patrem & filiū, adeoq; quod magis est inter dominum & seruum nasci nihil prohibet, secundum ea quæ disputauimus ad *l. frater à fratre 38. supr. de condict. indeb.* Sunt qui aliā legis huius rationē adferant petantq; ex eo quod nulla res sit quam filiusfamilias patri vendere possit, aut cuius precium soluere si eam rem à patre emat, cùm iure Pandectarum filiusfamilias acquisitionis incapax esse crederetur *l. placet 79. de acquir. hered. l. 1. infr. si quis à parent. manumiss. sit* Quid enim vendere aut quodnam precium soluere potest is qui nihil habeat? Præsertim cum quisquis precium soluit, non tantum tradere pecuniam debet, sed etiam eius dominium in venditorem transferre *l. ex empto 11. §. 1. infr. de action. empt. l. 1. infr. de rer. permut.* quod porro facere non potest nisi qui dominus fuerit. Sed ratio hæc displicet quia imò verò fuit filiusfamilias iam olim acquisitionis capax, si modo nollet pater sibi per filium acquiri vt sæpius docuimus, & sæpissimè necessario inculcandum est ex *l. 4. §. sed si filiusfamilias supr. de edend. l. is qui heres 17. §. vlt. l. cùm heres 52. infr. de acquir. hered. l. cogi 16. §. si pater filio d. l. imperator 50. ad SC. Trebell.* Habebat ergo saltē eo casu filius aliquid quod posset patri vendere, aut precij nomine soluere. Nec eo magis tamen venditio inter patrem & filium subsistere potuisset. Est enim huius legis sententia generalis, quæ tamē nō excipit nisi emptionem & venditionem de castrensi peculio factam. Idq; adeò verū est, vt nec rem patris posset olim filius emere ne quidem à tertio, puta à creditore iure creditoris pignus distrahente *l. debitor 40. §. 1.* vbi scripsimus *supr. de pignor. act.* Nā nec valebat donatio inter patrem & filium, quamuis posset dici non videri patrem velle sibi acquiri per filiumfamilias eam ipsam rem quam filio donaret *l. donationes 31. §. pater qui filiæ infr. de donat.* Nempe quia non potest valere iure ciuili

BIU Cujas

donatio, quin ex ea ciuilis obligatio inducatur, per quam impediatur donator, ne ex pœnitentia donationem reuocet, *l.3.l.velles nécne 6.C.de reuoc. donat.* Talis autem obligatio inter patrem & filium nasci ex donatione nunquam potest, *l.2.C.de inoffic.donat.l.siue emancipatis 17.C.de donat.* Nec magis hodie quàm olim, non solùm quod ad peculium profectitium attinet, in quo certum est nihil Iustinianum innouasse, *l.cùm oportet 6.C.de bon.quæ liber.* sed etiam quantum ad bona aduentitia, quia licèt Iustinianus fecerit hodie filiosfamilias capaces acquisitionis bonorum aduentitiorum, etiam inuito patre *d.l.cùm oportet & l.vlt.eod.* non tamen eos exemit à patria potestate, etiam quod ad bona aduentitia, nec dedit iis priuilegium quod veteres constitutiones dederant filiisfamilias in castrensi & quasi castrensi peculio, vt pro patribusfamilias in eo habeantur, *l.2.supr.de SC.Maced.l.vlt.C.de inoff. testam.* Alioqui etiam de aduentitiis posset hodie filiusfamilias testari non minùs quàm de castrensi peculio, quod tamen Iustinianus districtè & expressim prohibuit in *l.penult.C.qui testam.facer.poss.* Manet igitur etiam hodie lex hæc incorrecta.

a *Sed de rebus castrensibus potest.* RAT. DVB. Militia non liberat filium à patria potestate *§.si filiusfamilias Instit.quib.mod.ius patr.potest.tollit.* Nec quod filiusfamilias habeat peculium castrense facit, vt eo minùs filiusfamilias sit. Atqui iùs patriæ potestatis facit, vt inter patrem & filiumfamilias consistere emptio non possit: quomodo proximè scripsimus. Ergo nec de re castrensi potest inter patrem & filium emptio consistere.

DEC. In peculio castrensi filiusfamilias ex constitutionibus pro patrefamilias habetur, *d.l.2.de SC. Maced.* nisi hactenus ne ab intestato heredem habere possit, *l.vlt.infr.ad SC.Tertyll.* Ergo in rebus castrensibus potest valere emptio inter patrem & filium. Eadémq; ratio facit vt etiam lis de peculio castrensi inter eos esse possit, *d.l.lis nulla*, vbi eadem quę hîc exceptio additur. Quod autem vtrobique scriptum est de rebus castrensibus, intellige etiam de quasi castrensibus. Eadem enim priuilegia omnia peculio quasi castrensi concessa sunt quæ prioribus constitutionibus soli castrensi data fuerant, *d.l.vlt.C.de inoff.testam.*

1 ¶ Sine pretio nulla venditio est.[a] Non autem pretij numeratio, sed consensus perficit,[b] sine scriptis habitam emptionem.

Ad §.1. Sine precio.

RAT. DVB. Precium non potest consistere nisi in pecunia numerata *§.item precii Instit.hoc tit.* Atqui potest ita fieri emptio, vt nõ pecunia numerata, sed quid aliud in solutum detur, puta pecora, si venditor consentiat, *l.precij 9.C.de rescind.vendit.* Ergo sine precio contrahi emptio potest.

DEC. Placuit emptionem rerum fieri rebus nõ posse, *l.pen.C.de rer.permut.l.naturalis 5.§.1.inf.de præscript.verb.* ob eas rationes quas attulimus ad initiũ *l.prox.supr.* Igitur ex vna parte mercé, ex altera precium interuenire necesse est, vt dignosci possit emptio & discerni à permutatione, in qua nescitur, vtrum precium aut merx sit *l.1.infr.de rer.permut.* At neque in emptione sciri posset quid merx esset, & quid precium nisi precii in pecunia numerata cõsisteret *d.§.item precium.* Sed hoc ad conuentionem precij non ad conuentionis executionẽ referri debet. Precium enim necesse est ab initio conuentum esse in pecunia numerata, aut potiùs numeranda. Sed pecuniam, neque ab initio numerari necessarium est, vt emptio perficiatur, neque ex postfacto, si inter emptorem & venditorem conueniat, vt quid aliud inuicem numeratæ pecuniæ detur, dũmodo precij causa *d.l.precij.* Nam nec in aliis contractuum generibus quicquam vetat aliud pro alio solui volenti creditori, *l.eum qui 16.& seq. C.de solut.l.si quis aliam 46.infr.eod.ill.tit.l.si non sortem 26.§.si centum supr.de condict.indeb.* Conuentionem igitur precij in pecunia numerata factam esse satis est ad perficiendam emptionem, quamuis aliter solutio fiat. Non enim ideò constituitur irrita conuentio, quod ex nouo consensu in alia re fiat solutio, quàm in qua fieri eam conuenerat. Et aliud semper est de obligatione quęrere, aliud verò de solutione. Ergo verum est quod hîc Paulus scribit sine precio nullam esse vẽditionem, quippe cuius substantia consistit ex precio, vt Papinianus ait in *l.acta conuenta 72.vers.an idem dici possit.l.si quis fundum 37.infrà hoc tit.*

a *Non autem precij numeratio.* RAT. DVB. Nemo potest videri eam rem vendidisse de cuius dominio id agitur ne ad emptorem transeat, sed hoc aut locatio est, aut aliud genus contractus *l.pen.§. vlt.infr.hoc tit.* Atqui non potest dominium rei venditæ transire in emptorem nisi numerato demùm precio, aut si de eo venditor fidem habuerit aut aliter ei satisfactum sit. Ita enim lege duodecim tabularum nominatim cautum est *l. quod vendidi 19.l.vt res 53.eod.§.venditæ Instit.de rer.diuis.l.procuratoris 5.§.penult.supr.de tribut.act.* Ergo vt emptio perfecta dici possit, non satis est de precio conuentum esse, & quidem in pecunia numerata, si non ipsa etiam numeratio sequatur. DEC. Id quidem agitur inter emptorem, & venditorem, vt dominiũ quod penes venditorem est, venditionis tempore transeat in emptorem, nec sub contraria pactione fieri vẽditio posset. Sũt enim cõparatæ vẽditiones, & emptiones ad hoc, vt per eas quoq; nõ minùs quã per permutationes dominia acquirantur. Sed tamẽ nõ tã principaliter id agitur, quàm per cõsequentias, quia ad hoc tãtũ se obligat vẽditor, vt rẽ quã vẽdit tradat, per quã traditionẽ posteà fiat, vt dominium in emptorẽ trãsferatur, si dominus fuit vẽditor, sin minùs vsucapiẽdi tãtũ cõdicio post acquisitã per traditionẽ bona fide possessionẽ *l.claudius 74.infr.hoc tit.l.ex empto 11.§.1.infr.de action. empt.* Nõ enim traditio plus iuris trãsferre in alium potest quã sit penes tradẽtẽ *l.traditio 20.de acquir. rer.domin.* Vnde est quod etiã aliena res vendi potest *l.rem alienã 28.hoc tit.l.1.inf.de rer.permut.* Ergo quẽadmodũ translatio dominij rei vẽditæ nõ tã ad substãtiã, quã ad naturã & implementũ vẽditionis pertinet *l.si quis alienam 46.inf.de action.empt.* ita & numeratio precij & trãslatio dominij pecunię quę pro precio numeratur, nec aliud requirimus ad perficiendam emptionẽ quàm, vt cõueniat de precio, quod cõsistat in pecunia numerãda. Nam cùm dicimus pecuniã numeratam, nõ tam ad actũ ipsum numerationis respicimus, quàm ad differentiã cæterarum rerũ quę generali quidẽ appellatione pecuniæ continentur, sed tamen à pecunia numerata quæ cõsistit in numero, distinguũtur, *l.pecuniæ 178.de verbor.significat.* Non solùm autem precium

interue-

interuenire in venditione, sed etiam certum esse oportet, aut saltem certificandum, vt loquuntur per tertium, puta si venditio ita fuerit facta, *Quanti Titius æstimauerit*, quo casu Iustinianus constituit, vt sub condicione venditio facta esse videatur, nec priùs perfecta esse intelligatur quàm Titius precium statuerit, *l. vlt. C. hoc tit.* Precium enim certum esse oportet, § *sed & certum Instit. hoc tit. l. hæc venditio 7. infr. l. empti fides 9. C. eod.* Adeò autem precium est de substantia emptionis, vt quoties in aliquo instrumento legimus factam mentionem precij, dubitari non possit quin emptionis contractus sit, si modò nihil aliud repugnet. Hoc enim addendum est, ne alioqui obstet quod Iauolenus respõdit in *l. conuenit 65.* vbi dicemus *infr.* Et è contrario non sufficit, factam esse mentionem venditionis in instrumento ad probandam venditionem nisi & precij mentio facta sit, vt rectè hic Gotthofredus notat.

b *Sine scriptis habitam emptionem.* RAT. DVB. Emptiones cæteríque contractus scribuntur, & in instrumentum rediguntur ad futuram rei memoriam &, vt probari quandocunque possint defunctis fortasse testibus & aliis omnibus, per quos alioqui res gesta probari potuisset, *l. 4. infr. de pignor. l. 4. de fid. instrum. infr.* Ergo cùm de substantia emptionis tractamus, frustra est distinguere, an in scriptis an sine scriptis facta sit.

DEC. In scriptis dicitur fieri contractus non quoties scribitur (in dubio enim credendum est fieri scripturam ad rei gestæ probationem) sed, cùm conuênit vt non aliter nec priùs valeat quàm & facta scriptura, & in mundum redacta sit, quo casu interim locus est pœnitentiæ quasi nulladum facta venditione, *l. contractus 17. Cod. de fid. instrum.* §. 1. *Instit. hoc tit.* Hic enim verè illud obtinet quod vulgo iactari solet, nihil actum videri quandiu aliquid agendum supereſt *l. pen. in fin. C. de his quib. vt indign.* Itaque nihil prodest in hac specie quòd cõuenerit de certo precio & in pecunia numerata, adeóque nec quod precij numeratio secuta sit, donec instrumentum emptionis in mundum fuerit redactum & numeris suis omnibus absolutum. Extra hanc casum certum est valere venditionem nullis etiam instrumentis interuenientibus dummodò aliunde probetur, *l. cùm instrumentis 10. iunct. præced. & seq. Cod. de fid. instrum.* quia nimirum non scriptura perficitur, vt literarum obligatio, sed consensu *l. prox. §. vlt. supr.*

3. IDEM libro 28. ad Sabinum.

SI res ita distracta sit, vt, si displicuisset, inempta esset, constat, non esse sub condicione distractam, sed resolui emptionem sub conditione.

Ad l. Si res ita 3.

RAT. DVB. Nihil interesse videtur an res ita distracta sit, vt si intra certum tẽpus displicuisset, inempta esset, quomodo in specie huius legis, an verò ita, vt esset vendita si emptori intra certum tempus placuisset. Vna enim condicio expressa ineludit tacitam contrariam *l. si legatum 10. l. legata inutiliter 14. de adim. legat.* Atqui posteriore hoc casu emptio censetur esse condicionalis §. *pen. Instit. hoc tit.* Ergo & priore.

DEC. Aliud est contrahi venditionem sub condicione, aliud verò sub condicione resolui. Quæ enim sub condicione resoluitur, eam purè contractam fuisse necesse est, quemadmodum solemus dicere priuationem præsupponere habitum, *l. 4. sup. de instit. & iur.* Condicio venditionis fit per *si l. cùm in eo 41. hoc tit.* Condicio autem resolutionis per *nisi*, vt cernere est in pacto addictionis in diem *l. 1. & 2. infr. tit. prox. & in lege commissoria l. 1. de leg. commiss. l. 2. §. si in diem inf. pro emptor l. 4. C. de ædilit. action.* Nec rursum potest fieri fundus inemptus, quin priùs emptus fuerit. Ergo conuentio illa, vt si res distracta displicuisset, inempta esset, non facit venditionem condicionalem, sed resoluit eam sub cõdicione. Qua existente fit inemptus fundus, qui emptus antè fuerat. Quamuis videatur hoc fuisse inter prudentes veteres controuersum, vt colligi potest ex *d. §. si in diem & l. 4. infr. de leg. commiss.* Sunt autem odiosæ huiusmodi condiciones omnes quarum potestate fit, vt contractus bonæ fidei iam perfectus resoluatur ipso iure. Nec enim aliam causam fuisse existimandum est propter quam lex commissoria in venditionibus displicuerit Imperatori, vt scriptum est in *l. AEmilius 41. sup. de minor.* Nec res bona fide vendita facilè inempta fieri debet *l. res bona fide 54. hoc tit.* Et quemadmodum fauorabilis est cuiusque contractus perfectio, ita & odiosa resolutio, nisi quæ fit ex superueniente nouo consensu vt in *l. sed Celsus 6. §. vlt. infr. l. ab emptione 58. supr. de pact.*

4. POMPONIVS libro 9. ad Sabinum.

ET liberi hominis, & loci sacri, & religiosi: qui haberi non potest, emptio intelligitur, si ab ignorante emitur.

5. PAVLVS libro 5. ad Sabinum.

QVia difficile dignosci potest liber homo à seruo.

Ad l. Et liberi 4. & l. Quia difficilè 5.

RAT. DVB. Emptiones & venditiones inductæ sunt, vt & cæteri contractus omnes ob necessitatem & vtilitatem commerciorum, *l. ex hoc iure 5. supr. de iustit. & iur. l. 1. supr.* Atqui neque liber homo neque res sacræ & religiosæ sunt in hominum commercio, cùm in nullius bonis sint *l. 1. l. in tantum 6. §. sacræ supr. de rer. diuis. l. 1. §. si id quod dari infr. de obligat. & action. l. liber homo 103. de verbor. obligat.* Nec de aliis rebus negotium rectè gerimus, quàm quæ sublici vsibus dominióque nostro statim possunt, vt scriptum est in *l. inter stipulantem 83. §. sacram vers. nam de his rebus eod. tit.* Neque rursus emptoris ignorantia facere potest, vt eo magis res huiusmodi in hominum commercio sint, quia magis inspiciendum est quod in veritate est quàm quod in falsa opinione §. *si quis rem suam Instit. de legat.* Ergo nec liberi hominis nec loci sacri & religiosi qui haberi non possunt, emptio vlla intelligi potest, *leg. si in emptione 34. §. 1. infrà.* Nec

BIU Cujas

si ab ignorante emantur, *l. qui officij* 62. §. *infr.* vbi diserte scriptum est hanc emptionem etiam à nesciente factam non tenere.

Dec. Emptio & venditio toties valere dicitur quoties nascuntur ex ea obligationes personales empti & vēditi, quamuis dominij translatio nulla sequatur neque sequi possit, vt euenit facta venditione rei alienæ *l. rem alienam* 28. *hoc tit. l. ex empto* 11. §. 1. *de action. empt. l. 1. de rer. permut.* Atqui ex vēditione & emptione hominis liberi aut loci sacri & religiosi nasci possunt obligationes empti & venditi non solùm si earum rerum conditionem ignoret venditor, sed etsi sciat. Tantóque magis hoc casu quod eum teneri æquius est in id omne quod emptoris interesse potest, cùm emptorem deceperit §. *vlt. Instit. hoc tit. d. l. qui officij* 62. §. 1. *infr.* Vbi quod dicitur emptionem hanc non valere, sic intellige, vt non valeat quod ad rem ipsam, sed tantùm ad obligādum venditorē. Neq; enim circumuenienda est emptoris ignorantia cui nihil imputari potest, cùm difficile sit dignosci liberum hominem à seruo, & locum sacrum vel religiosum à profano, vt ex Paulo subiicitur in *l. sequentib.* scilicet propter constitutam à natura parem & hominum, & rerum omnium condicionem *l. 4. sup. de iustit. & iur. l. quod attinet* 32. *de regul. iur.* Idémq; Papinianus respondit in *l. iusto errore* 44. *in princ. inf. de vsuc.* vbi innuit esse hoc iuris non tam recepti, quàm constituti, cùm ait publicè interfuisse propter assiduam & quotidianam comparationem seruorum ita constitui, quòd frequenter per ignorantiam liberos emamus pro seruis. Cæterùm si emptor sciuit liberum esse hominem, vel locum sacrum aut religiosum, cōstat emptionem nullam esse siue venditor quoque sciuerit, siue ignorauerit, quippe quam sola emptionis ignorantia tueri potest, *l. prox. infr. l. liberi* 70. *hoc. tit. & d. l. iusto.* Adeò autem nulla emptio est hominis liberi aut loci sacri & religiosi si quis sciens emat, vt neque valeat etiamsi facta sit, & collata in tempus illud quo liber homo seruus factus erit, aut locus cui nunc sacer, aut religiosus est, factus erit profanus: quoniam aduersam fortunam hominis liberi, vel profanationem rei sacræ aut religiosæ expectare nefas est, neque naturali, vel ciuili rationi consentaneum, *d. l. si in emptione* 34. §. *liberum inf. l. inter stipulantem* 83. §. *sacram de verb. oblig.* vbi quamuis de stipulatione non de emptione Paulus loquatur, eadem tamen hac parte vtriusque contractus ratio est. Non etiam in eo, vt valeat stipulatio de dando homine libero vel de danda re sacra aut religiosa etiamsi stipulator & promissor ignorauerint liberum esse hominem & rem sacram esse vel religiosam. Non enim facere ignorantia potest, vt huiusmodi stipulatio valeat, non magis quàm si quis mortuum hominē qui viuus credebatur aut deustas ædes dari stipulatus sit, quarum conflagratio ignorabatur. *d. l. liber homo* 103. *l. si homo mortuus* 69. *de verb. oblig.* quia cùm rem dari nihil aliud sit quàm eius dominium transferri, *l. vbi autem* 75. §. *vlt. eod.* palam est naturali ratione inutilem esse stipulationem eius rei cuius dominium transferri per rerum naturam non possit, *d. l. 1.* §. *si id quod de oblig. & action. & d.* §. *sacram*, vbi ait Paulus ea tantùm quæ sui natura possibilia sunt, deduci posse in obligationem. At in emptione & venditione contrahenda non id agitur principaliter, vt dominium rei venditæ in emptorem transferatur, sed tantùm vt venditor emptori obligetur in id quod interest si non præstet ipsi rem quam vendidit. Itaque nulla ex parte rei venditæ repugnantia esse potest si modò emptor ignorauerit & bona fide emerit. Nam si sciens emerit, sibi imputet qui seipsum vltrò decepit, cùm sciret aut scire deberet non aliam rem posse in emptionem cadere, quàm quæ in hominum commercio sit, *d. l. si in emptione* §. 1. *hoc tit. l. nā si scit* 26. *supr. de rei vindicat. l. immò eum* 16. §. *tunc habet infr. de libert. caus. l. ea quæ* 43. §. 1. *infr. hoc tit.* Quid? inquies, an non perinde assidua, & quotidiana est stipulatio dandorum seruorum atque emptio? Cur non ergo dicimus ex ea ipsa Papiniani ratione quę posita est in *d. l. iusto*, valere dandi hominis liberi stipulationem si hominis condicionem stipulator ignorauerit? An non & illa quoque ratio locum habet quæ subiicitur in *l. seq.* quòd difficilè dignosci possit homo liber à seruo? Respondeo stipulationem esse stricti iuris, neque ex ea peti aliud posse, quàm quod in stipulationem nominatim deductum est. *l. quicquid adstringēdæ* 99. *de verb. oblig.* Ergo ex stipulatione dandi hominis liberi non ad aliud agi posse quàm vt liber homo detur, quod porrò impossibile est, cùm non sit in commercio. Consequens ergo est vt omnino inutilis sit stipulatio, non autem emptio, quia id quod emptoris ignorātis, & decepti interest ei à vēditore prestari neq. impossibile, neq; iniquū est *d. §. vlt. Instit. hoc tit.*

6. Pomponius libro 9. ad Sabinum.

SEd Celsus filius ait hominem liberum, scientem te emere non posse: nec cuiuscumque rei si scias alienationem prohibitam esse: vt sacra, & religiosa loca: [a] aut quorum commercium non sit: vt publica, quæ non in pecunia populi, sed in publico vsu habeantur, vt est campus Martius.

Ad l. Sed Celsus filius 6.

Iam satis explicata est hæc lex in præcedentibus. Ratio tamen dubitandi illa adferri potest, quod, vt proximè diximus, ad validitatem emptionis sufficiat nasci ex ea posse obligationes empti & venditi. Quæ porrò non eo minùs nasci possunt, quod emptor sciat hominem, qui venditur esse liberum, aut rem sacram, vel religiosam. Præsertim verò si venditor ignoret. Nam quemadmodum emptoris ignorantia facit validam venditionem, cur non ita etiam ignorantia venditoris, in odium scientis emptoris?

Dec. Non excusatur venditor ignorans condicionem rei quam vendit, quia eam scire debuit, nec deceptus videri potest ab emptore, quamuis sciente. Vix enim est, vt ab emptore decipiatur vēditor qui primus, & vltro accedit ad vēditionē. At excusatur ignorātia emptoris qui quodāmodo prouocatus accessit ad emptionē eius rei quā in hominū cōmercio esse putabat cùm nō esset, maximè verò si condicionem rei venditor sciuit, & per dissimulationem tacuit. Est enim illa deceptio quā

in con-

in contractu bonæ fidei manere impunitam non oportet, §. *vlt. instit. hoc ti.* Atqui nulla deceptio est, cum emptor sciuit, hominem esse liberum, aut rē sacram & religiosam, quæ vendebatur, aut denique talem, cuius alienationem non ignoraret esse interdictam. Sic enim legendum est, vt in vulgata editione, non vt Florentiæ, *Si scias alienationem esse*, aut cum Haloandro, *Non esse*, vel *prohibitam esse*. Malæ siquidem fidei emptor est, quisquis rem alienari prohibitam sciens emit. Tum quoque cùm à vero domino emit, quem tamen Prætor vetuerit alienare, vt à prodigo. Adeò, vt nec vsucapere possit, *l. si ab eo 12. infr. de vsucap. l. si sciens 26. infr. hoc titu.* Nec deceptum se conqueri potest, qui à seipso decipitur, *l. nam si scit 26. supr. de rei vindic. l. immò eum 16. §. tunc habet infr. de liber. caus.* Ergo, si quis sciens emat hominem liberum, vel rem sacram, aut religiosam, aliáve qua de causa hominum commercio exemptam dicendum est, nullius momenti esse venditionem, siue spectetur ex parte rei, quæ sui natura inalienabilis est, siue ex parte contrahentium, qui cùm in mala fide sint, neque excusationem vllam, neque fauorem merentur. Nunquam enim æquitas patrocinatur his, qui in dolo sunt, aut quibus imputari aliquid potest, *l. penultim. infin. infr. ad SC. Trebell.* Excipiendus tamen est casus, *l. in modicis 24. cum duab. præced. infr.* id est, si venditus sit locus profanus, in quo tamen modicum aliquid sit loci sacri, vel religiosi. Tūc enim valet in totum emptio, hactenus scilicet, vt ex empto sit actio, quia non specialiter locus sacer, vel religiosus venit, sed maiori parti venditionis accessit: multa autem cum vniuersitate transeunt, quæ alioqui non transirent *l. quædam 62. de acquir. rer. domin.* Sed hoc ita, nisi venditio hanc legem habuerit, vt si quid sacri vel religiosi esset in fundo vendito, eius nihil væniret. Quo casu non teneretur venditor ex empto propter adiectionem illam, quæ ideò non esset superuacua, sed tamen ad modica duntaxat pertineret. Nam si omne quod venditum est, sacrum esset vel religiosum, vel publicum, vel saltem maiore ex parte, non faceret exceptio, quin nullius momenti tota emptio esset, *l. hanc legem 22. & seq. inf.*

a *Aut quorum commercium non sit.* Hoc adiectum est, non quasi hominis liberi, aut rei sacræ, vel religiosæ commercium aliquod sit, cùm in nullius sint bonis, vt suprà diximus ex *l. 1. l. in tantùm 6. §. sacræ supr. de rer. diuis.* Sed vt eæ quoque res comprehenderētur, quas neque natura, neque ius gentium, sed tantùm mores ciuitatis commercio exuerunt, quarum constat æquè nullam venditionem esse, *l. si in emptione 34. §. 1. infr.* In eo numero sunt ea, quæ ita sunt publica, vt in vsu publico habeantur, puta campus Martius, & alia huiusmodi. Nam si ideò publica sint, quod in pecunia populi habeantur, vt vectigalia & commissa, &, vt Accursius loquitur, molendina communis, ea sanè possunt vendi, non minus quàm locari, quia & in hominum commercio sunt, vt constat ex *titu. de publican. vectigal. & commiss.*

1 ¶ Si fundus annua, bima, trima die, ea lege veniisset: vt, si in diem statutum pecunia soluta non esset, fundus inemptus foret: & vt, si interim emptor fundum coluerit, fructúsque ex eo perceperit, inempto eo facto restituerentur, & quanti minoris postea alij veniisset, vt id emptor venditori præstaret ad diem pecunia non soluta, placet, venditori ex vendito eo nomine actionem esse. Nec conturbari debemus, quod inempto fundo facto dicatur, actionem ex vendito futuram esse. inemptis enim & vēditis potius id, quod actum, quàm id, quod dictum sit, sequendum est. & cum in lege id dictum sit: apparet hoc duntaxat actum esse, ne venditor emptori, pecunia ad diem non soluta, obligatus esset: non vt omnis obligatio empti & venditi vtrinque solueretur.

Ad §. 1. Si fundus.

RAT. DVBIT. Quemadmodum actio ex empto nascitur ex facta, perfectaque venditione: *l. ex empto 11. & tot. tit. infr. de action. empt.* ita non videtur fieri posse, vt fundo, qui venditus fuerat inempto facto, potestate legis commissoriæ venditioni adiectæ, actio vlla ex vendito supersit venditori contra emptorem, qui intra statutum diem pecuniam precij non soluerit, debetque sibi imputare venditor, qui venditioni vltrò eam legem adiecit, per quam fieri posset, vt venditio ipso iure resolueretur, atque ita actiones empti & venditi vtrinque tollerentur. Nam cùm emptionis & venditionis contractus sit vltrò, citroque obligatorius *l. Iulianus 13. §. offerri, & dicta l. ex empto §. 1. de action. empt.* An non esset absurdum, non esse in potestate emptoris agere contra venditorem, in potestate verò venditoris manere, vt agat ex vendito, si velit, contra emptorem? *argumen. l. si vina 6. de peric. & commod. rei vendit. l. 1. de rescind. vendition.*

DEC. In emptis & venditis potiùs id, quod actum, quàm quod dictum sit, sequendum est. Etsi enim in stipulationibus quoque & cæteris cōtractibus idem iuris esse videtur, vt scriptum est in *l. semper in stipulationibus 34. de regul. iuris*, magisque sensum, quàm verba spectari conuenit, vt Accursius, quamuis non satis accommodatè, hîc notat ex *l. 3. §. condicio infr. de adim. legat. l. 3. Codice de liber. præter.* In emptionibus tamen & venditionibus, cæterisque contractibus, qui bonæ fidei sunt, hoc amplius est, quod in iis iudex æstimat ex bono & æquo quid actum esse videatur, quod in stipulationibus, cæterisque contractibus, stricti iuris non idem est, *l. quicquid adstringendæ 99. de verborum obligationib.* Bona namque fides in contractibus bonæ fidei, nihil nisi summam æquitatem significat *l. bona fides 31. supr. deposit.*

BIU Cujas

Atqui cùm ea lege fundus veniit, vt annua bima trima die precium solueretur, & adiectum est pactum commissoriũ, vt si intra statutum diem pecunia soluta non esset, fundus inemptus foret: & vt si interim fundum emptor coleret, fructusq; ex eo perciperet, inempto eo facto restituerentur, & quanto minoris postea veniisset, id emptor venditori præstaret. Apparet hoc duntaxat actum esse, ne venditor emptori pecunia ad diem non soluta obligatus esset, non etiam, vt omnis obligatio empti & venditi vtrinque solueretur, id est, etiam ex parte emptoris, ne quid amplius actione ex vendito præstare venditori cogeretur. Alioqui esset in potestate emptoris, non soluendo pecuniam intra statutum diem, obligationem suam facto suo tollere, quod esset iniquum *l. si seruum* 91. *§. nunc videamus infr. de verb. oblig.* Et quemadmodum legem commissoriam, quæ in venditionibus adiicitur, exercere potest venditor si velit, non etiam inuitus cogitur *l. 3. infr. de leg. commiss.* quia fauore venditoris, non emptoris ea pactio apponitur, quod maximè inspiciendum est, *l. in ratione* 30. *§. tametsi infr. ad leg. Falcid.* nec sibi eiusmodi pacto venditor legem dicit, sed emptori, vt in *l. Lucius* 40. *in fin. infr. de fideic. libert.* Ita & cùm eam exercet, licet totam venditionem resoluat, se tamen solum ab emptore liberat, non à se emptorem: sicut è contrario interdum accidit, vt etiam ex contractu venditionis obliget se venditor emptori, nec tamen sibi obliget emptorem, vt puta, si quis pupillo sine tutoris authoritate ementi vendiderit *d. l. 1. infr. de rescind. vendit. d. l. Iulianus* 13. *§. si quis à pupillo* 29. *de action. emp.* Denique non est nouum, licèt mirum videri possit, dari actionem siue ex empto, siue ex vendito etiam ad distrahendam emptionem, vt ex Iuliano Vlpianus scribit in *dicta leg. ex empto §. is, qui vina eod. tit l. 3. C. eod. l. 2. C. quand. lic. ab empt. disced.* Accipiunt enim contractus omnes legem à conuentione *l. 1. §. si conuenit supr. depos. l. in conuentionalibus* 52. *de verb. oblig.* Etiam ad seipsos destruendos. Sed hoc tamen in bonæ fidei cõtractibus amplius est, quod pacta quæ in iis adiiciuntur, siue initio, & in ipso contractu, siue incontinenti post contractum, non modo insunt contractui, vt ex ipsis actionem aliquam dari oporteat ad id, quod pacto comprehensum est, sed etiam actionem ipsam ex contractu formant, vt ex ea perinde agi possit ad executionem pacti, atque ad cætera, quæ naturaliter veniunt in contractum *l. iuris gentium* 7. *§. quinimò & §. adeò supr. de pact. l. in bonæ fidei* 13. *Codic. eodem, l. 2. l. initio* 5. *C. de pact. int. empt. & vendit.* Ergo quoties in venditione conuenit, vt in certum casum, & sub aliqua condicione venditio resoluatur, si impleta condicio sit, non alia actio, quàm ex contractu ipso quærenda est ad venditionem resoluendam. Idque adeò verum est, vt etiamsi venditio ipso iure resoluta sit, non tamen rei vindicationem exercere possit venditor, sed actione personali, ex vendito agere cogatur *l. qui ea lege* 3. *eodem tit.* Est igitur hoc casu, non tantùm vtilis, sed etiam necessaria ex vendito actio. Fuit quidem olim apud prudentes controuersa hæc quæstio, sed iam decisa est ex rescriptis Imperatorum Antonini & Seueri, quibus declaratur competere hoc casu actionem ex vendito, vt Vlpianus scribit in *l. si fundus* 4. *infr. de leg. commiss.* Aliud esset si venditio, non ex conuentione in cõtractu posita, sed ex qua alia causa extrinseca resolueretur, quod Bart. ad hũc §. benè notat.

2 ¶ Conditio, quæ initio contractus dicta est, postea alia pactione immutari potest. sicut etiam abiri à tota emptione potest, si nondum impleta sunt, quæ vtrimque præstari debuerunt.

Ad §. vlt. Conditio.

RAT. DVB. Contractus emptionis nudo vtriusque consensu perficitur *l. 1. §. vlt. supr.* nec admittit ex postfacto locum pœnitentiæ, ne quidem ex rescripto Principis *l. 3. C. de rescind. vendit.* Idemque in pactis venditioni adiectis obtinet *l. si à te* 7. *C. de pact. int. empt. & vendit.* Ergo cùm certa conditione facta venditio est, id est, certa lege & pactione adiecta, non potest pactio, quæ ab initio dicta fuit, postea per aliam immutari.

DEC. Nihil tam naturale est, quàm vnumquodque dissolui eo modo, quo colligatum est, *l. nihil* 35 *de regul. iur.* Atqui emptio & venditio nudo consensu contrahitur *d. §. vlt.* Ergo & contrario dissensu dissolui potest, *l. prout* 80. *de solut. l. 2. & 3. infr. de rescind. vendit. l. 1. & 2. Cod. quand. lic. ab empt. disced.* Quid enim est dissensus, nisi alius & nouus consensus priori contrarius? Scilicet quandiu omnia sunt integra, vt supradictis locis scriptum est, id est, quandiu vendita res non fuit ex parte venditoris tradita, nec precium ex parte emptoris solutum. Alioqui ex eadem iuris regula retrotraditionem fieri necesse est, vt ab emptione vtiliter discedatur *d. l. 2. de rescind. vendit. d. l. 2. C. quand. lic. ab emption. disced. l. ab emptione* 58. *supr. de pact.* Idque est, quod Pomponius hîc addit, etiam à tota emptione abiri posse, si nondum impleta sunt, quæ vtrimque præstari debuerunt, quod vtique ita accipiendũ est, ac si scriptũ esset, si nihil eorũ impletũ sit: sufficeret enim ex alterutra parte impletum esse, siue per traditionem rei, siue per precij solutionem *d. l. 2. & 3. de rescind vendit. d. l. 1. & 2. C. quand. lic. ab empt. disced.* Porrò si re nondum secuta, abiri in totum ab emptione potest, cur non & pars eius noua pactione immutari poterit? Etsi potest tota res, id est, cõtractus totus tolli, cur non & reformari, vt quodammodo, quasi renouatus contractus esse videatur? Sic enim Pomponius noster argumentatur. Et ita argumẽtatum eũ fuisse refert Vlpianus, probatque in *l. iuris gentium* 7. *§. adeò supr. de pact.* quamuis referat ita scripsisse Pomponium *libro 6. ad Edictum*, cùm tamen hæc lex sit ex Pomponij *libro 9. ad Sabinum*, (nisi fortè in nota numeri erratum est.) Nec enim mirum est accidisse Pomponio, quod scribẽtibus ferè omnibus accidit, & nobis quoque non semel, vt eandem sententiam, easdemque rationes pluribus locis, & in variis libris inculcent, siue consultò id fiat, & per occasionem, siue fortuitò, & præcedentium quadam obliuione scriptorum. Iunge quæ scripsimus ad *l. iuris gentium* 7. *§. adeò suprà de pact. & ad l. pacta conuenta* 72. *infrà.* Videtur enim Pomponij sententia, quæ hîc extat eadem ipsa esse, quam Vlpianus partim probat, partim reprobat in *d. §. adeo vers. vnde illud aquè.* Vbi tamen hoc prætermisimus.

7. VLPIA-

7. VLPIANVS libro 28. ad Sabinum.

HÆc venditio serui, *Si rationes domini computasses arbitrio*, conditionalis est: condicionales autem venditiones tunc perficiuntur, cùm impleta fuerit conditio. [a] Sed vtrum hæc est venditionis condicio, si ipse dominus putasset suo arbitrio: anverò, si arbitrio viri boni: nam si arbitrium domini accipiamus, venditio nulla est: quemadmodum si quis ita vendiderit, *Si voluerit*: vel stipulanti sic respondeat, *Si voluero decem dabo*. neq; enim debet in arbitrium rei conferri, an sit obstrictus. placuit itaque Veteribus, magis in viri boni arbitrium id collatũ videri, quàm in domini. si igitur rationes potuit accipere, nec accepit, vel accepit, fingit autem se non accepisse: impleta condicio emptionis est: & ex empto venditor conueniri potest.

Ad l. Hæc venditio 7.

RAT. DVB. Emptio, siue purè, siue sub condicione fiat, solo consensu contrahitur *l. 1. §. vlt. suprà §. penult. instit. eod. tit.* Ergo si condicionalis venditio facta sit, vt in specie huius legis, Vendito seruo sub ea condicione, si arbitrio domini rationes reddiderit, dicendum est, non tunc eam perfici, cùm impleta est condicio, sed iam inde à tempore, quo consensus interuenit, perfectam fuisse. Argumento est, quod si interim, id est, pendente condicione venditor, aut emptor decesserit, transit obligatio ad heredes, quasi emptione iam in præteritum cõtracta, vt Paulus scribit in *l. necessario 8. versic. quòd si pendente infr. de peric. & commod. rei vendit.* In quo differt emptio, aliúsve quilibet contractus condicionalis à legato condicionali, ex quo nulla nascitur obligatio, quæ ad legatarij heredem trãsmitti possit, si interea defunctus sit legatarius *l. is cui 42. infr. de oblig. & act. §. ex condicionali instit. de verb. oblig.* Indeque etiam est, quod dicimus, in contractibus condicionalibus, si dubitetur, cui actio ex iis acquiratur, inspiciendum esse tempus contractus, non autem euenientis condicionis, *l. si filiusfamilias 78. de verb. oblig.* Aliter quàm in legatis *l. quæ legata 18. de regul. iur. l. eum, qui 104. de condic. & demonstr.*

DEC. Condicionis potestas præcipua est, vt suspendat actum, & natiuitatem obligationis, quæ ex eo actu nasci posset, impediat. Facit enim, vt ante impletam condicionem, nec cesserit dies, nec venerit *l. cedere diem 213. de verb. signific.* Nisi cùm talis condicio est, quam omnimodo extituram esse certum sit, vt in *d. l. necessario 8. §. 1. de peric. & commod. rei vendit.* quæ nec propriè condicio est *l. quòd si ea conditione 18. supr. de condict. indeb. l. si pupillus 9. §. qui sub condicione infr. de nouat.* Essentia namque condicionis in eo vno consistit, vt in futurum, eumque dubium & incertum euentum conferatur, & se habeat indifferenter ad esse, & non esse, vt nostri loquuntur *l. cùm ad præsens 37. & duab. seqq. supr. de rebus credit.* Expectandus igitur necessariò est euentus condicionis, vt si condicio defecerit, contractus sit nullus, & pro non facto habeatur, si verò existat, perinde sit, ac si contractus purè initus fuisset, nec vlla condicione suspensus *l. si quis fundum 37. hoc tit. d. l. necessario 8. in princ. de peric. & commod. rei vendit. l. potior 11. §. 1. iunct. l. qui balneum 9. infr. qui potior. in pignor. hab. l. pecuniam 36. supr. de reb. credit.* Id enim est, quod nostri solent dicere, condiciones contractuũ quandocunque existentes retrotrahi ad tempus contractus. Quod tamen nos in libris Coniecturarum, & aliis plerisque locis refutauimus. Nam cũ conditio reuera nihil sit, nisi priuatio, vt ita dicam, puritatis, apparet id, quod nihil est retrotrahi non posse, cùm non entis nullæ possint esse qualitates, *l. si partem 19. supr. quemadm. seruit. amit.* Non ergo potest emptio condicionalis dici perfecta priusquã conditio extiterit, quia statim atque perfecta est, nascuntur ex ea obligationes empti & venditi, quæ porrò ante conditionis euentum nasci non possunt *d. l. cedere*, sed tantùm spes quædam futuræ obligationis, & hæc spes sola est, quæ ad contrahentium heredes transmittitur, non etiam vlla obligatio *dict. §. ex condicionali.* Alioqui si ex die interpositę venditionis condicionalis nascerentur obligationes empti, & venditi, non possent extingui postea, ne quidem deficiente conditione, quia semel nata obligatio, nõ nisi certis & legitimis modis extinguitur, *l. obligationum ferè 44. §. placet de oblig. & action.* inter quos modos non est defectus condicionis. Est enim hoc ius proprium earum conditionum, quæ resoluunt contractum ipso iure, de quibus diximus ad *l. 3. supr.* Sed ita si existant, non si deficiant. Planè conditionalem quoque emptionem etiam ante impletam conditionem hactenus perfectam esse fatendum est, vt ab ea interim recedi non possit *d. l. qui balneum dict. l. necessario & d. l. is cui.* Quare differentia illa quam diximus esse inter legata conditionalia, & stipulationes, cæteroſque contractus conditionales, non ita accipienda est, quasi obligatio conditionalis aliqua ex contractu transmittatur in heredem contrahentis, non etiam ex legato condicionali: (nulla enim obligatio nascitur ex contractu conditionali, non magis quàm ex conditionali legato ante implementum condicionis *d. l. cedere diem 213. de verb. signific.*) sed ita potius, vt spes futuræ obligationis, & implendæ conditionis transmittatur ex stipulatione, alióve contractu conditionali, non etiam æquè ex legato conditionali. Et differentiæ huius ratio alioquin satis obscura illa est, quam & nos in libris Coniecturarum attulimus, quod in contractibus spes illa Debitum iri id, quod sub condicione promissum est, facto ipsius contrahentis acquiritur, qui porrò stipulando sibi, aut etiam aliter contrahendo heredibus suis, non minus quàm sibi acquiri voluit, *l. si pactum 9. infrà de probationibus.* Cur non ergo saltem illam spem transmittat, ad quem & obligationem ipsam, si qua nata esset, transmitteret?

BIU Cujas

At in legato condicionali spes illa Debitum iri ex sola defuncti voluntate nascitur, nullo ipsius legatarij facto interueniente, ex quo æquum sit transmitti ab eo spem ad heredem, priusquam dies legati cesserit, quia nec heredi legatarij aliquid legatum est, sed soli legatario, idque ob meritum personę, vt plurimum, cuius meriti ratio in persona heredis haberi nulla potest, *l. nec adiecit 9. suprà titul. prox.*

a *Sed vtrum hæc est venditionis condicio.* RAT. DVBIT. Cùm in verbis nulla est ambiguitas, non est admittenda quæstio voluntatis, *l. ille, aut ille 25. §. 1. de legat. 3.* nec minus in contractibus, quàm in testamentis. Credendus enim est quisque id sensisse quod dixerit, *l. Labeo 7. infr. de supellect. legat.* Atqui in proposita specie condicio venditionis serui, sic disertè concepta est, *Si rationes arbitrio domini seruus computauerit*, nulla prorsus viri boni facta mentione. Nullus ergo distinctioni locus relinquitur, an in arbitrium domini collata condicio sit, an potiùs in arbitrium boni viri. Tantum abest, vt rationi consentaneum videri possit, quod Veteribus placuisse Vlpianus refert, magis in boni viri arbitrium collatam videri, quàm in arbitrium domini.

DEC. Maligna interpretatio est, per quam fit, vt contractus, de quo interpretando agitur, fiat inutilis, & destruatur *l. si ita stipulatus 126. §. Chrysogonus versic. sequens stipulatio infr. de verborum obligat.* Id enim semper agendum est, quantum fieri potest, vt actus, de quo tractatur, in tuto sit, & valeat potius quàm pereat, *l. quoties in stipulationibus 80. eod. tit. l. quoties in actionibus 12. de rebus dubit.* Atqui in proposita specie nulla esset venditio condicionalis, & quidem ab initio, si sic acciperetur, vt in arbitrium domini, eiusdemque venditoris collata esset. Ita enim fieret, vt in eius arbitrio esset, an ex contractu suo esset obligatus. Quod iuris ratio non patitur. Non magis quàm si facta esset venditio sub hac condicione *Si volam*, (aliud esset concepta his verbis condicione, *Cùm voluero, l. centesimis 46. §. penult. de verbor. obligationibus iunct. l. si quis stipulatus 112. in princip. eodem titulo*, quia verbum *voluero*, non habet tractum temporis, nec voluntatis mutationem admittit, vt benè hîc notat Accursius) Pro non dicto enim habendum est, quod dare, nisi velis, cogi non possis, *l. sub hac condicione 8. infr. de obligat. & act. l. stipulatio 17. d. l. centesimis 46. in fin. de verb. oblig. l. 2. §. Scæuola sup. de eo q̃ cert. loc.* Nec vlla potest videri esse obligatio vbi nulla necessitas est dãdi, vel faciẽdi id q̃ promissum est, siue collata sit emptio in vendentis, siue in ementis voluntatem, cùm sit vltrò, citroque contractus hic obligatorius, *l. in vendentis 13. Codice hoc titul.* Repugnat enim natura & substantia obligationis, quæ diffinitur vinculum iuris, quo necessitate adstringimur alicuius rei soluendæ. Apud Iustinianum *titul. de obligat.* At si condicio in proposita specie sic accipiatur, vt in arbitrium boni viri collata esse videatur, valebit venditio, secuto quandocunque arbitrio. Quid enim tam æquitati & bonæ fidei congruum, quàm vt ex viri boni arbitrio quid æstimetur? *l. si coita sit 75. cum seqq. suprà titul. proxim. l. in personam 12. §. 1. de reg. iur.* Neque verò huic interpretationi verba condicionis omninò repugnant, quod sufficit, quamuis nec omninò suffragentur, vt in specie *l. talem institutionem 51. §. 1. infr. de hered. instituẽd.* Nam quod in alicuius personæ certæ, tanquam in viri boni arbitrium confertur, & personam ipsam respicit, quę nominata est, ita vt non sit recedendum à persona eius, cuius arbitriũ insertũ est, *l. si quis arbitratu 43. & seq. infr. de verb. oblig.* & boni viri arbitriũ complectitur, *l. si sic legatum 75. in princip. de leg. 1. l. 1. de legat. 2.* Nec quicquam facilius est, quàm vt verbis etiam absolutis & præcisis viri boni arbitrium inesse credatur, vt in *l. Titius 54. ad SC. Trebell. l. fideicommissa 11. §. quanquam, & sequ. de legat. 3.* Illa siquidem verba *arbitratu Lucij Titij*, ius significant, ideoque nec in seruum cadunt, *l. illa verba 68. de verbor. signific.* Ius autem cum æquitati maximè consentaneum esse debeat, *l. in omnibus quidem 90. de regul. iur. l. placuit 8. Codice de iudic.* non facilè potest à viri boni arbitrio dissentire *d. l. in personam 12. §. 1. de regul. iur.* Benè igitur Veteribus placuit, quod Vlpianus refert magis in boni viri arbitrium collatam esse condicionem venditionis quàm in nudam voluntatem domini, vt scilicet venditio valeat, quæ alioqui nulla esset. Nec est contrarium, quod iisdem Veteribus placuisse ait Papinianus in *l. veteribus 39. supr. de pact.* pactionem obscuram, vel ambiguam venditori & locatori nocere debere, in quorum potestate fuit legem apertius dicere, *l. Labeo 21. hoc tit.* Tunc enim id verè dicitur, cùm de alicuius pactionis obscuræ vel ambiguæ interpretatione quæritur, vt duriùs vel leuiùs venditor obligetur, at non etiam cùm de validitate contractus dubitatur, vt in proposito. Semper enim quantum fieri potest, sumi debet ea interpretatio, per quam fiat, vt contractus teneat. Estque hæc etiam interpretatio contra venditorem, non contra emptorem, cuius certè interest, vt non sit nulla venditio serui facta sub hac condicione, *Si rationes arbitrio domini reddiderit.* Nec sit in domini potestate, vt non sit obstrictus, arbitrando, scilicet aliter, quàm quomodo vir bonus arbitraretur. Proinde si rationes serui potuit accipere dominus, nec accepit, vel accepit quidem, sed fingit se non accepisse, impleta videri debet conditio venditionis, quia non ita vir bonus arbitratus fuisset. Et consequenter venditor conuenirii ex empto poterit. Non solùm quòd quasi propter moram suam arbitrandi ius, & facultatem amiserit, vt putat Bartolus, sed quia id fecit, quod alius quilibet vir bonus non fecisset, si arbitratus, aut arbitraturus fuisset, vt in *l. penul. & vlt. supr. de procurat.* Aut quasi impleta condicione venditionis, cùm per ipsum venditorem steterit, quominus impleta sit, vt in *l. Labeo 50. infr.* Neque hoc casu expectatur annus, quem Iustinianus præstituit in *l. vlt. §. sed & si quis C. commun. de legat.* Est enim illa species longè diuersa, neque ad casum huius legis pertinet, quæ manet incorrecta. Nec tãtùm in emptione & venditione, quæ in arbitrium alterutrius contrahentiũ collata est, hoc obtinet, sed etiam generaliter in omnibus bonæ fidei iudiciis, *l. in personam 22. §. 1. de reg. iur.* vt in locatione, *l. si in lege 24. in princ. infr. locat.* & in societate, *l. societatem 76. cum quatuor seqq. supr. Pro socio*, & in dote *l. 3. C. de dot. promiss. l. cum post 69. §. gener infr. de iur. dot.* Hæc ita, si venditionis condicio collata sit in arbitrium alterutrius contrahentium. Nam si in arbitrium tertij, aliud est, nec valet venditio, nisi tertius ille arbitretur. Non solùm si vẽditio ipsa in eius arbitriũ collata sit, sed etiã taxatio sola precij, hoc modo, *Esto tibi empt⁹ fundus Cornelianus, quãti Titius æstimauerit, l. vl. C. hoc tit. d. l. si quis arbitratu 43. & seq. de verb. oblig. §. sed & certũ inst. h. tit.*

1 ¶ Huius-

1 ¶ Huiusmodi emptio, *Quanti tu eum emisti*: vel [a] *quantum pretij in arca habeo*, valet. nec enim incertum est pretium tam euidenti venditione. magis enim ignoratur, quanti emptus sit, quàm in rei veritate incertum est.

Ad §. 1. Huiusmodi emptio.

RAT. DVB. Non valet emptio, si non habeat precium certum, §. *prox. infr.* §. *sed & certum instit. hoc tit.* Atqui cùm sic venditio facta est, *quanti tu eum emisti*, vel ita, *quantum precij in arca habeo*, incertum precium est, quia nescitur quanti tu emeris, aut quantum precij in arca ego habeam. Ergo venditio sic facta valere non potest.

DEC. Aliud est ignorari à contrahentibus precium quanti fundus emptus sit, aliud verò in ipsa rei veritate incertum id esse. Nec enim inscientia nostra facit incertam rem, quæ per rerum naturam certa est *l. cùm ad præsens 37. & seq. supr. de reb. credit. l. sed etsi 28. §. vlt. supr. de iudic.* Atqui in proposita specie magis ignoratur, quanti fundus emptus sit, aut quantum precij ego in arca habeam, quàm in rei veritate incertum sit. Igitur non eò minùs valet venditio, quod quantitas precij à contrahentibus ignoretur. Incertum namque non est, quod ex alio certificari potest, vt hîc Bartolus notat. Et scriptum est in *l. certum 6. supr. de reb. credit. l. 3. Cod. de sentent. quæ sin. cert. quant. profert. l. ait Prætor 5. §. 1. infr. de re iudic.* Quid ergo si fundum tibi vendidero, *quanti tu eum emisti*, nec tu eum emeris, sed ex donatione, aut quo alio titulo acquisieris, nulla erit venditio, & quidem duplici ratione, & tanquam facta sine precio, & quasi facta sub condicione, quæ defecerit *l. si quis fundum 37. infr.* aut potius, quæ ab initio falsa fuerit, *l. condicio 100. l. si ita stipulatus fuero 120. de verb. oblig. dict. l. cùm ad præsens 37. & seqq. de reb. credit. l. institutio talis 10. infr. de condic. instit. l. eas causas 80. de condic. & demonstr.*

a *Quantum precij in arca habeo.* Monet Accursius in hoc exemplo, vt sit accommodatum faciendam esse vim in verbo *quantum*, quia, inquit, precium non modo certum esse debet, sed etiam in quantitate consistere *l. empt. 9. C. de act. empt.* Itaque si dictum esset, *pro precio quod in arca habeo*, putat Accursius valiturum quidem contractum, sed tanquam innominatum ex *l. vlt. supr. de condict. caus. dat.* non tanquam venditionem, quia tunc pecunia, inquit, tanquam species, non quasi quantitas censeretur ex *l. planè 34. §. 1. l. sed si certos 51. de legat. 1.* Ego nō probo, quoniam detracta etiam dictione *quantum*, non eò minùs verum esset, factam esse venditionem certo precio, & quidem consistente in quantitate: cùm & precij nomen retineatur ea formula *pro precio quod in arca habeo*, & nummi, qui in arca sunt, non eò minùs consistant in numero, & quantitate, quod vice speciei in quibusdam causis fungantur: In eo potissimum, vt permutationem non recipiant, quoties per modum speciei legati esse proponuntur *d. l. si certos*, & vt nihil amplius quàm quod in arca sit, peti possit *l. si seruus 108. §. qui quinque eod. tit.*

2 ¶ Si quis ita emerit, *Esto mihi fundus emptus centum, & quanto pluris eum vendidero*: valet venditio, & statim impletur. habet enim certum precium centum: augebitur autem precium, si pluris emptor fundum vendiderit.

Ad §. 2. Si quis ita emerit.

RAT. DVB. Precium cuiusque venditionis est indiuiduum, cùm substantia venditionis consistat ex precio *l. pacta conuenta 72. vers. an idem dici possit inf.* Substantiæ autem omnes rerum, vt Philosophi dicunt, sint indiuisibiles. Nam & vendi ionis causa indiuisa est *l. cùm ex causa 139. infr. de verb. oblig. l. tutor vrgentibus 47. §. 1. supr. de minor.* Ergo non potest precium conuentum, partim esse certum, & partim incertum, nec proinde purum esse, quatenus certam est, condicionale autem, quatenus sit incertum. Atqui cùm venditio fundi sic facta est, *Esto mihi emptus centum, & quanto pluris eum vendidero*, precium certum est, quod ad centum pertinet. Incertum autem ratione pluris, id est, maioris precij, quo fundum illum venditurus sum. Est namque incertum, quanto precio futurum sit, vt eum vendam. Futura enim omnia cùm ex euentu pendeant, incerta sunt. Rursus conuentio precij pro centum pura est: pro eo autem, quo pluris fundum vendidero in futurum, est condicionalis. Relatiuum enim, *qui, quæ, quod*, iunctum verbo futuri temporis facit condicionem, *l. Stichum, qui meus erit 6. de legat. 1. l. scribit 34. §. 1. de aur. & argent. legat.* Ergo non potest hæc venditio valere, cùm totum precium certum esse debeat, tum quoque cùm venditio est condicionalis.

DEC. Certæ quantitatis precium, non eò minus certum est, quod augeri postea, vel minui possit. Tempus enim præsens, id est, in quo de precio conuenit, inspiciendum est. Cumque incertum sit, an emptor eundem fundum alij venditurus sit, & quanto precio, non debet illa incertitudo, quæ ex euentu futuro pendet, nullam facere venditionem, quæ iam inde ab initio certum precium habeat. Atqui precium habet certum & præsens centum aureorum. Non ergo potest videri facta sub incerto precio, quamuis idem fundus, & alij possit vendi, & pluris, minorisve vendi. Nam & fieri potest, vt nunquam vendatur, aut pari precio vendatur. Quo casu nulla superueniret incertitudo, aut incertitudinis causa, quæ venditionem irritam facere deberet. Denique ea demum incertitudo attendenda esset, quæ vel iam præsens, vel omnimodo futura esset. In proposito autem fieri potest, vt nulla vnquam sit, siue nunquam emptor vendat, siue non pluris vendat, cùm condicio ad personam ementis restricta sit, nec eam possit egredi, vt ad ipsius quoque heredem porrigatur *l. centesimis 46. §. pen. l. qui Romæ 122. §. Agerius de verb. oblig.* Et quemadmodum contractus, qui ab initio non valuit, non debet ex euentu confirmari, *l. 2. §. vlt. supr. quod iuss.* Ita nec è contrario contractus, qui ab initio valuit, ex euentu infirmari non debet, *l. verbis 5. in fin. ad legem Falcidiam.* Præsertim

BIU Cujas

cùm incertitudo confertur in eũ casum, à quo etiã incipere contractus potuisset. Dicendum igitur est valere huiusmodi venditionem, tanquam certo precio factam centum aureorum: adiectionem verò illam, *Et quanto pluris eum fundum vendidero*, neque superuacuam esse, neque venditioni nocere, sed eatenus emptori prodesse, vt si postea fundus ille pluris vendatur, etiam venditionis huius precium augeatur, non tanquam diuersum à primo, (hoc enim diuersam & aliam faceret emptionem *d.l. pacta conuenta 72. infr. hoc tit.*) sed tanquam illud ipsum precium, de quo primùm conuenisset, partim purè, partim sub conditione. Quid enim vetat constitui inter nos precium centum aureorum purè, & hoc amplius, alia centum sub conditione illa, *Si nauis ex Asia venerit*, aut, *Si Titius Consul factus fuerit?* Existente siquidem conditione ducenta in precio esse videbuntur. Ea verò deficiente centum duntaxat. Idem igitur & in proposito dicendum est. Nam dictio *pluris*, cum certam quantitatem nõ contineat, nil releuat, nisi certificetur per aliud, vt Bartolus hîc notat. Sic in *l. Iulianus 13. §. si inter emptorem 24. infr. de action. empt. l. si pater 12. §. si fundo infr. de pact. dotal.*

8. POMPONIVS libro 9. ad Sabinum.

NEc emptio, nec venditio sine re, quæ veneat, potest intelligi. & tamen fructus, & partus futuri rectè emuntur: vt, cùm editus esset partus, iam tunc, cùm contractum esset negotium, venditio facta intelligatur. [a] sed si id egerit venditor, ne nascatur, aut fiat: ex empto agi posse. Aliquando tamen & sine re venditio intelligitur: veluti cùm quasi alea emitur. quod fit cùm captus piscium, vel auium, vel missilium emitur, emptio enim contrahitur, etiamsi nihil inciderit, quia spei emptio est. & quod missilium nomine eo casu captum est, si euictum fuerit: nulla eo nomine ex empto obligatio contrahitur: quia id actum intelligitur.

Ad l. Nec emptio 8.

RAT. DVB. Etiam partus nondum editi, & fructus futuri vendi possunt & emi, sicut & pignorari *l. & quæ nondum sunt 15. infr. de pignor.* & legari *l. quod in rerum 24. de legat. 1. §. ea quoque res 7. instit. de legat.* & per stipulationem promitti, *l. interdum 73. de verb. oblig.* Atqui fructus futuri, & partus nondum editi, nondum sunt, & fortassis nunquam erunt. Rursum captus quoque piscium, & auium, & missiliũ, quæ iactantur in vulgus ea mente, vt fiant primi occupantis, de quibus in §. *hoc amplius inst. de rer. diuis.* rectè venditur & emitur, & valet emptio, etiamsi nihil inciderit, vt in hac ipsa lege fatetur Pomponius, & Celsus in *l. si iactum retis 12. de action. empt.* Ergo etiam sine re contrahi emptio & venditio potest.

DEC. Quemadmodum intelligi non potest emptio sine precio, vt diximus ad *l. 1. & 2. §. 1. suprà.* ita neque sine merce quæ vendatur. Merx enim, quæ venditur, illa est, quæ precio æstimanda est, quod ab emptore soluitur, ita vt si non sit ex vna parte merx, & ex altera precium, venditio esse non possit *d. l. 1. supr. l. 1. infr. de rer. permut.* Differentia tantum illa est, quantum ad hanc rem pertinet, quod precium certum esse debet, & in quantitate certa consistere, vt diximus ad legẽ præcedentem. Merx autem potest esse incerta, puta rei futuræ, quæ cùm pendeat ex futuro euentu, nonnisi incerta esse potest. Nihil enim vetat etiam incertam rem certo precio æstimari, sed tanto minore. Cùm etiam res incertæ & futuræ suam habeant æstimationem, quia sperantur esse, & ipsa quoque spes vendi potest, quoniam aliquid est, &, vt soleo dicere, paulò plus quàm nihil. Quanquam multum interest, an futura res ematur vt partus nondum editi, & fructus percipiendi, an verò alea, vt in venatione & retibus. Priore casu, non tantùm spes emi videtur, sed etiam quid positiuum, & habet emptio tacitã condicionem, si partus quandoque erunt editi, aut si fructus nascentur *l. 1. in fin. de condic. & demonstr.* Itaque expectandum est donec fructus nascantur, quia contractus ex re ipsa dilationem capit *d. l. interdum 73. de verb. oblig.* Adeò vt etiamsi fructus nati sint, & postmodum sine culpa vẽditoris perierint, aut consumpti sint, rursum expectandum sit, donec iterum nascantur, & dari possint, quomodo in stipulatione fructuum Paulus ex Pedio scribit in *l. inter stipulantem 83. §. sacram versicul. Pro quo & illud eod. tit.* Nam nec quicquam amplius præstandum est, quàm quod nascetur *l. si debitor 39. §. 1. infr. hoc tit.* Nec tamen emptio conditionalis est, quia conditio, quæ tacitè inest, nunquam facit actum conditionalem *l. si ita legatum 65. §. 1. de leg. 1. l. nonnunquam 52. l. si ita expressum 69. de condic. & demonstr.* In quo videtur errasse Accursius, qui hîc notat conditiones quandocunque existentes retrotrahi, ex *l. potior 11. §. 1. qui potior. in pign. hab.* At cùm alea emitur, nullam condicionem habet emptio, ne quidem tacitam, nec eò minus valet, quod spes euanescat, nec quicquam sit præter spem quod venditor præstare possit, vt scriptum est in hac lege, & in *d. l. si iactum.* Itemque in *l. cùm hereditatem 7. iunct. l. nam hoc modo 11. infr. de hered. vel act. vendit.* Fructus enim futuri habent fundamẽtum aliquod in reipsa, siue naturales sint, siue industriales, cùm ex fundo ipso percipiantur. At alea nullum habet fundamentum in re, nihilque prorsus quod nõ sit omninò incertum. Benè igitur Pomponius hîc separat venditionem fructuum futurorum à venditione aleæ, aut venationis, aut iactus retium, quia priore casu non fit emptio sine re, quæ veneat. Posteriore verò, si nihil inciderit, neque ex venatione, neque ex iactu retium, aut missilium nihil penitus est, quod veniisse dici possit, præter nudam spem, quæ tamen hoc casu vice rei venditæ fungi potest & debet, quia & spes ipsa res aliqua est, vt diximus.

ximus. Sed & multum interesse dicendum est, an vendiderim tibi pisces qui capientur, an verò iactum retis. Priore namque casu tacitã condicionem habet venditio, si pisces capientur, & nullis captis piscibus nulla quoque venditio est, quemadmodum venditis fructibus qui nascentur si nulli nati sint. At posteriore casu non item. Quomodo distinguit Bartolus ad *d.l.si iactum.*

a *Sed si id egerit venditor ne nascatur.* RAT. DVB. Non potest ex empto actio nasci ex ea emptione quæ non consistat. Prius enim est vt contractus valeat quàm vt ex eo aliqua nascatur actio. Atqui iam diximus, Venditis fructibus si nulli nascantur, nullam esse venditionem, tanquam quæ habeat tacitam illam condicionem *si fructus nascentur. l.1. in fin. de condic. & demonstr.* Ergo etiamsi per venditorem fiat ne fructus nascantur, fieri tamen nequit vt nulla subsistente venditione, venditor ex empto teneatur.

DEC. Condicio tacita sicut & expressa habetur pro impleta in præiudicium eius per quem stat quominus impleatur *leg. prox. in fine principij supr. l. si quis fundum 37. infr. hoc tit. l. diem proferre 27. §. si quis supr. de recept. Qui arbitr. recep. l. in omnibus causis 39. l. in iure ciuili 161. de regul. iur.* Atqui ponimus per venditorem factum esse quominus venditi fructus nascerentur. Ergo perinde haberi debet ac si nati essẽt. Et consequenter venditio non tantùm pro perfecta habenda est, sed etiam pro pura, ita vt ne quidem ex re ipsa dilationem capere iam possit. Non enim expectandum est, vt alij fructus nascantur, quomodo in specie *d.l. inter stipulantem 83. §. sacram de verb. oblig.* Huic venditori similis etiam ille est qui sciens ignoranti vendit partum ancillæ sterilis. Quamuis enim per venditorem non fiat vt sterilis ancilla sit, æquè tamen decipitur emptor qui ignorans ancillam emit quam venditor sciebat sterilem aut maiorem annis quinquaginta *leg. si sterilis 21. in princip. infr. de action. empt.* Tenebitur ergo hoc casu venditor in omne id quod ex ea causa interierit emptoris. Quæ natura est actionis ex empto *l. si in venditione 60. infr. de euict.* Multùm verò refert an partus ancillæ venditus sit, an prægnas ancilla. Illo enim casu committitur stipulatio dupla partu euicto, non item hoc casu, quia partus venditus non est *l. si prægnas 42. iunct. leg. venditor hominis 6. eod. titul.* Aliud est in missilibus in quibus si quod captum est, euictum fuerit, nulla eo nomine obligatio ex empto contrahitur, quia id actum intelligitur, vt hîc subiicit Pomponius. Nempe quia obligatio de euictione non nascitur nisi ex prima illa obligatione ex qua venditor tradere rem debuit *l. ex empto. 11. §. 1. de action. empt. l. 1. de rer. permut.* Res enim quæ post traditionem euicta est, nec pro tradita habetur *l. si rem 62. iunct. præced. infr. de euict.* Ergo quemadmodum qui iactum missilium vendidit, nihil præstare cogitur si nihil inciderit, ita neque quicquam præstare, si quod captum est, euictum fuerit. Cur enim magis obligetur & durius venditor post euictionem, quàm ante traditionem? Dubitandi tamen ratio sumi ex eo poterat, quod iactu missilium vendito si quid inciderit, idipsum venditum intelligitur, nec iam potest dici venditio facta sine re vt antea. Iam igitur aliquid est quod euinci possit ei, ob cuius euictionem præstari indemnitatem emptori oporteat. Sed decidendi ratio est, quia initium contractus inspiciendum est *l. si procuratorem 8. in princip. supr. Mandat. l. si tantùm 12. de SC. Maced. l. 1. §. si seruus infr. depos.* Ab initio autem vendita est alea non missilia quæ caperentur. Porro ex venditione aleæ sicut traditio nulla deberi potest, ita neque euictio.

9. VLPIANVS libro 28. ad Sabinum.

IN venditionibus & emptionibus consensum debere intercedere, palàm est. cæterùm siue in ipsa emptione dissentiant, siue in pretio, siue in quo alio emptio imperfecta est. Si igitur ego me fundum emere putarem Cornelianũ, tu mihi te vendere Sempronianum putasti:[a] quia in corpore dissensimus, emptio nulla est. Idem est, si ego me Stichum, tu Pamphilum absentem vendere putasti. nam cùm in corpore dissentiatur: apparet, nullam esse emptionem.

Ad l. In venditionibus 9.

RAT. DVB. In emptionibus & venditionibus licet naturaliter contrahentibus se decipere *leg. in causa 16. §. idem Pomponius supr. de minor. l. item si precio 22. §. vlt. infr. locat.* Atquin is qui decipitur, nõ intelligitur consentire, & is qui dolum patitur, non tam paciscitur quàm decipitur *l. qui cum tutoribus 9. §. qui per fallaciam supr. de transact.* Ergo etiam inter non consentientes venditio fieri potest.

DEC. Consensus ille est qui præcipuè bonæ fidei iudicia sustinet *l. nihil consensui 116. de regul. iur.* Quid enim magis bonæ fidei consentaneum est quàm vt ea seruentur quæ mutuo consensu placuerunt? *l. 1. supr. de pact. l. 1. supr. de pecun. constit.* Etsi autem consensus in omnibus contractibus necessarius est *l. in omnibus rebus 51. l. in omnibus negotiis 57. de oblig. & act.* in iis tamen multo magis qui consensu perficiuntur, inter quos maxime est emptio & venditio *l. 1. §. vlt. supr. l. 2. C. eod. & Instit. eod. in princip.* Nec quod in emptionibus & venditionibus liceat inuicem se decipere, ad rem facit, quia de ea deceptione intelligi id debet, quæ fiat re ipsa in taxanda precij quantitate, cùm venditor quàm maximo potest precio vendere vult, emptor autem quàm minimo emere, vt scriptum est in *l. si voluntate 8. C. de rescind. vendit.* non autem de dolo ex proposito, qui fraudem adnexam habeat *leg. & ideo 23. locat.* quæ sanè fraus vindicanda semper est siue æquitate ipsius iudicij si bonæ fidei est, siue per doli exceptionem si stricti iuris *l. in hoc iudicium 14. §. 1. supr. Commun. diuid. l. 1. §. 1. infr. de act. empt. l. procurator 11. §. 1. & pass. infr. de doli mal. except.* Scripsimus ad *d. §. idem Pomponius, Cæterùm siue in ipsa emptione dissentiant,* Accursius noster intelligit, si cùm ego tibi venderem tu donatum tibi putabas, quo casu nihil agitur *l. si ego 18. supr. de reb. credit.* ego non probo, quia in hac specie non minus nulla est donatio quàm venditio, neque hîc emptio vlla est, cùm

BIU Cujas

nemo sit, qui velit, aut qui putet se emere. Tractat autē Vlpianus de dissensu qui nullam faciat emptionem simul & venditionem. Debet ergo hic versiculus intelligi de dissensu, qui interueniat in corpore, inter eos tamen qui in hoc consentiunt, vt emptio & venditio contrahatur. Sequitur enim *siue in precio*, prius námque ponendum fuit exemplū de corpore, quàm de precio venditionis. Idque apertè docet Vlpianus, cùm subiicit, *Si igitur ego me fundum emere Cornelianum putarem, tu mihi vendere te Sempronianum putasti, quia in corpore dissensimus, emptio nulla est*. Quod autem subiicitur *siue in aliquo alio*, non ad tempus referendum est, quomodo refert Accursius, sed ad materiam, & qualitatem, & substantiam, in quibus etiam fieri potest vt contrahētes dissentiant, vt ex exemplis quę in hac lege & in sequentibus subiiciuntur, intelligemus. Iunge *l. etsi consensum* 15. *l. domum* 57. *infr. hoc tit.*

a *Quia in corpore dissensimus, emptio nulla est.* RAT. DVB. Cùm venditor de vno corpore sensisse se dicit, emptor autem de alio, facienda est contra venditorem interpretatio ex regula *l. Labeo* 21. *infr. hoc tit. l. veteribus* 39. *supr. de pact.* Ergo dicendum est, eū videri venditum de quo emptor sensit, atque ita venditionem valere. Alioqui semper dicet venditor se de alio sensisse quàm de quo emptor senserit, vt non maneat obligatus *arg. l. inter stipulantem* 83. §. 1. *de verb. oblig.* atque ita in ipsius potestate erit an sit obstrictus: quod tamen absurdum est *l. hæc venditio* 7. *supr.*

DEC. Contractus qui consensu perficiuntur, necesse est, vt dissensu impediantur. Non potest autem dissensus esse maioris momenti, quàm si interueniat in eo ipso corpore de quo contrahitur. Nam quemadmodum non potest esse emptio & venditio sine re quæ væneat *l. prox. supr.* ita nec sine consensu præstito à contrahentibus circa illud ipsum corpus quod venditur, maximè verò cùm talis contractus est, ex quo possit transferri dominium si quod fuerit penes tradentem *leg. in omnibus rebus* 55. *l. in omnibus negotiis* 57. *infr. de oblig. & act* Eiusmodi autem est venditio *l. ex empto.* 11. §. 1. *l. si quis alienam* 46. *infr. de action. empt. l. pen.* §. *vlt. infr. hoc tit.* Consentire siquidem contrahentes oportet non tantùm in causa transferendi dominij, id est, in titulo *d. l. si ego* 18. *supr. de reb. credit.* sed etiam ac multo magis in corpore. Adeò vt non defuerint ex antiquis prudentibus qui dicerent, Non nocere dissensum in causa transferendi dominij, si modò cōtrahentes in corpore, quod traditur, consentiant *l. cùm in corpus* 36. *infr. de acquir. rer. domin.* Itaque si ego fundum me putarem emere Cornelianum, tu mihi te Sempronianum vēdere putasti, verum est quod hîc Vlpianus scribit, quia in corpore dissensimus, nullam emptionem esse. Idemque esse, si ego me Stichum, tu Pamphilum absentem vēdere te putasti. Nam & hoc casu cùm in corpore dissentiamus, consequens omnino est vt nulla sit emptio. Nec aliud iuris est in stipulatione, quamuis ea stricti iuris sit *d. l. inter stipulantē* 83. §. 1. *iunct. leg. continuus* 137. §. 1. *de verb. oblig.* Nam & contractus stricti iuris licet nudo consensu non perficiantur, sed verbis, vt stipulatio vel literis vt literarum obligatio, vel numeratione pecuniæ, vt mutuum, vel traditione, vt donatio: consensum tamen semper & ante omnia requirunt. Sola iudicia excipiuntur, quæ quia reddunt etiam in inuitum, non impediuntur ex dissensu litigantium: puta si actor petat Stichum, & de vno Sticho sentiat, reus autem de alio: quoniam alioqui esset in potestate rei iudicium eludere negando se de eodem Sticho sensisse. In eoque benè Aristo à Paulo reprehensus est in *d.* §. 1. Nec similiter dici potest, venditorem æquè negaturum se de eodem corpore sensisse de quo emptor senserit, ne sit ex venditione obstrictus. Tunc enim absurdum est in potestate & arbitrio esse alterutrius contrahentium, an ex emptione & venditione sit obstrictus, cùm constat emptionem valere. Nec nisi de iure aut cōdicione obligationis quæritur vt in *l. 7. supr. l. in vendentis* 13. *C. eod.* At cùm de hoc ipso quæritur, an cōtractus emptionis valeat, omnimodo probandus consensus est ab eo qui dicit valere, & alij sufficit dicere se dissensisse, dummodò dissentiendi causa, vel color aliquis adferatur, vt puta si duo sint Stichi, de quibus in venditione perinde cogitatum esse potuerit. Ideoque ponit hîc Vlpianus in secundo exemplo putasse te Stichum emere à me, me autem tibi vendere Pamphilum absentem, quia in eo qui præsens fuisset, minùs esset probabile me errasse & dissensisse: Quamuis si constaret de alio me sensisse, non eo minùs venditio impediretur, vt benè concludit Accursius, sed dissensus eo casu à me probandus esset: & iusta, aut saltē probabilis dissentiendi causa, propter præsumptionem, quæ ex serui venditi præsentia nascitur, & quæ trāsfert in me onus probandi. Vix enim est vt in præsenti seruo qui venditur, error aliquis interueniat in corpore, sed tantum in nomine. Qui tamē error nominis emptionem non viciat vt sequitur in §. *prox.* Denique error in corpore semper viciat, etiamsi agatur de matrimonio: quod tamen omnium fauorabilissimum est, puta si consenserim accipere Titiam in vxorem quæ esset filia Sempronij, & ea reperiatur filia Mæuij. Alia enim est in quam non consensi, vt Accursius noster probat ex §. *sicut ergo hic error* 29. *quæst.* 1. Sed error à me probandus est. Alioqui pro matrimonio præsumendum erit. Sic & in hereditatis institutione quæ fauorabilissima est, dicimus eam nō valere si testator errauerit in corpore, puta si cùm Titium heredem scribere vellet, scripserit Sempronium *l. quoties* 9. *de hered. instit.* Adeò autem verum est nullā esse emptionem si erratum sit in corpore, vt nec pro emptore vsucapio sequi possit, quia fieri nequit vt pro emptore vsucapiatur res, quæ empta non est *l.* 2. §. *cùm Stichum infr. Pro emptor.*

1. ¶ Si in nomine dissentiamus, verum de corpore constet: nulla dubitatio est, quin valeat emptio & venditio. nihil enim facit error nominis, cum de corpore constat.

Ad §. 1. *Si in nomine.*

RAT. DVB. Non ad aliud comparata sunt nomina quàm vt exprimant & significent corpus quod nominatum est *l. Labeo* 7. *infr. de supellect. legat.* Ergo error in nomine inducit necessariò errorem & dissensum in corpore, vt proinde nullam æquè & irritam faciat emptionem.

DEC. Non potest diuersitas nominis inducere diuersi-

diuersitatem rei si modo constet, de qua re actum sit: magis enim semper inspiciendum est quid rei quàm quid nominis, quia nec nomen venditur, sed corpus. Ergo quoties constat de corpore, nil nocere potest error & dissensus in nomine: nec solùm in contractibus, sed neque in testamentis *l. quoties 9. in princip. infr. de hered. instit. l. 4. C. de testam.* vbi additur idem esse, si in prænomine vel cognomine, vel agnomine erratum sit à testatore. *l. si ita scriptum sit 8. §. sed & cùm in prænomine infr. de bon. poss. sec. tabul.* Idemque iuris est in rei vindicatione *l. itẽ Pomponius 5. §. cùm in rem supr. de rei vindic.* & in stipulationibus *l. si in nomine 32. de verb. oblig. iunct. l. continuus 137. §. 1. eod.* Intellige autem de nominibus impositiuis, quæ mutabilia sunt, non de naturalibusque quæ sunt immutabila: secundùm distinctionem *l. si quis in fundi vocabulo 4. de legat. 1.* Nam si cùm tibi fundum venderem, tu hominem te emere putares, non esset error, neque dissensus probabilis, nec eo minus vt puto valeret emptio. Idipsum enim emptum esse necesse est quod fuit venditum, si nulla causa nullúsque color fuit in emptore aliud existimandi. Quamuis si testator volens hominem legare fundum legauerit aut vestẽ, neutrum debeatur *d. l. si quis in fundi.* Nempe vtrumque ex eodem fonte fit quod non sit ferendus qui nomen naturale ac sui naturâ immutabile mutare noluit. Debuerat ergo emptor dicere cum ei fundus à venditore venderetur, nolle se fundum emere, sed hominem, non autem fundo precium constituere. Quid si designatus sit homo suo nomine, sed cum artificio, in quo tamen erratum sit aut in vomine, vt puta si is qui habebat Flaccum fullonem, & Philonicũ pistorẽ, Flaccum pistorem vendiderit? An Flaccus venditus intelligetur qui pistor nõ est? An Fullonicus qui pistor est? An vterque? an neuter? Respondet Accursius & rectè distinguẽdũ esse quomodo circa simile legatũ distinguit Iauolenus in *l. penult. infr. de reb. dub.* An seruorũ nomina cõtrahẽtes nota habuerint, an nõ? Vt si habuerint, is debeatur qui nominatus est, quamuis in artificio erratum sit, si autem ignota nomina habuerint, pistor venditus & emptus videatur, perinde acsi nomen ei adiectum non esset.

2 ¶ Inde quæritur: si in ipso corpore non erretur, sed in substantia error sit, vt puta si acetum pro vino vęneat, aut æs pro auro, vel plumbũ pro argento, vel quid aliud argento simile: an emptio & venditio sit. Marcellus scripsit libro sexto digestorum, emptionem esse & venditionem: quia in corpus consensum est, etsi in materia sit erratum. ego in vino quidem consentio: quia eadem propè οὐσία *id est substantia*, est: si modò vinum acuit. cæterùm si vinum non acuit, sed ab initio acetum fuit, vt embamma, *id est, intinctus:* aliud pro alio venisse videtur, in cæteris autem nullam esse venditionem puto, quotiens in materia erratur.

Ad §. 2. Inde quæritur.

RAT. DVB. Sufficit ad validitatẽ, & benedictionis emptionis, vt in corpus ambo contrahentes cõsenserint, vt scriptum est initio huius legis. Ergo etiãsi in materia & qualitate licèt substãtiali erratũ sit, non eo minùs valere debet emptio, dummodo dissensus nullus sit in corpore. Atque ita Marcellus putabat quem Vlpianus hîc refert, improbatque. Proinde si pro vino acetum væneat vel æs pro auro vel plumbum pro argento, aut quid aliud argento simile, Marcelli sententia sequenda est.

DEC. Diuersitas materiæ & substantiæ quamuis non inducat diuersitatem corporis, inducit tamen diuersitatẽ rei, cùm vnaquæq; res æstimetur ex sua substantia, id est, ex materia & forma, quæ totam rem componunt. Ergo error in materia, & dissensus non minùs vitiare debet emptionem, quàm error in corpore. Neque enim quisquam dixerit eum, qui vinum emere voluit, æquè empturum fuisse acetum, aut æs pro auro, aut plumbum pro argento. Cùm igitur non consentiant in eo sine quo emptor non fuerat empturus, consequens est, vt dicendum sit, penitus nullam ipso iure esse emptionem, quasi aliud pro alio hoc casu ematur, & vendatur, vt contra Marcellum Vlpianus concludit. Nam & in contractu stricti iuris, vt in stipulatione, contractus quidem ipso iure subsisteret, sed tamen doli exceptio stipulatori prodesset propter doli clausulam, quæ in stipulationibus omnibus adiici solebat, si sciens promissor eum fefellisset, *l. si id quod aurum 22. infr. de verb. oblig.* Porrò, quo casu actio, vel exceptio doli locum habere in stipulatione potest, eo casu actio ex empto, aut aliæ quæ bonæ fidei sit, competere non potest, propterea quod in iudiciis bonæ fidei, potestate & æquitate ipsius iudicij vindicatur, *l. si heres 5. §. 1. infr. de action. empt.* Fatendum tamen est, non idem hac parte iuris esse in omnibus contractibus. Nam non tãtùm in stipulatione, quæ stricti iuris est, id obtinet, vt contractus valeat, si in corpus consensum sit, licet erratum fuerit in materia, *d. l. si cùm aurum 22. de verb. oblig.* sed etiam in pignore, qui contractus bonæ fidei est, *l. 1. in fin. sup. de pignor. act.* Cur ergo aliud in venditione dicimus? vt in hac lege, & *l. quid tamẽ 14. infr. l. si sterilis 21. §. quamuis de actionibus emption.* Itemque in solutione *leg. si cùm aurum 50. infrà de solutionibus.* Nec enim ex differentia contractuum bonæ fidei & stricti iuris ratio diuersitatis sumi potest. Placet Cuiacio ad *d. l. 22.* interesse creditoris & stipulatoris quibus æs pro auro traditum vel promissum est saltem æs habere potius, quàm nihil satisque esse, quod si decepti sint, habent vltro actionem quanti interest. Creditor quidem pignoratitiam contrariam, stipulator verò actionem de dolo. Emptoris autem interest nullomodo falli, sed ego neq; hanc diuersitatis rationẽ probare possum. Nã & stipulatoris & creditoris interest nullomodo falli. Alioqui nec ille cõtrariã pignoratitiã haberet nec hic actionem de dolo, cùm vtraque actio detur ad id quod interest, *l. arbitrio 18. supr. de dolo dict. l. 1. l. tutor 16. §. contrariam de pignor. act.* Magis igitur probo vt differentiæ ratio petatur ex eo quod in em-

BIU Cujas

ptione vtrimque contrahitur obligatio æquè principaliter, ex parte quidem venditoris vt rem tradat: ex parte autem emptoris vt conuentum precium præstet, quod porrò constituitur ex comparatione eius rei non quæ traditur, sed quæ vēditur, & quam emptor emere se putauit. Aliud enim est precium æris vel aurichalci, aliud auri. Item aliud plumbi, aliud argenti. Itaque in huiusmodi emptione si valeret, duplex esset captio emptoris. Prima in eo quod emeret rem, quam alioqui non fuisset empturus si in materia non errasset: altera in precio quod longè minus obtulisset etiamsi non aurum, sed æs, nec argentum, sed plumbum empturus alioquin fuisset. Quod in creditore & stipulatore diuersum est, qui cùm ad nihil obligentur, nisi quod creditor idipsum pignus quod accepit, restituere debet soluto quandocunque debito. Non possunt dicere se non fuisse contracturos, si in materia non errassent. Itaque ipsorum interest contractum tenere, etiamsi in materia erratum fuerit, si modo consensum sit in corpore. Eadem ratio quam in emptione attulimus, eadem in solutione quoque locum habet. Id enim quod soluitur, necesse est respondere ei quod debetur, vt possit liberatio contingere quippe quæ indiuidua est *l. si quis aliam 46. de solut.* Atqui auro quod debetur, non respondet æs neque aurichalcum, neque argento plumbum. Meritò igitur placuit debitorem auri vel argenti, si pro auro soluat aurichalcū, vel pro argento plumbum, nullo modo liberari *d. l. si cùm aurum 50. eod.* Præsertim quia implicaret contradictionem vt pro eo quod interesset creditoris, aliqua supereſſet actio contra debitorem iam liberatum. Si enim liberatus sit, quomodo potest manere obligatus? *l. 1. C. de contrar. iudic. tutel. l. Modestinus 76. infr. de solut.* Dices non esse bonam hanc rationem diuersitatis, cùm venditio valeat, si quod venditum est quasi aureum, fuerit inauratū, quia auri aliquid habuit, vt scriptum est in *d. l. quid tamen 14. infr.* Neque tamen conuentum fuisse precium tanquam rei puta viriolæ inauratæ, sed tanquam aureę. Sed respondeo si res quæ vendita est tanquam aurea, vel minimum quid auri habeat, emptionem valere (nisi eam vendiderit venditor pro solida, vt in *l. cùm ab eo 41. §. 1 infr.* aut mensam argento tantùm coopertam, ac proinde quæ in se nihil argenti infixi & immixti habet pro argentea vt in *d. §. 1.* vbi dicemus) quia nihil causæ est cur non valeat ratione saltem illius partis quæ est aurea, cùm eatenus erratum non sit in materia magis quàm in corpore. Porrò emptionem quæ pro parte valeat in totum valere necesse est, cùm sit indiuidua *l. fundus ille 64. infr. hoc tit. l. cùm ex causa 139. de verb. oblig.* quia partem neque empturus fuerat emptor, neque venditor venditurus *l. tutor 47. §. 1. supr. de minor. l. si quis aliam 46. infr. de solut.* Emptori autem sufficere debet quod hoc casu habeat contra venditorem actionem, quanti sua interest, etiamsi venditor nesciuerit, & pariter errauerit, quam haberet vtique, tametsi emptio non valeret *l. si sterilis 21. §. quamuis infr. de action. empt.* At cùm in tota materia erratum est siue ab emptore solo vt in hac lege, siue ab vtroque vt in *d. l. quid tamen & in d. §. quamuis* totam venditionem inutilem & irritam esse necesse est, quæ pro nulla parte valere potest. Idem ferè tractatus est circa eum qui cùm virginem emere se putaret, emit iam factam mulierem, de quo in *l. alioquin 11. versic. quòd si ego infr.* Quia cùm hîc non sit erratum in sexu, nec proinde in totū, sed in qualitate duntaxat quæ ad rei substantiam nil pertinet, dicendum est venditionem totam valere. Aliter atque si in sexu erratum esset, vt puta si cùm virginem vellem vendere, tu puerum te emere existimasti, vt subiicitur in *d. versic. quòd si ego.* Sed & obseruatione dignum est, quod Vlpianus hic separat eū qui pro vino acetum vendidit, ab eo qui æs pro auro, vel plumbum pro argento. Rationem adferens diuersitatis, quòd in vino & aceto eadem penè substantia est & οὐσία, si modò, inquit, vinum acuit. Acetum enim ex vino factum, adhuc vinum quodammodo est origine inspecta, quæ & aliàs attendi plerumque solet, vt Accursius noster notat ex *l. 4. §. si ex lana infr. de vsucap.* Non enim falsum in totum videri potest quod veritatis primordio adiuuatur *l. cùm filius 76. §. heres meus de legat. 2.* Maximè cùm nec nouam formam acetum acquirat, sed nouam duntaxat qualitatem nouumque odorem & saporem. Quod intelligēdum est etiamsi iam tempore contractus vinum acuerat, non si tantùm post factam venditionem id acciderit. Quomodo nonnulli apud Accursium distinguebant. Illa tantùm distinctio adhibenda est quam hîc tradit Vlpianus an ab initio acetum fuerit, id est, priùs etiam quàm venderetur, nec vnquam vinum, vt Embamma, id est, acetum factitium de quo in *l. si quis vinum 9. §. 1. infr. de tritic. vin. vel oleo legat.* An verò vinum ab initio fuerit, quod posteà acuerit etiam ante perfectam venditionem, vt hoc tantùm posteriore casu obtineat quod diximus venditionem valere, non etiam priore, in quo scilicet negari non potest quin erratum sit in tota materia & substantia rei & quin aliud venditum sit pro alio, id est, pro vino acetum, quod nec vinum est, nec vnquam vinum fuit.

10. PAVLVS libro 5. ad Sabinum.

ALiter atque si aurum quidem fuerit, deterius autem, quàm emptor existimaret: tunc enim emptio valet.

Ad l. Aliter atque si aurum 10.

RAT. DVB. Quoties aliud pro alio venditur, emptio non tenet, quia nullus contrahentium cōsensus interuenisse creditur, vt scriptum est in fine legis præcedentis. Atqui aliud est quod deterius est quàm quod non est deterius. Inde namque fit, vt non videatur reddi ea res quæ debetur, cùm deterior redditur *l. 3. §. si reddita supr. Commod. l. 1. §. si res depositæ 16. supr. depositi.* Ergo si aurum venditum deterius sit quàm emptor existimauerit, emptio valere non potest. Nam nec auro deteriori, sed meliori emptor precium constituit. DEC. Emptio toties tenet quoties neque in corpore erratum est neque in materia, vt in lege præcedente. Atqui ob id solùm quod aurum venditum deterius sit quàm emptor existimauerit, neque in corpore neque in materia & substantia erratum dici potest. Ergo non eo minùs valet venditio. Non enim ma-

BIU Cujas

nim materiam mutat deterioratio, sed qualitatem duntaxat bonitatis. Et verò si ad validitatem emptionis sufficit, tum quoque cum res aliqua tanquam aurea vendita est vt auri aliquid habeat *leg. quid tamen* 14. *infr.* nisi vendita sit pro solida, vt diximus ad *l. præced. ex l. cùm ab eo* 41. §. 1. *infr.* (vbi tamen non de mensa inargentata agitur, sed de ea quæ argento tantùm cooperta sit vt ibi dicemus) Quanto magis valere debet, cùm totum corpus, quod pro aureo venditum est, aurum est, quamuis deterius? Nec tamen liberatur venditor si sciuit deterius esse aurum, & dissimulauit vt pluris venderet. Tenetur enim ex empto quanti ob eam causam emptoris interest *l. Iulianus* 13. §. *si venditor infr. de action. empt.* Aliud iuris est in ea re quæ deterior redditur. Ideo enim non liberatur debitor. Non quòd aliud pro alio reddat, sed quia minus reddere intelligitur quàm debeat, cùm res debita eatenus periisse videatur, quatenus deterior facta est, vt diximus ad *d. §. si reddita, & ad l. penult supr. de condict. tritic.* Porrò ex hac lege apparet non aliud fuisse hac in re iudicium Pauli, quàm Vlpiani, vt error in materia vitiet emptionem, ne quis fortè putet cum Marcello aliud eum sensisse. Ex eo quod in *leg. si sterilis* 21. §. *quamuis eod. tit.* scribit Paulus: Cùm in corpore consentimus, in qualitate autem dissentimus, emptionem esse. Est enim vitiosa eo loco Florentina lectio, quæ negationem non habet, quæ tamen in vulgaribus exemplaribus non deest, & quam addendam esse, præstantiores omnes ætatis nostræ Iureconsulti consentiunt, nisi malis, quod mihi probabilius videtur, qualitatem eo loco dixisse Paulum non pro materia & substantia, sed pro alia qualitate ad materiam & substantiam rei nil pertinente. Quamuis materiam & qualitatem coniunctim pro synonymis accipiat Vlpianus in *d. l. quid tamen.* Nec rursus necesse est vt cum Iacobo Cuiacio dicamus verba illa *d. §. quamuis.* quæ supra diximus, Triboniani esse, non Pauli, & ad Vlpiani libros non Pauli referri debere. Quasi non etiam Paulus eandem quæstionem tractauerit, & cum Vlpiano senserit, licet Vlpiani sententiam latius quàm Pauli propositam habeamus in *l. præced. & in d. l. quid tamen.* quæ ambæ sunt Vlpiani, quamuis lex illa *Si sterilis* sit ex Pauli libro 33. *ad Edictum.* hæc verò ex eiusdem Pauli libro quinto ad Sabinum. Sed potuit eandem quæstionem pluribus locis tractare, & vbique idem sentire, vt de Pomponio scripsimus ad *l. sed Celsus* 6. §. *vlt. supr.*

II. VLPIANVS libro 28. ad Sabinum.

ALioquin quid dicemus, si cæcus emptor fuit, vel si in materia erratur: vel in minus perito discernendarum materiarum? in corpus eos consensisse dicemus: & quemadmodum consensit, qui non vidit?

Ad l. Alioquin 11.

Coniungenda est hæc lex non cum proximè præcedente, quæ Pauli est, sed cum fine legis *in venditionibus* 9. quæ non tantùm eiusdem Vlpiani cuius hæc lex est, sed ex eodem quoque Vlpiani libro est. Vult autem probare Vlpianus quod dixerat, si erratum sit in materia & substantia rei venditæ, licet consensum sit in corpore, venditionem non valere, contra quàm Marcellus putabat. Vtiturque argumento cæci emptoris, qui vtique non potest dici in corpus consensisse quod nunquam viderit. Qua ergo ratione dicemus, si in materia erratum sit, venditionem valere? Non illa certè quod emptor in corpus consenserit, quamuis ponamus hoc casu nec in corpore erratum esse. Ergo etiam error in materia solus sufficere potest vt venditio & emptio nulla sit. Addit idem dici posse in emptore qui minus peritus sit discernendarum materiarum. Quid enim refert quod ad materiam pertinet, an cæcus sit emptor, an imperitus discernendarum materiarum, qui etiam quod videat, ignoret, nisi quod hic consentire in corpus potest, cæcus non potest? Ita enim pro Marcello respondere quis fortasse posset, qui cum de eo locutus est qui in corpus consensit, de cæco certe locutus non est. Supposuit enim terminos habiles. Nec sane valde vrget hæc Vlpiani obiectio. Cæterùm placet quod Haloander hunc locum ita legit, *Si cæcus emptor fuit, vel in materia erratur à minus perito.* Et paulo post, *Et quemadmodum consensit qui non vidit?*

I ¶ Quòd si ego me virginem emere putarem, cùm esset iam mulier, emptio valebit: in sexu enim non est erratum. cæterùm si cùm ego mulierem venderem, tu puerum emere existimasti: quia in sexu error est: nulla emptio, nulla venditio est.

Ad §. 1. Quod si ego.

RAT. DVB. Qui cum virginem emere se putaret, mulierem corruptã emit, licèt neque in corpore, neque in materia, neque in sexu errauerit. Errauit tamen in ea qualitate quæ emptioni fortasse causam dederit, & sine qua non fuerat empturus nedum tantum precium constituturus. Quid enim si virginem emere volebat vt eam matrimonio suo copularet? vt in *l. si collactaneus* 13. *infr. de manum. vind.* An non per absurdum sit dicere emptionem valere si pro virgine scortum emerit?

DEC. Non omnis error vitiat emptionem, licet per eum fiat vt emptor decipiatur etiam à sciente venditore, sed is demùm qui vel in corpore interuenit, vel in materia, vel in sexu. Atqui hîc in nullo istorum erratum est, sed tantum in qualitate. An enim virgo sit an mulier quæ venditur, qualitas tãtùm muliebris est, quæ nec sexum mutat, nec personam. Adeò vt & virgines mulieres dici possint, quia sexus fœminini sunt *l. argumento* 25. §. *muliebri de aur. & argent. legat. l. seruis legatis* 81. §. 1. *de legat.* 3. Cumque non minus assidua & quotidiana sit ancillarum comparatio quàm seruorum, nec minus difficile sit virginẽ à corrupta muliere dignoscere,

BIU Cujas

quàm mulierem liberam ab ancilla, facit etiam publica vtilitas, vt huiusmodi venditiones valere interſit etiam reipublicæ ob libertatem & vtilitatem commerciorum *arg. l. quia difficilè 5. ſupr. hoc tit. l. iuſto 44. in princip. infr. de vſucap.* Adeò vt nec redhibitorię actioni locus eſſe hoc caſu poſſit *l. ex empto 11. §. is qui virginem infr. de action. empt.* quia non eſt vicium corporis in fœmina, quod mulier & corrupta ſit, potiùs quàm virgo. Sed tamen nō impunè fert venditor quod emptorem eo mēdacio deceperit. Tenetur enim actione ex empto ad reſoluendā venditionem, vt ſcilicet precio emptori reſtituto mulier venditori reddatur *d. §. is qui virginem.* Vbi tamē addit idem Vlpianus in ſciente ac doloſo venditore id verum eſſe, vt intelligamus, non ergo etiam in ignorante. Quamuis hæc diſtinctio ſciētiæ & ignorantiæ non ſit admittenda, quoties in materia erratum eſt & in ea qualitate, quæ ad rei materiam & ſubſtantiam pertineat, vt apparet ex *l. ſi ſterilis 21. §. quamuis eod. tit. de action. empt.* Quæ me res magis cōfirmat vt interpretationem illam probē quam illius loci attuli ad finem legis proximæ ſupr. ne alioqui dicendum ſit Vlpianum hac parte à Paulo diſſentire. Planè cùm in ſexu erratum eſt, puta ſi ego mulierem venderem, tu puerum te emere exiſtimaſti, conſtat inter omnes nullam eſſe venditionem, quia in ſexu erratum eſt, aliudque naturaliter corpus eſt maſculi, aliud fœminæ, licet materia vtriuſque eadem ſit, vt qui in ſexu diſſentiunt, nec in corpus conſenſiſſe videri poſſint.

12. POMPONIVS libro 31. ad Quintum Mucium.

IN huiuſmodi autem quæſtionibus perſonæ ementium & vendentium ſpectari debent: non eorum, quibus adquiritur ex eo contractu actio. nam ſi ſeruus meus,[a] vel filius, qui in mea poteſtate eſt, me præſente, ſuo nomine emat: non eſt quærendum, quid ego exiſtimem: ſed quid ille qui contrahit.

Ad l. In huiuſmodi 12.

RAT. DVB. Ex contractu filij familias vel ſerui qui emit, patri vel domino quæritur actio ſiue ex cauſa peculiari ſiue ex qua alia filius vel ſeruus emerit, ita vt ne momento quidem temporis conſiſtat acquiſitio in perſona filij vel ſerui *l. placet 79. infr. de acquir. hered. l. 1. infr. ſi à parent. quis manum. ſit.* Ergo nō filij familias vel ſerui quorum nihil intereſt, ſed patris vel domini ſcientia inſpiciēda eſt, quoties quæritur an emptor errauerit in corpore, vel in materia vel in ſexu, vt ſciatur an emptio teneat nécne. Iniquiſſimum enim eſt vnius ſcientiam vel ignorantiā alij prodeſſe vel nocere *l. iniquiſſimum 5. infr. de iur. & fact. igno.* Prodeſſet autem patri vel domino ſcienti ignorantia filij vel ſerui ſi horum exiſtimatio inſpicienda eſſet, non patris aut domini, quibus acquiritur actio. DEC. Ea quæ ſunt facti non tranſeūt ad patrem, aut ad dominum, cùm eorum capaces ſint filij familias & ſerui, perinde ac pater, & dominus *l. qui heredi 44. infr. de condic. & demōſtr. l. nec ſeruus 41. infr. de pecul.* Atqui contractus omnes ſunt facti *l. conſilio 7. §. vlt. infr. de curat. furioſ.* itemque ſcientia cuiuſque vel ignorantia *l. 2. & tot. tit. de iur. & fact. ignoran.* Ergo cum filius familias vel ſeruus cōtrahit, ipſius ſcientia vel ignorantia inſpici debet, non patris aut domini *l. 2. infr. de litigioſ. l. cùm mancipium 51. infr. de ædilit. edict.* vbi Africanus addit nihil intereſſe an peculiari nomine ſeruus emerit, an nomine domini, & certum incertúmve ſeruum mandante domino emerit. Nam & tunc illud ex bona fide eſſe, vt ſeruus qui contraxit, deceptus non ſit. Neque aliud circa procuratoris perſonā admitti oportere. Nec quod actio ex hoc contractu patri vel domino acquiratur ad rem facit. Aliud enim eſt contrahere, aliud verò acquirere. Cōtractus facti eſt, vt diximus: Acquiſitio autē iuris. Et bona fides vult vt nō decipiatur is qui contrahit. Non etiam vt nō decipiatur is cui ex contractu acquiritur. Quomodo enim deciperetur ab eo qui cum ipſo nō cōtraxit? Quod enim ex eo contractu acquiritur patri vel domino ac proinde vt ignorantia filij familias, vel ſerui iis proſit & ſcientia noceat, fit tantùm per conſequētias & iure non tam cōtractus quàm poteſtatis, vt infra dicemus. In quo nihil eſt abſurdi. Sic dicimus circa tempora petendę bonorum poſſeſſionis quæ non niſi ſcienti currunt, filij familias ſcientiam inſpiciendam eſſe non patris *l. 3. infr. Quis ord. in bonor. poſſeſſ. ſeruet.* quamuis emolumentum bonorum poſſeſſionis per filium agnitæ filio ipſi non acquiratur, ſed patri, ſi modo ratam filij agnitionē habere velit *l. vlt. §. 1. eod. l. 1. C. qui admit. ad bonor. poſſ.* Quamuis pugnare videatur quod cōtra ſcriptū eſt in *l. ſeruus 7. §. vlt. de bono. poſſ.* Niſi verba illa *aut pater ſcit* deleamus cum Cuiacio *lib. 4. Obſeru. cap. 8.* de quo nos alibi & ſcripſimus, & fortaſſe iterum ſcribemus.

a *Vel filius qui in mea poteſtate eſt me præſente ſuo nomine emat.* RAT. DVB. Cum pater præſens eſt, prohibere poteſt filio ne emat. Ergo patris ſcientia nō filij inſpicienda eſt. Vix enim eſt vt non videatur pater ipſe contrahere, cùm eo præſente filius contrahit, quomodo dicimus de procuratore præſentis *l. ſi procuratori 79. infr de verb. oblig.* Atque ita Vlpianus concludit *l. immò eum 16. §. vltim. infr. de liber. cauſ.* DEC. Filius familias qui patre præſente ſuo nomine emit, non tantùm ipſe contrahit, ſed ſibi acquirit, quia ex patris voluntate id facit *l. 4. §. ſed ſi filius familias ſupr. de edend.* Erat enim iam olim filius familias acquiſitionis capax patre cōſentiente, nec volente ſibi per filium acquiri, vt ſæpius docuimus & probauimus. Atqui ponimus filium, qui in mea poteſtate eſt me præſente emiſſe ſuo nomine. Ergo potius mea quàm filij mei ſcientia inſpicienda eſt. Atque ita locus hic mihi aliquando videbatur accipiendus propter verba illa Pomponij *ſuo nomine* quæ ſi tollas, vix erit vt Pomponium cōciliare poſſis cum Vlpiano in *d. l. 16. §. vlt. de liber. cauſ.* Niſi cū Accurſio Pomponium intelligas de eo patre qui præſens quidem fuerit, ſed qui contradicere filio eumque prohibere non potuerit. Quod tamen quonam caſu euenire poſſit, certè dici vix poteſt, ſed ne in hac ſententia & interpretatione poſſim perſiſtere illud facit, quod eum nominatim caſum tractat Pomponius, in quo ex contractu filij actio quæratur patri, quæ tamen ſecundum interpretationem ſupra dictam non patri quæreretur, ſed filio quem & ſibi & ſuo nomine emere præſens pater permiſiſſet. Neque rurſus hæc interpretatio cadere poteſt in ſeruum qui ſiue præſente ſiue abſente domino emat, ſuo tamen nomine emere non

poteſt:

BIU Cujas

potest. Multò minus sibi acquirere, nec si dominus velit, cùm sit omnino incapax acquisitionis, & inuitus acquirat inuito domino ex omnibus causis præterquàm ex causa hereditatis *l. etiam 32. de acquir. ver. domin. iunct. l. qui in aliena 6. de acquir. hered. l. seruus vetante 62. de verb. oblig.* Et tamen de seruo & filiofamilias tractat Pomponius hîc promiscuè. Ea igitur interpretatio capienda est quæ vtrique possit conuenire. Malo itaque verba illa *suo nomine* sic intelligere acsi scriptum esset *peculiari nomine.* Nam & seruus perinde ac filiusfamilias peculium habere potest, & cùm ex causa peculiari emit, perinde acquirit domino atque si nomine domini aut simpliciter emisset. Cúmque peculium sit veluti pusillum patrimonium serui aut filiifamilias, vnde & nomen sumpsit *l. 5. §. peculium l. peculium & ex eo 39. l. quoties 47. §. vlt. supr. de pecul.* non malè dicitur etiam seruus aut filiusfamilias suo nomine emere, quod emit nomine peculiari. Qua de causa video Africanũ *in dicta l. cum mancipium*, hæc quasi contraria opponere, cùm ait nihil interesse, an peculiari, an domini nomine seruus emerit. Quod & Cuiacius ad illã Africani legem scripsit. Sed quid respõdebimus ad Vlpianum in *d. l. 16. §. vlt. de liber. caus.* vbi disertè scribit ignorantiam filij non prodesse patri scienti, quominus is propter scientiam suam repellendus sit: si filius quamuis ignorans liberum hominem emerit qui se pro seruo vendi dolo malo patiebatur? Respondẽdum est, vt ego quidem arbitror, aliam quæstionem esse de venditione hominis liberi, quem filius ignorans emerit pro seruo, cùm pater eum liberum sciret: aliam verò de emptione quæ facta sit per errorem in corpore aut in materia aut in sexu aut in aliqua qualitate quæ ad materiam ac substãtiam rei nullo modo pertineat. Priore casu non tam filij quàm patris personam & scientiam inspici debere, licèt filius peculiari, id est, suo nomine contraxerit, quia non de contractu quærimus an teneat, quem scilicet constat tenere cùm emptor ignorauit *l. 4. & 5. supr. l. liberi 70. hoc tit.* Emptor autem filius fuit non pater, sed de iure ac potestate acquisitionis, patre scilicet vindicante hominem liberum pro seruo emptum à filio quasi suum: quem tamen liberum esse non ignorauit. Quo certè casu ęquum est patri non prodesse ignorantiam filij nisi hactenus, vt ipso iure contractus teneat. Non etiam vt ex ea causa vindicare hominem liberum pater possit, aut potiùs (nec. n. dominium hominis liberi etiã qui dolo malo quasi seruũ vendi se passus est, transferri in emptorem vnquã potest, sed contra eum dat tantùm Prætor actionem in duplum propter dolum) in duplum agere. Ac proinde si agat quod summo iure facere potest propter ignorantiam filij, repellendus tamen est propter propriam suam scientiam exceptione doli mali, cum ei dolus suus patrocinari non debeat ad duplum consequendum quasi deceptus fuerit, cùm ipse se deceperit *d. l. 16. §. tunc habet.* Sed hoc ita tamen si præsente eo nec prohibente, cùm prohibere posset, filius contraxerit. Non tam quasi hoc casu contraxisse ipse videatur (alioqui contractus non teneret *d. l. 4. & l. 70. hoc tit.* sed quia potuit impedire ne contractus fieret, videtúrque dolo malo dissimulasse & venditionem quam prohibere poterat, filio permisisse vt ex eo facto per dolum suum actionem in duplum sibi compararet: quod non est ferendum. At posteriore casu, cùm de hoc tantùm quæramus an contractus teneat, an verò sit nullus, propter errorem qui in eo interuenerit, nõ alterius personam inspicere possumus quàm filij qui contraxit, non patris, qui non contraxit. Nec possumus dicere viciari venditionem per errorem & dissensum aliorum quàm eorum qui ipsi cõtraxerunt, quique ad validitatem contractus & in corpore & in materia & in sexu consentire debuerunt. Quod enim ex eiusmodi contractu actio per filiumfamilias patri acquiratur, non tam iure contractus fit quàm iure potestatis, nec nisi per quasdã iuris consequẽtias, quæ attendi non solẽt nec debẽt vt suprà iam attigimus *arg. l. 5. in princ. de condict. demonstr. l. 1. l. quod dicitur 7. de author. tutor.* Nec rursum hoc casu scientia patris etiam qui præsens fuerit, & contractum prohibere potuerit, vllum inducit dolum propter quem is repelli debeat vt in *d. l. 16. §. vlt.* nõ solùm quia nulla ex eo facto datur patri pœnalis actio vt in *d. §. vlt.* sed etiam quia patris scientia facere non potest quin filius qui contraxit, errauerit per ignorãtiam. Nam & ineptè ac frustra quæreretur an in contrahendo pater errauerit, qui non contraxit. Eadem ratio multo magis facit vt si filius sciuerit, pater ignorauerit, magis nocere patri debeat scientia filij quàm ei sua prodesse ignorantia, cùm ipse non pater eius contraxerit. Denique aliud est quærere de scientia vel ignorantia, aliud verò de errore, quamuis non nisi ex ignorantia nascatur. Omnis errans est ignorans, sed non omnis ignorans est errans. Cæterùm neque ignorans neq; errans in contrahendo quisquam esse potest nisi qui contrahit.

13. IDEM libro 9. ad Sabinum.

SEd si seruo meo, vel ei, cui mandauero, vendas sciens fugitiuum, illo ignorante, me sciente: non teneri te ex empto, verum est.

Ad l. sed si seruo meo 13.

RAT. DVB. Error qui in contrahendo interuenit, non ex aliorum persona æstimari potest quàm eorũ qui cõtraxerunt, vt proximè scripsimus. Atqui cùm seruo vel alij procuratori meo mandaui vt mihi Stichum aliúmve certum hominem emeret quẽ ego sciebam esse fugitiuum: nõ eo minùs verum est seruum meum contraxisse aut procuratorem meum non meipsum qui mandaui. Qui enim mandat contrahi, non ideò contrahit, & ob eam causam procuratori soli acquiritur ex contractu actio, non ei qui mandauit nisi facta cessione *l. possessio 49. §. vlt. infr. de acquir. poss.* Ergo neque hoc casu inspicienda est scientia mea, sed ignorantia serui vel procuratoris mei. Præsertim si non peculiari nomine seruus emerit, sed meo. Hoc enim addendum putat Accursius, quasi aliud sit dicendum, si seruus meus etiam mandatu meo certum hominem quem ignorabat fugitiuũ, ego sciebam, peculiari nomine emerit. Est enim causa peculiaris separata à causa dominij.

DEC. Quisquis mandatu & nomine alieno contrahit, non ad suam, sed ad alienam vtilitatem contrahit. Inspicienda igitur est scientia eius qui mandauit non ignorantia contrahentis. Nec enim aut errasse aut deceptus fuisse videri potest mandator qui fugitiuũ esse sciuit, licet mãdatarius ignorauerit. Nulla igitur ratio est vt ei quasi decepto accõmodari debeat ex empto actio *l. in seruo 17. infr. de lib. caus.*

BIU Cujas

ideò autem pono mandatum fuisse de certo homine emendo vt & in *d.l.in seruo* quia si de incerto homine mandatum fuisset, aliud dicendum esset. Qui enim mandat emi incertum hominem, non est credendus mandare de emendo fugitiuo. Nec est contrarium quod Africanus respondit in *l. cùm mancipium 51.infr.de ædilit.edict.* nihil referre an seruus meus mandatu meo certum aut incertum hominem emere debuerit, & morbosum aut fugitiuum seruum emerit. Id enim ad aliam speciem pertinet quàm quæ hîc à nobis tractatur, vt ad eum locum scribemus. Est enim tota hæc quęstio de scientia vel ignorantia patris vel domini & filijfamilias aut serui, difficilis sanè ob varios iuris locos qui pugnare inuicem videntur, déque ea proprius tractandi locus, & accommodatior erit in *d.l.cùm mancipium.* vbi & Iacobus Cuiacius ad Africanum, cuius ea lex est, totam hanc quæstionem tractat diffusiùs.

14. VLPIANVS libro 78. ad Sabinum.

QVid tamen dicemus, si in materia & qualitate ambo errarint? vt puta si & ego me vendere aurum putarim, & tu emere, cùm æs esset? vt puta coheredes viriolam, quæ aurea dicebatur, pretio exquisito vni heredi vendidissent, eáque inuenta esset, magna ex parte, ænea? venditionem esse constat ideo, quia auri aliquid habuit. nam si inauratum aliquid sit, licèt ego aureum putem, valet venditio. si autem æs pro auro veneat, non valet.

Ad l. Quid tamen 14.

Hucusque tractatum est cùm in materia vel in sexu emptor solus errauit, non etiam cùm vterque contrahentium. Nunc pergit Vlpianus quærere ne quid intactum relinquat. Quid ergo iuris sit si ambo contrahentes errauerint, tam venditore quàm emptore existimantibus aurum esse quod re vera æs erat aut totum aut magna ex parte. Finge coheredes aureolam quæ in hereditate reperta est, & quæ aurea dicebatur, vni ex heredibus vendidisse exquisito precio. id est non ab aliis quæsito, vt malè interpretatur Accursus, sed quàm maximo: Quomodo dicimus hominem exquisitæ eruditionis aut bonitatis qui sit eruditissimus aut optimus, eámque inuentam esse magna ex parte æneam. Respondet autem Vlpianus, venditionem hanc valere, quoniam aureola auri aliquid habuit. Et generaliter quoties inauratum aliquid sit quod aureum putetur, venditionem & emptionem esse. Sed si æs pro auro veneat, non valere. Rationes dubitandi & decidendi petendæ sunt ex iis quæ scripsimus ad *l. in venditionibus 9. & ad duas seqq. supr.* vbi hanc quoque explicauimus. Obstare tamen huic legi ex diametro creditur quod Iulianus scribit in *l.cùm ab eo 4.§.1.inf. hoc tit.* Si mensam argento coopertam mihi ignoranti vendideris imprudens pro solida, nullam esse venditionem. Accursius respondet speciale esse inter coheredes, vt hæc venditio valeat, alioqui non valitura. Sed repugnant apertè verba Vlpiani scribentis valere hanc venditionem, non quod facta sit inter coheredes, sed quoniam aureola vendita auri aliquid habuit. Et subiicit generaliter si inauratum aliquid sit quod ego emptor putem totum esse aureum, valere vẽditionem. An non verò etiam mensa inargentata argenti aliquid habet? Aut quid refert an inauratum sit id quod venditur, an inargentatum? Alias solutiones adfert Accursus ad *d.l.cùm ab eo 4.§.1.* nõ longè meliores. Vnam excipio quam nec suprà probauimus ad *§. vlt. l. 9. supr.* in qua tamen non perstat, cum ait in casu Iuliani fuisse actum specialiter & expressum vt mensa solida, id est tota ex argento venderetur & emeretur. In qua specie apparet voluntatem contrahentium illam esse, vt non aliter emptionem & venditionem valere velint quàm si mensa tota sit argentea. Euenitq; hoc casu & in alijs plerisque vt expressa noceant quæ non expressa non nocerent *l. expressa 195. de regul.iur.* Neque verò debuit venditor tam facilè id quod ignorabat adseuerare vt in *l.Iulianus 13.§. quid tamen infr.de action.empt.* Quanuis malim cum Cuiacio distinguere mensam inargentatam ab ea, quæ argento tantùm cooperta sit, vt dicemus ad *d.l. 41. §.vlt.infr.* Sanè postrema illa solutio Accursij quam meliorem esse ait mihi probari omnino non potest, vt non valeat quidem emptio quantùm ad rem quæ venditur, sed tamen sit aliqua fauore emptoris vt non decipiatur ex *§.vlt.Instit.hoc tit.* Valere enim eam vult Vlpianus quoties res vendita tanquam aurea vel argentea auri aliquid vel argenti habuit. Valere inquam ita vt ea ex vẽditione cogi possit, & venditor ad tradendam rem venditam, & emptor ad soluendum precium de quo conuenit. Et distinctio *d.§.vlt.* non nisi ad earum rerum venditionem pertinet, quæ non sunt in commercio, & quarum dominium ideo transire in emptorem non potest. Nec rursus æquitas vlla est propter quam fauere debeamus emptori apud Iulianum: Cùm ponat non tantùm ignoranti emptori fuisse venditam rem inauratam & inargentatam pro solida aurea vel argentea, sed etiam ab ignorante ac imprudente venditore, qui proinde videri non potest emptorem decepisse. Quanquam non ignoro posse venditorem teneri ex empto, quoties alioqui emptor læderetur, etiamsi venditor nesciat, vt in specie *l.si sterilis 21.§. quamuis infr.de action.empt.* vbi adfertur exemplum nostro proximum, si quis mensas quasi citreas emat, quæ non sint citreæ. Sed dico nihil esse quod hoc casu de deceptione tractari possit, de qua tamen agitur in *d.§.vlt.instit.hoc tit.* & *in d.l.Iulianus 13.§.si vẽditor 4.infr.de action.empt.* Ponit enim Vlpianus in specie huius legis vtrumque contrahentium ignorasse. Sanè officio iudicis precium minui æquissimum est *l.officio 17.infr.* Nec felicior est Accursius in illis postremis huius loci verbis interpretandis, *Si autem æs pro auro veneat, non valet.* Quæ ille sic accipit, vt non valeat quidem vẽditio in ære, sed valeat tamen in tanto auro in genere. Ex notatis in *l.1.in fin.supr.de pignor.act.* Nãimò verò Vlpiani sententia proculdubio est nullo modo valere hanc venditionem neque in ære neque in auro propter errorem in tota materia. Et fatendum est quod docuimus ad *l in venditionibus supr.* aliam hac parte causã esse pignoris aliã vẽditionis, licèt vterq; cõtractus sit bonæ fidei, & ratione diuersitatis ibi attulimus.

15. PAVLVS

15. PAVLVS libro 5. ad Sabinum.

ETsi consensum fuerit in corpus, id tamen in rerum natura ante venditionem esse desierit: nulla emptio est.

Ad l. Etsi consensum 15.

RAT. DVB. Quoties in corpus consensum est, nec vllus error in materia vel in sexu interuenit, constat valere emptionem *l. in venditionibus 9. & seqq. supr.* Atqui ponit Paulus in hac specie consensum fuisse in corpus ab emptore & venditore. Ergo indistinctè dicendum est venditionem valere.

DEC. Nec emptio nec venditio vlla sine re quæ veneat intelligi potest *l. nec emptio 8. supr.* Ergo si ponamus, quod Paulus hîc ponit corpus quod venditum fuit, desiisse in rerum natura esse ante venditionem, nulla iam res est quæ venire possit. Quid enim refert an res quę venditur, nunquam fuerit in rerum natura, an non sit amplius? Rectè verò *ante venditionem.* Nam si post venditionem res vendita periisset, non eo minùs teneret emptio quæ ab initio valuisset, & periculum peremptæ rei venditæ ad emptorem pertineret *l. necessariò 8. & tot tit. infr. de peric. & commod. rei vendit.* Iunge *l. domum 57.* & quæ ibi dicemus *infr. hoc tit.*

1. ¶ Ignorantia emptori prodest, quæ non in supinum hominem cadit.

Ad §. 1. Ignorantia.

RAT. DVB. Omnis ignorantia quantumuis supina & crassa parit errorem. Error enim non nisi ex ignoratione proficiscitur, & imperitiam detegit, vt scriptum est in *l. si per errorem 15. supr. de iurisdict.* Atqui errantis nulla voluntas est, nullúsque consensus, vt ibidem scriptum est, & in *l. sed hoc ita 20. infr. de aqua & aquæ pluu. arcend. l. nihil consensui 116. §. vlt. de regul. iur.* sine consensu autem nulla venditio fieri potest *l. 1. §. vlt. l. in venditionibus 9. supr. hoc tit.* Ergo dicendũ est, in omnibus venditionibus ignorantiam quamlibet, rametsi crassam, supinam & dissolutã cum æquè consensum impediat, etiã contractũ impedire.

DEC. Legislator ciuilis qui nihil nisi dignitatem & amplitudinem Reipublicę ante oculos habet, quæ tamen nisi per industrios, & diligentes augeri atque amplificari non potest, excitat ciues quãtum potest ad diligẽtiam & industriã. Vnde est quod dicimus, Ius ciuile vigilantibus & diligentibus scriptum esse non dormientibus aut negligentibus *l. non enim 16. supr. Ex quib. caus. maior, l. quod autem 6. §. sciendum l. pupillus 24. in fin. infr. Quæ in fraud. credit. l. summa cum ratione 21. supr. de pecul.* vt esset aliqua inter desides & diligentes differentia *l. 2. C. de annal. except.* Ob eam nimirum causam ius ciuile habet magnã negligentiam pro culpa *l. magna negligentia 226. de verb. signific.* & summam ignorantiã pro lata culpa. Cuius quippe finis est non intelligere quod omnes intelligunt *l. latæ culpæ 223. eod. l. regula 9. §. sed facti infr. de iur. & fact. ignor.* Quam dissolutam ignorationem Papinianus vocat in *l. cùm sex 55. infr. de ædilit. edict.* Et Paulus noster hîc ignorantiam supini hominis, & quæ non nisi in supinum hominem cadit. Probabilem igitur & excusabilem ignorantiã esse oportet vt vel ignoráti ipsi vel alij puta patri aut domino prodesse possit. Cùm enim iuris effectus ille sit si quando prosit alicui vel sua propria vel alterius ignorantia, sequeretur ius ciuile fauere huiusmodi culpæ & negligẽtiæ. Quod tamẽ absurdum esset. Succurrit enim ius ciuile non stultis, sed errantibus *d. l. regula §. vlt.* Magis autem pro stulto quàm pro errante habendus est is cui tam crassa & supina ignorãtia imputari potest *l. vlt. in fine principij C. arbitr. tutel.* Nec ad rem pertinet quòd si huic quoque tam crasso & supino non succurratur, facilè damnum passurus sit. Nam cùm sit in culpa, vt diximus ex *d. l. magna* succedit iuris nostri regula quæ habet, Quod quis ex culpa sua damnum sentit nec sentire videri *l. quod quis 203. de regul. iur.* Exemplum autem crassæ huius, & supinæ & dissolutæ negligentiæ adfert Accursius noster ex *l. ea quæ 43. §. 1. infr.* vbi de eo tractat Florentinus qui hominem luminibus effossis emat, & de sanitate stipulatus est, si dicat etiam de oculorum sanitate sensisse, quos scilicet effossos ignorauerit. Quomodo enim nisi valde stultè ignorare potuit id quod palam apparebat?

2. ¶ Si rem meam mihi ignoranti vendideris: & iussu meo alij tradideris: non putat Pomponius, dominium in eum transire: quoniam non hoc mihi propositum fuit, sed, quasi tuum dominium ad eum transire, & ideo etiam si donaturus mihi rem meam, iussu meo, alij tradas: idem dicendum erit.

Ad §. 2. si rem meam.

RAT. DVB. Quamuis rem suam emere siue sciens siue ignorans nemo possit, *l. prox. infr.* cùm tamen de dominij translatione agitur, non tam inspiciendum est quis quid vendiderit, aut emerit, quàm cui traditio facta sit, & an à domino an saltem ex domini voluntate. Traditio enim illa est, quæ dominium transfert, non venditio *l. nunquam nuda 31. inf. de acquir. rer. domin. l. traditionibus 20. C. de pact.* Nec quicquam interest an fiat à domino, an verò à non domino quidem, sed ex domini voluntate *l. qua ratione 9. §. nihil autem interest de acquir. rer. dom.* Atqui cùm rem meam ignoranti mihi vendidisti, eámque alij iussu meo subinde tradidisti licet nullum abs te dominium in me transierit, quia neque traditio vlla secuta est, neque venditio valuit, neque magis dominus fieri potui rei iam meæ *§. sic itaque instit. de action. l. in bello 12. §. si quis seruum infr. De capt. & postlim. reuers.* negari tamen non potest, quin eo tempore quo iussi tibi vt traderes, dominus fuerim: Nec proinde quin rem meam alij ex voluntate mea tradideris. Ad quid enim traditio siue facta siue imperata à domino nisi vt dominium in accipientem transferatur? Ergo dicendũ est eum cui in meo iussu rem meam tradidisti factum esse ipsius dominũ. Contrà quàm existimauerit Pomponius, quem Paulus hîc refert, probátque perinde ac si rem meam tu mihi tradidisses, & ego alij: Vt sit hic casus

BIU Cujas

ex illis in quibus celeritate coniũgendarum actionum vna occultatur *l.3.§.sed si debitorem de donat. int. vir.& vxor l.singularia 15.supr.de reb.credit.*

Dec. Actus numquam operantur vltra intentionem agentium *vulg.l.non omnis 19.supr.De reb. credit.* Nec tam inspiciendum est quid factum sit, quàm qua mente. Præsertim cùm agitur de transferendo dominio. Necesse enim est vt hoc casu concurrat affectus ex vtraque parte, & illius qui dominium transferre vult, & illius qui acquirere. Alioqui nihil agitur *l. in omnibus negotiis 57. iunct. l.55. infr.de obligat. & action.* Atqui cùm rem meam ignoranti mihi vendidisti & alij iussu meo tradidisti, id euidenter actum est inter nos vt in accipientẽ quidem transferres dominium, sed non illud quod iam ante venditionem meum erat, at illud solum quod mihi ex tua vẽditione acquisitum esse aut acquiri posse putabam, vt traditio tua tanquam à domino facta dominum faceret accipientẽ. Neque enim iussi te tradere rem nisi in consequentiam præcedentis venditionis vt dominiũ quod existimabã acquiri mihi posse si rem mihi vẽditam, mihi quoq; tradidisses, illud ipsum rectà transferretur in accipientem ac si longiore manu eã rem mihi primum tradi voluissem, deinde à te acceptam meámq; factã alij rursum tradidissem. Ergo cùm nõ hoc mihi propositum fuerit, vt dominium meum quod iam habebam, sed vt tuum quod habere te putabam, in accipientem transiret, dicendum est nihil actum fuisse eiusmodi traditione, quia neque quasi tuum trãsferre potuisti quod nullum habebas, neque meum de quo transferendo numquam fuit à te vel à me cogitatum. Nã & illud generale est, vt nemo ignorans vnquam rem suam amittat *l.si procurator 35.infr. de acquir.rer.domin.* Ignoraui autem meam esse rem quam quasi tuam abs te comparaui. Et quidem frustra atque inutiliter, cùm meam rem emere non potuerim, nec magis ignorans quàm sciens vt scriptum est in *l.prox.infr.* Proinde non debet mihi nocere quod rem meam ex voluntate mea tradideris. Non enim tradidisti quasi iam meam, sed quasi adhuc tuam, quę tamen tua numquam fuerat. Nec simile est quod Accursius tanquam contrarium obiicit ex Africano in *l.eius qui in prouincia 41.versic. quas verò pecunias supr. de reb. credit.* vbi Africanus respondet pecunias, quas seruus credidit quasi dominicas, cùm is iam defuncti domini heres esset, alienatas tamen intelligi, pro qua parte ipse domino heres extitisset, tanquam à vero domino creditas. Id enim fit, quia idem dominium erat quod in iis defunctus habuerat dum viueret, & quod seruus heres ipsius tempore crediti nec incidere poterat quæstio, An de alio dominio cogitatum esset, quod nullum erat: Idem enim dominium est heredis & defuncti, quorum & vna eadémque persona esse fingitur *l. heres & hereditas 22.infr.de vsucap. Nouell.48. de iureiur. à morient.præstit. in princip.* At in specie huius §. aliud erat dominium quod à te per traditionem meo nomine factam transferri in alium volebam, aliud verò id de quo transferendo non cogitabam. Non quasi duplex eiusdem rei dominium ex duplici causa habere potuerim (quod certè non magis fieri queat quàm vt res iam mea magis fiat mea *l. non vt ex pluribus 159.de reg.iur.§.sic itaque instit.de action.*) sed quia cùm rei dominium mihi iam acquisitum esse ignorarem, de alio transferendo cogitabam quod mihi ex tua venditione acquiri posse arbitrabar. Itaque tametsi non nisi vnicum esset dominium, de duplici tamen tractandum fuit, de quorum vno cogitatum nõ fuerit, de altero autem cogitatum, & quorum vnũ in veritate fuerit, alterũ in opinione solùm, & quidem erronea, sed quæ tamen plus hoc casu potest quàm veritas, vt & in cæteris omnibus causis quæ ex animo & existimatione pendent, & in quibus quæritur quid actum sit. Denique apud Africanum non errabat seruus in dominio, vt emptor hîc, sed in persona tantum domini, quod & Accursius noster licet subobscurius docet.

a *Et ideò etiamsi donaturus mihi rem meam.* Rat. dvb. In donatione nemo dubitat quin donator dominiũ quod vnicum habet, in re donata abdicare à se velit & in donatarium transferre. Mauult enim donatarium quàm se habere *l.1.l. Senatus 35.§.sed mortis causa infr.de mort.caus.donat.* Et ridiculus sit donator si dicat de eo dominio transferendo se cogitasse non quod habuerit, sed quod non habuerit. Atqui cùm te rem meam mihi donaturum iubeo alij tradere, perinde videor eam donare si alia tradendi causa nulla appareat. Ex regula *l.donari 29.& l.2.§.cùm verò infr.de donat.* Præsertim cum vna donatio efficiat facilè vt alia præsumi possit & debeat *l. si verò non remunerandi 12.§.inde Papinianus supr. mandat.* Ergo si te rem meã mihi donaturum iussero eã alij tradere: Addamus donãdi animo, vt res clarior sit, dicendum est secuta traditione translatum inté fuisse dominium quod ego habui vndecunque habuerim, perinde ac si ego ipse donassem & tradidissem *d.l.in ædibus 9.§.pen.de donat.d.l.3.§.sed si debitorem infr.De donat.int vir.& vxor l.singularia 15.De reb. credit.supr.* Ratio decidendi eadem est quæ ad sententiam præcedentem, quia non de transferendo illo dominio cogitaui quod iam habebam, & habere tamen me ignorabam, sed de illo quod mihi ex donatione tua acquiri posse & acquisitum iri sperabam, errans non in iure, sed in facto, quia te non me dominum esse putabam. Atqui nullum tale dominium est quod ex donatione tua mihi acquiri potuerit, cùm rei meæ donatio in me collata non magis valeat quàm abs me facta rei meæ emptio *l. neque pignus 45.de regul.iur.* Donari enim non potest nisi quod eius fiat cui donatur *d.l.in ædibus §.vlt.de donat.* Quod autem iam donatarij est magis eius fieri non potest *d.§.sic itaque Instit.de action.d.l. non vt ex pluribus 159.de reg.iur.l. in bello 12.§.si quis seruum infr. de capt.& postlim.* Nullum ergo dominium in accipientem transferri potuit. Ne cogamur dicere translatum illud fuisse, de quo transferendo nec cogitatum vnquam fuit, & quod non nisi per errorem transferri potuisset. Cùm tamen nemo errans rei suæ dominium amittat, vt diximus ex *l.si procurator 35.infr.de acquir.rer.domin.*

16. Pomponivs libro 9. ad Sabinum.

SVæ rei emptio non valet: siue sciens, siue ignorans emi. sed si ignorans emi: quod soluero, repetere potero: quia nulla obligatio fuit.

Ad l.

Ad l. Suæ rei 16.

RAT. DVB. Qui sciens rem meam ignoranti mihi vendit, licèt rem quæ iam mea est, non possit magis meam facere, vt proximè diximus ex §. *sic itaque instit. de action.* attamen me decipit. Ergo quamuis emptio non valeat, quod pertinet ad alienationem rei venditæ: quidni tamen teneatur venditor ob deceptionẽ ad id omne quod mea interest, quemadmodum si ignoranti mihi sciens liberum hominẽ aut rem sacram vel religiosam vendidisset: *l. qui officij 62. §. 1. infr. §. vlt. Instit. hoc tit.* Nam & cùm vẽditio nõ valet, tenetur tamẽ plerumque ad id quod emptoris interest, deceptum eum nõ esse etiamsi venditor nesciat *l. si sterilis 21. §. quanuis infr. de actiõ. empt.* Fateor eum qui sciens emit rem suam indignũ esse cui succurratur, quia seipsum decepit *l. nam si scit 26. supr. de rei vindic. l. immò eum 16. §. tunc habet infr. de liber. caus.* Sed ignoranti præsertim aduersus scientem, cur nõ succurremus? An melior esse causa debet eius qui emit rem sacram aut religiosam vel hominem liberum ignorans, quàm qui ignorans quoque emit rẽ suam? Adde quod res mea licet magis mea fieri non possit, mihi tamen tradi potest, cùm traditio nihil sit nisi translatio possessionis. Atqui venditor nõ habet necesse fundũ emptoris facere, vt cogitur qui fundũ stipulanti spopondit *l. si ita distrahatur 25. §. 1. infr. hoc tit.* aut qui donauit *l. in ædibus 9. §. vlt. infr. de donat.* Quid ergo vetat etiã rẽ meã mihi vẽdi? Nã nec dubitatur quin possessionẽ rei meæ possim emere *l. si in emptione 34. §. rei suæ infr.* sicut & conducere & precario accipere *l. si aliquã 28. l. res pignoris 37. de acquir. poss. l. certè 6. §. vlt. de precar.*

DEC. Etsi venditor ex natura venditionis non tenetur dare, sed tantùm tradere: & de euictione se obligare *l. ex empto 11. §. 1. infr. de action. empt.* non valet tamen venditio in qua actum sit inter emptorem & venditorem, vt dominium in emptorem non transferatur *l. penult. §. vlt. infr.* Atqui cùm res mea mihi venditur, impossibile est vt ex ea venditione dominium in me transferatur. Repugnante scilicet natura rei venditæ, quoniam vt diximus *ad §. vlt. legis præcedentis* id quod iam meum est magis meum fieri non potest §. *sic itaque instit. de action. l. in bello 12. §. si quis seruum infr. de captiu. & postlim.* Emptiones autem omnes ad hoc comparatæ sunt vt quis suum faciat quod prius alienum erat. Pertinent enim ad eam iuris nostri partem quæ in acquirendo consistit *l. vlt. supr. de legib. l. stipulatio ista 38. §. alteri de verbor. oblig.* Ergò si quis rem suam emat, non potest valere emptio, ne quidem ratione possessionis, quoniam aliud est rem emere, aliud possessionem: & aliud precium rei, aliud possessionis *l. 3. §. vlt. infr. Vti possid.* Multo minùs quantum ad hoc vt possit emptor contra venditorem in id agere quod sua interest, quia nec eius quicquam interesse videri potest vt deceptum se possit conqueri: cùm rem habeat eiusque dominium. Ad quid enim grauius & durius teneri poterat venditor quàm vt dominum faceret emptorem? Hoc enim demum est implere venditionem *l. si quis alienam 46. infr. De action. empt.* Atqui iam emptor dominus est. Nihil ergo habet quod petat, qui iam habet omne id quod petere posset. Æstimatur enim id quod interest ex eo quod abest, aut quod lucrari quis potuit *l. si commissa 13. infr. rat. rem haber.* quorum neutrum cadere potest in eum qui rem suam emit etiam ignorans & à sciente. Quid enim ei abest ob nullitatem venditionis, aut quid lucrari potuisset si rem suam non emisset? Alia longè ratio est hominis liberi & rei sacræ ac religiosæ ignoranti venditæ. Decipitur enim emptor qui rem venditam acquisiturus fuerat si ea in commercio fuisset. At non decipitur qui rem suam emit, quamuis suam esse ignorauerit, cùm ei hactenus succurratur. Quod si precium aut aliquid loco precij soluerit, habet eius conditionem & repetitionem, vt sequitur in hac lege & scriptum est in *l. seruum meum 37. supr. de condict. indeb.* Iunge *l. debitor 40. supr. de pignor. act. l. cùm res 4. l. si mater 10. C. hoc tit.* Adde quæ scripsimus ad *dict. l. seruum meum, 37. de condict. indeb.* Ne hîc repetamus. Quod verò hîc rationis loco additur *quia nulla obligatio fuit* sic intellige, vt ex huiusmodi emptione rei proprię nulla obligatio penitus nascatur, id est, ne quidem naturalis. Alioquin condictio indebiti impediretur *l. 3. §. vlt. supr. Quod quisq. iur. l. naturales 10. de oblig. & action. & toto dict. tit. de condict. indeb.*

1. ¶ Nec tamen emptioni obstat, si in ea re vsusfructus dumtaxat ementis sit.

Ad §. 1. Nec tamen.

RAT. DVB. Vsusfructus in multis casibus pars dominij est *leg. 4. l. si Titio 33. §. 1. supr. de vsufr.* & quamuis in iure dicatur consistere non in corpore, quia seruitus est *l. Mœuius 66. §. fundo de legat. 2.* partis tamen & portionis instar obtinet, quia emolumentum rei continet *d. §. fundo l. cum filius 76. §. dominus eod. tit. l. qui vsumfructum 58. infr. de verb. oblig.* Ergo si quis rem emerit, in qua iam habet vsumfructum, non potest valere emptio nisi pro parte ad alium pertinente, quemadmodum si rem sibi cum alio communem emisset vt in specie *l. sed si 18. infr.*

DEC. Rectè dicimus eũ fundum totum nostrũ esse etiam cuius vsusfructus alienus est *l. rectè dicimus 25. de verb. signific.* Similiter igitur è contrario, rectè fundum alienum dicimus, etiam in quo vsusfructus meus est. Nam & alienum esse fundum necesse est, vt vsusfructus meus esse possit, cùm nemo re sua vtatur fruatur *l. vti frui 5. supr. si vsusfruct.* cùm nemini res sua seruiat *l. in re communi 26. supr. Vrban. prad.* Proinde fundus qui nulla ex parte meus est totum alienum esse fatendum est. Vt ex Iuliano Paulus argumentatur in *dict. l. rectè dicimus, iunct. l. 1. §. 1. infra de SC. Silan. §. 1. Instit. de hered. instit.* Ergo nihil vetat me totum fundum emere cuius vsusfructus totus meus sit: emptione enim sola proprietas continetur quę non est mea, non vsusfructus qui est meus. Itaque emptio est rei alienæ non meæ. Permisceri enim causas proptietatis & vsusfructus non oportet sicut neq; possessionis *l. pen. iunct. l. naturaliter 12. §. 1. infr. de acquir. possess.* Fateor in quibusdam causis vsumfructum partem dominij obtinere vt scriptum est supradictis locis; sed non in omnibus. Et generaliter verum est, vsumfructũ tùm quoque cùm rei emolumentum continet in iure nõ in parte consistere quia seruitus est *d. l. Mœuius 66. §. fundo de legat. 2. l. si à reo 70. §. si reo infr. de fideiuss.*

BIU Cujas

17. PAVLVS libro 31. ad Edictum.

OFficio tamen iudicis pretium minuetur.

Ad l. Officio 17.

RAT. DVB. Qui dicit fundum simpliciter, is neque nudam proprietatem neque nudum vsumfructum intelligit, sed plenam proprietatem, quæ fructuum emolumentum semper adnexum habet *l. si alij 19. infr. De vsufr. legat. l. si cùm argentum 21. §. pen. infr. De except. rei iudic.* Ergo cùm emi abs te fundum, cuius vsusfructus ad me pertinebat, non nudam proprietatem emisse videri debeo, sed plenã, ac proinde etiam vsumfructum, quamuis iam meum, quia nihil vetat me cum tota re etiam partem meam emere *l. quod si vno 13. §. vlt. infr. de in diem addict. l. qui negotia 34. §. 1. supr. mandat.* Consequenter dicendum est nullam officio iudicis diminutionem precij hoc casu fieri debere.

DEC. Qui fundum emit, cuius vsumfructum iam habebat, sicuti plenam proprietatem emisse credendus est, ita fructuum emolumento precium dixisse videri debet, & quidem tanto maius ac vberius, quanto maiore precio vendi solet proprietas plena quam nuda. Ergo cùm id fecerit per errorem, (de hoc enim loquimur, non de eo qui prudens & sciens emerit non detracto, vt fieri debuerat, vsufructu) æquissimum est ex sola iudicij æquitate & officio iudicis minui precium pro rata, id est, separato vsufructu & æstimata proprietate quanti deducto vsufructu vendi potuisset, quantique estimata est nuda proprietas, detracta ex toto precio plenæ proprietati dicto, æstimatione vsusfructus, vt ex comparatione non veri precij, sed formalis, vt Vlpianus vocat *in l. in lege Falcidia 62. §. 1. infr. ad leg. Falcid.* id est, conuentionalis diminutio precij vsusfructus fiat. Simile quiddam est in §. *si cui fundus 9. Instit. De legat. l. non quocunque 82. §. Fundus infr. de legat. 1.* De quorum locorum sententia scripsimus in libris Coniecturarum.

18. POMPONIVS libro 9. ad Sabinum.

SEd si communis ea res emptori cum alio sit: dici debet, scisso pretio pro portione, pro parte emptionem valere, pro parte non valere.

Ad l. Sed si communis. 18.

RAT. DVB. Cum tota re etiam partem nostram emere possumus, vt proximè diximus ex *l. quod si vno 13. in fin. infr. tit. prox. l. qui negotia 34. §. 1. supr. mandat.* Ergo si rem totam emero quæ mihi communis erat cum alio, dicendum est totam venditionem valere, nec scindi precium debere: præsertim cùm emptio & venditio natura sui sit indiuidua *l. cùm ex causa 139. infr. de verb. oblig. l. tutor vrgentibus 47. §. 1. supr. de minor.*

DEC. Multum interest, an quis rem sibi cum alio communem totam emat non per errorem, sed quia scit esse communem, id est, partim suam partim alienam. Et eo casu valet totius rei emptio vt in dictis legibus. An verò per errorẽ emat existimãs esse totam alienam, quæ tamen pro parte sit sua. Et hoc casu non nisi pro parte valere potest emptio. Pro ea scilicet parte quæ aliena est, non emptoris. Nam pro parte emptoris ideò valere non potest, quia rei suæ emptio nulla est *l. suæ rei 16. supr.* Maximè verò cùm fit per errorem. Nemo enim rem suam errans amittit *l. si procurator 35. infr. de acquir. rer. domin.* Prius autem esset vt eam amitteret, quàm vt eam sibi acquirere ex emptione posset, cùm rem suam non magis possit facere suam, vt in superioribus diximus ex §. *sic itaque Instit. de action.* Quamquam nec aliud est si quis sciens rem suam emerit *d. l. suæ rei.* Dominium enim sicuti non acquiritur, ita nec amittitur nisi certis modis, inter quos nuda domini voluntas non est *l. si quis vi 17. §. differentia infr. de acquir. possess.* Et cum dicimus errantem neminem suam rem amittere, sic intelligere debemus, vt non amittat nec si eam rem tradat. Quia nec traditio etiam à domino facta dominium transferre potest, nisi facta sit ex iusta causa *l. numquam nuda 31. de acquir. rer. domin.* Iusta autem causa tradendi esse non potest errore aliquo interueniente. Quod in sciente diuersum est, si rem suam tradat, non etiam si nulla traditio sequatur. Emptoris autem eiusdémque domini non est tradere, sed accipere. Proinde fieri nequit vt quis emendo rem suam quamuis scienter eius dominium amittat. Quod verò dicimus cùm quis rem suam emit, nihil referre an sciens emat an ignorans & per errorem *d. l. suæ rei*, ad eum casum pertinet, quo res vendita tota sit emptoris, non quo sit eius pro parte duntaxat. Emere enim cum tota re etiam partem nostram scientes possumus, ignorantes non possumus. Sed nec scientes possumus, nisi cùm plurium dominorum portiones non tantùm vno contractu, sed etiam vno precio venditæ sunt vt in specie *d. l. quòd si vno iunct. l. quòd autem 11. §. vlt. & l. seq. eod. tit. d. l. qui negotia 34. §. 1. supr. mandat.* Hoc enim casu fit ex necessitate vt quis totam rem emere cogatur, quod non est in specie huius legis. Porrò, quo casu non nisi pro parte valet emptio, precium quoque scindi necesse est non in viriles, sed pro partium proportione, vt pro parte pro qua non val et emptio, nec precium vllum debeatur. Nec ad rem pertinet, quòd emptionis causa indiuisa sit. Id enim tùm verè dicitur cum negat emptor se fuisse partem empturum, aut venditor partem venditurum: ne inuitus incideret in communionem *l. si non sortem 26. §. si centum* vbi diximus *supr. De condict. indeb.* In proposita verò specie qui rem sibi cum alio iam communem emit, tantum abest vt incidat in communionem ex eo quod dicimus, emptionem pro parte valere vt è contrario fiat dominus rei totius si eam à socio emit, atque ita communionis incommoda nulla vereri potest qui deinceps in re empta nullum socium est habiturus. Quòd si ponas emisse illum rem communem ab alio quàm à socio, ac proinde à non domino, dominum autem partem suam vindicare & emptori auferre, quod suo iure facere potest *l. rem alienam 28. infr.* non eo magis tamen in communionem incidet in qua iam fuit antea. Nihil ergo incommodi hoc casu accidere potest ex eo, quòd emptio scindatur & soluendi precij obligatio pro portione.

1. ¶Si

1 ¶ Si seruus domini iussu, in demonstrandis finibus agri venditi, vel errore, vel dolo plus demonstrauerit: id tantùm demonstratum accipi oportet, quod dominus senserit. [a] Et idem Alfenus scripsit de vacua possessione per seruum tradita.

Ad §. 1. Si seruus.

RAT. DVB. Etiam cùm seruus in vendendo vel emendo errat, inspiciendū tamen est quid ipse senserit, & existimauerit, non quid dominus *l. in huiusmodi 12. supr.* Ergò si seruus iussu domini in demonstrandis finibus agri venditi vel errore vel dolo plus demonstrauerit, quàm dominus venditum voluerit, id demonstratum accipi oportet quod seruus demonstrauerit, non quod dominus senserit. Ne alioqui decipiatur emptor qui vtique minus precium obtuliſſet si minus amplos fines seruus demonstrasset.

DEC. Melior condicio nostra fieri potest per eos quos in potestate habemus, sed deterior non potest *l. melior 133. de regul. iur. l. multò magis 24. supr. de iureiur.* At qui fieret deterior, si domino posset nocere quod seruus ampliores fines fundi vēditi aut per errorem, aut quod esset grauius, etiam dolo malo indicasset. Ponimus enim venditionem factam fuisse non à seruo ipso, sed à domino. Inspiciendum igitur est quantum dominus venditum voluerit nō quantum seruus. Nec aliud tamen esset etiamsi seruus iussu & mandato domini vendidisset. Nam & eo casu voluntas domini mandantis spectanda esset, non serui mandatum exequentis *l. sed si seruo 13. supr. l. in seruo 17. infr. de liber. caus.* Venditio namque semel consensu perfecta, non potest ex subsecuta confinium demonstratione per errorem aut dolo malo serui facta immutari. Nec æquum est errorem serui nocere domino cui nec proprius noceret, cùm impediat consensum *l. si per errorem 15. supr. de iurisd. l. nihil consensui 116. §. vlt. de regul. iur.* Dolum autem malum serui damnosum esse domino debere, multo minùs quis dixerit. Est enim generale vt dolus vnius alteri neque prodesse debeat neque nocere *l. 3. infr. quand. ex fact. tutor.*

a. *Et idem Alfenus scribit.* Sensus est idem iuris esse si seruus iussus à domino vacuam fundi venditi possessionem tradere, ampliorem fundum tradiderit quàm fuisset à domino venditus, siue per errorem, siue per dolum serui id factum sit, non amplioris tamen partis dominum fieri emptorem quàm eius quæ fuerit vendita. Eadem igitur dubitandi & decidendi ratio ad hunc locum afferri potest quæ ad superiorem huius §. sententiam. Vacuę siquidem possessionis traditio quæ fit in executionem contractæ venditionis, ad transferendum in emptorem dominium, non potest, nec debet venditionis fines excedere, quia nec tenetur venditor tradere, nisi quantum vendidit, nec traditio quæ venditionis fines excederet, habilis esse posset ad translationem dominij, tanquam nuda & quæ eo respectu iustam præcedentem causam nullam haberet *l. nunquam nuda 31. infr. de acquir. rer. domin.* Sic solemus dicere clausulas executiuas vt vocant in contractu appositas quantumuis amplæ sint, non tamen ampliare dispositionem *l. vlt. §. penult. supr. de condit. indeb. l. vlt. C. de non numer. pecun.*

19. IDEM libro 31. ad Quintum Mutium.

QVod vendidi, & tradidi, non aliter fit accipientis, quàm si aut pretium nobis solutum sit, aut satis eo nomine factum, [a] vel etiam fidem habuerimus emptori sine vlla satisfactione.

Ad l. Quod vendidi 19.

RAT. DVB. Traditionibus dominia rerum transferuntur *l. traditionibus 20. C. de pact.* dummodò factæ sint à domino *l. traditio 20. infr. de acquir. rer. domin.* nec sint nudæ, sed factæ ex iusta aliqua causa præcedente, vt proximè diximus ex *l. nunquam nuda 31. eod. §. per traditionem Instit. de rer. diuis.* Iusta autem causa tradēdi est venditio *d. l. nunquam.* Ergo quod meum vendidi vbi & tradidi, tuum fieri statim debet, etiamsi neque precium mihi solueris, neque aliter eo nomine satisfeceris, neque fidem tibi habuerim de precio sine vlla satisfactione.

DEC. Ita constitutum est à lege duodecim tabularū specialiter in vēditione & emptione, vt venditæ res, & traditæ non aliter emptori acquiri possint quàm si is precium emptori soluerit, aut aliter eo nomine satisfecerit, veluti expromissore aut pignore dato, aut denique fidem ei de precio habuerit *l. vt res 53. infr. hoc tit. l. procuratoris 5. §. penult. supr. de tribut. act. §. venditæ Instit. de rer. diuis.* vbi addit Tribonianus, quod mirū certè videri possit, hoc quamquam lege duodecim tabularum caueatur, rectè tamen dici etiam iure naturali & gentium effici. Sed hoc ideo fortasse. Non quod frequentissimus sit contractus emptionis vt ob eam causam singularia multa habere debeat *l. 2. in princ. infr. pro emptor. l. pen. infr. de vsucap.* aliàs *l. penult. pro solut.* & hoc quoque inter cætera, sed vt ego probabilius arbitror, quia origo emendi vendendique à permutationibus cœpit *l. 1. supr.* Permutatio autem perfecta non est, donec secuta vtrinque traditione. Nam quæ traditio ab vna tantùm parte facta est, non permutationem perficit, sed initium duntaxat obligationi præbet, vt scriptum est in *l. 1. infr. de rer. permut.* Cùm ergo precium quod pro merce soluitur, in emptionibus vicem teneat eius mercis quæ in permutationibus pro merce iam tradita præstatur: Consequens visum est, vt non priùs dominium ex causa venditionis transire in emptorem possit, quàm is precium soluerit, aut aliter eo nomine satisfecerit: nisi fidem emptoris sequi vltro maluerit. Et quemadmodum ex iure gentium ita comparatum erat vt ad transferendum ex causa permutationis dominium, perficiendámque permutationem, rem vtrimque permutatā esse oporteat. Ita & post substitutam quodammodo in locum permutationis

BIU Cujas

emptionem & pecuniam quam permutationum difficultatibus subueniret, illud ex vetere iure gentium retineri æquum visum fuit, non vt emptio, sicut & permutatio re tantum perficeretur (perficitur enim nudo consensu *l.1.§.vlt.supr.*) nec vt dominium ex venditoris parte transferri necesse esset, vt in permutatione, sed vti ne priùs venditoris dominium in emptorem transferretur, quàm precium ab emptore solutum, alitérve eo nomine satisfactum esset. Ad quid enim rem suam quis vendit, nisi vt vicissim pecuniam precij accipiat? Et verò cùm non quælibet precij numeratio liberet emptorem, sed ea demùm per quam dominium pecuniæ in venditorem transferatur *l.ex empto* 11.§.1. *infr.de action.empt.d.l.1. de rer.permut.* an non esset iniquum venditorem ante acceptum ab emptore precium, amittere dominium rei suæ? An non ita fieret facile vt emptor vēditori illuderet? siue precium nollet soluere, siue non haberet ex sua pecunia vnde solueret? donare id esset ex parte venditoris, non vendere: Ex parte autem emptoris decipere non accipere. Cúmque frequentissimus sit contractus emptionis, vt nemo non videt, replerētur omnia litibus si ius ita positum esset, vt dominium rei venditæ discederet per traditionem à vēditore, & transiret in emptorem ante secutā precij solutionē, aliámve satisfactionē. Quibus litibus via præcluditur, cùm venditor dominium rei suæ retinet etiam post traditionem. Habet enim vindicationē cui non potest obiici exceptio rei venditæ & traditæ antequam emptor preciū soluerit, aut aliter eo nomine satisfecerit, aut si obiiciatur, elidi poterit per replicationē, eo nimirum casu, quo fides habita non fuerit de precio *l.1.§.si quis rē meam, & §.vlt.infr. de except.rei vendit.* Nam etsi ante solutionem vrgeretur venditor ad rem tradendam, retinere tamen iure taciti cuiusdam pignoris rē venditā posset, quia contractus vltro citróque obligatorius est, cui priorem eum satisfacere æquum sit qui prior ex eo agit *l.Iulianus* 13.§.*offerri infr.de action.empt.* Planè non illud omnimodo requirit lex duodecim tabularū, vt pretiū soluatur, sed admittit pro solutione satisfactionem *l.Paulus respondit* 38.§.*quæsitum est infr.de liberal.caus.* quia licet satisfactio non sit solutio, pro solutione tamē est *l.satisfactio* 52.*inf.de sol.* Nō quasi ei qui soluere tenetur, prosit quicquā velle satisfacere *l.quod si non soluere* 10.*sup.de pignorat.* sed quia satisfeciſſe sēper pdest; cū id factū sit q̄ fieri creditor voluit *l.si rem* 9.§.*omnis pecunia eod.l. itē liberatur* 6.§.*qui paratus est infr. Quib.mod.pign.vel hypoth.soluit.* Sed & contenta est lex duodecim tabularum, vt emptori fidem de precio vēditor habuerit. Id enim est quod Pomponius in hac lege subiicit:

a *Vel etiā fidē habuerimus emptori sine vlla satisfactione.* RAT.DVB. Satis fidē habere videtur de precio venditor qui rē venditā tradit antequam preciū acceperit, quia nec tradere cogebatur, cum rem venditā eo vsq; retinere posset iure pignoris *d.§.offerri.* sibique proinde imputet qui maluit tradere quā retinere. Nā etsi quis mandatu meo rem meam vendiderit ac tradiderit: quamuis precium non acceperit, constat tamen vindicanti mihi nocere exceptionē rei venditæ & traditæ: nisi probem me mādasse, ne priùs traderetur quàm precium solutum esset *d.l.1.§.si quis rem meā infr.de except.rei vendit.& tradit.* Neq; verò vllo iuris loco scriptū est ad exceptionē illam emptori accōmodandam requiri, vt probet ille solutum à se precium, aut habitam sibi fidem de precio, nēpe quia satis probatur ex sola traditione habitam eam fuisse *l.inciuile* 12.*C.de rei vindic.* nisi cum pro precio nondum soluto interim satisfactum est, vt in *d.l.Paulus* 38.§.*quæsitum de liber.caus.* Non enim fidē habet de precio qui interim sibi satisfieri vult, datis fortasse pignoribꝰ, aut expromissore de precio soluendo. Ideóque dicitur illa exceptio nō simpliciter Rei venditæ, sed Rei vēditæ & traditæ. Ergo frustra est requirere, vt post traditionē à venditore factam emptori habita sit ei fides de precio.

DEC. Traditio plerunque fit emptoti quasi præmanibus pecuniam habenti ad soluendum cōminus preciū, nec tamē habenti, nec proinde soluēti. Quo casu non videtur fidem ei habere vēditor de precio vt benè Accursius docet ex *l.si quasi* 3.*supr.de pignor.act.* Aliter atque si diem emptori dixerit venditor ad preciū soluendū. Videtur enim eo casu sequi fidem emptoris, vt idem Accursius cōcludit ex *l.ad solutionē* 4.*C.de re iudic.& l.commissoriæ* 4.*C.de pact. int.empt.& vēdit.* Multo magis si vt hodie plerumq; fit, cautionē emittat emptor vēditori quasi pecuniæ creditæ, quæ nouationis quędam species est *l.minor* 40.*in princ.supr.de minor.* Sed etsi cautio emissa sit vt fieri solet frequentius ex causa non soluti precij, nō aliud iuris est. Præsertim cū in contractu & instrumento venditionis fatetur venditor solutū esse sibi preciū, adiecto etiā pacto de nō petendo, & Aquiliana etiā interdū stipulatione. Ergo in contractibꝰ cæteris aliud iuris est, quia lex duodecim tabularū nō nisi de emptione ac vēditione locuta est *d.§.venditæ.* Et quāuis alias emptionis & vēditionis nomine eadē lex duodecim tabularū alienationē omnē cōplexa sit *l.statuliberi à cæteris* 29.§.1. ante finē *inf.de statulib.* in proposito tamē aliud est cū de precio locuta sit, de quo extra causam vēditionis specialiter sumpta tractari nunquā potest *l.2.§.1.* vbi diximus *supr.*

20. IDEM libro 9. ad Sabinum.

SAbinus respondit: si quam rem nobis fieri velimus veluti: statuam, vel vas aliquod, seu etiam vestem, vt nihil aliud quàm pecuniam, daremus: emptionem videri. nec posse vllam locationem esse, vbi corpus ipsum non detur ab eo, cui id fieret. aliter atque si aream darem, vbi insulam ædificares: quoniam tunc à me substantia proficiscitur.

Ad l.Sabinus 20.

RAT.DVB. Si cū aurifice Titius cōuenerit, vt is ex auro suo certi ponderis, certæq; formæ annulos faceret, & acciperet à Titio pecuniā puta decem aureos, constat id actū esse inter contrahētes, vt aurifex duo præstaret, materiam sc. auri ex qua cōficiēdi essēt annuli & operas suas, & q̄dē accepta pecunia. Atqui operę locari solent non vēdi. Nec.n. trāsferuntur in eū cui præstātur. Locatio.n. est quoties quis operas suas locat, ex eāq; causa pecuniam pro mercede accipit *l.opus* 36.*& pas.inf.locat.* Ergo dicēdū est totū hoc genus contractus, vel locationē & conductionē tantū esse, vel si quis aliā auri, aliā operarū rationē cōstituere velit, esse partī emptionē & venditionē sc. ratione auri, partim verò locationē & conductionem, nēpe ratione operarū. Atque ita Cassiū existimasse Iustinianus refert in §.*itē quæritur Instit.de locat.& conduct.* DEC. Nō potest esse locatio,

BIU Cujas

catio, vbi corpus nō daretur ab eo ipso cui opus fieret. Tria.n. sunt locationis substantialia, Consensus, Merces seu pensio & Res quæ locatur *l.1. & 2. inf. locat.* Atqui in proposita specie supponimus aurū ex quo annuli fierēt nō à Titio præstari, cui annuli fierent, sed ab aurifice. Nō ergo videri potest aurifex totū op⁹ locasse, sed aurū suum in annulorū formā redactum vendidisse, nec tā Titio q̄ sibi ipsi operas præstitisse, vt ex auro suo annulos certi pōderis, certæq; formæ Titio faceret, nō aliter q̄ si nulla præcedente conuentione aurifex ex auro suo annulos fecisset, eósq; vt fieri solet, vendēdos cuilibet publicè exposuisset. Opera.n. aurificis hoc casu partem facit rei venditæ, ideóq; simul cum tota re vendita nō tā mercede, q̄ precio æstimatur. Emptio igitur & vēditio hæc est non locatio, nec rursus vt Cassius existimabat, partim venditio & partim locatio. Vnum.n. negotiū est, nō duplex, vt Caius scribit in *l.2. §.1. inf. locat.* & vnus idēmq; cōtractus, ísq; indiuiduus qui proinde diuerso iure censeri non debet *vulg. l. eū qui ades 23. inf. de vsucap.* Ideóq; quamuis Sabin⁹ & Cassi⁹ eiusdē scholæ & sectæ authores fuerint, quæ nūc Sabinianorū, nunc Cassianorum dicebatur, dissensit tamen hac in re Sabinus à Cassio, vt Pōponius hîc refert, & Sabini sententiā præualuisse testatur Iustin. in *d. §. item quæritur.* Nec distinguimus, an specialiter conuenerit, vt ex auro suo aurifex annulos Titio faceret, an generaliter nulláq; facta specificatione. Vtroque.n. casu emptio est nō locatio, vt Accursius bene docet. Ex *l. cōuenit 65. inf. hoc tit.* vbi alia huius sententiæ ratio apertior redditur, quod toties conductio alicuius rei sit, quoties materia, in qua aliquid præstatur in eodem statu eiusdem manet. Quoties verò & immutatur & alienatur, toties emptio magis q̄ locatio intelligi debeat. Nimirū quia locatio nō transfert dominiū *l. non solet 39. inf. locat.* Venditio autem transfert quoties venditor dominus fuit *l. clauibus 74. in fin. l. penultim. §. vltim. infr. l. ex empto 11. §.1. infr. de action. empt.* Illud ergo duntaxat obseruandum est, vt non detur materia ab eo cui opus fit. Quoties enim ab eo substantia proficiscitur, toties locatio tantùm est, vt in exemplo quod ex Sabino adfert hic Pomponius si aream darem tibi, in qua insulam ædificares *dicto §. item quæritur Institut. de locat. & conduct. & dicta l.2. in fin. infr. locat.*

21. PAVLVS libro 5. ad Sabinum.

LAbeo scribit, obscuritatem pacti nocere potiùs debere venditori, qui id dixerit, quàm emptori: quia potuit, re integra, apertiùs dicere.

Ad l. Labeo scribit 21.

RAT. DVB. Vēditionis & emptionis cōtractus vltro citróq; obligatorius est *l. ex empto 11. §.1. l. Iulian⁹ 13. §. offerri inf. de actio. empt.* nec minùs pōt emptor quàm venditor legē apertiùs dicere. Emit.n. quisq; quomodo vult, & quomodo potest, nec cogitur propositas à venditore leges & condiciones admittere non magis quàm emere *l. inuitum 11. C. hoc tit. l. nec emere 16. C. de iur. delib. & tot. tit. C. de pact. int. empt. & vendit.* Ergo non magis venditori quam emptori nocere debet siue obscura, siue ambigua, quę in vēditione expressa sit oratio: Potiúsq; inspiciendū videtur, quid vēditor q̄ quid emptor intellexerit, vt in *l. si in emptione 34. in princ. inf. hoc tit.* DEC. Veteribus iā olim placuit, pactionem siue obscuram, siue ambiguam ei qui vendidit, vel qui locauit, nocere potiùs debere, quia in eorū potestate fuit legem apertiùs dicere *l. veteribus 39. supr. de pact. l. cum in lege 33. in fin. infr. hoc tit. l. qui libertatis 69. §. pen. infr. de euict. l. in cōtrahenda 172. de regul. iur.* Etsi enim venditionis contractus vltro, citróque obligatorius est, incipit tamen à venditore, quia prius est vt venditurus sit aliquis q̄ vt quæratur emptor, & inueniatur. Ergo si nō proscribere palàm vult venditor, saltem præfari debet quid, & quantum velit vendere, ac quibus legibus & conditionibus, vt si placebunt emptori, vēditio secundū eas fiat, sin displicebunt, aut à tractatu recedatur, aut iustioribus temperamentis contrahentes ad consentiendū inuitentur: ac proinde si quid in venditione, vel obscuri est vel ambigui, æqui⁹ est contra venditorē interpretationē fieri: quia semper est quod ei imputari possit, cur non apertiùs cū posset legē dixerit. Exēplū adferri potest ex *l. arborē 17. §. vlt. sup. Vrban. præd. l. pen. in princ. inf.* etsi alia quoq; eius loci ratio adferri pōt, quā nec Labeo prætermisit & quę perpetua est, víxq; vllā exceptionē patitur absurdi vitandi gratia *l. nā absurdum 7. de bon. libert. l. in ambigua 16. supr. de legib.* Idē iuris est in stipulatione *§. in stipulationibus l. stipulatio ista 38. infr. de verb. obl.* quia & à stipulatore incipit stipulatio, sicuti venditio à venditore & locatio à locatore. Pleriq;.n. fallendi causa obscurè loquuntur, aut insidiosè ac obscurè dissimulāt *l. ea quæ 43. §. vlt. infr. hoc tit.* Quæ tamē ratio etiam facit interdū, vt vēditori potius q̄ emptori fauendū sit, in iis sc. quæ emptor in emendo dixit, siue adiiciendo aliquid, siue excipiendo. Vt in specie *d. l. si in emptione 34. in princip. hoc tit.* Si in emptione fundi dictū sit ab emptore Stichū accessurum, nec appareat, de quo actū sit, intelligi eū debere de quo venditor senserit, quia potuit & debuit emptor cū emptioni fundi quē Titius vēdebat, Stichū adiicere, apertiùs exprimere, de quo Sticho sentiret, vt ibidē Accursius noster interpretatur. Nisi malis probare Cuiacij emendationē qui eo loco pro *venditor* reponit *emptor l. 1. obseruat. c 10.* de quo ad eum locū dicemus. Est etiā alius casus, in quo fieri pro vēditore & locatore potest, & debet interpretatio, puta quoties alioqui futurum esset, vt venditionis vel locationis verba aliqua nihil operarentur, vt in specie *l. in lege 29. infr. locat.* Cæterū siue verba conuētionis tā aperta sint, vt neque obscuri quicquam habeant neque ambigui, aut si in obscuro, vel ambiguo appareat, quid actū sit, nemo dubitat, quin id omnino sequēdū sit, quod dictum vel quod actum probatur, ex generali regula *l. semper in stipulationibus 34. de regul. iur.* Quid verò inter obscurum & ambiguū intersit facile est intelligere. Nam obscurum illud est quod per se & ex verbis quibus conceptum est nullum sensum habet: ambiguum verò quod habet quidem, sed multiplicem, vt quis potius accipiendus sit, probabiliter ignoretur. In obscuro quæritur quid actum aut dictum sit: in ambiguo autem vtrum potius. Quicquid ambiguum est, hoc ipso obscurum est, sed non è contrario, quicquid obscurum etiam ambiguum est, & habet se obscurum ad ambiguum tanquam genus ad speciem. Itémque pro specie ab ambiguo diuersa. In iudiciis aliud est quàm in contractibus, quia si quis in iudicio intentione ambigua vsus sit, id accipi oportet quod ei vtilius est licet in eius potestate fuerit legem apertius dicere: saluam enim rem actori esse oportet *l. si quis intentione 66. sup. de iudic. d. l. in contrahenda 172. de regul.*

BIU Cujas

iur. Alioqui non potest iudex in pronunciãdo scire de quo sentiat, si non sciat prius, de quo actor senserit *l. si ex testamento 20. infr. de except. rei iudic.* Et ratio diuersitatis euidens inter iudicia & contractus illa est, quòd contractus omnes etiam illi qui non perficiuntur consensu, mutuum tamen contrahentium consensum exigunt *l. in omnibus rebus 55. l. in omnibus negotiis 57. infr. de oblig. & action.* Iudicia vero in inuitos redduntur. Itaque semper reus negaret se de eo sensisse, de quo actor sensisset, vt iudicium si facere posset eluderet *l. inter stipulantem 83. §. 1. de verb. obl.* Diximus ad *l. in venditionibus 9. supr.* vbi etiam monuimus hanc legẽ nõ pertinere ad illos casus, in quib⁹ quæritur, an venditio teneat, sed ad illos dũtaxat, in quib⁹ quæritur de vẽditione, quæ teneat, interpretãda. Vẽditorem.n. esse oportet illum cõtra quẽ, siue in obscuro, siue in ambiguo facienda est interpretatio, & pinde in necessarium antecedens, venditionem valere, alioqui nihil est quod vel de venditore, vel de venditionis interpretatione tractari possit.

22. VLPIANVS libro 28. ad Sabinum.

HAnc legem venditionis: *Si quid sacri, vel religiosi est, eius venit nihil*, superuacuam dicimus non esse.[a] sed ad modica loca pertinere. ceterum si omne religiosum, vel sacrum, vel publicum venierit; nullam esse emptionem.

Ad l. Hanc legem 22.

RAT. DVB. Expressio eorum quæ tacitè insunt nihil operatur, ideóque superuacua est *l. in conditionibus 19. §. 1. l. aliquando 107. infr. de condict. & demonstr. l. 3. de legat. 1. l. si dies 21. §. vlt. iunct. l. seq. §. 1. infr. Quand. dies legat. ced.* Atqui certum est rem sacrã & religiosam vendi non posse, vt eius dominium in emptorẽ transferatur *l. 4. supr.* Huiusmodi enim res in hominum commercio nõ sunt, quia in nullius bonis sunt nec esse possunt *l. si in emptione 34. §. 1. infr. hoc tit. l. 1. l. in tantum 6. §. sacræ res supr. de rer. diuis.* Ergo superuacuum est in venditione fundi legem illam adiicere, vt si quid in eo sacri sit, vel religiosi id non veneat.

DEC. Non est superuacua in venditione alióve contractu quolibet ea conuentio, quæ alterutri cõtrahentium prodesse potest. Atqui venditori qui hanc legẽ in venditione adiicit, prodesse potest cõuentio. Quia cùm maior pars fundi venditi, neque sacra est neque religiosa, constat valere venditionem, etiamsi aliquid in eo fundo sacri sit, aut religiosi. Non enim tam inspicitur quid accesserit quã quid principaliter vẽditum sit *l. cum aurum 19. §. perueniamus infr. de aur. & argent. legat. §. si tamen alienam Instit. de rer. diuis. l. in rem 23. §. si quis rei suæ & seq. supr. de rei vindic.* Scilicet quantum ad hoc vt venditor ex ea venditione obligetur, non etiam vt dominiũ transferatur in emptorem. Hoc enim respectu semper verum est venditionem non tenere *l. qui officij 62. §. 1. infr.* Itaque stultum est quod hîc notat, & hinc probat Accursius quædam cum vniuersitate transire non tantùm in heredem, sed etiam in singularem successorem, quæ alioqui non transirent *l. in modicis 24. infr. l. si mercedem 53. §. 1. infr. de action. empt. l. si mandauero 22. §. Iulianus l. qui negotia 34. §. 1. supr. mandat.* Quod enim dicimus venditionẽ valere non facit, vt ideo profanum fiat quod sacrum fuit vel religiosum, vt emptori acquiri possit tanquam ei venditum & translatum in ipsum, nec proinde negari potest quin decipiatur emptor cui fundus quasi solus profanus venditur, & cui actio ex empto eam ob causam danda esset, vt quanti eo nomine sua interesset consequeretur, eo quoque casu, quo venditio nulla ex parte teneret *d. l. qui officij 62. §. 1. infr.* Fatendum est vtile esse venditori exceptionem hanc vt totum venditionis precium cõuentum perinde possit petere, ac si in fundo vendito, nihil sacri aut religiosi fuisset, quia nec loco sacro aut religioso, sed tantum profano precium dictum fuit. Itémque ne actione illa ex empto teneatur ad id quod interesset emptoris, nihil sacri, vel religiosi venditum fuisse, quomodo teneretur pro rata si nihil excepisset. Planè exceptio hæc non nisi ad modica loca pertinet, vt subiicitur in hac lege & *d. l. in modicis.*

a *Sed ad modica loca pertinet.* RAT. DVB. Indefinitę æquipollet vniuersali, nec minus in contractibus quã in testamentis *l. si plures gradus 9. §. de legat. 3. l. vlt. C. quæ res pignor. obli. poss.* Nisi aliquid sit quod ex verisimili contrahentium voluntate tacitè expressum videri debeat vt in *l. 1. eod. l. obligatione 6. & seqq. infr. de pignor.* Atquin venditor qui sic loquitur, *si quid sacri vel religiosi in eo fundo sit id ne veneat* indefinitè loquitur. Ergo perinde accipi debet ea exceptio ac si per verbum vniuersale *quicquid* concepta esset, nec referri potest ad modica loca, quin vis fiat verbis conuentionis. Consequenter dicendum est etiamsi totus locus venditus, vel sacer, vel religiosus sit, nihilominùs venditori prodesse exceptionem debere. Ne alioqui priuetur commodo suæ conuentionis sine qua credibile est non fuisse illũ contracturum *l. vlt. C. de pact. int. empt. & vendit.* Nec potest emptor conqueri se deceptum qui ea lege contraxit.

DEC. Maligna interpretatio est nec ferenda, per quam fit, vt actus destruatur *l. si ita stipulatus 126. §. Chrysogonus vers. sequens stipulatio de verb. oblig.* Id enim semper agendum est quantum fieri queat, vt res in tuto sit & valeat actus potius quàm pereat *l. quoties 81. eo. tit. l. quoties 12. inf. de reb. dub.* Atqui si valeret huiusmodi exceptio, & ita posset intelligi, vt ad totum locum venditum referretur, consequens fieret, vt etiamsi totus locus venditus, vel sacer, vel religiosus esset, totum tamen precium ab emptore acceptum venditor retineret impunè, cum tamen nihil ex re vendita emptori acquiri ac penes eum manere posset: Atque ita fieret, vt ex parte emptoris nulla esset emptio, nullaque ex empto actio quam contra vẽditorem exercere posset, ex parte autem venditoris staret contractus, adeò vt ex eo ius haberet precij si solutum nõ esset, petendi, aut si solutum esset, retinendi, quod vtique absurdum esset ac contra naturalem æquitatem bonámque fidem quæ in hoc maximè contractu spectanda est, quæ non patitur certè vt emptor re careat & venditor precium habeat *l. bona fides 50. iunct. l. ex empto 11. §. vltim. infr. de action. empt.* Quod ergo expressa conuentio facere non posset, quomodo faciet tacita? Proinde ferre æquo animo venditor hoc casu debet, vt dicamus venditionem hanc nullam esse, nullámque eum satis iustá retinendi precij causam habere, quod is ex nulla vendi-

BIU Cujas

venditione acceperit. Satísque ei esse debet quod aliquem casum vtilem habere potuit exceptio, vt in *l.heres à debitore 21.§.cum & tu infr.de fideiuſs.l.Stichus 39.in fin.infr.de testam.manum.* quæ sanè prodesse ipsi non potest eo casu, quo nec locũ habere possit, vt in ea specie quam Papinianus noster tractat in *l.pacta conuenta 72.§.1.infr.* vbi de hac ipsa exceptione loquitur, de qua in hac lege, nisi quod eam ita concipit *si quid sacri aut religiosi aut publici est*, quomodo vtiq; concipi olim solebat adiecta mentione publici, quia non magis loca publica quã sacra, vel religiosa vendi poterant *l.sed Celsus 6.in princip.supr.* quod & lex hæc ostendit in illis verbis, *Cæterùm si omne religiosum, vel sacrum, vel publicum venierit.* Sed & verba ipsa exceptionis, si ad literam vt aiunt accipiantur, & præcisè faciunt certè contra venditorẽ. Cum enim conuenit, vt si quid sacri sit, aut religiosi aut publici, nihil eius veneat. An non optima cõsecutio est, vt si ergo totum id quod venditũ est sacrũ fuerit, aut religiosum, aut publicum, nihil penitus venditum intelligatur, sed neque sine re potest vlla emptio consistere, nec venditio *l.nec emptio 8.supr.* Cũ igitur in proposita specie nihil sit quod veneat, fatendum necessario est nullam esse venditionem. Sed ea nimirum mens erat venditoris, vt emptorẽ sibi obligaret ad totius precij solutionem. Ipse autẽ sua conuentione & exceptione sibi prospiceret, ne quid emptori vicissim præstare teneretur etiãsi totum id quod vendebatur, sacrum vel religiosum, vel publicum inueniretur. Quod apertè insidiosum & captiosum erat. Quis enim emptor eiusmodi exceptionem admisisset, si totum locum vel sacrum, vel religiosum, vel publicum esse existimasset? Neque verò conuentionis huius verba venditori omnino fauent: nam cum dixit in lege venditionis *si quid sacri?* An non idem est, ac si dixisset, *si aliquid sacri?* Non ergo idem sentiebat, si totum sacrum esset. Alioqui exceptio destrueret, vt diximus, conuentionẽ, quod esse non debet *l.pen.in princ infr.* Sicuti solent nostri dicere nec malè, Exceptionem quamlibet esse quidem de regula, sed regulam destruere non debere. Ergo non faciet hæc conuentio & exceptio, quominùs teneatur vẽditor actione ex empto, quę emptori competit, quanti eius interest deceptum eum non esse, ac si nihil exceptum esset *d.l.qui officij 62.§.1. d.l.pacta conuenta 72.§.1.infr.hoc tit.* Non valde dissimile est quod nostri tractare solent de clausula in venditionibus apponi solita, per quã venditor dicit se donare emptori hyperbolẽ ei venditæ quam vulgo plurisvalẽtiam vocant his verbis, vt si pluris res sit, quàm quanti vendita est, totum id emptori donatum & remissum intelligatur. Qui enim admittunt eiusmodi clausulæ vim aliquam & potestatem esse debere, fatentur tamen restringendam eam esse ad modicã quantitatem, nec de magno vt loquuntur, excessu intelligendam, ita vt per eam non excludatur remedium *l.2. Cod. de rescind.vend.* De quo nostri tractant ad *dictã l.2.& ad l.si quis cùm aliter 37.infrà de verborum obligation.& ad l.si quis donationis 38.infr.hoc titul.* vbi dicemus.

23. PAVLVS libro 5. ad Sabinum.

ET quod soluerit eo nomine, emptor condicere potest.

Ad l.Et quod soluerit 23.

RAT.DVB. Neque iuris error, neque facti proprij ignorantia parere potest repetitionẽ *l.cùm quis 10.C.de iur.& fact.ignor.* Error enim facti alieni quidem tolerabilis est *l.vlt.infr.Pro suo*, sed proprij non item *l.quãquam 7.sup.ad SC. Velleian.* Atqui emptor, qui soluit preciũ ex causa venditionis factæ loci sacri, vel religiosi, vel publici, vel errauit in iure si putauit emptionẽ valere ex eáq; natam obligationẽ aliquã quæ nulla fuit, vel in facto proprio si putauit non fuisse exceptũ in venditione, si quid sacri, vel religiosi, vel publici esset. Fuit enim ea lex vẽditionis ab eo ipso contractæ. Sibi ergo imputet si soluerit cùm nihil deberet. DEC. Quoties solutũ illud est, quod nullo iure, id est, ne quidem naturali aut gentiũ debebatur, toties conditioni indebiti locus est, nisi sciens indebitum soluerit, vt donasse videri possit *l.3.l.si per ignorantiã 6.l.indebitũ 9.C.de condict. indeb.* Atqui in proposito nulla fuit emptio, nulla prorsus obligatio, i.ne quidem naturalis vt diximus ad *l.suæ rei 16.sup.* Non minùs.n.iure gentium q̃ iure ciuili interdicta est loci sacri & religiosi alienatio, cũ huiusmodi res iure gentium in bonis nullius sint *l.1.l.in tantũ 6.§.sacræ res sup.de rer.diuis.* & extra commerciũ hominum *l.si in emptione 34.§.1.inf.* Is autem natura debere dicitur, quem iure gẽtiũ dare oportet *l.cũ amplius 184.§.is natura debet de reg.iur.* Nec põt videri animũ donandi habuisse emptor qui soluit putans se debere, & quidem per errorẽ facti cui lex ipsa venditionis causam dederat, quæ sic concepta erat, vt nõ deberet emptor credere totum id quod vendebatur, sacrũ esse aut religiosum, sed eius partẽ duntaxat, eámq; modicam cùm dictum esset *si quid sacri.* Alioqui & in facto & in iure errasset, si cũ totus fundus sacer aut religiosus esset, adhuc se totũ preciũ debere putasset. Ponendũ itaq; est solutũ fuisse totũ precium antequã totum fundum sacrũ aut religiosum esse apparuisset. Alioqui condictio certè ei qui sciens indebitũ soluisset, dari non posset. Iunge *d.l.suæ rei sup.l.seruum meũ 37.*& quæ ibi scripsimus *sup.de condict.indeb.l.cùm ab eo 41.§.1.inf.*

24. VLPIANVS libro 18. ad Sabinum.

IN modicis autem ex empto esse actionem: quia non specialiter locus sacer, vel religiosus veniit, sed emptioni maioris partis accessit.

Ad l.In modicis 24.

RAT.DVB. Etiamsi in lege venditionis nõ fuerit nominatim exceptum, vt si quid sacri vel religiosi est id ne veneat, venditio tamen valet, & vtrimque ex empto & vendito actiones competunt, non solũ quia, vt aiunt, de modicis & minimis, nõ curat Prætor *l.scio 4.sup.de in integr.restit.l.si quis adfirmauit 9.§. vlt.cũ legib.seqq.sup.de dolo*, neq; res bona fide empta fieri inẽpta debet ex minima causa *l.res bona fide 4. inf.* sed etiã quia maioris partis venditioni accedere potest ea quoq; res quæ specialiter vẽdi nõ posset, Vlpianus in hac lege scribit. Ergo vel de modicis intelligi non debet exceptio in lege venditionis posita vel superuacua est. Et ita noster putat Accur-

BIU Cujas

sius legem hanc de eo casu intelligi debere, quo in venditione nulla loci sacri vel religiosi exceptio facta sit. Sed malè: pugnaret. n. alioqui hæc lex cum *l. hanc legem 22. supr.* vbi disertè Vlpianus scribit exceptionē quidem illam loci sacri vel religiosi nō esse superuacuam, sed tamen ad modica tantū pertinere. Cui cōsequenter adiicit idē Vlpianus in hac lege, si id quod sacrum vel religiosum est, modicum sit, valere emptionē. Est enim hæc lex continuanda cū *d. l. hanc legem* cum vtraque sit ex eodem Vlpiani libro 28. ad Sabinum, nec fuisset diuisa in duas leges nisi media Pauli lex continuationem interrupisset. Nec obstat quod Accursius obiicit, non posse dici ad quid emptor possit ex empto agere, cū exceptus est locus modicus, sacer aut religiosus. Nam præter id quod dici potest ita scripsisse Vlpianum pro eo quod scribere poterat, valere in modicis emptionē quam in lege præcedente dixerat nullam esse, si omne id quod venditum esset, aut sacrum, aut religiosum, aut publicum inueniretur. Illud etiam constat, hoc posteriore casu, quo dicimus valere emptionē, posse ex empto agere emptorem contra vēditorē, vt præstet ac tradat omne id quod vēditum est, excepto loco sacro, vel religioso, vel publico. Itē vt si quod venditū est non sacrum, non religiosum non publicū, postea euictum sit, teneatur venditor actione ex empto ad id omne quod emptoris interesset, quæ natura est actionis ex empto *l. ex empto 11. §. 1. inf. de action. empt. l. si in venditione 60. infr. de euict.* Quorum tamen omniū nihil dici posset, si tota vēditio nulla esset, quomodo tota nulla est, cùm totū id quod venditū fuit, aut sacrū aut religiosum, aut publicū inuenitur. Repetēdum igitur est pro ratione decidendi, quod iam attigimus ad *d. l. 22. sup.* Nō esse in venditione superuacuam conuentionem & exceptionem hanc, vt si quid sacri erit vel religiosi, vel publici in fundo vendito id ne veneat. Non vt faciat valere venditionem quam vtique fateor perinde valituram pro partibus scilicet profanis fundi venditi, quamuis nihil exceptū fuisset *l. si mercedē 53. §. 1. de act. emp. l. æde sacra, 73. §. 1. inf.* & æquè nō valitura ratione loci sacri vel religiosi, siue addita hac exceptione, siue non addita, sed quia siue subsistente venditione, siue non subsistente adhuc tamen cōueniri posset venditor actione ex empto ad id omne quod emptoris interesset, fuisse profanū totū id quod venditum est *l. qui officij 62. §. 1 infr. l. si sterilis 21. §. quāuis de act. empt.* Cùm id quod sacrum fuit, vel religiosum, vel publicum, non eo magis acquiri emptori potuerit, quod à vēditore nō fuerit exceptū: nec enim existimandū est quod hîc videtur sensisse Accursius locum sacrum, vel religiosum si maiori parti fundi venditi accesserit, transire in emptorem cum vniuersitate, vt diximus ad *d. l. 22. supr.* Aliud enim est dicere venditionem valere, tum quoque cum in fundo vendito aliquid est sacri aut religiosi. Aliud verò dicere id quoque quod sacrum & religiosum est, in emptorem transire. Prius verum, posterius falsum est. Facit autē exceptio, vt ne quidē hoc nomine teneatur venditor ex empto, quasi constituto ab emptore precio non toti fundo, sed ei tantum loco qui profanus esset, ac deducta tota illa parte quæ aut sacra, aut religiosa, aut publica reperiretur, vt perinde nō possit emptor prætextu loci sacri, vel religiosi, solutionem totius precij denegare, eiúsque partem retinere, quomodo posset si nullam exceptionem venditor addidisset. Cui enim damus ex empto actionem ad consequendū id quod sua interest *d. l. qui officij 62. §. 1. infr.* itémque soluti repetitionē, multo magis dabimus exceptionē & non soluti retentionē. Obseruandum autē est quod in hac lege Vlpianus scribit in modicis valere venditionē, non ita accipi debere, quasi eam valere nolit si in loco simpliciter & sine vlla exceptione vendito plus sacri aut religiosi, q̄ profani inueniatur: valet. n. omnimodo respectu eius quod profanū est, sicut omnimodo nulla est ratione loci sacri vel religiosi *d. l. æde sacra 73. §. 1 infr. hoc tit. d. l. si mercedē 53. §. 1. de action. empt.* Non enim vtile vitiatur per inutile in iis præsertim quæ toto genere ac iure differunt, vt loca sacra, vel religiosa à profanis. Sed referendum est ad exceptionē illam in vēditione appositam *si quid sacri sit, vel religiosi id ne veneat*, vt scilicet ea exceptio vtilis tantùm sit in modicis, id est, ita demum si modicum sit quod sacrum aut religiosum in fundo vendito inuenitur: alioqui sit superuacua & inutilis, tanquam emptori captiosa, & insidiosa: quem verisimile est nunquam fuisse eiusmodi exceptioni consensurum, nec de tāto precio conuenturū, nisi modicū esse credidisset, quod vēditor in eo fundo sacrum, aut religiosum esse suspicabatur. Hoc certè Accursius non intellexit.

25. IDEM libro 28. ad Sabinum.

SI ita distrahatur, *Illa aut illa res*: vtram eliget venditor, hæc erit empta.

Ad l. si ita distrahatur 25.

RAT. DVB. Tam in obscuris q̄ in ambiguis faciēda est interpretatio contra venditorem, quia potuit legem apertiùs dicere *l. Labeo 21. sup. l. cùm in lege 33. in fi. infr. hoc tit.* Atqui non potest negari quin obscura sit venditio, si inter venditorem aut emptorem conuenerit, vt illa aut illa res distracta sit & vendita, puta vel Stichus, vel Pamphilus. Dubitatio enim illa incurrit vter electionem habere debeat, an emptor, an venditor. Interpretatio igitur facienda est contra venditorē, qui potuerat & debuerat addere *vtrum ego velim*, ne qua dubitandi causa superesset. Ideóque nimirum putat Accursius sic intelligendam esse hanc legem, vt alternationis verba non à venditore prolata sint hoc modo, *Illa aut illa res est tibi vendita*, sed ab emptore ita dicente *Illa aut illa res est mihi empta*, vt in *l. si in emptione 34. §. si emptio infr.* Quasi hoc casu non tam venditori quàm emptori imputandum sit, cur non dixerit legem apertiùs, quod cùm euenit, faciendam esse contra eum interpretationem non contra venditorem docuimus ad *d. l. Labeo ex d. l. si in emptione 34. in princ. infr. hoc tit.*

DEC. Est generale ac perpetuum, vt in alternatiuis electio sit debitoris. Nisi creditor electionem illā sibi exceperit & retinuerit *l. plerunq; 10. §. vlt. inf. de iur. dot. l. Stichum aut Pamphilū 95. in princ. inf. de sol.* Nec interpretatione vlla opus est vbi iuris regula facit rē certā. Arqui cùm illa aut illa res vendita est siue à venditore siue ab emptore, plata verba sint, appa-

apparet venditorem esse debitorem, vt hanc aut illam rem præstare & tradere teneatur. Nam in omni venditione & emptione venditor tradendæ rei vēditę debitor est, emptor autē soluēdi precij *l.11. l.ex empto 11. §. 1. & pass. inf. de act. empt.* Electio igitur vēditoris esse debet vtrā rē venditā velit nō emptoris, vtrā sibi emptā malit, vt in *l. comprehensum 60. inf.* Nec proinde imputari potest vēditori cur electionem sibi nominatim non exceperit, cum haberet pro se iuris regulam. Sed emptoris erat tanquam creditoris eiusmodi cautione sibi prospicere *d. l. plerumque §. vlt. & dict. l. Stichum.* Et verò hunc potius casum ab Vlpiano significari quo ea verba *Illa aut illa res* à venditore prolata sint potius, quàm illum quo ab emptore, coniici potest ex primis illis verbis huius legis *si ita distrahatur.* Fuisset enim conuenientius scribere *si ita ematur*, si de electione ab emptore proposita Vlpianus sensisset.

1 ¶ Qui vendidit, necesse non habet fundum emptoris facere: vt cogitur, qui fundum stipulanti spopondit.

Ad §. 1. Qui vendidit.

RAT. DVB. Emptiones & venditiones comparatæ sunt iure gentium commerciorum gratia ad acquirenda vicissim rerum alienarum dominia *l. ex hoc iure 5. supr. de iustit. & iur.* Ergo dicendum est cogendum esse venditorem vt dominium rei venditę transferat in emptorem. Præsertim cùm vicissim emptor cogatur dominium precij transferre in vēditorem *l. ex empto 11. §. 1. infr. de action. empt. l. 1. de rer. permut.* Æquum autem videatur ex contractu bonę fidei qui sit vltro citroque obligatorius cuiusmodi est contractus emptionis mutuas & æquales fieri præstationes. Nihil enim est quod æquitati tā conueniat quàm æqualitas. Vnde & æquitatem dictā esse quidam putant *d. l. ex empto 11. §. vlt. & l. bona fides 50. de action. empt.* Accedit quòd cùm origo emendi vendendique à permutationibus cœperit *l. 1. supr. hoc tit.* atque ita emptiones in locū permutationum quodammodo subrogatæ videantur, earum quoque naturam imitari debeant. Vt solet subrogatum induere naturam eius in cuius locum subrogatum est *l. si quis eum 10. §. qui iniuriarum supr. si quis caution. l. sed quod inde 71. infr. de legat. 2.* Quid enim aliud est emptio quàm veluti quædam precij cum re vendita permutatio? Atqui in permutationibus ita ius comparatum est, vt dominium rei permutatæ in accipientem transferri oporteat. Ideoq; is qui alienam rem dat, nullam dicitur contrahere permutationem *l. 1. §. ideoque Pedius infr. de rer. permut.* Cur non ergo idem in venditore admittimus, vt qui alienam rem vendit, nullam dicatur contrahere venditionem?

DEC. Aliud longè est vendere, aliud permutare. Nomen enim ipsum permutationis ostendit mutuam quandam trāslationem dominij, quia nec mutatur dominium quod eiusdem manet: vēditionis verò neque nomen neque potestas hoc inducit, vt qui vendit, cogendus sit rei venditę dominium transferre in emptorem. Nisi per consequentias cùm ipse dominus est. Traditio enim quæcunque fit ex præcedente aliqua causa, cuiusmodi est emptionis, transfert in accipientem ius illud omne quod fuit penes tradentem, *l traditio 20. iunct. l. nunquam nuda 31. de acqu. rer. domin. d. l. ex empto 11. §. 1. de action. empt.* Nec enim fieri potest vt plus transferat *vulg. l. nemo plus iuris 51. de reg. iur.* Cùm verò venditor dominus non fuit, satis emptori esse debet quod si bona fide emerit, vsucapere contra dominum potest si omnia concurrant, quæ ad vsucapionem sunt necessaria *l. clauibus 74. in fin. hoc tit.* Itemq; ꝙ si res aliena euincatur, quæ fuerat vēdita, habet veditor emptorem obligatum de euictione per actionem ex empto *d. l. ex empto §. 1. l. si in vēditione 60. & pass. infr. de euict.* in id scilicet quod emptoris interesse potest aut ad duplam si duplæ stipulatio interuenerit *l. 1. & 2. l. si dictum 56. eod. tit.* Et certè cùm sit longè difficilius emptori rem alienam dignoscere ab ea quæ sit propria venditoris, quàm dignoscere liberum hominem à seruo, aut locum sacrū vel religiosum à profano, *l. 4. & 5. supr.* æquissimum fuit ita ius constitui, vt etiam alienæ rei vēditio valeret, nec dare, id est, dominium transferre, sed tantùm tradere, id est, emptorem possessorem facere venditor cogeretur *l. 1. d. l. ex empto. §. 1. de act. empt.* Alioqui pleræque venditiones non tantùm subuerterentur, sed etiam impedirentur. Quod alienum planè esset ab vtilitate cōmerciorum quæ vix alium frequentiorem contractū habent quàm emptionum, & venditionum. Neque in eo quicquam constituitur in præiudicium domini, & aduersus regulam illam iuris gentium & ciuilis quæ non patitur, vt id quod nostrum est, sine facto nostro nobis auferatur, cùm in domini potestate sit rem suam vindicare & emptori auferre *l. rem alienam 28. infr.* dū ne vsucapta sit *Tot. tit. infr. Pro emptor.* Necest contrarium quod quisquis bona fide emit non aliud agat quàm vt rei venditę dominium sibi acquirat. Ideo enim habet actionem ex empto & de euictione si rem emptam ei habere non liceat, nec tantùm si dominij, sed etiam si pignoris iure & per quasi Seruianam euincatur *leg. si mancipium 34. §. vlt. & l. seq. infr. de euict.* Sed & antequàm res euincatur, statim atque emptor de ea cōtrouersiam patitur actionem habet contra venditorem non quidem ad precij restitutionem, sed ad rem defendendam *l. si plus 74. §. mota quæstione eod.* Adeoque, quod magis est prius etiam quàm lis moueatur, potest emptor vtiliter agere ex empto in id quod sua interest rem suam factam esse, nempe quoties qui sciens aliam rem ignoranti vendidit. Quia licèt vēditor ad hoc tantum teneatur vt rem emptori habere liceat *l. habere licere 57. eod.* non etiam vt emptoris eam facere cogatur quomodo hîc scriptum est. Dolum tamē malum abesse semper præstare debet, quod & in cæteris omnibus bonæ fidei contractibus obtinet *l. ea quæ 43. §. vlt. l. si cùm fundum 68. §. 1. & seq. infr.* Quid enim tam contrarium bonæ fidei quàm dolus? *l. bonam fidem 4. C. de oblig. & action.* dolo autem non caret qui alienam rem sciens ignorāti vendit *l. seruus quem 30. §. 1. infr. de action. empt.* Denique alienæ rei venditio valet quidem, sed ita tamen, vt non sit valitura si id agatur inter emptorem & venditorem, ne rei venditæ dominium in emptorem transeat *l. penult. in fin. infr. hoc tit.* Quia nimirum vt diximus, comparatæ sunt emptiones ad acquirenda rerum dominia, non autem ad acquirendam duntaxat possessionem *dict. leg. nunquam nuda 31. de acquir. rer. domin.* Ob eamque causam lex duodecim tabularum emptionis nomine interdum vsa est vt alienationem omnem complecteretur *leg. statuliberi à cæteris 29. §. 1. infr. de statulib.*

BIU Cujas

Est enim alienatio actus omnis per quem dominiũ transfertur *l.1 C.de fund dotal l si fundũ 16.& seq. infr. eod ill.tit.l.alienationis 28.de verb.sign.* Quamuis autẽ dicamus venditorẽ non cogi rem dare, quod nihil aliud est quàm dominiũ transferre, sed tantùm tradere, quo verbo vacuæ possessionis trãslatio tãtùm significatur *l.3.de act.empt.* Id tamẽ non sic accipiendum est vt ad rem tradendã præcisè cogi venditor possit, sed vt si non tradat, condemnari eo nomine debeat quanti emptoris interest *l.1.eod.l si traditio 4. C.eod.* Nã cùm traditio sit facti *l.cõsilio 7. §. vlt.infr.de curat.furios.* certũ est neminem ad factũ præcisè cogi non posse, quia id sine vi & impressione fieri non posset, vt pluribus locis docuimus, & ideo in locum obligationis faciendi succedere præstationem eius quod interest *l.si quis ab alio 13.in fin.de re iudic. l.quoties quis alium 81.leg.cùm stipulatus 113.§.1.infr. de verb. oblig.* Necessitas igitur venditori imposita est, non vt præcisè rem tradat, sed vt vel contractum impleat, quod fit rem tradendo *l. si quis alienam 46.de action.empt.* vel id ꝙ emptoris interest persoluat. Quomodo Iustinianus loquitur in *l. contractus 17. C.de fid.instrum.* Post quam legem miror esse adhuc ex interpretibus qui quærant, Vtrum venditor ad rem tradendam cogi præcisè possit, imò & qui affirment cogi posse. Contra quos abundè disputauimus in Chiliadis nostræ postrema parte. Vbi etiam ostendimus quod huic nostræ sententiæ cõsequẽs est in actione ex empto, licèt bonæ fidei sit, nunquam in litem iurari, hoc est, nec si venditor dolo malo recusetrẽ tradere, quia nec iuratur vnquam in litem nisi cùm is qui agit, dominus est, & rem suam reposcit siue personali siue in rem actione, nec eam vult possessor reddere vt inuitum dominum cogat rei suæ litisque æstimationem accipere, eoque modo rem suam vendere *l. tutor 7.supr. de in lit.iur and.l. non enim 9. Rer. amot. l. si filiofamilias 25.§.1.solut.matrim.iunct.l.eius rei 46.& seq.l.nec quasi 70.supr.de rei vindic.* Æstimandum enim est quanti emptoris interest etiam dolo interueniente non per iusiurandum emptoris, sed per officium iudicis *l.si traditio 4.C.de act.empt.d.l. si cùm fundum 68.§. vlt.infr.* Nec quod emptio in locum permutationis successisse videatur, facere debet, vt eodem iure in omnibus censeatur, cùm tam multæ sint aliæ inter hos contractus differentiæ, & in commerciis hominum longè frequentior hodie emptionum & venditionum vsus sit, quàm permutationum: Minus mouere nos debet, quod emptor precium facere venditoris cogatur. Aliud enim est quod debet emptor, aliud verò quod venditor. Emptor precij debitor est quod consistit in pecunia numerata. Pecunia autem quia in genere consistit, recipit functionem in suo genere. *l.2.§. mutui datio supr. de reb. credit.* & ex qualibet re pecuniam quæ sua sit conficere emptor potest. Venditor verò speciei debitor est, quæ quoniam non similiter in sua specie functionem recipit, vel nullomodo præstanda est, vel talis qualis est, ac proinde aliena, si aliena vendita sit.

a *Vt cogitur qui fundum stipulanti spopondit.* RAT.

DVB. Dare nihil aliud est quàm dominium transferre *l.vbi autem 75. §. vlt. de verb. oblig. l.non videntur data 167.de reg.iur.* Dominia autem extra vsucapionem, mancipationem, cessionem in iure, adiudicationem & legem non acquiruntur nisi per traditionem, *l.traditionibus 20. Cod.de pact. Vlpian.in Fragment.tit.19.de acquisit.rer.* Atqui nemo potest cogi ad tradẽdum præcisè, quia traditio facti est, vt proximè scripsimus. Ergo neque is, qui dari fundum stipulanti spopondit, cogi potest vt dominiũ transferat in stipulatorem. DEC. Stipulatio cùm nihil aliud sit quàm verborum obligatio, æstimatur potissimum ex verbis, vt quicquid palàm verbis expressum est, id omnino fieri, & præstari oporteat *l. quicquid adstringẽdæ 99 de verb.obl.* Atquin is qui fundum dari promittit, hoc promittere intelligitur facturúmve, vt dominium quoquomodo efficiatur stipulatoris *d.l.vbi autem §.vlt.* idq; ex propria verbi *dandi* significatione *§.sic itaque Instit.de action.* Nec aliud est in eo qui fundũ simpliciter stipulanti promisit, nulla etiam dandi facta mentione. Fundum enim qui dicit, plenam proprietatem intelligit *l si alij 19.infr.de vsufr.legat.* in qua nemo dubitat quin dominium contineatur, licèt non nulla sit inter dominium ac proprietatem differentia, vt alibi docuimus. Dicunt enim prudentes non semel, *proprietatis dominium*, qui tamen non nisi ineptè dicerent *dominium dominij* aut *proprietatem proprietatis.* Ergo siue fundum quis dare siue fundũ simpliciter promiserit vt in hoc §. cogitur facere dominium stipulatoris, solus ille excipiendus est, qui tem tradi stipulanti promittit. Hic enim non ad proprietatem, sed ad possessionem duntaxat transferendam tenetur *l.si rem tradi 28.de verb.obl.* Traditio namque nihil nisi possessionis datio est *l.3.infr.de action.empt.* Vnde est quod quamuis nemo rem suam aut sibi dari aut simpliciter stipulari possit, tradi tamen sibi & restitui rectè stipulatur *l.nemo rem suam 82.& l. 87.de verb.obl.* Sed tamen remanet dubitatio. Qua ratione cogi possit fundi promissor, vt faciat dominium stipulatoris, cùm neque cogi possit, vt tradat, neque sine traditione dominium transferre possit. Scio nostros separare hac in re obligationes dandi ab obligationibus faciendi: Vt qui dare obligatus est, cogi possit ad tradendum, quamuis non etiam ille qui ad tradendum nominatim obligatus est. Sed parum subtiliter, vt docuimus in Chiliade. Dicendum igitur est differentiam horum casuum non in eo esse qui non vult tradere (hic enim omnimodo præstatione eius quod interest liberatur, etsi ad dandum obligatus fuit,) sed in eo qui tradidit. Nam si tradendo nihil nisi possessionem transtulerit, liberabitur quidẽ ab obligatione tradendi, quoniam impleuit omne id quod promiserat. Sed non ab obligatione dandi, nisi dominium quoque simul cum possessione transtulerit. Ideoque adhuc conueniri ex stipulatione potest, quamuis eo non faciente quod promisit, necesse sit hoc etiam casu litem æstimari in pecunia, & pecuniariam fieri condemnationem *leg. pen. supr. de condict.trit.* de quo latius in Chiliade.

26. POMPONIVS libro 17. ad Sabinum.

SI sciens emam ab eo, cui bonis interdictum sit, vel cui tempus ad deliberandum de hæreditate ita datum sit, vt ei deminuendi potestas non sit: dominus non ero.[a] dissimiliter atque si à debitore, sciens creditorem fraudari emero.

BIU Cujas

Ad l. Si sciens emam 26.

RAT. DVB. Traditio, quæ non nuda est, sed facta ex iusto titulo iustaque causa præcedente, si facta sit à non domino, transfert in accipientem ius omne quod penes tradentē fuit *l. traditio 20. infr. de acq. rer. domin. l. qui tabernas 32. infr.* Ergo & dominiū cùm à domino facta est *l. clauibus 74. hoc tit. l. ex empto 11. §. & imprimis infr. de action. empt.* Quid enim tā naturale est quàm voluntatem domini rem suam in alium trāsferre volentis ratam haberi? *l. qua ratione 9. §. hæ quoque res de acquir. rer. domin. §. per traditionem Instit. de rer. diuis.* Nec quod domino bonis interdictum sit, priuat eum dominio rerum suarū. Dominia enim, vt sæpius dixim⁹, sicuti nō nisi certis & legitimis modis acquiruntur, ita nec nisi certis & legitimis amittuntur, etiamsi maximè velit dominus rei suæ dominium amittere *leg. si quis vi 17. §. differentia infr. de acquir. poss.* Inter quos modos nō est interdictio bonorum. Præsertim verò cùm ea interdictio non à lege fiat, sed à Prætore, quia causę cognitio in eam rē necessaria est *l. 1. infr. de curat. furios.* Sicut & prohibitio alienationis quæ fit heredi instituto aut legitimo accipienti tēpus ad deliberandū *l. ait Prætor 7. infr. de iur. delib.* Atqui Prætor sicut dominium dare non potuit nisi bonitarium, ita neque adimere *§. quos autem Instit. de bonor. poss. iunct. §. vlt. inst. de hered. qualit. & differ.* Ergo non potest interdictio & prohibitio Prætoris facere quominus per traditionem à vero domino factam dominium in accipientem transferatur.

DEC. Prætores, cæterique Magistratus tam vrbani quàm prouinciales nihil nisi viua vox sunt iuris ciuilis *l. nam & ipsum 8. supr. de iustit. & iur.* habentque potestatem à populo penes quem est maiestas Reipublicæ, & consequenter dominium rerum omnium quæ sunt in republica. Quod & penes legem esse dicitur, quia lex à populi consensu totam vim suam accipit *l. 1. & 2. supr. de legib.* Quamuis ergo Prætores cæterique magistratus neque legem facere potuerint, neque legi similem constitutionē si Senatum excipias *d. §. quos autem*, quia non tanta iis potestas & authoritas tributa est. Non tamen ambigitur, quin ius facere potuerint & fecerint, q̄ ab eorum honore dictum est honorarium, nec minimā obtinet iuris authoritatem *§. Prætorum Instit. de iur. natur. gent. & ciuil.* ac proinde cui omnimodo parendum est. Alioqui quęnam erit rerum omniū perturbatio & confusio si neque iuri neque Magistratibus pareatur? Vnde nimirum est quod habet iuris regula, Non posse dolo carere illum qui Magistratus imperio non paruit *l. non potest 199. de regul. iur.* Proinde quemadmodum dicimus iustè possidere eum qui authore Prætore possidet *l. iustè possidet 11. infr. de acquir. poss.* ita fatendum est iniustè possidere illum qui contra Prætoris imperium & authoritatem possidet. Et consequenter cùm non acquiratur dominium nisi per mediam possessionem *l. procurator 8. C. de acquir. poss.* fieri nequit vt qui per traditionem sibi etiam à domino factam iniustè ac Prætore vetante possidere cœpit, dominus fiat per eiusmodi possessionem, cùm iustam tradendi causam præcedere oporteat vt traditio non sit nuda *l. nunquam nuda 31. de acq. rer. domin.* iusta autem causa esse non possit quæ à Prætore improbata est *l. conditiones 14. de condic. instit.* Consentire namque oportet ius prætorium cum ciuili vt quid iustum videri possit, cùm Prætoribus permissum fuerit ius ciuile non quidem tollere, sed tamen iustis æquitatis rationibus ac veluti temperamentis corrigere & emendare *tit. de bonor. possess. in princ.* tanquam æquitatis custodibus & magistris, quæ vt in cæteris causis omnibus ita in iure maximè spectanda est *l. in omnibus quidem 90. de reg. iur. l. placuit 8. C. de iudic.* Vt taceā facilius esse Prætori impedire dominiū quærendum quàm tollere iam quæsitū. Quanquam in proposita specie de eo cui bonis Prætor interdixit, hoc amplius est quod non tam pro suo imperio Prætor id facit & propter vim imperij, vt Paulus loquitur in *l. cùm Prætor 12. §. 1. supr. de iudic.* quàm in executionem legis duodecim tabularum, quæ primùm interdixit prodigo bonorum suorum administratione *d. l. 1. de curat. furios.* Quādonam enim maior potestas legis esse potest, quàm cùm executioni mandatur per Magistratum? Vnde & lege facta interdictio dicitur, quæ facta est à Prætore *leg. is cui lege 18. infr. Qui testam. fac. poss.* Quod verò ad eum pertinet, cui petenti tempus ad deliberandū Prætor interim prohibuit alienationem, alia specialis ratio est propter quam eius imperio parere oporteat. Nempe quòd ex Prætoris edicto sit vt ei qui tempus petit ad deliberādum, indulgeatur à Prætore, sed ita tamen & ea lege vt interim nihil ex rebus hereditariis nisi ex magna causa & decreto Prætoris interueniente alienare possit *l. Aristo. 5. §. 1. d. l. ait Prætor 7. in princip. & §. 1. de iur. delib.* Qui ergo ex edict. Prætoris ad beneficium illud admittitur, quidni legibus omnibus & condicionibus eodem edicto à Prætore propositis parere compellatur? Est quidem ei liberum ab initio, propositum Prætoris beneficium aut agnoscere aut aspernari, sed si agnoscat, non potest in eius arbitrio esse, vt Prætoris voluntatem scindat, & authoritatem. Nemini enim Prætor vult beneficium suum esse captiosum *l. Paulus notat. 8. infr. de stipulat. prætor.* Esset autē hoc de quo agimus, valde captiosum creditoribus, si ei qui tempus ad deliberandum petiit & certa lege obtinuit, liceret res hereditarias pro arbitrio tractare & vendere, mox hereditatē repudiare, aut si suus heres sit, ea abstinere. Ad hunc enim maximè pertinet quod Prætor edixit de prohibenda ei interim alienatione *d. l ait Prætor.* Cùm interim re vera heres sit & dominus, quietiam post abstentionem suus heres manet *l. cùm quasi 30. §. sed etsi suus de fideic. libert.* In extraneo autem herede instituto ac deliberante, non nisi ineptè potuisset edicto fieri ea prohibitio, quia cùm non sit heres ante aditionem, nec dominus esse potest *d. §. vlt. Instit. de hered. qualit. & differ.* nec proinde ius vllum transferendi dominij. Quod tamen subesse necesse est, vt causam & materiam aliquam habeat prohibitio, quia vt aiunt, priuatio omnis habitum præsupponit *vulg. l. 4. de iustit. & iur.* Et cùm dicimus, quod Pomponius in hac lege scribit, eum qui emit à prohibito alienare, non fieri dominum, vtique de eo intelligimus prohibito qui dominus sit, quique si alienare prohibitus non esset, dominium transferre posset. Supponendi enim semper sunt termini habiles. Adeo autem dominus non fit is cui ex causa emptionis aliáve res tradita est ab eo quem Prætor alienare vetuit, vt nec vsucapere possit si prohibitionem sciens emerit, vt nec vsucapere possit tanquam qui possessionis suæ titulum nullum habere intelligatur *leg. si ab eo 12. infr. de vsucap.*

BIU Cujas

nec proinde bonam fidē, sine qua tamen vsucapio procedere nulla potest non minùs quàm sine iusta possessione *l. sine possessione 25. eod.* Est enim contractus cum prodigo initus ita nullus vt ne quidem naturalem obligationem pariat, non magis quàm si cum furioso contractum esset *leg. is cui bonis 6. de verb. oblig.* vbi hanc ob causam negatur posse fideiussorem ei accedere, qui pro naturali obligatione non inutiliter interueniret. Ex his verò intelligimus, cùm quæritur de dominio transferendo in eum qui emit à prodigo vel à suo herede deliberāte ac vetito alienare, parum refert an emptor sciēs vel ignorans interdictionem emerit. Omni enim casu interdicta alienatio est, cùm & administratio ipsa interdicta sit. Nec eo minùs factum videri potest contra interdictionem legis & Prætoris quòd prodigus aut deliberans ignoranti vendiderit, quia nec emi vetuit Prætor, sed vendi, nec ad ementem verba interdictionis dixerit, sed ad vendentem *d. l. 1. de curat furios. d. l. ait Prator 7. in princip. de iur. deliber.* quamuis quod vendi prohibet Prætor, id quoque per consequentias nec emi patiatur. Distinctio igitur illa scientiæ vel ignorantiæ emptoris ad eum tantummodo casum pertinet, quo non de dominio transferendo, sed de vsucapione quæratur *d. l. si ab eo.* Vbi cum Paulus scribit post Iulianum in *l. qui fundum 7. §. qui sciens infr. Pro empt.* si ab eo emas quē Prætor vetuit alienare, idque tu scias vsucapere te non posse: An non à contrario sensu ostendit apertissimè, posse igitur te vsucapere si nesciens emeris ab eo quem Prætor vetuit alienare? Hoc certè nemo negauerit. Atquin nemo vsucapere potest rem quæ iam facta sit sua, cùm vsucapio nihil aliud sit quàm adeptio seu adiectio dominij *l. 3. eod.* & quod iam meum est, magis meum fieri non possit *l. in bello 12. §. si quis seruum infr. de capt. & postlim. §. sic itaque Instit. de action. l. non vt ex pluribus 91. de regul. iur.* Consequens igitur est vt qui etiam nesciens emit à prodigo vel alio cui prohibita est alienatio non magis dominus fieri possit per traditionē quàm qui sciēs. Quod porrò si ita est, frustra inepteque Pomponius in hac lege adiecit dictionem *Sciens.* Quorsum enim nisi ad differentiam ignorantis? Delenda igitur dictio est & inepto potius interpreti tribuenda, quem illud certè fefellit, quod vidit tam in *d. l. si ab eo quàm in d. l. qui fundum §. qui sciens* non nisi de sciente tractari. Nec animaduertit iis locis agi de vsucapione non de præsenti acquisitione dominij. Denique cùm in specie huius legis nihil sit quod dominij translationem impediat, nisi quoniam interdicta est, vt ait Accursius, quis non videt ad veritatem & potestatem interdictionis nihil facere, quòd emptor eā sciat, vel ignoret? Sed neque nouū est vt dominus non fiat is qui à domino emit etiam cessante interdictione, vt putà si quis cùm sciret venditorem, pecuniam statim consumpturū seruos qui venditoris erant, emerit aut à luxurioso adolescente & protinus daturo pecuniam scorto *l. si quis cùm sciret 8. infr. pro emptor.* Vbi negat Iulianus esse hunc malæ fidei possessorem cùm à domino emerit. Ideoque magis probat vt tanquam bonæ fidei possessor vsucapere possit, ita admittens: Vsucapione igitur eum indigere vt sibi acquirat dominium quod per emptionem secutamq; traditionem acquirere sibi non potuit. Cur verò non acquisiit? Cùm neque luxurioso neque perdituro & malè consumpturo pecuniam interdictum sit bonorum suorum alienatione & administratione, si non etiā prodigus à Prætore declaratus sit dato ei curatore *d. l. 1. de curat. furios.* An quia malæ fidei emptor sit, vt ad eum locum putat Cuiacius? Nec enim, inquit, à tali venditore emere debuit, & in societate quodammodo facti turpis versari. Quasi, quoniam turpis est huius venditionis causa, tacito iure sit alienatio hæc interdicta. Atqui Iulianus disertè contrà scribit non posse dici malę fidei possessorē eum qui emit à domino. Quæ verba pessimè admodum idem Cuiacius, post Accursium sic explicat quasi significent *à non domino*, sed quem emptor dominū esse putabat, aut à bonæ fidei possessore. Et verò si non esset hic bonæ fidei emptor, qui à tali venditore emit, consequens fieret, vt nec posset vsucapere, quod putabant illi, contra quos Iulianus disputat. Fateor quod Cuiacius obiicit, Malæ fidei possessorem esse omnem qui contra legum interdicta mercatur. Ita namque scriptum est in *l. quemadmodum 7. in fin. C. de agricol. & censit. libr. 11. Tit. 47.* Sed nego mercari contra leges eum qui emit à luxurioso adolescente qui nondum prodigus sit declaratus. Alioqui frustrà se prætores interponerent in interdicenda prodigo rerum suarum alienatione. Probabilius tentari posset emptionem hanc ideò non valere, quod contra bonam fidem esse videatur tali venditori precium soluere: Quomodo de simili mandato scriptum est in *l. si verò non remunerandi 12. §. si adolescens supr. mand.* Nisi q de adolescēte, id est, de minore ibi Vlpianus loquitur, Iulianus verò etiam de maiore. Sed neque ratio hæc admitti potest, quia si contractus emptionis non teneret: nec vsucapio procedere Pro emptore posset *l. 2. §. cùm Stichum eod. tit. Pro emptor.* Quam tamen procedere Iulianus apertè scribit. Si ergo valet emptio tanquam nec à lege, nec ab homine, id est, à Prætore interdicta quàm ex ea transfertur dominiū cùm dominus vendidit, vt neque de vsucapione quæri oporteat. Respondendum est, vt ego quidē arbitror, venditionem & emptionem valere, quia quod vendi prohibitum non est, nec emi prohibitum est. Neque rursum cōtra bonam fidem magis quàm contra legis aut Prætoris prohibitionem facta hæc venditio videri potest. Ex ea tamen licetà domino facta sit dominium non transferri ex eo quod diximus ad *l. quod vendidi. 19. supr.* ita lege duodecim tabularum cautum esse vt ex causa venditionis secuta traditio non transferat dominium nisi precium solutum sit aut aliter eo nomine satisfactum *d. l. quod vendidi l. vt res 53. infr. hoc tit.* In proposita verò specie non videtur solutum precium, quia cùm bonæ fidei contractus feci, bona fide solui debuit *l. ex empto 11. §. fin. l. bona fides 50. infr. de actio. empt.* Non potest autem dici solutum ex bona fide, q consumpturo statim & perdituro à sciente solutum est. In eoque potest bona esse comparatio nō quidem emptionis & mandati, sed pecuniæ solutæ in vsus turpes pro precio emptionis & pecunię solutę in eosdē vsus ex causa mādati, vt in *d. §. si adolescens.* Sed ratio hæc quæ dominij translationem impedire potest ob non solutum eo modo quo solui debuit precium, non impediet vsucapionem. Pro qua nimirum sufficit vt bonæ fidei emptor sit qualis certè est qui à domino emit, tùm quoque cùm precium non soluit. Solutio namque precij, non ad substantiam, sed ad executionem contractus pertinet, nec tam ad causam acquirendi quàm ad acquisitionem ipsam dominij. Vtrumque igitur cum Iuliano subtiliter dicendum est.

Hunc

Hunc qui à domino emit, quem neque lex neque Prætor vendere prohibuerat, non eo minus bonæ fidei emptorem censeri debere quod contra bonā fidem precium soluerit venditori statim consumpturo, ideoque posse rem illam vsucapere: dominū tamen factum non esse, quia non soluit precium vt debuit, & idcircò necessariam ei esse vsucapionem vt dominium rei sibi venditæ & traditæ quamuis à domino sibi acquirat. Quod certè valde nouū ac singulare est, vt mirū sit nec à Cuiacio nec iā olim ab Accursio ad *d. § si adolescens* perceptū hoc fuisse.

a *Dissimiliter atque si ab eo.* RAT. DVB. Emptionis contractus bonæ fidei est cui nihil tam aduersatur, quàm fraus & dolus *l. bonam fidem 4. C. de oblig. & action. l. ea quæ 43. §. vlt. l. si cùm fundum 68. §. 1. infr.* Ergo neque emptio neque venditio in fraudē creditorum facta valere debet, præsertim sciente ac fraudem participante emptore. Nec quod venditio facta sit à domino prodesse debet emptori ad acquirendum ex contractu fraudulento dominiū, cùm aliis plerisque casibus, de quibus suprà diximus, eueniat, vt etiam is qui à domino emit, non fiat tamen dominus vt in specie *d. l. si quis cùm sciret 8, infr. Pro emptor.* adeoque nec vsucapere possit *leg. qui fundum 7. § qui sciens eod. l. si ab eo 12. de vsucap.*

DEC. Dolus malus in venditione abesse debet hactenus ne venditor ab emptore, nec emptor à venditore decipiatur. Sibi enim bonam fidem mutuo præstare debent. Alioqui siue dolus contractui causam dederit, cōtractus ab initio & ipso iure nullus est, siue in contractum inciderit, vindicatur æquitate ac potestate ipsius iudicij, quia bonæ fidei est *l. & eleganter 7. in princ.* vbi scripsimus *supr. de dolo.* At si quid inter venditorem & emptorem fiat in fraudem alterius tertij puta creditorum, extra causam contractus venditionis illud est, nec facere cōtractum nullum potest. Cùm itaque traditio fiat à debitore, quem ponimus dominum rei vēditæ, nihil causæ est, cur non possit ac debeat transire dominium in emptorem. Nam neque Prætoris edictum ita conceptum est, vt Prætor prohibeat fieri alienationem in fraudem creditorum, sed si facta sit, pollicetur actionem in factum reuocatoriam, quæ Pauliana appellatur, per quam alienationes reuocātur, ita vt quod alienatum est, retrofingatur mansisse in bonis debitoris, rescissa nimirum traditione per quam facta fuerat alienatio *leg. 1. & tot. tit. infr. Quæ in fraud. credit. § item si quis in fraudē Instit. de action.* Obseruandum autem est actionem illam Paulianam siue interdictum, vt vocant, fraudatorium non ad pignoratitios creditores pertinere, sed tantùm ad chirographarios, id est, qui non habent bona debitoris obligata. Pignoratitij enim fraudari non possunt, cùm ius habeant persequendorum pignorum etiā aduersus emptorem aliúmve quēlibet possessorem *l. distractis 14. l. debitorem 15. & pass. C. de pignor. l. vnic. C. rem alien. gerent. non interdic. rer. suar. alien.* Excipienda tamen est libertas, quæ licèt omnium rerum fauorabilissima sit, si tamē in fraudem creditorum data fuerit, non competit, quia quæ semel competiissent, reuocari postea nō posset *Instit. quib. manum. non licet.* Est itaque hoc casu libertas deterioris condicionis quàm res cæteræ ob hoc ipsum quod fauorabilior est.

27. PAVLVS libro 8. ad Sabinum.

QVi à quolibet rem emit, quam putat ipsius esse: bona fide emit.[2] at qui sine tutoris auctoritate à pupillo emit, vel falso tutore auctore, quem scit tutorem non esse: non videtur bona fide emere, vt & Sabinus scripsit.

Adl. Qui à quolibet 27.

RAT. DVB. Is qui cum alio contrahit sicuti non debet ignarus esse condicionis eius cum quo contrahit *l. qui cum alio 19. de reg. iur.* ita neque ignarus esse debet condicionis eius rei de qua contrahit, id est, an venditoris propria sit an aliena, cùm acquirat ea mente vt dominus fiat. Sciat autem vel scire debeat non posse dominium transferri ab alio quàm à domino *l. traditio 20. infr. de acq. rer. domin. l. clauibus 74. hoc tit.* Ergo malæ fidei emptor dici debuit quisquis rem alienam etiam ignorans à non domino comparauit.

DEC. Difficile est dignoscere rem alienam ab ea quæ sit propria venditoris, quia & dominij inuestigatio perdifficilis est, cuius probationem etiam impossibilem esse nonnulli existimarunt *§. commodum Instit. de interd.* Ob eamque causam necesse fuit permitti venditionem etiam rei alienæ non minùs quàm liberi hominis *l. prox. inf. iunct. l. quia difficile 5. supr. hoc tit.* Ne alioqui commercia quæ in venditionibus magna ex parte consistunt, facilè impedirentur, vt diximus ad *l. si ita 25. § 1. supr.* Differentia tamen illa est inter vēditionem hominis liberi & rei alienæ, quod hominis liberi venditio non aliter valere potest quàm si liberum eum esse emptor ignorauerit, quia in hominum commercio non est. *l. 4. & 6. supr. l. liberi 70. infr.* At rei alienæ emptio valet etiam ab eo facta qui sciuit rē alienā esse, vt perinde possideat pro emptore acsi ignorasset *l. 2. § 1 infr. Pro emptor.* & obligatum habeat venditorem ad rē tradendam dummodò soluat ipse precium quod promisit *l. si in emptione 34. § item si emptor. iunct. l. domum 57. § simili quoque modo infr.* Nisi proponas rem non modò alienā esse, sed etiam furtiuam. Quo casu si tam emptor quam vēditor id sciuerit ex neutra parte obligatio contrahitur *d. § item si emptor.* Sed tamē omni casu malæ fidei emptor est quisquis alienam rem sciens emit. Ideoque non solùm dominus non fit, cùm à non domino emerit, sed neque vsucapere potest, quia titulum quidē habet, sed vitiosum neque cum bona fide coniunctū, sine qua tamē non magis quàm sine possessione vlla procedere vsucapio potest *l. si aliena 10. l. sine possessione 25. infr. de vsuca.* Sed si emptor rem alienam esse ignorauerit quam venditor quasi dominus vēdidit, nihil omnino est quod ei imputetur. Ideoq; bonę fidei emptor est, vt & vsucapere possit Pro emptore, & fructus omnes interim suos facere *tot. tit. Pro emptor. l. bona fidei 48. de acqu. rer. domin. l. bonæ fidei 109 de verb. sign.* Idemq; est si quis à veri domini procuratore emerit vilius per dolū distrahēte ad hoc solùm vt vēditorē dāno afficeret si modò hoc emptor ignorauit. Aliud enim est si cū procuratore collusserit dato ei fortassis prēmio vt vili[9] distraheret puta triginta aureis fundū quē distrahere centū aureis potuisset. *l. qui fundū 7. § procurator inf. Pro emptor.* Quare nec vsucapiet vē

ibidem scriptum est. Adeò autem verum est malæ fidei emptorem eum esse qui scit rem esse alienam nec eam posse vsucapere, vt idem dicendum sit etiamsi emptor partem duntaxat aliquã fundi venditi non esse alienam ignorauerit, si modò quænã pars aliena esset, ignorauerit *l. emptor 4. l. qui cùm 6. §. 1. Pro emptor.* Non idem est si sciuerit aut obligatam creditori rem esse aut vsumfructum alienũ vt hîc notat Accursius. Vide *l. suæ rei 16. §. 1. supr.*

a *At qui sine tutoris authoritate à pupillo emit.* RAT. DVB. Non potest malæ fidei possessor esse is qui à domino emit *leg. si quis cùm sciret 8. infr. Pro emptor.* At qui pupillus siue tutorem aliquem, siue nullum, aut falsum habeat, semper rerũ suarũ dominus est. Ergo etiã is qui à pupillo emit sine tutoris authoritate, aut qui falso tutore authore quẽ scit tutorẽ nõ esse, non idcirco malæ fidei possessor videri debet.

DEC. Is quidem qui à domino eam rem emit cuius vendendæ dominus ius habuit, malæ fidei possessor dici non potest, ne tum quidem cùm ex aliqua iusta causa dominium in emptorem transferri non potuit vt in specie *d. l. si quis cum sciret*, quã nos fusè explicauimus ad legem præcedentem. At cùm quis emit ab eo quem lex aut Prætor vetuit alienare, non solùm dominus nõ fit is qui emit, sed neque bonæ fidei possessor. *l. qui fundum 7. §. qui sciẽs eo. tit. l. si ab eo 12. de vsucap. l. prox. supr.* nisi emptor crediderit probabili errore, eoque non iuris, sed facti vẽditorẽ habuisse ius vendendi *d. l. bonæ fidei 109. de verb. sign.* Eiusmodi vero est pupillus, qui licèt reuera dominus maneat bonorum suorum, administrationem tamen eorum nullam habet. Obstante iuris ciuilis regula quæ non patitur eum ex vllo contractu obligari *l. obligari. 9. infr. de author. tutor. l. more* 8. *& seq. de acquir. hered. l. contra 28. supr. de pact.* Proinde si quis à pupillo emat sine tutoris authoritate, obligat quidẽ se pupillo, sed nõ æquè pupillũ sibi *l. pupillus 5. §. 1. ill. tit. de autho. tuto.* Idemq; est si emat authore eo tutore, quiremotus sit ab administratione aut cui administratio non fuerit concessa *leg. 4. eod.* diciturque contractus hic claudicare, quia stat ex vna tantùm parte *l. Iulianus 13. §. si quis à pupillo infr. de action. empt.* Tantum abest vt ex eo contractu dominium transferri possit. Non solùm si de re immobili agatur, cuius alienatio sine decreto Prætoris districtè prohibita est per orationem Seueri, de qua in *l. 1. & tot. tit. infr. de reb. eor. qui sub tutel. & tit. Cod. de præd. minor.* sed etiam si de re mobili, quia generalis hæc iuris dispositio est. Possessio sanè transfertur, sed ita tamen vt emptor per eam possessionem fiat malæ fidei possessor, ideoque nec vsucapere possit: Separata enim est causa possessionis & vsucapionis *l. 2. §. 1. Pro emptor l. vlt. C. eod.* Et vero tutor ille est qui domini loco habetur, cum tutor rem pupilli rectè & ex bona fide administrat *d. l. qui fundum 7. §. si tutor infr. eod.* Itaque quisquis à pupillo emit, vt se probet bona fide emisse, probare debet se tutore authore & lege non prohibente emisse *l. quæcumque 13. §. vlt. supr. de Public. in rem action.* vbi addit Caius, si quis tamen falso tutore authore emerit, bona fide emisse eum videri. Sufficit enim vt putauerit eum qui vendidit, ius vendendi habuisse, puta procuratorem aut tutorem fuisse *dict. l. bonæ fidei*, quia hîc plus in opinione est quàm in veritate *l. quod vulgo 11. l vlt Pro empto.* Ex quo apparet, non omnem scientiam rei alienæ inducere malam fidem *l. & generaliter 28. supr. de noxal. act.* vbi & Iacob. Cuiacius id notat *libr. 18. Obseruat. cap. 25.*

27. VLPIANVS libro 41. ad Sabinum.

REm alienam distrahere quem posse, nulla dubitatio est. nam emptio est & venditio: sed res emptori auferri potest.

Ad l. Rem alienam 28.

RAT. DVB. & DEC. Quæ ad hanc legem adferri possunt latè exposuimus ad *leg. si ita distrahatur 25. §. 1. supr.* Illud tantùm addi potest quod Accursius notat, hanc legem de re aliena immobili accipiendam esse, non autem facilè de re mobili. Quia inquit rei mobilis facilius fit furtum §. *quid autem dictum est Instit. de vsucap.* nec tam facilè admittitur venditio rei furtiuæ quàm eius quæ aliena tantùm, nec præterea furtiua est, sed cum quibusdam distinctionibus de quibus in *l. si in emptione 34. §. itẽ si empto. infr.* vbi dicemus. Sed nõ videtur mihi hęc satis recta animaduersio. Differẽtia enim illa rei immobilis & mobilis non tam ad causam permittendæ vel impediendæ venditionis pertinet quàm ad causam vsucapionis. Etsi enim non semper valet venditio rei furtiuæ scilicet si furtiuam eam esse vterque contrahẽtium sciat tam emptor quàm venditor, valet tamen si vterque nesciat aut si venditor solus sciat *dict. §. item si emptor.* Sed nullo tamen casu potest res furtiua vsucapi, nec si vterque contrahentiũ furtiuam eam esse ignoret. Aliud namque est rem furtiuam aut aliam quamlibet possidere pro emptore: Aliud verò eam pro emptore vsucapere *l. 2. §. infr. Pro emptor.* Tractat autem Paulus in *d. §. item si emptor* de ea re quæ iam ante contractam venditionem furtiua fuerit, non de ea quę per venditionem furtiua esse cœperit, de qua Iustinianus in *d. §. quod autem*, id est, quam venditor sciẽs alienã vendiderit & tradendo contrectauerit. Hoc enim addendum est cùm furtum non magis sine contrectatione fieri possit quàm sine affectu furãdi *l. 1. infr. de furt. §. item si is Instit. de vsucap.* Quomodo igitur in hunc venditorem qui sciens rem alienam vendit, ac tradit, & ita furtum eius facit, cadet Pauli distinctio quæ fit in *d. §. item si emptor*, An furtiuam rẽ esse quam vendit sciat venditor, an ignoret? Denique variis modis fieri potest vt quis rem alienam mobilem vendat & tradat, nec tamen furtum eius faciat, vt idem Iustinianus post allata exempla aliquot scribit in *§. aliis quoque modis eod. tit. de vsucap.* Denique rei furtiuæ vsucapio tam ex duodecim tabulis quàm ex lege Atilia semper & omni casu prohibita est. Venditio autem de qua hîc loquimur non nisi certis casibus, neque per venditionem rei alienæ mobilis res omnimodo fit furtiua, sed ita demùm si alienam esse vterque sciat aut venditor solus. Quæritetiam Accursius: Cur alienæ rei venditio valeat, oppigneratio autem non valeat *l. & quæ nondum 15. §. quod dicitur infr. de pign. & tot. tit. C. si alien. res pignor. dat. sit* cùm tamen proditũ sit ea quæ venditionem recipiunt, etiam recipere oppignerationem *l. sed & quod 9. §. 1. de pignor.* Respondet verò & rectè quod nos quoq; læpius docuimus,

BIU Cujas

cuimus, venditionem nō afficere nisi personā venditoris vt eum obliget ad certas quasdam præstationes personales, pignus autē afficere rem ipsam pignoratam, quæ porrò affici non potest ab eo qui neque sit eius dominus neque ius vllū in re habeat *l. aliena* 20. vbi diximus *supr. de pignor. act.* Quod ergo in hac lege, & aliis pleriſque ſcriptum eſt etiam alienæ rei venditionem valere, ſic intellige, vt ex eiuſmodi venditione naſcantur mutuæ empti & venditi obligationes, & ex obligationibus actiones, *l. ex empto* 11. §. 1. *l. ſi quis alienā* 46. *infr. de act. empt.* non etiam, vt ex ea dominium transferatur in emptorem, ſiue ſcientem, ſiue ignorantem. Nam, vt ſequitur in hac lege, res emptori auferri per dominum poteſt: non quidem propria authoritate, ne interdicto Vnde vi locus fiat, aut remedio iuris Pontificij, quod ſpoliatis datur ex *Can. rē integranda 3. quæſt.* 1. quo, quia longè plenius & vtilius eſt, frequentius quoque in praxi vtimur. Sed propoſito vindicationis iudicio, quod dominis omnibus datur *l. in rem* 23. *& paſſ. ſupr. de rei vindic.* Iuris enim & gentium, & ciuilis regula eſt, id quod noſtrum eſt, ſine facto noſtro auferri à nobis non poſſe, nec debere alteri per alterum iniuriam & iniquam cōdicionem inferri. Nec denique poſſe quemquam plus iuris in alium transferre, quàm ipſe habeat, *l. id quod noſtrum* 11. *l. nemo plus iuris* 54. *l. non debet alteri* 74. *de reg. iur. l. ſi ego* 9. §. *ſi res infr. de iur. dot. l. traditio* 20. *de acquir. rer. domin. l. ſi filiofamilias* 25. §. 1. *ſolut. matrim. l. non enim* 9. *Rer. amot. l. punitum Cod. hoc titulo.*

29. IDEM libro 43. ad Sabinum.

QVoties ſeruus venit, non cum peculio diſtrahitur. & ideò, ſiue non ſit exceptum: ſiue exceptum ſit, ne cum peculio veneat: non cum peculio diſtractus videtur.[a] vnde ſi qua res fuerit peculiaris à ſeruo ſubrepta, condici poteſt, videlicet, quaſi furtiua. hoc ita, ſi res ad emptorem peruenerit.

Ad l. Quoties 29.

RAT. DVB. Bona ſolent ſequi perſonam, adeò, vt ex mutatione perſonæ, mutetur quoque condicio bonorum *l. per curatorem* 90. §. 1. *infr. de acquir. hered. l. vlt. C. de inoff. teſtam.* Atqui peculium eſt quoddam, veluti puſillum patrimonium ſerui *l.* 5. §. *peculium l. peculium* 39. *l. quoties* 47. §. *final. ſupr. de pecul.* Ergo vendito ſeruo peculiato, ſi non nominatim peculium eius exceptum ſit, intelligi debet venditus cum peculio. Quemadmodum, & qui manumittitur inter viuos, ſi non ſit ei ademptum expreſſim peculium, etiam peculium cum libertate accepiſſe intelligitur *l. vnic. C. de pecul. eius qui libert. mer.*

DEC. Peculium quod ſeruus habet, quamuis conniuentibus oculis, vt Seneca dicebat, ipſius ſerui eſſe dicatur, reuera tamen eſt domini, quia ſicuti paterfamilias peculium habere non poteſt, ita nec ſeruus bona, *l. paterfamilias* 182. *de verb. ſignific. l.* 4. §. 1. *infr. de manumiſſ.* Ergo nulla cauſa eſt, cur ſeruo vēdito peculium quoque ipſius venditum eſſe intelligatur, quia neque venditionis precium peculio ſerui dictum eſſe videri poteſt, ſed ipſi tantūm ſeruo, etiamſi peculium exceptum non ſit, niſi à contrario vēditor peculium quoque ſerui acceſſurum eſſe dixerit, *l.* 1. §. 1. *infr. de pignor. l.* 3. *&* 5. *infr. de euict. l. quis ergo* 16. *ſupr. de pecul.* Idemque iuris eſt in legato ſeruo, *l. ſi legatus* 24. *infr. de pecul. legat.* aut ſi is teſtamento manumiſſus ſit *d. l. vnic. C. de ſeruo, qui cum pecul. libert. mer.* Solus ille excipitur, qui inter viuos libertatem meruit, cui etiam peculium conceſſum eſſe intelligitur, ſi non fuerit ſpecialiter ademptum *d. l. vnic. l. ſi Sticho peculium* 53. *ſupr. de pecul.* vbi de hoc ſcripſimus, & rationem diuerſitatis attulimus.

a *Vnde, ſi qua res peculiaris.* RAT. DVB. Cum ſeruo nulla actio eſt, *l. cum ſeruo* 107. *de regul. iur.* Ergo etiamſi ſeruus venditus aliquam rem peculiarem ſubripuerit, non eò magis condici ei poteſt condictione furtiua, vt nec alia qualibet, niſi liber contrectauerit *l. quod ab alio* 15. *ſupr. de condict. furtiu.* Quæ exceptio non cadit in eum ſeruum, de quo agimus, qui non manumiſſus fuit, ſed venditus.

DEC. Ex furto ſerui tenetur dominus condictione furtiua, ſi ad eum res peruenerit *l.* 4. *eod. tit.* quamuis ſerui furis dominus neque fur ſit, neque furis heres. Fallit enim hoc caſu regula *l. ex furtiua* 5. *eod.* quia ipſi ſeruo, qui furtum fecit, condici non poteſt, *d. l. cum ſeruo.* Ergo & in propoſita ſpecie emptor tanquam factus dominus cōdictione furtiua conueniri poterit eius rei nomine, quæ ex peculio ſubtracta eſt à ſeruo vendito, ſi modò ad emptorem peruenerit. Nec poterit emptor obiicere faciendam eſſe in dubio interpretationem contra venditorem ex *l. Labeo* 21. *ſupr.* Nihil enim hîc obſcuri, aut ambigui eſt, quod aliqua interpretatione indigeat: cùm ſeruus ſolus venditus ſit, non etiam peculium. Etſi enim poterat venditor cautius facere excipiendo peculium, ne quid dubitationis ſupereſſet, nihil tamen imputari ei poteſt, quod non exceperit ſpecialiter id, quod pro expreſſo & excepto habebatur, vt in *l. ſi cùm fundum* 68. §. 1. *infrà.* Et ſufficit venditori non fuiſſe vēditum peculium, quamuis nec fuerit exceptum, vt de rutis cæſis ſcriptum eſt in *l. fundi* 17. §. *ſi ruta & cæſa infr. de action. empt.* Emptori enim onus incumbit, vt probet venditum ſibi fuiſſe, quod ex venditione vult conſequi, cùm is probare debeat, qui dicit, non qui negat *l.* 2. *infr. de probat. l. adſeueratio* 10. *C. de non numer. pecun.* Satis autem eſt venditori negare. Nec ad rem pertinet quod plerumque emptores accedunt ad emptionem ob acceſſionem aliquam, ſine qua nō fuiſſent empturi, *l. ſi in emptione* 34. *in princ. infr.* Plerumq; autem plus ſit in peculio ſerui, aut in ipſius vicario, quàm in ſeruo ipſo ordinario, *l. iuſtiſſimè* 44. *infr. de ædilit. edict.* Id enim cùm accidit, emptoris eſt dicere, quid accedere emptioni velit: deinde venditoris quid nolit *d. l. ſi in emptione*, vbi tamen vide quæ ſcribemus.

30. IDEM libro 32. ad Edictum.

SEd ad exhibendum agi poſſe,[a] nihilominus, & ex vendito. puto.

BIU Cujas

Ad l. Sed ad exhibendum 30.

RAT. DVB. Fur quidē ipse, non tantū furti actione tenetur, & condictione furtiua, sed etiam, ad exhibendum & vindicatione *l. si pro fure 7. §. 1. supr. de condict. furt. §. sic itaque instit. de action.* Atqui in proposita specie, dicimus factum esse furtum à seruo vendito, non ab emptore. Ergo nec agi ad exhibendum cum emptore potest.

DEC. Actiones, quæ cum fure seruo competerent, si conueniri posset, competunt etiam contra dominum, quia seruus ipse conueniri non potest, vt diximus ad *l. præced. ex l. cum seruo 107. de regu. iur.* Sed cum hac differentia, quod liber homo, qui furtum ipse fecisset, teneretur insolidum, etiam perempta re furtiua *l. si pro fure 7. §. vlt. de condic. furt. l. in condictione 9. eod.* At serui eiusdemque furis, dominus non tenetur, nisi de eo quod ad ipsum peruenit: in residuum autem, hactenus duntaxat, vt seruum noxæ dedat *l. si seruus 4. eod.* Nisi sciente eo seruus furtum fecerit *l. 2. 3. 4. & pass. suprà de noxal. action.*

a *Nihilominus & ex vendito.* RAT. DVB. Actio ex vendito, non plus continere potest, quàm venditio, quæ actionem parit, ne latius pateat effectus, quàm sua causa. Atqui in venditione serui peculiati non venit peculium, nisi venditor id accessurum dixerit *l. prox. supr. l. serui venditor 5. infr. de euict.* Ergo, neque actio ex vendito potest contra emptorem competere ob furtum, quod seruus venditori fecerit.

DEC. Actio ex vendito, non tantùm ad ea competit, de quibus præstandis in venditione conuenit, sed etiam ad ea, quæ contra formam venditionis ab emptore facta sunt, ac proinde contra bonam fidem, vt puta si fructus ante contractam venditionem perceptos, quamuis venditioni non accessissent, emptor prætextu venditionis inuaserit, vt in *l. 2. in fin. C. de action. empt.* aut etiam ruta & cæsa, si excepta sint, aut etiam non excepta in venditione *l. fundi 17. §. si ruta & cæsa infr. eod. ill. tit.* Neq; verò id nouum videri debet, cùm interdum detur actio ex vendito, aut ex empto etiam ad resoluendam venditionē, vt in *l. ex empto 11. §. si quis virginem & §. is, qui vina eod. l. sed Celsus 6. §. si fundus,* vbi diximus *supr. hoc tit.*

31. POMPONIVS libro 22. ad Sabinum.

SEd & si quid postea accessit peculio: reddendum est venditori: veluti partus, & quod ex operis vicarij perceptum est.

Ad l. Sed & si quid 31.

RAT. DVB. Quicquid acquirit seruus, siue ex causa peculiari, siue ex alia, domino suo acquirit, cùm neque sibi, neque alij possit acquirere, ita vt ne momento quidem temporis acquisitio in persona serui consistat *l. placet 79. infr. de acquir. hered.* Acquirit enim domino etiam inuito & prohibenti *l. etiam 32. de acquiren. rer. domin. l. seruus vetante 62. de verb. oblig.* Atqui venditor serui per venditionem, secutamque traditionem desiit esse dominus serui, fecitque emptorem dominum, cùm venditor ipse esset antea dominus *l. clauibus 74. infr. l. ex empto 11. §. 1. de act. empt. l. traditio 20. de acquir. rer. domin.* Ergo quicquid ab eo tempore accessit peculio serui, quamuis non vendito, vt puta partus ancillæ, vel quod ex operis serui vicarij perceptum est, ad emptorem, non ad venditorem pertinere debeat.

DEC. Quod accedit peculio etiam post venditionem serui, peculium est: nascitur enim peculium, Crescit, Decrescit, Moritur ad instar hominis, vt eleganter Fronto dicebat *l. peculium nascitur 40. supr. de pecul.* Atqui cùm seruus peculiatus venditus est, nec venditor peculium accessurum esse dixit, peculium totum ad venditorem pertinet, siue peculium exceperit, siue non *l. quoties 29. suprà.* Ergo & quicquid post contractam venditionem peculio accessit, peculij causam sequi necesse est, ac proinde ad venditorem, non ad emptorem pertinere. Sed tamen non tanquam venditori acquisitum per seruum iam factum emptoris, sed tanquā ab emptore restituendum & præstandum venditori, vtpote quod prætextu & occasione venditionis, nullo tamen iure ad emptorem peruenerit, nō habiturum hodie si seruum non emisset, quem tamen solum emit sine accessione peculij. Denique negari non potest, quin & partus ancillæ, & quod serui venditi vicarius non venditus ex operis suis acquisiuit, ex re venditoris accesserit, cuius totum peculium fuit. Quidni ergo venditori ex bona fide restituetur? Nimirum actione ex vendito, quæ in hanc rem omnimodo competit *l. prox. supr.* etiamsi ob causam aliquam emptor, neque condictione furtiua, neque actione Ad exhibendum conueniri posset. Plenior siquidem est actio ex vendito, quia nō ex delicto serui nascitur, vt cæteræ, sed ex ipsius emptoris contractu, qui cum bonæ fidei sit, præstationes omnes, quæ ex bono & æquo sunt, admittit. Nō est autem bonum & æquum, vt ex re & iactura venditoris emptor locupletetur *l. iure naturæ 206. de reg. iur.*

32. VLPIANVS libro 44. ad Sabinum.

QVi tabernas argētarias, vel cætera, quæ in solo publico sunt, vendidit: non solum, sed ius vendidit: cùm istæ tabernæ publicæ sunt, quarum vsus ad priuatos pertinet.

Ad l. Qui tabernas 32.

RAT. DVB. Venditio non valet earum rerum, quæ non sunt in commercio *l. si in emptione 34. §. 1. infr.* Atquin eiusmodi sunt loca omnia publica, quę non in pecunia populi, sed in publico vsu habentur, vt campus Martius *l. sed Celsus 6. in princ. supr.* Itemque tabernæ, siue argenteæ, siue aliæ, quæ in solo publico sunt. Superficies enim semper ius soli sequitur, siue publicum solum sit, siue priuatum. Fit enim id naturali ac ciuili ratione *l. 2. infr. de superfic.*

BIU Cujas

perfic. l. solum 49. supr. de rei vindic. Ergo si quis tabernas istas, quæ in publico solo sunt, vendiderit, valere venditio non potest.

DEC. Venditio, vt & alia conuentio quælibet sic interpretanda semper est, vt valeat eo modo, quo valere potest, nec aliùd à contrahentibus actum esse videatur, quàm quod agere potuerunt. Præsertim cùm bonæ fidei contractus est. Necenim ex bona fide esset id vendere, quod aut ius gentium, aut leges, vel mores ciuitatis vendi prohiberent. Essetque potius dicenda maligna illa interpretatio, per quam venditio destrueretur, aut quod effectui idem est, venditor ad impossibile obligaretur *l. si ita stipulatus 126. §. Chrysogonus de verb. oblig. iũct. l. quoties 80. eod. l. quoties 12. de reb. dub.* Atqui tabernæ istæ, quæ in solo publico sunt, equidẽ publicæ sunt, quia soli ius sequuntur, sed tamen earũ vsus ad priuatos pertinet. Itaque quod ad vsum pertinet, sunt priuatorum. Ergo qui eas vendidit, cùm earum vsum haberet, non ipsum solum quod publicum est, vendidisse credi debet, sed ius illud duntaxat, quod in iis habuit. Idque est quod nostri vulgo iactitant, & ex hoc maximè loco probant, eum, qui rem aliquam vendit, in dubio nihil aliud videri vendere, quàm ius quod in illa re habet. Idemque iuris est in legato, vt benè notat Accursius ex *l. Senatus 43. §. vlt. l. si domus 71. §. vlt. de legat. 1.* Hinc iidem notant posse acquiri, emi, & præscribi in fossis vrbis ius habendi horti, & in templo ius inferendi mortui, & sedendi. Quod non improbo. Vsus enim ille priuatorum est, & in commercio, licèt solum ipsum non sit.

33. POMPONIVS libro 33. ad Sabinum.

CVm in lege venditionis ita sit scriptum, *Flumina, stillicidia, vti nunc sunt, vt ita sint*, nec additur, quæ flumina, vel stillicidia: primùm spectari oportet, quid acti sit: si non id appareat, tunc id accipitur, quod venditori nocet: ambigua enim oratio est.

Ad l. Cùm in lege 33.

RAT. DVBIT. Conuentio illa in venditione domus apposita *Flumina, stillicidia ve vti nunc sunt, vt ita sint*, nihil videtur continere obscuri, aut ambigui. Hoc enim significant, id actum esse inter emptorem & venditorem, vt flumina & stillicidia, eodem iure essent apud emptorem, quo erant apud venditorem, siue actiuè, vt loquuntur, siue passiuè, vt in *l. qui libertatis 69. §. pen. infr. de euict.* Nõ est igitur inde sumenda occasio faciendæ interpretationis contra venditorem, quasi pollicitus sit his verbis, venditor sibi quidem seruitutem fluminum & stillicidiorum deberi, se autem nullam debere. Non enim admittẽda est quæstio voluntatis, cùm nulla est in verbis ambiguitas *l. ille aut ille 25. §. 1. de legat. 3.* Præsertim cùm in dubio credendum sit & venditam & emptam esse rem, qualis est, adeò, vt etiamsi quis fundum, vti optimus, maximusque est vendiderit, hoc tantummodo promittere intelligatur, se nullam seruitutem debere: non autem sibi aliquam seruitutem deberi, nisi eam accessuram esse nominatim dixerit *l. pen. infr. de euict. l. si cùm fundum 126. l. non tantùm 169. de verb. signific. l. in vendendo 66. in princ. & §. 1. infr.*

DEC. Ambigua oratio est, quæ duplicem sensum recipere commodè potest *l. in ambiguo 3. infrà de reb. dub.* Hęc autem, *Flumina, stillicidia vti nunc sunt, vt ita sint*, duplicem sensum habere potest, vnum illum, vt vicinis imposita sit necessitas stillicidiorũ excipiendorum, id est, vt ædibus quæ venduntur seruitus illa fluminum & stillicidiorum excipiendorum à vicinis ædibus debeatur, alterum illum, vt etiam emptor stillicidia suscipiat ædificiorum vicinorum, id est, vt ædes, quæ venduntur hanc debeant seruitutem. Prior interpretatio venditori incommodior est: quia tenebitur ad omne id, quod emptoris interierit, si nulla seruitus venditis ædibus debeatur: cùm iuxta posteriorẽ interpretationem satis esset nullam eas seruitutem debere. Est autem longè facilius, vt nullam ædes venditæ seruitutem debeant quàm vt aliqua iis debeatur. Ergo cùm ambigua sit oratio, facienda est interpretatio contra venditorem, & ea capienda, quæ plus eum oneret, quia potuit apertiùs legem dicere, videturque insidiosè, obscurè dissimulasse, vt emptorem ad maius precium dandum pelliceret. Ex regula *l. Labeo 21. supr. l. veteribus 39. supr. de pact. l. in contrahenda 172. de reg. iur. l. ea quæ 43. §. vlt. infr. l. si arborem 17. §. vlt. supr. de seruit. vrban. præd.* vbi Vlpianus hanc ipsam speciem tractat paullò diffusiùs, & apertiùs vt solet, & nos ad eum quoque locum scripsimus. Obstare tamen huic legi & *dict. l. si arborem §. vltim.* quod scriptum est in *d. l. qui libertatis §. pen.* Venditorem, qui cùm sciret seruitutem deberi à suis ædibus, quas vendebat, ita recepit, *Itinera, actus, quibus sunt vtique sint*, empti quidem iudicio teneri, quia emptorem deceperit, sed tamen euictionis nomine se liberare, ne propter seruitutem itineris, vel actus quàm vicinꝰ vindicauerit, de euictione teneatur. Quomodo enim videri potest emptorem decepisse, supradicta exceptione, si eorum verborum sensus ille est, vt hoc ipso videatur venditor promisisse, & nullam se seruitutem debere, & sibi aliquam deberi. Sed dicendum est in illa specie id actum fuisse inter emptorem & venditorem, vt supradicta exceptione venditor omnino exoneraretur, non vt aliquid promittere videretur. Alioqui non posset emptor deceptum se conqueri, si id sensisset, vt nullam ædes venditæ seruitutem deberẽt. Haberet enim venditorem obligatum ad hoc ipsũ ex verbis supradictis, paratamque actionem De euictione ob seruitutem alienis ædibus debitam. Adeoque actionem ex empto ad id, quod sua interesset ob nullam venditis ædibus debitam seruitutem. Illud sanè duriusculum videtur grauiùs obligari eum, qui excepit seruitutes, vt vti nunc sunt, ita sint quàm eum, qui fundum vendidit vti optimus, maximusque est. Præsertim cùm optimus maximusque fundus ille potiùs censendus sit, cui etiam seruitus debetur, quàm is, qui nullam debet, cùm tanto sit precioſior futurus, si qua ei debeatur seruitus quàm si is nullam debeat. Et verò cùm negari non possit, quin verba illa, *vti optimus maximusque est*, aliquam exigant interpretationem, ac

BIU Cujas

proinde non aliquid contineant, vel ambigui, vel saltem obscuri, quidni hoc etiam casu interpretationem facimus contra venditorem, vt videatur se obstrinxisse ad præstandas seruitutes ab aliis quoque debitas. Seruitutes enim sicuti minuunt æstimationem fundi seruientis, ita augent fundi dominanti s, qui ea ratione melior, ac veluti maior efficitur *l. de pupillo 5. §. & bello Pedius infr. de oper. noui nunciat.* Dicemus ad *l. pen. de euict.* Adhuc enim nobis non plenè liquet.

34. PAVLVS libro 33. ad Edictum.

SI in emptione fundi dictum sit, accedere Stichum seruum, neque intelligatur, quis ex pluribus accesserit, cùm de alio emptor, de alio venditor senserit: nihilominus fundi venditionem valere cõstat. sed Labeo ait, eum Stichum deberi, quem venditor intellexerit. nec refert, quanti sit accessio: siue plus in ea sit, quàm in ipsa re, cui accedit, an minus. pleraſque enim res aliquando propter accessiones emimus: sicut cùm domus propter marmora, & statuas, & tabulas pictas emitur.

Ad l. Si in emptione 34.

RAT. DVB. Veteribus placuit, id est, Labeoni, cuius opinio hîc refertur, & in *l. Labeo 21. supr.* faciendam esse in dubio interpretationem contra venditorem, in cuius scilicet potestate fuit, legem apertiùs dicere *l. prox. supr. l. veteribus 39. supr. de pact. l. in contrahenda 172. de regul. iur.* Nempe quoties aliquid ambigui, aut obscuri est, vt suprà interpretati sumus. Atqui cùm in emptione fundi dictum est, accessurum esse Stichum, cùm plures huius nominis seruos haberet venditor, non potest negari, quin ambigua sit oratio, quandoquidem nescitur de quo Sticho contrahentes senserint. Ergo sic facienda est interpretatio, vt de eo Sticho actum & cogitatum videatur, de quo emptor, non de quo vẽditor senserit. Quod & Cuiacius defendit mordicus *lib. 1. Obseruat. cap. 10.* vbi hanc legem emendat, substituta dictione *emptor* in locum dictionis *venditor.* Sed vulgò magis placet interpretatio Accursij, quam & nos probauimus ad *d. l. Labeo*, vt in Labeonis sentẽtia, quam hic Paulus refert ad eum casum pertineat, quo dictum sit, non à venditore, sed ab emptore venditioni fundi accessurum Stichum. Nam cùm ratio, qua Labeo, cæteríque Veteres nitebantur, non alia sit quàm, quia potuit venditor apertiùs legem dicere: Apparet non de alio casu eos sensisse quàm quo venditor ipse, non emptor legem dixisset. Cùm eadem iuris ratio emptori obstet quoties ille est, qui legem dixit. Vt veriùs & generalius diffiniri possit. Verba siue obscura, siue ambigua in dubio contra proferentem esse interpretanda, quisquis ille sit, siue emptor, siue venditor. Quod & nostri notant ad *l. si arborem 17. §. vlt. supr. Vrban. præd.* vbi cùm tractetur de lege traditionis, constat non de alia lege Vlpianum eo loco tractare, quàm quæ dicta sit à venditore in tradendo. In proposita autem huius legis, specie legem dictam esse ab emptore, non à venditore, vt fundi venditioni Stichus accederet, multa sunt, quæ suadere videntur. Primùm illud quod initio legis Paulus sic loquitur, *Si in emptione fundi dictum sit.* Ab emptore igitur, non à venditore. Alioqui scripsisset verisimiliter *si in venditione.* Deinde quod mox de emptore loquitur, priusquam de venditore, iis verbis *Cùm de alio emptor, de alio venditor senserit.* Prior enim nominandus ille fuit, qui de Sticho prior locutus esset. Item quod sequitur, *Pleraſque enim res aliquando propter accessiones emimus*, vt intelligamus, in hac specie non fuisse emptorem fundum empturum, nisi Stichus accessisset. Emptoris igitur fuit hæc oratio, non venditoris, cuius sanè interesset potiùs, nihil ad fundi venditionem accedere. Planè si poneres à venditore conuentionem cœpisse, non dubitarem adfirmare cum Cuiacio, eum Stichum deberi, de quo emptor, non de quo venditor sensisset, siue quod in dubio facienda sit contra venditorem interpretatio, siue quod verba cõtra proferentem quisquis ille sit, semper sint interpretanda. Illud difficilius videtur. Quomodo possit valere venditio Stichi, cùm de vno emptor, de alio venditor senserit, atque ita in corpore dissenserint. Quo casu diximus in præcedentibus venditionem non valere *l. in venditionibus 9. & seqq. suprà.* Et hæc sanè præcipua ad hanc legem dubitandi ratio est, qua parte Paulus scribit venditionem valere. Sed dicendum est, non Stichum principaliter fuisse venditum, sed fundum, ideoque sic Paulum loqui, vt dicat fundi venditionem valere. Nulla siquidem in corpore fundi venditi fuit dissensio, cumque principaliter facta venditio fundi valeat, nõ potest ex eo irrita fieri quod in corpore Stichi, qui venditioni accessit, cõtrahentes dissenserint. Id enim præcipuè spectandum est quod principaliter venditum fuit, non quod accessoriè. Sed interpretationi locus necessariò fit, de quo Sticho contrahentes senserint. Nec enim possis dicere venditionem, partim valere, partim non valere. Fundi valere, Stichi non valere. Nec rursus obiicere, quod scriptum est in *§. fideiussores institut. de fideiuss.* non plus esse posse in accessione, quàm in re principali. Id enim ad accessorias personarum obligationes pertinet, non ad rerum accessiones. Ideoque subiungit Paulus, nihil referre, quanti sit accessio, siue plus in ea sit, quàm in illa re, cui accedat, siue minùs: pleraſque enim res, inquit, propter accessiones emimus, sicuti cùm domus propter marmora, statuas & tabulas pictas emitur. Quæ ratio non eò pertinet, vt probet Paulus, electionem emptoris esse debere, nõ venditoris, quomodo Cuiacius eam interpretatur, sed vt rationem reddat eius, quod proximè dixerat, nihil referre quanti accessio sit, licèt minoris semper futura sit, cùm electio erit venditoris: pluris verò, cùm emptoris. Itaque ne quid dissimulem, magis fauet hæc ratio emptori quàm venditori. Nec parum me mouet, vt pro Cuiacij interpretatione & emenda-

tione

tionã sentire malim, si mihi liceat, & liberè sentire, & quæ sentio liberè scribere. Sanè hæc eadem Pauli ratio probat optimè non esse admittendum, si quis velit dicere, venditionem hanc ratione fundi valere: Ratione autem Stichi non valere. Cùm fieri possit, & in dubio ita esse credendum sit, vt non fuerit emptor fundum empturus, nisi Stichus venditioni accessisset. Quo admisso tanto æquius est electionem esse emptoris, de quo Stichone sensérit, sine quo empturus non fuit. Et ita cum viro doctissimo sentio. Quid? An non contra ædilitium edictum est, vt homo alterius rei venditioni accedat, vt idem Paulus noster scribit in *l. iustissimè* 44. *infr. de ædilit. edict.* vbi rationem adfert ex Pedio, *propter dignitatem hominum?* Minimè verò, nisi cùm rei modicæ accedit, vt benè Cuiacius explicat *libro decimo sexto Obseruation. capite* 20. ex *l. itaque* 32. *l. proinde* 33. §. *vlt. eod.*

1 ¶ Omnium rerum, quas quis habere, vel possidere, vel persequi potest, venditio rectè fit, quas verò natura, vel gentium ius, vel mores ciuitatis commercio exuerunt: earum nulla venditio est.

Ad §. 1. Omnium.

RAT. DVB. Multa sunt, quæ nec natura, nec ius gentium, nec mores ciuitatis commercio exuerunt, aut si mauis, exemerunt, quæ tamen vendi nõ possunt: cuiusmodi sunt res litigiosæ *l. vlt. C. de litig.* *fundi dotales l. 1. & tot. titul. infr. de fund. dotal. & C. eod. l. vnic. §. & cùm lex Iulia C. de rei vxor. act. l. quædam* 62. *de acquer. dom.* prædia minorum, cæteræque eorum respectiosæ, nisi decreto interueniente *l. 2. 3. & tot. tit. C. de præd. minor.* Arma hostibus imperij *l. 2. C. quæ res export. non poss.* Frumentum exercitui missum *l. vlt. C. quæ res venir. poss.* & alia huiusmodi non nulla, quæ hîc congerit Gotthofredus. Ergo non est generaliter verum quod hîc Paulus scribit, omnium rerum, quas nec natura, nec ius gentium, nec mores ciuitatis commercio exemerunt, venditionem permissam esse.

DEC. Parum refert, an mores ciuitatis, an verò leges aliquid commercio eximant. Quid enim aliud sunt mores ciuitatis quàm leges non scriptæ? Quidni ergo legibus scriptis tantum tribuemus, quantum non scriptis? Cùm scriptæ leges habeant expressum populi, aut Principis consensum, mores verò, nonnisi tacitum? *l. de quibus* 32. *supr. de legib. l. 2. C. quæ sit long. consuet.* Excipienda igitur etiam sunt cætera omnia, quæ legibus vendi prohibentur: Nec enim potest venditio valere, cui lex occurrit, adeò vt neque fideiussor ex ea causa obligari possit *l. cùm lex* 46. *infr. de fideiuss.* Placent autem exempla, quæ hîc adfert Accursius, de re quam natura alienari prohibet in homine libero. Est enim liber homo extra commercium hominum, quandoquidem hominis gratia res omnes, & ipsa quoque commercia natura comparauit. Vnde est, quod neque in fructu esse dicitur *l. vetus fuit quæstio* 68. *supr. de vsufr. l. in pecudum* 28. *infr. de vsur.* neque mercis appellatione continetur *l. mercis* 207. *de verb. signifi.* De re autem quam ius gentium distrahi non patitur in rebus sacris & religiosis. Est enim hæc prohibitio ex eodem iure, ex quo & ipsa religio, quæ iuris gẽtium est *l. 2. supr. de iust. & iur.* De iis denique rebus quas mores ciuitatis commercio exemerunt in iis, quæ sunt publica & vsibus populi Romani destinata *l. sed Celsus 6. iunct. duabus præceden.* vbi diximus, & ad *l. qui tabernas* 32. *suprà.* Iunge §. *vltim. institut. hoc tit.*

2 ¶ Liberum hominem scientes emere non possumus. sed nec talis emptio, aut stipulatio admittenda est, *cùm seruus erit*: quamuis dixerimus, futuras res emi posse. nec enim fas est, eiusmodi casus expectare.

Ad §. 2. Liberum hominem.

De priore huius §. sententia, quæ negat hominẽ liberũ à sciente emi posse, iam scripsimus ad *l. 4. sup.* Vnde peti poterunt rationes dubitandi & decidẽdi ad hunc quoque locum. Sed ad posteriorem huius §. partem quæ habet, nec talem hominis liberi venditionem valere *Cùm seruus erit*, id est, cuius cõdicio collata sit in futurum tempus, quo hic homo qui venditionis tempore liber est, in seruitutem redactus erit. Ratio dubitãdi, vt Paulus in hoc ipso §. innuit ex eo petenda est, quod suprà diximus in *l. nec emptio* 7. *supr.* Etiam res futuras emi posse, puta partum, qui ex ancilla nascetur, aut fructus, qui ex fundo Corneliano percepti erunt, qui & deduci in stipulationem possunt *l. interdũ* 73. *infr. de verb. oblig.* Nam & dici solet quod verissimum est dispositionem quamlibet non tam ex eo tempore æstimandam esse quo fit, quàm ex eo in quod confertur *l. quod sponsæ* 14. *C. de donat. ant. nupt. l. Stichus* 39. *infrà de testam. manum.* Vnde etiam est, quod quamuis rẽ meam emere non possim, quia magis mea fieri non potest *l. suæ rei* 16. vbi diximus *supr.* possum tamen emere sub illa cõdicione, si mea esse desierit. Quomodo & eandem stipulari in illum casum possem *l. existimo* 61. *infr. hoc titul. l. nemo rem suam* 82. *de verb. oblig.* Sic & aliena res obligari vtiliter pignori potest sub illa condicione, si debitoris esse cœperit *l. si fundus* 16. §. *aliena res. inf. de pign.*

DEC. Condiciones, quæ sunt contra bonos mores pro impossibilibus habentur *l. conditiones* 14. *& seq. infr. de condic. instit.* Huiusmodi autem est condicio hæc, quia nefas est liberi hominis casum, aduersamque fortunam expectare, nec minus à naturali quàm à ciuili iure alienum, *l. inter stipulantem* 83. §. *sacram de verb. obligat.* vbi eleganter Paulus & subtiliter suo more totam rem hanc tractat diffusius. Potest tamen etiam libero iam homini libertas relinqui, non quidem vt magis liber fiat, sed vt ei prosit datio libertatis, si aut moriente testatore, aut existente condicione seruus inueniatur, quod & Accursius noster notat ex *l. generaliter* 24. §. *si homini libero. inf. de fideic. libert.* Multo magis dicendum est, si quis hominem liberum vel rem sacram & religiosam stipuletur, inutilem esse statim stipulationem: Nec ideo esse in pendenti quod homo liber seruus effici aut res sacra vel religiosa fieri profana

BIU Cujas

possit §. *idem iuris est instit. de inutil. stipulation.* quia de his tantùm rebus rectè contrahimus, quæ dominio nostro subiici statim possunt *d. §. sacram.*

3 ¶ Item si emptor, & venditor scit, furtiuum esse, quod vænit: à neutra parte obligatio contrahitur: si emptor solus scit, non obligabitur venditor.[a] nec tamen ex vendito quidquam consequitur: nisi vltrò, quod conuenerit, præstet. quod si venditor scit, emptor ignorauit: vtrinque obligatio contrahitur. & ita Pomponius quoque scribit.

Ad §. Item si emptor.

RAT. DVBIT. Etiam rei alienæ venditio valet, siue alteruter, siue vterque contrahentium rem alienam esse ignorauerit, aut sciuerit *l. rem alienam 28. iunct. l. si ita distrahatur 25. §. 1. supr. hoc titut.* Ergo etiam rei furtiuæ venditio valere debet, non tantùm si emptor ignorauerit, sed etsi sciuerit, itéque venditor furtiuam esse. Nec enim verendum est, vt eo minus permittatur domino, cui furtum factum est, rem suam vindicare *dict. l. rem alienam.* Neque verò circa res furtiuas quicquam aliud cõstitutum est, lege duodecim tabularum, quam vt earum æterna esset authoritas, id est, vt vsucapi nunquam possent, quominus à domino vindicari, & quocunque tempore possent §. *furtiuæ instituit. de vsucap.* Atqui separata est causa possessionis & vsucapionis *l. 2. §. separata infr. Pro emptor.* vbi scriptum est nihil prohibere, quominus pro emptore quis possideat, nec tamen vsucapiat. Porrò possidere pro emptore nemo potest ex causa venditionis, quæ ipso iure non valeat. Extra casum *d. l. 2. §. si à furioso.* Ergo cùm lex 12. tabul. inhibuit vsucapionem rei furtiuę, hoc ipso videtur eius venditionem permisisse potius quàm prohibuisse. Quid ergo est quod impedire possit venditionem rei furtiuæ? Nõ quidem vt transferatur dominium in emptorem, quod non fit etiam vendita re, quæ simpliciter aliena sit, sed vt empti & venditi obligationes contrahantur inter emptorem & venditorem, ex quibus etiam actiones empti & venditi proficiscantur.

DEC. Quisquis sciens emit rem furtiuam, non tantùm malæ fidei possessor est, vt & ille, qui sciens emit rem simpliciter alienam, sed etiam fit ipse fur per contrectationem eius rei quam scit furtiuam esse, nec proinde contrectari posse, nisi inuito domino. Non est igitur æquum, vt ex eiusmodi venditione sibi obliget venditorem, siue scientem, siue ignorantem ad vllas præstationes personales, ne ex sua improbitate consequatur actionem *l. itaque fullo 12. §. 1. infr. de furt.* Præsertim verò actionem bonæ fidei qualis est ex empto. Nam si non habet actionem furti, quæ stricti iuris est, ne quidem contra furem, cuius odio tam multa recepta sunt, etiam contra vulgares iuris regulas §. *sic itaque instit. de action.* Quanto minus danda ei erit ex empto actio, quæ bonæ fidei est contra venditorem? Quid? An improbus ille etiam est, qui sciens rem alienam emit? cui tamen nihilominus actionem ex empto non denegamus *d. l. rem alienam.* Fateor esse illum malæ fidei possessorem, sed nego esse improbum, vt ei contra venditorem suum denegari debeat actio, cùm neque fur sit, neque prædo, qui precium numerauit *l. nemo prædo est 126. de reg. iur.*

a *Nec tamen ex vendito quicquam consequitur.*

RAT. DVB. Cùm emptor solus scit rem, quæ venditur, furtiuam esse, solus ille obligatur venditori, non etiam venditor ipsi. Ergo non est ipsi deneganda actio ex vendito, per quam precium ab emptore consequatur, licet nihil ipse vicissim præstet emptori. Cur enim ei præstare quicquam cogatur quem obligatum habet, ac cui ipse non sit obligatus? Etsi enim dicimus contractum emptionis & venditionis esse vltrò, citroque obligatorium, & ideò illum, qui prior agit, priorem quoque ex parte sua contractum implere debere, *l. Iulianus 13. §. offerri infr. de action. empt.* Id tamen tunc habet locum, cùm ita valet contractus, vt obligatio vtrimque contrahatur, non etiam cùm ex vna parte tantùm contrahitur, vt cernere est in venditione, quæ fit à pupillo sine tutoris authoritate, ex qua dicimus obligari eum, qui cum pupillo contraxit, non autem pupillum ipsi *d. l. Iulianus §. si quis à pupillo.*

DEC. Contractus emptionis & venditionis, non tantùm vltrò citroque obligatorius est, sed etiam bonæ fidei, ex quo proinde nunquam agi potest, nisi ex bona fide *l. ex empto 11. §. vlt. l. bona fides 50. eod. tit.* Atqui non est ex bona fide, vt venditor consequatur precium ab emptore, cui nihil ipse vicissim præstet. Ita enim fieret, vt ex emptoris iactura impunè locupletaretur *d. §. vlt. & d. l. bona fides.* Ergo debet ipse prior vltrò offerre, ac præstare emptori quod conuenit, id est, non tantùm rem furtiuam tradere, sed etiam de euictione se obligare, cùm debeat sibi imputare, cur precium petat, quod sciat, aut scire debeat, non alia lege consequi se posse *d. §. offerri.* Nec simile est quod obiecimus de venditione à pupillo sine tutore facta. Frustrà enim cogeremus pupillum petentem precium ab emptore, vltrò ei rem venditam tradere, cùm ea traditione dominium transferre non possit, ac ne quidem animo possessionem amittere *l. possessionem 29. infr. de acquir. poss.* Tantum abest, vt de euictione obligare se possit, etiamsi maximè velit, quia contra iuris regulas cum eo contractum est *l. contra 28. supr. de pact. l. obligari 9. de author. tutor. l. si quis 26.* vbi diximus *supr. hoc tit.* Nulla autem iuris regula est, quæ rem furtiuam emi prohibeat. Imò lex duodecim tabularum permittit potius, cùm eam vsucapi verat: quandoquidem omnis vsucapio supponit, non modo vtramque possessionem naturalem & ciuilem, sed etiam titulum præcedentem. Quo deficiente nihil est, quod de vsucapione tractari possit. Ex quo intelligimus, prohibitionem illam legis duodecim tabularum, ne res furtiua vsucapi possit, restringendam esse ad eos casus, quibus rei furtiuæ venditio teneat: quod tunc contingit, cùm vel neuter contrahentium scit rem esse furtiuam, vel solus venditor scit, emptor autem ignorat, vel denique, etiam emptor quidem scit, sed venditor ignorat, nec eo minùs tamen vltrò rem furtiuam tra-

BIU Cujas

tradit emptori, vt precium ab eo consequatur. Hi enim tres casus hoc §. continentur. In quorum vltimo illud obseruatione dignum est, quod Accursius notat, emptorem consequi excipiendo id, quod agendo non consequeretur, vt in *l. si cùm filiofamilias 9. supr. de compensat.* Est enim semper facilius, vt quis retentionem habeat, quàm vt persecutionem *l. 1. infr. de pignor. l. si in area 33. supr. de cond. indeb.* Differt tamen casus hic vltimus à superioribus in eo, quod rei furtiuæ vsucapionem non admittit, non tam propter prohibitionem legis 12. tabularum, quàm propter malam fidem emptoris, quæ omnem semper vsucapionem excludit. Itaque ad hunc casum lex 12. tabul. non pertinet, sed ad duos tantùm superiores. Idem Accursius notat aliud esse, si quis domum, quam totam exustam ignorabat scienti emptori vendiderit. Potest enim hic venditor totũ precium conuentum, nec dum solutum petere: solutum verò retinere, etiamsi nihil ipse vltro emptori vicissim præstet *l. domum 57. §. simili quoque modo infr. hoc tit.* Nec immeritò, quia neque habet quod offerre, aut præstare emptori possit, aut cuius rei nomine se obligare, cùm tota domus combusta sit quæ post incendium ab ignorante fuerat vendita scienti emptori.

4 ¶ Rei suæ emptio tunc valet, cùm ab initio id agitur, vt possessionem emat, quam fortè venditor habuit: vt in iudicio possessionis potior esset.

Ad §. 4. Rei suæ.

RAT. DVB. Suæ rei emptio nullomodo valet, siue quis sciens, siue ignorans rem suam emerit *l. suæ rei 16. supr.* Ergo nec magis ratione possessionis quã proprietatis. Est enim cuiusque rei & proprietas & possessio, nec admitti debet, vt huiusmodi vẽditio pro parte teneat, & pro parte non teneat. Teneat quidem ratione possessionis, non teneat autem ratione proprietatis. DEC. Nihil commune habet proprietas cũ possessione, nec permisceri has causas oportet *l. naturaliter 12. §. nihil commune, & l. penu. de acquir. poss.* Nec quicquam frequentius est, quàm vt rem alienam quis possideat, sibiq; habeat, siue aliquo fultus titulo, siue nullo: quod cùm accidit, interest sanè domini habere etiam possessionem, non tantùm propter commoda possessionis, quæ semper multa & magna sunt §. *commodum inst. de interd.* sed etiam propter rixas, quæ quotidie propter possessionem solã emergunt, vix vnquã ob solam proprietatem. Neque verò quæ ratio impedit, ne rem meam possim emere, nempe, quia res quæ iam mea est, magis mea fieri non potest, vt diximus ad *d. l. suæ rei.* eadem impedit, ne quis rei suæ possessionem emat, vt eam habeat quam nondũ habet. Sed hoc ita si neque habeat eam, neque habere & recuperare possit per aliquam in rem actionẽ, vt vindicationem, aut hypothecariã, vel per aliquod interdictum. Alioqui cùm actionem habeat ad possessionem consequendam (nam & interdicta generali actionum nomine continentur *l. actionis 37. infr. de oblig. & act.*) ferè est, vt ipsam quoque possessionem habere iam videatur *l. qui actionem 15. de regul. iur. l. si quis vi 17. infr. de acquir. poss.* vbi ait Vlpianus, si quis vi de possessione deiectus sit, perinde habere eum debere, ac si possideret, cùm interdicto De vi recuperandæ possessionis facultatẽ habeat. Ne similiter dici possit, posse dominum rem suam emere, ab iniusto quoque possessore quod ferendum non est. Duo igitur necessaria sunt, vt quis rei suæ possessionem emere iure possit. Primum illud, vt ab initio id agatur, vt possessionem solam emat dominus, quam fortè venditor habuerit, non etiam proprietatem, aut rem ipsam, quę nihil nisi proprietatẽ significat. Vnde dicimus aliud esse preciũ rei aliud possessionis *l. 3. §. vlt. infr. vti possid.* Alterum verò, vt venditor in iudicio possessorio potior futurus fuerit, id est, in causa interdicti. Non enim semper vincit dominus in interdicto, in quo scilicet regulariter de possessione tãtùm agitur, nõ de proprietate, si excipias quædam interdicta, quæ proprietatis, nõ possessionis causam habere dicũtur *l. 2. §. quædam inf. de interdict.* Debet igitur is, qui possessionem vendit, præstare se potiorem in possessione sicut is, qui vendit iure creditoris, inquit Bartolus, debet se præstare potiorem creditorem *l. 1. & 2. C. credit. euict. pignor. non debet.* An ergo non licebit domino rei suæ possessionem emere ab iniusto possessore, qui si directa rei vindicatione, aut Publiciana, aut denique quasi Seruiana conueniretur, succumberet? Et non puto, ne aliter posito iure inuitetur malus & sceleratus quisque ad alienam possessionem inuadendam, vt possit eandem postea domino vendere *arg. l. nec quasi 70. sup. de rei vind.* Nec sanè fuit permittendum domino, vt possessionem emere possit ab eo quem in proprietatis iudicio possit superare *arg. d. l. si quis vi.* Ideoque adiecit hîc Paulus, *& in iudicio possessionis potior esset*, quia in iudicio proprietatis fieri nequit, vt dominum quis vincat, nisi aliqua exceptio, aut doli, aut alia bonæ fidei possessorem tueatur, vt in *l. emptor 65. in princip. l. si à Titio 72. supr. eod. ill. tit.* Quod cùm accidit, nec dubito, quin rei suæ possessionem à iusto possessore emere possit. Exemplo & argumento eius quod scriptum est in hoc §. Vbi quod Accursius noster dictionem *potior*, ad emptorem refert, nescio, qua ratione motus id faciat, cùm referre potius debuerit ad venditorem, de quo in verbis proximiùs præcedentibus, præter id quod manifesta iuris ratio hoc omnino euincit. Iunge *dicta l. si quis vi 17. & l. si aliquam 28. infrà de acquirend. possessione.*

5 ¶ Alia causa est degustandi, alia metiendi. gustus enim ad hoc proficit, vt improbare liceat. mensura verò non eo proficit, vt aut plus, aut minus væneat, sed vt appareat, quantum ematur.

Ad §. 5. Alia causa est.

RAT. DVBIT. Emptio perficitur nudo consensu statim atque de precio conuenit *l. 1. §. vltimo l. 2. §. 1. & pass. hoc titulo.* Atqui perfectam emptionem nõ potest emptor improbare, & ab ea

BIU Cujas

inuito venditore discedere *l.1.& 2.Cod. quand.lic.ab empt.disced.* Ergo, siue de vino quod venditum est degustãdo agatur, siue de metiendo, dicendum est parem vtriusque causam esse, vt solo consensu & conuentione precij perfecta emptio resolui nunquam possit. Imputet enim sibi emptor, qui tam stultus fuit, vt vino quod emebat precium dixerit ante degustationem. Dec. In omnibus conuentionibus & in emptionibus quoq; generale est, vt nihil actum videatur, quandiu agendum aliquid supereſt *l.contractus 17.C.de fid.instrum.l.pen. C.de his, quæ vt indign.* Conuentiones enim dant legem contractibus *l.1.§.si conuenit supr.depos.* Ergo si conuenerit, vt vinum degustetur, quomodo in hac specie conuenisse ponendum est, (difficile namque est, quemquam sic emere vinum, vti ne prius degustet *l.4.§.1.infr.de peric.& commod.rei vendi.*) tum demum videbitur plenissimè venditum cùm fuerit degustatum *l.1.eod.* vbi additur in id vsque tempus periculum, siue acoris, siue mucoris, siue aliud quodliber ad venditorem pertinere, quod alioqui iam inde ab initio pertineret, quasi iam perfecta omnino venditione, si nihil de degustando dictum esset *d. l.4.§.1.* vbi de illius loci sententia & emendatione latius scribemus. Liberum igitur est emptori, qui vina degustanda emit, improbare illa, quæ ad eius gustum non faciant, quia necdum perfecta venditio esse intelligitur. Gustus itaque ad hoc proficit, vt sciatur quænam vina emantur. Cùm verò conuenit de vinis mensurandis, quæ vendita sunt, non suspenditur huiusmodi conuentione venditio, vt emptori liceat venditionem, aut in totum, aut pro parte improbare, vt plus, minúsve veneat, id est, aut maior aut minor vini quantitas, non autem quomodo Accursius noster interpretatur, maiori, minorive precio, sed proficit mensura, vt appareat quantum ematur, id est, quanta sit quantitas vini, quod venditum fuit. Ponendũ enim est fuisse venditum vinum, non auersione, id est, in vniuerso, in aggere, & vno precio, vt in *l.qui officij 62.§.vlt.infrà hoc tit.d.l.4.§.1.& vl.de peric.& commod.rei vendit.* sed constituto in singulas amphoras, & mensuras precio, vt in *l.prox.§. in his infr.* qui locus cum hoc §. coniungendus est.

6 ¶ Si emptio ita facta fuerit, *Est mihi emptus Stichus aut Pamphilus*: in potestate est venditoris, quem velit dare, sicut in stipulationibus. [a] sed vno mortuo, qui supereſt, dandus est. & ideò prioris periculum ad venditorem, posterioris ad emptorem respicit. [b] sed & si pariter decesserint, precium debebitur. vnus enim vtrique periculo emptoris vixit. [c] Idem dicendum est, etiam si emptoris fuit arbitrium, quem vellet habere, si modo hoc solum arbitrio eius commissum sit, vt quem voluisset, emptor haberet, non & illud, an emptum haberet.

Ad §.6.Si emptio.

Rat.dvb.& dec. ad initium huius legis eadem est, quæ ad *l.si ita distrahatur 25.sup.* Vtrobique enim eadem sententia proponitur. In alternatiuis emptionibus electionem esse venditoris, nõ tam quasi venditoris quàm quasi debitoris. Est enim generale, vt in alternatiuis electio sit debitoris *l.2.§.Scæuola supr.de eo quod cert.loc.l.plerumque* 10.§.*vlt.infr.de iur.dot.cap.in alternatiuis de reg.iur.in 6.* Nec minus in stipulationibus quã in bonæ fidei contractibus, vt scriptũ est in hoc §. & in *l.Stichũ aut Pamphilum 95. in princ.infr.de solut.* Ergo siue emptio ita facta sit, vt emptor dixerit, *Est mihi emptus Stichus aut Pamphilus*, siue venditor ea verba protulerit, *Est tibi venditus Stichus aut Pamphilus*, vt in *dicta l.si ita distrahatur sup.* electio venditoris erit, quia vtroq; casu debitor est. Adeò vt possit etiam venditor, electo vno mutare volũtatem, quia & in stipulatione idem contingeret *l.eum qui certarum 138.§.1.inf. de verb.oblig.* vbi ratio redditur, quia diuersa causa est voluntatis expressæ, & eius quæ tacitè inest.

a *Sed vno mortuo, qui supereſt dãdus est.* Rat.dvb. In alternatiuis cõtractibus vtraq; res in obligatione est, licèt alterutra tantùm sit in solutione *l.si duo 128.in fin.de verb.oblig.* Atqui perfecta emptione periculum rei venditæ pertinet ad emptorẽ *l.necessariò 8.& pass.inf.de peric.& commod.rei vend.l.1.& vlt.& pass.C.eod.* Ergo Sticho mortuo nõ potest obligatus manere venditor, vt Pamphilũ præstet, non magis quàm si Stichũ tradidisset. Nihil enim refert quantum ad exonerandum venditorem pertinet, vtrum res vendita tradita sit emptori, an emptoris periculo perierit. Habetur siquidẽ pro tradita ea res, cuius traditionem vrgere amplius emptor nõ potest.

Dec. In alternatiuis quidẽ electio est venditoris, vt & alterius debitoris cuiuslibet vtram rem ex duabus venditis præstare malit, quandiu scilicet durat electio. Alterutrã enim præstare omnimodo tenetur. Atqui cùm venditus fuit Stichus aut Pamphilus & Stichus decessit, nulla supereſt electio, quandoquidem nec præstari Stichus potest, qui iã mortuus est. Pamphilus igitur omnimodo præstãdus est, qui solus in obligatione remanet in qua alternatiuè ab initio fuit *d.l.si duo d.l.Stichum aut Pamphilũ 95.infr.de solut.* Nec potest venditor conqueri ereptam sibi hoc modo electionẽ quam per venditionem sibi quæsierat, ne Pamphilum præcisè tradere cogeretur *arg.l.vero procuratori 12.§.pen.eod.* Fatum enim est humanæ sortis quod ei ademit electionem non factum emptoris: nec possis dicere Stichum haberi pro tradito, qui neq; traditus est, neq; tradi amplius potest, cùm supersit Pamphil⁹, qui & venditus est nõ minus quàm Stichus, & tradi adhuc potest. Consequens igitur est, vt Stichus, qui prior decessit periculo venditoris decesserit tãquã domini, non autem emptoris, qui negare verè potest periisse rem venditam, quandiu supereſt Pãphilus. Planè si Pamphilus quoque nulla venditoris mora aut culpa præcedente perierit, liberatus omnimodo erit venditor. Alterum enim ex duobus seruis alternatiuè venditis periculo vẽditoris, alterum periculo emptoris vixisse necesse est, quia licèt vterque in causa venditionis sit, alteruter tamen omnino præstandus est. Quis verò? nisi ille, qui solus præstari potest, altero iã mortuo? In legatis idem ferè iuris est. Nam si Stichus legatus sit, aut Pamphilus & alter decesserit, alter omnimodo præstãdus est *l.cùm res 47.§.sed si Stichus vers.qua ratio-*

ratione de legat. 1. vbi quod additur, *fortaſsis, vel mortui precium*, proculdubio irreptitium eſt, vt alibi docuimus, & quanuis verum eſſe poſſet in legato, quod nos negamus, in venditionem tamen alternatiuam Stichi aut Pamphili cadere nō poſſet, quia nec alternatiuè potuiſſet vendi Pamphilus, aut precium Stichi, nec enim preciū rei vllius in venditione eſſe poteſt, aut mercis officio fungi *l. 1. ſupr. hoc titul. l. 1. infr. de rer. permut.* Pecunia enim æſtimat res omnes præterquam ſeipſam *l. ſi ita fideiuſſorem 42. infrà de fideiuſſ.* Iunge *l. ſtatuliberum* 11. §. 1. *de legat. 2.* vt intelligas quid diuerſum ſit in legatis, de quibus hîc non loquimur.

b *Sed etſi pariter deceſſerint, precium debebitur.* RAT. DVB. Cùm Stichus & Pamphilus pariter ambo deceſſerunt, non poteſt dici quis prior, aut quis poſterior deceſſerit *l. qui duos 9. l. quod de pariter 16. & ſeqq. infr. de reb. dub.* Atqui is tantùm qui poſterior mortuus eſt, periculo emptoris vixit, vt proximè ſcriptum eſt in hoc §. Ergo venditori petenti preciū, & agenti non aliter cōdemnandus emptor eſt, quàm ſi probet venditor, quis vltimus deceſſerit, vt & in ſpecie, quamuis diſſimili *l. ſi eius 34. infr. ad SC. Trebell.* Semper enim probandi onus incumbit actori, & ei qui dicit, non qui negat *l. 2. infr. de probat. l. actor 23. C. eod.* DEC. Qui pariter mortui ſunt, intelliguntur, & ambo primi ſimul deceſſiſſe, & ambo vltimi *d. l. qui duos*, & cùm ſingulis vnum idēque precium conſtitutum ſit, parum intereſt, ſiue venditoris, ſiue emptoris, vter ſeruorum alternatiuè venditorum prior deceſſerit, an poſterior cùm certum ſit ambos periiſſe, & alterutrum omnimodo, & in omnem euentum periculo emptoris vixiſſe. Ergo nō poteſt emptor recuſare, quominus precium ſoluat venditori, non magis quàm ſi ambo ordine deceſſiſſent. Eſtq; longè alia ſpecies, de qua in *d. l. ſi eius*, vbi agitur de reſtitutione fideicommiſſi vniuerſalis, per quam non aliter poſſunt tranſire actiones ex Trebelliano, quàm ſi reſtituatur hereditas eo modo, quo teſtator voluit *l. 1. l. ſed etſi 9. §. vlt. & l. ſequen. eod. l. ſi mulier 59. §. ex aſſe infr. de iur. dot.* Non autem reſtituitur hereditas eo modo, quo teſtator voluit, eo qui nouiſſimus ex filiis deceſſerit, rogato vt partem ſuam alij reſtituat, niſi fideicommiſſarius, qui ad partem hereditatis ex fideicommiſſo admitti vult, probet quis filiorum nouiſſimus deceſſerit.

c *Idem dicendum eſt, etiamſi emptoris fuit arbitrium.* RAT. DVB. Tollitur emptori electio, cùm is vtroque ſeruo mortuo alterutrius precium conuentum prēſtare omnimodo cogitur. Ergo nec precium cogitur ſoluere. Eſt enim precium electionis quoque non tantùm rei venditæ. DEC. Tandiu durat electio, quandiu durant termini electionis, id eſt, quādiu duo ſunt, ex quibus alterum eligi poſſit. Non eſt enim electio, niſi inter diuerſa, & quidem quæ aliquam inuicem habeant proportionem *l. 1. inf. de reb. dub.* Ergo cùm vēditus eſt Stichus, aut Pamphilus, ſiue alteruter, ſiue vterque deceſſerit, dicendū eſt amitti electionē, ſed amiſſa electione non ideò extincta videri poteſt obligatio, quæ cōtracta fuerat alterutrius præſtandi, quæ etiam ſine electione ſubſiſtere ab initio potuit. Ideoque altero duntaxat mortuo dicimus alterū qui ſupereſt, omnimodo deberi & præſtandum eſſe, vtroque verò mortuo precium deberi ab emptore, cuius periculo alterutrum viuere neceſſe fuit *d. l. Stichum aut Pamphilum 95. infr. de ſolut.* Nihil ergo refert, an venditoris fuerit electio, an emptoris, id eſt, an debitoris, an creditoris: niſi cùm electio facta eſt viuo adhuc vtroque. Quo caſu ſi electus poſtea deceſſerit prior, eius precium præcisè debebitur, nec ſuperſtes, aut peti, aut præſtari poterit, ſi modo in eo, qui electus fuerat, præſtando mora facta fuerit *d. l. Stichum aut Pamphilū in princ.* Benè autē addit hîc Paulus, ſi modo hoc ſolùm arbitrio emptoris commiſſum ſit, vt quem voluiſſet emptum haberet, non etiam illud, an emptum haberet. Quia, vt ait Accurſius, venditio hoc poſteriore caſu facta non valeret *l. in vendentis 13. C. hoc tit.* In debitoris enim arbitrio eſſe poteſt quid debeat, ſed non, an debeat *d. l. 2. §. Scæuola de eo quod cert. loc.*

7 ¶ Tutor rem pupilli emere non poteſt, idémque porrigendum eſt ad ſimilia, id eſt, ad curatores, procuratores, & qui negotia aliena gerunt.

Ad §. vlt. tutor.

RAT. DVB. Non debet tutori officium ſuum eſſe damnoſum *l. cùm quædam 26. C. de admin. tutor.* vt nec alij cuilibet *l. videlicet 29 ſupr. ex quib. cauſ. maior. l. ſed ſi quis 7. infr. teſtam. quemadm. aper. l. ſi ſeruus 6. §. quod verò infr. de furt.* At qui erit damnoſum, ſi prohibeatur tutor emere à pupillo quod emere poſſet alius quilibet. Quidni enim pupilli intereſt, an tutor emat, an alius, dummodo deterior pupilli condicio ex eo fiat? Aut cur non licere debeat tutori, vt emat, non quidem tanquam tutor, ſed tanquam quilibet alius? *arg. l. ſi paterfamilias 15. §. 1. ſupr. de adopt.* An non enim diſtinctæ ſunt perſonæ tutoris & pupilli, vt proinde cùm tutor emit à pupillo, nō poſſit videri emere à ſeipſo? Deinde quid ſi is tutor emat, cui nō ſit decreta bonorum pupillariū adminiſtratio? Cur non valeat emptio, tanquam ſi ab extraneo facta eſſet? *l. tutores quibus 6. infr. de admin. tutor.* Aut quid ſi tutor hic, qui à pupillo emere vult, habeat contutores? Quidni ex eorum ſaltem authoritate permittatur pupillo, vt alij tutori vendat? *l. pupillus 5. in prin. & §. item ipſe, verſic. ſed enim eod.* Quid denique ſi palā & bona fide emat? *d. l. pupillus §. ſanè ſi ipſe, & l. cùm ipſe 5. C. hoc tit.* vbi ſcribunt Impp. Tutorem nihil ex bonis pupilli, qua diſtrahi poſſunt, comparare palā & bona fide prohiberi. DEC. Pupillus ſi quid vendat ex bonis ſuis, ſine tutoris authoritate, etiam ex iis, quæ diſtrahi poſſunt, nullomodo obligatur *d. l. pupillus §. 1. l. qui à quolibet 27. ſupr. hoc tit.* Multò minus igitur vendere poteſt ipſi tutori, quippe qui autor pupillo fieri in rem ſuam non poteſt, nō magis, quàm venditoris ſimul & emptoris officio fungi *d. l. pupillus in princ. & d. §. item ipſe.* Planè ſi interueniat contutoris authoritas, vel decretum iudicis permittentis diſtrahi rem pupillarem ex cauſa, puta ſoluendi æris alieni gratia, vt in *l. 1. l. magis puto 5. §. non paſſim infrà de rebus eorum qui ſub tutel.* dubitandum non eſt, quin valeat emptio etiam à tutore facta, ſi modò palàm & bona fide facta ſit *dicta l. pupillus l. non exiſtimo 54. in fin. de admin. tutor.* Itaq; ſecundùm hanc interpretationem quā video & Accurſio, & aliis vulgo placere, ponitur regula in hoc §. Exceptiones autem in aliis legibus.

BIU Cujas

Sed vereor ne longè alia sit & elegantior Pauli in hoc loco sententia. Est enim illud nimis tritum, nō posse tutori vendere pupillum, qui nec alij sine tutoris authoritate potest vendere. Itemque illud, nō posse tutorem fieri in rem suam authorem pupillo. Sed me illud magis mouet, quod eandem interpretationem recipere non possunt, quæ apud Paulum statim sequuntur, eandem sententiam porrigendam esse ad similia, id est, ad curatores, procuratores, & eos qui aliena negotia gerunt. Quis enim vnquam negauit posse procuratorem, aut negotiorum gestorem emere rem domini à domino? Aut cuius alterius authoritatem in eam rem requiremus, vt contractus valeat? An verò etiam decretum iudicis exigemus, vt palàm saltem & bona fide possint isti emere quod primato contractu non possent? Alioqui erunt hi omnes deterioris conditionis, quàm tutor cui saltem his casibus permittitur emere rem pupillarem. Denique mouet me, quod non prohibet Paulus, ne tutor emat à pupillo, sed ne emat rem pupillarem. Quod ego sic intelligo, vt non possit ab alio quàm à pupillo rem pupilli comparare, nec curator rem minoris, nec procurator, aut negotiorum gestor rem domini ab alio quàm à minore, aut à domino. Quanuis enim etiam rē alienā emere quis possit à nō domino, siue sciens, siue ignorans, ita vt venditio teneat, siue bona, siue mala fide facta sit, quæ germana ad hūc §. dubitandi ratio est: Æquum tamen visum fuit, non licere cuiquam ex officio quod gerit, quicquam emere, vel per se, vel per aliam personam, alioquin non tantùm rem eum amittere, sed etiam in quadruplum conueniri debere ex constitutione Seueri, & Antonini, de qua in *l. non licet 46. infr.* vbi addit Marcianus, hoc ius ad procuratorem, quoque Cæsaris pertinere, nisi, inquit, specialiter hoc quibusdam concessum est. Quò etiam spectat quod Modestinus respōdit in *l. qui officij 62. in princ. infr. eod.* Eum qui officij causa in prouincia agit, vel militat, prædia comparare in eadem prouincia nō posse, præterquam si paterna eius à fisco distrahātur. Quæ exceptio satis ostendit quàm generalis sit regula cui exceptio illa subiicitur: Neque dubitandum, si nostris interpretibus credimus, quin ea cōstitutione sicut procurator ipsius Cæsaris, ita etiam procuratores cæteri & curatores & negotiorū gestores contineantur ac multò magis tutores, quorū officium nō priuatum, sed publicum esse creditur: Ne quis sub administratione tutelæ, alterius ve officij commoda sua latenter iuuet, vt Tryphoninus eleganter scribit in *d. l. non existimo 54. in fin. de admin. tutor.* Excipiendus tamen casus est, si creditor pignoratitius pupilli rem pupillarem sibi pignoratam distrahat iure creditoris. Potest enim hoc casu tutor eam emere, dummodo palàm & bona fide *d. l. pupillus 5. §. pen. de author. tutor.* Denique priuatæ tantum venditiones rei pupillaris, non etiam publicæ, quæ ab aliis quàm ab ipso pupillo, eiusve tutoribus fiant, videntur tutori inerdictæ. Publicam enim venditionem esse oportet, per quam pignus à creditore iure creditoris, & ex conuentione, ac lege pignoris distrahatur *l. si eo tempore 6. l. si hypothecas 8. C. de distract. pignor. l. 2. & pass. C. si vendit. pignor. agat.* Quanuis, vt liberè dicam quod sentio, constitutio illa Seueri & Antonini, præsertim qua parte pœnalis est, & quadrupli pœnam irrogat, non tam ad tutores, curatores, procuratores, & negotiorum gestores quàm ad Magistratus omnes & vrbanos, & prouinciales pertinere videatur, vt colligi potest ex Leonis *Nouella 84.* quæ in vrbanis magistratibus eam abrogauit. Iunge quæ circa illam Seueri & Antonini constitutionē scripsit Iacob. Cuiacius *lib. 16. Obseruat. cap. 13.* Quod verò Bartolus ad hunc §. notat, executores nō posse emere de rebus, quas vendere ex officio debent, exemplo eius quod hīc scriptū est de tutoribus, curatoribus, & negotiorū gestoribus, non est improbabile, cùm his simillimi sint executores. Sed addenda eadem exceptio est, nisi palàm & bona fide emptio fiat, id est, publicè nō priuatim & subdolè, ac callidè, vt loquitur Vlp. in *d. l. pupillus §. sanè de author. tutor.* Planè quod Accursius obiicit ex *l. tutor rerum 56. in fin. de admin. tut.* ad rem omnino non pertinet. Nec enim ibi agitur de bonis pupillaribus venditis tutori, sed de venditis rite à tutore extraneis emptoribus, quibus preciū non soluentibus ea bona tutor sibi retinuerat, & preciū pupilli rationibus intulerat, quo casu nec dubitari poterat, quin valuisset ipso iure venditio, nec quicquā interesse videbatur pupilli, an à tutore ipso, an ab emptoribus preciū accepisset, vt proinde animalia ex venditis nata vindicare nullo iure posset, quæ nunquam ipsius fuerant, & quæ ad tutorē, eiusq; heredem iure dominij pertinebant, quasi substituto tutore in locū emptorum, idq; ex pupilli voluntate, cùm pupillus ab eo preciū venditionis accepisset. Quod si ab emptoribus solutum fuisset, nemo dubitaret quin aduersus eos vindicatio denegari pupillo deberet, adeò vt nec vlla exceptione doli indigerent ad summouendam vindicationē. Quanuis eam exceptionē heredi tutoris necessariò esse putet Accursius, vt cogatur pupillus si vindicare volet, totū preciū suis rationibus illatum reddere. Ex *l. si prædium 16. C. de præd. minor.* vbi de exceptione doli tractatur, de qua & in *l. vtere 14. eod.* & in *l. si fundus 13. §. quamquā infr. de reb. eor. qui sub tutel. sunt.* Sed ad aliā speciem loci illi omnes pertinent, in qua scilicet vindicatio ipso iure competit pupillo contra quam non aliud superfit possessori auxiliū quàm in opponenda doli mali exceptione. Nec subtilius est quod Accursius cōminiscitur in *d. l. tutor.* fuisse vsucapta animalia, quæ pupillus vindicabat, cùm res pupilli vsucapi non possit *l. si communem 10. supr. quemadm. seruit. amitt. l. bonæ fidei 48. infr. de acqu. rer. domin.* Nec rursus quod addit fuisse animalia illa acquisita heredi tutoris tanquam bonæ fidei possessori. Possessor enim bonæ fidei, facit quidem fructus suos, at non absolutè, sed interim duntaxat *d. l. bonæ fidei*, id est, quousque tantùm, vel vindicentur à domino, vel bonæ fidei possessor eos vsuceperit, vt sæpius docuimus.

35. GAIVS libro 10. ad Edictum Prouinciale.

QVod sæpè arrhæ nomine pro emptione datur, non eo pertinet, quasi sine arrha conuentio nihil proficiat, sed vt euidentius probari possit, conuenisse de precio.

Ad l. Quod sæpè 35.

RAT. DVB. Contractus omnes ex conuentione legem accipiunt *l. 1. §. si conuenit suprà depositi. l. contractus 23. de regulis iur.* Præsertim verò contractus illi, qui bonæ fidei sunt. Quid enim tā bonæ fidei

fidei & naturali æquitati conueniens, quàm pacta seruari *l.1.l.iure gentium 7.§.quinimò & §.adeò supr.de pact.* Atqui potest conuenire inter emptorem & venditorem, vt arrha detur pro venditione facienda aut perficiēda, vt Iustinianus disertè scribit in *l. contractus 17.ad fin.C.de fid.instrum.& inst. hoc tit.* Ergo quod arrhæ nomine datur, non semper argumentum est venditionis iam perfectæ, sed interdū perficiendæ, vt proinde interim pœnitentiæ locus sit,& à contractu resilire liceat *d.l.contractus in fin.*

Dec. Separandum est hac in re ius nouum à vetere. Nam ex ratione iuris veteris ita obtinebat, vt arrha non tam ad emptionem perficiendam daretur quàm in argumentum perfectæ iam emptionis,quomodo hîc scriptū est. Cùm enim consensu perficiatur venditio,statim atque de precio conuenit,quamuis neq; res tradita, neque arrha vlla data sit,vt Iustinianus scribit *d.tit. de empt. & vendit. in princ.* Apparet dationem arrharū ad nihil aliud proficere posse, nisi vt appareat de precio iam conuenisse,atque ita nihil venditioni deesse. Aliud enim est probari perfectam esse venditionem. Aliud verò perfici: nec enim semper ea probatio facilis est, nec paruum commodum est paratæ probationis, quæ alioquin sicut necessaria semper, ita difficilis plerunque est in iis,quæ sunt facti: cuiusmodi sunt venditiones & contractus omnes *l. consilio 7. §. vlt. de curat.furios.iunct.§. commodum inst. de interdict.* Sic dicimus per epistolam non posse contrahi depositū,sed posse tamen contractum probari *l.Publia 26. §.1.supr.depositi.* Inde est quod arrharū datio non facit quominus in contractu venditionis omnia sint integra: non quidē, vt inuito altero ex cōtrahentibus possit alter à cōtractu discedere, nec si arrham perdere velit,quæ vt plurimū nullius precij est, aut arrhæ duplū reddere, quomodo plerique putant, sed vt mutuo, nudoq; consensu possint ambo cōtrahentes ab emptione discedere: quod facere nō possent,si ex alterutra parte traditio facta esset, aut rei,aut partis precij *l.2. C.quand. liceat ab empt. disced.* Arrha enim quantacūque sit,nullam precij partem facit,ne quidē minimam, nisi id expressè dictū sit, quo casu aliud iuris est *d.l.2.* Hæc ita sine scriptis facta venditio erat. Nam si in scriptis, non erat perfectus cōtractus ante confectā scripturam siue arrha data esset aliqua, siue nulla *l.2.§.1.* vbi diximus *sup.* Ideoq; poterat alteruter contrahantiū impunè ab emptione discedere inuito altero. Hoc verò Iustinianus emendauit in *d.l. contractus.* Hoc addito ad ius vetus, & constituto, vt emptor arrhas perdat & venditor duplū arrharum restituat. Sed, quia nō caret difficultatibus ea constitutio, maleq; à nostris interpretibus accepta est, videnda omnino sunt, quæ ad eius sentētiam scripsimus, & de arrhali pacto,de quo in *l.3. C.de act.empt.* itemque de contractu dationis arrharū, de quo in *d.l.contractus Decade 96.de error.pragmat. & interpr.iur.in Error.4.5.6.7.& 8.* ne nostra hæc longiùs abeant Rationalia.

1 ¶ Illud constat, imperfectum esse negotium, cùm emere volenti sic vēditor dicit, *Quanti velis, quanti æquum putaueris, quanti æstimaueris, habebis emptū.*

Ad §.1.Illud constat.

Rat. dvb. Non est imperfectum negotium, si venditor ita dixerit, *Si Stichus intra certū diem tibi placuerit, erit tibi emptus tot aureis.* Valet enim huiusmodi venditio tanquam perfecta, quāuis sit condicionalis, cùm non minùs sub condicione quā purè contrahi emptio possit *§.pen.inst.hoc tit.* Et quamuis dici soleat venditiones cōdicionales, tunc perfici cùm impleta fuerit condicio *l.hæc venditio 7 supr.* id tamē nō eò pertinet, vt interim à vēditione tanquā nōdū perfecta resilire liceat (est enim ius inde iam ab initio quæsitum ex contractu condicionali, vt quādocunque implebitur cōdicio contractui stari oporteat *l.qui balneum 9.infr.qui potior. in pign. hab. l.pecuniam 36.supr.de reb.credit.*) Sed vt ante impletam conditionem, neque peti, neque deberi ex eo contractu quicquam possit *l.cedere diem 213.de verb.sign. §.ex condicionali inst.de verb.oblig.l.is cui 42. de oblig.& action.* Ergo & cùm emere volenti, sic venditor dicit *quanti velis, quanti æquum putaueris, quanti æstimaueris, habebis emptum*, dicendum est perfectam esse emptionem, sed sub conditione, vt in *d.§.pen.instit. hoc tit.* Dec. Sicuti in arbitrium alterutrius contrahentium conferri venditio non potest *l. in vendentis 13.C.hoc tit.* Ita neque precij conuentio, quia emptionis substantia cōsistit ex precio *l.2.§.1.sup.l.pacta conuenta 72.infr.hoc tit.l. si voluntate 8.C.de rescind. vendit.* Aliud est in cæteris, quæ ad contractus substantiam non pertinent, vt in casibus de quibus in *d.§.pen.* & in *d.l.hæc venditio.* Et ita benè hîc post Accursium Bartolus. Iunge quæ scripsimus ad *d.l.hæc venditio.*

2 ¶ Veneni mali quidam putant non contrahi emptionem, quia nec societas, aut mandatum flagitiosæ rei vllas vires habet. quæ sententia potest sanè vera videri de his, quę nullo modo, adiectione alterius materię, vsui nobis esse possunt. de his verò, quæ mixta aliis materiis adeò nocendi naturam deponūt, vt ex his antidoti, & alia quædam salubria medicamenta conficiantur, aliud dici potest.

Ad §.2.Veneni mali.

Rat. dvb. Rei turpis & flagitiosæ, sicuti societas nulla est *l.nec prætermittendum 57.supr.tit.prox.* neque mandatum *l.si remunerandi 6. §. rei turpis supr. mandat.* ita neque venditio & emptio admittenda est, cùm sit hoc contra bonam fidem, quæ in omnibus bonæ fidei contractibus, ac proinde etiam in venditionibus dominatur. Atqui tametsi veneni appellatio ambigua & generalis sit, vt etiam medicamenta contineat, quæ nihil aliud quàm venena bona sunt, cùm tamen venena mala dicimus, ea significamus, quæ nocere tantùm possunt non prodesse *l. qui venenum 236. de verb.signific.* Ergo benè sentiunt, qui veneni mali emptionem contrahi posse negant.

Dec. Etiam venena mala duplicis generis sunt. Quædam enim adeò mala sunt, vt nullomodo vsui

BIU Cujas

nobis esse possint, ne quidē per adiectionē alterius materiæ. Alia verò, etsi per se quidē mala quoque sunt, nec nisi nocere possunt, mixta tamen aliis materiis adeò nocendi naturam deponunt, vt ex iis etiam antidota, & alia medicamenta salubria conficiuntur. Quæ prioris sunt generis, omnino ab hominum commercio fuganda sunt, & puniendi illi, qui iis vtuntur. Quæ verò posterioris generis sunt, ad vtilitatem quoque publicam, artemque medicam pertinent. De quibus proinde, siue vendendo, siue alio commercij genere contrahere impunè licet. Apud nos tamen solis Φαρμακοπολαῖς, huiusmodi venenorum venditio, vetere Sabaudiæ statuto permissa est, idque nonnisi certis legibus, vt ante omnia inquirant de condicione emptoris, & in quos vsus emantur, ne quid eo prætextu improbè fiat ei contra publicam vtilitatem. Iunge *l.* 4. §. 1. & quæ ibi scripsimus *supr. Famil. erciſc.*

3 ¶ Si quis amico peregrè eunti mandauerit, vt fugitiuum suum quærat. &, si inuenerit, vendat, nec ipse contra Senatusconsultum commisit, quia non vendidit, neque amicus eius, quia præsentem vendit. emptor quoque, qui præsentem emit, rectè negotium gerere intelligitur.

Ad §. 3. Si quis amico.

RAT. DVB. In fuga constitutum seruum, neque vendere, neque donare licet, quin fiat contra legē Fauiam de plagiariis & Senatusconsultum, non Libonianum, vt malè interpretatur Accursius, quod ad eam legem factum est, *l. 2. in princ. & §. pen. & vlt. infr. ad leg. Fau. de plagiar. l. in fuga 6. C. eod.* Quid autem refert, an vendat ipse per se, an per alium? An non facilè fraus fieret legi, & Senatusconsulto, si domino liceret per alium facere quod per se nō posset? *l. si quis 7. §. vl. sup. de iurisd. l. scire oportet 21. §. 1. infr. de tutor. & curat. dat.* Senatusconsulto enim domini quoque continētur qui fugam seruorum suorum vendiderunt *d. l. 2. §. vlt.* Ergo etiamsi quis amico peregrè eunti mandauerit, vt seruum fugitiuum quærat, & inuentum vendat, dicendum est contra legem, & Senatusconsultum factum esse, & ab eo, qui mandauit vendendum, quia ipse vendidisse intelligitur, & à mandatario, quia contra legis prohibitionem mandatum suscepit, & ex mandato illo vicioso vendidit. Denique ab emptore ipso, qui emit ex mandato vendendi serui fugitiui.

DEC. Neque lex Fauia, neque Senatusconsultum quicquam constituit, nisi contra eos, qui fugitiuum seruum antequam deprehensus esset, aut vendiderunt, aut donarunt, aut alio modo alienarunt. In summa, qui non tam seruum ipsum quàm fugam serui vendiderunt, vt loquitur Vlpianus in *dicta l. 2. §. vltimo.* Ne scilicet fierent ad fugam instruendam serui audaciores & paratiores, si sperarent futurum fortasse, vt veteris domini à quo fugissent asperitatem & vindictam nunquam experirentur, sed noui domini minus offensi & cui venditi fuissent, clementiam potiùs, & benignitatem. Atqui in proposita specie quamuis dominus absentem & fugitiuum seruum quæri mandauerit, & inuentum vendi, non tamen ipse vendidit, nec quandiu seruus in fuga esset, vēdi mandauit, sed eò demùm casu quo inuētus ille esset ac deprehēsus. Præsentem igitur seruum vendi voluit, qui & venditus præsens & emptus fuit. Nihil ergo cōtra legē Fauiam, nihil contra Senatusconsultum fecit dominus, nihil mandatarius qui præsentem nec amplius fugitiuum vendidit. Nihil denique emptor qui præsentem emit. Et consequenter fatendum est omni ex parte negotium rectè gestum esse, quāuis eo tempore quo mandatum de eo vendendo factum est, fugitiuus esset, cùm fuerit collatum mādatum vendendi in id tempus quo non esset, seruus amplius fugitiuus & absens, sed iam inuētus & presens. Inspiciendum siquidem est in mandato, vt & in cæteris contractibus non tam tempus contractus quàm illud in quod collatum mandatum est *vulg. l. quod sponsæ 4. C. de donat. ant. nupt. l. si ego 9. §. si res. infr. de iur. dot.*

4 ¶ Si res vendita per furtum perierit: priùs animaduertendum erit, quid inter eos de custodia rei conuenerat. si nihil appareat conuenisse: talis custodia desideranda est à venditore, qualem bonus paterfamilias suis rebus adhibet. quam si præstitit, & tamen rem perdidit: securus esse debet: vt tamen scilicet vindicationem rei, & condictionem exhibeat emptori. vnde videbimus in personam eius, qui alienam rem vendiderit: cùm is nullam vindicationem, aut condictionem habere possit. certè ob id ipsum damnandus est: quia, si suam rem vendidisset, potuisset eas actiones ad emptorem transferre.

Ad §. 4. Si res vendita.

RAT. DVB. Perfecta venditione periculum omne rei venditæ statim pertinet ad emptorem §. *cùm autem instit. hoc tit. l. necessariò 8. & pass. infr. de peric. & commod. rei vendit. l. 1. & vlt. C. eod.* Atqui perficitur emptio, nudo consensu statim atque conuenit de precio *l. 1. §. vlt. l. 2. §. 1. supr. d. §. cùm autem.* Ergo si res vendita, siue per furtum, siue quo alio casu perierit, dummodo sine dolo & culpa venditoris securus est venditor, nisi eo casu, quo custodiam rei venditæ in tempus vsque traditionis in se receperit, quo casu sibi imputet, qui se vltro per conuentionem onerauit. Tritum enim est conuentiones dare legem contractibus *l. 1. §. si conuenerit supr. de posit. l. contractus 23. de regul. iur.*

DEC. Venditor non modò præstare dolum debet, sed etiam culpam, non quidem leuissimam, sed leuem, quia vtriusque contrahentium gratia venditio fit *d. l. contractus l. si vt certo 5. §. nunc videndum 1. sup. Commod.* Leuis autem culpa est si minorem diligē-

tiam

BIU Cujas

etiam venditor adhibuerit in re custodienda quàm quæ à diligente ac frugi patrefamilias adhiberi solet: quamuis minorem suis rebus diligentiam præstare solitus sit. Bona enim fides facit vt exactiorem pro aliis quàm pro se diligentiam præstare debeat *l.2.§.1.l.3.l.si vendita* 11. *infra. de pericul.& commod.rei vendit. iuncta l. si constante* 24. §. *si maritus in fine soluto matrimonio.* Sane diligentiam exactissimam præstare non cogitur, id est, qualem diligentissimus quisque paterfamilias præstaret. Ita enim fieret de leuissima quoque culpa teneretur, quomodo commodatarius. Quod vtique iniquum esset, cùm non sicuti solius commodatarij gratia commodatum sit, ita & solius vēditoris gratia fiat venditio *d.§.nunc videndum.* Et ita debet accipi quod scriptum est in *d.l.3.de peric.& commod.rei vendit.* Custodiam talem præstare venditorem quam præstāt hi quibus res commodata est. Scilicet non vt exactissimam præstet diligentiam, sed quomodo sequentia eiusdem legis verba explicant, hactenus tantum vt diligentiam præstet exactiorem quàm quæ ab eo in rebus suis præstari & adhiberi solita est. Præstita igitur tanta diligentia quantam diligens paterfamilias rebus suis adhiberet, si res vendita quoquomodo perierit, securus est venditor *d.§.cùm autem.* Nec quicquam ab eo petere emptor poterit, nisi vt præstet actiones quas contra finem habet, vt sequitur in textu. Iunge *l.eum qui* 14. *infr. de furt.*

a *Vt tamen scilicet vindicationem.* RAT. DVB. Neque vindicatio neque condictio, neque furti, neque alia vlla actio, competere vnquam potest ei cuius nihil interest, cùm & obligationes & actiones omnes ad hoc comparatæ sint, vt vnusquisque sibi acquirat, & consequatur quod sua interest *l.stipulatio ista* 38. §. *alteri iunct.l.3.§.1.infr. de verb.oblig. l. cuius interfuit* 10. *& seq.l.is cuius interest.* 85. *infr.de furt.* Atqui nihil interest vēditoris habere vindicationem, condictionem, & furti, damnique iniuriæ actionē cùm nulla culpa ei potest imputari, quia omnino securus est, vt proximè diximus. Ergo nec huiusmodi actiones habere potest, nec proinde illas præstare.

DEC. Venditor emptori præstare debet etiam postquàm res vendita sine vlla venditoris culpa periit, quicquid est ex bona fide & æquitate. Bonæ enim fidei contractus est. Cui verò non æquum videatur, hoc saltem præstare venditorem emptori, quod sine incommodo & dispendio ipsius venditoris futurum sit? *l.in creditore* 38. *in fin.infr. de euict.* Atqui nullum venditoris incommodum & dispendium est in præstandis actionibus quas contra furem habet. Habet autem vindicationem & condictionem furtiuam, quia soli domino competunt *l.in rem* 23. *in princip.supr.de rei vindic.l.1.de condict.furt.* Nemo autem dubitat quin venditor maneat dominus rei venditæ quandiu eam non tradidit, *d.§. cùm autem in fin. l. Quintus Mutius* 40. *infr.de action. empt.* Traditionibus enim non venditionibus aliisve nudis conuentionibus rerum dominia transferuntur *vulg.l.traditionibus* 20. *C.de pact. l.nunquam nuda* 31. *l.qua ratione* 9. §. *hæ quoque res de acqu.rer.domin.* quamuis periculum rei venditæ nec dum traditæ spectet ad emptorem. Alia enim quæstio est de dominio, alia de periculo rei venditæ, licèt regulariter periculum non ad alium quàm ad dominum soleat pertinere *l.quæ fortuitis* 6. *l.pignus* 9. *C.de pigno.act.d.l. contractus* 23. *in fin. de regul. iur.* Nec tantùm vindicationem & condictionem rei furtiuæ habet venditor contra furem, sed etiam actionem furti & damni iniuriæ *l.eum qui emit* 14. *in princ. infr. de furt.* vbi Vlpianus adiicit: Si quid venditor ex his actionibus iam consecutus sit, debere eum id præstare emptori, ne scilicet cum damno emptoris lucrum sentiat, si & precium ab emptore consequatur, & præterea quod per occasionem rei venditæ à fure consecutus est, retineat. Sicut enim periculum rei venditæ spectat ad emptorem, ita & commodum si quod vel rei venditæ accedat, vel per ipsius occasionem venditori. Ex regula *l.secundum naturam* 11. *de reg.iur.d.§.cùm autem l.si ea res* 31. *de act.empt.* Addit Vlpianus aliam rationem, quòd ita demùm periculum rei venditæ ad emptorem spectet, si modò custodiam præstet venditor ante traditionem. Custodiæ nimirum pars quædam est, præstare actionem quæ medio illo tempore acquisita est venditori contra furem rei venditæ. Ideoque illo etiam casu quo venditor securus est, actiones illas, quas tanquam dominus acquisiit, aut commodum quod ex iis consecutus est præstare debet emptori. Nec dissimiliter Papinianus in *l.si vendidero* 80. *in princip. eod.tit.* Si vendidero, inquit, neque tradidero seruū, & is sine culpa mea subripiatur, magis est vt furti actio mihi competat. Mea etenim videtur interesse, & quia dominium apud me fuit, & quoniam ad præstandas actiones teneor. Alioqui impunitum erit furtum, si neque venditori contra furem actionem vllam demus, quia periculum rei venditæ ad eum non pertinuit, neque emptori, quia furti tempore dominus adhuc non fuit. Quod tamen absurdum & iniquum fuerit, quoniam admissa non debent esse impunita. Inquit idem Papinianus in *l.Stichum aut Pamphilum* 95. §.1. *infr.de solut.* Et verò teneri hoc casu venditorem, vt actiones istas præstet non tam quòd eas habeat, vt in specie *leg. quod debetur* 51. *infr.de pec.* quàm ex natura & æquitate cōtractus, vt venditor qui precium ab emptore consequitur, vicissim aliquid præstet in vicem rei venditæ quam præstare non potest. Ex eo intelligimus quod Caius hîc subiicit, Eum qui alienam rem vēdiderit, quæ postea citra ipsius culpam per furtum perierit, ob hoc ipsum damnandum esse quòd vindicationem & condictionem nullam habeat nec præstare proinde possit, quia si suam rem vendidisset, vtique actiones illas habuisset & transferre in emptorem potuisset. Habet quidem etiam is qui dominus non est, condictionem possessionis *leg.2. supr. de condict. tritic.* Sed non ideo liberabitur, inquit Accursius, & rectè, quia cum non possessionem solam, sed rem vendiderit, rei quoque condictionem furtiuam quæ soli domino competit, præstare debet. Nec tantùm hoc casu imputatur ei qui actiones præstare accedere debet, si nullas habeat, vt in eo accidit qui rem alienam posteà subreptam vendidit, sed etsi aliquas habuerit, quas tamen aut amiserit, aut facto suo inutiles & inefficaces reddiderit. Vnde nata est exceptio quam nostri vocant, cedendarum actionum de qua in *l.Stichum aut Pamphilum* 95. §. *pen. de solut. l.si pupillus* 45. *de adm. tutor l.rem hereditariā* 65. *infr.de euict.* Quam & trahūt ad eum casum quo vnus ex pluribus fideiussoribus conueniatur à creditore qui alterum liberauerit. Quod tamen vereor ne non satis verè dicatur vt alibi scripsimus, ex *l.si stipulatus* 15. §.1. *iunct.l.vt fideiussor* 39. *infr.de fideiuss.* Rursus quāuis Caius in hoc §. de vindicatione & condictione tantùm loquatur,

BIU Cujas

dubitandum tamen non est, quin idem dicendum sit de actionibus furti & damni iniuriæ, & actione Ad exhibendum, quæ omnes contra furem competunt *d.l.eum qui & d.l.si vendidero de furt. & d.§.cùm autem in fin. iunct. l.si pro fure 7.§.1. de condict. furt.* Cæterùm cessio hæc actionum quæ à vẽditore facienda est, non tantùm arbitrio, sed etiam periculo emptoris fieri debet, vt omne lucrum ac dispendium emptorem sequatur *l.si ea res 31. infr. de action. empt.* Vbi additur illo etiam casu quo per vim maiorem ablata res sit, præstandas nihilominùs aduersus raptorem actiones à venditore, quamuis custodia aduersus vim parùm proficiat, id est, nihil. Nam contra vim nihil sine vi fieri potest. Obstare tamen videtur *l.venditor 21. in fin. infr. de hered. vel act. vend.* Nos ibi respondebimus.

5 ¶ In his, quæ pondere, numero, mensuráve constant (veluti frumento, vino, oleo, argento) modò ea seruantur, quæ in ceteris, vt, simul atque de pretio conuenerit, videatur perfecta venditio: modò vt etiam si de pretio conuenerit, non tamen aliter videatur perfecta venditio, quàm si admensa, adpensa, adnumeratave sint. nam si omne vinum, vel oleum, vel frumentum, vel argentum, quantumcunque esset, vno pretio venierit: idem iuris est, quod in ceteris rebus. quòd si vinum ita venierit, vt in singulas amphoras, item oleum, vt in singulas metretas: item frumentum, vt in singulos modios: item argentum, vt in singulas libras certum pretium diceretur: quæritur, quando videatur emptio perfici, quod similiter scilicet quæritur & de his, quæ numero cõstant, si pro numero corporum pretium fuerit statutum. Sabinus, & Cassius tunc perfici emptionem existimant, cùm adnumerata, admensa, adpensáve sint: quia venditio quasi sub hac conditione videtur fieri, vt in singulas metretas, aut in singulos modios, quos, quásve admensus eris, aut in singulas libras, quas adpenderis, aut in singula corpora, quæ adnumeraueris.

Ad §. 5. In his.

RAT. DVB. Statim atque perfecta venditio est, quod fit vbi conuenit de precio periculum omne ad emptorem pertinet, si modò neque dolus neque culpa vlla lata aut leuis interceserit vẽditoris, vt proximè scripsimus ex §. *cùm autem Instit. hoc tit.* Atqui perficitur venditio nudo consensu, nec traditionem aut quicquam aliud simile requirit *l.1.§.vlt. supr.* Ergo generaliter & indistinctè dicendum est periculum ad emptorem pertinere neque distinctionibus in hoc §. positis locum esse debere, vt aliquo casu periculum ad venditorem pertinere possit. Nisi expressa conuentione id ipse in se receperit.

DEC. Ratio, quæ transfert periculum rei venditæ in emptorem prius etiam quàm traditio facta sit, non alia est, quàm quia nudo consensu perfecta emptio sit, ab eoque tempore liceat emptori vrgere venditorem vt rem tradat, venditori autem liberum non sit post contractam perfectamque emptionem alij eam rem vendere, vt periculum à se arceat. Ergo si quo casu accidat vt emptio non sit perfecta nudo consensu, dicendum necessariò est quousque perfecta sit, periculum ad venditorem præsertim qui adhuc etiam dominus est, non ad emptorem pertinere. Atqui quoties tale quid venditur quod in pondere vel numero vel mensura consistat, multum interest quomodo facta venditio sit. Nam si per auersionem, vt prudentes nostri loqui solent, id est, vno precio & in aggere, perficitur statim nudo consensu venditio, ideoque idẽ hoc casu iuris est quod in venditione fundi vel Stichi, vt periculum omne & per emptionis, & deteriorationis ad emptorem pertineat. Nihil enim ex parte venditoris faciendum supereſt, nisi vt rem venditam tradat, si vrgebitur ad tradendum, nec moram in eo vllam contrahat. Si namque moram in tradendo fecerit venditor, aliud est. Effectus enim moræ hic est præcipuus vt periculum transferat in moratorem *l.2.C. de peric. & commod. rei vendit. l.si ex legati 23. & seq. de verb. oblig.* Si verò ita venditio facta sit vini, vt in singulas amphoras, item olei, vt in singulas metretas, aut frumenti, vt in singulos modios, aut denique argenti, vt in singulas libras certum precium diceretur, aut si pro numero corporum precium fuerit statutum: Placet non aliter videri venditionem perfectam esse quàm si res vẽditæ, admensæ, adpensæve, aut adnumeratæ sint. Quasi sub hac condicione facta venditione *in singulas metretas aut in singulos modios quos quásve admensus eris, aut in singulas libras quas adpenderis aut in singula corpora quæ adnumeraueris.* Certum enim est relatiuum iunctum verbo futuri temporis facere condicionem *l. Stichum qui meus erit 6. de legat. 1. l. scribit 34.§. vlt. de aur. & argent. legat.* Nec ad rem pertinet si quis obiiciat non esse additam in huiusmodi venditione condicionem vllam. Nam in emptis & venditis potiùs id quod actum quam quod dictũ fuit, sequẽdum est *l. sed Celsus 6.§.1. supr.* In hac porrò specie quid actum sit colligimus ex precio in singulas amphoras aut libras, aut in singulas metretas constituto. Nam nec certum potest esse precium quod deberur, quousque res ita, vti diximus, venditæ vel admensæ vel adpensæ vel adnumeratæ sint. Namque pro modio maiore vel minore, maior quoque vel minor precij quantitas debebitur. Proinde non potest scire emptor quantum precij nomine offerre debeat, vt venditorem vrgere possit ad traditionem. Nec venditor quantum precij nomine petere, nec si totum quod vendidit, tradere paratus sit. Quomodo igitur perfecta emptio videri interim potest? Constat siquidem condicionales

nales venditiones licèt ab initio nudo consensu perfici videantur hactenus vt ab iis non nisi mutuo consensu discedere liceat, tunc tamen plenissimè perfectas dici posse cùm impleta condicio fuit *leg. hac venditio 7. supr.* Ergo interim periculum omne venditoris esse debet non emptoris, nisi emptor in mora fuerit. Nam hoc casu periculum transferetur in emptorem vt in contrario casu de venditore diximus *l. si per emptorem 5. infr. de peric. & commod. rei vendit.* aut nisi aliud in venditione ipsa conuenerit vt in *l. si in venditione 10. eod.* Est tamen obseruandum dissimilem hanc condicionem esse cæteris, quæ etiam post rem venditam peremptam possunt existere. In quibus dicimus retroagi venditionem, vt in præteritum contracta esse videatur licèt medio tempore venditor aut emptor decesserit *d. l. necessario.* Id enim pertinet ad condiciones extrinsecas, id est, quæ sunt extra rem ipsam venditam, eaque peremptа possunt adhuc existere, vt puta *si nauis ex Asia venerit aut si Titius Consul factus fuerit.* Hæc autem condicio quam tacitè inesse dicimus huiusmodi venditionibus earum rerum quæ in pondere, numero & mensura consistunt, si ad mensuram aut pondus aut numerum venditæ sint, cohæret ipsis rebus venditis, nec post eas peremptas potest amplius existere, quia quod iam periit, neque mensurari, neque adpendi neque numerari potest. Quę ratio non potest porrigi ad eum casum quo res istæ sic venditæ extent adhuc, & deteriores tantùm factæ sint. Quid enim vetat mensurari vinum factum acidum, aut mucidum, & numerari pecora morbosa? An ergo distinguemus hac parte inter periculum peremptionis, & deteriorationis, vt olim Bulgarus primùm existimabat? Ita videri non abs re possit. Ex *d. l. necessariò* in verbis illis *sicut stipulationes & legata conditionalia perimuntur si pendente condicione res extincta fuerit. Sanè si extet res licèt deterior effecta, potest dici esse damnum emptoris.* Iunge *l. sanè 11. cum §. vlt. legis præcedentis infr. de iur. dot.* Sed repugnat q; Caius in hoc §. scribit, omne periculum ad venditorem pertinere quod & scriptum est in *d. l. si per emptorem* Nam si omne, ergo & periculum deteriorationis non minùs quàm peremptionis. Quomodo benè noster argumentatur Accursius. Et sanè differentia magna est inter hanc tacitam condicionem, quæ huiusmodi venditionibus inesse creditur, & cæteras quæ condicionalem faciunt emptionem quod in venditoris potestate est statim atque conuenit de precio in singulas amphoras aut singulas metretas aut singulas libras aut in singula capita constituto perficere venditionem & admetiri aut adpendere aut numerare res venditas, aut saltem in mora constituere emptorem atque ita vtroque periculo non minùs deteriorationis, quàm peréptionis se liberare, totumque secundum ea quæ diximus in emptorem transferre. Quod diuersum est in aliis condicionibus quarum implementum ex arbitrio & voluntate venditoris non pendet, & quæ inuito etiam venditore possunt existere post peremptam quoque rem venditam vel deteriorẽ factam. In summa non tam videtur hæc condicio quàm dilatio quædam quæ ex natura rei suspendit vim & perfectionem emptionis. Vt in *l. interdum 73. de verb. oblig.* Ideoque Caius hîc ita scribit *quia venditio quasi sub hac condicione videtur fieri* & in *leg. 4. infr. de peric. & commod. rei vendit. quasi sub condicione venierint* vt & in *l. si quis fundum 37. infr.* Cumque stet per venditorem quominus statim fiat mensuratio, aut ponderatio aut adnumeratio rerum venditarũ, aut saltem in mora emptor constituatur metiendi, adpendendi aut numerandi, sibi imputet si non fecerit quod facere debuit, vt eo periculo se exoneraret. Quid si vina vendita fuerint, quæ non tantùm mensuranda sint, sed etiam degustanda? Non erit perfecta emptio ante degustationem, ideoque periculum & peremptionis & deteriorationis, puta mucoris & acoris ad venditorem pertinebit, quia per eum factum est siue degustationi dies præstitutus aliquis sit siue nullus nisi per emptorem mora facta sit *d. l. 4. in princi. & §. 1. iunct. l. seq. & l. 1. in fin.* vbi est textus elegans & facetus *infr. de peric. & commod. rei vindit.* vbi dicemus. Planè alia causa est metiẽdi, alia degustandi, vt Paulus scripsit in §. *alia causa est*, legis proximè præcedentis, vbi vide quæ iam scripsimus. Iunge *d. l. 2. C. de peric. & commod. rei vendit. l. qui fundum 40. §. qui agrum infr.*

6 ¶ Ergo etsi grex venierit: si quidem vniuersaliter vno pretio: perfecta videtur, postquam de pretio conuenerit: si vero in singula corpora certo pretio: eadem erunt, quæ proximè tractauimus.

Ad §. 6. Ergo etsi grex.

RAT. DVB. & DEC. Ad hunc §. eadem prorsus est quæ ad præcedentem: Est enim grex ex earum rerum genere quæ in numero consistunt. Vt proinde eadem distinctio adhibenda sit quæ proximè allata est, an grex venierit vniuersaliter vno precio, vt tunc statim atque conuenit de precio, perfecta emptio esse videatur, omneque periculum ad emptorem pertineat non solùm si totus grex ita diminutus esset, vt vnum duntaxat pecus ex eo superesset, quo casu æquè grex esse desinit *l. si grege 22. de legat. 1.* Sed etiam si ponas omnia gregis capita extincta esse, quia venditur hoc casu grex, vt species, quomodo Bartolus loquitur. An verò grex ita venierit vt in singula gregis capita certum precium constitutum sit, vt hoc casu non prius plenè perfecta dici possit emptio quàm singula gregis capita numerata sint. Et idcirco periculum omne ad venditorem spectet, si quid contigerit ante adnumerationem. Eadem enim rerum istarum omnium ratio est.

7 ¶ Sed & si ex doliario pars vini venierit, veluti metretæ centum: verissimum est, (quod & constare videtur) antequàm admetiatur, omne periculũ ad venditorem pertinere. nec interest, vtrum pretium omnium centum metretarum in semel dictum sit, an in singulas metretas.

BIU Cujas

Ad §. 7. sed etsi ex doliario.

Parum differt hic casus à præcedentibus: Nisi quod hucusque actum est de vino ita vendito, vt in singulas metretas singulásve amphoras certum precium constitutum esset. Nũc verò tractat Caius eum casum, quo pars vini ex doliario, aut vt Budęus legit, ex doliari venierit, veluti metretæ centum. Et ait antequàm admetiatur vinum, omne periculum ad venditorem pertinere, deque eo inter prudentes omnes constare videri, nec interesse vtrum omnium centum metretarum in simul dictum precium sit, an in metretas singulas. In qua specie illa dubitandi ratio esse poterat, quòd venditis centum metretis vniuersaliter vno precio, videbatur perfecta fuisse venditio statim atque de precio conuenisset, secundum ea quæ diximus in §. *in his & §. prox. præced.* Quid enim refert an dolii centum metretarum venditum sit, an centum metretæ ex dolio? Sed decidẽdi ratio est, quia non totũ dolij vinũ venditũ fuerat, sed pars tantùm vini quod in doliari fuerat. Itaque non auersione facta fuerat venditio, sed ad mensuram perinde ac si in singulas amphoras precium constitutum esset. Et incepit hoc casu venditio à mensura, nec tam vinum in genere aut in specie venditum fuit, quàm centum metretæ vini. Mensuratio igitur æquè hoc casu necessaria est non vt plus vel minùs veneat, sed vt sciatur quantum ematur *l. prox. §. alia causa est supr.* Idque est quod Caius ponit ex doliari partem duntaxat vini venditam fuisse, vt intelligamus, aliud eum responsurum si totum vinum quod erat in dolio, venditũ fuisset, vno precio cõstituto. Nec sanè quicquam refert dici potest an in singulas metretas ad centum vsque cõstitutum sit precium, an in centum metretas simul & confusè. Sicut nec interest an totum vinum quod erat in dolio, perierit aut deterius factum sit, an pars tantùm vini. Quod enim centum metretis deerit, venditoris damno cedet non emptoris, nisi mora per emptorem facta sit, vt benè hîc Accursius notat ex *l. si per emptorem 5. infr. de peric. & commod. rei vendit.* Maximè verò si degustanda vina fuerint vt in *l. 1. in princip. & §. vlt. l. 4. & 5. de peric. & commod. rei vend.* de quo iam diximus ad *d. §. alia causa & ad §. in his. in fin. supr.*

8 ¶ Si quis in vendendo prædio confinem celauerit, quem emptor si audisset, empturus non esset, teneri venditorem dicimus.

Ad §. vlt. si quis in vendendo.

RAT. DVB. Non debet onerari venditor superuacua præstatione, vt nec alius quilibet *l. hæc stipulatio 14. §. 1. infr. vt legat. seu fideic. seruand. caus. caueat.* Atqui demonstratione facta fundi qui venditur, ita vt dici possit contrahentes in corpus venditum consensisse, fines nominari superuacuum est *l. cùm seruo 63. §. 1. infr. hoc tit.* Ergo multo minùs tenetur venditor qui in vendendo prædio vnum ex confinibus celauit, quamuis talem quem si audisset emptor empturus non fuisset.

DEC. Valde interest eius qui prædium siue vrbanum siue rusticum empturus est, vt sciat quos vicinos habiturus sit: Cùm plerique nec abs re deterreantur ab huiusmodi emptionibus faciendis ob hoc solùm ne in vicinum rixosum incidant, & importunum. Eratque apud veteres vna hæc ex conuentionibus in qualibet venditione apponi solitis qua promittebat venditor emptori bonos vicinos. Ergo si malum vicinum celauerit venditor quem si emptor sciuisset, empturus non fuisset, vix est vt dolo malo careat, ideoque teneri eum æquum est ad omne id quod ex ea causa potest interesse emptoris, quia id ex bona fide est *l. quæro 39. infr. de action. empt.* Idque adeo verum est, vt si fines & vicini nominentur, etiam venditorem ipsum nominare oporteat si fortè alium agrum confinem possidet *d. l. cùm seruo §. 1.* Fieri enim facile potest vt quem emptor venditorem habere velit, vicinum tamen nolit. Quàm multi enim fundos vicinos emunt, vt à venditore eodemque vicino se liberent, qui tamen nihil agerent si eum fundum emerent qui eundem venditorem etiam vicinum haberet. Aliud tamen est fines ostendere, aliud nominare. Cogitur venditor fines ostendere post perfectam quoque venditionem, tametsi nihil de hoc dictum sit in contractu, quia hoc contractui bonæ fidei consonat, in quit Scæuola in *l. Titius 48. de action empt.* quamuis species illius legis propriam videatur habere rationem, quod fundus ita venditus fuisset *quicquid Sempronij iuris fuit* nulla certiore fundi demonstratione facta. Sed non cogitur venditor post factam fundi demonstrationem fines nominare nisi tales sint qui si non nominentur, dolo malo celati videri possint vt in specie huius §. Dolus enim malus est non tantùm in eo qui fallendi causa obscurè loquitur, sed etiam qui insidiosè obscurè dissimulat *l. ea quæ 43. §. vlt. infr. hoc tit.* Illud difficilius videtur quare dicamus valere huiusmodi venditionem celato emptore, qui, si vicinum sciuisset, empturus fundũ non fuisset. Quasi videatur hic dolus vẽditoris causam dedisse contractui. Quo casu dicimus contractum bonæ fidei ipso iure non valere *l. & eleganter. in princip. de dolo.* Sed dicendum est tùm demùm videri dolum dedisse causam contractui cùm vel circumscriptus est venditor in eo vt venderet vel emptor in eo ipso vt emeret, vt in specie *d. l. & eleganter*, non autem cùm dolo malo aliquid celatum est sine quo non fuerat emptor empturus. Incidit enim huiusmodi dolus in contractum, ideóque vindicandus est æquitate ac potestate iudicij vt qui dolum fecit, præstet aduersario quanti eius interest celatum eum & deceptum non esse. Quod hic locus omnium optimè & apertissimè probat.

36. VLPIANVS libro 43. ad Edictum.

CVm in venditione quis pretium rei ponit, donationis causa non exactus: non videtur vendere.

Ad l. Cùm in venditione 36.

RAT. DVB. Conuentiones dant legem contractibus, iis maximè qui sunt bonæ fidei & cùm incontinenti factæ sunt *l. 1. §. si conuenit supr. depos. l. in conuen-*

BIU Cujas

conuentionalibus 52.infr. de verb. oblig. l. iuris gentium 7. §. quinimò & §. adeò supr. de pact. Ergo etiamsi inter emptorem & venditorem conuenerit, vt venditionis precium non exigeretur, non eo minùs venditio valere debet, quippe quam perficit nuda conuentio precij non etiam solutio *leg. 1. §. vlt. leg. 2. §. 1. supr. & Instit. eod. tit. in princip. & §. cùm autem l. 1. Cod. quand lic. ab empt. disced.* solutio enim precij necessaria est, vt dominium rei venditæ transferri per traditionem possit in emptorē, non etiam vt venditio perficiatur *l. quod vendidi 19. l. vt res 53. hoc tit.* Et verò cùm nemo iure suo vti cogatur *l. si iudex 28. supr. de minor. l. pen. Cod. de pact.* cur non liceat venditori pro arbitrio remittere emptori solutionem precij nec minùs ab initio quàm ex postfacto. Nam quin ex postfacto remitti possit solutio precij in emptione sicut & solutio pensionis in locatione saluo contractu, nemo dubitat ex *leg. si sibi habitationem 5. infr. locat.*

Dec. Contractus venditionis bonę fidei contractus est, & præterea vltro citroque obligatorius habens mutuas præstationes. Sicut enim venditor emptori rem tradere tenetur & de euictione se obligare. Ita emptor dare precium venditori aut aliter eo nomine ipsi satisfacere *l. ex empto 11. §. 1. leg. Iulianus 13. §. offerri & pass. infr. de action. empt.* Est igitur contra substantiam emptionis hæc conuentio vt venditor cogatur rem venditam tradere, nec precium tamen exigere possit, cùm substantia emptionis consistat ex precio nec sine precio vlla vēditio esse possit *d. l. 2. §. 1. supr. l. pacta cōuenta 72. infr.* Pacta verò quæ contra substantiā contractus fiūt, vel destruūt cōtractū vt in *l. vbi ita donatur 27. infr. de mort. caus. donat.* vel destruuntur vt in *l. cùm precario 12. infr. de precar.* de cuius tamen loci sententia & lectione, itemque de huiusmodi pactorum potestate videndasunt quæ scripsimus in postrema parte Chiliadis *de error. pragm.* Denique donatio ista est non venditio, quoties ita res venditur & traditur certo precio, vt tamen precium eo nomine conuentum non exigatur, pacto scilicet contractum hunc bonæ fidei non tantùm infirmante, sed etiam infirmante rebus omnibus adhuc integris. Donatio inquam non precij, quod nec deberi ab initio intelligitur, sed rei traditæ quæ non tam vendita quàm donata creditur *l. empti 9. in fin. Cod. hoc tit.* Quid enim cogebat venditorem eo pacto rem suam tradere? Donari autem videtur quod nullo iure cogente conceditur *l. donari. 81. de reg. iur. l. donari 29. de donat.* Nec quod vendere donator se dixerit ad rem facit, quia non tam nomen quàm substantia contractus & negotij attendi debet *l. ex conducto 25. §. Papinianus alias l. si vno infr. locat.* Aliud est cùm ex postfacto tantùm precij solutio remittitur à venditore. Tunc enim non rei venditæ, sed precij debiti & remissi donatio est, aut pensionis in locatione. Nec minùs tamen ideo durat causa contractus vt actiones empti & venditi, itemque locati & conducti habere locum possint, quia contractus ab initio constitit, & precij ac pensionis remissio pro solutione aut saltem pro satisfactione est quæ solutionis vim obtinet *l. si rem 9. §. omnis pecunia supr. de pignor. act. l. satisfactio 52. infr. de solut.* Porrò neque venditio, neque locatio, neque societas aut alius vllus bonæ fidei contractus donationis causa fieri potest *l. si quis fundum 38. infr. l. sicut emptio 20. locat. l. societas 5. in fin. supr. Prosocio*, ne fœda rerum & nominum confusio inducatur, permixtis contractuum nominibus & præstationibus omninò distinctis *d. l. vbi ita donatur & d. §. Papinianus l. 15. aliàs l. si vno locat. iunct. l. vlt. C. de legit. tut.* Sed hoc ita si vniuersa vēditio donationis causa facta sit, non etiā si viliore precio donationis causa res distrahatur *d. l. si quis donationis 38. infr.* Itemque si ab initio id actum sit inter emptorem & venditorem vti ne precium exigeretur. Nam si venditori duntaxat propositum id fuit ne precium exigeret, nihil tamen de eo inter contrahentes mutuo consensu actum est; venditio erit non donatio. Aliud enim donare est, aliud velle donare, vt benè hîc Accursius.

37. Idem libro 3. Disputationum.

Si quis fundum iure hereditario sibi delatum ita vendidisset, *Erit tibi emptus tanti, quanti à testatore emptus est*: mox inueniatur non emptus, sed donatus testatori: videtur quasi sine pretio facta venditio. [a] ideoque similis erit sub conditione factæ venditioni: quæ nulla est, si conditio defecerit.

Ad l. Si quis fundum 37.

Rat. Dvb. Cùm quis fundum hereditario iure sibi delatum ita vendit, *Erit tibi emptus tanti quanti à testatore emptus est*, negari non potest quin id actum sit inter emptorem & venditorem, vt quicquid iuris in eo fundo testator habuit, ad emptorem transferretur, vt & in *l. Titius 48. infr. de action. empt.* Atqui licet posteà is fundus non venditus testatori, sed donatus inueniatur, non eo minus tamen iuris in illo fundo venditor habuit, quàm si venditus ei fuisset. Facilius enim ex donatione per traditionem facta dominium acquiritur, quàm ex venditione, etiamsi traditio secuta sit propter necessitatem soluendi precij aut aliter eo nomine satisfaciendi antequàm dominium acquiri emptori possit *l. quod vendidi 19. supr. l. vt res 53. infr. §. per traditionem & §. venditæ Instit. de rer. diuis.* Nihil ergo vetat quominùs in hac specie venditio valeat, ex eaque dominium transferri in emptorem possit, hoc saltem adhibito temperamento, ac veluti remedio, vt arbitrio boni viri constituatur precium, ne sine precio facta esse venditio videatur, vt eueniret si testator heredem suum iussisset rem aliquam hereditariam vendere iusto precio aut rem alienam redimere ab eo qui aut nollet omninò vendere aut non nisi immodico precio *l. non dubiū 15. §. vlt. l. qui quatuor 30. §. vlt. de legat. 3. l. in ratione 30. §. vendere infr. ad leg. Falcid.* Sed etsi testator fundum Cornelianum Sempronio legasset sub hac demonstratione *quem à Mæuio emi* isque à Mæuio non emptus, sed donatus, aut ab alio quàm à Mæuio emptus inueniretur, falsa demonstratio non noceret legato *l. demonstratio 17. l. falsa 33. infr. de condic. & demonstr. §. huic proxima 30. Instit. de legat.* Cur ergo magis nocebit venditioni? Præsertim cùm non faciat hæc falsa demonstratio, quominùs contrahen-

BIU Cujas

tes in corpus fundi venditi consenserint. Ponimus enim constare de fundo de quo vterque contrahentium senserit, quod sufficere videtur ad venditionis validitatem *l. in venditionibus 9. supr.*

Dec. Venditio sine precio facta non valet *l. 1. l. 2. §. 1. supr.* quia substantia emptionis vt toties diximus, cõsistit ex precio *l. pacta conuenta 72. infr. hoc tit.* Atqui nullũ hic preciũ est. Adeò distat, vt certum sit quomodo esse deberet *§. precium Instit. hoc tit.* Etsi enim id agebant contrahentes, vt venditio fieret certo precio, per relationem ad precium quo credebatur idem fundus emptus à testatore (nam & certum dicitur quod per relationem ad aliud certificari potest *l. certum 6. supr. de reb. cred. l. 3. C. de sent. quæ sin. cert. quant. profert.*) cùm tamen posteà apparuerit non fuisse venditum testatori fundum, sed donatum, nihil supereſt vnde precij conuentio & certitudo colligi possit. Nec enim precium vllum habet donatio. Consequens igitur est, vt tanquam sine precio vllo facta venditio non valeat. Quamuis dominium fundi venditi æquè ad defunctum pertinuerit ex donatione, atque pertinuisset ex venditione si fundus non donatus ei, sed venditus fuisset. Inspicienda enim causa est ex qua voluerũt contrahentes transferri & acquiri dominium, vt si ex ea causa translatio fieri non possit, nihil omnino actum esse videatur. Non enim qui vendere vult etiam vult donare. Nec similis causa est legati, quia testator legando id agit vt dominium quod habet in re legata vndecunque id habeat, transferat in legatarium. Ideoque nec falsa demonstratio nec falsa causa nocet legato, quia neutro legato cohæret *l. cùm tale 72. §. falsam causam de condic. & demonstr.* Valet siquidem etiam sine demonstratione & sine expressione certæ causæ factum. At non etiam venditio quæ certum precium nullum habet, sine relatione facta ad aliam venditionem, ex qua precium colligi & constitui possit. Nec arbitrio viri boni ad validandam venditionem committi potest taxatio precij cùm non solùm de eo nihil dictum est *l. vlt. C. hoc tit.* sed etiam in contrarium actum fuit, vt eo demùm precio venderetur ab herede fundus quo precio venditus anteà defuncto fuisset. Neque rursum sufficit consensisse venditorem & emptorem in corpore, si non consenserint etiam in precio.

a *Ideoque similis erit sub condicione factæ venditioni.* Rat. dvb. Relatiuum pronomen iunctum quidem verbo futuri temporis facit condicionem, sed non etiam si iunctum sit verbo præteriti temporis aut præsentis *l. Stichum qui meus erit 6. de legat. 1. l. scribit 34. §. vlt. de aur. & argent. legat. l. quod sæpe 35. §. in his versic. quia venditio supr. l. si debitor 39. §. 1. infr.* Atqui in propositi specie relatio facta est ad tempus præteritum per ea verba *quanti is à testatore emptus est.* Ergo non potest videri hæc emptio condicionalis.

Dec. Condicio etiam in præsens vel etiam præteritum tempus referri potest non quidem vt sit verè condicio quæ habeat vim suspensiuam (hoc enim proprium est earum condicionum quæ condiciones verè sunt, & in tempus futurum conferuntur) sed vt vel statim verã vel falsam faciat dispositionem. Veram si vera condicio sit. Falsam si falsa *l. cùm in præsens 37. & seqq. supr. de reb. credit. l. condicio 100. infr. de verb. oblig. §. condiciones Instit. eod. tit.* Perinde autem est ita factam esse fundi venditionẽ *quanti is fundus à testatore emptus est*, atque si expressa figura conditionis venditio ita concepta esset *si is fundus à testatore emptus fuit.* Ergo cùm fundus inueniatur donatus non venditus, falsa condicio est, ac proinde facit statim nullam obligationem nullamque venditionem. Tam enim verum est existere aut deficere condicionem collatam in tempus præsens vel præteritum quàm si in futurum tempus collata esset. Ideoque benè Vlpianus sic loquitur vt dicat similem esse hanc venditionem sub venditione factæ venditioni. Vt intelligamus non esse verè condicionalem, quoniam verba quæ tacitam condicionem faciunt, ad præteritum tempus relata sunt, quod & Accursius notat. Simile quiddam est in *d. §. in his*, vbi diximus.

38. Idem libro 7. Disputationum.

Si quis donationis causa, minoris vendat: venditio valet. totiens enim dicimus, in totum venditionem non valere, quotiens vniuersa venditio donationis causa facta est. quotiens verò viliore precio res donationis causa distrahitur: dubium non est venditionem valere: hoc inter cæteros:[a] inter virum verò, & vxorem donationis causa venditio facta pretio viliore, nullius momenti est.

Ad l. Si quis donationis 38.

Rat. dvb. Venditio facta donationis causa nõ valet *l. cùm in venditione 36.* vbi diximus *supr.* Sicut neque locatio, neque societas *l. 5. in fin. supr. tit. prox. l. 5. infr. locat.* Atqui cum donationis causa minoris res venditur, negari non potest, quin donationis causa venditio fiat. Ergo non valet.

Dec. Toties dicimus venditionem donationis causa factam non valere, quoties vniuersa venditio donationis causa facta est vt in *d. l. cùm in venditione.* At quoties viliore precio res donandi causa distrahitur, apparet non vniuersam venditionẽ donationis causa fieri, cùm donatio illa non tam venditioni faciendæ causam det, quàm precio minuendo. Quod sanè ex venditoris liberalitate minui nihil prohibet, cùm etiam ex emptoris siue astutia siue sagacitate id minui nihil vetatet *l. in causa 16. §. idem Pomponius de minor. l. item si precio 22. §. vlt. & l. seq. infr. locat. l. si voluntate 8. C. de rescind. vendit.* Ergo nihil causæ est, cur hæc venditio non valeat, etiamsi donationis causa viliori precio facta sit. Sufficit enim ab initio fuisse in venditore animum vendendi nõ donandi, & quamuis verum sit, quod toties diximus, substantiam emptionis consistere ex precio *l. pacta conuenta 72. infr.* non consistit tamen ex iusto precio, sed ex eo, quod conuentum est, & quod formale vocat idem Vlpianus nostet in *l. in lege Falcidia 62. §. 1. infr. ad l. Falcid.*

a *Inter*

BIU Cujas

a *Inter virum enim & vxorem.* RAT. DVB. Venditiones non magis inter virum & vxorem prohibitæ sunt quàm inter personas cæteras. Solæ enim donationes iis interdictæ sunt. Et ita tamen, vt nō amarè nec tanquam inter infestos ius prohibitæ donationis tractandum sit, sed tanquam inter cōiunctos maximo affectu ac solam inopiam timentes, inquit eleganter Paulus in *l. si id quod* 28. §. *si quas serui inf. de donat. int. vir. & vxor.* Atqui inter cæteras personas valent venditiones etiam donationis causa minore precio factæ, vt modo diximus. Ergo & inter virum & vxorem valebunt.

DEC. Omnes donationes inter virum & vxorem moribus populi Romani prohibitæ sunt ex quibus locupletior fit is qui accipit, & pauperior qui donat *l. si sponsus* 5. §. *conceßa* §. *si maritus & sequ. l. quod autem* 7. §. 1. *& pass. eod tit.* Atqui cùm inter virum & vxorem viliore precio donationis causa vēditio facta est, & locupletior fit is qui emit & pauperior is qui vendit & ex precio remittit. Ergo tāetsi venditio valeat, donationem tamen in precio factam valere non posse fatendum est. Nihil enim prohibet venditionem quidem valere, donationem verò venditioni permixtam non valere. Sed neq; perpetuum est, vt venditio valeat, cùm donationis causa res viliori precio distracta est. Quid enim si donandi magis quàm vendēdi animum donator ab initio habuit, & in fraudem excogitauit commentum venditionis? Nullius omnino momenti erit venditio secundum distinctionem Neratij à Pomponio & Vlpiano probatam in *d. l. si sponsus* 5. §. *circa venditionem*, vbi tamen refertur Iuliani sententia indistinctè negantis valere venditionem quoties inter virum & vxorem donandi animus fuit, quāmuis duntaxat in precio qui animus in dubio præsumendus est propter qualitatem, & suspicionem personarum, quæ cùm donare prohibitę sint, tanto magis videntur hoc ipso donare voluisse *arg. l. qui testamentum* 27. *infr. de probat.* quod & lex hæc ostēdit. Quam sententiā Africanus quoq; probat in *l. vir vxori* 17. *in princip. sup. ad S. C. Velleian.* Nisi eo loco Iuliani ipsius sententia est vt Cuiacius existimat, non Africani. Iunge *l. si res æstimata* 12. *in princip. infr. de iur. dot.* Adde alium casum in quo non potest valere venditio etiam inter alias personas si permixtam habeat pro parte donationem, scilicet cùm de actionis alicuius cessione tractatur, *l. ab Anastasio* 23. *C. mandat.* Quid ergo si in venditione fundi adiecta sit vulgaris clausula, quæ hodie in omnibus ferè venditionibus adiici solet, qua venditor declarat totam se hyperocham, &, vt loquuntur, plurisualentiam donatam emptori velle si fortè pluris res sit quàm quanti vendita & ęstimata est? Non quæro an valeat huiusmodi venditio. Certum enim est valere, cùm non tota donationis causa facta sit, sed an per eam clausulam excludi possit emptor à beneficio *legis* 2. *C. de rescind. vendit.* ad rescindendam ex causa immodicæ læsionis venditionem. Azo credidit excludi, vt ea clausula vim habeat expressæ validæque donationis, si modò insinuata sit eo casu quo ad validitatem donationis insinuatio necessaria sit, quomodo apud nos est in omnibus inter viuos donationibus extra causam & contractum matrimonij. Hoc enim addunt qui Azonis sententiam sequuntur. Bartolus contrà putat, cùm quo & ego sentio. Vēdendi enim animum duntaxat habet non etiam donandi quisquis vendit, præsertim si quod vt plurimùm accidit, vendat pressus angustia & incommodo rei familiaris. Quotus enim quisque est qui in necessitatibus liberalis existat? *vulg. l. rem alienam* 18 *infr. de adim. legat.* Et qua facilitate miser venditor viliore precio distrahere cogitur, eādem sanè patitur vulgares istas clausulas adiici ex stilo notariorum aliasque insolitas si quas emptoris auaritia excogitare possit. Eóque iure vtimur & passim vēditiones quę hanc habent clausulam nihilominus ex causa immodicæ læsionis rescinduntur. Illud planè constat supradictam clausulam si simpliciter adiecta sit, nec quicquam contrà conuentum, non ad quantamcunque hyperocham & plurisualentiam, sed ad modicam duntaxat pertinere *arg. l. hanc legem* 22. vbi diximus *supr.* Ideóque solent callidi emptores addere *quantacunque hyperocha sit & quanticunque precij*, ne distinctioni huic & interpretationi locus relinquatur. Nec mirum videri debet nihil in hac lege ab Vlpiano aut alibi à quoquam ex prudētib. dictum esse quod ad distinctionē hāc pertineat, cū toto iure vetere incognitū fuerit tremę diū illud rescindendæ venditionis ex causa læsionis immodicę, & vt vocant, enormis, quod ab Imperatoribus primùm ex summa humanitate ac indulgētia fuit inductū *d. l. 2. C. de rescind. vendit.* vt nos alibi nec semel cōtra virū doctissimū disputauim⁹.

39. IVLIANVS libro 15. Digestorum.

SI debitor rem pignoratam à creditore redemerit: quasi suæ rei emptor, actione ex vendito non tenetur: & omnia in integro sunt creditori.

Ad l. Si debitor 39.

RAT. DVB. & DECID. Ad hanc legem eadē est quæ ad *l. debitor* 40. *supr. de pignor. act.* Est enim vtriusque loci eadem sententia debitorem non posse rem suam redimere à creditore, cùm rei suæ emptio consistere non possit, sed si id factum sit venditionem non valere vt emptor actione ex vendito ad solutionem precij aut ad aliud quicquā teneatur: Et consequenter integra esse omnia creditori, vt perinde totum debitum cum vsuris & accessionibus exigere possit, in eamq; rem pignus interim retinere, acsi nulla pignoris venditio facta esset. Quamuis receptum sit vt mandatum valeat quod debitor fecerit de pignore emendo à creditore iure creditoris distrahente *l. si mandauero* 22. §. *si hi quorum supr. Mandat.* Creditor planè potest pignus emere à debitore ob eam ipsam rationem qua prohibetur debitor emere à creditore, quia pignoris dominus manet *l. rescriptum* 12. *in princip. infr. de distract. pignor.*

1 ¶ Verisimile est, eum, qui fructum oliuæ pendentis vendidit, & stipulatus est decem pondo olei, quod natum esset: pretium constituisse ex eo, quod natum esset, vsq; ad decem pondo olei. idcirco, solis quinque collectis,

BIU Cujas

non amplius emptor petere potest, quàm quinque pondo olei, quæ collecta essent: & hoc à plerisque responsum est.

Ad §. 1. Verisimile est.

RAT. DVB. In dubio verba sunt demonstratiuè potiùs quàm condicionaliter accipienda, *l. quidam testamento 96. infr. de legat. 1.* Condiciones enim omnes odiosæ sunt, quia dispositionem quæ alioqui pura esset, suspendunt, & si deficiant, destruunt, quasi nullus contractus nullâque dispositio præcessisse videatur, *l. pecuniam 36. supr. de reb. credit.* Ergo si quis fructum oliuæ pendentis vendiderit & stipulatus sit ab emptore precium pro decem pondo olei (sic enim legendum est retenta dictione *pro* quæ in Pandectis Florentinis malè deest) quod natum esset, credendus est constituisse precium absolutè pro decem pondo olei, & cõsequenter se obligasse, vt omnimodo decem pondo olei præstaret emptori vndecunque nata essent. Illa verò verba *quod natum esset*, adiecisse, vt demonstraret potiùs vnde illa decem pondo sumi possent, quàm vt condicionem illam venditioni iniiceret, *si ex eo fundo decem olei pondo nascerentur.* Proinde etiamsi quinque tantùm pondo nata sint, non eo minùs emptor tota decem petere poterit oblato integro precio de quo conuênit. Præsertim cùm precium non in singula pondo constitutum proponatur vt in *l. quod sæpe 35. §. in his supr.* Sed vniuersaliter vno precio decem pondo, ne dubitari posset quin ab initio perfecta esset venditio nullámq; habens condicionẽ. Iraq; si minor quantitas olei ex eo fundo nata sit, nõ debet ea res nocere emptori, qui non eam quantitatem olei emit quę ex fundo & olea pẽdente nasceretur, sed certam ac præcisam olei quantitatẽ, id est, pondo decem, quæ igitur omnimodo ei prẽstanda sunt, sicut & ipse precium deberet si totum id ab ipso exigere venditor vellet, cùm vẽditionis precium vnicũ fuerit, & ita indiuisibile, cuius partem tãtùm solui ad liberandum emptorem non sufficiat, *l. fistulas 78. §. qui fundum infr. hoc tit. l. Iulianus 13. §. offerri de action. empt. l. si seruus 57. de ædilit. edict.*

DEC. In emptis & venditis potiùs id quod actum, quàm quod dictum est, inspici oportet, *l. sed Celsus 6. §. 1. supr.* In proposita autem specie verisimile est id actum esse inter emptorem & venditorem, vt precium venditionis constitueretur ex oleo illo, quod in eo tãtùm fundo natum esset vsque ad pondo decem olei, ac sub illa veluti condicione, *si decem pondo nascerentur.* Relatiuũ enim iunctum verbo futuri temporis aut quod ad futurum trahi possit, proculdubio facit tacitam condicionem, *l. Stichum qui meus erit 6. de legat. 1. l. scribit 34. §. vlt. de aur. & argent. legat. l. quod sæpe 35. §. in his*, vbi diximus & ad *l. si quis fundũ 37. supr.* Eiusmodi autem sunt verba illa, *quod natum erit*, vt Accursius ponit, aut etiam si voles ponere cum Bartolo, *quod natum esset.* Faciunt igitur condicionem. Nec tantùm in venditione, sed etiam in stipulatione, *l. interdum 73. infr. de verb. oblig.* adeóq; quod magis est in legato *l. cùm certus 5. infr. de tritic. vin. & oleo legat.* vbi Iulianus scribit, si certus numerus amphorarum legatus sit ex eo quod in fundo Semproniano natum esset, & minùs natum sit, non ampliùs deberi quàm quod natum est. Quasi, inquit, taxationis vicẽ obtineant hæc verba, *quod natum est*, id est, quasi ita sint accipienda ac si scriptum esset, *id tantùm quod ex eo fundo natum erit.* Taxatum enim dicitur quod neq; augeri ampliùs neq; minui potest, *l. Mæuio 41. §. 1. de legat. 2. l. prox. §. qui agrum infr.* Quamuis dici soleat in testamentis pleniorem quam in contractibus faciendam esse interpretationem *l. in testamentis 12. de regul. iur.* Ergo si ex eo fundo quinq; tãtùm olei põdo nata sint, nõ ampliùs quàm quinq; petere emptor poterit, nec per cõsequens preciũ cogetur soluere nisi pro quinq;, quandoquidem etsi totum precium soluisset, repetere posset quod supra quantitatem debitam soluisset, Condictione scilicet vel indebiti, vel vt ait Accursius, condictione sine causa quæ generalior est. Relatiuum enim cõdicionem facit non collectiuè, sed distributiuè, quomodo hîc benè notat Bartolus. Quòd si relatiuum coniunctum esset verbo vel præteriti temporis vel præsentis vt in *d. l. quidam testamẽto*, aliud certè probandum esset. Faceret enim demonstrationem non condicionem, *d. l. quidam l. demonstratio 17. l. falsa 33. infr. de condic. & demonstr.*

40. PAVLVS libro quarto Epitomarum Alfeni Digestorum.

QVi fundum vendebat, in lege ita dixerat: vt emptor in diebus triginta proximis fundum metiretur, & de modo renuntiaret: &, si ante eam diem nõ renuntiasset, vt venditoris fides soluta esset. emptor intra diem mensuræ, quo minorem modũ esse credidit, renuntiauit: & pecuniam pro eo accepit: postea eum fundum vẽdidit: &, cùm ipse emptori suo admetiretur, multo minorem modũ agri, quàm putauerat, inuenit. quærebatur, an id, quod minoris esset, cõsequi à suo venditore posset. respõdit, interesse, quemadmodum lex diceretur. nam si ita dictũ esset, vt emptor in dieb. triginta proximis fundũ metiatur, & domino renuntiet intra id tempus, quãto modus agri minor sit: quod post diẽ trigesimũ renunciasset, nihil esse ei profuturum. sed si ita pactum esset, vt emptor in diebus proximis fundum metiatur, & de modo agri renuntiet: etsi in diebus triginta non renuntiasset, minorem modum agri esse: quamuis multis postea annis, posse eum, quo minoris modus agri fuisset, repetere.

Ad l. qui fundum 40.

RAT. DVB. Nihil referre videtur an ita lex venditionis dicta sit, vt emptor intra triginta dies fundum de quo vendendo agitur, metiatur, & domino

minò renunciet quanti modus agri minor sit. An verò ita vt in diebus triginta proximis fundum metiatur, & de modo agri renunciet? Quid enim aliud est de modo agri renunciare quam quanti modus agri minor sit? Ergo vtroque casu idem iuris esse debet, vt vel nihil prosit emptori quod post trigesimum diem renunciauerit. Aut vt possit multis post annis quàto minor is modus agri fuisset, repetere. Proinde non facilè dici potest quem sensum aut quam rationem habeat distinctio quæ à Paulo in hac lege adhibetur. Ioannes certè nõ percepit, qui distinctionem hanc in eo esse putat, an dixerit venditor vt metiretur emptor & renunciaret domino intra triginta dies. An verò vt metiretur intra triginta dies, & postea renunciaret quandocunq;? Quod prorsus commentitium est, nec conuenit verbis legis, in quibus quod ad triginta dies pertinet ad metiendum, & renunciandum præstitutos eadem prorsus est in vtroque casu distinctionis cõceptio verborum, vt non magis in vno quàm in alio induci possit repetitio triginta dierum ad faciendam renunciationem: Præterid quod satis est prima parte conuentionis triginta dierum mentionem factam esse vt in sequenti parte eadem adiectio repetita intelligatur §. *at nec plurimi Instit. de leg. Aquil.* quemadmodum & ex secunda parte legis aut conuentionis prima sumit aliquando interpretationem *l. vtrum autem 23. supr. de hered. petit.*

Dec. Differentia conceptionis verborum in duobus casibus distinctionis quæ ponitur in hac lege, quod in priore casu lex venditionis sic dicta erat, vt intra dies triginta renunciaret emptor, quanto minor esset modus agri venditi, posteriore verò vt simpliciter renunciaret de modo agri, id est an minor esset non quanto minor. Sic enim apertè Paulus scribit. Priore casu non satisfacit conuẽtioni emptor si renunciet tantum de modo agri hoc est modum minorem esse nisi etiam renunciet quanto minor sit intra eosdem triginta dies intra quos & metiri agrum debuit, posteriore verò casu satisfacit, quia nec ad aliud obligatus ex conuentione fuit. Hinc fit, vt priore casu nihil prodesse emptori possit, quod renunciauerit post triginta dies, quanto minor agri modus, quamuis intra præstitutum tempus renunciauerit minorem modum esse, posteriore verò casu possit ille etiam post multos annos, quo minor is modus sit repetere, si modo minorem agri modum esse intra dies triginta renunciauerit. Ratio diuersitatis pendet ex verbis conuentionis, quæ dat semper legem contractui *l. 1. §. si conuenit supr. depos. l. in conuentionalibus 52. de verb. oblig.* Et quemadmodum renunciatio facta post conuentionalẽ terminum nullius est momenti *l. AEmilius 38. supr. de minor. l. si mensor 5. in princip. supr. si mens. fals. mod. dixer.* ita vt nec rescripto Principis remitti conuentio possit *l. si à te 7. C. de pact. inter empt. & vendit.* Ita per renunciationem generalem minusq; specificam satisfit termino si nihil in contrarium dictum sit, vt Bartolus hic bene notat secutus primam interpretationem Accursij, quæ sanè optima est, & conueniens iuris rationi non minus quam verbis Pauli. Quid ergo si dies mensurationi faciendæ ac metiendo agro nullus dictus sit? Querela de modo agri poterit etiam post multos annos deferri, vt Paulus hic scribit. Actio enim ex empto in hãc rem competit *l. 2. infr. de act. empt.* quæ perpetua est. Itemq; si conuenerit de agro intra certum tempus metiendo & faciendo renunciatione, cum tamen venditor in dolo malo esset, modúmq; minorem & quanto minor esset non ignoraret *arg. l. ex empto 11. alias l. emptorem §. denique eod. tit.* Quod & Accursius noster hic notat. Quod tamen intellige nisi obstet præscriptio triginta annorum, quę Pauli temporibus incognita, ab Imperatoribus primũ introducta fuit in *l. 3. C. de præscript. 30. vel 40. annor.* & apud *Iustin. tit. de perpet. tempor. act.* Actionis redhibitoriæ alia ratio est. Nam si conuenerit vt nisi res placuerit, redhibeatur, sine vlla tamẽ temporis præfinitione, actio in factum emptori accõmodabitur intra dies sexaginta non vltra *l. quod si nolit 31. §. si quidità infr. de ædilit. edict.*

1 ¶ In lege fundi aquam accessuram dixit. quærebatur, an etiam iter aquæ accessisset. respondit, sibi videri id actum esse: & ideo iter quoque venditorem tradere oportere.

Ad §. 1. In lege fundi.

Rat. dvb. In lege venditionis nihil dictum est de itinere aquę, sed tantum de aqua quam venditor dixit venditioni fundi accessuram. Ergo non est cogendus venditor tradere etiam iter aquę quod accessurum esse non dixit. Inspiciendum si quidem est quibus verbis concepta sit lex venditionis, vt ex eo quod dictum est, colligamus certiùs & apertiùs quid actum sit, vt proximè diximus. Ad quid enim verba, nisi vt exprimant mentem proferentis? *l. Labeo 7. in fin. de supell. legat.*

Dec. In emptis & venditis magis inspicimus quid actum quàm quid dictum sit *l. sed Celsus 6. §. 1. supr.* Atqui non potest negari quin venditor qui aquam accessuram dixit, de itinere quoque aquæ accessuro senserit, cùm sine itinere nullius vsus esse possit aquæ accessio, *l. 3. §. vlt. supr. rustic. præd. l. 1. de adim. legat.* Qui enim vult cõsequens, vult etiã necessariũ antecedẽs & sine quo aliud esse nõ potest *l. 2. supr. de iurisd. l. ad rem mobilem 56. l. ad legatum 62. supr. de procur.* Sic dicimus legatis alimentis cibaria, & vestitum, & habitationem deberi, quia sine his corpus ali non potest *l. legatis 6. infr. de alim. & cibar. legat.* Sic cùm testator legauit alicui fundum ad quem legatarius aditum nullum habeat, cogitur heres eum redimere, ac præstare legatario *l. seruum filij 44. §. vlt. de legat. 1. l. damnas esto 15. §. 11. de vsufr. legat.* Ne alioqui esset inutile legatum legatario. Tãtóq; magis capienda est hæc interpretatio quòd fit contra venditorem qui potuit legem apertiùs dicere *l. Labeo 21. sup. hoc tit.* Nec minùs circa accessiones rei venditæ quàm circa rem venditam. Plerunque enim rem aliquam emimus propter accessiones, sine quibus empturi non essemus *l. si in emptione 44. in princ.* vbi diximus *sup.* Iunge *l. vlt. in print. supr. Vrban. prad. l. si iter legatum 10. supr. de seruit. l. vtimur eo iure 5. infr. de sepulchr. violat. l. si venditor 10. sup. de relig.* Nec ad hunc casum pertinet si quis obiiciat accessionis accessionẽ nõ esse *l. vlt. C. de vsur.* Hic enim accessorium primũ quod ad se trahit aliud accessoriũ principalis locũ obtinet vt in §. *vlt. hui⁹ legis*

BIU Cujas

l. fistulas 78. in princip. infr. l. si venditor. 38. §. vlt. infr. de action. empt. Quod si aqueductus prædio vendito debeatur, transit ad emptorem etiamsi nihil de eo dictum sit *l. si aquæductus 47. infr.*

2 ¶ Qui agrum vendebat, dixit fundi iugera decem & octo esse: & quod eius admensum esse, ad singula iugera certum precium stipulatus fuerat. viginti inuenta sunt. pro viginti deberi pecuniam, respondit.

Ad §. 2. Qui agrum.

RAT. DVB. Venditor qui in agro vendendo dixit fundi iugera decem & octo esse, non plus in venditione esse voluit quàm iugera decem & octo. Et quamuis adiecerit, vt quod eius fundi admensum esset in singula iugera certum precium præstaretur, potest tamen ea adiectio commodè sic intelligi, vt venditum id esset quod admensum foret intra iugera decem & octo, vt pars vna conuentionis ex alia interpretationem reciplat, ne pugnantia dixisse venditor videatur, secundum ea quæ diximus ad initium huius legis, & *ad l. prox. §. 1. supr.* Ergo dicendum videtur constitutum fuisse à contrahentibus precium in singula quidem iugera, sed ad decem vsque & octo non vltra.

DEC. In cõtractib. omnibus, sed maximè in emptionib. & venditionib. sequimur id quod actum magis quàm quod dictũ est *l. sed Celsus 6. §. 1. sup. l. semper in stipulationibus 34. de regul. iur. & §. proximè præcedente.* Atqui in proposita specie id euidenter actum est, vt & totus fundus venderetur, quem venditor decem & octo iugerum esse dixerat, & in singula iugera certum precium constitueretur, vt proinde dubitari non posset, quin vẽditio facta esset ad mensuram. Ergo si plus in mensura inueniatur quàm à venditore dictum fuerat, non eo minus dicendum est & totum fundum, id est, etiã id quod supra mensuram dictam est, venditum fuisse, & pro toto fundo, id est, ad viginti vsque iugera precium ab emptore deberi. Alioqui eueniret, vt parte duntaxat fundi vendita & reliqua manente penes venditorem, inciderent illi in cõmunionem. Quod tamen nemo dixerit aut propositum iis fuisse aut commodum vlli eorum fore *l. si non sortem 26. §. si centum supr. de condict. indeb.* propter discordias quas materia communionis excitare solet *l. cùm pater. 77. §. dulcissimis de legat. 2.* ob quas etiam declinandas nec in communione manere quisquam compellitur *l. vlt. C. commun. diuid.* similiter è contrario si minùs in mensura inueniatur quàm dictum sit, precium minui oportebit. Mensura enim illa est quæ facit, vt plus minúsve emptum & venditum intelligatur *l. si in emtione 34. §. alia causa est supr. hoc tit.*

3 ¶ Fundi venditor frumenta manu sata receperat. in eo fundo ex stipula seges erat nata. quæsitum est, an pacto contineretur. respondit, maximè referre, quid esset actum. ceterum, secundùm verba, non esse actum, quod ex stipula nasceretur, non magis quàm si quid ex eo, quod ex sacco saccarij aut quod auibus ex ore cecidisset, natum esset.

Ad §. 3. Fundi venditor.

RAT. DVB. Venditoris mens vtique illa fuit, cum excepit frumenta manu sata, vt omnia frumenta exciperet, quæ non cultura & opera emptoris nata essent, ne scilicet meteret emptor quod non seminasset. Et quod adiecit *manu sata* ad vulgarem illam formulam pertinet quæ in exceptionibus venditionum adiici solebat, vt constat ex *l. pen. infr.* quia nec sine semine frumenta nasci solent *l. qui scit 25. §. 1. infr. de vsur.* neque ex semine sine satione, non autem vt emptori aliquid accederet quod frumenti appellatione contineretur. Ergo si in fundo ita vendito seges ex stipula nata sit, dicendum est eam pacto contineri, potiusq; venditoris quàm emptoris lucro cedere. Præsertim cum stipula prioris segetis pars quædã esset, diciq; soleat causam causæ causam esse causati, inspecta scilicet origine, quæ & in aliis plerisque inspici solet ac debet, vt diximus ad *l. in venditionibus 9. §. vlt. supr.* ex eoq; sumi posset responsio ad id quod Paulus adfert tanquam simile de frumento quod natum esset ex eo quod ex sacco saccarij id est saccum frumunto plenum gestantis cecidisset, aut ex ore auium præteruolantium. In his enim duobus exemplis non nascuntur frumenta ex re aliqua quę fundo vendito cohęreat, & prioris segetis vestigium aliquod retineat, quomodo cohæret, & retinet stipula quę ex priore segete superfuit & eidem fundo inhęsit, quęq; non tantum pars fundi esse videtur, quandiu à solo separata non est, sed etiam pars segetis precedentis.

DECID. In venditionibus id maximè spectandum est quod actum fuit, si verba interpretatione aliquam patiãtur, si minus id sequi oportet quod dictum est *l. sed Celsus 6. §. 1. supr. & tota hac lege.* In proposito autem si verba inspicimus, certum est segetem ex stipula natam frumentorum manu satorum appellatione non contineri. Nec enim manu sata sunt, quæ ex illecta stipula fortuito ceciderunt, & in noua frumenta excreuerunt, nisi fortè ea quoque, manu sata dici posse volumus quæ ex sacco saccarij aut ex ore auium in fundum ceciderũt, quod esset ridiculum. Si verò magis inspicere volumus id quod actum est, quod ipsum tamen in dubio semper, ex verbis colligendum est, quid obsecro improbabilius, quàm dicere venditorem qui non nisi manu sata excepit, de iis quoque excipiendis quæ manu sata non essent, cogitasse, aut id egisse de quo ne cogitauerit quidem? Tritum enim est conuentiones etiam generales, & verbis generalibus conceptas nunquam trahi ad incogitata *vulg. l. cùm Aquiliana 5. sup. de transact. l. si fistulas 78. §. vlt. infr. hoc tit.* Quanto minùs ergo trahetur exceptio hæc, quæ nec verborum cõceptione, nec verisimili vlla voluntatis coniectura adiuuatur? Præsertim cùm facta sit exceptio à venditore cõtra quem etiã facienda esset interpretatio, si quid in pactione obscuri vel ambigui proponeretur? *l. Labeo 21. sup.* Cuiusmodi tñ hic tale nihil est.

Tanto

Tanto magis autem debuit venditor apertè excipere quid exceptum vellet, quod ex natura contractus si nihil exceptum fuisset, etiam manu sata ad emptorem pertinerent, *l. Iulianus* 13. §. *si fructibus infr. de action. empt. l. fructus* 13. *C. eod. l. si pendentes* 27. *in princip. supr. de vsufr.* Nec dici potest frumentum quod ex spica nascitur, partem quandam esse segetis præcedentis. Etsi enim verum est stipulam nihil aliud esse quàm spicas in messe deiectas, id est, nondum collectas, sed posteà colligendas à rusticis & villicis cùm vacauerint. Vnde & stipula illecta dicitur, *l. silua cædua* 30. §. 1. *infr. de verb. signific.* Ex eo tamen ipso apparet non ea mente relinqui, & deiici stipulam in messe, vt in nouam segetem trãseat, sed vt colligatur. Proinde fortuitum esse & extra id quod actum est, si ex ea stipula seges noua nascatur. Cur ergo inuideamus emptori hoc commodum, ad quem ex die perfectæ venditionis incommoda & pericula omnia pertinent? *vulg. l. secundum naturam* 10. *de regul. iur.*

4 ¶ Cùm fundum quis vendiderat, & omnem fructum receperat: & arundinem cæduam, & siluam in fructu esse respondit.

Ad §. 4. Cùm fundum.

RAT. DVB. Fundi est quicquid terra in se tenet, *l. fundi* 17. *in princip. infr. de action. empt.* adeò vt ipsi etiam fructus fundi quandiu pendentes sunt, pars quædam fundi esse videantur, *l. fructus pendentes* 44. *supr. de rei vindic.* Atqui & arundinetum & silua cædua fundo cohærent. Fundi ergo sunt non fructuum, & consequenter cùm venditor fructum duntaxat excepit, licèt omnem exceperit, non potest videri & siluam cæduam & arundinetum excepisse, quia nulla pars fundi excepta est.

DECID. Silua cædua est, quæ in hoc habetur, vt cædatur, vel quæ succisa rursus ex stirpibus aut radicibus renascitur *leg. silua cædua* 30. *in princip. de verb. signific.* Atqui quicquid tale est, vt renascatur, in fructu est, *l. fructus* 7. *aliàs l. diuortio infr. solut. matr. l. vlt. de fund. dot.* Ergo & silua cædua & arundinetum in fructum cedit, ac proinde cùm fructus omnis exceptus est à venditore, hic quoque exceptus videri debet, vt ad venditorem pertineat; quemadmodum ad fructuarium quoque eâdem ratione pertineret, *l. ex silua cædua* 10. *& seq. sup. de vsufr.* Nec quod fructus hi partem quandam soli & fundi faciant, ad rem pertinet. Nam & fructus pendentes pars fundi sunt *dict. l. fructus*, & tamen exceptis omnibus fructibus etiam pendentes continentur.

5 ¶ Dolia, quæ in fundo domini essent, accessura dixit. etiam ea, quæ seruus, qui fundum coluerat, emisset: peculiaria emptori accessura respondit.

Ad §. 5. Dolia.

RAT. DVBIT. Peculium est veluti pusillum quoddam serui patrimonium à rationibus dominicis separatum *l. 4. & l. seq. §. penult. supr. de pecul.* Ergo cùm venditor fundi accessura dixit omnia quę domini essent in eo fundo, non possunt excepta videri ea quæ in eo fundo peculiaria, id est, ex peculio emit seruus qui fundum coluit tanquam quę non tam in domini quàm in ipsius serui patrimonio sint. Alioqui confundetur & nomen & ius peculij si nulla inducatur differentia inter ea quę domini & ea quæ serui sunt. Et consequenter emptori cedere non debent ea quæ seruus ex peculio acquisiit, vt suum peculium augeret.

DEC. Peculium quamuis sit serui aut filiifamilias nomine tenus, & vt loquuntur, denominatiuè, magis tamen & reuera patris est aut domini *l. 3. §. sed vtrum vers. nec eo mouemur l. patri* 27. *supr. de minor. l. si damni* 22. *& seq. supr. de pecul.* Ergo cùm dominus fundi in venditione dixit fundo accessura omnia quæ in eo fundo sua essent, etiam de iis sensisse videtur quæ seruus in eo fundo peculiaria emisset. Neque hoc tam ex æquitate vlla aut interpretatione quàm ex stricta verborum proprietate, cùm ea omnia quæ sunt in peculio serui, sint domini, quia seruus nihil proprium habere potest, nec si dominus velit, *l. etiam* 32. *de acquir. rer. domin. l. seruus vetante* 62. *de verb. oblig.* quia omnino est incapax acquisitionis, nec habet caput in ciuitate quandiu seruus manet, *l. 3. §. vlt. & l. seq. supr. de capit. minut.* Ideóque habentur serui pro nullis, nec tantùm ciuili iure, sed etiam prætorio, *l. qui testamento* 20. §. *seruus inf. qui testam. facer. poss. l. nullo modo* 7. *ad leg. Cornel. de fals. l. quod attinet* 32. *de regul. iur.* & quadrupedibus comparantur, *l. 2. supr. ad leg. Aquil.* Denique nemo dubitat, quin omne id quod seruus siue ex peculio suo, siue aliunde quæsiit, possit dominus suum dicere.

6 ¶ Rota quoque, per quam aqua traheretur, nihilominus ædificij est, quàm situla.

Ad §. vlt. Rota quoque.

RAT. DVB. Ea demùm sunt ædium quæ ædibus infixa aut in iis defossa sunt *l. dolia* 76. *infr. l. Lucius* 93. §. *collegio infr. de legat. 3. l. granaria* 18. *infr. de action. empt.* Quibus contraria sunt ea quæ in fossa dicuntur in *l. penult. eod.* Atqui non est huiusmodi rota per quam trahitur, sicut nec situla vel fistula per quam aqua ducitur. Plerunque enim fistulæ imò sẽper extra ædes sunt *l. licèt extra* 48. *inf. hoc tit.* In quo differunt à rota quæ vt plurimũ intra ædes ipsas est. Ergo neq; rota neq; fistula ædiũ venditarum sunt, ac proinde non comprehenduntur in venditione fundi, quamuis venditor omnia ea quę in eo fundo domini fuerunt, accessura esse dixerit.

DECID. In venditione veniunt omnia de quibus actum est, vt venirent siue principaliter siue accessoriè §. *in lege supr.* Pleraſque enim res etiam propter accessiones emimus, etiam voluptarias *l. si in emptione* 34. *in princip. supr.* Quanto magis propter necessarias? id est, sine quibus vel nullomodo vel minùs commodè habitare in ædibus possemus? Nam & alia multa ædium sunt, licèt neque defossa neque infixa sint, vt seræ, claues, claustra. Multa etiam, quæ licèt defossa ædium non sunt, vt puta vasa vinaria, torcularia, quæ placuit instrumenti magis esse quàm ædium, tametsi ædificio cohæreant, *l. fundi* 17. *in princip. & per tot. infr. de action. empt.* Est autem rota, per quam aqua trahitur, & fistulæ per quas aqua ducitur, ex earũ rerum numero quæ sunt ædium, licèt fistulæ, vt

BIU Cujas

fistulæ per quas aqua ducitur ex earum rerum numero quæ sunt ædium, licet fistulæ, vt diximus extra ædes sint, adeò vt distractis ædibus sequantur emptorem, licèt de iis nihil nominatim dictum sit *l. si aquæductus* 47. *& seqq. infr. hoc tit.* Multò igitur magis si venditor dixerit accessura omnia quæ in eo fundo sunt domini, vt in specie huius §. In fundo enim esse videtur quicquid ad solam fundi vtilitatem comparatum est licèt extra fundum sit *d.l. si aquæductus & seqq. inf. d.l. fundi.* Si modò aliam vtilitatem præstare sine ædibus non possint, *d.l. fundi* §. *fundo vendito. &* §. *castella.* Iunge *l.2. sup. commun. prad.*

41. IVLIANVS libro 3. ad Vrseium Ferocem.

CVm ab eo, qui fundum alij obligatum habebat, quidam sic emptum rogasset, vt esset is sibi emptus si eum liberaret, dummodo ante Kalendas Iulias liberaret. quæsitum est, an vtiliter agere possit ex empto in hoc, vt venditor eum liberaret. respondit: Videamus, quid inter ementem & vendentem actum sit. nam si id actum est, vt omni modo intra Kalendas Iulias venditor fundum liberaret: ex empto erit pactio, vt liberet: nec sub condicione emptio facta intelligetur: veluti si hoc modo emptor interrogauerit, *Erit mihi fundus emptus, ita vt eum intra Kalendas Iulias liberes*: vel, *ita vt eum intra Kalendas Iulias à Titio redimas.* si vero sub condicione facta emptio est, non poterit agi, vt condicio impleatur.

Ad l. Cùm ab eo 41.

RAT. DVB. Condicio non minùs quàm modus pars quædam est venditionis, cùm non aliter fuerit emptor aut venditor contracturus, sicuti diximus diem adiectam in stipulatione partem esse stipulationis, *l.1.§. editiones sup. de edend.* Ergo quemadmodum si quis fundum alij obligatum emerit sub hoc modo, vt eum venditor intra certum tempus liberaret, habet actionem ex empto per quam cogat venditorem, vt eum fundum liberet, quomodo hic Iulianus scribit. Quidni idem dicemus etiamsi per modum condicionis, sic facta pactio sit, *si eum venditor liberauerit*? Etsi enim, si verba inspicimus, differt modus à condicione in eo quod condicio fit per *si*, modus autem per *vt*, quod omnium optimè hæc lex probat, cùm tamen in emptis & venditis maximè sequamur id quod actum est *l. sed Celsus* 6. §.1. *supr.* Quis non videt in proposita specie id actum esse inter emptorem & venditorem, vt venditor fundum omnimodo liberaret? An fortassis vno casu magis quàm alio interest emptoris vt fundus liberetur? Neq; verò quicquam facilius est quàm vt modus pro condicione obseruetur: quod euenit potissimùm in vltimis voluntatibus *l.1. C. de his quæ sub mod. l. quibus diebus* 40. §. *vlt. infr. de condic. & demonstr.* Videtur autem multo fauorabilius, vt condicio habeatur pro modo, quàm modus sub condicione, quia condicio suspendit actum non etiam modus. Ideóque odiosa esse creditur condicio quælibet quæ actum suspendit non etiam modus, nec nisi rarò supplenda est, *l. si ita stipulatus* 126. §. *Chrysogonus in fin. infr. hoc tit.* Cur non ergo præsumemus in dubio modum potiùs quàm condicionem? Vt scilicet actus valeat potiùs quàm vt pereat *l. quoties* 80. *eod. l. quoties* 12. *infr. de reb. dub. & d.* §. *Chrysogonus. vers. sequens stipulatio.* Sed & cùm actio ex empto detur plerunque etiam ad resoluendam venditionem *d. l. sed Celsus* §.1. *l. ex empto* 11. §. *si quis virginem & seq. infr. de action. empt.* Cur non dabitur etiam ad perficiendam? Est enim fauorabilior perfectio emptionis quàm resolutio, *l. AEmilius* 41. *supr. de minor.* Et consequenter ad hoc vt condicio impleatur. Certum enim est, perfici condicionales emptiones tunc cùm condicio impletur, *l. hæc venditio* 7. *supr. hoc tit.*

DEC. Differentia larga est inter modum & condicionem: in contractibus condicio, quæ fit per *si* suspendit, modus qui fit per *vt* non suspendit, vt diximus. Ex verbis igitur dignoscendum est quid actum sit. In dubio enim quid actum intelligi magis debet quàm quod dictum est? *l. ille aut ille* 25. §.1. *de legat.3. l. Labeo* 7. *de supellect. legat.* Ergo si appareat venditionem & emptionem ita conceptam esse, *si venditor fundum venditum liberauerit.* Apparet id actum esse, vt venditio in id vsque tempus quo liberatum pignus esset, suspenderetur, ac proinde vt nec priùs perfecta dici posset *d. l. hæc venditio.* Atqui non potest nasci obligatio empti & venditi neque actio ex empto, aut vendito, nisi perfecta demùm emptione. Non igitur quemadmodum agi potest ex empto ad resoluendam venditionem, ita & dici potest agi ex empto posse ad eam perficiendam, nisi per moram alterutrius fiat quominùs condicio impleatur, quo casu habetur pro impleta vt in *l. Labeo scribit* 50. *infr.* Resolutio enim venditionis præsupponit iam contractam, & perfectam eam esse & consequenter in eo statu, vt actionem parere possit, nec quæri oporteat an actio competat, sed tantùm ad quid competat. Potest autem competere non minùs ad resoluendam quàm ad implendam venditionem, *dict. l. sed Celsus* §.1. *supr. l. si quis alienam* 46. *& d.l. ex empto* 11. §. 1. *& d.* §. *si quis virginem & seq. de action. empt.* Nec odiosa est condicio, quam appositam contrahentes voluerunt, quamuis in dubio nec præsumenda sit, nec supplenda. Sanè in testamentis & vltimis voluntatibus aliud est, & modus pro condicione obseruatur *d.l.1. C. de his quæ sub mod. d.l. quibus diebus* §. *vlt. l. à testatore* 109. *de condic. & demonstr.* Ideò fortasse quòd interfit publicè voluntates defunctorum non circumueniri *l. si cui legatum* 92. *eod.* Quas tamen circumueniri facilè esset si modus non haberetur pro condicione, vt eum ante omnia impleri oporteret. De quo alibi pluribus scripsimus.

1 ¶ Mensam argento coopertam mihi ignoranti pro solido vendidisti imprudens. nulla est emptio, pecuniaque eo nomine data, condicetur.

Ad §.1.

Ad §. 1. Mensam.

RAT. DVB. Cùm venditur quid tanquam inauratum vel inargentatum, licèt emptor totum id aurum putet, nihilominus valet venditio *l. quid tamen 14. supr.* quia, inquit, lex auri aliquid habuit: Ergo & cum mensa argento cooperta est, mihi ignorãti vendita est pro solida, dicendum est similiter valere emptionem, quoniam mensa argenti aliquid habuit.

DEC. Multũ interest an mẽsa argento cooperta tantum, vendita sit pro argentea insolidũ ignorãte emptore, qui solidam argenteam esse putabat. An verò venditor solidam eam esse argenteam affirmauerit ac pro tali vendiderit. Priore casu velut emptio, quia in corpus consensum est, nec in materia & qualitate omnino dissensum, posteriore autem non valet, quia nec vendendi animus fuit nec emendi mensam quæ non tota esset argentea vt diximus ad *d. l. quid tamen*, vbi vide. Et hæc vna est ex conciliationibus quas adfert Accursius. Cæteræ omnes improbabiles sunt & commentitiæ quamuis Accursius hanc omnium optimam minus probet vt diximus ad *d. l. quid tamen & ad l. in venditionibus 9. §. vlt. eod.* Mihi tamen magis placet quod Iacobus Cuiacius primus subtiliter docuit *libr. 2. obseruat. cap. 4.* separandam esse mensam inargentatam, id est, ex argento, & alia materia mixtam, ab ea quæ non nisi argento cooperta sit. Hæc enim nihil argenti habet, cùm infusum vel immixtum argentum hic nullum sit, & ideò erratur in materia cùm nulla ex parte sit argentea, sed operimento duntaxat laminæ vestita. Et omnino ita sentiendum est. Porrò si emptio nulla est, consequens omnino sit quod Iulianus subijcit, vt eo nomine data pecunia condicatur, siue condictione indebiti, siue generaliore condictione sine causa *l. suærei 16. supr. hoc tit.* vbi diximus & *ad l. seruum meum 37. supr. de condict. indeb.* nam neque soluendi neque retinendi alia causa fuit vel esse potuit quàm venditio, quæ tamen nulla est: *l. & quod soluerit 23. supr. eod. hoc tit.*

42. MARCIANVS libro 1. Institutionum.

DOmini neque per se, neque per procuratores suos possunt saltem criminosos seruos vendere, vt cum bestiis pugnent. & ita Diui fratres rescripserunt.

Ad l. Domini 42.

RAT. DVB. Dominis data est in seruos vitæ & necis potestas, maximè verò in criminosos & vltima fortassis supplicia demeritos, quos puniri & vltimo supplicio affici etiam interfit reipublicæ, ac proinde quos tanto magis licere dominis debeat etiam malis condicionibus vendere, cùm & iure ciuili, ac prætorio non solùm pro iam mortuis adeóque pro nullis habeantur, *l. quod attinet 32. de regul. iur.* sed etiam quadrupedibus æquiparentur *l. 2. supr. ad leg. Aquil.* Quia enim nulla cum iis actio esse potest, *l. cum seruo 107. de regul. iur.* præsertim domino, contra quemuis certis ex causis consistere seruus potest, *l. vix certis 53. supr. de iudic.* permittitur dominis, etiam domi seruos suos conuenire *l. vlt. C. an seruus pro suo fact.* Ergo non sunt prohibendi domini neque per se neque per procuratores suos saltem criminosos seruos vendere, vt cum bestiis pugnent.

DEC. Etiam seruos agnoscit natura pro hominibus *d. l. quod attinet*, & iis quoque inest dignitas oris humani *l. iustissimè 44. in princip. infr. de ædilit. edict.* Digni ergo sunt quibus contra nimiam dominorum sæuitiam succurratur, cùm etiam puplicè interfit, ne quis re sua abutatur *l. 2. supr. de his qui sui vel alien. iur. sunt §. vlt. Instit. eod.* Nec si criminosi sint debet in arbitrio domini esse qua pœna puniantur, sed magistratuum ad quos ea res pertinet cognitio est, qua pœna sint afficiendi. Est autem grauissima & omnium ferè indignissima pœna illa mortis vt quis ad pugnandum cum bestiis condẽnetur. Proinde merito placuit legis Corneliæ de sicariis pœna teneri eum debere qui sine iudice seruum quantumlibet criminosum ad bestias dedit aut dandum vendidit, adeóq; is etiam qui comparauit *l. circumcidere 10. §. seruo infr. de leg. Cornel. de sicar.* Eadémque pœna teneri placuit etiam illos qui per procuratorem seruos, hac lege vendiderunt, vt à diuis fratribus rescriptum est, cũ fortassis quidam domini putarent satis sibi esse ad eludendam pœnam legis Corneliæ de sicariis si seruos hoc pacto venderent non per se, sed per procuratorem quod lex de solis dominis vendentibus locuta esset, non de eorum procuratoribus. Cùm tamen non eo minùs quis venditor dici possit quòd per procuratorem vendiderit. Quid enim refert an per se quis faciat an per alium? *l. ita autem 5. §. quòd si quis infr. de admin. tutor. l. si quis id quod 7. §. vlt. supr. de iurisd.* Ergo & procurator quoque eâdem pœna tenebitur licèt domini iussu vendiderit, quia non eo minùs ipse quoque venditor est & contra legem fecit, *l. Iulianus 13. §. cum procurator 25. infr. de act. empt. l. seruum Titij 49. supr. mandat. l. possessio 49. §. vlt. infr. de acq. poss.*

43. FLORENTINVS libro 8. Institutionum.

EA, quæ commendandi causa in venditionibus dicuntur, si palam esse appareant, venditorem non obligant. veluti si dicat seruum speciosum, domum bene ædificatam. [a] at si dixerit hominem litteratum, vel artificem: præstare debet. nam hocipso pluris vendidit. Quædam etiam postulationes venditorem non obligant, si ita in promptu res sit, vt eam emptor non ignorauerit. veluti si quis hominem luminibus effossis emat, & de sanitate sti-

puletur. nam de cetera parte corporis potiùs stipulatus videtur, quam de eo, in quo se ipse decipiebat.

Ad l. Ea quæ 43.

RAT. DVB. Imputare sibi debet venditor qui vt emptorem facilius pelliceret ad emendum & quidem maiore precio, quamuis non nisi commendandi gratia, dixit domum, quam vendebat, benè ædificatam esse, aut seruum speciosum cum non esset. Quid enim cogebat eum ita dicere contra quàm in rei veritate esse sciret? Neque verò nouum est, vt qui effuso sermone sese iactat, in promptum incidat sui periculum, quomodo Iustinianus loquitur in *l. vlt. in fin. C. de dot. promiss.* Quòd si etiam in dolo venditor esse dicitur, non tantum qui fallendi causa obscurè loquitur, sed etiam qui insidiosè & obscurè dissimulat, vt scriptum est in §. 1. huius legis. An non multo magis facit dolo malo is qui commendandi causa ea dicat & adfirmet de re vendita, quæ sciat non esse vera? An non multo magis est quod huic imputetur qui falsa sciens adseuerauit, quàm ei qui facilis fuit ad ea adseueranda, quæ ignorabat? de quo in *l. Iulianus 13. §. quid tamen. infr. de action. empt.* Credibile namque est emptorem alioqui aut empturum omnino non fuisse, aut viliore saltem precio empturum vt in *d. l. Iulianus §. si venditor.*

DEC. Ea sola dicta promissaq; admittenda sunt, quæcunque sic dicuntur vt præstentur, non vt iactentur *l. sciendum 19. §. ea autem solà infr. de ædilit. edict.* Eiusmodi sunt quæ ad nudam serui laudem pertinent, etiamsi palam non appareant, vt si quis dicat hominem frugi esse, probum, dicto audientem *d. l. sciendum in princip.* Multo magis ea quæ an sint, & qualia sint palam apparet, de quibus Florentinus in hac lege loquitur, veluti si dicat venditor seruum quem vendit, speciosum esse, vel domum ritè ædificatam. Seipsum enim decipit emptor, nec decipitur à vẽditore, cùm videre possit neque speciosum esse seruum qui venditur, neque domum benè ædificatam, non minus quàm si seruum luminibus effossis videret, quem tamen venditor sanis oculis esse diceret. Denique quod venditor commendandi tantum gratia dicit, sic habendum est, quasi neque dictum neque promissum esset *l. quod venditor 37. supr. de dolo.* Vbi quod pro exceptione additur, nisi emptoris decipiendi causa id dictum sit, ad ea tantum pertinet, quæ nõ apparent, non autem ad ea quæ apparent. Nũquam enim emptor deceptũ se potest dicere in iis quæ ignorare non potuit *l. 1. in fin. infr. de action. empt.* Non potuit autem ea ignorare quæ vidit quod solis pupillis permissum est *l. 1. C. de fals. monet.* Non ergo quasi ob dictum aut promissum aliqua emptori contra venditorem actio ex hac causa potest competere.

a *At si dixerit hominem bene literatum.* RAT. DVB. Ea quæ commendandi gratia sic dicta sunt vt ad nudam serui laudem pertineant, à venditore præstari non debent *d. l. sciendum 19. in princip.* etiamsi palam non appareant, vt in exemplis illius legis. Ergo tametsi venditor hominem quem vendebat, benè literatum vel artificem esse dixerit, præstare id non debet, quia non nisi ad serui venditi laudem ista pertinent.

DEC. Emptori omnia prẽstare debet venditor quę dixit, si ob eam rem pluris, emptor emerit. Quæ enim commendandi causa venditor ita dicit, mouent emptorẽ, vt vel emat quod alioqui emturus omnino non fuerat, vel emat precio maiore *d. l. Iulianus 13. §. si venditor infr. de action. empt.* Itaque non tam ad serui laudem nudam, quàm ad venditoris vtilitatem pertinent. Qui proinde vix est vt dolo carere videatur si benè literatũ aut artificem dicat esse seruum venditum quem sciat talem non esse. Et ad hunc demum casum pertinet quod scriptum est in *d. l. quod venditor. 37. supr. de dolo*, de venditore qui decipiendi emptoris causa rem venditam commendauit, de ea scilicet re quæ non palam apparebat, & quam ideo emptor verisimiliter ignorare poterat. Denique emptori semper id præstandum est propter quod emit cariùs *d. §. si venditor.* Vt & venditori id propter quod vendidit viliùs *l. seruus ea lege 6. §. 1. infr. de seru. export. l. fundi partem 79. infr. hoc tit. l. si sterilis 21. §. si tibi fundum infr. de act. empt.* Iunge quę scripsi ad *d. l. quod venditor in fin.*

b *Quædam etiam pollicitationes.* RAT. DVB. In emptis & venditis semper sequimur id quod actum est *l. sed Celsus 6. §. 1. supr.* Multo igitur magis id quod expressim dictum est, licèt non nisi nudo pacto vel pollicitatione interueniente. Ergo etiãsi res ita in promptu sit, vt eam emptor nec ignorauerit, nec ignorare potuerit, veluti si quis hominem luminibus effossis emat, & de sanitate stipuletur, dicendum est etiam ob effossos oculos teneri venditorem debere ex pollicitatione sua & promissione, tametsi futurum alioquin esset vt actione ex empto non teneretur. Exemplo eius quod ex Labeone Vlpianus scribit in *l. apud Celsum 5. §. item Labeo scribit 5. infr. de dol. mal. except.* Si quis fugitiuum esse sciens emerit seruum, & sic stipulatus fuerit fugitiuum non esse, deinde agat ex stipulatu, non esse illum exceptione repellendum, quoniam hoc conuênit, quamuis, inquit, actionem ex empto non haberet, esset que repellendus exceptione si non conuenisset.

DEC. Tum demùm emptori succurrendum est, cùm alioquin eueniret, vt deciperetur, & ob non præstita ea quæ promissa essent, læderetur contra bonam fidem *l. 1. §. 1. l. quæro 39. l. in venditione 41. & pass. infr. de action. empt.* Atqui non potest dicere se ab aduersario deceptum esse is qui seipsum decipit, *l. nam si scit 26. supr. de rei vindic. d. l. 1. in fin.* Seipsum autem vltrò decipit emptor, qui videns effossis luminibus esse seruum quem emit, de ipsius tamen sanitate etiam ratione oculorum stipulatur. Ergo de cætera tantùm parte corporis stipulatus videri potiùs debet, vt cõuentio neque inutilis sit neque absurda. Nec simile exemplum est quod de fugitiuo seruo obiecimus ex *dict. §. item Labeo scribit*, quia fieri potest, vt qui fugitiuus est, postea tamen fugitiuus esse desinat, & consequenter, vt præstare venditor possit eum fugitiuum non esse. Cùm animi vicium illud sit, quod cùm nõ sit necessarium, potest etiam facilè fieri, vt non sit perpetuum. At cæcum impossibile est fieri vnquam sanis oculis: esset que ea promissio etiam nominatim facta, rei impossibilis, quæ proinde nullam pareret obligationem ex regula *l. impossibilium 185. de regul. iur.* Sic enim malo hos locos conciliare quàm quomodo Accursius qui distinguit, an generaliter tantùm, an verò specialiter & nominatim de sanitate oculorũ

cæci

cæci emptor stipulatus sit. Item an de sanitate tãtum stipulatio interposita sit, an etiam de precio. Quid enim potest addere stipulatio expressa de cæcitate oculorum cæci serui quem effossis oculis esse emptor sciat, nisi vt tanto stultiorem & stolidiorem se emptor probet? Quid rursum commune habet stipulatio de precio cum stipulatione de sanitate serui venditi ad hanc ita vel ita interpretandam? vt taceam quod verissimum est nihil de precij stipulatione proponi in *d. §. item Labeo*, non magis quam in hac lege.

1 ¶ Dolum malum à se abesse præstare venditor debet, qui non tantũ in eo est, qui fallendi causa obscurè loquitur: sed etiam, qui insidiosè, obscure dissimulat.

Ad §. 1. Dolum malum.

RAT. DVB. solent & possunt emptores in venditione & emptione qualibet sibi prospicere cauendo ac stipulando aut paciscendo, dolum malum à venditore abfuturũ esse *l. si cùm fundum 68. §. 1. infr. hoc tit.* Ergo sibi debet imputare emptor si eam cautionem & pactionem non adhibuerit: ius enim ciuile vigilantibus & diligentibus scriptũ est non dormientibus aut ignorantibus *l. non enim 16. supr. ex quib. cauſ. maior. l. pupillus 24. infr. Quæ in fraud. credit.* Nec videtur damnum quisquam sentire quod ex culpa sua sentiat *vulg. l. quod quis 203. de regul. iur.*

DEC. Contractus emptionis & venditionis bonæ fidei est *l. ex empto 11. §. vlt. l. bona fides 50. & paſſ. infr. de action. empt.* Nihil autem bonæ fidei tam contrarium est quam dolus quem comprobare contra bonos mores est, quomodo de vi & metu scribit Vlpianus in *l. nihil conſenſui 116. de regul. iur.* Nam nec vis potest esse sine dolo *l. 2. §. doli mali infr. vi bonor. rapt.* Adeo vt & à contractibus stricti iuris perinde atque ab iis qui bonæ fidei sunt dolus malus abesse debeat: omnes enim contractus bonæ fidei sunt, quatenus bona fides opponitur dolo malo *l. bonam fidem 4. C. de oblig. & act.* non quatenus sumitur pro æquitate & opponitur iuri stricto *d. l. bona fides de action. empt. l. bona fides 31. ſupr. depoſit.* Ergo dolum malum à se abesse præstare omnimodo venditor debet, etiamsi de eo nihil dictum sit. Nec quòd eam rem sagaciores emptores plerique in conuentionem deducant, ad rem facit. Quæ enim dubitationis tollendæ causa in contractibus adiici solent, ius commune non lædunt, *l. quæ dubitationis 81. de regul. iur. l. qui mutuam 56. ſupr. mandat.* Ideóque nihil imputari emptori potest etiamsi in emendo non adiecerit & cauerit, vt dolus malus à venditore abesset. Cùm ea adiectio superuacua sit *d. l. si cùm fundum 68. §. infr. hoc tit.* Dolus autem malus abesse intelligitur siue venditor fallendi causa obscurè loquatur siue inofficiosè, id est, per insidias obscurè dissimulet vt in *l. 1. §. 1. l. quæro 39. infr. de act. empt.* Dissimulatio enim ipsa dolus est *l. si ſine 5. C. ad SC. Velleian. l. mulier 11. Cod. de diſtr. pign. l. 2. C. de reb. alien. non alien.* Nisi cùm dissimulatio iustã & honestã aliquam causam habet vt in *l. doli 19. §. diuerſum infr. de nouat.* Hoc nostri etiam ad testes protrahunt, qui aut omnino tacet verum per dissimulationem, aut in vero dicendo obscurè loquitur ex *l. presbyteri 8. in fin. C. de Epiſc. & cler.* Iunge *l. in vendendo 66. §. 1. infr.*

44. MARCIANVS libro 5. Regularum.

SI duos quis seruos emerit pariter vno pretio, quorum alter ante venditionem mortuus est: neque in viuo constat emptio.

Ad l. Si duos quis 44.

RAT. DVB. In stipulationibus quot sunt res, tot quoque stipulationes esse creduntur, *l. ſcire debemus 29. inf. de verb. oblig.* Nec aliud est in stipulatione duplæ, quæ in emptionibus interponi olim solebat *l. quia dicitur 32. infr. de euict.* Vnde dicimus etiam tot esse actiones de euictione, quot sunt res emptæ, licèt vnum duntaxat sit emptionis instrumentum *l. cùm plures 72. eod. tit.* Ergo tot quoque emptiones esse debent quot sunt res venditæ, & consequenter si duos quis seruos emerit pariter vno precio, dicendum, est quamuis ante venditionem alter iam mortuus sit, in altero tamen qui adhuc viuus sit, constare emptionem. Quid enim vetat ex duabus emptionibus vnam valere, aliam non valere? Imò & aliquando accidit, vt quamuis vna tantùm res vendita sit, cuius aut dimidia aut minor pars exusta sit, emptio tamen teneat pro reliqua parte quæ exusta non est, adeò vt cogendus sit emptor venditionem adimplere, æstimatione boni viri arbitratu habita, vt quod ex precio propter incendium decrescere fuerit inuentum, ab eius præstatione liberetur, vt scriptum est in *l. domum 57. infr. hoc tit.* Cur non ergo & in proposita specie tenebit emptio in persona viui hominis, detracta tamen ex vtriusque precio mortui æstimatione?

DEC. Vnitas precij rebus pluribus pariter constituti, vnam emptionem facit, quia substantia emptionis consistit ex precio *l. cùm eiuſdem 36. & duab. ſeqq. infr. de ædilit. edict.* Precium autem consistit in pecunia numerata *l. 1. supr.* Et numerus quilibet ab vltima vnitate, quæ non potest non esse indiuidua, denominationem & formam suam accipit. Ergo si vno precio in duos seruos qui ambo viuere credebantur pariter constituto, contingat alterum ante venditionem fuisse iam mortuum, emptio quę in mortuo valere per rerum naturam non potest nec in eo qui viuit, valere debebit, non quasi erratum sit in materia, cùm alter iam decesserat, qui viuere credebatur, sed quia credendus est emptor qui ambos simul emit & vno precio, alterum sine altero empturus fuisse, nec minùs causa venditionis indiuisa est quàm precij *l. cùm ex cauſa 139. de verb. oblig. l. quòd ſi vno 16. §. Celſus quoque infr. tit. prox. de in diem addict.* Nec arbitratu boni viri precium nummi de quo contrahentes conuenerunt, æquum est, quamuis ita scriptum sit à Triboniano verius quàm à Paulo in *d. l. domum*, vbi dicemus

BIU Cujas

Ergo dicendum est emptionem quæ in seruo iam mortuo consistere non potest, nec in viuo consistere, quia neque totum precium deberi potest, neque sciri quanta pars precij pro superstite seruo debeatur. Pluribus tamen seruis vno precio venditis, non eo minùs verum est tot esse actiones de euictione quot sunt res, licèt vna tantùm sit emptio *dict. l. cùm plures*, quia & cùm vna tantùm res vendita est, etiamsi pars tantùm euincatur, habet emptor regressum aduersus venditorem *l. 1. eod.* quia actio de euictione rem venditam respicit non contractum venditionis. Stipulationum alia ratio est. Quoties enim plures res diuersæ vna stipulatione comprehenduntur, nihil est quod vnam possit efficere stipulationem, nisi quod vnica verborum conceptione concluditur, id est, vnica interrogatione & vnica responsione, quæ tamen cùm propter res in stipulationem deductas interponantur, sic haberi debet quasi de singulis rebus separatim & interrogatum sit, & responsum. Nisi cùm plures illæ res vnica denominatione continentur, vt si quis quatuor equos sub quadrigæ nomine stipulatus sit, aut seruos omnes sub nomine familiæ *d. l. scire debemus 29. de verb. oblig.* At emptionem plurium rerum vnam facit vnitas precij, vt diximus. Indéque nimirum petenda est ratio huius legis, non, vt quidam putant, quòd seruorum vt & familiæ vna sit etiam stipulatio. Non enim qui duos seruos aut emit aut stipulatur, familiam stipulari aut emere intelligitur, nec si tota familia in duobus illis seruis consistat, quoniam hoc quoque casu aliud est, omnes seruos qui in familia sunt, emere, aliud verò duos, licèt in familia non plures sint quàm duo.

45. IDEM libro 4. Regularum.

LAbeo libro posteriorum scribit, si vestimenta interpola quis pro nouis emerit, Trebatio placere, ita emptori præstandum, quod interest si ignorans interpola emerit. quam sententiam & Pomponius probat, in qua & Iulianus est: qui ait, siquidem ignorabat venditor, ipsius rei nomine teneri: si sciebat, etiam damni, quod ex eo contingit.[a] quemadmodum si vas aurichalcum pro auro vendidisset ignorans: tenetur, vt aurum, quod vendidit, præstet.

Ad l. Labeo 45.

RAT. DVB. Emptor qui vestimenta interpola, & iam vsu detrita, sed renouata pro nouis emit ignorans, non fuerat verisimiliter empturus si interpola sciuisset. Id enim agebat vt noua emeret, non vt renouata. Ergo dicendum est non valere emptionem exemplo eius quod scriptum est in *l. prox. præced. ex l. quòd si vno 16. §. Celsus quoque infr. Tit. prox. l. si quis aliam 46. infr. de solut. l. tutor 47. §. 1. supr. de minor.*

DEC. Quoties in corpus consensum est, nec erratum fuit in materia, & qualitate substantiali, toties verum est emptionem tenere *l. quid tamen 14. supr.* Atqui in specie proposita consensetunt emptor & venditor non modò in corpore, sed etiam in materia. Et quamuis in qualitate dissenserint, non est tamen qualitas illa substantialis, sed accidentalis, & extrinseca. Ergo non potest ea dissensio facere nullam emptionem. Qua porrò stante æquum est venditorem præstare emptori quem ponimus vestimentorum qualitatem ignorasse, quanto minoris fuerat ille empturus si interpola sciuisset, nempe si venditor quoque ignorauit, si verò sciuit, teneri debet non solùm quanto minoris emptor fuerat empturus, sed in id omne præterea damnum quod ex ea venditione emptori contigit, vt in exemplo quod affert Accursius, si emptor eadem vestimenta alij vendiderit tanquam noua, & pœnam promiserit si ea interpola reperirentur. Semper enim æquum est grauiorem fieri condemnationem in eum qui sciuit tanquam dolosum quàm in eum qui ignorauit *l. Iulianus 13. in princ. infr. de action. empt.* At si emptor sciuit, nullam ex empto actionem habere potest contra venditorem siue scientem siue ignorantem. Quia in tantum egerunt ædiles ne emptores à venditoribus in huiusmodi rerum mobilium emptionibus circumuenirentur, *l. præcipiunt 37. infr. de ædilit. edict.* Nō autem decipitur à venditore emptor qui scit, & seipsum potiùs decipit, *l. ea quæ 43. supr. l. imò eum 16. §. tunc habet infr. de liber. caus. l. nam si scit. 26. supr. de rei vindic.*

a *Quemadmodum si vas aurichalcum.* RAT. DVB. Cùm æs pro auro venditur, non valet venditio, quia erratur in materia, licèt in corpus consensum sit *l. quid tamen 14. iunct. l. in venditionibus 9. §. vltim. l. cùm ab eo 41. §. 1. supr.* Ergo non benè hic casus superiori comparatur in quo venditionem valere diximus.

DEC. Etiam cùm venditio non valet, actio tamen ex empto competit emptori in id omne, quod sua interest, *l. si sterilis 21. §. quamuis infr. de action. empt.* Ergo bona est hac parte comparatio huius casus cum superiore, licèt inter eos differentia sit quod superiore valet emptio, quæ hoc posteriore non valet. Eadémne igitur distinctio adhibenda est, vt is qui aurichalcum pro auro vendidit ignoranti, siquidem & ipse ignorauerit, teneatur quanto minoris, si verò sciuerit teneatur in id omne quod emptoris interest si quod ei damnum ex dolosa venditione contigerit? Minimè verò. Quia aurum est ex earum rerum genere quæ recipiunt functionem, vt proinde vtroque casu venditor tantundem auri præstare emptori teneatur, quantum vendidit. Quod cùm fit, nulla alia superest facienda damni æstimatio: quod in speciebus venditis diuersum est, quæ in sua specie functionem non recipiunt, *l. 2. §. mutui datio supr. de reb. credit.* In quo sanè noster errauit Accursius, qui superioris casus distinctionem ad hunc quoque trahit. Sicut & in eo quod posteriore hoc casu dat emptori actionem de dolo secundum Martini sententiam, quasi non possit actio ex empto competere, vbi nulla emptio est. Contrà quàm scriptum sit in *d. l. si sterilis 21. §. quamuis de action. empt.*

46. Idem

46. IDEM libro singulari de Delatoribus.

NOn licet ex officio, quod administrat quis, emere quid vel per se, vel per aliam personam. alioquin non tantùm rem amittit, sed & in quadruplum conuenitur secundum constitutionem Seueri & Antonini Impp. & hoc ad procuratorem quoque Cæsaris pertinet. sed hoc ita se habet, nisi specialiter quibusdam hoc concessum sit.

Ad l. non licet 46.

RAT. DVB. Emptiones omnes sunt ex iure gentium *l. 1. §. vlt. supr. l. ex hoc iure 5. supr. de iustit. & iur.* Ergo non sunt prohibendæ & interdicendæ Magistratibus & iis qui in prouincia officium aliquod gerunt & administrationem habent, quæ nec deportatis interdictæ sunt *l. deportatus 15. infr. de interd. & releg.* Ne alioqui officium publicum iis damnosum sit, quod nemini damnosum esse debet *l. videlicet 29. supr. ex quib. caus. maior. vt nec priuatum, l. si quis ex signatoribus 7. infr. Testam quem adm. aper. l. si seruus 61. §. quod verò infr. de furt.* Neque verò ad inuidiam nocere cuiquam dignitatem vllam oportet *l. ad inuidiam 6. C. de eo quod met. caus.* Præsertim verò in maioribus & supremis magistratibus quos credit Princeps non aliter esse iudicaturos, quàm esset ipse iudicaturus *l. vnic. supr. de offic. præf. prætor.* DEC. Interest in vniuersum omnium maximè tenuiorum ne à potentioribus opprimantur, præsertim verò à magistratibus, quorum persona propter dignitatem & potestatem terribilis plerumque est, si quando fortè minacem seruorem suum exhibere velint, vt scriptum est in *l. vnic. C. si rect. prouinc. vel ad eum pertin. sponsalit. deder. l. vnic. C. si quacunq. prædit. potest. l. 1. C. ne lic. potent. patrocin. litig. præstar. l. pen. C. de eo quod met. caus. l. vlt. C. de rescind. vendit.* Nec enim potentioribus pares esse possumus *l. 3. in princip. supr. de alienat. iudic. mut. caus. fact.* Et vix reperiuntur qui dignitate ac potestate sua sic vtantur, vt non etiam plerumque abutantur *l. 2. supr. de his qui sui vel alien. iur. sunt.* Et quamuis nec semper nec passim id accidat, solet tamen debétq; prudens legislator præcauere ne id accidat quod accidere potest *l. si quis domum 9. §. 1. vers. idem quærit. infr. locat.* Melius enim est intacta cuiusque iura seruare, quàm post illatum vulnus remedium quærere *l. vlt. C. in quib. caus. restit. in integr. non. est necess.* Ob eam nimirum causam lege Iulia repetundarum prouisum fuit ne Præsidi seu procuratori Cæsaris alijve cuilibet in ea prouincia in qua administrat, liceat siue per se siue per suppositam personam aliquid comparare, adeoq; nec conducere, multo minùs ex donatione sibi acquirere prohibita etiam istarum rerum vsucapione acsi furtiuæ essent *l. quod contra 8. infr. ad leg. Iul. repetund. l. aufertur 46. §. quod à Præside infr. de iur. fisc.* Præterquam si paterna eius bona à fisco distrahantur *l. qui officij. 62. infr. hoc tit.* Aut si de iis rebus agatur, quæ ad alimoniam aut vestes pertinent, vt habet Iustiniani constitutio in *l. vnic. C. de contract. iudic.* quæ ius vetus auxit maximè interdictis non tantùm donationibus, sed etiam emptionibus quarumcunque aliarum rerum tam mobilium quàm immobilium, adeoq; ædificationibus hoc quoque adiecto, *licet sacri apices aliquid eorum permiserint.* Quod olim non erat, vt constat ex fine huius legis, nisi malumus postrema illa verba, *sed hoc ita se habet nisi specialiter quibusdam hoc consensum est.* Triboniani esse, quod ego certè probabilius arbitror, respicientis nimirum ad supradictã Iustiniani constitutionem in *d. l. vnic. C. de contract. iudic.* quæ vrbanos magistratus excepit, vt & Leonis *Nouell. 84.* quæ rationem diuersitatis adfert inter vrbanos & prouinciales magistratus, nam in prouincialibus nihil abrogat Leo, sed confirmat iterũ ius vetus. Quod aduersus vim & terrorem magistratuum prouincialium non sit tam promptum & paratum auxilium per supplicationem Principi porrigendam quam contra vrbanos magistratus. Cùm verò lex Iulia Repetundarum non aliam magistratibus pœnam constituisset quàm vt infirmato contractu æstimatio eius quod contra legem emptum donatúmve esset fisco inferretur, vt constat ex *d. §. quod à præside,* Placuit Imperatoribus Seuero & Antonino pœnam augerevt quisquis contra legem fecisse probaretur, non modò rem amitteret, sed etiam in quadruplum fisco vtique applicandũ conueniretur & condemnaretur, vt in hac lege Marcianus scribit. Fuerunt autem hæ constitutiones æquissimæ sanè ac reipublicæ perutiles, quandiu magistratus siue vrbani siue prouinciales nõ nisi temporalem potestatem & administrationem habuerunt sed factæ sunt periniquæ quomodo in beneficio Principis Paulus loquitur in *l. ex facto 43. vers. etenim infr. de vulg. & pupill. substit.* ex quo cœperũt magistratus esse perpetui, sic enim fieret vt perpetuo eis commercio interdiceretur, quod esset iniquissimum & contra eius gentium. *Ideoque si l. quod si minor 24. §. non semper supr. de minor.* Ideóque ab eo tempore in desuetudinem contrario vsu abierunt. Planè abutuntur apertè his constitutionibus, vt puto, qui eas protrahũt etiam ad tutores, curatores, negotiorum gestores & procuratores priuatorum, quorum prorsus dispar ratio est, vt nemo non videt. Dixi ad *l. si in emptione 34. §. vlt. supr.* Iunge *d. l. qui officij 62. infr.*

47. VLPIANVS libro 28. ad Sabinum.

SI aquæductus debeatur prædio, ius aquæductus transit ad emptorem: etiam si nihil dictum sit. sicut & ipsæ fistulæ, per quas aqua ducitur.

48. PAVLVS libro 5. ad Sabinum.

LIcèt extra ædes sint.

Ad l. si aquæductus 47. & l. licèt 48.

RAT. DVB. Nec aqua nec iter aquæ sequitur fundi emptorem nisi venditor in lege venditionis fundi aquã accessurã esse dixerit *l. qui fundũ 40. §. 1.*

BIU Cujas

sup. Atqui non ponit Vlpianus in hac lege quicquã cautum esse de aquæductu, nec promissam quod accessurus esset prædio vendito. Ergo non sequitur aquæductus emptorem fundi si nihil de eo dictũ sit: alia enim res est prædium, alia verò seruitus quæ prædio debetur, longéq; pluris est fundus qui adnexam habet seruiturem, quàm qui non habet. Ideóque is etiam qui fundum vti optimus maximúsque est, vẽdidit, liberum quidem eum ab omni seruitute præstare debet *l. cum venderes 59. infr. hoc tit.* at non etiam vt ei fundo aliqua seruitus debeatur *l. pen. in fin. infr. de euict.*

DEC. Seruitutes prædiales sunt iura prædiorũ aut vrbanorum aut rusticorum §. *vlt. Instit. de reb. corpor. & incorp.* Nihil autem aliud sunt iura prædiorum, quàm ipsa prædia qualiter se habentia *l. quid aliud. 86. de verb. signific.* Ergo vendito prædio cui seruitus aquæductus debetur etiam aquæductum in emptorem transire necesse est tacito iure *d. l. penult. l. certo generi 13. §. 1. l. via constituí 23. §. vlt. supr. rustic. prad.* Aliud est in aqueductu qui nondum prædio debeatur. Nec enim transit in emptorem, nisi in venditione ipsa constituatur, Quod sit cùm venditor aquam accessuram esse dixit, vt in *d. l. qui fundum* §. 1. idẽ iuris est de fistulis per quas aqua ducitur, vt hic Vlpianus ait, etiã si extra ædes sint, vt subiicitur in *l. seq.* & nos iam diximus ad *d. l. qui fundum* §. *vlt.* Et si maior dubitandi ratio est de his quæ extra ædes sunt, quàm de rebus cæteris quæ insertæ sunt & inclusæ ædificio quas in dubio credendum est ædificij partem esse *l. si venditor 38. §. vlt. infr. de action. empt.* Iunge *l. fundi 17. §. Labeo & seq. & §. vlt. eod. tit. l. fistulas 78. infr. hoc tit.*

49. VLPIANVS libro 19. ad Sabinum.

ET quanquam ius aquæ non sequatur, quod amissum est: attamen fistulæ & canales, dum sequuntur, quasi pars ædium ad emptorem perueniunt. & ita Pomponius libro decimo putat.

Ad l. Et quanquam 49.

RAT. DVB. Cùm principalis causa non subsistit, neque accessiones locum habere possunt *l. cum principalis 78. de regul. iur.* Atqui fistulæ per quas aqua ducitur, accessiones sunt aquæductus nec vllum sine aquæductu habent vsum. Ergo si ius aquæductus emptorem sequi non possit, quia fortè iam amissum sit non vtendo, neque fistulæ neque canales quasi pars ædiũ ad emptorem peruenire possunt.

DEC. Fistulę & canales non tam æqueductus qui iam nullus est quàm ędium venditarum accessiones sunt. Ergo non est bona consecutio si quis ex eo quod ius aquę amissum est, inferre velit, Fistulas igitur & canales non sequi emptorem. Et verò negari non potest quin etiam post amissum ius aquę interfit emptoris habere nihilominus fistulas per quas aqua duci possit, si fortè posteà contingat noua pactione restitui seruitutem aqueductus. Tanto enim facilius erit vt restituatur, & quidem viliore precio. Et cum ędes venditæ in causa sint, vt seruitus aquæductus sequatur emptorem, etiam in causa esse debent vt fistulæ & canales eũdem sequantur. Tritum enim est verbum philosophorum, Causam causæ esse causam causati. Itaque verum est quod Accursius hic notat, euenire sæpe, vt ratione accessionis aliquid debeatur quod alioqui non deberetur, vt in *l. fistulas 78. in princip. infr. hoc tit. l. vxorem 41. §. legauerat l. cui qua Romæ 84. l. prædiis 91. §. pen. & vlt. de legat. 3. l. si venditor. 38. §. vlt. infr. de action. empt. l. si constante 19. vers. pactis C. de donat. ant. nupt.* Sed tamen obseruandum est accessionem accessionis esse etiam accessionẽ principalis, quod hæc lex omniũ probat optimè.

50. IDEM libro 11. ad Edictum.

LAbeo scribit. si mihi bibliothecam ita vendideris, si decuriones Campani locum mihi vendidissent, in quo eam ponerem, & per me stet, quominus id à Campanis impetrem: non esse dubitandum, quin præscriptis verbis agi possit. ego, etiam ex vendito agi posse puto: quasi impleta condicione: cum per emptorem stet, quominus impleatur.

Ad l. Labeo scribit. si mihi 50.

RAT. DVB. Emptio condicionalis non potest dici perfecta antequam condicio impleta sit *l. hæc venditio 7. supr. hoc tit.* Id enim agunt qui sub condicione contrahunt, vt condicionis euentum expectari velint, vt si contingat deficere condicionem nullius contractus initus esse videatur *l. cedere diem 213. de verb. signific. l. pecuniam 36. supr. de reb. credit.* Ergo si bibliothecam mihi vendideris sub hac condicione, *si decuriones Campani locum mihi vendidissent, in quo eam ponerem,* nec locum vllum Campani decuriones mihi vendiderint, consequens est, vt neque præscriptis verbis contra me possis agere quasi ex contractu innominato, neque ex vendito quasi ex contractu emptionis cũ neque perfecta emptio fuerit, neque contractus vllus innominatus præcesserit deficiente condicione: non minùs enim contractus condicionales innominati condicionis implementum exigunt, quam contractus nominati, priusquàm agi ex iis possit.

DEC. In omnib. causis pro facto accipitur id quod per aliquẽ mora fit, quominus fiat *l. in omnib. 39. l. in iure ciuili 161. de regul. iur.* Ergo & cõdicio quælibet pro impleta haberi debet in præiudicium eius per quem

BIU Cujas

quem stat quominus impleatur *d. l. hæc venditio 7. l. iure ciuili 24. de condic. & demonstr. l. in executione 85. §. vlt. infr. de verb. obl.* Proinde si per mè stet quominùs à Campanis impetrem, vt mihi locum vendant in quo reponam bibliothecam quam tu mihi vendidisti. Fatendum est condicionem hanc in mei præiudicium pro impleta haberi debere, & consequẽter venditionem pro perfecta, cùm eius perfectionem nihil nisi euentus condicionis remoraretur. Nihil ergo impedit quominùs ex huiusmodi contractu detur tibi contra me actio. Non solùm Præscriptis verbis quæ dari solet ex pacto quolibet incontinenti appositio etiam post innominatum cõtractum & stricti iuris *l. vlt. C. de rer. permut. & tot. tit. de præscript. verb.* & quam solam dandam putabat Labeo vt constat ex *l. fundi partem 79. infr.* Sed etiã ex vendito quasi perfecta venditione. Nam nec nouum est, vt actio ex vendito cum actione Præscriptis verbis concurrat. Vt alibi docuimus ex *l. 2. C. de pact. int. empt. & vendit.* Iunge quæ scribemus ad *l. pacta conuenta 72. & ad l. qui fundum 75. & dict. l. fundi partem 79. infr.* Porrò quid significetur appellatione bibliothecæ, de qua hîc agitur, vide in *l. librorum 52. §. sed si bibliothecam infr. de legat. 3.*

51. PAVLVS libro 21. ad Edictum.

LItora, quæ fundo vendito coniuncta sunt, in modum non computantur: quia nullius sunt, sed iure gentium omnibus vacant. nec viæ publicæ, aut loca religiosa, vel sacra:[a] itaque, vt proficiant venditori, caueri solet, vti viæ, item litora, & loca publica in modum cedant.

Ad l. Litora 51.

RAT. DVB. Is qui fundum emit, habet cõmoditatẽ litorum fundo vendito coniũctorũ, quamuis litora in nullius bonis sint, sed iure gentium omnibus vacent. Nam si vacant omnibus. Ergo & emptori. Ergo etiam litora, quæ fundo vendito cõiuncta sunt, in modum, quem præstare venditor debet, computanda sunt. Quid enim refert emptoris an commoditatem litorum habeat per occasionem, an iure venditionis non habiturus, si fundum non emisset?

DEC. Litora in nullius bonis sunt, sed iure gentium omnibus vacant, & quidem litora maris tanquam communia, litora vero fluminum tanquam publica, vt benè distinguit Accursius, ex §. *& quidem Instit. de rer. diuis.* Ergo in venditionem cadere non possunt, vt nec in aliud vllum commercij genus *l. sed Celsus 6. in princip. l. si in emptione 34. §. 1. supr.* nec magis tanquam accessiones fundi, quàm per se. Proinde æquum est, vt non computẽtur in modum, quem ex conuentione de suo præstare venditor debet. Quod enim commoditate litorum emptor vtitur, occasione fit magis quàm iure vt loquitur I. C. in *l. 2. infr. de riuis.* Idem iuris est de viis publicis & locis sacris ac religiosis fundo vendito coniunctis, vt scilicet in modum non cedant, nisi id expressim actũ & cautũ sit, vt sequitur in hac lege & in *l. id quod 7. §. 1. infr. de peric. & commod. rei vendit.*

a *Itaque vt proficiant venditori, caueri solet.* RAT. DVB. Priuatorum pactis non potest lædi ius publicum & ciuile *l. ius publicum 38. supr. de pact. l. vlt. infr. de suis & legit.* Multo minùs verò ius gentium *l. donari 29. alias l. quidam §. donationem infr. de donat.* Atqui litora, itemque loca sacra & religiosa & viæ publicæ in nullius bonis sunt, vt proximè diximus & constat ex *l. 1. l. in tantum 6. §. sacræ res & sequ. supr. de rer. diuis.* Ergo per pactũ fieri nequit, vt litora, itémque loca sacra & religiosa, viæque publicæ veniant in venditionem, & in modum computentur.

DEC. Aliud est dicere litora aliaque supradicta quæ in nullius bonis sunt, vendi posse, quod certè nec per expressam pactionem fieri potest. Aliud verò in modum cedere. Hoc enim pacto fieri potest, nec implicat contradictionem, vt quod in vẽditionem cadere non potest, cadat in modum vẽditione præstitutum, quia cùm in modum cedũt, non tam id fit quod habeãtur pro venditis, quàm quia minor modus vẽditus esse intelligitur. Quod autem dicto modo deest, suppletur per commoditatem quam emptor consequitur per occasionẽ venditionis *arg. l. debitor 59. §. vlt. infr. ad SC. Trebell. iunct. d. l. 2. de riuis.* & quam non haberet si fundum non emisset. Idem in aggeribus & fossata respondet Bartolus ex *l. prædia 27. §. ita legatum supr. de instruct. & instrum. legat.* Vt scilicet in modum & mensuram cedant.

52. IDEM libro 54. ad Edictum.

SEnatus censuit, ne quis domũ, villámve dirueret quo plus sibi adquireretur: néve quis, negotiandi causa, eorum quid emeret, venderétve, pœna in eum, qui aduersus Senatusconsultum fecisset, constituta: vt duplum eius quanti emisset, in ærarium inferre cogeretur: in eum vero, qui vendidisset, vt irrita fieret venditio. Plane si mihi pretium solueris: cum tu duplum ærario debeas: repetes à me, quod à mea parte irrita facta est venditio. Nec solùm huic senatusconsulto locus erit, si quis suam villam, vel domum, sed & si alienam vendiderit.

Ad l. Senatus 52.

RAT. DVB. Vnusquisque suæ rei moderator est & arbiter *vulg. l. in re mandata 21. Cod. mandat.* Nec quicquam est rationi & æquitati naturali tam consentaneum, quàm voluntatem domini rem suam in alium transferre volentis ratam

BIU Cujas

haberi *l. qua ratione 9. §. hæ quoque res infr. de acqu. rer. domin.* Et quemadmodum nec emere nec vendere inuitus quisquam cogi potest *l. nec emere 16. C. de iur. delib. l. inuitum 11. C hoc tit.* ita nec prohibendus est dominus ne vendat cui velit *l. dudum 14. eod. tit.* præsertim negotiationis gratia. Ne alioqui commercio rei suæ interdicatur ei cui cæterarum rerum omniū quæ in hominum commercio sunt, liberum commercium est *leg. quòd si minor 24. §. non semper supr. de minor. l. 2. infr. Si quis à parent. manum. sit.* Et verò quid iniquius & inhumanius, quàm dominum, qui sub pœna debeat pecuniam, aut qui si non in promptu soluat, iamiam detrudendus sit in carceres, non posse ædes suas, quas fortè solas in bonis habet vendere, vt sibi rebusque suis consulat? Precium enim non ex re ipsa, sed ex negotiatione percipitur *l. venditor 21. infr. de hered. vel act. vendit.* Ergo impunitum debet esse factum eius qui domum villámve suam diruit, quo plus sibi acquireretur, aut negotiandi causa domum villámve suam vendiderit ad demoliendum. Sic enim hæc lex accipi debet vt constat ex *l. vlt. infr. de damn. infect.* Quis namque dixit vnquam, prohiberi dominum suam domum villámve diuertrahere, si hoc tantùm agat, vt dominium quod habebat, in alium transferat?

Dec. Publica vtilitas priuatæ semper præferenda est. *Authores quæ C. commun. de legat. l. ita vulneratus 51. §. vlt. supr. ad leg. Aquil.* Atqui reipublicæ interest ædificia & vrbana & rustica extrui, non destrui nec ruinis deformari ciuitates *leg. 2. §. si quis nemine l. vlt. infr. Ne quid in loc. public. l. Prætor ait 20. §. hoc interdictum. de oper. noui nunciat.* Meritò igitur Senatus censuit ad Edictum diui Vespasiani de quo in *l. 2. C. de ædific. priuat.* ne quis domum villámve diueret quò plus ex ruderibus & cæmentis sibi acquireretur, néve quis eorum quicquam emeret negotiandi causa. Pœna etiam constituta in eum qui contra Senatusconsultum fecisset. Senatusconsulti huius mentio fit in *l. cætera 41. §. 1. & pass. infr. de legat. 1.* Vbi refert Vlpianus eodē Senatusconsulto prohibitum fuisse ne legari quid possit ex iis quæ ædibus iuncta sunt, vt marmora, & columbæ aliaque his similia: nisi ad opus reipublicæ faciendum tale quid factum sit. Quo casu cōstitutum est ab Impp. Seuero & Antonino, vt qui Reipublicæ ad opus promiserint, etiam ex ædibus suis vrbanis & rusticis possint detrahere, quia nec promercij & negotiationis causa id haberent. Quod & scriptum est in *d. l. vlt. de damn. infect.* Iūge *l. Senatus 43. de leg. 1.* Sūt & alij quidam casus in quibus Senatusconsulto locus non est, quos vide in *d. l. Senatus §. 1. leg. Marcellus 45. de donat. int. vir. & vxor. l. 2. & 3. l. si quis post hanc 6. & seq. C. de ædific. priuat.* Sed quænam pœna Senatusconsulto constituta est aduersus eum qui contra Senatusconsultum fecisset? Marcianus in *d. l. vlt.* refert hanc pœnam constitutam esse, vt singuli precium quo domus distracta est præstent tam emptor quàm venditor. Paulus verò in hac lege ait, constitutam esse pœnam emptori vt duplum eius quanti emisset, in ærarium inferre cogeretur: venditori verò vt venditio irrita fieret. Ita tamen vt si venditori emptor precium soluerit qui duplum ærario debet, repetat à venditore, ex cuius parte facta est irrita venditio. Quæ cùm inter se pugnare videantur, Accursius non insubtiliter sic conciliat, vt tres casus distinguat. Aut enim emptor, inquit, precium nōdum soluit & nihilominùs rem iam habet. Aut necdum habet rem nec precium soluit. Aut denique precium iam soluit, & rem tamen non habet. Primo casu tenetur emptor ad duplum, sed quod in duo simpla, diuisū ratione vnius simpli pœna est vēditoris qui sc. precium petere nō potest, cùm vēditio irrita facta sit. Secūdo casu tenetur quilibet in simplū. Tertio autē casu tenetur venditor in duplū, sed ita vt pœna sit etiā emptoris ratione vnius simpli. Sed mihi probabilius videtur vt hoc tertio casu non in duplum teneatur venditor, quod nusquam scriptum est, sed singuli in simplum ex *d. l. vltim. de damn. infect.* Irrita nihilominùs manente vēditione. Aut quod effectu idem est vt duplum emptor præstet, sed alterum simplum à venditore repetat, id est, precium quod soluit, vt hic Paulus scribit. Constat namque in hoc duplo simplum contineri.

a *Nec solùm huic Senatusconsulto.* Rat. dvb. Senatus prohibuit dominis ne domos villásve suas diruerent aut venderent ad demoliendum. Itemque edictum Vespasiani de quo in *l. 2. Cod. de ædific. priuat.* Ergo cùm sit pœnale, non debet extendi ad non dominum qui domum villámve alienam diruerit aut vendiderit ad demoliendum. Cùm & senatusconsulta, & edicta pœnalia sint odiosa ideoque non facilè extendenda. Ex regula iuris & pontificij & ciuilis quæ odia restringi vult, fauores autem ampliari *cap. odia de regul. iur. in 6. l. cùm quidam 19. de liber. & posthum.*

Dec. Vbi eadem ratio iuris aut æquitatis locum habet ibi & ius idem constituendum est *vulg. l. illud 32. supr. ad leg. Aquil. l. 3. §. vnde etiam infr. de iniust. rupt.* Atqui eadem ratio est publicæ vtilitatis in prohibenda demolitione ædium villarúmve siue suarū siue alienarum ne ciuitas ruinis deformetur, vt diximus *d. l. 2. C. de ædific. priuat.* Ergo idem ius vtroq; casu seruandum est. Nec sanè absurdius quicquam dici potest quàm vt alicui liceat in alienis rebus facere quod in suis non posset *l. si constante 24. §. si maritus in fin. infr. solut. matr.* Neque verò exitiū mādum est odiosum esse hoc Senatusconsultū, quamuis sit iuris ciuilis correctoriū. Cùm imò verò sit fauorabile tanquam Reipublicæ vtile, ideoq; adiuuandū interpretatione *l. hoc modo 64. in fin. de cōdic. & demōst.*

53. Gaivs libro 28. ad Edictum Prouinciale.

VT res emptoris fiat, nihil interest, vtrū solutum sit precium, an eo nomine fideiussor datus sit. quod autem de fideiussore diximus, pleniùs acceptū est, qualibet ratione si venditori de precio satisfactum est (veluti expromissore, aut pignore dato) perinde sit, ac si precium solutum esset.

Ad l. Vt res 53.

De huius legis sententia & ratione iam satis scripsimus ad *l. quod vendidi 19. supr. hoc tit.* Neque hîc aliud addendum occurrit nisi quod lex duodecim tabularum de fideiussore ab emptore dando locuta est, vt ad transferendum in emptorem dominiū fideiussoris datio tantum prodesset, quantum precij solutio. Sed tamen à prudentibus ita id acceptū est quasi hac parte lex 12. tabul. fideiussoris datione dixerit

dixerit pro satisfactione qualibet, siue expromissore dato siue pignore satisfactum sit venditori, quem & satis esset fidem de precio habuisse, vt scriptum est in *d. l. quod vendidi.* Omnis enim satisfactio pro solutione est *leg. satisfactio 52. infr. de solut.* dummodò meminerimus nihil prodesse debitori aut emptori quod velit satisfacere, sed prodesse tantùm quod satisfecerit *leg. si rem 9. §. omnis pecuniæ & l. seq. supr. de pign. act. l. item liberatur 6. §. 1. infr. Quib. mod. pign. vel hypoth. solut.*

54. PAVLVS libro 1. ad Edictum ædilium curulium.

RES bona fide vendita, propter minimam causam inempta fieri non debet.

Ad l. Res bona fide vendita 54.

RAT. DVB. Bona fides non patitur, vt quis ex aliena iactura vel in minimo locupletetur, nam & à iure naturali hoc abhorret *l. nam hoc natura 14. supr. de condict. indeb. l. iure naturæ 206. de reg. iur.* Ergo cùm res aliqua bona fide vendita est, non eo minùs debet inempta fieri etiam ob minimam causam si alioqui futurum sit vt alteruter contrahentium ex alterius damno & iactura locupletetur.

DEC. Negotium quod bona fide gestum & contractum est, vix nisi mala fide & insigni perfidia rescindi & irritum fieri potest *l. fratris tui 10. C. de transact.* Et contractus qui ab initio sunt voluntatis ex postfacto sunt necessitatis *l. sicut 5. C. de obli. & act.* Ergo si venditio contracta sit bona fide, non est ferèdum vt ex minima causa rescindatur. Quod & ad alios omnes contractus etiam stricti iuris porrigendum est. Sed cùm contractus qui ab initio tenuerunt non possint rescindi nisi aut potestate conuentionis in contractu adiectæ, vt euenit in venditione facta sub lege commissoria aut sub pacto additionis in diem de qua dicemus Titulis sequentibus. Aut per restitutionem in integrum. Obseruandum est legem hanc ad priorem partem distinctionis huius non pertinere. Nam si conuenerit vt fundus venditus, si precium intra certum tempus non soluatur, inemptus fiat, & precio intra præstitutum tempus oblato desit vel vnus nummus, non eo minùs lex committetur quæ resoluet venditionem & inemptum faciet fundum si venditor velit, neq; repelli poterit hoc prætextu, quòd res bona fide empta minimam ob causam inempta fieri debeat, vt quidam tamen quos Accursius refert, crediderunt. Quoniam condicio quælibet siue ad perficiendum contractum adhibeatur siue ad resoluendum, sui natura individua est, vt Accursius probat ex *l. fistulas 78. §. qui fundum infr. hoc tit. l. cui fundus 56. infr. de condic. & demonstr. l. tutor 41. §. Lucius infr. de vsur. l. etiam circa 27. infr. de solut. l. quandiu. 6. C. de distract. pignor.* Consequens igitur est vt ad eum casum hæc lex restringi debeat, quo rem bona fide venditam velit quis inemptam facere ob minimam causam per in integrum restitutionem. Cuius iuris ea ratio est quod nec facilè dat Prætor restitutionem in integrum ex minima causa. Id enim est quod nostri iactare solent, Prætorem non curare de minimis *l. scio 4. supr. de in integr. restit. l. si quis adfirmauit 9. §. vlt. & legib. seqq. supr. de dolo.* Proinde tametsi in venditione fraus aliqua dolúsve interuenerit non qui dederit causam contractui vt in *l. eleganter 7. eod.* sed qui in contractum incederit, sed ob modicam summam, puta ad duos vsque aureos: Aut si minor annis vigintiquinque in modico læsus proponatur in precio fortè quod rem dignam centum aureis, centum & duobus vel tribus emerit, non debebit Prætor ex hac causa in integrum restitutionem dare, ne ex minima causa inemptam rem faciat quæ bona fide fuit vendita. Nam & quæ bona fide gesta sunt cum minore seruanda sunt *l. quòd si minor 24. §. non semper l. non omnia 44. supr. de minor.* Et quamuis non tanta læsio requiratur in minore quanta in maiore ad dandam ei in integrum restitutionem, non tamen quantulacumque minima sufficit ad rescindendum contractum qui bona fide initus fuerit à minore, neque hac parte minor à maiore distat. Accursus quamuis dici soleat nihil tam esse contrarium bonæ fidei quàm dolum *l. & ideo 23. infr. locat. l. 4. C. de oblig. & act. l. nihil consensui 116. infr. de regul. iur.* Nec tantùm exceptionem doli bonæ fidei iudiciis inesse, sed etiam actionem de dolo, vt alibi sæpiùs scripsimus. Ex hoc ipso tanto magis intelligimus, Prætorem quo casu denegaret actionem de dolo, id est, ob summam minimam & modicam eodem casu nec daturum restitutionem in integrum ad rescindendam venditionem, nec passurum vt æquitate sola iudicij citra restitutionem in integrũ venditio boba fide facta rescindatur. Et hic certè verus ac germanus legis huius sensus est, non quem Accursius & post eum cæteri vulgo adferunt, vt venditio bona fide facta non facilè rescindi debeat ex causa lęsionis cùm in emendo & vendendo liceat contrahentibus naturaliter se decipere *leg. in causa 16. §. idem Pomponius supr. de minor.* sicut & in locando & conducendo *l. item si precio 22. §. 1. infr. locat.* nisi læsio magna sit & immodica, enormisque vt nostri loquuntur, id est, vltra dimidiam iusti precij ex *l. 2. & l. si voluntate 8. C. de rescind. vendit.* Nec enim potuit cogitare Paulus de remedio dictæ *leg. 2. quod toti Iurisprudentiæ* veteri incognitum ab Impp. Diocletiano & Maximiniano ea primùm constitutione inductum fuit, vt plerisque locis contra virum doctissimum Iacobum Cuiacium à nobis disputatũ & probatum est. Deinde quid si venditor non vltra dimidiam iusti precij læsus sit, sed ad quartam vsque dũtaxat? Eritne hæc minima causa ob quam rescindi venditio non debeat? Non erit sanè, vt ex eo intelligimus quod ex ea causa minor restitueretur in integrum, & venditio ab eo facta tanquam sufficienter læso rescinderetur. Nemo enim tantã læsionem requisiit vnquam in minore, quantam in maiore *l. nam postea quàm 9. §. si minor supr. de iure iur.* Et tamen non restitueretur maior ex causa eiusmodi læsionis, inquies. Fateor, sed hoc non ideò quasi minima causa sit rescindendæ venditionis, sed quia non aliter Imperatoribus placuit subueniri venditori ob immodicam læsionem ex humanitate, quàm si læsio dimidiam iusti precij excedat. Non etiam quod minùs modica sit læsio quæ est intra iusti precij dimidiam. Denique sicut minima causa non sufficit ad rescindendam venditionem, ita nec magna quęlibet nisi quam aut Prętores aut Constitutiones sufficientem esse voluerunt.

BIU Cujas

55. IDEM libro 1. ad Edictum Edilium Curulium.

NVda, & imaginaria venditio pro non facta est, & ideo nec alienatio eius rei intelligitur.

Ad l. Nuda 55.

RAT. DVB. Nulla venditio sine precio esse potest *l. 1. l. 2. §. 1. supr. l. 1. infr. de rer. permut.* Atqui non potest dici nuda & imaginaria venditio precio accedente *l. imaginaria 16. de reg. iur.* Ergo nuda & imaginaria venditio nulla esse potest, de qua proinde quæri possit an pro non facta haberi debeat.

DEC. Imaginaria & nuda venditio est quæ precium non habet *d. l. imaginaria l. 4. §. si ab ignoto inf. de manumiss.* Vbi exemplum ponitur in seruo sine nummis vendito: hoc tamen acto tacitè & per fidem inter emptorem & seruum venditum, vt seruus suis nummis emeretur. Quo casu ex epistola & constitutione diuorum fratrum seruus ipso iure libertatem nanciscitur *d. l. 4. in princip.* Eiusmodi erant tres illæ venditiones, & mancipationes quas in filiisfamilias emancipatione interuenire necesse erat vt de patria exiret potestate *l. verum est 8. §. 1. infr. de iniust rupt.* vt per eas venditiones imaginarias filiusfamilias in condicionem seruilem, sed tamen imaginariam quoque deduceretur. Ob quam causam contingebat ei capitis diminutio *l. 3. §. 1. supr. de capit minut.* vbi ostendimus fuisse eam solemnitatem introductam, vt satisfieret legi duodecim tabularum, quæ ita demùm liberabat filiumfamilias à patria potestate si pater eum ter vēdidisset. Quæ tamen solemnitas tandem à Iustiniano sublata est non tantùm in emancipationibus liberorum, sed etiam in adoptionibus, quia per emancipationem fiebant *l. vlt. C. de emancip. liber. l. vlt. C. de adop.* Est autem imaginaria venditio non tantùm quæ sine precio fit, sed etiam quę vno nummo, vt & conductio *l. si quis conduxerit 46. infr. locat.* Nam & sine precio fit, quæ fit vno nummo *l. si quis antè conduxit 10. §. vlt infr. de acquir. poss.* Debet enim precium consistere in pecunia numerata *§. item precium Instit. hoc tit.* Numerata autem esse non potest vbi nullus numerus est. Vnitas porrò non est numerus, sed principium numeri. Ergo hanc quoque venditionem quæ vno nummo facta sit pro non facta habendā esse dicendum est. Alius tractatus est de venditione simulata quamuis nostri hanc legem vulgo post Accursium de ficta & simulata venditione intelligant. Nam etsi verum est simulatam quoque & fictam venditionem non esse venditionem non magis quàm vt homo pictus homo simpliciter dici possit. Simulata tamen venditio transferre dominium potest, si modò id agebatur, vt sub nomine venditionis alius cōtractus re vera iniretur ex quo transferri dominium posset, puta contractus donationis vt in *l. 3. l. empti 9. C. hoc tit. l. vlt. infr. Pro donat. d. l. 4. §. 1 de manumiss. l. vlt. in fin. infr. hoc tit.* Etsi enim simulata pro infectis haberi debent *l. si ex precio 6. C. si cert. petat.* valet tamen id, quod agitur *l. 1. & hoc tit. C. plus valer. quod agit, quàm quod simul concip.* Itaque ad rem non perrinet, quod hîc nostri disputāt de contractu pignoratitio & fœneratitio facto sub nomine emptionis, si fortè venditio facta sit sub pacto de retrouendendo iuncta enormi læsione, quod sufficere quidam putant, & ab eo qui solitus sit fœnerari, quod addendum plerique existimant, quorum sententiam Senatus noster sequitur tanquam veriorem, vt à nobis in Codice nostro scriptum est. Nec minus abutuntur illi in hanc rem *l. 3. ill. tit. Plus valer.* quod agitur, quę cùm de emptione pignoris causa facta loquitur, non de simulata emptione loquitur, nec de antichresi, qui contractus iure ciuili licitus est *l. si pecuniam 33. supr. de pign. act. l. si is qui 11. § si antichresis infr. de pignor.* nec de lege commissoria in pignoribus adiecta, sed de emptione causa seruandi pignoris nomine facta de qua in *l. 2. & l. cùm secundus 5. §. 1. infr. de distract. pign.* vt bene docuit Cuiacius *lib. 16. Obseruat. cap. 26.* Obseruandum tamen est imaginariam venditionem licēt ad alienationem inutilis sit, vt hic scribitur non minùs quàm simulata de qua in *l. emptor 12. infr. de aqua & aquæ pluu. arcend.* non esse tamen sine effectu iis casibus quibus etiam hodie necessaria est vt in *l. si vsusfructus 66. de iur. dot. & d. leg. 4. § si ab ignoto infr. de manumiss.*

56. IDEM libro 50. ad Edictum.

SI quis sub hoc pacto vendiderit ancillam, ne prostituatur, &, si contra factum esset, vti liceret ei abducere: & si per plures emptores mancipium cucurrerit, ei, qui primo vendidit, abducendi potestas sit.

Ad l. si quis sub hoc pacto 56.

RAT. DVB. Pacta inter alios facta aliis neque prodesse, neque nocere debent *l. si vnus 27. §. pacta vers. ante omnia supr. de pact.* Ergo pactum ab eo, qui ancillam vendidit Titio ne prostituatur, & vt si contra factum esset, liceret venditori eam abducere, non debet secundo aut tertio emptori nocere, vt si tertius forte emptor eam prostituerit liceat venditori eam abducere cùm neque tertius quicquam promiserit neque primus quicquam contra legem venditionis fecerit, à quo venditam duntaxat ancillam ponimus non prostitutam. Præterid quod obligatio personalis non solet transire in singularem successorem *leg. vlt. §. 1. infr. hoc tit. l. 1. §. si heres infr. ad SC. Trebell.* Sed neque permittendum videtur vt propria sua authoritate legem venditionis exerceat, cùm longè ciuilius sit vt per iudicem ancillam reposcat vt in *l. 3. Cod. de pignor.* ne alicuius rixæ & tumultus occasio detur, si venditori de facto abducenti velit emptor de facto resistere.

DEC. In traditionibus rerum quodcunque pactum appositum sit, id valere manifestum est *l. in traditionibus 48. supr. de pact.* Potest enim dominus quam vult legem rei suæ dicere etiam quæ alioqui valere non posset vt in *l. in fundo 19. supr. de seruit. iudic.*

l. quoties

BIU Cujas

l. quoties 15. eod. tit. l. venditor 13. supr. Commu. præd. quia non aliter fuerat venditurus, aut alio titulo rem suam traditurus *l. vlt. C. de pact. int. empt. & vendit.* Ergo si dominus in venditione ancillæ suæ hanc legem emptori dixerit, ne ancilla prostitueretur, & vt si prostituta esset, eam domino abducere liceret, non solùm valere pactum dicendum est, sed etiam ita valere vt afficiat quemlibet possessorem, & trãseat in secundum, tertium & vlteriorem emptorem si per plurium personas emptio cucurrerit, vt Paulus hîc loquitur, & ambulauerit per multos possessio, vt Vlpianus in *l. sed etsi 25. §. perinde supr. de petit. hered.* & Caius in *l. sed vbi 15. supr. de minor.* Huiusmodi enim pactio non tam personam emptoris afficit quàm rem ipsam venditam, ideoque obligat personam non solùm primi paciscentis, sed etiam omniũ in eorum ius succedentium & rem venditam possidentium *d. l. venditor.* adeoque fructuarij *l. si pendentes 27. §. vlt. supr. de vsufr.* Iunge *l. si cum venderet 13.* & quæ ibi scripsimus *supr. de pign. act.* Quia non potest fieri alienatio nisi cum sua causa *l. alienatio 67. infr. hoc tit.* Nec haberet hodie tertius emptor ancillam si non fuisset vendita, quæ porrò non nisi ea lege vendita fuit. Estque notandus hic casus in quo personalis quoque obligatio transit in singularem successorem, & possessorem rei venditæ, quia lex non tam emptori dicta est à venditore, quàm rei venditæ *l. 1. C. si mancip. ita venier. ne prostit.* Et pactum hoc quod nostri prudentes vocant iniectionis manus, reale est magis quàm personale, & magis rem afficit quàm conuentio pignoris. In hoc maximè vt possit venditor propria authoritate iure quodam veteris dominij quod habuit ancillam abducere quam possessionem rei pignoratæ occupare cuius dominium nunquam habuit *d. l. 3. C. de pign.* Nec proinde ad rem facit, quod nullum venditori cum tertio emptore pactum interceſſerit, quia non damus venditori in hac specie actionem ex vendito contra secundum aut tertium emptorem, quomodo vtique contra primum daretur, sed ius tantùm manus iniiciendæ in ancillam venditam, & contra pactum in venditione appositũ prostitutam, quasi necdum venditam ob non seruatam legem venditionis. Nec enim potest primus emptor eãdem ancillam alij vendens auferre & tollere legem sui venditoris cuius condicio extitit. Ideoque si primus venditor eam legem dixerit, vt si ancilla prostituta esset, libera fieret, posterior autem eam legem adiecerit, vt si prostitueretur, manum iniicere liceret, potior erit libertas quàm manus iniectio, duplici ratione, & quia prioris venditoris ea lex fuit, & quia fauor libertatis hoc ius euincit. Quæ ratio facit vt etiamsi posterior venditor legem dixerit libertatis, prior autem manus iniiciendæ, potior hoc quoque casu libertatis causa esse debeat, quoniam vtraque condicio pro mancipio additur, vt eleganter ac subtiliter idem Paulus noster tractat in *l. Titius 9. infr. de seru. export.* Et hoc adeò verum est, vt quamuis primus venditor per traditionem ancillæ venditæ dominus esse desierit, ancillã tamen prostitutam abducendo dominium quod transtulerat recuperet, quamuis non tam vi & potestate solius pacti & condicionis quę extitit quàm ex noua rei apprehensione, vt noster Accursius non malè hîc notat. Quamuis erret in eo quod videtur existimare dominium hoc casu manere in pendenti ex *l. si fur. alias l. arboribus 12. §. vltim. supr. de vsufr.* Est enim dominium interim reuera emptoris, sed reuocabile si quid contra legem venditionis fiat *l. non ideo 66. supr. de rei vindic.*

57. PAVLVS libro 5. ad Plautium.

DOmum emi, cum eam & ego, & venditor combustam ignoraremus: Nerua, Sabinus, Cassius, nihil veniſſe: quamuis area maneat: pecuniamque solutã cõdici posse, aiunt, sed si pars domus maneret: Neratius ait, in hac quæstione multũ interesse, quanta pars domus incendio cõsumptæ permaneat. vt, si quidẽ amplior domus pars exusta est, nõ tãtùm cõpellatur emptor perficere emptionem: sed etiam, quod forte solutum est, ab eo repetat. sin vero vel dimidia pars, vel minor, quam dimidia, exusta fuerit: tunc coartandus est emptor venditionem adimplere, æstimatione viri boni arbitratu habita: vt quod ex pretio propter incendium decrescere fuerit inuentum, ab huius præstatione liberetur. Sin autem venditor quidem sciebat domum esse exustam: emptor autem ignorabat: nullam venditionem stare, si tota domus ante venditionem exusta sit: sin vero quãtacumque pars ædificij remaneat, & stare venditionem: & venditorem emptori, quod interest, restituere. Simili quoque modo ex diuerso tractari oportet, vbi emptor quidem sciebat, venditor autem ignorabat: & hic enim oportet & venditionem stare, & omne precium ab emptore venditori, si non depensum est, solui: vel, si solutum sit, non repeti. Quod si vterq; sciebat, & emptor & venditor, domum esse totam exustam, vel ex parte: nihil actum fuisse: dolo inter vtramque partem compensando: & iudicio, qꝫ ex bona fide descẽdit, dolo ex vtraque parte veniente, venditionẽ stare non cõcedente.

Ad l. Domum emi 57.

RAT. DVB. Non potest quidem vendi ea res quæ non extat & quæ in rerum natura non est licèt aliquando fuerit nisi fore speretur *leg. nec emptio 8. supr. hoc tit. l. 1. infr. de hered. vel act. vendit.* Sed quo-

ties venditur ea res quæ in rerum natura & in hominum commercio est, si nihil aliud impediat venditionem, certum est eam tenere. *l. si in emptione* 34. §. 1. *supr.* Atqui cùm vendita domus est, quæ constat ex solo & superficie, licèt iam eo tempore quo vendita est, combusta fuerit, quamuis combustam eam esse vterque contrahentium ignoraret, dici nō potest rem non extare quæ fuit vendita. Superest enim area quæ pars ædificij est & quidem maxima, cui etiam superficies cedit *l. qui res* 98. §. *aream infr. de solut.* Vbi ob hanc causam idem Paulus noster scribit eum qui aream promisit, si in ea ædificium extructum sit, quod posteà consumptum fuerit, nihilominùs obligatum manere vt aream præstet, neque videri aliam nunc esse aream quàm quæ fuerat promissa. Ergo eâdem ratione dicendum est, empta domo, quæ iam tùm cùm emebatur, consumpta fuerit & combusta, aream nihilominùs quę supereſt, venditam videri, & idcirco tenere venditionem, nec proinde dandam esse emptori repetitionem precij quod soluerit ex causa validæ iustæque venditionis.

Dic. Qui emit domum, emit quidem cum superficie aream, sed non tam contemplatione areæ quàm superficiei. Emit enim domum totam, non aream solam, quam nemo vnquam domum esse dixit. Combusta igitur domo quæ vendita est licèt supersit area, negari tamen non potest quin verum sit dicere venditam eam rem esse quæ in rerum natura esse desierat, & consequenter nihil vēditum videri *d. l. nec emptio* 8. *supr. d. l.* 1. *infr. de hered. vel act. vendit.* id est, ne aream quidem quæ scilicet vendita non est nisi tanquam pars domus quę amplius nulla est. Nam & quod magis est, si quis fundum emerit contemplatione arborum in eo existentium & arbores euulsæ sint, aut vi ventorum deiectæ, constat ipsius fundi venditionem vllam factam intelligi vt in *l. sequ.* ex Papiniano scriptum est, quia non fuerat emptor fundum empturus sine arboribus, quarum sola contemplatione ad fundi emptionem accessit. Nec simile est quod obiecimus de area promissa ex *d.* §. *qui aream.* Qui enim aream promisit in qua postea ædificatum est, quidni eandem aream etiam sublato & diruto ædificio præstare teneatur, cùm eadem sit area? Sed etsi domum promiserit, quæ postmodum combusta sit, quidni etiam pro domo saltem aream præstabit? Non enim negare potest quin aream quoque promiserit, qui domum promisit, & stipulatoris quoque interest, vt si totam domum quę promissa fuerat, habere non possit, quia combusta est, habeat saltem aream quæ supereſt, ex eo quod fuerat promissum. Nam quemadmodum quod ex re iam mea supereſt meum est *l. solum* 49. §. 1. *supr. de rei vindicat.* ita & ℔ ex re mihi debita supereſt, mihi debetur: dices, Quidni ergo similiter dicimus, etiā id ℔ supereſt ex re vendita, vēditum videri? Nimirū quia interest domini vt ℔ ex re sua supereſt, saltē habere & vindicare possit si totā rem non possit. Itē stipulatoris vt si omne id ℔ sibi promissum est, consequi nō possit, saltem id ℔ ex re promissa supereſt consequatur. At interest emptoris non decipi à venditore, deciperetur autem si valeret venditio domus combustæ quam combustam ignorasset. Et consequenter ipsius interest venditionem non valere, ne conueniri possit ad solutionem precij, & vt si fortè iam precium soluerit, reperere illud possit condictione indebiti. Ideo autem ponimus vtrumque tam emptorem quàm venditorem ignorasse combustionem domus vēdite, quia si vterque sciuisset, videretur id actum inter eos vt nihil agerent, vendita scilicet emptaque ea domo quam in rerum natura non esse, ideoque nec vendi posse intelligerent *l. non solum* 31. *infr. de oblig. & act. iunct. d. l. nec emptio* 8. *supr. hoc tit.* Si verò solus venditor sciuisset, non eo quidem magis venditio valeret, sed tamen condemnandus esset venditor, & quidem actione ex empto in omne id quod emptoris interesset *l. si sterilis* 21. §. *quamuis infr. de act. empt. l. non licet* 62. §. 1. *infr. hoc tit.* nec eo minùs danda esset precij soluti repetitio emptori. At si solus emptor sciuisset combustam, & venditor ignorasset, nulla quidem actio venditori contra emptorem competeret ad solutionem precij, cùm nihil ipse vicissim emptori præstare posset *leg. illud* 29. *in princip. infr. de ædilit. edict. l. Quintus* 40. *infr.* Sed haberet tamen ille precij si solutum esset, retentionem, quia indebiti condictio dari non posset emptori qui sciens indebitum soluendo idipsum donasse videretur. Ex regula *l. cuius per errorem* 53. *de reg. iur.* Quique se à venditore deceptum esse conqueri non potest cùm se ipse deceperit *l. 1. in fin. infr. de act. empt.* Et hoc sanè est quod Paulus ex Nerua, Sabino & Cassio significare voluit iis verbis, *Cùm eam ego & venditor combustam esse ignoraremus.* Nam quæ distinctiones & subdistinctiones hîc adiiciuntur ab illis verbis *Neratius ait* ad finem vsque legis omnes proculdubio Triboniani sunt, nec minùs ineptè quàm Tribonianeo stylo, vt nemo non videt, conscriptę. Quod & nos pluribus docuimus *lib.* 12. *Coniectur. cap.* 17. vt hîc repetere non sit necesse. Quibus addendum est ad certissimam sententiæ nostræ confirmationē quod in *l. seq.* vbi eadem ferè quæstio proponitur de fundo vēdito in quo erant plures arbores, euulsæ tamen aut vi ventorum deiectæ iam tùm, cùm fundus vendebatur, postquàm ex Papiniano scriptum est non videri contractam fundi emptionem si contemplatione illarum arborum veluti oliueti fundus comparabatur, idque siue sciēte siue ignorante vēditore subiecit æquè Tribonianus, *siue autem emptor sciebat, vel ignorabat, vel vterque eorum hæc obtinent quæ in superioribus casibus pro ædibus dicta sunt.* Quomodo & initio legis iam adiecerat dictionem *quoque* vt hanc legem cum superiore connecteret, vt idem quasi eiusdem & legis & Iureconsulti cōtextus esse videretur. Quis enim credat ita Papinianum scripsisse? & cùm hæc lex Pauli sit, illa Papiniani, quis putet Papinianum in legendis Pauli & Vlpiani libris versatum fuisse, at non potiùs Paulū & Vlpianum in Papiniani libris euoluendis cuius erant illi adsessores? *l. lecta* 40. *supr. de reb. credit.* Et verò quamuis hæc quoque lex esset Papiniani, si modò ex alio libro, an non ineptissimè adiecta essent verba illa *hæc obtinent quæ in superioribus casibus pro ædibus dicta sunt?* debuisset enim Papinianus scribere *quæ alibi à nobis dicta sunt*, quamquam nec eo modo locutus est vnquam. Vt non possim satis mirari obseruatum hoc non fuisse à Iacobo Cuiacio (de aliis enim miror) qui alios Tribonianismos tā multos feliciter obseruauit, & qui de huius loci sententia & lectione cum plerisque ex recentioribus ad conuicia vsque frustra & superuacuo disputauit. Nam pro Pauli vel Papiniani vel alterius ex antiquis prudentibus dignitate tuenda decertare nobilis labor est. Ignobilis verò si pro Triboniano idipsum facere quis velit.

58. Pa-

58. PAPINIANVS libro 10. Quæstionum.

ARboribus quoque vẽto deiectis, vel absumptis igne, dictum est, emptionem fundi non videri esse contractam, si contemplatione illarum arborum (veluti oliueti) fundus comparabatur: siue sciente, siue ignorante venditore. siue autem emptor sciebat, vel ignorabat, vel vterque eorum: hæc obtinent, quæ in superioribus casibus proædibus dicta sunt.

Ad l. Arboribus 58.

RAT. DVB. Fundus non ex arboribus, quæ in eo sunt, æstimatur, sed ex solo cui arbores cohærent, & cui cedunt. Atqui etiam euulsis arboribus, vel vi ventorum deiectis, fundus nihilominus remanet, quia fundi est quicquid terra in se tenet *l. fundi 17. in princ. infr. de act. empt.* Ergo non est hic casus similis superiori de domo vendita, iam tum combusta cùm vẽdebatur, quia domus combusta, domus esse desinit, licèt area supersit. At non desinit fundus esse, tametsi arbores, quæ in fundo erant, omnes euulsæ sint, aut vi ventorum deiectæ. Proinde dicendum est posteriore hoc casu valere venditionem, quamuis superiore non valeat.

DEC. Arbores quæ solo fundi venditi coalescũt partem quandam efficiunt fundi venditi, multò maiori ratione quàm fructus pendentes *l. fructus pendentes 44. supr. de rei vindic.* Nam si fundi est quicquid terra in se tenet *d. l. fundi*, quidni fundi erunt arbores, quæ in terra, & solo fundi radices egerunt? Nam, nec arbor propriè dicitur, quæ radicem non conceperit *l. 3. §. sed si quis arbor. furt. cæsar.* Idque adeò verum est, vt si qua arbor ex vno fundo eruta sit radicitus, & in alium translata, nihilominus antequã coaluerit, prioris domini remaneat *l. sed si meis 26. §. arbor infr. de acqu. rer. domin.* Ergo verum est euulsis arboribus, aut vi ventorum deiectis, partem rei venditæ, id est, fundi extinctam esse, & desiisse extare, ac proinde venditionem non valere, ne quidem pro fundo, qui remanet, si modò illarum arborum contemplatione emptor ad fundi emptionem accesserat. Etsi enim verum est partem quamlibet fundi fundum esse, *l. nam satis est 6. §. 1. sup. quẽ adm. seruit. amitt. l. si quis duas 6. §. 1. commun. præd. l. locus est 60. de verb. signific.* non tamen totus fundus est, qui venditus fuerat, & cuius partem non fuerat emptor comparaturus, eam præsertim, quæ sine arboribus esset, quarum solarum contemplatione fundum emerat. Finge oliuetum fuisse, aut vineam (nam & vitem arboris appellatione contineri plerique Veterum existimauerunt *d. l. 3. in princ. infr. arbor. furt. cæsar. l. 1. §. arboris de arbor. cædend.*) Quisquis enim oliuetum emit, annon propter oliuas emit, & agrum vineis consitum, propter vites, vt inde vinum colligat? Fateor manere quidem solum, sed fit tamen aliud genus agri & fundi quàm quod emptum fuit *l. certo generi 13. in princip. supr. Rustic. prad.* Denique nec emptor, nec alius quisquam priuari debet eo cõmodo, cuius contẽplatione contraxit, & sine quo non fuerat contracturus *l. cùm te 6. & l. vlt. C. de pact. int. empt. & vendit.* Nec distinguimus, inquit Papinianus, an euulsas, aut vi ventorum deiectas arbores sciuerit venditor, an ignorauerit. Perinde enim vtroque casu deciperetur emptor, si venditionẽ valere diceremus sine arboribus, quarum duntaxat contemplatione ad emptionem accessisset: Nisi quod scientem venditorem æquum esset nihilominus teneri propter dolum in id omne, quod decepti emptoris interesset, vt ad legem præcedentem diximus, ex *l. qui officij 62. §. 1. l. in vendendo 66. §. 1. in fine infr. hoc tit. l. si sterilis 21. §. quamuis infr. de act. empt.* Iunctis iis quæ de illius loci sententia & emendatione iam attigimus ad *l. aliter 10. sup. hoc tit.* & quæ latius ad eum scribemus. Neque ad rem pertinet, si quis obiiciat quod modò diximus, arbores radicitus è fundo erutas, prioris domini manere *d. l. sed si meis 26. §. arbor. de acquir. rer. domin.* Tanto minùs enim ad emptorem pertinere possunt, cui nec dominium fundi acquisitum vnquam fuit, quia ponimus, nec traditum fundum fuisse *l. si ager 50. supr. de rei vindic. l. Quintus 40. infr. de act. empt.* Et verò ad quid vtilis esse potest arbor eradicata, nisi vt in ignem mittatur? Nec rursum potest videri emptor eas emisse, cùm antequam fundum emerit, desierint fundi esse, vt subtiliter Caius tractat in *l. si post inspectum 9. infr. de pericul. & commod. rei vendit.* Benè igitur Papinianus negat valere hanc venditionem, id est, ita vt neque precium venditori cogatur emptor soluere, neque prohiberi possit solutum repetere. Tractamus enim de emptore ignorante secundùm ea quæ ad superiorem legem scripsimus, quæ Caius in *d. l. si post.* Quod autem sequitur in hac lege, quasi ex Papiniano, *Siue autem emptor sciebat, vel ignorabat, vel vterque eorum hæc obtinent, quæ in superioribus casibus proædibus dicta sunt.* iam ostẽdimus ad legem præcedentem, neque Papiniani esse posse, neque Pauli, cuius lex præcedens est, vt nec dictionem *quoque*, initio legis positam, sed Triboniani, cuius & tota superior lex est ab illis verbis *Neratius ait.* Quod mihi certè præcipua quadam obseruatione dignum videtur. Nec enim hucusque alium Papiniani textum reperi, cui manus iniicere Tribonianus ausus sit, hoc vno excepto. Non possum autem probare quod hîc addit Accursius licèt dubitanter: In arbitrio emptoris esse debere, vtrum hæc venditio teneat. Nam quod intuitus emptor accipere non cogeretur, iniquum est non permitti venditori alij vendere *l. si vina 6. infr. eod. ill. tit. de peric. & commod. rei vendit.*

59. GELSVS libro 8. Digestorum.

CVm venderes fundum, non dixisti, *ita vt optimus maximúsque est*: verum est, quod Quinto Mucio placebat, non liberum, sed qualis esset, fundum præstari oportere. Idem & in vrbanis prædiis dicendum est.

BIU Cujas

Ad l. Cùm venderes 59.

RAT. DVB. Vnaquæque res naturaliter est libera, ac proinde talis præsumitur *l. 4. supr. de iustit. & iur. l. cum eo 9. supr. vrban. præd. l. altius 8. Cod. de seruit. & aqua.* Ergo qui simpliciter vendidit fundum, licèt non adiecerit, *vti optimus maximusq; est*, liberum tradere tenetur, nec liberatur præstando qualis est, si quam debeat seruitutem. Atque ita Accursius noster concludit ex *l. in venditione 41. infr. de act. empt. l. pen. infr. de euict.*

DEC. Seruitutes & iura prædiorum nihil aliud sunt, quàm ipsa prædia qualiter se habentia *l. quid aliud 86. de verb. signific.* Ergo qui vendit prædium, vendit quale est, siue liberum sit, siue seruum. Fit enim semper alienatio cum sua causa *l. alienatio 67. infr. hoc tit. l. traditio 20. de acq. rer. domin.* Nisi vel expressim liberũ vendiderit, vel *vti optimus maximúsq; est.* Adeò vt si venditor fundum liberum per errorem tradiderit, cùm seruitutem excipere deberet, possit incerti condicere, vt emptor seruitutem imponi patiatur *l. sed etsi me putem 22. §. 1. supr. de condict. indeb. l. si liberum 8. infr. de act. empt.* Cæterùm si quis fundum vti optimus maximusque est, vendiderit, non vtique promittit seruitutem ei aliquam deberi, sed promittit tamen liberum esse fundum *d. l. penul. infr. de euict. l. qui vti 90. l. si cùm fundum 126. de verbor. signific.* Et quidem ita, vt si seruitus à fundo vendito debita vindicetur ab alio, teneatur ob euictionem venditor, non ad id, quod emptoris interest, sed quanto minoris empturus ille fuisset, si sciuisset impositam seruitutem *l. sed etsi quid 15. §. 1. l. cùm fundus 48. de euict. l. quoties 61. infr. de ædilit. edict.* non etiam si simpliciter fundus venditus sit, qui postea seruus reperiatur *d. l. pen. de euict.* vbi ait Venuleius non teneri quemquam euictionis nomine in eo iure quod tacitè soleat accedere, nisi idipsum expressim promiserit. Nihil ergo intererit, an fundum liberum quis vendiderit, an vti optimus maximusq; est. Cur verò tenetur liberum fundum tradere is, qui vti optimus maximusque est, vendidit? Nimirum, quia seruitus diminuit ius & precium fundi à quo debetur, quemadmodum auget ius prædij dominantis *l. de pupillo 5. §. & bellè Sextus Pedius infr. à de oper. noui nunciat.* Impedit igitur ne fundus optimus maximusq; dici possit, qui seruitutem debet. Maiorque esset ratio dubitandi, propter quam videri deberet is, qui fundum vti optimus maximusque est, vendidisset, promisisse deberi fundo aliquam seruitutem, quàm ad hoc tantùm se obligasse, vt nulla seruitus ab eo fundo deberetur. Nam melior certè est, ac maior quodammodo fundus, cui seruitus aliqua debetur, si nullam vicissim debeat, quam qui nullam debeat, & cui nulla debeatur. Sed tamen non ita est. Difficiliùs enim obligatur venditor, vt fundum quem vendit, præstet dominantem, quàm vt non seruientem, quia & maius quiddam est dominari, quàm non seruire, & minùs afficitur bonitas intrinseca fundi venditi à seruitute, quàm alius fundus ei debeat, quàm ab ea quæ ab ipso debeatur. Hæc verò cùm ita sint, mitor Accursium nostrum in ea esse hæresi, vt putet, vendito fundo, etiamsi adiectum non sit *vti optimus maximúsque est*, obligari tamẽ venditorem, vt liberum præstet, & de euictione si seruitus euincatur ex *d. l. pen. infr. de euict. & l. in venditione 40. infr. de act. empt.* Nam in *d. l. penul.* nihil tale scriptum est, imò è contrario non solùm non teneri venditorem, vt fundũ liberum præstet, quem simpliciter vendidit, sed neque teneri eum de euictione ob vindicatam ab alio in fundo vendito seruitutem, quæ tacitè secuta sit, vt ea lex loquitur, id est, quasi hoc tacitè inter contrahentes acto, vt qualis fundus est, talis transeat in emptorem *l. via 23. §. pen. & vlt. supr. rustic. præd.* Quod autem scriptum est in *d. l. in venditione*, ad rẽ omnino non pertinet. Non enim ibi agitur de seruitute imposita fundo vendito, sed de annua pensitatione à venditore debita propter seruitutem fundo vendito impositam, quæ multùm distat à seruitute. Neque enim seruitutis seruitus esse potest, vt ne accidens accidentis *l. 1. infr. de vsufr. legat.* Suauis verò est Accursius, qui vt hunc textum eludat, scribit conuertendam esse huius legis scripturam, vt illa verba *non dixisti vti optimus maximúsque est*, sic accipiantur, ac si venditor cùm venderet fundũ, dixisset *Vendo, non vti optimus maximusq; est*, vt scilicet se exoneraret, vt in *l. quæritur 14. §. si venditor infr. de ædili. edict.* Quod certè ridiculum est & apertè vim facit verbis Celsi & sententiæ Quinti Mucij. Quod autem idem Accursius obiicit ex *dic. l. quotiens 61. eod. ill. tit.* Quoties de seruitute agitur, victum venditorem tantũ debere præstare emptori, quanto minoris emisset emptor, si talem seruitutem impositam esse sciuisset. Omnimodo ad eum casum referri debet, quo venditor liberum fundum, aut vti optimus maximusque est, vendiderit. Alioqui neque vinci potest venditor, neque teneri ex empto ob euictam seruitutem, quæ tacitè secuta sit, vt diximus ex *d. l. pen. de euict. iunct. l. cùm fundus 48. eodem tit.* Addit hîc Celsus, idem in vrbanis prædiis dicẽdum esse quod in rusticis. Non tam quasi aliud in vrbanis dicendum videretur (eadem enim & dubitandi & decidendi ratio in vtrisque est) quã, quia plerique casus sunt, in quibus alia ratio est seruitutum vrbanarum, alia rusticarum, vt in *leg. seruitutes, quæ in superficie 20. supr. de seruit. l. qui sella 7. in fin. supr. rustic. præd. iunct. l. si ædes 38. & seq. vrban. præd. l. si is qui 11. §. vlt. & l. seq. infr. de pignor.* Nisi quis velit dubitandi rationem in seruitutibus vrbanorum prædiorũ maiorem facere ex eo quod vrbanæ seruitutes, sicuti longè plura & grauiora incommoda adferunt, quàm rusticæ, quod in vrbanis assiduè habitemus, non in rusticis, ita sunt odiosiores, ne tã facilè credendus sit emptor voluisse vrbanum prædium emere quale est, & aliqua seruitute affectum. Sed tamen æquè verum est seruitutes vrbanorum prædiorum, perinde ac rusticorum, nihil aliud esse quã ipsa prædia qualiter se habentia *d. l. quid aliud.* Idem ergo iuris in omnibus obseruandum est. Idque apparet ex *d. l. qui vti optimam 90. de verb. sign.* Et ex *l. in vendendo 66. in princ. infr.*

60. MARCELLVS libro 6. Digestorum.

COmprehensum erat lege venditionis, dolia sexaginta emptori accessura: cùm essent centum in venditoris forte potestate, responsum est, quæ vellet, daturum.

Ad l. Comprehensum 60.

RAT. DVB. In obscuris & ambiguis facienda est interpretatio pro emptore contra venditorẽ, quia potuit legem apertiùs dicere *l. Labeo 21. l. cùm in lege 33. supr.*

BIU Cujas

33.*supr.l.veteribus* 39.*supr. de pact. l. in contrahenda* 172. *de reg. iur.* Tam enim facilè erat venditori, cùm in venditione fundi, dixit dolia sexaginta ex centum, quæ in fundo erant, accessura esse, quænam illa essent, quæ accedere vellet, quàm dicere accessura sexaginta. Ergo in venditoris potestate & arbitrio esse debet dicere, quænam sibi præstari velit.

DEC. Nō solū in alternatiuis electio est debitoris, vt habet regula iuris Pontificij & Ciuilis *l.2.§. Scæuola sup. de eo quod cert. loc. l plerumq;* 11. *§. vlt. de iur. dot.* sed etiã quoties genꝰ aliquod tanquã debetur. Parũ enim distat inter alternatiuũ, & generis debitorem. Nã & qui generis debitor est, plurium rerũ debitor est, ita tamen, vt præstari vnam sufficiat, si modò sit idonea *l. Mœuius* 66. *§. duorum de legat.* 2. *l. qui decem* 72. *§. pen. & vltim. infr. de solut. §. huic autem vers. præterea inst. de action.* Atqui cùm venditor in lege venditionis accessura dixit, sexaginta dolia constituit se debitorem sexaginta doliorum non in individuo, sed in genere, nisi quod sexaginta ex centum, quæ in fundo erant, promisisse intelligitur, non ex iis, quæ alibi essent. Possunt autem eligi cõmodè sexaginta ex centum. Ergo quemadmodum, si venditor illam, aut illam rem vendidisset, ipsius esset electio, vtram venditam mallet *l. si ita distrahatur* 25. *supr. hoc tit.* Ita & cùm vendidit, aut venditioni accessura dixit, sexaginta dolia ex centum, & plus causa peteret emptor, si hæc, aut illa sexaginta peteret, non relicta venditori electione, etiamsi viliora peteret, vt scriptum est in *dict. vers. præterea.* Neque tamen electio venditori, sic danda est, vt ei liberum sit vilissima, & deteriora quæque eligere: Integra enim dare debet *l. pen. §. vlt. infr. de act. empt.* quamuis nec pretiosiora. Nam & in eligẽdo arbitrium quoddam viri boni obseruatur *l. si hæres generaliter* 110. *de legat.* 1. Quid ergo si in eo fundo vendito, sexaginta tantùm dolia fuerunt? Emptorem quidquidcunque sint, sequentur, nec pro non integris quicquam ei venditor præstabit *d. l. pen. §. vlt. de action. empt.*

61. IDEM libro 20. Digestorum.

EXistimo, posse me id, quod meum est, sub conditione emere: quia fortè speratur meum esse desinere.

Ad l. Existimo 61.

RAT. DVB. Suæ rei emptio non valet *l. suæ rei* 16. *supr.* sicut nec conductio, nec pignus, nec precariũ, *l. neque pignus* 45. *de reg. iur.* neque stipulatio *l. nemo rẽ suam* 82. *de verb. oblig.* Nec magis condicionaliter, quàm purè. Etsi enim quod meum est, desinere potest meum esse, non ideò tamen minus interim meum est, quod aliquo casu dominium eius possit à me abire, ac recedere *l. non ideò* 66. *supr. de rei vind. l. plerumque* 205. *de reg. iur.* Et præterea constat in cõdicionalibus quoque contractibus inspiciendum esse tempus contractus non euenientis condicionis *l. si filius familias* 78. *infr. de verb. oblig.* aliter quàm in condicionalibus legatis, aliisque vltimis voluntatibus *l. quæ legata* 18. *de reg. iur. l. eum qui* 104. *de cõd. & demonstr.* Ergo nec sub condicione rem meam possum emere, quamuis fortè speretur desituram eam esse meam.

DEC. Contractus siue venditionis ille sit, siue alius, non tam eo tempore fieri intelligitur, quo reuera fit, quàm eo tempore in quod confertur *l. quod sponsa* 4. C. *de donat. ant. nupt. l. Stichus* 39. *infrà de manum. testam.* nec emptio condicionalis ante impletam condicionem plenissimè perfecta dici potest *l. hæc venditio* 7. *supr. hoc tit.* Sufficit ergo ad emptionis validitatem, vt res quæ mea fuit emptionis tempore, postea desinat esse mea, vt à me rite, rectèque emi potuerit. Cessante enim ratione, quæ impediebat, ne rem meam emere possem, nihil iam est quod impedire eam possit. Vnde est quod & rem meam stipulari sub condicione possum, si modò existentis condicionis tempore mea non sit *l. si rem meam* 31. *l. existimo* 98. *de verb. oblig.* Et è contrario, nemo rem alienam vtiliter stipulatur in eum casum, quo sua futura sit *l. nemo rem suam* 87. *eodem tit.* Spes enim probabilis est in tanta rerum humanarum, tamque incerta vicissitudine, vt quod meũ hodie non est, postea meum fieri possit, & contrà, vt quod hodie meum est, desinat aliquãdo meum esse, neque in eo quicquam sit, quod à bonis moribus, aut à iure, siue naturali, siue ciuili abhorrere videatur. Quomodo fieret, si quis rem hodie sacrã vel religiosam emeret sub illa conditione, si profana esse inciperet, aut hominem liberum sub illa, si quandoque seruus efficeretur *l. inter stipulantem* 83. *§. sacram eod. iunct. l. & liberi* 4. *cum seqq.* vbi diximus *supr. hoc tit.*

62. MODESTINVS libro 5. Regularum.

QVi officij causa in prouincia agit, vel militat, prædia comparare in eadem prouincia non potest: præterquam si paterna eius à fisco distrahantur.

Ad l. Qui officij 62.

De huius legis sententia & interpretatione, iam satis multa scripsimus ad *l. non licet* 46. *supr. eod.* Vtriusque enim loci eadem sententia & ratio est, eædemque dubitandi & decidendi ad vtrumque rationes, nisi quòd hîc additur exceptio, quæ illo loco non est addita *præterquam si paterna eius à fisco distrahantur.* Cuius exceptionis ratio non vt quidam putant, sola illa est, quòd honesta sit, vel optimi cuiusque adfectio ad bona paterna, vel retinenda, vel recuperanda, siue in honorem paterni nominis, siue quod vix certius habere quis patrimonium possit, quàm quod à patre, auisque habuit *l. si in emptionem* 35. *supr. de minor. l. lex quæ tutores* 22. *Cod. de admin. tutor. l.* 1. *§. & aliàs videamus infr. si quid in fraud. patr.* (alioqui etiam in bonis paternis ab alio quàm à fisco distractis idem ius constitutum fuisset quod non fuit, vt mox dicemus) sed, quia fauorabilior emptio est bonorum paternorum fisco ea distra-

BIU Cujas

liente ob rationem quam adferemus. Nec tam hoc casu videtur is, qui in officio est acquirere quàm retinere & conseruare, quod ei certè non debet esse interdictum. Nescio autem cur Harmenopulus *lib.* 3 *tit.* 3. in hac ipsa sententia exprimẽda omiserit verba illa *paterna eius*, quæ Marcianus non omisit in *l. milites* 9. *infr. de re milit.* vbi ait Imperatores Seuerum & Antoninũ hanc speciem remisisse. Quamuis eo loco non de iis agat qui officij causa in prouincia degũt, sed de solis iis, qui in prouincia militant, de quibus, & in hac lege. Præsertim verò cùm in iis prædiis, quæ à fisco distrahuntur, si non sint paterna, non minor ratio sit, vt qui in officio est, ea comparare prohibeatur quàm in iis, quæ priuatim distrahuntur, propter collusiones, quæ facilius intercedere possunt inter rectorem prouinciæ aut procuratorem Cæsaris, & eos, qui fiscum administrant. Quibus collusionibus & fraudibus obuiam ire Senatus certè voluit & Imperatores, qui hoc ius primùm constituerunt, vt ostendimus ad *d. l. non licet ex l. qui contra* 8. *ad leg. Iul. repet. l. aufertur* 46. *§. quod à Præside infr. de iur. fisc. l. vnic. C. de contract. iudic.* Planè difficile est dicere, cur magis prohiberi debeat is, qui officij causa in prouincia degit, vel militat, paterna bona emere, si ab alio quàm à fisco, quàm si à fisco distrahãtur. Diuersitatis enim ratio reddi vix vlla potest: quod & Accursius noster hîc sentit, nisi dicamus ita constitutum, quòd bona, quæ fisco publicata sunt, quandiu apud fiscum remanent perpetuam quandam præ se ferant exprobrationem criminis, quod publicationi causam dedit: cuius memoriam, eorundem bonorum recuperatione deleri quantum fieri potest, sanè interest filij, adeoque quodammodo Reipublicæ. Quare & in *d. l. milites*, non quælibet paterna bona excipiuntur, sed ea tantùm quæ à fisco distrahuntur. Ex quo Accursij sententia manifestè conuincitur. Obserua autem tractari in hac lege de eo, qui officij causa in prouincia agit, id est, qui officio publico fungitur ad prouinciæ administrationem pertinente, ne fortè putes cum interpretibus protrahi eam debere ad tutores & curatores, quorum munus quidem publicum dicitur, sed non officium publicum, cuius administratio ad rem publicam pertineat, nisi per consequentias. Ideoque nihil commune habet hæc lex cum eo, quod scriptum est in *l. si quis in emptione* 34. *§. vlt. sup.* vbi non tantùm de tutoribus & curatoribus agitur, sed etiam de procuratoribus & negotiorum gestoribus. Quos tamen nemo dixerit ex iis esse, de quibus Modestinus hîc loquitur, qui officij causa in prouincia degunt, vt scripsimus ad *d. §. vlt. & d. l. non licet*. Addit ille, *vel militant*, speciali scilicet ratione, quæ in militibus locum habet, ne studio culturæ militiam deserant, vt scriptum est in *l. milites* 31. *Cod. de location.* Nam post finitam militiam emere non prohibentur *dicta l. milites* 9. *de re milit.*

1 ¶ Qui nesciens, loca sacra, vel religiosa, vel publica, pro priuatis comparauit: licet emptio non teneat: ex empto tamen aduersus venditorem experietur: vt consequatur, quod interfuit eius, ne deciperetur.

Ad §. 1. Qui nesciens.

RAT. DVB. Actio ex empto non potest nasci & competere, nisi ex contractu emptionis. Nascuntur enim actiones omnes personales ex obligationibus. Obligationes autem ex cõtractibus *l. 1. & pass. de oblig. & action.* Proinde non potest dari actio ex empto, vbi nulla emptio est. Atqui cùm quis etiam nesciens locum sacrum, vel religiosum, vel publicum emit, siue à sciente, siue ab ignorante venditore, nulla emptio est, quia sunt eæ res extra commercium hominum *l. sed Celsus* 6. *l. si in emptione* 34. *§. 1. supr.* Et ita Modestinus in hoc §. disertè scribit. Ergo non est danda emptori actio ex empto aduersus venditorem, vt consequatur quod eius interfuit ne deciperetur.

DEC. Aliud est tenere venditionem alicuius rei quod ad rem ipsam venditam, id est, quantum ad hoc vt obligetur vẽditor, si non ad dominiũ transferẽdum in emptorem, saltem ad rem tradendam, vt euenit re aliena vendita *leg. rem alienam* 28. vbi diximus *supr.* Aliud verò tenere venditionem quãtum ad obligandum venditorem, vt præstet quanti emptoris interest deceptum eum non fuisse. Hoc enim posteriore casu nihil vetat actionem ex empto accommodari emptori etiamsi emptio non teneat, vt constat ex hoc §. & ex *l. si sterilis* 21. *§. quamuis infr. de action. empt.* vbi additur, quod magis est, venditorem teneri debere quanti emptoris interest, non tantùm, si venditor sciat, sed etiam, si nesciat, veluti si ignorans emptor ab ignorante venditore mẽsas, quasi citreas emerit, quæ non sunt. Nec enim facit ignorantia vẽditoris, quin emptor si non decipitur, saltem lædatur, quamuis venditorem excuset à dolo *l. tutor.* 16. *§. 1. supr. de pignorat. act.* Et deceptionis nomine prudentes nostri plerumque non tam dolum personalem intelligunt, quàm qui sit in re ipsa, vt in *l. in causa* 16. *§. idem Pomponius supr. de minor. iunct. l. item si precio* 22. *§. vltim. & l. seq. infr. locat. l. si quis cùm aliter* 36. *de verb. oblig.* quæ & captio appellatur in *l. quoties* 59. *eod. tit.* Iunge *§. vlt. inst. de empt. & vendit.* Planè si sciat emptor sacram rem esse, vel religiosam, vel publicam quam emit à venditore, quamuis sciente, nullam prorsus actionem ex empto habere debet, quia non potest conqueri deceptum se à venditore, cùm se ipse deceperit *d. l. sed Celsus, cum duab. præced. supr. l. liberi* 70 *infr. hoc tit. l. 1. infr. de act. empt. l. nam si scit* 26. *supr. de rei vindic.* Ergo quod hîc scriptum est emptionem non tenere, sic intellige cum Accursio, vt non teneat quantum ad rem ipsam, sed tamen teneat quantũ ad contrahendam obligationem venditi. In quo tamen mirum illud est & contra iuris communis regulas quod obligatur venditor emptori in omne id, quod ipsius interest, non autem emptor venditori, si nolit contra venditorem persequi id, quod sua interest. Tunc enim danda ei est ex empto actio, cùm vel iam soluit preciũ emptionis, vel soluere paratus est, cùm priùs sit, vt ex sua parte satisfaciat quã vt satisfieri sibi velit *l. Iulianus* 13. *§. offerri infr. de act. empt.* Nec dici potest quicquã interesse emptoris, quod res sacra vel religiosa, vel publica ei vendita sit tanquam profana & priuata, si neque precium ipse soluerit, neque soluere adhuc velit.

Obsta-

Obstare tamen huic §. videtur quod scriptum est in *l. ossa §. 1. supr. de religios.* in hac ipsa specie actionē in factum non ex empto competere. Sed loquitur eo loco Vlpianus de actione danda non emptori, sed ei ad quem sepulchrum pertinet, qui vtique ex empto agere non potest cùm non emerit.

2 ¶ Res in auersione empta, si non dolo venditoris factum sit, ad periculum emptoris pertinebit: etiam si res adsignata non sit.

Ad §. vlt. Res in auersione empta.

RAT. DVB. Quod dicimus rei venditæ periculum ad emptorem pertinere statim atque nudo consensu & conuentione precij perfecta venditio est, quamuis venditor quādiu non tradidit, dominus maneat, non alia est, quàm quia sit in potestate emptoris eam habere & vrgere vēditorem ad rem tradendam oblato ante omnia precio §. *cùm autem instit. hoc tit. §. venditæ inst. de rer. diuis. l. quod vendidi 19.* vbi diximus *supr.* Atqui in proposita specie cùm res aliqua per auersionem vēdita est, id est, in vniuerso & in solle, quod Gallicè dicimus *en gros* & *en bloc*, nō potest emptor scire quid sibi tradendū sit, nec cuius rei traditionē vrgere debeat antequā res assignata sit, hoc est antequam ex adfirmatione ac designatione venditoris constet quid ipse ex vniuerso illo vēditum voluerit. Nimirum si certus numerus ex maiore vēditus sit, puta centum amphoræ vini ex mille, vt in *l. vlt. §. vlt. supr. de exercit. action.* aut sexaginta dolia ex centum, vt in *l. comprehensum 60. supr. hoc tit.* Alioqui si totum vinum quod est in cella vinaria venditum sit, aut omnia dolia, quæ sunt in fundo vēdito nulla adsignatione opus est. Adsignationem enim hîc accipio non pro traditione, vt vulgo fit ab interpretibus, sed pro significatione qualibet voluntatis, vt cùm tractamus de adsignandis libertis *l. 1. §. adsignare ill. tit. de assign. libert.* vbi dicitur adsignationem fieri posse quibuscūque verbis, vel etiam nutu, multò magis testamento vel codicillis, quibus tamen modis nemo dixerit traditionem fieri posse, quæ omnimodo requirit actum corporalem. Nam nec dolia signata pro traditis haberi possunt, sed ideò potius signata, ne quid summitteretur, vt ait Vlpianus in *l. 1. §. si dolium infr. de peric. & commod. rei vendit.* quamuis signare plus sit quàm assignare. Et verò si adsignationis nomine traditionem Modestinus hîc intelligeret, stultum esset dicere, Periculum rei per auersionem venditæ post adsignationem ad emptorem pertinere. Quis enim dubitat quin post traditionem periculum ad eum spectet, per quam factus sit dominus: *l. eum qui 14. in princ. infr. de furt.* At, quia periculum rei venditæ ad emptorem pertinet, etiam ante traditionem, dubitari tantùm de eo poterat, vtrum ante factam adsignationem rei per auersionem venditæ periculum sit venditoris, quomodo esse solet ante factam degustationem, quasi nondum perfecta venditione *l. si in emptione 34. §. alia causa est l. quod sæpè 35. §. in his supr. hoc tit. l. 4. §. 1. infr. de peric. & commod. rei vendit.* Sed adsignationis alia ratio est, alia degustationis. Adsignatio enim nō perficit emptionem, neque suspendit, quomodo degustatio, sed declarat tantùm quid ex multis venditum sit, vt idipsum tradere postea venditor debeat, non tamen vt emptori liceat interim à venditione resilire. Cur verò periculum rei per auersionem venditæ, etiam ante assignationem ad emptorem pertinet? Nimirum, quia sicuti cùm nulla assignatio necessaria est, facilè potest emptor eximere se periculo constituendo venditorem in mora tradendi per oblationem precij, aut per aliam satisfactionem: Ita & cùm adsignatio est necessaria, potest emptor eâdem facilitate vrgere venditorem, vt rem assignet & assignatam tradat, & ita periculum in venditorem transferat. Sed hoc ita si nihil in ea re dolo malo venditoris factum sit. Semper enim dolus à venditore, vt & ab emptore abesse debet *l. ea quæ 43. §. vlt. supr. l. si tùm fundum 68. §. 1. infr. hoc tit. l. bonam fidem 4. C. de oblig. & act.* Suauis verò est Accursius, qui cùm auersionis nomen, eiusque significationem non intelligeret, nec quid sit per auersionem, aut quod idem est, in auersione vendere legit *in aduersione*, & ita interpretatur, quasi auersione, tunc res vendatur, cùm emptor omnē aduersum casum in se suscipit. Quàm melius Iacobus Cuiacius *lib. 8. Obseruat. cap. 15.* docet, nihil aliud esse per auersionem vendere quàm vniuersaliter vno precio vendere, vt loquitur Caius in *d. l. quod sæpè §. ergo & si grex*, id est, in vniuerso, & in aggere, quasi auersi quodāmodo negotium contrahamus re omni, neque perspecta, neque explorata benè. Cui venditioni opponitur ea, quæ fit constituto in singulas res precio. Tunc enim non confusè res perspicitur, sed exploratur diligentissimè, inquit idem vir doctissimus, in notis ad *inst. hoc tit.* Ex *dict. l. vlt. in fin. supr. ad leg. Rhod. de iact. l. 1. §. exercitorem suprà de exercit. act. l. 4. §. 1. infr. de peric. & commod. rei vendit. l. opus quod 36. infr. locat.* Nec magis probare possum quod alij hæc verba in *auersione* sic iungunt, vt dictionē vnicā efficiant *in auersione*, pro *non auersione*. Falsum enim est rei, non per auersionē vēditæ periculum ad venditorem pertinere, licèt is dominus rei venditæ maneat quandiu res non est tradita *d. l. eum qui 14. infr. de furt. l. vlt. iunct. l. 1. C. de peric. & commod. rei vend. l. necessariò 8. infr. eod. ill. tit. d. §. cùm autem instit. hoc tit.*

63. IAVOLENVS libro 7. ex Cassio.

CVm seruo dominus rem vendere certæ personæ iusserit, si alij vendiderit, quàm cui iussus erat: venditio non valet. idem iuris in libera persona est: cùm perfici venditio non potuit in eius persona, cui dominus venire eam noluit.

Ad l. Cùm seruo 63.

RAT. DVB. Cùm seruus rem aliquam à domino iussus vendere certæ personæ, alij eam vendidit, nihilominus verum est venditam rem esse ex domini voluntate, qui vtique rei suæ dominium à se abdicare, & in alium transferre voluit, nec quicquā interest domini, si modò seruus tanti rem alij vendiderit, quanti personæ à domino nominatæ fuerat

BIU Cujas

venditurus. Quid verò si etiam pluris? Hoc enim euenire facilè potest. Quid enim aliud agit dominus, qui rem suam vendi mãdat, siue seruo, siue homini libero, nisi vt rei suæ dominiũ amittat, & cum precio permutet? Hoc verò perinde cõsequitur, siue cũ persona nominata, siue cũ alia qualibet persona venditio contrahatur. Quidni ergo valebit omni casu venditio? Et ita putat Accursius, valere illam, nisi cùm alij vẽditurus non fuit dominus? Ex *l. & eleganter 7. sup. de dolo l. eum qui* 18. §. *vlt. infr. de iniur. l.* 1. §. *inde quæritur de oper. noui nunciat.* qui tamen loci omnes, vt videre facile est ad rem istam nullomodo pertinent, quod & ex sequenti ratione decidendi melius intelligetur. DEC. Fines mandati diligenter custodiendi sunt *l. diligenter 5. sup. mandat.* Præsertim cùm mandato certa forma præscripta est, à qua si recedat mandatarius, facit proculdubio contra mandantis volũtatem id, quod ex eius voluntate facere debuit. Ex regula *l. qui non facit* 121. *de reg. iur.* Inclusio enim vnius solet esse exclusio alterius. Maximè cùm certa persona designata est *vulg. l. cùm Prætor. supr. de iudic. l. ex eo* 18. *infr. de testibus l. si quis arbitratu* 43. *& seq. infr. de verb. oblig. l. vlt. C. hoc tit.* Atqui ponimus dominum rei venditæ mandasse seruo suo, vt eam Titio venderet. Ergo si eam seruus vendiderit Sempronio, non potest valere venditio tanquam facta, nõ solùm non ex domini voluntate, sed quod grauius est contra domini voluntatem. Quemadmodũ enim nihil tam conueniens est æquitati, quàm voluntatem domini rem suam in alium transferre volentis ratam haberi *l. qua ratione 9. §. hæ quoque res infr. de acq. rer. domin.* Ita nihil iniquius quàm si dominium rei meæ in alium trãsferatur quàm in quem transferre volui *l. id quod nostrum 11. l. non debet alteri 71. de reg. iur.* Neque distinguimus, an seruus meus, an liber homo rem meam alij vendiderit quàm cui ex mandato debuit. Nam in serui persona locum habet generalis illa ratio, quod melior condicio nostra fieri possit per eos, quos in potestate habem⁹, deterior autem nõ possit *l. melior* 133. *eod.* In persona verò liberi hominis generalior illa, quod alteri per alterum nõ debeat iniqua condicio inferri *l. non debet 71. eod. l. soluendo 39. supr. denegot. gest.* Neque rursus distinguendũ est, an dominus, qui rem suam certæ personæ vendi mandauit, alij venditurus eam fuerit, nécne. Cur enim certam personam in mandato designasset, si alij cuilibet æquè vendi rem posse voluisset? Imò noluit alij vlli eam vendi quàm cui vendi iussit. Id enim est quod Iauolenus rationis loco hîc subiicit *cùm perfici venditio non potuerit in eius persona, cui dominus venire eam noluit.*

1. ¶ Demonstratione fundi facta, confines nominari superuacuum est. si nominentur: etiam ipsum venditorem nominare oportet, si fortè alium agrum confinem possidet.

Ad §. 1. *Demonstratione.*

RAT. DVB. Confinium nominatio facit, vt sciatur quid & quantum venditum sit, quia quicquid est intra fines demonstratos, vẽditum intelligitur, quoties venditio incipit à corpore nõ à mensura *l. Titius heres* 48. *infr. de act. empt.* Nec melius quã ex cõfinibus sciri hoc potest *l. forma 4. in princ. inf. de censib.* nisi in cõfinibus erratũ proponatur *l. patronus* 35. §. 1. *& §. liberis inf. de legat.* 1. Ergo quamuis demonstratio fundi facta sit, confines tamen nominari superuacuum non est, quia demonstratio magis ad designationem fundi venditi pertinet quã ad exprimẽdam quantitatem venditã. Alioqui non posset accipi iudicium Finium regundorũ pro eo agro, cuius fines ignorarentur *l. in finalibus* 11. *& seq. supr. fin. regund.* Et verò plerunque accidit, vt quis ad alicuius fundi emptionẽ vltrò accedat, ad quam nõ accederet, si vicinos sciret, ob quos celatos, si dolo malo id factum sit, habet etiã actionem contra vẽditorẽ *l. quod sæpè* 35. §. *vlt.* vbi diximus *supr hoc tit.* Ex quo loco, & ex *d. l. forma*, aliisque supradictis apparet inter cõfines agros & vicinos nihil interesse, nec admitti posse distinctionem Accursij, qui vt hanc legẽ conciliet cum *d. l. Titius*, ait non teneri quidem venditorẽ, vt nominet vicinos, sed teneri tamen, vt nominet fines & terminos fundi venditi. Quomodo enim possunt nominari termini fundi venditi, quin confines vicini nominẽtur? Omnes fundi cõfines sunt vicini, aut quod idem est vicinorum, sed non vicissim vicini omnes sunt confines. In vrbanis namq; prædiis vicinos magis propriè dicimus quã confines *l. 4. §. hoc iudiciũ supr fin regund.* DEC. Quemadmodũ is, qui iam certus est magis certiorari non debet *l. 1. in fin. inf. de act. empt.* Ita quod iam certũ est, certum magis fieri, nec potest, nec debet. Atqui certũ est, cuius species vel quantitas, quæ in obligatione versatur, aut nomine suo, aut ea demonstratione, quæ nominis vice fungitur, qualis quantaq; sit ostenditur *l. certum 6. supr. de reb. credit. l. demonstratio 7. inf. de cond. & demonstr.* Ergo demonstratione fundi sufficienter facta, vt neq; de loco, neq; de lõgitudine & latitudine fundi venditi dubitari possit, & fines & vicinos nominari superuacuum est *l. cùm pater* 77. §. *vlt. de legat.* 2. Quamuis nõ possit recusare vẽditor quomin⁹ eos nominet, si id emptor postulet, quia hoc bonæ fidei consonat, etiam post perfectam emptionẽ *d. l. Titius*, quanquam illius legis species propriam quandã rationem habere videtur, quod vẽditum esset quicquid iuris in eo fundo testator habuerat, vt diximus ad *d. l. quod sæpè §. vltim.* quibus verbis, vt apparet, demonstratio certa non continetur. Cauere tamen debet venditor, ne in vendendo fundo eum confinẽ celet, quẽ si emptor sciuisset, empturus non fuisset. Alioqui tenetur eo nomine vẽditor quasi dolo malo fecerit *d. l. quod sæpe §. vlt.* Nec minùs seipsum venditor nominare debet quã aliũ quemlibet, si & ipse vicinus sit, quia æquè malus vicinus esse potest, & quẽ pro authore, quòd sit locuples, quã pro vicino habere emptor malit, quod malus fortè sit & rixosus. Neque hoc tantũ, si promiserit venditor, se vicinos nominaturum, vt malè putat Accursius, sed etsi de eo nihil in vendendo dictũ sit. Cur non enim cogatur venditor id facere quod sine vllo suo dispendio, aut incommodo facere possit *argu. l. in creditore* 38. *in fin. infr. de euict.* Præsertim cùm hoc bonæ fidei congruat, vt dixi ex *d. l. Titius* 48. *de act. empt.* Quare non est simile quod Accursius, vt suam interpretationẽ tueatur, obiicit ex *l. voluntariæ* 12. *Cod. de excus. tutor.* vbi hoc tantũ dicitur, Voluntariæ tutelæ munera priuilegiis non derogare. Nullum enim habet priuilegiũ venditor, vt vicinos & cõfines nominare non teneatur, nec leui se doli suspicione onerat, si eam nominationem deneget emptori postulanti.

64. IDEM

64. IDEM libro 2. Epistolarum.

FVndus ille est mihi & Titio emptus. quæro. vtrum in partem, an in totum venditio consistat, an nihil actum sit? respondit: Personam Titij superuacuo accipiendam: ideóque totius fundi emptionem ad me pertinere.

Ad l. Fundus ille 64.

RAT. DVB. In cõtractibus nõ est locus iuri adcrescẽdi *l. si mihi & Titio 110. inf. de verb. obl.* vbi Põponius scribit, si mihi & Titio, in cuius potestate non sum, decem stipuler, non tota decem, sed sola quinque mihi deberi. Partẽ enim Titij deducendam esse, vt quod extraneo stipulatus sum partem meam non augeat §. *si quis alij Instit. de inut. stipulat.* vbi tamen ait Vlpianus de hoc dubitatũ fuisse, sed magis tandem placuisse, vt non plus quàm dimidia pars stipulatori acquiratur. Ergo & in emptione idem dicendũ est, vt si mihi & Titio fundum emerim, persona quidẽ Titij superuacuò adiiciatur, quia non magis emere quàm stipulari alij possum *l. quæcunque 11. inf. de obl. & action.* Sed tamen pars tãtùm dimidia fundi ad me pertineat, non etiam illa quam Titio emere volui. Cur. n. totum mihi acquiratur, quod mihi totũ nolui acquirere? An non ita fieret, vt actus operaretur vltra intentionem agentis? contra *l. non omnis 19. sup. de reb. credit.*

DEC. Causa venditionis indiuidua est *l. cũ ex causa 139. de verb. obl.* quia sicuti non fuerat emptor partẽ empturus si totum sibi emisset *l. tutor 47. §. 1. supr. de minor.* Ita nec fuit venditor partem venditurus, qui totum vendidit, eâdem ratione ne in communionẽ incideret cum eo quem si socium in eo fundo habere voluisset, non nisi partem ei vendidisset *l. si nõ sortem 26. §. si centum sup. de condit. indeb.* Nam nec in cõmunione inuitus manere quisquam compellitur *l. vlt. C. commun. diuid.* idque propter discordias quas materia communionis excitare solet *l. cùm pater 77. §. dulcissimis de legat. 2. l. in re cõmuni 26. sup. Vrban. præd.* Nec rursus totum precium haberet venditor, si pars tãtùm fundi ad me ex emptione pertineret, in quo certè grauaretur cum totum venditionis precium habere voluerit, qui totum fundum vẽdidit, fortassis vt importunum & vsurarium creditorem dimitteret, cui tantundem debebat, & cui partem debiti dimidiam offerre nihil prodesset ad vsuras minuẽdas, aut ad ipsum in mora constituendum *l. tutor 41. §. Lucius inf. de vsur. iunct. l. 3. sup. Famil. erciscund.* At stipulatio diuidua est, quoties in eam deducitur tale quid quod sit diuiduũ, cuiusmodi est pecunia, de qua in *d. l. si mihi de verb. obl. iunct. l. 2. l. stipulationes non diuidũtur 72. de verb. obl.* Nihil ergo vetat ex decẽ, quæ mihi & Titio stipulatus sum, deberi tantũ quinque mihi, cum in eo neque promissori vlla fiat iniuria, qui in minorẽ quantitatem obligatur, neque mihi, qui cũ decem integra habere non possim, saltem quinque ex mea stipulatione habiturus sum, quãdoquidem mea interest quinque habere potiùs, quàm nihil, quod autẽ in stipulatione iuris esse diximus, idẽ in obligatione quoque constitutæ pecuniæ obtinet, quoniã ea quoque obligatio diuidua est *l. eum qui 5. §. itẽ si mihi supr. de pecun. constit.* Quòd si agatur de re indiuidua, vt puta de seruitute quæ similiter alteri per alterũ, nec acquiri, nec recipi potest, dicendum est si quis eam sibi & alij recipiat, siue per pactũ in traditione rei venditæ appositũ, siue per stipulationẽ, non modò adiectionem vicini pro superuacua habendã esse, sed etiam seruitutem totam ad solum venditorẽ, eundémque stipulatorẽ pertinere *l. proprium 5. sup. Commun. præd. iunct. d. l. stipulationes nõ diuiduntur.* Illud magis mirũ videri potest, quòd si fundi quem cum Titio communem habebas partem mihi vendideris, & antequã traderes coactus sis Cõmuni diuidundo iudicium accipere, si Titio fundus adiudicatus non sit, sed totus tibi, eum tamen totum mihi tradere debes *l. Iulianus 13. §. idem Celsus inf. de actio. empt.* Non. n. dici potest id fieri ratione illa q̃ suprà attulimus, ne cogar ego incidere in cõmunionẽ (quid enim aliud egi cum emerẽ partem fundi, qui tibi & Titio communis erat, nisi vt idem fundus mihi & Titio communis fieret?) Sed ratio ex eo petenda est quod cùm post perfectam venditionẽ coactus sis iudicium Communi diuidundo accipere, æquum est eandem esse cõditionem meã quæ futura erat, si mecum actum esset Communi diuidũdo vt ibidem Vlpianus ex Celso scribit. Qua etiam ratione si socio tuo Titio idem fundus adiudicatus esset, non ad aliud mihi tenereris, quàm vt quantum à Titio consecutus esses, id tantùm mihi præstares, vt eadem lex ait.

65. IDEM libro 31. Epistolarum.

COnuenit mihi tecum, vt certum numerũ tegularum mihi dares certo precio. quod vt faceres, vtrum emptio sit, an locatio? respondi: Si ex meo fundo tegulas tibi factas vt darem, conuenit: emptionem puto esse, non conductionem. totiens enim conductio alicuius rei est, quotiens materia, in qua aliquid præstatur, in eodem statu eiusdem manet. quotiens verò & immutatur, & alienatur: emptio magis, quàm locatio, intelligi debet.

Ad l. Conuenit 65.

RAT. DVB. Locatio & conductio est, quoties quis certa mercede operas suas locat *l. 2. in fin. l. opus quod 36. & pass. inf. locat.* Atqui in proposita specie cũ mihi tecũ conuẽnit, vt certum numerũ tegularum mihi dares certo precio, quas tu faceres, quid aliud agimus quàm vt ego tuas operas conducam, tu mihi loces? Locatio igitur & conductio est. DEC. Toties cõductio alicuius rei est, quoties materia in qua aliquid præstatur, in eodẽ statu eiusdẽ manet. Quoties verò & immutatur, & alienatur, emptio magis quã locatio intelligi debet *l. Sabinus 20.* vbi scripsim⁹ *sup. h. t. d. l. 2. §. 1. inf. locat.* Atqui in specie hui⁹ legis si ex tuo fundo tegulas mihi factas vt dares conuenit, dominiũ materiæ, & mutatur & alienatur, nec in eodẽ statu manet, id. n. agimus, vt quod tuũ erat fiat meũ, tegulæ sc. cũ à te fuerint mihi traditæ. Emptio igitur & venditio non locatio, & conductio est. Etsi. n. venditio esse potest, etiãsi dominium non transferatur, vt cũ res aliena venditur *l. rẽ alienã 28. supr.* Necesse tamen est vt apta sit transferre dominium, & transferat si venditor dominus fuit *l. penultim. §. vltimo & l. claribus 74. infra hoc titulo.*

BIU Cujas

Aliud verò esset si conuenissetinter nos, vt tu ex meo fundo tegulas mihi faceres certo precio. Tunc n. dominij causa nō mutaretur, quia meæ essent tegulæ etiam citra traditionem, tanquam & ex terra mea factæ & meo nomine. Nec quod precij mētio facta esset, faceret vt emptio hoc quoq; casu cōtracta videretur, quia quod preciū est in emptione & venditione, id in locatione & conductione est merces, cū æquè merces ac preciū in pecunia numerata consistat. Nec durius est abuti nos nomine precij, tū quoq; cum de locatione & cōductione tractamus, quàm vt mercedem operę preciū esse dicamus, sicut & periculi precium aliquando dicimus, vt in *l. 4. infr. de nautic. fœnor.* Nam & tanta similitudo, atque adfinitas est inter hos contractus venditionis & locationis, vt plerumque incidat dubitatio, vter contractus sit, an locationis, an emptionis, vt in specie huius legis, quia iisdem ferè iuris regulis consistūt *d. l. 2. in princ. &* §. *1. locat. d. l. Sabinus* 20. *supr.* Iunge quæ scripsimus ad *d. l. Sabinus.*

66. POMPONIVS libro 31. ad Quintum Mucium.

IN vendendo fundo quædam, etiā si non condicantur, præstanda sunt: veluti ne fundus euincatur,[a] aut vsusfructus eius.[b] quædam ita demum, si dicta sint, veluti viam, iter, actum, aquæductum præstitum iri. idem & in seruitutibus vrbanorum prædiorum.

Ad l. in vendendo 66.

RAT. DVB. In dubio facienda est interpretatio contra eū qui potuit legem apertiùs dicere *l. veteribus* 39. *supr. de pact. l. Labeo* 21. *supr. hoc tit.* Atqui in potestate emptoris fuit cauere sibi & prospicere per pactionem expressam, ne res vendita euincatur, aut vsusfructus eius, vt his casibus obligatum habeat venditorē de euictione. Intererat. n. emptoris id adiici, non venditoris. Ergo si in vendendo nihil tale dictū sit ex parte emptoris, pro omisso id haberi debet, non pro dicto, vt in stipulationibus dici solet *l. quicquid adstringendum* 99. *de verb. obl.* DEC. In emptis & venditis id sequimur, quod actum potiùs q̄ quod dictū est *l. sed Celsus* 6. §. 1. *supr.* Certū autem est id agi inter emptorē & venditorem, vt prēstent sibi inuicē omnia quæ sunt ex natura cōtractus, & quæ tametsi non dicantur, ipsi tamen contractui consequētia sunt, inter quæ porrò ex parte venditoris illud primum ac potissimum est, vt emptori rē habere liceat *l. habere licere* 57. *infr. de euict.* Quotus. n. quisq; est qui non ea mēte emat, vt sibi rē emptam liceat habere? Atqui habere nō licet, cū res ipsa aut vsusfructus euincitur, siue tota res, siue pars eius euincatur, & siue iure dominij, siue per quasi Seruianā, & iure pignoris fiat euictio *l. 1. l. si mancipium* 34. §. *vlt. & l. seqq. eod. tit. l. si fundum* 27. *C. de euictio.* Ergo ex natura contractus huius illud quoque est, vt euictionem præstare venditor emptori debeat, restituto precio præstitóque emptori quanti eius interest euictam rem non esse *l. si in venditione* 60. *eod.* Idque adeò verū est, vt neque valeat expressa conuentio in contrarium facta, vt venditor qui preciū accepit, non teneatur tamen de euictione, quia contra bonam fidē esset, vt emptor rem amitteret, & venditor precium retineret *l. ex empto* 11. §. *vlt. l. bona fides* 50. *inf. de action. empt.* quamuis possit expressa conuentione remitti præstatio eius, quod interest *d.* §. *vlt.* Intellige autē si id ipsum euictū sit, quod venditum est. Nā si vēdita sit hereditas & euincātur res singulæ quę credebātur hæreditarię, euictio nō præstatur *l. 1. C. de euict.*

a *Aut vsusfructus eius.* RAT. DVB. Actio quidē de euictione cōpetit emptori aduersus venditorem, siue tota res vendita, siue pars eius euincatur *d. l. 1. infr. de euict.* Sed cū vsusfructus solus euincitur, neq; res ipsa vēdita, neq; pars eius vlla euinci intelligitur, quia vsusfructus in iure, non in parte cōsistit *l. Mœuius* 66. §. *fūdo de legat. 2. l. si à reo* 70. §. *si reo inf. de fideiussor.* Nec eo minus, quid totū nostrum rectè dicimus quod vsusfructus alienus sit *l. rectè dicimus* 25. *de verb. sign.* Ergo si nihil de vsufructu dictū sit, non pōt id actum videri, vt teneatur vēditor de vsufructꝰ euictione.

DEC. Vsusfructus licet in iure, nō in parte cōsistat, portionis tamē instar obtinet, quia emolumētū rei & quidē totū continet *d.* §. *fundo l. cū filius* 76. §. *dominus eo. tit. de leg.* 2. ideóq; in plerisq; casib⁹ pars dominij cēsetur *l. 4. l. si Titio* 33. *sup. de vsuf.* Ergo etiāsi dictū nō sit in vēdēdo, ne vsusfructus euincatur, id tamē ex naturā ipsa cōtractus actū videri debet cū inutilis ꝓprietas sit, quādiu ab ea vsusfructus abscedit *l.* § *vsusfructus 6. inf. de vsufr. legat. l. an vsusfructus* 57. *supr. de vsufr.* nec fundi venditi appellatione nuda ꝓprietas significatur, sed plena quę adnexū habent vsumfructū, vt vocant causalem *l. si alij* 19. *vsufr. legat. l. si cum argentū* 21. §. *pen. inf. de except. rei iudic.* In emptis aūt & venditis semper inspicimus quod actū potius quàm quod dictū est *d. l. sed Celsus 6.* §. 1. *sup. hoc tit.* Iūge quę scripsi ad *l. suæ rei* 16. *in fin. & ad l. seq. supr. hoc tit.*

b *Quædā ita demū si dicta sunt.* RAT. DVB. Seruitutes prædiorū tacitè sequuntur prædia siue vrbana, siue rustica, cū nihil aliud sint q̄ iura prædiorū, i. prędia ipsa qualiter se habētia, vt dixi ad *l. si aquæductus* 47. *& l. cū venderes* 59. *supr. ex l. quid aliud* 86. *de verb. sign. l. via* 23. §. *pen. & vlt. sup Rustic. præd.* Ergo quāuis in vēdendo dictum non sit viam vel iter, vel actum, vel aquæductum præstitum iri, aut aliam quamlibet seruitutem, siue vrbanam, siue rusticam, ea præstarī à venditore debet.

DEC. Eę quidē seruitutes quæ aut à prædio vēdito, aut ab eo debētur tacitè sequūtur, licet de iis nihil dictū sit *l. traditio* 20. *de acq. rer. dom.* Sed ita tamen vt earū euictio præstanda non sit. Nemo. n. euictionis nomine tenetur ꝓ eo iure quod tacitè soleat accedere, vt Venuleius scribit in *l. pen. inf. de euict.* vbi eadē exceptio additur, quæ in hoc §. Nisi vēditor talem seruitutē specialiter accessurā esse dixerit. *l. tenetur 6.* §. *sed si fundū 6. inf. de actio. empt. d. l. traditio* 20. §. 1. *inf. de acquir. rer. dom.* Adeò vt nec aliud sit, tametsi venditor fundū vti optimus maximúsq; est vēdiderit. His. n. verbis ad hoc dūtaxat obligatur, vt fundū liberū præstet, non etiā vt fundo vēdito seruitus aliqua debeatur, vt scriptū est in *d. l. pen.* ex Quinti Mucij sentētia à Celso quoq; relata & ꝓbata in *d. l. cùm vēderes*, vbi scripsimus contra Accursiū qui putat teneri vēditorē de euictione cuiuslibet seruitutis realis, non minus q̄ de euictione vsusfructus cōtra *d. l. pen.* vbi ridiculè monet Accursiꝰ verbū *tacitè* nominaliter, vt loquitur, accipiēdū esse nō aduerbialiter *& l. sed si quid* 15. §. 1. *eod.* vbi Paulus scribit si vsusfructus euincatur pro bonitate fructuū faciendam esse æstimationē, quod & scriptum est in *l. si rem quæ* 62. §. *vlt. eod.* Sed si seruitus, scil. realis euincatur, non de euictione agi, sed quāti minoris ob id prædiū est litē æstimari debere, sc. cū fūdus vel liber vēdituesset, vel vti optimus maximúsq; est *l. cū fundus* 48 *eo. ti.* videtur.

Ita-

Itaq; hic §. sic intelligendus vt non tã quærat Põponius, An venditor, qui nihil dixit, præstare debeat fũdum liberum aut dominantem, quàm vtrum euicta seruitute fundi vẽditi, siue actiua siue passiua actio de euictione dãda ei sit cõtra venditorẽ, vt in *d. l. sed si quid* 15. §. 1. *& d. l. pen. de euict.* Vt differẽtia hîc constituatur inter euictionẽ fũdi vel vsusfructus & seruitutis realis. Etsi ea quoq; interpretatio probari potest, vt moneat Põponius simpliciter: Nõ obligari, vẽditorẽ vt præstet deberi aliquã seruitutẽ fũdo vẽdito, nisi expressè id dixerit. Et meritò. Nã nec obligatur vt fundũ quẽ vendit liberũ, præstet, nisi aut expressim liberũ aut vti optimus maximúsq; est, vẽdiderit. Quod etiam adiici hîc potuit, & debuit.

1. ¶ Si cùm seruitus venditis prædiis deberetur, ne commemorauerit venditor, sed sciens esse reticuerit, & ob id per ignorantiam rei, emptor non vtendo per statutum tempus eam seruitutem amiserit: quidam rectè putant, venditorem teneri ex empto ob dolum.

Ad §. 1. si cum seruitus.

RAT. DVB. Seruitus quę fundo vẽdito debetur, tacitè sequitur emptorẽ. Nec rursus obligatur vẽditor vt præstet aliquã seruitutem ei fundo deberi quem vẽdit, nisi hanc aut illam accessuram esse nominatim dixerit, vt proximè scripsim⁹. Plus ergo præstat venditor, quàm debeat, cùm talem fundum præstat cui seruitus aliqua debeatur. Et consequenter non habet emptor quod conqueratur, etiamsi venditor sciẽs seruitutem illam reticuerit, quamuis ex ea reticentia factum sit, vt emptor seruitutem fundo vẽdito debitam non vtendo amiserit: Quandoquidẽ nec posset cõqueri si seruitus nulla ab initio debita fuisset. *arg. l. eum qui* 15. *infr. de ann. leg.* Quid enim emptoris interest, an nulla seruitus ab initio debita, an quæ debebatur, ea non vtendo amissa fuerit?

DEC. Quisquis emit fundũ dominãtẽ, emit etiã seruitutẽ, quæ fundo vẽdito debetur, etiãsi ignoret deberi, quia tacitè sequitur fundũ vt modò diximus. In eóq; differt seruitus actiua, vt ita loquar à passiua. Quæ n. debetur à fundo vẽdito, ea nõ emitur, quia onus est, & tã quã onus sequitur rẽ venditã, ex regula *l. prox. inf.* Sed ea, quæ fũdo vẽdito debetur, fundũ sequitur, tanquã & ipsa vẽdita, & pars quędã rei vẽditæ. *l. si aquæductus* 47. *sup.* Et quæ tamẽ si euincatur, præstare nihil debeat vẽditor euictionis nomine vt suprà scripsimus ex *l. pen. infr. de euict.* At ne quidem quanto minoris emisset emptor si seruitus nulla debita fuisset. Cadit enim hæc distinctio in eũ casum quo seruitus aliqua debeatur à fũdo vẽdito, nõ quo debeatur fundo vẽdito. Nã qui emit fundũ nesciẽs seruientẽ, emit certè pluris quàm empturus esset, si seruientẽ sciuisset. At is qui emit fundũ nesciens dominantem, plus quidẽ emit, sed non pluris. Cùm nõ possit videri auxilio preciũ eius rei, quam etsi emebat, emere tamen se ignorabat. Vtrumq; verò ex eo ꝓficiscitur ꝙ quisquis fundũ emit, talẽ emit, qualis est, siue dominans sit siue seruiens. *l. cùm venderes* 59. *supr. hoc tit. l. traditio* 20. §. 1. *infr. De acquir. rer. domin. l. sed si quid* 15. §. 1. *l. cùm fundus* 48. *l. si rẽ quæ* 62. §. *vlt. de euict. l. quoties* 61. *infr. de ædilit. edict.* Et tamẽ æquũ est teneri debere vẽditorẽ nõ solùm si seruitutem fundo vendito debitã non præstet, aut eã post venditionẽ facto suo extinxerit, sed etiãsi de ea nõ certiorauerit emptorẽ, qui ob hãc causam licèt ignorãs postea nõ vtendo statuto tẽpore eã amiserit: Cùm huic amissioni causã præbeat sola non tã negligentia q̃ ignorantia emptoris, (quid. n. est ꝙ ignoráti possis imputare?) ignorãtia verò emptoris non aliunde proficiscatur, quàm ex reticentia vẽditoris. Quæ porrò vix est vt sit sine dolo, cum nullã reticendi causam habuerit vẽditor, habuerit autẽ emptoris certiorandi. Dolus si quidẽ est nõ tãtùm si loquẽdo fallat, sed etsi obscurè loquendo, aut dissimulãdo *l. ea quæ* 43. §. *vlt.* vbi dixi *supr.* Nec apertius exemplum vllũ hac de re quærendum est, q̃ ꝙ hic §. suppeditat. Iũge *l. si procuratorẽ* 8. §. *pen. l. si fideiussor* 29. *in princ. & §. si cum debitor supr. mandat. l. quæro* 39. *infr. de action. empt.*

2. ¶ Quintus Mucius scripsit: *Ruta cæsa, quæque ædium fundi ve non sunt*: bis idem scriptum. nam ruta cæsa ea sunt, quæ neq; ædiũ, neq; fundi sunt.

Ad §. vlt. Quintus Mucius.

RAT. DVB. Contra venditorem in dubio facienda est interpretatio, qui legem potuit apertiùs dicere *l. Labeo* 21. *l. cùm in lege* 33. *supr. l. veteribus* 39. *supr. de pact.* Atqui potuit venditor in fundo vendendo aut ædibus excipere ruta cæsa: Ruta, inquam, id est, quæ eruta sunt, vt arenam, cretam, & similia. Cæsa verò, id est, arbores cęsas, & carbones & similia, vt Vlpianus explicat in *l. fundi* 17. §. *si ruta cæsa infr. de actio. empt.* Ergo si non exceperit, credendus est hæc quoq; vẽdidisse tanquã quæ fuisse aliquando videantur pars fundi aut ædium, aut propter fundũ ædésve habita. Exemplo eorum de quibus in *l. Iulianus* 13. §. *vlt. eod. tit.* Proinde si ruta & cæsa venditor excipiat, licèt adiecerit *quæ nec fundi nec ædium sunt*, non tamen frustrà & superuacuò ita scripsisse videtur.

DEC. Ruta cæsa, neque fundi neque ædium sunt, quia in rutis cæsis ea tantùm sunt quæ terra non tenentur, quæque opere structili tectorióve nõ continentur *l. in rutis cæsis* 241. *De verb. signific. d. l. fundi* §. *si ruta cæsa l. si venditor* 38. §. *vlt. de act. empt.* Et quamuis non omnia quæ neque fundi neque ædium sunt, in rutis cæsis habeantur, omnia tamen ruta cæsa, neque fundi neque ædium sunt, & se habent ista tanquam genus & species. Ergo qui vendit fundũ, aut ædes, sicuti frustrà exciperet ea quæ nec fundi nec ædium sunt: Ita & frustra excipit ruta cæsa *d. §. si ruta cæsa.* Qui verò excipit ruta cæsa, deinde adiicit exceptioni ea quæ nec fundi nec ædium sunt, bis idem scribit, & vtrumque frustrà ac inutiliter. Nec enim multiplicatio verborum rei substãtiam augere potest, & aliud est disponere sæpiùs, aliud loqui sæpiùs *l. Mæuius* 66. §. *eum qui de legat.* 2. *l. qui bis* 18. *De verb. oblig.* Adeò autem verũ est, Ruta cæsa neq; fundi esse neq; ædium, vt si emptor fundi vel ædium ea occupauerit, nec velit restituere vẽditori, teneatur eo nomine quanti emptor in litem iurauerit *l. Celsus* 5. §. *idem Iulianus supr. Ad exhib.* quia nimirũ venditor eorũ dominus manet, non autẽ quod hoc quoq; nomine actionẽ ex vendito habeat sicut & si aliud quidlibet quod non sit venditum prætextu venditionis inuaserit *l.* 2. *in fin. C. de act. empt.* Nã in actionib⁹ empti & vẽditi nunquã iuratur in litem vt alibi scripsimus, & dicemus ad *l. si cùm fundum* 68. §. *fin. infr.*

BIU Cujas

67. IDEM libro 30. ad Quintum Mucium.

ALienatio cùm fit, cum sua causa dominium ad alium transferimus, quæ esset futura, si apud nos ea res mansisset, idque toto iure ciuili ita se habet, [a] præterquam si aliquid nominatim sit constitutum.

Ad l. Alienatio 67.

RAT. DVB. Obligatio personalis, quæ vēditori aut contra venditorem competit, non sequitur emptorem, aliúmve quemlibet singularem fundi successorem *l. vlt. §. 1. infr. hoc tit. l. 1. §. si heres infr. ad SC. Trebell. l. æris alieni 15. C. de donat.* Ergo non semper fit alienatio cum sua causa, & euenit plerunque vt meliore conditione res sit penes emptorem quàm futura esset penes venditorem: Nisi cùm alienatio facta est pendente lite *l. quamquam 4. §. 1. infr. De aqua & aquæ pluu. arcend.* Indéque est quod necesse fuit prohiberi à Prætore alienationē quæ fit iudicij mutandi causa *l. 1. & tot. tit. supr. De alienat. iudic. mut. caus. fact.* vel in potentiorem *C. ne liceat potentior.* Nimirū ne fiat durior condicio actoris obiecto ei nouo & potentiore aduersario.

DEC. Nemo plus iuris in alium transferre potest quàm ipse habeat *l. nemo plus iuris 51. De regul. iur.* Proinde traditio nihil amplius transferre debet vel potest ad eum, qui accipit, quàm sit apud eum qui tradit *l. traditio 20. infr. de acquir. rer. domin.* Quæ res facit, vt quemadmodum is qui dominus non est si rē alienam vendat, dominium transferre potest, quod non habet, sed tantùm vsucapiendi causam *l. clauibus 74. infr. hoc tit.* Ita & is qui dominus est, si dominium transferat in alium, tale transferat quale ipse habuit: & cum sua causa. Vt puta cū vinculo pignoris si ea fuit anteà creditori obligata *l. debitorem 15. C. de pignor. l. vnic. C. rem alien. gerent. non interd. rer. suar. alien.* aut cum iure seruitutis, siue prędium venditum, fuit dominans, siue seruiens: *d. l. traditio §. 1. l. cùm vēderes 57. & l. prox. in princip. & §. 1. supr.* Hic verò casus est de quo hæc lex intelligi potest & debet, non de qualibet venditione. Non enim venditio quælibet alienatio est, sed ea tantùm quæ fit à domino secuta traditione: Cùm alienatio nihil aliud sit quàm dominij translatio *l. 1. C. de fund. dot. l. alienationis 28. de verb. signific.* quæ porrò à domino fieri numquam potest. Et ad hunc quoque casum superiora duo exēpla pertinent. Nam neque obligari pignori res aliena potest nisi ex domini voluntate *l. aliena 20. supr. de pignor. act. & tot. tit. C. si alien. res pignor. dat. sit,* neque seruitus realis deberi fundo, cuius dominiū quis nō habeat *l. 1. supr. Commun. præd. l. tenetur 6. §. sed si fundū De action. empt.* Sensus igitur legis huius est idē qui & *d. l. traditio 20. §. 1. De acquir. rer. domin.* Quoties dominium transfertur ab vno in alium, transferri cum sua causa, id est, cum suo onere. Quo nomine nō personalis obligatio significatur, sed realis, id est, quæ ipsi rei non personæ alienātis cohæreat, vt in exēplis supradictis: quibus & aliud addi potest ex *l. lex vectigali fundo 31. infr. de pignor. l. si sterilis 21. §. 1. infr. de action. empt. l. via constitui 23. §. si fundus supr. Rustic. præd. l. & post litem 12. §. res quæ Famil. ercisc. l. qui libertatis 69. §. pen. infr. de euict.* Quare nihil cum huius legis sentētia cōmune habet quod obiecimus, Obligationem personalem non sequi singularem successorē. Non enim rei cohæret personalis obligatio, sed personæ, nisi cùm lex in traditione fundi dicta est, quo casu licèt non nisi personalis obligatio ex contractu nascatur, sequitur tamen quemlibet fundi possessorem etiam singularem *l. venditor 13. supr. commun. præd. iunct. l. in traditionibus 48. supr. de pact. l. si quis sub hoc pacto 56.* vbi diximus *supr. hoc tit.*

a *Præterquàm si aliquid nominatim sit constitutum.* Verba hęc quę nemo benè explicat, meo iudicio sūt Triboniani potius quàm Pōponij. Triboniani, inquā, respiciētis ad aliquā fortasse noui & Iustinianei iuris cōstitutionē quę induxerit vt res vēdita meliore conditione sit penes emptorem q̄ futura esset apud venditorē. Exemplū est in re pignori obligata vendita quā constat licèt transferatur cum sua causa pignoris, meliore tamē conditione esse apud emptorem quàm apud vēditorē, cùm emptor cōuentus hypothecaria beneficiū habeat nō factæ excussionis, quod vēditor non haberet *l. distractis 14. iunct. Auth. hoc si debitor. C. de pignor.* Idque ex Iustiniani cōstitutione *Nouell. 112. de litigios. §. 1.* quæ ius hoc nouū induxit, toti Iurisprudentiæ veteri incognitū, extra casum *l. Moschis 47. de iur. fisc.* Nā quod Accursius adfert exēplū de bonæ fidei possessore, qui si rē pignoris obligatā longo tēpore possederit, tutus est præscriptione longi tēporis ex *l. 1. & 2. C. si aduers. credit. præscript. oppon. l. creditor 12. inf. de diuers. tempor. præscr.* aut lōgissimi triginta vel quadraginta annorū si ab anteriore creditore posterior inquietetur, nullū aliū habens titulū q̄ pignoris iuxta distinctionē posita in *l. cùm notissimi 8. C. de præscript. 30. vel 40. annor.* Hoc inquā non videtur satis accommodatū. Nam in posteriore hoc casu nihil est quod alienetur, cū nulla fiat translatio dominij per traditionem iure tantū pignoris facta, nullo sc. præcedente titulo habili & iusto ad transferendū dominium quod perpetuò remanet debitoris *l. nunquā nuda 31. de acquir. rer. domin. l. cū & sortis 35. §. 1. sup. de pign. act. l. rescriptum 12. in princ. infr. de distract. pign.* Priore verò casu transfertur quidem dominiū à debitore in emptorē pignoris, sed cū sua causa si ius vetus inspicias, quo non factæ excussionis beneficiū erat, vt diximus, incognitum. Poterat. n. possessor statim & rectà cōueniri per hypothecariā, perinde ac debitor ante completū tempus longæ possessionis. Quo demùm completo adhuc tamen poterat iure summo conueniri, sed habebat exceptionē præscriptionis lōgę possessionis, qua tueri se posset. Habebat autem non tanquam emptor (licet emptionis, aut alterius acquisitionis titulum cū bona fide cōiunctum prędecedere necesse esset) sed tanquā is qui bona fide, & per longum tēpus rem obligatā possedisset. Beneficio igitur lōgæ possessionis nō emptionis. Nā & nullo emptionis, aut alterius acquisitionis titulo præcedēte posset se tueri merus creditor posterior longissimi temporis præscriptione si per tantum tempus possedisset *d. l. cùm notissimi §. 1.* Vt intelligamus hoc casu accedere beneficium præscriptionis ob longam possessionem secutam, sed tamen non eo minùs fieri in hac quoque specie alienationem cum sua causa.

68. PROCVLVS libro 6. Epistolarum.

SI, cùm fundum venderes, in lege dixisses, quod mercedis nomine à conductore exegisses, id emptori accessurum esse: existimo te in exigendo non

solùm

solùm bonam fidem, sed etiam diligentiam præstare debere: id est, non solùm vt à te dolus malus absit, sed etiam vt culpa.

Ad l. si cùm fundum 68.

RAT. DVB. Venditor dolum malum à se abesse præstare debet, non etiam culpam §. *prox. infr. & l. ea quæ 43. §. vlt. supr. hoc tit. l. ex empto 11. §. Iuliani 16. in fin. infr. de action. empt.* Ergo si quis cùm fundum venderet in lege, dixerit, quod mercedis nomine à cõductore suo exegisset, id emptori accessurum esse satisfacit si in exigendo bonã fidẽ præstet, non etiã diligentiã. Qui enim diligentiam non præstat, quã præstare debet, is in culpa tantùm non etiã in dolo est, nisi cùm in alienis rebus minorem quàm in suis diligentiam adhibet *l. quod Nerua 32. infi. supr. depositi.*

1 ¶Ferè aliqui solent hæc verba adiicere: *Dolus malus à venditore aberit.* qui tamen etiam si adiectum non est, abesse debet.

Ad §. 1. Ferè aliqui solent.

RAT. DVB. In contractu emptionis & venditionis non tantũ dolum malũ præstare vẽditor debet, sed etiã culpam leuem, vt in specie de qua proxime scripsimus *l. contractus 23. de regul. iur.* quia hic cõtractus fit gratia vtriusq; secundũ distinctionem & rationẽ traditã ab Vlpiano in *l. si vt certo 5. §. nunc videndũ sup. Cõmod.* Et quãuis dici soleat, quod & verissimũ est, post perfectam emptionẽ, i. statim, atque de precio certo conuenit, periculũ rei vẽditæ totum præstare emptor debet, quãuis nondum factus sit dominus §. *cũ autẽ Instit. hoc tit. l. necessario 8. infr. de peric. & commod. rei vendit.* Custodiã tamen præstare vẽditor debet in diem vsq; traditionis *l. eũ qui emit 14. in princip. infr. de furt.* & quidem exactiorem quam in rebus suis adhibeat *l. 3. de peric. & commod. rei vendit.* Et consequenter culpã si non leuissimam, vt commodatarius saltem eã quæ sit leuis. Ergo non solùm frustra est, sed etiam contra emptoris vtilitatem, si in emptione adiiciatur dolum malum à venditore abesse abfuturúmq; esse, non ob id tantum quòd etiamsi id adiectum non sit, dolus tamen malus abesse semper à venditore debet *l. ea quæ 43. §. vlt. sup. hoc tit.* Sed etiã quia eiusmodi conuention. quæ doli tantùm mentionem facit, videtur excludi culpa, cùm inclusio vnius sit exclusio alterius *vulg. l. cum Prætor 12. sup. de iudic.* Et tamen culpã quoq; emptor præstare vẽditor debet. Ergo ita concipienda pactio est, vt nõ tantum dolus, sed etiam culpa à venditore abesse debeat. DEC. Fuit olim vulgaris & solita illa doli mali clausula non tantũ in emptionibus cæterisq; bonæ fidei contractibus, in quibus certè non erat necessaria, sed etiam in stipulationibus, vt quamuis strictiiuris essent, ex iis tamen agi posset ad promissoris dolum vindicandũ, si quis fortè interuenisset extra id de quo nominatim cautũ esset *l. stipulationes 53. l. doli clausula 119. & pass. de verb. oblig.* Idq; est quod Proculus in hac lege significat hoc verbo *ferè* quo significatur non *vbicunq;* vt interpretatur Accursius, sed *ferè semper* vt in *l. iurisgentium 7. §. quod ferè supr. de pact.* Videturq; eius clausulæ vsus à stipulationibus primùm profectus, ac deinde ad cæteros quoq; etiã bonæ fidei cõtractus quoslibet translatus fuisse. Nã & ea quæ in bonæ fidei cõtractibus ipso iure, & ex natura contractus veniunt, in pactionẽ specialẽ adeóq; in stipulationem deduci nihil prohibet, cũ ea quæ dubitationis tollẽdæ causa contractibus inseri solent, ius cõmune non lædant *l. quæ dubitationis 81. de regul. iur. l. qui mutuã 56. supr. mandat.* Ideo autẽ doli tantùm mentio fiebat, non vt culpæ excusationem aliquã præberet cõuentio, si qua fortè interueniret, ne alioqui noceret eiusmodi conuentio ei ipsi pro quo apposita fuisset, quod absurdũ foret *l. in ratione 30. §. tametsi infr. ad leg. falcid. iunct. l. nulla 25. sup. de legib. l. quod fauore 6. C. eo.* Sed vt potissimũ is qui ita cauebat sibi prospiceret aduersus præsentẽ & occultum dolum aduersarij reticẽtis fortasse aliquid aut subdolè dissimulantis aduersarij circumueniendi causa. Vix. n. est vt culpa aliqua sit venditoris in ipso cõtractus tẽpore quæ non vel dolus sit, vel saltẽ proximè ad dolũ accedat, i. lata culpa, quæ dolo ferè in omnibus cõparari solet, vt in specie *l. in vendendo 66. §. 1. sup.* Ex postfacto autẽ facilè accidit, vt culpa aliqua superueniat, quę tamen nec dolus sit, nec dolo proxima, vt in principio huius legis. Etsi doli clausula illa erat *dolum malum abesse abfuturumq; esse l. ex ea parte 121. in princip. de verb. obl.* vt futurus quoque dolus malus comprehenderetur, qui alioquin verbis stipulationis ad solum tempus præsens relatis non comprehenderetur. Cæterùm ea res, vt diximus nõ excludit culpam ex postfacto admissam, ne quidem in stipulationibus *l. si ex legati 23. & seq. eod. titul.* Multo minùs vero in emptionibus & venditionibus cæterisque bonæ fidei contractibus, in quibus magis inspicitur quod actum quàm quod dictum est *l. sed Celsus 6. §. 1. supr.*

2 ¶Nec videtur abesse,[a] si per eum factum est, aut fiet, quo minùs fundum emptor possideat. eritergo ex empto actio: non vt venditor vacuam possessionem tradat: cùm multis modis accidere poterit, ne tradere possit: sed vt, si quid dolo malo fecit, aut facit, dolus malus eius æstimetur.

Ad §. 2. Nec videtur abesse.

RAT. DVB. Nemo præcisè cogitur ad factum, quia id fieri nõ posset citra vim & impressionem quam semper exosam habet legislator. Ideóque in locum obligationis faciendi succedit præstatio eius quod interest, quod semper in pecunia consistit *l. si quis ab alio 13. in fin. infr. de re iudic. l. quoties quis alium 81. iunct. l. stipulationes non diuiduntur vers. Celsus autem l. cùm stipulatus 113. in fin. de verb. oblig.* Ergo quamuis ex natura contractus empti & venditi obligatus sit venditor ad tradendũ *l. 1. l. ex empto 11. §. & pass. inf. de*

action.empt. non est tamen quod dolo malo facere quicquam videatur licèt per eum fiat, ne venditam rem possit, aut velit tradere, cùm etsi maximè posset, nec vellet, cogi tamẽ ad præcisam traditionẽ non posset. Et contrà, si maximè vellet tradere, nec tamẽ posset aliqua de causa, perinde tamẽ ex natura contractus, & actionis ex empto teneretur ad id quod emptoris interesset, puta si rẽ alienam ignorãs vẽdidisset, quæ vel à domino, vel à creditore aliquo ante traditionẽ iure pignoris euicta proponeretur. Qua etiã tradita, & postmodum emota, æquè ad id quod interesset emptoris teneretur *d. l. ex empto §. 1. l. si in venditione 60. de euict.* Non ergo dolus vẽditoris sed natura contractus & actionis ex empto facit, vt ob non factã traditionẽ rei venditæ condemnãdus sit venditor ad id quod emptoris interest. Quã ob causam existimarunt pleriq; dolum venditoris non aliter aut melius æstimari posse quàm si contra eũ iuretur in litem, vt euenit in aliis quàm plurimis bonæ fidei iudiciis *l. in actionibus 5. supr. de in lit. iur. l. 3. §. in hac Cõmod. l. ei apud quem 5. depos.* Sed mihi cõtrà iampridem visum est. Nõ ideò solũ quod in tot iuris nostri locis qui de actionibus empti & vẽditi extant, nusquam scriptum videas in iis iurari in litẽ, sed ob id maximè quod inducendi iurisiurandi huius causa non alia fuit quàm ne alioqui cogeretur dominus inuitus iusto precio rem suam vendere *l. nõ enim 9. Rer. amot. l. si filiofamilias 25. §. 1. solut. matr. l. tutor 8. de in lit. iur. l. nec quasi 70. de rei vindic.* Quæ ratio cessat euidenter in actione ex empto, cũ res vendita non sit in dominio emptoris ante traditionem *l. eum qui emit 14. l. si vendidero 80. infr. de furt.* Non igitur habere potest iusiurandũ in litem emptor aduersus venditorẽ ob id quod res vendita non tradatur, siue dolo malo venditoris id fiat, siue non, quia ad præcisam traditionẽ tenetur vnquã venditor, vt dixi, etiamsi maximè tradere possit, sed ad hoc tãtùm, vt vel rem venditã tradat, vel præstet quanti eo nomine emptoris interest *l. 1. de action. empt. l. contractus 17. C. de fid. instrum.* Quid ergo? inquies. An non grauior erit condemnatio venditoris, qui dolo malo recusat tradere, quàm eius qui absque dolo malo. Quid enim aliud est quod hîc scribit Proculus dolum venditoris æstimandum esse, quàm puniri grauiùs eum debere propter dolum? Sed dicendum est æstimandum quidem esse dolum venditoris & eam æstimationem nõ nisi in grauiore condemnatione consistere, æstimari autem debere dolum & contumaciam vltra rei pretium, vt scriptum est in *l. 1. supr. de in lit. iurand.* Sed tamen non ideò consequens esse, vt æstimari dolus debeat per iusiurandum in litem: Cùm possit æstimari etiam officio & arbitrio iudicis inter venditorem & emptorem cognoscentis *l. si traditio 4. C. de action. empt.* Longè autem aliud est id quod emptoris interest æstimari arbitrio iudicis, vt ibi scriptũ est. Aliud verò æstimari arbitrio emptoris in litẽ iurãtis. Iudex. n. nũquã arbitratur in infinitũ sed cõdẽnationẽ semper taxat certa quãtitate *d. l. si traditio.* Iusiurãdũ verò in litẽ plerũq; defertur actori vt fiat ei potestas iurãdi in infinitum, adeóq; sine vlla taxatione *l. qui restituere 68. sup. de rei vind.* Est itaque lex hæc intelligẽda secundum id quod scriptũ est in *d. l. si traditio* vt id quod interest propter dolum æstimetur arbitratu iudicis non emptoris.

a *Si per eum factum est aut fiet.* Benè Accursius explicat, siue ante venditionem dolo malo venditor aliquid fecerit, puta si sciens alienam rem vendiderit à domino possessam quam sciebat à domino tradi & præstari non posse siue in ipso contractũ venditionis ex *l. & eleganter 7. §. non solùm supr. de dol. l. in vendendo 66. §. 1. supr. hoc tit.* Siue denique post contractam venditionẽ cœperit venditor dolo malo aliquid facere, puta si alienæ rei quam vẽdiderat effectus dominus eam rem tradere nolit, atque ita implere venditionem *l. si quis alienum 46. inf. de actio. empt.* Non enim ob id minus, imò tanto magis alienam rem venditã tradere debet quod facta sit sua, sed quod idem Accursius adiicit hunc §. intelligi posse de venditore qui iam fortè rẽ tradiderat, hoc verò probare nullo modo possum. Nã facta semel traditione certum est liberari venditorem, ne amplius rem tradere teneatur, neque verò semel extincta & sublata illa obligatio reuiuiscere vnquam potest *l. qui res 98. §. aream de solut.* quod nec Accursius diffitetur. Sed & cùm per traditionem à venditore factam dominium transferatur in emptorẽ si modò fuerat venditoris, si quo fortè casu possessio ad venditorem redeat, locus esset iuriiurando in litem nolente venditore iterum tradere & restituere eam rem cuius dominium prima traditione in emptorem transtulisset. Sed in rei vindicatione id obtineret quæ emptori tãquam domino competeret, non autem in actione ex empto quæ per traditionem primam competere desiisset, vt idem Accursius defendit ex *l. si ager 50. sup. de rei vindicat.* Quamuis eo casu quo aliena res tradita est, & postmodum euicta, siue dominij, siue pignoris iure, actio ex empto quæ per traditionem euanuerat per euictionem resuscitetur, quasi re nunquam tradita *l. si in venditione 60. infr. de euict.* quia scilicet potestas euictionis tollit intellectum traditionis, vt in specie *l. si patroni 55. §. Vlt. ad SC. Trebell.*

69. IDEM libro 11. Epistolarum.

RVtilia Polla emit lacum Sabatianensem angularium, & circa eum lacũ pedes decem. quæro, nunquid & decem pedes, qui tunc accesserunt, sub aqua sint, quia lacus creuit: an proximi pedes decem ab aqua, Rutiliæ Pollæ iuris sint. Proculus respondit: Ego existimo, eatenus lacum, quem emit Rutilia Polla, venisse, quatenus tunc fuit: & circa eum decem pedes, qui tunc fuerunt. nec ob eam rem, quòd lacus postea creuit, latiùs eum possidere debere, quàm emit.

Ad l. Rutilia 69.

RAT. DVB. Quod per alluuionem agro nostro flumen adiicit, nobis acquiritur iure gentium *l. adeò 7. §. 1. inf. de acquir. rer. domin.* Flumina enim censitorum vice quodammodo funguntur *l. ergo 30. §. alluuio eod. tit.* Ergo & in lacu idem iuris est. Nam & lacus sicuti flumina crescunt & decrescunt. Proinde si quis lacum emerit, & circa eum lacum pedes decem, & deinde lacus creuerit, dicendum est decem pedes, qui tũc accesserunt, non esse sub aqua, sed decem pedes proximos ab aqua ad emptorem pertinere.

DEC.

BIU Cujas

DEC. Lacus & stagna licèt interdum crescant & decrescant, suos tamen terminos tenent, nec alluuionis ius admittunt, quia & interdum exarescunt nec habent causam perpetuam. Vnde etiam est quod ex lacu non magis quàm ex stagno seruitus aquæductus constitui potest *l. foramen* 28. §. 1. *supr. Vrban. præd.* Quod in fluminibus diuersum est *l. lacus* 12. *eod. tit. de acquir. rer. domin.* Ergo neque accessionem neque decessionem in eos vicinis facere licet *l. vicinus* 24. §. *vlt. de aqua & aquæpluu. arcend.* Et consequenter ij termini spectandi sunt qui contractus & venditionis tempore fuerunt, vt nihil venditum dici possit nisi quod intra eos terminos fuit. Nam & regulare est, vt in omnibus contractibus tempus contractus spectari oporteat, non solùm si quæratur quid & quantum venditum sit vt in *l.* 2. §. 1. *infr. de hered. vel act. vendit. l. sed quæ loca* 22. *supr. Rustic. præd.* Sed etiam si de læsione aliqua disputetur quæ in venditionis contractu interuenisse dicatur *l. si voluntate* 8. *C. de rescind. vendit.* Idémque ferè in testamẽtis iuris est, vt si testator vestem suam aut quam aliam rem legauerit de ea sensisse videatur quam testamenti tempore habuit, non de ea quam posteà habere cœpit *l. si ita* 7. *infr. de aur. & argẽt. lega.* An verò hîc legas cum Accursio *lacũ angulariũ* aut *anguillarum*, an cum Haloãdro *anguillarium* parùm refert.

70. LICINIVS RVFINVS libro 8. Regularium.

Liberi hominis emptionem contrahi posse, plerique existimauerunt: si modò inter ignorantes id fiat, quod idem placet, etiam si venditor sciat, emptor autem ignoret. quòd si emptor sciens liberum esse, emerit: nulla emptio contrahitur.

Ad l. Liberi hominis 70.

RAT. DVB. Earum duntaxat rerum venditio valere potest quæ in hominum commercio sunt *l. si in emptione* 34. §. 1. *supr.* Ergo liberi hominis emptio contrahi non potest, cùm certi iuris sit hominem liberum in commercio non esse *l. liber homo* 13. *supr. ad leg. Aquil. l. inter stipulantem* 83. §. *sacram. de verb. obli.* Nec magis si emptor ignoret liberum quàm si sciat, cùm eius ignorantia facere non possit vt eo magis liber homo sit in commercio.

DEC. Difficilè dignosci potest homo liber à seruo. Et ob eam nimirum causam necesse fuit vtilitatis causa recipi vt liberi hominis emptio aliqua esse intelligatur si ab ignorante ematur. Non quidem quod ad hoc vt liberi hominis dominium in emptorem transferatur, quod certè fieri nullo casu potest, sed vt ex ea venditione obligetur venditor in id omne quod interest emptoris siue liberũ hominem sciuerit venditor siue ignorauerit *l. & liberi* 5. *cum l. seq. d. l. si in emptione* §. *liberum hominem*, vbi iam diximus *supr. 9. vlt. instit. hoc tit.* Planè si emptor sciuerit liberum, nulla erit emptio, tametsi venditor ignorauerit *l. sed Celsus* 6. *& d.* §. *liberum sup.* Multò magis si vẽditor quoq; sciuerit vt Accursius noster hîc notat ex *l. domum* 57. *in fin. supr.* licèt is locus Triboniani sit non Pauli, vt ad eum scripsimus. Iunge §. *item si emptor d. l. si in emptione.* Alia ratio stipulationis est. Nec enim hominis liberi stipulatio valet, nec si stipulator liberum ignoret §. 1. *Instit. de inutil. stipulat.* Eiúsque dissimilitudinis rationem hîc adfert Accursius, quòd ex dandi stipulatione dominium transferri debeat, non etiam ex venditione *l. si ita* 25. §. 1. *supr.* Nos attulimus ad *d. l. & liberi.*

71. PAPYRIVS IVSTVS libro primo Constitutionum.

IMperatores Antoninus, & Verus, Augusti Sextio Vero in hæc verba rescripserunt: Quibus mensuris, aut pretiis negotiatores vina compararent, in contrahentium potestate esse. neque enim quisquam cogitur vendere, si aut pretium, aut mensura ei displiceat. præsertim si nihil contra consuetudinem regionis fiat.

Ad l. Imperatores 71.

RAT. DVB. Sunt in qualibet regione constitutæ certæ mensuræ earum rerum quę ad vsum commercij mensurantur, sunt & pondera earum rerum quę ponderantur. Quibus mensuris & ponderibus fidem præstat authoritas publica, ne quid minùs æquâ mensurâ vel minus æquo pondere fiat *l. arbitrio* 18. §. *de eo in fin. supr. de dolo.* Atqui priuatorũ pactiones & cautiones legum authoritate non censentur *l. vlt. infr. de suis & legit.* nec cuiquam licere debet ab ea forma recedere quæ iure publico constituta & inducta est *l. ius publicum* 38. *l. inter debitorem* 41. *supr. de pact. l. qui luminibus* 11. *supr. Vrban. præd. l. vlt. in fin. C. de seruit. & aqua l.* 1. *C. de ædific. priuat.* Ergo non debet esse in potestate contrahentium vt priuatis nec publica authoritate probatis mensuris & ponderibus quid vendant aut emant. Proba enim mensura esse non potest, nisi quæ probata, nec probum pondus nisi quod probatum. Maximè verò debet hoc obtinere in contractu venditionis, vt & in aliis qui sunt bonæ fidei. Propterea quòd ea quæ moris & consuetudinis sunt venire solent in bonæ fidei iudiciis & pro expressis haberi etiamsi expressa non sint *l. quòd si nolit* 31. §. *quia assidua infr. de ædilit. edict. l. licet certis* 8. *C. de locat.* Vt proinde quodammodo contra bonam fidem videatur fieri pactio, quæ fit contra ea quæ sunt moris & consuetudinis *l. circa locationes* 19. *eod. tit.* si vulgatam editionem sequare, quæ habet, circa locationes & conductiones maximè fidem id est, legem contractus seruandam esse, si nihil specialiter exprimatur contra consuetudinem regionis.

BIU Cujas

Dec. Sicuti nemo vendere aut emere cogitur absolutè *l. inuitum* 11. *C. hoc tit.* adeóque nec iusto nec iniusto precio *l. nec quasi* 70. *sup. de rei vindic. l. non enim* 9. *infr. Rer. amot.* Ita neque si aut mensura quantumuis æqua aut precium quantumlibet iustum displiceat. Est enim contractus hic vt & omnes cæteri ab initio voluntatis quamuis ex postfacto sit necessitatis *l. sicut* 5. *C. de obligat. & action.* Ergo in potestate contrahentium & negotiatorum esse debet vt quibus velint mensuris aut preciis & vendant & comparent, ne aliter constituto iure libertas commerciorum restringatur & impediatur, quam è contrario augeri & amplificari ad publicam vtilitatem sanè pertinet. Nec tantùm si nihil contra regionis cõsuetudinem fiat, qui casus planè indubitatus est, cùm tolerabilia sẽper sint ea quæ vetus cõsuetudo adprobauit *l. Imperatores* 13. §. 1. *infr. de pollicit.* sed etiã si quid conuenerit aduersus consuetudinem, dummodò nihil sit contra leges, aut aduersus publicam honestatem. Tum enim sequenda est consuetudo regionis, cùm nihil dictum in contrarium vel actum est *l semper in stipulationibus* 34. *de regul. iur. l. si seruus* 50. §. *vlt. de legat.* 1. Et ideò bene Paulus hîc ita loquitur, *Præsertim si nihil contra consuetudinem regionis fiat.* Vt intelligamus nec aliud dicendum esse, tametsi pactio consuetudini deroget, quod & Accursius noster benè notat ex *d. l. circa* 19. *C. de locat.* Cuius pars posterior probat non solum si contra fidem contractus, sed etiamsi aduersus consuetudinem regionis aliquid factum sit, valere id debere, quamuis ita tamen vt aliis præiudicium non adferat. Itaque placet plerisque quod vir doctissimus Iacob. Cuiacius Græcos secutus legem illam affirmatiuè sic legit, *si specialiter*, non, vt vulgò, *si nihil specialiter* vt dictio *maximè* posita in illis præcedentibus *maximè fides contractus seruanda est*, sumatur comparatiuè non implicatiuè. Quamuis etiam retenta vulgata lectio defendi possit propter dictionem illam præcedentem *maximè* quæ secundum hanc lectionem sumenda erit implicatiuè non comparatiuè, & eodem planè sensu quo Paulus in hac lege scribit *præsertim*, vt vtriusque loci hac parte idem sit sensus. Quæ me ratio mouet, vt vulgatam lectionem probare malim cum Roberto *lib. 1. Animaduers. cap. 14.* quàm Græcorum cum Cuiacio. Quis enim ita loquatur, seruandam esse fidem contractus maximè si specialiter aliquid contra consuetudinem regionis fiat? Vtcunque enim verum sit quod volumus, tum quoque seruandam esse fidem contractus etiam contra regionis consuetudinem, multò magis tamen id obtinere debet si legi contractus regionis consuetudo consentiat. Quomodo in specie illius legis consensisse apparet ex eo quod in posteriore parte eiusdem legis ponunt Imperatores contra legem contractus, atque regionis consuetudinem remissas fuisse pensiones. Quod dici non posset si aliud lex contractus, aliud consuetudo voluisset.

72. Papinianvs libro 10. Quæstionum.

PActa conuenta, quæ postea facta detrahunt aliquid emptioni, contineri contractu videntur, quæ verò adiiciunt, credimus hoc non inesse. quod locum habet in his, quæ adminicula sunt, emptionis: veluti ne cautio duplæ præstetur: aut vt cum fideiussore cautio duplæ præstetur. sed quo casu, agente emptore, non valet pactum: eodem vires habebit iure exceptionis, agente venditore. An idem dici possit, aucto postea, vel deminuto pretio: non immeritò quæsitum est: quoniam emptionis substantia consistit ex pretio? Paulus notat: Si, omnibus integris manentibus de augendo, vel deminuendo pretio rursum conuenit, recessum à priore contractu, & noua emptio interceßisse videtur.

Ad l. Pacta conuenta 72.

Rat. dvb. Ea demùm pacta insunt contractibus, præsertim bonæ fidei quæ vel in ipso contractu fiunt, vel incontinenti *l. iuris gentium* 7. §. *quinimò & §. adeò supr. de pact. l. in bonæ fidei* 13. *C. de pact.* Non igitur ea quæ fiunt posteà vt loquitur *d. l. in bonæ fidei*, id est, ex interuallo, & posteaquàm contrahentes ad alia negotia diuerterunt, vt in *l. duos reos* 6. §. *vlt. infr. de duob. reis.* Nihil ergo interest an adiiciant an detrahant contractui. Nec rursum an de adminiculis contractus fiant an de substantialibus, quomodo tamen hîc Papinianus distinguit.

Dec. Separanda primùm sunt substantialia emptionis ab accidentalibus quæ Papinianus eleganter more suo adminicula vocat, id est, quæ ipsius contractus naturam quodammodo concomitantur & consequuntur. Substantialia enim illa sunt quæ ad substantiam contractus pertinent. Vt puta si post contractam certo precio venditionem conuenerit de augendo, vel diminuendo precio. Quãdoquidem substantia emptionis ex precio consistit. Vt in hac ipsa lege Papinianus scribit, cùm sine precio venditio nulla cõtrahi possit *l. 2. §. 1. sup.* Accidẽtalia ergo & adminicula venditionis erũt cætera omnia, quæcũq; extra precij causam sunt. Puta ne cautio duplæ præstetur pro euictione rei venditæ. Aut è contrario, vt non nuda repromissione contenta sit, sed cum fideiussore præstetur. In substantialibus non distinguimus, an pacta sint adiicientia an detrahentia, nec rursus an incontinenti, an ex interuallo facta sint. Omnimodò enim valent, non quasi vno casu magis quàm alio insint aut non insint cõtractui: sed quia mutant & renouant cõtractum. Substantiæ námq; rerũ omniũ cùm sint indiuisibiles, nullã mutationẽ siue per adiectionẽ, siue per detractionem ea fiat, pati possunt, quin aliam & nouãrẽ efficiant. Maximè vero cũ de precio agitur, quod quoniam in pecunia numerata consistere debet §. *item precium Instit. hoc tit.* & consequenter in numero, necesse est aliud atque aliud fieri ex vnius vnitatis siue adiectione siue detractione, quemadmodum & alius atque alius numerus est. Et hoc nimi-

BIU Cujas

nimirum est quod ad Papinianum Paulus hic notat, si omnibus integris manentibus de augendo vel minuendo precio conuenerit rursus, recessum à priore contractu, & nouam emptionem interceſſiſſe videri, *Omnibus* videlicet *integris manentibus*, quia si vel traditio ex parte venditoris secuta esset vel solutio precij siue in totum siue pro parte ex latere emptoris, non posset discedi à priore contractu ne quidem ex voluntate & consensu contrahentium nisi retroactis omnibus quæ priùs acta essent *l. ab emptione 58 supr. De pact. l. 2. & 3. infr. De reſcind. vendit. l. 1. C. quand. lic. ab empt. diſced.* At in accidentalibus & quæ ad contractus adminicula pertinent, multum refert an apposita sint pacta quæ contractui adiiciãt, an quæ detrahũt. Rursum in iis quæ detrahũt, an incõtineti facta sint, an postea & ex interuallo. Adiicientia vocamus ea quæ addũt aliquid iis præstationibus quas ex natura cõtractus nullo in contrarium pacto interueniente fieri oporteret, vt si conuenerit de fideiussore præstando nomine duplæ, quam emptor à venditore stipulatus sit in casum euictionis. Neque enim aut natura venditionis aut ratio iuris obligat venditorem, vt de dupla caueat, nisi per nudam repromiſſionem, id est, quę satisdationis onus adnexum non habeat *l. emptori duplam 37. l. ſi dictum 56. in princip. infr. de euict.* Detrahentia verò ea appellamus, quæ de præstationibus ordinariis & naturalibus contractus aliquid detrahunt, leuiúsque obligant venditorem quàm futurum esset vt obligaretur, si pactum nullum in contrarium interceſſiſſet. Veluti si conuenerit ne duplæ cautionem vllam venditor præstet. Adeò.n. ex natura vẽditionis est vt duplã promittere ac repromittere vẽditor debeat, vt si nolit eam promittere, & eo nomine contra eum agatur, dupli condemnandus sit *l. 2. eod.* scilicet in rebus precioſis aliíſve non contemptilibus vt in seruo vendito, vt Vlp. explicat in *d. l. emptori 37. §. 1. eod.* In pactis non substantialibus & adiicientibus distinctio necessaria est: An in continenti post factam venditionem interposita sint, an posteà & ex interuallo. Priore casu insunt, vt & cætera omnia quæcunque non de substantia contractus fiunt. Idque ex regula generaliter constituta in bonæ fidei iudiciis omnibus *d. §. quinimò & d. §. adeò d. l. 7. supr. de pact. & dict. l. in bonæ fidei 13. C. eod. l. initio 5. C. de pact. int. empt. & vendit.* Ita verò insunt contractui vt etiam forment actionem ex eo contractu bonæ fidei descendentem, id est, faciant vt actio ipsa ex contractu dari possit ad id quoque quod pacto comprehensum est non minùs, quàm si deductum id in contractum fuisset *d. l. initio l. 2. & 3. penult. eod. tit. l. qui fundum 75. l. fundi partem 79. infr. l. ſi ſterilis 21. §. ſi tibi de action. empt.* In eóque differunt à pactis incontinenti appositis post contractum stricti iuris, quæ licet perinde insint contractui hactenus vt pariant actionem, ne alioqui decipiatur is qui non aliter fuerat contracturus, *arg. l. vlt. C. de pact. inter. empt. & vendit.* Veterem tamẽ actionem ex eo contractu non informant, sed formant & producunt nouã, quæ dicitur præscriptis verbis *l. legem 10. C de pact. l. auia 6. C. de iur. dot. l. vlt. C. de rer. permut. l. legem 9. l. cùm res 22. C. de donat. iunct. l. eum qui 23. infr. eod. ill. tit.* Excepta tantùm stipulatione *l. lecta 40. verſ. dicebam ſupr. de reb. credit.* ob eam diuersitatis rationem, quam ad dictum locum attulimus, & *ad d. §. quinimò.* At verò si pacta illa adiicientia de adminiculis venditionis aut alterius contractus bonæ fidei, ex interuallo facta sint, non insunt ex parte actoris, nec prosunt ad agendum, sed tantummodò insunt ex parte rei, & prosunt ad excipiendum, ne contra iuris regulam actio ex pacto nascatur *d. §. quinimò.* Itaque non potest actione ex vendito vltrò conueniri venditor, vt duplæ nomine præstet fideiussorem. Nullum enim fauorem aut priuilegium habent pacta, quæ fiunt ex interuallo post contractum bonæ fidei non magis quàm ea quæ post contractum stricti iuris: sed omnibus commune illud est, vt pariant duntaxat exceptionem: Ex generalibus illis edicti verbis quibus pollicetur, & profitetur Prætor se pacta seruaturum quæ nec contra leges nec contra bonos mores facta probabuntur *d. l. iuris gentium §. ait Prætor.* Data nimirum ex iis exceptione non actione vt ibidem explicauimus. Sed si venditor contra emptorem agat ex vendito siue ad solutionem precij siue ad quid aliud, proderit pactum emptori per exceptionem, qua repelletur venditor, vt nihil ab emptore possit consequi, nisi præstito ei priùs fideiussore, duplæ nomine. Id enim est quod Papinianus hîc scribit, *Sed quo casu* (sic enim legendum est vt Florentiæ non vt apud Accursium *Quoquidem casu*) id est si per pactum adiiciens conuenerit vt duplæ cautio cum fideiussore præstetur (fuerat enim hoc vnum exemplum propositum pacti adiicientis in proximè præcedentibus verbis) *agente emptore non valet pactum*, id est, ad agendum contra venditorem, *idem vires habebit iure exceptionis agente venditore.* Quòd si pactum contractui adiectum sit detrahens non adiiciens, puta si conuenerit ne cautio duplæ præstetur, nullus distinctioni locus est, an incontinenti adiectum sit, an ex interuallo, sed vtroque casu dicimus videri pactum hoc contractu contineri, eíque inesse. Nempe quia pacti detrahentis vtilitas tota consistit in excipiendo non in agendo, neque casus potest occurrere in quo is tale pactum interposuit actione aliqua indigeat, sed exceptione tantùm. Exceptiones autem non tantùm doli, sed etiam pacti tacitè insunt & ipso iure bonæ fidei iudiciis *l. 3. infr. De reſcind. vendit.* Pacta verò adiicientia si inesſent contractui, eóque continerentur, non modò ad excipiendum prodessent, sed etiam ad agendum: quod absurdum esset ac contra iuris regulam. Et hæc vera nec obscura legis huius sententia est, ab Accursio nostro non malè explicata, sed à viro doctissimo Iacobo Cuiacio tanto peius accepta qui *libr. 14. Obſer. cap. 28.* nouam opinionem primus induxit, vt pacta adiicientia ea Papinianus intellexerit, quæ de adminiculis emptionis fiunt siue adfirmatiua sint siue negatiua, detrahentia verò illa quę fiunt de substantia emptionis, quia derogãt emptioni & nouum faciunt contractum: Cùm tamẽ Papinianus in duobus exemplis quæ adfert adiicientis pacti & detrahentis, vtrumque sumat ex adminiculis emptionis, & adiiciens quidem concipiat affirmatiuè, *Vt cautio duplæ cũ fideiuſſore præſtetur*, detrahens verò negatiuè *ne cautio duplæ præſtetur.* De pacto autem quod ad substantiam emptionis pertineat, id est, quod sit interpositum ad augendum vel minuendum precium, quærit duntaxat Papinianus, nec tamen ad propositam quæstionem respondet. Vt doceat separatum esse tractatum illum à pactis siue adiicientibus siue detrahentibus emptioni de quibus iam dixerat. Neque sanè potest dici pactum detrahens emptioni illud quod fit

BIU Cujas

de substantialibus emptionis ad eam extinguendã & nouam emptionem faciendam. Pacta enim omnia quæ dicimus adiicere aut detrahere emptioni, præsupponunt emptionẽ tenere cui adiiciũt aliquid vel detrahunt: Cùm nõ entis, vt dici solet, nullæ sint qualitates. Et sint ista, vt nemo nõ videt, prorsus cõtraria detrahere emptioni contractę, & contractam emptionem dissoluere penitus, & extinguere & nouare. Addit idẽ vir doctissimus: Pacta negatiua quæ fiunt de adminiculis contractus & quæ non vult ille nobiscum appellare detrahentia, non inesse contractui ex parte rei, quia, inquit, licet prosint ad excipiendum, opponi tamẽ exceptionem necesse est, nec habetur illa pro oppositа ipso iure. Æque malè; & apertè contra id quod initio huius legis Papinianus scribit: Pacta conuẽta quę detrahũt aliquid emptioni, licèt posteà & ex interuallo facta sint, contineri tamen contractu. Quod, obsecro, quid aliud est, quàm inesse contractui & quidem ipso iure, & ex parte rei? Non enim apponuntur pacta quæ detrahunt emptioni, vt ex iis agi possit, quomodo ea quæ adiiciunt, sed tantùm vt exceptionem pariant quæ porrò bonæ fidei iudiciis ipso iure inesse creditur, vt diximus ex *d. l. 3. infr. de rescind. vendit.* Nec repugnant verba illa Papiniani *idem vires habebit iure exceptionis agente venditore*, in quorum interpretatione tantoperè laborat Cuiacius. Non enim ad pactũ illud detrahens referuntur de quo priùs Papinianꝰ dixerat, *ne cautio duplæ præstetur*, sed ad adiiciens de quo scripserat posteriore loco, *vt cum fideiussore duplæ cautio præstetur*. Cuiusmodi pactũ adiiciẽs & ex interuallo appositũ fatemur non contineri cõtractu, nec ei inesse, ne quidẽ ex parte rei, qa nec pro reo interponitur, sed contra reum, ad augendam eius obligationem, non ad minuendam. Itaque si agat emptor aduersus venditorem ad rem tradendam actione ex empto, non æquè agere poterit ad hoc, vt venditor satisdet duplæ nomine: Multóq; minùs poterit vẽditor tueri se exceptione pacti ex quo obligatur ipse, vt satisdet: Sed si agat venditor ad preciũ, proderit pactum emptori ne cogatur priùs soluere quàm ei duplæ nomine satisdatum sit. Proderit autẽ oppositа exceptione, quia tale pactum non ad id interpositum est, vt actionem ex vẽdito adimat venditori, sed tantùm vt venditorem agentẽ obliget ad satisdationem. Nec eo minùs tamen verũ erit exceptionem pacti huius inesse bonæ fidei iudicio, quia poterit eam emptor opponere, eiúsq; oppositæ rationem habere debebit iudex qui de actione cognoscet, quamuis in dictanda actionis formula nullam Prætor huius exceptionis mentionem habuerit. Hoc enim est pacti & doli exceptiones inesse bonæ fidei iudicio: Admittendas nimirum esse sola æquitate iudicij ob verba illa formulæ *ex fide bona* quamuis omissa fuerit exceptio in formula. Non autem, vt Cuiacius docet: Etiamsi omissa sit à reo. Exceptionem enim etiam, quæ ineſt ex parte rei, necesse est opponi à reo, sed non apponi à Prætore in conceptione formulæ. Sicuti & de compensatione dicimus: Fieri quidem eam ipso iure, sed ita demum si opponatur. Pendet enim vt & cæteræ exceptiones omnes ex facto aliquo, quod nec diuinare nec supplere bonus iudex debet. Fateor pacti exceptionem ita bonæ fidei iudicio inesse, vt interdum actionem quoque impediat. Quo casu nec opponi eam posse, cùm exceptio quælibet præsupponat actionem, *l. 1. & 2. infr. de except.* Sed id euenit, cùm pactum cò tendit, vt actionem destruat & cõtractum extinguat, vt in specie *d. l. 3. De rescind. vendit.* vbi pactum interuenerat ex postfacto quidem, sed rebus adhuc integris, vt à venditione discederetur. At in proposita specie pactum adiicitur venditioni, & ei adiicit supponens venditionem manere & valere. Non ergo impedire potest ne agat venditor ex vendito etiam priùs quàm satisfecerit, sed tantùm præbet exceptionem emptori ne priùs cõdemnetur, quam vẽditor pacto satisfecerit. Ex quo apparet quàm peruersè idem Cuiacius vt errorẽ suũ pertinacius tueatur verba illa, *agente venditore*, cogitur explicare de venditore reo: Cùm tamẽ Papinianus apertè agentem emptorem opponat agenti vẽditori: Vt ostendat agẽte emptore inutile ei esse pactum, adiiciens quo conuenerat, vt venditor de dupla satisfaret: Agente verò venditore vtile esse idem pactũ non quidem venditori, sed eidẽ emptori. Nec similis παλοχὴ vlla est aut in *l. 1. de edend. supr.* aut alio vllo iuris loco: quàm meliùs Accursius noster hic notat: Agẽte venditore aut ad ruta cæsa quæ fortè habebat emptor vt in *l. fundi 17. §. si ruta cæsa infr. de actio. empt.* (etsi exemplũ hoc minùs accommodatum est) aut ad preciũ aut ad quid aliud simile pactum emptori vtile fore per exceptionem, vt seruet excipiẽdo quod seruare non posset agendo, vt & in *l. sin emptione 34. §. item si emptor supr. hoc tit.*

a *An idem dici possit aucto posteà vel diminuto precio.* Ex hoc versiculo apparet Papinianum nihil adhuc in præcedentibus dixisse de pactis adiicientibus vel detrahentibus aliquid substantiæ contractus, sed de iis tantùm quæ ad emptionis adminicula pertinent, & quæ adminiculis aliquid detrahunt aut adiiciunt. Iam verò incipit tractare de substantialibus, sed ita vt quæstionem tãtùm proponat tanquã valde dubiam & inter prudentes ipsos controuersam: Vtrum in iis quoque eadem distinctio locum habere debeat, quæ circa pactiones contractus adminiculis adhibita est: An adiiciant an detrahant: Et an vno casu magis quàm alio insint ex parte actoris aut ex parte rei. Ad quam quæstionem etsi non respõdet apertè Papinianus, opinionem tamen suam non obscurè insinuat cùm subiicit *quoniam emptionis substantia consistit ex precio.* Adfert enim his verbis rationem diuersitatis propter quam dicendum videatur aliud iuris esse in huiusmodi pactis substantialibus, aliud verò in cæteris, de quibus suprà dictum est. Nec enim substantia emptionis ex eo consistit, vt de dupla euictionis nomine vel nullomodo caueatur, vel cum fideiussore cautio præstetur. Sic itaque Papinianum in hoc versiculo intelligo, vt in pactis substantialibus aliud respondendum sit quàm in accidentalibus, aut vt Accursius loquitur, naturalibus. Cui conuenit quod statim ex Pauli nota subiicitur, clarioris responsionis gratia: Si omnibus integris manentibus de augendo vel minuendo precio rursus, id est, noua pactione conueniat siue incontinenti siue ex interuallo, recessum à priore cõtractu & nouam emptionem interceſſisse videri. Quod & scriptum est in *l. 2. & 3. infr. de rescind. vendit. l. sed Celsus 6. §. vlt. supr. hoc tit.* vbi ea Pomponij sententia extare videtur, quæ ab Vlpiano nostro relata est in *l. iuris gentium 7. §. adeò supr. de pact.* Quod addendum est iis quæ nos tractauimus ad *d. §. adeò.* Indéque peti cætera quæ circa hanc prudentum veterum dissensionem dici possunt. Dummodò moneamus dissensionem non in eo fuisse quod ex

Pauli

Pauli nota hîc scriptum est, Abiri posse à tota emptione omnibus adhuc integris in quo Pomponius ex cum cæteris cõsensit. Sed in eo tantùm quod putabat Pomponius, etiam pro parte posse abiri ab emptione. Hoc enim & Papinianus & Paulus & Vlpianus non admiserunt, neque Iulianus nisi in casu de quo in *d. §. adeò vers. Sed cùm duo.* Vt clariùs videre est ex iis quæ diximus ad *d. §. adeò.* Sicuti & totam quæstionem illam de pactis incontinenti vel ex interuallo post bonæ fidei aut stricti iuris contractum interpositis, quam hîc pluribus tractat Accursius, nos fusissimè explicauimus ad *d.l. iuris gentium §. quinimò* & ad *d.l. lecta* 40. *supr. de reb. credit.* Quod autem hîc Papinianus ait substantiam emptionis consistere ex precio: Noli sic intelligere, quasi nihil aliud sit in quo consistat emptionis substantia. Consistit enim etiam in re vendita, cùm non magis possit contrahi emptio sine re quæ veneat, quàm sine precio, *l. nec emptio* 8. *supr.* Itaque si conuenerint etiam ex interuallo de augenda vel minuenda re vendita, perinde dicendum erit à priore contractu recessum, & nouam emptionem contractam videri.

1. ¶ Papinianus. Lege venditionis ita facta, *Si quid sacri, aut religiosi, aut publici est, eius nihil venit*, si res non in vsu publico, sed in patrimonio fisci erit: venditio eius valebit, nec venditori proderit exceptio, quæ non habuit locum.

Ad §. 1. Papinianus.

RAT. DVB. Etiam prædia illa quæ in formam patrimonij redacta sunt sub procuratore Cæsaris in hominum commercio non sunt, nec distrahi possunt nisi iussu Principis *l. cùm seruus* 39. *aliàs l. apud Iulianum §. vlt. de legat.* 1. Ergo si venditor in lege venditionis exceperit, *si quid sacri aut religiosi, aut publici est, eius nihil veneat*, & res vendita in fisci patrimonio erit, quanuis non in vsu publico, dicendum est venditionem non valere propter illa verba exceptionis *aut publici.* Quid enim magis publicum quàm quod fisco delatum & acquisitum est? Vnde & confiscationem pro publicatione passim dicimus, & contra publicationem bonorum pro confiscatione in legibus ferè omnibus publicorum iudiciorum.

DEC. Ea demùm publica in hominum commercio non esse dicuntur quæ sunt in vsu publico non etiam quæ in pecunia & patrimonio populi vel Cæsaris *l. sed Celsus* 6. vbi diximus *in princip. supr. hoc tit. §. 1. Instit. de inutil. stipul.* Atqui ea quæ sunt in patrimonio fisci aut Cęsaris, non ideò habentur in vsu publico, neque extra commercium: Nisi quod prædia Cæsaris non nisi iussu eius distrahi possiunt *d.l.* 39. *§. vlt. de legat.* 1. quia procurator Cæsaris alienandi ius nullum habet. *l. 1. supr. de offic. procurat. Cæsar.* Valet igitur venditio hæc, perinde atque alia quælibet rei alienæ. Nec debet irrita fieri prætextu supradictæ exceptionis quæ locum habere non potest. Iunge *l. hanc legem* 22. *& seqq. supr. hoc tit.* & quæ ibi scripsimus. Ergo in hac specie si emptori non liceat habere rem fisci quæ vendita est, tenebitur venditor de euictione acsi nulla exceptio in venditione facta sit. Quid enim refert, an nulla exceptio in venditione adiecta sit, an verò ea sit adiecta, quæ locum habere non possit?

73. IDEM libro 3. Responsorum.

AEde sacra terræ motu diruta, locus ædificij non est profanus: & ideo væ-] nire potest.

Ad l. Aede sacra 73.

RAT. DVB. Locus in quo ædes sacra constructa est, sacer quidem est, sed non nisi propter ædem sacram quæ religioni deseruiat. Ergo sacra æde diruta locus fit profanus, quasi cessante iam ea causa quæ faciebat locum sacrum. Exemplo eius quod de loco religioso scriptum est in *l. cùm in diuersis antep. in fin. supr. de religios. & sumptib. funer.* Si reliquiæ hominis quæ locum religiosum faciebant, in alium translatæ sint, desinere locum religiosum esse. Ferè enim res sacræ & religiosæ pari passu ambulant *l. 1. l. in tantum* 6. *§. sacræ res supr. de rer. diuis.*

DEC. Sacrum illud est quod Deo & religioni dicatum est. Non potest autem Deo dicari ædes sacra, quin locus etiam ipse in quo ædes est, sacer fiat. Cùm si esset profanus, vtique & profanum esset quicquid superædificatum foret: quia & naturali & ciuili ratione superficies cedit solo & soli ius sequitur *l. 2. infr. De superfic.* Atqui locus qui semel sacer factus est & diuini iuris non potest desinere sacer esse, tametsi sacrum superædificatum extare desinat *d.l. 1. §. 1. d.l. in tantum §. sacræ autem res supr. de rer. diuis. & §. sacræ sunt instit. eod. tit.* Ergo & post dirutam ædem sacram siue terræ motu siue quo alio modo, fatendum est locum non fieri profanum, sed manere sacrum, ideóque nec vendi posse, vt dominium eius in emptorem transferatur, quamuis obligatio personalis contrahatur si emptor ignorauerit locum sacrum esse, quia difficile is locus sacer à profano discerni potest *l.* 4. 5. *& 6.* vbi diximus *supr. iunct. l. si in emptione* 34. *§. 1. & seq. & l. liberi* 70. *eod. §. vlt. Instit. hoc tit.* Est autem faciliùs vt locus religiosus esse desinat quàm vt sacer. Religiosum enim locum faciunt solæ hominis reliquiæ in eo conditæ quæ si in alium locum transferantur, ritè ac solemniter, id est, permittente Pontifice, alium locum religiosum faciunt, cùm vnius hominis sepultura plura sepulchra & loca religiosa facere non possit *d. l. cùm in diuersis.* Æde autem sacra diruta adeóque in alium locum translata non idcirco transfertur Deus cui prior locus dicatus fuerat, & qui semper vbique est. Locus

BIU Cujas

ergo sacer manet, quem sacrum fecerat sola dedicatio. Neque verò sacer locus est propter ædes in eo constructas, sed ædes potiùs propter locum & eo iure quo superficies cedit solo *d.l.2.de superfic.l.qui res 98.§.aream in fin.de solut.* Planè etiam loca sacra interdum sacra esse desinunt, vt & religiosa scilicet si ab hostibus capta sint, sed ita vt ab hac calamitate liberata pristino statui restituantur *l.cùm loca 36.supr.de relig.& sumpt.funer.Iunge Auth.præterea C.de sacr.eccles.*

1. ¶ Intra maceriam sepulchrorum hortis vel ceteris culturis loca pura seruata, si nihil venditor nominatim excepit, ad emptorem pertinent.

Ad §.1.Intra maceriam.

RAT. DVB. Sepulchra vendi non possunt cùm sint religiosa & diuini iuris *l.1.§.1.l.in tantum 6.§.sacræ res supr.de rer.diuis.* Ergo nec loca quæ circa sepulchrum sunt. Ne alioqui nullus ad sepulchrum eundi locus relictus esse videatur, si nullum sit iter publicum quod in sepulchrum transeat *l.si mercedem 53.§.1.infr.de action.empt.*

DEC. Loca quæ circa sepulchra sunt, pura sunt & profana, vt puta si hortis & culturis deseruiant. Nec ob id solùm fiunt religiosa quòd sint intra maceriam sepulchrorum *l.si sepulchrum 4. C.de religios.& sumpt.funer.* Ergo & vendi possunt, & venditio vniuerso territorio in quo & religiosa loca & profana continentur, ad emptorem pertinet quicquid puri & profani est si nihil venditor exceperit.

74. IDEM libro 1. Definitionum.

CLauibus traditis, ita mercium in horreis reconditarum possessio tradita videtur, si claues apud horrea traditæ sint. quo facto, confestim emptor dominium, & possessionem adipiscitur: & si non aperuerit horrea. [a] quod si venditoris merces non fuerint: vsucapio confestim inchoabitur.

Ad l.Clauibus 74.

RAT. DVB. Regulariter non transfertur dominium nisi per mediam possessionem *l. traditio 20. in fin. de acquir. rer. domin. l. per procuratorem 8. C. de acquir. rer. domin.* quia rerum dominia à naturali possessione cœperunt *l. 1. infr. eod. ill. tit.* Ideò nimirum dicimus traditionibus acquiri rerum dominia *dicta l. traditio l. numquam nuda 31. eod. titul. De acquir. rer. domin. l. traditionibus 20. C. de pact.* Exceptis tamen certis casibus in quibus placuit etiam sine possessione transferri dominium. De quibus apud Vlpianum in *Fragment. Tit. 19. de acquisit. rer. & in l. 1. & 2. supr. de Public. in rem act.* Porrò nihil potest transferre traditio nisi vt transferat dominium rei traditæ *dicta l. traditio.* Vt verò vna re tradita alterius non traditæ dominium transferatur, nouum certè est & alienum ab ea iuris regula quæ vult limitatam causam non nisi limitatum parere effectum *vulg. l. in agris 16. eod. tit.* nec sanè videtur potestas & vis traditionis eò vsque posse pertingere. Ergo clauibus horreorum traditis ei qui grana in horreis recondita comparauit, licèt apud horrea sit facta ea traditio, non tamen potest videri venditor grana mercésve alias in horreis reconditas tradidisse. Nec proinde aut dominium earum mercium si venditor dominus fuit, aut si non fuit, vsucapiendi saltem conditionem in emptorem transtulisse. Nec quod venditor, qui claues tradidit, animum habuerit tradendarum quoque mercium quæ in horreis essent, ad rem facit. Cùm possessio non solo animo acquiratur aut amittatur, sed etiam corpore *l. quemadmodum 8. infr. de acquir. poss.* quia & possessio ipsa corporalis est siue à sedibus dicta sit siue à pedum positione *d.l. 1. eod.* extra casus quosdam speciales de quibus in *l. si quis vi 17.§. differentia & l. seq. eod. tit.*

DEC. Vtilitas adprehendendæ possessionis tanta est non solùm ad acquirendum dominium, sed ad alias etiam pleraſque causas vt publicè vtile visum sit varios induci modos adprehendendæ possessionis, & amittendæ. Prius si quidem est vt amittatur quàm vt alij acquiri possit, cùm duo simul eandem rem in solidum possidere possint ne quidem diuerso possessionis genere. Vt puta vnus iustè, alius iniustè, non magis quàm illud fieri vt in quo loco ego sto, tu stare videaris *l. 3. §. ex contrario eod. tit.* Hinc factum est vt placuerit solo animo amitti posse possessionem, quoties amissio incipit ab animo *d.l. 3.§. in amittenda & d.l. si quis vi §. differentia.* Item vt possessionem quam quis habet & amittat & in alium transferat si eius nomine constituat se possidere *d.l. quod meo 18. eod.* aut rem quam suo nomine possidebat conductionis titulo retinere *l. si quis ante 10. eod. l. quædam mulier 77. supr. de rei vindic.* Item vt quamuis per liberam personam nihil nobis possit, possessio tamen possit. *l. 1. d.l. per procuratorem l. 1. C. per quas person. nob. acquir. l. possessio 49.§. vlt. infr. de acquir. possess.* Similiter quoque illud inductum est, vt non tantùm tactu, sed etiam actu quolibet ac sensu corporis possit quis adprehendere possessionem puta oculis & affectu *l. 1.§. penult. eod.* vbi addit Vlpianus argumento esse eas res, quæ propter magnitudinem ponderis moueri non possunt vt columnas. Nam pro traditis eas haberi si in re præsenti consenserint. Quò etiam pertinet quod scriptum est in *d.l. quod meo §. si venditorem.* Sed addit etiam aliud exemplum Vlpianus ei de quo tractamus similius, si claues cellæ vinariæ emptori traditæ fuerint. Hoc enim casu etiam vina tradita videri. Ergo & si venditis mercibus quæ sunt in horreo venditor claues horreorum tradiderit, hoc ipso merces quoque tradidisse videbitur, & earum proprietatē in emptorem transtulisse. *l. qua ratione 9.§. item si quis De acquir. rer. domin.§. item si quis 45. instit. de rer. diuis.* Neq; ideò putandū est fictitiam fore illā possessionē, aut fictitiā proprietatē. Nā imò erit vera possessio, veráq; proprietas licèt modus hic transferendæ possessionis sit quodammodo fictitius. Vt & de illa possessione solemus dicere, quæ per solam constituti

tuti clausulam transfertur *d.l. quod meo.* Præsertim cùm in hac specie realis quoque traditio aliqua interueniat, scilicet clauiũ per quam fit, vt ipsæ quoque merces traditæ dici possint, non quidem breui manu, vt patum cautè quidam scripserunt *arg. l. licèt* 43.§.1.*infr. de iur. dot. l.* 3.§. *sed si debitorem de donat. int. vir. & vxor.* sed potius longa manu, vt Iauolenus loquitur in *l. pecuniam* 79.*infr. de solut.* Sed hoc ita verum est, si & claues horreorum traditæ sint (alias enim claues quàm horreorum, in quibus merces repositæ essent, tradi nihil prodesset ad earũ mercium possessionem & proprietatem transferendã *d.§. item si quis*) & apud ipsa horrea, vt Papinianus hîc addit, id est, in re præsenti, vt loquitur Vlpianus in *d.l.*1.§.*pen. de acq. poß. iunct. d.§. si venditorem*, vt quasi apertis iam horreis, cùm in potestate sit emptoris aperiendi quãdo volet, acceptis iam in eam rem clauibus, ipsæ etiam merces, si nõ tactu saltem visu traditæ existimari possint, etiamsi reuera non aperiantur horrea, vt hæc lex habet. Ad quid enim prodesset dicere non esse translatam possessionem in emptorem, cùm eam venditor verè amiserit, hoc ipso quod eam se transferre credidit, tametsi translatio ex aliqua causa impediretur, vt Celsus ratiocinatur in *d.l. quod meo* §.*si furioso de acq. poss.* Illud ergo etiam requiritur, vt claues traditæ sint animo tradendarum mercium. Alioqui non quælibet clauiũ traditio etiam rerum traditionem inducit, vt in specie *l. cùm pater* 77.§.*pater pluribus de legat.* 2.

a *Quòd si venditoris merces non fuerint.* RAT. DVB. Traditio non plus iuris transferre potest in accipiẽtem quàm habeat is, qui tradit *d.l. traditio* 20.*infr. de acquir. rer. domin. l. nemo plus iuris* 51.*de reg. iur.* At qui ponimus eum, qui merces in horreo repositas vendidit, & horreorum claues apud horrea tradidit, neque dominum, neque bonæ fidei possessorem fuisse earum mercium, sed scientem alienas merces vendidisse, ac proinde vsucapere illas non potuisse, cùm vsucapio non magis possit currere sine bona fide, quæ duplici tempore & emptionis & traditionis interuenerit, quàm sine possessione *l. si aliena* 10.*l. sine possessione* 25.*infr. de vsucap. l. pen. eod. aliàs l.* 3.*pro solut. l.* 2.*in princ. infr. pro emptor.* Ergo neq; dominium, neque vsucapiendi condicio in emptorem transferetur.

DEC. Is quidem qui dominus non est, transferre dominium in alium per traditionem non potest. Sed in dominio per vsucapionem, acquirẽdo aliud est, si fortè malæ fidei possessor rem alienam emẽti bona fide & accipienti tradiderit. Etsi enim venditor hoc casu nunquam vsucapturus fuit, obstante mala fide, transfert tamen vsucapiendi causam & condicionem in bonæ fidei emptorem, quia ius hoc vsucapiendi, non tam à venditore transfertur in emptorem, quàm acquiritur emptori ptopter suam bonam fidem, & ex beneficio legis duodecim tabularum, quæ ius vsucapionis induxit fauore boni publici, ne dominia rerum essent in incerto *l.* 1.*de vsucap.* Verum igitur est, quod Papinianus addit, si merces hæ venditæ non fuerunt vẽditoris, vsucapionem tamen confestim à die traditarũ clauium inchoatum iri. Est enim generale, vt quibus casibus dominus tradẽdo transfert dominium, iisdem casibus, non dominus præbeat accipiẽti causam & condicionem vsucapiendi §.*ex his instit. per quas person. nob. acquir.* Causam, inquam, & vt ita dixerim, occasionem solam, non tamen ius vsucapiẽdi quod à lege sola, vt dixi, proficiscitur non à venditore *argum. l.* 2.*inf. de riuis*, scilicet si cætera omnia concurrant quæ ad vsucapionem sunt necessaria, & nihil obstet *l. si ab eo* 12.*de vsucap. l. si sciens* 26. vbi diximus *supr.*

75. HERMOGENIANVS libro 2. Iuris Epitomarum.

QVi fundum vendidit, vt eum certa mercede conductum ipse habeat, vel, si vendat, vt non alij, sed sibi distrahat, vel simile aliquid paciscatur: ad complendum id, quod pepigerunt, ex vendito agere poterit.

Ad l. Qui fundum 75.

RAT. DVB. Extra causam venditionis est, vt venditor fundum, quem certo precio vendidit, certa mercede conductũ habeat, aut vt emptor, si eũ distrahere volet, non alij quàm ipsi venditori distrahat, aut si tale quid aliud in vendendo contrahentes pepigerint. Nam quemadmodum perfecta dicitur emptio, statim atque de precio conuenit §. *cùm autem inst. hoc tit.* Ita & impleta ex vtraque parte statim atque venditor rem tradidit, & emptor precium persoluit *l.* 1.*l. ex empto* 11.§.1.*inf. de act. empt.* Cur ergo, aut ad quid retineamus actionem ex vẽdito, vel ex empto postquam vtrimque satisfactũ est contractui? Ergo etiamsi non præstet emptor quod promisit, quia vel fundum venditum non vult locare venditori, vel eum mauult alij quàm venditori vendere, dicendum est non ideò dãdam esse vẽditori actionem ex vendito. Nec idcircò tamen iustam querelæ causam habebit emptor, quasi priuetur cõmodo suæ conuentionis sine qua nec venditurus fuerat, nec rem traditurus *l. vl. C. de pact. int. empt. & vendit.* Potest nãq; agere Præscriptis verbis, vt pacti fides impleatur *l.* 2.*eod. tit.* quomodo agi posset ex pacto, etiam post contractum stricti iuris interposito, dum ne ex interuallo *l. vlt. C. de rer. permut. l. legem* 9.*l. cùm res* 22.*C. de donat.* Ne alioqui deterioris conditionis sint pacta incontinenti apposita post contractum bonæ fidei quàm si post contractum stricti iuris incontinenti appositа essent. Augetur dubitatio etiã ex eo, quod implicare cõtradictionem videtur, vt venditor fundum quem vendidit, tradere cogatur emptori, & vicissim emptor eum statim tradere & reddere debeat venditori, vt eum venditor retineat titulo conductionis. Nam sicuti dicimus non alienari nummos, qui sic soluũtur, vt statim recipiantur *l. qui sic* 55.*inf. de solut.* Ita nec tradita res videtur, quæ sic tradita est, vt statim redderetur. Quomodo & in plerisque Galliarum prouinciis ita obtinet, vt donari & retineri ab eodem res eadem non possit. Quod consuetudines exprimũt his verbis *Donner & retenir ne vault.* Et verò nihil tam suspectum est & simulationi proximum quàm si venditor post contractam venditionem remaneat in possessione rei venditæ *l. sicut* 8.§. *superuacuum inf. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit.* Videturque potius hoc casu contracta antichresis in fraudem legitimarum vsurarum, si conuenta merces excedat æstimationẽ fructuum aut vsurarũ, vel saltem contractus esse pignoratitius, quamuis

BIU Cujas

sub emptionis nomine factus, si merces locationis legitimo vsurarum modo respondeat *arg. l. cùm debitor 8. infr. in quib. caus. pign. vel hypth. tacit. contr.* Præsertim verò si addas pactũ de retrouendendo, itẽque quod plerumq; euenit, vt emptor qui hac lege contraxit, solitus sit fœnerari, & certum vsurarũ commodũ sequi potiùs quàm incertam spem fructuum quos ex re vẽdita iure dominij sperare posset. Illa rursum pactio, vt emptor, si volet rem emptam vendere, non alij quã venditori ipsi distrahere eam possit, an non est contra ius gentium & ciuile, quo cautum est, vt in cuiusque arbitrio esse debeat, non solũ, an vendat, sed etiam cui velit vendere *l. in vẽdentis 81. l. dudũ 14. C. hoc tit.* Cùm emptio & venditio sine cõsensu fieri nõ possit, nec permittendũ sit, vt rei meæ dominium in aliũ transeat quã in quem velim *l. 1. §. vl. l. cùm seruo 63. in princ.* vbi diximus *supr. hoc tit. l. quarationę 9. §. hæ quoque res infr. de acq. rer. domin.* Dec. Pacta conuenta quæ fiunt in cõtractibus bonæ fidei, siue ab initio, & ipso tempore contractus, vt in *l. initio 5. & l. pen. C. de pact. inter. empt. & vendit.* siue incontinenti post contractum, non solùm insunt contractui ex parte actoris, vt prosint ad agendum & pariant actionem, præscriptis verbis, quomodo in pactis incontinenti post stricti iuris contractum adhibitis contingeret *l. 2. eod. tit.* sed etiam informant actionem ex ipso contractu descendentem, eamque extendunt ad ea omnia, de quibus conuenit, etiamsi neque ad substantiam, neque ad naturam, aut ad adminicula contractus pertineant *l. iuris gentium 7. §. quinimò & §. adeò supr. de pact. l. in bonæ fidei 13. C. eod.* quia conuentiones istæ dant legem contractui *l. 1. §. si conuenit supr. depos. l. in conuentionalibus 52. de verb. oblig. l. contractus 23. de reg. iur.* & ex bona fide est, vt pacta omnia in venditione ac traditione rei apposita vires suas exerant, tum quoque cùm aliter non essent valitura *l. in traditionibus 48. supr. de pact. l. ei fundo 19. iunct. l. quoties supr. de seruit. l. venditor 13. supr. commun. præd.* Actionem igitur ex vendito competere necesse est, vt quod eiusmodi pactis ab emptore venditori promissum est, impleatur, non minùs quàm si ad solutionem precij agere venditor vellet. Nam & pacta huiusmodi, veluti quandam precij partem constituunt *l. fundi partem 79. infr. l. si sterilis 21. §. si tibi infr. de action. empt.* quia tanto minoris vendidisse credendus est venditor, vt pactorum obseruatione tanto grauius emptorem oneraret *l. si venditor 6. §. 1. infr. de seruis export.* Aliud esset si pacta ex interuallo etiam post bonæ fidei contractum apposita proponerentur. Tunc enim sequenda esset ea distinctio quam ex Papiniano didicimus in *l. pacta conuenta 72. supr.* Et hæc quidem generalis ratio huius legis est, sed quod ad exempla duo attinet, quæ Hermogenianus hîc posuit, addi potest, conuentionem illam, vt venditori liceat rem venditam siue iam traditam, siue nondum traditam, certa mercede conductam habere, nil venditioni derogare, quia possessio à vẽditore in emptorem translata ex causa venditionis, non eò minus remanet emptori acquisita, quod venditor eam retineat ex nouo titulo conductionis, cùm conductor non suo nomine possideat, sed locatoris. Estque verius in possessione, quàm vt possidere dicatur, cùm sciat rem esse alienam, nec eam sibi habeat *l. si quis antè 11. infrà de acquirend. poss. l. 2. Cod. de præscript. 30. vel 40. annor l. communi 7. §. neque colonis supr. commun. diuid. l. certè 6. §. is qui rogauit infr. de precar.* vbi additur aliud esse possidere, aliud verò esse in prædio, sicut & aliud est possidere, aliud autem alieno nomine possidere *l. quod meo 18. in princip. de acquirend. possess.* nec ideò dici potest contractus hic simulatus, aut suspectus, cùm iuris ratio huiusmodi conuentionem non improbet, vt constat ex hac lege, & ex *l. quædam mulier 77. supr. de rei vindic.* Vt neque propter adiectum pactum de retrouendendo, quod & ipsum licitum est *l. 2. C. de pact. int. empt. & vendit.* nec si læsio magna concurrat in precio, quia & illud quoque permissum est contrahentibus in emendo & vendendo naturaliter se decipere *l. in causæ 16. §. idem Pomponius supr. de minor. l. item si precio 22. §. 1. infr. locat.* Cur enim ex duobus pactis licitis simulationem inducamus? Planè si ponas emptorem solitum fœnerari, & eo contractus genere tacitum fœnus exercere, non inuitus admittam simulatum videri posse contractum, & pignoratitiũ, & antichresticum, vt emptor pro creditore habeatur, & fructus omnes, quos percepit, restituere teneatur, saltem quatenus excedunt vsuras quincunces, quarum frequentior apud nos vsus est quoties de aliis non conuenit. Atque ita iudicare Senatus noster solet ex receptiore veterum interpretum opinione. Licèt non ignorem in plerisque Galliæ curiis ita obseruari, vt ad simulationem contractus inducendam sufficiat concurrere læsionem enormem cum pacto de rettouendendo, aut cum eo pacto, vt venditor remaneat in possessione rei venditæ titulo conductionis: de quo tamen videnda sunt, quæ scripsimus pluribus in Chiliade nostra *De error. pragmat.* & in Codice Fabriano, præsertim *Defin. 7. tit plus valer. quod agit quàm quod simul concip.* Quod verò pertinet ad aliud exemplum de pacto in venditione apposito, vt emptor eandem rem venditam, si volet postea vendere, non alij quàm venditori ipsi distrahere illam possit, quid absurdi obsecro, aut iniqui habere possit, cùm emptor ad vendendum huic potius quàm alij propria cõuentione se obstrinxerit? Quanuis enim pactũ de vendendo nondum sit venditio, si tamen non sit nudum, sed cohæreat contractui venditionis, cuius pars esse censetur, iam non est volũtatis, sed necessitatis non minus quàm si iam facta esset venditio. Pars enim cõtractus cuiuslibet cõtractus est, nec magis a parte contractus quã à toto contractu recedere, alteruter contrahentiũ, inuito altero potest. Ergo & hoc pactũ valebit, & ad implẽdam eius fidẽ actio ex vendito dabitur contra emptorẽ *d. l. si sterilis 21. §. si tibi de act. empt.* Nã etsi venditio facta esset sub pacto de retrouendendo, quod præcisius est, ob idq; tanto durius, id tamen seruandum esset *l. 2. C. de pact. int. empt. & vend.* quæ hanc in rem dat actionẽ duplicem venditori, vnam ex vendito, alteram, præscriptis verbis, ideò fortasse quod inter prudentes veteres dubitabatur, an posset hoc casu competere actio ex vendito, Labeone & Trebatio id negantibus, vt Iauolenus refert in *d. l. fundi partem*, vbi tamen addit alio iure nos vti. Solebant enim veteres inducere actionem, præscriptis verbis quoties dubitari poterat, an alia specialior competeret, ad euitandum scilicet periculum malæ electæ actionis, vt in *leg. si gratuitam 17. leg. Titius 24. de præscript. verbor.* Cæterùm cùm ex pacto incontinenti apposito post contractum stricti iuris actio Præscriptis verbis dari soleat, nec illud mirum videri debet nasci eandem actionem ex pacto incontinenti apposito post

post contractum bonæ fidei, ne deterioris conditionis sint contractus bonæ fidei, quàm qui sunt stricti iuris, vt suprà scripsim⁹ ad *l. Labeo* 50. & ad *d. l. pacta conuenta* 72. *sup.* Quod autem in hac lege scriptum est dandam venditori actionem ex vendito contra emptorē ad complendum id, quod pepigerint, intellige, nisi malit emptor præstare quanti ea causa interest venditoris. Nam cùm vendere sit facti *l. consilio* 7. §. *vlt. infr. de curat. furios.* nemo autem præcisè cogi possit ad factū, sed in locū obligationis faciendi succedat præstatio eius, quod interest, *l. si quis ab alio* 13. *in fin. de re iudic. l. stipulationes non diuiduntur* 72. *l. quoties* 81. *leg. cùm stipulatus* 113. *in fin. de verb. oblig.* dubitandum non est quin liberari possit emptor conuentus actione ex vendito, præstando id quod interest, sicuti diximus de venditore rem venditam tradere nolente ad *l. si cùm fundum* 68. §. *vlt. supr. exl.* 1. *infr. de act. empt. l. si traditio* 4. *C. eod. l. contractus* 17. *C. de fid. instrum.* Itaq; non placet exceptio, quam addit Accursius, *Si actori placuerit*, ex *l. stipulatio* 21. §. *siue autem inf. de oper. noui nunciat.* vbi scriptum quidem est, si opus nouum in spretum nunciationis factum non restituatur arbitratu boni viri, condemnandū eū qui fecerit, vt quanti ea res erit, tantam det pecuniam, si hoc petitori placuerit. Sed nō dubito quin postrema hæc verba Vlpiani non sint, sed potius Triboniani, respicientis ad id quod sub eiusdem Vlpiani nomine constituerat in *l. qui restituere* 68. *sup. de rei vindic.* quoties alicuius rei restitutio postulatur, cogendum eum qui restituere iussus parēre nō vult dolo malo, etiam manu militari, vt restituat, nec liberetur præstando litis æstimationē, & id quod petitoris interest, nec si velit præstare, quanti actor in litem sine vlla taxatione iurauerit. Fuit enim certè alia longè ratio iuris veteris, vt nos ad eum locum docuimus, & in electione debitoris erat, vtrum mallet rem restituere, aut præstare quanti petitoris interesset. Maximè verò in stipulationibus Prætoriis, qualis erat illa De operis noui nunciatione, & quæ nihil nisi promissionem *quanti ea res esset* continebant *l. 1. & vltim. infr. de stipulat. prætor.*

76. PAVLVS libro 6. Responsorum.

DOlia in horreis defossa, si non sint nominatim in venditione excepta, horreorum venditioni cessisse videri.

Ad l. Dolia 76.

RAT. DVB. Dolia non accedūt venditioni fundi, nisi venditor accessura ea esse dixerit, vt in *l. qui fundū* 40. §. *pen. l. cōprehensum* 60. *supr. hoc tit. l. pen.* §. *vl. infr. de act. empt.* Ergo venditis horreis, in quibus erāt dolia, etiāsi venditor ea nominatim non exceperit, non tamen horreorū venditioni cedent. Præsertim cùm nec sit perpetuū, vt defossa omnia sint fundi, vel ædiū *l. fundi* 17. *post prin. eod. tit. l. Lucius* 93. §. *collegio de legat.* 3. DEC. Multùm interest, an defossa, id est, solo affixa & infixa sint, an non. Priore casu, cēsentur veluti pars quædā soli, & horreorum venditorum. Scilicet cùm & horrea ipsa & granaria licet ex tabulis facta stipites habēt in terra defossos. Alioqui nec granaria & horrea ipsa sunt fundi, vel ædiū, sed in rutis cæsis habētur *l. granaria* 18. *eod. tit. de act. empt.* Quanuis non omnia, quæ sunt defossa fundi sint vel ædiū *d. l. fundi d.* § *collegio*, nisi sint immobilia, vt benè Accursius ibidē notat ex *d. l. granaria & l. Titius* 60. *de acq. rer. domin.* Posteriore verò casu non cedunt venditioni, quamuis locationi cedant ad præsentem vsum coloni *l. sed addes* 19. §. *illud inf. locat.* vbi dicemus. Est igitur hæc lex intelligenda de horreis immobilibus venditis, non de mobilibus, de quibus in *d. l. Titius.*

1 ¶ Eum, qui in locum emptoris successit, iisdem defensionibus vti posse, quibus venditor eius vti potuisset: [a] sed & longæ possessionis præscriptione, si vtriusque possessio impleat tempora constitutionibus statuta.

Ad §. 1. Eum qui in locum.

RAT. DVB. Exceptionū aliæ sunt personales, quę cuiusque personæ cohærent. Aliæ verò reales, quæ cohærent rei. Quæ sunt prioris generis, non transeunt ad alios, sed eæ tantùm, quæ posterioris *l. exceptiones* 7. vbi exēpla ponūtur *inf. de except.* Ergo & cū quæritur, an exceptiones omnes, quibus venditor vti potuisset transeant in emptorē, debuit Paulus distinguere personales à realibus. Sicut & cùm tractamus de obligationibus, quibus tenebatur venditor, & quærimus, an sequantur emptorem. Dicimus enim non sequi si sint personales *l. vlt.* §. 1. *inf. hoc tit. l.* 1. §. *si heres ad SC. Trebell.* Sequi autem si rem ipsam afficiant *l. alienatio* 67. vbi scripsimus *supr.*

DEC. In vēditione id agitur, vt emptor succedat in locum vēditoris, & in omnia iura, quæ venditor ratione & occasione illius rei habuit, quæ si penes venditorē remanerent, inutilia ei forent, *l. 2. in princ. infr. de hered. vel act. vendit.* Cumq; obligatus sit vēditor ad rē venditam defendendam, priùs etiam quā res euicta fuerit, si modò sit mota quæstio *l. antep.* §. *mota quæstione infr. de euict.* an non æquum est, vt iisdē defensionibus & exceptionibus possit vti emptor, quibus venditor potuisset? Nam & venditoris maximè hoc interest, ne teneatur de euictione, aut ex stipulatione duplæ, ex qua scilicet nō tenetur quādiu rem ei habere licet *l. habere licere* 57. *eod. tit.* Adeò vt si emptor cùm iusta defensione & exceptione aliqua tueri se posset, condemnatus fuerit, nullum regressum aduersus venditorem habere debeat *l. qui alienam* 54. *& l. seq. eod. tit. l. si obligata* 18. *C. eod. tit.* Quasi debeat emptor sibi imputare, quod bonam causam vicio suo perdiderit *d. l. si ideò l. Stichum aut Pamphilum* 95. §. *pen. de solut.* Ergo exceptiones & defensiones, quæ venditori competebant, etiam in emptorem transeunt *l. emptor* 5. *Cod. de hered. vel act. vendit. l. emptori* 28. *Cod. de euict.* Nec tantùm in primum emptorem, sed etiam in secundum, si fortè primus emptor alij vendiderit. Primi enim emptoris interest secundo rem non euinci, vt scriptum est in *l. vltim. de exceptionibus rei venditæ & traditæ.* Et quamuis emptionis titulus sit singularis, tum quoque cùm hereditas emitur, vt scripsimus ad *leg. nec vllam* 13. *alias l. etiamsi* §. *quòd si quis & seq. sup. de petit. hered.* attamē succedit emptor, quantum ad rem venditam pertinet, in vniuersum ius venditoris, vt quemadmodum vicia possessionis, transeunt etiam in singularem successorem *l.*

BIU Cujas

vicia 11.C.*de acquir.poss.* (mala enim fides, quæ non transit, vicium possessoris est, non possessionis) ita & commodâ omnia transeant, & consequenter eadem emptoris causa esse debet, quæ esset venditoris *l.inuitus* 156.§.*pen.de regul.iur.* Vbi tamen additur dictio *plerumque*, non propter obligationes, vt vocant passiuas, quibus obstrictus erat venditor (cùm enim non sint in eius bonis, non in alium transferri ab eo possunt quàm in heredem, & vniuersalem successorem, idque ex sola legis duodecim tabularum potestate, *l.*1.C.*si cert.pet.l.*1.*&* 2.C.*si vnus ex plurib.hered.debit.*) sed propter vsucapionem potissimum, quæ alio iure censetur aliquando in persona venditoris, alio autem in persona emptoris. Puta si alteruter eorum bonam fidem habuit, sine qua vsucapio nulla est, alter verò malam, vt in *l.*4.§.*lana de vsucap.l.*2.§.*si eam rem &* §.*vltim.Pro emptor l.sed etsi* 7.*aliàs l.eum qui* §.*in hac actione supr.de Public.in rẽ act.pro emptor.* Sed & exceptiones quædam possunt esse adeò personales, vt non magis in emptorem transire possint, quàm in fideiussorem, vt illæ de quibus in *d.l.exceptiones* 7.*inf.de except.* Quanuis maior ratio sit in emptore quàm in fideiussore, quia emptor, quamuis nonnisi singularis successor sit, successor tamen est venditoris, non etiam fideiussor. Ideoq; propter has etiam personales exceptiones potuit in iuris regula adiici dictio *plerumque*. Itẽ quia interdum accidit, vt emptor facto suo amittat exceptionem, vel etiam actionem quam alioqui ex persona venditoris sui habere potuisset. Quo casu nullum contra venditorem habere regressum potest *l.hoc iure* 27.*infr.de euict.* Contraria iuris regula est ea, quæ ipsis, qui contraxerunt obstant, etiam successoribus eorum obstare *l.quod ipsis* 143.*de regul. iur.* Quæ tamen & ipsa suas patitur exceptiones, de quibus nunc non est dicendi locus.

a *Sed & longæ possessionis præscriptione.* RAT.DVB. Longæ possessionis præscriptio non alij prodesse potest quàm illi ipsi, qui possedit, cùm nascatur ex possessione præterita, non ex præsenti *l.*2.*&pass.C. de præscript.long.tempor.* Nec enim longa possessio tribuit dominium possidenti, sed præscriptionem tantùm, id est, exceptionem *l.si duo* 13.§.*Iulianus*, vbi diximus *supr.de iureiur.iunct l.sed etsi* 7.*aliàs l.eum qui* §.*si petenti supr.de public.in rem act.*

DEC. Ius præscriptionis longi temporis, licèt in eo differat à iure vsucapionis, quod dominium nullum tribuit, ne quidẽ vtile, nisi accedat potestas iurisiurãdi, eo scilicet, qui longo tempore possedit, iurante rem suam esse, vt in *d.*§.*Iulianus.* Non tamẽ acquirit possidenti ius personale, sed reale iure exceptionis, quod transit æquè in singularẽ successorem atq; dominium per vsucapionem acquisitum. Ergo emptor succedẽs in ius & locũ illius, qui exceptione præscriptionis tueri se poterat, perinde eadẽ præscriptione & defensione, vt poterit, ac si venditor vsucapere cœpisset *d.l.*2.§.*pen.infr. pro emptor.* Nã etsi venditor cœpisset tantũ bona fide possidere, & ante cõpletam longi temporis possessionem eam rem alij vendidisset, cõiungi possent tempora possessionum, & posset emptor vti accessione authoris sui ad cõplendum tempus constitutum præscriptioni longi tẽporis. Id enim est quod Paulus subiicit in hoc §.*si vtriusque possessio impleat tempora constitutionibus statuta l.Pomponius* 13.§.*cùm quis vtitur & seqq.infr.de acq.poss.l.si duobus* 6.*l.de accessionibus* 14.*de diuers.tẽpor.præscript.l.super longi* 11.C.*de præscript. long.tempor.* vbi Iustinianus tollit differentiam, quæ olim erat inter successorẽ ex causa lucratiua & ex causa onerosa. Etsi vereor, ne non sit exceptio hæc satis accõmodata ad sententiã huius §. in qua de iis exceptionibus & defẽsionibus agitur, quæ emptori competunt ex persona venditoris. In quarum numero nõ est præscriptio longi tẽporis, si nascatur ex coniunctis tẽporibus possessionũ emptoris & venditoris. Emptori enim ex propria magis quàm ex venditoris persona cõpetit huiusmodi exceptio, cũ accessio authoris nostri, sine nostro tempore nobis prodesse non possit *l.vlt.eod.* Sẽsit ergo Paulus proculdubio de ea exceptione præscriptionis, quæ cõpetat emptori ex persona venditoris, ac proinde quæ ipsi venditori cõpetebat iam priùs quàm venderet. Ergo post completa iam tempora longę possessionis. Nisi fortè Pauli mens ea fuit, vt diceret emptori dãdas esse exceptiones & defensiones nõ eas solùm quæ iam competebãt venditori, sed eas quoq;, quas sibi per lõgam possessionẽ acquirebat & quas emptor tandẽ sibi acquisiuerit, iũctis temporibus possessionis suæ cũ temporibus possessionis venditoris. Est enim hoc veluti tertium quoddam genus exceptionis emptori competentis, tam ex sua quàm ex venditoris sui persona, per accessionem possessionis authoris. Hodie longa possessio, postquam à Iustiniano transformata est in vsucapionem, etiam plenum dominium, & quiritarium tribuit, nec tantùm exceptionem parit, sed etiam actionem *l.vnic.C.de vsucap.transform.* Nam nec vsucapio anni vnius, vel triennij vlla amplius est, sed longi tantùm temporis, id est, decennij inter præsentes & vicennij inter absentes.

77. IAVOLENVS libro 4. ex posterioribus Labeonis.

IN lege fundi vẽdundi lapidicinæ in eo fundo, vbicũq; essent, exceptæ erant: & post multum temporis in eo fundo repertæ erant lapidicinæ, eas quoque venditoris esse Tubero respondit Labeo: referre, quid actum sit, si non appareat, non viderieas lapidicinas esse exceptas: neminem enim nec vendere, nec excipere, quod non sit: & lapidicinas nullas esse nisi quæ appareant, & cædantur. aliter interpretantibus, totum fundum lapidicinarum fore, si fortè in toto eo sub terra esset lapis & hoc probo.

Ad l.In lege 77.

RAT.DVB. Quemadmodum fundo vendito, ea quoque vẽditioni cedũt, quæ fundo vẽdito accessura esse venditor dixit *l.qui fundum* 40.§.1.*&* §.*pen. l.cõprehensum* 60.*sup.hoc tit.l pen.*§.*vlt.infr. de act.empt.* Ita & cũ in emptione aliquid exceptum est, emptũ illud & venditum videri non potest *l.hanc legem* 22. *l.pacta conuenta* 72.§.*vlt.sup.* Atqui ponimus in lege fundi venditi lapidicinas in eo fundo vbicumque essent exceptas esse, ac proinde generaliter quascunque. Ergo verum est quod Tubero respondit, etiamsi post multum temporis lapidicinæ in eo fundo repertæ sint, eas quoque exceptas esse, & consequenter ad venditorem pertinere.

DEC.

BIU Cujas

DEC. Nemo vendere, aut excipere potest id, quod non scit, quia is qui ignorat, nec potest velle, nec consentire. Vnde est quod dicimus, conuentiones, quantumuis generales nunquam trahi ad incogitata, vt ex pluribus iuris nostri locis probat hîc Accursius, & ad ea quæ iam apparet referri debere, non ad futura, quæ aliquando apparere poterunt *l. cùm Aquiliana 5. supr. de transact. l. tres fratres 35. de pact. l. 2. §. 1. infr. de hered. vendit. l. fideiussor 26. §. Lucius infr. de pignor. l. damni 18. §. si is qui de damn. infect. l. locus certus 26. in fin. de acquir. possess.* Nam & dici solet quod & Bartholus ad hunc locum notat, non entium, & non apparentium idem esse iudicium §. *si aduersus inst. de nupt. l. duo sunt Tityj 30. de testam. tutel.* Neq; verò lapidicinæ vllæ videri possunt, nisi quæ appareant, & cædantur, vt hîc Iauolenus ex Labeone scribit. Ergo non possunt videri exceptæ lapidicinæ, quæ contractus tempore ignorabantur, & quæ nondum apparebant. Alioqui sequeretur, inquit, totum fundum lapidicinarum fore, si fortè in toto eo fundo sub terra esset lapis. Quod tamen vtiq; absurdum esset. Ita enim fieret, vt nihil prorsus venditum inueniretur, aut, quod esset absurdius, vt totus fundus & vēditus & exceptus simul intelligi deberet, sicque exceptio in venditione apposita totam venditionem destrueret. Rectius igitur Labeo, quàm Tubero. Neque prodesse venditori debet exceptio, quæ non habuit locum *dict. l. pacta conuenta in fin.* Refert tamen quid acti sit cùm in contractibus omnibus, sed maximè in emptis & venditis inspiciendum sit quid actum fuerit *l. sed Celsus 6. §. 1. supr. hoc tit. l. semper in stipulationibus 34. de reg. iur.* Itaque si actum sit, vt lapidicinæ omnes nō tantùm vbicumque essent, sed etiam quandocunque apparerent, exceptæ essent, non dubitabimus quin etiã eæ, quæ ex postfacto apparuerint, exceptæ videri debeant. Sed hoc ita tamen, si non totus fundus, aut ferè totus in lapidicinis consistat. Nemo enim dixerit id actum esse, vt nihil emptor ex venditione consequeretur, venditor autem totum precium ab emptore haberet. Idque est quod Accursius hîc notat infinitatem, & vt ipse loquitur, nimietatem vitandam esse ex *leg. fideicommissa 11. §. si quis decem de legat. 3. l. vlt. C. de sacros. eccles.* Putarem tamen eo casu, si venditor prætextu exceptionis totum fundum retinere mallet, quasi non vēditum, obligatum pariter eum fore, vt totū precium redderet, quia non esset ex bona fide, vt emptor & rem simul & precium amitteret, quia nec de hoc cogitatum videtur, & quamuis expressim aliter actum esset, conuentio non valeret *l. ex empto 11. §. qui autem l. bona fides 50. infr. de act. empt.*

78. LABEO libro quarto Posteriorum à Iauoleno Epitomatorum.

Fistulas emptori accessuras in lege dictum erat. quærebatur, an castellum, ex quo fistulis aqua duceretur, accederet. respondit, apparere id actum esse, vt id quoque accederet, licet scriptura non contineretur.

Ad l. Fistulas 78.

RAT. DVB. Id quidem quod venditor in lege venditionis dixit accessurum esse venditioni, pro vendito haberi, & ad emptorem spectare oportet, sed tamen non debet eo prætextu iniuria fieri vēditori, vt quicquam præstare emptori teneatur extra id, quod accessurum esse dixit, quia neque id actum videri debet, cùm inclusio vnius sit exclusio alterius *vulg. l. cùm Prætor 12. supr. de iudic. l. quæsitum 12. §. antepen. infr. de instruct. legat.* Ergo si venditor fistulas emptori accessuras esse dixerit, non ideò conuenisse videtur, vt castellum ex quo fistulis aqua duceretur, venditori accederet.

DEC. In emptis & venditis id maximè inspici debet, quod actum est, vt proximè diximus ex *l. sed Celsus 6. §. 1. supr.* Atqui ponimus in lege venditionis fundi dictum esse fistulas, per quas aqua duceretur, accessuras esse: quod etiam si dictum non esset, pro dicto tamen haberi deberet *l. si aquæ ductus 47. & seq. supr. sicut & in l. si cùm fundum 67. §. 1. supr.* Ergo quamuis nihil dictum sit de castello, ex quo per fistulas aqua duceretur, apparet manifestè actum hoc esse, vt id quoque castellum accederet, quamuis de castello nihil in Scriptura cōtineretur. Quisquis enim vult consequens, necesse est vt idem velit necessarium antecedens, id est, sine quo locum habere consequens non posset *l. 2. supr. de iurisdict.* Quomodo si venditor in lege fundi aquam accessuram esse dixerit, dicimus id quoque actum videri, vt iter aquæ accederet, & ideò iter quoque venditorem tradere oportere *l. qui fundum 40. §. 1. & vlt.* vbi scripsimus *supr.* Nam & castella, ex quibus aqua ducitur, si modò plumbea sint, ædium esse intelliguntur, vt & putei & opercula puteorum *l. fundi 17. §. vlt. infr. de act. empt.* Vbi tamen additur, fistulas, de quibus in hac lege, ita esse ædium, si adplumbatæ sint, aut si terra contineantur. Quod addendum est iis, quæ scripsimus ad *d. l. qui fundum §. 1. & ad d. l. si aquæ ductus.*

1 ¶ Fundum ab eo emisti, cuius filij postea tutelam administras, nec vacuam accepisti possessionem. dixit, tradere te tibi possessionem hoc modo posse, vt pupillus & familia eius decedat de fundo: tunc demum tu ingrediaris in possessionem.

Ad §. 1. Fundum.

RAT. DVB. Nemo potest sibi ipsi tradere possessionem, non magis quàm à seipso stipulari *l. traditio 20. infr. de acquir. rer. domin. l. 2. de stipulat. seruor.* cùm oporteat reuera & naturaliter distinctas esse personas tradentis, & accipientis, stipulātis & promittentis. Ergo si fundum ab eo emeris, cuius filij tutelam postea administras, nec vacuam fundi venditi possessionem à venditore tuo acceperis, fieri nō potest, vt tu eam possessionem tibi tradas. Nec si tanquam tutor & pupilli nomine id facere velis. Cùm nec pupillo ipsi in rem tuam fieri author possis *l. prima l. quod dicitur 7. infrà de authorit. & consensu tutoris.* Maximè verò si de fundi

BIU Cujas

pupillaris alienatione tractetur, quæ omnino interdicta est tutori per orationem Diui Seueri, nisi & decretum Prætoris interueniat, & æris alieni exsoluendi vrgeat necessitas *l. 1. l. magis puto 5. §. non passim, & tot. tit. de reb. eor. qui sub tutel. vel cur sunt infrà & tit. C. de præd. minor.* Nam cùm alienationis nomine is demum actus significetur, per quem dominium transfertur *l. 1. C. de fund. dotal.* consequens omnino est, vt prohibita fundi pupillaris alienatione, non tam venditio ipsa, quàm traditio interdicta esse videatur, quandoquidem non venditio, sed traditio illa est, per quam dominium transfertur *l. traditionibus 20. C. de pact. l. eum qui 14. l. si venditore 80. infr. de furt.*

DEC. Non est authoritas Præsidis necessaria in alienatione rerum pupillarium, vt tutorum solicitudini consulatur, si voluntati defuncti pareant *l. 1. C. quand. decret. opus non est.* Ergo si pater pupilli fundum suum vendiderit, & ante traditam eius fundi vacuam possessionem decesserit, potest & debet tutor pupilli nomine tradere illam possessionem emptori quisquis ille sit, vt pupillum à tradendi obligatione liberet ad quam tenetur vtique tãquam alius quilibet heres patris, vt hoc ipso faciat eum locupletiorem. Fit enim locupletior quisquis à creditore suo liberatur, à quo conueniri potuisset *l. si pupilli 66. in fin. de solut. l. species 11. de acceptilat.* Quod si alij cuilibet emptori tradere tutor possit rem alij cuilibet venditam: Ergo & sibi ipsi, cùm idem sit vtroque casu effectus traditionis, eademq; causa tradendi, eadem denique vtilitas pupilli, ad quã referenda sẽper sunt omnia, quoties de pupillari aliquo negotio tractamus, ne dum nimia subtilitate circa res pupillorum vtimur, in eorum perniciem & dispendium ius retorqueamus, vt ait Iustinianus in *l. pen. C. ad SC. Trebellian.* Et tamen fatendum est, non posse tutorem directò sibi ipsi tradere, nec rursum authoritatem præstare pupillo ad faciendam eiusmodi traditionem, ne offendatur supradicta iuris regula, quæ negat tutorem pupillo suo authorem in rem suam esse posse. Quid ergo? Subtiliter vidit Iauolenus, hoc vno modo posse tutorem hanc possessionem sibi tradere per indirectum & circuitum, vt pupillus & familia eius discedat de fundo, tum demum verò tutor ingrediatur in possessionem. Nam vt pupillus discedat de possessione, & ita possessionem amittat, non quidem animo, sed corpore, authoritas tutoris necessaria non est, cùm id facti sit magis quàm iuris, vt eleganter Vlpianus ait in *l. possessionem 29. infr. de acquir. poss.* Nec alienatio vlla sit in nuda possessionis amissione *l. 4. §. 1. supr. de alien. iudic. mut. caus. fact. l. non alienat. 119. de regulis iuris.* Vbi verò pupillus facto ipso desiit possidere, iam nihil impedit, quominus vacuam possessionem iure ingredi possit tutor, atque ita rei sibi venditæ possessionem nanciscì. Quo facto perinde habebitur, ac si possessio, vel à defuncto venditore, vel à pupillo ipso tradita ei fuisset. Quid enim refert ad implendam venditionem, & liberandum venditorem, an emptor possessor factus sit per traditionem sibi factam, an quo alio modo? Fateor non posse pupillum transferre possessionem suam in alium sine tutoris authoritate, quia in eam rem animo opus est, quo pupillus carere intelligitur. Sed dico aliud esse possessionem amittere, aliud transferre. Translatio enim supponit quidem amissionem ex parte transferentis, sed & amplius acquisitionem ex parte illius, in quem transfertur. At amissio possessionis fieri potest, & fit plerunque sine translatione, non solùm, si quis in animo suo constituat nolle se amplius possidere, vt in *l. si quis vt 17. §. differentia de acquirend. possession.* sed etsi possessionẽ ideò amiserit, vt eam in alium transferret, nec tamen transtulerit *l. quod meo 18. §. si furioso in fin. eodem.* Sanè occupatam esse ab aliquo possessionem necesse est, vt suam pupillus amisisse intelligatur. Alioqui non statim atque quis de fundo decedit, amittit possessionem, si non habuerit animum amittendi & potestatem, sed ita demùm, si alius eam inuaserit & occupauerit *l. cùm quis 31. supr. de dolo l. si de eo 42. §. 1. l. peregrè 44. l. si rem mobilem 47. eod.* Quæ species & ratio est *l. vltim. Cod. eod.* Porrò vt tutor derelictam à pupillo suo possessionem occupet, non est quod fiat pupillo author in rem suã, vt malè hîc sentit Accursius, cùm in eam rem, neque factum pupilli vllum, neque persona ipsius interueniat. Multò minus videri potest necessaria authoritas Prætoris, vel Præsidis, cùm naturalis modus sit acquirendi, non tantùm possessionem, sed etiam dominium rei quæ in nullius bonis est, occupatio *l. 1. in fin. & l. 3. de acquirend. rerum domm.* Multò magis igitur acquirendi possessionem vacuam & iacentem eius rei, quam quis à vero domino emerit, cùm in eo nulla cuiquam fiat iniuria occupando possessionem quam alius occupare nemo iure posset. Nec est quod quis huic sententiæ obiiciat, vulgare illud brocardicum, non esse permittendum, vt per indirectum, & vna via fiat, quod alia via, & per indirectum fieri prohiberetur *l. scire oportet 21. §. 1. de tutor. & curat. dat. ab his.* Id enim tum obtinet cùm id quod directò fieri prohibitum est, per indirectum fit & alia via in fraudem legis vel hominis, non etiam cùm ea faciendi via eligitur, quæ facienti prosit, alij verò nemini obesse possit, *arg. l. in creditore 38. in fin. de euict.* Quod certè in proposito contingit, ne alioqui, & officium tutoris, & ratio iuris noceat ei, qui emendo à domino, quem obligatum habebat ad rem tradẽdam sibi diligenter prospexerat, quomodo Papinianus noster argumentabatur in specie *l. debitor 3. infr. de separat. iunct. l. cùm quadam 26. C. de admin. tutor. l. videlicet 29. supr. ex quib. caus. maior.* Notat hic Accursius alios quosdam casus, in quibus permittitur tutori, vt in rem suam præstet authoritatem pupillo, ex *l. 1. infr. de author. tutor. l. quoties 9. §. non tantùm de admin. tutor. l. diuortio 35. §. illũ autem sup. de neg. gest.* Quasi verò in huius quoque §. specie tutor præstet pupillo authoritatẽ in rem suam, quod nos iam negauimus. Nihil enim hîc aliud facit tutor, nisi quod alius quilibet facere posset etiam, qui tutor non esset, sicut & cũ tutor se pupilli debitorem scribit, vt in *d. §. non tãtùm*, nullam pupillo suo præstat authoritatẽ, sed propria sua scriptura cõstituit se debitorem pupilli ex mutuo, cùm eius pecunia, quasi sibi credita vsus est. Nam & in alio quolibet idem esset, qui se alterius debitorẽ propria manu scriberet, vt ipsi contra ipsum crederetur *Auth. quod obtinet C. de probat. iũct. l. de ætate 11. §. 1. sup. de interrog. in iur. fac.* Idẽ Accursius notat correctum hodie esse hunc §. *per Nouell. 72. Vt hi qui oblig. haber. se perhib.* quæ induxit, vt neque creditores, neque debitores possint tutores esse vel curatores. De quo tamen dubito, non solùm, quia hoc iure vtimur, vt possint hi quoque dari tutores vel curatores à magistratu, si modò nó tacuerint se debitores vel creditores esse, sed etiã, quia

quia non habet locum noua illa constitutio, si modicæ rei vel quantitatis debitor sit, vel creditor is, cui tutela vel cura defertur, vt nominatim tradit Bartolus ad
Ne scilicet maiori rei per minorem præiudicetur. Tritum enim est, de minimis curandum non esse *l. scio 4. supr. de in integr. restit. l. res bona fide 54.* vbi diximus *supr. hoc tit.* In proposito autem non est pupillus debitor, nisi vt rem tradat iam à patre venditam, quod vt faciat, ipsius potissimùm interest, vt ab hereditaria obligatione liberetur, quemadmodum diximus.

2 ¶ Qui fundum ea lege emerat, vt, soluta pecunia, traderetur ei possessio: duobus heredibus relictis, decessit. si vnus omnem pecuniam soluerit, partem familiæ erciscundæ iudicio seruabit. nec, si partem soluat, ex empto cum venditore aget. quoniam ita contractum æs alienum diuidi non potuit.

Ad §. 2. Qui fundum.

RAT. DVB. Obligationes omnes defuncti tam actiuæ q̃ passiuę diuiduntur ex lege 12. tabul. inter coheredes pro hereditariis portionibus *l. 1. C. si cert. pet. l. 2. & vlt. & tot tit. C. de hered. action. l. 1. & 2. si vnus ex plurib. hered. debit.* Ergo si is qui fundum ea lege emerat, vt soluta demum pecunia precij, & quidem tota (æquipollet enim indefinita vniuersali *l. si plures 98. de legat. 3.*) duobus relictis heredibus decesserit, potest vnus ex iis partem suam hereditariam soluere, & ita ab obligatione personali liberari. Cùm personales obligationes diuiduæ sint, non sicut pignoris obligatio quæ indiuidua est *d. l. 1. & 2. C. si vnus ex plurib. hered. debit. l. heredes 25. §. idem obseruatur supr. Famil. erciscund. l. in executione 85. §. pen. infr. de verb. obl. l. quandiu 6. C. de distract. pign.* Consequens igitur est, vt si vnus ex heredibus omnem pecuniã soluerit, partem eius seruare & repetere non possit iudicio familiæ erciscundæ. Tunc enim illi iudicio locus est, cùm vnus ex heredibus non aliter partem suam expedire potuit quàm negotium commune hereditatis gerendo *d. l. heredes §. non tantùm.* Iunct. *l. si communes 40. supr. de negot. gest.*

DEC. Lex duodecim tabularum diuidit quidẽ obligationes omnes hereditarias quę diuiduę sũt, sed non eas quæ sunt indiuiduæ, quia nec diuidi possunt *d. l. heres §. an ea stipulatio Famil. erciscund.* Atqui hæc obligatio, de qua tractamus, est huiusmodi, hoc est indiuidua, quia contracta est per modum condicionis. Per ablatiuos scilicet illos absolutos *solutâ pecunia*, qui licet condicionis figuram non exprimant *l. in ratione 30. §. tametsi ad l. Falcid.* conditionis tamen vim habent *leg. à testatore 109. de condit. & demonstr.* Cõditiones autẽ omnes indiuiduæ sunt, nisi enumeratio personarũ faciat eas diuiduas *l. cui fundus 57. eo. tit.* Idque est q̃ Iauolenus hîc scribit nõ potuisse diuidi æs alienũ *ita contractũ*, id est, per modũ condicionis. Quanquã & alia huius iuris ratio adferri potest. Nempe quòd pecunia hæc debita sit pro venditionis precio quod sui natura indiuisibile est *l. Iulianus 13. § offerri infr. de action. empt.* sicut & causa venditionis indiuisa esse dicitur in *leg. cùm ex causa 139. de verb. obl.* Nam nec venditor partem rei venditæ tradendo pro parte liberaretur, cum non fuerit emptor pro parte empturus, nec similiter vẽditor pro parte venditurus *l. tutor vrgentibus 47. §. 1. supr. de minor. l. si quis aliam 46. de solut.* Alioqui incideret inuitus in communionem *l. si non sortem 26. §. si centum de condict. indeb.* Denique cùm lex venditionis talis fuerit, vt non nisi solutâ pecuniâ venditor rem tradere teneretur, apparet posse illum habere ius retentionis totius rei non solùm iure taciti cuiusdam pignoris vt in *d. §. offerri*, sed etiam iure dominij. Quasi conuenerit, vt non prius dominium transferre cogeretur quàm solutum ei esset totum precium, siquidem dominium rei venditæ nec sine traditione, nec per traditionem quoque nisi soluto demùm precio aut satisfactione aliter secuta transferri in emptorem potest *l. quod vendidi 19. l. vt res 53. supr. hoc tit. §. venditæ Instit. de rer. diuis.* Consequens igitur est, vt ille ex heredibus qui totum precium soluit, partem eius seruet & recuperet à coherede per actionem Familiæ erciscundæ, non Negotiorum gestorum ex *reg. d. §. non tantùm & d. l. si communes.*

3 ¶ Frumenta, quæ in herbis erant, cum vendidisses: dixisti te, siquid vi aut tempestate factum esset, præstaturum. ea frumenta niues corruperunt. si immoderatæ fuerunt, & contra consuetudinem tempestatis: agi tecum ex empto poterit.

Ad §. vlt. Frumenta.

RAT. DVB. Conuentiones non trahuntur ad casus incogitatos, vt diximus ad legem præcedentem ex *l. cùm Aquiliana 5. supr. de transact.* Ergo nec ad insolitos. Neque enim cogitatum videri potest de iis quæ non nisi raro accidunt *l. 4. & seq. supr. de legib.* Ergo si venditor frumentorum quæ in herbis erant in vendendo promiserit se si quid vi aut tempestate factum esset, præstaturum, & niues, quæ immoderatæ fuerunt, & contra consuetudinem tempestatis niues corruperint, agi cum venditore ex empto non poterit, sed eo tantùm casu, quo niues nimiæ quidem, sed solidæ tamen frumenta corruperint. Atque ita plerique interpretum locum hunc intellexerunt. Vt qui suscipit in se casus fortuitos, non teneatur nisi de communiter contingentibus. Quæ fuit prima Bartoli ad hunc §. interpretatio. Pro qua illud etiam facit, quòd non idcirco inutilis futura sit conuentio, sine qua fieret vt frumentorũ corruptio etiam quæ per solitã tempestatem contigisset, damno cederet emptoris ad quem periculum & damnum omne pertinet, quod post perfectam venditionem contingit §. *cùm autem Instit. hoc tit. l. necessariò 8. & pass. infr. de peric. & commod. rei vendit.* Satis igitur est, vt venditor in se recipiat periculum casuum fortuitorum commu-

BIU Cujas

niter contingentium, nec etiam ad id obligetur, vt insolitos omnes præstet. Contraria tamen interpretatio quæ & Accursij est & ipsi quoque Bartolo placet, verior creditur. Vt qui recipit in se casus fortuitos, videatur recepisse inopinatos & insolitos, non autem ex consuetudine contingentes. Quod & ego probabilius arbitror, & huius §. verbis conuenientius. Alioqui debuerat Iauolenus respondere: Si niues quæ frumenta corruperũt, immoderatæ fuerint, & contra consuetudinem tempestatis, nullam eo nomine actionem ex empto posse emptori competere aduersus venditorem, qui præstaturum se receperat, si quid vi vel tempestate contigisset. Nam cùm vt diximus, periculum omne fortuitorum casuum siue solitorum siue insolitorum ad emptorem ex natura contractus & ratione iuris pertinere debuisset, id actum certè videri debet eiusmodi conuentione, non vt nihil periculi penes emptorem remaneret, sed vt eo veluti temperamento vtrique contrahentium prospiceretur. Id est, vt si quid grauius & intolerabilius vi tempestatis accideret, damno venditoris cederet. Si verò quid solitum, nec contra consuetudinẽ tempestatis, ad emptorem id pertineret, cui sufficere deberet, vt à grauioris tempestatis incommodo liberaretur, non etiam ab eo quod modicum foret ac solitum, cuius casum nec conductor recusare posset, qui tamen sicuti, nec dominus est, nec fieri ex locatione potest *l. non solet 36. infr. locat.* Ita difficiliùs periculo casuum fortuitorum obstringitur *l. ex conducto 15. §. si vis tempestatis & seq. eod. tit.* in illis potissimùm verbis *aut solis feruore non assueto id acciderit damnum domini futurum esse.* Vt intelligamus damnum si quod solis feruore nimio quidem, sed assueto contigerit, non domini esse debere, sed coloni. Quidni ergo longè magis erit emptoris, ad quem etiam insolitus & inopinatus casus pertineret, si pactio nulla in contrarium interuenisset? Ac sanè sic interpretandæ sunt conuentiones omnes vt à iure communi quàm minimùm fieri potest recedatur. In proposito autem minùs recedituꝛ, si venditor ex supradicta conuentione non nisi ad insolitos, & inopinatos casus obligetur. Itaque verum est quod Accursius hîc notat, eum qui se obligat ad insolita, non ideò teneri ad solita, quemadmodum è contrario is qui se obligat ad solita non ideò tenetur ad insolita *l. quæ fortuitis 6. C. de pign. act.* Et hæc pro decidendi ratione sint.

79. IAVOLENVS libro 5. ex Posterioribus Labeonis.

FVndi partem dimidiam ea lege vendidisti, vt emptor alteram partem, quam retinebas, annis decem certa pecunia, in annos singulos conductam habeat. Labeo, & Trebatius negant, posse ex vendito agi, vt id quod conuenerit, fiat: ego contra puto: si modo ideo vilius fundum vendidisti, vt hæc tibi conductio præstaretur. nam hoc ipsum pretium fundi videtur, quod eo pacto venditus fuerit. eoque iure vtimur.

Ad l. Fundi partem 79.

RAT. DVB. Venditio & locatio separati contractus licèt pleraque habeant similia *l. 1. & 2. l. item si precio 22. §. vlt. infr. locat.* nec possunt simul stare vt vterque contractus teneat, sed alterutrum duntaxat subsistere necesse est *l. conuenit 65. supr. l. prox. §. vlt. infr. hoc tit.* Ergo si fundi partem dimidiam ea lege vendideris, vt emptor alteram partem quam retinebas annis decem certa pecunia in annos singulos à te conductam haberet, absurdum videtur dari tibi contra emptorem actionem ex vendito, vt is alteram partem eius fundi à te conducat inuitus: Præsertim cùm pactum de conducendo non sit conductio, contractusque omnes voluntatis sint non necessitatis, quandiu perfecti non sunt *vulg. l. sicut 5. C. de oblig. & act.* Nec ad rem pertinet quod pactum hoc siue in ipsa venditione siue incontinenti post venditionem appositam insit contractui eique causam dederit, quòd sit credibile non aliter venditorem fuisse contracturum, quem porrò conuentionis suæ commodo priuari non modò absurdum, sed etiam iniuriosum fuerit *l. vlt. C. de pact. int. emptor. & vendit.* Hæc enim ratio cùm sit communis omnibus pactis quæ insunt contractui, siue bonæ fidei, siue stricti iuris, nihil aliud euincit, nisi vt ex eo pacto vẽditori actio Præscriptis verbis dari debeat. Quam nec Labeo in specie non valde dissimili ei denegabat, vt apparet ex *leg. Labeo 50. supr.* Sed tanto magis facere hoc debet vt non sit danda venditori actio ex vendito, cùm per actionem Præscriptis verbis satis superque ei consultum esse possit. Eamque Labeonis sententiam Trebatius quoque magni nominis Iureconsultus probat.

DEC. Pacta quæ fiunt siue initio venditionis vt loquitur *l. initio 5. C. de pact. int. empt. & vendit.* siue ipso contractus tempore, vt scriptum est in *l. penult. eod.* siue denique incontinenti post venditionem vt in *l. iuris gentium 7. §. quinimo & §. adeò supr. de pact. l. in bonæ fidei 13. C. eod.* non solùm insunt contractui bonæ fidei, quomodo inessent contractui stricto etiam ex parte actoris & ad producendam actionẽ nouam Præscriptis verbis, sed etiam formant & informant actionem ex eo contractu competentem vt actio illa detur ad id quoque quod pacto comprehensum est, quia nimirum ex bona fide est, vt quicquid in contractu bonæ fidei conuenerit, fiat. Nec repugnat natura actionis quæ cùm sit ex bona fide tam latè patet quàm bona fides ipsa. Quod in actione stricta diuersum est, vt scripsimus ad *d. §. quinimò & d. §. adeò.* Itemque ad *d. l. Labeo l. pacta cõuenta 72. l. qui fundum 75. supr.* Non negat Iauolenus, quod Labeo scripserat competere venditori Præscriptis verbis actionem, quod & Vlpianus admittit *in d. l. Labeo.* Sed addit etiam ex vendito competere cum Vlpiano in *d. l. Labeo*, & cum Imperatoribus qui vtramque dant in specie *l. 2. Cod. de pact. int. empt. & vendit.* Quod igitur Vlpianus in *dict. l. Labeo* scribit Labeonem putasse dandam actionem Præscriptis verbis venditori ad complendam legem venditionis, sic omnino accipiendum est, vt excusam Labeo voluerit & denegandam actionem ex ven-

BIU Cujas

ex vendito, vt hæc lex manifestè probat. Sed non similiter quod Iauolenus hîc scribit dandam venditori actionem ex vendito, sic accipi debet, vt idcirco denegandam putet ille actionem Præscriptis verbis. Cur enim non nascetur ex bonæ fidei contractu actio, quæ etiam ex contractu stricti iuris nasceretur? *l. vlt. C. de rer. permut. l. si dominus 8. & pass. infr. de præscript. verb.* Addit Iauolenus pacta huiusmodi, quæ insunt venditioni, sicut partem contractus faciunt, ita & partem precij facere, quia credibile sit venditorem tanto vilius fundum vendidisse, vt hæc sibi conductio præstaretur. Hic enim sensus est eorum verborum *si modò ideò vilius fundum vendidisti* vt cõstat ex *l. si vẽditor 6. §. 1. infr. de seru. expor. l. si sterilis 21. §. si tibi infr. de action. empt.* Itaque cùm actio ex vendito sui natura detur ad precium *leg. ex empto 11. §. 1. eod. tit.* mirum nõ est dari eam ad omne id de quo in contractu conuenit, tanquam ad partem precij. Quanquam, cùm bonæ fidei actio illa sit non stricti iuris, non tantùm datur ad precium aut ad partem precij, sed ad alia etiam multa quæ sunt extra naturam contractus venditionis, puta ad distrahendam quoque & resoluendam venditionem vt in specie *d. l. ex empto §. si quis virginem & §. is qui vina.* Sicut & actio ex empto interdum datur contra venditorem ad hoc vt aduersus alium experiri & agere cogatur, quod tamen valde nouũ est, vt in specie *l. Iulianus 13. §. penult. eod. tit.* Denique empti & venditi iudicium potest sufficere in multis casibus, etiamsi de precio non agatur, quia non modò precium continent actiones empti & venditi, sed etiam id omne quod interest *l. Titius 43. §. vlt. eod. l. si in venditione 60. infr. de euict.* Nemo autem negauerit & emptoris & venditoris interesse, vt quicquid inter eos bona fide conuenerit, fiat. Subiicit autem Iauolenus *eóque iure vtimur*: Vt intelligamus supradictam Labeonis & Trebatij sententiam à cæteris Iureconsultis non minùs quàm à Iauoleno explosam fuisse, quod & constat satis ex *d. §. quinimò & d. §. adeò & d. l. Labeo.*

80. LABEO libro quinto Posteriorum à Iauoleno Epitomatorum.

CVm manu sata in venditione fundi excipiuntur: non quæ in perpetuũ sata sunt, excipi videntur: (sed) quæ singulis annis seri solent, ita vt fructus eorum tollatur. nam aliter interpretantibus, vites, & arbores omnes exceptæ videbuntur.

Ad l. Cùm manu sata 80.

RAT. DVB. Indefinita æquipollet vniuersali vt vulgo iactatur, & verum est *l. si plures 98. de legat. 3.* Ergo cùm in lege venditionis fundi manu sata excipiuntur, perinde haberi debet, acsi omnia manu sata exciperentur. Atquin is qui omne dicit, nihil excludit *l. testatorem 68. alias l. Iuliano eod. tit.* Ergo illa etiam quæ in perpetuum sata sunt vt vites & arbores quoque exceptæ videri debent. Nam & seminarium vocamus locum subactum in quo semina aut vitium aut arborum panguntur, vt cùm ad certam vsque quantitatem excreuerint, in vinetum vel arbustum vel pomarium transferantur *l. item si fundi 9. §. seminarij* vbi Budæus notat *supr. de vsufr.*

DEC. Ea semper in conuentionibus quoque non minùs quàm in legibus capienda est interpretatio, quæ vicio & absurdo caret *l. in ambigua 19. sup. de legib. l. nam absurdum 7. de bon. libert.* maximè verò in venditionibus in quibus non tam quid dictum quàm quid actum sit inspici semper debet *l. sed Celsus. 6. §. 1. supr.* Atqui non potest videri id actum esse vt ea quoque exciperentur quæ in perpetuum sata esset. Præsertim verò vites & arbores. Alioqui quid obsecro venditum videbitur si fortè fundus totus in vitibus & arboribus consistat? Nihil planè, quod tamen absurdum esset, vt cum Iauoleno argumentati sumus in *l. in lege fundi 77. supr.* Item quid si vitium & cæterarum arborum contemplatione quæ in fundo sunt, emptor ad fundi vẽditi emptionem accesserit? An non iniquum fuerit prætextu supradictæ exceptionis priuari emptorem commodo illo vitium & arborum sine quibus non fuerat accessurus ad emptionem? *l. arboribus 58. supr.* Credendũ igitur est ea demùm manu sata videri excepta non quæ in perpetuum sata essent, in quo genere sunt vites & arbores, sed quæ singulis annis seri solent, ita vt eorum fructus singulis quoque annis tollatur, vt exceptio temporalis sit quæ minus oneret emptorem, non perpetua quæ nimis oneraret. Nã quæ in perpetuum seruntur, eo animo seruntur, vt fundi perpetuò fiant neque ex eo tolli possint. Adde quòd & in dubio & obscuro si quid hîc dubij vel obscuri est, fieri debet interpretatio contra venditorem. Præsertim qui verba exceptionis protulit de quorum interpretatione quæritur, & quæ potuit ille apertiùs conscribere *l. Labeo 21. l. cùm in lege 33. supr.* Etsi non displicet quod hîc monet Accursius inspecta vi & proprietate verborum, quibus cõcepta huiusmodi exceptio est, nihil hîc ambigui esse vel obscuri cùm de manu satis tantùm venditor in exceptione locutus sit: Vites autem & arbores non tam seri propriè quàm plantari dicantur *§. si Titius & §. qua ratione Instit. de rer. diuis.* licet hæc lex ostendat satorum appellatione saltem generali vites quoque & arbores contineri. Alioqui stulta esset argumentatio Labeonis in illis verbis, *Nam aliter interpretantibus vites & arbores omnes exceptæ videbuntur.* Iunge quæ scripsi ad *d. l. 9. §. seminarij supr. de vsufr. & ad d. l. in lege 77. supr. hoc tit.*

1 ¶ Huius rei emptionem posse fieri dixi, scilicet, *Quæ ex meis ædibus in tuas ædes proiecta sunt, vt ea mihi ita habere liceat*: déque ea re ex empto agi.

Ad §. 1. Huius rei.

RAT. DVB. Non potest fieri emptio, quin aliquid à venditore in emptorem transferatur *l. nec emptio 8. supr.* Comparatæ enim sunt emptiones ad

BIU Cujas

augenda patrimonia, non ad conseruanda. Atqui cum emptor ita contrahit, *Quæ ex meis ædibus in tuas ædes proiecta sunt, vt ea mihi ita habere liceat*, nihil noui acquirit, sed conseruat tantùm ius quod habet tigni non immittendi, sed iam immissi & in venditoris ædes proiecti. Ergo huius rei venditio fieri nõ potest, neque hoc nomine agi ex empto, ne rei suæ emptio consistere videatur, contra *l. suæ rei 16. supr. hoc tit.*

Dec. Aliud est possessionem nudam seruitutis habere, aliud verò ius ipsum seruitutis *l. vlt. infr. de itin. actuq priuat. l. vlt. infr. Quemadm. seruit. amitt.* Is qui possessionem tantùm habet, emere adhuc potest ius quod non habet. Quemadmodum nihil vetat eum qui rem alienam possidet, emere proprietatem à domino, quia nihil commune habet proprietas cum possessione *l. naturaliter 12. §. 1. l. pen. infr. de acq. poss.* Inter hanc tamen speciem venditionis & cæteras hoc interest, quod emptor qui eius rei quam emit, iam possessor est, licèt proprietatem emat, non tamen agere ex empto contra venditorem potest vt rem tradat: Cùm tradere, vt sæpius diximus, nihil aliud sit quàm possessionem transferre *l. 3. infr. de action. empt. l. traditio 20. in fin. de acquir. domin.* Qui autem iam possessor est, non magis possessor fieri possit, sicuti nec magis dominus is qui iam dominus est §. *sic itaque Instit. de action.* Ad quid ergo dabitur hoc casu ex empto actio? Ad hoc nimirum vt ius seruitutis constituat: Ne dubitari posteà possit, quin ea quæ ex ædibus emptoris in ædes venditoris proiecta sunt, iure habere emptori liceat. Non enim sufficit vt quis sit in possessione seruitutis, aut quasi possessione, nisi diuturno vsu & lõga quasi possessione ius illud sibi acquisierit *l. si quis diuturno 10. supr. si seruit. vindic.* Ergo si venditor in vsu seruitutis molestiam faciat emptori, conueniendus erit actione ex empto. Seruitutes enim vindicantur posteaquàm constitutæ sunt & traditæ. Quod fit per patientiam *l. pen. supr. de seruit. l. 1. in fin. Rustic. præd.* Sed vt constituantur actione aliqua vel ex contractu vel ex testamento opus est. Non enim nisi pactionibus, stipulationibus & testamento seruitutes constituuntur, siue personales sint, siue reales *l. 3. supr. de vsufr.*

2 ¶ Silua cædua in quinquennium venierat. quærebatur, cùm glans decidisset, vtrius esset scio Seruium respondisse, primum sequendum esse, quod appareret actum esse. quod si in obscuro esset: vt quæcumq; glans ex his arboribus, quæ cæsæ non essent, cecidisset, venditoris esset. ea autem, quæ in arboribu sfuisset eo tempore, cum hæ cæderentur, emptoris.

Ad §. 2. Silua cædua.

Rat. dvb. Cùm silua cædua in quinquennium vendita est, videtur in obscuro id actum esse vt fructus omnis eius siluæ qui intra quinquenniũ illud percipi posset ad emptorem tanquam ad dominum pertineret, & ad quem spectat periculum rei venditæ ex die contractæ emptionis §. *cùm autem Instit. hoc tit.* vt apud eum sint omnia commoda apud quem sunt & incommoda. Ex regula *legis secundum naturam 10. de reg. iur* Atqui glans quę ex sylua cædua decidit, proculdubio fructus siluæ est, cùm deciderit ex arboribus ad eam syluam pertinentibus. Ergo ad emptorem spectare debet, licet deciderit, priusquàm cæsæ arbores essent.

Dec. Quoties silua cædua venditur, non intelligitur vendi nisi vt cædatur, & quatenus cædetur, nec proinde aliud quicquam nisi quod cæsum erit. Ergo neque glans quæ ex iis arboribus decidit priùs quàm cæsæ essent, vendita videri potest, & consequenter venditoris est non emptoris. Quæ autem in iis arboribus tunc fuisset, cùm cæderentur, ea verò ad emptorem pertinet, non tanquam ipsa vendita, sed tanquam fructus rei venditæ. Et ita noster bene ratiocinatur Accursius.

3 ¶ Nemo potest videri eam rem vendidisse, de cuius dominio id agitur, ne ad emptorem transeat. sed hoc aut locatio est, aut aliud genus contractus.

Ad §. 3. Nemo potest.

Rat. dvb. Non est ex natura venditionis vt dominium rei venditæ transeat in emptorem, sed tantùm vt rem venditam tradere venditor cogatur, ideoque placet etiam rem alienam vendi posse *l. si ita distrahatur 25. §. 1. l. rem alienam 28. supr. hoc tit.* Ergo non debet videri quis eo minùs rem aliquam vendidisse, quod de eius rei dominio id actum sit ne ad emptorem transiret.

Dec. Emptiones iure gentium comparatæ sunt ad acquirenda hoc modo inter cæteros rerum dominia *l. ex hoc iure 5. supr. de iustit. & iur.* & natura venditionis est, vt sit titulus habilis ad transferendum dominium si modò venditor sit dominus, nec quicquam sit, quod alienationem & dominij translationem impediat *l. claubus 74. supr. hoc tit. l. traditio 20. l. numquam nuda 31. de acquir. rer. domin.* Ergo contra naturam venditionis est, si inter emptorem & venditorem id agatur, ne dominium transeat in emptorem, sed aliud genus contractus erit, vt puta locatio, quæ scilicet dominium transferre non solet *l. non solet 36 infr. locat.* aut emphyteusis quæ ipsa nihil nisi longi temporis locatio est *leg. 1. & 2. supr. si ager vectig. vel emphyt. petat.* aut contractus pignoris, vel depositi, vel cõmodati, vt addit Accursius. Nec enim ex his contractibus dominium vnquam transfertur *l. cùm & sortis 35. §. 1. supr. de pign. act. l. rei commodatæ 8. supr. Commod. l. licet 17. §. 1. depos.* Etsi magis distant à venditione, quàm locatio, quæ sola maximam adfinitatem & similitudinem habet cũ venditione *l. 1. & 2. locat.* Itaque quod Labeo hîc addit *aut aliud genus contractus* malo de aliquo genere contractus innominati intelligere quàm de pignore, depositio, aut commodato. Quomodo Accursius intelligit. Non enim existimandum est con-

contractum omnem ex quo non transfertur dominium maiorem habere similitudinem cum venditione, quàm cæteros ex quibus dominium transfertur. Imò tanto minorem quòd ex iis dominium vnquam transfertur, nec si à domino facti sint. Ex venditione autem transfertur quoties venditor dominus est. Sola locatio ex contractibus nominatis similis est venditioni non ob id solùm quòd fiat nudo consensu, sed etiam quod non possit fieri sine mercede, vt nec venditio sine precio. Nec minus in pecunia numerata debet merces consistere, quàm precium. Contractus innominati, sicuti certam naturam non habent, ita facilius possunt fieri similes venditioni, aut alij nominato contractui vt *in l. vlt. supr. de condict. caus. dat. l. Titius 24. l. 5. §. sed si facio de præscr. verb.* Nec ad rem pertinet, quòd contrahentes hunc contractum venditionem appellauerint. Non tam enim oportet inspici quid nominis sit quàm quid rei, & ex natura negotij, quod geritur, æstimandus est contractus potiùs quàm ex denominatione *l. ex conducto 25. §. Papinianus alias l. si vno infr. Locat.* Denique quoties id agitur inter contrahentes, vt aliquid fiat quod sit contra naturam contractus, necesse est transire negotium in aliud genus contractus, vt omnium maximè hic locus probat, & *l. vbi ita donatur 27. infr. de mort. caus. donat. l. cùm precario 12. infr. de precar. l. nuda 54. supr. hoc tit. l. in ædibus 9. §. vlt. infr. de donat.* Vbi tamen quod dicitur donari non posse nisi quod eius fit cui donatur, non est ei simile quod in hoc §. scribitur. Nec enim similiter possis dicere, vendi non posse nisi quod eius fiat cui venditur, valet siquidem venditio, vt diximus, etiamsi res non fiat emptoris, sed non valet si fiat hoc acto ne dominium transeat. Venditio non semper actu transfert dominium, sed semper apta esse debet vt transferat: donatio autem requirit vt dominij translatio actu interueniat.

81. Scævola libro 7. Digestorum.

Titius: cum mutuos acciperet tot aureos sub vsuris, dedit pignori siue hypothecæ prædia & fideiussorem Lucium: cui promisit, intra triennium proximum se eum liberaturum. quod si id non fecerit die suprascripta, & soluerit debitum fideiussor creditori: iussit prædia empta esse, quæ creditori obligauerat. quæro, cum (non) sit liberatus Lucius fideiussor à Titio, an, si soluerit creditori, empta haberet suprascripta prædia. respondi: si non, vt in causam obligationis, sed, vt empta habeantur, sub condicione emptio facta est: & contractam esse obligationem.

Ad l. vlt. Titius.

Rat. dvb. Lex commissoria quam nostri vulgo nec satis peritè pactum legis commissoriæ vocant, improbata est in pignoribus tanquam quæ nimis faueat asperitati creditorum *l. 1. & vlt. Cod de pact. pign.* Et quamuis recepta sit in venditionibus *Tot. tit. de leg. commiss. infr.* odiosa tamen esse creditur, & displicuit Imperatoribus vt refert Paulus in *leg. Aemilius 41. supr. de minor.* Sed alia ratione, quia resoluit venditionem bona fide contractam & facit rem inemptam, vt dicemus ad *dict. tit. de leg. commiss.* Atqui pactum de quo in hac lege agitur, commissorium est, & in pignore adhibitum. Ponit enim Scæuola Titium cùm mutuos acciperet tot aureos sub vsuris, ac proinde à creditore fœneratitio, dedisse pignori siue hypothecæ prædia & fideiussorem Lucium, eique promisisse intra triennium proximum eum se liberaturum. Quòd si id non faceret die suprascripta, & solueret creditori debitum fideiussor, iussisse vt prædia empta essent fideiussori, quæ creditori obligauerat. Quid enim hoc aliud obsecro est quàm pactum commissorium? Ergo quamuis non sit intra triennium liberatus fideiussor à debitore, non ideo tamen dicendum est habituram eum empta prædia, quæ creditori obligata fuerant, tametsi soluisset creditori. Præsertim cùm fideiussor in omni contractu qui ex mandato & fideiussione procedit, bonam fidem præstare debeat, non sit autem ex bona fide, vt sub obtentu beneficij quod fideiussor debitori præstat, & sub emptionis nomine inuadat bona debitoris, atque ita ex ipsius iactura locupletiorem se faciat *l. si mandatu. 59. §. 1. supr. mandat. l. 2. infr. de distract. pign.* Iuuari enim beneficio, non decipi quemque oportet *l. in commodato 17. supr. Commod.* Nec est quod quis dicat fauorabiliorem fideiussoris quàm creditoris causam hac parte esse debere. Alioqui facilè fraus fiet legi Constantinianæ, quæ pacta huiusmodi in persona creditoris improbauit, si fortè colludat fideiussor cum creditore, vt creditor inhians fortunis debitoris, per mediam fideiussoris personam consequatur quod ex sua non posset. Neque rursum vt emptio valeat tanquam sub condicione facta, illud sufficit vt condicio illa venditioni pignoris inserta sit si debitum intra certum tempus non soluatur. Nisi præterea illud addatur vt eueniente condicione iusto precio res æstimetur, vt in *l. si fundus 16. §. vlt. infr. de pign.* Vix enim est vt iustum precium debito commensurandum sit: Cum eo tempore quo debitum & pignus contrahebatur, non id ageretur, vt precium pignoribus diceretur, sed vt debitoris angustiis & necessitati consuleretur. Eaque nimirum asperitas est creditorum qui sub lege commissoria pignus accipiunt, vt pignora pro debito empta habeant, cùm tamen nemo nesciat, solere pignora longè pluris esse quàm sit id quod debetur, vt creditoris indenitati melius prospiciatur, si fortè, quod plerumq; accidit, ex mora debitoris vsurarum accessione debiti quantitatem augeri contigerit.

Dec. Iusta est conuentio per quam id agitur inter debitorem & fideiussorem, ne fideiussor ex officio quod mandantis causa susceperit damnum patiatur. Nec enim debet ei officium suum esse damnosum *l. si seruus 61. §. quod verò infr. de furt. l. si quis ex signatoribus 7. infr. Testam. quemadm. aper.* Nihil

ergo prohibet debitorem fideiussori vendere pignora sub ea condicione, si non erit intra triennū liberatus fideiussor à creditore, & quidem eo precio quod fideiussor creditori pro debitore soluerit. Etsi enim fideiussor soluens pro debitore fit ex fideiussore creditor, nouus tamen creditor est & ex fauorabiliore causa quàm primus, qui pecuniam sub vsuris & sub pignoribus credidit, ac proinde cuius asperitas metuenda fuerat, non fideiussoris. Nec quod fideiussor pignora emere à creditore prohibeatur & sibi acquirere ex ratione posita in *d. l. si mandatu* §. 1. facere debet vt perinde prohibeatur emere à debitore, cùm non possit videri factum contra bonam fidem, quod factum est ex voluntate ipsius debitoris, quia nec ei volenti iniuria fieri potuit *l. in diem* 9. §. 1. *de aqua & aquæ pluu. arcend.* Fieret potiùs, si huiusmodi pactione prohibita impediretur debitor hunc habere fideiussorem qui non alia lege esset fideiussurus, nec alio precio pignora comparaturus. Imputetque sibi debitor si intra triennium fideiussorem non liberauerit, cùm id facere possit non solum debito soluto, sed etiam alia satisfactione præstita, alio fortassis dato fideiussore aut expromissore. Quo facto non posset fideiussor empta habere pignora ex condicionali venditione cuius condicio defecisset. Quæ cùm existit ob non liberatum fideiussorem: An non æquissimum est fideiussori consuli, vt pro eo incommodo quod habuit explicandum pecuniæ ad dimittendū creditorem liceat ei se tueri commodo propriæ conuentionis, & retinere sibi pignora, quæ non à creditore, sed à debitore ipso sub hac condicione cōparauerit? Nam & eiusdem fideiussoris gratia illud quoque inductum est, vt si diu in obligatione steterit, id est, per biennium integrum, vt plerique interpretantur, aut vt alij, saltem per decennium possit agere mandati contra debitorem priùs etiam quàm soluerit, vt ab obligatione eximatur *l. Lucius* 38. §. 1. *supr. mand. l. si pro ea* 10. *C. eod.* qui si abesse iā ei videatur id in quo est obligatus *l. si quis mandatu* 28. *in fin. supr. de negot. gest.* Item vt possit fideiussor debitorem cogere etiam priùs quàm dies veniat, qui solutioni præstitutus fuit vt vel soluat, vel præstet bona aliqua fideiussori, ex quorum venditione colligi possit pecunia soluenda creditori, ne condemnationem, & ex condemnatione carceres pati cogatur, aut bonorum suorum distractionem, vt in Codice Fabriano scripsimus. Itaque non facilè probare possum, quod Bartolus hîc notat: Pactū simile legi commissoriæ, quod reprobatur inter creditorem & debitorem, non æquè reprobari inter debitorem & tertium. Vereor enim ne nimis generalis sit hæc sententia & à Scæuolæ sensu aliena siue huius legis verba spectes, quæ non nisi de fideiussore loquuntur, siue rationem iuris, quæ facilè offenderetur, si in fauorem tertij cuiuslibet huiusmodi pactum valeret, ne ita posito iure imitarentur creditores ad subiiciendam & interponendam tertij cuiusdam personam, cuius beneficio asperitatem suam contra debitorem exercere possent, atque ita fraudem comminisci, faciendo per indirectum quod directò facere non possent *l. sive oportet* 21. §. 1. *infr. de tutor. & curat. dat.* Quod in persona fideiussoris non æquè suspectum est, cùm sit ille amicus debitoris, nec nisi vt amici officium impleat, offerat se fideiussorem. Ergo ad fideiussorem lex hæc omnino coarctanda est.

1 ¶ Lucius Titius promisit de fundo suo centum millia modiorum frumēti annua præstare prædiis Gaii Seii. postea Lucius Titius vendidit fundum, additis verbis his. *Quo iure, quaque condicione ea prædia Lucij Titij hodie sunt, veneunt, itaque habebuntur.* quæro an emptor Gaio Seio ad præstationem frumenti fit obnoxius. respondit, emptorem Gaio Seio, secundum eas quæ proponerentur, obligatum non esse.

Ad §. 1. Lucius Titius.

RAT. DVB. Alienatio semper fit cum sua causa *l. alienatio* 67. *supr. hoc tit.* Ergo si quis promiserit de fundo suo centum millia modiorum frumenti annua præstare prædiis Caij Seij, si posteà fundum vendiderit, dicendum videtur obligatum esse emptorem ad eandem præstationem: Ne alioqui absurdum illud sequatur, vt in re vendita melior sit causa emptoris quàm vēditoris, contra *l. inuitus* 156. §. *pen. l. aliud est vendere* 160. §. *absurdum est de reg. iur.* Maximè verò si in venditione adiecerit venditor clausulam illam quæ in hac specie addita proponebatur, *Quo iure quáque condicione ea prædia Lucij Titij hodie sunt, ita veneunt, itaque habebuntur.* Quid enim apertius dici potuit, vt emptor intelligeret eandem obligationem se subiturum? Nam & cum alimenta alicui legata sunt & ea ad fiscum deoluta sint, ex quibus alimenta debebantur, dicimus fiscum ea præstare debere *l. 2. infr. de alim. & cibar. legat.* sicuti inquit ibi Marcianus, *si ad quemlibet successorē transissent.* Sed & cùm transeant onera ista in fructuarium *l. vsufructu* 7. §. *quoniam alias leg. hactenus l. si pendentes* 27. §. *si quid cloacarij supr. de vsufr.* quidni multo magis transibunt in emptorem, qui in proprietate ipsa succedit?

DEC. Obligatio personalis non sequitur singularem successorem *l.* 1. §. *si heres infr. ad SC. Trebell. l. æris alieni* 15. *C. de donat.* Non enim certi loci æs alienum est, sed vniuersarum facultatum *l. si fideicommissum* 50. §. *tractatum supr. de iudic.* quia & absurdum esset diminutionem certi corporis fieri propter pecuniam *l. quod dicitur* 5 *infr. de impens. in reb. dotal. fact.* cùm non recipiat fundus æris alieni diminutionem *l. cogi* 16. §. *inde quæritur ad SC. Trebell.* Nec aliam ob causam dicuntur personales obligationes quàm quòd personam solam afficiant cui primùm adhæserunt. Adeò vt nec transirent in heredem debitoris, quod tamen pauci obseruant, si non id fieret, inductumque esset sola potestate legis duodecim tabularum *l. 1. C. si cert. petat. l. vlt. C. de heredit. action.* Inducta nimirum fictione hereditatis, quæ personam defuncti repræsentat *l. non minùs* 31. §. 1. *infr. de hered. instit. l. hereditas* 34. *de acquir. rer. domin.* vt quicquid fuit in hereditate, quæ iuris nomen est, transferat in heredem *l. 1. §. Scæuola infr. si is qui testam. lib. esse iuss.*

BIU Cujas

eſſ. iuſſ. iunct. l. hereditas 50. *ſupr. de hered. petit.* Ergo in ſucceſſorem ſingularem tranſire non poteſt, qui neque ex lege duodecim tabularum, neque per viam hereditatis, ſed ex proprio ſuo contractu, & ex ſingulari non ex vniuerſali titulo ſuccedit. Atqui obligatio de qua in ſpecie huius legis, tota perſonalis eſt. Obligatur enim perſona ſola Titij non etiam fundus ad præſtationem annuam tot modiorum frumenti. Et quamuis fundi quoque mentio facta, cùm conuenit vt de fundo Titij ea præſtatio fieret, non ideò tamen fundus in eam cauſam obligatus, & affectus dici poteſt, niſi hoc expreſſim additum ſit, vt in *l. Lucius* 12. *infr. de alim. legat.* neque ſeruitus vlla ſiue in rem ſiue in perſonã iure conſtituta videtur, vt Paulus ſcribit in *leg. Caius Seius* 12. *infr. de ann. legat.* ſed potiùs demonſtratum à venditore, vnde ea quantitas frumenti annua ſumi deberet, vt in *l. quidam teſtamento* 96. *in princ. de legat.* 1. *l. Paula Gallinicho* 27. §. *vult. de leg.* 3. Eiuſque rei argumento eſt, quod ſi ex fundo Titiano eiuſque fructibus redigi tanta frumenti quantitas non poſſet, non eo minus tantam quantitatem præſtare Titius venditor deberet: Nec ſi fundus ex ea cauſa obligatus eſſet *d. l. Lucius*. Aliud eſſet ſi ea frumenti quantitas annua promiſſa eſſet ex frumento quod in eo fundo natum foret vt in *l. cùm certus* 5. *de tritic. vin. vel oleo legat. l. ſi debitor* 39. § 1. vbi diximus *ſupr. hoc tit.* Eſt enim hoc caſu concepta obligatio in rem, non in perſonam, & taxationis loco habentur verba illa *quod natum erit*, vt ſcriptum eſt in *d. l. cùm certus*. Quare nec ad rem pertinet, quod ſuprà obiecimus: Onera huiuſmodi in fructuarium quoque tranſire ex *d. l.* 7. §. *quoniam & d. l. ſi pendentes* 27. §. *ſi quid cloacarij ſupr. de vſufr.* Agitur enim iis locis de oneribus fundi realibus & quidem debitis propter commodum, & emolumentum fructuum, quemadmodũ ibi ſcripſimus. Vt proinde mirum non ſit tranſire illa in fructuarium: Itemque in alium quemlibet ſingularem ſucceſſorem. Nam & fundos ipſos qui ſtipendia & tributa debent, ſtipendiarios & tributarios appellamus ex eaque cauſa tacito quodam pignoris iure fiſco eſſe obligatos dicimus *l.* 1. *Cod. in quib. cauſ. pign. vel hypo.* Vt appareat quiſquis fundi poſſeſſor eſt eum & ſtipendia & tributa debere agnoſcere *l. cùm ſponſus* 12. §. *in vectigalibas ſupr. de Public. in rem act. leg. imperatores* 7. *infr. de public. & vectig.* Adeò vt nec ipſi domino liceat ſine cenſu vel reliquis ea prædia diſtrahere. *Tit. C. ſin. cenſ. vel reliq.* Neque obſtant verba illa quæ in huius venditionis lege adpoſita fuiſſe refert Scæuola, *Quo iure quáque condicione ea prædia Lucij Titij hodie ſunt, ita veneunt, itáque habebuntur.* His enim verbis nihil niſi ſeruitutes & onera realia intelligimus de quibus etiam intelligi debet regula *d. l. alienatio* vt ad eum locum ſcripſimus. Iam autem diximus: Eum qui ex certo prædio iubet præſtari certam quantitatem annuam, non ideò videri conſtituere ſeruitutem vllam, ſiue realem, ſiue perſonalem in eo fundo ex *dict. l. Caius Seius* 12. *de ann. legat.* quamuis in eam rem prædium ipſum obligauerit *d. l. Lucius* 12. *de alim. & cibar. legat.* Miror verò Accurſium hîc monere, non exprimi à Scæuola, An fundus hic Titij pro annua præſtatione promiſſa ſit obligatus. An non enim ſatis exprimit non eſſe obligatum, cùm negat tranſire obligationem in emptorẽ? Falſum enim hoc eſſet, ſi fundus obligatus proponeretur: Non quidem vt eo magis perſonali actione conueniri emptor poſſet, ſed vt actione quaſi Seruiana per quam aut fundũ amittere, aut onus præſtationis huius annuæ ſubire cogeretur *l. diſtractis* 14. *& ſeq. C. de pign.* quoniam alienatio non niſi cum ſua cauſa fieri potuiſſet *d. l. alienatio.* Nec magis placet quòd idem Accurſius, vt hanc legem cum ſupradictis conciliet, diſtinguit præſtationes ſpeciales & fauorabiles, cuiuſmodi ſunt, inquit, quæ debentur reipublicæ, aut pro alimentis à cæteris: debuit enim diſtinguere dunta xat onera realia à perſonalibus. Nam nec de quibuſcunque alimentis agitur in *d. §. quoniam*, ſed de alimentis ab ea re relictis in qua alius habebat vſumfructum. Sic enim legendum ibi eſt *vel alimenta ab ea re relicta*, vt ad locum illum docuimus. Ergo de alimentis à re ipſa fructuaria debitis, nec à perſona tantùm. Nos hîc agimus de annua frumenti præſtatione, non à re, quæ vendita eſt, ſed à venditore ipſo debita, quæ proinde in ſingularem fundi ſucceſſorem tranſire non poteſt.

BIU Cujas



DE IN DIEM ADDICTIONE.

TITVLVS II.

1. PAVLVS libro 5. ad Sabinum.

IN diem addictio ita fit. *Ille fundus centum esto tibi emptus, nisi si quis intra Kalendas Ianuarias proximas meliorem condicionem fecerit, quo res à domino abeat.*

Ad l. 1. In diem

EST totus hic Titulus De in diem addictione in Pandectis Florentinis. In vulgari autem editione, De in diem adiectione. Florétina lectio rectior est. Nam vt benè Iacobus Cuiacius docuit, Addicere est auctione cõstituta rem penes eum collocare qui pluris licitus fuerit. Quod & *proïcere* dicitur in *l. si pignora 50. infr. de euict.* Gallis *Estrousser*. Nisi quod proiectio propriè est rerum mobilium, de quibus in ea lege: Addictio autem etiam immobilium. In diem addicere est rem penes emptorem collocare hac lege: Nisi quis intra certum diem cõdicionem meliorem attulerit, de quo agitur in hoc Titulo. Tertium verbum est in hoc tractatu superioribus proximum *abïcere* quod nihil aliud est quàm adiectionem non recipere. Addictio siue purè siue in diem fiat, refertur ad rem venditam. Adiectio autem & abiectio ad precium, nisi quod sicuti melior condicio adferri potest etiam si nihil addatur precio *l. 4. §. vlt. infr.* Ita melius est dicere adiectionem & abiectionem ad meliorem cõditionem potiùs quàm ad precium pertinere. Proponitur autem in hac lege formula addictionis in diem: In qua duo tãtùm sunt de quibus dubitari potest. Primum est, an per huiusmodi formulam contrahatur purè venditio, & resoluatur sub cõdicione, an verò sub cõdicione contrahatur, de quo dicemus ad *l. prox. seq.* Alterum est, quẽ sensum habeant verba illa *quo res à domino abeat*. An scilicet domini appellatione emptor significetur, vt mauult Accursius: An venditor, q alij volũt. Ego autem puto neutrum præcisè significari. Sed prudentes hoc nomine vios esse prudẽtissimè vt siue pura fiat vẽditio, quæ sub cõdicione resoluatur, siue contrahatur ab initio sub condicione denotetur persona quæcunque illa sit siue emptoris siue venditoris, à qua dominium discedere debeat meliore allata condicione. Priore igitur casu emptor significabitur quia interim & donec melior condicio allata sit, dominus est *dict. leg. 4. §. sed & Marcellus infr.* Posteriore autem casu venditor intelligetur, quia ex condicionali venditione dominium ante condicionis euentum transferri non potest. Nec si traditio secuta sit *l. hæc venditio 7. supr. tit. prox. l. si ego 9. §. si res infr de iur. dot.* quia & possessio, quæ per traditionem transfertur sub condicione, transferri non minùs quàm dominium potest *l. qui absenti 38. §. 1. infr. de acquir. poss.*

2. VLPIANVS libro 28. ad Sabinum.

QVoties fundus in diem addicitur: vtrum pura emptio est, sed sub condicione resoluitur, an verò condicionalis sit magis emptio, quæstionis est: & mihi videtur verius: interesse, quid actum sit. Nam si quidem hoc actum est, vt, meliore allata condicione, discedatur: ab emptione erit pura emptio, quæ sub condicione resoluetur: sin autem hoc actum est, vt perficiatur emptio, nisi melior condicio afferatur: erit emptio condicionalis.

Ad l. Quoties 2.

VIx vllam dubitandi rationem recipit huius legis distinctio. Certum enim est, quoties perfectio emptionis suspenditur in id vsque tempus quo verum sit meliorem condicionem intra præstitutum diem allatam non esse, condicionalem esse venditionem, nec priùs dici perfectam, quàm condicio extiterit: Nec enim perficitur condicionalis venditio ante implementum condicionis *l. hæc venditio 7. supr. tit. prox.* puta si cõuenerit vt perficiatur emptio nisi melior condicio allata sit. Condicio enim fit per *nisi* quemadmodum per *Si. cùm ab eo 41. supr. tit. prox.* Quid enim aliud est *nisi* quàm *si non*? Et si Accursius hoc ius refert ad potestatem verbi *perficiatur* quod ait esse extensiuum. Nec enim aliud erit, tametsi conuenerit, vt perfecta sit emptio *nisi*, cùm hæc quoque sit condicionalis & imperfecta, ni cõdicio postea existat. Cùm autem nihil est, quod cõdicionẽ faciat, & suspendat venditionẽ, dicendum est purã & perfectã esse venditionẽ. Multoq; magis si verba cõuentionis talia sint, vt venditionẽ resoluant. Pura si conuenerit, vt non allata meliore condicione discedatur ab emptione, aut res inempta fiat, vt in specie *l. 3. supr. tit prox. & in lege commissoria l. 1. & 2. infr. tit. prox.* Non enim potest inempta fieri res quæ non priùs empta fuerit: Nec rursus discedi ab emptione, quæ priùs contracta non fuerit *l. ab emptione 38. supr. de pact. l. 1. Cod. quand. lic. ab empt. disced.* Inspiciendum tamen semper est quid actum

actum sit, quia vt in cæteris negotiis, ita & multo magis in emptis & venditis inspici oportet ante omnia id quod actum est *l. sed Celsus 6. §. 1. supr. titul. prox. l. semper in stipulationibus 34. de reg. iur.* Quid ergo si neque appareat quid actum sit extra verba contractus neque ex verbis ipsis satis apertè? Finge nihil aliud dictum esse, nisi quòd facta sit vēditio sub pacto addictionis in diem: Non dubito quin pura emptio videri & dici debeat, eamque Iuliani sententiam fuisse quam Alpianus hîc refert, & Paulus latiùs in *l. 2. §. si in diem infr. Pro emptor.* (Vbi parenthesis concludenda est post verbum *attulerit* non post *emptionem.*) non solùm, quia condicionales emptiones sunt minùs fauorabiles tanquam imperfectæ: Sed etiam quia actus quilibet sui natura purus est, non condicionalis. Est enim condicio quid extrinsecum, quæ ideò nunquam nisi ex magna causa suppletur *l. si ita stipulatus 126. §. Chrysogonus in fin. infr. de verb. oblig.* In venditione quæ fit sub lege commissoria non eadem quæstio tractari potest. Habet enim condicionem illam, vt si precium intra præstitutam diem non soluetur, res inempta fiat *d. l. 1. & 2. inf. tit. prox.* Quę postrema verba vt diximus, ostendunt perfectam ergo fuisse emptionē. Illud autem obseruatione dignum est, in quo omnes consentiunt, resolutionem contractus, quæ fit potestate huius pactum addictionis in diem, aut legis commissoriæ, fieri ipso iure si modò per verba directa pactum conceptum sit non per obliqua (sic enim distinguit Bartolus,) ita vt nulla sit necessaria retrotraditio ad reddendum venditori dominium, quæ alioquin necessaria est quotiescũque impleta fuit venditio per traditionem *d. l. ab emptione 58. de pact. d. l. 1. & 2. C. quand. lic. ab empt. disced.* Nos contra scripsimus ad *leg. si quis hac lege 41. supr. de rei vindic.* Dominium scilicet non recurrere ad venditorem sine retrotraditione ex *l. 3. C. de pact. int. empt. & vend.* quamuis ab emptore discedat statim atque resoluta est venditio ipso iure. Ideo autem ipso iure resoluitur, quia cùm pacta huiusmodi adiiciantur, non tantùm in contractu bonæ fidei, sed etiam in traditione rei propriæ, constat in traditionibus rerum quodcunque pactum adhibitum sit id valere *l. in traditionibus 48. supr. de pact.* id est, etiam quod alioqui non valeret *l. pen. Cod depositi. l. venditor 13. supr. Commun. præd. leg. ei fundo 19. iunct. l. quoties 15. supr. de seruit.* Iunge quæ scripsimus *ad d. l. cùm ab eo 41. supr. tit. prox.*

1 ¶ Vbi igitur, secundùm quod distinximus, pura venditio est: Iulianus scribit, hunc, cui res in diem addicta est: & vsucapere posse, [a] & fructus, & accessiones lucrari: [b] & periculum ad eum pertinere, si res interierit.

Ad §. 1. Vbi igitur.

RAT. DVB. Formula addictionis in diem de qua in *l. 1. supr.* non potest conuenire venditioni rei alienæ in illis verbis *quo res à domino abeat*, sed tantùm venditioni rei propriæ. Nec enim à domino abire potest res aliena per venditionem factam à non domino. Ac rursus non potest tractari de vsucapione rei venditæ & traditæ, nisi cùm aliena est. Quandoquidem si venditor dominus fuit, transit dominium in emptorem, nec vsucapio locum habere potest in re iam acquisita *l. claubius 74. supr. tit. prox. l. traditio 20. de acquir. rer. domin. l. in bello 12. §. si quis seruum infr. de captiu. & postlim. l. 4. §. Iana de vsuca.* Ergo in hoc tractatu de in diem addictione, nihil de vsucapione quæri potest. DEC. Res aliena vendi potest *l. rem alienam 28. supr. tit. prox.* nec minùs sub pacto addictionis in diē, quàm sine pacto: Præsertim cùm tractemus de bonæ fidei emptore qui se à domino emere credidit, fortassis etiam vendente bona fide. At qui hoc casu non potest in emptorem transferri dominium quod penes venditorem non fuit. Ergo necessaria est emptori vsucapio ad acquisitionem dominij perinde ac si res sine vllo pacto vendita fuisset. Potrò non potest sequi vsucapio nisi titulus aliquis, & quidem verus ac iustus præcedat. Ob eam igitur causam valde interest scire, an venditio facta sub pacto addictionis in diem pura sit, an conditionalis. Si pura sit, prodest ad vsucapionem si modò concurrant cætera necessaria, id est, possessio cum titulo & bona fides *l. sine possessione 25. l. Celsus 27. infr. de vsucap. l. 2. §. si in diem Pro emptor.* Si verò conditionalis sit, non potest prodesse ad vsucapiendum, quia nec venditio condicionalis venditio est, quousque perfecta sit per implementum condicionis *leg. hæc venditio 7. supr. tit. prox. l. 2. §. si sub condicione infr. Pro emptor.* Titulum enim verum & perfectū esse oportet, vt ex eo transferri possit dominium *l. nunquam nuda 31. infr. de acquir. rer. domin.* ac proinde vt transferatur vsucapiendi causa si venditor dominus nō fuit *d. l. claubius.* Quod enim ius est in acquirendo per venditionem dominio, cùm à domino facta venditio est, idem obtinet in acquirendo iure vsucapiendi quoties venditio facta est à non domino.

a *Et fructus & accessiones lucrari.* RAT. DVB. Fructus acquiruntur iure soli & dominij, non iure seminis *l. qui scit 25. §. 1. infr. de vsur.* At quin etiamsi vēditio purè facta sit siue adiecto pacto addictionis in diem siue nullo adiecto pacto, cùm tamen res aliena vendita est non eo magis transferri dominiū in emptorem potest *d. l. claubius supr. tit. prox. l. traditio 20. infr. de acq. rer. domin.* Non ergo fieri potest, vt emptor hic fructus quos percipit pendente die in quem addictio facta est, lucretur, & suos faciat.

DEC. Bonæ fidei possessor quod ad fructus pertinet penè domini loco est, & eos interim facit suos *l. bonæ fidei 48. eod. titul.* id est, quousque eos vel consumpserit vel vsucceperit. Quibus casibus eos lucratur *l. 4. §. post litem supr. Fin. regund. dict. l. 4. §. Iana infr. de vsucap.* At qui bonæ fidei emptor est quisquis rem emit à non domino quem dominum esse credidit, vendēdique ius habuisse *leg. bonæ fidei 109. de verb. signific.* Ergo quisquis emit sub pacto addictionis in diem ita concepto, vt venditio pura & perfecta dici possit, fructus suos quidem facit omnimodo, lucratur autē siue consumptos, siue vsucaptos. Quòd si velis locum hunc intelligere de fructibus quos emptor non tantùm acquirat sibi, sed etiam lucretur statim citra consumptionem & vsucapionem. Intelligendus erit necessariò Vlpianus de eo emptore qui emerit à vero domino. Hunc enim constat eodem iure fieri dominum fructuum quo fit dominus rei venditæ, & cōsequenter acquirere sibi fructus irreuocabiliter, quod nihil nisi lucrari est. Sed iuxta interpretationem hanc, ratio dubitandi illa erit, quod eo quoque casu quo venditio sub pacto addictionis in diem pura fuerit & perfecta, cùm tamen sit resolubilis ipso iure sub illa con-

BIU Cujas

dicione si melior condicio adferetur, apparet non posse dici emptorem irreuocabiliter dominũ. Ergo nec posse lucrari fructus, id est, eos irreuocabiliter suos facere. Sed decidendi ratio est, quod hic emptor interim verè dominus est *leg. 4. §. sed & Marcellus infr. l. si cui hac lege 41. supr. de rei vindic.* Nec ideo minùs nostrum quid dicere possumus, quòd eius dominium aliquo casu à nobis abire possit *leg. non adeò 66. eod. l. plerumque 205. de reg. iur.* Planè si intra præscriptum diem melior condicio afferatur, certum est restitui eos debere venditori *l. item quod dictum est 6. infr.* quasi nullo iure quæsitos emptori, cùm titulus rediit ad non titulum, & causa ad non causam. Perinde enim est resoluta venditione ipso iure, ac si nulla vnquam præcessisset: quo casu nemo diceret fructus acquiri posse emptori. Quod diuersum est in venditione quæ ita tenuit, vt nunquam fingatur non tenuisse, & à qua postea sic discedit, vt retro traditionem sequi necesse sit, vt in casu *l. ab emptione 58. supr. de pact. l. 1. & 2. C. quand. lic. ab empt. disced.* Quod autem Vlpianus hîc addit *& accessiones* propter partus, additum videtur, si fortè ancilla sub pacto addictionis in diem purè vendita sit, & ante allatam meliorem condicionem medioque tempore peperit. Nempe quia partus appellatione fructuum non continentur, sed causæ potius & accessionum *leg. vetus fuit quæstio 68. supr. de vsufr. l. in pecudum 28. infr. de vsufr.* Ponendum igitur est cum Accursio non fuisse allatam meliorem condicionem. Alioqui neque fructus neque partus emptoris lucro cederent, qui venditori, vt diximus, restituendi essent. Adeoq; tametsi venditor dominus non fuisset. Non enim iure dominij restituuntur, sed iure conuentionis, & venditori non tanquam domino, sed tanquam venditori, vt eos habeat sibi eo iure quo habiturus fuerat si eos ipse percepisset, nec fundum vnquam vendidisset.

b *Et periculum ad eum pertinere.* RAT. DVB. Eadem ratio esse debet periculi & damni quæ commodi & lucri. Ex regula *l. secundum naturam est 10. de regul. iur. l. vnic. §. pro secundo. C. de caduc. tollend.* Atqui dominium rei venditæ sub pacto addictionis in diem eo quoque casu quo pura non condicionalis emptio est, non acquiritur absolutè & irreuocabiliter emptori, cùm ab eo recessurum sit statim atque venditionem ipso iure & sola pacti potestate resolui contigerit, vt diximus ad initium huius legis. Ergo nec periculum ad emptorem pertinere omnino debet, sed ita demùm si tempus præterierit, intra quod melior condicio adferri potuit.

DEC. Statim atque desinit adferri posse melior condicio, dominium ex venditione acquisitũ emptori incipit ad eum irreuocabiliter pertinere, quia nec amplius recurrere ad vẽditorem potest. Atqui perinde verum est desinere adferri posse meliorem condicionem, cùm res vendita periit, quàm si tempus præteriisset intra quod melior adferri condicio potuit, quoniam vt subiicitur in *l. seq.* post interitum rei iam melior. Ergo quemadmodum quo tempore res periit, dominium rei ad emptorem absolutè irreuocabiliter pertinebat, cùm certum esse cœpisset, meliorem condicionem adferri ampliùs non posse, ita & periculum ad eum spectare necesse est vel ex regula ipsa *dicta l. secundum naturam.* Priusenim, est vt melior condicio adferatur, quàm vt emptor desinat esse dominus, quia nec prius resolui tur venditio quàm melior condicio allata sit. Eo igitur instanti quo res perit, verum est eius dominium ad emptorem absolutè pertinere. Quòd si periculum ad emptorem spectat statim atque perfecta venditio est, licèt is nondum per traditionem factus sit dominus, vt toties diximus ex §. *cum autem Instit. de empt. & vendit.* quanto magis ad eum spectare debet cùm per traditionem ex pura venditione secutam dominus effectus est, licèt in eo res fuerit, vt resolui posset venditio ipso iure allata intra constitutum tempus meliore condicione. Nam & illud regulare est, vt vnaquæque res domino suo pereat non alij *l. quæ fortuitis 6. l. pignus in bonis 9. C. de pign. act.* Iunge *l. apud Labeonem 20. §. 1. infr. de præscr. verb.* Nec obstat quod seruus venditus sub lege cõmissoria vel in diem addictus interim auget familiã venditoris, cùm de Falcidia quæritur *l. statuliber. 38. infr. ad l. Falcid.* Id enim fit speciali ratione, quam attulimus ad *l. si quis 41. supr. de rei vindic.* Ergo si condicionalis venditio fuit, aliud dicendum erit vt neque periculum, neque fructus ad emptorem pertineãt, sed ad venditorem. Duplici ratione cõtraria, & quia nondum perfecta venditio est, & quia interim venditor dominus manet *l. vbi autem 4. infr. l. necessario 8. vers. quod si pendente infr. de peric. & commod. rei vendit.* Quid igitur si eo ipso instanti quo res vẽdita perit, melior condicio adferatur? Potest enim hoc fieri *l. vlt. infr. de condic. instit.* Respondet Accursius & rectè, periculum ad vẽditorem hoc casu pertinere, eique non emptori rem perire *arg. l. in illa 8. l. cùm stipulatus 113. in princip. de verb. obl.* Ratio est, quia eo ipso instanti verum est resolui vẽditionem ipso iure & dominium rei venditæ discedere ab emptore, quamuis non ideo statim recurrat ad venditorem sine retrotraditione, vt suprà diximus, & ad *l. si quis hac lege 41. supr. de rei vindic.* Cumque non alia ratione periculum ad emptorẽ spectare possit, quàm aut quia emptor, aut quia dominus est, apparet neutram rationem hoc casu locũ habere. Puto tamen non insubtiliter dici posse, adhibendam distinctionem quibus verbis concepta sit ea condicio sub qua resolui venditio potest. Nam si sic concepta sit *nisi intra calendas proximas melior condicio adferatur*, id obtinet quod modò diximus. Sed si ita *nisi melior condicio allata fuerit*, aliud respondendum videtur, quia verũ erit dicere eo instanti quo seruus venditus moriebatur, non fuisse allatam meliorem, necdum impletam condicionem resoluendæ venditionis, & dominium adhuc penes emptorẽ fuisse. Aliud siquidem est adferri, aliud verò allatam esse. Prior locutio tempus præsens designat, posterior præteritum, duoque diuersa instantia his locutionibus significantur, quorum illud præcedere necesse est, hoc sequi. Et quamuis eo instanti quo seruus moritur, melior condicio adferri possit & adferatur, fieri tamen nequit vt adferatur, & eo instanti, quo seruus moritur, & eo quo iam mortuus sit, cùm formæ rerum omnium fiant in instanti & instans mortis computetur vitæ *d. l. vlt. de condi. instit. l. qui duos 18. §. 1. de manum. testam.* Iam enim mortuus non moritur, sed viuus, & consequenter aliud instans est quo quis moriatur, aliud verò quo iam mortuus sit.

3. PAVLVS libro 5. ad Sabinum.

QVoniam post interitum rei iam nec adferri possit melior condicio.

BIU Cujas

Ad l. Quoniam 3.

RAT. DVB. Melior condicio allata intra diem præstitutum prodest venditori non tantùm ad hoc vt actione ex vendito possit rem venditam recuperare *l. 3. C. de pact. int. empt. & vendit.* sed etiam vt fructus cæteraque accessiones si quæ sint ei restitui debeant, vt diximus in fin. legis præcedentis, *l. item quod dictum est 6. infr. hoc tit.* Ergo quamuis res vendita interierit ante allatam meliorem condicionem, non ideo tamen dicendum est finitam esse addictionem, cùm precij adiectio prodesse adhuc possit propter fructus & alias accessiones. Exemplo eius quod scriptum in *leg. qui restituere 68. supr. de rei vindic.* Si res quæ vindicationis iudicio petebatur restitui amplius non possit, adhuc tamen necessariam esse condemnationem propter fructus cæteraque accessiones.

DEC. Alterius rei quàm eius quæ distracta est, adiectio admitti non debet. Augendum enim est precium quod priùs constitutum fuit. Non autem fuit constitutum nisi rei venditæ. Atqui fundus venditus tantùm fuit, non fundi fructus, qui quâuis emptori acquiruntur, non tamen tanquam vêditi eius lucro cedunt, sed tanquam accessiones rei venditæ siue percepti sint iure dominij, siue propter moram à venditore in tradendo factam & accessionum iure, vt in *l. curabit 5. C. de action. empt.* Ergo propter fructus rei venditæ adiectio admitti nõ debet, vt in *l. prox. §. 1. infr.* Nam nec fructibus precium dictum est, sed rei venditæ, quæ cùm interierit, precium amplius nullum habet, cùm rei peremptæ & quæ non extat nulla esse potest æstimatio *l. in actionibus 5. in fin. supr. de in lit. iur.* Nec rursus fieri, vt augeatur precium, quod nullum est.

4. VLPIANVS libro 28. ad Sabinum.

VBi autem condicionalis venditio est, negat POMPONIVS, vsu capere eum posse: nec fructus ad eum pertinere.

Ad l. Vbi autem 4.

RAT. DVB. Emptio licèt condicionalis, attamen emptio est, adeoque transmittitur in heredem emptoris si fortè emptor pendente condicione decesserit *leg. necessariò 8. §. quòd si pendente infr. de peric. & commod. rei vendit.* vt & cæteri contractus condicionales *l. is cui 42. de oblig. & action.* Ergo parùm interest, an venditio facta sub pacto addictionis in diem pura sit, an condicionalis. Præsertim cùm non magis liceat venditori aut emptori resilire à venditione condicionali, quàm à pura *leg. qui balneum 9. infr. Qui potior in pignor. hab.*

DEC. Condicionalis emptio imperfecta est ante condicionis euentum *l. hæc venditio 7. supr. tit. prox.* ac proinde transferri ex ea dominium non potest, nec si traditio secuta sit, quia traditio nuda est nisi præcedat titulus verus & perfectus *leg. numquam nuda 31. de acquir. rer. domin.* Ergo nec vsucapiendi condicio ex ea transferri potest, quia vsucapio æquè titulum præcedentem & perfectum requirit *l. Celsus 27. infr. de vsucap. l. 2. §. si sub condicione. Pro emptor. l. clauibus 74. supr. tit. prox.* Eadem ratio facit, vt nec fructus sibi acquirere emptor possit, quia fructuum acquisitio perinde atque vsucapio titulum exigit & bonam fidem *l. bonæ fidei 48. de acquir rer. domin. l. bonæ fidei 109 de verb. sign.* Bene igitur Vlpianus itemq; Paulus post Iulianum distinguũt, an venditio facta sub pacto addictionis in diem pura sit, an condicionalis. Quid ergo si condicionalis sit, & condicio defecerit? An vtetur venditor accessione possessionis ex persona emptoris ad cõplendam aut continuandam vsucapionem alienæ rei venditæ? Supponimus enim alienam rem venditam fuisse, quoties de vsucapione tractamus. Itemque traditam fuisse emptori rem quæ vendita est. Alioqui nihil prodesset ad causam dominij quærere, an pura esset emptio an condicionalis. Et respondet Accursius possessionem emptoris venditori prodesse debere ex *leg. Pomponius 13. §. si is qui precario infr. de acquir. poss.* vbi Vlpianus scribit eum qui precario concessit, non posse quidem vti accessione quandiu manet precarium: sed si receperit possessionem rupto precario, ei accedere possessionem eius temporis quo precario possidebatur. Mihi contra videtur. Nam etsi regulare est, vt accessio detur & successori ex persona authoris & authori ex persona successoris *d. l. Pomponius §. præterea l. de acceßionibus 14. & seq. de diuers. tempor. præscrip.* constat tamen non minùs possessionem, quàm dominium sub condicione transferri posse, vt proinde condicione deficiente, licèt traditio facta sit, nulla tamen possessio translata esse intelligatur *l. qui absenti 38. §. 1. de acquir. poss.* Atqui omnis quæstio de possessionis accessione præsupponit acquisitionem possessionis in eius persona, ex qua accessio postulatur. Accessiones enim neque aliis prosunt, neque ex aliorum persona, quàm qui habent propriam possessionem *dict leg. Pomponius § penul. l. vlt. de diuers. tempor. præscript.* Cùm ergo nullam propriam possessionem habeat is, cui in diem addictus est fundus sub condicione, quæ posteà defecerit: An non absurdum est quærere, an venditori danda sit accessio possessionis ex persona emptoris, qui ipse numquam possederit? Nec simile est quod adfert Accursius de eo qui precario concessit, & vti vult accessione ex persona eius qui precario rogauit. Etsi enim is qui concessit non amittit possessionem quam animo retinet, attamen certum est eum quoque qui precario rogauit, nanciscì possessionem saltem corporalem *leg. & habet 15. §. eum qui infr. de precar.* quamuis non absolutè possideat eam rem quam sibi non habet *leg. certè 6. §. is qui eod. tit.* Ideoque nihil absurdi est possessionem qualemcunque eius qui rogauit prodesse illi qui concessit. Illud non inficior quod Accursius fortasse sensit, venditori prodesse debere tempus quo res fuit penes eum qui emit sub pacto condicionali addictionis in diem. Sed dico prodesse venditori non tanquam vtenti accessione possessionis ex persona emptoris, qui deficiente condicione nunquam possedisse intelligitur, sed tanquam ei qui etiam post traditionem sub condicione factam nihilominus perpetuò possedisse retrofingitur, quique proinde nulla accessione indiget ad continuandam vel implendam vsucapionẽ rei venditæ cuius is perpetuus possessor manserit. Denique aliud est non fuisse interruptam possessionem venditoris per possessionẽ emptoris qui nũquam possederit,

BIU Cujas

quod nos dicimus. Aliud verò dicere cum Accursio possessionem emptoris, quę hîc nulla fuit, accedere possessioni venditoris. Quod nos negamus. Nec obstat quod diximus posse venditorem vti accessione ex persona emptoris *d. §. præterea*. Id enim locum habet cùm emptor verè possedit, puta si emerit sub pacto de retrouendendo vt in *l. 2. C. de pact. int. empt.* Nos eum casum tractamus quo emptor nunquam possederit, non translata scilicet in eum possessione nisi sub condicione quæ defecerit. Alia causa est redhibitionis de qua *in d. §. præterea*. Etsi enim redhibitio venditionis resolutio est vt lex ait, non facit tamen redhibitio, vt emptor nunquam possedisse videatur, quia nec fit nisi per redditionem & retro traditionem *leg. redhibere 21. infr. de adilit. edict.*

1 ¶ Idem Iulianus libro quinto decimo quærit. Si res in diem addicta interciderit, vel ancilla decesserit: an partus, vel fructus eius nomine, adiectio admitti possit. & negat, admittendam adiectionem: quia alterius rei, quàm eius, quæ distracta est, non solet adiectio admitti.

Ad §. 1. Idem Iulianus.

RATIONES DVB. & DEC. quæ ad hũc §. adferri possunt, iam attulimus ad *l. prox. supr.* Ideò enim videbatur, etiam postquàm res in diem addicta interciderit, vel ancilla decesserit, admitti tamen debere adiectionem propter fructus & partus quod allata melior condicio faciat, vt fructus rei venditæ restituendi sint venditori, perinde atque res ipsa vendita. Itemque quòd pluribus rebus vẽditis sub eodem pacto addictionis in diem, etiamsi vna perierit, alterius tamen quæ supersit nomine adiectio fieri potest, dummodò preciũ totum augeatur, vt scriptum est in *§. prox. seq.* Quidni ergo venditâ ancillâ, & ea mortua partu superstite liceat meliorem adferre condicionem, dummodò partus pluris æstimetur, quàm quanti vendita ancilla fuerat?

DEC. Alterius rei quàm eius quæ distracta est, adiectio admitti neque potest, neque debet, quia pactum addictionis in diem sicut in venditione fit ita non nisi de re ipsa vendita. Atqui ponimus ancillam solam fuisse venditam, non etiam partum ex ancilla apud emptorem & medio tempore editum. Ergo post mortem ancillæ venditæ, propter partum admitti adiectio non debet. Nec quod ipse quoque partus si melior condicio allata esset restitui venditori deberet, ad rem facit. Restitueretur enim non quasi venditus, sed quia ex venditione, quæ resoluta ipso iure fuisset, nullum commodum penes emptorem manere oporteret, nec quasi venditus, sed quasi accessio rei venditæ. Minùs obstat quod attulimus de duabus rebus venditis, quarũ si vna perempta sit pro altera quæ supersit, adiectio admitti potest. Is enim casus longè diuersus est ab eo quẽ tractamus, vt mox dicemus.

2 ¶ Idem Iulianus eodem libro scribit. Si ex duobus seruis viginti venditis, & in diem addictis, alter decesserit: deinde vnius nomine, qui supersit, emptor extiterit, qui supra viginti promitteret, an discedatur à priore contractu? & ait: dissimilem esse hanc speciem partus speciei. & ideo hic discedi à priore emptione, & ad secundam perueniri.

Ad §. 2. Idem Iulianus.

RAT. DVB. Post interitum rei venditæ melior condicio adferri amplius non potest, quamuis ex ea re supersit aliquid quod allata meliore condicione venditori restitui oporteret *§. prox. supr.* Ergo si ex duobus seruis viginti venditis alter decesserit, deinde vnius nomine qui supersit, emptor extiterit, qui supra viginti promiserit, dicendum est non esse admittendam adiectionem. Quomodo enim potest augeri precium hominis iam mortui? *l. prox. supr.*

DEC. Multum interest an supersit aliquid ex venditione, an verò ex re vendita. Priore casu admittitur auctio & adiectio, vt in specie huius §. quia id quod supersit fuit æquè principaliter venditum. Posteriore casu non item, quia quod supersit non fuit principaliter venditum nec precium ei vllum constitutum. Licet acquiratur emptori occasione potius quam iure venditionis. Quandiu supersit aliquid, quod principaliter venditum fuit, tamdiu supersit venditio, & ius adiiciendi ad precium, dummodo totum venditionis precium augeatur quod fuerat constitutum vtrique seruo vendito, & ei qui periit, & ei qui supersit. Nam si duo serui digni decem singuli venditi sint vno precio viginti, & vno mortuo velit alterius precium augere emptor vsque ad quindecim, non admittetur adiectio, quia totum precium totius venditionis augeri oportet, non partem precij quia indiuisibile est *l. fistulas 78. §. penul. supr. tit. prox.* facitque maximè indiuisam causam emptionis *leg. cùm ex causa 139. de verb. oblig. l. Iulianus 13. §. offerri de action. empt.* Est igitur dissimilis hæc species superiori de partu, qui vendita ancilla non idcirco venditus intelligitur, sed accessionis tantùm iure acquiritur emptori, vt diximus.

3 ¶ Sed & Marcellus libro quinto digestorum scribit. pur è vendito, & in diem addicto fundo, si melior condicio allata sit, rem pignori esse desinere, si emptor eum fundũ pignori dedisset. [a] ex quo colligitur, quod emptor medio tempore dominus est. alioquin nec pignus teneret.

Ad §. 1.

Ad §. 3. Sed & Marcellus.

RAT. DUB. Pignus & hypotheca suas habet leges & conditiones, si debitum solutum fuerit, vel aliter eo nomine satisfactum *l. si rem alienam 9. §. omnis pecunia supr. de pignor. act. l grege 13. §. etiam infr. de pignor. l. debitor 59. inf. ad SC. Treb. l. pen. §. 1. inf. de except. rei iudic.* Adeò vt etiam post sublatam & extinctam confusione, aut quo alio modo personalem obligationem, pignus tamen duret *d. l. debitor l. 2. Cod. de luit. pign.* Ergo si purè vendito, & in diem addicto fundo quem interim emptor pignori dederit, etiàsi postea melior conditio allata sit, non ideò pignus esse desinet, cùm verum sit, neque solutum debitum, neque aliter eo nomine satisfactum fuisse.

DEC. Vetus brocardicum est & verum, resoluto iure datoris resolui ius acceptoris, scilicet cùm resolutio fit ex causa anteriore, & quæ dationem præcesserit *l. lex vectigali fundo 31. inf. de pigno. l. 3. infr. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit.* At qui ius venditoris, qui rem suam vendidit sub pacto addictionis in diem est anterius iure pignoris quod ab emptore creditori datum, & traditum est. Ergo allata intra diem meliore condicione, atque ita resoluta venditione pignus ab emptore datum finiri, & resolui necesse est, cùm ipsius emptoris ius resolutum sit, ne alioqui plus iuris habere videatur emptoris creditor ex persona sui debitoris quàm emptor ipse idemque debitor contra iuris regulam *l. nemo plus iuris 51. de reg. iur. l. peto 69. §. prædium de legat. 2. l. voluntate 10. infrà quib. mod. pign. vel hypoth. soluit.* Aliud est si resolutionis venditio non ipso iure fiat, sed facto aliquo hominis, & retrotraditione interueniente, vt cùm seruus pignori datus redhibetur *l. bouem 46. § pignus manebit. iunct. l. redhibere 21. in princ. inf. de ædilit. edict.* Præter id quod resolutio venditionis, quæ fit per redhibitionem, fit ex emptoris voluntate, sicut & ad ipsius vtilitatem. Ideoque non debet esse in potestate ipsius, vt arbitrio suo & propria voluntate dissoluat pignus, quod ipse legitimè in re sua constituerit *l. si debitor 4. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit.* cùm nemini permittendum sit, vt facto suo propriam obligationem dissoluat *l. si seruum 91. §. nunc videamus infr. de verb. oblig.* At resolutio quæ fit potestate pacti addictionis in diem, aut legis commissoriæ fit ipso iure, nulloque intercedente hominis facto, neque ex voluntate emptoris, sed inuito eo, si modò venditor velit *l. 2. infr. tit. prox.* Non tamen statim consequens est, quod Accursius ex eo infert, ex huiusmodi pactis solis transferri dominium ipso iure, ex *l. si quis hac lege 41. sup. de rei vindic.* Aliud enim est resolui venditionem, ex qua per subsecutam traditionem dominium translatū fuerat in emptorē, quod fateor fieri ipso iure, aliud verò recurrere dominium ad venditorem, quod certè non fit ipso iure, nec fieri potest citra retrotraditionem petendam actione ex vendito *l. 3. C. de pact. int. empt. & vendit.* vbi negari non potest, quin tractetur de venditione facta sub lege commissoria, id est, in casum totius precij non soluti. Quid enim refert hac parte, an totum precium soluendum sit, an reliquum duntaxat precij? Quāuis Accursius repugnet. Alioqui post resolutam venditionem danda esset venditori vindicatio, quod tamen non ita est *d. l. si quis hac*, nisi precariam duntaxat possessionem venditor emptori tradidit, vt in *d. l. 3.* quia scilicet is, qui precario concessit adhuc possidere intelligitur magis quàm is, qui precario rogauit *l. certè 6. §. is qui l. & habet 15. §. eum qui infr. de precar.* Ideoque precaria possessio, licet sit iusta, non est tamen medium habile ad transferēdum dominium, nec si titulus habilis, vt venditionis, aut alius quilibet præcedat. Quomodo ea, quæ per traditionem verè transfertur in emptorē, ita vt venditor qui antea possidebat, possidere desinat, de qua in *l. traditio 20. in fin. inf. de acq. rer. domin. l. per procuratorem 8. C. de acqu. poss.* Proinde nihil est quod impediat, quominus venditor, qui sub pacto addictionis in diem, aut sub lege commissoria vendidit, & possessionem tradidit, sed nonnisi precariam vindicādę rei ius habeat, cùm & dominus sit, & vindicatione conueniri possit quisquis rem alienam corporaliter detinet, quamuis eam non verè possideat *l. officium 9 sup. de rei vindic.* Nec quod pignus ab emptore constitutum finiatur per resolutionem venditionis, ad rem pertinet. Vt enim finiatur, sufficit dominiū in ea causa cōstitui, vt nunquam emptoris fuisse videatur, non illud etiam necesse est, vt recurrat ad venditorem. In proposito autem, etsi negamus posse dominium ad venditorem recurrere citra retrotraditionem, non tamen negamus discedere dominiū ab emptore sola potestate resolutionis contractus, per quam fit, vt traditio, quæ prius facta fuerat ex iusta causa, & ex præcedente titulo emptionis efficiatur nuda, & ita inhabilis ad transferendum dominium *l. nunquam nuda 31. de acqu. rer. domin.* quod tamen necesse est eius fuisse, qui pignus constituit *l. & quæ nondum 15. §. quod dicitur infr. de pign. l. cùm res 5. C. si alien. res pign. dat. sit.* quamuis dici soleat intentionem pignoris, vbi semel rectè constitutum est, nihil habere commune cum quæstione dominij *l. 1. §. cùm prædium de pignor. l. iusto 44. §. non mutat. de vsucap.* Hincque peti potest ratio alia dubitandi ad id, quod scribit hic Vlpianus ex Marcello pignus esse desinere, quod medio tempore constitutum fuit ab emptore, si quandocunque postea melior condicio adferatur. Nam cum causa pignoris nihil commune habeat cum causa dominij, non videtur bona consecutio, vt pignus ab emptore constitutum finiri debeat, quia emptor dominium amiserit, alioqui & vsucapio, & alienatio pignoris à domino facta pignus extingueret, quia dominium mutaret: quod tamen non ita est *d. §. cùm prædium d. §. non mutat. l. vsucapio 7. C. de pign.* Sed decidendi ratio est, quod causa pignoris ab initio constituendi pendeat à causa dominij. Adeò vt non aliter valere possit pignus, quàm si ab eo constitutum sit, qui tum dominus fuisse probetur, aut saltem in bonis rem habuisse *d. §. quod dicitur & d. l. cùm res.* Nihil autem refert, an pignus constitutum sit à non domino, an ab eo, qui dominus quidem fuerit, sed tamen nunquam dominus fuisse intelligatur, propter venditionis resolutionem, quæ tollit intellectum translationis dominij præcedentis.

a *Ex quo colligitur quod medio tempore.* Mihi versiculus hic suspectus est, non quia falsi aliquid contineat, aut quod mala sit illatio, sed quia non satis digna subtilitate Vlpiani. Nec enim quisquam ex ptudentibus vnquam dubitauit, quin facta venditione sub pacto addictionis in diem, aut sub lege commissoria dominium rei venditæ in emptorem transeat quoties pura & perfecta venditio est, non autem condicionalis, & imperfecta. Nec proinde quin pignus eo casu ab eo cōstitutum teneat

BIU Cujas

quandiu durat ius emptoris. Sed dubitari de eo tantùm poterat, an resoluta venditionem per euentum conditionis, sub qua resolui eam placuit, desinat esse pignus, & ipso iure intercidat, quod Vlpian⁹ ex Marcello in hoc §. scribit. Simile quid obseruauimus in *l. si pignore* 22. §. *si prædo supr. de pignor. act. & in l. debitor* 59. *ad SC. Treb.* Quid ergo si quis rē suam vendiderit sub pacto De retrouendendo, & emptor factus per traditionem dominus eam rem creditori obligauerit, postea venditori suo retrouendiderit? an pignus ipso iure extinguetur? Ita putat Bartolus, ratione illa, quòd hæc retrouenditio fiat ex necessitate pacti adhibiti in priore venditione, in quo errat, meo iudicio. Etsi enim obligatus fuit emptor, vt retrouenderet, ac proinde vt retrotraderet venditori, non fuit tamen obligatio illa præcisa, vt neque illa, qua tenetur venditor emptori ad rem tradēdam, sed causatiua & quodammodo condicionalis, nisi malit, aut venditor emptori, aut emptor venditori præstare quanti eius interest, ob rem non traditam *l. contractus* 17. *Cod. de fid. instrum. iunct. l. 1. infr. de act. empt. l. si traditio* 4. *Cod. eod.* Et consequenter dominium quod per traditionem à venditore factam translatum fuerat in emptorem nunquam ex necessitate recurrit ad vēditorem, licet res venditori retrotradatur ab emptore ex necessitate, vt vult Bartolus pacti de retrouendendo, sed semper ex voluntate emptoris, qui vtique mauult rem retrotradere quàm præstare in pecunia quanti eo nomine venditoris interesset, si res ei non retrotraderetur, quemadmodum & cùm res vendita & tradita retrotraditur venditori læso vltra dimidiam iusti precij ex beneficio *legis* 2. *C. de rescind. vendit.* fatetur Bartolus non fieri retrotraditionem ex mera & præcisa necessitate, sed ex voluntate emptoris, cui nimirum liceret, si vellet supplere iustum precium, atque ita retrotradendæ ac restituendæ rei necessitatem effugere *d. l. 2. l. si voluntate* 8. *eod. tit.* Ergo sicuti fatetur Bartolus, pignus, si quod contractum sit ab emptore, qui venditorem vltra dimidiam iusti precij citra fraudem deceperit, nō finiri, etiam si malit emptor rem venditam reddere quàm iustum precium supplere, quoniam ea redditio voluntaria fuerit non necessaria. Ita fatendum est, nec eo casu finiri pignus, quo res vendita redeat ad venditorem ex pacto de retrouendendo, quia neque hæc retrouenditio magis quàm illa fit ex necessitate, sed vtraque ex voluntate. At non etiam illa, de qua in hoc §. tractatur, quæ fit potestate pacti addictionis in diem, aut legis commissoriæ. Resoluitur enim ipso iure venditio per euentum condicionis resoluentis, & quamuis non ideò recurrat dominium ad venditorem, discedit tamen ab emptore, nulla etiam secuta retrotraditione, quia non potest emptor remanere dominus sine titulo, licèt maneat possessor. Dominium porrò emptoris cùm finitur resoluta venditione, pignus quoque quod ab emptore constitutum fuerat, finiri necesse est, aut potius extingui, quasi nunquam contractum, quippe cuius contrahendi & constituendi causa iusta à iure & dominio constituentis pēdeat. Non enim propriè finiri dicitur id, quod initium nunquam habuit *l. si in diem* 46. *de cond. & demonstr.* Reuera tamen pignus ab emptore constitutum tenuit, ideoque finiri etiam potuit. Sed tamen quia in eam causam incidit, vt numquam contractum pignus fuisse videatur, rectiùs quis dixerit meo iudicio non tam finitum quàm extinctum esse ac resolutū hoc pignus per venditionis resolutionem, quæ ita fit ipso iure, vt neque venditio facta esse, neque pignus rectè & à domino vnquam constitutum fuisse intelligatur. Iunge quæ scripsimus in *Chiliade De error. pragmat. Decad* 95. *& 96. & ad l. 2. supr. & ad d. l. si quis* 41. *supra de rei vindic.* vbi respondimus ad id quod Accursius hîc obicit ex *l. statuliber* 38. *infr. ad leg. Falcid.* quæ ait seruum venditum, etiam sub pacto addictionis in diem computari interim in familia venditoris, non emptoris. Id enim speciali quodam iure obtinet, cùm tractatur de lege Falcidia, quia in eo tractatu, non tam inspicitur præcisè, cuius sit dominium serui, quàm cuius patrimonij æstimationem augeat, vt sciatur, an testator in legando legis Falcidiæ modum excesserit. Certum autem est seruū hunc, qui sub pacto addictionis in diem venditus est, augere patrimonium venditoris, quia siue melior condicio adferetur, reddendus ei erit ab emptore: sin secus, habebit venditor serui precium, quod sufficit ad ponendam rationem legis Falcidiæ. Semper enim perueniendum est ad æstimationem bonorum, licèt in bonis, quæ non sunt vendita, æstimatio facienda sit secundum præsens & verum precium, non secundum formale, id est, quod conuentum fuit *l. in lege* 62. *§. 1. cod. tit.*

4 ¶ Idem Iulianus libro octogesimo octauo Digestorum scripsit, eum, qui emit fundū in diem addictū: interdicto *Quod vi aut clam* vti posse. nam hoc interdictum ei competit, cuius interest, opus non esse factum. Fundo autem (inquit) in diem addicto: & commodum, & incommodum omne ad emptorem pertinet, antequam venditio transferatur. & ideò, si quid tunc, vi aut clam factum est: quamuis melior condicio allata fuerit, ipse vtile interdictum habebit: sed eam actionem, sicut fructus, inquit, quos percepit, venditi iudicio præstaturum.

Ad §. Idem Iulianus 4.

RAT. DVB. Fundus venditus, & in diem addictus computatur in bonis & familia venditoris, non emptoris, vt proximè diximus ex *l. statuliber* 38. *infr. ad leg. Falcid.* Ergo si quid in eo fundo vi aut clam factum sit, dandum est interdictum venditori, non emptori.

DEC. Interdictum quod vi aut clam ei competit, cuius interest opus factum non esse. Atqui emptoris interest, magis quàm venditoris pendente die addictionis, quia medio illo tempore dominus est §. *prox. supr.* Nec quod dominium ab eo possit discedere, si melior conditio adferetur, facere potest, vt eò minùs sit ille interim dominus

l. non

BIU Cujas

l. non ideò 66. supr. de rei vindic. Tractamus enim de venditione pura, non de condicionali. Ergo cùm & commodum & incommodum omne, adeoque periculum interim ad emptorem pertineat, consequens omnino est, vt interdictum quoque ad eum pertineat, sed ita tamen, vt allata quandocunque meliore condicione, sicuti fundus reddendus est venditori cum fructibus, sicuti scriptum est initio huius legis, & in *leg. item quod dictum 6. infr.* Ita & emolumentum quod emptor ex interdicto perceperit venditori, totum restituatur *l. is qui in puteum 11. §. si fundus infr. quod vi aut clam*, vbi eadem Iuliani sententia ab eodem Vlpiano proponitur. Ex quo intelligimus, quod hîc & in *d. §. si fundus*, scriptum est habiturum emptorem vtile interdictum non sic accipi debere, quasi directum non competat (quidni enim competeret vero domino?) sed vtile dixisse Iulianum & Vlpianum pro efficaci & profuturo, vt & Accursius noster interpretatur, nisi dicamus, quod malo, directum non posse emptori competere, quia licèt interim sit verè dominus, potest tamen accidere, vt retrofingatur nunquam fuisse dominus, nec proinde quicquam eius interfuisse, quod vi aut clã opus factum sit. Allata scilicet intra diem meliore conditione. Sed tamen, quia interim dominus est, & fieri potest, vt nunquam desinat eius interesse, scilicet si melior condicio nulla adferetur, accommodamus ei vtile interdictum, vt iuris ratio minùs offendatur, cùm effectu nihil distet vtile à directo *l. actio 47. supr. de negot. gest.* Et ita omnino sentiendum est.

5 ¶ Cùm igitur tunc recedatur ab emptione, vbi purè contrahitur, vel tunc non impleatur, vbi sub conditione fit, cùm melior conditio sit allata: si falsus emptor subiectus sit, eleganter scribit Sabinus, priori rem esse emptam: quia non videatur melior conditio allata esse, non existente vero emptore, sed & si existat alius emptor, meliorem tamen condicionem non adferat: æquè dicendum erit, perinde haberi, ac si non existeret.

Ad §. 5. Cùm igitur.

RAT. DUB. Condiciones omnes sunt facti, & ideò sufficit, vt facto impleantur *leg. qui heredi 44. l. Mævius 56. inf. de condic. & demonstr. l. heredibus 77. §. 1. ad SC. Trebell.* Atqui conditio sub qua resoluitur venditio facta sub pacto addictionis in diem illa est, *Si intra eum diem melior conditio adferatur*, scilicet cùm puta venditio fuit, aut si conditionalis, illa conditio est, *Nisi melior conditio intra eum diem adferetur l. 2. supr.* Ergo ad implendam conditionem, siue venditionis, siue resolutionis, sufficit allatam esse de facto meliorem cõdicionem, nec illud præterea quærendum est, an verus emptor fuerit is qui meliorem condicionem attulit, an subiectus & simulatus. DEC. Simulata pro infectis haberi debent, quia falsa sunt *l. si ex pretio 6. C. si cert. pet.* Ergo nec ad implendam condicionem, simulatio aut falsitas prodesse quicquam potest, sicut nec naturaliter quid fieri, nisi quod vere fiat. Vnde est quod prudentes nostri naturaliter fieri dicunt ea quæ venera fiunt, vt cùm dicunt naturaliter aperiri tabulas testamenti *l. 3. §. aperire infr. de SC. Silan.* & licere in emptionibus, & vendicionibus naturaliter se decipere *l. in causæ 16. §. idem Pomponius supr. de minor. l. item si precio 22. §. 1. locat.* Semperq; plus valere debet quod agitur, quàm quod simulatè concipitur *tot. tit. Cod. plus valer. quod agit. quàm quod simul concip.* Maximè verò in emptis & vẽditis, in quibus inspiciendum est quid actum magis quàm quid dictum sit *l. sed Celsus 6. §. 1. supr. hoc tit.* ac potissimũ id quod est ex bona fide, cùm sit contractus bonæ fidei *l. 1. §. vlt. supr. tit. prox. l. ex empto 11. §. vltim. l. bona fides 50. infr. de act. empt.* Porrò nemo dixerit, id actum fuisse inter contrahentes, vt conditio supradicta in falso & supposito emptore impleri posset, aut ex bona fide esse, vt quod verè fieri debet, fiat simulatè. Ergo de vero, non de falso emptore intelligi condicio debet. Nam & in condicionibus omnibus, maximè spectandum est quid actum sit *l. in condicionibus 19. de condic. & demonstr.* Nec quicquam esset faciliùs, quàm emptori fraudem facere subiiciendo falsum emptorem, qui meliorem adferret condicionem, vt vel resolueretur venditio, vel non perficeretur. Idem igitur est, si verus quidem adiecerit secundus emptor, sed non verè, puta si simulauerit venditor allatam meliorem condicionem ab emptore, qui tamẽ non plus obtulerit, sed vel minus, vel tantumdem. Non enim sufficit veram esse secundum emptorem, nisi & verum sit secundæ venditionis precium, & æquè contra bonam fidem esset admittere simulatum precium in fraudem primi emptoris, atque simulatam admittere precij adiectionem. Nam & quæ simulata est *l. si venditor 14. in princ. infr.*

6 ¶ Melior autem condicio adferri videtur, si pretio sit additum. sed & si nihil pretio addatur, solutio tamen offeratur facilior precij, vel maturior: melior condicio adferri videtur. præterea, si locus opportunior soluẽdo pretio dicatur, æquè melior conditio allata videtur: & ita Pomponius libro nono ex Sabino scribit: idem ait, & si persona idoneior accedat ad emptionem, æquè videri meliorem conditionem allatã esse. proinde si quis accedat eiusdem pretij emptor, sed qui leuioribus emat condicionibus, vel qui satisdationem nullam exigat: melior conditio allata esse videbitur. ergo idem erit probandum: & si viliori pretio emere sit paratus: ea tamen remittat, quæ venditori grauia erant in priore emptione.

BIU Cujas

5. POMPONIVS libro 6. ad Sabinum.

QVicquid enim ad vtilitatem venditoris pertinet, pro meliore condicione haberi debet.

Ad §.6. Melior, & ad l. Quicquid 5.

RAT. DVB. Adiectionis nomen videtur ostendere adiiciendum aliquid esse precio, vt melior conditio allata videatur. Ergo si nihil precio addatur, quamuis solutio precij offeratur, aut facilior, aut maturior, aut secundus emptor idoneior, aut qui vilioribus emat conditionibus, non potest videri melior allata conditio, multò minùs, si nonnisi viliori precio emere sit paratus, quamuis ea remittat, quæ emptori grauia erant in priore emptione.

DEC. Quicquid ad vtilitatem venditoris pertinet, pro meliore conditione haberi debet, vt ex Pomponio scriptum est in *l. prox. seq.* Atqui ad venditoris vtilitatem pertinet, non solùm, si prioris venditionis precio aliquid addatur, sed etiam si maturior, vel facilior solutio offeratur, aut opportuniore loco, quia plus solui uetiam tempore & loco §. *plus autem inst. de action. l. eum qui* 15. *alias l. Iauolenus infr. de ann. legat. l.* 2. §. *vlt. l.* 3. *l. centum* 8. *& pass. de eo quod cert. loc.* Itemque si emptor idoneior accedat ad secundam emptionem. Idoneior enim & locupletior æstimatur etiam ex conueniendi facilitate *l.* 1. *supr. qui satisd. cogant. l. si quis stipulatus* 112. §. *vlt. de verb. oblig.* Item si quis emat leuioribus conditionibus, puta satisdatione remissa, quam venditor priori emptori præstare ex pacto tenebatur, aut etiam dupli repromissione, ad quam ex natura cõtractus tenetur venditor quilibet, nisi conuenerit, vt simplum duntaxat præstetur *l. pacta conuenta* 72. *supr. tit. prox. l. si dictum* 56. *inf. de euict.* Nec enim datio fideiussoris semper est in expedito *l.* 2. §. *vl. sup. de iudic.* Denique cùm pacta omnia, quæ in ipsa venditione, aut statim & incontinenti apponuntur, faciant partem precij, vt diximus ad *l. qui fundum* 75. *supr. tit. prox. ex l. fundi partem* 79. *eod. l. si sterilis* 21. §. *si tibi infr. de act. empt. l. si venditor* 6. §. 1. *infr. de seru. export.* apparet nihil interesse, an emptor leuioribus & melioribus venditori conditionibus emat, aut ea, quæ venditori grauiora erant, remiserit etiam minuendo precium, an verò precium auxerit. Meritò igitur placuit his modis omnibus meliorem conditionem allatam videri. Et tamen ita concipiendam esse conditionem, *Si melior conditio adferatur*, aut, *nisi melior conditio*, nulla precij facta mentione, ne dubitari possit, quin conditio existat, vel implendæ, vel resoluendæ venditionis, etiamsi precium formale, nullomodo auctum, adeoque interdum, tametsi diminutum proponatur.

6. VLPIANVS libro 28. ad Sabinum.

ITem quod dictum est, fructus interea captos emptorem priorem sequi, totiens verum est, quotiens nullus emptor existit, qui meliorem conditionem adferat: vel falsus existat: si verò exstitit emptor posterior: fructus refundere priorem debere constat, sed venditori. & ita Iulianus libro quadragesimo octauo Digestorum scripsit.

Ad l. Item quod dictum est 6.

RAT. DVB. Fructus acquiruntur iure soli & dominij *l. qui scit* 25. §. 1. *infr. de vsur.* Atquin is, qui emit sub pacto addictionis in diem, cùm venditio non conditionalis, sed pura fuit (qui casus est, quem nos tractamus) emptor fit verè dominus, ergo fructus omnes, quos percipit, lucratur, nec si melior postea conditio adferatur, restituere eos vẽditori debet. Quanuis enim meliore allata conditione venditio resoluatur, & emptor desinat esse dominus, non eò minùs tamen verum est plus iuris eum habere quã habeat bonæ fidei possessor quilibet, qui fructus omnes, quos etiam ex re aliena percipit, suos facit, adeoque lucratur, si eos consumpserit, vel vsuceperit *l.* 4. §. *post litem supr. fin. regund. l.* 4. §. *lana de vsucap.* Non alia vtique ratione, quàm quia quod ad fructus pertinet penè loco domini est *leg. bonæ fidei* 48. *de acq. rer. domin.* cùm tamen reuera, neque dominus sit, neque vnquam fuerit. Fateor resoluta venditione emptorem desinere, vt dixi esse dominum, sed tamen cùm medio tempore dominus reuera fuerit, an non plus iuris habere debet, quàm si bonæ fidei possessor tantùm fuisset? ac tametsi eos fructus, quos medio tempore percepit, non possit vsucapere, quia iam eorum dominus est, nec rem suam vsucapere quisquam potest, an non tamen absurdum fuerit dicere, minus iuris eum ob id habere quod iam sit dominus? *l. in bello* 12. §. *si quis seruum infr. de captiu. & postlim.* Neque verò quod emptor hîc post resolutam venditionem dominus esse desinat, facere potest, vt nec bonæ fidei possessor videri possit. Quomodo enim bonæ fidei possessor non esse potest is, qui emit à domino? *l. si quis cùm sciret* 8. *infr. pro emptor.* Dices resolutionem venditionis facere non solùm, vt emptor dominus esse desinat, sed etiam, vt nec dominus vnquam fuisse existimetur, *l.* 4. §. *sed & Marcellus supr.* Non nego, sed dico non ideò fingi eum nunquam possedisse. Separata enim est causa possessionis à causa dominij & proprietatis *l. naturaliter* 12. §. *nihil commune l. pen. de acq. poss. l.* 2. §. *separata pro empt.* Vnde est, quod suprà diximus etiam resoluta venditione ob allatam meliorem conditionem (dummodò verus, non falsus emptor existat, qui adfert meliorem, nec vlla simulatio interueniat secundum ea, quæ diximus in §. *pen. l.* 4. *supr.*) dominium quidem discedere ab emptore, sed non ideò recurrere ad venditorem sine retrotraditione, quia prior emptor possessor manet, neque contra eum agere poste-

rior

rior emptor potest, aut actione ex vendito, cùm ipse non vendiderit, nisi delegata ei sit actio à venditore *l. vlt. infr. hoc tit.* neque vindicatione, quia nō potest esse dominus ante factam ei traditionem. Semper igitur possessionis causa supereſt propter quam ius habeat emptor retinēdorum fructuum, quos non tantùm iure possessionis bona fide perceperit, sed etiam iure dominij.

Dec. Resoluta venditione, quæ fuerat facta sub pacto addictionis in diem ob allatam ab alio emptore meliorem conditiònem, & subsecuta retrotraditione, res in eum casum deducitur, vt primus emptor, neque dominium, neque iustam possessionem vnquam habuisse retrò fingatur, tametsi ab initio pura venditio fuerit. Re namque inempta facta per resolutionem venditionis nullus titulus supereſt, nulluſque fuisse vnquam intelligitur, sine quo tamen possessor bonæ fidei esse nemo potest *l. bonæ fidei 109. de verb. signific.* Cumque id inter emptorem & venditorem actum esse appareat, in emptis autem & venditis potissimum sequamur id, quod actum est *l. sed Celsus 6. §. 1. supr. tit. prox.* non debet emptor recusare, quominus eos omnes venditori restituat *l. Imperator 16. infr. hoc tit.* etiam consumptos, adeoque vsucaptos, quia licet eos ab initio, & ipsa perceptione suos fecerit iure dominij, sciuit tamen se percipere ex eo titulo, qui poterat reduci ad non titulum, itemque possessio ad non possessionem. Nec enim possessor factus fuisset ex venditione, nisi venditio ea lege facta fuisset, nec proinde vsucapiendi ius, vel causam vllam habuisset. Non potest igitur recusare restitutionem fructuum, quin hocipso se constituat in dolo & mala fide, licèt eos perceperit bona fide, vt in *l. 2. §. circà infr. de doli mal. except.* Intellige tamen fructuum restitutionem fieri deductis impensis, quas eorum colligendorum & querendorum gratia fieri necesse fuit. Nullus enim casus est, qui hoc deductionis genus impediat *l. si à non domino 36. §. vlt. sup. de hered. petit. l. fundus supr. Famil. erciſc.*

1 ¶ Si quis extiterit, qui meliorem condicionem adferat, deinde prior emptor aduersus eum licitatus sit, & penes eum emptorē manserit: dubitari poterit, vtrum fructus ipse habeat, quasi nulla meliore conditione allata: an verò venditoris sint, licèt eadem sit persona, quæ meliorem conditionem attulerit. quod ratio facere videtur. intererit tamen quid acti sit. & ita Pomponius scribit.

Ad §. 1. Si quis extiterit.

Rat. dvb. Cùm primus emptor ille ipse est, qui meliorem condicionem attulit, vtrumque verum est, & fructus, qui ab eo percepti sunt medio tempore, & ante diem addictionis ei acquisitos fuisse iure dominij, & dominium ab eo nunquam abscessisse: cùm venditio prior nunquam resoluta fuerit. Nihil igitur causæ est, cur eos fructus venditori restituere emptor debeat, non magis quàm eos, qui post adiectionem percepti sunt *l. vlt. inf. de iur. fisc. l. Iulianus 13. §. si fructibus infr. de act. empt.* cùm venditor toto illo medio tempore, neque dominus verè fuerit, neque ex postfacto retrofingatur fuisse: quod secus est, cùm à tertio melior conditio allata est, quæ venditionem resoluerit, vt in præcedentibus diximus.

Dec. Quamuis vnus, idemque emptor sit, alia tamen atque alia emptio est. Prior enim durat vsque ad meliorem allatam conditionem, posterior verò à die melioris allatæ conditionis. Prior resoluitur allata meliore conditione ab eodem primo ipso emptore, perinde ac si allata esset ab alio emptore quolibet, nec ideò tamen prior emptor desinit esse possessor, aut dominus, sed mutat sibi titulum & dominij & possessionis, fitque dominus ex posteriore venditione, cùm esset antea ex priore. Nec enim quicquam vetat mutare sibi quem causam possessionis ob nouum titulum superuenientem *l. non solùm 33. §. quod vulgo infr. de acquir poſſeſſ.* Proinde resoluta priore venditione per euentum conditionis resolutiuæ retrofingitur emptor nunquam fuisse dominus ex priore, ac si hodie incipere esse dominus ex posteriote, & consequenter nullam habet causam retinendorum fructuum, quos ex priore percepit, & quos venditori restituere teneretur, si alius meliorem conditionem attulisset, dummodo restituatur ei precium cum vsuris, vt hîc Accursius notat ex *l. illud 29. §. condemnatio infr. de ædilit. edict.* Planè si fructus restituendi essent secundo emptori, posset vtique hic emptor eos retinere, tanquam qui non modò primus, sed etiam secundus emptor esset. Sed cùm restituendi sint venditori, alio emptore existente, quid refert, an idem sit secundus emptor, qui primus, an alius? Vtroque enim casu & eodem instanti res fit inempta ex priore venditione, empta autem ex posteriore, nec fieri potest quin discedatur à prima emptione, & noua emptio contrahatur, cùm prioris precio aliquid additur, quandoquidem substantia emptionis consistit ex precio *l. pacta conuenta 72. sup. tit. prox.* Dices, ita demum fieri nouam venditionē, si aliquid addatur precio rebus omnibus adhuc integris, vt ad Papinianum Paulus notat in *d. l. pacta conuenta*. Hîc autem non esse omnia integra, cùm ponamus ex causa prioris emptionis factam esse traditionem à venditore *l. ab emptione 58. sup. de pact. l. 1. C. quand. lic. ab empt. disced.* Sed respondeo, non facere traditionem, quin integra sint omnia, cùm idē est primus & secundus emptor, cui ex secunda vēditione tradi rem oporteret, si nondum esset ei tradita, vt proinde nulla sit opus retrotraditione ad resoluendam venditionem, multò minùs ad retrò transferendum dominium, quod penes eundem emptorem manere necesse est. Mutata duntaxat causa translationis & retentionis dominij. Est enim hic vnus casus, in quibus nuda voluntate, ac sine traditione transfertur dominium, cùm res vendita reperitur iam penes eum, cui alioquin tradenda esset, dummodo superueniat iustus titulus & iusta causa, ex qua dominium transferri possit *l. qua ratione 9. §. interdum infr. de acquir. rer. domin. §. interdum inſt. de rer. diuiſ.* Rectè tamen monet Vlpianus, & subiicit ex Pomponio multum interesse quid actum sit. Quid enim si actum sit inter venditorem & emptorem, vt etiam allata meliore con-

BIU Cujas

ditione nulli fructus restituerentur venditori, nec vicissim precij vsurę emptori. Valebit vtiq; connectio, siue expressa, siue tacita ex generali regula *l. sẽper in stipulationibus 34. de reg. iur.* quæ locum maximè habet in emptis & venditis *l. sed Celsus 6. §. 1. supr. titul. prox.*

7. PAVLVS libro 5. ad Sabinum.

LIcèt autem venditori, meliore allata condicione, addicere posteriori: [a] nisi prior paratus sit plus adiicere.

Ad l. Licèt 7.

RAT. DVBIT. Nemo potest rem suam duobus vendere, quin hoc ipso incidat in crimen stellionatus, adeoque in crimen falsi *l. qui duobus 21. inf. ad leg. Cornel. de fals.* Ergo non licet ei, qui rem suam vendidit, alij postea vendere, prætextu allatæ melioris condicionis, nec si duplum precium offeratur emptori, quia nõ est ea causa probabilis rescindendæ venditionis *l. non est probabilis 6. C. de rescind. vendit.* cùm in emendo & vendendo liceat contrahentibus naturaliter se decipere *l. in causæ 16. §. idem Pomponius supr. de minor. l. item si precio 22. §. 1. inf. locat.* Sunt enim contractus omnes ab initio quidem voluntatis, sed ex postfacto necessitatis *l. sicut 5. Cod. de oblig. & action.* Tantoque magis obtinere hoc debet, quod liberum est venditori, etiam meliorem oblatam condicionem abiicere *l. Sabinus 9. infr.* Nam imputari ergo ei potest, cur alij vendiderit, cùm nulla necessitatis ratio eum excuset.

DEC. Conuentiones dant legem contractibus, præsertim bonæ fidei *l. 1. §. si conuenit supr. depos. l. in conuentionalibus 52. infr. de verb. oblig.* quia semper æquum est pacta iusta seruari *l. 1. supr. de pact.* Atqui ponimus factam esse priorem venditionem sub pacto addictionis in diem, id est, vt si intra certum diem melior conditio adferatur, liceat eam rem posteriori emptori addicere. Ergo quamuis non cogatur venditor exercere legem venditionis, & posteriorem licitationem admittere, si nolit *d. l. Sabinus iunct. l. 2. infr. tit. prox.* potest tamen si velit, neque vllam in eo videtur facere iniuriam emptori primo, qui ea lege emit, & semel voluit *l. in diem 9. §. 1. infr. de aqua & aquæ pluu. arcend.* Nec proinde quicquã causæ est, cur eo nomine, vel falsi, vel stellionatus crimen admittere videatur. In quod ij tantum incidunt, qui dolo malo id agunt, vt vel primo vel secundo emptori faciant iniuriam *l. & quæ nondum 15. §. qui res suas infr. de pign. l. 3. & pass. de crim. stellion.*

a *Nisi paratus sit plus adiicere prior.* RAT. DVB. Non cogitur venditor adiectionem & meliorem conditionem oblatam admittere, vt proximè diximus ex *d. l. Sabinus 9. infr.* Ergo non eo minùs licet venditori rem venditam addicere posteriori, quòd paratus sit plus adiicere prior.

DEC. Fauorabilior est causa prioris emptoris, quàm posterioris. Perfecta enim fuit emptio prior, non etiam posterior antequam venditor oblatam meliorem conditionem admiserit, siquidem pactum addictionis in diem interponitur ad resoluẽdam ipso iure in suo casu venditionem priorem. At non etiam ad contrahendam ipso iure posteriorem, nec debet esse in potestate vẽditoris facere, vt inuito priore emptore plus offerente resoluatur venditio, quàm placuit resolui non posse, nisi eo casu, quo melior conditio adferretur. Nam nec melior conditio allata videri potest, quandiu paratus est prior emptor adiicere precio posterioris venditionis. Sufficitque quod nonnisi in ipsius venditoris vtilitatem possit ea res cedere contendentibus diuersis emptoribus per calorem licitationis, vt nostri loquuntur, se mutuò vincere, atq; ita meliorem facere venditoris conditionem. Potest igitur venditor posteriorem licitationem abiicere, quamuis meliorem, & primam, licet minus bonam pro meliore habere citra iniuriam posterioris. At non similiter potest habere posteriorem conditionem pro meliore, & prioris licitationem posteriorem abiicere, quia id citra fraudem & iniuriam primi emptoris fieri non posset. Eaque ratio est legis proximè sequentis. Intellige autem, si modò tempus addictionis hoc patiatur, vt licitatio primi emptoris admitti adhuc possit. Alioquin non magis eius admittenda est adiectio quàm alterius cuiuslibet, ne fiat contra legem contractus, quod ex lege ipsa & conuentione proficiscitur. Adeò autem hoc verum est, vt si primus emptor minor sit, qui per alterius adiectionem vinci se passus fuerit, restitui in integrum possit, si modò eius interfit, non solùm quod fortè res pluris sit, sed etiamsi nonnisi ratione adfectionis *l. si in emptione 35. supr. de minor.* vbi scripsimus.

8. IDEM libro 33. ad Edictum.

NEcesse autem habebit venditor, meliore conditione allata, priorem emptorem certiorem facere: vt, si quid alius adiicit, ipse quoque adiicere possit.

Ad l. Necesse 8.

RAT. DVB. Sicut inuitus nemo rem suam vendere cogitur, ita nec alij quàm cui velit *l. in vendentis 13. & seq. C. de contr. empt.* Ergo cùm quis rem suam vendidit sub pacto addictionis in diem, si melior conditio ab alio allata sit, non est cogendus venditor, vt certiorem faciat emptorem de allata ab alio meliore condicione, vt inuitus emptorem eum habeat, si malit alium habere, qui meliorem condicionem attulit. Melior enim conditio illa videri debet, quæ magis placet venditori *l. prox. infr.* Nec est onerandus venditor superuacua adstrictione *arg. l. hæc stipulatio 14. infr. vt in possess. legat.* Esset autem superuacuum certiorem facere emptorem, cui nihil ea certioratio profutura esset inuito venditore.

DEC. In venditionibus, & emptionibus omnia fieri debent ex bona fide, quia bonæ fidei sunt *l. ex empto 11. §. vlt. l. bona fides 50. infr. de act. empt.* Non esse

BIU Cujas

esset autem ex bona fide, si primus emptor dominium rei venditæ iam nactus ex pura venditione & subsecuta traditione, vinceretur ab alio per licitationem eo ignorante factam, ne alioqui deterioris esset conditionis, quàm alius quilibet licitator, qui ignorans vinci nunquam potest. Imò debet esse melioris, cùm iam sit dominus per traditionem ex emptione secutam, vt diximus ad legem præcedentem. Ita vt venditor posteriorem quidem licitationem abiicere possit, sed prioris non possit. Nec probare possum distinctionem Accursij, an conditio his verbis concepta fuerit, *si melior conditio allata erit*, an illis potius, *si alius meliorem conditionem attulerit*, quasi posteriore hoc casu non emptor, sed extranei tantùm ad licitationem admittantur ex *l. qui insulam* 31. §. *vlt. infr. locat.* Etsi enim vtroque casu, nec minus priore quàm posteriore extraneos ad licitationem admitti necesse est, quia licitari contra seipsum nemo potest, expressa tamen extraneorum mentio facere non debet, vt à licitatione summoueatur emptor, ne possit vincere. Quem enim vinceret, nisi extraneum? Nec quicquam simile cum hac specie habet, quod scriptum est in *dict. leg. qui insulam* §. *vltimo*. Si quis vim exceperit, de extraria, non de domestica sensisse illum videri.

9. VLPIANVS libro 28. ad Sabinum.

SAbinus scribit, licere venditori meliorem conditionem oblatam abiicere, sequíque primam quasi meliorem. & ita vtimur. [a] quid tamen si hoc erat nominatim actum, vt liceret emptori resilire, meliore conditione allata? dicendum erit, dissolutam priorem emptionem, etiamsi venditor sequentem non admittat.

Ad l. Sabinus 9.

RAT. DVB. Non fit ex bona fide quod fit aduersus conuentionem, quia semper bona fides legem contractus seruari exposcit *l. venditor* 13. *supr. Commun. præd. l.* 1. §. *si conuenit supr. deposit.* Atqui conuentio illa fuit, vt à priore emptione, quamuis perfecta discederetur, si intra diem conditio melior allata esset. Ergo allata meliore conditione, dicendum est, resolutam esse ipso iure venditionem, adeoque non esse cogendum emptorem stare priori emptioni, si ab ea malit recedere. Non quasi licere ipsi debeat pœnitere: sed quia non sit cogendus stare venditioni, quæ iam ipso iure resoluta sit, nec debeat esse in potestate venditoris, vt prima emptio subsistat inuito emptore, non esse autem in potestate emptoris, vt à venditione resiliat, inuito venditore *argum. l. si vina* 6. *infr. de pericul. & commod. rei vendit.*

DEC. Nemo inuitus iure suo vti cogitur, cùm fauori suo renunciare quilibet possit *l. si iudex* 41. *supr. de minor. l. pen. C. de pact. l.* 2. *infr. tit. prox.* Atqui pactum addictionis in diem, licet resoluat venditionem ipso iure, resoluit tamen, & adiicitur fauore venditoris, non emptoris, sicut & lex commissoria *d. l.* 2. Liberum ergo debet esse venditori, vt quamuis allata sit melior conditio, eam tamen abiiciat, & priorem venditionem, inuito emptore retineat. Non etiam emptori, vt ab ea, inuito venditore, resiliat, quia quod ad emptorem pertinet, non tantum ipsa venditio, sed etiam lex resolutoria venditionis meræ necessitatis est, non voluntatis, quantum verò ad venditorem attinet, ipsa quidem venditio, quoniam pura & perfecta est, necessitatis est, non voluntatis, sed resolutio venditionis, tota est voluntatis, non necessitatis. Neque rursum verba conuentionis huic sententiæ refragantur. Nam & melior conditio illa dici potest, quæ magis placet venditori, dummodo nihil venditor faciat in fraudem primi emptoris, vt in *leg. licet* 7. *supr.* aut alterius tertij, vt in *l. prox. infr. l. si venditor* 14. *hoc. tit.*

a *Quid tamen si hoc erat.* RAT. DVB. Non valet pactio, quæ in alterutrius contrahentium voluntatem & arbitrium confert resolutionem contractus, sicut nec ab initio contractus ipse in voluntatem venditoris, aut emptoris conferri potest *l. in vendentis* 13. *C. de contr. empt. l. sub hac* 8. *infr. de oblig. & action.* Ergo quamuis hoc nominatim actum sit, vt meliore allata conditione, liceat emptori resilire ab emptione, non ideò tamen prior emptio resoluta videri debet, etiam meliore allata conditione, si venditor sequentem adiectionem nolit admittere: cùm pactum addictionis in diem adiiciatur fauore venditoris, non emptoris, vt proximè diximus. DEC. In emptis & venditis maximè id sequendum est, quod actum fuit, quia nihil magis est ex bona fide *l. sed Celsus* 6. §. 1. *supr. tit. prox.* Ergo si nominatim id actum sit, cùm fieret pactum addictionis in diem, vt allata meliore conditione, liceret emptori ab emptione discedere, nihil causæ est, cur non id ipsi licere debeat, postquam melior cõditio allata est, quia cùm non sit in eius potestate, vt ab alio melior conditio adferatur, cùm à casu, & ab alterius voluntate id pendeat, non potest dici pendêre huius venditionis resolutionem ex mera potestate, & arbitrio emptoris. Est enim hæc conditio casualis, non autem ex iis, quas nostri Interpretes potestatiuas vocant in *leg. suus quoque* 4. *infr. de hered. instit.* Prudentes verò longè elegantiùs promiscuas *l. si iam facta* 11. §. 1. *de condic. & demonstr.*

10. IVLIANVS libro 13. Digestorum.

SEd si proponatur à creditore pignus in diem addictum, non potest videri bona fide negotium agi nisi adiectio recipiatur. [a] quid ergo est? si inops emptor, & impediendæ tantummodo venditionis causa interuenit? potest creditor, sine periculo priori emptori adiicere.

BIU Cujas

Ad l. Sed si proponatur 10.

RAT. DVB. Venditio pignoris à creditore facta tantæ potestatis est, etiam ad transferendum dominium, quantę si à domino ipso facta esset, quia licèt creditor pignoratitius, neq; dominus sit, neque esse possit, quandiu pignus durat, vendit tamẽ ex domini voluntate *l. non est nouum 46. infr. de acqu. rer. domin. & tit. inst. quib. alien. lic. vel non in princ. l. qui à creditore 18. C. de distract. pign.* Idcoque potest creditor vendendo pignus addicere id in diem, non minus quàm dominus. Atquin alij venditori cuilibet allatam meliorem condicionem abiicere licet, vt ex Sabino Vlpianus scribit in *l. prox. præced.* Ergo & creditori idem permittendum est.

DEC. Contractus pignoratitius bonæ fidei est, nec circa pignus facere quicquam creditor potest, quod non sit ex bona fide *l. quæ fortuitis 6. C. de pign. act.* Atqui non esset ex bona fide, vt creditor, qui pignus sub pacto addictionis in diem vendidit, oblatam meliorem conditionem abiiceret, quoniam ita faceret deteriorẽ conditionẽ debitoris, cui superfluum pretij restituere tenetur actione pignoratitia, si plus sit in precio, quàm in debito *l. vlt. C. de distract. pignor. l. vlt. C. si vendit. pignor. agat.* Ergo non est ei permittendum, vt adiectionem oblatam non recipiat, quia id non esset ex bona fide.

a *Quid ergo si inops est emptor.* RAT. DVB. Emptor non eo minus debitor est, quod inops sit: cùm difficultas dandi ad incommodum promissoris, non ad impedimentum obligationis pertinet, *l. continuus 137. §. illud de verb. oblig.* Ergo etiamsi secũdus emptor, qui adiicit inops sit, non debet licere creditori adiectionem reiicere, ne iniuriam faciat debitori, cui restituere teneretur superfluum precij pignoratitia actione, vt proximè diximus, & cuius interest, quàm maximo fieri potest precio pignus vendi *l. 3. C. si vendit. pignor. agat.*

DEC. Nulla & inanis est actio quam debitoris excludit inopia *l. nam is 6. supr. de dolo*, cùm potestas actionis in exactione consistat, & vigor iudicati in executione *l. si longis 7. C. de exec. rei iudic.* Ergo non potest videri allata melior condicio, quæ allata est ab inope debitore, & qui non sit soluendo, imò interest debitoris & venditoris cuiuslibet, vt qui ad emptionem posteriori accedit, idoneior sit priori, vt scriptum est in *l. 4. §. vlt. supr.* Nec minus dolo malo & contra bonam fidem facit creditor, qui pignus inopi emptori distrahit, quã qui minore precio *d. l. 3. C. si vendit. pign. agat.* Potest igitur creditor sine periculo pignoratitiæ actionis priori emptori rem addicere, reiecta licitatione posterioris, qui nonnisi venditionis impediẽdæ, & frustrandæ gratia interuenerit. Solent enim huius conditionis homines, qui soluendo non sunt, faciliores esse ad licitationem, quia sciunt eius periculo, nihil esse posse, qui nihil habet, quod perdat, vt ait Vlpianus in *l. itaque 12. infr. de furt.*

II. VLPIANVS libro 28. ad Sabinum.

QVod autem Sabinus scribit, fundum in diem addici rursus non posse, qui semel fuerit in diem addictus: ratione eiusmodi defendit: quia prioris, inquit, emptoris statim fit: scilicet quasi non videatur melior conditio allata, si non securè secũdo emptori fundus addicatur, sed alia licitatio prospicitur. sed Iulianus libro quintodecimo Digestorum scripsit, interesse multum, quid inter contrahentes actum sit: nec impedire quidquam, vel hoc agi, vt sæpius fundus collocetur, dum vel prima, vel secunda, vel tertia adiectione res à venditore discedat.

Ad l. Quod autem Sabinus 11.

RAT. DVB. Pro Sabino illa est, quæ ab Vlpiano relata & à Sabino ipso pro ratione decidendi allata fuit, quòd res vendita sub pacto addictionis in diem fiat irreuocabiliter primi emptoris, statim atque verum est dicere meliorem conditionem intra diem præstitutum allatam non esse *l. 2. supr.* Atqui non potest videri melior allata conditio, si secundo emptori, qui ad enptionem accedit, quasi meliorem conditionem allaturus, res addici non possit securè, vt Sabinus loquebatur, id est, irreuocabiliter, & absque metu, ac periculo resoluendæ venditionis. Quorsum enim melior adfertur conditio, nisi vt dominium quod priori emptori acquisitum quidem fuerat, sed reuocabiliter, posteriori irreuocabiliter, & vt hodie loquimur, incommutabiliter acquiratur? Alioqui nullus erit vendendi finis, & abibit res in infinitum, si primo venditori liceat rem iam vni addictam in diem, alij rursum in diem addicere, & iterum alij. Ergo si prior licitator meliorem quidem in precio, aut in qua alia venditionis circunstantia conditionem attulerit, sed tamen sibi rem addici sub simili pacto addictionis in diem passus sit, dicendum est, quasi nulla meliore allata conditione rem venditam acquisitam fuisse primo emptori irreuocabiliter, ac proinde non fuisse in venditoris potestate, eandem rem alij sub pacto addictionis in diem addicere. Quemadmodum dicimus, eum qui rem suam purè iam venditam alij vendit sub conditione nihil agere posteriore venditione *l. si id quod 7. in princ infr. de rescind. vendit.* Venditio enim, quæ fit sub pacto addictionis in diem, licet sit pura & perfecta, non conditionalis, proximè tamen accedit ad conditionalem, quia resoluitur sub conditione *d. l. 2. supr.*

DEC. Pactum addictionis in diem, ideò interponitur, non vt noua venditio contrahatur purè, & absolutè in fauorem secundi emptoris, sed vt à priore discedatur allata intra diem meliore conditione. Nihil ergo emptoris primi interest, an ei qui meliorem condicionem attulit, res vendita addicatur purè & absolutè, an sub pacto nouo addictionis in diem, dummodo secunda, vel tertia saltem venditione dominium dis-

BIU Cujas

discedat à primo emptore. Cuius certè interest, vt non prius ab eo discedat dominium quàm alteri absolutè acquiratur, ac proinde, vt non possit abire res in infinitum. Ideoque ad tertiam vsque venditionem, tantùm potest admitti pactum hoc addictionis in diem, vt tandem sciri possit, an dominium à primo emptore discesserit, nécne, quia nec priùs discedit quàm alij emptori fuerit irreuocabiliter acquisitum, licet melior conditio intra diem primæ addictionis allata sit. Id enim actum videtur inter contrahentes, vt non prius discederet dominium ab emptore, primò quàm alij purè ac irreuocabiliter acquireretur. Alioqui si ad venditorem dominium recurreret, quod tamen citra retrotraditionem fieri non posse iam diximus, nouam traditionem ab eo fieri necesse esset vltimo emptori, quam tamè à primo emptore fieri satis est, cùm is interim & toto illo medio tempore sit dominus. Idque est, quod significant postrema illa huius legis verba *dum vel prima, vel secunda, vel tertia addictione res à venditore discedat.* Non enim discedit in totum quandiu melior conditio adferri potest, & quousque dominium rei venditæ acquisitum sit pleniſſimo iure, aut primo, aut alij emptori. Et benè Vlpianus de re, quæ à venditore discedat, loquitur, non de dominio, quia per primam addictionē factam ex pura venditione, de qua hîc loquimur, dominium sicut emptori acquiritur, ita discedit à venditore, statim atque traditio facta est, sed non prorsus res ipsa propter spem quam habet venditor, resoluendæ venditionis, & rei recuperandæ. Itaque eodem instanti, & dominium discedit ab emptore, & res vendita, id est, ius quod in ea venditori supereſt, à venditore. Euenit autem hoc casu, vt & in aliis pleriſque, vt ternario numero concludatur negotium ne abeat in infinitum. Vt & in specie *l. si conuenerit 4. supr. de pignor. act. l. ad peremptorium 68. cum seqq. supr. de iudic.* Requirit tamen Vlpianus ex Iuliano, vt inter venditorem & primum emptorem id actum sit, vt res, quæ in diem ei addicta est, rursus alij addici possit. In emptis enim & venditis id sequimur, quod actum est, vt toties diximus ex *l. sed Celsus 6. §. 1. supr. tit. prox.* Ergo si non probetur quid actum sit, sequenda erit Sabini sententia, vt fundus in diem addictus semel rursus alij addici non possit.

1 ¶ Item quod Sabinus ait, si tribus vendentibus, duo posteriori addixerint, vnus non admiserit adiectionem: huius partē priori emptori, duorum posteriori emptam: ita demum verum est, si variis pretiis partes suas distraxerūt.

12. POMPONIVS libro 9. ad Sabinum.

ETsi dispares partes vendentium fuerint.

Ad §. 1. Item quod Sabinus, & l. Etsi 12.

RAT. DVB. Venditionis causa indiuidua est *l. cū ex causa 139. de verb. oblig.* Necenim facilè quisquam credendus est partem esse empturus *l. tutor vrgentibus 47. §. 1. supr. de minor. l. si quis aliam 46. de solut.* Vitandæ scilicet communionis gratia, in quam inuitus nemo incidere cogitur *l. si non sortem 26. §. si centum de cond. indeb.* vt neque inuitus in ea manere *l. vlt. C. commun. diuid.* propter discordias, quas materia communionis excitare solet *l. in re communi 26. supr. Vrban. præd. l. cùm pater 77. §. dulcissimis de legat. 2.* Ergo si tribus eandem rē simul, & pariter vendentibus sub pacto addictionis in diem, duo posteriori emptori eam addixerint, tertius verò non admiserit adiectionem, dicendum est, non posse partem huius priori emptam videri, cæterorum verò partes posteriori, sed totam rem, vel soli priori, vel soli posteriori. Ne alioqui, aut hic, aut illi incidant in communionem.

DEC. Substantia venditionis consistit ex precio *l. pacta conuenta 72. supr. tit. prox.* Ideoque tot sunt emptiones, quot sunt precia, præsertim à pluribus venditoribus constituta. Maximè verò si venditorum partes, quas habēt in re vendita dispares proponantur, quia vix est, vt ea disparitas preciorum quoque non modò pluralitatem, sed etiam diuersitatem inducat: quamuis nihil vetet illo etiam casu, quo partes non sint dispares, precium tamē dispar constitui, quoties varij sunt venditores, cùm pretiū non tam ex re quàm ex negotiatione percipiatur *l. venditor 21. D. de hered. vel act. vend. iunct. l. si voluntate 8. C. de rescind. vend.* Ergo nec quicquam prohibet, quin verum sit, quod Sabinus dicebat in proposita specie vnius ex venditoribus partem addici priori, & reliquas duas posteriori. Secus est, si vno, eodemque precio venditores omnes eam rem vendiderint, vt subiicitur in *l. seq.*

13. VLPIANVS libro 28. ad Sabinum.

QVod si vno pretio vendiderint: dicendum est, totam priori emptam manere: quemadmodum si quis mihi totum fūdum ad diem addixisset, post ea verò pretio adiecto, dimidiam alij addixerit. Celsus quoque libro octauo Digestorum refert, Mucium, Brutum, Labeonem, Sabinum ita existimasse, ipse quoque Celsus idem probat. [a] & adiicit, mirari se, à nemine animaduersum, si prior emptor ita contraxit, vt nisi totum fundum emptum nollet habere, non habere eum eam partem emptam, quam vnus ex sociis posteriori emptori addicere noluit.

Ad l. Quòd si vno 13.

RAT. DVB. Etiam cùm vna res vno precio à pluribus pro indiuiso dominis vendita est, tot tamē videntur esse venditiones, quot sunt vēditores, Sua

BIU Cujas

enim quisq; partem vendit, non alienam, nec rursus singuli rem totam. Non enim ponimus esse plures correos debendi ex causa vēditionis factos, quamuis fieri possent *l.eandem 9.inf.de duob.reis.* Ergo si tribus vendētibus duo posteriori addixerint, tertius verò non admiserit adiectionem, dicēdum est, non totam rem priori emptam manere, sed tertiam duntaxat partem, cùm verum sit pro aliis partibus resolutam esse venditionem meliore condicione allata.

DEC. Diuersitas sola precij illa est, quæ facit aliam atque aliam venditionem, quia emptionis substantia consistit ex precio, vt proximè diximus ex *l.pacta conuenta 70.supr.tit.prox.* Non etiam pluralitas venditorum, adeoque quod magis est, nec pluralitas rerum vno precio simul venditarum *l. cùm plures 72.infr.de euict.* quamuis eo casu tot sint actiones de euictione, quot sunt res, vt ibidem scriptum est. Ergo dicendum est in proposita specie, totam rem priori emptori emptam manere, cùm à priore venditione, quæ vna tantùm, & consequenter indiuidua fuit, recedi pro parte non potuerit. Prior enim perfecta fuit. Posterior verò nulla esse potest, quandiu prior aliqua ex parte tenet, ne inter emptores inuitos cōmunio inducatur. Inde est, quod si quis mihi totum fundum ad diem addixisset, postea verò adiecto precio, dimidium alij addixerit, prior tamē emptio non resoluitur, & tota res nihilominus mihi empta manet, quia & ab initio totam eam mihi emptam habere voluisse, ex ipsa venditione apparet. Idque Vlpianus noster cōprobat, non solùm autoritate Celsi, sed etiam Mucij, Bruti, Labeonis & Sabini, quos Celsus quoque retulit, & probauit, vt intelligamus non carēre rem dubitatione, quamuis inter prudentes veteres non fuerit controuersa.

a *Et adiicit mirari se à nemine animaduersum.* Placet quod Accursius noster notat referendum esse hunc versiculum ad speciem, de qua in *l.quod autem 11.§.vlt.sup.* id est, cùm tribus eandem rem vendentibus, sub pacto addictionis in diem, vnoquoque scilicet suam partem vendente, & quidem diuersis preciis, duo posteriori emptori addixerint, tertius autem noluerit admittere adiectionem, huius tertij partem priori emptam esse, vt quod ibi scriptum est, locum nō habeat, si prior emptor ita contraxerit, vt nisi totum fundum emeret, nollet habere. Etsi enim verum est hoc quoque casu tot videri factas venditiones, quot sunt distincta partiū pretia (quæ ad hunc versic. dubitandi ratio est) non ideò tamen cogendus est prior emptor, vt eam partē sibi emptam inuitus habeat, quā tertius venditor, posteriori addicere noluit (sic enim legendum est, vt in Pand. Florent. non vt apud Accursium *voluit*) cùm ab initio suam voluntatem declarauerit, quòd fundum, nonnisi totum habere emptum vellet, ne dubitari posset, quin vnam duntaxat emptionem, ac proinde indiuiduam contrahere vellet, non plures, soluſq; rem habere non in cōmunione. Quod cùm accidit, nō magis rem emptam quàm emptionem ipsam diuidi oportet *l.si duos 44. l.arboribus 58. supr.tit.prox. l.tutor 47.§.1.supr.de minor. l.ita, vt omnus 36.§.quòd si fundum*, vbi casus proponitur huic persimilis *supr.mandat. l cùm eiusdem 34. l. Aediles 38.§.fiumenta infr.de ædilit.edict. l.si quis aliam 46.infr. de solut.* Neque videtur habere hic casus magnam difficultatem. Vt proinde quod ait Vlpianus à Celso scriptū fuisse mirari se à nemine hoc animaduersum, non tam ad iuris rationem, ac subtilitatem referendum sit, vt illa Caij admiratio, de qua in *l. liberum 9. supr. de relig. & sumpt. funer.* quàm ad incuriam tot prudentum veterum, qui hanc quæstionem tractātes casum hunc prætermiserunt, cùm tamen euenire sæpius posset. Hoc verò, nec Accursius, nec Ioannes quem ille refert perceperunt, quos vtique vulgata & corrupta huius loci lectio fefellit.

1 ¶ Verum est autem, vel vnum ex venditoribus posse meliorem adferre conditionem: emere enim cum tota re etiam nostram partem possumus.

Ad §.1. Verum est autem.

RAT. DVB. Suæ rei emptio non valet *l.suæ rei 16. sup.tit.prox.* quia quod iam meum est, magis meum fieri non potest, vt ibi diximus. Ergo cùm plures eandem rem sub pacto addictionis in diem vendiderunt, siue vno pretio, siue diuersis preciis, fieri nequit, vt vni ex venditoribus licere debeat meliore allata conditione totam rem emere. Meliorem enim condicionem adiicere, nihil nisi emere est. Præsertim verò cùm ita futurum sit, vt eiusdem rei idem sit emptor & venditor, quod tamen fieri nequit, cùm distinctæ debeāt esse personæ emptoris & venditoris *l. 1. infr. de rer.permut. l. pupillus 5.§. item ipse tutor infr. de author.tutor. l. & qui sub imagine 10.C. de distract.pignor.*

DEC. Multa sunt, quæ cum vniuersitate transeunt, quæ tamen seperatim transire & acquiri non possent *l.quædam 62.infr.de acquiren. rer. domin. l.1.de fund.dotal.* Nihil ergo vetat partis dominum cum tota re, quam emit, etiam partem suam emere, cùm non sit totius rei dominus, nec proinde verum sit formaliter id eum emere, cuius dominus est, sicuti nec formaliter tota res pars rei est, nec pars ipsa tota res *l.qui negotia 34.§.vlt. supr. mandat.* Igitur eâdem ratione, nec quicquam prohibebit ex pluribus emptoribus, quibus addictio eiusdem rei facta est, vnum ex iis precium adiicere pro tota re, atque ita facere, vt etiam pro ipsius parte à priore venditione discedatur *l.cùm in diem 18.* vbi dicemus *infr.*

14. PAVLVS libro 5. ad Sabinum.

SI venditor simulauerit meliorem allatam conditionem: cùm minoris, vel etiam tantidem alij venderet: vtrique emptori in solidum erit obligatus. a Sed si emptor alium non idoneum subiecit, eique fundus addictus est: non video, (inquit) quemadmodum priori sit emptus, cùm alia venditio & vera postea subsecuta sit. sed verum est, venditorem deceptum ex vendito actionem habere cum priore emptore, quāti sua interfit, id non esse factū. b per

quam

quam actionem & fructus, quos prior emptor percepit, & quod deterior res culpa, vel dolo malo eius facta sit, recipiet venditor. & ita Labeoni, & Neruæ placet. [c] Sed si neuter subiecit emptorem: maiore autem pretio addictum est prædium ei, qui soluendo non esset: abitum est à priore emptione: quia ea melior intelligitur, quàm venditor comprobauit, cui licuit non addicere.

Ad l. Si venditor 14.

RAT. DVB. Per pactum addictionis in diem fieri nequit, vt duplex emptio eiusdem rei contrahatur. Nam, aut prior resoluitur, & eo casu posterior sola tenet, aut prior durat, nec resoluitur, & tunc posterior nulla est. Nam nec quisquam duobus eandem rem separatim, & diuersis temporibus vendere potest, quin falsi crimen incurrat, nedum stellionatus *l. qui duobus 18. infr. ad leg. Cornel. de falsi.* Ergo nec fieri potest, vt venditor, qui simulauit meliorem esse allatam conditionem, cùm aut minoris, aut tantidem alij eam venderet, vtrique emptori insolidum obligetur, sed vel priori tantùm, vel posteriori soli.

DEC. Etiam is, qui rem alienam vendidit, obligatur emptori actione ex empto in id omne, quod emptoris interest. Nam venditio ipsa valet, quamuis dominium ex ea nullum transferatur, *l. rem alienam 28. supr. tit. prox. l. ex empto 11. §. 1. infr. de action. empt.* Atqui cùm venditor simulat meliorem allatam esse condicionem, quæ reuera non est allata, certum est, non ideò resolui priorem venditionem, cuius scilicet resoluendæ conditio vna illa est, si melior conditio adferetur. Ergo priori emptori obligatum venditorem manere necesse est, cui prius fuit obligatus. Rursum negari non potest, quin posteriori quoque emptori, & quidem insolidum obligetur, cui ponimus eum addixisse rem ante addictam in diem. Neque enim fingimus simulatam esse totam posteriorem venditionem, sed in quantitate duntaxat precij, vt melior condicio, per adiectionem precij allata videretur, quæ tamen allata non erat. Quæ simulatio, cùm non sit in substantia & veritate negotij, sed tantùm in precij quantitate, non facit nudam & imaginariam venditionem, nec falsum emptorem, vt in *l. 4. §. cùm igitur supr.* Emptio enim vera est & emptor verus, & cùm simulata pro infectis haberi debeant *l. si ex precio 8. C. si cert. pet.* nihil potest hîc haberi pro infecto, nisi quod simulatum est, id est, quatenus finxerunt contrahentes plus esse in precio secundæ emptionis, quàm reuera esset. Itaque vera quidem emptio est, sed non verè allata melior conditio, in quo differt hic casus à sequenti. Itemque in eo quod in hac specie simulatio fit ex parte venditoris, in sequenti autem ex parte emptoris.

[a] *Sed si emptor alium non idoneum subiecit.* RAT. DVB. Non debet esse in potestate primi emptoris, vt irritam faciat venditionem, cùm & venditiones & cæteri contractus omnes ab initio sint voluntatis, ex postfacto necessitatis *l. sicut 5. C. de oblig. & act. l. 1. & 2. C. quand. lic. ab empt. disced.* Atqui si emptori liceat dolo malo subiicere alium emptorem minus idoneum, qui maius precium offerat, vt melior condicio allata videatur: Erit in ipsius potestate facete, vt prior venditio resoluatur, quasi meliore allata conditione, cùm tamen reuera melior allata non sit. Nec enim melior conditio eius est, qui pluris vendit quidem, sed ei, qui non sit soluendo, vt precium exigi ab eo possit. Inanis enim actio est, quam debitoris inopia excludit *vulg. l. nam is 6. supr. de dolo.* Adeò vt sufficiat idoneiorem esse secundum emptorem, vt melior conditio allata videatur *d. l. 4. §. vlt. supr.* Ergo dicendum est, non esse resolutam venditionem, ob id solũ quod melior condicio allata sit à secundo emptore minus idoneo, quem prior emptor dolo malo subiecerit, vt simularet meliorẽ allatam esse conditionẽ. Exemplo eius quod dictũ est in specie proximè præcedente: nec enim malitiis & dolis indulgendum est *l. in fundo 38. supr. de rei vindic.* Præsertim verò in contractu bonæ fidei, cui nihil tam contrarium est quã dolus *l. bonam fidem 4. C. de oblig. & act.* qui nec in contractibus stricti iuris impunitus manere vnquam debet *l. procurator 11. §. 1. infr. de dol. mal. except.* DEC. Contractus ex conuẽtione legem accipiunt *l. 1. §. si conuenit supr. depos. l. in conuentionalibus 52. de verb. oblig.* In proposito autem facta venditione sub pacto addictionis in diem id actũ fuit, vt meliore allata condicione à priore vẽditione discederetur, nec potest negari quin condicio melior verè allata sit, aucto verè precio, & à vero emptore, licèt minus idoneo. Cõuentio enim vera pretij facit veram emptionẽ, nec ob id minus emptor verus est, quod non sit soluendo, cũ sit verè obligatus: neq; rursum eo minus nomen verum est, quod non sit bonũ. Ergo fatendum est, resolutã esse hoc casu ipso iure venditionẽ, & secundam solam manere, nil obstante dolo emptoris, cùm non dederit is dolus causam contractui, nec quæsierit vẽditor nouum hunc emptorẽ, sed in eum inciderit. Planè si poneres participatam fraudem emptoris primi à secũdo, dubitari magis posset, an emptio prior sublata & resoluta esset per posteriorem, ad quam secundus emptor dolo malo accessisset. Sed tamen neque hoc casu aliud respondendum putarem, quia iure & suo, & cõmuni vtitur quisquis ad alienæ rei emptionem accedit, quãuis minus idoneus. Euenit enim quotidie, vt etiam minus idonei accedant ad emptionem, velintq; licitatione vincere, vt vel ditiores videantur, vel illudant incauto venditori, cui actio inanis futura sit. Nec minus vera est hoc casu venditio, quàm si secundus emptor fraudem non participasset. Adeò vt nec vllam contra eum actionem habere posset venditor, sed tantùm aduersus primũ emptorem, qui venditorẽ decepisset, subiiciendo alium emptorem minùs idoneum, vt se à venditore liberaret, quasi allata conditione meliore. Idque est quod hîc sequitur, deceptum à primo emptore venditorem habere actionem ex vendito cum priore emptore, per quam consequatur quanti sua interest, id factum non esse, id est, vt quanto minus à secundo emptore consecuturus est venditor, tantum eidem præstare primus teneatur. Ita verò fit, vt dolus non remaneat impunitus, sed succurratur venditori, non per actionem De dolo, sed per actionem ipsam ex vendito, per quam scilicet, vt

BIU Cujas

& per cæteras omnes bonæ fidei actiones dolus ipso iure vindicatur. Bonæ fidei enim iudiciis, non tantùm exceptiones, sed etiam doli actiones insunt, vt alibi sæpè scripsimus.

b *Per quam actionem & fructus.* RAT. DVB. & DEC. eadem est, quæ ad verticulum præcedentem. Nam vt emptor fructus, quos ex re in diem addicta percepit, restituere venditori teneatur, vel non teneatur, ex eo antecedente pendet, an melior cõdicio allata sit, nécne. Si enim allata non sit, fructus non restituuntur venditori, sed remanẽt penes emptorem iure dominij irreuocabiliter acquisiti. Sed si allata sit, omnimodo venditori restituendi sunt, quia nec penes priorem emptorem manere possunt, cùm resoluta sit venditio, nec penes posteriorem, qui eos non percepit *l. item quod dictum 6. supr. hoc tit.* Atqui diximus in proposita specie cùm primus emptor dolo malo subiecit alium minus idoneum emptorem, videri tamen allatam meliorem conditionem, quamuis emptor primus ob dolum suum venditori teneatur. Consequens igitur est, vt fructus omnes, quos percepit primus emptor, restituere debeat, ne alioqui melioris fiat conditionis, ob id solùm, quod dolo malo emptorem alium subiecerit. Nec tantùm fructus, quos percepit, restituere debet iudicio venditi, sed etiam quo deterior res culpa, vel dolo malo eius facta sit, vt Paulus subiicit. Etsi enim nihil eius interesse videtur, cùm nihil obstante ea deterioratione melior conditio allata, pluriscque res vendita sit, interest tamẽ reuera, quoniam adhuc pluris vendi res potuisset, si deteriorata non fuisset. Nec enim fieri potest res deterior, quin hoc ipso fiat vilior, quamuis è contrario vilior fieri possit, tametsi deterior facta non sit, diminuta scilicet rerum omnium, quæ eiusdem generis sunt, æstimatione, vt scripsimus ad *l. pen. sup. de condic. tritic.*

c *Sed etsi neuter subiecit emptorem.* Potest ergo venditor quoque dolo malo subiicere nouum emptorem, si fortè illum prioris vẽditionis pœniteat, ob personam, quæ ipsi displiceat primi emptoris. Subiicit ergo venditor nouum emptorem, vt fraudem faciat venditori. Venditor autem, vt fraudem faciat primo emptori. Fingamus autem, neq; à primo emptore, neque à venditore suppositum fuisse secundum emptorem minus idoneum, sed tamen maiori precio addictum esse prædium secũdo emptori, qui soluendo non sit, an dicemus abitum & discessum fuisse à priore venditione? Monet pro ratione dubitandi, quòd melior condicio allata videri potest ab emptore, qui soluẽdo non est. Quid enim prosit venditori eum habere debitorẽ, à quo vel nihil, vel minus possit exigere? *l. nam is 16. supr. de dolo.* Sed tamen verius est, meliorem conditionem intelligi omnem, quam venditor comprobauit, id est, quæ magis vẽditori placuit, cuius gratia fit adiectio, & cui licuit non addicere posteriori emptori *l. licet autem 7. supr.* Et certè facit bonum nomen quisquis admittit debitorem, quamuis inopem, aut minus locupletem *l. inter causas 26. §. abesse supr. mandat. l. qui debitorem 18. infr. de fideiuss. §. huic autem versic. præterea inst. de action.*

1 ¶ Sed etsi pupillus postea sine tutoris autoritate pluris emerit: consentiente venditore, abibitur à priore emptione. [a] Idem & in seruo alieno. [b] Aliter atque si seruo suo, vel filio, quem in potestate habet, vel domino rei per errorem id addixerit: quia non est emptio his casibus. [c] Quod si alieno seruo, quem putauerit liberum esse, addixerit: contra se habebit, & erit hic similis egenti.

Ad §. 1. Sed etsi pupillus.

RAT. DVB. Pupillus, siue emendo, siue vendendo, siue aliter contrahendo sine tutoris autoritate non obligatur ciuiliter *l. obligari 9. infr. de author. tutor. l. more 8. de acq. hered.* adeoq; nec iure naturali *l. pupillus 59. de oblig. & action.* ita vt contra iuris ciuilis regulas futurum sit, si pupillus absque tutoris autoritate obligari velit *l. contra 28. supr. de pact.* Ergo si pupillus absque tutoris autoritate accedat ad emptionem prædij in diem addicti, quamuis ad prioris precij quantitatem adiiciat, non ideò tamen videri potest meliorem condicionem attulisse, cùm à venditore conueniri nullomodo possit. In quo differt hic casus à superiore, videturque dubitabilior. Is enim, qui soluendo non est, attamen debitor est, & cum eo agi potest, quamuis ab eo exigi nihil possit. Pupillus verò, qui emit sine tutoris autoritate, conueniri nullomodo potest, quia nec ciuiliter debet. Neque ad rem pertinet, quòd huic adiectioni à pupillo factæ venditor cõsenserit. Nã etiamsi vendidisset ipse, non tamen constaret venditio, nisi ex vno latere. Ipse enim pupillo obligaretur, non etiam pupillus ipsi *l. Iulianus 13. §. si quis à pupillo infr. de act. empt.* Non potest igitur fieri, vt prima emptio, quæ iure tenuit ex vtraque parte, per secundam, quæ nonnisi ex vno latere valet, resoluatur.

DEC. Ea semper melior conditio intelligitur, quam venditor comprobauit, cui licuit non adiicere, vt proximè scriptum est, sibi ergo imputet vẽditor, qui pupillum etiam sine tutoris authoritate ad licitationem admisit, & licitationi ab eo factæ consensit, cùm posset adiectionem abiicere *l. Sabinus 9. sup.* vbi scriptum est, etiam meliore conditione allata, posse venditorem nihilominus priorem emptorem retinere, si malit. Quid igitur cogebat venditorem, vt licitationi à pupillo sine autoritate tutoris factæ consentiret? Consequens ergo est, vt hoc ipso abitum & recessum sit à priore emptione. Quare, nec puto distinguendum cum Accursio, an pupillus hic infantiæ annos, id est, septennium excesserit *l. si infanti 18. C. de iur. delib.* an verò maior sit infante, quòd hic naturaliter obligetur sine tutoris autoritate, ille non item ex *l. 1. infr. de nouat.* Nam cuiuscunque ætatis pupillus sit, si modò fari possit, nõ prohibetur cõtrahere, vt eum, cũ quo contrahit sibi obliget, etiam ciuiliter, licèt ipse nec ciuili, nec naturali iure obligetur, *d. §. si quis à pupillo*, ne alioquì quod pupillorum & infantium fauore constitutum est, in eorũ odium retorqueatur *l. pen. C. ad SC. Treb. l. nõ eò minùs 14. C. de proc.* Tantoq; magis imputare sibi debet is, qui cum infante cõtraxit, licèt eo cõtractu, qui fuerit vltrò, citroq; obligatori[9]. Quẽadmodũ, etsi quis infanti gerẽdũ aliquid mãdauerit non

non eo magis restituiin integrum posset aduersus id quod infans gessisset, perinde acsi ab alio pupillo quolibet gestum id fuisset *l. 3. §. vlt. supr. de minor.* Nec quicquam facit hac in re naturalis obligatio, quæ cùm sola est, efficax ad agendum esse nunquã potest. Neque rursum ob id minùs emptio est ꝙ pupillus vel infans sine tutoris authoritate emerit, cùm actione ex empto venditorem habeat obligatum *d. §. si quis à pupillo*, quod non ita esset si venditio non consisteret saltem ex parte venditoris. In quo differt hic casus à sequentibus in quibus negat Paulus abiri à priore emptione, quòd nulla sit emptio.

a *Idem est & in seruo alieno.* Intellige, quem alienum seruum esse venditor sciuerit. Nam si liberum hominẽ esse putauit, aliud iuris est, quia nec eo casu emptio vlla est, vt mox subiicitur. RAT. DVB. & DEC. eadem est ad hunc versiculum quæ ad precedentem. Seruus enim alienus emens inscio domino, & extra causam peculiarem in eo similis pupillo est, quod non obligatur ciuiliter, sed tantùm naturaliter *l nec seruus 41. sup. de pecul.* Eum verò cum quo contrahit, obligat ciuiliter non quidẽ sibi, sed domino, quia meliorem domini cõdicionẽ facere potest, deteriorem non potest, *l. melior 133. de reg. iur.*

b *Aliter atque si seruo suo vel filio.* RAT. DVB. Etiam inter seruum, & dominum, itemque inter patrem & filium contrahitur naturalis obligatio *d. l. nec seruus 41. supr. de pecul. leg. frater à fratre 38. supr. de condict. indeb.* Ergo quemadmodum si pupillus adijciat & licitetur etiam absque tutoris authoritate venditore consentiente, resoluitur prior venditio per posteriorem. Ita & hoc casu dicendum est abiri à prima emptione. Tanti verò momenti hæc obiectio visa est Bartolo, vt existimasse videatur probari ex hoc loco naturalem obligationem non cõtrahi inter patrem & filium, nec inter dominum & seruum, quasi aliter Paulus responsurus fuerit, si ius ita esset, vt naturalis obligatio inter eos contraheretur. Nec alius Accursij sensus fuit qui quod ptoximè scriptum est de pupillo, intelligit de eo qui sit maior infante, quique possit obligari naturaliter, non etiam de infante, quippe qui nec naturaliter obligari potest. Quod nos iam suprà retulimus.

DEC. Multum interest, an quis contrahat cum pupillo quolibet absque tutoris authoritate, aut cum seruo alieno, an verò cum seruo vel filio suo quẽ in potestate habeat. Priore casu valet emptio: Non quia vel seruus alienus vel impubes obligatur naturaliter, vt Accursius & Bartolus putant, sed quia eum cum quo contrahunt, obligant ciuiliter, quod argumentum est. Tenere igitur emptionem quamuis non teneat nisi ex vno latere, quod sufficit ad dandam contra venditorem ex empto actionem *l. Iulianus 13. §. si quis à pupillo infr. de action. empt.* Posteriore autem casu non valet emptio. Non quia filiusfamilias patri, aut dominus seruo non obligetur naturaliter aut contrà, quod falsum est: Sed quia neuter alteri potest obligari ciuiliter. Ciuilis autem obligatio necessaria est, vt ex ea nascatur actio: sine qua nemo dixerit contractum posse tenere. Cui differentiæ illa etiam consequens est, vt priore casu per secundam emptionem quæ valet, prima resoluatur: Posteriore autem non resoluatur, quoniam secunda emptio nulla est, quomodo si quis domino rei per errorem addixerit, id est, cùm putaret eum dominum esse, quia rei suæ emptio ab ignorante præsertim facta non valet *leg. suæ rei 16. supr. tit. prox.* Idque est quod rationis loco Paulus hîc adiicit his verbis, *quia non est emptio his casibus.* Sequitur,

c *Quòd si alieno seruo quem putauit liberum esse, addixerit.* RAT. DVB. Non magis potest seruus alienus quàm proprius obligari ciuiliter, quia iure ciuili & prætorio prorsus nullus est *l. qui testamento 20. §. seruus infr. Qui testam. facer. poss. l. quod attinet 32. de reg. iur.* Æquè autem obligatur vterque naturaliter *d. l. nec seruus 41. supr. de pecul. l. seru. 14. de obl. & act.* Ergo non magis hoc casu potest valere emptio, quàm si venditor cum seruo proprio contraxisset.

DEC. Inter seruum proprium & alienum differentia illa est, quod alienus eum cum quo contrahit, obligat ciuiliter, non quidem sibi, sed domino: Proprius autem nemini. Potest igitur tenere emptio quæ ab alieno seruo facta est, non item illa quæ à proprio. Ac proinde priorem venditionem factam sub pacto addictionis in diem potest hæc resoluere, illa non item. Quid ergo si quis cum alieno quidem seruo contraxerit, sed quem liberum esse putabat? Hic enim casus est quem in hoc versiculo Paulus tractat: & qui dubitabilior fit ex eo, quod venditor qui cum hoc contraxit, proculdubio credidit fore vt haberet emptorẽ ciuiliter obligatum. Quod cùm esse non possit, non videtur ei posse imputari cur talem emptorem admiserit: Siquidem errantis voluntas nulla est, nec videtur qui errat consentire *l si quis per errorem 15. supr. de iurisd. l. nihil consensui 116. §. vlt. de reg. iur.* Et consequenter non videtur hic seruus esse similis egenti emptori qui meliorem condicionem attulit. Egens namque emptor obligatur ciuiliter, non etiam seruus alienus quantumuis liber existimetur. Neque igitur comparandus erit hoc casu venditor ei qui egentem hominem vltro ad licitationem admisit siue egenum sciuerit, siue ignorauerit. Sed decidendi ratio est, quòd cùm quis ad licitationem admisit seruum alienum, quem putabat esse liberum, quamuis in emptoris condicione statuque errauerit, non tamen eo minùs valet emptio, quod liberum esse putauerit, quæ valeret etiamsi cum eo quem seruum alienum esse sciret, contraxisset. Nec rursum in eo deceptum se conqueri potest, quasi cum inope contraxerit quem locupletem esse credebat: Cùm de ipsius condicione ac facultatibus non priùs inquisiuerit diligentiùs. Quod si fecisset, vtique seruum hunc esse comperisset ac talem qui nec bona vlla habebat, nec habere poterat. Habuit ergo pro meliore condicionem ab huiusmodi alieno seruo allatam, perinde acsi debitoris inopis adiectionem vltro sciens admisisset: Quanquam nec separandus hac parte est venditor ignorans à sciente, quia ex regula iuris, qui cum alio contrahit, vel est vel esse debet non ignarus condicionis eius cum quo contrahit *l. qui cum alio 19. de reg. iur.* Debuitque scire venditor non ex eo solo esse quem locupletem, quòd sit liber, tametsi quisquis seruus est, hoc ipso sit inops.

2 ¶ Emptorem, qui meliorem condicionem attulerit, præter corpus nihil sequitur quod venierit.

BIU Cujas

Ad §. 2. Emptorem.

Ita omnino inchoandus est hic §. vt in Pand. Florent. non vt in vulgata editione quæ hîc legit *emptori* quasi verba hæc finem constituant præcedentis §. quæ huius initium constituunt, sine quibus ea quæ Paulus subiicit *nihil sequitur* non haberent quid regerēt, nec perfectum sensum nisi cum Accursio suppleres *secundum emptorem*, qua supplētione nil opus erit, si Florentinam lectionem sequare. Emptor enim qui meliorem condicionem adfert, semper secundus est. RAT. DVB. Emptor secundus, id est, qui meliorem condicionem attulit, primi emptoris loco est. Atqui primum emptorem præter corpus rei venditæ sequuntur fructus. Fundo enim in diem addicto, & commodum & incommodum omne ad emptorem pertinet antequàm venditio transferatur §. *idem Iulianus supr. hoc tit.* Ergo & secundum emptorem sequi debent.

DEC. Alia ratio est primi emptoris, alia secundi. Primus enim percipit fructus iure dominij eosque suos facit quoties venditio prima pura est, quāuis resolubilis sub condicione, vt diximus ad *dict. §. idem Iulianus*. At is qui meliorem condicionem attulit, quamuis dominus per traditionem fiat, non ideo tamen fingitur percepisse fructus quos primus percepit, quia nec retrofingitur eo tempore fuisse dominus. Quanquam nec primus emptor eos retinet, sed restituit venditori resoluta venditione. Nihil ergo est quod secundum emptorem sequi possit præter corpus rei venditæ.

3 ¶ Non tamen ideo, si tantundem pretium alius det, hoc ipso, quòd fructus eum non sequuntur, qui secuturi essent priorem emptorem, melior condicio videtur allata: quia non id agitur inter emptorem & venditorem.

Ad §. vlt. non tamen ideò.

RAT. DVB. Quicquid ad vtilitatem venditoris pertinet, pro meliore condicione haberi debet *l. quicquid 5. iunct. §. vlt. l. præced. supr. hoc tit.* Atqui ad vtilitatem venditoris pertinet, vt quamuis secundus emptor non maius precium, sed tantundem offerat, res tamen vendita potiùs addicatur secundo emptori, quia eo casu fructus à primo emptore perceptos lucratur venditor, cùm ei restituendi sint, quos primus emptor sibi retineret si melior condicio allata non esset, quandoquidem secundum emptorem non sequuntur, vt proximè diximus. Ergo hoc quoque casu melior condicio allata videri debet, vt consequenter prima emptio resoluatur.

DEC. In contractibus omnibus, maximè verò in emptis & venditis sequimur id quod actum est *l. sed Celsus 6. §. 1. supr. tit. prox.* Atqui cùm quid venditur sub pacto addictionis in diem, non id agitur inter emptorem & venditorem, vt melior condicio allata videatur ob id solùm quod venditori vtilius sit addici rem secūdo emptori quàm primo, propter fructus, si non maius precium offeratur, aut aliqua melior alia condicio circa precium. De fructibus enim non cogitatur eo tempore, de quibus nec sciri potest, vtrum primus emptor eos percepturus sit. Quos & cùm percipit, non iure conuentionis eos percipit, sed iure dominij. Denique nunquam faciunt partem precij quomodo cæteræ pactiones quæ ad venditoris vtilitatem pertinent, vt tanto carius venditor rem suam vendidisse videatur. Nec lucratur primus emptor fructus nisi per consequentias, quæ porrò attendi non solent, *l. 1. infr. de auth. tut.* quod & hic locus optimè probat.

15. POMPONIVS libro 9. ad Sabinum.

SI, prædio in diem addicto, ante diem venditor mortuus sit: siue post diem heres ei existat, siue omnino non existat, priori emptori prædium emptum est: quia melior cōdicio allata, quæ domino placeat, intelligi non potest: cùm is, qui vendat: non existat.[a] quòd si intra diem adiectionis heres existat, melior condicio ei adferri potest.

Ad l. Si prædio 15.

RAT. DVB. Hereditas iacens personam defuncti sustinet, & loco personæ est *l. non minùs 31. §. vlt. infr. de hered. instit. l. hereditas 34. de acquir. rer. domin. l. si seruus 25. l. vsus fructus 26. de stipulat. seruor.* Ergo etiam iacente hereditate melior condicio adferri potest perinde ac viuo venditore.

DEC. Hereditas nomen iuris est, nec nisi intellectu consistit *leg. hereditas 50. supr. de hered. petit.* ideoque personæ locum non obtinet nisi in iis quæ iuris sunt, at non etiam in iis quæ sunt facti *l. 1. §. Scæuola infr. si is qui testam. lib. esse. iuss.* Atqui contrahere & meliorem condicionem adferre aut admittere facti est *l. cōsilio 7. §. vlt. infr. de curat. furios.* Nā & velle ipsum facti est, *l. voluntatis 7. C. de fideic.* Ergo iacente hereditate melior condicio adferri non potest, quia nec melior condicio allata videri potest ad resoluendam priorem venditionem, nisi quæ placeat venditori cui & liberum fuit eam abiicere & non adiicere posteriori *l. Sabinus 9. supr. hoc tit.* Ac proinde si ante diem addictionis venditor mortuus sit, siue post diem heres aliquis ei existat, siue omnino non existat, id est, neque ante diem, neque post diem, priori emptori prædium emptum erit, quia verum est meliorem condicionem neque allatam esse intra diem addictionis, neque adferri amplius posse vt in *leg. Gallus 29. §. idem credendum in fin. de liber. & posth.* cùm is qui vendat licitāti nemo existat. Vnus ergo tantùm casus est quo melior cōdicio adferri, & prior emptio resolui possit. Nempe si intra diem addictionis heres aliquis existat cui maius precium aut alia melior condicio possit offerri. Idque est quod Pomponius subiicit,

a *Quod si intra diem addictionis.* RAT. DVB. Condi-

Condiciones sunt personales, ideoque ab herede impleri non possunt *l. à testatore 109. de condic. & demonstr. l. si ita legatum 65. §. 1. de legat. 1. l. qui Romæ 122. §. Agerius de verb. oblig.* Ergo neque in persona heredis adimpleri possunt.

DEC. Condiciones possunt esse personales ex parte illius qui implere eas debet, puta si factum personale contineant vt in *d. §. 1. & d. §. Agerius.* Sed possunt etiam reales esse & transire in heredem tam eius qui eas implere debuit, quàm illius in cuius persona impleri debent. Nempe in contractibus condicionalibus ex quibus constat obligationem quamuis condicionalem transmitti ad heredem *l. is cui 42. de oblig. & act. §. ex condicionali Instit. de verb. obl.* Nam in legatis condicionalibus itemque in fideicommissis aliud est si ante diem legati aut fideicommissi cedentem legatarius aut fideicommissarius decesserit *leg. sub diuersis 51. §. 1. de condic. & demonstr. l. ab omnibus 104. §. 1 de legat. 1.* Quæ etiam ratio tota est *d. l. à testatore & d. l. si sic legatum §. 1.* quia legati condicio non potest non deficere, deficiente legato aut fideicommisso cui erat adscripta. Iis namque locis agitur de legato & fideicommisso cõdicionali. Ergo facta venditione sub pacto addictionis in diem, & mortuo ante diem venditore, nihil vetat heredi qui ante diem addictionis extiterit, meliorem cõdicionem offerri, & venditionẽ priorem resolui quæ sic facta purè fuerat, vt tamen resolui sub hac condicione posset. Potest & alia dubitandi ratio ad hunc versiculum adferri ex eo quòd non videtur plus iuris habere posse heredem post aditionem, quàm habuerit hereditas iacens ante aditionem. Cùm hereditas non plus iuris in heredem transferre possit quàm ipsa habuerit *l. 1. §. Scæuola inf. si is qui testam. lib. ess. iuss.* ideoque dici soleat heredem & hereditatem eiusdem personæ vicem sustinere, id est, d. functi, *l. heres & hereditas 22. infr. de vsucap.* Sed dicendum est pertinere hoc ad ea quæ iuris non quę facti sunt. Heredis enim persona vera est, & consequenter eorum omnium capax quæ facti sunt siue actiuè, siue passiuè. Hereditatis autem persona nulla est, nisi ficta, in quam proinde nihil cadere potest quod sit facti, vt modò diximus.

1 ¶ Si fundus in diem addictus fuerit pluris, vt quædam ei accedant, quæ non accesserint priori emptori: si non minoris sint hæ res, quam quo pluris postea fundus venierit: prior venditio valet: quasi melior condicio allata non sit, si minoris sint. Idemq; æstimandum est, si dies longior pretij soluendi data fuerit: vt quæratur quantum ex vsura eius temporis capi potuerit.

Ad §. 1. Si fundus.

RAT. DVB. Melior condicio allata dicitur, quoties prioris emptionis precium augetur *leg. 4. §. melior supr.* Atqui ponimus fundum qui in diem addictus fuerat priori emptori pluris venditum esse posteriori, licèt in posteriore venditione quædam adiecta sint quæ non fuerant in priore. Ergo hoc quoque casu dicendum est esse rem addicendam posteriori emptori, non autem manere penes priorem. Alioqui facilè fraus priori fiet, si rem aliquam in secunda emptione adiici sufficiat, vt prior resoluatur.

DEC. Multum refert cuius precij sint hæ res quæ posteriori venditioni accesserunt, & quarum occasione precium prioris auctum fuit. Nam si non minoris sint, quàm quanti precij adiectio facta est, apparet non esse allatam meliorem condicionem, quod ad eam rem pertinet quæ priùs vendita fuerat, ideoque priorem venditionem valere nec resolutam dici posse *si non minoris sint.* Sic enim legendum est, secundum vulgarem editionem tetenta negatione quæ in Pand. Florent. malè deest. Siquidem si res quæ accesserunt minoris sint, quæ secũda distinctionis pars est, negari non potest, quin melior condicio allata sit, cùm id quod harum rerum iusto precio accedere nequit, alterius rei quæ primùm vendita est precio accedere sit necesse. Denique nihil videri potest, abesse posteriori emptori, & ad venditorem peruenisse ob id quod posterioris venditionis precium auctum sit, cùm pro ea auctione aliquid habeat quod tanti sit amplùs quàm prior emptor fuerat habiturus. Idẽque existimandum est, inquit Pomponius, si dies longior prioris precij soluendi data fuerit secundo emptori, qui ea contemplatione precium auxerit. Quærendum enim erit & inspiciendum quantum ex eius temporis vsura capi poterit, vt si ea quantitas excedet summam quæ auxit precium aut æquabit, non videatur allata melior condicio. Secus si non excedat neque accedat ad eam quantitatem, quia quod minus est in vsurarum computatione, necesse est computari in augmentum prioris venditionis. Et ita Accursius noster benè explicat.

16. VLPIANVS libro 32. ad Edictum.

IMperator Seuerus rescripsit: Sicuti fructus in diem addictæ domus, cùm melior condicio fuerit allata, venditori restitui necesse est: ita rursus, quæ prior emptor medio tempore necesario probauerit erogata, de reditu retineri: vel, si non sufficiant, solui æquum est. & credo sensisse principem de empti & venditi actione.

Ad l. Imperator 16.

RAT. DVB. Longè diuersa videtur esse ratio fructuum, quos primus emptor ex re vendita sub pacto addictionis in diem medio tempore percepit: Alia verò eorum sumptuum quos idem primus emptor medio illo tẽpore de suo erogauit. Fructus

BIU Cujas

enim quos percepit, ideò restituere venditori cogitur post allatam meliorem condicionem, quia hoc casu resoluitur prior emptio, ac proinde incipiunt fructus esse sine causa penes priorem emptorem, qui non alio quàm venditionis iure ac titulo eos perceperat, quòsque venditor ipse percepisset, si prior venditio, quæ ad causam non venditionis rediit, facta non fuisset. At quæ emptor de suo erogauit, non sunt eiusdem rationis, vt ea emptori à venditore vicissim restitui oporteat, cùm de iis aut erogandis aut restituendis nihil in vendendo dictum actúmve esse videatur.

DEC. In emptis & venditis id potissimùm sequimur quod actum est *l. sed Celsus 6. §. 1. supr. titul. prox.* quodque sit ex bona fide, quia contractus bonæ fidei est *l. ex empto 11. §. qui autem l. bona fides 50. & pass. infr. de action. empt. & vendit.* Id autem proculdubio agitur inter emptorem & venditorem quoties pura venditio contrahitur, sub pacto addictionis in diem, vt si venditio teneat, omne commodum & incommodum sequatur primum emptorem: si verò venditionem resolui contingat, omnia commoda restituantur venditori *l. 4. §. idem Iulianus & l. item quod dictum 6. supr. hoc tit. leg. vlt. in princip. infr. de iur. fisc.* Cui consequens est vt onera etiam omnia venditorem hoc casu sequi debeant ex iuris regula quæ vult, Secundum naturam esse vt cuiusque rei incommoda eum sequantur quem sequuntur cõmoda *l. secundum naturam 1. de reg. iur.* Alioqui necesse esset, vt vel in secundum emptorem transirent, quod esset absurdum, quia nec commoda in eum transire possunt; vel damno primi emptoris cederent, ex cuius proinde iactura venditor locupletaretur, quod perinde iniquum esset, & contra bonã fidem ac æquitatem naturalem *l. nam hoc natura 14. supr. de condict. indeb. l. iure naturæ 206. de reg. iur.* Ergo quemadmodum id actum est, vt primus emptor post resolutam venditionem & fructus omnes & commoda omnia quæ medio tempore ex re vendita percepit, venditori restituere cogitur. Ita & id actum videri debet, vt quicquid ob rem venditam erogauit de suo vel occasione rei venditę non vltrò & inutiliter, sed necessariò id possit ille retinere ex fructibus & reditibus, vt tanto minùs restituat, aut si reditus sufficere non possint, aliunde soluat ei venditor, & interim emptor fructus retineat, quasi tacito quodam iure pignoris, vt in *l. Iulianus 13. §. offerri infr. de act. empt.* Cui enim damus actionem, multo magis damus retentionem *l. 1. §. is autem infr. de superfic. l. inuitus 156. §. cui damus de reg. iur. l. 1. in prin. infr. de pignor.* Habet enim emptor actionem ex empto contra venditorem ad recuperandos sumptus quos impendit. Sicut & venditor actionem ex vendito contra emptorem ad fructuum & redituum omnium quos emptor perceperit, restitutionem, vt sequitur in hac lege, licet rescriptum Imperatoris cuius hæc lex meminit, nihil de actionibus istis expresserit. Id enim est quod addit Vlpianus,

a *Et credo sensisse Principem de empti & venditi actione.* Ex contractu enim emptionis & venditionis non alia potest nasci actio, quàm ex empto ex parte emptoris & ex vendito ex parte venditoris. Fateor nasci etiam aliquando actionem Præscriptis verbis vt in *l. Labeo scribit 50. supr. tit. prox l. 2. C. de pact. int. empt. & vendit.* Sed ita demùm si agatur ad id quod expresè dictum & conuentum est. Nunquam verò si agatur ad id quod duntaxat actum est. Quod & nomen ipsum actionis Præscriptis verbis probat. Hîc verò datur actio non ad pactũ seruandum quomodo in *leg. qui fundum vendidit 75. supr. tit. prox.* vt malè putat Accursius, sed ad id tantùm vt quod inter contrahentes actum est, fiat. Nescio autem cur ex hac lege nostri inferant post Bartolum, legem quamlibet in dubio debere intelligi de actione illa de qua tractatur in Titulo *sub quo est.* Nec enim rescriptum Imperatoris ab Vlpiano hîc relatum, positum erat sub *tit. de action. empt. & vendit. aut de in diem addict.* sub quo hæc lex à Triboniano collocata est. Meliùs igitur quis dixerit generaliter, omnem legem ac iuris dispositionem intelligendam esse de ea actione, quæ ex natura & qualitate negotij propositi iuris rationi magis conueniat.

17. VLPIANVS libro 15. Digestorum.

CVm duo serui duobus separatim denis in diem addicti sint, & extiterit, qui pro vtroque triginta det: refert, vnius precio decem, an singulorum, quina adiiciat secundùm superiorem adiectionem, is seruus inemptus erit, cuius precio adiectio facta fuerit, secundum posteriorem adiectionem, vterque ad posteriorem emptorem pertinebit. quòd si incertum sit, an ad vtrius pretium addiderit, à priore emptione non videtur esse discessum.

Ad l. Cùm duo.

RAT. DVB. Ad priorem huius legis speciem adferri vix vlla potest. Nam cùm duo serui duobus separatim, id est, diuersis contractibus, denis in diẽ addicti sunt, & extitit qui pro vtroque triginta daret, si appareat vnius precio decẽ addita fuisse, res in claro & expedito est recessum esse à priore venditione quod ad eum hominẽ pertinet cuius precium auctum est, non etiam quod ad alium cuius precio nihil adiectum est, quia verum est, pro illo meliorem condicionem allatam esse, pro hoc verò non esse. Quemadmodum & cùm apparet singulorum precio quina adiecta esse, cõstat meliorem condicionem in singulos allatam esse, & consequenter vtrumque ad posteriorem emptorem pertinere, resoluta nimirum per condicionis euentum vtrâque venditione. Sed quod adiicit Vlpianus, si incertum sit, an vtriusque serui venditi, an alterutrius duntaxat precio posterior emptor adiecerit à priore emptione non videri esse discessum. Hoc verò est de quo dubitari probabilius potest, cùm in dubio potius credendum videatur singulorũ precio adiecta quina fuisse: Vt quemadmodum ambo pari precio fuerãt venditi, ita & singulorum precio par summa adiecta esse intelligatur. Cur non enim vtriusque precio adiicere velle credendus non sit is qui

BIU Cujas

is qui vtrumque emit, nec constituit cuius precio adiectum velit; Neque verò distributio vlla fieri potest, nisi in partes, nec rursus in partes vllas melior, quàm quæ sint pares & æquales, *argum. l. item quod Sabinus 17. in princip. & §. 1. infr. de hered. instit.* Sed decidēdi ratio ex eo petenda est, quod cùm prior venditio pura & perfecta est (de hac enim sola hîc loquimur) quamuis resolui possit sub condicione, non priùs tamen resoluitur quàm appareat impletam esse condicionem *l. pecuniam 36. supr. de reb. credit.* Cumque probandi onus incumbat ei qui dicit non ei qui negat *l. 2. infr. de probat.* consequens est vt in dubio, id est, si non appareat an vtriusque an alterutrius tantùm, & cuius precio secundus emptor adiecerit, dicendum sit adiectionem non valere, & vtramque priorem emptionem tenere: Neutram resolui: Ratione nimirum incertitudinis, & deficiente non tam iure quàm probatione vt in specie, *l. duo sunt Titij 30. infr. de testam. tutel. l. in tempus 62. §. 1. iunct. l. qui soluendo 42. infr. de hered. instit. leg. si fuerit 10. infr. de reb. dub. l. sed etsi de sua 34. l. cum falsum 46. de acquir. hered. leg. scientiam 45. §. cùm stramenta supr. ad leg. Aquil.* & aliis locis quos hîc congerit Accursius.

18. AFRICANVS libro 3. Quæstionum.

CVm in diem duobus sociis fundus sit addictus: vno ex his pretium adiiciente, etiā pro ipsius parte à priore vēditione discedi, rectiùs existimatur.

Ad l. Cùm in diem 18.

RAT. DVB. Suæ rei emptio non valet *l. suæ rei 16. supr. tit. prox.* Atquin is qui precium adiicit, & meliorem condicionem adfert, emptor est posterior. Ergo partem suam emere non potest. Et consequenter cùm in diem duobus sociis fundus addictus est, dicendum videtur vno ex his precium adiiciente, non posse pro ipsius parte à priore venditione discedi. Ne alioqui eueniat vt idem sit emptor prior & posterior eiusdem rei, atque ita vt dominium quod per traditionem ex prima venditione secutam acquisiit, rursus acquirat per posteriorem, quod fieri non magis potest, quàm vt id quod iam meum est, magis meum fiat §. *sic itaque Instit. de action. l. in bello 12. §. si quis seruum in fin. infr. de captiu. & postlim. l. non vt ex pluribus 96. de reg. iur.*

DEC. Cum tota re quæ nobis cum alio sit cōmunis etiam partem nostram emere possumus, *leg. quòd si vno 13. in fin. supr. hoc tit.* vbi rationem attulimus, quòd multa cum vniuersitate transeāt, quę seorsum transire non possent *leg. quædam 62. infr. de acquir. rer. domin.* Ergo cùm duobus sociis fundus in diem addictus est, nihil vetat vnum ex iis precium adiicere etiam pro sua parte. Quod cùm euenit, à priore emptione pro ipsius etiam parte disceditur, quia nec pro parte resolui potest, siue à pluribus venditoribus, siue pluribus emptoribus vno precio facta sit *d. l. quòd si vno.* Videtur tamen hoc magis dubium in personis plurium emptorum, quàm in personis plurium venditorum. Nam cùm vnus ex venditoribus meliorem adfert condicionem, emit partem quæ fuit quidem sua, sed quæ hodie est aliena. At cùm vnus ex pluribus emptoribus adiicit ad precium prioris emptionis, emit cum tota re partem illam quæ emptionis tempore ipsius est. Res enim addicta in diem medio tempore est primi emptoris, non autem venditoris, cùm venditio pura & perfecta fuit non condicionalis. Et ad hoc videtur Africanus respicere, cùm ait rectiùs hoc existimari. Quasi de eo quæsitum & dubitatum fuerit inter veteres Iureconsultos.

19. IAVOLENVS libro 2. ex Plautio.

FVndo in diem addicto, si postea precium adiectum est, & venditor, alio fundo applicato, eum ipsum fundum posteriori emptori addixit, & id sine dolo malo fecit: priori emptori obligatus non erit. nam quamuis non id tantùm, quod in diem addictum erat, sed aliud quoque cum eo venierit: tamen, si venditor dolo caret, prioris emptoris causa absoluta est. Id enim solum intuendum est, an priori venditori bona fide facta sit adiectio.

Ad l. Fundo 19.

RAT. DVB. Tunc videtur allata melior condicio, cùm posteriori emptori idipsum addicitur, quod addictum fuerat priori, sed cum maiore venditoris vtilitate *l. 4. §. vlt. supr. hoc tit.* Alterius enim rei, quàm eius, quæ distracta est, adiectio non solet admitti *d. l. 4. §. 1.* Atqui ponimus fundo in diem addicto applicitum esse alium fundum in secunda venditione, & vtrumque fundum posteriori emptori addictum fuisse. Ergo non potest videri allata melior condicio pro fundo priùs vendito. Quātus enim adiectio precij facta sit priusquàm de alio fundo adiiciendo quicquam dictum fuisset: Credibile tamen est ea contemplatione & eo proposito auctum fuisse precium prioris venditionis quod id actum esset inter emptorem secundum & venditorem, vt addictio posteà fieret non eius tantùm fundi qui prior venditus esset, sed alterius quoque. Ac proinde ita posito iure vt nihilominus venditio prior resoluatur, quasi meliore allata condicione, nihil erit facilius, quàm emptorem priorem decipere aucto precio prioris venditionis antequàm alia res accedat, quæ posteà simul cum re prius vendita emptori posteriori addicatur.

DEC. Cum de posteriore addictione quæritimus, id tantum inspicere debemus, an priori venditioni bona fide facta sit adiectio. Sic enim locus hic legendus est, non vt vulgo *priori venditori* quæ verba nullum sensum admittunt satis commodum, nisi cum Accursio ineptire velis qui ea sic in-

BIU Cujas

terpretatur, quasi priorem venditorem dixerit Iauolenus pro re priùs vendita, quod est ridiculum. Quanquam illud etiam Accursium fefellit, quod vulgatæ editionis errorem secutus legit hîc *addictio* pro *adiectio* quasi sint ista synonyma. Cùm tamen adiectio non sit nisi precij, addictio autem rei venditæ. Quod nec illi benè perceperunt, qui locum hunc ita emendarunt, vt pro illis verbis *priori venditori* reponant *posteriori* supplentes *emptori* quod est omnino improbabile: sicut & quod hunc versiculum interpretãtur de adiectione fundi non de adiectione precij, de qua tamen sola in principio legis iis verbis *si postea precium adiectum est.* Atqui potest fieri vt adiectio precij fiat bona fide, & tamen venditor addicendo fundum posteriori emptori, aliũ fundum adiiciat, quem simul addicat motus fortasse conscientia, si sciat longè minoris esse fundũ prius venditum quàm quanti æstimatus fuerit per adiectionem, aut qua alia ratione, siue adfectionis, siue vtilitatis. Fateor esse hanc speciem eiusmodi vt in eam facilè dolus incidere possit. Sed non est bona consecutio, vt dolus admissus sit quoties admitti potuit. Probandus enim est ab eo qui admissum fuisse dicit *l. in exceptionibus* 19. §. *qui dolo infr. de probat. iunct. l. 2. eod.* Et quidem ex manifestis aut insidiis aut indiciis *l. dolum* 5. *C. de dolo.* Sufficiet igitur vt dolo careat venditor qui adiectionem prius admisit, deinde fundum venditum alio fundo addito alij emptori addixit. Nam si constaret ab eo factũ id esse ea mente vt priori emptori noceret tantùm, non etiam vt sibi consuleret, in dolo esset cui indulgere non oporteret *l. in fundo* 37. *supr. de rei vindic. l.* 1. §. *denique infr. de aqua & aquæpluu. arcend.* quod Accursius noster benè notat. Sed illud non æquè bene, quod huic legi non aliter locum esse putat quàm si alius fundus addictioni implicitus minoris sit quàm quod precij nomine adiectum est ex *l. si prædio* 15. §. *si fundus supr. hoc tit.* quasi vtriusque loci eadem sit species, quæ tamen longè diuersa est. Ibi enim fundus venditus pluris addictus fuerat ob ea quæ posteriori venditioni accesserant, cùm non accessissent priori. Quo casu necessaria est ea distinctio quæ ponitur in *d.* §. *si fundus.* Hîc verò ponit Iauolenus adiectum & auctum fuisse precium eo tempore, quo de alio fundo adiiciendo nondum agebatur. In qua specie valet secunda addictio, & prior resoluitur indistinctè, nec priori emptori venditor obligatus manet, resoluta scilicet priore venditione: Nisi dolo malo quid feciſſe venditor probetur.

20. PAPINIANVS libro 3. Responsorum.

PRior emptor post meliorem condicionem allatam, ob pecuniam in exordio venditori de pretio solutam, contra secundum emptorem, citra delegationem iure stipulationis interpositam, agere non potest.

Ad l. vlt. Prior emptor.

RAT. DVB. Non est æquum, neque ex bona fide vt emptor prior cui res in diem addicta fuerat, & rem amittat, & precium *l. bona fides* 50. *infr. de act. empt.* Atquin is qui meliorem condicionem attulit, aufert rem primo emptori, quem tamen ponimus iam soluisse precium venditori. Ergo æquũ est, vt priori emptori actio detur contra secundum ad repetendum precium, quod dedit venditori. Vt quemadmodum secundus emptor nanciscitur dominium rei venditæ à venditore, & ex eius persona: Ita & precium restituere debeat, quod venditori ipse restituere teneretur: Cùm ex qua persona quis lucrum sentit, eius quoque factum præstare debeat *l. ex qua persona* 43. *de regul. iur.* Aut si actio nulla est quam primo emptori contra secundum accommodare possimus: quidni saltem dabimus ei retentionem, vt non prius rem venditam restituere secundo emptori teneatur quàm fuerit ei precium restitutum? *arg. l. Iulianus* 13. §. *offerri infr. de action. empt. iunct. l.* 1. *in princip. de pignor.*

DEC. Personalis obligatio quia nascitur ex contractu, non sequitur singularem successorem, cum quo nihil contractum est *l. vlt. supr. tit prox. l.* 1. §. *si heres infr. ad SC Trebell.* Actio autem personalis sine personali obligatione nulla esse potest *leg. licet* 42. §. *ea obligatio supr. de procurat.* Atqui nullus contractus initus est inter primum & secundum emptorem, nullaque inter eos nata obligatio. Ergo nec vlla actio primo emptori contra secundum danda est, nisi delegatio iure stipulationis interposita sit, vt Papinianus hîc subiicit. Delegatio enim solemniter interposita liberat priorem debitorem, & eum obligat nouo creditori, facitque ex debitore non debitorem, & ex non debitore debitorem, si modò iure stipulationis facta fuerit. Non enim per pactum nudum fieri potest delegatio quę pariet actionem, cùm ex pacto nudo non agatur. Addit tamen Accursius exceptionem ad hanc legem, Nisi venditor soluendo non sit. Quasi eo casu permittendum sit primo emptori contra secundum agere in subsidium ex *l. 2. 3. & 4. Cod. quand. fisc. vel priuat. debitorem sui debit. conuenir. poss.* Quod tamen mihi suspectum videtur: Cum possit eo casu primus emptor sibi contra venditorem consulere per retentionem *d.* §. *offerri.* Possessionem enim rei venditæ, quam in eum transferri necesse fuit ad transferendum dominium, necesse quoque est reddi venditori, vt eandem rem posteriori emptori addictam possit tradere, atque ita reuersum ad se dominium in eum transferre, quod sine traditione non transfertur *l. traditionibus* 20. *Cod. de pact.* Cùm ergo habeat primus emptor & actionem ex empto aduersus venditorem ad repetendum precium resoluta venditione, & præterea retentionem ex *reg. l.* 1. §. *is autem de superfic. & l. inuitus* 156. §. 1. *de reg. iur.* nihil causæ est, cur ei actionem dare debeamus contra secundum emptorem, nec si venditor non sit soluendo, quia imputare sibi debet cur retentionem quam habebat, omiserit *l. heres* 21. *infr. ad SC. Trebell.* secundum illius loci emendationem, quam nos in Chiliade attulimus.

BIU Cujas

DE LEGE COMMISSORIA.

TIT. III.

VLPIANVS libro 28. ad Sabinum.

SI fundus commissoria lege venierit: magis est, vt sub condicione resolui emptio, quàm sub condicione contrahi videatur.

Ad l. 1. Si fundus.

RAT. DVB. Venditio facta lege commissoria similis est venditioni factæ sub pacto addictionis in diem, & passim æquiparantur vt in *l. 2. §. Sabinus & seq. infr. Pro emptor.* quia huiusmodi pacta ad hoc interponuntur vt venditionem iam factam resoluant. Atqui in venditione facta sub pacto addictionis in diem, distinguimus quomodo pacti verba concepta sint, vt sciamus, an venditio sub condicione facta fuerit, an verò purè, sed quæ tamen sub condicione posteà resoluatur, *l. 2. & seqq. supr. Tit. prox.* Ergo & in venditione facta sub lege commissoria eadem distinctio adhibenda est, nec adeò generaliter definiẽdum, quod in hac lege Vlpianus scribit magis esse, vt sub condicione resolui emptio, quàm sub condicione contrahi videatur.

DEC. Longè aliter concipitur pactum addictionis in diem, aliter verò pactum commissorium quod Interpretes nostri vulgò pactum legis commissoriæ vocant. (Valdè imperitè, vt docuimus in prima parte Chiliadis *De error. pragmat.* Cùm nihil aliud legis nomine significemus, quàm pactum ac conuentionem, vt perinde sit, ac si pactum pacti commissorij diceremus: quod insulsum esset ac ridiculum.) Pactum addictionis in diem, aliis atque aliis verbis concipi potest, interdum iis quę faciant venditionem condicionalem, & imperfectam, quandiu melior condicio adferri potest. Aliquando iis quę non impediant, quominùs venditio purè contrahatur, sed quæ tamen faciant, vt ea postmodùm resoluatur, oblata quandocunque intra diem meliore condicione, *d. l. 2.* At venditio quæ fit sub pacto commissorio semper fit iis verbis quę venditionem purè factam supponunt, eámque sub condicione resoluunt. Sic enim pactum commissorium concipi necesse est, vt si precium emptionis intra certum tempus solutum non erit res inempta fiat: quæ porrò inempta fieri non potest, quin priùs empta fuerit, *l. prox. infr.* Ergo pactum addictionis in diem aliquando imperfectam, & condicionalem facit venditionem, aliquando puram & perfectam, sed resolubilem sub condicione, pactum verò commissorium condicionalem venditionem nunquam facit, sed semper puram, & semper sub condicione resolubilem. Planè cùm pactum addictionis in diem non condicionalem facit venditionem, sed tantùm resolubilem sub condicione, parum effectu interest inter huiusmodi pacta, nisi quòd eorum condiciones sunt diuersæ. Nam vtroque casu resoluta venditione, & fructus restituuntur, & in eum statum rediguntur omnia, vt nulla prorsus venditio facta esse videatur. Et in hoc tantùm bona vtriusque pacti comparatio est, quia eandem vim habet vtrumque ad resoluendam venditionem, *d. l. 2. §. Sabinus & seq. infr. pro emptor.* Cæterùm odiosior est lex commissoria etiam in venditionibus quam pactum addictionis in diem. *l. Æmilius 38. supr. de minor.* quia hæc nonnisi ad resoluendam venditionem interponitur. Illud verò interdum ad perficiendam, deinde resolutio quæ fit vi & potestate legis commissoriæ quodammodo pœnalis est, cùm fiat in pœnam non soluti precij. Cui causæ dedisse videtur lex duodecim tabularũ, quæ non aliter transferri patiebatur dominium rei venditæ, & traditæ, quàm si precium ab emptore solutum, aut aliter eo nomine satisfactum esset, *l. quod vendidi 19. l. vt res 53. supr. de contr. empt.* Vt scilicet sibi prospiceret venditor aduersus perfidiam, aut moram emptoris, si fortè post habitam ei fidem de precio, in eius tamen solutione cessaret; cùm hoc casu deficeret potestas legis duodecim tabularum, nec dominij translatio eo casu impediretur. Quæ autem resolutio fit ex pacto addictionis in diem habet condicionem fauorabiliorẽ, si intra præscriptum diem melior condicio adferetur. Quæ condicio vtilitatem adfert venditori, nullam autem pœnam infligit emptori, quamuis nullo pacto intercedente non magis iusta causa illa sit rescindendæ venditionis, si maius precium ab alio offeratur, quàm si precium conuentum ab emptore non soluatur, *l. non est probabilis 6. l. ea condicione 14. C. de rescind. vend.* Dicitur autẽ hæc lex cõmissoria nõ ideò tãtùm quod cõmittatur, quomodo stipulationẽ cõmitti dicimus (nõ cũ aliquid aduersus eã factũ est, vt malè docuit Cu. sed cũ stipulationis cõdicio extitit, *l. qui Romæ 122. §. Agerius inf.*

BIU Cujas

De verb. obl.) sed etiam quòd lex hæc seipsam committat, solâ culpâ & negligentiâ emptoris non soluentis, nec offerentis, *l. 4. §. vlt. infr.* sicut & stipulatio ipsa interdum seipsam committit, vt in *l. nuda, 5. C. de contr. & commit. stipulat.* Quod in pacto additionis in diem diuersum est, cui non aliter fieri locus potest, quàm si quis tertius meliorem adferat condicionem. Ideóque, nec dici pactum hoc commissorium vnquam potest, quia requirit factum positiuum adiicientis, lex autem commissoria solam non solutionem precij in persona emptoris. Ex quo intelligimus quàm ridiculi fuerint, qui de lege commissoria ita scripserunt, quasi sit vna ex Romanis legibus à populo rogatis Senatorio magistratu interrogante, contra quos scripsimus, in *Error. 1. Decad. 21. De error. pragmat.* Itemque contra Iacobum Cuiacium qui hanc legem commissoriam putat Veteribus dictam fuisse fiduciam, cui tamen locus erat tantùm in pignoribus, & longè diuerso effectu, vt ibidem docuimus.

2. POMPONIVS libro 35. ad Sabinum.

CVm venditor fundi in lege ita cauerit, *Si ad diem pecunia soluta non sit,* [a] *vt fundus inemptus sit*: ita accipitur inemptus esse fundus, si venditor inemptum eum esse velit: quia id vẽditoris causa caueretur: nam si aliter acciperetur, exusta villa, in potestate emptoris futurum, vt, non dando pecuniam, inemptum faceret fundum, qui eius periculo fuisset.

Ad l. Cùm venditor 2.

RAT. DVB. Contractus venditionis & emptionis, cùm sit vltrò citróque obligatorius, non potest ex alterutrius contrahentium voluntate pendere, vt res quæ vendita est, inempta fiat, si vẽditor noluerit, inuito etiam emptore: non possit autem inempta fieri, si emptor velit inuito venditore, *arg. l. si vina emerim, 6 infr. de peric. & commod. rei vendit.* Sunt enim contractus omnes præsertim nominati, ab initio voluntatis, ex postfacto autem necessitatis, *l. sicut, 5. C. de oblig. & action.* Ergo, si quid venditum sit lege commissoria, id est, eo pacto, vt si precium intra certum tempus non soluatur, res inempta fiat, nec precium solutum sit, dicendum videtur omnimodo resolutam esse venditionem, siue venditor velit, siue nolit. Ne alioqui melior sit causa venditoris, quàm emptoris. Cur enim venditori permittatur ab ea lege discedere, quam ipse dixerit? An non pati quisque debet legem quam ipse tulerit? *l. 1. sup. Quod quisque iur.*

DEC. In omnibus contractibus non modò inspiciẽdum illud est, quænam lex dicta sit: sed etiam cui, & cuius gratia, *l. quamuis, 6. sup. de pign. act.* Ne aliter posito iure facilè accidat vt quod vnius fauore conuentum est, in eius odium & perniciem retorqueatur, quod absurdum esset, *l. Lucius, 40. in fi. inf. de fideic. libert. in ratione, 30. §. tametsi inf. ad l. Falcid.* quod esset iniquissimum. *l. quod fauore, 6. C. de legib. l. nulla, 25. supr. ill. tit.* Atqui lex commissoria adiicitur venditioni, fauore solius venditoris, & vt legem dicat, non sibi, sed emptori. Quòd si non soluendo precium posset inemptam rem facere, vtique facto suo liberaret se à propria obligatione, quod iuris ratio non permittit, *l. si seruum. 91. §. nunc videamus, infr. de verb. oblig.* Inemptum enim faceret fundum, qui tamen à die perfectæ venditionis periculo eius fuisset, *§. cùm autem. Instit. de empt. & vend. l. necessariò, 8. & pass inf. De peric. & commod. rei vendit.* Non idem est, cùm dicimus in potestate venditoris esse, vtrùm legem commissoriam exerceat, nécne. Nec enim ex eo fit, vt in ipsius potestate sit, an venditam rem inemptam fieri oporteat, quòd ex emptoris non soluentis facto, aut potiùs non facto contingit: sed tantùm, an venditionem, quæ ipso iure resoluta sit, facto emptoris resolutam esse velit, nécne. Nemo enim iure suo vti cogitur *l. si index 41. supr. De minor. l. Sabinus, 9. supr. Tit. prox. l. 3. infr. De seru. export. l. pen. C. de pact.*

a *Vt fundus inemptus sit.* Placet quod Interpretes quidam notant, non esse hæc verba, quamuis frequentiùs vsurpari solita, vt constat ex *l. 4. 6. & vlt. infr.* adeò formalia legis commissoriæ, vt non aliis verbis conari possit, dummodò sint directa, & eiusmodi, vt habilia sint ad resoluendam ipso iure venditionem, vt in *l. 3. C. de pact. int. empt. & vend.* id enim agitur inter emptorem & venditorem, quoties venditio fit lege commissoria, vt si lex committatur, venditio habeatur pro non facta, adeò, vt etsi qua laudimia ex contractu venditionis, aliáve iura feudalia soluta sint, ea restitui debeant post resolutam ipso iure venditionem. Quid enim aliud est venditam rem inemptam fieri, & venditionem resolui, quam in eum statum rem reduci, in quo esset, si nulla venditio facta fuisset? De quo tamen vide quæ scripsi pluribus in parte vltima Chiliadis *de error. pragmat.*

3. VLPIANVS libro 30. ad Edictum.

NAm legem commissoriam, quæ in venditionibus adiicitur, si volet, venditor exercebit: non etiam inuitus.

Ad l. Nam legem 3.

RAT. DVB. Potestate legis commissoriæ venditio resoluitur ipso iure, vt modò diximus. Ipso autem iure fieri dicitur, quod sola iuris potestate fit, neque factum hominis requirit, *§. in bonæ fidei, & sequ. Instit. De action.* Ergo etiam inuito venditore, venditio resoluitur, nec ipsius voluntas exquirenda est.

DEC. Aliud est dicere, venditionem resolui ipso iure, aliud verò exerceri legem commissoriam. Resolutio namque iuris est, & ideò fieri potest ipso iure: commissoriam verò legem exercere facti est, non iuris. Quod autem facti est, voluntatem exigit facientis, nec quisquam ad factum præcisè cogitur, nec vti iure suo, vt diximus ad legem præcedentem. Ergo, quamuis sine facto vllo venditoris, venditio ipso iure resoluatur, non tamen cogitur venditor legem commissoriam exercere. Et verò multa sunt huiusmodi, quæ ipso iure fiunt, nec eò minùs tamen factum hominis requi-

runt.

BIU Cujas

runt. Exemplum est in compensatione quæ licet ipso iure fiat, non tamen aliter fit quàm si opponatur, *d. §. in bonæ fidei & seq. de action.* Item exceptio de iure tertij potest esse ipso iure exclusiua iuris agentis, & tamen ita demùm si tertius velit, *l. 2. infr. de except. rei iudic.* vbi Bart. notat huiusmodi exceptionem admittendam non esse, sed eam tantùm quæ omnimodo & absolutè ius agentis excludat, de qua in *l. loci corpus 4. §. competit supr. si serut. vindic.* Sic denique dicimus rei legatæ dominium recta via transire à testatore in legatarium ipso iure, *l. à Titio 64. infr. de furt. l. legatum 80. de legat. 2.* Et tamen non transire nisi legatarius sibi acquisitum esse velit, *l. si tibi homo 89. §. cùm seruus de legat. 1.* legatum namque inuito quidem defertur, adeò vt etiam ab ignorante transmittatur, sed tamen inuito non acquiritur.

4. IDEM libro 32. ad Edictum.

SI fundus lege commissoria venierit, hoc est, vt nisi intra certum diem pretium sit exsolutum, inemptus fieret: videamus, quemadmodum venditor agat tam de fundo, quàm de his, quæ ex fundo percepta sint: itémque si deterior fundus effectus sit facto emptoris. & quidem finita est emptio: sed iam decisa quæstio est, ex vendito actionem competere: vt rescriptis Imperatoris Antonini, & Diui Seueri declaratur.

Ad l. si fundus 4.

RAT. DVB. Cùm per legem commissoriam resoluta venditio est, finitam esse emptionem necesse est. Finiri namque & resolui venditionem paria sunt. Nisi quod paulo plus est resolui venditionem quàm finiri, quia finiri non potest venditio, nisi quæ initium habuit, *l. si ad diem 46. l. Titio vsusfructus 96. de condict. & demonstr.* Quæ autem resoluitur, nec initium quidem habuisse intelligitur, cùm pro numquam facta habeatur, *l. 4. §. sed & Marcellus supr. Tit. prox.* Atqui ex emptione & venditione quæ iam finita ac resoluta sit, non potest nasci actio ex empto, aut ex vendito, quandoquidem huiusmodi actiones emptionem & venditionem aliquam supponunt, *l. ex empto 11. & pass. infr. de action. empt.* Ergo neque de fundo vendito, quem venditori restitui oportet, neque de iis quæ de fundo percepta sunt, id est de fructibus, quos similiter venditori reddi æquum est, nec denique si culpa emptoris fundus medio tempore deterior factus est, actio ex vendito contra emptorem competere venditori potest.

DEC. In emptis & venditis maximè inspici debet id quod actum potiùs quàm quod dictum est. Cùm autem in lege venditionis dictum est, vt si intra diem soluta non esset precij pecunia, fundus inemptus foret, vtique apparet hoc duntaxat actum esse, ne venditor emptori pecunia ad diem non soluta obligatus esset, non vt omnis obligatio empti & venditi vtrinque solueretur, inquit Pomponius in *l. sed Celsus 6. §. 1. supr. de contr. empt.* Ergo nihil vetat etiam post resolutam ex lege commissoria venditionem ex vendito actionem contra emptorem venditori competere. Quidni verò? Cùm possit competere quod magis est ad resoluendam & rescindendam venditionem: *d. l. ex empto 11. §. is qui vina & §. si quis virginem de action. empt.* Idem iuris est in venditione facta sub pacto addictionis in diem, *l. Imperator 15 supr. Tit. prox.* Fuerunt tamen in eam rem prope necessaria rescripta Imperatorum Antonini & Seueri, quorum hîc Vlpianus meminit, quòd ineptum videretur dicere, Inempto fundo facto actionem ex vendito futuram esse, *d. l. sed Celsus §. 1.* Videtúrque fuisse hoc inter veteres prudentes controuersum, cùm Sabinus existimaret dandam actionem ex vendito, alij verò actionem in factum vicinam actioni ex vendito, vt scriptum est in *l. si conuênit 6. infr. de rescind. vendit.*

1 ¶Sed, quod ait Neratius, habet rationem: vt interdum fructus emptor lucretur: cùm pretium, quod numerauit, perdidit. igitur sententia Neratij tunc habet locum, quæ est humana, quando emptor aliquam partem pretij dedit.

Ad §. 1. Sed quod ait Neratius.

RAT. DVB. Aequum non est, neque ex bona fide, vt quis commodum aliquod retineat ex eo contractu in quo fidem fefellerit, *l. prox. infr.* Atqui fidem fallit emptor, qui committit in legem venditionis, nec precium soluit intra præstitutum tempus. Ergo etiamsi partem precij iam soluerit, si tamen in reliquo soluendo moram fecerit, non eo minus restituere debet fructus omnes quos ex re vendita percepit, cùm eos nullo iure perceperit resoluta quandocunque venditione. Quid enim refert an acquirendi causa nulla præcesserit, an verò reducta sit ad non causam, *l. 1. §. siue autem supr. de condict. sin. caus.* Constat siquidem fructus non acquiri nisi iure soli & dominij, *l. qui scit 25. §. 1. infr. de vsur.* dominium autem ex sola possessione non acquiri nisi iusto titulo præcedente *l. nunquam nuda 31. de acquir. rer. domin.*

DEC. Multo minus æquum est aut ex bona fide, vt venditor & fructus omnes rei venditæ lucretur, & precij partem, quæ iam soluta est, retineat. Quemadmodum ex contrario æquum est emptorem qui re empta fruitur, precij nondum soluti vsuras vicissim pendere, *l. Iulianus 13. §. veniunt infr. de*

BIU Cujas

action.empt.l.euictis 18. §. 1. *infr. de vsur.* Ergo si precij partem emptor soluerit,& ob commissã venditionis legem perdiderit,humanum est,vt quos percepit fructus lucretur, nec venditori restituere teneatur.Nec ad rem pertinet,quod in culpa sit emptor qui intra conuentum tempus non soluendo totum precium fidem fefellit, damnum autem quod quis ex culpa sua sentit, nec sentire videatur ex iuris regula,*l.quod quis* 203.*de regul.iur.*Fieri enim facilè potest, vt culpa careat, etiamsi totum precium non soluerit, cùm totius pecuniæ numeratio non semper fit in expedito,*l. si dubitet* 10. *infr. de fideiuss.* Et quamuis difficultas præstationis non impediat obligationem *l. continuus* 137. §. *Illud de verb. oblig.*excusat tamen à culpa plerunque.Semper autem à dolo. Quo tamen non caret venditor,si cum emptoris iactura & damno locupletari velit contra *l.nam hoc naturæ* 14. *supr. de condict. indeb.* Ac proinde fortior est æquitas quæ pro emptore facit. Hęc enim naturalis,illa tantùm ciuilis est *l.iure naturæ* 206.*de regul.iur.* vt scripsimus ad *d.l.nam hoc naturæ*,hæc rei persecutoria,vt ita dixerim,illa pœnalis. Cur non vero damus condictionem emptori qui partem precij soluit, vt eam partem repetat condictione si non indebiti saltem sine causa cùm post resolutam venditionem statim sine causa esse incipiat id quod precij nomine solutum est? *d.l.1.§. siue autem de condict. sin. caus.* Nempe quia quoties venditio fit lege commissoria id inter emptorem & venditorem actum intelligitur, vt quicquid ab emptore siue arræ siue alio nomine puta pro precio datum esset, id penes venditorem remaneret *l.de lege* 6.*infr.hoc tit. l. sed & si* 25. *in princip.supr.de hered.petit.*

2 ¶ Eleganter Papinianus libro tertio responsorum scribit: statim atque commissa lex est,statuere venditorem debere, vtrùm commissoriam velit exercere,an potiùs pretium petere,nec posse,si commissoriam elegit, postea variare.

Ad §.2.Eleganter.

RAT. DVB. Venditor electionem habet statim atque venditionis lex commissa est,an commissoriam exercere velit,an vero venditioni stare malit,id est,an iure suo vti velit,necne: quia inuitus non cogitur *l.2.& 3.supr.*Ergo etiamsi post electionem à se factam variare velit, non est ei denegandum, cùm in ea re suo iure vtatur. Quid enim refert emptoris,an ab initio , an ex post facto venditor eligat?

DEC. Non placet legislatori inconstantia,cui nihil tam contrarium est quàm certum animi iudicium quod in rebus omnibus interuenire vult legislator , ne quid temerè, & inconsulto fiat *l.in causæ* 27.*supr.de procurat.* Alioqui videntur leges ludibrio esse ei qui beneficium iuris quo semel vsus est,abiicit, vt aliud eligat quod priùs abiecerat *l. vult.* §. *vlt.* C *de bon. quæ liber.* Satisque esse debet ei qui facultatem eligendi habet,quod ab initio electionem habeat *l cùm filius* 76.§.*variis de legat.* 2.tota eligendi facultas prima electione consumitur sicut & ius optandi prima optione *l.quod in herede* 9. § *eligere infr de tribut act. l. apud Aufidium* 20. *& pass. infr. de opt legat.* Hoc autem maximè locum habet, cùm electioni locus est inter contraria & incompatibilia, vt Baldus dicebat. Electo namque remedio vno ne esse est hoc ipso repudiari alterum, quod contrarium est & incompatibile *l.non nunquam* 8.*infr. de collat. bonor.* vbi tamen idem Papinianus noster scribit, Prætorem interdum non repellere variantem nec consilium mutantem,aspernari scilicet, vbi magna æquitatis ratio id suadet,vt in specie illius legis.Atquin fieri non potest, vt venditor & legem commissoriam exerceat,& precium petat. Qui enim commissoriam legem exercet,supponit venditionem resolutam esse.Qui verò precium petit,supponit venditionem valere & tenere. Contradictoria autem ista sunt venditionem tenere , & non tenere. Benè igitur & eleganter Papinianus respondit , Statim atque venditionis lex cõmissa est, statuere venditorem apud se debere , an commissoriam exercere velit,an potiùs precium petere , nec posse,si commissoriam elegerit, postea variare. Quod & scriptum est in *l.* §. *vlt.& l 7.infr. l. commissoriæ* 4. *C.de pact. int. empt.& vendit.*Iunge quæ scripsi ad *d.*§.*eligere* 9.*de tribut.act.* Simile quiddam est de testatione voluntatis suæ continuò interponenda in specie *l. si filiusfamilias* 16.*supr.de SC.Maced.*

3 ¶ In commissoria etiam hoc solet conuenire:vt, si venditor eundem fundum venderet,quanto minoris vendiderit,id à priore emptore exigat: erit itaque aduersus eum ex vendito actio.

Ad §. 3. In commissoria.

RAT.DVB.Cùm venditio potestate legis commissoriæ resoluta est, perinde haberi debet ac si numquam facta fuisset. Vnde est quod & fructus & cætera commoda omnia quæ emptor ex re vendita percepit, venditori restitui debent §.*sed quod ait supr.hac lege.* Atqui si nulla venditio præcessisset, nihil iam interesset eius qui prior emit an ea res alteri hodie venderetur necne, & an maiore,an minore precio, quàm de quo in prima venditione conuenerat. Ergo quamuis eundem fundum venditor postea minoris vendiderit, non ideo actionem ex vendito habere debet,vt quanto minoris postea vendiderit,id à priore emptore exigat. Nec si conuentio in eam rem sit interposita , tanquam quæ nullam causam habere videri possit, præter ipsam conuentionem , vt Vlpianus loquitur in *l. iuris gentium* 7.§.*sed cùm nulla supr.de pact.*

DEC. Pacta omnia quæ in traditionibus rerum apponuntur,seruanda sunt etiam quæ alioqui non valerent *l.in traditionibus* 48.*supr.de pact.l.venditor* 13. *supr. Commun. præd.* Maximè verò si ex bonæ fidei contractu traditio fiat. Quid enim conueniens bonæ fidei & naturali æquitati , quàm pacta seruari?*l. 1. supr. de pact. l. 1. de pecun. constit.* Atqui lex commissoria in venditione adiicitur , qui

bonæ

BIU Cujas

bonæ fidei contractus est, & in pœnam eius qui fidem fallit, vt scriptum est in *fine legis prox. infr.* Ergo & in lege commissoria conuenire potest, vt si venditor post commissam legem & resolutam venditionem eundem fundum alij vēderet, quanto minoris vendidisset id à priore emptore exigeret, quod Gallicè solemus dicere, *la folle enchere* dicendū est valere conuentionē & seruandam esse, nec iniquitatis quicquam habere, cùm hoc dānū emptor ex culpa sua sentiat adeoq; nec sentire videatur quia fidem fefellerit ex *regula legis Quod quis 203. de regul. iur.* Neque verò aliter indemnis seruaretur venditor, quem credibile est non nisi angustia rei familiaris oppressum ad venditionem accessisse, & resoluta per emptoris culpā priore venditione alium subinde emptorem quærere coactum fuisse, eiq; minoris vendere. Quo incommodo & damno exoneratus fuisset, si prior emptor fidem non fefellisset. Idque adeò verum est, vt quamuis pactio huiusmodi nulla interuenerit, idem iuris tamē admittendum esse videatur, propterea quod si Vlpiano credimus, solita fuerit hæc conuentio, cuius & mentio fit in *l. sed Celsus 6. §. si fundus supr. de contr. empt.* Ea verò quæ moris & consuetudinis sunt, in iudiciis bonæ fidei venire soleant *l. quod si nolit. 31. §. quia assidua infr. de adilit. edict.* Sed vereor, ne probabilius sit, quod Accursius contrà respondet, nulla interposita cōuentione aliud probandum esse. Multum namq; refert an solita tantum sit conuentio, vt hæc an assidua vt duplæ stipulatio de qua in *d. §. quia assidua.* Quæ solita tantum est interponi, non habetur hoc ipso pro interposita, sed & tantum quę assidua est. Alioqui perinde dicendum esset in contractu venditionis & in alio quolibet qui sit bonæ fidei obligationem bonorum habendam esse pro adiecta, quia in contractibus omnibus adiici quotidie solet *l. & quæ nondum 15. §. quod dicitur infr. de pignor.* Itemque in simplici bonorum omnium obligatione futura quoque contineri. Quoniam & ita solet obligatio pignorum concipi *l. vlt C. quæ res pignor. oblig. poß.* Quorum tamen posterius verum non fuit ante Iustiniani constitutionem in *d. l. vlt.* Prius verò ne hodie quidem *l. Aristo 3. infr. eod. ill. tit. §. insuper. Nouell. 136. de argent. contract.*

4 ¶ Marcellus libro vicesimo dubitat, commissoria vtrum tunc locū habeat, si interppellatus non soluat: an verò si non obtulerit. & magis arbitror, offerre eum debere, si vult se legis commissoriæ potestate soluere. [a] quòd si non habet, cui offerat: posse securum esse.

Ad §. vlt. Marcellus.

RAT. DVB. Mora non contrahitur nisi per congruam interpellationem congruo loco & tēpore factam *l. mora 32. infr. de vsur. l. si ex legati 23. de verb. oblig.* Atqui lex commissoria tunc locum habet, cum emptor in mora est soluendi precij intra tempus præstitutum *l. vltim. infr. hoc tit.* Ergo vt lex venditionis committatur necesse est interpellationem aliquam pręcedere per quam emptor in mora constituatur.

DEC. Condiciones negatiuæ in eo differunt ab affirmatiuis, quod implentur ipso non facto statim atque desiit fieri posse id quod faciendum erat ad extinguendam condicionem *l. vlt. infr. de condic. instit. l. Mucianæ 7. de condit. & demonstr.* Atqui condicio legis commissoriæ est negatiua *si intra certum tempus precium solutum non erit.* nec admittit emptorem ad soluendum precium post elapsum tempus quod fuerat præstitutum *l. Thais 41. §. intra certa tempora de fideic. libert. l. si intra 23. infr. de statulib.* Ergo cum post elapsum tempus nō possit amplius deficere condicio, fatendum est solo lapsu temporis condicionem existere, & quidem irreuocabiliter ac proinde commissam esse legem vēditionis, tametsi nulla interpellatio præcesserit. Nō eo minus enim verum est precium intra diem præstitutum neque solutum esse neque solui amplius posse: quomodo argumentatur Scæuola in *l. Gallus 29. §. videndum infr. de liber. & posthum.* Necesse igitur est ad impediendam legē commissoriā vt emptor intra conuentum tempus precium offerat & soluat, si venditor solutionem accipere & possit & velit, sin minus, saltem obsignet vt in specie *l. vlt. infr.* cùm obsignatio totius debiti vim solutionis habeat *l. acceptam 19. C. de vsur. obsignatione 9. C. de solut.* Cùm itaque & solutio & obsignatio ab oblatione incipiat, meritò Vlpianus scribit offerre eum debere, neque expectare, vt interpelletur. Quasi die ipso satis interpellante pro homine, maximè verò in pœnalibus *l. magnam 12. C. de contr. & committ. stipulat. l. ad diem 77. infr. de verb. oblig. l. pecuniæ 9. §. 1. de vsur. l. 2. ad fin. C. de iur. emphyt. l. traiectitiæ 25. de oblig. & action.* Est enim lex commissoria pœnalis, cùm faciat, vt in pœnam non soluti suæ die precij venditio resoluatur *l. prox. infr.* ideóque nimirum creditur odiosa *l. AEmilius 38. supr. de minor.* Tantúmque abest, vt interpellatio aliqua hoc casu necessaria sit, vt nec fieri vlla possit. Nam ante diem solutioni præstitutum præmatura interpellatio est, quandoquidem dies nondum venit quamuis cesserit *l. cedere diem 213. de verb signific. l. quō hoc anno 42. de verb. oblig.* Mora verò contrahi non potest vbi nulla petitio & interpellatio est *l. si pupillus 127. eod. l. nulla 88. de regul. iur.* At post diem legi commissoriæ præstitutum, si venditor precium petat, legi commissoriæ renunciare intelligitur, *l. de lege 6. §. vlt. & l. seq. infr. l. AEmilius, 38. sup. de minor.* Proinde nocet hoc casu interpellatio venditori, cùm purget moram emptoris. Adeò distat vt emptori noceat ad eum in mora constituendum.

a *Quòd si non habet cui offerat.* RAT. DVB. Etiam cùm nemo est, qui offerre possit, puta si is qui ad diem sub pœna promisit ante diem decesserit, necdum hereditas eius adueniente die adita sit, pœna tamen committitur quasi solo diei lapsu contracta *d. l. ad diem 77. de verb. oblig.* Ergo multo magis committetur pœna legis commissoriæ ipso iure ac solo lapsu temporis præstituti, etiamsi nemo sit cui emptor precium offerre possit, cùm deficiente persona cui solui possit, remedium tamen suppetat obsignationis vt in *l. vlt. infr.* Nec proinde securus est emptor qui ad diem non soluit, tametsi nemo fuerit cui soluere potuerit, si neque obsignauerit.

BIU Cujas

Dec. Nihil imputari potest debitori qui non habet cui soluat *dict. l. pecuniæ 9. §. 1. l. cùm quidam 17. §. si pupillo de vsur.* Subest enim hoc casu impedimentum ex parte creditoris, quod excusare debitorem multo iustius debet, quàm cùm interuenit ex parte ipsius debitoris vt in *d. l. ad diem*, Quid enim refert creditoris quantum ad pœnam committendam pertinet, an debitor sine herede decesserit, aut an eius hereditas iam adita sit nécne? Siquidem nihil horum est quod ei meritò possit imputari *d. l. ad diem & l. 1. C. de oblig. & act.* Ergo si nemo sit ex parte venditoris cui debitor emptor offerre possit, dicendum est securum eum esse, & extra metum legis commissoriæ. Neque necessariam esse hoc casu obsignationem, vt pœna euitetur, sed tãtum ad hoc, vt emptor soluisse videatur. Quamquam multo cautius omni casu facturus est emptor si obsignet *vt in d. l. vlt. infr.* vbi dicemus. Aliud est si aut lex aut pactio nihil aliud requirat, nisi vt per debitorem nõ stet quominus aliquid faciat vt in specie *l. 2. §. 1. infr. quod legat. l. si quis filiũ 5. §. stipulatio infr. de collat. bonor.* Tũc enim requiritur interpellatio vt ex dictis locis apparet, quia nec prius sciri potest, an stet per debitorem.

5. Neratius libro 5. Membranarum.

Lege fundo vendito dicta, vt si intra certum tempus pretium solutum non sit, res inempta sit: de fructibus, quos interim emptor percepisset, hoc agi intelligendum est, vt emptor interim eos sibi suóque iure percipiat.[a] sed si fundus reuenisset, Aristo existimabat, venditori de his iudicium in emptorem dandum esse: quia nihil penes eum residere oporteret ex re in qua fidem fellisset.

Ad l. Lege 5.

Rat. dvb. Cùm venditio facta est sub lege commissoria, videtur dominium rei venditæ esse in pendenti quandiu incertum est, an condicio legis commissoriæ extitura sit, nécne. Non enim dubitatur, quin rerum dominia in pendenti esse possint, *l. arboribus 12. §. vlt. supr. de vsufr. l. de hereditate 19. §. pater versic. quid tamen infr. de castrens. pecul.* Ergo & ipsa fructuum acquisitio in pendenti esse debet. Cùm fructus acquirantur non iure seminis, sed iure soli & dominij, *l. qui scit 25. §. 1. de vsur.*

Dec. Venditio quæ fit sub lege commissoria, non sub condicione contrahitur, sed sub condicione resoluitur *l. 1. supr.* Interim igitur & medio tempore emptoris est quandiu nondum resoluta venditio est quamuis resolui adhuc possit. Quomodo euenit in venditione facta purè sub pacto addictionis in diem, cuius potestate resolui queat meliore allata condicione *l. 4. §. sed & Marcellus sup. tit. prox.* Non enim ideò minùs nostrum quid est quod eius dominium posteà discedere à nobis aliquo casu possit, *l. non ideò 66. supr. de rei vindic.* Et quamuis pendeat resolutio venditionis in diem vsque lege commissoria præstitutum, quod tamen pendet non pro eo est quasi sit, *l. is damnum dat. 169. §. 1. de regul. iur.* Satisque est quòd venditio ipsa non pendeat, nec proinde dominium, quod per traditionem ex causa venditionis secutam in emptorem translatum est. Ergo cùm fructus non seminis, sed soli ac dominij iure percipiantur, vt modò diximus, consequens omnino est, vt ad emptorem pertineant, tanquam quos suo iure perceperit, quod & in venditione pura obtinet quæ pactum addictionis in diem adnexum habet, *l. 2. §. 1. supr. tit. prox.* Nec ad rem pertinet quod de lucrandis fructibus nihil in venditione dictum sit. Sufficit namque id actum esse, inter contrahentes, cùm in emptis & venditis præcipuè spectari oporteat id quod actum est, *l. sed Celsus 6. §. 1. suprà de contrab. empt.* Neque fuit necesse in pactum id deducere, quod ex natura venditionis & traditionis consequens futurum esset. Nam nec lucratur emptor fructus quasi eos emerit, sed quod ex re sua eos perceperit, *l. Herennius 42. infr. de vsur.* Non tamen eos absolutè ac simpliciter lucratur, sed interim, vt Neratius hîc loquitur, id est quousque sciatur an legis commissoriæ condicio extitura sit nécne: quia si extabit, cogetur eos venditori reddere, vt lex subiicit: Sin deficiet, luctabitur eos absolutè ac sine metu vllo restitutionis. Sic dicimus quamuis non eodem prorsus sensu nec eadem ratione possessorem bonæ fidei fructus quos ex re aliena percipit bona fide suos interim facere *l. bonæ fidei 48. de acquir. rer. domin.* id est, quousque res euincatur, *d. l. quid scit 25. §. vltim. de vsur.* quo tempore restituendi sunt officio iudicis, *§. 1. Instit. de offic. iudic.* vel consumpti sint fructus aut vsucapti quibus casibus eos lucratur, *l. 4. §. post litem supr. fin. regund. l. 4. §. lana infr. de vsucap.* Lucrari enim plus quàm acquirere est, & acquirere minùs, quàm lucrari, vt in quæstione illa de fructibus à bonæ fidei possessore perceptis, sæpiùs scripsimus.

a *Sed si fundus reuenisset.* Noli cum Accursio interpretari acsi scripsisset Neratius *si fundus inemptus factus esset.* Aliud enim est Reuenire fundum, aliud verò inemptum fieri, sed acsi scriptum esset *si fundus ad venditorem rediisset. Reuenire* namque est *redire & recurrere*, quamuis fieri hoc non possit nisi facto prius inẽpto fundo & inuendito, vt loquitur Scæuola in *l. vlt. §. 1. infr. de rescind. vendit.* Quæ locutio licet minus solita, Latina tamen & elegans est.

Rat. Dvb. Fructus fundi lege commissoria venditi non acquiruntur emptori iure venditionis, sed iure dominij, vt proximè diximus. Ergo quamuis per legem commissoriam resoluta venditio sit, retinere tamen & lucrari fructus emptor debet, cum non eo minùs verum sit dominum illum medio tempore fuisse, *l. 4. §. sed & Marcellus supr. tit. prox.*

Dec. Non potest acquiri dominium nisi ex aliquo iusto titulo præcedente, *l. numquam nuda 31. de acquir. rer. domin.* Atqui cùm venditio per legem cõmissoriam resoluitur, titulus qui præcesserat, reducitur ad non titulum, quia venditio quæ ipso iure, nullóque hominis interueniente facto resoluitur, nũquam facta esse intelligitur. Et consequenter rectò fingitur nullum ex ea dominium quæsitũ vnquam fuisse. Cui consentaneum est, vt neq; ius vllum fructuũ percipiendorũ emptor habuisse vnquam

videatur. Et hæc ratio generalior est quæ ex iure sumitur, nec minus locũ habet in venditione facta sub pacto addictionis in diẽ, quàm in ea quæ facta sit lege cõmissoria, vt constat ex iis quæ scripsimus ad *d.l.2.§.1.l.Imperator 16.sup.tit. prox. & ad l.si cui hac lege 41. supr. de rei vindicat.* Sed tamen est etiam alia ratio specialior in venditione facta sub lege commissoria, quam hic adfert Neratius ex Aristone, & propter quam æquum sit post commissam legem venditionis dari ex vendito actionem de fructibus vẽditori contra emptorem, quod æquum non sit quicquam residere penes emptorem ex ea re in qua fidem fefellerit. Fidem enim fallit qui promissum rei emptæ precium ad diem non soluit, cùm pœna legis commissoriæ non ideo venditioni adiiciatur, vt in arbitrio & potestate emptoris sit precium non soluere & irritam facere venditionem, quæ iure facta & perfecta fuit, sed vt metu pœnæ tanto citiùs pareat emptor legi venditionis, vt Scæuola loquitur in *l.prox infr.* id est, precium soluat aut aliter eo nomine satisfaciat. Paret enim emptor legi non cùm facit, vt lex cõmittatur, sed cùm impedit ne committatur. Quis ergo æquum putet, emptoris perfidiam facere debere vt fructus quos interim percepit, lucretur, & vt suæ perfidiæ pœnam quidem illam sentiat, vt fundus inemptus fiat, sed tamen præmium hoc consequatur, vt fructus quos interim percepit, retineat, nec restituat vẽditori? In eo qui emit sub pacto addictionis in diem, quique medio tempore fructus percepit ante meliorem allatam condicionem, quæ postea allata sit, ratio hæc locum non habet, cùm venditionis resolutioni quæ hoc quoque casu fit, non culpa vlla primi emptoris causam præbeat, sed melior condicio à posteriore allata. Quod quamquam ita est, nõ tamen meliore condicione fructus percipit primus emptor, quàm si lege commissoria emisset, fidemque fefellisset. Omnes enim perinde venditori restituere cogitur resoluta ob meliorem allatam cõdicionem venditione, *l.4.§.idem Iulianus l.item quod dictum 6.& pass.supr. tit.prox.* Imò melioris condicionis hac parte ille est qui emit lege commissoria, & fidem fefellit, scilicet cùm partem precij soluit, quia eam perdidit, *l.prox.§.vltim.* vbi diximus *supr.*

6. Scævola libro 2. Responsorum.

De lege commissoria interrogatus ita respondit, si per emptorem factum sit, quominus legi pareretur, & ea lege vti venditor velit, fundos inemptos fore, & id, quod arræ, vel alio nomine datum esset, apud venditorem remansurum.

Ad l. De lege 6.

Rat. dvb. Cùm ex commissoria lege venditio ipso iure resoluta est, perinde habetur acsi venditio numquam facta fuisset, vt ad legem proximè præcedentem scripsimus. Atquin si venditio nulla facta esset, neque precij quicquam, neque venditionis arram vllam vẽditor ab emptore haberet. Ergo commissa lege venditionis, & inempto facto fundo, nihil ex his remanere debet penes venditorem qui haberet hodie si nulla venditio præcessisset. Alioqui non videretur venditio resolui nisi ex vna tantùm parte, quod absurdum & iniquum est.

Dec. In emptis & venditis maximè sequimur id quod actum est, *l.sed Celsus 6.§.1.supr. de contr. empt.* Id autem actum intelligitur inter emptorem & venditorem quoties venditio fit sub lege commissoria vt si quid ex causa huiusmodi venditionis ab emptore ad venditorem perueniret, totum id emptor perderet in pœnam fidei non seruatæ, vt scilicet eo metu tanto magis inuitaretur ad soluendum precium, & à fallenda fide, quod semper graue est, deterreretur. Sibi enim culpam suã imputet qui fidem fallere maluit quàm implere. Neque verò damnum vllum sentire videtur quod non nisi ex culpa sua sentiat *l. quod quis 203. de regul. iur.* Quamuis ex humanitate receptum sit, vt ei culpa hæc sua hactenus prosit, ne cùm precium aut totum aut pro parte solutum perdidit, fructus quos percepit, restituere venditori teneatur, *l.4.§. sed quod ait supr. hoc tit.* vbi scripsimus.

1 ¶ Idem respondit, si ex lege inempti sint fundi, nec id, quod accessurum dictum est, emptori deberi.

Ad §.1. Idem respondit.

Rat. dvb. Resoluta per legem commissoriam venditione id tantùm fieri potest inuenditum, quod fuit venditum, neque vltra porrigi resolutio venditionis potest. Atqui longè aliud est dicere venditum quid fuisse, aliud verò venditioni accessisse: Quemadmodum & principale aliud est diuersumque ab accessorio. Ergo quamuis ex lege commissoria fundus inemptus sit ob non solutum omne precium, nihil tamen vetat id quod venditioni accessurum esse dictum est, emptori deberi: Præsertim si ponas precium dictum esse fundo ante dictam accessionem, vt in *l.penult. supr. tit. prox.* Cùm enim odiosa sit lex commissoria, *l.AEmilius 38.supr.de minor.* & longè odiosior resolutio venditionis, restringenda potiùs est, quàm amplianda *l.cùm quidam 19.infr. de liber.& posthum. l.hoc modo 64. de condic.& demonstr.*

Dec. Cùm principalis causa non consistit, nec ea quæ accessionis locum obtinent, consistere regulariter possunt *l. cum principalis 178. de regul. iur.* Accessorium enim dicitur ex comparatione principalis, nec quatenus accessorium est, subsistere per se potest absque principali *l. cùm aurum 19.§. perueniamus de aur. argent. mund. legat.* quomodo nec accidens sine substantia apud philosophos, quippe cuius esse non aliud est quàm inesse, vt loquuntur. Ergo si ex lege commissoria fundus inemptus factus sit, nec id quod accessurum esse dictum est, emptori debetur. Quo enim iure, aut titulo deberetur, cùm venditio resoluta est, aut quomodo accederent venditioni, quæ nec vlla est, nec vnquam fuisse intelligitur? Denique tritum est non entis nullas esse qualitates, *vulg.l.pen.vers.quòd si nulla sup. de reb.credit.l.si partem 19. supr. quemadm. seruit. amitt.*

BIU Cujas

2 ¶ Post diem lege commissoria comprehensum, venditor partem reliquæ pecuniæ accepit. respondit, si post statutum diem reliquæ pecuniæ venditor legem dictam non exercuisset, sed partem reliqui debiti accepisset, videri recessum à commissoria.

7. HERMOGENIANVS libro 2. Iuris Epitomatum.

POst diem commissoriæ legi præstitutum, si venditor pretium petat, legi commissoriæ renuntiatum videtur, nec variare, & ad hanc redire potest.

Ad §. 2. Post diem. Et ad l. Post diem 7.

RAT. DVB. Vulgaris formula legis commissoriæ illa fuit, vt si non omne precium intra præstitutum diem solueretur, inemptus fieret fundus, *l. 2. 4. & prox. supr. l. vlt. §. 1. infr. de rescind. vendit.* Atqui quamuis venditor post diem lege commissoria comprehensum partem reliqui debiti acceperit, non eo minùs tamen verum est adhuc paritum non esse legi contractus, nec impletam esse fidem conuentionis, cùm non omne precium solutum fuerit. Ergo non idcirco videri potest venditor à lege commissoria recessisse.

DEC. Implicat contradictionem, vt venditio resoluta sit & duret. Ergo nec fieri potest, vt in vēditoris arbitrio sit, an ad vtrunque agere velit siue simul siue separatim, cùm allegans contraria, imò verò contradictoria non sit audiendus *vulg. l. 1. C. de furt.* Non enim potest iuris authoritas in arbitrio esse agentis quæ nec in arbitrio est iudicantis, *l. 1. §. 1. infr. ad SC. Turpill. l. ordine 15. infr. ad municip.* Atqui venditor cùm exercet commissoriam, dicit venditionem resolutam esse, nec ampliùs subsistere, cùm verò post diem lege commissoria comprehensum petit, aut accipit precium aut partem precij, supponit venditionem valere & durare. Ergo eligendo precium videtur legi commissoriæ renunciare non tantùm si partem eius accipiat, vt in hoc §. sed etiam si solummodò petat vt in *l. prox. seq. & in l. 4. §. eleganter supr. eod.* vbi hanc ob causam scribit eleganter Vlpianus ex Papiniano statim atque commissa lex est statuere venditorem debere vtrum commissoriam exercere velit, an potiùs precium petere nec posse, si commissoriam elegerit, postea variare. Idemq; est etiamsi non ipsum precium venditionis, sed precij vsuras tantùm petierit, *l. commissoriæ 4. C. de pact. int. empt. & vendit.* Nec distinguendum est cum iis quos Accursius refert, an precium quod petiit aut precij vsuras habuerit nécne. Tantum enim potest sola petitio quantum acceptio, vt legi commissoriæ renunciasse venditor intelligatur, cùm id ex solius venditoris arbitrio & voluntate pendeat non ex consensu emptoris, *l. AEmilius Larianus 38. supr. de minor.* Sic petitionem hereditatis amittit heres qui precium rei hereditariæ venditæ consequi maluit quàm rem ipsam petere, *l. sed etsi 25. §. item si rem versic. certè si minori supr. de hered. petit.* Item depositarius priuilegio depositi renunciat, si pecuniæ depositæ vsuras acceperit, *l. si hominem 7. §. quoties supr. depos.* Iunge *l. si præcedente 58. §. vltim. supr. mandat. l. nihil interest 12. §. 1. de inoff. testam. l. quod in herede 9. §. eligere de tribut. act. l. si seruus alienus 66. infr. de fideiuss. & l. AEmilius 38. supr. de minor.*

8. SCÆVOLA libro 7. Responsorum.

MVlier fundos Gaio Seio vendidit, &, acceptis arræ nomine certis pecuniis, statuta sunt tempora solutionis reliquæ pecuniæ, quibus si non paruisset, emptor pactus est, vt arram perderet, & inemptę villæ essent. die statuto emptor testatus est, se pecuniam omnem reliquam paratum fuisse exsoluere, & sacculum cum pecunia signatorum signis obsignasse, defuisse autem venditricem. [a] posteriore autem die [b] nomine fisci testatò conuentum emptorem, ne ante mulieri pecuniam exsolueret, quàm fisco satisfaceret. Quæsitum est, an fundi non sint, in ea causa, [c] vt à venditrice vindicari debeant ex conuentione venditionis. Respondit, secundùm ea: quæ proponerentur, non commisisse in legem venditionis emptorem.

Ad l. Mulier vlt.

RAT. DVB. Legis commissoriæ condicio negatiuè concipitur, *si intra certum diem omne precium venditionis solutum non erit*, ideóque solo non facto impletur, & per solam cessationem, *l. AEmilius 38. supr. de minor.* Atqui non eo minùs verum est cessasse emptorem in solutione precij, quòd ex parte venditoris nemo fuerit cui solui posset. Ergo non eo minùs committetur lex venditionis, vt inemptus fiat fundus, quemadmodum committeretur si ex parte emptoris nemo esset qui posset soluere, puta si mortuus ante diem esset emptor, necdum adita ipsius hereditas proponeretur vt in *l. ad diem 77. infr. de verb. oblig.*

DEC. Lex commissoria pœnalis est. Punit enim moram emptoris qui intra præstitutum tempus non satisfecit conuentioni & fidem fefellit, *l. lege 5. supr.* Etsi autem ex sola cessatione, solóque lapsu temporis mora hoc casu ipso iure committitur, die interpellante pro homine, vt scripsimus ad *l. 4. §. vlt. sup.*

BIU Cujas

vlt. supr. Non tamen id adeò absolutè verum est, vt non licere debeat emptori se ab eius legis potestate soluere, ac liberare, *d. §. vlt.* Alioqui esset inutilis obligatio & conuentio, tanquam rei impossibilis, si debitori ratio nulla se liberandi superesset. Liberationis porrò inducendæ ratio alia esse non potest, quàm vt vel soluat emptor venditori, vel saltem offerat solutionem, *d. §. vlt.* Vt proinde si nemo sit cui offerre possit, inculpata sit cessatio, cùm nihil possit imputare emptori venditor ex cuius parte impedimentum fuit, ne solui ei potuerit. Non igitur videri potest emptor commisisse in legem venditionis, etiamsi pecuniam precij intra diem non soluerit, si modò statuto die contestatus sit, id est, coram testibus protestatus paratum se fuisse reliquam omnem pecuniam ad diem exsoluere, & sacculum cum pecuniis signis signatorum obsignauerit, defuisse autē personam quæ vēdidit, & cui pecunia solui debuit. Quid enim ampliùs facere possit ēptor, vt legi vēditionis parēre, nec fidē fallere voluisse credi debeat? *l. acceptā, 9. C. de vsur.*

a *Posteriore autem die.* RAT. DVB. Obsignatio totius debiti vim solutionis obtinet, quoties aliter solutio fieri non potuit, *l. obsignatione 9. C. de solut.* Ergo sera & inutilis fuit denunciatio post obsignationem facta emptori nomine fisci, ne pecuniam illam priùs solueret venditrici, quàm ipsa fisco satisfecisset, tanquam facta post liberatum iam emptorem, perinde acsi venditrici vera solutio facta esset.

DEC. Tunc vim solutionis habet obsignatio, cùm facta est post recusatam sine causa solutionem à creditore, vt in *d. l. acceptam, l. si per te non stat 9. eod. tit. l. nec creditores 10. l. vlt. C. de pignor. act.* Atqui in specie proposita non fuit solutio venditrici oblata quæ aberat. Non ergo poterat obsignatio ista vim habere solutionis ad emptorem omnino liberandum, ne precium debere ampliùs videretur. Neque verò tam ea mente fiebat hæc obsignatio, vt precij soluendi obligatio tolleretur, quàm vt se emptor à legis commissoriæ potestate liberaret, ne in legem commisisse dici posset. Non enim sola protestatio sufficere hoc casu poterat, vt saltem vim oblationis haberet, nisi obsignata fuisset pecunia, quia nec videtur oblatum quod non durat oblatum, *arg. l. si pro patre 10. §. versum, supr. de in rem vers.* Non autem videri posset durare oblatum, quod penes emptorem adhuc mansisset. Qua ratione, nec ab vsurarum obligatione emptor se liberasset, tanquam qui & rem & precium penes se habuisset *l. euictis 18. §. 1. infr. de vsur. l. Iulianus 13. §. veniunt, De action. empt.* Prodest igitur hæc obsignatio, non vt emptor liberetur à solutione precij, sed vt liberetur à potestate legis commissoriæ, nec in pœnam conuentionis illam incidat, vt & arras perdat, & fundus inemptus fiat. Ideóque non inutiliter post eiusmodi obsignationem denunciatio ei fit tanquam adhuc debitori, ne mulieri pecuniam solueret, priùs quàm fisco satisfaceret. Quæ tamen denūciatio esset inutilis, si emptor iā esset liberatus, sicuti nec cōtra eū cedi hoc casu actio vlla posset, *l. Modestinus 7. infr. de solut. l. 1. C. de contrar. iudic. tutel.*

b *Nomine fisci testato conuentum.* Significatur his verbis denuntiatio & inhibitio facta emptori de non soluenda venditrici pecunia priusquàm fisco satisfactum esset.

RAT. DVB. Denunciatio facta debitori ne soluat, non potest eum excusare, cùm semel debitor sit constitutus, *l. vtrùm 27. supr. de constit. pecun.* sicuti nec denunciatio debitoris facta creditori, ne pignus distrahat, *l. 1. C. debit. vendit. pignor. imped. non poss.* Ergo neque in proposita specie excusandus est emptor ob id solùm quòd ei denunciatum sit à fisco ne solueret.

DEC. Multùm refert an denunciatio facta sit mandato iudicis, & per officialem, vt nostri loquuntur, an verò sola priuati hominis authoritate. Priore casu, nec dolo, nec culpa facere videtur is, qui paret iudici, & qui parēre habet necesse, *l. non videntur 167. §. 1. iunct. l. is damnum dat 169. l. non potest dolo carere 199. de reg. iur. l. 4. in prin. de aqua & aquæ pluu. arcend.* Posteriore verò nihil potest facere denunciatio, nisi iusta causa fuerit denunciandi & inhibendi, vt in *l. 3. C. de nouat. & delegat. l. nomen 4. C. quæ res pignor. oblig. poss.* Noli tamen existimare cum Bartolo denunciationem hanc facere, vt in specie huius legis emptor non incidat in pœnam legis commissoriæ. Excusatur enim emptor, non propter denunciationem, sed propter protestationem & obsignationem ab eo factam, priusquàm lex venditionis committeretur. Alioqui serum esset auxilium denunciationis factæ post diem præstitutum, pœnámque iam commissam. Et verò non indiget emptor auxilio isto denunciationis, vt ei prosit ad impediendam moram, si iam contracta esset, aut ad purgandam eam, quæ nec purgari potest, sed satis est, vt ei non noceat. Nocere namque videbatur, quasi ablationis effectum impediret, facerétque ne oblata priùs pecunia, adhuc durare oblata videretur, cùm non esset ampliùs in potestate emptoris consentire, vt venditrici solueretur. Et noceret sanè, si post moram aut culpam aliquam emptoris ea res contigisset, cùm etiam fortuitos casus præstare debeat is, qui culpam cōmisit quoties culpa præcessit casum, *l. 5. §. quod verò, l. vlt. supr. commod.* sed cùm neque mora, neque culpa vlla præcesserit ex parte emptoris, qui paratus fuit soluere, & pecuniam obsignauit, at ex parte venditricis potiùs quæ defuit cùm adesse deberet ad solutionem accipiendam, non debet fortuitum illud impedimentum quod superuenit ex fisci denunciatione, imputari emptori, vt eò magis in legem venditionis commisisse videatur, à qua iam fuerat liberatus. Et hæc meo iudicio legis huius sententia, & ratio est.

c *Vt à venditrice vindicari debeant.* RAT. DVB. Resoluta per legem commissoriam venditione, licèt titulus reducatur ad non titulum, dominium tamen quod à venditrice in emptorem transierat, ad eam redire non potest citra retrotraditionem, quemadmodum nec fuerat translatum in emptorem sine traditione, *l. ab emptione 58. supr. de pact. l. 1. & 2. C. quando liceat ab empt. disced. vulg. l. nihil tam naturale 35. de reg. iur. l. prout 80. de solut.* Ergo rei vēditæ vindicatio cōpetere hoc casu venditrici nō potest, sed tātùm actio ex vēdito, vt disertè scriptū est *in l. 3. C. de pact. int. emp. & vend.* DEC. Vindicatio cōpetit domino, *l. in rē 23. sup. de rei vind. l. doce 9. & tot. ti. C. eo.* Atqui ponimus venditricē manssisse dominā: nulla enim traditionis mētio fit in hac lege, quę sola dominiū trāsferre potest præcedente iusto titulo, sed tantùm venditionis, quæ sine traditione inefficax est ad domini m transferendum, *l. traditio 20. l. nūquam nuda 31. de acquir. rer. domin. l. traditionibus 20. C. de pact.* Resoluta igitur venditione per legem cōmissoriā, supereſt vt vindicari possit res vēdita, non

BIU Cujas

solùm ipso iure, sed etiam sine metu exceptionis rei venditæ quidem, sed nunquam traditæ. De qua in *Tit. de except. rei vendit. infr.* Aliud iuris esset, si traditio facta fuisset, *d. l. 3. C. de pact. int. emptor. & vendit.* nisi precariam duntaxat possessionem venditor emptori tradidisse proponeretur; vt ea lex ait, quoniam precaria possessio ita facit emptorem possessorem corpore, vt tamen & ipse retineat sibi animo possessionem, *l. certe 6. §. is qui rogauit l. & habet 15. §. eum qui inf. de precar.* Et de hoc casu accipienda est *l. commissoriæ 4. C. de pact. int. empt. & vendit.* Vt scripsimus ad *l. 2. supr. Tit. prox. & ad d. l. si quis hac lege 41. supr. de rei vindic.* contra quàm Accursius & alij interpretes vulgò sentiant.



DE HEREDITATE VEL ACTIONE VENDITA.

TIT. IV.

POMPONIVS libro 9. ad Sabinum.

SI hæreditas venierit eius, qui viuit, aut nullus sit: nihil esse acti: quia in rerum natura non sit, quod venierit.

Ad l. Si hereditas 1.

RAT. DVB. Hereditas nihil aliud est, quàm dominium. Heredem enim Veteres dicebant pro domino, *§. vlt. Instit. de hered. qualit. & differ. l. de hereditate 19. §. pater, inf. de castrens. pecul. l. 3. §. Pomponius adjicit*, secundùm emendationem quam ad illum locum attulimus, *supr. de minor.* Atqui dominus quisque est rerum suarum, quandiu viuit. Ergo & viuentis hereditas dici potest, ac proinde etiam vendi. Præsertim cùm etiam res futura vendi possit, vt putà fructus, qui ex fundo Corneliano nascentur, aùt partus ex Arethusa, *l. nec emptio 8. sup. de contr. empt.* Tam enim certum est hereditatem alicuius futuram esse, quàm eum moriturum, quod in fructibus diuersum est, qui possunt non nasci, *l. si debitor 39. §. 1. eod. l. interdum 73. de verb. oblig.*

DEO. Hereditas nomen iuris, & fictitium est, quod licèt in iure consistat, non in corpore, *l. hereditas 50. sup. de hered. pet. l. pecuniæ 178. §. 1. de verb. sign.* nihil tamen aliud significat, quàm successionem in vniuersum ius quod defunctus habuit, *l. nihil est aliud 24. eod. l. heredem 59. de reg. iur.* adeò vt damnosam quoque hereditatem contineat, quæ plus habeat incommodi, quàm commodi, *l. hereditatis 119. de verb. sign.* In quo maximè differt hereditatis appellatio ab appellatione bonorum, *l. propriè 83. eod.* Est autem inducta hæc fictio mira iuris arte, vt inueniretur ratio continuandi dominij, quod defuncti fuisset in heredem, cùm defunctus homo nullus sit, ac proinde res hereditariæ defuncto patrefamilias incipiant esse in bonis nullius, *l. 1. supr. de rer. diuis.* & consequenter possent fieri primi occupantis ex iure gentium, *l. 1. 2. & 3. infr. de acquir. rer. domin.* nisi hoc veluti remedio heredi prospiceretur. Ita constituto iure, vt patrimonium quod viuentis fuerat eo mortuo, statim ac primo instanti conuerteretur in hereditatem. Hereditas autem defuncti personam sustineret, *l. hereditas 34. eod. tit. l. non minùs 31. §. 1. de hered. instit.* tandiúque maneret hereditas, quandiu adita non esset, ac heres aliquis speraretur: aditione autem secuta desineret esse hereditas, fierétque heredis patrimonium translato in heredem omni eo iure, quod penes iacentem hereditatem fuisset, *l. 1. §. Scæuola, infr. si is qui testam. lib. ess. iuss. est.* Vnde est quod dicimus heredem & hereditatem eiusdem personæ vicem sustinere, id est, defuncti, *l. heres & hereditas 22. inf. de vsucap.* Et voluerunt prudentes fictionem hanc dici hereditatem, vt significarent dominium durare, quòd defuncti fuerat, indéque heredem quoque dixerunt, quasi dominum earum rerum, quarum defunctus dominus fuisset. Itaque dominus quidem est, quisquis heres est: sed non è contrario, quisquis est heres, etiam dominus est. Latiùs siquidem patet nomen domini, quàm heredis. Ita fit, vt dominium quod defuncti fuerat, continuetur in heredem sine vlla interruptione per mediam hereditatem, acsi primo post mortem instanti heres defuncto successisset, *l. omnis hereditas 138. l. omnia ferè 193. de reg. iur. l. heres quandoque 54. de acquir. hered.* Nec proinde tanquam vacans fieri possit primi occupantis, aut inuito herede in alium transferri, *l. si ego 9. §. si res, inf. de iur. dot.* nisi proponas fuisse aliquid ex hereditate legatum per vindicationem, *l. legatum 80. de legat. 2. l. à Titio 64. de furt.* nam si vel minimo instanti aliqua dominij interruptio fieret, nulla continuandi in heredem dominij ratio supereesset, nouóque iure ac titulo indigeret, vt fieri dominus posset. Idque adeò verum est, vt si alia ratione continuari possit dominium defuncti in successorem, putà à patrefamilias in filiumfamilias, qui iam viuo adhuc patre bonorum paterno-

paternorum dominus esse creditur, nulla hereditas esse intelligatur, *l. in suis 11. de liber. & posthum,* quia nec fictio vlla eo casu necessaria est, quam porrò, quia merum mendacium est, numquam ciuilis legislator inducit absque necessitate. Cur enim personam fictam induceret vbi adest vera? Nam neque personam fictam quã induxit, retinet, nisi quandiu necesse est, id est, quousque adsit persona heredis quæ vera est, *d. §. Scæuola d. l. heres & hereditas.* Quare nec filiumfamilias qui patri superuixit, simpliciter heredem dicimus, sed cum adiectione, *Suum heredem d. l. in suis,* vt significemus non tam fieri eum heredem & dominum rerum paternarum quàm existere & apparere sola iuris potestate, nec requisito extrinsecus auxilio additionis, *l. 1. §. qui sunt in potestate infr. si quis omiss. caus. testam. l. in suis 14. de suis & legit.* Quasi non tam ad paterna quàm ad propria bona veniat, *l. 1. §. largiùs de succeff. edict.* Cùm igitur hereditatis fictio & persona ficta inducatur eo tantùm instanti quod immediatè sequitur instans mortis, quod ipsum instans mortis vitæ tribuitur non morti, *l. qui duos 18. §. 1. infr. de manum. testam.* Consequens omnino est, vt viuentis hominis hereditas esse nulla possit, nullúsque heres, *l. 1. infr. Pro hered.* non magis, quàm vt eodem instanti & viuere, & non viuere quis existimetur. Vnde etiam est, quod nemo pro herede gerere potest, viuo eo, de cuius bonis agitur, *l. neminem, 27. infr. De acquir. hered.* nec superstitis hereditatem repudiare; *l. qui superest 9. ff. eod.* Ergo, si viuentis hominis hereditas venierit, non potest venditio valere, tanquam eius rei, quæ nulla sit, cùm nec emptio, nec venditio sine re quę veneat, intelligi possit, *d. l. nec emptio, 8. in princip. supr. de contr. empt. l. cùm hereditatem, 7. infr. hoc tit.* Quòd si quis hanc venditionem quasi futuræ rei accipere velit, æquè nulla erit venditio, sed alia, & noua ratione, quòd improbæ sint, & iure nostro improbatæ pactiones istæ omnes de hereditate viuentis, tanquam quæ plenæ sint periculosissimi euentus, & votum inducant captandæ mortis, *l. vlt. C. de pact. l. 2. §. interdum, infr. de vulg & pupill. substit. l. 2. §. vlt. de his quæ vt indig. l. 1. §. si impubere, infr. de collat. bonor.* Dicitúrque festinare contra ius gentium, & contra bonos mores, qui solicitus est, & paciscitur de hereditate viuentis, *l. donari, 29. aliàs l. quidam, §. donationem, inf. de don. l. stipulatio hoc modo concepta, 61. de verb. oblig. l. 4. C. de inutil. stipulat.* Similiter nulla venditio est, si quis vendiderit hereditatem eius, qui nullus est, siue ideò nullus sit, quod in rerum natura nec sit, nec vnquam fuerit, siue quia pro nullo habeatur, vt seruus, qui quod ad ius ciuile attinet, non tam pro mortuo, quàm pro nullo habetur, *l. quod attinet, 32. de reg. iur.* quia non habet caput in ciuitate, *l. 3. §. vlt. & l. 4. supr. de capit. minut.* nec minùs prætorio iure, quàm ciuili, *l. qui testamento, 20. §. seruus, infr. Qui testam. facer. poss.* His igitur casibus tenere emptio non potest. Sed tamen non eò minùs æquum est teneri venditorem, qui emptorem decepit, vt & precium præstet actione ex empto, & si quid in eam rem impensum est ab emptore, & si quid præterea eius interfit, *l. quòd si nulla, 8. inf. hoc tit. l. si sterilis, 21. §. quamuis, infr. de action. empt.*

2. VLPIANVS libro 49. ad Edictum.

VEnditor hæreditatis satisdare de euictione non debet: cùm id inter ementem, & vendentem agatur, vt neque ampliùs, neque minùs iuris emptor habeat, quàm apud hæredem futurum esset. [a] planè de facto suo venditor satisdare cogendus est.

Ad l. Venditor 2.

RAT. DVB. Nunquam venditor satisdare cogitur de euictione, nisi cùm id nominatim actum, & dictum est: sed tantùm carere nuda repromissione, *l. 4. l. si dictum. 56. inf. de euict. l. pacta conuenta, 72. supr. de contr. empt.* Ergo non erat cur Vlpianus moneret venditorem hereditatis satisdare de euictione non debere, quasi esset hoc speciale in hereditatis venditore, quod tamen omnibus commune est, nisi fortè ex iis fuit Vlpianus, quos Paulus in *d. l. si dictum,* refert, eum existimare vulgò teneri venditorem ad satisdandum, quod tamen non est probabile, vt constat ex *d. l. 4. de euict.* quæ Vlpiani est sententia.

DEC. Sensus Vlpiani meo iudicio est, frustrà desiderari ab hereditatis venditore, quod à cæteris venditoribus desiderari solet, vt de euictione satisdet, de qua nec cauere quidem cogitur, ratione speciali quam adfert, quod inter ementem & vendentem id agatur, vt neque plus, neque minus iuris emptor habeat, quam apud heredem futurum esset. Quæ ratio probat, non magis cogendum esse venditorem cauere de euictione, quàm satisdare. In eóque errauit Accursius, qui venditorem hereditatis ad hoc teneri putat, non quidem vt satisdet, sed vt caueat ex *l. emptori duplam, 37. infr. de euict.* quæ tamen de hereditatis venditore non tractat. Nec video cur distinguat Accursius hoc iure hereditatem à singulis rebus hereditariis, pro quibus fatetur, neque cauendum esse, neque satisdandum: nisi quod fieri faciliùs potest, vt res hereditaria euincatur, tanquam non hereditaria, siue per iniuriam iudicis quæ emptori facta non debet vẽditorem contingere, *l. exceptione, 67. de fideiuss.* siue per stultitiam & contumaciam emptoris, qui iudicio non adfuerit, quam inscitiam aut cõtumaciam venditori nocere æquum non est, *l. si ideo, 55. iunct. l. si per imprudentiam, 51. infr. de euict.* Planè si proponas venditorem adfirmasse specialiter rem aliquam esse hereditariam, quæ non erat hereditaria, dubitãdum non erit, quin de euictione teneri eo casu debeat, quia de substantia hereditatis adfirmauit, vt notat Accursius ex *l. nisi de substantia, 15. infr.* Idémque est, si res aliqua ex iis quæ à venditore traditæ sunt tanquam hereditariæ, euicta fuerit, non quasi non hereditaria, sed quasi heres non sit is, qui vendidit. Hoc enim casu, non tam res singularis, quàm hereditas ipsa vendita intelligitur, *l. 1. C. de euict.* Quemadmodum & is, qui rem aliquam hereditariam possidet, vel minimam hereditatis petitione conueniri potest, *l. regulariter, 9. & sequ. supr. de hered. petit.* Nec distinguimus his casibus, an de euictione promissum sit, nécne. Est enim hoc ex eorum genere, quæ ex natura contractus præstanda sunt: etiam si de eo nihil in vendendo dictum sit, *l. in vendendo, 66. supr. de contr. empt.* Quod & Accursius noster benè docet.

a *Planè de facto suo.* RAT. DVB. Id agi videtur

inter emptorem & venditorem hereditatis, vt nec plus nec minus emptor iuris habeat quàm apud heredem futurum esset, si non vendidisset, vt proxime diximus. Ergo non magis de suo quàm de ipsius defuncti facto satisdare aut cauere heres idemque venditor debet. Præsertim cùm in venditione qualibet si quæratur quid sit venditum & quantum, inspici oporteat præcisè tempus contractus, *l. Rutilia Polla 69.* vbi scripsimus, *sup. de contr. empt.* quod & in hereditatis venditione obtinet, vt subiicit Vlpian. *in §. prox. seq.*

DEC. Inter emptorem & venditorem hereditatis id agi intelligitur, vt quicquid ex hereditate peruenit in id vsque tempus quo venditio fit, venisse id videatur, *d. §. prox. seq.* Peruenit autem etiam id quod heres vendidit. Quomodo enim vendidisset si non ad eum peruenisset? Factum autem cuique suum nocere debet non alteri, *l. factum 155. de regul. iur.* de illo solum quæri potest an rem ipsam venditam, an rei precium præstare venditor debeat, de quo in *l. venditor 21. infr. hoc tit.* vbi dicemus. Ergo de suo facto venditorem satisdare æquum est ne forte decipiatur emptor si venditor rem aliquam hereditariam pignori dederit, aut seruitutes imposuerit, quod pro suo iure tanquam dominus facere potuit, *l. si post acceptum 18. supr. de rei vindic. l. de tuo 9. supr. Mandat.* Aut si per venditorem factum erit ne quid ex hereditate ad se perueniret. Fuit enim illa vulgaris formula in stipulatione emptæ & venditæ hereditatis, *Quanta pecunia ad te peruenerit, dolóve tuo factum est, erit ve quominus perueniat l. in illa stipulatione 50. §. 1. infr. de verb. oblig.* Nec sufficiet venditori repromittere de dolo, vt malè putat Cuiacius, *libr. 2. Obser. cap. 30.* cùm Vlpianus apertè hîc scribat cogendum esse illum satisdare, quod nihil aliud est quàm cum fideiussore cauere, *l. si dictum 55. infr. de euict. l. pacta conuenta 72. de contr. empt. supr.*

1 ¶ In hereditate vendita vtrùm ea quantitas spectatur, quæ fuit mortis tempore: an ea quæ fuit, cùm aditur hereditas, an ea, quæ fuit, cùm hereditas venundatur, videndum erit, & verius est, hoc esse seruandum: quod actum est. plerumque autem hoc agi videtur: vt quod ex hereditate peruenit in id tempus, quo venditio fit, id videatur venisse.

Ad §. 1. In hereditate.

RAT. DVB. Hereditas constituitur fictione ac potestate iuris primo instanti post mortem defuncti, vt scripsimus ad *l. 1. supr.* Neque verò amplius hereditas est à quo tempore fuit adita. Fit enim patrimonium heredis, *l. 1. infr. de separat.* Ergo cùm hereditas venditur, id tacitè inter emptorem & venditorem actum intelligi debet, vt mortis tempus spectetur, aut saltem aditionis, quo demùm tempore finitur hereditas, non etiam tempus venditionis. Præsertim cùm si quid hereditati post aditionem accesserit siue fructuũ nomine siue ex venditoris negotiatione, id totũ non tam hereditati quàm rebus hereditariis accepto ferendum sit *l. in fideicommissaria 18. vers. quoties infr. ad SC. Trebell. aut ipsius venditoris negotiationi & industriæ l. venditor 21. infr. hoc tit.* Atque ita in lege Falcidia seruari solet, vt mortis tempus inspici oporteat, siue posteà creuerit hereditas, siue decreuerit, *l. in quantitate 73. infr. ad leg. falcid.*

DEC. In emptis quidem & venditis inspiciendum semper est, quid actum sit, *l. sed Celsus 6. §. 1. supr. de contr. empt.* Sed tamen id agi plerunque intelligi debet, vt contractus tempus inspiciatur, *l. Rutilia 69. l. in lege 77. eod. tit.* Cùm id agatur vt nec plus nec minus iuris in emptorem hereditatis transferatur, quàm penes heredem futurum esset si non vendidisset, vt proximè suprà dictum est, & vt emptor heredis vicem obtineat *§. cùm quis 18. inf. hac lege.* Ergo si hereditas siue fructibus siue quo alio modo aucta sit, totum id in venditionem venit vt nullum lucrum penes venditorem remaneat, nullúmque damnum, sed quicquid commodi & incommodi est, in emptorem transferatur, *§. ficti infr. hac lege. l. 2. C. eod.* Verum igitur est quod Iacobus Cuiacius docet, *libr. 2. Obser. cap. 30.* in exquirenda quantitate hereditatis venditæ ita spectari tempus vẽditionis, vt accessiones hereditatem augeant, decessiones tamen heredis facto contingentes, de quibus proximè diximus, non diminuant. In quo nulla venditori iniuria fit: cuius incommodo aut damno non potest videri cedere, quod ab ipso factum est, ex quo vel lucrum ipse senserit vel si nullum senserit, sibi debeat imputare cur fecerit. Necest quod cum Accursio dicamus non esse locum cautionibus de quibus in *§. peruenisse & aliis seqq. infr.* nisi cùm id actum est vt mortis tempus inspici oporteat. Cùm ibi de cautionibus ne quidem verbum vllum, nec de conuentione illa quam Accursius comminiscitur de spectando tempore mortis non venditionis.

2. ¶ Illud potest quæri, si etiam impuberi sit substitutus is, qui vendidit hereditatem testatoris, an etiam id, quod ex impuberis hereditate ad eum qui vendidit hereditatem, peruenit, ex empto actioni locum faciat. & magis est, ne veniat: quia alia hereditas est. licet enim vnum testamentum sit: alia tamen, atque alia hereditas est.[2] planè si hoc actum sit: dicendum erit, etiam impuberis hereditatem in venditionem venire: maxime si, iam ei delata impuberis hereditate, venierit hereditas.

Ad §. Illud potest quæri 2.

RAT. DVB. Patris & filij testamentum vnum est *l. 2. §. prius autem l. patris & filij 20. infrà de vulg. & pupill. substit. l. paterfamilias 28. de rebus author. iudic. possid. aliàs l. 13. de priuileg. credit.* vnúmq. & idem iudicium patris scil. non filij impuberis, qui iudicio caret, *l. Papinianus 8. §. sed nec impuberis, supr. De inoffic. testa.* Et sicut codicilli pars intelligũtur testaméti, ita &

in & secundæ tabulæ principalium partem obtinere videntur *l. penult. infr. Testam. quemadm. aper.* Ita vt quos pater sibi necessarios heredes facere potest, possit & filio *d. l. 2. §. priùs autem l. sed si plures* 10. *§. 1. de vulg. & pupill. substit.* Ergo quemadmodum pupillare testamentum nihil nisi pars & sequela quædam est paterni testamenti: Ita & pupillarem hereditatem dicendum est partem quandam & sequelam esse paternæ hereditatis, *arg. l. qui patri* 59. *infr. de acquir. hered.* ac proinde cùm paterna hereditas venditur perinde haberi debere, ac si vēditor pupillarē quoque hereditatem accessurā dixisset. Quo casu nemo dubitaret, quin id omne præstare venditor deberet, quod accessurum esse dixisset *l. si in emptione* 34. *in princip. l. si cùm fundum* 68. *supr. de contr. empt.* Nam & quædam sunt, quæ tacitè accedunt, etiamsi dicta non sint, nec scriptura contineantur, *l. qui fundum* 40. *§. 1. l. fistulas* 78. *eod.*

Dec. Patris & filij duæ sunt hereditates, licèt vnum duntaxat sit testamentum, adeò vt nec defuerint qui dicerent duo esse testamenta *l. 1. §. 1. infr. si cui plus quàm per leg. falcid.* aut saltem quodammodo duo *§. igitur Instit. De pupill. substit.* Cùm igitur patris tantùm hereditas vendita sit, nulla ratio suadet vt filij quoque hereditas vendita esse intelligatur à substituto, siue iam tum cum vendidit, substitutionis pupillaris conditio euenerit, siue impubes post venditionem decesserit. Nec potest videri pupillaris hereditas esse pars quædā & sequela paternæ, cùm sit æquè principalis, & plerunque interfit pupilli hereditates separari non tantùm in personaipsius, sed etiam in persona substituti pupillaris. Ne quis metu onerum patris timidius adeat pupilli hereditatem *leg. quæsitum* 40. *cum duab. seqq. infr. de acquir. hered. leg. si filius* 12. *de vulg. & pupill. substit.* Nescio autem cur Accursius noster in hanc rem adferat quod scriptum est in *leg. si Titius ex parte* 96. *de legat.* 3. Si ex parte heres Titius rogatus sit, Mæuio hereditatem restituere, & rursus Titio coheres eius rogatus sit partem suam aut partis partem restituere, non debere Titium hanc quoque partem quam à coherede ex fideicommisso recepit, Titio restituere. Ratio enim eius sententiæ illa est, quam Caius eo loco adfert, quòd hereditatis appellatione neque legata neque fideicommissa contineantur. Non enim similiter possis dicere hereditatis appellatione pupillarem non contineri: Cum & ipsa hereditas sit.

a *Planè si hoc actum sit.* Rat. dvb. Non potest inter contrahentes agi, vt non alia sit hereditas patris, alia filij, cum sint diuersarum personarum patrimonia. Ergo neque illud agi potest, vt vendita patris hereditate ab herede patris qui pupillo quoque substitutus fuerit, (pupillo enim siue instituto siue exheredato substitui pupillariter potest *l. 1. §. substituere de vulg. & pupill. substit.*) etiam pupillaris hereditas veniat in venditionem.

Dec. In emptis & venditis sequimur semper id quod actum est *leg. sed Celsus* 6. *§. 1. supr. de contrahend. emption.* Maximè cùm quæritur, quid & quantum venditum sit. Quia, pro quantitate & qualitate rei venditæ precium maius aut minus conuentum esse intelligitur. Neque verò adeò distat hereditas pupillaris à paterna, vt non facilè possit videri, vendita in consequentiam paternæ, cùm sit eius veluti quædam accessio, eo respectu, quòd testamentum pupillare pendet ex paterno, vnumque & idem iudicium est, vt suprà diximus ex *dict. leg. Papinianus* 8. *§. sed nec impuberis de inoff. testam. dict. leg. patrus & filij* 20. *de vulgar. & pupill. substit.* Sed hoc ita omnimodò intelligi debet, si venditionis tempore iam delata fuerit hereditas pupillis. Alioquin viuentis hominis hereditas vendita videbitur, quod nec per conuentionem expressam fieri potest *l. 1. supr. l. donari* 29. *aliàs l. quidam §. donationes de donat.* Ergo dicendum est cum Accursio abundare dictionem *maximè*, vt & in *l. vlt. §. 1. C. de testam. manum.* vbi dictio *maximè* ponitur restrictiuè pro *scilicet* non implicatiuè, vt contrarium quoque casum contineat. Posset quidem addi substitutionem siue pupillarem siue aliam quamlibet quæ nondum competit extra bona nostra esse *l. substitutio* 42. *de acquir. rer. domin.* Sed non esset bona ratio, cùm etiam alienares vendi possit *vulg. l. rem alienam* 28. *de cōtr. empt. supr.* Melius igitur & verius est dicere hereditatem pupilli adhuc viuentis nullam esse quàm alienam, ideóq; venditionem tenere nō posse *l. nec emptio* 8. *supr. eod. ill. tit.* Nec si pupilli hereditatem, quæ secunda Accursij interpretatio est, habeas pro accessoria *arg. l. in modicis* 24. *eod.* Pupillaris enim hereditas viuo pupillo, non tam extra commercium est, vt locus sacer vel religiosus de quo in *dict. leg. in modicis*, quàm nulla, vt diximus. Quæ proinde nec tanquam principalis, nec tanquam accessoria in pactionem venire potest, cum non entis nullæ sint qualitates, vt diximus ad *dict. legem 1. supr.*

3 ¶ Peruenisse ad venditorem hereditatis quomodo videatur, quæritur. & ego puto, antequam quidem corpora rerum hereditariarum nactus venditor fuerit, hactenus videri ad eum peruenisse, quatenus mandare potest earum rerum persecutionem, actionésque tribuere. enimuero vbi corpora nactus est, vel debita exegit: plenius ad eum videri peruenisse. Sed & si rerum venditarum ante hereditatem venditam pretia fuerit consecutus: palam est, ad eum pretia rerum peruenisse. a Illud tenendum est, cum effectu videri peruenisse, non prima ratione. idcirco, quod legatorum nomine quis præstitit, non videtur ad eum peruenisse. Sed & si quid alieni æris est, vel cuius alterius oneris hereditarij: peruenisse meritò negabitur. b Sed & rerum ante venditionem

BIU Cujas

donatarum pretia præstari, æquitatis ratio exigit.

Ad §. 3. Peruenisse.

RAT. DVB. Hereditas est successio in vniuersum ius quod defunctus habuit *l. nihil aliud est 24. de verb. signific.* Ergo res omnes quæ penes defunctum fuerunt in hereditatem transire & consequenter ad heredem peruenisse intelliguntur. Transfert enim hereditas in heredem quicquid priùs fuit hæreditatis *l. 1. §. Scæuola infr. si is qui testam. lib. ess. iuss.* Ergo res ipsæ, quæ à defuncto iure dominij tenebantur non actiones earum nomine heredi competentes si non fortè iam defuncto competierant. Multo minus precia rerum, quas heres fortè vendiderit post additionem & ante venditionem hereditatis. Præsertim cùm in iudiciis tantùm vniuersalibus receptum sit, vt precium succedat loco rei, non autem in singularibus, quale est iudicium quod cõstituitur per actionem ex empto aut vendito *l. sed vtrum 23. supr. de hered. petit. l. sed quod inde 72. de legat. 2.* Cùm enim venditur hereditas, vniuersitas quidem illa venditur iurium omnium quæ defuncti fuerunt, sed titulus tamen ipse venditionis singularis est, nec computatur inter modos acquirendi per vniuersitatem. Sed & cùm supra dixerimus, Hereditate vendita, si quæratur quid & quantum venditũ sit, inspiciendum esse præcisè tempus contractus *§. 1. supr. ex l. Rutilia 69. & l. in lege 77. De contrah. empt.* Cur obligamus venditorem vt præstet emptori precia rerum, quas vendidit, cum eæ non sint amplius in hereditate?

DEC. Cum venditur hereditas, id agitur inter emptorem & venditorem vt nec plus nec minus iuris in emptorem transeat, quàm apud heredem futurũ esset, vt scriptum est initio huius legis, & vt lucrum omne damnúmque ad hereditatis emptorem pertinea *§ sicuti infr.* Denique vt emptor vicem heredis obtineat *§ cùm quis infr.* Atqui cùm heres idémque venditor hereditatis nondum nactus est possessionem corporum hereditariorum eo tempore quo hereditatem vendit, nihil est quod ad eum peruenisse ex hereditate videri possit præter actiones, quas habet ad ea corpora persequenda. Nihil igitur est quod præstare emptori debeat præter huiusmodi actiones. Alioqui oneraretur si corpora ipsa quæ nondum habet, præstare cogeretur emptori qui in eo melioris fieret conditionis quàm vẽditor. Quod enim vulgo dicitur, Eum qui actionem habet ad rem persequendam ipsam quoque rem habere videri *l. is qui actionem 15. de regul. iur.* fictione iuris nititur magis quàm veritate. Nec negari potest, quin tanto plus sit rem habere quàm actionem, quanto commodius est possidere quàm petere *l. 2. infr. Vti possid. §. commodum instit. de interd. l. plus cautionis 25. de regul. iur.* Idque est quod Vlpianus hîc subiicit, vbi heres corpora hereditaria nactus sit vel debita exegerit, pleniùs videri ad eum peruenisse, licèt nihil amplius nunc habeat, quàm quod erat in actionibus. Sed & regula iuris est & quidem æquissima, Eũ qui non alia de causa tenetur quàm quod habeat actiones, earum præstatione ac delegatione liberari *l. quod debetur 51. supr. de pecul. l. si quid possessor 31. in princip. supr. de hered. petit.* Cùm verò heres aliqua corpora ex hereditariis vendidit, negari non potest, quin ad eum precia peruenerint, quæ non peruenissent si heres non fuisset. Cur non ergo ea præstare ac restituere debeat emptori? An dici posset trãstulisse in emptorem commoda hereditatis omnia, si huiusmodi precia sibi retineret? Non ergo ea restituit quasi subrogata in locum & vicem rerum hereditariarum. Nec quasi conuentus iudicio vniuersali ob id quòd actione ex empto propter vẽditam hereditatem conueniatur. Nec quasi in specie huius §. id actum esset vt mortis tempus spectaretur, vt malè sensisse videtur Accursius. Sed quia negare non potest quin ea habeat si non ex hereditate & rebus hereditariis, cum precium nõ tam ex re, quàm ex negotiatione percipiatur *l. venditor 21. infr.* saltem occasione hereditatis. Quod sufficit vt ad eum peruenisse videantur ex hereditate, & ea proinde restituere debeat *l. debitor 59. in fin. ad SC. Trebell.* Inspiciendum enim est quid ad venditorem peruenerit non prima facie & visione, sed quid in effectu, vt mox subiicit Vlpianus. Iunge *l. videamus 17. supr. Quod met. caus. d. l. vtrum 23. §. 1. de hered. petit.*

a *Illud tenendum est.* RAT. DVB. Hereditas nomen iuris est, re ipsa non modò augmentum & diminutionem, sed etiam commoda & incommoda præsertim legatorum, & æris alieni *l. hereditatis 119. l. pecuniæ 178. §. 1. de verb. signific. l. 1. C. si cert. petat. l. vlt. C. de heredit. act.* Ergo ad heredem qui delatam sibi hereditatem adiit ac posteà vendidit, dicendum est peruenisse quicquid in hereditate fuit commodi & incommodi.

DEC. Venditio non fit hereditatis nisi aditæ & acquisitæ. Acquirit enim hereditatem si non per aditionem illam solennem quæ fiebat vsurpatis cretionum verbis solẽnibus *hanc hereditatem adeo cernóque* (quam solemnitatem sustulerunt Impp. *in l. cretionum 17. C. de iur. delib.*) saltem per gerítionem pro herede quæ animi tantùm & facti est, quisquis eam venditaut aliter de re aliqua hereditaria disponit *l. si auia 6. eod. tit. l. pro herede 20. l. gerit 88. infr. de acquir. hered.* Atqui desinit esse hereditas per aditionem, fitque patrimonium heredis vt diximus ad *l. 1. supr.* Ergo cùm hereditas venditur, non tam successio illa in vniuersum ius, quod defunctus habuit, vendita intelligitur, quàm id quod fuit hereditatis, quomodo loquitur Vlpianus de herede rogato restituere hereditatem in *l. in fideicommissaria 18. infr. ad SC. Trebell.* Nam & heres qui hereditatem vendidit, nihilominùs post vẽditionem heres manet, quandoquidem is qui semel heres fuit semper heres perseuerat *l. ait Prætor 7. aliàs l. et si sine §. sed quod Papinianus sup. de minor. l. ei qui soluendo 88. infr. de hered. instit.* Proinde licèt venditor hereditatis id agat vt emptorem in locum suum substituat etiam in lucris & incõmodis omnibus *§. sicuti & §. cùm quis infr.* hac lege, iuncto principio huius legis. Id tamen non debet ita intelligi, quasi emptor per venditionem fiat heres, cùm non possint vni homini duo esse heredes in solidum *l. quod contrà 141. §. vni duo de regul. iur.* non magis quàm duo esse domini eiusdem rei in solidum *leg. 5. §. si duobus vehiculum supr. Commod.* sed vt venditor in emptorem transferat quicquid ad eum ex hereditate cum effectu peruenit, hoc est, deductis oneribus æris alieni & legatorum, si quidem neque creditoribus neque legatariis alius respondere tenetur, quàm qui heres est *leg. 2. C. hoc tit. d. l. vlt. C. de heredit. action.* nisi vltro actiones eorum excipere emptor velit *l. 2. C. de pact.* Alioqui eueniret, vt onera & damna omnia hereditaria penes heredẽ eũdémq; vẽditorẽ remanerẽt

commoda

commoda verò vniuersa emptorem sequerentur, quod neque ex naturali æquitate esset neque ex bona fide *leg. secundum naturam* 10. *De regul. iur.* Ergo quamuis non possit æs alienum deduci ex hereditate, in quo differt hereditas à bonis *leg. si quis seruum* 8. §. *vlt. & leg. seq. de legat.* 2. non magis quàm ex fundo aut alia re singulari *l. cogi* 16. §. *inde quæritur ad SC. Trebell.* Verum tamen est ad heredem nihil in effectu peruenisse intelligi nisi quod supereſt deducto ære alieno *l. venisse* 165. *de verb. signific.* quia id demùm peruenisse propriè creditur, non quidem prima visione & prima facie, vt Caius loquitur in *l. aliquando* 13. *supr. ad SC. Velleian.* sed in effectu, quod est remansurum *l. aliud est capere* 71. *de verb. signific.* Et consequenter quod legatorum nomine heres idémque venditor præstiterit, non videbitur ad eum peruenisse, vt tantundem præstare emptori debeat, qui si ipse heres fuisset, satisfacere legatariis quoque debuisset. Quid enim aliud est legatum quàm delibatio hereditatis qua ex eo quod alioqui vniuersum heredis foret, quid alicui collatum quis velit *l. legatum* 116. *de legat.* 1. Eadem igitur ratione si quid æris alieni est, aut alterius oneris cuiuslibet hereditarij, nec ad heredem id peruenisse videbitur, quia nec locupletior ex eo factus videri potest *dict. l. vtrum autem* 23. §. 1. *supr. de hered. petit. d. l. cogi* 16. §. 1. *ad SC. Trebell.*

b *Sed & rerum ante venditionem donatarum.* RAT. DVB. Nemo donando fit locupletior. Quid enim aliud est donare quàm perdere? *l. filiusfamilias.* 7. *infr. de donat.* Cum ergo in venditione hereditatis quoties quæritur, quid in venditorem veniat, tempus venditionis spectandum sit §. *in hereditate supr.* & eo tempore inspecto non possit venditor dici factus locupletior ex rebus hereditariis, quas iam priùs donauerit, dicendum videtur nihil eum hoc nomine præstare compellendum, cum in vicem rerum donatarum nihil acceperit. In eo namque refert an vendiderit quis res hereditarias, an donauerit. Qui enim vendit, precium in vicem rei accipit. Qui verò donat nihil accipit, nec proinde quicquam habet quod pro re donata restituat emptori.

DEC. Peruenisse quid ad heredem vel vno momento sufficit vt in perpetuum teneatur, si modò cum effectu peruenerit *l. videamus* 17. *supr. Quod met. caus. l. cùm Prætor* 127. *De regul. iur.* Atqui non potest negari quin ad heredem peruenerint & quidem cum effectu res quas ex hereditate donauit antequàm hereditatem venderet. Nam & hodie haberet eas cum effectu si non donasset. Imputare igitur sibi factum suum debet cur donauerit *l. factum* 155. *de regul. iur.* ideóque etiam satisdare de facto suo debet, vt scriptum est initio huius legis. Nec ei permittendum est vt ex alieno beneficij debitorem sibi acquisierit quæ species furti esset *l. si pignore* 54. §. 1. *infr. de furt.* cùm accipientem obligauerit non quidem ciuiliter, sed tamen naturaliter ad ἀντίδωρα, *l. sed etsi* 25. §. *consuluit supr. de hered. petit.* Ergo etiam rerum donatarum precia emptori præstare venditor debebit, quamuis nulla acceperit. Idque ex summa æquitate. Ne alioqui emptor decipiatur: Nisi res donatas venditor nominatim exceperit, qui & venditas excipere posset, ne illarum precium restituere teneretur. Nec proinde necesse est vt cum Accursio comminiscamur id actum fuisse, vt ea omnia quæ tempore mortis erant in bonis, veniant in venditionem. Sufficit enim vt nihil in contrarium actum sit, cùm decessiones omnes quæ facto heredis contigerunt, ab eo præstari debeant, vt diximus in præcedentibus.

4 ¶ Non tantùm autem, quod ad venditorem hereditatis, sed & quod ad heredem eius ex hereditate peruenit, emptori restituendum est, & non solùm quod iam peruenit, sed & quod quandoque peruenerit, restituendum est.

Ad §. 4. Non tantùm.

RAT. DVB. Cùm heres primus hereditatem vendit, non potest videri id agi inter contrahentes vt de heredis herede cogitent, quæ cogitatio esset mali ominis: tanquam protracta in tempus vsque mortis heredis, cùm viuentis neque heres sit, neque hereditas *l. 1. supr.* Ergo neque id actum videri potest, vt ad emptorem pertinere debeat etiam id quod ad venditoris eiusdémque heredis heredem quandocunque peruenerit.

DEC. Heredis appellatione continetur etiam is qui per multas successiones heres est nisi in paucis speciebus *l. sciendũ* 70. *iunct. l. ex illa parte* 227. *de verb. signific.* Id enim est quod dicimus heredem heredis heredem esse primi patrisfamilias *l. si quis* 7. §. 1. *infr. de acquir. hered. l. vlt. C. de hered. instit.* Cùm quisquis heres est personã defuncti repræsentet, eadémq; cum ipso persona esse existimetur, *Nouell.* 48. *de iureiur. à morient. præstit. in princip.* Ergo quemadmodum emptori hereditatis præstari debet quicquid ex hereditate ad primum heredem, eundemque venditorem peruênit, ita & quicquid ad ipsius heredem quandocunque peruenerit, quia id ex eâdem hereditate est, quę fuit vendita, licèt non eadem sit persona vẽditoris. Hoc verò fit non tam quasi de eo actum & cogitatum sit venditionis tempore quàm in consequentiam necessariã factę venditionis, cùm ex iuris ratione nihil interſit an ex hereditate vendita aliquid ad primum heredem, an ad secundum peruenerit *l. videamus* 17. *supr. Quod met. caus.* Multa enim sequuntur plerumq; contractũ etiam extra id quod tacitè agitur *l. is qui* 13. *in fin. supr. Commod.* id est, etiãsi de eo neque actum quicquam fuerit neque cogitatum. Et hîc quoque noster errat Accursius existimãs non aliter verum esse posse quod in hoc §. scriptum est, quàm si ponamus actum esse vt ea bonorum quantitas inspiceretur quæ esset mortis tempore, non quæ venditionis. Quod est ridiculum. Iam enim ad heredem eundemque venditorem peruenisse intelligitur quicquid ad ipsius quoque heredem peruenturum tandem est.

5 ¶ Sed & si quid dolo malo eorum factum est, quo minus ad eos perueniat

BIU Cujas

& hoc emptori præstandum est.[a] fecisse autem dolo malo, quo minus perueniat, videtur: siue alienauit aliquid, vel etiam accepto quem liberauit.[b] vel id egit dolo malo, ne de hereditate adquireretur,[c] vel ne possessionem adipisceretur, quam posset adipisci.[d] Sed & si non dolo malo, sed lata culpa admiserit aliquid: vtique tenebitur. De perdita autem, & deminuta sine dolo malo venditoris, non præstabuntur.

Ad §. 5. Sed & si quid.

RAT. DVB. Peruenisse ad venditorem hereditatis id tantùm intelligitur quod in effectu peruenit *§. peruenisse vers. illud tenendum est supr.* Atquin id quod dolo malo heredis siue primi siue secundi factum est ne ad eos ex hereditate perueniret, reuera & in effectu non peruênit. Ergo nec emptori hereditatis id præstandum est.

DEC. Dolus pro possessione semper est & in omnibus, non solùm vt qui dolo desiit possidere, perinde habeatur acsi possideret *l. qui dolo 131. De regul. iur.* Sed etiam vt quod quis dolo malo fecit ne inciperet possidere, perinde sit acsi possideretur, & quod quis dolo fecit ne ad se perueniret, ad eum peruenisse intelligatur *l. summa cum ratione 21. supr. de pecul. l. 4. infr. Rer. amot.* Nihil ergo refert an quid ex hereditate ad heredem peruenerit, an verò eius dolo malo factum sit ne perueniret. Alioqui prodesset venditori dolus suus, quod esset contra bonam fidem quæ maximè in contractu empti & venditi cæterisque bonæ fidei contractibus locum habet, & cui nihil tam est contrarium quàm dolus *l. nihil consensui 116. De regul. vtr. iunct. l. bonam fidem 4. C. de oblig. & action. cum similib.* Igitur etiam emptori hereditatis præstandum est quod dolo factum est venditoris ne ad eum perueniret.

a *Feciße autem dolo malo.* RAT. DVB. Non facit dolo malo qui iure suo vtitur *l. si duorum 52. infr. de action. empt.* Atqui facit iure suo heres, cùm vendit rem aliquam hereditariam priusquàm vendat hereditatem. Vendit enim tanquam dominus habensque liberam rerum suarum alienationem *l. 2. infr. si à parent. quis manum. sit l. in re mandata 21. C. mandat.* Ergo non facit dolo malo cùm alienat. Nec rursus cùm accepto liberat debitorem. Id enim creditori cuilibet permissum est, perinde atque solutionem ab eo naturaliter accipere *l. penult. infr. de solut. l. 1. & tot. tit. de acceptilat.* Acceptilatio enim nihil nisi imaginaria solutio est, *tit. Quib. mod. tollit. oblig. Instit.* Sed neque facit his casibus venditor, vt eo minùs ex hereditate ad eum perueniat. Iam enim peruenisse necesse est, vt alienari possit res hereditaria vel hereditarius debitor liberari.

DEC. Nihil quidem dolo facit venditor cùm rem aliquam vendit hereditariã, aut debitori hereditario acceptum facit, quia iure suo id facit. Sed tamen incipit posteà dolo malo facere, cùm vendit hereditatem tanquam vniuersaliter continẽtem quicquid ad eum ex hereditate peruenit, non detractis rebus antè venditis, nec debitoribus liberatis acsi nihil ex hereditate diminutum esset, vt in *l. 2. §. circa infr. de doli mali except.* Decipit enim emptorem qui precium hereditati dicit tanquam integræ nec vllo ipsius heredis facto diminutæ. Præter id quod vix est, vt venditor iam non cogitaret de vendenda hereditate cum hereditariam rem vendidit, aut hereditarium debitorem liberauit. Vt scilicet posset dicere tantominus ad se peruenisse tempore venditionis quod præcisè spectandum esse diximus *§. in hereditate supr.* Ex quo intelligimus tanto apertius, quàm falsum sit quod Accursius comminiscitur intelligendos esse §§. superiores de eo casu quo actum sit inter contrahentes, vt inspiciatur mortis tempus non venditionis. Nam si mortis tempus spectandum esset, non posset imputari dolus venditori in eo quod fecisset ne res vendita aut debitum acceptolatum ad se peruenirent, sed in eo potius quòd hereditatem, quæ ad se peruenerat, diminuisset. Cùm è contrario dicatur dolo malo fecisse alienando fundum aut debitorem hereditarium, quia sic fecit, vt in id vsque tempus quo venditae est hereditas minus ad se peruenerit, vt tanto minus vendidisse videatur.

b *Vel id egit dolo malo, ne hereditati acquireretur.* RAT. DVB. Non facit dolo malo nec in fraudem alterius qui occasionem acquirendi amittit, sed is demum qui patrimonium diminuit *l. quod autem 6. in princip. infr. Quæ in fraud. credit. l. 4. §. vtrum infr. Si quid in fraud. patron.* Ergo non potest videri dolo malo fecisse venditor hereditatis ob id solum quòd id egerit, nẽ quid hereditati acquireretur, vt habet vulgata lectio, aut de hereditate, vt habet Florentina.

DEC. Quod hereditatis venditor fecit dolo malo, ne hereditati acquireretur, id si acquisiuisset, hereditatem auxisset lucro & commodo emptoris. Ergo id quoque præstare illum emptori æquum est, nec ei dolum suum patrocinari. Et quamuis non locupletetur hoc casu ex aliena iactura, quomodo fit locupletior in duobus superioribus, non eo minus tamen est in dolo, cum animum habuerit nocendi emptori, cui dolo & malitiæ non est indulgendum *l. in fundo 38. supr. De rei vindic.* Nec nouum est, vt dolus etiam in omittendo committatur, quoniam is qui non facit quod facere debet, dicitur facere aduersus ea quæ facere debet *l. qui non facit 121. de regul. iur.* Alia causa est eius qui plures habens creditores, cum soluendo non sit, acquirendi tamen occasionem omittit, vt creditoribus suis fraudem faciat, de quo in *dict. leg. quod autem*, vel libertus patrono, de quo in *dict. §. vtrum.* Hi enim ex nullo contractu obligati sunt, vt sibi acquirant, sed tantum ne facto suo deteriorem faciant creditorum suorum conditionem per fraudulentas alienationes. At is qui hereditatem vendidit, ex proprio contractu obligatus est vt præstet emptori ex bona fide quicquid ad eum tanquam heredem ex hereditate peruenit, ac proinde illud etiam quod fecit dolo malo ne hereditati acqui-

BIU Cujas

acquireretur, quódque si acquisitum fuisset emptori hodie præstandum esset ex causa venditæ hæreditatis. Idem est in aliis omnibus qui ex proprio contractu vel quasi contractu conueniuntur *l. illud planè 7. §. sed etsi mercem supr. de tribut. act. l. dolus est 44. supr. mandat. l. dolo carere 41. infr. ad leg. Falcid.*

c *Vel ne eam possessionem adipisceretur.* RAT. DVB. Non alienat qui possessionem duntaxat omittit, *l. 4. §. 1. supr. de alienat. iudic. mut. caus. fact. l. non alienat. 119. de regul. iur.* Ergo multo minùs is qui negligit occasionem adipiscendæ possessionis quam nondum habuit.

DEC. Magnum est commodum adeptæ possessionis *§. commodum Instit. de interdict. l. 2. Vti possid. l. is qui destinauit 24. supr. de rei vindic.* Ergo nec impunè ferre debet venditor hereditatis si dolo malo, & vt noceret emptori neglexerit adipisci possessionem, quam adipisci potuerat, sed eo nomine condemnandus est emptori, quanti eius interest adeptam fuisse & acquisitam venditori possessionem. Dico *venditori* non *hereditati*, quoniam possessio quæ facti est, neque hereditati neque per hereditatem, cuius persona ficta est, acquiri potest *lege 1. §. Scæuola infrà si is qui testam. lib. ess. iuss.* Sic dicimus in malæ fidei possessore hereditatis teneri eum non solùm de iis quæ possidet, & quæ dolo desiit possidere, perinde ac si possideret, sed eo quoque nomine, si alicuius rei hereditariæ possessionem admittere noluerit *l. sed etsi 25. §. perinde supr. de hered. petit.* Sic imputamus, inquit Accursius, ei qui, cùm esset captiuus apud hostes, & ab hostibus redire posset, non rediit, sed sua voluntate apud eos mansit, imputari posse cur non redierit, vt si posteà redeat, postlimini um tamen non habeat, quamuis de eo in pace cautum fuisset vt rediret *l. si captiuus 20. infr. de captiu. & postlim.* Sed hoc licèt verum, longiùs tamen petitum est.

d *Sed etsi non dolo malo.* RAT. DVB. Contractus emptionis, & venditionis ex eorum numero est, **qui vtriusque gratia fiunt, cùm sit vltro, citróque obligatorius.** Ergo non tantùm dolum & latam culpam, quæ dolo proxima est, præstare venditor hereditatis debet, sed etiam culpam leuem *l. si vt certò 5. §. nunc videndum supr. Commod. l. contractus 23. de regul iur. lege 3. infr. de peric. & commod. rei vendit. §. vlt. Instit. quib. mod. re contr. oblig.* Atque ita putat hîc Accursius teneri venditorem non tantùm de lata culpa, sed etiam de leui.

DEC. Aliud est quærere de custodia rei venditæ, pro qua præstare venditor debet exactam diligentiam, cui respondet leuis culpa *dict. le. 3. infr. de pericul. & commod. rei vendit.* Aliud verò de iis quæ venditor ex hereditate alienauit dolo malo, aut fecit ne acquirerētur hereditati. Nam cùm ea quę sine dolo malo eius deperdita vel diminuta sunt ex hereditate præstare emptori non teneatur, vt Vlpianus hîc subiicit, consequens est, vt hoc nomine non ad aliud teneri debeat, quàm vt dolum præstet, & culpam latam, non etiam leuem. Denique custodiam rei venditæ debet venditor à die factæ venditionis in diem vsque traditionis, totóque illo tempore non modò latam culpam, sed etiam leuem præstare debet, quia obligatus est ex contractu vltro citróque obligatorio. At nos tractamus, quid præstare debeat earum rerum nomine, quas gessit ante venditam hereditatem, quo tempore cùm fuerit verè ac plenè dominus, nihil est quod præstare cogendus sit, nisi dolum, & quæ dolo proxima est, latam culpam; non etiam leuem, quæ stare vtique cum bona fide ac subsistere potest, non autem dolus, nec lata culpa. Iunge *leg. proximam infr.*

e *Deperdita autem.* Deperditum intellige quod in rerum natura esse desiit: Diminutum verò quod vsucaptum est & ob id ex hereditate exiit, vt in *l. deperditum 21.* vbi diximus *supr. de hered. petit.* Ratio autem dubitandi & decidendi ad hunc *versic.* non alia est quàm ad *§. in hereditate supr.* Videbatur namque inspiciendum tempus mortis, quo constituitur hereditas, non quo venditur, vt obseruatur in ineunda computatione legis Falcidiæ *l. in quantitate 74. infr. ad leg. Falcid.* Sed magis placet vt inspiciatur tempus quo hereditas venditur, non quo constituitur, quoniam id actum inter contrahentes videtur, vt in alio contractu quolibet, vt contractus tempus spectetur: dummodò nihil anteà dolo malo aut latâ culpâ venditoris factum sit. Venditur siquidem non hereditas propriè, sed id quod fuit hereditatis, quódque in effectu penes heredem eundémque venditorem ex hereditate remansit.

6 ¶ Illud quæsitum est, an venditor hereditatis ob debitum à filio suo, qui in potestate eius esset, seruóve, ei, cuius hereditatem vendidisset, præstare debeat emptori. & visum est: quidquid duntaxat de peculio filij, seruíve, aut in suam rem versum inueniatur: præstare eum debere.

Ad §. 6. Illud quæsitum est.

RAT. DVB. Non tenetur venditor hereditatis nisi de eo quod ex hereditate vendita ad eum in effectu peruênit *§. peruenisse supr.* Atqui quod pater institutus à filij creditore debuit ob debitum filij actione de peculio, non videtur ad eum peruenisse ex hereditate, quia debitor quisque dominus est eius pecuniæ quam debet *l. 1. in princip. infr. de liber. legat.* Alioqui nec soluendo liberari possent. Ergo non tenetur venditor hereditatis præstare emptori quicquid actione de peculio ex contractu filiifamilias vel serui præstare debuisset creditori. Idémque multo magis dicendum est de eo quod in rem patris vel domini versum inueniatur, quia non potest iam non esse meum, quod in rem meam versum est, præsertim si duret versum quomodo durare debet *l. si pro patre 10. §. versum supr. de in rem vers.*

DEC. Peruenisse ex hereditate intelligitur ad heredem, quicquid ille habiturus non esset alio herede existente. Sicut è contrario non potest videri habere ex causa hereditaria quod habiturus esset etiam alio herede existente

BIU Cujas

l. sequens quæstio 67. de legat. 2. Atqui si non hic pater aut dominus heres fuisset, non haberet hodie quantitatem illam quam alij heredi actione de peculio aut de in rem verso præstare cogeretur. Nemo enim videtur id habere quod alij cogatur reddere *l. non videtur quisquam 51. de regul. iur.* Imò is qui actionem habet ad rem consequendam iam habere illam intelligitur *l. is qui actionem 15. eod.* Ergo ad patrem hunc aut dominum eundémque heredem creditoris ea ipsa quantitas peruenisse cum effectu videtur, id est, quãtitatis debitæ liberatio cùm hereditatis aditio & confusione extinguat debitum & pro solutione cedat *l. quæ dotis 33. infr. solut. matr. l. debitori 50. de fideiuss. l. Stichum aut Pamphilũ 95. §. aditio & §. aliquando de solut.* tum quoque cùm hereditas soluendo non est *d. l. quæ dotis.* Semper enim fit locupletior is, qui à creditore suo liberatur *l. si pupilli 66. de solut. l. species 11. de acceptil.* Proinde eam ipsam quãtitatẽ quam heres hic præstare creditori vel alij creditoris heredi actione de peculio aut de in rem verso debuisset, præstare emptori hæreditatis debebit. Inspecta nimirum ea peculij quantitate quæ fuit nõ mortis, sed aditionis tempore, vt in *l. si creditor 83. ad leg. Falcid.* quia eo instanti debitor secum egisse & compensasse intelligitur *d. l. quæ dotis* quamuis si de lege Falcidia ageretur, mortis tempus spectandum esset *l. eo tempore 50. §. si creditor 37. in princ. supr. de pecul.* vbi diximus.

7 ¶ Solet quæri, an, & si quid lucri occasione hereditatis venditor senserit, restituere id debeat? & est apud Iulianum hæc quæstio tractata libro sexto digestorum. & ait, quod non debitum exegerit, retinere heredem: & quod non debitum soluerit, non reputare. nam hoc seruari, vt heres emptori non præstet, quod non debitum exegerit, neque ab eo consequatur, quod non debitum præstiterit. [a] Si autem condemnatus præstiterit: hoc solum heredi sufficit esse eum condemnatum sine dolo malo suo: etiam si maximè creditor non fuerit is, cui condemnatus est heres. quæ sententia mihi placet.

Ad §. 7. Solet quæri.

RAT. DVB. Neque lucri neque commodi quicquam aut damni & incommodi ex hereditate remanere debet penes heredem qui hereditatem vẽdidit, sed totum id quicquid est transferri in emptorem *§. sicuti infr.* cùm is vice & loco heredis constituatur *§. cùm quis infr. l. 2. C. eod.* Parúmq; refert an ex hereditate lucrũ, aut damnum aliquod illicitũ sentiat, an verò per occasionem hereditatis *l. debitor 59. §. 1. infr. ad SC. Trebell.* cùm neque lucrum neq; damnum illud fuerit habiturus si heres non fuisset.

DEC. Non videtur id agi inter emptorem & venditorem hæreditatis, vt ex contractu licito illicitum aliquid in emptorem transferatur. Nec enim id esset ex bona fide, quæ illicitum nihil admittit. Atqui lucrum illicitum est, si quid heres indebitum exegerit. Quemadmodum & damnum illicitum atque iniustum est, si quid ille indebitum soluerit. Ergo non debet hereditatis venditor emptori præstare quod non debitũ exegerit, nec ei reputare, & ab eo consequi quod nõ debitũ præstiterit. Ideò enim lucrũ sentit vẽditor ex eo quod indebitum exegit, nõ quia heres sit, sed quia indebitum exegerit. Et similiter quod sentit damnum ex solutione indebiti, non ideò sentit quòd heres sit, sed quòd indebitum soluerit. Quomodo argumentatur Vlpianus in *§. denique 10. inf.* Iunge *l. item veniunt 20. §. sed si vendidit 18. supr. de hered. petit. l. si quis negotia 23. supr. de negot. gest.* Aliud iuris est in procuratore qui nec illicitum lucrum vllum ex occasione mandati retinere debet, nec tamen si quid damni ex culpa sua senserit mandatori reputare, quia esset vtrumque contra bonam fidem, quam tamen in omni contractu mandati præstare procurator cogitur *l. qui proprio 46. §. procurator & seq. supr. de procur. iunct. l. si mãdatu 59. §. 1. supr. mandat.* In eóque differt procurator à negotiorum gestore. Hic enim pecuniam indebitam aut exigendo aut soluendo, non potest videri alienum negotium gerere, sed suum *d. l. si quis negotia.* Cùm autem de hereditatis venditore tractamus, nemo dixerit habendũ eum pro emptoris procuratore prinsquàm vendiderit, nec pro negotiorum gestore emptoris ad quem nondum hereditaria negotia pertinent, *l. venditor 21. infr.*

a *Si autem condemnatus præstiterit.* RAT. DVB. Iniuria per iudicem facta venditori non debet emptorem contingere *l. si per imprudentiam 51. infr. de euict.* Æquius enim est manere illam penes eum cui facta est quàm in alium transferri *l. exceptione 67. de fideiuss.* Ergo si heres iniustâ iudicis sententia condemnatus aliquid præstiterit creditori tanquam hereditario, qui tamen re vera creditor non erat, nihil eo nomine consequi ab emptore debet, nec sufficit vt doceat se absque dolo malo suo esse condemnatum.

DEC. Res iudicata transire solet à persona authoris & venditoris in personam emptoris *l. si à te 9. §. vlt. & l. seq. l. si mater 11. §. pen. l. exceptio 28. de except. rei iudic.* Sufficit enim ei cui res iudicata obiicitur successisse in ius condemnati, neque anteriorẽ causam vllam habuisse *l. iudicata 29. §. 1. eod.* Ergo quod venditor licèt iniustè condemnatus præstiterit falso creditori, ab emptore consequi debebit. Dummodò iniustæ condemnationi causam præbuerit hereditas, id est, dummodò tanquam heres condemnatus, non ob proprium aliquod suum factum vt Accursius noster benè explicat ex *§. denique 10. infr.* Itémque si bona fide litem defenderit, nec iniustæ damnationis causam culpâ vel contumacia sua præbuerit, vt scriptum est in *d. l. exceptione.* Alioqui præsumendus est condemnatus non tam quòd quasi heres malam causam abfuerit, quàm quòd absens & contumax fuerit *l. si ideò 55. de euict. l. cùm duobus 52. aliàs l. si fratres §. vlt. supr. Pro socio.*

8 ¶ Non solùm autem hereditarias actiones, sed etiam eas obligationes, quas ipse heres constituit, dicendum erit præstare emptori eum debere. Itaque

& si fi-

& si fideiussorem acceperit ab hereditario debitore: ipsam hanc actionẽ, quam habet heres, præstare emptori debebit. sed & si nouauerit, vel in iudicium deduxerit actionem: præstare debebit hanc ipsam actionem, quam nactus est.

Ad §. 8. Non solùm.

RAT. DVB. Id demùm tenetur venditor hereditatis emptori præstare, quod ex hereditate ad eum in effectu peruênit §. *in hereditate & §. peruenisse supr.* Atqui non potest dici obligationes, quas ipse heres constituit & facto suo acquisiit, peruenisse ad eum ex hereditate, cùm neque heredis vnquam fuerint, neque hereditatis, vt ex eo apparet quod ipso iure non transeunt in eum cui ex SC. Trebelliano hereditas restituta est *l. si heres pecuniam 73. inf. ad SC. Trebell.* cùm tamen in eum transeant omnes hereditariæ, & quæ defuncto competebant, & quibus erat obstrictus *l. 1. & pass. eod. tit.* Ergo nec à venditore hereditatis emptori præstari debent, puta si ante venditam hereditatem heres fideiussorem acceperit à debitore hereditario, aut si hereditariam actionem nouauerit, siue nouatione voluntaria per delegationem, siue necessaria per litis contestationem, *l. delegare 11. §. 1. l. aliam 29. infr. de nouat.*

DEC. Hereditariarum actionum loco habentur interdùm etiam eæ quæ incipiunt ab herede, si modò per occasionem hereditatis ei acquisitæ sint, & eiusmodi vt eas habiturus non esset si heres non fuisset. Sufficit enim vt causam habeant hereditariam, quales illæ sunt, quarum exempla attulimus *l. debitor 59. §. 1. in fin. ad SC. Trebell. l. hereditariarum 40. de obligat. & action. l. hereditarium 7. infr. Quib. ex caus. in poss. eat.* Neque verò quicquam ex hereditate, aut per occasionem hereditatis remanere æquum est penes eum qui hereditatem vendidit §. *prox. infr.* Maximè si tale sit quod hereditatem minorem faceret penes emptorem quàm penes venditorem fuisset, quod contingeret in actionibus nouatis, quæ si nouatæ non essent, transferrentur in emptorem, vbi verò per nouationem extinctæ sunt, tanto minorem facerent hereditatẽ, si non in earum locum substituerentur nouæ, quas venditor sibi per stipulationem aut contestationem acquisiit. Cùm autem à debitore hereditario heres aut fideiussorem accepit aut pignora, quid ei obsecrò prodesset obligatio illa accessoria post translatam principalem in emptorem? An non æquum est eius esse obligationem accessoriam cuius est principalis? Proinde quis non illud quoque æquum putet, vt emptori præstet venditor quod sine ipsius venditoris dispendio futurum sit? *l. in creditore 38. de euict.* Ergo quamuis harum actionum nomine quæ non hereditariæ sunt, sed ex causa tamen hereditaria acquisitę heredi, nulla emptori actio possit sine cessione competere, neque directa quæ à persona veri creditoris separari nunquam potest, neque vtilis quam ei Diuus Pius dedit inuito etiam venditore pro hereditariis actionibus *l. si cum emptore 16. supr. de pact. l. emptor hereditatis 5. C. hoc tit.* Præstandæ tamen sunt & cedendæ emptori à venditore *l. emptori 6. infr. hoc tit.* quod & obtinet in eo fideicommissario, cui ex Trebelliano restituta hereditas est *d. l. si heres pecuniam 73. ad Trebell.*

9 ¶ Sicuti lucrum omne ad emptorem hereditatis respicit, ita damnum quoque debet ad eundem respicere.

Ad §. 9. Sicuti.

RAT. DVB. Hereditariæ obligationes actiuæ transeunt in emptorem hereditatis hactenus saltem, vt actionibus vtilibus experiri possit contra hereditarios debitores etiam inuito venditore, vt proximè diximus ex *l. emptori 5. C. hoc tit. l. si cum emptore 16. supr. de pact.* Actiones autem passiuæ nullo modo in eum transeunt, sed remanent penes venditorem, ita vt conueniri à creditoribus hereditariis inuitus non possit, nisi vltrò eorum actiones excipiat, vt in *l. 2. C. de pact.* Ergo non sicuti lucrum omne hereditatis transit in emptorem, ita & damnum.

DEC. Secundum naturam & æquitatem est cuiusque rei commoda eum sequi quem sequuntur incommoda *l. secundum naturam 10. de reg. iur.* & vt participet damnum, qui lucrum participat *l. si non fuerint 29. in fin. l. si igitur 55. in fin. supr. Pro socio l. vlt. §. sed cùm in secundam C. de furt. l. vnic. §. pro secundo C. de caduc. tollend.* Ergo sicuti lucrum omne hereditatis ad emptorem pertinere debet, ita & damnum ad eum respicere. Nec quod hereditariæ actiones passiuæ in eum non transeunt, ad rem facit, id enim ex eo proficiscitur quod actiones passiuæ, neque in defuncti bonis fuerunt, neque in bonis heredis, ideóque alienari non possunt à venditore cui non competunt, sed contra quem: ideóque nec transirent in heredem obligationes passiuæ, si non id induxisset potestas legis 12. tabul. *l. 1. C. si cert. petat. l. vltim. C. de hered. action.* Actiuæ autem in bonis sunt eius cui competunt, quique eas exercere potest. Sed tamen non facit ea res, quin obligationum passiuarum damnum etiam ad emptorem respiciat, quia licèt solus venditor, non etiam emptor hereditatis conueniri possit à creditoribus hereditariis, habet tamen regressum pro sua indemnitate aduersus emptorem *dicta l. 2. C. hoc tit.* ideóque in rem suam intercedere dicitur emptor hereditatis, si pro venditore æs alienum hereditarium in se transcribat *l. aliquando 13. supr. ad SC. Vellian.* Itaque in effectu sentit emptor damnum æris alieni hereditarij & obligationum passiuarum, sicut & lucrum sentit actiuarum.

10 ¶ Denique si rem hereditariam heres vendiderit, ac per hoc fuerit condemnatus: non habet contra emptorem actionem: quia non ideo condemnatur, quod heres sit, sed quod vendiderit. [a] Sed si pretium rei dis-

BIU Cujas

tractæ emptori hereditatis dedit: videamus an locus sit ex vendito actioni, & puto locum esse.

Ad §.10. Denique.

RAT. DVB. Heres, qui rem aliquam hereditariam Titio vendidit, antequam Sempronio venderet hereditatem, cogitur emptori præstare quicquid ex causa venditionis habuit, etiamsi ex sua negotiatione maius precium perceperit quàm quanti verè res esset §. *peruenisse supr. l. venditor* 21. *inf. h.t.* Ergo si res hereditaria euicta sit, siue iure dominij, quòd non esset hereditaria, sed aliena, siue iure pignoris, quòd alij esset obligata *l. si mancipium* 34. §. *vlt. & l. seq. infr. de euict.* atque ita condemnatus fuerit venditor, aut ad duplam si promissa fuerit, aut ad precij restitutionem cum eo quod interest *l. si in venditione* 60. *eod.* habere debet eo nomine contra emptorem ex vendito actionem, vt in emptorem, quemadmodum lucrum omne, ita & omne damnum transeat, vt scriptum est in §. *prox. præced.*

DEC. Ea demum damna ad emptorem respiciũt quæ sunt hereditaria, & quæ alioquin essent oneratura venditorem tanquam heredem, si non ei præstaretur indemnitas ab emptore, cùm emptor vice & loco heredis constituatur §. *cùm quis infr.* Atqui quod in hac specie præstitit venditor ex condemnatione, non præstitit tanquam heres, quia nec cõdemnatus est ob id quod heres esset, sed quia vendiderat, id est non tanquam heres, sed tanquam vẽditor: Ergo nullam hoc nomine actionem contra emptorem habere debet, sed sibi imputare, cur alienam rem pro hereditaria, vel pignori obligatam pro libera vendiderit. Priùs enim explorare debuit quàm vẽderet aut de euictione se obligaret, an hereditaria res esset, an aliena, & an obligata, an libera, cùm ponamus factam ab eo fuisse venditionem voluntariam, non necessariam.

a *Sed si precium rei distractæ.* RAT. DVB. Tum quoque cùm venditor hereditatis precium rei distractæ emptori dedit, non eo minùs tamen verum est condemnatum esse venditorem, non quòd heres esset, sed quia vendiderit. Ergo neque hoc casu actionem ex vendito contra emptorem habere venditor debet.

DEC. Venditionem adprobat quisquis precium rei venditæ aut petit aut accipit, quippe quod nisi ex venditionis causa deberi potest *l. seruum Titij* 49. *sup. mandat.* Causa enim ex qua debeatur, præcedere semper debet *l. huiusmodi* 13. *infr. Quand. dies legat. ced.* Non igitur venditori hereditatis imputare emptor potest, cur rem singularem vendiderit, cuius precium ad emptorem ipsum peruenerit, cùm enim lucrum ex venditione senserit, nec damnum recusare debet, quod propter eam venditionem ex condemnatione venditori contigit. Ex regula posita in §. præcedente, quòd sicuti lucrum omne emptorem hereditatis respicit, ita damnum quoque ad eum respicere debeat. Id enim significat dictio *denique*, posita in principio huius §. qua vti solent prudentes nostri, cùm ex præcedentibus aliquid inferunt. Illatio autem tota est in hac posteriore sententia huius §. non in priore.

11 ¶ Siue ipse venditor dederit aliquid pro hereditate, siue procurator eius: siue alius quis pro eo, dum negotium eius gerit. locus erit ex vendito actioni: dummodo aliquid absit vẽditori hereditatis. cęterum si nihil absit venditori: consequens erit dicere, non competere ei hanc actionem.

Ad §.11. Siue ipse venditor.

RAT. DVB. Quod ab herede eodémque hereditatis venditore pro hereditate datum est, aut ab eius procuratore alióve negotia ipsius gerente, extra causam hereditatis est, cùm non eo maior & locupletior fiat hereditas, nec proinde lucrum aliquod ex eo ad emptorem perueniat. Ergo nihil causæ est, cur actio ex vendito eo nomine venditori contra emptorem dari debeat.

DEC. Sicuti lucrum omne ad emptorem hereditatis respicere debet, ita & omne damnum quod siue ex hereditate, siue occasione hereditatis venditor senserit, ne alioqui maneat in damno qui nullum ex hereditate lucrum aut commodum retinere potest §. *sicuti* 9. *supr.* Atqui non potest negari, quin si non ex ipsa hereditate saltem occasione hereditatis damnum sentiat heres idémque venditor hereditatis qui aliquid pro hereditate dedit, alij fortassis eandem hereditatem petenti, aut petere volenti siue ex testamento, siue ab intestato, siue per se dederit, siue per procuratorem aut negotiorum gestorem: Ergo indemnitatem ei hoc quoque nomine ab emptore præstari æquum est, restituto per actionem ex vendito omni eo quod ipsi abest. Nec tantùm, si pecuniam, aut quid aliud dederit venditor, sed etsi promiserit, ex eaque causa se obligauerit, quamuis nihil dum præstiterit §. *vlt. infr.* Nam & hoc quoque in quo est obligatus ei iam abesse intelligitur *l. si quis mandatu* 28. *in fin. supr. de negot. gest.*

12 ¶ Apud Iulianum scriptum est: si venditor hereditatis exceperit seruum sine periculo, & eius nomine, cum eo fuerit actum de peculio, & in rem verso, id duntaxat eum consequi, quod præstiterit eius peculij nomine, quod emptorem sequi debet, aut quod in rem defuncti versum est. his enim casibus æs alienum emptoris soluit. ex ceteris causis suo nomine condemnatur.

Ad §.12.

BIU Cujas

Ad §. 12. Apud Iulianum.

RAT. DVB. Cùm venditor hereditatis excepit seruum hereditarium sine peculio, id agitur manifestè, vt totum peculium in hereditate maneat, ac proinde emptorem hereditatis sequatur. Quod enim penes venditorem non remanet, id totum vt emptorem sequatur necesse est. Ergo quicquid hoc casu præstiterit venditor cum quo de peculio actum est, vel de in rem verso, quæ actionis de peculio pars & portio quædam est §. *præterea versic. licèt enim Instit. quod cum eo qui in alien. potest.* totum id generaliter & indistinctè ab hereditatis emptore sarciendum ei actione ex vendito & restituendum est.

DEC. Non omne peculium sequitur emptorem hereditatis, etiamsi à venditore exceptum nõ fuerit. Quid enim si pecunia seruo hereditario credita in rem ipsius venditoris tota versa sit? Tenetur eo casu venditor actione non tantùm de peculio, sed etiam de in rem verso, & quidem proprio nomine cùm in rem ipsius versum sit, non defuncti aut hereditatis, quamuis ex contractu serui hereditarij conueniatur, nec alio iure, quàm quòd heres sit. Ergo non debet actio ex vendito dari venditori, vt ab emptore consequatur quicquam supra id quod præstiterit eius peculij nomine quod emptorem sequi debeat, aut quod in rem defuncti versum sit. His enim duobus casibus æs alienum emptoris soluisse venditor intelligitur, id est æs alienum hereditarium, cuius soluendi onus sicuti hereditatem sequitur, ita ad hereditatis emptorem omnino pertinet §. *peruenisse versic. illud tenendum supr.* Idémque est, vt notat Accursius, si heres idémq; venditor ex contractu serui hereditarij conuentus sit actione quod iussu (ex iussu scilicet defuncti) aut exercitoria, vel tributoria, vel institoria actione, & eo nomine aliquid præstiterit. Nam & his casibus æs alienũ emptoris soluitur: Vixque alius casus dari potest, in quo ex causa peculij venditor condemnari suo nomine possit, quàm cùm in rem ipsius credita seruo pecunia versa est. Nec distinguendum arbitror, an venditor actione perpetua de peculio, vel de in rem verso conuentus sit & condemnatus ante venditam hereditatem, an verò annali actione de peculio post alienatum cum hereditate seruum hereditarium ex *tit. Quand act. de pecul. annal. est.* Cùm intra annum electionem habeat serui creditor vtrum cum venditore malit agere, an cum emptore *l. & ancillarum 27. §. si seruus & seqq. supr. de pecul.* vbi diximus.

13 ¶ Quid ergo si seruum cum peculio exceperit venditor hereditatis, conuentúsque de peculio præstitit? Marcellus libro sexto digestorum, non petere eum scripsit: si modò hoc actum est, vt, quod superfuisset ex peculio, hoc haberet. at si contra actum est: rectè repetere eum posse, ait. si vero nihil expressim inter eos conuenit, sed tantummodo peculij mentio facta est: cessare ex vendito actionem constat.

Ad §. 13. Quid ergo.

RAT. DVB. Cùm heres in venditione hereditatis excipit seruum hereditarium cum peculio, euidenter ostendit hoc agi inter eum & emptorem, vt totum peculij onus in se suscipiat, nec vlla pars oneris emptorem sequatur. Quo enim iure, aut quanam æquitate cogeretur emptor suscipere onus peculij, siue totum siue pro parte, cùm totum peculiũ penes venditorem mansisset? Siquidem vbi peculium est, ibi & peculij onus esse debet, extra casum *l. quia 12. supr. de pecul.* Ergo indistinctè dicendum est, quod in dubio dicendum esse Vlpianus in fine huius §. scribit, si seruum cum peculio venditor exceperit, & is conuentus de peculio aliquid præstiterit, nullam ei contra emptorem ex vendito actionem competere.

DEC. Potest venditor excepisse peculium hoc acto & ea mẽte, vt quod ex peculio supereſſet apud venditorem ipsum remaneret. Potest etiam ex mẽte excepisse, vt quod post dimissos conditores ex peculio superforet, emptoris esset. Priore casu, res non habet dubitationem, quin nulla prorsus vẽditori in emptorẽ actio ex vendito dari debeat, cùm excipiendo sibi peculium hoc ipso se onerauerit, vt totũ onus peculij subiret, nec periculũ sit, vt supra quantitatẽ peculij quicquã de suo præstare teneatur, quãdoquidẽ executio actionis de peculio, quãtitatẽ, quæ in peculio sit, egredi nunquã potest. Posteriore autẽ casu, licèt videatur hoc actũ inter contrahentes, vt ex peculiari pecunia creditores peculiares dimitterẽtur. ad emptorẽ verò nihil nisi quod ex peculio reliquum esset, pertineret, effectu tamen ipso conuenisse videtur, vt totum peculiũ, sed cum onere suo emptorẽ sequeretur. Quid enim emptoris interest, an venditor de suo, an de peculio soluerit quod creditoribus peculiarib⁹ debebatur. Siquidẽ quanto minus soluerit venditor ex peculio, tãto plus in eo supererit quod ad emptorem hereditatis peruenturũ sit. Quicquid ergo venditor conuẽtus actione de peculio soluerit de suo, dum ne supra eã quantitatẽ quæ sit in peculio, totũ id repetere ab emptore potest. Non solũ retinẽdo vt Accursius interpretatur, sed etiã agendo ex vendito, si fortè peculiũ penes se habere desierit, aut quia de facto ad emptorem peruenerit, aut quia nullis apparẽtibus creditoribus peculiaribus, vel paucioribus q̃ vt totam peculij quantitatẽ exhauriant, peculij quãtitatem, vel totam, vel pro parte, venditor conuentionẽ secutus emptori tradiderit. Finge cùm essent in peculio trecenta venditorẽ soluisse ducẽta creditoribus contra eũ agentibus de peculio, atque ita quasi dimissis omnibus creditoribus peculiaribus consensisse, vt reliqua centũ quæ in peculio supererãt emptori hereditatis redderentur: mox emersisse nouos creditores, qui vẽditorem de peculio intra annum cõuenerint, & quibus ille de suo centũ soluere coactus sit: quidni ea centũ ab emptore rectè repetet, tã ex natura contractus, cũ sit hoc onus hereditatis & peculij quod emptorẽ secutũ est, quàm ex vi & potestate conuentionis, cũ non possit videri superfuisse quicquã ex peculio priusquã peculiares omnes creditores dimissi sint? Et hæc meo iudicio loci huius alioquin satis obscuri sententia, & ratio est, quam si sequamur, euoluimus nos ex iisdifficulta-

BIU Cujas

tibus, de quib⁹ apud Accursiũ, quasi in specie huius §. locum habeat quod aliàs dici solet, ea quę dubitationis tollendæ gratia contractibus inseruntur, ius commune non lædere ex *l. qui mutuam 56. supr. mandat* quod certè à sententia huius §. alienum est.

14 ¶ Si venditor hereditatis ædes sibi exceperit, quarum nomine damni infecti promisſũ fuerat: interest, quid acti sit. nã si ita excepisset, vt dãni quoque infecti stipulationis onus sustineret, nihil ab emptore consequeretur. si vero id actum erit, vt emptor hoc æs alienum exsolueret: ad illum onus stipulationis pertinebit. si non apparebit, quid acti sit: verisimile erit, id actum, vt eius quidem damni nomine, quod ante venditionem datum fuerit, onus ad emptorem, alterius temporis ad heredem pertineat.

Ad §. 14. Si venditor.

RAT. DVB. Stipulatio damni infecti onus ędium est quæ ruinam minantur, & quarũ nomine cauere cogitur is qui earum dominus est aut ipsis carere *l. Prætor ait 7. §. 1. iunct. l. 4. §. duas & pas. infr. de damn. infect.* Ergo cũ venditor hereditatis excipit sibi ædes, quarũ nomine interposita est damni infecti stipulatio, siue ab herede ipso, siue à defuncto dãni quoque periculum in se omnimodo suscipere credẽdus est. DEC. In hac specie vt in illa de qua dictum est in §. præcedente, & in omnibus similibus multum refert quid actum sit *l. vlt. infr. hoc tit.* Potest enim fieri vt venditor eas ædes sibi excipiendo, damni quoq; infecti stipulationis onus sustinere voluerit. Potest etiã ædes excipiendo id egisse, vt emptor hoc æs alienũ exsolueret. His casibus si appareat quid actũ sit nullam habet res dubitationẽ, cùm in emptis & venditis id semper sequendũ sit quod actum est *l. sed Celsus 6. §. 1. sup. de contr. empt.* Priore igitur casu onus erit venditoris, posteriore autẽ emptoris indistinctè, quia sic actũ est. Sed si id non appareat, tum verò dubitari probabiliter potest, quid iuris constitui debeat, cùm periculum omne rei vẽditæ ad emptorem pertineat quod contingit post vẽditionem *l. 1. & vlt. C. de peric. & commod. rei vendit.* Verisimile tamen est, inquit Vlpianus, id actum esse, vt eius quidem damni nomine quod ante venditionem datũ fuerit, ad emptorem onus pertineat, cùm sit hoc onus hereditarium, quod proinde sua sponte hereditatis emptorem sequitur §. *non solùm supr.* Reliqui verò temporis ad heredem, quòd excipiendi sibi ędes, cùm hereditatem venderet, totum onus stipulationis sibi imposuisse videatur. Onus enim ædium est, vt diximus, quod separari ab ipsis ædibus, nisi expressa conuentione, non potest. Aliud est in emptione rei singularis, cuius periculum post venditionem contractã totũ pertinet ad emptorem, ante verò ad venditorem *d. l. 1. & vlt. C. de peric. & commod. rei vendit. l. necessariò 8. infr. eod. ill. tit.* Neque rursus in emptione rei singularis distinctio huius §. locum habere potest. An autem eadem distinctio adhibẽda sit in specie *d. l. vlt. infr.* vt putat Accursius, dicemus ad eum locum.

15 ¶ Si Titius Mæuij hereditatem Seio vendiderit: & à Seio heres institutus eã hereditatem Attio vendiderit: an ex priori venditione hereditatis cum Attio agi possit? & ait Iulianus, quod venditor hereditatis petere à quolibet extraneo herede potuisset, id ab hereditatis emptore consequũtur. & certe si Seio alius heres extitisset: quidquid venditor, Mæuianæ hereditatis nomine præstitisset, id ex vendito actione consequi ab eo potuisset. nam & si duplam hominis à Seio stipulatus fuissem, & ei heres extitissem, eámque hereditatem Titio vendidissem: euicto homine, rem à Titio seruarem.

Ad §. 15. Si Titius.

RAT. DVB. Cùm quis debitori suo heres extitit, confusione debitor esse desiit §. *cùm quis inf. l. debitori 50. inf. de fideiuss. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. aditio de solut.* Ergo si Titius Mæuij hereditatem sibi delatam & acquisitam Seio vendiderit contra quem agere ex vendito aliqua de causa potuerit, & ab eodem Seio posteà heres institutus sit, eiúsque hereditatem adierit, & aditam Attio vendiderit, dicẽdum videtur aditione & confusione sublatã & extinctam esse actionem ex vendito quæ ipsi antea cõtra Seium Mæuianæ hereditatis emptorẽ cõpetierat, & consequenter nullam ei hodie competere aduersus Attiũ emptorẽ Seianę hereditatis, cùm nõ sit nec esse debeat in potestate Titij, vẽdẽdo Seianã hereditatẽ Attio facere, vt actio in Seiũ quæ peraditionẽ extincta fuerat, reuiuiscat *l. quires 98. §. areã inf. de solut.* nec rursus vt sine actione contra Attium agere & experiri possit *l. si pupilli 6. §. vlt. sup. de negot. gest. l. quoties 9. §. & generaliter inf. de admin. tutor.*

DEC. In hereditatis venditione, vt & in aliis omnibus venditionum contractibus semper inspiciendum est quid actum sit §§. *prox. sup. l. sed Celsus 6. §. 1. sup. de contr. empt.* Atqui cùm Titius heres institutus à Seio cui Mæuianam hereditatem vendiderat, Seianam vendit Attio, id videtur agi inter Titium & Attium, vt quicquid Titius ob vẽditionem hereditatis Mæuianæ à quolibet extraneo Seij herede petere actione ex vendito & consequi posset, idipsum ab Attio consequatur, cùm emptor hereditatis vicẽ heredis sustineat, nec deterior causa Titij esse debeat,

BIU Cujas

bear, aut Attij melior, quam si per mediam alterius quàm Titij personam hereditas Seij ad Attium ex causa venditionis peruenisset. Ergo quamuis actio ex vendito, quæ Titio aduersus Seium competere ob venditionē Mæuianæ hereditatis poterat, extincta sit confusione per aditionem Seianæ hereditatis, non eo minùs tamen tenetur Attius Titio actione ex vendito, vt tāquam emptor hereditatis Seianæ Titio præstet, quicquid præstare teneretur si heres ipse Seij fuisset, aut quantum præstare alius quilibet heres teneretur *d. §. cùm quis.* Alioqui non esset in omnibus vice heredis si minus præstare cogeretur quàm alius quilibet heres præstiturus esset, nam cùm dicimus emptorem hereditatis esse loco heredis, non illud præcisè ac formaliter significamus esse illum loco illius qui hereditatem vēdidit, sed loco heredis cuiuslibet, ac si heres directò & immediatè factus esset: nempe quod ad emptorem & venditorem hereditatis pertinet, non etiā quod ad creditores hereditarios, vt diximus ad *§. sicuti 9. supr. ex l. 2. C. hoc tit.* Quid vero interest, an aditione & confusione extincta sit actio ex vendito, quæ Titio contra Seium quæsita erat ex vēditione Mæuianæ hereditatis, an alia actio quæ ipsi ex alia qualibet causa contra Seium competiisset? Ergo si quid Titius impenderat ob Mæuianam hereditatē propter quod actionem ex vendito contra Seium habere potuisset, eandem actionem contra Attium habere poterit, non quasi resuscitatam aut restitutam, vt in *l. Papinianus 18. supra de seruitut.* sed quasi nec extinctam, aut potiùs nouam actionem ex vendito substitutam in locum prioris quæ per actionem reuera fuit extincta, vt in *d. §. cùm quis* vbi dicemus.

a *Nam & si duplam hominis.* RAT. DVB. Cum emptor venditori, vel venditor emptori heres existit, confunditur obligatio & confusione extinguitur, vt proximè diximus ex *§. cùm quis infr. & l. Stichum aut Pamphilum 95. §. aditio de solut.* Ergo si duplam hominis venditi à Seio stipulatus fuerim, & ei heres extitero, dicendum est stipulationem duplæ euanescere, & consequenter tametsi eam Seij hereditatem posteà vendiderim Titio, me tem à Titio seruare non posse. Præsertim verò duplam quam stipulatus sum, quia eodem herede existente benignius est pro dupla simplam præstari *l. cùm emptor 48. infr. ad leg. falcid.* Nam & cùm duplæ stipulatio committi non potest, fortè si emptor rei alienæ pro qua venditor duplam promiserat, domino rei heres extiterit, cessante actione ex stipulatu ad duplam sola supereſt actio ex empto *l. si ei 41. §. 1. inf. de euict.* quæ porrò non nisi ad simplam datur, & ad id quod emptoris interest *l. si in venditione 60. eod. tit.* Ergo & similiter in proposito dicendum est duplam me ab emptore hereditatis seruare non posse, sed simplam duntaxat. DEC. Emptor hereditatis vice & loco heredis est *§. cùm quis inf.* & perinde habendus in effectu, ac si heres ipse institutus esset, nisi quod neque à creditoribus, neque à legatariis conueniri potest. Atqui si non ego, sed Titus cui hereditatē Seij vendidi, Seio heres extitisset, seruarē ab eo duplam euicto homine, pro quo duplam mihi Seius promiserat: Ergo & cùm ego Seio heres extiti, & ipsius hereditatem postea Titio vendidi, si homo euictus sit, tenetur mihi emptor & quidē vt euictionis præstet mihi non simplam, sed duplam: nam quemadmodū emptor loco heredis est, ita venditor, quamuis verè heres sit, perinde tamen haberi debet, quantum ad emptorē pertinet, ac si heres non esset. Non. n. potest vterque haberi pro herede insolidum eodē respectu, sicuti nec vni duo in solidū verè heredes esse possunt *l. quod contra 141. §. vni duo de reg. iur.* Atque ita tandem concludit Accursius, & rectè.

16 ¶ Si quid publici vectigalis nomine præstiterit venditor hereditatis: consequens erit dicere, agnoscere emptorem ei hoc debere. namque hereditaria onera etiam hæc sunt, & si forte tributorum nomine aliquid dependat: idem erit dicendum.

Ad §. 16. Si quid publici.

RAT. DV. Onera tributorum quæ capitibus imponuntur pro rebus, & vectigalium quæ prædiis, onera sunt possessionis, ideóque etiam præteriti tēporis & tributa & vectigalia ab emptore pendi debent, cui si debita esse ignorauerit, actio ex empto contra venditorem eo nomine danda est *l. prædiis 36. infr. de iur. fisc. l. Imperatores 7. de public. & vectig.* secundum emendationem Iacobi Cuiacij, qui primus docuit ingeniosissimè pro *exemplo* legendum ibi esse *ex empto libr. 1. Obseruat. cap. 5.* Ergo si quid vel publici vectigalis, vel tributorum nomine venditor hereditatis impenderit, nullam ea de causa actionem cōtra emptorem habere debet, cui potiùs accommodanda esset ex empto actio contra venditorem, si venditor ea tributa & vectigalia non soluisset, debuit enim heres ea & præstitit, non tanquam heres, sed tanquam possessor.

DEC. Omnia hereditaria onera sequuntur emptorem hereditatis, quia inter contrahentes id agi videtur, vt emptor non vt venditor loco heredis sit *§. non solùm sup. & §. cùm quis infr.* Atqui onera tributorum & vectigalium ab herede præstita pro fundis & rebus hereditariis sunt hereditaria, quia & ipsa possessio hereditaria est, & prædia quoque pro quibus vectigalia & tributa pendēda sunt à possessore. Ergo ea debet emptor hereditatis agnoscere, in quem vt commoda ita, & incommoda hereditatis omnia transferuntur. Iunge *l. inter debitorem 42. supr. de pact. l. cùm possessor 5. infr. de censib.*

17 ¶ Quod si, funere facto, heres vendidisset hereditatem: an impensam funeris ab emptore consequatur? & ait Labeo emptorem impensam funeris præstare debere: quia & ea inquit impensa hereditaria esse, cuius sententiam & Iauolenus putat veram, & ego arbitror.

BIU Cujas

Ad §.17. Quòd si funere.

RAT. DVB. Funeris impensa pietatis causam cõtinet *l. etsi quis* 14. §. *plerique supr. de religios. & sumpt. funer. l. pro herede* 20. §. 1. *infr de acquir. hered.* Fit enim in memoriam humanæ conditionis *l. quidam in fuo* 27. *infr. de condic. instit.* Ergo non potest venditor eam repetere ab emptore, maximè si post funus factum heres vendiderit hereditatem. Pietatis enim causa repetitionem impedire solet *dicta l. pro herede* §. 1. *l. cùm is* 36. §. *mulier supr. de condict. indeb. l. Nesennius* 34. *supr. de negot. gest.* Ad quem verò magis, quàm ad heredem pietatis huius onus pertinet *d. l. & si quis* §. *vlt.* Nam & post venditam hereditatem heres manet, cùm semel fuerit *l.* 2. *C. hoc tit.* Et quãuis heres esse desineret, adeóque quamuis ei quasi indigno hereditatis ablata esset, iura tamen sepulchrorum retineret *l. si quis fuit* 33. *supr. de religios.* Sicut obtinet in eo quoque herede qui restituit hereditatem *l. quia perinde* 42. §. 1. *l. si patroni* 55. §. *quid ergo, vers. nec ignoro infr. ad SC. Trebell.* Quidni ergo etiam funerandi defuncti onus ad eum pertinebit, inspecto præsertim eo tempore, quo necdum vendita sit hereditas, nec fortassis de ea vendenda cogitatum?

DEC. Etiam impensa funeris hereditaria est, quoniam is qui in funus impendit non tam cũ herede quàm cum defuncto contrahere videtur *l. 1. eod. tit. de religios.* Imò præcedit omne æs alienum hereditarium cùm bona soluendo non sunt, & ex hereditate ante omnia deducitur *l. penult. eod. ill. tit.* At qui onera omnia hereditaria emptorem sequuntur, vt diximus ad §. præcedentem. Ergo quamuis impensa funeris facta sit ante hereditatem venditam, restitui tamen debet ab emptore vẽditori, perinde acsi aliud quodlibet debitum hereditarium venditor de suo ante venditionem persoluisset.

18 ¶ Cum quis debitori suo heres exstitit, confusione creditor esse desinit. sed si vendidit hereditatem: æquissimum videtur, emptorem hereditatis, vicem heredi obtinere: & idcirco teneri venditori hereditatis: (siue, cùm moritur, testator debuit: quamuis post mortem debere desiit, adita à venditore hereditate: siue quid in diem debeatur: siue sub conditione, & postea conditio exstitisset:) ita tamen, si eius debiti aduersus heredem actio esse poterat: ne forte etiam ex his causis, ex quibus cum herede actio non est, cum emptore agatur.

Ad §.18. Cùm quis.

RAT. DVB. In textu posita est, quòd cùm quis debitori suo heres extitit, aut debitor suo creditori confusione tollitur obligatio, & qui erat creditor aut debitor talis esse desinit, quia nemo potest sui ipsius debitor esse & creditor. Aditio autem hereditatis facit, vt heres induat eam ipsam qualitatem quæ defuncti fuit, siue debitor ille fuerit, siue creditor, cum censeatur heres eadem persona cum defuncto *Nouell.* 48. *de iureiur. à morient. præst. l. debitori* 7. *C. de pact. l. debitori* 50. *infr. de fideiuss. l. Stichum aut Pamphilum* 95. §. *aditio de solut.* Ergo si creditor debitori suo heres extiterit, & posteà hereditatem vendiderit, non potest contra emptorem hereditatis agere pristina actione quæ ipsi contra defunctum cõpetebat, & quæ hodie ampliùs nulla est, cùm neq; obligatio & actio semel extincta reuiuiscere vnquam possit *l. qui res* 98. §. *aream eod. tit.* neque agere quisquam sine actione *l. si pupilli* 6. §. *vlt. de negot. gest.* Sed ratio decidendi quæ in textu quoque posita est, illa est quod emptor hereditatis vicem heredis sustineat, & perinde habendus sit, acsi à testatore institutus esset, nempe quod ad cõtrahentes ipsos pertinet, quia id actum inter eos intelligitur, vt nec plus nec minus ad emptorem hereditatis perueniat q̃ penes heredem futurum esset, vt initio huius legis scriptum est, *& in l. si ei cuius* 9. *sup. commun. præd.* At qui si emptor hereditatis institutus heres fuisset, venditor idémque creditor saluum ius crediti haberet, quia confusio nulla debiti interceßisset. Ergo quãuis venditor ipse heres sit qui hereditatem vẽdidit æquissimum est emptorem ei teneri, vt debitũ hereditarium persoluat. Non quidem prima illa actione hereditaria, quæ cõtra defunctum competebat, fortassis conditione certi ex mutuo aut incerti ex stipulatu quam confusione extinctam ponimus, & quæ resuscitari nunquã potest, vt malè putat Accursius, nec restitui à Prætore vt in *l.* 2. §. *vlt. supr. si ex noxal. caus. agat.* quia neque necesse est, vt dicemus ad *l. si hereditatem* 20. *infr.* Sed actione ex vẽdito quæ ex venditionis contractu nascitur, & in quam venire æquum est omnia quæ sunt ex æquitate & bona fide. Itaque fit hoc non ex iuris ratione, sed ex mera æquitate, vt verba illa huius §. demonstrant *æquissimum videtur.* Nihil ergo interest, an testator cũ moreretur, debuerit ex pura obligatione, quamuis ea per aditionem confusa sit, an verò in diem, aut sub conditione, quæ posteà extiterit. Nulla enim differentia est inter puram obligationem & purificatam per aduentum diei vel conditionis *l. vlt.* §. 1. *infr. de vulgar. & pupill. substit.* Igitur noli dicere cum Accursio, aliud esse si emam prædium meo seruiens, & idé prædium alij posteà vendam, quo casu non restituitur seruitus amissa, nisi specialiter imponatur *l. si quis ædes* 30. *sup. Vrban. prad.* Sicuti nec ea quæ per aditionem confusa est in specie *l. Papinianus* 18. *sup. de ser. uit.* Nam nec in specie huius §. restituitur actio confusa, neque rursum ad id agitur vt restituatur, sed sufficit actio ex vendito, vt confusæ actionis damnum venditori sarciatur, eíque plenissima indemnitas præstetur. Iunge quæ dixi ad §. *si Titius* 15. *supr.* & quæ addemus *ad* §. *seq.* Rectè tamen subiicit Vlpianus, id quod dictum est, teneri hereditatis emptorẽ eius debiti nomine quod defunctus debuit, ita accipiendum esse si modò eius debiti nomine aduersus heredem actio efficax esse poterat alio sc. quàm vẽditore herede instituto. Quid. n. si tutus erat defunctus exceptione pacti realis de nõ petẽdo, quæ ipsius quoq; heredi competiisset? Quid si exceptione iurisiurandi vel doli, vel alia simili? Eadem certè ratio quę facit vt emptor hereditatis teneatur indẽnẽ præstare venditorẽ eius debiti nomine, q̃ defunctus ei debuit, nẽpe quia vicẽ heredis obtinet. Etiã facere debet, vt ex quibus causis cum extraneo herede actio efficax cõpetere creditori non potuisset, neque

neque cum emptore hereditatis competat. Ne alioqui deterioris sit condicionis quàm verus heres. Cuius enim vicem sustinet, eius iure in omnibus vti debet.

19 ¶ Et si seruitutes amisit hæres institutus, adita hereditate: ex vendito poterit experiri aduersus emptorem, vt seruitutes ei restituantur.

Ad §. 19. Etsi seruitutes.

RAT. DVB. Etiam seruitutes prædiorum confunduntur aditione, quia per aditionem fit vt vtrumque prædium & dominans & seruiens in eiusdem dominio reperiatur, quia nemini res sua seruire potest, *leg. Papinianus 18. supr. de seruit. leg. in re communi 26. vrban. præd. leg. vti frui 5. si vsufr. petat. leg. legatarius 39. §. vlt. de legat. 1.* Fit autem hæc confusio ex mera quidem ratione iuris, sed tamen ex voluntate heredis, cùm nemo inuitus heres fiat, nec adire cogatur, *leg. nec emere 16. C. de iur. delib. leg. quia poterat 4. infr. ad SC. Trebellian.* Ergo non est danda heredi actio in emptorem hereditatis, vt seruitutes restituantur. Cùm imputare sibi debeat heres idemque venditor, quod vltrò hereditatem & adierit & posteà vendiderit. Neque enim facilè succurrendum est ei qui facto suo & voluntate damni occasionem sibi dedit, sed ei tantùm qui diligenter sibi prospexit, *leg. 3. infr. de separat.* Longeque alia ratio est eius speciei, quæ ex Papiniano tractatur in *dict. leg. Papinianus* de restituendis à legatario seruitutibus, quæ per aditionem confusæ fuerant. Nec enim potest legatarius heredi imputare cur adierit. Quod si non fecisset, legatum intercidisset. Nam nec potest quisquam imputare alteri factum, ex quo ipse lucrum senserit, *leg. si extraneus 33. leg. cùm in fundo 78. §. quòd si mulier infr. de iur. dot.*

DEC. In venditione hereditatis id agitur inter emptorem & venditorem, vt in omnibus, quantum fieri potest, emptor vice heredis constituatur, & emptor tanquam pro instituto habeatur, nec plus aut minus iuris in emptorem transeat, quàm futurum esset penes heredem, si non vendidisset, aut penes emptorem, si institutus heres ipse fuisset, vt suprà diximus, & scriptum est in principio huius legis. Atqui si fuisset emptor heres institutus, non essent seruitutes aditione confusæ, quia non fuisset idem dominus vtriusque fundi & dominantis & seruientis. Ergo quamuis per aditionem hereditatis seruitutes confusæ sint, non eo minùs tamen restituui *l. si ei 9. supr. Commun. præd.* Idque per actionem ex vendito, quia nec nascitur hæc actio nisi ex eo, quod in venditione actum est, nec datur nisi per occasionem, & in consequentiam venditionis. Nempe cùm actione opus est, traditis iam rebus hereditariis, nulla retenta, vel imposita seruitute. Alioqui prodesset, ac sufficeret venditori adhuc possidenti exceptio doli mali, de qua in *dict. leg. Papinianus*. Non magis enim emptor hereditatis quàm legatarius imputare potest heredi cur hereditatem & adierit, & vendiderit, cùm si non vtrumque factum esset, nec hereditatem illam emptor ex venditione habere hodie posset. Aliud est, si quis emat alienum prædium suo seruiens, ac posteà idem prædium siue eidem personæ, siue alij vendat. Hoc enim casu perinde quidem confusione extinguitur seruitus, sed non perinde restituenda est, quia in emptione singularis rei non id agitur, vt venditor indemnis conseruetur, siue cùm vendit, siue cum redimit, *l. si quis ædes 29. supr. vrban. præd.* Et ita benè noster Accursius. Sed illud malè, quod addit actionem semel extinctam resuscitari hoc casu contra iuris regulam, de qua in *leg. quis res 98. §. aream de solut.* Aliud enim est resuscitari actionem. Aliud verò restitui. Quæ resuscitatur si qua esset, eadem esset numero. At quæ restituitur, alterius speciei est. Vtilis namque est, cùm prior esset directa, *leg. quamuis 8. §. si conuenerit & §. si mulieri & pass. supr. ad SC. Velleian.* In hoc autem §. agitur non de restituenda actione, vt in præcedente, sed de restituenda seruitute per actionem ex vendito, quæ cùm non sit hereditaria, non fuit extincta, neque extingui potuit per aditionem.

20 ¶ Sed & siquidem venditor nondum præstiterit, sed quoquo nomine obligatus sit propter hæreditatem: nihilo minus agere potest cum emptore.

Ad §. vlt. Sed & si quid.

RAT. DVB. Causa agendi debet præcedere actionem. Atqui causa dandæ actionis ex vendito hereditatis venditori contra emptorem non alia est, quàm vt indemnis seruetur venditor penes quem neque lucri, neque damni quicquam remanere debet ex hereditate, sed totum transferri ad emptorem §. *sicuti supr.* Prius ergo est, vt venditor aliquid præstiterit propter hereditatem, quàm vt ex vendito contra emptorem agere possit.

DEC. Id videtur iam abesse cuique in quo is alij obligatus est, *leg. si quis mandatu 28. in fin. supr. de negot. gest.* quia is qui obligatus est, ciuiliter necessitatem habet soluendi, iuxta diffinitionem obligationis à Iustiniano traditam in *tit. de obligat. Instit.* Perinde igitur haberi debet hereditatis venditor qui propter hereditatem obligatus est, licèt nihildum præstiterit acsi iam præstitisset. Et consequentem eandem actionem ex vendito habere vtroque casu debet §. *siue ipse venditor 11.* vbi diximus *supr.*

BIU Cujas

3. POMPONIVS libro 27. ad Sabinum.

SI venditor hereditatis exactam pecuniam sine dolo malo vel culpa perdidisset: non placet eum emptori teneri.

Ad l. Si venditor 3.

RAT. DVB. Emptor hereditatis vicem heredis obtinet §. *cùm quis l. prox. supr. l. si ei 9. supr. Comm. præd.* Atquin si heres fuisset, habuisset omnia quæ in hereditate fuissent tempore mortis aut saltem additionis, vt in *l. si creditor* 83. *infr. ad l. Falcid.* cùm per additionem fiat heres, *l. si alienum* 49. §. 1. *de hered. instit.* Ergo si heres, idemque venditor hereditatis pecuniam hereditariam post additionem exegerit, ac postea perdiderit, quamuis sine dolo malo, non debet damnum illud ad emptorem pertinere, sed ad venditorem, vt idipsum quod perdidit, emptori præstare teneatur, qui si id antè habuisset, fortassis non perdidisset.

DEC. In hereditatis venditione id inter emptorem & venditorem agi intelligitur, vt id tantùm venisse videatur, quod ad venditorem peruenerit in id vsque tempus quo venditio fiat *l. prox. in princip. &* §. 1. *supr.* Atqui non potest videri in id vsque tempus ad venditorem peruenisse id quod exegit ipse ac sine dolo malo perdidit ante venditionem hereditatis. Ergo neque id emptori præstare venditor debet. Nec sanè esset ex bona fide, vt venditor præstare cogeretur id quod non haberet, *l. mulier* 22. §. *sed enim infr. ad SC. Trebell.* Et quod diximus in *d. l. prox.* §. *sicuti supr.* & commodum & incommodum omne ad emptorem spectare, ad ea damna maximè pertinet quæ medio tempore inter additionem & venditionem hereditatis, sine dolo malo latáve culpa heredis contigerunt. Adeò vt etiamsi leuis culpa heredis interceserit eiusdemque venditoris, eam tamen præstare non debeat, quia nullam diligentiam venditor emptori debet ante venditionem hereditatis, vt aduersus Accursium disputauimus ad *l. prox.* §. *sed & si quid* 5. *vers. & si non dolo malo supr.*

4. VLPIANVS libro 32. ad Edictum.

SI nomen sit distractum: Celsus libro nono digestorum scribit, locupletem esse debitorem non debere præstari: debitorem autem esse præstari, nisi aliud conuenit.

Ad l. si nomen 4.

RAT. DVB. Nullam actionem habere is videtur cui futura est inanis actio propter inopiam debitoris, *l. nam is 6. supr. de dolo.* Ergo is qui nomen vendidit, non tantùm debitorem aliquem, sed etiam locupletem & idoneum præstare debet: Ne alioqui præstando inane nullum præstare videatur. Et verò quis tam stultus est, vt inane nomen velit emere plus habiturum dispendij quàm commodi?

DEC. Aliud est nomen simpliciter vendere: Aliud verò bonum nomen. Qui nomen simpliciter dicit, debitorem intelligit. Qui verò bonum nomen, dicit debitorem locupletem, *leg. inter causas* 26. §. *abesse supr. mandat.* Et quamuis debitor non sit soluendo, non eo minùs tamen verè debitor est, cùm possit conueniri nec vllam habeat exceptionem, *l. creditores* 10. *leg. creditor* 55. *de verb. signific.* Nam quemadmodum aliud est debere, aliud soluere, ita & aliud agere, aliud exigere. Fateor debitorem magis propriè illum intelligi à quo inuito pecunia exigi potest, *l. debitor* 108. *eod.* ad exigendi potentiam quæ iuris, non quæ facti sit, referri debet, ad excludendam scilicet exceptionem quæ non tam actionem, quàm exactionem impediat, vt in *l. prox. seq.* Non ad excludendam soluendi difficultatem. Nihil enim refert etiam quod ad huius legis speciem attinet, an quis nihil debeat ipso iure, an verò ita debeat, vt tamen exceptione præsertim perpetua se tueri possit, *leg. nihil interest* 112. *de regul. iur.* At is qui soluendo non est, & tam pauper vt neque domi pecuniam habeat, neque inueniat creditorem, non eo minùs verè debitor est, cùm possit & condemnari & coniici in carceres nisi beneficium imploret legis Iuliæ de cessione bonorum, *l. 1. C. qui bon. ceder. poss.* Receduntque ista ab impedimento naturali, nec nisi ad facultatem & difficultatem dandi respiciunt, quæ res nihil commune habet cum iure obligationis, *l. continua* 137. §. *illud infr. de verb. oblig.* Denique cùm nihil præstare venditor debeat nisi idipsum quod vendidit: Quis æquum putet cogi venditorem præstare emptori quod non vendiderit? At qui nomen duntaxat vendidit debitor, non bonum nomen. Præstet ergo nomen solum non etiam bonum nomen. Id est, præstet tantummodò debitorem esse non etiam vt locuples sit & soluendo. Sibi enim debet emptor imputare, qui nomen quale quale esset, emere voluit non priùs explorato eo an idoneum nomen esset necne. Idem ergo multo magis probandum erit si quis expressim nomen quale fuit vendiderit, *l. antep.* §. *vlt. infr. de euict.* aut si post venditionem debitoris nomen factum sit minùs idoneum. Periculum enim damni ex postfacto contingentis non nisi ad emptorem spectare potest, *l. pupilli* 96. §. *soror infr. de solut.* vt & cuiuslibet alterius rei venditæ, *l. Lucius* 11. *infr. de euict.* Sed hoc ita, nisi aliud conuenerit, vt Vlpianus hîc subiicit. In emptis enim & venditis inspiciendum semper & sequendum est id quod actum est, *l. sed Celsus* 6. §. 1. *supr. de contr. empt.* Sed emptori onus incumbet probandi id actum esse, quia cùm de qualibet re triplex possit concipi quæstio: An sit, quod sit & qualis sit, sufficit ad validitatem emptionis, ne videatur facta sine re, vt res aliqua sit quæ venditur. Nec enim alea emitur, cùm nomen venditur certæ personæ. Qualis verò res sit, quæ venditur extra venditionis necessitatem & causam est, *leg. cùm hereditatem 7. infr. dict. leg. antea.* §. *vltim. de euict.* Malè autem Accursius, & omnino extra rem quærit hîc: An omnis actio

BIU Cujas

actio puta iniuriarum vendi possit. Est enim hæc lex de venditione nominis non actionis. Qui dicit nomen, dicit actionem competentem aduersus eũ cuius nomen est. At qui dicit actionem, non perinde dicit nomen. Nec benè quis quæsierit, an vendi possit nomen eius qui iniuriam commisit. Cùm tamen quæri commodè possit an iniuriarum actio vendi possit. In qua quæstione dubitationem illud facit, quod ante litem contestatam actio iniuriarum non sit in bonis nostris, ideoque nec ad heredem transmittatur *l. iniuriarum 13. in princip. infr. de iniur. l. si quis eum 10. §. qui iniuriarum supr. Si quis caution. l. vt si cui 12. vers. quòd si ex populari causa de verb. signific.* Post litem vero contestatam litigiosa sit actio quæ proinde vendi non potest *l. 2. C. de litigios.* Concludit tamen Accursius vendi eam posse ante litem contestatam, quasi negari non possit, quin sit in bonis eius qui iniuriam passus est, cùm eam & per se, & per procuratorem exercere possit, *leg. sed si vnius 27. §. idem ait & si nepoti infr. de iniur.* Hoc verò probare non possum qui video illud quidem receptum tandem esse, sed vix tamen receptum esse, vt quis hanc actionem iniuriarum per procuratorem exerceat, fuisseque in eam rem necessarium auxilium constitutionum, de quibus apud Iustinianum in §. *in summa antep. eod. ill. tit.* Quanto minus igitur permittendum est interpretibus, vt inducant licentiam vendendæ actionis iniuriarum: quæ certe multo honestius ab homine præsertim Christiano remittitur, quàm venditur? *leg. si seruus 7. infr. de seru. export. l. auxilium 37. supr. de minor.* Et quæ si vendi posset, fateri nos oporteret competituram emptori vtilem iniuriarum actionem suo nomine, vt ex alia qualibet, siue nominis, siue actionis venditione *l. ex nominis 8. C. de hered. vel act. vendit.* quod tamen absurdum foret, cùm iniuriam ipse passus non esset. Aliaque longè ratio est procuratoris qui mandatam actionem non suo nomine exercet, sed tantùm alieno, extra casum, *l. 1. C. de oblig. & action.* Denique facilius est, vt actio aliqua transmitti ad heredem possit, quàm vt vendi si ipsis quoque interpretibus credimus post Bartolum ad *leg. si mulier 59. §. ex asse infr. de iur. dot. leg. ex pluribus 42. infr. de admin. tutor.*

5. PAVLVS libro 32. ad Edictum.

ET quidem sine exceptione quoque, nisi in contrarium actum sit. [a] sed si certæ summæ debitor dictus sit, in eam summam tenetur venditor. [b] si incertæ, & nihil debeat: quanti interest emptoris.

Ad l. Et quidem 5.

RAT. DVB. Omnis exceptio præsupponit actionem, cùm nihil aliud sit quam actionis exclusio *l. 1. 2. & pass. infr. de except.* Actio autem præsupponit obligationem, *leg. licèt 42. §. ea obligatio supr. de procur.* Atqui sufficit, vt is qui nomen vendidit, præstet debitorem eum esse cuius nomen vendidit, si aliud nihil in contrarium actum sit, vt in lege proximè præcedente scriptum est. Non ergo inquirendum est an debitor, cuius nomen venditum est, exceptionem aliquam habeat, an nullam & an perpetuam, an temporalem.

DEC. Non videtur debitor is qui exceptionem perpetuam habet cuius æquitate tueri se possit, vt impediat non tantùm exactionem, sed ipsam quoque condemnationem, *leg. nihil interest 112. de reg. iur. leg. qui exceptionem 40. de condict. indeb.* Atqui debet is qui nomen vendidit, præstare debitorem esse. Ergo sine vlla exceptione. Alioqui nec creditor ipse esse intelligitur qui si agere velit, exceptione aliqua perpetua repelli possit, *leg. creditor 10. leg. creditores 55. l. debitor 108. de verb. signific.* In eoque differt debitor qui perpetuam habet exceptionem ab eo qui paupertate impeditur ne possit soluere, quod quamuis vterque conueniri possit, ille tamen condemnari non potest, hic potest. Idcirco autem loquimur de exceptione perpetua non temporali, quia in potestate actoris & creditoris est temporalem exceptionem cuitare. Scilicet non agendo nisi post illud tempus: Si non concurrat cum exceptione temporali actio æquè temporalis qua vltro experiri per modum querelæ actor possit, vt contingit in exceptione non numeratæ pecuniæ *l. 1. 4. 7. & pass. C. de non numer. pecun.* Et ob eam causam comparatur condicionali creditori, *leg. condicionales 54. & seq. de verb. signific.* Sed hoc ita nisi in contrarium actum sit, vt subiicitur in hac lege, & Paulus hîc monet, eâdem ratione quam attulimus ad legem præcedentem, quòd in emptis & venditis semper sequendum sit id quod actum est. Nulla enim videri potest iniuria fieri ei qui semel voluit, *l. in diem 9. §. 1. infr. de aqua & aquæ pluu. arcend.*

a *Sed si certæ summæ debitor dictus sit.* RAT. DVB. Cùm nomen venditur, exactio & persecutio debiti ad emptorem pertinet, quæ porrò non sine sumptu aliquo fieri potest. Et præterea euentus executionis potest esse incertus *l. quod debetur 51. supr. de pecul.* Ergo etiam si certæ summæ debitor dictus sit is cuius nomen venditum est, subduci tamen & æstimari debet euentus ille dubius, & sumptus quem in petendo fieri necesse fuerat, si verè debitor fuisset.

DEC. Ex natura actionis ex empto est vt venditor præstet emptori præter simplum id omne quod emptoris interest, *leg. si in venditione 60. infr. de euict.* Atqui non potest minoris interesse illius qui nomen debitoris, quasi verum emit quod nullum erat, quàm quantæ summæ debitor is dictus est, cuius tanquam debitoris nomen venditum fuit. Tanti enim nomen emit, vt ex eius persecutione summam illam consequeretur, cuius debitor esse dicebatur. Ergo in tantam summam condemnari venditor debet. Nulla siue dubij euentus, siue sumptuum in petendo faciendorum habita ratione, quia neque petitio, neque condemnatio, neque executio vlla fieri potest, vbi vel nullus debitor est, vel talis est, qui exceptione perpetua summouere actorem possit.

b *Si incertæ, & nihil debeat.* RAT. DVB. Non

BIU Cujas

potest valere incerta condemnatio, *Tot. tit. Cod. de sentent. quæ sin. cert. quant. profer.* Atqui non potest certa fieri condemnatio cùm debitor incertæ summę venditus est, quem posteà appareat nihil debere. Nihil ergo hoc casu est ad quod vendito condemnari emptori possit, magisque est vt hoc casu nihil actum videatur, præsertim si proponas nihil factum fuisse dolo malo venditoris. Sumenda enim ratio est eius quod interest ex comparatione debitæ alicuius rei aut quantitatis in quam cadat ratio lucri cessantis & damni emergentis, *l. si commissa 13. infr. rat. rem haber.*

DEC. Non debet emptor decipi ex contractu bonæ fidei, qui cum nomen emit verum nomen & debitorem emere se putauit, ac proinde ad eam vsque summam quam ab eo debitam esse cõstaret. Quandoquidem non aleam emit, sed nomen *l. cùm hereditatem 8. infr.* Deciperetur autem emptor, & ex eius damno locupletaretur vẽditor, si non præstaret emptori saltem quanti eius interesset *d. l. si in venditione 60. de euict.* Negari autem non potest quin emptoris saltem interfit tanti, quantũ est precium quod dedit licet plerunque id, quod interest, egrediatur precium *l. 1. infr. de act. empt. l. in interdicto 6. Vnde vi.* Itemque si quam impensam fecerit ad emendum, aut vt iret ad venditorem, aut qua alia de causa. Quam impensam non fecisset, nisi de vero nomine emendo cogitasset *leg. quòd si nulla 9. & seq. infr.* Ergo hoc saltem à venditore emptori præstandum est.

6. IDEM libro 5. Quæstionum.

EMptori nominis etiam pignoris persecutio præstari debet: eius quoque, quod postea venditor accepit. nam beneficium venditoris prodest emptori.

Ad l. Emptori 6.

RAT. DVB. Cùm nomen venditur, non aliud ius appellatione nominis significatur, quàm quod competit in personam nominati debitoris. Nomẽ enim est personæ non fundi. Ergo etiamsi pignus pro nomine datum sit, non videtur emptori nominis danda esse pignoris persecutio. Ne plus ei præstetur à venditore quàm venditum fuerit.

DEC. Qui vendit nomen, tale in dubio vendere intelligitur quale est *l. 4. supr. l. antep. §. vlt. infr. de euict.* Ergo si nomen venditum pignoratitium fuit, pignoris quoque persecutio vendita intelligitur, & consequenter mandanda est emptori, vt exercere possit directam actionem nomine venditoris quam ex persona propria habere non potest, licet ex rescripto Diui Pij habeat suo nomine vtilem actionem, non tantùm in personam debitoris, sed etiam in pignora quæ in eius debiti causam debitor dederit *l. si in solutum 6. C. de oblig. & act. iunct. l. si cum emptore 16. supr. de pact leg. emptor 5. & l. nominis 8. Cod. hoc titul.* Nec habet venditor quod conqueratur, licèt actionem, quam aduersus principalem reum habet vendiderit, nulla vel pignorum vel intercessorum facta mentione. Nam omne ius quod ex ea causa ipsi competit, tam aduersus ipsum reum quàm aduersus intercessores huius debiti vendidisse credendus est, ideóque & præstare id debet *l. antep. infr. hoc tit. Eius quoque quod posteà venditor accepit.* Hæc verba ostendunt tractare Paulum in hac lege de vẽditione nominis hereditarij. Pro quo scilicet data sint pignora tam defuncto creditori, quàm posteà heredi. De pignoribus autem heredi ipsi datis ideo maior dubitatio est, quòd non possint videri hereditaria, in quibus nimirum nihil iuris vnquam defunctus habuerit. Ergo neque in venditionem, siue hereditatis generaliter, siue hereditarij debitoris specialiter, & pignora venire possunt, quia nec intelligitur hæres quicquam vendidisse, nisi quod ex hereditate ad eum pertinuit. Sed tamen aliud est, quia etsi non ex hereditate, attamen per occasionem hereditatis pignus illud acquisitum est, & quidem tanquam accessorium debiti principalis quod hereditarium est, ac proinde quod sicut inutile maneret penes venditorem, ita & in emptorem cum debito transferendum est, vt eodem iure sit nomen penes emptorem quo esset penes venditorem *l. 2. in princip. supr.* Ergo quamuis ex vi & potestate sola venditionis actio hæc hypothecaria in emptorem non transeat, neque directa, neque vtilis. Cedenda tamen est & à venditore præstanda emptori. Quemadmodum in herede grauato & fideicommissario non valde dissimiliter scriptum est, vt in *l. si heres pecuniam 73. ad SC. Treb.* Iunge quæ diximus ad *l. 2. §. non solùm supr.* Idque est quod Paulus rationis loco subiicit in hac lege, *Nam beneficium venditoris prodest emptori.* Vbi tamen obserua *beneficium venditoris* dixisse Paulũ pro eo, quod benefactum est à venditore. Hoc sensu vt quod venditor in suam vtilitatem benefecerat, ad emptoris quoque commodum & vtilitatem protrahatur. Nam & beneficium aliquando pro facto accipitur, adeoque quod mirabilius est pro malefacto puta pro furto, vt in *leg. inter omnes 46.* ibi *sed quia beneficio furis vnquam abfuerit, infr. de furt.* Adde *l. apud Celsum 4. §. quòd si is 6. infr. de doli mal. except.*

7. IDEM libro 14. ad Plautium.

CVm hereditatem aliquis vendidit: esse debet hereditas, vt sit emptio, nec enim alea emitur, vt in venatione, & similibus: sed res, quæ si non est: non contrahitur emptio: & ideo pretium condicetur.

Ad l. Cùm hereditatem 7.

RAT. DVB. Hereditas in iure consistit non in corpore, *leg. hereditas 50. supr. de hered. petit. leg. pecuniæ verbum 178. §. 1. infr. de verb. signific.* Dicturque vere ac propriè hereditas illa etiam quæ damnosa est, plusque habet damni & incommodi quàm

BIU Cujas

quàm lucri & commodi *l. hereditatis* 119. *eod. l. si hereditatem* 32. *supr. mandat. l.* 3. *infr. ad leg. Falcid. l.* 4. *ad SC. Trebell.* imò etiam illa in qua nec mobile quicquam sit nec immobile, nec aliquid denique quod iuris, aut actionis appellatione contineatur. Adeoque quod magis est, etiamsi ne obolus quidem vnus supersit. Ergo cùm hereditas venditur, nihil refert an hereditas aliqua sit necne. Cùm possit interesse emptoris vt nulla sit hereditas potius quàm vt aliqua sit & damnosa. Et aleam certè videtur emere quisquis emit hereditatem, propter incertum lucri & damni, & ex hereditate sperari aut timeri potest.

Dec. Emptio consistere non potest sine re quæ ematur, nisi cùm alea vel iactus retis emitur *leg. nec emptio* 8. *supr. l. si iactum* 12. *de act empt.* Atqui cùm hereditas venditur certi hominis, certa res est quæ venditur, per relationem ad certam personam cuius hereditas est, quamuis & euentu & æstimatione incerta sit. Ergo hereditatem aliquam esse oportet, quæ veneat. Nec dubitandum est quin is qui emit hereditatem, id agat quantum potest, vt lucrũ ex hereditate capter existimans se lucrosam hereditatem emere, quamuis ex euentu & per suam imprudentiam damnum & incommodum incurrere aliquod possit. Et quamuis hereditas possit esse etiam vbi nihil est, non tamen vbi nihil esse potest. Nihil autem esse potest, vbi hereditas nulla est *leg. lex Cornelia* 28. *infr. de vulg. & pupill. substit. l. de hereditate* 19. §. *filiusfamilias infr. de Castrens. pecul.* Non igitur emit aleam qui emit hereditatem, vt contingit in eo qui emit iactum retis aut venationem. Sed intellige cum Accursio: Nisi hoc agatur inter emptorem & venditorem hereditatis, vt quasi alea ematur. Hoc autem agi intelligitur si venditio facta sit sub condicione hoc modo: Vt si qua sit hereditas quę ad vẽditorem pertineat, ea veneat, aut si quid esset iuris venditoris in hereditate. His enim casibus non nisi quasi spes quædã hereditatis vendita intelligitur *l. quod si in venditione* 10. *& seq. infr. eod.* Extra hos casus consequens est, vt si nulla sit hereditas quæ venierit, locus sit condictioni precij ab emptore dati, quippe cuius retinendi, neque ius, neque causam vllam habeat venditor qui nihil vendidit, aut, quod effectu idem est qui vendidit quod non erat, vt in *l. fuæ rei* 16. *leg. & quod soluerit* 23. vbi diximus *supr. de contr. empt.*

8. Iavolenvs libro 2. ex Plautio.

QVòd si nulla hereditas ad venditorem pertinuit: quantum emptori præstare debuit, ita distingui oportebit: vt si quidem est aliqua hereditas, sed ad venditorem non pertinet: ipsa æstimetur: si nulla est, de qua actum videatur: hic verò (quia venditio non valet) pretium duntaxat, & si quid in eam rem impensum est, emptor à venditore consequatur.

9. Pavlvs libro 33. ad Edictum.

ET si quid emptoris interest.

Ad l. Quòd si nulla 8. *& l. seq.*

Rat. dvb. Nullius rei nulla potest esse æstimatio, *l. in actionibus* 5. *vers. planè supr. de in lit. iurand.* Maximè verò si neque vlla hodie sit res neque vnquam fuerit. Ergo cùm ad venditorem hereditatis nulla hereditas pertinuit, nihil est quod æstimari possit.

Dec. Duobus modis fieri potest, vt vendita hereditate, nulla tamen sit hereditas quæ venierit. Aut quia nulla prorsus sit hereditas, puta si hereditas Titij vendita sit, qui adhuc viuat, cùm viuentis nulla possit esse hereditas *l.* 1. *supr.* Aut quia sit quidem aliqua hereditas, puta eiusdem Titij iam defuncti, sed quæ ad venditorem hereditatis nullo modo pertineat. Sed ad alium aut posteriore testamento institutum aut agnatum proximiorẽ. Priore casu nihil sanè est quod æstimetur, aut quod à venditore consequi emptor debeat præter restitutionem precij quod dedit, & si quid in causam contrahendæ emptionis ab emptore impensum sit, & si quid præterea ipsius interfit, vt scriptum est in hac *l. & seq. iunct. l. & quidem* 5. *supr.* Posteriore autem casu æstimanda est hereditas ipsa quæ venit, cum eo quod præterea interest emptoris. Nec enim minùs valet hereditatis alienæ quàm alterius cuiuslibet alienæ singularis rei venditio ad obligandum emptori venditorem personali actione ex empto *l rem alienam* 28 *supr. de contr. empt.* nec minùs æstimari potest hereditas aliena, id est, ad alium quàm ad venditorem ipsum pertinens, quàm si ad venditorem ipsum pertineret, vt sciatur quantum emptori ex hac causa præstari à venditore oporteat. Quamuis præterea emptori præstandum sit quicquid supra quantitatem & æstimationem hereditatis interesse ipsius potest. Cùm id quod interest plerunque iustum rei precium egrediatur *leg.* 1. *infr. de action. empt. leg. in interdicto* 6. *de vi & de vi armat.* Inter hos igitur casus illa tantùm differentia est, quod vno æstimatur hereditas & præstatur emptori æstimatio, non etiam alio. At vtroque casu præstandum est emptori quanti eius interest aliquam esse hereditatem quæ venierit, & quæ ad venditorem pertinuerit. Itaque quod subiicitur in *l. seq.* de eo quod interest emptori præstando non ad primam duntaxat huius legis speciem, sed ad vtramque referendum est.

10. Iavolenvs lib. 2. ex Plautio.

QVòd si in venditione hereditatis id actum est, si quid iuris esset venditori, venire, nec postea quidquam præstitũ iri: quamuis ad venditorem hereditas non pertinuerit: nihil tamen eo præstabitur: quia id actum esse manifestum est, vt quemadmodum emolumentum negotiationis, ita & periculum ad emptorem pertineret.

BIU Cujas

Ad l. Quòd si in venditione 10.

RAT. DVB. Emptio sine aliqua re quæ vendatur consistere non potest, vt iam toties diximus ex *l. nec emptio 8. supr. de contr. empt.* Ergo etiãsi venditor hereditatis dixerit se si quid iuris in hereditate haberet, id tantùm vendere nec amplius quicquam præstare velle. Si tamen nihil penitus iuris in ea re habeat, non potest valere venditio tanquam sine re facta *l. cùm hereditatem 7. supr.*

DEC. Etiam spei solius emptio valet *dict. l. nec emptio §. 1. quemadmodum & donatio l. 3. Cod. de donat.* quia & spes ipsa sola per se aliquid est saltẽ paullo plusquàm nihil vt ad *d. §. scripsimus.* Atqui cùm venditio contrahitur eo quo diximus modo, aut sub illa condicione *si qua hereditas ad venditorẽ pertineat* spei emptio facta intelligitur, nec rei præterea vllius, quia id actum esse manifestum est, vt quemadmodum emolumentum negotiationis ita & periculum omne ad emptorem pertineret. Ergo etiamsi nulla penitus sit hereditas quæ ad venditorem pertineat, nihil tamen hoc casu eo nomine præstabitur emptori. Sed neque precium quod dederit ipsi restituendum erit, quia non sine causa nec sine re datum intelligitur quod pro spe vendita datum est. Multò minùs præstandum erit, si quid aliunde interfit, quia nihil esse potest quod emptori tam debeatur iure eius quod interest quàm vt precium quod dederit, ipsi restituatur *leg. quod si nulla 8. in fin. supr. & l. sua rei 16. l. & quod soluerit 23. supr. de contr. empt.* Prima enim pars eius quod interest, versatur in eo quod abest emptori. Altera in eo quod lucrari potuit *l. si commissa 13. infr. Rat. rem haber.* Abest autem emptori precium maximè, etsi quid ob causam eiusmodi contractus impenderit *d. l. quòd si nulla.* Sed hoc ita verum est: Nisi venditor qui in vendenda hereditate dixit id tantùm se vẽdere si quid iuris in hereditate haberet, sciebat nihil se iuris habere. Tunc enim dolo malo fecisse videtur, cuius ratione æquum est teneri eum non modò ad restitutionem precij quod accepit, sed etiam in omne id quod præterea interesse emptoris potest, *leg. hoc autem 12. infr.* Cùm huiusmodi clausulæ & præcautiones ad ea quæ venditor nouit, pertinere non debeant, sed ad ea tantùm quæ ignorauit *l. tenetur 6. §. vlt. l. quæro 39. infr. de action. empt.* Extra hunc casum non potest emptor conqueri deceptum se à venditore. Nam quemadmodum vendita hereditate quæ aliqua est, id agitur inter emptorem & venditorem vt commodum & incommodum omne hereditatis ad emptorem respiciat *l. 2. in princip. & §. sicuti & §. cùm quis supr.* Ita & cùm nulla hereditas est quæ veneat, & venditor bona fide profitetur non aliud se vendere quàm si quid iuris in ea hereditate habeat, id manifestè inter eos agi intelligitur vt lucrum & periculum totum non hereditatis, sed negotiationis ad emptorem pertineat. Nam tum quoque cùm hereditas nulla est quæ ad venditorem pertineat, & quæ ab eo vendita dici possit, subest tamen venditionis negotiatio de cuius commodo & periculo tractari adhuc potest.

II. VLPIANVS libro 32. ad Edictum.

NAm hoc modo admittitur esse venditionem, *Si qua sit hereditas, est tibi empta*, & quasi spes hereditatis, vt ipsum incertũ rei veneat, sicut in retibus.

Ad l. Nam hoc modo 11.

RAT. DVB. Spes futurum tempus respicit, *l. nec emptio 8. §. 1. supr. de contr. empt.* Hereditas verò tempus præsens aut potiùs præteritum, quia defunctum eum esse necesse est, cuius hereditas aliqua esse dicitur *l. 1. vbi diximus supr.* Ergo si hoc modo hereditatis venditio facta sit *si qua sit hereditas, ea tibi empta est*, non potest videri spes empta esse, quia tũc vel hereditatem iam esse aliquam certum est, vel nullam sperari amplius posse. Nam nec ea conuentio licet condicionis figuram habeat, condicionis tamen vim obtinet cùm in præteritum tempus collata sit, non in futurum *leg. cùm ad præsens 37. & seqq. supr. de reb. credit. l. condicio 100. de verb. oblig.*

DEC. Etiam spei emptio valet itemque donatio, vt diximus ad *d. l. nec emptio §. 1.* & ad legem præcedentem. Cùm autem hereditatis venditio ita fit, *si qua sit hæreditas, ea tibi empta est*, licet necesse sit hereditatem iam vel aliquam esse, vel nullam, quandiu tamen nescitur, an aliqua sit, & an lucrum aliquod vel damnum habitura, videtur in spem cadere, aut saltem proximè ad spem accedere, quod sciri posteà quandocunque potest, inspecta scilicet incertitudine, quæ non tam ex re ipsa nascitur, quàm ex nostra inscientia, vt Paulus loquitur in *leg. sed etsi 28. §. vlt. supr. de iudic.* Idque est quod Vlpianus hic scribit, *Ipsum enim incertum rei veneat.* Tam enim apud nos incertum est id quod nescimus esse, licèt iam sit, quàm quod in ipsa rerum natura nondum est, & in dubio euentu positum an futurum sit. Sic incertum condicionis dixerunt Impp. in *l. 1. Cod. de pact.* & Papinianus incertum ætatis ac restitutionis in *l. si Titius 48 infr. de fideiuss.* Addit Vlpianus *vt in retibus.* In quibus tamen hoc dissimile est quod plerumque iactus retis emitur priusquàm rete iaciatur. Interdum verò postquàm iactum est, sed antequàm extrahatur. At hereditas nunquam ita vendi potest *si qua sit* nisi iam defunctus ille sit de cuius hereditate vendenda agitur. Itaque in emptione hereditatis hoc modo facta incertitudo nulla vnquam esse potest ex parte rei, sed tantùm ex parte nostræ inscientiæ. Quod diuersum est in retibus, & in venatione vendita. Vtroque tamen casu nihil æstimatum videtur præter dubium euẽtum vt in *l. propter spem 23. supr. famil. erciscund.* ideoque nec precium reddendum est etiamsi nulla hereditas sit.

12. GAIVS libro 10. ad Edictum Prouinciale.

HOc autem sic intelligendum est: nisi sciens ad se non pertinere, ita venderit. nam tunc ex dolo tenebitur.

Ad l. Hoc

BIU Cujas

Ad l. Hoc autem 12.

RAT. DVB. Nihil tam bonæ fidei conueniens est quàm pacta seruari *l. 1. sup. de pact.* Ergo si conuenerit inter emptorem & venditorem hereditatis, vt hereditas, si qua est, empta sit, dicendum est, etiamsi nulla sit hereditas, nihil tamen eo nomine venditorem præstare cogi, non adhibita illa distinctione, an sciuerit, an nesciuerit venditor, ne contra conuentionem fiat, quod ex conuentione proficiscitur.

DEC. In omnibus contractibus, sed iis præsertim, qui sunt bonæ fidei, ea semper capienda est interpretatio, quæ sit ex bona fide, & dolum excludat. Ne alioqui licita pactio fiat illicita, & contra bonos mores, si dolo faueat, quem puniri semper æquum est *l. iuris gentium 7. §. illud nulla supr. de pact. l. procurator 11. §. 1. infr. de doli mal. except.* Atqui dolo facit venditor, qui sciēs nihil se iuris habere in hereditate quam vendit, profitetur tamen se vendere, si quid iuris in ea hereditate habeat, nec aliud quicquam præstare velle. Adiectio enim illa generalis ad ea, quæ specialiter nouit venditor, nec excepit, pertinere non debet, ne alioqui emptor capiatur, qui si hoc cognouisset, vel omnino nō emisset, fortasse vel minoris emisset *l. quæro 39. l. tenetur 6. §. vlt. inf. de action. empt.* Ergo distinguendum necessariò est, an venditor sciuerit nullam hereditatem esse, aut nihil se iuris in hereditate habere, an verò ignorauerit. Nam si sciuerit, ex dolo tenetur. Non quia omnis scientia dolum habeat, sed quia dolus absque scientia esse non potest, quemadmodum è contrario ignorantia semper dolum excludit *l. tutor 16. §. contrariam supr. de pign. act.* Itaq; idem aliis plerisque casibus contingit, quod in hac specie, vt is, qui sciuit & tacuit, ex dolo suo teneatur, non etiam is, qui ignorauit, quos casus Accursius hîc congerit ex *l. ea quæ 43. supr. de contr. empt. l. quæritur 14. §. si venditor infr. de ædilit. edict. l. vlt. C. credit. euict. pignor. non deber.* Aliud est, si quis sciens nihil agi aliquid inutiliter promiserit, vt in *leg. an inutilis 8. de acceptil. l. non solùm 33. de oblig. & action.* aut si aliquid inter alios agi permiserit, sciens ius suum durare, vt in *l. sicut 8. §. non videtur quib. mod. pign. vel hypoth. soluit.* His enim casibus scientia sola non inducit dolum, nisi in posteriore casu concurrat præsentia & dissimulatio eius, qui per taciturnitatem suam, creditorem etiam cum alio contrahentem deceperit, vt diximus ad *l. Caius 39. supr. de pign. act. ex l. si sine 5. C. ad SC. Velleian. l. mulier 11. C. de distract. pignor.*

13. PAVLVS libro 13. ad Plautium.

QVod si sit hereditas: etsi non ita conuenit, vt quidquid iuris haberet venditor, emptor haberet: tamen heredem se esse præstare debebit. [a] illo verò adiecto: liberatur venditor, si ad eum hereditas non pertineat.

Ad l. Quòd si sit hereditas 13.

RAT. DVB. Aliud est aliquam esse hereditatē, quæ vēdatur: Aliud verò cogi venditorem, vt præstet se heredem. Potest enim fieri, vt aliqua sit quidem hereditas, & quæ tamen ad venditorem non pertineat. Ergo quamuis aliqua sit hereditas, nec ita conuenerit, vt quicquid iuris haberet venditor, haberet emptor, non ideò venditor præstare se heredem debet.

DEC. Quisquis hereditatem vendit, quæ aliqua est, hoc ipso profitetur se heredem esse. Quo enim alio iure hereditatem venderet, si is heres nō esset? Heredē igitur præstare se debet, quia talem se præstare quisque debet qualem se dicit, aut saltem qualem se gerit, vt cernere est in creditore, qui pignus vendit iure creditoris. Debet enim præstare se creditorem & quidem pignoratitium adeoque potiorem & anteriorem *l. 1. & 2. C. credit. euict. pign. non deber.* quoniam aliter ius distrahendi pignoris nō haberet. Planè si nulla hereditas sit, non potest teneri venditor hereditatis, vt præstet se heredem, quia hereditas sola est, quæ per se ac immediatè facit heredem, nec heres esse quisquam potest vbi nulla est hereditas *l. lex Cornelia 28. de vulg. & pupill. substit. l. 1. §. Scæuola infr. §. is qui testamen. lib. eff. iuß. est.* Prius ergo est, vt aliqua sit hereditas, quę venditur, quàm vt venditor cogendus sit heredem se præstare. Ne alioqui ad impossibile obligetur *l. impossibilium 184. de reg. iur.*

a *Illo verò adiecto.* Id est si ita conuenerit, vt quicquid iuris haberet venditor, haberet emptor, quo casu nihil nisi quasi spes quædam hereditatis vendita intelligitur: ideoque si nulla hereditas ad venditorem pertineat, nihil tamen eo nomine præstare debet *l. quod si in venditione 10. supr.* vbi rationes dubitandi, & decidēdi attulimus. Itaque non tam liberatur hoc casu venditor, quàm non tenetur, & consequenter minùs propriè liberari eum Paulus hîc scribit, cùm propriè is demum liberari possit, qui fuit obligatus, si quidem priuatio præsupponit habitum, & liberatio obligationem, vt benè hîc subnotat Accursius ex *l. decem 110. de verb. oblig.* Ex hoc autem versiculo intelligimus, quod initio legis scriptum est, *etsi non ita conuenit*, non ita accipi debere, quasi scriptum sit, *etsi* pro *quamuis*, sed separatis vocibus, addita virgula post *et*, ac si scriptum esset *Quòd si sit hereditas, nec ita conuenit*, aut ita *Quòd si sit hereditas, & non ita conuenit.* Poterat enim vnica dictio *si*, ad vtramque clausulæ partem sufficere.

14. IDEM libro 33. ad Edictum.

QVi filijfamilias nomina vendidit: actiones quoque, quas cum patre habet, præstare debet.

Ad l. Qui filijfamilias 14.

RAT. DVB. Is qui filiifamilias nomen vendidit (ita enim hîc legendum est, non vt vulgò *nomina*) id est, qui actionem quam contra filiumfamilias habebat, vendidit, nihil de patre dixit, aut promisit, sed tantùm de filiofamilias. Ergo actiones, quas

BIU Cujas

contra patrem habet De peculio, præstare cogendus non est. Alia enim actio est, quæ contra filiumfamilias datur, alia quæ contra patrem. Illa insolidum competit: Hæc datur duntaxat de peculio. Illa ciuilis, hæc prætoria. Proinde nihil causæ esse videtur, cur is, qui nomen filij vendidit, etiam actiones, quas De peculio contra patrem habet, præstare cogendus sit.

Dec. Qui cum filiofamilias contrahit, duos ex eo contractu acquirit sibi debitores. Filium insolidum & principaliter, patrem verò de peculio & accessoriè *l. si quis cum filiofamilias 44. supr. de pecul.* Atqui venditor actionis, quam aduersus reum principalem habet, omne ius quod ex ea causa ipsi competit, tam aduersus reum, quàm aduersus intercessores eius debiti cedere debet, nisi aliud actum sit *l. venditor actionis 23. infr.* Ergo qui filiifamilias nomen vendidit, etiam actiones, quas de peculio contra patrem habet, præstare debet, nisi aliud actum sit. Etsi enim pater, neque fideiussor, neque intercessor filij est, pro quo scilicet & ignorans & inuitus obligatur, tenetur tamen accessoriè, & pro alieno debito exemplo fideiussoris & intercessoris cuiuslibet. Iunge *l. emptori 6.* vbi diximus *supr.* Dixi intelligendum esse Paulum de eo, qui vēdidit filijfamilias nomen, non nomina. Nam qui dicit nomen filijfamilias, debitorem intelligit filiumfamilias. Qui verò dicit *Nomina filijfamilias*, loquitur de filiofamilias creditore, plures habente debitores, ac proinde pro quo nulla contra eius patrem actio possit competere. Nec est, quod cum Accursio filijfamilias nomina interpretere de pluribus actionibus contra filiumfamilias competentibus. Non enim idcirco plura sunt filijfamilias nomina, sed vnum dūtaxat, sicut & persona ipsius vna est. Maximè verò, cùm nec nisi vnum habet creditorem, licèt pluribus ei de causis, & diuersis actionibus obstrictus sit. Et ideò cùm in plurali nomina dicimus, plures quoque debitores ponere solemus, vt in *l. nomina 17. infr.* & cùm dicimus *nomina debitorum*, vt in *l. quam Tuberonis 7. §. in peculio supr. de pecul. & alibi passim.*

1 ¶ Si hereditas venierit, venditor res hereditarias tradere debet:[a] quanta autem hereditas est, nihil interest.

15. Gaivs libro 10. ad Edictum Prouinciale.

NIsi de substantia eius adfirmauerit.

Ad §. 1. Si hereditas. Iunct. l. Nisi 15.

Rat. dvb. Venditor quilibet id demum cogitur tradere quod vendidit, non aliud *l. 1. l. ex empto 11. §. 1. & pass. infr. de act. empt.* Atquin aliud est hereditas, aliud verò res hereditariæ *l. in fideicommissaria 18. versic. quotiesinfr. ad SC. Trebell.* Hereditas enim consistit in iure etiam sine corpore *leg. hereditas 50. supr. de hered. petit. l. pecuniæ 178. §. hereditas de verb. signific.* Res verò hereditariæ magna ex parte corporales sunt *l. 1. §. quædam supr. de rer. diuis.* & apud Iustinianum *Tit. de reb. corpor. & incorp. l. 2. §. peruenisse supr.* Ergo is qui hereditatem vendidit, non ideò tradere debet res hereditarias, quas non vendidit.

Dec. Is qui hereditatem vendidit, id omne quod ad eum ex hereditate peruenit, vendidisse intelligitur *d. l. 2. §. in hereditate & d. §. peruenisse*, non autem hereditatem illam, quæ in iure consistit, & quæ ex die aditionis nulla est. Ergo si corpora hereditaria ad eum peruenerint, ea demum tradere debet, non hereditatem ipsam, licèt venditam & in mero iure consistentem. Non solùm, quia nulla est, vt iam diximus, cùm per aditionem desinat esse hereditas, fiatque proprium heredis patrimonium *l. 1. infr. de separat.* sed etiam, quia etsi aliqua subesset adhuc hereditas tradi tamen ipsa non posset, cùm traditio sit facti *l. consilio 7. §. vlt. infr. de curat. furios.* Quæ autem facti sunt, non cadunt in personam fictam, nec nisi sola iuris fictione subsistentem *l. denique 19. supr. ex quib. caus. maior. l. 1. §. Scæuola infr. si is qui testam. lib. eß. iuß.*

a *Quanta autem hereditas est, nihil interest.* Rat. dvb. Cùm hereditas venditur, non alea venditur, vt in venationibus & retibus, *l. cùm hereditatem 7. sup.* nec pari precio hereditates omnes venduntur, sed vel maiore, vel minore prout plus habent, vel commodi, vel incommodi. Ergo multum interest, quanta sit hereditas, quæ vendita est, vt sciri possit, quantum emptori præstare venditor debeat.

Dec. Hereditas nomen iuris est, significans vniuersalem successionem, siue lucrosa illa sit, siue dānosa, ac proinde accessionem habet, & decessionem *l. hereditatis 119. l. pecuniæ 178. §. hereditas de verb. signific. l. item veniunt 20. §. item non solùm supr. de hered. petit.* Ergo qui hereditatem vendidit, si modo aliqua sit, nihil aliud præstare debet quàm vt sit heres, & ad eum hereditas pertineat, non autem quāta hereditas sit. Tam enim hereditas est, quæ parua quàm quæ magna, tam quæ damnosa, quàm quæ lucrosa & opulenta est. Nec minùs præstat, quàm debeat, aut quàm vendiderit is, qui minùs opulentam præstat hæreditatem, nisi de substātia eius adfirmauerit, vt ex Caio subiicitur in *l. seq.* id est, dixerit nominatim hereditatem, in his & in illis corporibus, aut iuribus consistere. Quo casu idipsū quod promisit, præstare debet. Ne alioqui decipiatur emptor, qui ex comparatione rerum à venditore affirmatarum precium hereditati constituit, longè minori precio empturus, si venditor nihil de substantia hereditaris adfirmasset *l. si quis adfirmauit 9. in princ. & §. 1. supr. de dolo l. quæro 39. infr. de actio. empt.* Simile est quod adfert Accursius, si venditor dixerit, peculiatum esse seruum sufficere, si is vel minimum habeat peculium, non etiam si Stichum nominatim in peculio esse dixerit *l. si quid venditor 18. §. vlt. infr. de ædilit. edict. l. serui venditor 5. de euict.* vbi rectè Baldus notat, ex venditione vniuersitatis, re aliqua singulari euicta, euictionem non deberi, quod & ad vēditionem hereditatis rectè trahitur, licèt inter hereditatem, & peculium nonnullæ sint differentiæ, quas alibi explicauimus.

16. Pav.

16. PAVLVS libro 33. ad Edictum.

SI quasi heres vendideris hereditatem, cùm tibi ex Senatusconsulto Trebelliano restituta esset hereditas: quanti emptoris interfit, teneberis.

Ad l. Si quasi heres 16.

RAT. DVB. Is cui ex SC. Trebelliano restituta est fideicommissaria hereditas, loco heredis est *l. 2. infr. ad SC. Trebell.* & quidem longè aliter quàm emptor hereditatis, cùm in eum iura omnia defuncti & actiua & passiua transeant *l. 1. l. ita tamen 27. §. qui ex Trebelliano eod. tit.* Quod in emptore hereditatis diuersum est *l. 2. C. hoc tit.* Ergo nihil emptoris interest, an hereditatem quis ei vendiderit quasi heres, an quasi fideicommissarius.

DEC. Multò plus iuris habet heres in hereditate quàm fidei cõmissarius cui ex SC. Trebell. restituta est hereditas. Nõ solùm propter Falcidiam, quã ex legatis & fideicommissis deducere potest, non etiam fideicommissarius, nisi in eius gratiam fideicõmissum vniuersale non deducta quarta heres ei restituerit *l. 1. §. inde Neratius. l. mulier 22. §. vlt. infr. ad SC. Trebell.* Sed etiam quia heres verum & quiritiarium dominium habet in rebus omnibus hereditariis, cùm nihil aliud significet nomẽ heredis quàm dominum *§. vlt. Inst. de hered. qualit. & diffe.* Fideicommissarius autem non habet nisi bonitarium *l. facta 63. in princip. ad SC. Trebell.* Non quia per SC. Trebellianum transferri nõ possit dominium bonitarium æquè ac per legem *§. quos autem. Instit. debonor. poss.* sed quia non potuit Senatus facere vt duo essent domini eiusdem hereditatis in solidum non magis quàm vt vni homini duo heredes *l. quod contra 141. §. vni duo. de regul. iur. l. 5. §. si duobus sup. commod.* Cùm etiam post restitutã ex SC. Trebelliano hereditatem heres maneat is qui semel fuit *§. restituta. Instit. de fideic. hered.* Interest autem cuiusque vt pleniore iure dominus sit, & vt quiritiarium dominium habeat potiùs quàm solum bonitarium *l. si finita 15. §. Iulianus. infr. de damn. infect. l. 3. supr. si vsusfr. petat.* Ergo cùm hereditatis venditor, non plus iuris in alium transferre possit, quàm ipse habeat *vulg. l. nemo plus iuris 51. de reg. iur.* apparet interesse emptoris, vt hereditatem emat à vero herede, potius quã à fideicommissario vniuersali, qui nonnisi heredis loco est, decipique emptorem hereditatis ab eo, qui vendit hereditatem, quasi heres cùm non sit, nisi fideicommissarius. Non addo quod addunt nonnulli *& propter iura sepulchrorum*, quæ non transeunt ab herede in fideicommissarium *l. quia perinde 42. §. 1. l. si patroni 55. §. qui fideicommissum versic. nec ignoro ad SC. Trebell.* Nam neque in emptorem hereditatis transeunt, non magis quàm ius ipsum & nomen heredis, cui inseparabiliter adhærent, vt & Accursius noster benè notat. Sunt enim quædam quæ per hereditatis restitutionem ex Trebelliano, quantumuis vniuersalem non transferuntur, quia nec transferri possunt, cuiusmodi sunt iura sepulchrorum, itemque operæ libertorum *d. l. si patroni in princ.* Quomodo dicimus, quædam esse iura, quæ per legem duodecim tabularum inter coheredes, non diuiduntur pro hereditariis portionibus, quia nec diuidi possunt *l. heredes 25. §. an ea stipulatio supr. Famil. ercisc.*

17. VLPIANVS libro 43. ad Edictum.

NOmina eorum, qui sub conditione, vel in diem debent: & emere, & vendere solemus. ea enim res est, quæ emi, & vænire potest.

Ad l. Nomina 17.

RAT. DVB. Præposterum est, vt vendatur obligatio, aut actio priusquam nata sit. Nec enim potest emptio consistere sine aliqua re, quæ veneat *l. nec emptio 8. supr. de contr. empt.* Atqui quod sub conditione debetur, non intelligitur deberi ante euẽtum conditionis, quia dies nondum cessit. Quod verò in diem certam promissum est, licèt iam inde ab initio debeatur peti, tamen ante diem non potest, quia licet dies cesserit, nondum tamen venit *l. cedere diem 213. de verb. signific. l. stipulatio ista 38. §. inter l. qui hoc anno 42. l. continuus 137. §. cùm ita de verb. oblig.* Ergo nomina eorum, qui nonnisi in diem, vel sub conditione debent, interim vendi non possunt, id est, priusquam dies vel conditio venerit, vt ex iis agi possit.

DEC. Debitor in diem, vel sub condicione, licet vrgeri non possit ad solutionem priusquam dies & cesserit, & venerit, interim tamen debitor est, cùm in ea causa sit, vt eueniente quandocunque die vel conditione obligatus inueniatur perinde, ac si purè ab initio fuisset obligatus, ita vt eius obligationis natiuitatem impedire non possit *l. qui balneũ 9. l. potior 11. infr. qui potior. in pign. hab.* Vnde est quod conditionalis obligatio, etiam pendente condicione transmittitur ad heredem *l. is cui 42. de oblig. & action. §. ex conditionali inst. de verb. oblig.* Nihil ergo prohibet vendi ea nomina quemadmodum & donari & pignorari possunt *l. 3. C. de donat. l. sed & quod 9. §. 1. infr. de pignor.* Nam & res futura emi potest *d. l. nec emptio.* Adhibe tamen distinctionem quam ponit Iulianus in *l. multum interest 19. infr. hoc tit.*

18. IVLIANVS libro 15. Digestorum.

SI ex pluribus heredibus vnus antequam cæteri adirent hereditatem, pecuniam, quæ sub pœna debebatur à testatore, omnem soluerit, & hereditatem vendiderit: nec à coheredibus suis propter egestatem eorum quidquam seruare poterit: cum emptore hereditatis, vel ex stipulatu, vel ex vendito rectè expe-

BIU Cujas

rietur. [a] omnem enim pecuniam hereditario nomine datam, eò manifestiùs est, quòd in iudicio familiæ erciscundæ deducitur: per quod nihil amplius vnusquisque à coheredibus suis consequi potest, quàm quòd tanquam heres impenderit.

Ad l. Si ex pluribus 18.

RAT. DVB. Onus æris alieni diuiditur per legem duodecim tabularum inter coheredes omnes pro hereditariis portionibus *l. 1. C. si cert. petat. l. 1. & 2. C. si vnus ex plurib. hered. debit. vel credit.* Ergo si is, qui cùm ex parte heres esset, partem duntaxat suam vendidit, totum debitum hereditarium soluerit ante venditionem, quamuis id debitum sub pœna deberetur, æquum non est, vt quod pro coheredum suorum portionibus soluit ab emptore repetat, ne in plus obliget emptorem partis suæ quàm ipse fuerit obligatus. Nec enim succedit in locum omnium heredum is, qui partem tantùm hereditatis emit, nec aliud venditori suo præstare cogitur quàm quod venditor, quasi heres persoluit. Non potest autem venditor totum debitum, quamuis hereditarium soluisse iure hereditario, cùm non fuerit ipse heres, nisi pro parte.

DEC. Multum interest, an de simplici debito defuncti loquamur, an de eo quod fuerit debitum sub pœna, vel sub pignore. Priore casu, si ex pluribus debitoris heredibus vnus partem suam hereditariam soluerit, se liberat, nec pro coheredum portionibus vrgeri potest. Pro quibus etiam si soluerit, obligat eos sibi actione negotiorum gestorum, non familiæ erciscundæ, quia potuit suam partem ita soluere, vt socij quoque partem soluere non cogeretur *l. liberto 31. §. vlt. l. si communes 40. sup. de negot. gest. l. ab vno 19. C. eod. l. heredes 25. §. non tantùm Famil. erciscund.* Posteriore autem casu, nihil agit vnus ex coheredibus, si partem duntaxat suam debiti offerat. Non enim aliter, aut pignus liberare, aut pœnam euitare etiam pro sua parte potest, quàm si totum debitum soluerit, quoniam hoc respectu obligatio indiuidua esse intelligitur, *d. l. heredes 25. §. idem iuris est & seq. Famil. erciscund. l. 5. §. vlt. l. in executione 85. §. penult. infr. de verbor. oblig.* Nec enim aliter constitui posset sine manifesta iniuria creditoris, vt scriptum est in *d. §. vlt.* Ergo si ad euitandam pœnam, aut ad pignus liberandum vnus ex heredibus totum debitum persoluerit, deinde partem suam hereditatis vendiderit, credendus est totum debitum soluisse, tanquam heres, & iure hereditario, quia propter suam partem causam habuit ita gerendi pro coheredibus omnibus negotij, & consequenter habere debet actionem ex vendito contra emptorem hereditariæ tantùm partis ad totius debiti repetitionem. Nec enim dubitatur, quin actionem ex vendito contra emptorem habere debeat pro consequenda indemnitate eorum omnium, quæ tanquam heres & iure hereditario, propter suam partem soluere coactus est, nec tam inquirimus, an pro sua tantùm parte soluerit, an propter suam tantùm partem. Potest enim fieri sicut in proposito, vt propter suam quidem partem soluat, & tamen non pro parte sua soluat, sed totum. Alioqui periclitaretur venditor, qui tamen nihil nisi vtiliter, & ex iuris necessitate fecisset, si fortè nihil à coheredibus suis ob eorum egestatem consequi posset iudicio Familiæ erciscundæ. Inanis enim est actio quam debitoris eludit inopia *vulg. l. nam is 6. supr. de dolo.* Quidni ergo dabimus venditori hoc casu contra emptorem hereditatis actionem, aut ex vendito, si stipulatio emptæ & venditæ hereditatis nulla interceserit, aut ex stipulatu, si stipulatio interuenerit? vt in *l. venditor 21. infrà.* Est enim hæc stipulatio ex earum numero, quas cautionales appellamus, quæ priorem actionem nouant, eiusque tamen naturam induunt, & vicem repræsentant *l. 1. §. 1. infr. de stipulat. prætor. l. in illa stipulatione 50. §. 1. de verborum obligat.* Quod hic locus probat omnium manifestissimè, cùm venditorem vult alterutra contentum esse actione, aut ex stipulatu, aut ex vendito. Vtramque enim haberet interposita stipulatione, si actio ex vendito per stipulationem non nouaretur. De quo latè scripsimus *libr. 3. Coniectur. cap. 1.* Obseruandum tamen est, non aliter dandam esse venditori contra emptorem actionem ex stipulatu, aut ex vendito, quàm si ob egestatem coheredum indemnitatem ab iis consequi venditor non possit. Nam emptorem quoque teneri æquum quidem est, sed nonnisi in subsidium, id enim egit venditor, cùm totum debitum soluit, vt coheredes sibi obligaret, non vt emptorem, de quo nondum cogitabat.

a *Omnem enim pecuniam.* Ratio est quam adfert Iulianus, vt probet dandam actionem ex stipulatu, aut ex vendito contra emptorem. Nempe quòd tota pecunia fuerit soluta iure hereditario, licet ab vno tantùm ex heredibus, qui nonnisi hereditariam suam debiti partem petebat. Nam si non esset tota iure hereditario soluta, non daret ei Iulianus actionem vllam contra emptorem. Quippe quem non æquum est teneri, nisi ad præstandam venditori indemnitatem eorum omnium nomine, quæ soluit iure hereditario *l. 2. §. non solùm supr. hoc tit.* Probat autem Iulianus, omnem pecuniam à venditore solutam ad euitandam pœnam, sub qua defunctus pecuniam debebat, solutam fuisse iure hereditario, idque manifestissimo argumento ex eo, quod accepto inter coheredes familiæ erciscundæ iudicio tota illa pecunia in iudicium deduceretur, tanquam soluta ex iuris necessitate ab vno ex coheredibus, qui aliter partem suam liberare & expedire non potuisset *d. l. heredes 25. §. non tantùm supr. Famil. erciscund.* Atqui per iudicium Familiæ erciscundæ nihil amplius vnusquisque heredum consequi à coheredibus suis potest, quàm quod tanquam heres impenderit *l. & puto 16. §. sed etsi dolo & l. qui erat 49. eod. ill. tit.* extra casum *d. l. heredes §. si filius*, vbi scripsimus *eod.* Ergo vel ex eo maximè apparet totam hanc pecuniam, etiam pro coheredum portionibus debitam & solutam fuisse iure hereditario. Alioqui in iudicium Familiæ erciscundæ non veniret.

19. IDEM

19. IDEM libro 25. Digestorum.

MVltum interest: sub conditione aliqua obligatio veneat: an, cùm ipsa obligatio sub conditione sit, purè veneat. priore casu, deficiente conditione, nullam esse venditionem, posteriore, statim venditionem consistere. nam si Titius tibi decem sub conditione debeat, & ego abs te nomen eius emam: confestim ex empto & vendito agere potero, vt vel acceptum ei facias.

Ad l. Multum interest 19.

RAT. DVB. Siue pura obligatio sub condicione veneat, siue cùm ipsa obligatio sub conditione cõtracta esset, purè veneat, condicio semper aliqua subest, quæ conditionalem debeat facere vẽditionem, ac proinde nullã, si conditio deficiat *l. si quis fundum 37. supr. de contr. empt.* Nam & similiter dicimus, quoties id quod purè debetur nouandi animo sub conditione promittitur, non statim fieri nouationem, sed tunc demum cùm conditio extiterit, *l. si Stichum 8. §. 1. l. quoties 14. in princ. infr. de nouat.* Ergo nihil interest, an pura obligatio sub cõditione veneat, an verò conditionalis obligatio purè. DEC. Multum distat inter obligationem conditionalem, & venditionem conditionalem. Tantum scilicet quantum inter venditionem, & obligationem. Potest enim fieri, vt obligatio sit pura, & eius venditio conditionalis, & è contrario, vt venditio pura sit obligationis conditionalis. Priore casu nulla est venditio deficiente conditione, vt eueniret in alio contractu quolibet conditionali *d. l. si quis fundum in fin.* Posteriore verò casu statim valet venditio, quia etiam condicionale nomen vendi potest *l. nomina 17. supr.* Non ideò solùm, quòd etiam futura res vendi possit *leg. nec emptio 8. supr. de contr. empt.* sed etiam quia obligatio conditionalis est, quòd præsens etiam priusquam conditio eueniat, non tantùm spe, quod sufficeret *d. l. 8. §. 1. l. nã hoc modo 11. supr.* Sed etiam re ipsa, cùm obligatio conditionalis, mortuo interim stipulatore ad heredem transmittatur *l. is cui 42. infr. de oblig. & action. §. ex conditionali inst. de verb. oblig.* licèt ante conditionis euentum dies obligationis, neque cesserit, neque venerit *l. cedere diem 213. de verb. signific.* Adeò autem verum est, valere hoc posteriore casu venditionem omnimodo, id est, prius etiam quàm cõditio extiterit, vt si cùm Titius tibi cẽtum sub conditione deberet, ego nomen ipsius abs te emerim, confestim ex empto vendito agere tecum possim, vt ei acceptum facias, eumq; liberes. Etsi enim prẽposterum videtur, vt eum, qui nonnisi sub conditione debet, antè liberes quàm sit obligatus, cùm obligatio præcedere debeat liberationem *l. decem stipulatus 116. de verb. oblig.* (quæ dubitandi ratio est ad hunc versiculum.) iam tamen est aliquomodo obligatus conditionalis debitor, cùm in ea causa sit, vt facere amplius non possit, inuito creditore, qui teneatur eueniente quandocunque conditione *l. qui balneum 9. infr. qui potior. in pignor. hab.* Vinculum igitur hoc, quo iam est obstrictus, nihil vetat dissolui per acceptilationem, non quæ tamen statim effectum suum exerat, priusquam obligatio formalis nata sit, sed tum demum cùm obligationis conditio extiterit, quomodo in obligationis conditionalis nouatione accideret, vt suprà diximus ex *d. l. si Stichum 8. §. 1. & d. l. quoties 14. de nouat.* Quamquam nec malè liberatus ille dici potest, qui cùm in eo esset, vt inuitus in obligationem casurus esset, si conditio extitisset, id assequitur per acceptilationem, vt nunquam creditor obligatum eum sit habiturus. Potero etiam, si hoc malim contra venditorem nominis Titij ad hoc agere, vt Titium mihi deleget *l. idémque 10. §. si cui mandauero supr. mandat.* vbi additur, *vel si cui alij voluero.*

20. AFRICANVS libro 7. Quæstionum.

SI hereditatem mihi Lucij Titij vendideris, at pòst debitori eiusdem heres exístas: actione ex empto teneberis. [a] Quod simplicius etiam in illa propositione procedit, cùm quis ipse creditori suo heres exstitit, & hereditatem vendidit.

Ad l. Si hereditatem 20.

RAT. DVB. Etiam cùm debitori suo creditor heres existit, tollitur & extinguitur obligatio, non tantùm confusionis, sed etiam solutionis potestate *l. 2. §. cùm quis supr. l. debitori 50. infr. de fideiuss. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. aditio & seq. infr. de solut.* Atqui cùm heres Lucij Titij etiam post venditam eius hereditatem, debitori hereditario heres existit, perinde verum est, creditorem debitori suo heredem extitisse, atque si hereditatem non vendidisset. Non enim facit venditio hereditatis, vt venditor, qui semel heres fuit, heres esse desinat *l. 2. C. hoc tit. l. ei qui soluendo 88. de hered. institut.* Porrò quisquis heres creditoris est, hoc ipso fit creditor, quemadmodum è contrario quisquis est debitoris heres, hoc ipso fit debitor. Ergo hoc quoque casu fit confusio debiti & crediti, & consequenter nulla ratio est, vt venditor actione ex empto teneatur præstare emptori pecuniam, quasi hereditati debitam, quæ tamen amplius reuera non debetur.

DEC. Emptor hereditatis vicem heredis obtinet *d. §. cùm quis*, & in venditione hereditatis, id certè agitur inter emptorem & venditorem, vt eadem sit causa emptoris, quæ futura erat venditoris, si is hereditatem non vendidisset *d. l. 2. in princ.* id est, vt emptor hereditatis habeat quicquid ad

BIU Cujas

venditorem peruenit in tempus vsq; venditæ hereditatis *d.l.2.§.1.* Atqui peruenit ad venditorem id quod debitor Titij hereditati eius debuit, cùm tanto locupletior fuerit hereditas, quanto plus defuncto debebatur *l.si ei cui vendidi 41.§.vlt.infr.de euict.* Et quamuis debitor hereditarius venditori, eidemque heredi pecuniam illam à se debitam nunquam numerauerit, attamen soluisse tum intelligitur, cùm heredem eum instituit, secuta postmodum hereditatis aditione, quamuis vtrumque contigerit post venditam Titij hereditatem. Nec eò minus factus est debitor hereditarius, cùm in locum debitoris hereditarij successerit. Ergo quemadmodum, si alius quilibet debitori hereditario heres extitisset, & ab eo venditor debitum exegisset, cogeretur exactam illam pecuniam ei præstare, qui hereditatem emisset *d.l.2.§. non solùm suprà.* Ita & cùm ille ipse debitori heres extitit, recusare non potest, quominus eandem ipsam pecuniam emptori præstet, quippe quam & à seipso exegisse, & sibi soluisse intelligatur, & secum pensasse, vt idem Africanus noster loquitur in *l. quæ dotis 33.inf. solut.matrim.* Qua ex ratione illud etiam proficiscitur, quod Iulianus respondit in *l.si creditor 37. supr. de pecul.* Si creditor filij tui heredem te instituerit, & tu hereditatem eius vendideris, ex illa parte stipulationis, *Quanta pecunia ex hereditate eius ad te peruenerit*, teneri te De peculio. Iunge *d.l.2.§.illud quæsitum supr. & l.pen.infr.hoc tit.*

a *Quod simplicius in illa propositione procedit.* RAT. DVB. Siue debitor creditori suo heres existat, siue creditor debitori, æquè fit confusio & extinctio debiti, eâdem in vtroque casu iuris ratione & potestate, vt proximè diximus. Ergo quod in superiore casu diximus, cùm heres creditoris post venditam ipsius hereditatem heres extitit debitori tam certum est, & indubitatum quàm quod in hoc versiculo subiicitur, cùm quis creditori suo heres extiterit, ac postea hereditatem vendiderit, teneri eum ex empto, vt emptori debitum præstet, quod ipse defuncto debuit antequam heres eius fieret, nec maior ratio dubitationis in vno casu subesse videtur quàm in alio, *l.quod auus 15.§.quod auus l.qui fundum 87.§.si quis heredem infr. ad leg. Falcid. iunct. l.1. §.si debitor eod.l.in imponenda 6.l.irritum 8. Cod. ad leg. Falcid.* Cur ergo scribit Africanus, conclusionem hanc in posteriore propositione, id est, hypothesi & specie, vt benè Cuiacius explicat, specie simplicius procedere?

DEC. Nihil quidem interest, an debitor creditori, an verò creditor debitori heres extiterit, sed interesse videbatur, an confusio debiti facta esset ante venditam hereditatem, vt in hac posteriore specie, an verò post eam venditam, vt in superiore, quasi magis posset nocere emptori confusio, quæ postquam ante venditam hereditatem contigisset. Quod tamen non ita est: neutro enim casu nocet, ob eam rationem quam attulimus. Iunge *l. debitor 59 in princip. l.si heres pecuniam 73.§.1. ad SC. Trebell. & l.pen.infr.hoc tit.* vbi dicemus, & quæ scripsimus ad *d.l.2.§. cùm quis & seq. supr.* Obseruata tamen neutro ex his casibus agi pristina actione hereditaria, quæ proculdubio confusione extincta est, sed noua actione ex empto quæsita emptori ex contractu emptæ & venditæ hereditatis. Quod & Cuiacius benè docuit ad hanc legem, & nos quoque monuimus ad *d.§.cùm quis.*

21. PAVLVS libro 16. Quæstionum.

VEnditor ex hereditate, interposita stipulatione, rem hereditariam persecutus, alij vendidit. quæritur, quid ex stipulatione præstare debeat? nam bis vtique non committitur stipulatio, vt & rem & precium debeat. [a] Et quidem si postea, quã heres rẽ vendidit, interceſſit stipulatio: credimus precium in stipulationem veniſſe. quod ſi anteceſſit ſtipulatio, deinde rem nactus eſt: [b] tũ rem debebit. ſi igitur hominem vendiderit, & is deceſſerit: an precium eiuſdem debeat? non enim deberet Stichi promiſſor (ſi eum vendidiſſet) mortuo eo, ſi nulla mora præceſſiſſet. ſed vbi hereditatem, & poſtea rem ex ea vendidi: [c] poteſt videri, vt tam ipſius negotium agam, quàm hereditatis. ſed hoc in re ſingulari non poteſt dici. [d] nam ſi eundem hominem tibi vendidero, & necdum tradito eo, alij quoque vendidero, preciúmque accepero: mortuo eo, videamus, ne nihil tibi debeam ex empto, qui moram in tradendo non feci. precium enim hominis venditi non ex re, ſed propter negotiationem percipitur: & ſic fit, quaſi alij non vendidiſſem. tibi enim rem debebam, non actionem. At cùm hereditas venit: [e] tacitè hoc agi videtur, vt ſi quid tãquam heres feci, id præſtem emptori, quaſi illius negotium agam: [f] quemadmodum fundi venditor fructus præſtaret bonæ fidei ratione: quamuis ſi neglexiſſet vt alienum, nihil ei imputari poſſit: niſi ſi culpa eius argueretur. Quid ſi rem, quam vendidi, alio poſſidente petij, & litis æſtimationem accepi? vtrum precium illi debeo, an rem? vtique rem. non enim actionem ei, ſed rem præſtare debeo. ſed ſi, aut vi deiectus, vel propter furti actionem duplum abſtulero: nihil hoc ad emptorem

rem

rem pertinebit. nam si sine culpa desiit possidere venditor: actiones suas præstare debebit, non rem: & sic æstimationem quoque. nam & aream tradere debet, exusto ædificio.

Ad l. venditor 21.

RAT. DVB. Stipulatio emptæ & venditæ hereditatis quæ in vendenda hereditate interponi solet, obligat venditorem eundémque promissorem, vt præstet quicquid ad eum ex hereditate peruenit *l. in illa stipulatione 50. §. 1. de verb. oblig.* Atqui cùm venditor hereditatis interposita illa stipulatione rem aliquam hereditariam contra possessorem persecutus est, eámque obtinuit, ac posteà vendidit, negari non potest, quin ad eum res primùm peruenerit, deinde rei precium. Ergo vel ex verbis ipsis stipulationis dicendum est bis committi stipulationem. Primum ratione fundi, deinde ratione precij, in quo nihil absurdi videri debet, cùm aliud sit res, aliud verò rei precium & æstimatio *l. si alij 42. §. 1. supr. de vsufr.*

DEC. Stipulationes ad hoc comparatæ sunt, vt vnusquisque acquirat sibi quod sua interest *l. stipulatio ista 38. §. alteri de verb. obligat.* Atqui eius qui emit hereditatem, eiusdémque stipulatoris semel tantum interest, vt habeat, quicquid ex hereditate vẽdita ad venditorem peruenit. Nam neque eadem res peruenire ad venditorem bis potuit, cùm id quod iam alicuius est, magis eius fieri non possit *§. sic itaque Instit. de action. l non vt ex pluribus 191. de regul. iur.* Ergo non potest bis committi hæc stipulatio, sicuti semel commissa resolui nunquam potest, id est pro eo haberi, acsi commissa non esset, nisi ex diuersis causis & capitibus interfit *l. euicta re 16. §. si seruus infr. de euict.* Nec dici potest interesse hîc emptoris duplici ratione & rei & precij, cùm fieri nequeat, vt ex eâdẽ causa & rem & preciũ habeat, siue quòd quisquis rem ipsam habet, eius quoque precium habere saltem eminenter videatur *§. si res aliena Instit. de legat. l. huiusmodi 84. §. qui seruum de legat. 1.* siue quoniam is qui precium habet, hoc ipso satis declaret velle se rem manere penes eum qui precium dedit, ne alioqui dolo malo faciat, si & rem & precium habere velit *d. §. qui seruum l. ex empto 11. §. qui autem l. bona fides 50. infr. de action. empt. l. seruum Titij 49. supr. mandat.* Igitur commissa semel stipulatio venditæ hereditatis, siue ad rem, siue ad precium, committi iterum & bis non potest. De illo itaque tantùm quæri potest, an in proposita specie ad rem ipsam committatur, an ad precium, in quo adhibenda est distinctio quę apud Paulum sequitur in textu,

a *Et quidem si posteaquam.* RAT. DVB. In vniuersalibus precium succedit loco rei *l. si & rem & pretium 22. supr. de hered. petit.* Atqui hereditas vendita, est quid vniuersale, ac proinde sicuti recipit augmentum & diminutionem *l. item veniunt 20. §. item non solùm eod. l. pecuniæ 178. §. hereditas de verbor. signific.* Ergo in proposita quæstione non est adhibenda distinctio, an stipulatio venditionem præcesserit, an subsecuta sit. Sed indistinctè dicendum est vendita re hereditaria, committi stipulationem pro precio, & precium non rem peti debere.

DEC. In emptis & venditis maximè inspiciendum est quid actum sit *l. sed Celsus 6. §. 1 supr. de contr. empt.* Cùm autem venditio rei hereditariæ præcessit stipulationẽ, non potest id actum videri, vt venditor rem præstaret quam non amplius haberet, sed potiùs vt precium quod ad eum ex hereditate peruenturum esset. E contrario autem cùm stipulatio præcessit venditionem rei hereditariæ, nemo dixerit contrahentes in stipulando cogitasse de precio præstando rei quæ nondum esset vendita, sed de re ipsa præstanda, quæ iam esset penes venditorem. Nam & verum est, ex hereditate vendita rem illam hereditariam ad venditorem peruenisse. Igitur propter rem ipsam necesse est priùs committi stipulationem, non propter precium quod eo tempore, neque ad venditorem hereditatis peruenerat, neque peruenisse poterat ante rei hereditariæ venditionem. In contractibus autem omnibus, sed maximè in stipulationibus id tempus maximè inspiciendum est, quo contrahimus etiam in condicionalibus *l. si filiusfamilias 78. infr. de verbor. oblig.* Quanto magis in puris, & ad præsens tempus relatis *l. si stipulatus fuerim 76. §. 1. l. cùm stipulamur 125. de verbor. obligat.* quomodo contingit semper in stipulatione emptæ & venditæ hereditatis *l. 2. §. 1. supr. hoc titulo.* Nec ad rem pertinet quod diximus in vniuersalibus precium succedere loco rei, id enim verum quidem est in iudiciis vniuersalibus, quale est pensionis hereditatis, siue directæ, siue fideicommissariæ *l. 1. supr. de rei vindic. l. sed quod inde 71. de legat. 2.* sed non in singularibus, actio autem ex empto quę contra hereditatis venditorem competit, singulare iudicium est, nec dici potest subrogatum precium in locum rei vendendæ potiùs quàm sit vendita. Et cùm ex stipulatione teneatur venditor de præstando omni eo quod ad ipsum ex hereditate peruenit. Res autem ipsa hereditaria priùs ad eum peruenerit, quàm precium: consequens omnino est, vt prius quoque ad rem ipsam præstandam committatur stipulatio, ac proinde vt eâdem re posteà vendita stipulatio iterum ad precium committi non possit, secundum id quod proximè dictum est, stipulationem hanc bis committi non posse. Benè igitur Paulus distinguit, an post venditam rem hereditariam intercesserit stipulatio, an verò ante, vt priore casu precium solum veniat in stipulationem, posteriore verò res non precium.

b *Si ergo hominem vendiderit.* RAT. DVB. Promissor Stichi si eum vendiderit, & is post venditionem decesserit, nulla promissoris mora aut culpa præcedente liberatur. Constat enim promissorem speciei interitu eius citra culpam & moram contingente liberari *l. si ex legati 23. & seq. l. si seruum 91. §. sequitur infr. de verb. obl.* Nemo enim fatum præstare cogitur *l. si fideiussor 19. supr. de dolo l. contractus 23. in fin. de regul. iur.* Atqui in stipulatione venditæ hereditatis venditor idem qui promissor est. Promittit enim quãta pecunia ad se ex hereditate peruenerit id se emptori præstaturum *l. in illa 50. §. 1. de verb. obl.* Ergo si venditor hereditatis ex ea hereditate hominem vendiderit, siue ante, siue post interpositam stipulationẽ, & is homo posteà decesserit, dicendum videtur, nec precium debere venditorẽ, tametsi ab hominis emptore illud acceperit.

DEC. Multum interest an promissor Stichi vendat eum simpliciter, an verò venditor hereditatis vendat alij Stichum ex hereditate iam vẽdita. Prio-

BIU Cujas

re casu id obtinet quod modò diximus. Posteriore verò non item, quoniam is qui hereditatem vendidit, si postea Stichum, qui ex eadem hereditate est, vendat, non tam suum aut hereditatis quàm illius cui hereditatem vendidit negotium gessisse intelligitur, ad quem cœpit res pertinere. Nec credendus est alio animo id fecisse quod sine scelere ac perfidia facere non potuit, ad vitandam suspicionem delicti vt in *l. merito 51. sup. Pro socio.* Quod in re singulari non similiter dici certè potest. Si enim Stichum tibi vendidero, & nondum tradito eo, alij quoque eundem vẽdidero, preciúmque accepero, & is postea nulla mea mora præcedente decesserit, non possum videri eum vendidisse gerendi negotij tui gratia, quamuis essem iã obligatus, vt eum tibi traderem. Et ratio differentiæ, quam nemo adfert, illa meo iudicio est, quod ex hereditatis emptione sola, etiam priusquàm vlla secuta sit traditio, vtiles actiones acquiruntur emptori aduersus debitores hereditarios post rescriptum diui Pij perinde atque ex emptione nominis. Nulla autem actio nisi personalis ex empto contra venditorem ipsum acquiritur emptori rei singularis. Inde námque fit vt non possit videri negotium prioris emptoris gerere venditor cùm posteriori vendit, sed suum potiùs cùm nihil adhuc iuris prior emptor aut in re ipsa aut in rem habeat. Vnde etiam est quod incidit hic venditor in crimen falsi, quandoquidem is qui rem vni venditam alteri vendit, ad suam non ad alienam vtilitatem id facit *l. qui duobus 21. infr. ad leg. Cornel. de falsi.* Is verò qui hereditatem vendidit, si postea rem aliquã ex hereditate vendat, negotium vtique gerit emptoris hereditatis, cui iam quæsitum ius fuit ex ipsa hereditatis vẽditione nõ quidem ad rẽ illã singularẽ persequendã iure dominij aduersus possessorẽ, antequã traditio facta sit, *l. qui tibi 6. C. h. t.* sed saltem ad hereditarios debitores conueniendos: Non quidem directa actione, quæ nisi heredi competere non potest, sed vtili ex supradicto diui Pij rescripto *l. si cum emptore 16. supr. de pact. l. emptor 5. C. hoc tit.* Rescriptum enim illud non dat emptori hereditatis vtiles actiones in rem, sed tantùm personales *d. l. qui tibi.* Hoc verò sufficit vt ex sola emptione hereditatis ius emptori quæsitum dici possit, ac proinde vt negotium eius à venditore geri videatur.

c *Potest videri vt negotium eius agam quàm hæreditatis.* Possunt hæc verba accipi vel ita acsi scriptum esset *potiùs quàm hereditatis*, quomodo legit Accursius, & legendum aut saltem intelligendum putat Antonius Augustinus *libr. 4. Emendat. cap. 7.* Vel electiuè, vel denique comparatiuè, acsi scriptum esset *tam negotium eius quàm hereditatis* vt sensus sit vtriusque negotium gestum esse à venditore, quod videtur malle Accursius. Et ego quoque malo. Gerit enim hoc casu venditor negotium & hereditatis & emptoris hereditatis ad quem ex die venditæ hereditatis cœpit hereditas pertinere. Et prius est, vt negotium hereditatis gerat quàm vt negotium emptoris. Ordine scilicet intellectus. Quia cùm hereditas venit, tacitè hoc agi videtur inter emptorem & venditorem, vt si quid venditor tanquam heres fecerit, ac proinde in vtilitatem hereditatis id præstet emptori, quasi illius negotium agat. Vt Paulus subiicit in versic. *At cùm hereditas.*

d *Nam si eundem hominem tibi vendidero.* RAT. DVB. Qui rem vendidit, ad hoc tenetur, vt rem tradat, alioqui præstare teneatur quanti eo nomine interest emptoris *l. 1. l. ex empto 11. §. 1. infr. de action. empt. l. si traditio 4. C. eod. l. contractus 17. infr. De fid. instrum.* Ergo si rem iam vni venditam necdum tamen traditam alij vendat & tradat, non tantùm in mora esse videtur, sed etiam in culpa, cum fecerit ne rem tradere ampliùs possit. Ideóque & in falsi crimen incidit, vt diximus ex *l. qui duobus 21. infr. ad leg. Cornel. de falsi.* Proinde si hominem illum venditum postea penes secundũ emptorem mori contingat, dicendũ est venditorem debere primo emptori preciũ quod à secundo accepit. Quasi post morã mortuo homine vendito: Ne alioqui si penes venditorem remaneat precium, eueniat vt ex eodem facto ac delicto & pœnam legis Corneliæ de falsis, & præmium, id est, lucrum precij consequatur: quod absurdum sanè esset. Nam si pœna vnius præmium alterius esse non debet *l. si sequens 15 in princip. infr. de SC. Silan.* multo minùs debet esse præmium eius ipsius qui deliquit. Atque ita ex hac ratione conclúdit Accursius venditorem cogendum reddere primo emptori preciũ quod à secundo accepit. Contrà quàm apertè scriptum sit in hoc versic. vbi non solùm ait Paulus, Si eundem hominem tibi vendidero, necdum tradito eo, alij quoque vendidero, & precium accepero, mortuo eo nihil me tibi debere ex empto, id est, ne precium quidem, sed etiam huius suæ sententiæ rationem adfert: Quòd moram in eo tradendo non fecerim & precium hominis venditi non ex re ipsa, sed ex negotiatione percipiatur. Qui enim alij vendit, etiamsi tradat, non ideo facit quominùs priori possit tradere: Cùm variis modis accidere queat, vt possessionẽ à posteriore recuperet, vel aliter nanciscatur vt in *l. heres 21. infr. ad SC. Trebell.* quã posteà in priorem transferat. Quanquam nec ponit Paulus hominem duobus venditum posteriori emptori traditum fuisse, sed duntaxat venditum & vẽditionis precium à posteriore emptore solutum, quod præcedere regulariter necesse est, vt si posteà sequatur traditio dominium per eam transferri possit *l. quod vendidi 19. l. vt res 53. supr. de contr. empt. §. venditæ verò res Instit. de rer. diuis.* Nemo autem dixerit venditorem moram videri facere in tradenda re vẽdita ob hoc solum quod eandem rem alij vendat: Cùm venditio facta secundo non impediat quominus tradi res possit primo, nec quominus prioris causa potior sit in detinendo rei dominio si priori ei res tradita sit *l. si ea res 31. §. vlt. infr. de action. empt. l. quoties 15. C. de rei vindic.* Denique mora non contrahitur nisi per interpellationem congruo loco & tempore factam *l. mora 32. infr. de vsur.* aut si debitor hominis eum occiderit *l. si ex legati 23. & seq. infr. de verb. oblig.* Quibus locis dicitur debitorem speciei interitu eius ante moram contingente liberari. Qua ergo fronte velit prior emptor agere contra venditorem vt precium quod à posteriore accepit restituat? Aut quanam actione cum ex empto non competat? Nam post factam quoque secundam venditionem, non ideò venditor factus est debitor actionis ex vendito ad consequendum precium quod emptor posterior debuit soluere. Sed mansit debitor hominis venditi, quem porrò ponimus ante moram venditoris decessisse. Nulla igitur ratio est, vt vẽditor qui à præstatione hominis liberatus est per eius obitum, præstet hominis precium quod à posteriore emptore accepit, vt in *l. electio 26. §. si is quem supr. de noxal. act.* Deberet sanè præstare si precium ex re non ex negotiatione percipieretur. Aut si debitor fuisset actionis non rei. Actionem enim

quam

quam habuisset ad consequendum precium, & quam accepto precio amisisset, quia præstare amplius non posset, precium acceptum in vicem actionis præstare cogendus esset. At non fuit debitor actionis ex vendito sibi quæsitæ ex contractu inito cum secundo emptore, sed mansit debitor rei venditæ, ex contractu prioris venditionis, perinde ac si nulli alij eundem hominem vendidisset. Idque est quod Paulus subiicit, *Tibi enim rem debebam, non actionem.* Percipitur sanè precium ex re occasionaliter, vt ita dicam, & materialiter, quia res ipsa est quæ materiam præbet negotiationi. Quomodo potest accipi, quod scriptum est in *l. quod procurator 68. supr. De procur.* Si eam legem de precio velis intelligere *arg. l. debitor 59. in fin. ad SC. Trebell.* Sed formaliter & efficienter percipitur ex negotiatione. Negotiatio autem vnius, alij neque prodesse neque nocere debet *l. 3. in princip. & §. 1. infr. ad leg. falcid. l. ita vt omnes 36. §. 1. in fin. supr. mandat.* Et certè aliud est aliquid ex re percipere, aliud verò propter rem vt in *l. eo tempore 50. in fin. supr. de pecul.* simile aliquid est *in l. si verò 64. §. item quicquid infr. solut. matr. l. damni 43. in fin. de dam. infect.* Nec est quod cum Accursio quisquam hîc obiiciat æquitatem ex *l. placuit 8. C. de iudic. & l. 1. §. licèt autem infr. de peric. & commod rei vendit.* Non enim pugnat hoc casu ratio æquitatis cum ratione iuris, nec magis æquum est quàm iuris rigori consentaneum vt precium hominis venditi debeat is qui nec venditum hominem ipsum debet *l. si mulier 59. §. ex asse infr. de iur. dot.* Nec rursus obstat ratio illa quę Accursium sola mouit, quod non debeat venditor qui duobus vendidit, atque ita in falsi crimen incidit ex eodem facto & pœnam consequi, & præmium. Negandum enim est in crimen falsi incidere venditorem qui rem iam vni venditam alteri vendit, si nondum à priore emptore precium acceperit, aut aliam pro precio satisfactionem. Quod ex veteribus interpretibus iam olim Odofredus ex hoc loco probauit. Cuius sententiam secutus est ex recentioribus is qui scripsit in *Consuet. Paris. §. 23. num. 18.* Duo igitur supponenda sunt ad huius loci sententiam percipiendam. Nempe nec solutum fuisse venditori precium à priore emptore, nec à venditore traditum hominem posteriori: Ne quis putet hoc ipso contractam fuisse moram à venditore.

e *At cùm hereditas venit.* RAT. DVB. Præsumitur quisque negotium suum gerere potiùs quàm alienum *l. 4. infr. de solut.* & iure suo vti potius quàm alieno *l. meritò 51. supr. Pro socio.*

DEC. Præsumendus potiùs quisque est id fecisse in executionem contractus bonæ fidei quod bona fide facere debuit; In emptis potissimùm & vēditis, in quibus sicut id maximè inspici debet quod actum est, *l. sed Celsus 6. §. 1. supr. de contr. empt.* Ita id actum semper videri debet, vt omnia ex bona fide fiant. Atqui non esset ex bona fide vt heres qui hereditatem sibi delatam & acquisitam iam vendidisset in iis quæ postea quasi heres faceret, suum potiùs quàm emptoris negotium gereret, cùm emptorem vice sua constituerit, & effectu ipso quasi heredem fecerit *l. 2. §. cùm quis supr.* Ergo cùm hereditas venit, tacite hoc agi inter contrahentes videtur, vt si quid tanquam heres faciat, id præstet emptori quasi illius negotium agens.

f *Quemadmodum fundi venditor.* Sensus est, venditorem fundi, quamuis fructus quos percepit ex fundo vendito necdum tradito restituere cogatur emptori à quo precium accepit. Idque non tam ex iuris stricti ratione, (cùm fructus iure soli & dominij percipiantur *l. qui scit 25. §. 1. infr. de vsur.* Fundus autem venditus necdum traditus interim sit venditoris *l. eum qui 14. l. si vendidero 80. infr. de furt.*) quàm ex bona fide, & vt Paulus hîc loquitur, bonæ fidei ratione, quia non est ex fide bona vt venditor & re fruatur & precio *l. ex empto 11. §. qui autem l. Iulianus 13. §. veniunt l. bona fides 50. infr. de action. empt.* Si tamen fundum neglexerit, id est, nec eum coluerit, nec proinde fructus ex eo vllos perceperit, nullos quoque præstare cogendum, nisi si culpa ipsius aliqua præcessisse proponatur. Nempe quia licèt dici soleat venditorem fructus hos restituere debere quamuis non fuerit in mora rei tradendæ constitutus, quasi mora contracta re ipsa *l. curabit 5. C. de action. empt.* Id tamen intelligi debet, si fructus illos emptor perceperit, non etiam si per meram negligentiam suam nullos percipere aut voluerit, aut potuerit. Non enim culpa ei potest imputari quasi fructus aliquos percipere debuerit, vt etiam de percipiendis teneatur, quod in malæ fidei possessore duntaxat obtinet *l. si nauis 62. in fin. supr. De rei vindic.* Non quia personali tantùm actione sit obstrictus nec rem tradere debeat, vt malè hic putat Bartolus, (ad quid enim aliud magis tenetur venditor, quàm vt rem venditam tradat? *l. 1. d. l. ex empto 11. §. 1. d. l. Iulianus 13. §. possessionem infr. de action. empt.* Idque vt habeat emptor facultatem percipiendorum fructuum, quomodo scriptum est in *dict. §. possessionem.*) Sed quia cùm non nisi bonæ fidei ratione & officio iudicis magis quàm ex ratione iuris obligatus sit ad fructuum restitutionem *arg. l. qui per collusionē 49. §. 1. eod. tit.* bona tamen fides non patitur vt alios fructus restituere debeat quàm quos percepit, non etiā illos quos percipere neglexit *arg. l. mulier 22. §. sed enim ad SC. Trebell.* Nec audiendus est emptor si velit negligentiam obiicere venditori quasi fundum colere debuerit & fructus ex eo percipere saltem quos alius quilibet diligens paterfamilias percipere potuisset. Cùm fuerit emptor ipse negligentior in venditore interpellando vt fundum traderet, ad eū in mora tradendi constituendum. Quod si fecisset, vtique ab eo tempore venditorem obligasset ad fructuum omnium etiam percipiendorum restitutionem propter moram præcedentem, quæ vix sine culpa esse potest, *l. sciendum 21. & seqq. infr. de vsur.* & quam culpæ nomine videtur Paulus hîc significasse iis verbis *nisi culpa eius argueretur.* Patiatur ergo compensationem suæ cum aliena negligentiæ *leg. si ambo 10. supr. de compensat.* Tractat enim eum casum Paulus in quo venditor qui fundum neglexit, numquam fuerit in mora fundi tradendi. Multo minùs in mora percipiendorum fructuum, quos nunquam perceperit. Quos ne præstare teneatur sufficit carere illum dolo & ea culpa, quæ dolo æquiparari possit, id est, lata vt in *l. si mora 9. infr. solut. matrim.* Cuius legis species non paruam habet cum nostra similitudinem. Nisi quod hic venditor non fuit in mora, Ibi verò mulier fuit in mora recipiendi. Quemadmodum in præcedentibus tractauit de vēditore qui hominem venditum necdum traditum alij vendidit, & ab eo precium accepit. Quē similiter negauit cogendum esse precium reddere, tanquam quod licet ipse acceperit, non tamen accepit ex re venditā, sed ex sua negotiatione, ita vt perinde esse debeat quod ad emptorem pertinet, ac si venditor hominis eum alij non vendidisset. Itaque comparat Paulus fundi venditorem qui nullos ex

BIU Cujas

fundo neglecto fructus percepit, cum venditore hominis qui eum alij vendiderit, preciúmque à secundo emptore acceperit. Quæ videretur sanè absurda comparatio, cùm maior subesse videatur causa condemnandi venditoris ad restituendum primo emptori precium, quod à secundo accepit, quàm ad restituendos fructus quos non percepit. Nisi hoc ageret Paulus vt doceret, precium quod venditor à secundo emptore accepit, perinde habendum esse ratione primi emptoris, acsi precium nullum accepisset. Id enim significant verba illa præcedentia *& sic sit quasi alij non vendidissem.* Nam si hominem vni venditum alij non vendidisset dominus, precium quoque nullum eius à secundo emptore percepisset. Quid enim refert an nullum re vera perceperit, an verò quod percepit nec percepisse videatur? Et hoc vnum est quod huius loci sententiam difficilem fecit Azoni, Accursio, cæterisque interpretibus, vt eam assequi non potuerint. Sic enim interpretantur, quasi sensus sit: Sicuti liberaretur venditor interitu rei, si ipse possideret, sic & liberari eum debere, si homo venditus pereat apud secundum emptorem. Ita supponentes fuisse traditum hominem secundo emptori, quod tamẽ nec Paulus ponit, nec ponendum est. Itẽ quasi sensus sit, nihil referre apud quẽ homo venditus decesserit, an apud venditorẽ ipsum, an apud secundũ emptorẽ. Cùm tamẽ hoc vnum Paulus insinuare velit nihil interesse primi emptoris rei singularis, an precium venditor à secundo emptore acceperit, an non, vt non magis vno casu quàm alio precium petere à venditore possit, si modo nulla venditoris mora fuerit in homine vendito tradendo. Iidem quod sequitur in hoc versicul. *quemadmodum* sic interpretantur, quasi bona horum casuum similitudo in eo sit, quod quemmodum venditor fundum meum colendo, & fructus percipiendo in meo fundo, id est, mihi debito meos facit fructus, ita & venditor hereditatis, meum seu hereditatis meæ negotium gesserit, cùm rem aliquam hereditariam singularem alij vendidit. Ita enim Azo, quem noster hîc Accursius refert. Addens de suo & quidem subtiliter si diis placet ideò adiecisse Paulum *bonæ fidei ratione*, quoniam in contractu stricti iuris aliud esset ex *l. videamus* 38. *§. si actionem & §. ex causa & præced. infr. de vsur.* Quæ interpretatio non plura certè verba continet quàm errata. Ponit enim venditorem fundum coluisse quem lex ponit neglexisse. Ponit fundum meum fuisse, qui tamen numquam traditus mihi fuerit, ac proinde qui debitus tantùm mihi fuit, vt idem Accursius interpretari cogitur. Quòd si mihi debitus: Ergo non meus. Neque enim res mea deberi mihi potest, quia nec magis fieri mea *§. sic itaque instit. de action.* Ponit venditoris perceptione fieri fructus emptoris, ante quàm fundus ipse ei traditus sit: quod tamen nimis euidenter falsum est. Ponit in eo esse similitudinem vt vtroq; casu venditor negotium gerat emptoris, quod ridiculum est. Cuius enim negotium gerere videri potest venditor, qui fundum negligit? Quòd si nec fundũ negligeret, sed coleret, vt ponit Azo, non ideo tamẽ fructus faceret emptoris (alioqui vindicare illos emptor posset tãquam suos, quod nemovnquã dixit) sed tantùm actione ex empto præstare eos emptori teneretur. Denique comparatio in eo est, non vt perinde vtroque casu venditor emptoris negotium gerere existimetur. Sed vt neque in priore specie precium quod à secundo emptore accepit, priori restituere cogendus sit, non magis quàm si eum hominem alij nulli vendidisset: neque in posteriore specie fructus quos non perceperit ex fundo quem neglexit. Si modò vtrique speciei commune illud sit, vt mora nulla venditoris præcesserit. Itaq; referendus est hic versicul. *quemadmodum* non ad proximè præcedentem de venditore hereditatis qui rẽ aliquam singularem ex hereditate vẽdiderit, sed ad posteriorẽ casum à Paulo tractatũ ab illis verbis, *sed hoc in re singulari non potest credi* vsque ad versic. *At cùm hereditas.* Malè rursum idem Accursius hæc Pauli verba *Nisi si culpa eius argueretur* ad eum casum refert quo venditor maturos fundi fructus corrumpi patiatur, aut quos habet non reddat. Quorum vtrumque dolo cederet non culpæ *d. l. si mora 9. infr. solut. matr.* Et verò quomodo potest Paulus intellexisse de venditore qui fructus maturos corrumpi passus sit, aut qui fructus quos percepit, nolit reddere, cũ de eo loquatur qui fundum neglexit, nec proinde colere illum voluit? Culpam igitur pro mora dixit, non pro dolo quem solum præstare debet venditor qui in mora nunquam fuit, aut saltem culpam latam, quę ad dolum prope accedit, vt suprà interpretati sumus. Sequitur,

g *Quid si rem quam vendidi, alio possidente petij.* RAT. DVB. Is qui fundum vẽdidit quem alius iniustè nullóque titulo possidebat, si eum ab iniusto possessore petat & ab eo quia nolit tradere, litis æstimationẽ accipiat, id est, quãti sua interesse in litem iurauerit, vt in *l. eius rei 46. & seq. supr. de rei vindic.* non tam suum quàm emptoris sui negotium gessisse videtur. Vt quia non poterat ei rem venditam tradere, ad quod vtique actione ex empto tenebatur, faceret saltem vt emptor in vicem rei venditæ haberet eius æstimationem. Ergo hic casus similior est illi de quo priùs Paulus tractauerat de hereditatis venditore, qui rẽ aliquam hereditariam postea vendiderat & preciũ acceperat. Quem Paulus dixit precium restituere emptori debere, tametsi perempta ante moram illa re vendita: quàm posteriori casui de venditore hominis, qui hominem vni venditum alij posteà vendiderit. Quem diximus mortuo ante moram homine non debere precium, quod à posteriore emptore accepit, priori restituere. Quia precium accipiendo non emptoris primi, sed suum negotium gesserit, nõ vt in priore specie negotiũ emptoris hereditatis potiùs quàm suum. Proinde dicendum videtur in huius versiculi specie mortuo Sticho post solutã venditori à possessore litis æstimationem, licèt mora nulla præcesserit, teneri tamen debere venditorem vt eam æstimationem præstet emptori actione ex empto, in vicem hominis quem iam mortuum præstare ampliùs non potest. Quasi nec tam Stichũ quẽ non possidebat, quàm actionem ad eum ab iniusto possessore vindicandum vendidisse videatur. Quid enim aliud in effectu vendere potuit dominus qui rem quam vendebat non possidebat vt eam tradere posteà emptori posset? Atqui hoc admisso vt non tã res ipsa quàm actio ad rem ipsam vendita videri debeat, dubitandum non est quin id actum sit inter contrahentes, vt quicquid actione illa consequi venditor posset, totum id emptori restituere deberet, siue Stichum qui venditus fuerat, viuere cõtingeret, siue mori ante moram. Quid enim potest interesse an viu⁹ sit Stichus an mortu⁹ cùm nõ tã ipse

quàm

quàm actio ad eum persequendum vendita intelligatur quæ suum effectum habuit, nec priùs extincta est quàm in iudicium deducta fuerit?

Dec. Qui vendit Stichum, quamuis ab alio possessum, non idcirco actionem quam ad eum persequendum habet, vendere intelligitur, sed Stichum ipsum, cuius nimirum venditionem illud impedire non potest, quod ab alio possideatur, cùm non eo minùs sit venditoris, quandoquidem nihil commune habet proprietas cum possessione *l. naturaliter 12. §. nihil commune infrà de acquirend. possess.* nec rursum alienam rem vendi quicquam prohibeat *l. rem alienam 28. supr. de contr. empt.* Ergo venditor hic debitor est Stichi tradendi, non autem mandandæ contra possessorem actionis in rem & vindicationis, licèt vindicatio quoque vendi & cedi possit *l. vltim. C. hoc titulo.* Nam & regulare est, vt venditor quilibet censeatur vendere ius omne quod habet in re vendita *l. qui tabernas 32.* vbi diximus *supr. de contr. empt.* In hac autem specie, licèt venditor possessionem rei non habeat, quam alius iniustè detinet, habet tamen eius dominium quod vendere potuit, quódque semel acquisitum possessioni non cohæret. Cur non ergo dominium hoc venditum esse credamus? quod vtique longè plus est quàm si actio tantum ad possessionem recuperandam vendita diceretur. Cùm igitur hic venditor speciei debitor sit, quæ fato suo perire potest, non actionis, quæ natura sui perpetua est, consequens sit, vt si Stichus venditus ante moram venditoris decesserit, quamuis post acceptam ab iniusto possessore litis æstimationem, nihil tamen emptori præstare debeat, non rem ipsam, quia periit, & quidem ante moram, non actionem, quia & vendita non est, & iam consumpta est, cùm semel in iudicium deducta fuerit *l. habebat 13. supr. de instit. act. l. si sic stipulatus 133. in fin. de verbor. obligat.* Non denique litis æstimationem, quia licèt eam non ex sua negotiatione perceperit, vt in posteriore ex casibus supradictis, sed ex iusta quam aduersus iniustum possessionem retulit litis victoria & condemnatione, attamen nec eam percepit ex Sticho ipso vendito, sed ex vi & potestate actionis, quam non vendidit. Eáque perelegans differentia est inter precium rei & precium actionis. Precium rei non ex re percipitur, sed ex negotiatione, vt diximus, at precium actionis non ex negotiatione, sed ex actione ipsa, cum de precio loquimur, non quod in actionis venditione dictum sit (nam & illud quoque ex negotiatione percipitur) sed quod ob non restitutam rem petitam taxatum sit à iudice, & in condemnationem deductum, vt in *dicta l. eius rei 46. & sequen. l. qui restituere 68. supr. de rei vindic. l. vlt. infr. de fideiuss.* Nec enim negotiari est litem exercere, & actionem instituere, nisi inter eos quibus, vt ille dicebat, *sunt prædia lites.* Ideóque monendum fuit à Paulo venditorem hunc, qui Stichum ab alio possessum vendidit, & pro eo litis æstimationem per iudicem accepit, Stichum ipsum vendidisse non actionem ad eum persequendum. Quid enim aliud est actio in effectu quàm illud ipsum, quod vi actionis creditor sit consecuturus? Et verò, venditorem hunc cùm Stichum à se venditum vindicauit tanquam dominus (sola enim venditio citra traditionem non eripuerat ei dominium *l. eum qui 14. in princip. l. si vendidero 80. infr. de furt.*) & ob possessoris contumaciam litis æstimationem & condemnationem grauiorem reportauit, non emptoris sui, sed suum negotium gessisse apparet euidenter, ex eo quod non principaliter id agebat, vt emptori, prodesset, sed vt se primum à tradendi obligatione liberare posset, tradendo Stichum emptori, si eius possessionem ab iniusto possessore recuperare potuisset. Quamquam autem erat id profuturum emptori, non tamen nisi per consequentias, quæ vt sæpius dicere solemus, non attenduntur ad ius constituendum *l. 1. l. quod dicitur 7. infr. de author. tutor.* Et præterea quod litis æstimationem ex sententia & condemnatione retulit, non enim causam habuit, quod obligatus fuerit ad tradendum Stichum emptori cui eum vendidit (nam nec ipse venditor condemnaretur emptori ob rem non traditam, quanti emptor in litem iurasset, vt diximus ad *l. si cùm fundum 68. in fin. supr. de contr. empt. ex l. si traditio 4. C. de action. empt.*) Sed quia dominus fuit rei petitæ, soli enim ferè domino, non etiam ei cuius ex alia, quàm dominij causa interest, iusiurandum in litem deferri solet & debet *dict. leg. si vendidero §. 1. leg. si filiofamilias 25. §. 1. infr. Solut. matrim. leg. non enim 9. Rer. amot. l. tutor 8. supr. de in lit. iur.* Quæ etiam ratio est propter quam iniquum esset in proposita specie teneri venditorem ad præstandam emptori litis æstimationem, quam ab iniusto detentore percepisset. Quippe cùm actione ex empto non ad aliud teneri possit: quàm vt vel rem ipsam venditam tradat, Vel si tradere nolit, aut non possit, præstet quanti ex ea causa verè interest emptoris *dict. leg. si traditio leg. 1. infr. eod. ill. tit. de action. empt. l. contractus 17. C. de fid. instrum.* Atqui litis æstimatio quæ fit per iusiurandum in litem, excedit plerumque iustum rei precium & quantitatem eius quod interest, quia & contumacia iniusti possessoris punienda est *leg. 1. supr. de in lit. iur. d. l. vlt. infr. de fideiuss.* Benè igitur Paulus concludit, si rem quam vendidi alio possidente petij & litis æstimationem accepi precium, me illi non debere quod accepi. Atqui apertè Paulus scribit, inquies, me rem debere. Non nego si res extet: Sed si perempta sit etiam post acceptam litis æstimationem, non ait Paulus, quod nego, adhuc Stichum deberi. si nulla præcedente venditoris mora decesserit. Speciei namque debitor interitu speciei citra moram contingente liberatur, vt diximus. Neque durior esse debet causa venditoris, qui litis æstimationem, licet grauiorem propter iniusti possessoris contumaciam, consecutus est, quàm si eundem Stichum iam vni venditum alij vltrò vendidisset. Imò tanto melior, quod venditio, quæ fit accepta litis æstimatione, quamuis venditio sit *leg. 1. l. 2. §. vlt. l. 3. infr. Pro emptor. l. si seruus 21. vers. & ideò infr. de euict.* necessaria tamen est non voluntaria, ideóque dignior est venditor cui faueatur. Vt saltem voluntarij venditoris exemplo nihil præstare debeat emptori si res ante moram perierit, si verò res adhuc extet, quam ab iniusto possessore auferre non potuit, & quam accepta litis æstimatione vendere coactus fuit, non ad aliud tamen teneatur, quàm quanti re vera emptoris interest. Residuo quod ex

BIU Cujas

grauiore aduersus contumacem possessorem condemnatione consecutus est penes ipsum venditorem remanente secundum ea quæ proximè scripsimus. Accursius noster in huius quoque versiculi interpretatione grauiter labitur, existimans esse hoc exemplum eius quod immediatè Paulus exceperat *Nisi si culpa eius argueretur.* Et his verbis notari culpam venditoris in eo quod vendiderit eam rem quã alius possidebat, ideóque teneatur ad rem vel ad interesse, non autem ad actionem præstandam: Ad differentiam illius, qui possidens tempore venditionis postea sine culpa sua desiisset possidere, quẽ Paulus subiicit in versic. Nam si sine culpa, non teneri nisi ad præstandam actionem quam habet. Aliter atque in eo qui venditionis tempore possidens, culpa sua desiisset possidere vt furto. Hunc enim putat Accursius teneri ad rem vel ad interesse. In quibus omnibus sanè fallitur. Illa enim verba præcedentia *nisi si culpa eius argueretur* ad eum duntaxat casum pertinent, quem Paulus interiecerat de venditore qui fundum venditum neglexisset colere, nullóque ex eo fructus percepisset vt suprà explicauimus. Deinde falsum est culpam aliquam esse in eo qui rem suam quamuis ab alio iniustè detentam vendiderit: Cùm actionem habeat in rem ad eius possessionem recuperandam, debétque sufficere emptori quòd eum obligatum habeat ad rem tradendam, vel ni tradat, ad præstandum ei quicquid ipsius interierit. Rursum, quod vult hîc Paulus, Venditorem ad rem ipsam venditam teneri aut ad interesse, non ad præstandam actionem, non illam habet rationem, quòd in culpa sit: Sed quia rem vendidit non actionem, vt Paulus ipse disertè scribit. Tum verò non semper culpæ reus est is cui furtum fit, cùm sine eius culpa fieri plerunque possit: Sed & is qui ea vi deiectus est cui resistere non potuit, quam obsecro culpam contraxisse videri potest? Itaque non tractat hic Paulus casum illum quo venditor in culpa sit vel sine culpa, sed illum potiùs quo vi deiectus vel per furti actionem duplum abstulerit. Et quærit an duplum hoc ad emptorem pertinere debeat, id est, an ei restituendum sit à venditore. Hoc verò negat Paulus, & rectè, quia venditor non actionem vendidit, sed rem ipsam, quam proinde sufficit vt præstet. Sic enim locus hic intelligendus est, vt duplum ad emptorem non pertineat, si modò venditor ei rem ipsam tandem præstet. Alioqui etiam actiones venditor mandare emptori deberet, nec tantùm vindicationem & condictionem *l. quod sæpe 35. §. si res supr. de contr. empt.* sed etiam pœnalem actionem furti, adeóque præstare ipsi quicquid per actiones illas consecutus esset *l. eum qui 14. in princip. infr. de furt.* vt hoc saltem habeat emptor quod sine vllo venditoris dispendio futurum sit *arg. l. in creditore 38. in fin. infr. de euict.* Sic enim hi loci conciliandi sunt qui alioquin pugnare inuicem videntur. Quæ vltima Accursij interpretatio & conciliatio est. Aliæ namque quas adfert improbabiles prorsus, & commentitiæ sunt. Sequitur,

h *Nam & si sine culpa desit possidere.* Hîc quoque noster bonus delirat Accursius, cùm versiculum hunc superiori sic coniungit, quasi Paulus ita scripserit, *Benè dico rem deberi vbi venditor fuit in culpa, quia & vbi non fuit, tenetur ad aliquid: id est, ad cedendum.* Verba enim sunt Accursij existimantis in versiculo præcedente tractari de venditore qui culpa sua possessionem rei venditæ amiserit. Quod nos iam refutauimus. Et sensus Pauli non alius est quàm vt doceat quàm verùm sit quod modo dixerat: Si venditor vi deiectus sit à possessione fundi venditi, aut furtũ rei venditæ passus sit, & duplum à fure abstulerit, id est, per iudicem acceperit vt in *l. qui vas 48. infr. de furt.* & tamen rem ipsam quoque recuperauerit (nec enim pœna furti perimit vindicationem aut condictionem *l. si pignore 54. §. cum furti eod. tit.*) non posse emptorem ad hoc agere vt sibi duplum quoque præstetur? Cùm etiamsi rem ipsam præstare non possit, fortè quod à tempore contractæ venditionis possessionem eius amiserit, dummodo sine culpa sua, non ad aliud tamen teneatur, quàm ad præstandas cedendásque emptori actiones. Quia id sine vllo suo dispendio facere potest *d. l. in creditore 38. in fin. de euict.* Addit Accursius exceptionem, Nisi venditor litis æstimationem à possessore habuerit. Et rectè, quia vt idem subiicit, vendidisse videtur, cùm litis æstimatio venditionem faciat, aut quid simile venditioni, vt iam diximus ex *l. 1. l. 2. §. vlt. & l. 3. infr. Pro emptor.* ac proinde nullas habet actiones quas præstare possit, cùm eas facto suo amiserit. Sed quod subiungit Accursius ob hoc ipsum condemnari eum debere saltem ad veram rei venditæ æstimationem præstandam *arg. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. penult. infr. de solut.* vereor ne non sit verum. Nam si litis æstimationem pro re ipsa extra iudicium acceperit, quæ species voluntatiæ venditionis est, ratio facit, vt non tantum ad veram æstimationem aut ad eam quam accepit, condemnaria actione ex empto debeat, sed etiam omne id quod emptoris interest, quod plerunque iustum, verúmque precium egreditur *l. 1. in princip. de action. empt. l. in interdicto 6. infr. Vnde vi.* Sibi enim imputet qui tradendæ rei facultatem facto suo sibi præripuit. Si verò litis æstimationem venditor inuitus acceperit iubente iudice & iusiurandum in litem deferente ob contumaciam possessoris iniusti nolentis restituere, & arbitrio iudicis parêre, non video sanè quenam culpa ei possit imputari, cum ex iuris necessitate id fecerit quod fecit *leg. vltim. supr. de in lit. iurand.* Quamuis enim hæc quoque venditio sit, necessaria tamen est. In eo autem quod ex necessitate fit, culpa nulla argui potest *dict. l. vlt. l. 2. in fin. infr. de distract. pignor.* Nec sufficit ad obligandum eum qui actiones mandare debuit, quod eas facto suo amiserit, dummodo sine ipsius vicio id acciderit *d. l. 95. §. penult. de solut.* Sed tamen cum res adhuc extet, quæ fuit vendita & lucro emptoris cesserit quod per contumaciam possessoris tradendæ eius facultatem amisit, bona fides non patitur, vt hoc casu magis quàm superiore liberari venditor debeat à præstatione eius quod re vera interest emptoris. Non secus ac euenturum suprà diximus si alio iam possidente venditor rem suam vendidisset. Satísque esse debet venditori quod in lucro habeat quicquid à possessore propter ipsius contumaciam consecutus est suprà quàm re vera ipsius interfuerit, quandoquidem non omne quod consecutus est restituere emptori debet, sed tantum quanti emptoris re vera interest, cùm ipsius dolus nullus sit qui æstimari præterea possit vt in *l. si cum fundum 68. in fin. supr. de contr. empt.* Sed hoc ita si venditor ab emptore precium acceperit ante perceptam ab iniusto possessore litis æstimationem per iusiurandum in litem factam. Nam si omnia sint integra, defendi probabiliter potest habendam esse venditionem pro resoluta: Cùm neque rem tradere possit venditor, neque culpa imputari aliqua ei possit cur non tradat,

neque

neque rursus alia ex parte quicquam interfit emptoris cui nihil adhuc abest. Sic enim & aliis plerisque casibus euenit, vt emptori condictio soluti precij danda sit denegata ei contra venditorem aut ad rem tradendam, aut ad id quod interest actione, vt in *l. suæ rei 16. l. & quod soluerit 23. supr. de contr. empt.* Iunge *l. domum 57. in princip. & in fin. eod.* Facilè namque resoluitur venditio, cùm omnia sunt adhuc integra, non tantùm mutuo partium consensu, qui casus nullam recipit dubitationem *l. ab emptione 58. supr. de pact. l. 1. & 2. quand. lic. ab empt. disced.* sed etiam ex iuris necessitate, cùm sine vlla contrahentium culpa in eum statum res peruenit, vt executionem habere contractus amplius non possit. Non sunt autem omnia integra cùm emptori precium iam abest *d. l. 2. C. quand. lic. ab empt. disced.*

i *Et sic æstimationem quoque.* Hic etiam versiculus dubitationem recipit, an velit Paulus, Venditorem in hac vltima specie, cum sine culpa sua possessionem rei venditæ amisit, non modò actiones suas contra possessorem præstare debere, sed etiam rei æstimationem. An potiùs è contrario, vt sicuti rem ipsam præstare venditor hoc casu non tenetur, ita neque ipsius æstimationem præstare debeat. Accursio magis placet posterior interpretatio. Et mihi quoq; vt perinde sit acsi Paulus scripsisset repetita negatione *non rem, & sic non æstimationem quoque.* Oneraretur enim contra æquitatem venditor si æstimationem eius rei præstare contra emptorem cogeretur, cuius nec possessionem haberet sine culpa sua vlla, nec æstimationē. Tractamus enim de vēditore qui actiones aliquas habet contra iniustum possessorem, quas proinde mandare possit, & consequenter qui litis æstimationem à possessore neque ex conuentione, neque ex sententia iudicis per iusiurandum in litem abstulerit.

k *Nam & aream tradere debet exusto ædificio.* Rat. dvb. Si vendita sit domus quæ iam ipso venditionis tempore combusta erat, nihil præstare venditor debet, id est, ne aream quidem, quamuis area maneat, quia non area, sed domus vendita est *l. domum 57. supr. de contr. empt.* Ergo eâdem ratione dicendum est, Exusto ædificio quod venditum fuerat, nec aream à venditore deberi, quæ non fuit vendita.

Dec. Quemadmodum quod ex re mea superest, meum est, eiúsque vindicandi ius habeo *l. solum 49. §. 1. supr. De rei vindic.* Ita & quod ex re mihi debita superest mihi debitum est. Cúmque vendito ædificio negari non possit, quin area quoque vendita sit, tanquam quæ pars ædificij sit & quidem maxima cui etiam superficies cedit *l. qui res 98. §. aream infr. de solut.* consequens est, vt quamuis exusto ædificio, aream tamen quæ supereſt, præstare venditor debeat tanquam partem rei venditæ vt hoc saltem habeat emptor ex re vendita quod ex ea supereſt. Qua enim fronte recuset venditor aream præstare qui totum ædificium si adhuc extaret, præstare teneretur? Aliud est si iam ipso venditionis tempore fuerit exusta domus quæ vendebatur vt *in d. l. domū.* Tunc. n. nō valet venditio si vterque contrahentiū exustam domū ignorabat. Ideóq; nec area debetur vt ibi scriptum est. Iunge *l. si chorus 79. §. area de leg. 3.*

22. Scævola libro 2. Responsorum.

HEreditatis venditæ pretium pro parte accepi. reliquum emptore non soluente, quæsitum est, an corpora hereditaria pignoris nomine teneantur. respondit, nihil proponi, cur non teneantur.

Ad l. Hereditatis 22.

Rat. dvb. Pignus non nisi conuentione ac traditione contrahitur *l. 1. supr. de pignor. act. l. 1. infr. de pignor.* extra eas causas in quibus pignus vel hypotheca tacitè contrahi placuit, de quibus in *ill. tit. infrà & C.* Atqui in venditione nulla conuentio fit neque expressa, neq; tacita vt res vēdita pignori obligata sit vēditori siue pro precio siue pro alia re vlla. Imò id agit vēditor vt ius omne q̄ habet in re vēdita abdicet à se, & transferat in emptorē *l. pen. in fin. iunct. l. qui tabernas 34. supr. de contr. empt.* Dico amplius, Ne quidem expressa conuentione fieri posse, vt res vendita necdum à venditore tradita obligetur venditori: Cùm ante traditionem venditor maneat dominus *l. eum qui 14. l. si vendidero 80. infr. de furt.* adeóq; neutra etiam traditione si precium solutum non sit aut aliter eo nomine satisfactum *l. quod vendidi 19. l. vt res 53. de contr. empt. §. venditæ instit. de rer. diuis.* Nemini enim res sua pignori oblata esse potest *l. neque pignus 45. De regul. iur.* Quod igitur expressim fieri non potest, quomodo tacitè factum intelligetur?

Dec. In emptis & venditis inspici maximè oportet quid actum sit *l. sed Celsus 6. §. 1. de contr. empt.* Id autem actum intelligitur inter emptorem & venditorem, vt quousque precium ab emptore soluatur, venditor quasi pignoris iure rem venditam retineat, nec priùs conueniri ad rem tradendam ex empto possit. Et similiter emptor precium quousque rei traditio ei offeratur. Nam cùm sit contractus vltro citróque obligatorius eius est, qui prior agit vt prior offerre debeat, & ex parte sua adimplere is qui aduersarium vrgere vult ad implementum *l. Iulianus 13. §. offerri infr. de action. empt.* Ergo si hereditatis emptor precium non soluerit, permittendum est venditori vt pignoris nomine retineat corpora hereditaria, quę si solutum precium esset, tradere actione ex empto cogeretur *l. qui filiifamilias 14. §. 1. supr. hoc tit.* Nec aliud est etiamsi emptor partem precij soluerit. Adhuc enim non est ex empto actio ne quidem pro parte, donec totum precium solutum sit *d. §. offerri l. cùm fundus 31. §. 1. ad fin. supr. de reb. credit. l. si seruus 57. in princip. infr. de ædilit. edict.* Et ratio est quia precium est, quid indiuiduum, quod sicuti in pecunia numerata debet consistere *§. item precium Instit. de empt. & vendit.* ita & in certa quantitate, cuius numerus non nisi vltima vnitate perficitur *l. si pater 8. C. de action. empt. l. quandiu 6. C. de distract. pign.* Præter id quod precium debetur ab emptore per modum conditionis, id est, si ex empto agere volet contra venditorem ad rem tradendam licèt figura cōditionis expressa non sit, vt in *l. in ratione 30. §. tametsi infr. ad leg. falcid.* Omnis autem conditio sui natura indiuidua est, nisi quid extrinsecum faciat eam diuiduam *l. cui fundus 56. infr. de condic. & demonstr. l.*

BIU Cujas

heredes 25. §. idem iuris est & seq. supr. Famil. erciſc. Ergo etiamſi venditor hereditatis precium pro parte ab emptore acceperit, attamen quandiu reliquum totum ſoluatur, habet venditor ius retinendorum corporum hereditariorum quaſi pignoris nomine, vt ſcribit Scæuola, id eſt, perinde acſi eſſent pignori. Facilius enim eſt, vt detur poſſidenti retentio *d. l. 1. in princip. de pignor.* Non tamen quaſi re vera pignus contractum ſit. Contractum enim non eſſe ex eo intelligimus, quòd venditor rem à ſe traditam & ab alio poſſeſſam perſequi iure pignoris non poſſet ad precium conſequendum, facerétque iacturam & precij & rei ſuæ ſi qui alij eſſent anteriores creditores pignoratitij: Niſi per ſpecialem conuentionem ſibi proſpexiſſet *l. licet 7. C. qui potior. in pignor. hab. iunct. l. 5. §. antep. & penult. ſupr. de tribut. act. l. quamuis 17. C. de pignor.* Itaque venditor qui rem tradidit ante ſolutionem precij rem venditam quam iure pignoris retinere poterat, ſimilis eſt eis qui retentiones, quas ſolas habent, omittunt, & quibus poſt omiſſam amiſsámque retentionem nullum ius ſupereſt ad rem perſequendam *l. ſi in area 33. ſupr. de condict. indeb. l. heres 21. infr. ad SC. Trebell.* Denique omne pignus parit ius retentionis, adeóque, quod magis eſt etiam ob chirographariã pecuniam *l. vnic. C. etiam ob chirogr. pecun. pign. retin. poſſ.* Sed non viciſſim quiſquis habet retẽtionem, habet etiam pignus. Habet tamẽ quaſi pignus, quia pignoris effectus primus ac potiſſimus in retẽtione cõſiſtit, quoties cõiunctum eſt pignus cum poſſeſſione *d. l. 1. infr. de pign.*

23. HERMOGENIANVS libro 2. Epitomarum.

VEnditor actionis, quam aduerſus ipſum principalem reum habet, omne ius, quod ex ea cauſa ei competit, tam aduerſus ipſum reum, quàm aduerſus interceſſores huius debiti cedere debet: niſi aliud actum eſt.

Ad l. Venditor actionis 23.

RAT. DVB. Alia eſt obligatio quæ contra principalem reum competit. Alia verò quæ contra eius fideiuſſores, aliósve interceſſores. Et ſicut alia atque alia obligatio, ita & alia atque alia actio quæ ex obligatione naſcitur *l. licèt 42. §. ea obligatio ſupr. de procurat.* Ergo qui vendidit actionem quam aduerſus principalem reum habuit, non idcirco eas quoque actiones quas contra eiuſdem debiti interceſſores habuit, vendidiſſe credendus eſt. Ne in plus obligetur ex venditione quàm ipſe vendiderit.

DEC. Semper in contractibus inſpiciendum eſt quid actum ſit *l. ſemper in ſtipulationibus 34. de regul. iur.* maximè verò in emptis & venditis *l. ſed Celſus 6. §. 1. ſupr. de contr. empt.* Atqui hoc agitur inter emptorem & venditorem actionis, vt non tantùm actionem illam, ſed omne ius quod habet eiuſdem debiti nomine ſiue contra principalem reũ ſiue contra eius fideiuſſores & alios interceſſores transferat in emptorem. Cur enim retineret acceſſorias obligationes & actiones ad ſuam vtilitatem, cùm iam principalem tranſtulerit, cuius cæteras quoque non niſi acceſſorias ius ſequi neceſſe eſt? Nec ad rem pertinet, quod actionis venditor etiam poſt venditionem directam retinet, cui acceſſoriæ adhuc adhærere poſſunt. Nam & directam ex perſona venditoris exercere emptor poteſt, & vtilem ex propria *l. 3. l. ex nominis 8. C. hoc tit.* potéſtque repelli exceptione venditor ſi ad ſuam vtilitatem experiatur directa actione, ſiue emptor litem prior conteſtatus ſit, ſiue aliquid ex debito iam acceperit, ſiue denique debitori inhibuerit ne venditori ſolueret *l. 3. C. denouat.* Sed etſi venditor ex actione vendita per directam actionem aliquid conſecutus eſſet, totum id emptori reſtituere deberet, §. *prox. infr.* Non minùs quàm venditor hereditatis, de quo *in l. 2. §. peruenisse & §. non ſolum. ſupr.* Quid ergo prodeſſe ei poſſet inutilem ſibi retinere actionem? Aut cur recuſet id præſtare quod ſine diſpẽdio ipſius futurum ſit? *l. in creditore 38. in fin. infr. de euict.* Non enim poſſis dicere actiones illas acceſſorias, ideò perire, quod directæ quibus accedunt inutiles remaneant: Cùm non ſit hic modus tollendæ obligationis acceſſoriæ non magis quàm tollendæ obligationis principalis. Præſertim quia nec directa ipſo iure tollitur, nec fit omnino inutilis per venditionem. Quandoquidem ſequi ea poteſt condemnatio, aut ad venditoris aut ad emptoris vtilitatem *l. ſi heres 70. in princip. infr. ad SC. Trebell.* Iunge *l. emptori 6. & l. qui filiifamilias 14. in princip.* & quæ ibi ſcripſimus *ſupr. hoc tit.*

1 ¶ Nominis venditor, quidquid vel compenſatione, vel exactione fuerit conſecutus, integrum emptori reſtituere compellitur.

Ad §. 1. Nominis venditor.

RAT. DVB. Venditor actionis & nominis facere non poteſt quominùs etiam inuitus directam actionem retineat, eámque vtilem & efficacem ad extorquendam ſuo nomine condemnationem. Adeò vt nec niſi ex ipſius perſona eam actionem exercere emptor poſſit *l. 3. & penult. C. hoc tit. l. qui ſtipendia 9. C. de procurat.* Extra tres illos caſus, quos proximè retulimus ex *l. 3. C. denouat.* Atqui quod quis ſuo nomine exigit, & tanquam ſibi debitum, alij reſtituere cogendus non eſt. Quod enim iuſtè exigitur, quidni etiam ac multo magis iuſtè retineatur? Ergo quod venditor nominis ſiue compenſatione ſiue exactione fuerit conſecutus, emptori reſtituere non tenetur. Maximè verò quod compenſatione. Cùm nemo compenſare poſſit, niſi quod ſibi ipſi non etiam quod alij debeatur *l. eius 9. C. de compenſat.*

DEC. Nihil vetat vni deberi, quod etiam is ipſe alij debeat, & vt quis debitor ſit alieni debitoris. *ſi conuenerit 18. ſupr. De pignor. act. l. nomen 4. C. quæ res pignor. oblig. poſſ. Tot. tit. C. ſi pignus pignor. dat. ſit.* Atqui venditor nominis, licèt ipſo iure creditor maneat ſui debitoris, hoc ipſo tamen fit debitor ſui venditoris. Ad ea ſcilicet præſtanda omnia, quæ in actionem ex empto venire poſſunt. In quo numero eſt præſtatio actionum directarum quę ex nomine ipſo contra debitorem competunt, vt ex perſona mandantis

BIU Cujas

dantis possit eas ad suam vtilitatem exercere *d.l.3. & penult.C.hoc tit.d.l.3.C.de nouat.* Ergo quicquid ille actiones istas directas exercendo consecutus est à debitore, cuius nomen venditum est, siue per exactionem, siue per compensationem, quæ & ipsa exactionis ac petitionis quædam species est *l.amplius non peti 15.inf.Rat.rem haber.* totum id & integrum restituere emptori debet, à quo & nominis precium accepit. Alioqui contra bonam fidem, & rem haberet, & precium quod natura venditionis quæ bonæ fidei est, non patitur *l.ex empto 11.aliàs l.emptorem §. qui autem l.bona fides 50.infr.de action.empt.* Quid enim aliud est nomen venditum, quàm illud ipsum quod debetur? Quod autem venditor nominis per exactionem aut compensationem à suo debitore consequitur, quid aliud est quàm effectus & vtilitas nominis venditi? Percipitur enim non ex negotiatione, vt precium rei venditæ, sed ex re ipsa & actione vendita, vt docuimus ad legem proximè præcedentem. Idem in hereditatis venditore obtinet *l.2.§.peruenisse supr.* Iunge *l.procuratore 55.supr.de procurat.*

24. LABEO libro quarto Posteriorum à Iauoleno Epitomatorum.

HEreditatem Cornelij vendidisti. deinde Attius, cui à te herede Cornelius legauerat, priùs, quàm legatum ab emptore perciperet, te fecit heredem. rectè puto ex vendito te acturum, vt tibi præstetur: quia ideo eò minus hereditas venierit, vt id legatum præstaret emptor: nec quicquam interfit, vtrum Attio, qui te heredem fecerit, pecunia debita sit, an legatario.

Ad l.Hereditatem 24.

RAT.DVB. Cùm idem est heres testatoris & legatarij, fit in eius persona confusio debiti & crediti, quia tanquam heres testatoris qui legauit, debitor fit legati. Quatenus verò heres est legatarij, fit creditor hereditatis, ac proinde fit & debitor, & creditor sui ipsius: quod non tantùm iuris constitutio impedit, sed etiam natura *l.nec cum filiofamilias 16.inf. de furt.* Atqui ponit hîc Iauolenus hereditatem Cornelij ad te peruenisse, deinde eam te Sempronio vendidisse, posteà Attium cui à te herede fundum Cornelius legauerat, priusquàm legatum ab emptore perciperet æquè heredem te scripsisse, atque ita in tuam personam vtrumque ius & heredis, & legatarij, hoc est debitoris & creditoris confluxisse. Ius ergo petendi legatum confusione peremptum & extinctum esse dicendum est, cum confusio sit vnus ex modis naturalibus & legitimis tollendæ obligationis, non minùs quam solutio, quia & vim ac potestatem solutionis habet *l.debitori 50.infr.de fideiuss.l.Stichum aut Pamphilum 95.§. aditio de solut.* Proinde nihil iam est quod de legato tibi præstando tractari possit, cùm legatum amplius nullum sit. Præsertim cùm facto tuo ea confusio acciderit propter aditam à te vtriusque hereditatem, cùm eligere potuisses & debuisses vtrum legati malles esse debitor, an creditor, nec quod priùs hereditatem vendideris, quàm legatario succesferis, ad rem facere videtur: cùm tanto magis imputari tibi possit, quod hereditatem quoque legatarij adeundo tecum ipse legatum pensasse, tibique soluisse videaris, adeò vt cæteris quoque legatarij creditoribus tenearis, quomodo argumentatur Africanus in *l.quæ dotis 33.inf.solut.matr.*

DEC. Hereditatis venditori debet emptor præstare id omne propter quod tanto minùs vendita est hereditas, sicut è contrario venditor emptori hereditatis id omne propter quod hereditas pluris empta est tanquam locupletior ex eo futura *l.2. §.peruenisse & pass.supr.* Atqui in proposita specie, ideo minùs hereditas venit, quod emptor ad legatũ Attio præstandum obligatus esset, tanto minùs enim venditur hereditas, quanto grauiore onere premitur, legatum autem onus est & delibatio hereditatis, qua ex eo quod vniuersum heredis foret alicui quid collatum quis velit *l.legatum 116. de legat.1.* Ergo tenetur ex bona fide venditori emptor actione ex vendito, vt id legatum præstet quod Attio præstandum susceperat. Quid enim ipsius interest, an id præstet Attio an venditori: sicut nec quicquam interest, an Attio, qui te heredem fecit, pecunia debita sit, an alij legatario? Sic enim hic locus meo iudicio legendus & intelligendus est, non vt vulgo *vtrum Attio qui te heredem fecit pecunia debita sit, an legatario*, cùm Attius esset idem legatarius. Video Accursium aliter interpretari, vt nihil interfit an Attio pecunia debeatur vt creditori ex contractu, an vt legatario, sed improbabilis interpretatio est, quia nec verbis legis conuenit, nec rationi iuris, quæ in eâdem persona non distinguit legatum à pecunia credita. Et tamen fauorabiliorem emptoris causam facere videbatur ratione legati quod ei relictum esset cui venditor heres extitisset, quàm ratione legati quod alij fuisset relictum cui venditor heres non fuisset, sc. propter confusionem quæ ex hereditatis aditione inducitur, vt diximus. Iunge *l.si hereditatem 20.supr.hoc tit.l.si ei cui 41.§.vlt. infr.de euict.l.fundi partem 79.supr.de contr.empt l.si venditor 6.in fin.de seru.export.* vbi similis ei quæ in hac lege adfertur ratio.

25. IDEM libro 2. Pithanôn.

SI, excepto fundo hereditario, veniit hereditas, deinde eius fundi nomine vẽditor aliquid adquisiit: debet id præstare emptori hereditatis. Paulus: Immo semper quæritur, in ea re quid actum fuerit. si autem id non apparebit: præstare eam rem debebit emptori venditor. nam idipsum ex ea hereditate ad eum peruenisse videbitur: non secus, ac si eum fundum in hereditate vendenda non excepisset.

BIU Cujas

Ad l. vlt. Si excepto.

RAT. DVB. Nihil ad emptorem hereditatis pertinere potest, nisi quod ei fuit venditum. In quo numero esse non potest id quod in hereditate vendēda nominatim exceptum est *l. 2. §. apud Iulianum sup. hoc tit.* Atqui excepto aliquo fundo hereditario, cuius nomine venditor alicui post vēditionem acquisiuerit, id quoque quod acquisitum est, exceptum videri debet, quasi ex illa ipsa re acquisitum quæ occasionem acquisitionis præbuit *arg. l. debitor 59. §. 1. in fin. infr. ad SC. Trebell.* Quemadmodum quod hereditati accessit occasione rerum hæreditariarum in venditionem hereditatis venit *l. emptori 6. sup. hoc tit.* Ergo quod occasione fundi hereditarij in venditione excepti acquisitum fuit, non magis præstandum est emptori quàm fundus ipse hereditarius qui nominatim exceptus est. Exemplum autem huius legis peti potest *ex d. l. 2. §. si venditor supr.* vbi tractatur de venditore hereditatis, qui sibi ædes exceperit, quarum nomine damni infecti promissum fuerat. In qua specie scribit eo loco Vlpianus interesse quidem, quid actum sit. Nam si ita exceperit venditor, vt damni quoque infecti stipulationis onus sustineret, nihil eum ab emptore consecuturū, si verò id actum sit, vt emptor hoc æs alienum exsolueret, ad illum onus stipulationis pertinere debere: sed si non appareat, quid actum sit, verisimile esse id actum esse, vt eius quidem damni nomine quod ante venditionem datum fuerit onus ad emptorem, alterius verò ad heredem pertineat: cùm tamen Paulus in hac lege respondeat indistinctè venditorem præstare emptori debere id quod nomine fundi hereditarij acquisitum est post venditā hereditatem, non adhibita illa distinctione, an acquisitionis causa venditionem antecesserit, necne. Ideóque putat Accursius legem hanc intelligi debere cum distinctione *d. §. si venditor*, ne alioqui Paulus cum Vlpiano pugnet. Pro qua sententia & interpretatione illud etiam facit, quòd eadem ratio debeat esse commodi & incommodi cùm quæritur, quid ex hereditatis venditione ad emptorem pertinere debeat, aut ad venditorem *d. l. 2. §. sicuti supr. hoc tit.* Ergo quamuis Vlpianus loquatur de onere & incommodo stipulationis damni infecti contra heredem eundémque hereditatis venditorem interpositæ, Paulus verò de lucro & commodo acquisitionis, eadem tamen distinctio quæ ab Vlpiano adhibita est in onere, videtur etiam in lucro & commodo adhiberi à Paulo debuisse.

DEC. Venditor hereditatis præstare emptori debet id omne quod ex hereditate ad eum peruenit, nisi si quid nominatim exceperit *d. l. 2. in princip. & §. 1. & §. peruenisse supr.* Atqui non potest negari, quin idipsum quoque quod nomine & occasione fundi excepti acquisitum est, ad venditorem ex hereditate peruenerit, non secus, acsi fundum in ea hereditate vendenda non excepisset. Nec enim acquisiuisset, si heres non fuisset. Ergo cùm inter emptorem & venditorem hereditatis id agatur, vt neque amplius, neque minus iuris emptor habeat quàm apud heredem futurum esset, si hereditatem non vendidisset *d. l. 2. in princip.* consequens est, vt quicquid ex re hereditaria, quamuis excepta, acquisitum est à venditore præstandum sit emptori, quasi ex hereditate acquisitum. Verum enim est, sicut exceptio ad regulam firmare regulam solet in non exceptis, quomodo vulgari nostrorum fertur brocardico, ita & generalem quamlibet dispositionem hoc ipso fieri generaliorem quod exceptionem aliquam contineat, vt quicquid exceptione specialiter comprehensum non est, tanto certiùs veniat in generalem dispositionem, semper enim fauorabilior est propositio & regula, quàm exceptio, quæ hoc ipso est odiosa, quod regulam & propositionem restringit. Finge igitur venditorem hereditatis, cùm vniuersam hereditatem venderet, fundum Cornelianum excepisse, ex quo iam aliquot fortassis annorum fructus perceperat. Remanebit quidem fundus penes venditorem tanquam exceptus specialiter, sed fructus tamen ex eo percepti restituentur emptori, quia excepti non sunt, & quamuis dici soleat fructus post aditionem perceptos non tam hereditati quàm rebus hereditariis accepto ferri debere *l. in fideicommissaria 18. infr. ad SC. Trebell.* in proposito tamen nihil refert, an hereditati an fundo hereditario excepto eos referre acceptos velis, quia semper verum est, & ex hereditate, & occasione hereditatis ad venditorem eos peruenisse ad venditorem, ad quem & fundus ipse hereditarius, qui exceptus est, iure hereditario peruenit. In stipulatione verò quæ ex causa damni infecti interposita sit, longè aliud est, si ponas, vt ponendum est, ad effectum acquisitionis, stipulatum fuisse vēditorem de damno infecto à vicino, cuius ædes ruinam minabantur ædibus hereditariis, eásque ædes hereditarias à venditore exceptas fuisse. Nam si damnum postea datum sit, ex eáque causa fuerit commissa stipulatio, æquissimum est commodum stipulationis totum pertinere ad venditorem, ad quem & totum damnum pertinet, ruinam passis ædibus quas sibi exceperat, cui enim magis indemnitas præstari potest quàm illi ipsi qui damnum passus est? Igitur alia ratio est stipulationis damni infecti pro defuncto, aut pro herede ipsius interpositæ. Alia vero eius quæ contra defunctum aut heredem. Posteriore casu sequenda est distinctio Vlpiani in *d. §. si venditor.* Priore verò indistinctè pro venditore respondendum est, in specie autem huius legis indistinctè pro emptore.

DE RE

BIU Cujas

DE RESCINDENDA VENDITIONE, ET QVANDO NON LICEAT AB EMPTIONE DISCEDERE.

TIT. V.

POMPONIVS libro 25. ad Sabinum.

CELSVS filius putabat: si vendidisset mihi filius familiàs rem peculiarem: etiamsi conueniat, vt abeatur ab ea venditione, inter patrem & filium & me conuenire debere: ne, si cum patre solo pactus sim, filius non possit liberari: & quæratur, vtrúmne nihil agatur ex ea pactione, an verò ego quidem liberer, filius maneat obligatus: sicuti si pupillus sine tutoris auctoritate paciscatur: ipse quidem liberatur, non etiam qui cum eo pactus est. nam quod Aristo dixit, posse ita paciſci, vt vnus maneat obligatus: non est verum: quia pro vna parte contrahentium abiri pacto ab emptione non possit, & ideo si ab vna parte renouatus sit contractus: dicitur, non valere eiusmodi pactionem. sed dicendum est, patre paciscente, & liberato aduersario, filium quoque obiter liberari.

Ad l. 1. Celsus filius.

RAT. DVB. Nihil tam naturale est quàm vnumquodque dissolui eo modo quo colligatum est *vulg. l. nihil 35. de regul. iur. l. prout 80. de solut.* adeóque inter eos ipsos qui contraxerunt, ne vnius pactum prosit, aut noceat alteri, quod ratio iuris non permittit *l. si vnus 27. §. pacta quæ turpem vers. ante omnia l. vlt. sup. de pact.* Ergo verum est quod Celsum filium putasse Pomponius hic refert, si filius familias rem peculiarem mihi vendiderit, etiãsi cõueniat inter me & patrem, vt ab emptione illa abeatur rebus quoque omnibus adhuc integris (hoc enim addi potest) non ideo tamen resolui venditionem, nisi præsente quoque & consentiente filio ea pactio facta sit, ne alioqui si cum solo patre pactus sim, filius non possit liberari, & ita remaneat pro parte contractus, qui ex partium conuentione & sui natura sic initus est, vt obligatio vtrinque contraheretur, etsi enim potest contingere, quamuis perrarò, vt contractus venditionis vltro citróque obligatorius ex vna parte claudicet, puta si quis pupillo sine tutoris authoritate vendiderit, vel ab eo emerit *l. Iulianus 13. §. si quis à pupillo infr. de action. empt. l. contra 28. supr. de pact.* Displicuit tamen Aristonis sententia quam similiter Pomponius hîc refert, existimantis, posse contrahentes ita paciſci, vt vnus tantùm maneat obligatus, siue de resoluendo, siue de renouando contractu agatur, quia scilicet contra naturam & substantiam contractus est, qui vltro citróque obligatorius est, vt pro parte vel resoluatur, vel renouetur. Pacta verò quæ contra substantiam contractus fiunt ipso iure non valent *l. vbi ita donatur 27. infr. de mort. caus. donat. l. cùm precario 12. infr. de precar.* Et hæc quidem fuisse mihi videtur non tantùm Celsi filij, quem Pomponius refert, sed ipsius quoque Pomponij sententia. Vt ad resoluendam venditionem rei peculiaris à filio familias factam mihi, non sufficiat conuenire inter me & patrem vt ab emptione abeatur, sed idipsum cõuenire debeat inter patrem & filium & me, quod aliter fieri non possit, vt ignorans filius liberetur. Nec de eo dubitasse puto Pomponium. Tantum distat, vt cum Accursio putem O filij sententiam aut falsam, aut à Pomponio improbatam esse. Quamuis videam postrema legis huius verba illa repugnare, *Sed dicendum est patre paciscente, & liberato aduersario filium quoque ob id* (vel vt in Pand. Florent. scriptum est *obiter*) *liberari.* At non dubito quin sint illa Triboniani, prudentum nostrorum responsa more suo ad libitum corrumpentis & nihil minùs quàm ad iuris rationem attendentis. Quenã enim iuris ratio illa esse potest quæ faciat, vt ignorans & inuitus filius per pactionẽ à solo patre factã liberetur? Quid. n. si nec liberari velit? Nemo si quidẽ dubitat, quin patre inuito possit filius familias & in obligationem incidere, & in obligatione remanere. *l. cogi 16. §. si pater filio infr. ad SC. Trebell.* Nec alio casu proditum iure est intitum quem aut ignorantem liberari posse quàm si

BIU Cujas

alius pro eo vel soluat vel iudicium accipiat *l. solutione 23. infr. De solut. leg. soluendo 39. supr. de negot. gest.* Vt verò qui per contractum aliquem obligatus est, liberari possit per eiusmodi contractus resolutionem inter alios eo vel inuito vel ignorante factã nemo certè vnquam dixit. Et quemadmodum filiusfamilias neque paciscendo neque debitum accipiendo detrahere quicquam potest patris obligationi *l. filius 23. C. de pact.* neque rursus ignorantem aut inuitũ patrem aliter quàm iis modis quos diximus, liberare ipso iure. Nisi ponas stipulari eum acceptilationem, quæ ipsa nihil nisi imaginaria quædam solutio est §. 1. *Instit. quib. mod. toll. oblig.* Ita nec pater filium aut obligare aut liberare potest. Tanto minùs quod per patrem nihil filiofamilias acquiri potest, quandoquidem pater etiam nominatim filiofamilias stipulando sibi acquirit *leg. eum qui 56. §. qui sibi infr. de verb. oblig.* Cùm tamen è contrario patri per filium ex omnibus penè causis acquiratur *leg. quod dicitur 130. eodem titul. leg. placet 79. de acquir. hered. leg. 1. si quis à parent. manum. sit.* Atquin si per conuentionem patris cum emptore rei peculiaris factam filiusfamilias idémque venditor ab actione ex empto liberaretur, eueniret vt per patrem acquireretur filiofamilias liberatio, quod tamen non magis fieri potest, quàm vt ei per patrem obligatio quæratur. Addamus tractare hîc Pomponium ex Celso filio de rei peculiaris venditione, ex qua sicut ignorans & inuitus pater non obligatur nisi actione de peculio: Ita & cùm absente filio paciscitur cum emptore, vt ab illa emptione abeatur, nihil aliud certè agit nisi vt te ab actione de peculio liberet, non vt filium ab actione illa in solidum quæ cuilibet competit contrahenti cum filiofamilias *l. si quis cum filiofamilias 44. supr. de pecul. l. filiusfamilias 49. infr. de oblig. & action.* Præsumendus enim quisque est paciscí suo nomine potiùs quàm alieno, vt diximus ad *l. venditor 21. vers. at cùm hereditas supr. Tit. prox. ex l. 4. infr. de solut.* Nec facilè credendus est pater, id quod fecit, nomine filij fecisse. Maximè verò in ea re in qua filio prodesse iure prohibente non potuit *leg. siue emancipatis 17. C. de donat. l. multum interest 6. C. si quis alter, vel sibi leg. quoties 9. in princip. infr. de hered. instit.* quia inutilis & superuacua voluntas est, cui potentia iuris non assistit *l. nolle 4. infr. de acquir. hered.* Quanto magis si resistat? Præsertim cùm patris obligatio non sit, nisi accessoria ad filij obligationem, quæ est principalis *leg. qui filiifamilias 14. supr. Tit. proxim.* Et verò nec Ofilium, nec Pomponium de eo dubitasse quod dicimus, Ex conuentione facta inter emptorem & patrem venditoris filium liberari non posse. Ex eo intelligimus quod post propositam Celsi filij sententiam subiicit Pomponius, *Et quæritur vtrumne nihil agatur ex ea pactione, an verò ego quidem liberer, filius maneat obligatus.* Quasi non de eo quærendum sit, quod nullam ferè poterat admittere dubitationem, Vtrum ex conuentione facta inter patrem & emptorem rei peculiaris liberatus esset filiusfamilias (quis enim præter Tribonianum diceret liberatum eum esse?) sed de illo tantùm: An ea pactio prorsus inutilis sit, vt per eam nec pater ipse nec emptor liberetur. An verò valeat quantum ad eos qui contraxerunt. ita vt ambo liberentur, non valeat autem quantum ad filiumfamilias, cum quo nihil conuenit, ac proinde qui maneat obligatus. In hoc enim vno versatur tota legis quæstio. Quam ne quis putet carere dubitatione sicuti superiorem, addit Pomponius & subiicit exemplum in quo idem vsuuenire videatur, si pupillus sine tutoris authoritate paciscatur. Ipse enim liberatur non etiam is qui cum ipso pactus est *dd. contra supr. de pact. d. l. Iulianus 13. §. si quis à pupillo.* Sibi enim debet imputare qui cum pupillo absque tutoris authoritate contraxit sciens pupillum eo modo non posse obligari, obligare autem sibi alium posse. Quia meliorem conditionem suam facere sine tutore potest, deteriorem verò non potest, vt scriptum est in *dict. l. contra, & in l. obligari 9. in princip. de author. tutor. & §. 1. Instit. eod.* Sed exemplum hoc tantùm est, non etiam ratio ex qua sumi argumentum possit. Quasi insinuare Pomponius velit, si quis dicat ex eiusmodi pactione facta inter patrem & emptorem absente filio ad resoluendam venditionem rei peculiaris à filiofamilias factam, liberari quidem patrem & emptorem, sed manere filium obligatum, habere quidem exemplum illud pupilli quo vti possit, sed nullam penitus habere iuris rationem, qua possit initi. Si qua enim iuris ratio pro eo faceret, illa vna esset quæ ex Aristonis maximi certè ac nobilissimi Iureconsulti sententia & authoritate sumeretur. Ille enim putabat posse contrahentes ita paciscí, vt vnus contrahentium liberetur, alius verò maneat obligatus. Sed hæc sententia iam olim ab aliis prudentibus explosa fuit tanquam falsa nec vllomodo cum principiis iuris consentiens. Hoc igitur præsuppositio vt vera non sit illa Aristonis sententia: Consequens omnino est, vt nec dici possit in proposita quæstione liberatum esse emptorem & patrem, filium autem qui vendidit manere obligatum. Ita enim fieret vt pro vna tantùm parte abiretur ab emptione, & vt claudicaret resolutio contractus. Quod nec in pupillo ferendum est, si contractum ritè, ac tutore authore initum resoluere velit absque tutoris authoritate *l. si id quod 7. §. 1. infr.* Vbi ratio redditur quòd venditionis ritè contractæ vinculum fortius sit, quàm venditionis ab initio imperfectæ. Hæc quæ numquam constitit, claudicare quidem potest *d. §. si quis à pupillo.* Sed non illa, quia vix bonæ fidei conuenire potest, vt ei pacto stetur quod contrahentium alterutri captiosum futurum esset, id est, ei qui maneret obligatus aduersario liberato. Itaque bonæ fidei ratio huiusmodi pactum impedit. Cuius tamen nulla vis esse potest in eo contractu, qui numquam fuerit perfectus. Prius enim est vt contractus sit bonæ fidei, quàm vt ex bona fide æstimari possit. An ergo dicemus nihil Pomponium ad propositam quæstionem respondere, post disputationem factam in vtramque partem? Imò potest videri satis respondisse, cùm dixit veram non esse Aristonis sententiam putantis resolui posse aut renouari contractum pro parte vna cõtrahentium, licèt pro parte rei in contractum deductæ possit contractus & tolli & reformari. Sic enim locus hic intelligendus est, ne alioqui pugnet cum seipso Pomponius, si verum est quod ex eodẽ Pomponio Vlpianus refert in *l. iuris gentium 7. §. adeò supr. de pact.* Iunctis iis quæ scripsimus ad *l. sed Celsus 6. §. vlt. supr. de contr. empt.* Sed tamen probabilius mihi videtur respondisse aliquid Pomponium quod

fuerit

fuerit apertius, & quod à Triboniano deletum sit, vt opinionem suam inducerer iis verbis, *Sed dicendum est patre paciscente & liberato aduersario filium quoque obiter liberari.* Obstare tamen huic legi creditur quod Iulianus respondit in *l. si conuenerit 56. de pact.* Si conuenerit ne dominus à colono quid peteret & iusta conuentionis causa fuerit, nihilominus colonum à domino petere posse. Sed facile est videre non agi eo loco nisi de pacto de non petendo quod non interponitur ad contractum ex vna parte resoluendum, sed ad parandam duntaxat paciscenti exceptionem, quę supponit contractum tenere ex vtraque parte, & quam proinde nihil impedire potest, dummodò iusta conuentionis causa fuerit, vt ea lex ait. Simile est quod scribitur in *l. si tibi habitationem 5. infr. Locat.*

2. IDEM libro 24. ad Edictum.

SI quam rem à te emi, eandem rursus à te pluris, minorisve emero: discessimus à priore emptione. potest enim, dum res integra est, conuentione nostra, infecta fieri emptio: atque ita consistit posterior emptio, quasi nulla præcesserit.[a] sed non poterimus eadem ratione vti post pretium solutum emptione repetita: cùm post pretium solutum infectam emptionem facere non possimus.

Ad l. Si quam rem 2.

RAT. DVB. Is qui rem quam priùs emerat, posteà pluris minorisve emit ab eodem venditore, tantum abest, vt à priore emptione discedat, vt è contrario in ea magis perstare velle videatur. Cur enim emeret iterum nisi eam ex causa emptionis tanto certius habere vellet? Nam & dici solet, duo vincula esse fortiora vno, *leg. penult. Cod. de adopt.* Nec nouum esse vt ex duplici iure quid nobis deferatur: quod cùm euenit amisso vno iure aliud supereſt, *l. quoties duplici 91. de reg. iur.* aut vt ex pluribus causis aliquid nobis debeatur *l. non vt ex pluribus 159. eod.* Quidni ergo dicamus posse eiusdem rei emptiones plures fieri, vt possit emptor eligere, ex vtra potius agere & rem habere malit?

DEC. Substantia emptionis consistit ex precio *l. pacta conuenta 72. iunct. l. 2. §. 1. supr. de contrah empt.* Substantiæ autem rerum sunt omnes individuibiles, vt aiunt philosophi, maximè verò substantia precij, quod non nisi in numerata pecunia consistere potest, *l. 1. §. 1. eod. §. item precium instit. eod. titul.* Numerus autem non nisi vltima vnitate quæ semper individua est, perficitur, vt diximus ad *l. hereditatis 22. supr. tit. prox.* Ergo non potest augeri vel minui precium quin noua emptio fiat, *dict. l. Pacta conuenta versic. Paulus notat.* Nouam autem emptionem fieri nihil prohibet, quandiu res integra est, cùm eo casu nuda conuentio sufficiat ad venditionem resoluendam, quia emptio & venditio sicut nudo consensu contrahitur, ita & contrario sensu resoluitur antequàm res fuerit secuta, vt scriptum est in *l. prox. seq. ex regula l. nihil tam naturale, 35. de regul. iur. l. prout 80. infr. de solut.* Consistit ergo secunda emptio non quasi secunda, sed quasi prima quam alia nulla præcessisse intelligatur. Primum enim est in vnoquoque genere id quod à nullo alio antecertitur, *l. qui duos 9. infr. de reb. dub. l. scripto 7. Vnd. liber. l. proximus est 92. de verb. signific.* Et verò cùm venditionem fieri necesse sit ea mente vt dominium in emptorem transferatur, *leg. pen. in fin. supr. de contr. empt.* dominium autem ex pluribus causis acquiri non possit, *d. l. non vt ex pluribus.* Consequens est vt eiusdem rei plures emptiones inter easdem personas contrahi nullomodo possint.

a *Sed non poterimus eadem ratione vti.* RAT. DVB. Res non desinit esse integra per solutionem precij quandiu res vendita non fuit à venditore tradita, cùm rei dominium interim maneat penes venditorem, *l. eum qui 14. in princip. l. si vendidero 80. infr. de furt.* Atqui rebus omnibus integris nihil vetat nudo consensu dissolui emptionem, vt proximè dictum est, & *l. prox. seq.* Ergo quamuis emptor precium emptionis venditori soluerit, non eo minùs dicendum est, nuda voluntate resolui venditionem.

DEC. Contractus venditionis vltro citroque obligatorius est, vt sæpiùs diximus. Ergo quemadmodum traditione secuta ex parte venditoris res desiit esse integra licèt ex parte emptoris precium solutum non sit, *l. ab emptione, 58. supr. de pact. l. 1. Cod. quand. lic. ab empt. disced.* Ita & ex parte emptoris si solutum precium sit, quamuis ex parte venditoris traditio secuta non sit, *l. 2. eod. tit.* An ergo nulla erit ratio resoluendæ venditionis, si ex vna tantùm parte vel traditio secuta, vel precium solutum proponatur? Imò resolui adhuc poterit, sed non nuda voluntate, at retroactis omnibus & retro præstitis. Nam hoc modo venditio quælibet, etiam quæ ex vtraque parte effectum sortita esset, resolui tamen posset. *d. l. ab emptione 58. supr. de pact. d. l. 1. & 2. C. quand. lic. ab empt. disced.*

3. PAVLVS libro 33. ad Edictum.

EMptio & venditio, sicut consensu contrahitur, ita contrario consensu resoluitur: antequàm res fuerit secuta. ideoque quæsitum est, si emptor fideiussorem acceperit, vel venditor stipulatus fuerit: an nuda voluntate resolua-

BIU Cujas

tur obligatio? Iulianus scripsit, ex empto quidem agi non posse: quia bonæ fidei iudicio exceptiones pacti insunt. an autem fideiussori vtilis sit exceptio, videndum est. & puto, liberato reo, & fideiussorem liberari. item venditorem ex stipulatu agentem exceptione submoueri oportet. idémque iuris est, si emptor quoque rem in stipulationem deduxerit.

Ad l. Emptio 3.

RAT. DVB. Difficilius est vt resoluatur venditio quæ purè riteque contracta fuit quàm ea quę imperfecta fuit, vt diximus ad *l. 1. supr. ex l. id quod* 7. §. 1. *infr.* Ergo quamuis res secuta non sit, non est tamen bona consecutio, vt emptio nudo consensu facta contrario consensu æquè nudo resoluatur. Sed decidendi ratio illa est quam attulimus ad *l. prox. supr. ex l. nihil* 35. *de reg. iur. l. prout* 80. *de solut. l.* 2. *C. quand. lic. ab empt. disced.* Iunctis iis quæ scripsi ad finem legis præcedentis.

a *Ideóque quæsitum est si emptor.* RAT. DVB. Cùm res integra esse desinit, siue ex parte emptoris, siue ex parte venditoris, non potest discedi ab emptione nudo consensu, vt proximè diximus & in *l.* 2. *supr.* Atqui non videtur esse res integra, cùm venditor fideiussorem accepit de soluendo precio ab emptore vel emptor à venditore siue traditionis nomine siue euictionis. Pertinent enim hæc omnia ad implementum quodammodo & executionem contractus. Ergo si quid horum factum sit, dicendum est in eo statu esse venditionem, vt nudo consu resolui amplius non possit.

DEC. Tum demùm res integra esse desinit in emptione & venditione cùm ex alterutra parte contractus impletus est, puta si ex venditoris parte traditio facta sit rei venditæ aut solutio precij ex parte emptoris. Hæ namque sunt mutuæ præstationes, tota vis & potestas actionum empti & venditi concluditur *l. 1. l. ex empto* 11. §. 1. *infr. de act. empt.* Atqui datio fideiussoris, aut stipulatio interposita siue de soluendo precio, siue de re tradenda, neque traditio rei est, neque solutio precij. Ergo non faciunt ista quominùs res adhuc integra sit, & consequenter quin resolui venditio huiusmodi etiam nuda conuentione possit. Quid igitur si emptor qui fideiussorem accepit à vẽditore agat ex empto contra venditorem postquàm nudo pacto conuenit, vt ab emptione discederetur? Non potest ex empto agere, quia licèt prior pactio transeat in cõtractum nominatum emptionis scilicet & venditionis, posterior autem maneat in finibus & terminis pacti nudi, cuius non potest tanta vis esse ad dissoluendum contractum iam perfectum quanta est contractus perfecti ad producendam obligationem, & ex obligatione actionem empti & venditi. Exceptiones tamen pacti insunt bonæ fidei iudiciis & quidem ipso iure, id est, sola potestate iudicij & bonæ fidei ratione, quamuis in Prætoris formula expressæ non sint. Quemadmodum & de exceptionibus doli solemus dicere, *l. sed etsi ideo* 21. *infr. solut. matr. l. huiusmodi* 84. §. *qui seruum de legat.* 1. Eâdem in vtrisque ratione, quæ ex bona fide proficiscitur & ex verbis illis *ex bona fide* quæ in formulis iudiciorum bonæ fidei nunquam omittebantur. Nec enim bona fides patitur, vt quicquam vel contra pactum fiat, *l. 1. supr. de pact. l. 1. supr. de pecun. constit.* vel dolo malo, cùm nihil tam contrarium sit bonæ fidei quàm dolus, *l. si dolo* 5. *C. hoc tit.* Quamuis pacti exceptio sit specialior, doli autem generalior, ac plerumque subsidiaria exceptionis pacti tanquam minus odiosæ, *l. & heredi* 21. §. 1. vbi scripsimus *supr. de pact.* Cùm autem loquatur hic Paulus de actione ex empto deneganda emptori ob exceptionem pacti, quæ iudicio bonæ fidei tacitè inest ipso iure, intelligimus tractare Paulum de emptore contra venditorem, non autem contra venditoris fideiussorem, vt male Accursius putat, agente. Quandoquidem contra fideiussorem venditoris actio ex empto competere nunquam potest, sed tantùm ex stipulatu, quia nec nisi per stipulationem obligari fideiussor potest, *l. blanditus* 12. *& pass. C. de fideiuss.* §. *vlt. Instit. eod.* Ideóque nimirum statim quærit Paulus, An fideiussori vtilis sit exceptio pacti. Iudicium enim actionis, siue ex stipulatu, siue ex stipulatione iuxta distinctionem à Iustiniano traditam initio *tit. de verb. oblig.* constat non esse bonæ fidei, sed stricti iuris, ac proinde pacti exceptionem ei non inesse ipso iure, vt neque doli §. *in bonæ fidei inst. de act.* Negat autem Paulus, fideiussori posse vtilem esse exceptionem, non quasi maneat cum effectu obligatus, sed quia exceptio omnis præsupponat actionem, cùm nihil aliud sit quàm actionis exclusio, *l. 2. l. exceptio* 22. *& pass. infr. de except.* actio autẽ nulla cõpetere possit aduersus fideiussorẽ iam liberatũ *l. Modestinus* 76. *de solut. l.* 1 *C. de contr. iudic. tutel.* Atqui reo principali liberato, fideiussor quoque, cuius obligatio nonnisi accessoria est, per consequentias liberatur *l. si fideiussor* 19. *supr. de dolo l. si seruum* 91. §. *videamus infr. de verb. obligat.* Iam autem diximus venditorem, pro quo fideiussor acceptus est, liberatum esse ab actione ex empto, & quidem ipso iure: igitur fideiussorem quoque ipso iure liberatum esse necesse est, cùm extincta principali obligatione non possit subsistere accessoria *vulg. l. cùm principalis* 178. *de regul. iur.* Dixi liberatum esse venditorem ab actione ex empto, non autem ab obligatione venditi, quæ parit actionem ex empto, sicut obligatio empti ex parte emptoris parit venditori actionem ex vendito. Separo enim obligationes istas ab actionibus, quia non sicut actionibus bonæ fidei exceptiones pacti, aut doli insunt, vt diximus, ita & possunt dici inesse obligationibus bonæ fidei. Neque enim exceptiones applicantur ad obligationes, sed tantùm ad actiones, quas solas excludunt, vt eas, vel inefficaces reddant, vel condemnationem ex iis faciendam minuant *d. l. exceptio* 22. *de except.* Hoc volo dicere, per pactum nudum, quo conuenit, vt à priore emptione discedatur, non tolli ipso iure priorem obligationem empti & venditi, quæ ex prima obligatione nascebatur, sed tantùm actionem, quæ ex illa obligatione competebat. Actionem autem illã tolli quidẽ ipso iure, at non per eius obligationis peremptionẽ, quomodo tolleretur, si solutio vel acceptilatio interuenisset, sed quia exceptiones pacti insũt ipso iure bonæ fidei iudiciis, ac proinde actioni ex empto: nã si non ineſsẽt ipso iure, sed tantũ vi

& pote-

& potestate formulæ, vt in stricti iuris iudiciis, nec tolleretur ipso iure actio ex empto, sicuti neque obligatio venditi, quia pactum nudum tollere cõtractum ipso iure non potest, cùm sit longè infirmius & minoris potestatis. Ergo neque obligationes empti & venditi, quæ primùm & immediatè ex contractu nascuntur. Alioqui vana & stulta esset ratio illa quam adfert Paulus, *quia bonæ fidei iudicio exceptiones pacti insunt*, si ad priorem emptionem dissoluendam non esset necessarium auxilium exceptionis pacti, non quidem opponendæ à venditore, aut ponendæ in Prætoris formula, sed ipso iure inhærentis iudicio bonæ fidei, quod iudicium porrò non per contractum, aut obligationem constituitur, sed per actionem tantùm, quæ sit bonæ fidei. Dices, cur ergo liberatur fideiussor venditoris ipso iure, si venditoris obligatio, cui fideiussor accessit ipso iure non tollitur? Sed respõdeo id fieri, quia nõtã obligationis illius nudæ quàm actionis fideiussor fuisse intelligitur: ideoq; sufficere ad eum ipso iure liberandum, vt actio illa, pro qua fideiussit, ipso iure sublata sit, nec quicquam in effectu referre, an sublata sit ipso iure per extinctionem obligationis ipsam producentis, & siue solutionis, siue acceptilationis potestate, an ope exceptionis, quæ ipso iure insit bonæ fidei iudicio, vt constat ex hac lege *iunct. l. Stichum aut Pamphilum* 95. §. *vlt. infr. de solut.* vbi scriptum est, si inter emptorem & venditorem conuenerit priusquam aliquid ex alterutra parte solueretur, vt ab emptione discedatur, fideiussorem eo nomine acceptum soluto contractu, id est, resoluto liberari, vt proinde nulla indigeat exceptione, quamuis ex contractu stricto conueniatur, quia nec conueniri potest postquam est iam liberatus. Cæterùm soluitur in hac specie & resoluitur contractus principalis, inspecto effectu rei potiusquam ipso iure, cùm nec obligatio, quæ ex contractu nascitur ipso iure extinguatur. Nam si pactum prius non tollitur ipso iure per subsequens, quia in pactis non ius, vt in stipulationibus, sed solùm factum versatur, vt idem Paulus noster ait in *l. si vnus* 27. §. *pactus ne peteret sup. de pact.* quamuis naturalis obligatio, quæ ex pacto primo oriebatur, contraria iusti pacti æquitate ipso iure dissoluatur *d. l. Stichum aut Pamphilum* §. *naturalis de solut.* quis credat contractum iure perfectum tolli posse ipso iure & dissolui, aut resolui per pactum nudum? ex pacto siquidem non oritur obligatio, nisi naturalis, ex contractu verò etiam ciuilis. Argumento est, quod si post pactum integris omnibus rebus initum, vt à venditione discederetur emptor precium solueret, non per errorem facti, sed tanquam sciens se ex contractu emptionis obligatum, non repeteret meo iudicio, quia naturalem, ciuilemque obligationem ex contractu natam agnosceret, quæ soluti repetitionem impediret *l. naturales* 10. *infr. de oblig. & act. l. fideiussor* 16. §. *naturales de fideiuss.* quamuis ex ea obligatione, & naturali & ciuili conueniri non potuisset, nec aliud probarem in fideiussore soluente, quia licet ipso iure liberatus esset ab actione ex stipulatu, non minus, quàm venditor ab actione ex empto, cuius nomine fideiussisset, eatenus tamen subsisteret eius obligatio fideiussoria, quatenus duraret principalis obligatio, siue empti, siue venditi, pro qua esset acceptus. Itaque non possum videre, cur Accursius noster quærat, qualiter fideiussor, qui ipso iure liberatus est, habere possit exceptionem, cùm apertè Paulus hîc scribat frustra quæri in persona fideiussoris, an vtilem exceptionem habere debeat, quandoquidem liberato venditore ab actione ex empto, ipso iure ipse quoque sit liberatus. Multò minus video, cur ad quæstionem respondeat intelligendum esse hunc locum de exceptione facti, vel intentionis, de qua in *l. 2. infr. de except.* vel de eo casu, quo fideiussori quoque pactum sit, quod vtrumque non modo commentitium, sed etiam ridiculum est, nam neque exceptiones istas facti, vel intentionis vllas agnoscimus, vt sæpius à nobis disputatum est, præsertim ad *l. qui se debere* 7. *sup. de cõd. caus. dat.* neque pactum cum fideiussore initum de venditione dissoluenda, potest dissoluere venditionem, quæ non cum fideiussore, sed inter venditorem & emptorem inita est, aut quicquam addere pacto inter contrahentes principales secuto: sed error Accursij in eo est, quod putat in verbis illis sequentibus *Item venditorem ex stipulatu agentem exceptione summoueri oportet*, tractari de venditore agente, non modò contra emptorem, sed etiam contra fideiussorem, quod falsum est. Tractat enim Paulus de venditore, qui post contractam venditionem negotium totum, vt fieri olim solebat, in stipulatum deduxerit, vt & sequẽtia illa ostendunt, *Idémque iuris esse, si emptor quoque rem in stipulatum deduxerit.* Quo casu non duplex contractus initus intelligitur vnius venditionis, alius stipulationis, sed vnicus stipulationis, quæ causam à venditione habeat *l. si ita fuero* 6. §. 1. *& l. sequent. infrà de nouat.* & consequenter etiamsi post eam stipulationem interpositam conuenerit inter emptorem & venditorem, vt ab emptione discedatur, non tamen potest ipso iure resolui vẽditio, cùm iudicium ex stipulatu sit stricti iuris, exceptiones autem pacti, non æquè insint iudiciis & actionibus stricti iuris, atque insunt iudiciis bonæ fidei. Atque ita legem hanc difficiliorem sanè quàm vulgò credatur, accipiendam esse arbitror, longè aliter quàm ab vllo fortasse ex aliis, siue antiquioribus, siue recentioribus interpretibus explicata sit, Accursius noster nõ potuit se extricare.

4. Libro 8. Digestorum Iuliani Paulus notat.

SI emptio contracta sit, togæ, (puta) aut lancis: & pactus sit venditor, ne alterutrius emptio maneat: puto resolui obligationem huius rei nomine duntaxat.

Ad l. Si emptio 4.

RAT. DVB. Quemadmodum solutione & petitione & acceptilatione vnius rei tota obligatio alternatiua dissoluitur, ita pacto quoque conuento de vna tantùm re non petenda interposito, totam obligationem alternatiuam tolli necesse est *l. si vnus* 27. §. *sed si stipulatus supr. de pact.* Ergo si qua emptio contracta sit alternatiuè, puta togæ, aut lancis, & pactus sit venditor, ne alterutrius, puta lancis emptio maneat, dicendum est, non tantùm lancis, sed etiam togæ nomine resolui obligationem.

BIU Cujas

DEC. Multum interest toga, vel lance vendita alternatiuè, an conuenerit, ne lanx, aut toga vēdita sit, quo casu in totum sanè venditio resolueretur *d. §. sed si stipulatus*. An verò quomodo in hac lege concepta fuit conuētio, vti ne alterutrius, id est, lancis emptio maneat. Hoc enim casu perinde est, ac si è contrario conuenisset, vt solius togæ emptio maneret. Tantum ergo abest, vt huiusmodi pacto venditionis obligatio tota dissoluatur, vt non potuerit apertius togæ nomine confirmari. Itaque dictio *alterutrius*, quæ posita est in lege, non est ponēda in conuentione, sed alterutra res ipsa ex duabus, quæ fuerunt venditæ. Nam si pacti verba formalia illa essent *ne alterutrius rei emptio maneret*, proculdubio venditionem totam resolui fatendum esset, non minus quàm si pro *alterutrius* dictum esset *togæ vel lancis*, sed ponendum est, vel de lance sola conuentum fuisse nulla togæ facta mentione, vel de toga sola, nullo addito verbo de lance. Et ita locus hic optimè consentiet cum eo quod idem Paulus noster scribit in *d. §. si stipulatus vers. sed si id actum*, si inter nos id actum sit, ne decem mihi, sed Stichus præstetur, posse me efficaciter de Sticho agere nulla exceptione opponenda. Iunge quæ scripsimus ad *d. §. sed si stipulatus*, vbi etiam respondimus ad obiectionem, quæ fieri solet ex *l. & per iusiurandum 13. §. si Stichum infrà de acceptilat.*

5. IVLIANVS libro 15. Digestorum.

CVm emptor venditori, vel venditor emptori acceptum facit: voluntas vtriusque ostenditur id agentis, vt à negotio discedatur: & perinde habeatur, ac si conuenisset inter eos, vt neuter ab altero quicquam peteret. sed vt euidentius appareat: acceptilatio in hac causa non sua natura, sed potestate conuentionis valet.

Ad l. Cùm emptor 5.

RAT. DVB. Acceptilatio non fit, nisi verbis, & per stipulationem *l. 1. l. & vno 13. §. 1. & pass. infr. de acceptilat.* Venditio autem nudo consensu *leg. 3. hoc tit.* Atqui prout quidque contractum est eodem modo & dissolui debet, neque consensu nudo contractam obligationem potest obligatio verborum dissoluere *l. prout 80. infr. de solut. l. nihil tam naturale 35. de regul. iur.* Vnde est, quod si accepto latum fuerit ei, qui non verbis, sed re obligatus est, nulla contingit debitori liberatio, quamuis exceptione pacti conuenti, vel doli mali tueri se possit *l. si acceptolatum 19. in princip. infrà de acceptilat.* Ergo fieri nequit, vt venditio per acceptilationem dissoluatur, si non prius transfusa sit in verborum obligationem, quam in rem comparatus est vsus Aquilianæ stipulationis *d. l. & vno §. 1. iunct. §. item per acceptilationem inst. quib mod. re tollit. oblig.*

DEC. Acceptilatio quidem fit per stipulationem, ideoque non magis obligationem, quæ consensu quàm eam, quæ re contracta sit, potest dissoluere. Sed tamen continet in se pactum & consensum, sine quo non magis stipulatio, quàm alius contractus fieri potest, *l. in quibuscunque 48. l. in omnibus rebus 55. l. in omnibus 57. de oblig. & action.* Quidni ergo valere possit etiam in vim nudi pacti? vt in *leg. si vnus 27. §. penultimo suprà de pact. leg. an inutilis 8. & dicta leg. si acceptolatum 19. infrà de acceptilat.* Atqui si nudum pactum intercessisset ad venditionem dissoluendam, prodesset vtique & sufficeret. Ergo & acceptilatio sufficiet, non tam quasi acceptilatio, quàm quasi pactum. Id enim est quod eleganter Iulianus hîc scribit acceptilationem in hac causa non sua natura, sed potestate conuentionis valere. In quo obseruandum est vtiliorem esse acceptilationem ad resoluendum contractum venditionis, aut alium similem qui consensu perficiatur, quàm ad resoluendum contractum, qui re tantum perficiatur, quia non sicuti acceptilatio etiam inutilis continet pactum ac conuentionem: Ita & continet traditionem, quæ tamen necessaria esset ad contractum resoluendum qui re perfectus esset. Quæ sententia & ratio est *d. l. si acceptolatum 19. de aceptilat.* Accursius notat aliud dicendum esse si inter contrahentes id ageretur, vt vnus tantùm alteri remitteret idque ex iusta causa vt in *l. si conueneris 56. supr. de pact. l. si tibi habitationem 5. infr. locat.* Sed malè. Nam pro parte vna contrahentium abiri pacto ab emptione non potest, vt diximus ad *l. 1. supr.* Longeq; alia sententia & ratio est earum legum quibus Accursius mouetur, vt ibidem explicauimus. Nec paria sunt, paciscine quid vnus ex contrahēntibus ab alio petat, an verò vt in hac lege, paciscivt neuter ab altero quicquam peteret. Hoc enim posteriore casu negari non potest quin ab emptione vtrinque discedatur, adeò vt nec exceptio pacti de non petendo locum habere vlla ex parte possit. Priore verò subsistente tota emptione, quæ pro vna parte contrahentium resolui non potest, nihil aliud facere pactum potest, nisi vt pariat exceptionem ad elidendam actionem, quæ ex contractu adhuc integro salua supereſt. Quod autem Iulianus hîc scribit, Acceptilationem, non sua natura, sed iure ac potestate conuentionis valere, noli sic intelligere, quomodo quidam intelligunt, vt acceptilatio hæc, quatenus consensum habet, valeat vt pactum ad exceptionem, si sic intelligant, vt prosit ad exceptionem opponendam. Nam imò prodest etiam ad hoc, ne ex empto, aut vendito agi possit, non quasi exceptionem non pariat, sed quia iudiciis bonæ fidei exceptiones pacti insunt ipso iure, vt diximus in *l. 3. supr.*

1 ¶ Emptio nuda conuentione dissoluitur, si res sequuta non fuerit.

Ad §. 1. Emptio.

RAT. DVB. & DEC. Eadem est, quæ ad *l. 3. in princip. suprà*, vbi eadem quoque sententia proponitur. Accursius autem noster malè hunc §. explicat, exemplum adferens, si venditor empto-

emptori precium donauerit. Donatio enim precij à venditore facta emptori, remissio debiti, non autem venditionis resolutio est, *l. si tibi habitationem 5. infr. locat.* quemadmodum è contrario dicimus, solutionem debiti donationem non esse *l. hoc iure 19. §. si quis seruo infr. de donat.*

2 ¶ Mortuo autem homine, perinde habenda est venditio, ac si traditus fuisset, vt puta cùm venditor liberetur, & emptori homo pereat. quare, nisi iusta conuentio interuenerit, actiones ex empto & vendito manebunt.

Ad §. 2. Mortuo.

RAT. DVB. Venditor ex natura venditionis tenetur ad tradendum *l. 1. l. ex empto 11. §. 1. infr. de act. empt.* Atqui mortuus homo tradi non potest, & quamuis traderetur, inutilis tamen traditio esset, quia hominis mortui nulla vtilitas, nullaque æstimatio est *l. in actionibus 5. vers. planè supr. de in lit. iur. l. si homo mortuus 69. de verb. oblig.* Ergo mortuo homine vendito melius est, vt venditio pro non facta habeatur, quæ impleri ex parte venditoris amplius non potest, quàm vt homo, qui reuera traditus nunquam fuit, habeatur pro tradito.

DEC. Cùm perfecta venditio est, quod fit nudo consensu, quamuis dominium rei venditæ maneat penes venditorem, quousque res tradita sit *l. eum qui 14. l. si vendidero 80. infr. de furt.* adeoque post traditionem, si precium nondum solutum fuerit, aut aliter eo nomine satisfactum *l. quod vendidi 19. l. vt res 53. supr. de contr. empt.* Periculum tamen ad emptorem pertinet, ad quem & omne commodum pertineret *l. necessario 8. & pass. infr. tit. prox. l. 1. vlt. & pass. C. eod. ill. tit.* quia in potestate emptoris est precium offerendo vrgere venditorem ad traditionem *l. Iulianus 13. §. offerri infr. de act. empt. l. hereditatis 22. supr. tit. prox.* atque ita, vel habere rem venditam, vel saltem in mora venditorem constituere, cuius moræ effectus ille esset, vt periculum in venditorem transferretur *l. si ex legati 23. & sequ. l. si seruum 91. §. sequitur & §. vlt. infr. de verb. oblig. l. si in Asia 12. §. vlt. supr. deposit.* Ergo si moriatur homo, venditus etiam priusquam emptor in mora constitutus sit, dum ne venditorem ipsum in mora constituerit, dicendum est, non ideò dissolui venditionem, sed potius emptori perire hominem & venditorem liberari, ne ad traditionem vrgeri amplius possit, multò minus ad præstandam hominis venditi æstimationem, quam nec vendidit, nec promisit. Proinde nisi iusta aliqua conuentio interuenerit, per quam à venditione discessum fuerit, actiones ex empto & vendito manebunt. Ex vendito quidem, vt possit venditor precium ab emptore consequi, & si quid aliud emptor promiserit, quod partem pretij efficiat, vt in *l. fundi partem 79. suprà de contr. empt. l. si sterilis 21. §. si tibi inf. de act. empt.* Ex empto autem, si quid aliud erit, quod præter hominis venditi traditionem velit & possit emptor exigere à venditore. Vt puta si venditor in vendendo homine aliud quid datum se, vel facturũ promisetit. Quod enim liberatus sit venditor à præstatione ac traditione, & res venditori non pereat, sed emptori ostendit venditionem tenere, nec morte hominis vẽditi dissolutam esse, aliter quàm in homine per stipulationem promisso, aut legato contingeret *d. l. si ex legati & sequ.* Etsi autem sexcenti alij iuris loci sunt, ex quibus probari potest, perfecta emptione rei vẽditæ periculum ad emptorem pertinere contra insignem errorem Iacobi Cuiacij à nobis, & in Coniecturarum libris, & alibi sæpè cõfutatum, qui primus docere ausus est, periculum rei venditæ ante traditionem spectare ad vẽditorem. Nullus tamen est, qui hunc errorẽ confutet apertius quam hic Iuliani textus. Non enim alia ratione mouetur Cuiacius, quàm quia periculũ ad dominium regulariter pertineat *l. quæ fortuitis 6. leg. pignus 9. C. de pign. act.* Dominium porrò rei venditæ ante traditionem remaneat penes venditorem. Atqui respondet pro nobis Iulianus ad rationem hãc cùm ait mortuum hominem venditum haberi pro tradito, vt intelligamus consequenter haberi emptorem pro domino, non venditorem. Quamquã si ratio sola dominij intuenda esset, non sufficeret traditum fuisse emptori hominem, si non & precium ab emptore solutum esset, aut aliter eo nomine satisfactum *d. l. quod vendidi 19. d. l. vt res 53 supr. de cont. empt.* Cur verò habetur homo venditus pro tradito si ante traditionem decesserit? Nempe quia in potestate emptoris est, vt diximus venditorem adigere ad traditionem, ac dominium venditi hominis nancisci, si pretium offerat & agat ex empto, nec cogendus est venditor, vt facto emptoris periculũ præstare perpetuò teneatur *arg. l. si mora 9. infr. solut. matr.* Satisque emptori esse debet, quod in tempus vsque traditionis custodiam rei venditæ præstare emptori venditor debeat *d. l. eum qui 14. de furt.* cùm similiter possit venditor ab ea custodia se exonerare, constituendo emptorem in mora *l. 1. §. licet autem & §. vlt. infr. tit. prox.* Quod ni fecerit, sibi imputet.

6. PAVLVS libro 2. ad Edictum.

SI conuenit, vt res, quæ venit, si intra certũ tẽpus displicuisset, redderetur: ex empto actio est, vt Sabinus putat: aut proxima empti actioni in factũ datur.

Ad l. Si conuenit 6.

RAT. DVB. Res quæ ita est vendita, vt si intra certum tempus displicuisset, redderetur, sub ea cõditione videtur vendita, si non displicuisset *l. pen. C. de adilit. action.* Ergo si intra tempus illud res displiceat, nec vendita videtur. Nulla enim venditio est, quæ sub conditione facta fuit, si conditio defecerit *l. si quis fundum 37. supr. de contr. empt.* Si quidem conditionales venditiones non perficiuntur, nisi impleta demum conditione *l. hac venditio 7. eodem l. multum interest 19. sup. tit. prox.* Ergo non videtur verum, quod Sabinus putabat, actionem ex empto hoc casu competere, cùm emptionem præcedere, perfectamq; esse necesse sit priusquã ex empto, aut

BIU Cujas

ex vendito actio competere possit *dict. l. multum interest & d. l. hac venditio.* Proinde sola in factum actio competere hoc casu potest, id est, præscriptis verbis ad id, quod interest, si res non reddatur, tanquam ex nouo contractu & innominato, vt in *l. apud Labeonem 20. in princ. & l. si tibi polienda 22. infrà de præscript. verb.*

DEC. Cùm ita conuenit, vt si res, quæ venditur, intra certum tempus displicuisset emptori, ea redderetur vẽditori, non tam sub conditione contrahi, quàm sub conditione resolui venditio videtur *l. 3. supr. de contr. empt.* Valet igitur statim venditio tanquam pura, quousque resolutionis conditio extiterit *l. 2. sup. de in diem addict. l. 1. de leg. commissor.* Proinde si res emptori displicuerit, neque tamen rem reddat, danda in eum est non tantùm actio in factum, quæ actioni ex empto similis & proxima est, sed ipsa quoque ex empto actio. Nec enim nouum est, vt ex empto actio detur etiam ad resoluendam & distrahendam venditionem *l. ex empto 11. §. si quis virginem & seq. infr. de action. empt.* vbi hæc ipsa Iuliano tribuitur sententia, quam Paulus hîc Sabino adscribit. Iunge *l. sed Celsus 6. §. 1.* & quæ ibi scripsimus *supr. de contrab. empt.* Itaque quod contrà scriptum videtur in *d. l. pen. C. de ædilit. action.* in illis verbis *id vtpote sub conditione venditum resolui*, vel de cõditione resolutiua, non de impeditiua intelligi debet, vel ita emendari, vt dictionem *venditum* deleamus, verbaque illa *sub conditione* ad verbum *resolui* referantur. Adde *l. quòd si nolit. 31. §. si quid ita 22. & seq. infr. de ædilit. edict. l. 2. §. si in diem infr. pro empt. l. 4. supr. de leg. commiss.*

7. IDEM libro 5. Quæstionum.

SI id, quod purè emi, sub conditione rursus emam, nihil agitur posteriore emptione.

Ad l. Si id quod 7.

RAT. DVB. Quod vnus iam emit, alius quoque potest emere, & quidem ita, vt emptor posterior præferatur anteriori, si modò priùs ei possessio tradita sit *l. siue autem 9. §. si duobus supr. de public. in rem act. l. si ea res 31. §. vlt. infr. de action. empt. l. quoties 15. C. de rei vendic. l. quod autem 11. in princ. supr. de in diem addict.* Quod igitur in duabus personis recipitur, quidni multò magis in vna recipietur? Quemadmodum argumentatur Vlpianus in *l. singularia 15. supr. de reb. credit.* Nam & videntur contrahentes communi voluntate & consensu à priore emptione, quæ purá fuit discedere voluisse, cùm res, quæ purè empta fuerat, emitur postea sub conditione. Quod rebus omnibus integris fieri posse, tam sæpè suprà diximus *l. 2. & 3. l. 5. §. 1. supr.* Sic dicimus legatum quod purè datum fuerat, si sub conditione adimatur sub contraria conditione datum intelligi *l. si legatum purè 10. l. legata inutiliter 14. infr. de adim. legat. l. aliquando 107. de cond. & demonstr.* Cur non ergo & pura venditio per conditionalem tolli poterit, vt saltem in conditionalem conuertatur?

DEC. Non vt ex pluribus causis deberi, quid nobis potest, ita & nostrum fieri potest *l. non vt ex pluribus 159. de regul. iur.* quia quod iam nostrum est, magis nostrum fieri nequit *§. sic itaque inst. de action. l. in bello 12. §. si quis seruum infr. de captiu. & postlim.* Atqui per emptionem acquiritur dominium secuta traditione ex parte venditoris, & soluto precio ex parte emptoris, si modò venditor fuerit dominus *l. clauibus 75. supr. de contr. empt. l. ex empto 11. §. 1. infr. de act. emption. iunct. l. traditio 20. & l. nunquam nuda 31. de acquir. rer. domin.* Adeò vt venditio non sit, sed aliud genus contractus, si conuenerit, ne rei venditæ dominium in emptorem tranferatur *l. pen. in fin. supr. de contr. empt.* Ergo is, qui rem purè emit, non magis potest eam emere sub conditione, quàm facere, vt ex causa duplicis emptionis dominium eius rei acquirat, ex eoque petenda huius legis ratio est, non ex eo quod quidam adferũt post Accursium, quod per contractum semiplenum & imperfectum non possit discedi à contractu pleno & perfecto. Venditio enim conditionalis licet ante conditionis euentum imperfecta sit *l. hac venditio 7. supr. de contr. empt.* existente tamen conditione tam perfecta est, quàm si ab initio pura fuisset: quia nec aliud facit existens conditio, nisi vt perinde habeatur contractus, ac si purè ab initio initus fuisset *l. potior 11. §. videamus infr. qui potior. in pign. hab.* Et quod hîc tractant ex Baldo de plena & semiplena emptione, itemque de perfecta & imperfecta, ad quæstionem §. sequentis, non ad initium huius legis pertinet. Quare nihil intererit, an secunda emptio purá sit, an conditionalis. Perinde namque verum erit dicere, nihil agi posteriore emptione, nisi ponas nouãdi animo factam esse posteriorem, id est, ea mente, vt prima venditio tolleretur, & secunda sola teneret. Nec obstat quod obiecimus, posse quid nobis ex pluribus causis deberi, emptionem autem ad hoc tantũ proficere, vt res nobis debeatur, non etiam vt nostra sit. Debet enim iuris illa regula intelligi de pluribus causis, quæ sint diuersi generis. Nam ex pluribus, quæ sint eiusdem generis, puta ex pluribus emptionibus, eadem res deberi nobis non potest, sicuti neque ex pluribus stipulationibus *l. qui bis 18. infr. de verb. oblig.* Minus ad rem facit, si quis dicat posteriora semper derogare priorib. *l. pacta nouissima 12. C. de pact.* Id enim, tum verè dicitur, cùm posteriora vtilia sunt & efficacia, non autem, si nullius sint momenti *l. si seruus 108. §. si seruus alienus de legat. 1. §. posteriore inst. quib. mod. testam. infirm.* Exceptis iis, quæ à nuda vnius voluntate pendent, cuiusmodi sunt legata & fideicommissa *l. legatum sub conditione 24. §. 1. infrà de adim. legat.* Nam ex inutili quoque actu declaratur voluntas *dict. §. 1. l. licet transferam 20. eodem tit. l. vltim. de rebus eorum, qui sub tutel.* Et ratio iuris huius est, quia legislator ciuilis, nihil frustrà fieri patitur. Frustrà autem fit quoties agitur id quod iam actum est.

1 ¶ Si pupilli persona interueniat, qui antè sine tutoris authoritate, deinde tutore auctore emit: quãuis venditor iam ei obligatus fuerit: tamen, quia pupil-

BIU Cujas

pupillus non tenebatur, renouata venditio efficit, vt inuicem obligati sint. Quòd si ante tutoris auctoritas interuenit, deinde sine tutore auctore emit: nihil actum est posteriore emptione. [a] Idem potest quæri, si sine tutoris auctoritate pactus fuerit, vt discedatur ab emptione: an perinde sit, atque si ab initio sine tutoris auctoritate emisset: vt scilicet ipse non teneatur: sed, agente eo, retentiones competant? sed nec illud sine ratione dicitur, quoniam initio rectè emptio sit contracta, vix bonæ fidei conuenire, eo pacto stari, quod alteri captiosum sit: & maximè si iusto errore sit deceptus.

Ad §. 1. Si pupilli.

RAT. DVB. Si quis à pupillo sine tutoris authoritate emerit, ex vno latere constat contractus. Nam qui emit, obligatus est pupillo, quamuis pupillum sibi non obliget, *leg. Iulianus 13. §. si quis à pupillo 29. infr. de action. empt.* Atqui cùm id quod iam emptum est, rursus emitur, nihil agitur posteriore emptione, non solùm si condicionalis sit, sed nec si pura, vt proximè diximus. Ergo etiamsi persona pupilli interueniat, qui ante sine tutoris authoritate, deinde tutore emit, dicendum est non esse renouatam priorem venditionem, sed nullam esse posteriorem.

DEC. Venditio, quæ ex vno tantùm latere constat, ex altero nulla est, ex quo scilicet nascitur obligatio. Ergo si secunda venditio sequatur, quæ possit ex vtroque latere valere, non potest illa fieri irrita per priorem, cui aliquid potest addere, sed potius dicendum est posteriorē tenere, & quidem solam, quia non tam ad hoc interponitur, vt perficiat, quàm vt renouet priorem. Atqui cùm pupillus emit sine tutoris authoritate, contractus ex vno tantùm latere constat, quia solus venditor obligatur pupillo, non etiam pupillus venditori, *d. §. si quis à pupillo.* Cùm verò postea emit pupillus tutore authore ab eodem venditore, nascitur vtrinque obligatio, nascuntur actiones empti & venditi. Ergo nihil causæ est, cur dicamus nihil agi posteriore ista emptione, cùm per eam prior renouari possit, renouatio autem efficere vt inuicem obligati sint: quæ natura est contractus vltro citroque obligatorij. Quamuis non aliud sit in pupillo qui cum sine tutoris authoritate primùm promisisset, postea tutore authore promisit, *l. hoc iure 19. §. si quis seruo versic. idem in pupillo infr. de donat.* Itaque hic optimè quadrat quod ad initium legis Accursius notauerat, Venditionem semiplenam & imperfectam resolui aut renouari posse per plenam & perfectam, non contrà ex iis quæ mox sequuntur in textu. Semiplena enim & imperfecta venditio est, quæ ex vno tantùm latere constat: Plena verò & perfecta quæ ex vtroque latere, & quæ mutuam vtrinque obligationem inducit. Ergo si antè tutoris authoritas interuenerit in emptione à pupillo facta, deinde sine tutore eandem rem ab eodem emerit, dicemus nihil actū posteriore emptione, vt Paulus hîc subiicit, quia cùm posterior non constet nisi ex vno latere, absurdum est dicere, per eam resolui & renouari priorem quæ perfecta erat, & ex vtroque latere constabat. *arg. l. si seruus 108. §. si seruus alienus de legat. 1.*

a *Idem potest quari si sine tutoris authoritate.* RAT. DVB. Cùm pupillus sine tutoris authoritate paciscitur, vt discedatur ab emptione, quam tutore authore contraxerat, perinde esse videtur, atque si ab initio, sine tutoris authoritate emisset. Quo casu, sicuti diximus, pupillo quidem obligaretur venditor, at non etiam pupillus venditori. Similiter ergo dicamus valere pactionem hanc pupilli, vt discedatur ab emptione ex parte venditoris, ne possit ille precium à pupillo petere. Non autem ex parte pupilli, ne possit contra venditorem ad rem tradendam, quasi subsistente adhuc emptione quantum ad vtilitatem solius pupilli. Quamuis agente pupillo æquissimum sit retentionem dare venditori, qui semel habuit pupillum & naturaliter & ciuiliter obligatum, ne aliter cogatur venditam rem pupillo tradere, quàm si precium ei à pupillo soluatur. Etsi enim permissum est pupillo etiam sine tutoris authoritate condicionem suam meliorem facere, *l. contra 28. supr. de pact. l. obligari 9. infr. de author. tutor.* Obligatio tamen illa naturalis, quæ cum ciuili nata fuerat ex contractu cum tutoris authoritate inito, & cuius proprium est, vt retētionem pariat, *l. naturales 10. infr. de oblig. & action. l. fideiussor 16. §. naturales de fideiuss.* nō nisi ęquè iusto pacto tolli potuit, *leg. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis de solut.* Atqui non est æquè iustum pactum quod pupillus fecit sine tutoris authoritate, atque illud fuerat quod pupillus contrahendo & emendo tutore authore fecerat. Impuberes enim sine tutore agentes nihil scire posse intelliguntur, *l. vlt. infr. de iur. & fact. ignor.* Ergo fatendum est hactenus saltem valere, & pupillo prodesse hanc conuentionem, vt à venditione cum tutoris authoritate facta discedatur: Vti ne pupillus ad solutionem precij conueniri, & vrgeri à venditore possit. Nam si pupillus ab initio contrahere ita potest emendo, sine tutoris authoritate, vt venditorem quidem sibi obliget, ipse autem venditori non obligetur, *d. §. si quis à pupillo*, quanto magis poterit paciscendo sine tutore vt à venditione discedatur, liberalitationem sibi acquirere ne ad precij solutionem teneatur, venditorem autem in obligatione retinere, vt aduersus eum agere possit ad rem tradendam?

DEC. In venditionibus, vt & in contractibus omnibus qui bonæ fidei sunt, maximè spectandum est, quid sit ex bona fide. Atqui bonæ fidei certè non conuenit, vt à perfecta riteque contracta venditione recedatur per pactum nudum, quod alteutri contrahentium captiosum futuram sit. Esset autem captiosum ei qui cum pupillo sine tutoris authoritate contraxit, si ex prima conuentione, quæ venditionem ritè perfecit, maneret ipse obligatus pupillo, nec pupillum æquè sibi obligatum retineret. Ergo dicendum est inutilem esse pactionem per quam conuenit inter venditorem & pupillum, vt ab emptione discedatur quæ tutore authore perfecta fuerat, & vendi-

tionem perinde ex vtroque latere manere acsi cōuentio nulla secuta fuisset, ita vt non minùs teneatur pupillus venditori precium soluere, quàm venditor pupillo rem præstare. Nec enim absurdum minus est per imperfectam venditionem resolui eam, quæ iure perfecta sit, quàm resolui per eam quæ nullius sit momenti. Cùm fiat vtrumque ex eâdem iuris regula de qua in *l. nihil tam naturale* 35. *de regul. iur. l. prout* 80. *de solut.* Denique facilius est, vt imperfecta venditio subsistat ex vna parte propter personam & priuilegium pupilli, quàm vt perfectam venditionem pro parte renouet aut resoluat. Adeò fortiora sunt ea quæ iam semel facta & perfecta sunt, ne tam facilè dissoluantur. Præsertim verò per ea quæ robur suum integrum nunquam habuerunt, vt diximus ad *l. 1. supr.*

b *Et maximè si iusto errore sit deceptus.* Is scilicet qui cum pupillo contraxit existimans fortasse iam puberem eum esse cum quo contrahebat, qui tamen adhuc impubes erat, sed pubertati fortè proximus. In quo decipi facilè quis per aspectum potest, *l. minor* 32. *supr. de minor. leg.* 3. *C. si minor se maior. dixer.* RAT. DVB. Qui cum alio contrahit, vel est, vel esse debet non ignarus condicionis eius cum quo contrahit, *l. qui cum alio* 19 *de reg. iur.* Ergo non potest iustus error esse illius qui cum pupillo sine tutoris authoritate contrahit, siue de iuris, siue de facti errore locum hunc intelligas.

DEC. Facti alieni error semper probabilis est, *l. vlt. infr. Prosuo.* maximè si cum vulgi opinione concurrat, *l. 3. in princip. supr de SC. Maced.* Vnde est quod facti interpretatio etiam prudentissimos quosque fallit, *l. 2. infr. de iur. & fact. ignor.* Nemo autem errans rem suam amittit, *leg. si procurator* 35. *de acquir. rer. domin. l. re tua* 18. *C. de rei vindic.* Ergo si is qui cum pupillo sine tutoris authoritate contraxit, iusto facti errore deceptus sit, non debet ei nocere quod sine tutore pepigerit, vt ab emptione discederetur. Nam & iuris error quamuis prodesse nunquam possit, attamen nec debet nocere quoties non de lucro captando certatur, sed de damno vitando, *l. 4. l. 7. & seq. infr. de iur. & fact. ignor.*

8. SCÆVOLA libro 2. Responsorum.

TItius Seij procurator, defuncto Seio, ab eo scriptus heres, cùm ignoraret, fundum vendente seruo hereditario, quasi procurator subscripsit. quæsitum est, an cognito eo, prius quam emptio perficeretur, à venditione discedere possit. respondit: Titium, si non ipse vendidit, non idcirco actionibus ciuilibus teneri, quòd seruo vendente subscripserat, sed serui nomine prætoria actione teneri.

Ad l. Titius 8.

RAT. DVB. Qui subscripsit contractui, omnia quæ contractu continentur adprobare intelligitur perinde acsi ipse contraxisset, *l. si non subscripsisti* 15. *C. de admin. tutor. l. sicut* 8. §. *non videtur*, *l. Titius* 9. §. 1. *infr. Quib. mod. pign. vel hypoth. soluit. l.* 1. § *sed etsi serui supr. Quod iuss.* Atqui si Titius Seij procurator defuncto Seio, fundum vendidisset, teneretur actionibus ciuilibus ex empto & ex stipulatu, si fortè interposita stipulatio fuisset, idque tametsi, quasi procurator Seij vendidisset. *leg. seruum Titij* 49. *supr. mandat. iunct. l. possessio* 49. §. *vlt. de acquir. poss.* Idem ergo esse debet etiamsi non ipse vendiderit, sed venditioni à seruo hereditario factæ subscripserit. Nec quod id fecerit ignorans se à Seio scriptum heredem esse ad rem pertinet. Satis enim ei esse debet, quod hereditatem Seij habeat pro indemnitate, quam à Seio ipso si viueret, aut ab alio quolibet Seij herede, si non ipse à Seio institutus fuisset, cōsequi per actionem mandati potuisset, *dict. l. seruum Titij.* Sibi enim soluere intelligitur quisquis hereditatem debitoris sui adit, licet damnosam, *l. si hereditatem* 20. *supr. tit. prox. l. quæ dotis* 33. *infr. solut. matr. l. si ei* 41. §. *vlt. infr. de euict.* quia soluendo est hereditas omnis quæ inuenit heredem *l. libertus* 36. *de bon. libert.*

DEC. Aliud est vendere, aliud verè vendenti consentire, vt habet iuris regula, *l. aliud est* 160. *de regul. iur.* Is demùm autem ciuilibus actionibus empti & venditi & ex stipulatione ob eam causam interposita tenetur qui vendidit, non qui venditioni consensit. Nascuntur enim ex venditione ipsa, non ex consensu præstito venditioni factæ ab alio. At quin is qui venditioni ab alio factæ subscribit, non vendit, sed venditionem tantùm adprobat, nisi tanquam contrahens subscripserit. Nec se per solam subscriptionem obligat, si non ipse contraxerit, *l. mutuæ pecuniæ* 14. *C. si cert. petat.* Quo tamen etiam casu si per errorem subscripserit, non debet ei subscriptio nocere, aut quod instrumentum signauerit, *l. 2. C. de reb. alien. non alienand.* Sicut nec si ignorauerit ea quæ instrumento cui subscripsit, continebantur, *l. Caius* 39. *supr. de pignor. act.* In proposita autem specie Titius Seij procurator non solùm non vendidit, nec procuratorio nomine, nec proprio, sed & subscripsit per errorem, cùm se heredem à Seio scriptum, atque ita rei venditæ dominum factum esse ignoraret, vt lex ponit. Nam & hereditatem aditam esse necesse est, vt heredis voluntas ei noceat, *l. 1. §. quod ait prætor infr. Quod legat.* Atqui nemo ignorans rem suam amittit, vt ad legem præcedentem dicebamus ex *leg. si procurator* 35. *infr. de acquir. rer. domin.* Ergo non potest Titij subscriptio facere, vt venditionem adprobasse credendus sit à seruo Seij factam. Multo minùs rem vendidisse, siue tanquam suam, siue tanquam hereditariam. Et consequenter fieri certè nequit, vt ciuilibus, quæ ex venditione nascuntur actionibus teneatur, id est, ad rem à seruo hereditario venditam tradendam si nondum eam tradiderit. Hoc enim est quod sibi vult Scæuola iis verbis *prius quàm emptio perficeretur.* Etsi enim perficitur solo consensu, *l. 1. §. vlt. supr. de contr. empt. l. 3. hoc tit. l. 2. de oblig. & action.* impletur tamen traditione ac dominij translatione *l. si quis alienam* 46. *infr. de action. empt.* Dixit itaque Scæuola *perficeretur* pro *impleretur*, quod & Accursius noster benè vidit. Sequitur,

a *Sed serui nomine prætoria actione teneri.* Prætoriam

tiam actionem intellige cum Accursio eam quæ datur à Prætore de peculio in dominum ex contractu serui vel in patrem ex contractu filijfamilias. RAT. DVB. Subscriptio Titij non potest facere vt ex contractu serui teneatur ciuilibus actionibus empti aut venditi, quia non ipse contraxit, vt diximus. Ergo nec vt prætoria actione de peculio teneatur. DEC. Differentia est inter ciuiles actiones quę ex venditione nascuntur, & prętoriam de peculio. Illæ enim dominum tenent proprio nomine & ex contractu serui. Hæ vero & ex contractu serui, & serui nomine, vt hæc lex ait.

9. IDEM libro 4. Digestorum.

FVndus, qui Lucij Titij erat, ob vectigal reipublicæ venit. sed cùm Lucius Titius debitor professus esset, paratum se esse vectigal exsoluere solidum: cùm minoris venisset fundus, quàm debita summa esset: præses prouinciæ rescidit venditionem, eúmque restitui iussit Lucio Titio. quæsitum est, an post sententiam præsidis antequam ei restitueretur, in bonis Lucij Titij fundus emptus esset? respondi. non prius, quàm emptori precium esset illatum: vel si precium nondum esset ab emptore solutum, in vectigal satisfactum esset.

Ad l. Fundus 9.

RAT. DVB. Venditio facta syncera fide ac iusto precio solemniter & nulla fraude interueniẽte ob cessationem collationum, vel reliqua tributorum aut vectigalium conuelli non debet, *l. 2. C. si propt. public. pensit. vendit. fuer. celebr.* Nisi per sordes vel per gratiã facta proponatur. Quo demùm casu rescindenda est *l. 3. C. si aduers. fisc. l. 3. C si vendit. pign. agat. l. 3. C. de iur. fisc. l. 2. C. de fid. & iur. hast. fiscal.* Atqui non ponit Scæuola factam esse venditionem per sordes aut per gratiam. Et quamuis dicat minore precio factam fuisse venditionem, non tamen intelligit minore quàm iusto, sed vt verba legis habent, minore quàm debita summa esset. Nec enim iusta causa venditionis rescindendæ est, si duplum precium emptori offeratur, *l. non est probabilis 6. C. hoc tit.* nisi probet venditor se læsum vltra dimidiam iusti precij, *l. 2. eod.* quod tamen noua illa Imperatorum Diocletiani & Maximiniani constitutione inductum fuit, nec temporibus Scæuolæ adhuc obtinebat, vt sæpius contra Iacobum Cuiacium scripsimus, & verba ipsa nouæ legis satis probant. Solam enim humanitatis, non etiam iuris rationẽ præcesserunt. In dubio autem non præsumitur res vendita pluris esse, quàm quanti vendita est, cùm vnumquodque tanti sit quanti vendi potest, *l. 1. §. si heres infr. ad SC. Trebell. l. si seruus 14. in fine principij supr. de condict. furt.* Malè igitur nulloque iure in hac specie Præses prouinciæ iussit rescindi venditionẽ quæ nec Principis rescripto nec priuilegio minoris ætatis rescindi potest, *l. quæcunque 5. & seq. C. de fid. & iur. hast. fiscal.* Ne fides hastæ fiscalis tam facilè conuellatur, *l. si hypothecas 8. C. de remiss. pign.* Quod autem Præses addidit, cùm iussit fundum qui Lucij Titij erat, & ob vectigal Reipublicæ venierat, Lucio Titio restitui qui professus fuerat paratum se solidum vectigal exsoluere. Ostendit potius fundum illum venditum qui emptori traditus atque itaei acquisitus fuerat, non priùs redire posse ad bona Lucij Titij quàm fuerit ei ab emptore restitutus. Cùm dominium translatum in emptorem per traditionem recurrere ad eum non possit nisi per subsecutam retrotraditionem, *l. ab emptione 8. supr. de pact. l. 1. C. quand. lic. ab empt. disced.* Proinde nõ sufficit vt Lucius Titius precium emptori inferat, vel si precium ab emptore nondum solutum sit, in solidum vectigal satisfaciat, sed omnimodo necesse est fundum retrotradi venditori ab emptore. Nec minùs cùm authoritate Præsidis venditus fuit inuito domino, quàm si priuata conuentione ab ipso Lucio Titio venditus esset, quia in huiusmodi venditionibus factum iudicis est factum partis, videturque debitor ipse vendidisse, quod ex bonis eius postulante fisco alióve quolibet creditore. Magistratus vẽdi iussit, *l. si ob causã 13. C. de euict.* quia in vicem iustæ obligationis succedit authoritas iubentis, *l. 1. C. si in caus. iudic. pign. capt. sit.* Et ideò tractari hæc omnia oportet præsente emptore, *d. l. 2. in fin. C. si propt. public. pensit.* non solùm ne quid iniquè contra eum inauditum decernatur, *leg. de vnoquoque 47. de re iudic.* Sed etiam vt ab eo ipso fundus restitui possit si ita iudex præcipiet ad reddendum debitori dominium, quod ei publica venditio per subsecutam traditionem abstulerat.

DEC. Duo sunt quæ facere possunt, vt rescindi debeat venditio etiam quæ pro vectigalis solutione per procuratorem fisci, aut instante alio quolibet creditore facta sit. Primùm est si vel omnino prætermissa, & neglecta sit subhastationum solemnitas, vel ea minùs exactè ac diligenter facta sit. Alterum, si per sordes aut gratiam res maioris precij viliore precio distracta fuerit, *l. 1. & d. l. 2. C. de fid. & iur. hast. fiscal. libr. 10. d. l. 3. C. si aduers. fisc. d. l. 3. & 4. C. si vendit. pign. agat. & d. l. 3. C. de iur. fisc.* Quod enim diximus tanti rem esse quanti vendi potest, de ea venditione accipi debet, quæ publicè fiat & bona fide citra fraudem & collusionem, *d. l. si hypothecas 8. & l. si eo tempore 6. C. de remiss. pignor.* Et ob eam nimirum causam in venditione bonorum, siue absentis, siue minoris, subhastationum solemnitatem interuenire necesse est, *d. l. 3. C. si aduers. fisc. d. l. 4. C. si vendit. pign. agat. l. 3. C. de execut. rei iudic.* Atqui nihil hîc de subhastationibus proponit Scæuola. Ponit autem minore precio veniisse fũdum, quàm ea summa esset, quæ debebatur, cùm tamen longè pluris esset. Vt ex eo colligi potest, quod Lucius Titius, vt cum fundum recuperaret, professus fuerat paratum se solidum vectigal exsoluere. Quod non nisi stultè fecisset, si non multo pluris fundus ille, quàm quanti venierat, fuisset. Ponit ergo minore precio vẽditum fuisse per sordes aut per gratiam procuratoris fisci, vt & in *d. l. 3. C. si vendit. pign. agat. & d. l. 3. C. si aduers. fisc.* Vt intelligamus iustè decreuisse Præsidem prouinciæ, cùm rescindi vendi-

BIU Cujas

rionem iussit, etiamsi subhastatio interuenisset. Ne sub nomine subhastationis publicæ locus fraudibus relinquatur, vt re debitoris viliore precio distracta plus exactor ex gratia quàm debitor ex precio consequatur, vt eleganter loquuntur Imperatores in *l. si quos* 16. *C. hoc tit.* Cùm autem rescindi venditionem dicimus quasi mala fide factam, sic intelligere debemus, vt nullo iure facta sit, & perinde habenda ac si facta non esset, ita vt emptor tanquam malæ fidei possessor ad fructuum omniũ restitutionem teneatur, *d. l. 1. & 2. C. de fid. & iur. hast. fiscal. l. 1. & 4. C. si vendit. pignor. agat.* Cui consequens fit vt neque per traditionem ex causa eiusmodi vẽditionis factam dominium in emptorem transferri potuerit. Nũquam enim nuda traditio dominium transfert, sed ea demùm quæ fit ex iusta causa tituli alicuius præcedentis, *l. nunquam nuda* 31. *infr. de acquir. rer. domin.* Nemo autem dixerit contractum bonæ fidei qui mala fide initus sit, quique emptorem faciat malæ fidei possessorem, iustum esse titulum ad transferendum dominium, qui nec iustam vsucapionis causam præbere posset. Omnis enim vsucapio bonam fidem saltem ab initio requirit, *l. si aliena* 10. *& pass. infr de vsucap. l. vnic. C. de transform. vsucap.* Ponimus autem emptorem fraudem participasse, vt & in *l. 1. & 4. Cod. si vendit. pign. agat.* cuius scilicet lucro & commodo exiguitas illa precij cesserit. Verum enim & vetus illud est verbum Cassianum, *Cui bono.* Nec ad hunc casum pertinet q̃ scriptum est de vsucapione secuta in specie, *l. 2. eod. tit.* Pertinet enim ad venditionem factam non mala fide, sed non iure à creditore cui pignus vendere ex conuentione non licebat: ac proinde quæ non eo minus valebat ipso iure, vt & alia quælibet venditio rei alienæ. Non quidem ad transferendum dominium in emptorem, quomodo transferret si venditio pignoris facta esset à creditore ritè ac iure creditoris distrahente, *l. qui à creditore* 18. *C. de distra. pign. l. non est nouum* 46. *infr. de acquir. rer. domin.* §. 1. *Instit. quib. alien. licet vel non.* sed ad transferendam causam vsucapiendi. Quandoquidem vsucapio præter continuam possessionem nihil requirit, nisi titulum & bonam fidem, vt diximus. Nescio autem cur ex hac lege Bartolus inferat non impediri alienationem, seu subhastationem, si quis tantùm dicat se paratum offerre precium, sed requiri vt pecunia offeratur. Cùm in tota hac lege nullum de subhastatione verbum sit, neque dicat Scæuola paratum fuisse Lucium Titium vectigal soluere antequàm fundus venderetur, sed post iam factam venditionem. Ita enim accipi debent verba illa, *Sed cùm Lucius Titius debitor professus esset*, scilicet facta iam venditione. Quo tempore non nisi sera esse poterat ad eam rescindendam oblatio, nisi præterea illud accessisset, quod aut nulla aut minùs solemnis præcesserat subhastatio, aut nimis exiguo precio vendita res fuerat, ita vt nec fisco nec debitori satisfactum esset. Etenim periniquum est, vt alienis bonis sub gratiosa auctione distractis parum accedat publico nomini, cùm totum pereat debitori, inquit *d. l. si quos in fin. C. hoc tit.* Illud sanè verum est quod Bartolus notat, Verbalem debitoris obligationem non sufficere ad impediendam venditionem & subhastationem pignorum, nisi oblationem solemnis obsignatio & depositio sequatur, quæ solutionis vim habet, *l. si priusquàm* 8. *Cod. de distract. pignor. l. acceptam* 19. *C. de vsur.* Sed Bartoli aliorumque interpretum error perpetuus ille est, quòd cùm in libris nostris legunt, paratum debitorem soluere aut offerre pecuniam, de verbali tantùm oblatione id intelligunt, cùm tamen de vera & reali oblatione prudentes sentiant, *l. si debitori* 21. vbi diximus & alibi sæpe *supr. de iudic.* Malè item Accursius verba illa huius legis, *an post sententiam Præsidis antequàm restitueretur in bonis Lucij Titij fundus emptus esset*, sic interpretatur, quasi quæstio in eo sitan, fundus hic ante restitutionem esset ac maneret emptus emptori. Cùm è contrario quærat Scæuola, an fundus ille sit in bonis Lucij Titij priusquàm ei restituatur, acsi scriptum esset: An post sentẽtiam Præsidis fundus emptus antequàm restitueretur, esset in bonis Lucij Titij. Videbatur enim acquisitum ei dominium per traditionem nulladum retro traditione subsecuta. Sed tamen respondet non esse in bonis Lucij Titij ante solutum precium vẽditionis aut vectigal. Nempe quia rem in bonis habere dicimur eam cuius nomine, aut exceptionem habemus ad eam retinendam, aut actionem ad eam si amiserimus recuperandã, *l. rem in bonis* 52. *de acquir. rer. domin. l. bonorum* 49. *de verb. signific.* Atqui nullam exceptionem habere potest Lucius Titius ad retinendam possessionem quæ in emptorem translata fuerit, neque rursus actionem ad eam possessionem recuperandã priusquàm precium aut vectigal soluerit, quia contra bonam fidem esset, vt & rem & precium haberet, & ex emptoris iactura locupletaretur. Interim ergo fundus est in bonis emptoris, cui & exceptionẽ damus ad eum retinendum si in executionem rei iudicatæ à Præside vrgeatur ad fundi restitutionem, *l. emptor* 65. *supr. de rei vendic.* Quæ exceptio nec malæ fidei emptori denegaretur. Nam & malæ fidei emptori pignoris restituere debitor cogitur precium quanti fundus veniit cum vsuris quæ sint loco fructuum restituendorum, *d. l. 1. 3. & 4. C. si vendit. pignor. agat.* Puto tamen interim, id est, etiam ante precij aut vectigalis exsolutionem Lucium Titium manere dominum iure Quiritium, tanquam qui dominium illud amittere non potuerit per traditionem nudam, nulloque præcedente iusto titulo factam, *d. l. nunquam nuda.* Denique dominium quiritiarium vt vocant, manere penes Luciũ Titium priùs etiam quàm fundus ei restituatur. Bonitarium verò penes emptorem quandiu nec precium ei redditum, nec vectigal fisco exsolutum est, nec fundus Lucio Titio restitutus. Neque sunt hęc contraria, cùm nihil prohibeat duplici genere dominij duos esse eiusdem rei dominos, *l. quamuis* 75. *infr. de iur. dot.* vt puta vnum bonitarium, alium verò quiritiarium, *l. 2. in fin. sup. si ex noxal. caus. agat. l. si finita* 15. §. *Iulianus infr. de damn. infect.* Quo casu semper & in omnibus melior condicio est domini bonitarij quàm quiritiarij, vt Vlpianus noster in Fragmentis scribit, *tit. 19. de acquisit. rer. l. doce* 9. *Cod. de rei vindic.* Et idcirco prudenter Scæuola quæstionem concepit de dominio bonitario de quo solo dubitari probabiliter poterat, non de quiritiario, quod vel nullam, vel minorem habebat difficultatem. Hodie nullum dominium est nudum quiritiarium id est, à bonitario separatum post *l. vnic. Cod. de nud. iur. quirit. tollend.* Sed mansit tamen quiritiarium cum bonitario coniunctum habens vtilitates omnes vtriusque, id est, pleni dominij, vt plerisq; conie-

cturarum & Decadum nostrarum locis contra omnium

omnium & veterum & recentiorum interpretum errores docuimus. Accursius noster ignoratione duplicis huius dominij malè hanc legem explicauit.

10. IDEM libro 7. Digestorum.

SEius à Lucio Titio emit fundum lege dicta, vt si ad diem pecuniam non soluisset, res inempta fieret. Seius parte precij præsente die soluta: defuncto venditore, filiis eius pupillaris ætatis, & ipse tutor cum aliis datus: neque contutoribus precium secundum legem numerauit, nec rationibus tutelæ retulit. quæsitum est, an irrita emptio facta esset? respondi, secundum ea quæ proponerentur, inemptam videri.

Ad l. vlt. Seius.

RAT. DVB. Contractus & conuentiones omnes tacitam illam habent clausulam, *si res in eodē statu maneat, l. cùm quis 38. in princip. infr. de solut.* Atqui in proposita specie mutatus est status rei, & mutata condicio personarum. Seius enim qui primùm à Lucio Titio fundum emerat lege dicta, vt si ad diem tota pecunia soluta non esset, res inempta fieret, postea defuncto venditore superstitibus filiis impuberibus iisdemque heredibus, tutor ipsorum factus est, indeque cœpit ob non solutam sua die totam precij pecuniam, debitor esse pupillorum ex causa non tantùm emptionis, sed etiam tutelæ. Cùm id omne, quod tutor pupillo suo debet si nō soluat, nec rationibus pupilli inferat, deuoluatur in tutelæ iudicium, vt & priuilegio pupilli locus sit inter creditores chirographarios & fideiussores teneantur qui rem pupilli saluam fore promiserūt, & perpetua fiat actio si priùs fuerat tantùm temporalis, *l. quoties 9. §. 1. & seq. infr. de admin. tutor.* Ergo quamuis Seius hic tutor cum aliis datus neque cōtutoribus precium secundum legem vendirionis soluerit, neque rationibus tutelæ retulerit, non eo magis tamen irrita emptio fieri tam facilè debet quæ ab initio constitit, *arg. l. 1. l. si id quod 7. §. 1. supr. hoc tit. l. verbis 5. in fin. infr. ad leg. Falcid.* Præsertim cùm pupilli interest ita ius constitui propter priuilegia, vt dixi, & fideiussores actionis tutelæ.

DEC. Superueniens qualitas tutoris in persona Seij non mutat ipsius condicionem, quantum ad hoc vt & pupillorum debitor, & emptor esse desinat. Nihil enim vetat & debitorem eum esse & tutorem ante Iustiniani *Nouell. 72. vt qui oblig. haber. se per hib. res minor.* Ergo nec facit quin tanquam emptor implere legem emptionis debeat & precium soluere ad statutam diem. Quod si non fecerit, nihil causæ est cur non licere pupillis debeat ius suum exequi & legem venditionis, vt inuenditam & inemptam rem faciant. Nimirum si id fieri ipsorum interest. Neque enim cogendi sunt inuiti, vt nec alius quilibet venditor legem commissoriā exercere, *l. 2. supr. de leg. commiss.* Sicuti nec inuito pupillo quod tutor ex alia quàm tutelæ causa ei debet, in iudicium tutelæ deuoluitur, sed ita demum, si pupilli interest, *d. l. quoties 9. §. 1. de admin. tutor.* Ne alioqui quod pupillorum fauore inductum est, in eorum odium & perniciem retorqueatur, *l. pen. C. ad SC. Treb. iunct. l. quod fauore 6. C. de legib.* Potest autem pupilli interesse, vt res quam pater sub lege commissoria vendidit, inempta fiat & inuēdita, vt Scęuola noster loquitur in §. *seq.* potiùs quàm vt emptor idemque tutor, maneat debitor precij & vsurarum ex causa emptionis. Quidni ergo dicemus eo casu cum Scæuola fieri rem inemptam? Neque enim excusare emptorem eundemque debitorem potest, quod à contutoribus conuentus non fuerit cùm ad euitandam potestatem legis commissoriæ, non debuerit expectare interpellationem, sed vltro precium offerre contutoribus quibus acciendæ solutionis ius erat, vt scriptum est in *l. 4. §. vlt. supr. de leg. commiss.* Nec illud rursum, quod cessantibus contutoribus non potuerit cōtra seipsum agere, *l. ne cum filiofamilias 16. infr. de furt.* Nam præter id quod contra se tanquam tutor agere nō debuit, qui tanquam emptor offerre contutoribus debuit: illud etiam constat, tametsi contutores nulli fuissent, ipsum tamen & à seipso exigere tanquam à debitore, & sibi ipsi tāquam tutori soluere debuisse. Tenetur enim præstare in sua persona id omne quod aduersus alium quemlibet tanquam tutor præstare teneretur, *l. tutor 69. infr. de fideiuss.* Fortassis & plus. Nam aduersus alios experiri sine actione non potuit, *l. si pupilli 6. §. vlt. supr. de negot. gest. l. si quid possessor 31. §. penult. supr. de hered. petit.* aduersus se potuit, *d. l. quoties §. & generaliter de admin. tutor.* Bene igitur in hac specie respondit Scæuola secundum ea quæ proponerentur, emptionem irritam fieri propter potestatem legis cōmissorię, & rē inemptā.

1 ¶ Emptor prædiorum, cùm suspicaretur, Numeriam, & Semproniā, ei controuersiā moturas: pactus est cum venditore, vt ex pretio aliqua summa apud se remaneret, donec emptori fideiussor daretur à venditore. postea vēditor eam legem inseruit: vt, si ex die pecunia omnis soluta non esset, & venditor ea prædia venisse nollet: inuendita essent. interea de aduersariis alteram mulierem venditor superauit: cum altera transegit: ita vt sine vlla quæstione emptor prædia possideat. quæsitum est, cùm neque fideiussor datus est, nec omnis pecunia secundùm legem suis diebus soluta sit, an prædia inuendita sint. respondi: si conueniisset, vt non priùs pecunia solueretur, quàm fideiussor ven-

BIU Cujas

diti causa daretur, nec id factum esset, cùm per emptorem non staret, quo minus fieret: non posse posteriorem legis partem exerceri.

Ad §. 1. Emptor.

RAT. DVB. Cùm in contractu aliquo duæ sunt conuentiones, si stare simul possint, vtrique standum est, si verò stare simul nequeant, standum est posteriori, quia in conuentionibus omnibus semper pacta nouissima derogant prioribus, *l. pacta nouissima 12. C. de pact.* Atqui in proposita huius §. specie duæ sunt conuentiones. Prior illa, vt donec emptori daretur fideiussor à venditore, summa aliqua ex precio maneret penes emptorem, veluti cautionis & pignoris loco, quòd is suspicaretur Numeriam & Semproniam de prædiis quæ emerat, controuersiam sibi moturas. Posterior verò illa, vt si ex die pecunia omnis soluta non esset, & venditor ea prædia veniisse nollet, ea inuendita essent. Ergo siue dicamus vtramque conuentionem siue posteriorem tantùm valere, fatendum videtur si omnis pecunia secundum conuentionis legem suis diebus soluta non sit, prædia inuendita esse debere. Nec ad rem pertinere, an fideiussorem venditori emptor dederit, an non: separatæ siquidem sunt conuentiones, cùm datio fideiussoris ad vtilitatem emptoris, lex autem commissoria ad venditoris fauorem pertineat.

DEC. In contractibus omnibus interpretandis semper inspiciendum est quid actum sit, *l. semper in stipulationibus 35. de regul. iur.* maximè verò in emptionibus & venditionibus, *leg. sed Celsus 6. §. 1. supr. de contr. empt.* Quid autem actum sit, non meliùs colligi aut coniici potest, quàm ex clausularum omnium, & circunstantiarum quæ negotium contingunt, coniunctione, *arg. l. bona fides 31. supr. depositi.* Vna enim clausula per aliam interpretanda est, & quidem plerunque posterior per priorem, *l. vtrum autem 23. supr. de hered. petit.* Atqui in proposita specie apparet mentem illam contrahentium fuisse, vt primùm emptori prospiceretur, ne summam quæ apud se maneret ex precio priùs soluere cogeretur, quàm fideiussor ei de euictione ac indemnitate datus esset. Eiusque conuentionis causam iustissimam illam fuisse, quod dubitaret emptor ne quam à Numeria & Sempronia de prædiis venditis controuersiam pateretur. Nec vanum timorem fuisse ex eo apparuit, quod emptor cum vtraque litigare coactus alteram superauit, cum altera transegit. Ergo quod posteriore conuentione placuit, vt si ad diem pecunia omnis soluta non esset, prædia essent inuendita, non aliam interpretationem accipere potest quàm vt ita demùm inuendita essent si fideiussor datus fuisset. Prius enim est ordine naturæ intellectus & temporis, vt pecuniæ soluendæ dies, & necessitas venerit, quàm vt ob non solutam pecuniam venditio resoluatur. Atqui nunquam potuit cogi emptor vt pecuniam solueret priusquàm fideiussor datus esset, qui porrò datus nunquam fuit. Ergo nec potuit posterior pars conuentionis exerceri, quæ ad legem commissoriam inducendam spectat: Nisi proponeres per emptorem stetisse quominùs fideiussor daretur, quo casu pro dato habendus esset ex regula *leg. in omnibus causis 39. l. in iure ciuili 161. de regul. iur.* Atqui ponimus neque fideiussorem à venditore datum esse, neque per emptorem stetisse quominùs id factum esset. Ergo nunquam potuit locus esse legi commissoriæ. Neque ad rem pertinet quod causa dandi fideiussoris ob controuersiam quæ à Numeria & Sempronia timebatur, finita videbatur post victam alteram & transactionem cum altera celebratam. Non enim fideiussoris dandi conuentio ad personas Numeriæ & Semproniæ restricta erat, sed simpliciter conuenerat, vt fideiussor euictionis nomine daretur, qui etiam citra vllam conuentionem dari ex iuris ratione debet, quoties imminet periculum euictionis, *l. pen. §. 1. infr. tit. prox. leg. si post perfectum 24. C. de euict.* Quod Accursius noster aptè exprimit, cùm ait fuisse illam causam impulsiuam &, vt alij loquuntur, motiuam, sed non finalem.

DE PERIC.

BIU Cujas

DE PERICVLO ET COMMODO REI VENDITÆ.

TITVLVS VI.

1. VLPIANVS libro 28. ad Sabinum.

SI vinum venditum acuerit, vel quid aliud vitij sustinuerit: emptoris erit damnum: quemadmodum si vinum esset effusum, vel vasis contusis, vel qua alia ex causa. Sed si venditor se periculo subiecit: in id tempus periculum sustinebit, quoad se subiecit. quòd si non designauit tempus, eatenus periculum sustinere debet, quoad degustetur vinum. videlicet quasi tunc plenissimè veneat, cum fuerit degustatum. Aut igitur conuenit, quoad periculum vini sustineat, & eatenus sustinebit: aut non conuenit, & vsque ad degustationem sustinebit. [a] sed si nondum sunt degustata, signata tamen ab emptore vasa, vel dolia: consequenter dicemus, [b] adhuc periculum esse venditoris: nisi si aliud conuenit. Sed & custodiam ad diem mensuræ venditor præstare debet. priùs quàm enim admetiatur vinum propè quasi nondum venit post mensuram factam, venditoris desinit esse periculum, & ante mensuram periculo liberatur, si non ad mensurã vendidit: sed fortè amphoras, vel etiã singula dolia.

Ad l. Si vinum 1.

RAT. DVB. Non est periculum emptoris, sed venditoris ante perfectam emptionẽ: Ratio enim quæ periculum facit emptoris non alia est, quàm quod perficiatur emptio nudo consensu etiam citra vllam traditionem, quamuis venditor adhuc maneat dominus *l. necessariò 8. infr. hoc tit.* §. *cùm autem Instit. de empt. & vendit.* Atqui vini venditio non potest videri perfecta ante degustationem, adeóque mensurationem. Sunt enim vina ex earum rerum genere quæ degustantur & mensurantur. Ergo non potest periculum vini venditi puta acoris, vel mucoris ad emptorem pertinere, licet vino precium dictum sit, quousque & degustatum vinum fuerit & mensuratum. Priusquàm enim admetiatur vinum, prope est quasi nondum venierit, nec proinde priùs desinit periculum esse venditoris §. *sed & custodiam infr.*

DEC. Statim atque perfecta emptio est, periculum omne ad emptorem pertinet, si modò venditor non fuerit in mora tradendi *dict.* §. *cùm autem l. 1. & vlt. C. hoc tit.* Neque hac parte differentia vlla est inter eas res, quæ pondere, numero vel mensura constãt, & cæteras. Sed in eo tantùm quod aliter in his, aliter verò in illis venditio perficitur. Nam in cæteris rebus statim atque de precio certo conuênit in pecunia numerata, dicitur perfecta emptio *d.* §. *cùm autem.* In iis verò quæ pondere vel numero vel mensura constant, variis distinctionibus locus est. Quarum prima illa occurrit: An omne vinum vel oleum vel frumentum vel argentum quãtumcunque esset, vno precio venierit: An verò vinũ in amphoras singulas venditum sit, aut oleum in singulos metretas, aut frumentum in singulos modios, aut argentum in singulas libras, certo precio in has res singulas dicto. Priore casu idem omnino iuris est in huiusmodi rebus, quod in cæteris omnibus, vt statim atque de precio cõuênit, emptio perfecta intelligatur, nec aliud præterea quicquam exigitur. Posteriore casu non priùs perfecta creditur quàm res venditæ admensæ vel numeratæ vel adpensæ sint. Ideóque priore casu periculum iam inde ab initio pertinet. Posteriore verò pertinet interim ad venditorem *l. quod sæpe 35.* §. *in his supr. de contr. empt. l. 2. C. hoc tit.* Secunda subdistinctio est in iis rebus quæ degustari possunt, an conuenerit vt degustentur, necne. Etsi enim difficile est vt eas res quisquam sic emat vt nec degustet, potest tamen interdum hoc euenire per incuriam emptoris *leg. 4.* §. *si auersione infr. hoc titul.* Priore casu periculum omne ad venditorem pertinet ante degustationem, posteà verò ad emptorem

BIU Cujas

d.§. si auersione. Gustus enim ad hoc proficit vt improbare liceat, in quo differt degustatio à mensura *l. si in emptione* 34. §. *alia causa est supr. de contr. empt.* Itaque quod initio huius legis scriptum est : Si vinum venditum acuerit, vel quid aliud vicij sustinuerit, emptoris damnum esse, quemadmodum si vinum effusum esset, vel vasis contusis, vel qua alia ex causa : Non solùm intelligi debet de vino in specie vendito (quod enim venditur in genere, neque acuere, neque effundi potest, nisi auersione venierit quicquid vini in cella fuit aut in doliis, vt in *l. si vina* 15. *infr.*) sed etiam de vino ita vendito, vt de eo degustando nihil dictum fuerit. Alioqui ante degustationem periculum non emptoris esset, vt Vlpianus hîc scribit, sed venditoris *dict. leg.* 4. *in princip. &* §. *si auersione & dict. leg. si vina* 15. *infr.* Tertia distinctio est, An vini venditor, si nihil de degustatione dictum sit, neque de mensura, periculum in se receperit, an non. Et rursum si susceperit, an tempus aliquod certum designauerit, ad quod vsque periculum sustinere debeat, necne. Si non susceperit, ea obtinent quæ suprà diximus. Si susceperit, & periculo finiendo certum tempus præstituerit, eatenus tantùm sustinere periculum debebit. Ne periculum tempore determinatum contra fidem conuentionis vlteriùs porrigatur *arg. leg. Imperator* 8. *supr. de postul.* Sed si non designauerit tempus, eatenus periculum sustinere debebit, quoadusque fuerit degustatum, quasi tunc pleniſſimè veneat cùm fuerit degustatum, vt Vlpianus subiicit. Nimirum si is qui vina vendidit intra certum diem degustanda esse dixerit, vt in *dict. leg.* 4. *in princip. infr.* Nam si de degustatione nihil conuenerit, iam diximus, periculum omne statim ad emptorem pertinere, cùm fuit vinum venditum siue in specie, siue auersione, dum ne ad mensuram, quasi perfecta iam emptione ante degustationem. Tametsi rarò id eueniat, vt quis vina emat, quin adiiciat, degustanda *dict. §. si auersione.* Quod ipsum quoque fit duobus modis. Vno, ita vt degustationi faciendæ dies aliquis certus præscribatur. Alio, ita vt nullus *dict. leg. si quis vina*, vbi dicemus. Et in hoc cum Azone & Accursio aduersus Ioannem aliósque interpretes, quos idem Accursius refert, sentio. Nam vt benè ille argumentatur, si eo casu quo venditor se periculo subiecit, non tenetur tamen nisi vsque ad degustationem. Ergo si neque se subiecerit, neque de vino degustando quicquam dixerit, periculum ad eum pertinere nullomodo potest : Ne quidem ad degustationem vsque. Alioquin periculi à venditore susceptí conuentio nihil emptori prodesset, aut venditori noceret, nec adderet quicquam iuri communi. Itaque quod sequitur apud Vlpianum, *Aut igitur conuenit ad quod vsque tempus vini periculum sustineat, & eatenus sustinebit aut non conuenit*, necessariò interpretationem illam recipere debet quam adfert Accursius, vt repetendum sit quod in priore distinctionis parte expresserat, *ad quod vsque tempus periculum sustineat.* Vtraque enim pars huius distinctionis supponit conuentionem, per quam venditor se periculo subiecerit. Quod Ioannes & alij interpretes, à quibus Azo dissentiit, non viderunt. Et quemadmodum is qui non ad mensuram vinum vendidit, periculo liberatur etiam ante mensuram, vt scriptum est in *§. proxim. seq.* Ita & ante degustationem si de degustatione nihil conuenerit, Quod etsi vix eueniat, euenit tamen aliquando, nec in effectu quicquam refert, an conueniat de vinis non degustandis, an verò de eo taceatur, vt idem noster Accursius, notat ad *d. §. si auersione.* Quamuis non æquè probare possim, quod hanc ille propositionem restringit ad eum casum quo vinum in specie venditum sit. Existimans aliud dicendum esse si venditum sit ad mensuram. Quasi eo casu non minùs degustatio exigatur quàm mensura, nisi expressim actum sit de non gustando. Alia enim causa est degustandi, alia metiendi *dict. leg. si in emptione* 34. §. *alia supr. de contr. empt.* neque mensura præsupponit necessariò degustationem, non magis quàm degustatio mensuram secum trahit. Sanè cum de gustando conuenit, dubitandum non est quin periculum spectet ad venditorem, siue dies aliqua degustationi dicta sit, siue nulla. Sed cum hac tamen differentia, quod post diem incipit periculum ad emptorem pertinere, nisi per venditorem ipsum steterit, quominùs ad dictam diem vina degustarentur, vt scriptum est in *dict. leg. si quis vina* 4. *infr. iunct. leg. si per emptorem sequent.*

a *Sed si non sint degustata.* RAT. DVB. Signata vasa secundum Trebatij sententiam habentur pro traditis §. *si dolium infr.* Ergo multò magis vina quæ in iis continentur, haberi debent pro degustatis. Nemo enim dixerit degustanda esse vina postquàm sunt tradita, cum imputare sibi emptor debeat, qui accepit ante degustationem *leg. si quis vina.* 4. *§. si auersione infr.* Et quamuis supradicta Trebatij sententia nec à Labeone iam olim, nec ab Vlpiano nostro adprobata fuerit, multo tamen facilius est, vt signi appositio pro degustatione habeatur, quàm vt pro traditione. Præsertim ad eximendum periculo venditorem qui nec periculum sustinere debet, ex quo tempore perfecta venditio est, nisi conuenerit, quod fieri plerunque solet de vinis degustandis, *d. §. si auersione.*

DEC. Persequitur Vlpianus eum ipsum casum quem in præcedentibus tractauit de eo qui vina degustanda vendiderit, vt in *dict. leg. si quis vina in princip.* Semper enim supponendi sunt termini habiles, etiamsi verba non suffragentur, dummodò nec repugnent *leg.* 1. §. *vltim. infr. ad SC. Tertyll. l. adigere* 6. §. *quamuis infr. de iur. patron.* Quoties autem dicimus periculum ad venditorem pertinere, ponendum est conueniſſe de vinis degustandis, aut fuisse vina vendita ad mensuram. Cùm alioqui & emptio perficiatur statim atque de precio conuênit, & periculum omne pertineat ad emptorem *dict. §. si auersione leg. quod sæpe* 35. §. *in his iunct. leg. si in emptione* 34. §. *alia causa est supr. de contrab. emption.* Ergo ponendum necessariò est in specie quoque huius versiculi venditum fuisse vinum degustandum, vt in præcedentibus. Sed intellige, vt sequitur in textu, *nisi aliud conuênit*, semper enim conuentio seruanda est *l. si in venditione* 10. *& dict. l.* 4. *in princip. infr.*

b *Adhuc periculum esse venditoris.* Intellige de omni periculo non tantùm qualitatis vt puta mucoris & acoris,

acoris, sed etiam substantiæ. Quemadmodum è contrario si vinum simpliciter venditum sit, non degustandum, nec ad mensuram aut degustandum quidem vel ad mensuram, sed per emptorem steterit quominus degustarentur aut admetirentur, omne periculum pertinet ad emptorem *dict. l. 4. in princip.* id est, non tantùm acoris & mucoris, sed etiam peremptionis & deteriorationis, vt benè hîc interpretatur Accursius. Et nos iam diximus ad *d. §. in his.* Nec quod signata sint vasa & dolia, in quibus erat vinum venditum, ad rem facit. Nam si non idcirco vina vendita possunt haberi pro traditis, vt scriptum est in *§. si dolium infr.* Multo minùs haberi possunt pro degustatis. Habet enim traditio quædam symbola, quæ traditioni æquipollent *l. clauibus 77. supr. de contr. empt. l. 1. §. si iusserim l. quod meo 18. §. si venditorem infr. de acquir. possess.* At degustatio nulla habet.

RAT. D VB. In conditionali venditione ita obseruatur, vt periculum substantiæ rei venditæ pertineat ad venditorem, sed qualitatis & deteriorationis ad emptorem *l. necessariò 8. §. sanè si pendente infr. hoc tit.* Atqui cùm venditur vinum ad mensuram, venditio quodammodo conditionalis est, quasi facta sub ea conditione, Si postea vinum mensurabitur *l. quod sæpe 35. §. in his supr. de contr. empt.* vbi additur, in id vsque tempus imperfectam esse venditionem. Ergo interim periculum substantiæ vini, puta si effusum sit aut aliter deperditum, ad venditorem quidem pertinere debet, sed non periculum deteriorationis, puta mucoris & acoris, sed ad emptorem.

DEC. Conditio, quæ tacitè inest venditioni factæ ad mensuram, non tam conditionem veram quàm dilationem & imperfectionem venditionis inducit. Quasi hoc inter contrahentes acto, vt non priùs perfecta dicatur venditio, quàm vinum admensum sit, vt tum demum plenissimè vēditum existimetur, cùm mensuratio secuta est, vt in præcedentibus Vlpianus scribit. Ideóque sic loquitur in hoc §. *Priusquàm enim admetiatur vinum prope quasi nondum venit.* Cùm tamen si conditio venditionis expressa esset, nemo dubitaret quin ante conditionis euentum venditio esset imperfecta, & vi conditionis suspēsa *l. pecuniam 36. sup. de reb. credit.* Nec in hac tantùm specie id euenit, vt aliud iuris sit, si quid tacitè contineatur. Aliud verò si verbis exprimatur *l. si ita legatum sit 65. §. 1. de legat. 1. l. interdum 73. infr. de verb. oblig.* Atque ita sentit Accursius aliud esse in conditione hac tacita, aliud verò in expressa. Addens rationem diuersitatis ex eo sumendam esse, quod venditori liceat vinum per corbes effundere, si velit vt se ab hoc periculo liberet *§. licèt autem infr.* quod in aliis rebus non similiter obtinet. Sed tamen non videtur mihi bona ratio nisi adiuuetur. Non enim absolutè verum est licere venditori vinum ad mensuram venditum effundere, sed ita demùm si diem ad metiendum præstituerit, nec intra diem admensum sit, vt scriptum est in *d. §. licèt autem.* Sensus est, priùs constituendum esse in mora emptorem, aut per lapsum temporis ad metiendum vinum præstituti, aut per interpellationem congruo loco & tempore factam. Quanquam mora quoque venditoris interueniente adhuc necesse est, vt emptori venditor denuntiet testato, id est, coram testibus, vt vel tollat vinum vel sciat futurum, vt effundatur. *dict. §. licet autem.* Itaque malo dicere nihil hac parte inter tacitam & expressam conditionem interesse, sed inter eā conditionem, quę sit casualis, & eam quæ sit potestatiua. In casuali, adeóq; etiam in mixta quæ casuali magis, quàm potestatiuæ æquiparetur, id obtinet, quod scriptum est in *dict. leg. necessariò*, vt si pendente conditione res pereat, periculum sit venditoris, quia non est in emptoris potestate, vt adigat venditorem ad rem tradendam aut vt eum in mora tradendi constituat: Periculum tamen deteriorationis spectet ad emptorem, impleta quandocunque conditione, quia tùm demum non solùm perfecta sit venditio: sed etiam ita perfecta, vt ad tempus quo facta est, retrotrahatur, cùm adhuc res extet, quæ vendita est, licet deterior effecta sit. Quæ retroactio non similiter fieri potest ratione rei iam peremptæ quasi deficiente iam materia venditionis si res vendita in rerum natura extare desierit. Nam quemadmodum venditio fieri non potest, si nulla sit res quæ veneat, ita nec perfici *l. nec emptio 8. supr. de contr. empt.* Conditionales autem venditiones tùm demùm perficiuntur cum earum conditio impletur *l. hæc venditio 7. eod.* Proinde ex defectu materiæ fit, vt tempus existentis conditionis non sit extremum habile à quo possit fieri retroactio ad tempus contractus: Non magis quàm si ab initio facta fuisset venditio sine re. At in potestatiua conditione, id est, quæ in potestate sit venditoris aliud est, quia cum ex iuris ratione periculum rei cuiuslibet regulariter spectet ad dominum *l. quæ fortuitis 6. l. pignus 9. C. de pignor. act. l. contractus 23. de regul. iur.* ad ipsius non ad emptoris curam pertinere debet, vt se ab eo periculo siue peremptionis siue deteriorationis rei se liberet. Quod facere commodè potest, cum ab ipsius voluntate sola pendet implementum conditionis. Sibi ergo imputet, si non impleuerit cum posset. Qui enim potest facere vt possit conditioni parendo, iam posse videtur *l. qui potest facere 174. de regul. iur.* Atqui conditio illa, quæ inest venditioni vini, siue expressè siue tacitè insit *si vinum admetietur* potestatiua est, cum in venditoris arbitrio & potestate sit vt etiam ante diem mensurationi præstitutum (nisi emptoris fauore dies præstitutus sit) offerat vinum admetiendum, atque ita emptorem in mora constituat. Plus enim præstat quàm debet qui offert ante diem quod ad diem debuit *l. Iauolenus 15. aliàs l. eum qui inf. de ann. legat. 1. si ita relictū 43. §. Pegasus de lega. 2.* Multò magis si nulla dies adiecta sit potest emptorē statim constituere in mora per interpellationem, vt veniat ad mensurandum vinum. In quo si emptor moram contrahat, confestim periculum in eum transit. Cum sit hic vnus ex præcipuis effectibus moræ *l. quod te 5. supr. de reb. credit.* Emptore autem in mora constituto, tum demum licebit venditori vinum per corbem effundere, dummodò præcesserit denunciatio illa de qua diximus *§. vlt. huius legis.* Nec quod emptor similiter possit in mora constituere venditorem si eum interpellet, vt quanto citius vinum admetiatur, facere debet, vt æquè periculum ad emptorem spectare debeat, quasi perinde possit ei imputari cur venditorem non interpellauerit, vt à se periculum arceret. Nullo enim remedio ad hoc

BIU Cujas

indiget, vt rei emptæ periculum non subeat, quod semper spectat ad venditorem tanquam dominum nisi emptor se in mora constitui passus est, aut nisi perfecta iam sit emptio, vel in ea causa vt existente tandem conditione perfecta ab initio fuisse retrofingatur. Qualis ea certè non est quæ conditionem habet potestatiuam, cuius implementum ex arbitrio venditoris pendeat. Nec enim perfecta illa est priusquàm venditor voluerit, quia potestatiuæ conditiones non retrotrahuntur *l. 1. l. quibalneum 9. infr. Qui potior. in pignor. hab.* Proinde manet res interim periculo venditoris, quousque aut conditionem impleuerit, aut cùm implere vellet, per emptorem steterit quominus ea impleretur *l. si per emptorem 5. infr.* Ergo etsi vendita sit pars vini ex hoc doliari, & totum vinum perierit, quæ ab Accursio nostro proposita quæstio est, dicemus periculum esse venditoris non emptoris, quia licèt demonstratiuè ex tali dolio aut doliari vinum quodammodo in specie venditum esse videatur, vt proinde periculo emptoris esse debeat *arg. l. si debitor 39. §. 1. supr. de contr. empt.* negari tamen non potest quin venditio facta sit ad mensuram, nec proinde quin sit imperfecta ante mensurationem factam nisi steterit per emptorem *d. l. quod sæpe 35. §. si ex doliari eod. & d. l. si per emptorem 5. hoc tit.* Et ita benè Accursius concludit. Est igitur hæc venditio non speciei, sed generis quod perire non potest *l. qui decem 72. §. Stichum aut Pamphilum vers. sed ei infr. de solut. l. incendium 11. C. si cert. petat.* Obserua autem tractari in hoc §. *de custodia & periculo rei venditæ* quasi idem sint: quæ tamen verè sunt diuersa, cùm venditio pura est. Periculum enim pertinet ad emptorem statim atque perfecta venditio est etiam ante traditionem. Custodiam tamen ad traditionem vsque præstare venditor debet *l. eum qui 14. in fine principij infr. de furt.* Sed in venditione ad mensuram, quia & quodammodo conditionalis & imperfecta est, & periculum & custodia pertinet ad venditorem, hactenus scilicet vt venditor precium quod accepit, reddere debeat non etiam præstare, id quod emptoris interest. Quomodo Accursius benè locum hunc conciliat cum *l. si in venditione 10. §. 1. infr.*

1 ¶ Si dolium signatum sit ab emptore: Trebatius ait, traditum id videri. Labeo contra: quod & verum est. magis enim, ne summutetur, signari solere, quàm vt traditum videatur.

Ad §. 1 Si dolium.

RAT. DVB. Materia vendita hoc ipso videtur tradita quod signata est *l. quòd si neque 14. §. 1. infr. hoc tit.* Ergo & dolium signatum pro tradito haberi debet, vt exinde vinum quod in eo est, nec ad periculum nec ad custodiam venditoris pertineat.

DEC. Ita quidem Trebatius putabat, sed Labeo contrà & rectiùs, quoniam in doliis vini venditi alia causa esse potest propter quam signata sint, quàm vt pro traditis habeantur: Nempe ne summutentur, aliis doliis in locum venditorum subdolè per venditorem substitutis: Quod non similiter dici potest in materia vendita, quippe quæ nō recipit perinde functionē in sua specie *l. 2. §. 1. supr. de reb. cred.* Loquitur autem hic §. de dolio signato ab emptore, quoniã emptoris factum interueniens magis facere videbatur, vt vinum & dolium pro tradito haberi deberet, cùm dici soleat, Cuius est signum eius esse & signatum. Ergo etiamsi dolia ab emptore signata sint, vina tamen neque pro traditis habentur neque pro degustatis, versic. *sed si nondum sunt.* Vtrobique enim agitur de vinis in genere venditis & degustandis. Si enim haberentur pro traditis, nihil amplius de iis degustandis tractandum esset, quamuis è contrario si iam degustata sint, non eo minùs sunt tradenda. Sed dissimili ratione. Degustanda enim sunt, vt venditio perficiatur. Tradenda verò vt impleatur, quod diuersum est *leg. si quis alienam 46. infr. de action. empt. l. contractus 17. C. de fid. instrum.*

2 ¶ Licet autem venditori vel effundere vinum, si diem ad metiendum præstituit, nec intra diem admensum est. effundere autem non statim poterit, prius quàm testando denuntiet emptori: vt aut tollat vinum, aut sciat futurum, vt vinum effunderetur. si tamen, cum posset effundere, non effudit, laudandus est potius. ea propter mercedem quoque doliorum potest exigere: sed ita demum, si interfuit eius, inania esse vasa, in quibus vinum fuit. veluti si locaturus ea fuisset, vel si necesse habuit alia conducere dolia. [b] commodius est autem, conduci vasa, nec reddi vinum, nisi quanti conduxerit, ab emptore reddatur: aut vendere vinum bona fide, id est, quantum sine ipsius incommodo fieri potest, operam dare, vt quam minimè detrimento sit ea res emptori.

Ad §. 2. Licet autem.

RAT. DVB. Malitiis indulgendum non est, si fortè quis id facere velit, ex quo nullum lucrum laturus sit, nisi vt alij officiat *l. in fundo 37. supr. de rei vindic.* Atqui malitia venditoris est, si ob id tantùm quod præstituto die ad metiendum nec vino intra diem admenso, velit illud effundere. Quid enim laturus inde est, nisi vt emptori officiat? Ergo permitti ei non debet

BIU Cujas

debet vinum effundere. Et quemadmodum quod vni prodest & alij non nocet, facilè conceditur *l. in creditore 38. in fin. infr. de euict. l. pen. C. de precib. Imper. offer.* Ita è contrario quod vni nocet nec alij prodest, non facilè permitti debet *d. l. in fundo.*

Dec. Non est ferendum, vt facto vel potiùs non facto emptoris venditor, cui nihil imputari potest, perpetuæ custodiæ incommodo afficiatur & periculo oneretur *l. 4. §. vlt. infr. l. si mora 9. infr. solut. matrim.* Atqui venditor custodiam vini venditi adeóque periculum præstare debet, quousque saltem degustatum sit, vt ad initium huius legis diximus. Ergo vt se ab eo incommodo & periculo liberet, permittendum ei est post præstitutam diem, atque ita emptore per solum diei lapsum in mora constituto vinum effundere. Nec damnum ex eo vllum videtur sentire venditor, quod ex culpa sua sentiat, ex regula *leg. quod quis 203. de regul. iur.* Sed tamen æquissimo temperamento Vlpianus iuris huius asperitatem, quæ aliqua sanè est, ita temperat, vt non statim atque lapsum est tempus intra quod degustari vinum debuit, liceat venditori id effundere, sed tum demum cùm testato prius denunciauerit emptori, vt vel tollat vinum, vel sciat futurum vt effundatur. Ita enim fit vt in mora noua constituatur, vinóque posteà effuso non tam de venditoris iniuria, & impatientia conquerendum habeat, quàm de nimia sua incuria & negligentia. Vt & in *leg. in peremptorio 71. supr. de iudic.* Quamquam hoc etiam subsecuto laudandus potiùs est venditor, si cùm posset vinum effundere, non effudit, vt Vlpianus hîc subiicit. Non enim quod licet omne honestum est *leg. non omne 144. de regul. iur.* Sicut nec omne quod licet, expedit *leg. ancillarum 27. in fin. supr. de hered. petit. l. quidam 27. de condic. instit. infr.* Præsertim cùm si agere venditor vltrò velit, vt emptor vina tollat, paratam habeat in eam rem ex vendito actionem, etiamsi à custodia & periculo iam sit liberatus ob præcedentem moram emptoris, vt Accursius noster benè adiicit ex *leg. si is qui 9. infr. de action. empt.* Alia causa est heredis à quo vinum aliquod legatum est. Quamuis enim legatarium constituerit in mora vini accipiendi, non tamen nisi valde periculosè vinum potest effundere, sed tantùm opposita doli exceptione sibi prospicere, vt non priùs vinum præstare cogatur quàm ei legatarius præstiterit, quanti eius interfit vinum sua die acceptum esse si quod propter moram eius damnum passus sit heres, vt Pomponius scribit in *leg. si heres 9. infr. De tritic. vin. & oleo legat.* Ideò fortasse quòd heres solus teneatur legatario, & quidem ex iusta defuncti voluntate, non etiam legatarius heredi. At emptor tenetur venditori ex proprio contractu ad hoc vt vinum quod emit, tollat non minus quàm vt precium vini soluat *dict. leg. si is qui infr. de action. empt.* Plus ergo iuris habet venditor contra emptorem, quàm heres contra legatarium, vt post moram effundere vinum possit. Quanquam nec venditori statim & passim licet, sed cum temperamento illo, quod diximus.

a *Ea propter mercedem quoque doliorum.* Rat. dvb. In venditione vini nihil dictum est de mercede doliorum exigenda. Ergo actio ex vendito in eam rem non videtur posse competere: Præsertim cùm in venditione non sit tractandum de mercede, sed tantùm in locatione quæ in eo maximè distat à venditione in qua precium interuenire debet, non merces *leg. 2. & pass. infr. Locat.*

Dec. In emptis & venditis spectandum præcipuè est quid actum sit *l. sed Celsus 6. §. 1. supr. de contr. empt.* Id autem actum intelligitur vt præstet emptor venditori, vt & venditor emptori quicquid ex bona fide præstari vtrimque oporteat. Bona verò fides non patitur, vt venditor damnum vllum sentiat ex eo quod vina quæ effundere post interpellationem iure suo poterat si voluisset, seruauerit integra in doliis. Sentiret autem damnum si eius interfuit inania, & euacuata esse vasa in quibus vinum fuit, puta si locaturus ea fuisset vel si necesse habuit alia conducere dolia. Nam & lucri cessantis ratio habetur in æstimando eo quod interest *l. si commissa 13. infr. Rat. rem haber.* Ergo actio ex vendito in hac specie dari debet venditori vt indemnitas ei ab emptore præstetur, quam porrò non aliter consequi potest quàm si emptor præstet ei mercedem doliorum, quæ aut locare potuerit, aut ab alio conducere coactus sit.

b *Commodius autem est conduci vasa.* Notat Accursius hæc verba non importare necessitatem, nec cogendum esse venditorem vt hoc Vlpiani consilium sequatur si iure suo vti malit, & vinum post congruam interpellationem emptori factam effundere. Et ita ego quoque sentio. Pergit enim Vlpianus docere in hoc versiculo quid venditorem facere sit commodius, si malit venditum vinum adseruare quàm effundere, vt boni & amici venditoris laudem aliquo suo non tam damno quàm incõmodo sibi acquirat. Et ait cõmodius vtrique fore si vasa conducat, vt suis vtatur nec vinum reddat, nisi quanti ea vasa conduxerit reddatur. Nisi fortè expeditius putet venditor, vt vinum bona fide vendat, id est, quantum sine ipsius incommodo fieri potest, operam dare vt quàm minimo detrimento sit ea res emptori. Qua enim fronte conqueri posset emptor venditum esse vinum quod effundi potuit? Satis enim ei esse debet quod ex vino vendito saltẽ id habeat quod ex eius venditione redegit vẽditor, cùm nihil omnino fuisset habiturus si effusum vinum fuisset. Non nego esse hoc laudabilius, & bono viro præsertim Christiano dignius, cùm hominem beneficio affici interfit hominis *l. seruus 7. in fin. infr. Tit. prox.* Sed dico non esse prohibendum venditorem vti iure suo & post interpellatum, atque ita in mora constitutum emptorem vinum effundere *leg. 2. de his qui sui vel alien. iur. sunt leg. si duorum 52. infr. de action. empt.* Iuris enim executio non habet iniuriam *leg. iniuriarum 13. infr. de iniur.* Idque apparet ex §. *proxim. seq.* Simile quid adfert Accursius ex *leg. hac lege decernimus 8. Cod. de pact. conuent. tam sup. dot.*

4 ¶Si doliare vinum emeris, nec de tradendo eo quicquã conueneritid videtur actũ, vt antè euacuarẽtur, quàm ad vindemiam opera eorum futura sit ne-

BIU Cujas

cessaria. quòd si nõ sit euacuata: faciendum, quod veteres putauerunt, per corbem venditorem mensuram facere, & effundere. veteres enim hoc propter mensuram suaserunt: si, quanta mensura esset, non appareat: videlicèt vt appareret, quantum emptori vini perierit.

Ad §. vlt. Si doliare vinum.

RAT. DVB. Imputari potest venditori, cur non legem apertiùs dixerit, nec tempus præstituerit intra quod euacuari dolia oporteret, si eorum operam sibi necessariam futuram præuidebat *l. Labeo scripsit 21. supr. de contr. empt. l. veteribus 39. supr. de pact.* Ergo si doliare vinum emeris, id est quod in doliis est, necdum ex doliis in amphoras, & cados effusum, nec de tradendo eo quicquam conuenerit, non est faciendum quod veteres putauerunt, vt liceat mihi per corbem vinum effundere: neque enim id sine euidenti iactura tua fieri potest, & quamuis absque dolo malo id à me fieret, negari tamen non potest, quin id latæ culpæ proximum sit, cùm etiamsi egerem doliis ad vindemiam, tutius tamen esset, ac honestius alia dolia me conducere incommodo emptoris, quàm vinum ei venditum effundere, secundum ea quæ diximus in *§. prox. præced.*

DEC. In emptis, & venditis semper inspiciẽdum est quid actum sit, vt iam toties diximus ex *l. sed Celsus 6. §. 1. supr. de contr. empt.* Atqui cùm vinum doliare venditur, id est, vt ego interpretor, vinum, quod in diuersis doliis erat, nondum mensuratum quidem, sed tamen venditum ad mensuram & sine doliis vt in *l. pen. in fin. infr. de tritic. vin. & oleo legat.* Id actum intelligitur, vt dolia & vasa ante euacuarentur, quàm eorum opera ad vindemiam futura esset necessaria. Nec enim cogẽdus est venditor, vt doliis quæ nõ vẽdidit, perpetuò careat, aut vt perpetua vini venditi custodia teneatur ob factum, aut potius nõ factũ emptoris *arg. l. si mora 9. infr. sol. mat.* Ergo si negligẽs sit emptor in mensurãdo vino, & euacuãdis doliis, permittendũ est venditori, vt per corbem vinum effundat, non vt hęc effusio vice alicuius traditionis esse possit, sed vt sciatur & appareat, quantum emptori perierit, ne scilicet venditor ad quicquam aliud præstandum ampliùs teneatur, quàm quod ad mensuram vsque venditam tradendum supereſt, aut effundendum, si de mensura non aliter appareat. Sed hoc intelligendum est cum temperamento, de quo in *§. præcedente*, id est, vt venditor testato denuncier emptori, vt intra certũ tempus vinum tollat, aut sciat futurum, vt vinum effundatur. Hoc enim facto licèt adhuc modestiùs facturus sit, si cùm possit vinum effundere, non effundat, sed vel mercedem doliorum exigat, quæ alij fuerat locaturus, aut eorum quæ ab alio conduxerit, vt in specie §. superioris, si tamen iure suo vti velit, non est prohibẽdus quominùs effundat, nec eo nomine condemnandus quasi damnum iniuria dederit, quia nec damnum vllum sensisse videtur emptor quod ex culpa & mora sua sensit ex regula *l. quod quis 203. de regul. iur.* Non enim quod subiicitur voluntati & potestati alicuius, subiicitur etiam iuris necessitati, vt benè Accursius noster hìc notat ex *l. hac generali lege 8. C. de pact. conuent. tam sup. dot. l. non quicquid 40. sup. de iudic.* Etsi non ignoro alios esse qui putent quod in hoc §. de effundendo vino scriptum est, sic accipiendum esse quasi facetè & ironicè Vlpianus ita locutus sit potiùs quàm seriò & ex præscripto, vt nimirum maiorem honestatis quàm iuris rationem habeamus, cùm non omne quod licet, etiam honestum sit, vt proximè diximus, quasi verò arctandus ideò sit venditor, vt iure suo vti prohibeatur post constitutum in mora emptorem, & alia conducenda dolia conquirere cogatur, vt cum tanto suo incommodo, officiosi & honesti venditoris laudem non énque sibi comparet, quod certè probabile mihi non videtur. Iunge *l. si in emptione 34. §. alia supr. de contr. empt.* & quæ Cuiacius scripsit *libr. 2. Obseruat. cap. 36. de doliis & vasis vinariis*, ex *l. vinaria 206. de verbor. signific. & d. l. penult. de tritic. leg.* licet mihi non omnino probentur.

2. GAIVS libro 2. Cottidianarum rerum.

HOc ita verum est, si is est venditor, cui sine noua vindemia non sint ista vasa necessaria. si verò mercator est, qui emere vina, & vendere solet: is dies spectandus est, quo ex commodo venditoris tolli possint.

Ad l. Hoc ita verum 2.

RAT. DVB. Quoties in executione venditionis spectandum est commodum venditoris, spectandum est quatenus venditor ille est, non quatenus aut hic aut ille venditor, non enim in personas singulas, sed generaliter iura cõstituta sunt *l. iura non in singulas 7. supr. de legib.* Ergo quoties vina quæ in doliis sunt, vendita fuerunt, sine doliis, generaliter dicendum est eum diem spectandum esse euacuandis doliis, & tollendo aut effundendo vino, quo ex commodo venditoris id fieri possit, nec quòd venditor mercator sit, & negotiator rationem iuris mutare potest *l. vlt. infr. hoc tit.*

DEC. Iura non aliàs benè constituuntur, quàm si omnium circunstantiarum, quæ ex facto pendent locorum, temporum & personarum *l. bona fides 31. supr. deposit.* Atqui alia conditio est venditoris, cui vasa doliaria non nisi ad vindemiam sunt necessaria, alia verò eius, qui mercator est & vina vendere solet vel emere. Huic enim possunt dolia esse necessaria longo tempore ante vindemiam. Dies igitur hoc casu præstituendus est non ex tempore vindemiæ, sed ex vtilitate & necessitate negotiationis, alioqui fieret hoc casu iniuria venditori, quæ aliter nulla fieret. Longéque alia species & ratio est *dicta l. vlt. infr. hoc titulo*, vbi agitur.

BIU Cujas

agitur de præstando eo quod interest, quod ratione pecuniæ nunquam præstatur, habita præsertim ratione lucri quod ex negotiatione posset accedere: quia excresceret facilè in infinitum *l. 3. sup. de in lit. iurand. l. 3. & sequent. supr. de eo quod cert. loc.*

1 ¶ Custodiam autem, ante admetiendi diem, qualem præstare venditorem oporteat, vtrùm plenam, vt & diligentiam præstet: an verò dolum dumtaxat, videamus. & puto, eam diligentiam venditorem exhibere debere: vt tamen fatale damnum, vel vis magna eum excuset.

Ad §. 1. Custodiam.

RAT. DVB. Cum ad mensuram vinum venditur imperfecta & conditionalis venditio est, quousque vinum admensum sit, ideóque periculum omne interim ad venditorem pertinet *l. quod sæpe 35. §. in his & §. pen. sup. de contr. empt.* Atqui tractat hîc Caius de vino ad mensurã vendito, vt constat ex illis verbis *ante admetiendi diem.* Ergo frustra quæritur hic, qualem custodiam præstare interim venditor debeat, cùm nec ad alium quàm ad ipsum damna etiam fatalia pertineant *l. quæ fortuitis 6. l. pignus 9. C. de pignor. act. l. contractus 23. de regul. iur. iunct. l. eum qui 14. in princip. infr. de furt.* Et ob hanc nimirum causam concludit Accursius, intelligendam esse legem istam de vino in specie vendito, puta quod in his & in illis doliis est, non de vendito in genere & ad mensuram, & de quo tamen admetiendo actum sit inter emptorem & venditorem, certa die in eam rem præstituta, non ad perficiendam emptionem, sed vt sciret emptor quantum emisset, quod si ita est, ad hanc quoque speciem aptandum erit quod scriptum est in *§. vlt. legis præcedentis.* Eadem enim species vtrobique tractatur de vino scilicet doliari vendito per modum speciei, non generis, & nihilominus metiendo, non vt appareret, quantum emeretur, vt in *l. si in emptione 34. §. alia est supr. empt.* sed vt appareret quantum emptori, aut periisset, aut nõ periisset *d. §. vlt. legis prox. supr.* Atque ita omnino, meo iudicio sentiendum est. Quoties enim periculum rei venditæ ad emptorem pertinet, toties dicimus venditorem interim & ad traditionem vsque custodiam præstare debere *d. l. eum qui.* Quoties autem custodiam præstare venditor debet, toties dicimus, & à fatali damno, & à vi maiore excusandum eum esse. Qua enim custodia vel diligentia assequi quisquam possit, ne damnum iniuria ab alio patiatur? *l. sed & de damno 38. infr. locat.* Cúmque custodia aduersus vim nihil proficiat *l. si ea res 31. infr. de action. empt. l. ad eos 19. supr. Commod.* quanto minùs aduersus damna fatalia proficere poterit? Sed extra damnum fatale & vim maiorem, in cæteris omnibus diligentiam exactissimam præstare venditor debet *l. prox. seq.*

3. PAVLVS lib. 5. ad Sabinum.

CVstodiam autem venditor talem præstare debet, quam præstant hi, quibus res commodata est: & vt diligentiam præstet exactiorem, quàm in suis rebus adhiberet.

Ad l. Custodiam 3.

RAT. DVB. Contractus venditionis fit gratia vtriusque, cùm sit vltro citróque obligatorius æquè principaliter, contractus autem commodati regulariter non fit, nisi gratia solius commodatarij *l. si vt certo 5. §. nunc videndum supr. Commod.* Ergo non debuit contractus venditionis comparari cum contractu commodati, sed potiùs cum contractu pignoratitio qui vtriusque gratia fit, & ex quo propterea non tenetur creditor de culpa leuissima, sed tãtum de lata & leui *§. vlt. Instit. quib. mod. re contr. obl. l. contractus 23. de reg. iur.*

DEC. Sunt diligentiæ, sicut & negligentiæ gradus quidam, & iis quoque casibus, quibus præstanda est diligentia, fieri potest, vt vno casu præstari maior debeat, quàm alio, vt in specie proposita. Venditor enim diligentiam quidem præstare debet in custodienda re vendita vsque ad traditionem *leg. eum qui 14. in fine principij infr. de furt.* & quidem maiorem quàm in suis rebus præstare soleat, si forte in rebus suis negligens sit. Potest enim quilibet pro arbitrio in rebus suis negligens esse, at non etiam in alienis ex bona fide, cùm negligentia quæ in propriis rebus culpanda est, in alienis sit coercenda *argum. l. si constante 24. §. si maritus in fin. inf. solut. matr.* Si modò excipias causam depositi, quod cùm non fiat, nisi ratione custodiæ, imputare sibi certè debet is qui minùs diligenti, aut omnino negligenti amico rem custodiendam tradit, quia non tam ei aut eius negligentiæ quàm suę facilitati acceptum id ferre debet *l. 1. §. is quoque infr. de oblig. & action. §. præterea Instit. Quib. mod. re contr. oblig.* Commodatarius verò, quia eius solius gratia commodatum fit, regulariter tenetur de culpa etiam leuissima & diligentiam exactissimam præstare debet, id est non qualem diligens quilibet paterfamilias, sed qualem diligentissimus quisque in rebus suis adhiberet *l. in rebus 18. supr. Commod. extra casum d. l. si vt certo §. interdum eod. tit.* Nec quicquam vetat venditorem qui in rebus suis custodiẽdis negligens sit, in custodienda tamen re vendita exactiorem diligentiam præstare debeat quàm quæ ab eo in rebus suis adhibetur, vt hîc scriptum est, tantam scilicet quantam diligens quisque paterfamilias adhiberet, sed tamen non tantã quantam diligentissimus paterfamilias præstaret. Atque ita accipiendũ arbitror quod Paulus hîc scribit, Vẽditorẽ talẽ custodiam præstare debere, qualem præstãt ij, quibus res commodata est, nimirũ cum hac restrictione, hactenus sc. vt diligentiam prẽstet exactiorẽ quàm in rebus suis adhiberet, non tamen exactissimã, qualem diligentissimus paterfamilias præstaret, vt commodatarius. Et hoc fortasse est quod senti-

BIU Cujas

Accursius, cùm ait talem diligentiam præstare vēditorem debere, qualem commodatarius, sed non tantā, etsi quod addit conditionis loco *si modò maiorem diligentiā adhibebat in suis tempore contractus, quàm modò faciat.* Quasi non aliā maiorem diligentiā à vēditore Paulus exigat, quàm quę ab eo in rebus propriis adhibebatur cōtractus tempore, quod falsum est. Siue enim negligentior, siue diligētior fuit contractus tempore quàm hodie sit, non sufficit vt parem diligentiam in custodiēda re vendita præstet, nisi eam præstet quam alius quilibet paterfamilias diligens in rebus suis præstaret, sed non quam diligentissimus, in quo proinde dispar ratio est commodatarij & venditoris. Proinde nec illud verum est quod idem Accursius primùm tentat, quod hic de commodatario scriptum est, restringendum esse ad eum casum, quo commodatum vtriusque gratia factum sit, cùm eo casu de dolo tantum teneatur *d. §. interdum.* Hîc verò etiam de negligentia.

4. VLPIANVS libro 28. ad Sabinum.

SI quis vina vendiderit, & intra diem certum degustanda dixerit: deinde per venditorem steterit, quo minùs degustarentur: vtrùm præteritum dumtaxat periculum acoris & mucoris venditor præstare debeat: an verò etiam die præterito: vt, si fortè corrupta sint, postea quàm dies degustandi præteriit, periculum ad venditorem pertineat? an verò magis emptio sit soluta, quasi sub conditione venierit, hoc est, si ante diem illum fuissent degustata? & interereit quid actum sit. ego quidem arbitror, si hoc in occulto sit, debere dici, emptionem manere. periculum autem ad venditorem respicere, etiam vltra diem degustando præfinitum: quia per ipsum factum est.

Ad l. si quis vina 4.

RAT. DVB. Cum quis vina vendidit, siue in genere, id est ad mensuram, siue in specie puta tot amphoras, aut tot dolia, vt in *l. 1. §. 1. supr.* & ea vina intra certum diem degustanda dixerit, constat venditorem esse quasi conditionalem, nec priùs perfectam dici posse, & vinum plenissimè venditum, quàm fuerit illud degustatum *d. l. 1. in princip. l. quod sæpe 35. §. in his supr. de contr. empt.* Gustus enim ad hoc proficit, vt improbare liceat, quod non liceret post perfectam venditionem *l. si in emptione 34. §. in his eod.* Ergo si intra diem præstitutum degustationi non sint vina degustata, dicendum est venditionem non tenere quasi defecta conditione, siue per venditorem steterit, siue per emptorem, aut si quis malit dicere, emptionem nihilominùs in dubio tenere, dicendum videtur periculum acoris & mucoris, si quod post diem degustationi dictum superuenerit ad emptorem pertinere debere, quippe qui per solum dici lapsum in mora constitutus sit, vt in *l. prox. infr.* Non etiam ad venditorem, quamuis ante diem fuerit in mora tradendi vini, quasi mora illa non aliud facere possit, quàm vt ante diem, & ex illo tempore moræ periculum ad venditorem spectare debeat vsque ad diem præstitutum non vltra, nihil enim vetat vno tempore in mora esse venditorem, alio verò emptorem. Et quemadmodum regulariter accidit, vt solo temporis lapsu mora inducatur *dict. l. prox. infr. l. magnam 12. C. de contr. & committ. stipulat. l. ad diem 77. infr. de verb. oblig.* Ita & euenit plerunque vt prior mora purgetur & tollatur per posteriorem *l. qui decem 72. in princip. & §. 1. de solut.* & posterior mora noceat emptori, cùm prior nocuisset venditori *l. illud sciendum 17. infr. hoc tit.* Quidni ergo dicamus in proposita specie periculum acoris & mucoris, si venditor ante diem in mora fuerit esse venditoris, elapso verò die quo vinū degustari debuit, esse emptoris, tāquā duplici mora contracta priore quidē per venditorem, posteriore verò per emptorem?

DEC. Nunquam in dubio sumenda est ea interpretatio quæ venditionem conditionalem faciat, sicut enim odiosæ sunt conditiones tanquam quæ actus puritatem, vt ita dicam, impediant, eiúsque validitatem suspendant, adeò vt deficiente conditione perinde haberi debeat, acsi nullus actus interueniisset *l. pecuniam 36. supr. de reb. credit. l. vnic. §. sin autem sub conditione C. de caduc. tollend.* Ita & conditionales omnes venditiones odiosæ sunt tanquam imperfectæ, & quæ nec pro factis habendæ sint si cōditio defecerit *l. hæc venditio 7. l. si quis fundum 37. supr. de contr. empt.* Ergo si vina sic vendita sint, vt degustentur intra certum diem, & per venditorem steterit quominùs degustata sint, quamuis in emptis & venditis id maximè spectandum sit quod actum est *l. sed Celsus 6. §. 1. eod.* In dubio tamen credendum est id actum esse, vt siue intra statutum diem degustata essent vina, siue non essent, emptio tamen teneret, quia vtroque casu perinde quèri emptor de se debet, cùm etiam non degustando æquè ac malè degustando probasse vina intelligatur *l. si vina 15. infr. hoc tit.* Sed hoc ita, nisi intra diem degustationi dictum steterit per venditorem. Hoc enim casu mora quæ per eum semel contracta est, tamdiu durat, quamdiu per posteriorem morā emptoris purgata non sit, non purgatum autem per lapsum superuenientem diei intra quem degustari vinum debuerat. Dies enim adiectus fuerat, non ad purgandam moram, si qua priùs à venditore contracta esset, sed ad constituendum potius emptorē in mora, si non prior ille venditorem interpellasset. Denique mora nunquam ad tempus contrahitur, & quę ante diē contracta est, vltra diem suos effectus porrigit, si non purgetur, scilicet per spontaneam venditoris morosi oblationem, quā interpellatus emptor sine causa recusauerit vt in *d. l. illud.* Quid? An non teneretur venditor de omni periculo etiā quod citrà moram vllam ante degustationem contigisset? Ita sanè ex natura contractus, si cum Accursio nostro

noſtro ponas vendita fuiſſe vina in genere & ad menſuram. Quo caſu omne periculum nõ tantùm acoris & mucoris aut alterius cuiuſlibet qualitatis, ſed etiam ſubſtantiæ ad venditorem pertinet, quaſi nondum perfecta venditione ex *d.l.quod ſæpe 35.§.in his & §.pen.de contr. empt.* Sed cùm hîc Vlpianus de ea venditione loquatur, quæ pura ſit non conditionalis, & de vinis quæ poſt diem deguſtationi præſcriptum corrupta ſint, malo hunc locum intelligere de vinis venditis in ſpecie, id eſt tot amphoris, tot doliis. Quo caſu ſi nihil de deguſtatione dictum eſſet, omne periculum, vt alia qualibet ſpecie venditâ, ad emptorem pertineret *d.§.in his.* Die verò deguſtationi dicto, etſi æquè periculum ante deguſtationem venditoris eſt ex natura contractus, venditio tamen non conditionalis, ſed pura eſt, quia non ſicuti menſura, ita & deguſtatio facit emptionem merè conditionalem *l.ſi in emptione 34.§.alia eodem titul.* Quid ergo refert, inquies, an moram aliquam in deguſtando vino contraxerit venditor, an nullam? Imò, inquam, intereſt: nam ſi de vino deguſtando aliquid dictum ſit, periculum quidem ad venditorem ſpectat ex natura contractus, quouſque mora per emptorem contracta ſit, aut per venditorem. Sed etſi nihil de die deguſtationis adiectum fuerit, idem eſt, dummodò conuenerit, vt degueſtetur, niſi quod hoc caſu durior eſt conditio venditoris, vt dicemus in §.*ſeq.* Sed tamen multum intereſt, an periculum vini venditi ad venditorem pertineat ex natura contractus, an ex mora. Periculum enim quod ex natura contractus contingit venditorem, non durat, niſi in eum vſque diem qui deguſtationi præfinitus eſt, poſt eum verò diem ipſo iure transfertur in emptorem. At periculum quod propter moram venditoris ad eum pertinet, etiam poſt diem extenditur quamdiu mora durat, nec per poſteriorem venditoris oblationem purgata eſt, perinde acſi dies deguſtationi dictus non eſſet: non enim adiicitur dies, vt moram purget, ſed vt eam inducat potius, quemadmodum diximus. Et hoc eſt quod Vlpianus hic adiicit, *quia per ipſum factum eſt*, hoc ſenſu, quia ſufficit per venditorem ſemel moram factam eſſe, vt perpetuo teneatur, vt in *l.Titia Seio 87.§.vſuras de legat.2.* Eſt igitur hic locus de periculo vini venditi, ſuperior verò de cuſtodia.

1 ¶ Si auerſione vinum venit, cuſtodia tantùm præſtanda eſt. ex hoc apparet, ſi non ita vinum venit, vt degustaretur, neque acorem, neque mucorem venditorem præſtare debere. ſed omne periculum ademptorem pertinere. difficile autem eſt, vt quiſquam ſic emat, vt ne degueſtet. quare ſi dies degustationi adiectus non erit, quandocunque degustare emptor poterit: &, quoad degustauerit, periculum acoris, & mucoris ad venditorem pertinebit. dies enim degustationi præſtitutus, meliorem conditionem emptoris facit.

Ad §.1.Si auerſione.

Quid ſit *auerſione vendere* iam explicauimus ex Iacobo Cuiacio ad *leg.qui officij 62.§.1.ſupr.de contr. empt.* longè aliter ac melius quam hîc Accurſius qui legit *aduerſione*, quaſi deducto nomine ab aduerſitate, quòd periculum caſus fortuiti & aduerſi ſpectet ad emptorem, qui auerſione quid emit *dicta l.qui officij §.1.* Sed ea res non liberat venditorem à cuſtodia, quam & alius quilibet certæ ſpeciei venditor præſtare emptori debet *leg. eum qui 14.infr.de furt.* Ac de cuſtodia quidem nemini dubium eſt. De periculo autem dubitari magis poterat, quaſi periculum ad eum ſpectare debeat ad quem & cuſtodia ſpectat, ſed non eſt bona conſecutio à cuſtodia ad periculum, vt conſtat ex *dicta leg.eum qui & leg.2.§.vltim. cum leg.prox.ſupr.* ſiue de vino vendito, ſiue de qua alia re vendita tractemus. Differentia tantùm in eo eſt, quod vina, & ſi qua ſunt alia huiuſmodi, degustari ſolent antequam vendantur, aut ſaltem prius quàm tradantur. Difficile namque eſt, vt quiſquam vina ſic emat, vt neque degueſtet, quemadmodum Vlpianus hîc ſcribit, quod tamen ſi quando accidat, haberi debent pro degustatis, & probatis, nec niſi de ſe conqueri emptor debet qui vina emerit, nec degustata, nec degustanda *leg.ſi vina 15.infr.* Proinde ſi de vinis degustandis nihil in venditione dictum ſit, conſtat omne periculum, ſiue qualitatis, ſiue ſubſtantiæ ad emptorem omnimodo pertinere, dum ne qua mora in vino tradendo per venditorem facta ſit, vt in ſpecie illa de quâ proximè ſcripſimus. Nempe ſi vinum in ſpecie, aut per auerſionem venditum ſit, hoc eſt in globo & vno precio, non in genere ad menſuram, & precio in ſingulas menſuras conſtituto. Quo caſu venditio condicionalis eſſet, ac imperfecta ante menſurationem *leg. quod ſæpe 35.§.in his ſupr.de contr.empt.* Quæ res faceret, vt non tantùm cuſtodia, ſed etiam periculum interim ad venditorem pertineret. Sed ſi de vino degustando expreſſim conuenerit (nec enim venditioni cuilibet vini conditio hæc tacitè vnquam ineſt) diſtinguit Vlpianus, an degustationi dies aliquis adiectus ſit, necne. Si quis adiectus erit in eum vſque diem periculum totum ad venditorem pertinebit, poſt eum verò diem transferetur in emptorem, quaſi hoc ipſo, & ſolo lapſu temporis in mora conſtitutum. Vtrumque autem hoc ita, niſi per alterutrum mora facta ſit ante diem. Tunc enim ea obtinent quæ ad huius legis initium proximè diximus. Si verò dies degustationi adiectus non ſit, in arbitrio & poteſtate emptoris eſt, vt quandocunque degueſtet, nec priùs in mora degustandi eſſe videatur, quàm à venditore interpellatus congruo loco & tempore is ſine cauſa iuſta recuſauerit. Interim ergo omne periculum & totius intermedij eius temporis ad venditorem pertinebit, qui ſic vendidit, vt vina degustarentur, nec degustationi diem dixit, nec poſtea ex interuallo, vt vina degustarentur, emptorem in-

BIU Cujas

terpellauit, quod si ita est, vt est, consequens sit, vt dies degustationi præstitutus meliorem faciat conditionem venditoris, vt & citius & solo diei aduentu citra vllam interpellationem, & à custodia, & à periculo liberetur. Et tamen contrà hîc scribit Vlpianus noster, diem degustationi præstitutum meliorem emptoris conditionem facere, quod euidenter falsum est. Igitur vel Cuiacij emendatio recipienda est qui *lib. 23. Obseruat. c. 34.* legendũ putat negatione addita *dies enim degustationi non præstitutus*, vel pro *emptoris* reponendum est *Venditoris*, vt idem ille existimat ob facilem nominum relatiuorum permutationem, vt in *leg. si in emptione 34. in princip. supr. de contrab. empt. l. 5. Cod. qui manumitti non poss.* vel, quod probabilius putarem *ipsius*, nec enim ad alium quàm ad venditorem, de quo proximè actum est, referri ea dictio posset. Nam quod Accursius vt vulgatam lectionem defendat, sic eam interpretatur, ac si scriptũ esset, diem degustationi dictum meliorem facere emptoris conditionem quàm futura esset, si nihil de vino degustando dictum fuisset, quo casu periculum omne & totius temporis esset venditoris, prorsus improbabile est. Fit namque comparatio ab Vlpiano inter duos illos casus, si degustationi aliquis dies adiectus sit, & si nullus supposito tamen, in vtroque casu pacto de vino degustando, vt ex verbis textus clarissimè apparet, quæ non felicius quod ad cætera explicat Accursius hærens perpetuò in pacto illo commentitio quod ipse vocat *de aduersione*. Rationes autem dubitãdi & decidendi ad hunc §. ex iis quæ diximus in præcedentibus præsertim ad *l. 1. supr.* & ad initium huius legis, facile intelligentur.

2 ¶ Vino autem per auersionem vendito, finis custodiæ est auehendi tempus. quod ita erit accipiendum, si adiectum tempus est. ceterùm, si non sit adiectum, videndum, ne infinitam custodiam non debeat venditor. & est verius, (secundùm ea quæ suprà ostendimus) aut interesse, quid de tempore actum sit, aut denunciare ei, vt tollat vinum. certè antequàm ad vindemiam fuerint dolia necessaria, debet auehi vinum.

Ad §. vlt. Vino autem.

Æquè in hoc §. nugatur Accursius, cùm ait posse Vlpianum intelligi de vino vendito ad mensuram, id est certo precio in singulas mensuras constituto: Cum tamen disertè tractet Vlpianus de vino per auersionem vendito. Quod nihil aliud est, quàm venditum fuisse vinum in globo, id est vno precio in omnem vini quantitatem quæ vendita & declarata est, non in singulas mensuras constituto. Quoniam autem priùs dixerat Vlpianus, vino per auersionem vendito periculum quidem ad emptorem statim pertinere, nisi ea lege venditum fuerit, vt degustaretur, sed tamen custodiam à venditore præstandam esse, tractat nunc quis custodiæ huius finis esse debeat. Et ait generaliter non alium finem custodiæ quàm auehendi vini tempus esse posse, id est, quo vinum auehi debeat per emptorem, non solùm vt venditor tandem aliquando possit vti doliis quæ non vendidit, sed etiam ne alioqui perpetua & infinita custodia oneretur. Quamuis enim de eo nihil in venditione dictum sit, & videatur imputari posse venditori, cur non dixerit legem apertiùs (quæ ratio erat dubitandi ad hunc locum ex *leg. veteribus 39. supr. de pact. l. Labeo 21. suprà de contrab. empt.*) cùm tamen in emptis & venditis semper spectandum maximè sit id quod actum est *l. Sed Celsus 6. §. 1. eod.* nemo vtique dixerit id actum videri, vt vendita vina nunquam aueherentur, si ita emptori placeret ad venditorem perpetua & infinita custodia onerandum. Esset enim id non solùm non ex bona fide, sed etiam ad dolum & malitiam proximè accedens, cui certè non est indulgendum *leg. in fundo 38. suprà de rei vindic. leg. si mora 9. infrà solut. matrim.* Præsertim cùm emptoris quoque interesit maximè auehi citò vina, quæ solo tempore acida, vel mucida, vel aliter deteriora fieri solent *leg. si vina 15. infr.* Sed quæstio adhuc illa superest, quando sit auehendi tempus. Finge auehendo vino adiectum diem non esse. Nam si adiectus sit, non habet res dubitationem, quin eo ipso die aut saltem intra tempus illud auehendum sit vinum, ne alioqui hoc ipso & solo lapsu temporis emptor in mora constituatur, quemadmodum suprà diximus de emptore vini intra certum diem degustandi. Nec enim aliud tempus est degustandi vini, aliud auehendi, nisi cùm ad mensuram, aut sub alia conditione, siue expressa, siue tacita venditum vinum fuit, & siue degustatio facta sit, siue in degustando vino moram emptor fecerit, in auehendo quoque moram fecisse intelligetur: ideóque ab eo tempore venditori effundere vinum licebit, etiamsi per auersionem venditio facta non sit *leg. 1. §. vltim. supr.* Sed si neque degustando, neque auehendo vino tempus adiectum sit, eadem ferè quæstio recurrit, quodnam auehendi tempus constitui debeat, vt sciatur quem custodiæ finem esse oporteat. Respondet autem Vlpianus in hac quoque quæstione, vt in cæteris de empto & vendito, inspiciendum esse quid actum sit de tempore, sed si id non appareat denunciare venditorem debere emptori, vt vinum tollat, hoc addito, alioqui futurum, vt vinum effundatur, si iure suo vti venditor velit: nec alia dolia in suos vsus malit conducere, vt in *dicta l. 1. §. penult. & vlt. supr.* Eadem igitur ad hunc locum quæ ad *d. §. vlt.* dubitandi & decidendi ratio est. Certè inquit Vlpianus, antequàm ad vindemiam fuerint dolia necessaria, vinum auehi debet, quasi hoc scilicet tacitè acto inter emptorem & venditorem, cùm ad vindemiam maximè doliorum vsus necessarius sit.

5. Pav-

BIU Cujas

5. PAVLVS libro 5. ad Sabinum.

SI per emptorem steterit, quo minùs ad diem vinum tolleret: postea, nisi quod dolo malo venditoris interceptum esset, non debet ab eo præstari.

Ad l. Si per emptorem. 5.

RAT. DVB. Venditor custodiam præstare debet rei venditæ vsque ad traditionem *leg. eum qui 14. infr. de furt. l. 2. in fin. & leg. 3. supr.* Ergo etiamsi per emptorem steterit, quominùs res vendita traderetur, non ideò tamen immunis esse debet venditor ab onere præstandæ custodiæ, hactenus saltem, vt à fatali damno & à vi maiore sit excusatus *dicta leg. 2. in fin.* Nam cùm traditio sit facti *leg. consilio 7. §. vlt. inf. de curat. furios.* nemo dixerit moram in tradenda re vendita traditionem esse. Alioqui nec ad tradendam rem actio vlla emptori superesset aduersus venditorem qui per moram suam tradidisse rem iam videretur, quod tamen esset ridiculum. Ita enim sua venditori mora & frustratio prodesset contra *l. hominem 37. in fin. sup. mandat. l. in condemnatione 173. §. vnicuique de reg. iur.* vt quia moram in tradendo contraxisset, à tradendi obligatione liberaretur. Cum tamen non aliter ab ea liberari possit, quàm si rem venditam verè tradat emptori, aut emptorem in eius accipiendæ mora constituat per oblationem & interpellationem congruo loco & tempore factam. Sic enim prior mora purgatur, & emptor etiamsi priùs venditorem in mora constituisset, ipse nunc in mora constituitur *l. illud 17. infr. hoc tit.*

DEC. In omnibus causis pro facto accipitur id quod per alium stat, quominùs factum sit *l. in omnibus 39. l. in iure ciuili 161. de regul. iur.* scilicet in præiudicium morosi non ad eius vtilitatem. Sicut enim factum cuique suum nocere debet, non alteri *l. factum 155. eod.* ita nemo culpa sua liberationem acquirere sibi potest, & obligationem suam tollere *l. si seruum 91. §. nunc videamus de verb. oblig.* Et verò primus ac præcipuus moræ effectus ille est, vt transferat omne periculum in moratorem *d. l. si seruum §. sequitur & §. vlt. l. si ex legati 23. & seq. eod. d. l. hominem l. quod te 5. sup. de reb. cred. l. pen. de condict. tritic.* Ergo si per emptorem steterit, quominus ad diem vinum tolleret, dicendum est nihil à venditore præstari debere, id est, neque periculum, neque custodiam, sed omnino securum esse, nisi si quid dolo malo eius interceptum esse probetur. Quid enim tam contrarium est bonæ fidei quæ in omni contractu præsertim emptionis & venditionis præstari debet, quàm dolus malus? *l. si. dolo 5. C. de rescind. vendit.* Idem scriptum est in *d. l. illud 17. infr.*

1 ¶ Si verbi gratia amphoræ centum ex eo vino, quod in cella esset, venierint, si admensum est: donec admetiatur, omne periculum venditoris est: nisi id per emptorem fiat.

Ad §. 1. Si verbi gratia.

Mihi videtur nouus §. in his verbis constituendus. Noua enim species est, & ab ea differens, de qua in principio legis. Ibi enim tractatum est de qualibet re vendita in specie aut in genere. Hîc verò de vino vendito in genere ad mensuram, puta si amphoræ centum ex eo vino quod in cella esset, venierint, ac proinde sub ea conditione, siue expressa, siue tacita si id vinum admensum erit. Ait autem Paulus, donec admetiatur, periculum omne esse venditoris. Sed hoc ita, nisi per emptorem mora fiat. Prior pars huius sententiæ rationem illam dubitandi habet, quòd post perfectam nudo consensu venditionem omne periculum spectare soleat ad emptorem. Sed hanc decidendi, quod venditio huiusmodi rerum quæ in pondere, numero, vel mensura consistunt, non perficiatur nudo consensu, vt cæteræ quæ puræ sunt, sed ita demum si quod venditum est, adpensum fuerit, vel numeratum, vel admensum, quasi contracta sub hac conditione *l. quod sæpe 35. §. in his supr. de contr. empt.* vbi pluribus scripsimus. Posterior autem pars huius §. quæ illis verbis continetur *nisi id per emptorem fiat*, eandem sententiam habet, eandemque dubitandi & decidendi rationem, quam initium huius legis. Vt scilicet in eâdem causa sit emptor cui tradita sit res vendita, & is per quem steterit, & è contrario is qui tradidit & qui obtulit, quemadmodum hîc Gottofredus notat ex *leg. illud 17. infrà hoc titulo leg. 2. & 4. Cod. eod.* Intellige tamen cum Accursio, vt periculum vini sic venditi ad venditorem pertineat, quantum ad hoc vt precium exigere non possit, non autem vt ex ea causa teneatur ad id quod interest emptoris, quomodo alioqui ex natura contractus teneretur *leg. 1. infr. de act. empt.* Errat tamen Accursius in huius quoque §. interpretatione, cùm ponit Paulum dixisse *si pro quia*, quasi verba illa *si id admensum est* sint Pauli, cùm tamen sint verba pacti in venditione appositi, & quæ faciunt, vt sit illa conditionalis, ac si scriptum esset *si id admensum erit*, aut quod mallem, *admensum esset.*

6. VLPIANVS libro 9. ad Sabinum.

SI vinà emerim, exceptis acidis, & mucidis: & mihi expediat acida & mucida quoque accipere: Proculus ait, quamuis id emptoris causa exceptum sit, tamen acida, & mucida non veniisse. nam quæ inuitus emptor accipere non cogeretur, iniquum esse, non permitti venditori, vel alij ea vendere.

Ad l. Si vina 6.

RAT. DVB. Quod fauore alicuius cautum est, retorqueri in eius odium, & præiudicium non debet *l. quod fauore 6. C. de legib. l. nulla 25. supr. eod. ill. tit.*

BIU Cujas

l.pen. C.ad SC. Trebell. Semper enim inſpiciendum eſt, quid cuius gratia dictum & cautum ſit *l.in ratione* 30. §.*tametſi verſ.ſed id non eſt veriſimile infr. ad leg. Falcid.l.Lucius* 40.*in fin.de fideic.libert.* Atqui cùm quis vina emit exceptis acidis & mucidis, apparet exceptionem illam ſolius emptoris non etiam venditoris fauore adiectam eſſe: nec enim tam facilè reperiuntur qui acida & mucida vina velint emere, tanquam deteriorata. Ergo ſi qua de cauſa emptori expediat, vt ea quoque empta habeat, non eſt prohibendus, quominus ea quoque à venditore petat quaſi vendita, ne quod ipſius gratia cautum eſt, contra eum retorqueatur.

Dec. Non poteſt videri venditum id de quo nominatim actum eſt in vendendo, vt à venditione exciperetur *l.qui fundũ* 40. §.*fundi venditor & ſeq.l.in lege* 77.*ſupr.de contr.empt.* Atqui acida & mucida ſunt ſunt excepta. Ergo non ſunt vendita, nec proinde in emptoris qui ea excepit, arbitrio eſſe debet, vt ea ſi poſteà volet, emiſſe videri debeat. Eſt enim contractus vẽditionis vltrò citróque obligatorius, & in quo æſtimanda ſunt omnia ex mutua bona fide. Sicut autem bona fides quæ in bonæ fidei contractibus exigitur, ſummam æquitatem deſiderat *l. bona fides* 31.*ſup.depoſit.* ita & æquitas ſummam æqualitatem. Vnde & æquitatis nomen deriuatum quidam putant. Atqui non ſeruaretur inter venditorẽ & emptorem æqualitas, ſi emptor quidem inuitus acida & mucida vina emere non cogeretur, venditor autem alij ea vendere prohiberetur. Ita enim claudicaret contractus emptionis & venditionis, quod ferendum nunquam eſt, niſi in caſu *l.Iulianus* 13.§.*ſi quis à pupillo infr.de action.empt.* Nec quærendum eſt, cuius fauore mucida & acida vina excepta ſint, cùm ſufficiat excepta eſſe, vt nec pro venditis, nec pro emptis haberi poſſint, nec niſi vtriuſque gratia factum id videri poteſt, vt nec omnia vina tradere venditor cogeretur, nec emptor omnium precium ſoluere. Longéque alia ſpecies & ratio eſt *l.2.ſupr.de leg.commiſſ.* Alia namque ratio eſt pactionis appoſitæ in venditione fauore ſolius venditoris aut emptoris, alia verò ratio exceptionis. Exceptio enim totam venditionem afficit & minuit ex vtraque parte, pactio autem in fauorem alterutrius adhibita prodeſſe alteri non debet, nec inuito ei pro quo adhibita fuit, nocere. Atque ita locus hic cum ſupradictis conciliandus eſt, non quomodo iis viſum eſt, qui apud Accurſium leges à contractibus hac parte diſtinxerunt.

7. Paulvs libro 5. ad Sabinum.

ID, quod poſt emptionem fundo acceſſit per alluuionem, vel periit: ad emptoris commodum, incommodúmque pertinet. nam vt ſi totus ager poſt emptionem flumine occupatus ſit, periculum ſit emptoris. ſic igitur & commodum eius eſſe debet.

Ad l.Id quod 7.

Rat. dvb. In contractu venditionis quoties quæritur quid & quantum venditum ſit, tempus contractus inſpiciendum eſt *leg. Rutilia Polla* 69. *ſupr.de contr.empt.* Sicut & cùm tractatur, an læſio interuenerit *leg.ſi voluntate* 8. *Cod. de reſcind.vendit.* Nec aliud iuris eſt in cæteris contractibus. Atqui ponimus augmentum & incrementum quod fundo vendito per alluuionem acceſſit, non niſi poſt contractam venditionem acceſſiſſe. Ergo ad emptorem pertinere non debet quaſi nec venditum.

Dec. Id quod poſt venditionem acceſſit per alluuionem, aliud non eſt nec diuerſum à fundo vendito. Idem enim fundus eſt, qui venditus fuit, licet factus amplior, cum alluuio ſit incrementum latens, quod nec oculis diſcerni poſſit, ſic enim videmus plantas non creſcere, ſed creuiſſe. Ergo ſicuti fundus ipſe venditus eſt, ita & quod fundo per alluuionem acceſſit, venditum intelligi debet, ac proinde tanquam pars fundi venditi ad emptorem pertinere. Accedit natura & æquitas contractus. Nã etſi totus ager poſt venditionem perfectam à flumine occupatus eſſet, periculum damnúmque eſſet emptoris. Ex regula legis proximè ſequentis. Ergo & cõmodum alluuionis ad eũ ſpectare debet, quia ſecundum naturam eſt cuiuſque rei commoda eũ ſequi quem ſequuntur incõmoda *l.ſecundum naturam* 10.*de reg.iur.l.ſi in venditione* 10.§.1.*hoc tit.l.1.C. eod.*§.*cùm autem Inſtit.de empt.& vend.* Excipe agros limitatos *l.in agris* 16.*de acq.rer.dom.*

1 ¶ Quod venditur, in modum agri cedere debet: niſi id actum eſt, ne cederet. at quod non venit, in modum cedendum, ſi id ipſum actum eſt, vt cederet: veluti viæ publicæ, limites, luci, qui fundum tangunt. cum verò neutrum dictum eſt, cedere non debẽt. & ideo nominatim caueri ſolet, vt luci, viæ publicæ, quæ in fundo ſunt, totæ in modum cedant.

Ad §.1. *Quod venditur.*

Rat. dvb. & dec. ad hunc §. eadem eſt quæ ad *l.litora* 51.*ſup.de contr.empt.* Eſt enim vtriuſque loci eadem ſententia. Pete igitur vtramque ex iis quæ nos ad illum locum ſcripſimus, tam quod ad priorem quàm quod ad poſteriorem huius §. ſententiam pertinet. Prior vult illa quæ venditionem recipiunt, & per ſe vendi poſſunt, cedere in modum & menſuram agri ad menſuram venditi, niſi aliud actum ſit ne cedant. Poſterior verò, ea quæ per ſe vendi non poſſunt, vt lucos & vias publicas quæ in agro ſunt, non cedere in modum & menſuram, niſi ſpecialiter dictum ſit vt cedant.

8. Idem

8. IDEM libro 33. ad Edictum.

NEceſsariò ſciendum eſt, quando perfecta ſit emptio. tunc enim ſciemus, cuius periculum ſit. nam perfecta emptione, periculum ad emptorem reſpiciet. [a] Et ſi id, quod venierit, appareat, quid, quale, quantum ſit, & pretium, & purè venit: perfecta eſt emptio. [b] quòd ſi ſub condicione res venierit, ſi quidem defecerit condicio, nulla eſt emptio: ſicuti nec ſtipulatio. quòd ſi exſtiterit: Proculus & Octauenus, emptoris eſse periculum aiunt. idem Pomponius libro nono probat. [c] quòd ſi, pendente condicione, emptor, vel venditor deceſserit: conſtat, ſi exſtiterit conditio, heredes quoque obligatos eſse, quaſi iam contracta emptione in præteritum. [d] quòd ſi, pendente condicione, res tradita ſit: emptor non poterit eam vſucapere pro emptore: & quod pretij ſolutum eſt, repetetur: & fructus medij temporis venditoris ſunt. [e] Sanè ſi pendente condicione res interierit. ſicuti ſtipulationes, & legata condicionalia perimuntur, ſi, pendente condicione, res exſtincta fuerit. [f] ſanè ſi exſtet res, licèt deterior effecta: poteſt dici, eſse damnum emptoris.

Ad l. Neceſſariò 8.

RAT. DVB. Periculum caſus fortuiti non ad alium ſpectare iuſtiùs poteſt, quàm ad dominum, *l. quæ fortuitis 6. l. pignus 9. C. de pignor. act. l. contractus 23. de reg. iur.* Atqui perfecta emptio non facit emptorem dominum, niſi ſecuta ſit traditio, *l. nunquam nuda 31. de acquir. rer. domin.* Adeóque nec traditio ſecuta, ſi non etiam ſolutum ſit venditori precium, aut aliter eo nomine ſatisfactum, *l. quod vendidi 19. l. vt res 53. ſupr. de contr. empt.* Ergo verum non eſt quod hîc Paulus ſcribit, ſtatim atque perfecta emptio eſt, quod ſit ſtatim atque de precio conuenit, periculum ad emptorem pertinere.

DEC. Perfecta venditione nudo conſenſu ſtatim obligatur venditor, vt emptori quandocunque precium offerenti rem tradere cogatur, atque ita venditionem implere, vt dominium rei venditæ ſi penes venditorem fuit, tranſeat in emptorem, *l. ex empto 11. §. 1. l. ſi quis alienam 46. infr. de act. empt. l. pen. in fin. ſupr. de contr. empt.* Adeò vt nec alij poſſit venditor eandem rem vendere, quin crimen falſi incurrat, *l. qui duobus 18. infr. ad leg. Cornel. de falſ.* niſi emptor in mora fuerit ſoluendi precij, vt diximus ad *l. venditor 21. ſupr. de hered. vel act. vendit.* Periculum igitur ad emptorem interim pertinere æquum eſt, non ſolùm quia per eum ſtat, quominus offerendo precium fiat dominus rei venditæ, aut venditorem in mora tradendi, atque ita transferendi dominij conſtituat (qui enim facere poteſt, vt poſſit condicioni parendo iam poſſe videtur, *l. qui poteſt 174. de regul. iur.*) ſed etiam, quia non eſt in poteſtate venditoris, vt ab eo periculo ſe eximat vendendo eam rem alij, quod facere, vt diximus, nec tutò, nec honeſtè poteſt. Ne alioqui ſit in poteſtate emptoris onerare venditorem, non tantùm infinita cuſtodia, ſed etiam infinito periculo rei venditæ, quod eſſet abſurdũ, *l. 1. §. vlt. l. 4. §. vlt. ſupr. l. ſi mora 9. inf. ſol. matr.* Ex his apparet quàm grauiter errauerit vir doctiſſimus Iacobus Cuiacius, qui primus ſcripſit periculum rei venditæ ante traditionem, non ad emptorem, ſed ad venditorem pertinere. Et quod contra ſcriptum eſt in §. *cùm autem, Inſtit. de empt. & vendit.* non aliam rationem habere, quàm quod in Inſtitutionibus, nonniſi quædam initia & rudimenta iuris proponantur. In Pandectis verò diligentiùs exactæ res ad æquitatem, quaſi verò quod ſcriptum eſt in *d. §. cùm autem*, non ſit etiam ſcriptum in hac lege, & in *l. 1. ſupr. & toto hoc tit. l. 1. 2. 4. & vlt. C. eod. l. quod ſæpe 35. §. in his, & §. penult. ſupr. de contr. empt.* & tot aliis iuris locis quot ſunt in iure noſtro, qui de rei venditæ periculo loquuntur. Alioqui, ſi dominij cauſa facere deberet, vt poſt perfectam quoque venditionem periculum nihilominùs ad venditorem pertineret, idem admittendum eſſet etiam ſecuta traditione, ſi neque dum precium ab emptore ſolutum, nec aliter ab eo ſatisfactum eſſet, cùm in id vſque tempus maneat venditor dominus, *d. l. quod vendidi 19. d. l. vt res 53. ſupr. de contr. empt. §. venditæ, Inſtit. de rer. diuiſ.* Nec debuit moueri Cuiacius ex eo *l. quòd ſi neque 14. infr. hoc tit.* vt ad eum locum ſcribemus, & iam ſcripſimus *lib. 3. Coniect. cap. 4. & 5.*

a *Et ſi id quod venierit appareat.* RAT. DVB. Non ſufficit purè factam eſſe venditionem, & ſciri quid, quale, quantúmque ſit quod venditur, vt perfecta venditio dici poſſit. Quid enim ſi quid venditum ſit quod deguſtationem exigat, & de quo deguſtando conuenerit? Quid ſi ad menſuram ſit, aut ad numerum, aut ad pondus, nec tamen id numeratum adhuc, vel admenſum ſit, vel adpenſum? *l. 1. ſup. l. quod ſæpe 35. §. in his, de contr. empt.* Ideò mirum non putat Accurſius mancum hîc fuiſſe Paulum in explicando quænam ſit perfecta venditio. Poſſe autem hoc totum meliùs explicari, ſi dicamus hæc eſſe neceſſaria ad perficiendam venditionem quæ periculum transferat in emptorem, vt fiat purè, & ſine ſcriptis, & rei certæ, & quæ deguſtationem non exigat. Purè, inquit, quia ſi ſub condicione fiat, non dicitur perfecta ante impletam condicionem, & diſtinctionibus locus eſt quæ in hac lege ſubiiciuntur, *l. hæc venditio 7. l. ſi fundum 37. ſupr. eod. ill. tit. De contr. empt.* ſine ſcriptis, quia cùm in ſcriptis venditio facta eſt, non priùs perfecta dici poteſt, quàm ea in mundum redacta, & mundum completum ſit, *l. cùm inter 4. C. hoc tit. l. contractus 17. C. de fid. inſtrum.* Certæ verò ſpeciei, quia genus perire non poteſt, *l. in ratione 30. §. verum eſt autem, & §. ſin verò argenti, infr. ad leg. Falcid. l. incendium 11. C. ſi cert. pet.* Itémque ad excluſionem alternatiuæ venditionis, quia cùm véditur Stichus aut Pamphilus, is qui prior moritur, periculo venditoris eſt, qui poſterior, periculo emptoris, *l. ſi in*

emptione 34. §. pen. sup. de contr. empt. Denique, quæ degustationem non exigat ob ea quæ de venditione degustandi vini diximus in *l. 1. & seqq. supr.* His verò omnibus concurrentibus, ait Accursius perfectam esse emptionem ad hoc, vt periculum spectet omnimodo ad emptorem extra casum publicationis *l. si fundus 33. & seqq. infr. locat.* Addit tamen tres exceptiones, Nisi pactum, vel culpa, vel mora aliud inducat. Pactum, quia si etiam in conditionali venditione hoc ipsum conuenisset vt res periculo emptoris seruaretur, conuentio valeret *l. si in venditione 10. infr. l. si mancipia 18. infr. de iur. dot.* Culpa, quia quoties culpa venditoris præcedit casum, periculum ad venditorem pertinet *l. si vt certo 5. §. sed interdum supr. Commod. §. at is cui Instit. Quib. mod. re contr. oblig.* Mora denique, quia naturam contractus mutat, & periculum transfert in moratorem *l. illud 17. infr.* Ego verò ausim dicere, longè meliùs, vt par est, à Paulo nostro quàm ab Accursio rem explicari. Nec aliud requiri ad perficiendam venditionem transferendumque periculum in emptorem, quam vt appareat quid, quale quantumque sit quod venierit & precium, & vt pura venditio sit. De quo nec dubitasset Accursius si vim horum verborum percepisset. Sed primus error illius hic fuit, quod dictionem *quid* refert ac restringit ad venditionem factam in genere, dictionem *quale* ad venditionem factam in specie. Dictionem verò *quantum* ad venditionem factam in quantitate. Cùm tamen requirat Paulus vt appareat quid venditum sit, ne incertitudo aut error in substantia & qualitate substantiali corporis venditi corrumpat venditionem *l. in venditionibus 9. & seqq. supr. de contr. empt.* Item vt appareat quale sit quod venditum est, vt si fortè vina degustanda vendita sint, aut iumenta probanda, eorum qualitatem & bonitatem probatam & exploratam esse oporteat priusquàm venditio perfecta dici possit. Postremò, vt appareat quantum sit venditum, vt earum quoque rerum venditiones comprehendantur quæ in pondere, numero vel mensura consistunt. Hæc enim tria ad quantitatis causam pertinent. Vt intelligamus venditiones rerum huiusmodi ab initio puras dici non posse. Non quasi sint verè ac propriè condicionales, sed quia priusquam adnumeratæ vel admensæ vel adpensæ sint, sciri non potest quantum venditum fuerit. *l. si in emptione 34. §. alia causa est & d. l. quod sæpe 35. §. in his de contr. empt.* nec proinde periculum adhuc ad emptorem pertinere potest *d. l. 1. & 4. supr. hoc tit.* Cætera quæ ex Accursio retulimus vera sunt, & ad generaliorem huius legis interpretationem accommodata. Est enim hæc lex earum de numero quas interpretes nostri vulgò *Magistrales* appellant.

b *Quòd si sub condicione.* RAT. DVB. Venditio facta sub condicione imperfecta est quousque condicio extiterit *l. plerunque 10. §. si ante infr. de iur. dot. l. hæc venditio 7. supr. de contr. empt.* adeò vt si deficiat, venditio nulla sit *l. si fundum 37. in fin. eod.* Ergo quamuis condicionem posteà existere contingat, medij tamen temporis periculum ad emptorem pertinere non potest, non solùm quia interim dominus non est, sed quia nec actionem habet, imò nec obligationem vllam aduersus venditorem. Ex condicionali enim contractu neque cedit neque venit dies ante condicionis euentum *l. cedere diem 213. de verb signific.*

DEC. Contractus qui sub condicione initus est, existente postea quandocunque condicione perinde habetur acsi purè factus ab initio fuisset *l. potior 11. versic. videamus iunct. l. qui balneum 9. versic. amplius infr. Qui potior. in pignor. hab.* quod interpretes nostri sic exprimere passim solent, vt dicant, Condiciones quandocunque existentes retrotrahi ad tempus contractus: Quamquam non satis benè, cùm quælibet condicio nihil aliud sit quàm priuatio puritatis. Id autem quod nihil est, non magis retrotrahi possit, quàm illud fieri vt non entis aliquæ sint qualitates *l. pen. supr. de reb. credit. l. si partem 19. supr. Quemadm. seruit. amitt.* De quo nos pluribus ac sæpius tam in Coniecturarum nostrarum libris, quàm in Chiliade scripsimus. Sed ne in verbis hæreamus, illud certè verum est existente condicione contractum qui ab initio fuerat condicionalis, exinde haberi pro puro. Atqui si purè non sub condicione facta venditio fuisset, periculum iuxta ea quæ proximè diximus ad emptorem pertinuisset. Ergo idem dici debet, tametsi condicionalis venditio fuerit, si modo quandocunque condicio extiterit. Quod & Proculum & Octauenum & Pomponium existimasse Paulus refert.

c *Quòd si pendente condicione emptor.* RAT. DVB. Quandiu pendet condicio, neque venit neque cessit dies obligationis *d. l. cedere diem 213. de verb. signific.* & verum est nihil interim deberi. Cùm cedere diem nihil aliud sit, quàm incipere deberi, vt eadem lex ait. Ergo si pendente condicione emptor vel venditor decesserit, etiamsi posteà condicio existat, non tamen potest aut hic aut ille relinquere heredem suum obligatum.

DEC. Ex contractu condicionali quamuis nulla præsens obligatio nascatur, hactenus tamen obligatur is qui promisit, vt non possit effugere quominus ex eo contractu, si quandocunque posteà existat, condicio teneatur, *d. l. qui balneum 9. infr. Qui potior. in pignor. hab.* Ideóque spes illa futuræ obligationis siue actiuæ siue passiuæ ad heredes transmittitur *l. is cui 42. infr. de oblig. & act. §. ex condicionali Instit. de verb. oblig.* qui loci quamuis de stipulatione loquantur, ad emptionem tamen & venditionem cæterosque contractus rectè porriguntur. Bona enim comparatio est, vt ex hac lege apparet. Ergo si vel emptor vel venditor pendente condicione decesserit, & posteà condicio decesserit, perinde obligati erunt heredes, atque esset emptor ipse vel venditor, si non decessisset, quasi venditione in præteritum contracta, vt Paulus hic scribit. Iam enim diximus venditionem condicionalem existente tandem condicione perinde habendam esse acsi ab initio pura fuisset *d. l. potior 11. §. videamus qui potior. in pignor. hab.*

d *Quòd si pendente condicione res tradita sit.* RAT. DVB. Condicionalis venditio perinde habetur post impletam condicionem acsi ab initio pura fuisset, vt proximè scripsimus. Atqui si pura venditio fuisset rei alienæ (hoc enim ponendum est quoties de vsucapione quæritur) vsucapere illam emptor potuisset, adeoque titulo Pro emptore. Emptor enim verè & quidem cum bona fide fuisset. Ergo si post impleta fortè vsucapionis tempora venditio condicionalis per condicionis implementum in puram euaserit, idem dicendum est, cùm nihil interfit inter purificatam & puram dispositionem *l. vlt. §. 1. infr. de vulg. & pupill. substit.*

DEC. Vsucapio non procedit sine titulo præcedente, non magis quàm sine bona fide, adeò vt verum

verum iustumque titulum esse oporteat, nec sufficiat esse putatiuum *l. Celsus 27. infr. de vsucap.* Causa enim ex qua res nostra esse possit, præcedere semper debet *l. nullo 24. C. de rei vendic. l. 4. l. nec bona fide 10. & seq. C. de long. tempor. præscript.* Nec sufficit rei traditio etiamsi facta sit bona fide, quia nec sufficeret ad transferendum dominium, etiamsi à domino facta esset tanquam nuda nec iustam vllam causam habens si venditio nulla præcessisset *l. numquam nuda 31. infr. de acquir. rer. domin. l. 3. supr. si vsufr. petat.* Ex quibus enim causis venditio à domino facta transfert dominium, ex iisdem si venditor non fuerit dominus, vsucapiendi condicio transfertur, ex aliis autem præterea nullis. *l. claubus 74. de contr. empt.* Atqui condicionalis venditio quandiu condicio pendet nec perfecta est *d. l. hæc venditio 7. eod.* nec proinde iustam tribuere potest causam possidendi. Quod enim pendet non pro eo est quasi iam sit *l. is damnum dat. 169. §. 1. de regul. iur.* Ergo nec causam vsucapiendi pro emptore, cùm in ea causa sit vt nec emisse vnquam videretur si condicionem deficere contingeret *d. l. si quis fundum in fin. de contr. empt. l. vbi autem 4. supr. de in diem addict. l. 2. §. si sub condicione infr. Pro emptor.* Eadem iuris ratio facit, quod Paulus subiicit, vt si quid precij nomine solutum ab emptore fuerit possit repetere, tanquam prorsus indebitum, quod non nisi sub condicione debitum fuit *l. sub condicione 16. sup. de condict. indeb. l. cùm ab eo 41. §. 1. iunct. l. & quod soluerit 23. l. domum 57. supr. de contr. empt.* Et fructus medij temporis ad venditorem pertinebunt, tanquam qui emptori acquiri non potuerint nec iure soli & dominij, vt in *l. qui scit 25. §. 1. infr. de vsur.* nec ratione bonæ fidei quam titulus nullus concomitetur *l. bonæ fidei 48. de acquir. rer. dom.* Iunge quę scripsi ad *d. l. 4. sup. de in diem addict.*

c *Sanè si pendente condicione res interierit.* Hic versiculus qui abest à Pandectis Florentinis, omnino retinendis est ex fide veterum Codicum, quos & Accursius refert. Vt aptè coniungi possit quod sequitur, *sicuti stipulationes & legata condicionalia perimuntur, si pendente condicione fuerit extincta res.* Alioqui nihil est in præcedentibus ad quod comparatio hæc referri possit, nec si cum Accursio delirare velis.

Rat. dvb. eadem est quæ ad versiculum præcedentem, quod venditio condicionalis, cuius condicio post rem peremptam extitit, perinde videri debeat ab initio pura fuisse, acsi venditoris vel emptoris mors pendente condicione accidisset. Sed ratio diuersitatis quæ pro decidendi ratione est, illa afferri potest, quod mortuo ante condicionis euentum emptore vel venditore non deficiat tamen persona, in qua post impletam condicionem possit actio empti & venditi consistere. Heredis scilicet qui defuncti personam repræsentat *l. heres & hereditas 22. infr. de vsucap.* eademque cum ipso persona esse intelligitur *Nouell. 48. de iure iur. à morient. præstit. in princip. l. si prædio 15. supr. de in diem addict.* At extincta & peremptа interim re vendita nihil supereſt quod venditum dici possit. Cùm tamen venditio nequeat esse sine re aliqua quæ veneat *l. nec emptio 8. supr. de contr. empt.* Ideóque nulla penitus est venditio cùm peruenerit ad eum casum à quo incipere non potuit, vt in *l. quia 16. supr. ad leg. Aquil.* Etsi enim nõ ab omnibus prudentibus tanquam perpetuo vera adprobata fuit illa regula, vt constat ex *l. existimo 98. l. pluribus 140. §. vlt. de verb. oblig. l. in ambiguis 85. §. 1. de regul. iur.* Indubitatè tamen vera est generaliter in omnibus actibus imperfectis, vt & interpretes nostri solent distinguere, cùm tractant de conciliandis iuris nostri locis qui hac de re pugnantes videntur. Atqui iam diximus condicionalem venditionem imperfectã esse ante condicionis euentum *d. l. hæc venditio 7. supr. de contr. empt.* Merito igitur placuit perimi cõdicionalem emptionem, si pendente condicione res perimatur, quasi deficiente termino à quo possit venditio retrotrahi ad tempus contractus propter defectum materiæ *d. l. nec emptio.* Eademque ratio stipulationum & legatorum condicionaliũ est. Nullius enim rei neque legatum vllum neque stipulatio aliqua esse potest *l. si homo mortuus 69. iunct. l. si ex legati 23. l. si Stichus 33. de verb. oblig.* Ea tamen inter legatum condicionale & stipulationem aliúmve contractum condicionalem differentia est, quod & stipulatio & alius quilibet contractus condicionalis etiam pendente condicione defuncto stipulatore alióve contrahente in heredem transmittitur, vt proximè diximus. At non similiter legatum condicionale mortuo interim legatario *d. l. is cui 42. de oblig. & action.*

f *Sanè si extat res licèt deterior effecta.* Rat. Dvb. Res quæ deterior fit, eatenus ex parte perit. Ob idque solemus dicere non videri rem reddi, quæ deterior redditur *l. 3. §. si reddita, sup. Commod. l. 1. §. si res deposita depositi.* Ergo quemadmodum si res sub condicione vendita pendente condicione perimatur, venditio ipsa perimitur, vt proxime diximus. Ita & cùm deterior facta est ante condicionis euentum, ipsam quoque venditionem perimi dicendum est saltem pro parte, vt eadem sit ratio & proportio partis ad partem quæ totius ad totum *l. quæ de tota 76. supr. de rei vindic.*

D r c. Multum interest an res vendita pereat in totum pendente condicione, an verò deterior tantùm fiat. Priore casu perimitur & extinguitur venditio, quia res nulla est quæ veneat, & vt suauiter loquitur Bartolus, retrofictio illa quæ post euentum condicionis facit, vt pro pura debeat haberi venditio, quæ primùm fuerat condicionalis, non reperit super quo figat pedem, vt in *l. huic scripturæ 15. supr. ad leg. Aquil.* Posteriore autem casu reperit fictio rem ipsam venditam licet deteriorem effectam super qua figere pedem possit. Non enim deficit materia venditionis cùm res etiam deterior effecta possit vendi. Nulla igitur ratio est ob quam venditio perimi hoc casu debeat, nec magis pro parte quàm in totum. Non solùm quod venditionis causa indiuidua sit *l. cùm ex causa 139. de verbor. oblig.* quia & precium ipsum indiuiduum est in quo substantia emptionis consistit *l. pacta conuenta 72. supr. de contr. empt.* Sed etiam, quia cùm nihil sit quod impediat quominus condicionalis ista venditio retrofingatur ab initio pura fuisse, perinde habendum est acsi post puram perfectamque venditionem deterioratio contigisset. Quo casu nemo dubitaret, quin emptoris periculum & damnum esset secundum ea quæ diximus. Iunge distinctionem *l. domum 57.* & quæ ibi scripsimus *supr. de contr. empt.* Sic dicimus emphyteusi a liqua constituta liberari emphyteutam, si tota res pereat, non etiam si ex parte. Tritum est enim nostrorum illud distichum,

Si pereat tota, liberabitur emphyteota:
Sed si pro parte, nulla liberabitur arte.
Ad. l. 2. C. de iur. emphyt.

BIU Cujas

1 ¶ Si ita res venierit, *Est ille seruus emptus, siue nauis ex Asia venerit, siue non venerit*: Iulianus putat, statim perfectam esse venditionem: quoniam certum sit, eam contractam.

Ad §. 1. Si ita res venierit.

RAT. DVB. Venditio condicionalis neque pura neque perfecta est ante impletam condicionem *l. hæc venditio 7. l. si quis fundum 37. supr. de contr. empt. l. plerunque 10. §. si ante infr. de iur. dot.* Atqui venditio sic facta *Est tibi emptus Stichus siue nauis ex Asia venerit siue non venerit* cõdicionem habet adeóque duplicem. Ergo condicionalis est, ac proinde nec pura nec perfecta statim est: sed tum demùm cùm alterutra condicio extiterit.

DEC. Condicio illa propriè est, & vim condicionis obtinet, quæ actum suspendit & incertum facit, an actus aliquis futurus sit, an nullus. Existens enim condicio facit actum purum, deficiens verò efficit vt nullus interuenisse videatur *l. itaque 39. supr. de reb. credit. d. l. si quis fundum de contr. empt.* Atqui cùm duæ sunt condiciones contradictoriæ inter quas nihil medium esse possit, cuiusmodi hæ sunt *Siue nauis ex Asia venerit, siue non venerit*, certum est alterutram omnimodo extituram. Necesse enim omnino est vt nauis ex Asia vel veniat vel non veniat. Ergo prius etiam quàm nauis ex Asia venerit vel non venerit, certum est vtique contractam esse venditionem, nec posse vnquam contingere, vt ob defectum condicionis nulla venditio facta esse intelligatur. Consequenter igitur dicendum est perfectam esse venditionem, cùm nulla incertitudine suspendatur. Et quemadmodum verum est contractum quemlibet initum sub ea condicione quæ omnimodo extitura sit, pro puro haberi, quia nec eiusmodi condicio nomen condicionis meretur *l. quòd si ea condicione 18. supr. de condict. indeb. l. si pupillus 9. §. qui sub condicione infr. de noua.* Ita & duabus condicionibus alternatiuis & contradictoriis in vno contractu adhibitis, quarum alterutram omnino necesse est existere, perinde haberi contractus debet acsi vnam duntaxat condicionem haberet, eamque necessariam & omnimodo extituram *l. Iulianus verum debitorem 60.* vbi diximus *supr. de condict. indeb.* Frustra enim expectaretur condicio cuius euentus nihil operaretur *l. si quis ita scripserit 33. infr. de hered. instit. l. aliquando 13. §. vlt. supr. ad SC. Velleian.* Separat tamen Accursius hic puram venditionem à perfecta. Et hanc, de qua tractamus, perfectam esse fatetur, quod Iulianum secutus Paulus noster hic scribit, sed negat puram esse, quia condicionem habeat, quarum vtraque separatim sumpta possit existere & non existere. Quæ propria condicionis natura est, vt se habeat indifferenter ad esse & non esse. Etsi enim necessarium est, vt alterutra condicio existat, id est, vt nauis ex Asia vel veniat vel non veniat, neutram tamen per se ac separatim sumptam existere necesse est, quia potest nauis venire, potest & non venire. Probat autem suam hanc sententiam Accursius, nec insubtiliter ex *l. huiusmodi 13. infr. Quand. dies legat. vel fideic. ced.* vbi Pomponius scribit, huiusmodi legatum *Siue illud factum fuerit siue non fuerit, illi do lego*, ad heredem non transire, nisi alteruter casus viuo legatario extiterit, quoniam, inquit, causa ex qua debeatur, præcedere semper debet. Nec quia certum est alterutrum futurum, omnimodo debebitur. Nam & tale legatum, *Cùm morietur heres dato*, certum est debitum iri. Et tamen ad heredem legatarij non transit, si viuo herede decedat. Nempe quia huiusmodi legata omnia sunt condicionalia *l. heres meus 79. de condic. & demonstr.* Condicionalia autem legata ad heredem legatarij non transmittuntur, quia legatarius pendente condicione nullomodo creditor est ne quidem condicionalis, nec quicquam habet facto suo quæsitum quod possit ad heredem transmittere. In quo differt à stipulatore condicionali *l. is cui 42. infr. de oblig. & act. §. ex condicionali, Instit. de verb. obligat.* Fateamur ergo quod res est, hanc venditionem, *Siue nauis ex Asia venerit siue non venerit*, condicionalem esse, non puram, nec eo minùs tamen esse perfectam, cùm nullo casu possit fieri, vt pro infecta habeatur. Id enim est quod Paulus ex Iuliano scribit, *quoniam certum sit eam esse contractam.* Pro pura tamen haberi debet, quod nec Accursius negat.

2 ¶ Cùm vsumfructum mihi vendis, interest, vtrum ius vtendi fruendi, quòd solum tuum sit, vendas: an verò in ipsum corpus, quod tuum sit, vsumfructum mihi vendas. nam priore casu, etiam si statim morieris: nihil mihi heres tuus debebit: heredi autem meo debebitur, si tu viuis. posteriore casu heredi meo nihil debebitur, heres tuus debebit.

Ad §. vlt. Cùm vsumfructum.

RAT. DVB. Vsusfructus est seruitus merè personalis, quæ cum persona ipsa, cui debetur, extinguitur *l. 3. §. vlt. & l. repeti 5. in princip. supr. Quib. mod. vsusfr. amitt.* Atqui siue ius vtendi fruendi quod solùm tuum sit in fundo alieno, mihi vendas, siue vsumfructum in fundo, qui tuus sit, vsusfructus semper est qui venditur. Ergo vtroque casu moriente me, statim dicendum est vsumfructum extingui, vt nihil ab herede tuo, aut abs te heredi meo deberi possit.

DEC. Multum interest, an vsumfructum iam tuum, & in persona tua constitutum mihi vendas in alieno fundo, an verò vsumfructum in fundo tuo mihi constituas. Priore casu vendis mihi seruitutem vsusfructus tibi debitam. Posteriore verò vendis vsumfructum, qui tibi debitus nunquam fuit, mihi verò nunc primum debetur. Priore casu tu es vsufructuarius, nec facis me vsufructuarium per venditionem, quia vsusfructus seruitus est adeò personalis, & personæ cohærens, vt extraneo, id est, alij, quàm proprietario cedi non possit, & si cedatur, nihil agatur, *l. si vsusfructus 66. infr. de*

BIU Cujas

fusfr. de iur. dot. §. *penult. Instit. de vsufr.* Posteriore verò facit me venditio fructuarium licet tu numquam fueris. Est enim hic vnus casus ex iis in quibus etiam id quod nostrum non est, ad alios transferimus *l. quod nostrum 63. supr. de vsufr.* mutato scilicet vsufructu causali, vt vocant, qui penes venditorem erat, & partem integralem totius rei constituebat in formalem, qui emptori acquiritur. Causalis enim semper cum proprietate coniunctus est, eamque habet pro causa. Formalis verò per separationem constituitur & per abstractionem à proprietate *l. si alij 19. & pass. infr. de vsufr. legat.* Nemini enim res sua seruire potest *l. vti frui. 5. supr. si vsusfr. pet. l. in re communi 26. Vrban. prad.* Causalis pars dominij est & plenæ proprietatis *d. l. si alij.* Formalis autem in iure non in parte consistit *l. si reo 70. §. si à reo infr. de fideiuss.* licet emolumentum rei contineat *l. Mœuius 66. §. fundo l. cùm filius 76. §. dominus de legat. 2.* nec nisi in quibusdam casibus partis vim & effectum habet *l. 4. l. si Titio 33. §. 1. supr. de vsufr.* Ergo cùm priore casu maneas vsufructuarius, quamuis vsumfructum in tua persona constitutum tibiq; debitum mihi vendideris, consequens est vt ex tua persona non ex mea æstimari vsusfructus debeat, id est, vt per tuam non per meam mortem finiatur, ac proinde vt si statim post venditionem moriaris, nihil mihi heres tuus debeat, quandoquidem vsusfructus nullus supereſt quem debere mihi & tradere heres tuus possit, cùm tua morte finitus sit nec transeat in heredem. Si verò statim post emptum mihi vsumfructum ego moriar, heredi meo tu præstare vsumfructum debebis si tu viuis, quia quandiu viuis, certum est vsumfructum tuum durare licet sim mortuus, quia vsufructuarius es non ego. Cùm autem posteriore casu vendendo & constituendo mihi vsumfructum in fundo tuo, tu me vsufructuarium feceris, æstimandus erit ex persona mea vsusfructus, vt si te viuo moriar, heredi meo nihil debeas, quia iam extinctus vsusfructus est, quãuis mihi viuo debueris. Si verò tu me viuo moriaris, heres tuus mihi debebit tradere vsumfructum, quem mihi si vixissem, tradere debuisses. Neque enim tua morte extinctus esset vsusfructus qui meus iam fuisset *l. 3. C. de vsufr.* Ex quibus intelligimus quàm sint ista differentia, Vsumfructum vendere & cedere. Vendi vsusfructus etiam extraneo potest §. 1. *Instit. de vsufr.* sed cedi nisi proprietario non potest *dict. §. penult. eod. d. l. si vsusfructus 66. de iur. dot.* quia venditio non transfert in extraneum ius ipsum vsusfructus quod nec transferri potest, nec egredi personam, cui semel adhæsit, cùm sit ius merè personale, sed facultatem duntaxat & commoditatem fructuum percipiendorum, quæ in facto magis quàm in iure consistit *d. l. si vsusfructus in fin.* At cessio in iure facta vsusfructus, si alij posset fieri quàm proprietario, ius ipsum vsusfructus transferret in emptorem, quia fuit vnus ex modis sex transferendi & acquirendi iure Quiritium dominij, vt refert Vlpianus in fragmentis, *Tit. 19. de acquisit. rer.* Et proprie ad iura pertinebat quæ quis in alium transferre vellet, quæ licet vendi possint, tradi tamen nõ possunt, nec quicquam admittere quod traditionis loco esse queat. Quod enim dicimus, in iuribus & rebus incorporalibus patientiam vice traditionis fungi *l. 3. supr. de vsufr. l. vlt. de seruit. l. 1. §. vlt. Rustic. prad* ad iura constituenda pertinet, non ad constituta transferenda. Nos verò tractamus hic de cessione vsusfructus facta non ad constituendum vsumfructum (quam in re inutilis esset cessio, cùm nemo possit cedere id quod non habet) sed ad eum qui iam constitutus sit transferendum in alium: quod fieri si qua arte posset, non aliter certè quàm per cessionem posset. Ideóque vt vsusfructus fructuario acquisitus transferri etiam in proprietarium possit, cessionis in iure auxilium necessarium est, quamuis per eiusmodi cessionem non tamius vsusfructus acquiratur proprietario, cui res sua seruire non potest, quàm extingatur in persona vsufructuarij. Cæterùm adeò cohæret vsusfructus personæ fructuarij vt nec per delegationem vsusfructus debiti & constituẽdi possit nouari obligatio, quominus delegatus debitor vsusfructus remaneat obligatus suo creditori, quamuis ei cui fuit delegatus, vsumfructum constituerit & tradiderit eo modo quo tradi vsusfructus potest *l. si vsusfructus 4. infr. de nouat.* vbi tamen Vlpianus noster ait vsumfructum hũc finiri morte delegatarij, & ex eius persona æstimari non ex persona delegantis, quoniam in ea specie delegatarius erat verè fructuarius, delegans autem creditor duntaxat vsusfructus, vt benè hic Accursius notat, addens rationem facere, vt vsusfructus qui in delegatarij persona initium accepit, ex eius quoque persona finem accipiat. Aliud igitur est de vsufructu debito & cõstituendo tractare, aliud verò de iam constituto. Obserua tamen valde corruptum esse textum *d. l. si vsusfructus.* In eo primum quod scriptum est *videbimus* pro *videlicet*, deinde in illis verbis *si post mortem meam maneat ei vsusfructus*, pro quibus scribi potius debuerat *cùm post mortem eius* scilicet delegatarij *maneat mihi obligatus* nimirum meus debitor vsusfructus. Itaque mala illa ratio tota meo iudicio delenda est. Vt legis sensus sit meũ debitorem vsusfructus, quem creditori meo delegaui, si à me conueniatur ex sua promissione ad vsumfructum mihi constituendum quem iam creditori meo constituerit, tuendum esse doli exceptione, non tantùm donec vsusfructus eius manet cui eum delegaui, id est quandiu viuit delegatarius, sed etiam post interitum eius, quia eo quoque casu hoc incommodum sentit debitor meus quod etiam post mortem fructuarij remanet mihi obligatus ad constituendum mihi vsumfructum iam alij ex mea delegatione constitutum & eiusdem morte finitum. Simile quiddam est in *l. si mulier 59. §. 1. infr. de iur. dot.*

9. GAIVS libro 10. ad Edictum Prouinciale.

SI post inspectum prædium, antequàm emptio contraheretur, arbores vento deiectæ sunt: an hæ quoque emptori tradi debeant, quæritur. & responsum est, non deberi: quia eas non emerit, cùm, antequàm fundum emerit, desierint fundi esse.[a] sed si ignorauit emptor deiectas esse arbores, venditor autem sciuit, nec admonuit: quanti emptoris interfuerit, rem æstimandam esse, si modò venit.

BIU Cujas

Ad l. si post inspectum. 9.

RAT. DVB. Sapientis & considerati hominis est prædium quod emere velit, inspicere prius quàm emat, non alia de causa quàm vt ex eius inspectione sciat quale quantúmq; sit prædium & quanto precio æstimandum. Ergo secuta posteà venditione præsertim si non ex longo interuallo, spectandus videtur ille prædij status qui erat cùm inspiceretur, potiùs quàm qui venditionis tempore, vt proinde si post inspectionem, & ante venditionem prædij arbores vi ventorum deiectæ sint, æquum videatur has quoque tradi emptori debere tanquam de quibus vendendis emendisque cogitatum fuerit, cùm prædium inspiceretur. Eo si quidem tempore partem fundi constituebant in quo radices egerant, & coaluerant *l. sed si meis 26. §. arbor infr. de acquir. rer. domin.* Videturque prædium fundo constitutum qualis quantúsque tùm fuerat cùm inspiceretur.

DEC. Fundo vendito nihil venditum videri potest nisi quod sit fundi. Fundi autem nihil est nisi quod terra in se tenet *l. fundi 17. in princip. infr. de action. empt.* Atqui arbores vento vi deiectæ antequàm emptio contraheretur, desierunt fundi esse antequàm emptor fundum emeret. Ergo emptæ & venditæ videri non possunt, nec habita earum ratione aliqua, precium pro iis constitutum esse. Ponimus enim emptorem cùm emit, & precium constituit sciuisse arbores iam vi deiectas. Quid ergo si ignorauerit? Subiungit Caius,

a *Sed si ignorauit emptor.* RAT. DVB. Emptoris ignorantia facere non potest, vt eo magis arbores vi ventorum deiectæ post inspectum fundum adhuc in fundo esse videantur. Inspiciendum enim est & præualere debet quod in veritate est non quod in opinione §. *si quis rem suam Instit. de leg.* Idemque dici è contrario potest de scientia venditoris. Quod enim arbores vento vi deiectæ antequàm emptio contraheretur, non sint fundi, non ex eo fit quod venditor sciuerit deiectas, sed quòd iam tum deiectæ fuerint. Ergo quamuis venditor sciuerit deiectas nec admonuerit ignorantem emptorem, perinde tamen dicendum est venditorem non teneri, ne ex vendito teneatur pro eo quod non vendidit.

DEC. In toto contractu venditionis bonam fidem præstare venditor emptori debet. Est enim contractus bonæ fidei *l. ex empto 11. §. qui autem & l. bona fides 50. infr. de action. empt.* Atqui non est ex bona fide, vt venditor sciens arbores vi deiectas celet emptorem existimantem arbores in fundo esse, quas si deiectas sciret, non solùm minoris emeret, sed etiam fortassis non emeret, si fortè contemplatione illarum arborum puta oliueti fundus comparabatur *l. arboribus 58. supr. de contr empt.* Celare enim id quod si sciuisset venditor, aut nullo modo, aut minoris emturus fuisset, prope dolum est, *l. Quintus 39. infr. de action empt.* Ergo æquum est tanti hoc casu rem æstimari, quanti emptoris interfuerit, si modò res venit. Potest enim fieri, vt emptio in hac specie non teneat, vt benè Accursius notat *ex d. l. arboribus.*

10. VLPIANVS libro 2. Disputationum.

SI in venditione condicionali hoc ipsum conueniisset, vt res periculo emptoris seruaretur: puto pactum valere.

Ad l. Si in venditione 10.

RAT. DVB. Non potest periculum rei venditæ ad emptorem pertinere nisi post perfectam demùm venditionem *l. necessario 8. supr. hoc tit. §. cùm autem Instit. de empt. & vendit.* Atqui venditio sub conditione facta imperfecta est ante implementum condicionis *l. hac venditio 7. supr. de contr. empt. l. plerique 10. §. si ante infr. de iur. dot.* Ergo si in venditione condicionali hoc ipsum conuenerit, vt res periculo emptoris seruetur, dicendum est pactionem non valere quasi contra ius positam, vt textus loquitur in *l. si creditor 7. §. vlt. infr. de distract. pignor.* Nec enim Prætor tuetur pacta quę sunt contra ius *l. iuris gentium 7. §. ait Prætor supr. de pact.* Vt neque illa, quæ sunt contra naturam & substantiam contractus *l. vbi ita donatur 27. infr. de mort. caus. donat. l. cùm precario 12. infr. de precar.*

DEC. Nihil est tam congruum naturali æquitati & bonæ fidei quàm pacta seruari *l. 1. supr. de pact. l. . de pecun. constit.* dummodò neque contra leges sint, neque contra bonos mores *d. §. ait Prætor.* Atqui pactio hæc vt ex venditione condicionali periculum rei venditæ ad emptorem pertineat, neque contra leges est neque contra bonos mores, nec denique quod generalius est, contra ius, sed tantum prætorium. Quod longè aliud est. Sufficit enim prætori vti non sit legibus prohibita huiusmodi pactio, quamuis nec nominatim sit permissa *l. necnon 28. §. ait Prætor sup. Ex quib. caus. maior. in integr. restit. l. cùm sponsus 12. §. si res de Publician. in rem act.* Ergo seruanda est tanquam quæ det legem contractui. Contractus enim omnes ex conuentione legem accipiunt *l. 1. §. si conuenit supr. deposit. l. in conuentionalibus 52. de verb. oblig. l. contractus 23. de regul. iur.* Ergo seruanda hæc pactio est, maximè verò in bonæ fidei contractu, cuiusmodi est contractus venditionis. Vt & in contractu dotis *l. si mancipia 18. de iur. dot.* Neque verò quicquam in eo fit contra substantiam & naturam contractus, cùm præstatio periculi rei venditę sit quid extrinsecum, accedens post venditionem contractam, ac proinde quod ad naturam aut substantiam venditionis nil pertinet. Miror verò quod hic quidam notant post Bartolam & ex Bartolo, Pactum nudum vestitum cohęrentia contractus valere. Non enim pactum nudum dici potest quod adiectum in continenti post contractum bonę fidei, inest contractui, dat ei legem & format actionem ex eo cópetentem *d. l. iuris gentium 7. §. quinimò supr. de pact.* Non magis quàm quod vel stipulatione vel rei traditione munitum, & vt nostri loquuntur, vestitum est *l. si dominus 8. infr. de præscript. verb.* Credibile enim est, eum qui pro se talem pactionem interposuit, non aliter fuisse contracturum *l. vlt. C. de pact. int. emp. & vend. iunct. l. in traditionib. 48. supr. de pact.*

1 ¶ In libro septimo Digestorum Iuliani Scæuola notat: Fundi nomine

emptor

emptor agere non potest: cùm prius, quàm mensura fieret, inundatione aquarum, aut chasmate, alióve quo casu pars fundi interierit.

Ad §. 1. In libro.

RAT. DVB. Cùm venditio fit ad mensuram, non potest dici perfecta ante mensurationem, *l. quod sæpe 35. §. in his supr. de contr. empt. l. 1. §. sed & custodiam. supr. hoc tit.* nec periculum pertinere ad emptorem, antequàm venditio sit perfecta, vt proximè scripsimus ex *l. necessariò 8. supr. §. cùm autem, Instit. de empt. & vendit.* Atqui tractat hîc Vlpianus ex Scæuola de fundo vendito ad mensuram, vt constat ex illis verbis, *Priusquàm mensura fieret.* Ergo si fundus venditus ad mensuram, vel aquarum inundatione, vel chasmate, vel quo alio casu perierit, siue pars fundi priùs quàm mensuraretur periculum venditoris esse debet, ac proinde non est deneganda emptori actio ex empto contra venditorem, vt quia rem peremptam tradere non potest præstet id quod emptoris interest.

DEC. Separandæ sunt hac parte res mobiles ab immobilibus, quicquid ad hunc §. in contrarium scribat Bartolus. Immobiles enim licèt vendi possint ad mensuram, & mensurari, nunquam tamen consistunt in mensura quomodo res mobiles, de quibus in *d. l. quod sæpe 35. §. in his de contr. empt.* Ideóque licèt venditæ sint ad mensuram, non idcircò tamen adeò condicionalis aut imperfecta venditio videri debet, vt periculum debeat pertinere ad venditorem. Nam neque custodia hoc casu tanta præstanda est à venditore, quanta præstari debet re aliqua mobili vendita, *l. 1. §. sed & custodiam, supr. hoc tit. l. eum qui 14. infr. de furt.* licèt aliqua tamen etiam in rebus immobilibus præstari debeat, *l. prox. infr.* Quamquam eo quoque casu quo custodiam præstare venditor debet, excusatur tamen à fato, & vi maiore, *l. 2. in fin. supr.* quia nec aduersus vim maiorem custodia vlla prodesse potest, *l. ad eos 19. supr. commod. l. si ea res 31. in princ. infr. de action. empt.* Ergo si fundus ad mensuram venditus priusquàm mensura fieret, aut inundatione aquarum, aut chasmate, alióve quo casu putà terræ motu perierit, vt in *l. cùm res 47. §. vlt. de legat. 1.* non est danda debitori contra venditorem actio, quia periculum casus fortuiti, qui nec præuideri, nec impediri potuerit ad emptorem pertinere debet, tanquam perfecta verè venditione non ad venditorem, quem huiusmodi casus præstare iniquum esset, ac contra bonam fidem, *l. contractus 23. in fin. de reg. iur.* Nec probo sententiam Accursij existimantis quod hic scriptum est ita debere accipi, vt emptoris periculum sit hactenus, ne possit contra venditorem agere ad id quod interest, non etiam vti, ne teneatur venditor reddere precium quod accepit. Quid enim aliud est pertinere periculum ad emptorem, quàm vt, licèt rem venditam habere non possit, cogatur tamen pecium venditori soluere? Extra casum *l. si fundus 33. infr. locat.* vbi dicemus.

II. ALFENVS Varus libro 2. Digestorum.

SI vendita insula combusta esset, cùm incendium sine culpa fieri non possit, quid iuris sit? respondit: Quia sine patrisfamilias culpa fieri potest: neque si seruorum negligentia factum esset, continuo dominus in culpa erit. quamobrem si venditor eam diligentiam adhibuisset in insula custodienda, quam debent homines frugi, & diligentes præstare: si quid accidisset, nihil ad eum pertinebit.

Ad l. Si vendita 11.

RAT. DVB. Incendium non fit sine culpa inhabitantium aliqua saltem leuissima, nisi ponas, aut fulmine de cœlo tactam insulam, aut generali vrbis, vel inopinato vicinæ domus incendio quod non semel euenit, conflagratam, vt in *l. si alius 7. §. est & alia exceptio versic. idem esse ait infr. quod vi aut clam. l. 3. §. quod ait Prætor, l. si fortuitò 11. infr. de incend. ruin. naufr. l. ex conducto 15. §. cùm quidam incendium, infr. locat.* Qua de causa scripsit Paulus in *l. 3. §. 1. de offic. præf. vigil.* incendia fieri culpâ inhabitantium *plerunque.* Atqui venditor tenetur non tantùm de dolo, sed etiam de culpa, si quid damni & incommodi rei venditæ acciderit, adeò vt exactiorem diligentiam præstare debeat in custodienda re vendita, quàm soleat in rebus suis præstare, *l. 3. supr. hoc tit. iunct. l. eum qui 14. infr. de furt.* Ergo si vendita insula combusta sit, dicendum est periculum damnúmque ad venditorem pertinere, nisi poneres, aut culpa ipsius emptoris quod vix fieri potest, aut casu aliquo fortuito damnum contigisse.

DEC. Suam quisque culpam non alienam præstare debet, & factum cuique suum nocere debet, non alteri, *l. factum 155. de regul. iur.* Atqui facilè fieri potest, vt per negligentiam seruorum, aut aliorum inhabitantium excitatum sit incendium, neque tamen ideò dominus in culpa sit, nisi fingas præcessisse culpam malæ electionis. Ergo non statim dicendum est teneri venditorem, sed ita demùm, si in custodienda insula non adhibuerit eam diligentiam quam debent homines frugi & diligentes præstare, *d. l. si fortuitò.* Sed tamen probatione onerandus erit venditor, vt scilicet probet se diligentiam illam adhibuisse, quam paterfamilias diligens & frugi præstitisset, quoniam habet contra se præsumptionem, non quidem iuris & de iure quæ nullam admittat probationem in contrarium, sed tamen iuris quæ sufficit ad transferendum onus probandi in aduersarium, & cui standum est, donec probatione contraria superetur, *l. si chirographum 24. & seq. l. Imperatores 29. §. 1. infr. de probat.* Idem in conductore quod in venditore iuris est. Nam neque conductor tenetur de dolo, neque de casu fortuito, sed de culpa tamen tenetur, nec tantùm de lata, quæ lasciuiæ aut dolo sit proxima, vt loquitur *dict. l. si fortuito, de incendio, ruina, & naufragio,* sed etiam de leui, *l. contractus 23. de regul. iur.* Et tue-

BIU Cujas

sus, non tantùm de culpa leui probata, sed etiam de præsumpta, quia proinde contraria probatione elidi oportet exactæ diligentiæ, vt benè hîc doctissimus Gotthofredus notat.

12. PAVLVS libro 3. Epitomarum Alfeni Digestorum.

LEctos emptos Ædilis, cùm in via publica positi essent, concidit, si traditi essent emptori, aut per eum stetisset, quo minùs traderentur: emptoris periculum esse placet.

Ad l. Lectos emptos 12.

RAT. DVB. Rei venditæ periculum statim post perfectam emptionem, id est, postquàm conuenit de precio, ad emptorem pertinet, quamuis neque adhuc tradita sit, neque per emptorem steterit quominus traderetur, *l. necessariò 8. & l. seq. supr. hoc tit.* Ergo cùm lectos emptos in via publica positos Ædilis concidit, non debuit Paulus distinguere, an traditi essent emptori, aut per emptorem stetisset, an non. Vt priore casu periculum ad emptorem pertineat, posteriore verò ad venditorem, sed indistinctè dicere periculum & damnum esse emptoris.

DEC. Lecti empti non ponuntur in via, fato aliquo, aut casu fortuito, sed facto hominis, ac proinde, non sine culpa saltem præsumpta. Non enim fiunt lecti vt in via ponantur, sed vt in cubiculis & cœnaculis, quomodo argumentatur Vlpianus, licèt in specie dissimili, in *l. ancillarũ 27. supr. de hered. petit.* Qua de causa, & huiusmodi culpæ vindicandæ gratiâ credibile est conciſos fuisse lectos ab Aedili, ad quem cura publicarum viarum pertinet, & vt studeant, non solùm vt ante officinas nihil proiectum sit, nihil propositum, sed etiam vt in via publica nihil ponatur per quod prohibeatur vehiculum transire, aut per quod ius viæ publicæ, aut itineris publici deterius fiat, *l. 1. §. construat, & §. studeant, inf. de via public. & si quid in ea fact. ess. dicat, l. 1. in princip. & §. si quis de via public. & itiner. public. refic.* Ergo cùm venditor in custodienda re vendita diligentiam exactam præstare debeat, non solùm quantam in rebus suis proprijs præstare solitus sit, sed etiam maiorem, & quantam diligens, & frugi paterfamilias quilibet præstare deberet, *l. 1. §. sed & custodiam, l. 3. & l. prox. supr.* ac proinde teneatur, non tantùm de dolo & lata culpa, sed etiam de leui, vt diximus ad *d. l. proæ. sup.* Consequens est, vt si lectos venditos in via posuerit, & ex ea causa Aedilis pro suo imperio & officio eos conciderit, venditoris periculum damnúmque esse debeat, non emptoris: nam neque casus fortuitus excusare potest eum cuius aliqua culpa præcesserit, *l. si vt certo 5. §. sed interdum.* Nec esset necesse, vt cum Accursio comminiscamur pactionem aliquã interuenisse, quæ contra iuris regulam periculum transtulerit in venditorem, vt in *l. si in venditione 10. supr.* Nulla enim hîc conuentionis aut mentio, aut necessitas subest, nec rursum, vt rigorem iuris ab æquitate hac parte separemus, vt ab aliis quibusdam fieri video. Neque tamen subtilior fuit Cuiacius, qui ex hoc potissimùm loco probari putat periculum rei venditæ ante traditionem venditoris esse, non emptoris, cùm habeat hic casus specialem rationem ex culpa venditoris, quæ periculo & damno causam dedit. Nec magis debuit moueri vir doctissimus ex eo, quod scribit Africanus in *l. si fundus 33. inf. locat.* si publicatus sit ante traditionem fundus venditus, periculum & incommodum esse venditoris hactenus, saltem vt pretium emptori restituere teneatur, quamuis non etiam id præstare quod emptoris interest. Habet enim is quoque casus rationem specialem ex eo sumendam, quod cùm fundus publicatus est, non per ipsam rem fiat, quominùs tradi possit, sed tantùm per extrinsecum illud impedimentum quod ex publicatione proficiscitur. Ideóque temperamentum hoc quasi medium sequimur, vt neque emptor amissione precij oneretur, neque venditor præstatione eius quod interesse potest emptoris, vt pluribus contra Cuiacium disputauimus, *lib. 3. coniectur. c. 4.* Quid ergo si ob culpam non venditoris, sed Aedilis lecti concisi sint? De hoc Iulianus *in l. seq.*

13. IVLIANVS libro 13. ad Vrseium Ferocem.

EVmque cum Aedili, si id non iure fecisset, habiturum actionem legis Aquiliæ: aut certè cum venditore ex empto agendum esse, vt is actiones suas quas cum Ædili habuisset, ei præstaret.

Ad l. Eúmque 13.

RAT. DVB. Cùm aliqua culpa est Aedilis qui lectos emptos in via positos concidit, nulla potest esse venditoris. Carere enim culpa Aedilem necesse est, cùm iure sui magistratus, & ex iusta causa lectos concidit, si culpa venditoris in via positi fuerant, ita vt per eos fieret ius viæ deterius, vt ad proximam legem scripsimus. Atqui cùm nulla venditoris culpa est, periculum rei venditæ ad emptorem statim atque perfecta venditio est, pertinet *l. necessariò 8. supr.* Ergo non est hoc casu contra Aedilem danda actio emptori, aut contra venditorem, sed venditori soli contra Aedilem.

DEC. Præsumptio semper est pro magistratu, vt nihil nisi tanquam Magistratus, & ex iusta causa fecisse existimetur, vt in *l. vlt. in fin. supr. de pign. act. l. item quæritur 13. §. si quis mensuras 8. infr. locat. l. si alius 7. §. est & alia, infr. quod vi aut clam. l. meritò 51. supr. pro socio.* Quamuis etiam Magistratus iniuriam facere possit, quæ nec impunita esse debeat, *l. nec magistratibus 32. infr. de iniur.* Ergo cùm in dubio præsumenda sit culpa in venditore, ius autem ita constitui debeat vt sit certum, *l. 2. infr. de iur. & fact. ignor.* meritò placuit, vt lectis à venditore in via positis, si

ab

ab Ædile concisi sint, periculum esse debeat venditoris, non emptoris, siue iure, siue iniuria Ædilis id fecerit. Nam & cùm culpa caret venditor, verum tamen est factum eius interueniſſe, quod proinde æquius est ipsi nocere quàm emptori, cùm factum cuique suum nocere debeat, non alteri, *l. factum 155. de reg. iur.* Nec ideò tamen damno venditoris cedere rem oportet, si culpa careat, cùm pro indemnitate sua contra Aedilem habiturus sit actionem iniuriarum, *d. l. nec magistratibus*, adeóque legis Aquiliæ, quippe quæ soli domino competit, *l. item Mela 11. §. legis autem, & pass. supr. ad l. Aquil.* Venditor autem dominus est rei venditæ ante traditionem, imò & post traditionem, quandiu solutum non est precium, aut aliter eo nomine satisfactum, *l. eum qui 14. l. si vendidero 80. infr. de furt. l. quod vendidi 19. l. vt res 53. supr. de contr. empt. §. vendita, Instit. de rer. diuis.* Ergo si nondum traditi sint emptori lecti venditi quos in via positos Aedilis concidit, neque per emptorem steterit, damnum venditoris omnimodo esse debebit non emptoris, & idcirco competet hoc casu aduersus Aedilem iniuriarum actio, itémque legis Aquiliæ venditori. Sed si vel traditi fuerint emptori, vel per eum steterit, quia periculum damnúmque ad emptorem spectabit, vt dictum est in lege præcedente, danda erit emptori contra Aedilem iniuriarum actio, quia eius interest, non etiam legis Aquiliæ, quia damni dati tempore dominus nondum fuit. Quid ergo? Agere debebit contra venditorem, & quidem ex empto, vt is actiones suas quas cum Aedili habet, ei præstet. Etsi enim culpa emptoris aliqua sit, siue iam traditos sibi lectos, quos emerat, in via posuerit, siue in iis à venditore accipiendis antequàm in via ponerentur, moram fecerit: Quis tamen æquum non putet id saltem præstare venditorem emptori, quod sine ipsius venditoris dispendio futurum sit? *l. in creditore 38. infr. de euict.* Rursus cùm alia ratio nulla sit propter quam venditor, qui lectos emptos vel iam tradidit emptori, vel emptorem in accipiendi mora constituit, teneri actione ex empto emptori debeat, quàm quod aduersus Aedilem, qui damnum iniuriâ dedit, actionem habeat, certum est non ad aliud teneri eum posse, quàm vt actiones suas præstet. Delegatio enim hoc casu pro iusta præstatione est, *l. quod debetur 51. supr. de pecul. l. si quid possessor 31. in princip. de hered. petit.*

14. PAVLVS libro 3. Epitomatorum Alfeni Digestorum.

QVòd si neque traditi essent, neque emptor in mora fuisset, quo minus traderentur: venditoris periculum erit.

Ad l. Quòd si neque 14.

Huius legis initium iam explicauimus ad *l. lectos 12. supr.* vbi inchoatur distinctio, cuius posterior pars hîc ponitur. Cùm enim quæreretur de lectis emptis in via publica positis, cuius periculum esse deberet, cùm eos Aedilis concidisset, emptorísne an venditoris, distinguit Paulus, an lecti iam traditi essent emptori, aut per eum stetisset, an non, vt priore casu periculum damnúmque sit emptoris, posteriore verò venditoris. Itaque pendet hæc lex ex illa: Vt non possim satis mirari, quod Accursius tentat hanc legem intelligi debere de lectis venditis in genere, quod perire non potest ex *l. in ratione 30. §. verum est, infr. ad leg. Falcid.* Nam si lecti venditi essent in genere, quod neque perire, neque videri potest, quomodo in via poni possent, & ab Aedile concîdi? Cæteta diximus ad *dict. leg. lectos.*

1 ¶ Materia empta si furto periisset, postquàm tradita esset: emptoris esse periculum respondit. si minùs, venditoris. [a] videri autem trabes traditas, quas emptor signasset.

Ad §. 1. Materia.

RAT. DVB. ad hunc §. eadem est quæ ad *l. lectos 12. supr.* quòd statim atque perfecta emptio est, periculum rei venditæ pertineat ad emptorem, *l. necessariò 8. supr. §. cùm autem, Instit. de empt. & vendit.* Nam si ita est, vt est, non videtur bona distinctio quæ ponitur in hoc §. de trabibus venditis, & post venditionem furto subtractis, vt periculum sit emptoris, si priùs traditæ ei fuerint: venditoris verò si traditio nulla secuta sit. Dicendum enim esset periculum omnimodo esse emptoris, cùm venditio non perficiatur traditione, sed cõsensu, quamuis dominium ante traditionem remaneat penes venditorem. Sed decidendi ratio est, quia licèt periculum rei venditæ ad emptorem spectet ante traditionem, custodiam tamen præstare venditor debet ad traditionem vsque, vt scriptum est in *l. eum qui 14. inf. de furt. l. 1. §. 1. & l. 3. sup. hoc tit.* Proinde si res vendita furto subtracta sit, quia vix furtum fieri potest citra culpam diligentioris custodiæ, periculum debet esse venditoris ante traditionem, nisi probet se in custodiendis rebus venditis talem diligentiam adhibuisse, qualem debent homines frugi & diligentes præstare. Vt in vendita insula combusta scriptum est in *l. si vendita 11. sup.* Distinguendum igitur est periculum custodiæ à periculo casus fortuiti. Periculum custodiæ semper ad eum pertinet, qui custodiam præstare debuit. Periculum verò casus fortuiti ad alium, quia aduersus casum fortuitum custodia nihil prodest, *l. ad eos 20 supr. commod. l. si ea res 31. infr. de action. empt.* quæ tamen aduersus furtum, & ad illud impediendum maximè prodest. Nam vix est vt furtum sine culpa fiat quæ contracta sit per negligentiam aliquam eius, cui furtum factum est. Ex qua culpa proinde æquum est teneri venditorem, si ante traditionem res vendita furto subtracta sit, non quia sit adhuc dominus, sed quia in id vsque tempus custodiam præstare debuit. Contra verò ex die traditionis factæ periculum furti, ad emptorem pertinet, nõ quasi iam factus sit dominus, cùm fieri possit, vt nec traditio fecerit eum dominum fortè si nec precium soluerit, nec aliter eo nomine

satisfecerit, *l. quod vendidi* 19. *l. vt res* 53. *sup. de action. empt.* Sed quia periculum & onus custodiæ non spectat ad venditorem, nisi vsque ad traditionem, *d. l. eum qui* 14. *inf. de furt.*

2 *Videri autem trabes traditæ.* RAT. DVB. Signatio non habetur pro traditione, *l. 1. §. si dolium, sup. hoc tit.*

DEC. Signatio cùm fit ad alium finem, vt in *d.* §. *si dolium*, non habet vim traditionis. At cùm alioqui frustratoria esset ac inutilis, æquipollet traditioni, quam fieri per æquipollens nihil vetat, *l. clauibus* 74. *sup. de contr. empt. l. 1. §. pen. l. quod meo* 18. *§. si venditorem, inf. de acq. pos.* Inde est quod dici solet: Cuius est signum eius esse & signatum, quod probatur maximè ex hoc loco, & ex *l.* 3. *C. de Fabricens. lib.* 11. *Tit.* 9. Iunge *l.* 3. *§.* 1. *sup. Naut. caupon. stabul.*

15. GAIVS libro 2. Cottidianarum rerum.

SI vina, quæ in doliis erant, venierint, eáque, antequàm ab emptore tollerentur, suâ naturâ corrupta fuerint: si quid de bonitate eorum adfirmauit venditor: tenebitur emptori. quòd si nihil adfirmauit, emptoris erit periculum: quia siue non degustauit, siue degustando malè probauit, de se queri debet: [a] planè si, cùm intelligeret venditor, non duraturam bonitatem eorum vsque ad eum diem, quo tolli deberent, non admonuit emptorem: tenebitur ei, quanti eius interesset, admonitum fuisse.

Ad l. Si vina 15.

RAT. DVB. Vina vendita, tum plenissimè vendita videntur, cùm fuerint degustata, vt scriptum est in *l. 1. in princip. supr. hoc tit.* Gustus enim ad hoc fit, vt improbare liceat, *l. si in emptione* 34. *§. alia causa est, supr. de contr. empt.* quod vtique non liceret, si iam plenissimè perfecta emptio esset. Ergo si vina quæ in doliis erant, venierint, eáque antequàm ab emptore tollerentur, suâ naturâ corrupta sint ante degustationem, periculum venditoris omnimodo esse debet, siue affirmauerit de bonitate eorum, siue nihil affirmauerit. Nisi ponas per emptorem stetisse quominùs fuerint degustata, siue dies degustationi aliquis præfinitus sit, siue nullus, dummodo de vino degustando conuenerit. Nam si de eo nihil dictum sit, neque acorem neque mucorem præstare venditor debet, sed omne periculum ad emptorem pertinet, *l. si quis vina* 4. *§.* 1. *& l. seq. sup.*

DEC. Quod quis ex culpa sua damnum sentit, sentire non videtur, *l. quod quis* 203. *de regul. iur.* Atqui emptor vini in specie, id est, quod in doliis est, siue non degustauerit, siue degustando malè probauerit, de se queri debet, si diem aliquem degustationi præscripsit. Multò magis si nullum, itémque si nec de degustatione quicquam conuenerit. Nisi venditor de bonitate vini adfirmauerit id est, vt sequentia huius legis explicant, duraturam eius bonitatem in id vsque tempus, quo vinum tolleretur. Quo casu tenetur venditor, cùm vina posteà corrupta sunt suâ naturâ, non tam ex vi & potestate contractus, quàm ex sua conuentione & adfirmatione. In quo nihil fit contra iuris regulas, *l. si in venditione* 10. *supr. hoc tit.* Et quamuis adfirmatio illa sine dolo malo facta sit, adeóque bona fide, culpa tamen est, si quis tam facilis sit ad affirmandum id quod nesciat, vel quod ex futuro & incerto euentu pendeat, *l. Iulianus* 13. *§. quid tamen, infr. de action. empt.* Malè autem Accursius noster in hanc rem adducit quod scriptum est in *l. dolum* 3. *C. hoc tit.* dolum authoris, id est, venditoris bonæ fidei emptori non nocere. Id enim non ad eum dolum pertinet, qui à venditore admissus sit in vendendo contra emptorem, sed de eo quem admiserit venditor contra tertium, cui ex ea causa potuerit actio de dolo, aut exceptio doli accommodari contra venditorem, vt non similiter accommodetur contra emptorem. Quomodo etiam scriptum est in *l.* 4. *§. de authoris* 27. *infr. de doli mali except.*

a *Planè si cùm intelligeret venditor.* RAT. DVB. Non alia de causa tenetur venditor qui bonitatem vini adfirmauit, quàm quod affirmauerit, nec tam facilis esse debuerit ad affirmandum quod ignorabat, vt proximè diximus ex *d. l. Iulianus* 13. *§. quid tamen, infr. de action. empt.* Ignoramus enim ea omnia quæ ex futuro euentu pendent, *l. sed etsi* 28. *§. vlt. supr. de iudic.* Ergo si venditor nihil adfirmauerit de bonitate vini venditi, nihil causæ est, cur emptori teneatur.

DEC. Venditor in omnibus bonam fidem præstare debet, non emptorem decipere. Decipit autem non solum qui adfirmat vini bonitatem quam ignorat, sed etiam, multóque magis ille qui sciens non duraturam eam in id vsque tempus quo vinum tolleretur, tacuit, & dissimulauit. Est enim dolo propior callida dissimulatio, quàm temeraria adfirmatio, *l. Quintus* 40. *infr. de action. empt. l. si sine* 5. *Cod. ad Senatusconsult. Velleian. l. mulier* 11. *Cod. de distract. pignor.* Ergo si cùm venditor intelligeret non duraturam bonitatem vinorum quæ vendidit in id vsque tempus quo tolli deberent, non admonuit emptorem, æquum est teneri eum quanti emptoris interesset admonitum fuisse. Itaque nihil interest an venditor affirmauerit, vel non affirmauerit, sed tantùm an sciuerit, an ignorauerit. Cæterùm ex iis verbis *Vsque ad eum diem quo tolli deberent*, intelligimus tractari à Caio eum casum quo dies dictus sit, non degustandis, sed tollendis vinis. Quo casu cùm venditor, neque adfirmauit quicquam de eorum bonitate, neque dissimulauit, causa nulla est propter quam venditor teneri debeat, si intra eum diem corrupta sint sua natura, quia nihil commune habet ea corruptio cum custodia quam præstare venditor debet ad traditionem vsque, *l. 1. §. custodiam, l. 3. sup. hoc tit. l. eum qui* 14. *in fine principij infr. de furt.* Aliud enim esset, si ob minùs diligentem custodiam venditoris vina corrupta essent.

Nec

Nec dies tollendis vinis præstitutus facit, vt eo minùs plenissimè videatur perfecta venditio, quod secus est præstituto die degustationi, *l. 1. d. l. 4. §. 1. suprà.*

16. IAVOLENVS libro 7. ex Cassio.

SErui emptor, si eum conductum rogauit, donec pretium solueret, nihil per eum seruum adquirere poterit: quoniam non videtur traditus is, cuius possessio per locationem retinetur à venditore.[a] Periculum eius serui ad emptorem pertinet: quod tamen sine dolo venditoris interuenerit.

Ad l Serui emptor 16.

RAT. DVB. Conductor & colonus licèt non possideat ciuiliter, quia non sibi, sed locatori possidet, attamen naturaliter & de facto possidet, *l. communi 7. §. neque colonis supr. Commun. diuid. l. 3. §. vlt. & l. 4. ad exhib.* Atqui non potest naturalis & corporalis possessio transferri nisi per traditionem, qui primus & naturalis modus est transferendæ possessionis naturalis, adeóque transferendi dominij, quoniam dominia à naturali possessione cœperunt, *l. 1. infr. de acquirend. possess. §. per traditionem, Instit. de rer. diuis. l. traditionibus 20. C. de pact.* Porrò constat seruum quicquid acquirit, acquirere domino etiam inuito, *l. etiam 32. inf. de acquirend. rer. domin.* adeò vt ne momento quidem temporis consistat acquisitio in persona serui, *l. placet 79. de acquirend. hered. l. seruus vetante 62. de verb. obligat.* Ergo serui emptor, etiamsi conductum eum rogauerit donec precium solueret, acquirere tamen per eum poterit.

DEC. Traditio nihil aliud est, quàm datio & translatio possessionis, *l. 3. in princip. infr. de action. empt.* Possessio autem non transfertur in conductorem, non magis quàm dominium, vt nec in commodatarium & depositarium, *l. rei commodatæ 8. supr. commod. l. licèt 17. §. rei depositæ, supr. depos.* quia possidere est sibi habere, vt definit Theophilus, & animo domini. Conductor autem, siue inquilinus sit, siue colonus, non sibi habet, sed domino, & locatori, *l. 2. C. de præscript. 30. annor.* longéque aliud est possidere, aliud verò esse in possessione, *l. si quis ante conduxit, 10. infr. de acquir. poss. l. certè 6. §. is qui rogauit, de precar.* Et quòd dicimus conductorem possidere naturaliter *d. §. neque colonus*, non ad veram possessionem referendum est, quæ subduiditur in naturalem & ciuilem, sed ad eam quæ merè corporalis dicitur, & asinina detentio, cui conductor incumbit naturaliter, vt loquitur *dict. l. 3. §. vltim. ad exhib.* id est, de facto, vt cùm dicimus naturaliter aperiri tabulas testamenti, *l. 3. §. aperire, infr. de Senatusconsult. Silan.* & naturaliter se decipere in *l. in causæ 16. §. idem Pomponius, supr. de minor. l. item si precio 22. §. vltim. infr. locat.* Ergo cùm serui emptor conductum eum rogauit, donec precium persolueretur, non potest seruus videri traditus, cùm eius possessio retineatur adhuc à venditore per locationem. Per quam etiam quod magis est, adquireretur *l. quædam mulier 77. supr. de rei vindic.* Sic in *l. res pignoris 37. infr. de acquir. possess.* ob rem pignoris nomine datam, etiam possessione tradita, deinde à creditore conducta creditor possidere intelligitur, si conuenerit vt debitor qui hypothecam dedit, pro colono in agro sit, in ædibus pro inquilino. Simile quid est in *l. sicut 8. §. superuacuum, infr. Quibus modis pign. vel hypoth. soluit.* Consequenter dicendum est, per hunc seruum nihil posse emptorem sibi acquirere. Nam neque acquirere per eum quem precariò possideret, *l. nemo 22. de acquirend. rer. domin.* quamuis & precaria possessio iusta sit, *l. quæcunque 13. §. 1. supr. de public. in rem act. l. communi 7. §. inter prædones, Commun. diuidund.* & plus iuris in possessione habeat, qui precariò rogauerit, quàm qui omnino non possidet, qualis est conductor, *l. qui pignoris 36. de acquirend. possess.* Denique fieri non potest, vt seruus venditus, & intelligatur traditus, & à venditore retineatur. Quomodo solent Galli dicere, *Donner & retenir ne vault.* Prius autem est, vt seruus sit traditus, quàm vt eius dominium acquiri emptori possit, §. *venditæ, Instit. de rer. diuis. l. quod vendidi 9. l. vt res 53. supr. de contrahend. emption.* Rursum prius est, vt serui venditi dominium emptori acquisitum sit, quàm vt per eum emptor acquirere sibi quicquam possit. Quonam enim alio quàm dominij iure posset emptor per seruum venditum sibi acquirere? Nam etsi per eos quoque seruos acquirimus in quibus vsumfructum habemus, aut qui bona fide nobis seruiunt, non tamen generaliter, neque inuiti per eos acquirimus, sed ita demùm, si aut ex re nostra, aut ex operis suis acquirant, *l. acquiruntur 10. §. de his, & sequent. infr. de acquirend. rer. domin.* Neque his contrarium est quod Vlpianus scribit in *l. Iulianus 13. §. possessionem 21. infr. de action. empt.* possessionem traditam accipere nos debere, etsi precaria tantùm sit possessio. Hoc enim solùm spectare nos debere, an facultatem habeat emptor fructus percipiendi. Nam respondendum est aliam esse rationem acquisitionis fructuum, aliam verò acquirendi quid per seruum venditum. Siquidem ad acquirendos fructus sufficit, vt emptor percipere illos possit quoquo modo, id est, priùs etiam quàm dominus effectus sit. Tam autem percipere fructus potest is qui precariò fundum tenet, adeóque qui tanquam conductor, quàm qui verè, ac sibi possidet, cùm & corporalem possessionem habeat, quæ percipiendorum fructuum facultatem & commoditatem præbet, & ex voluntate domini eos percipiat, *l. si seruus 61. §. locaui, infr. de furt.* Satísque consultum est venditori, quòd reuocato precario, fortè ob non solutum sua die precium consecuturus sit ab emptore actione ex vendito omnia quæ ex causa venditionis emptor interim perceperit, *leg. Ea quæ 20. infrà de precario.* Ex quo intelligimus, quàm malè Accursius, & post eum Barrolus ad hanc legem noter, non alium posse fructus suos facere, quàm qui

BIU Cujas

possideat, & naturaliter, & ciuiliter. Quod apertè pugnat cum *d. §. possessionem, & d. §. locaui.* At verò vt per seruum venditum acquirere sibi emptor possit, necesse est non modò corporaliter traditum esse seruum, sed etiam ita traditum, vt nihil sit propter quod non traditus videri possit. Atqui non videtur traditus, cùm non nisi precariò traditus est, non magis quàm si vi aut clam possideretur *d. l. nemo* 22. *de acquir. rer. domin.* quoniam is qui rogauit vt precario possideat, non possidet, nisi corpore. Possessio autem vera penes eum remanet qui concessit *d. l. certè* 6. *§. is qui rogauit l. & habet* 15. *§. eum qui de precar.* Nihil ergo per hunc seruum sibi acquirere emptor potest. Multo minus per eum quem conductum rogauerit, quia is qui sic rogauit, nullomodo possidet, id est ne quidem precariò, sed conductor tantùm est *d. l. si quis ante* 10. *& l. qui pignoris* 36. *& seq. de acquir. poss.* Dices fortasse cum Africano in *l. quæsitum* 40. *in fin. de acquir. rer. domin.* Simul hæc fere cedere, vt quo casu quis fructus prædiorum suos facit, eodem casu per seruum & ex opera serui & ex re possessoris ei acquiratur. Sed hoc ad eum pertinet qui re vera possidet, & quidem bona fide. Quomodo autem bonæ fidei possessor est, qui nec possidet? *d. l. qui pignoris & seq.* Nec quæ ratio facit, vt emptor hic percipere fructus possit, eadem facere debet vt possit etiam per seruum venditum sibi acquirere. Nam pro fructibus quos non ex emptionis, sed ex conductionis causa percipit, mercedem & pensionem præstat, quæ quodammodo precij loco esse potest, habetque ad eos percipiendos venditoris eiusdemque domini voluntatem, quod sufficit *d. §. locaui.* Vt verò per eum seruum aliquid acquirere sibi possit, nihil præstat. Et etiamsi aliquid eo nomine præstaret extra causam precij, non tamen idcirco fieret dominus, qualem eum fieri necesse est, vt per seruum venditum possit sibi acquirere, quemadmodum diximus. Sed cùm ad transferendum in emptorem dominium non solum traditam rem esse oporteat, sed etiam solutum esse precium aut aliter eo nomine satisfactum, aut fidem de precio habitam fuisse *d. l. quod venditi* 19. *d. l. vt res* 53. *supr. de cont. empt. §. venditæ Instit. de rer. diuis.* Cur, obsecro, tantopere laboramus, an seruus venditus & traditus vt eum tanquam conductor emptor interim possideret, pro tradito habendus sit nécne, cùm adhibita illa pactio vt fundum emptor conductum haberet, donec precium solueret, ostendat euidenter neque solutum esse precium, aut aliter eo nomine satisfactum: neque fidem de precio habitam fuisse? An fortè dicemus cum Accursio aliam rationem esse hominis, aliam cæterarum rerum ob propositum quod habet seruus redeundi ad dominum, & quod cæteræ res non habent? *l. si rem mobilem* 47. *& l. rem quæ* 15. *infr. de acquir. possess.* Sed id rectè dicitur cùm de amittenda serui possessione tractatur, non etiam cùm de dominio per seruum acquirendo. Malo itaque dicere Iauolenū in hac lege sententiam illam esse: Cùm inter emptorem & venditorem conuenit in traditione serui venditi vt eum emptor quasi conductum retineret quousque precium solueret, satisfactum videri venditori precij nomine satisque habitam ab eo fidem de precio huiusmodi pactione interposita, perinde acsi conuenisset, vt quandiu precij vsuræ penderentur, precium exigere venditor non posset. Quid enim aliud est satisfacere quàm creditori cauere & prospicere, quomodo ipse velit? *l. si rem* 9. *§. omnis pecunia supr. de pignor. act.* Aut quid interest, an vsuras precij consequatur venditor, an mercedem & pensionem conductionis quæ sit vice vsurarum? *arg. l. qui per collusionem* 49. *in princip. & §. 1. infr. de action. empt.* Nihil ergo aliud in hac specie faciendum supererat ad dominium serui venditi in emptorem transferendum, nisi vt seruus à venditore traderetur emptori ex causa venditionis, tanquam quæ non modò iusta sit, sed etiam habilis ad inducendam dominij translationem *l. numquam nuda* 31. *iunct. l. traditio* 20. *de acquir. rer. domin. l. si pater tuus* 8. *C. de action. empt.* Conductionis enim causa iusta quidem est, sed quæ non pergit ad vigorem vsque transferendi dominij, quomodo de precariis possessionibus Vlpianus loquitur in *d. l. communi* 7. *§. inter prædones supr. Commun. diuid. l. non solet* 36. *infr. Locat.* adeoque nec possessionis vt diximus ex *d. l. si quis ante* 10. *l. si id quod* 25. *§. 1. d. l. res pignoris* 37. *de acquir. poss.*

a *Periculum eius serui.* RAT. DVB. Secundum naturam est, rei cuiusque commoda eum sequi quem sequuntur incommoda *l. secundum* 10. *de regul. iur. l. id quod* 7. *in princip. supr. hoc tit.* Atqui commoda serui huius venditi non sequuntur emptorem quandiu durat causa conductionis, cùm per eum nihil possit emptor sibi acquirere, vt proximè diximus. Ergo nec incommodum & periculum huius serui ad emptorem pertinere debet, sed ad venditorem qui & dominus est, & seruum hunc nec tradidisse intelligitur.

DEC. Alia ratio dominij est, alia periculi, cùm de re vendita disputamus. Dominium enim ad venditorem spectat etiam soluto precio aut habita de eo fide, aut si aliter ei satisfactum sit, quousque traditio secuta sit *l. si vendidero* 80. *infr. de furt. l. quod vendidi* 19. *l. vt res* 53. *supr. de contr. empt. §. venditæ Instit. de rer. diuis.* At periculum statim atque perfecta emptio est nudo consensu, quod fit statim atque de precio conuenit, ad emptorem pertinet, vt toties diximus ex *§. cùm autem Instit. de empt. & vendit. l. necessario* 8. *& pass. supr. hoc tit. l. 1. & vlt. C. eod.* Excipiendum est periculum custodiæ, quia custodiam & diligentiā præstare venditor debet *l. 3. l. si vendita* 11. *l. quod si neque* 14. *§. 1. supr.* Sed in diem vsque traditionis tantum, non vltra *l. eum qui* 14. *in fine princip. infr. de furt. l. venditor* 36. *infr. de action. empt.* Ergo cùm ponamus seruum venditum emptori traditum fuisse, nihil iam est quod de periculo ad venditorem transferendo tractari possit, nisi dolus aliquis venditoris interceserit, vt Iauolenus subiicit. Dolus namque semper excipiendus est, siue venditoris, siue emptoris. Quid enim tam contrarium bonæ fidei quàm dolus? *l. si dolo* 5. *C. de rescind. vendit. l. bonam fidem* 4. *C. de oblig. & action.* Dices hunc seruum de quo quærimus, & quem emptor, vt conductum haberet, rogauit, nec traditum videri, cùm eius possessio per locationem à venditore retineatur, vt Iauolenus proximè respondit. Nec igitur videri liberatum à periculo custodiæ quo in tempus vsque traditionis obstrictus est, *d. l. eum qui.* Respondeo, duplicem esse traditionem, vnam ita veram & efficacem, vt pro non traditione haberi nunquam possit, & quæ iuris effectum è contrario illum habeat, vt dominium cum possessione, ac per possessionem transferre possit, *d. l. traditio* 20. *in fin. de acquir. rer. domin. l. per procuratorem* 8. *C. de acquirend. poss.* Et hæc illa est de qua

de qua hucusque diximus, & quæ per locationem à venditore retinetur. Alia est quæ factum naturale tradentis demonstrat, id est, translationem solius corporalis possessionis & asininæ, vt loquuntur, detentionis, potius quàm effectum vllum iuris. Et hæc traditio est quam ponimus factam esse emptori eidemque conductori, vt seruum venditum habere conductum possit. Et quæ sufficit vt ab eo die quo sic traditus est, seruus venditus periculum custodiæ desinat spectare ad venditorem, & transferri incipiat in emptorem eundemque conductorem. Cuius enim est præstare custodiam nisi ei qui rem penes se habet? Aut quænam illa esset iniquitas ne dicam impossibilitas, vt subiicerer periculo custodiendæ eius rei, siue meæ, siue tuæ quæ apud te, non apud me esset? Imò verò custodiam rei cõductæ præstare conductor locatori debet, ita vt non solùm de dolo & lata culpa, sed etiam de leui, *l. vt certo 5. §. nunc videndum supr. Commod. l. contractus 23. de reg. iur.* An non autem absurdum esset venditorem præstare custodiam emptori quam emptor ipse tanquam conductor præstare venditori suo debeat quasi locatori?

17. POMPONIVS libro 31. ad Quintum Mucium.

ILlud sciendum est, cùm moram emptor adhibere cœpit, iam non culpam tantùm, sed & dolum malũ præstandum à venditore. quod si per venditorẽ, & emptorem mora fuerit: Labeo quidẽ scribit, emptori potiùs nocere, quàm venditori, moram adhibitam. sed videndum est, ne posterior mora damnosa ei sit. quid enim si interpellauero venditorem, & nõ dederit id, quod emeram: deinde, postea offerente illo, ego non acceperim? sanè hoc casu nocere mihi deberet. sed si per emptorem mora fuisset: deinde, cùm omnia in integro essent, venditor moram adhibuerit, cùm posset se exsoluere: æquum est, posteriorem moram venditori nocere.

Ad l. Illud sciendum 17.

RAT. DVB. Cùm & per emptorem & per venditorem mora facta est, quominus res vendita traderetur, perinde esse debet atque si per solum emptorem stetisset. Non enim potest videri mora per venditorem facta esse ipso moram faciente emptore, vt disertè scriptum est in *l. si & per emptorem 31. infr. de act. empt.* Quid enim aliud est, Moram facere venditorem in re tradenda, quàm nolle eum interpellanti emptori rem tradere? Ergo verum est quod Labeonem scripsisse Pomponius hîc refert: Si per emptorem & venditorem mora facta sit emptori potiùs quàm venditori moram adhibitam nocere debere. Nam & emptoris magis quàm venditoris causa fit venditio, cùm emptio modus sit acquirendi: Venditio autem alienandi. Vt proinde magis imputari debeat emptori quàm venditori, etiamsi per vtrunque steterit quominus res traderetur.

DEC. Multum interest an per vtrumque mora fiat eodem tempore, an diuersis, vt benè hic Accursius distinguit. Priore casu verum est quod Labeo scripsit in *d. l. si & per emptorem*, magis emptori quàm venditori moram adhibitam nocere, quia diligentior esse debet emptor quàm venditor ad vrgendam & consequendã rei traditionem. Cùm ipsius magis interfit quàm venditoris, cuius interesset potiùs dominium retinere nisi hactenus vt solutionem precij vrgere posset si vellet: Vt euenit quoties contractus vltro citroque obligatorius est & alter prior agere vult. Debet enim ille prior quoque contractum ex parte sua implere, *l. Iulianus 13. §. offerri infr. de act. empt. leg. cùm fundus 31. in fin. supr. de reb. credit.* Vnde est quod contractum hunc frequentius emptionis quàm venditionis nomine appellamus, & actiones empti dicimus prius quàm venditi. *Tot. tit. de contr. empt. & de act. empt. & vendit.* Exemplum esto, si quod non semel vidi accidere, dies certus traditioni faciendæ dictus sit, & ad eũm diem neque emptor, neque venditor adfuerit. Eo si quidem casu mora ex vtraque parte eodem instanti cõtrahitur, nec stare solius lapsus diei, qui vtramque partem afficit tùm quoque cùm nemo est, qui traditionem vel facere possit, vel accipere, *l. vlt. supr. de leg. commiss. l. ad diem 77. infr. de verb. obl. l. magnam 12. C. de contr. & committ. stipulat.* At posteriore casu adhibenda distinctio est quæ hic à Pomponio ponitur. Cùm diuersis temporibus mora per emptorem & per venditorem contracta est, vtra præcesserit, & vtra subsecuta sit. Generaliter enim dicendum est posteriorem moram nocere ei debere qui ipsam admiserit siue emptor ille sit siue venditor, quia posterior intelligi non potest, quin purget priorem *l. interdum 73. §. vlt. l. si seruum 91. §. sequitur infr. de verb. oblig. l. qui decem 72. in princip. & §. 1. infr. de solut.* & moræ proprius effectus ille est, vt semper transferat periculum in eam personam quæ in mora est etiamsi de dote agatur *leg. si rem æstimatam 14. infr. de iur. dot. d. l. si seruum 91. §. vlt. de verb. oblig. l. qui filium 22. infr. de manum. testam.* Moram autem hanc quæ per lapsum diei non contrahitur, necesse est, contrahi per interpellationem factam congruo loco, & congruo tempore *l. mora 32. infr. de vsur.* Ideoque sicut interpellatio ex vtraque parte eodem instanti fieri non potest, ita neque mora per interpellationem ex vtraque parte simul contrahi, vt eodem instanti vterque pariter in mora constituatur. Nam si fieri nequit vt eodem instanti quis & obligetur, & in mora collocetur *leg. promissor 21. §. 1. supr. de pecun. const.* ita nec illud fieri potest, vt vno eodemque instanti vterque contrahentiũ moram contrahat per mutuam interpellationem. Itaque si emptor ego vẽditorẽ meũ interpellauero, & nõ dederit q̃ emerã: Deinde postea offerẽte illo nõ acceperim, meã mihi morã quasi posteriorẽ nocere æquũ est. E cõtrariò si per emptorẽ mora facta fuisset, deinde cùm omnia essent adhuc integra, morã

BIU Cujas

vēditor habuerit, cùm posset tradendo se liberare, æquum est posteriorem moram venditori nocere, vt hîc Pomponius scribit, id est, periculum transferri in venditorem, quod alioqui post perfectam emptionem solum emptorem deberet contingere. Sic dicimus periculum rei furtiuæ omnimodo spectare ad furem tanquam qui in restituenda re furtiua quam nec subripere debuit, moram semper re ipsa facere intelligatur, *l.8.in re furtiua §.1. supr.de condict.furt.* quamuis paratus sit conditionis iudicium excipere, *l.vltim.eod.* Sed tamen si rem furtiuam obtulerit, & dominus in ea accipsenda moram fecerit continuò liberari eum quasi purgata mora quæ ex furto oriebatur, vt ait Papinianus in *leg.parui refert 17.eod.* Iunge *l.si opera 6.infr.de doli mali except.* vbi operam creditoris dixit Caius pro culpa, & culpam pro mora. Vix enim est, vt mora sit sine culpa, & vt cuius culpa nulla est, eius mora aliqua esse possit, *l.si soluturus 39.l.creditor 102. infr.de solut.* vbi tamen nolo fingere cum Accursio minùs congruo loco & tempore factam esse oblationem, vt in *d.l.si soluturus*, sed dilatam duntaxat sine culpa vlla receptionem pecuniæ in alium diē, quod vtique citra moram fieri potest, *l.sciendum 21. & seq.infr.de vsur.* Quid enim si iusta aliqua causa fuerit differendę solutionis, vt ibidem scriptum est? Non omnis dilatio mora est, quamuis mora omnis dilatio sit. Et quæstiones istæ de mora pendent ex æquitate magis quàm ex stricto iure *d.l.mora 32.eod.* Iunge *l.si quis vina 4.& l.seq.supr.* Illud certissimum est, quod initio huius legis præfatur Pomponius moram emptoris facere, vt venditor exinde non culpam præstare debeat, sed dolum tantùm. Ne alioquin in emptoris potestate sit moram cōtrahendo venditorem onerare longiore ac prope infinita custodia *d.l.4.§.vlt.supr.l.si mora 9.infr.solut.matrim.* Sanè nunquam excusatur à dolo *leg.prox.supr.leg.ex empto 11.§.sententiam infr.de act.empt.*

18. PAPINIANVS libro 3. Responsorum.

HAbitationum oneribus morte libertorum finitis, emptor domus ob eam causam venditori non tenebitur, si nihil aliud conuenit, quàm vt habitationes secundùm defuncti voluntatem super pretium libertis præstarentur.

Ad l.Habitationum 18.

RAT. DVB. Pactum in venditione domus appositum, vt habitationes secundum volūtatem defuncti super & præter precium conuentum libertis præstarentur, partem precij facit. Tanto enim carius distraxisset venditor si pactum hoc non interuenisset, *l.fundi partem 79.supr.de contr.empt. l.si venditor 6.in fin.infr.tit.prox.l.si sterilis 21.§.si tibi infr.de action.empt.* Ergo habitationum oneribus morte libertorum finitis, æquum est teneri emptorem, vt præstet venditori quanto pluris hodie domus est ab habitationum oneribus liberata. Ne alioqui moretur in damno venditor qui domum ob illa habitationis onera minoris distraxit.

DEC. Precium venditionis de quo ab initio conuenit, augeri ex post facto non potest. Id enim nihil aliud esset quàm à priore emptione recedere ac nouam facere, cùm substantia emptionis consistat ex precio *l.pacta conuenta 72.supr.de contr.empt.* Ergo quamuis liberti omnes decesserint quorum habitationes in venditione domus exceptæ erant, nihil tamen est propter quod venditionis preciū augeri debeat, cùm in constituendo vero ac formali precio præuidere contrahentes potuerint & debuerint, fore vt illa onera habitationum tandem libertorum morte finirentur. Quod cùm accidit, nihil nisi illud est cuius euentum expectare venditor debuit, eiusque incertum velit, aleam tanti æstimauit quanto minoris eam domum vendidit, vt in *leg.nam hoc modo 11.supr.de hered.vendit. l.si iactum 11.infr.de action.empt.* Quare nec interierit, an modico an longiore temporis interuallo liberti post venditionem decesserint. Etsi enim casus ita tulerit, vt qui diutiùs victuri credebantur, statim decesserint, prospicere tamen debuit venditor fieri posse, vt ita eueniret, vt in *l.si quis domum 9.§.idem quærit infr.Locat.* quemadmodum & fieri poterat, vt diutius viuerent, vt in *l.hereditatum 68.infr.ad leg.Falcid.* Cumque formale illud precium sit, de quo inter contrahentes conuenit, vt Vlpianus loquitur in *leg.in lege 62.§.1. eod.tit.* ex eo quod postea accidit, immutari non debet, quia contractus tempus ipsum in æstimanda re vendita præcisè inspiciendum est, *l.Rutilia. Polla 69.de contr.empt. l.si voluntate 8. C. de rescind. vendit.* Sed bene addit Papinianus, *si nihil aliud conuenit quàm vt habitationes secundum defuncti voluntatem libertis præstarentur*, quę cōuentio non ad aliud tempus referri possunt, quàm quo habitationes duraturæ essent. Poterat enim conuentio ita fieri, vt mortuis libertis omnibus, atque ita oneribus habitationum finitis domus vendita quidem maneret, sed nouo iustóque precio tunc æstimanda, vt in *l.si fundus 16.§.vlt.infr.de pign.* Quo casu aliud sanè dicendum esset, quia & secunda illa emptio plane alia esset ac differens à prima, *d.l.pacta conuenta 72. sup.de contr.empt.*

1 ¶ Ante precium solutum dominij quæstione mota, precium emptor soluere non cogetur: nisi fideiussores idonei, à venditore, eius euictionis nomine offerantur.

Ad §.1.Ante precium.

RAT. DVB. Ex natura contractus venditionis est, vt emptor cui res vendita tradita est, precium soluere cogatur. Nec enim æquum est, vt & rem habeat & precium, *l.ex empto 11.§.qui autem & leg.bona fides 50. iunct.leg.Iulianus 13.§.offerri infr.de action.empt.* Satisque esse debet emptori quod venditorem, si fortè is alienam rem aut pignoratam vendiderit, obligatum habeat de euictione, *dict.leg.ex empto §.1.* Contra verò præter naturam venditionis est, vt obligetur venditor de

tor de euictione satisdare & fideiussorem dare, si de eo nihil in vendendo dictum sit, *leg. pacta conuenta 72. supr. de contr. empt. leg. emptori 37. in princip. leg. si dictum 56. infr. de euict.* Ergo quamuis ante precium solutum dominij quæstio mota sit emptori, non eo minùs precium soluere emptor cogendus est, quamuis fideiussorem euictionis nomine præstare venditor nolit, cùm de fideiussore dando nihil in venditione dictum sit.

DEC. Melius est non soluere quàm solutum repetere, *leg. 3. supr. de compensat. leg. si stipulatus 15. infr. de fideiuss.* Neque ex bona fide est, vt emptor contractum ex parte sua impleat soluendo precium, venditor autem ex parte sua non satisfaciat, quod pertinet ad tradendi obligationem, qua obstrictus est emptori, *dict. §. offerri dict. leg. bona fides.* Atqui licet ponamus traditam esse rem emptori a venditore, potestas tamen euictionis tollit intellectum traditionis, vt Papinianus loquitur in *leg. si patroni 55. §. vltim. infr. ad S. C. Trebellian.* Nam nec alia ratio est dandæ actionis de euictione contra venditorem emptori, quàm quia secuta euictione res tradita habeatur pro non tradita. Prius enim traditam esse rem oportet, vt sit locus actioni de euictione, *dict. leg. ex empto §. 1. leg. si rem 62. in princip. de euict.* quia quod euincitur, in bonis non est, vt habet iuris regula, *leg. quod euincitur 190. de regul. iur.* Ergo æquum est, vt venditor qui contra emptorem agit ad solutionem precij cogatur ei dare fideiussorem euictionis nomine, si in ipso limine contractus immineat euictio, quamuis res nondum euicta sit, *leg. si post perfectam 24. Cod. de euict. leg. vltim. §. ex quadrante infr. de doli mali except.* Cùm enim mota dominij quæstione nondum competat de euictione actio, sed tantùm ex empto ad rem defendendam, *leg. si plus vel minus 74. §. mota quæstione de euict.* æquissimum hoc temperamentum est quo indemnitati & securitati vtriusque tam emptoris quàm venditoris optimè consulitur, vt neque precium exigere venditor prohibeatur, si de euictione fideiussorem dare velit, neque periculum incurrat emptor amittendi precij, secuta quandocunque euictione, cùm ei datione fideiussoris cautum sit. Nec desunt venditores qui in eam rem speciali pactione sibi prospiciant, vt in *leg. vltim. supr. titul. prox.* Sed si quando id factum non sit bonæ fidei, tamen ratio quæ summam æquitatem desiderat, vt ait *lex bona fides 31. supr. deposit.* supplet defectum conuentionis, vt quod verbis contractus omissum est, non omittatur religione arbitri & iudicantis. Quomodo in specie, *leg. quæsitum 13. infr. de testib.* Noli tamen cum Accursio, requirere in hac specie, vt fides habita sit de precio. Id enim tum obtinet cùm tractatur de dominio transferendo in emptorem ante solutionem precij, *leg. quod vendidi 19. de contrah. empt.* at non etiam cum tractatur de dando fideiussore ob imminens periculum euictionis. Tam enim euincitur res aliena vendita quàm ea, cuius dominium in emptorem translatum est, *leg. si mancipium 34. §. vltim. & leg. seq. de euict.* Et ideò siue dominium in emptorem translatum sit, siue non sit translatum, huic legi locus est, quoties imminet periculum euictionis.

19. HERMOGENIANVS libro 2. Iuris Epitomarum.

VEnditor, si emptor in pretio soluendo moram fecerit, vsuras duntaxat præstabit: non omne omnino, quod venditor, mora non facta, consequi potuit: veluti si negotiator fuit, &, pretio soluto, ex mercibus plus, quàm ex vsuris, quærere potuit.

Ad l. vlt. Venditor.

RAT. DVB. In contractibus vltro citroque obligatoriis, cuiusmodi est cõtractus venditionis, æqualitas seruari debet, vt æquitas seruetur. Nec debet deterior esse condicio emptoris quàm venditoris, *leg. si vina 6. supr. hoc titul.* Atqui venditor si rem non tradat, tenetur emptori in omne id quod interest emptoris *leg. 1. infr. de tradit. empt. leg. si traditio 4. C. eod.* Id autem quod interest plerumque rei precium precique vsuras plerumque egreditur, *dict. leg. 1. leg. in interdicto 6. infr. Vnde vi.* Id enim quod interest non tantùm damni emergentis, sed etiam lucri cessantis rationem continet, *leg. 2. in princip. & §. vltim. supr. de eo quod cert. hoc leg. si commissa infr. Rat. rem. haber.* Quid autem iustius, quàm eius lucri quod ex negotiatione percipi potuit, præsertim ab homine negotiari solito rationem haberi? Ergo similiter dicendum est, si emptor in precio soluendo moram emptori fecerit, non vsuras duntaxat præstare illum venditori debere, sed omne omnino quod venditor mora non facta consequi & lucrari potuisset, veluti si negotiator fuit, & precio soluto plus ex mercibus quàm ex vsuris quærere potuit.

DEC. Id quod interest, nunquam præstatur ratione pecuniæ, & negotiationis quæ ex pecunia fieri potuisset, quia facilè alioquin excederet, & excresceret in infinitum, quod & natura & ius nostrum abhorret. Quis enim dicere aut taxare vnquam possit lucrum quod ex pecuniarum negotiatione diligens paterfamilias & negotiator sperare valeat? Nempe si loci aut temporis vtilitas non interueniat, vt in *dict. l. 2. 3. & 4. de eo quod cert. loc.* Adiectio enim loci & temporis adeò restringit lucrum illud, vt verendum non sit ne res abeat in infinitum. Quanquam nec si tempus pecuniæ soluendæ præstitutum sit nullo adiecto prætereà certo loco, alia tamen vtilitas præstari solet quàm vsurarum, non solum, quia taxatio eius quod interesset etiam ratione temporis difficilior esset ac incerta, *argum. leg. vltim. infr. de stip. prætor. leg. quemadmodum 29. §. item Labeo in fin. supr. ad leg. Aquil.* Sed etiam quia vsuræ non tam propter lucrum petentium, quàm propter

BIU Cujas

moram non soluentium infliguntur, *leg. cùm quidam* 17. §. *si pupillo infr. de vsur.* Et cùm pecunia res sit sterilis, quæ ex se pecuniam aliam parere ac gignere non potest, satis abundeque venditori consulitur, cùm ei vsuræ precij propter moram ab emptore præstantur. Et quicquid extra eam causam venditor per negotiationem suam lucrari potuit, totum id interesse extrinsecum est, cuius ratio haberi nunquam debet, quia nullis certis finibus contineretur, *leg. sterilis* 21. §. *cùm per venditorem*, vbi dicemus fortasse latiùs *infr. de action. empt.* Alia causa est rei venditæ, ob quam non traditam tenetur venditor emptori, vt præstet ei, quanti ipsius interest. Non enim potest id quod interest, hoc nomine excurrere in infinitum, nec egredi rem & speciem ipsam, quæ tradi debuit. Adeoque nec si vendita sit res, quæ non minùs quàm pecunia ipsa consistat in genere, puta vinum aut triticum, vt in *d.* §. *cùm per venditorem.* Denique interesse intrinsecum illud tantùm est quod præstari debet: Extrinsecum nunquam. Quod autem ratione pecuniæ præstaretur, semper extrinsecum esset, nunquam verò intrinsecum, adeò vt nec vsuræ vllæ præstandæ essent ob non solutam sua die pecuniam, nisi hac veluti pœna coerceri moram debitoris oporteret. Vnde etiam est odium vsurarum, ex quo fit, vt non nisi ex stipulatione deberi & peti possint nõ etiam ex pacto nudo, quamuis incontinenti adiecto. Quod tamen in frumenti vel hordei mutuo dati accessionibus diuersum est, *l.3. l. frumenti* 17. 23. C. *de vsur.* Nimirum propter incertitudinem precij mercium, vt habet *l. oleo eod. tit.* quæ in pecuniis locum nunquam habet. Semper enim vna eademque est nummorum æstimatio in republica scilicet benè constituta, *d. l.3. de eo quod cert. loc. l.3. supr. de in lit. iur.* Atque ita lex hæc concilianda est cum aliis, quæ in æstimando eo quod interest etiam lucri cessantis rationem haberi volunt. Non quomodo docuit Corrasius *lib.3. Miscellan. cap.14.*

DE SERVIS EXPORTANDIS, VEL SI ITA MANCIPIVM Venierit, vt manumittatur, vel contrà.

TITVLVS VII.

1. VLPIANVS libro 32. ad Edictum.

SI fuerit distractus seruus, ne aliquo loci moretur: qui vendidit, in ea condicione est, vt possit legem remittere, ipse Romæ retinere, quod & Papinianus libro tertio respondit. propter domini enim (inquit) securitatem custoditur lex, ne periculum subeat.

Ad l. Si fuerit 1.

RAT. DVB. Contractus omnes ab initio quidem sunt voluntatis, sed ex postfacto necessitatis, *l. sicut 5. C. de oblig. & actio.* Atqui pactum in venditione appositum siue initio venditionis, siue incontinenti post venditionem non solùm inest contractui, sed etiam informat contractum & actionem ex contractu descendentem, *l. iuris gentium 7. §. quinimò supr. de pact. l.1. & 2. l. initio 5. & pass. C. de pact. int. empt. & vendit.* & consequenter partem contractus constituit, *d. l. iurisgentium §. adeo.* Ergo si seruus ita distractus fuerit ne aliquo loci moretur, puta Romæ aut Bononiæ, non debet licere venditori, vt inuito emptore possit legem remittere eumque seruum in loco prohibito retinere. Sicuti nec posset emptor

BIU Cujas

ptor inuito venditore id facere. Ne venditori liceat quod emptori non liceret, quamuis venditoris solius gratia primùm ea pactio interposita sit, vt in *l. si vina 6. supr. tit. prox.*

DEC. Nemo inuitus iure suo vti cogitur, cùm ei renunciare pro arbitrio possit, *l. si iudex 41. supr. de minor. l. pen. C. de pact.* Paciscendo enim ad suam vtilitatem venditor legem dicere emptori voluit non sibi, vt in *l. 2. C. hoc tit. Si seruus export. ven. l. 1 C. si mancip. ita venier. ne prostit. l. 2. & 3. supr. de leg. commiss. l. Lucius 40. in fin. infr. de fideic. libert.* Atqui lex & pactio hæc venditioni dicta, ne seruus venditus aliquo loci moretur, non nisi fauore venditoris interponitur, & propter eius securitatem, ne quid fortè timendum habeat à nequissimo nebulone nequitiam seruilis ingenij præ se ferente. Ergo non est ei denegandum, vt exportandi serui necessitatem possit emptori remittere. Quod & Papinianum respondisse Vlpianus hic refert. Alia ratio est pacti in serui venditione appositi, vt intra certum tempus manumittatur de quo in *l. 1. infr. Qui sine manum. ad libert. peruen.* Interponitur enim non solius venditoris gratia, sed etiam emptoris, vt dicemus ad *l. 3. infr.*

2. MARCIANVS libro 2. Publicorum.

EXportandus si venierit ab Italia, in prouincia morari potest: nisi specialiter prohibitum fuerit.

Ad l. Exportandus 2.

RAT. DVB. Italia dicitur prouincia prouinciarum. Ergo seruus qui ita venditus est, vt ab Italia exportetur, non magis in alia prouincia quàm in Italia morari potest.

DEC. Pactiones istæ quamuis in contractu venditionis & in ipsa traditione appositæ censentur odiosæ, quia pœnales sunt. Dicitur enim vendi malis condicionibus quisquis ita venditur, vt ab Italia exportetur, quemadmodum & qui ita venditur ne manumittatur. Proinde non facilè sunt extendendæ, sed suis finibus ac limitibus coercendæ. Ergo pactum de seruo ab Italia exportando ad alias prouincias porrigi non debet, nisi id quoque specialiter interdictum fuerit, vt lex ait. Inclusio enim vnius est exclusio alterius, *vulg. l. cùm Prætor 12. supr. de iudic. l. ex eo 18. infr. de testib.* Nec quemadmodum dicimus, eum qui minoribus careat non debere frui maioribus *l. cui pacto 5. infr. hoc tit.* Ita è contrario dicendum est, eum qui maioribus non fruatur, debere carere minoribus. Plus enim est morari posse in Italia quàm in prouincia, & grauior interdictio ne quis in Italia morari possit quàm ne in prouincia. Denique dispositio limitata limitatum parere & producere effectum debet, quod ex hoc potissimùm loco nostri vulgo inferunt, & ex *l. in agris 16. infr. de acquir. rer. domin. l. cum seruo 63. supr. de contr. empt.* Iunge *l. relegatorum 7. §. constitutum est eum & seq. infr. de interd. & releg.*

3. PAVLVS libro 50. ad Edictum.

SI quis hac lege venit, vt intra certum tempus manumittatur, & si non sit manumissus, liber fit. [a] si tamen is, qui vendidit, in eadem voluntate perseueret. [b] heredis voluntatem non esse exquirendam.

Ad l. Si quis 3.

RAT. DVB. Etsi pactum quodcunque in traditionibus rerum adpositum valere debet, *l. in traditionibus 48. supr. de pact.* quod credibile sit dominum non alias rem suam fuisse traditurum, *l. vlt. C. de pact. int. empt. & vendit.* Ita tamen seruandum est vt idipsum fiat, de quo faciendo conuenit, & eo modo qui conuentione præscriptus est si præsertim cum iuris ratione consentiat. Ergo seruus ita venditus, vt intra certum tempus manumittatur, non aliter fieri liber potest quàm si manumittatur, cùm nec alius modus sit dandæ libertatis quàm per manumissionem. Quid enim aliud est manumissio quàm de manu ac potestate missio? *Tit. de libertin. Instit.* Proinde si intra tempus præstitutum seruus ab emptore manumissus non fuerit, dicendum est actionem quidem ex vendito eo nomine venditori contra emptorem competere ad id quod ipsius venditoris interest, sed tamen seruum ipsum citra manumissionem liberum fieri non posse.

DEC. Manumissio facti est non iuris. Nemo autem ad factum cogi præcisè potest, quia id fieri non posset sine vi & impressione, quam semper exosam habet legislator. Vnde est quod in obligationibus faciendi si non fiat id quod promissum est, succedit obligatio & præstatio eius quod interest, *l. si quis ab alio 13. in fin. infr. de re iudic. l. stipulationes non diuiduntur 72. l. cùm stipulatus sim. 113. §. 1. de verb. oblig.* Atqui libertas inæstimabilis res est quæ proinde certo modo & precio æstimari non potest, ideoque cæteris rebus omnibus fauorabilior, *l. libertas 106. l. libertas 122. l. non est singulis 176. §. 1. de regul. iur. l. cùm pater 77. §. cùm existimaret. de legat. 2.* Ergo ne potestas pacti & libertas intercidat, necesse est, ita ius constitui, vt citra manumissionem vllam seruus hoc casu liber fiat, & quidem ipso iure. Sed tamen non tam ex mera iuris ratione quàm ex constitutione Diui Marci ad Ausidium Victorinum, de qua in *leg. verum 11. §. 1. supr. de minor. l. 1. 3. 6. 8. infr. Qui sine manumiss. ad libert. peruen.* Constitutionis enim potestate manumittentis factum repræsentari placuit. Quomodo scribendum & legendum est in *l. vlt. C. si mancip. ita fuer. alien. vt manum. vel contr.* Indeque dubitandi ratio perelegans ad *leg. si iusta 3. eod. titul.*

BIU Cujas

vbi non videbatur locus esse cõstitutioni, propterea quod factum manumittendi & præstandæ ab emptore libertatis pacto insertum non esset, sed tantummodò expressum, vt cùm annos viginti quinque haberet, libera esset ancilla quæ vendebatur. Sed non eo minùs locum esse constitutioni vult Imperator, si non ex verbis saltem ex mente ac sententia constitutionis. Non igitur eo minùs, sed imò potius tanto magis liber fit seruus quòd ab emptore intra tempus præstitutum manumissus non sit. Neque hoc tantùm casu, sed aliis etiam plerisque id obtinet, vt quis sine manumissione ad libertatem perueniat, de quibus in toto illo Titulo, *Qui sin. manumiss. ad libert. peruen.* Nec in eo vlla fit iniuria venditori, cùm nihil eius intersit, qua ratione seruus venditus ad libertatem perueniat, dummodò intra constitutum tempus liber fiat. Citiùs enim & expeditiùs fit quod ipso iure fit, quàm quod hominis factum requirit.

a *Si tamen is qui vendidit in eadem voluntate perseueret.* Potest igitur venditor si velit mutare voluntatem quandocunque, dummodo intra tempus præstitutum ac priusquàm libertas competat. Sic enim ex his verbis Accursius noster infert. Et bene. Nam & idem scriptum est in *d. l. vlt. & l. 1. C. si mancip. ita fuer. alien. vt manum. l. mancipia 8. infr. Qui sin. manumiss. ad libert. peruen. l. si quis alicui 27. §. 1. l. si hominem 30. supr. mandat. l. mortis causa 15. infr. de manumiss.* RAT. DVB. In contractibus nominatis qualis est contractus venditionis, non est locus pœnitentiæ, *l. sicut 5. C. de oblig. & act. l. possessionem 3 l. velles necne 6. C. de reuoc. donat. l. 1. C. quand. lic. ab empt. disced.* Præsertim verò in præiudicium libertatis. Cuius priuilegium illud est, vt semel præstita reuocari nunquam possit, ne quidem beneficio restitutionis in integrum, quã ideo contra libertatem dari impossibile esse ait Vlpianus in *l. si ex causa 9. §. vlt. supr. de minor.* Ergo etiamsi is qui seruum suum ea lege vendidit vt manumittatur, posteà voluntatem mutauerit, non potest ea res libertati nocere. Atque ita Paulus scribit in *l. 1. infr. Qui sin. manum. ad libert. peruen.* qui locus cum hac lege pugnare quàm maximè videtur.

DEC. Ex contractu inter alios inito nullum ius acquiri tertio potest, quia nec alteri stipulari aut aliter contrahere quisquam potest, *l. quæcunque 11. infr. de oblig. & action. l. stipulatio ista 38. §. alteri de verb. oblig.* Nisi fortè interfit stipulatoris, vt tertio ius acquiratur, quomodo in specie, *d. l. stipulatio ista §. si stipul.* Quo tamẽ casu ei soli qui stipulatus est, actio competit, non ei cui stipulatus sit. Extra casum, *leg. quoties 3. C. de donat. quæ sub mod.* quæ ex donatione facta sub modo & ea lege, vt post certum tempus id quod donatum est alij restituatur ei, qui in donatione substitutus est, vtilem actionem accommodauit. Atqui cum venditor serui cauit in lege venditionis vt intra certum tempus manumittatur seruus, nullum ex ea pactione ius acquiri seruo potest. Non solùm quia res inter alios acta est, sed etiam quia seruus, neque actionis, neque obligationis ciuilis acquirendæ capax est, *l. serui 14. de oblig. & action.* Portò nec quicquam emptoris interest, vt seruus manumittatur quem non manummitti eius potius interesset, vt seruum retineret. Nihil ergo causæ est cur non licere debeat venditori qui eiusmodi pactionem adhibuit, mutare voluntatem & pœnitere intra tempus præstitutum, & quandiu libertas nondum competit. Nullum enim priuilegiũ est libertatis debitæ, sed tantum competentis, quia quæ semel competiit, nũquam retractatur §. *si is qui Instit. de eo cui libert. caus. bon. addic. d. l. verum 11. §. 1. in fin. supr. de minor. l. 2. & tot. tit. C si aduers. libert.* Idque adeò verum est, vt etiã viuo venditore & eo ignorante possit procurator eius mutare voluntatem dummodò ex causa *d. l. si hominem 30. supr. mandat.* Nec obstat quod contra scriptum videtur in *d. l. Qui sine manum. ad libert. peruen.* quæ ait etiamsi venditor voluntatem mutauerit, nihilo minùs libertatem competere. Nam vel intelligenda est lex illa de eo quo vel solius emptoris, vel vtriusque gratia pactum de seruo manumittendo interpositum sit, quomodo hic Accursius interpretatur, fortè si par vtriusque erga hunc seruum adfectio fuit, cùm in bonæ fidei iudiciis etiam adfectionis ratio habeatur, *l. cum seruus 54. supr. mandat.* Vel restringenda est ad eum casum de quo in prioribus eiusdem legis verbis agitur, id est, cùm post venditum ea lege seruum emptor & venditor sine herede decesserunt. Quo certè casu, æquum est mutationem voluntatis venditoris non nocere libertati, quæ nec ipsi venditori prodesse potest, iam defuncto, nec ipsius heredi qui nullus est. Quid enim hoc esse ta liud quàm libertatibus inuidere nullo cuiquam lucro inde sperando? Quomodo de lege Fusia Caninia scribit Iustinianus in *tit. de leg. Fus. Canin. toll.* Alia quæstio est: An si post mutatam venditoris emptor nihilominus seruum manumiserit, emptor eo nomine actione ex vendito teneatur, de qua dicemus ad *l. quæsitum 8. infr.*

b *Heredis voluntatem non esse exquirendam.* RAT. DVB. Heres succedit in vniuersum ius quod defunctus habuit, *l. nihil est aliud 24. de verb. signific. l. heredem 59. de regul. iur.* ideoque iure eius vti debet, *l. qui in ius 177. eod.* Censetur enim eadem persona cum defuncto *Nouell. 48. de iureiur. à morient. præstit.* Atqui defunctus venditor habuit ius mutandæ quandocunque ante manumissionem voluntatis, vt proximus. Ergo & idem ius habere heres debet.

DEC. Voluntatem mutare non tam iuris est, quàm facti, & voluntatem mutare posse non tam iuris quàm facultatis. Et cuiusque voluntas est quid adeò personale, vt personam egredi non possit, nec proinde ad heredem transmitti, cuius persona verè alia est, licet fictè eadem esse censeatur, in iis scilicet quæ iuris sunt non quæ facti *l. si ita legatum sit 65. §. 1. de legat. 1. leg. qui Romæ 122. §. Agerius infr. de verb. obligat. l. voluntatis 7. C. de fideic.* Ergo si venditor ipse non mutauerit voluntatem, nec heres ipsius mutare poterit, adeò vt nec voluntas eius exploranda sit, quod & Diuus Marcus rescripsit, vt refert Callistratus in *l. 3. Qui sin. manumiss. ad liber. peruen.* Nunquam enim permittendum est heredi, vt factum defuncti improbet cuius personam repræsentat, *l. ex qua persona 149. de regul. iur.* Præsertim cùm non sit bona consecutio, si quis ex eo quod defunctus voluntatem mutare potuisset, inferat aut præsumat, mutaturum ergo illum fuisse si vixisset. Nam poterat etiam non mutare, quod fauore libertatis credibilius est futurum fuisse. Fateor, quoties agitur de dominio rerum testatoris ex ipsius pactione transferendo in alium sub condicione aliqua, quæ viuo testatore non extiterit, ita vt earum rerum dominium ante condicionis euentum ad heredem peruenerit, voluntatem heredis exquirẽdam esse. Ne dominiũ ꝙ pertinere cœpit ad heredem, inuito ei vel ignoranti auferatur, vt

tur, vt scriptum est in *l. si ego* 9. §. *si res infr. de iur. dot. iunct l. sed interim* 11. § *si vxor rem Titio de donat. int. vir. & vxor. l. id quod nostrum est* 11. *de regul. iur.* Sed nihil ea ratio cum specie nostra commune habet, quia hîc non agitur de auferendo heredi dominio serui, quod in emptorem translatum fuisse ponendum est, vt rescripto Diui Marci locus esse possit, & potestate constitutionis repræsentari factum manumittentis, qui si dominus non esset, nec manumittendo seruum millies eum tamen ad libertatem perducere potuisset *l. vlt. & tot. tit. C. de his qui à non domin. manum. sunt.* Nec tam ex facto venditoris libertas hoc casu seruo cõpetere intelligitur, quàm ex non facto emptoris, cuius etiam non venditoris factum constitutio repræsentat, quamuis non ideò huic seruo imponere operas, tanquam liberto suo emptor possit, vt diximus ad *d. l verum* 11. §. *quid si minor supr. de minor ex l. si quis hac lege* 13. *infr. de oper. libert. l. si quis hac lege* 30. *infr. qui & à quib. manum.* Voluntas igitur heredis hoc casu exquirenda non est, si heres quandiu vixit, in eadem voluntate perseuerauerit. Planè si non perseuerauerit, exquiremus voluntatem heredis, vt si velit manumitti eum, quem testator noluit, lex contractus perinde contra emptorem exerceri possit, atque si venditor voluntatem non mutasset, quia heredis solius iam interest, quemadmodum & si heres nullus esset, eius venditoris, qui voluntatem mutasset, libertas nihilominus competeret, quia nemo iam ex parte venditoris esset, cuius interesset libertatem non competere ob mutatam venditoris voluntatem *d. l. 1. infr. qui sin. manumiss. ad libert. peruen.*

4. MARCELLVS libro 24. Digestorum.

SI minor viginti annis seruum tibi in hoc vendiderit, & tradiderit, vt eum manumitteres: nullius momenti est traditio: quamquam ea mente tradiderit, vt cùm viginti annos ipse explesset, manumitteres. non enim multum facit, quod distulit libertatis præstationem. lex quippe consilio eius, quasi parum firmo, restitit.

Ad l. Si minor 4.

RAT. DVB. Non tam inspiciendum est, quo tempore fiat aliqua dispositio, quàm in quod tempus conferatur, quia eo ipso tempore in quod collata est, facta esse intelligitur *l. quod sponsæ* 4. *C. de donat. ant. nupt. l. Stichus* 39. *infr. de manum. testam.* Ergo quamuis lex Ælia Sentia prohibeat minorem viginti annis manumittere *l. 1. infr. de manumiss.* dicendum tamen videtur, si minor viginti annis seruum suum vendiderit, & tradiderit ea lege, vt ab emptore manumitteretur, nõ quidem statim, sed cùm venditor vicesimum annum expleuisset, valere vẽditionem & traditionem, & conuentionem in traditione appositam, tametsi factam tempore prohibito, cùm in tempus non prohibitum collata sit: concurrente præsertim libertatis fauore, qui facere deberet, vt etiamsi ratio stricta iuris repugnaret, id tamen ex humanitate & beneuolentia admitti oporteret *arg. l. in tempus* 62. *infr. de hered. inst.*

DEC. Lex Ælia Sentia restitit consilio, quasi minus firmo minoris viginti annis seruum suum manumittere volentis, ne facilitate nimia per manumissionem seruorum, in quibus erant olim præcipuè ciuium facultates, faciat se pauperiorem datis libertatibus, aduersus quas postea Prætoris, & in integrum restitutionis auxilium frustrà sit imploraturus *l. si ex causa* 9. §. *vlt. supr. de minor.* Proinde nihil facere potest, quod dilata sit manumissio in id tempus, quo minor viginti annis vicesimũ annum compleuerit, quia & dilatio illa fit eodem minoris consilio, cui eadem lex ab initio restitit. Multumque interest, an lex aliqua resistat consilio, an effectui tantùm, qui ex eo actu & contractu sequi possit. Posteriore casu valet actus, qui tempore prohibito factus est, si in tempus non prohibitum conferatur. At posteriore non item. Idque est quod Bartolus hîc notat, illud quod fit tempore prohibito, licet cõferatur in tempus permissum non valere, quando lex initio seu consilio restitit, valere autem si prohibitio legis nonnisi effectum respiciat. Nec valde dissimiliter Baldus, vbi est inhabilitas personæ à principio, non posse confirmari actum, licet conferatur in tempus licitum & permissum. Quod hîc euenit, nec quod constitutio Diui Marci ad Ausidium Victorinum induxit, vt seruus ea lege venditus, vt intra certum tempus manumittatur, si manumissus non fuerit, ipso iure liber sit, ad hunc casum pertinet, quia licet verba rescripti sint generalia, neque aut personam vllam, aut casum vllum excipiant, quomodo Papinianus loquitur, quamuis in dissimili specie in *leg. oratio* 4. *infr. si ingen. esse. dicet.* Sententia tamen constitutionis hunc minorem viginti annis non complectitur *d. l. verum* §. *quid tamen supr. de minor.* Et vt benè Cuiacius ad eum locum notat, constitutio legi cedit, fortiorque est lex Ælia Sentia, quàm potestas constitutionis *l. si minor* 4. *C. qui manum. non poss. l. si minor* 66. *de verb. oblig.* Alioqui facile esset legi fraudem facere, si minori viginti annis, cùm manumittere seruum vellet, nec iustam manumittendi apud Consilium causam haberet, liceret eum seruum alteri vendere, aut donare manumittendum, vt eleganter scriptum est ex Iuliano & Proculo in *leg. si quis integris* 7. §. 1. *infr. qui & à quib. manum.* vbi nescio cur Cuiacius noster malit legere *fraudandorum creditorum causa.* Etsi enim lex Ælia Sentia cauit inter cætera, vt fraudãdorum creditorum causa, seruum manumittere non liceat *l. si cùm fideicommissa* 16. §. *nè quis eod. tit.* Illud tamen eâdẽ lege cautum quoq; est ne minor annis viginti manumittere seruum suum possit, quamuis non in fraudem creditorum id faciat. Iunge *l. si quis* 31. *de legat.* 2. Planè si quis minori viginti annis hac lege seruum vendiderit, accepto precio, vel etiam donationis causa dederit hac lege, vt illum liberum faciat, potest minor causam manumissionis illius iustiùs probare hoc ipsum allegans legem datam, & eum perducere ad libertatem *l. illud* 16. §. 1. *de manum. vindict.* Postquam placuit etiam ad seruos ea lege donatos sententiam constitutionis pertinere *l. mancipia* 8. *infr. qui sine manumiss. ad liber. peruen.* Non enim acquirentis

BIU Cujas

ætas spectanda est, sed vendentis vel donantis. Nam etsi pupillus emat, aut ex donatione accipiat, æquum est fidem eum implere, cùm sine damno eius hoc futurum sit *l.4.§.nihil autem interest infrà de manumiss.* vbi tamen loquitur Vlpianus de eo seruo, qui se nummis suis emi mandauerit, & cum emptore pepigerit, vt manumittatur, quod & Accursius noster hîc notat.

5. PAPINIANVS libro 10. Quæstionum.

CVi pacto venditionis, pomœrio cuiuslibet ciuitatis interdictum est: vrbe etiam interdictum esse videtur. quod quidem alias, cùm principum mandatis præciperetur, etiam naturalem habet intellectum: ne scilicet, qui caret minoribus, fruatur maioribus.

Ad l. Cui pacto 5.

RAT. DVB. Interdictio quæ per pactum in venditione appositum facta est, ne seruus venditus in certo loco moretur, vt in *l.2.supr. & tot. tit. C. si seruus export. ven.* odiosa est, quia pœnalis, & quæ naturalem serui, tanquam hominis libertatem diminuit. Quod enim ad ius naturale attinet, distinctum à iure gentium, non minus quàm à ciuili, homines omnes liberi sunt *l.4. supr. de iustit. & iur. l. quod attinet 32. de reg. iur.* liberamque facultatem habent cõmorandi vbivbi velint *l. Titio centum 71.§. Titio centum 2. infr. de condic. & demonstr.* quamuis præsuppositâ hominum distinctione quam ius gentium introduxit, non sit absurdum hodie in seruis, adeoq; nec in libertis, vt ibi Papinianus addit, vt non solùm certis locis morari non possint, sed quod longè grauius est, vt certo loco sistere cogantur & ab eo, puta à testatoris monumento recedere prohibeantur. Sed quod in seruis & libertis licitum est, non facit quominus sit odiosum. Atqui tritum est restringenda esse odia, & fauores ampliandos *cap. odia de reg. iur. in 6 l. cùm quidam 19. inf. de liber. & posthum. l. hoc modo 64. de cond. & demonstr.* Ergo non est ea interdictio extendenda ab vno loco ad alium. Proinde si cui pacto vẽditoris pomœrio & suburbiis cuiuslibet ciuitatis interdictũ sit, nõ debemus eam capere interpretationem, vt etiam vrbe Roma interdictum esse videatur. Præsertim cùm vrbs Roma communis omnium patria esse dicatur *l. Roma 33. infr. ad municip. l. vlt. de interd. & releg. l. si duas 6. §. Romæ philosophantem infr. de excusat. tutor.*

DEC. Nihil est quod ius nostrum tantopere abhorreat quàm quod absurdum est. Quicquid enim absurdum est, id non modò falsum, sed etiam ridiculum & ineptum esse necesse est *l. nam absurdum 7. infr. de bon. libert. l. ita vulneratus 51.§. vlt. supr. ad leg. Aquil. l. cùm pater 77.§. libertis de leg. 2.* & ideò ratio, quæ sumitur ab euitando absurdo, semper & in toto iure nostro fortissima omnium est. Atqui nihil dici absurdius potest, quàm vt is qui caret minoribus, frui possit maioribus. Valet enim argumentum à minori ad maius negatiuè, non affirmatiuè, vt quod negatur de minori, multò magis negetur de maiori, nõ autem adfirmatiuè, vt quod adfirmatur de minori, adfirmari etiam possit de maiori. Contra autem à maiori ad minus valet affirmatiuè, vt quod de maiori dicitur, multò magis dici possit de minori, non etiam negatiuè, vt quod negatur de maiori, negetur etiam de minori. Ergo cui pomœrio alicuius ciuitatis, aut etiam patria sua interdictum est, ne in eo morari possit, multò magis vrbe Roma interdictum videri debet, vt qui careat minoribus, multò magis careat maioribus. At ei cui vrbe interdictum est, non idcircò interdictũ videri debet alia ciuitate *l. relegatorum 7.§. constitutũ est & seq. infr. de interd. & releg.* nec patria sua, nisi hoc quoque additum sit, vt in *l.1.§. pen. de offic. præf. vrb.* Simile est quod in eadẽ lege 7.§. *vlt.* Vlpianus scribit, si cui honore vno interdictum sit, non tantùm eum honorem petere illum non posse, sed neq; eos quoq; qui eo honore maiores sint. Esse enim perquam ridiculum eum, qui minoribus pœnæ causa prohibitus sit, ad maiores adspirare: maioribus tamen prohibitum minores petere non prohiberi. idque naturalem habet intellectum, vt Papinianus hîc loquitur, præterquam quòd etiam mandatis Principum ita præcipitur, vt cui pomœrio alicuius ciuitatis, aut ciuitate aliqua, aut etiam patria sua propria interdictum est, vrbe quoque Roma scilicet interdictum esse videatur. Idque non tam per interpretationem extensiuam quàm per compræsensionem eiusdem casus ex identitate rationis, vt nostri loquuntur, vitandi scilicet absurdi gratia, vt diximus. Iunge *l.4. supr. de Senat.*

6. IDEM libro 17. Quæstionum.

SI venditor ab emptore cauerit, ne serua manumitteretur, néve prostituatur: & aliquo facto contrà, quàm fuerat exceptum, euincatur, aut libera iudicetur, & ex stipulatu pœna petatur: doli exceptionem quidam obstaturam putant. Sabinus non obstaturam. sed ratio faciet, vt iure non teneat stipulatio, si, ne manumitteretur, exceptum est. nam incredibile est, de actu manumittentis, ac non potius de effectu beneficij, cogitatum. cæterùm si, ne prostituatur, exceptum est: nulla ratio occurrit, cur pœna peti, & exigi non debeat: cùm & ancillam contumelia adfecerit, & venditoris affectionem fortè simul & verecundiam læserit. etenim aliàs, remota quoque stipulatione, placuit ex vendito esse actionem.

Ad l.6.

BIU Cujas

Ad l. Si venditor 6.

RAT. DVB. Cùm pœna pacto per stipulationem adiecta est, & quærimus, an sit commissa stipulatio, vt ex ea stipulator agere & pœnam persequi possit, non inquirimus, an stipulatoris interfit, sed tantùm, an aliquid factum sit contra quàm cautum fuerat & promissum *l. stipulatio ista 38. §. alteri l. ad diem 77. infr. de verb. oblig.* Atqui cùm venditor ancillæ stipulatus est pœnam ab emptore, si contra legem in venditione dictam manumitteretur ancilla, vel prostitueretur, de qua conuenerat ne id fieret, negari non potest quin siue manumissa illa sit, siue prostituta, factum sit contra legem venditionis. Ergo quamuis nihil videatur interesse venditoris, siue manus iniectionem sibi exceperit, vt fieri solebat *l. pen. infr.* siue nihil de ea dictum sit, præsertim verò si ancilla non prostituta, sed manumissa sit, cùm ex tali manumissione libertatem neque consecuta sit, neque cõsequi potuerit *l. ea quidem 5. Cod. si mancip. ita fuer. alien. vt manum. l. contra 7. C. de testam. manum. l. seruum filij 44. §. si idem seruus de legat. 1. l. ille seruus 9. §. vlt. infr. qui & à quib. manumiss.* Dicendum tamen est pœnalem stipulationem cõmitti, & quidem vtiliter, id est, non ita solùm, vt agi ex ea possit, sed etiam vt neque doli, neque alia vlla exceptione venditor, idemque stipulator summoueatur. Quænam enim ratio, aut æquitas facere potest, vt emptori parcere debeamus, qui fidem fregit quam seruare ac implere debuerat?

DEC. Ea demum pœnalis stipulatio committi potest, quæ tenet *l. si homo mortuus 69. infr. de verb. oblig.* Ea verò demum tenet, quæ pœnam habet, si quid in effectu factum sit contrà quàm fieri, vel non fieri debuit. Verba enim cum effectu semper accipienda sunt *l. 1. §. 1. supr. quod quisque iur. l. penul. §. docere. Ne quis eum, qui in ius vocatus est*, præsertim verò cùm agitur de pœna infligenda. Quam enim pœnam iustè pati potest is, qui in effectu nihil fecit, licet facere voluerit? Atqui cùm vendita est ancilla ea lege, vt nõ manumittatur, nullius effectus est manumissio, per quam scilicet acquiri libertas non potest, vt iam diximus. Ergo nulla eo nomine pœna irrogari potest, quasi non facto eo, quod fieri debuit, cùm id quod factum est, pro infecto habeatur. Alioqui dicendum esset cõtrahentes, cùm pactionem hanc adiecerunt, non tam de actu manumittentis quàm de effectu beneficij, & manumissionis cogitasse. Quod certè non est credibile. Idque est, quod Imperator Gordianus ait in *d. l. ea quidem 5. C. si mancip. ita fuer. alien. vt manumitt.* Pœnã si qua conditioni non seruatę adiecta sit, non iustã præbere venditori exigendi causam. Eadem ratio facit, vt idem iuris sit in contraria specie, si venditor sibi cauerit in venditione, & exceperit, vt seruus venditus intra certum diem manumitteretur, & si manumissus non esset, cẽtum aurei pœnæ nomine præstarentur, vt in *l. vlt. eod. tit.* Nam cùm non seruata per emptorem conuentione, nihilominus rapiatur seruus è vestigio seruitutis in libertatem potestate constitutionis Diui Marci ad Ausidium Victorinum, de qua diximus ad *l. 3. & 4. supr.* consequens est, vt pecunia in pœnalem stipulationem deducta, non rectè petatur quasi rupta fide suscepta, cùm non mutata venditoris voluntate, siue cõditionis, siue potius constitutionis potestate, factũ manumittentis repræsentatum intelligatur *d. l. vlt.* Non ergo ea ratione impeditur his casibus pœnæ exactio, quasi nihil interfit stipulatoris (nec enim ratio illa bona esset *d. l. stipulatio ista §. alteri de verbor. oblig. l. vlt. infr. de stipulat. prætor.*) sed quia priore casu, pro non facto id habendum est, propter quod factum pœna petitur, posteriore verò pro facto habetur id, pro quo non facto pœnæ exactio competere videatur, ideoque neutro casu tenet stipulatio, tanquam quæ committi nunquam possit, quia conditio eius nunquam possit existere. Alia ratio est condicionis illius *ne ancilla vendita prostituatur*, vt Papinianus subiicit in versiculo, qui sequitur,

a *Cæterùm si ne prostituatur exceptum est.* RAT. DVB. ad hunc casum nulla quærenda est, cùm Papinianus apertè profiteatur nullam occurrere, cur pœna peti & exigi non debeat. Non enim sicuti ancilla contra fidem conuentionis manumissa habetur pro non manumissa, & è contrario, quæ cõtra legem venditionis non manumissa est, pro manumissa haberi debet, ita possit quisquam dicere ancillam, de qua non prostituenda conuenerat, si prostituta sit, habendam esse pro non prostituta. Prostitutio enim non solùm facti est, sed etiam ex eorum factorum genere, quæ nullum nisi naturæ effectum habent, non etiam iuris, quod in facto manumissionis diuersum est, quæ nec manumissio est, si libertatis dationem nõ inducat, idq; est quod Papinianus pro ratione adfert, *Cùm & ancillam cõtumelia adfecerit, & venditoris adfectionem fortè simul & verecũdiam læserit.* Subiungit aliam rationem, *Etenim aliàs remota quoque stipulatione placuit ex vendito esse actionem.* Quæ ratio sanè optima est. Longè enim difficilius est, vt ex vendito agi possit, quàm vt ex pœnali stipulatione, si quidem ex vendito agere non potest vẽditor nisi eius interfit, cùm tamẽ ex stipulatione pœnali agere possit etiam is, cuius nihil interest, vt diximus. Ergo etiam nulla stipulatione interposita aget venditor ex vendito aduersus emptorem, qui contra venditionis legem ancillam prostituit, cùm negari non possit quin eius interfit probabilissima ratione & ratione contumeliæ quam ancilla passa est, & ratione adfectionis venditoris, quam simul cum ipsius verecundia prostitutio ancillæ læserit. Postquàm placuit in bonæ fidei iudiciis etiam adfectionis rationem habendam esse, *l. cum seruus 54. supr. Mandat. l. prox. infr.* Illud sanè his casibus commune est, quod sicut ancilla quæ non manumissa est intra tempus intra quod manumitti debuit, nihilominus libera est: Ita & ancilla quæ contra fidem conuentionis prostituta est, statim libera fit existente condicione, *l. 2. C. si mancip. ita venier. ne prostit.* tametsi in caupona sub specie ministrandi prostituta sit *l. vlt. eod.*

1 ¶ Si quid emptor contrà, quàm lege venditionis cautum est, fecisset, aut non fecisset: nobis aliquando placebat, non aliàs ex vendito propter pœnam homini irrogatam agi posse, quam si pecuniæ ratione venditoris interesset: veluti quia pœnam promisisset: cæterùm viro bono non conuenire credere, venditoris interesse, quod animo sæuientis satisfactum non fuisset,

BIU Cujas

sed in contrarium me vocat Sabini sententia: qui vtiliter agi ideò arbitratus est, quoniam ob hoc minoris homo venisse videatur.

Ad §.1. Si quid emptor.

RAT. DVB. Etsi in bonæ fidei iudiciis, non tantùm pecuniarij commodi in æstimando eo quod interest, sed etiam adfectionis ratio habenda est *l. cùm seruus 54. supr. mandat.* Multum tamen interest, an adfectio illa fauorem & vtilitatem alicuius respiciat, an odium & vindictam. Priore casu interest sanè venditoris ex iusta & honesta causa, cùm beneficio adfici hominem intersit hominis, vt Papinianus noster in *l. seq.* eleganter scribit. Posteriore verò, non videtur conuenire viro bono credere venditoris quicquam interesse, quòd animo sæuientis venditoris satisfactum non fuerit, cùm pœnæ non irrogatæ indignatio solam duritiam cõtineat, vt in eâdem *l. sequ.* scriptum est, ne alioqui malitiis hominum indulgere videamur *l. in fundo 38. supr. de rei vindic.* scilicet cùm pœna vindictæ coniuncta est. Nam si ob non seruatam legem venditionis venditor damnum pecuniarium senserit, ob pœnã quam alij fortè promiserat sub ea conditione, si seruus quem exportandum vendidit posteà, exportatus intra certum tempus non esset, aliud vtique dicendũ est. Interest enim hoc casu venditoris, nõ tam vindictæ ratione, quàm pecuniæ. Nam & generaliter verum est non posse videri cuiusquam interesse, nisi cui[9] interfit ex honesta causa *l. 3. §. si mecum supr. Ad exhib. l. tum is cuius interest 11. infr. de furt.* Idq; propter primum illud iuris præceptum quod consistit in honestè viuendo *l. iustitia 10. §. 1. supr. de iustit. & iur.* Atque ita ius esse Papinianus aliquando putabat, cuius prima hæc opinio extat in *d. l. prox. seq.* cuius totam sententiam vna hæc dubitandi ratio complectitur, quæ & hîc insinuatur verbis illis huius §. *Nobis aliquando placebat.* Sed ab hac priore opinione quam expresserat *lib. 10. Quæst.* vnde sequẽs lex sumpta est, recessit ille postea *lib. 27. Quæst.* quæ huius legis inscriptio est, nec puduit eum variare, ac in contrariam Sabini sententiam transire, motus non tam authoritate Sabini, quæ tamen apud eum maxima & præcipua semper fuit, quàm ratione inuincibili, qua Sabinus mouebatur, quod venditor, qui seruum vendidit ea lege, vt intra certum tẽpus exportaretur ex Italia, & ni exportatus esset, pœnam stipulatus est, tanto minoris seruum hunc vendidisse intelligitur. Quotus enim quisq; est, qui seruum tam dura lege & conditione velit emere, nisi longè minori precio, quàm si de seruo exportando nihil conuenisset? Itaque pactum hoc exportandi serui, licet ad vindictam omnino pertineat, commodum tamen, & vt loquuntur interesse pecuniarium quoque continet, cùm non modò contractus, sed etiam precij partem constituat *l. fundi partem 79. supr. de contr. empt. l. pen. supr. de hered. vel act. vendit. l. si sterilis 21. §. si tibi infr. tit. prox.* Vt proinde supposito etiam eo quod Papinianus supponebat pro vero, non esse aliter permittendum venditori agere ex vendito ad id quod sua interesset, si quid emptor contra legem venditionis fecisset, aut non fecisset quàm si ratione pecuniæ ipsius interesset, fatendum sit posse venditorem agere ex vendito aduersus emptorem, non minus ob id, quòd seruus venditus exportatus non sit, quàm ob id quod non fuerit manumissus, cum vtroque casu perinde ipsius interfit pecuniariè, quia & vtrumq; pactum pars precij est. Precium autem semper consistit in pecunia, & quidem numerata *l. 1. supr. de cõtr. empt. §. item precium inst. eod. tit.* Igitur Papiniani error non in eo erat, quod dixerat, non conuenire viro bono credere venditoris quicquam interesse quod animo sæuientis satisfactum non fuisset. Itemque beneficio adfici hominem interesse hominis, pœnæ autem non irrogatæ indignationem solam duritiam continere (quid enim verius & præclarius possit dicere non paganus tantùm, sed etiam Christianus Philosophus, aut etiam iuri nostro conuenientius? *l. 1. §. pen. supr. tit. prox. l. si cui simplicius 9. supr. de seruit. l. in fundo 38. de rei vindic. l. ex empto 11. §. idem libro aliàs l. emptorem infr. tit. prox.*) sed in eo tantùm, quod putabat nullum in eo versari commodum pecuniarium venditoris, sed vindictæ tantùm & sæuitiæ non irrogatæ indignationem, in quo certè fallebatur. Non puduit tantum virum, nec minus orbis totius quàm Iurisprudentiæ nostræ miraculum, variare, vt mutaret sententiam in melius, quod & Volusio Mæciano video accidisse in *l. Diui fratres 17. inf. de iur. patro.* & Scæuolę in *l. qui bona fide 23. §. si quis duobus infr. de acquir. rer. domin.* de quo plura Cuiacius *lib. 2. Obser. cap. 37. & lib. 4. cap. 1.* Cur ergo nos pudeat idem facere, qui si cum Papiniano, magnisque illis viris comparemur vix prò homunciũculis quisquam possit nos agnoscere? Tantum abest, vt maiores quàm illi spiritus gerere debeamus in erroribus nostris, qui tanta facilitate nobis excidunt pertinacius tuendis. Frustrà igitur labores cum Accursio in conciliando hoc §. cum *l. seq.* cùm Papinianus ipse profiteatur, aliter se aliquãdo sensisse in eadem penitus facti specie, aliter verò se nunc sentire. Eadem nempe vtriusque loci species est de venditore, qui in venditione serui conuenerit nudo pacto, id est, citra stipulationem, vt seruus vẽditus extra Italiam intra certum tempus exportaretur, ac ni exportatus esset, pœna centum aureorum præstaretur. Quod enim huius legis initio ponit Papinianus interpositam fuisse stipulationẽ ad eum casum pertinet, qui tractatur ibidem, non ad illũ, de quo in hoc §. Ideoq; nec de stipulatione pœnali hîc tractat, de qua in superiore specie tractauerat, sed de actione ex vendito, quæ non minus ex pacto incontinenti apposito post contractum bonæ fidei nasci solet, quàm ex stipulatu actio ad id quod interest, nascitur ex stipulatione *l. iure gentium 7. §. quinimò & §. adeò supr. de pact. l. 2. & 3. Cod. de pact. int. empt. & vendit.* Nec probabilius est, quod conciliationis ineundæ gratia idem Accursius noster scribit in hac lege tractari de venditore agente ad id quod interest: in lege autem sequenti de vẽditore agente ad pœnam. Licet vtrobique tractetur de venditore agente actione ex vendito ob factum, vel non factum id, quod fieri, vel non fieri conuenisset. Etsi enim videntur vtriusque loci verba fauere huic interpretationi, quia nullum in hoc §. verbum est de pœna promissa, de qua in *l. seq.* sẽtentia tamen Papiniani repugnat. Fateor quod Accursius notat, ex eiusmodi pacto nudo, non posse dari actionem ex vendito ad pœnam, sed esse in hanc rem necessarium vsum stipulationis, quemadmodum si de vsuris pecuniæ fœnebris ageretur

l. 3. C.

l.3. C. de vsur. & in specie l. quòd si locus 11. sup. de relig. & sumpt. funer. l. auia 6. C. de iur. dot. Sed dico Papinianum in *l. seq.* non minus denegare venditori actionem ex vendito ad id, quod ratione vindictæ interest, quàm ad pœnam, nec tam moueri Papinianum ex eo quod ad pœnam ex pacto agi non possit, quàm ex eo quod nihil videatur interesse venditoris. Nam & cùm pœna nudo pacto promissa est, non prohibetur venditor agere ad pœnam, dummodò ipsius interest, & quatenus ipsius interest, quòd ad eam vsque quantitatem, non tam pœna dicenda sit, quàm rei persecutio, vt scriptum est in *l. seq.* Idque est quod apud Accursium Azo notat, ex pacto etiam incontinenti apposito post contractum bonæ fidei, non posse agi ad pœnam, nisi interfit stipulatoris, in eoque pactum hoc differre à stipulatione pœnali, in qua non quæritur, an interfit *d. l. stipulatio ista §. alteri de verb. oblig.* nisi cùm stipulatio pœnalis interposita est ad taxandum id, quod interest, quo casu interesse quidem necesse est, sed non probari quanti interfit *l. vlt. inf. de stipulat. prætor.*

7. IDEM libro 20. Quæstionum.

SEruus ea lege venit, ne in Italia esset, quod si aliter factum esset: [a] conuenit citra stipulationem, vt pœnam præstaret emptor. [b] vix est, vt eo nomine vindictæ ratione venditor agere possit. [c] acturus vtiliter, si non seruata lege in pœnam, quam alij promisit, inciderit. [d] Huic consequens erit, vt hactenus agere possit, quatenus alij præstare cogitur. quicquid enim excedit, pœna non rei persecutio est. [e] Quod si ne pœnæ causa exportaretur, conuenit: etiam affectionis ratione rectè agetur. Nec videntur hæc inter se contraria esse. cùm beneficio adfici hominem interfit hominis. enimuerò pœnæ non irrogatæ indignatio solam duritiam continet.

Ad l. Seruus 7.

Non erat necesse, vt hæc lex superiori subiiceretur, nisi vt ea ipsa extaret Papiniani sententia, quæ in §. legis præcedentis ab ipso Papiniano relata & improbata fuit. Nec similiter necesse esset, vt interpretationem nostrã adhiberemus aliam, quàm quæad legem præcedentem adhibita fuit, nisi brevior & specialior verborum explicatio lucem aliquam maiorem adferre posset. Ait lex,

a *Conuenit citra stipulationem.* Ergo per pactum nudum incontinẽti appositum post venditionem. Nam si stipulatio interueniisset, dubitari non oporteret, quin ad pœnam agi posset, etiamsi venditoris nullomodo, id est, neque pecuniæ, neque adfectionis, neque vindictæ ratione interesset *l. prox. in princ. §. cæterùm si ne prostituatur supr. l. stipulatio ista* 38. *§. alteri de verb. oblig.*

b *Vix est, vt eo nomine vindictæ ratione.* Denegat his verbis Papinianus venditori actionem ex vendito ad pœnam persequendam, siue quasi pœnam velit persequi, quoniam in eam rem inutilis est potestas pacti & necessaria est stipulatio, vt in *l. quòd si locus 11. supr. de relig. & sumpt. funer. l. auia 6. C. de iur. dot. l. 3. Cod. de vsur.* Siue tanquam id quod interest, non quòd hoc quoque casu necessaria sit stipulatio, sed quia non videatur interesse venditoris ex probabili & honesta causa, cùm non interfit, nisi ratione vindictæ, quæ probum, & honestum venditorem non decet. Hicque error erat Papiniani, non attendentis ad id, quod in hac ipsa specie Sabinus scripserat, imò verò interesse venditoris, etiam ratione pecuniæ, quod ob hanc legem venditioni dictam tanto minoris seruus veniisse intelligeretur, vt scriptum est in fine legis præcedentis.

c *Acturus vtiliter, si non seruata lege.* Ponebat enim Papinianus differẽtiam inter eum casum, quo venditoris pecuniariè interesset, puta, si in pœnam quam alij promiserat, si post certum tempus in Italia seruus esset, incidisset. Et illum quo nonnisi ratione vindictæ interesset, quasi hoc casu posteriore nec interesse quicquam videretur. In quo certè Papinianus errabat. Non quia solius vindictæ ratione possit honestè interesse, sed quia præter vindictam est, etiam hic aliquid propter quod pecuniariè interfit, nempe quòd tanto minoris seruus venierit, quæ Sabini ratio fuit, & quæ Papinianum tandem vicit.

d *Huic consequens erit, vt hactenus agere possit.* Bona consecutio est, sed ex falso antecedenti, & ex falsa illa ratione, quæ statim subiicitur *quicquid enim excedit, pœna nõ rei persecutio est.* Nam imò verò quod excedit pœnam, in quam venditor incidit ob legem non seruatam, id est, ob non exportatum suo tempore seruum, non pœna emptoris, sed rei persecutio est, cùm tanto minoris seruus veniisse existimetur, vt ex Sabino diximus.

e *Quòd si ne pœnæ causa exportaretur, conuenit.* Hic nouus casus est, de quo nihil Sabinus scripsit, & qui non habuit dissentientem Sabinum à Papiniano. Constitit namque inter prudentes omnes, in bonæ fidei iudiciis etiam affectionis rationem habendam esse *l. cùm seruus 54. supr. mandat. leg. patet 71. infr. de euiction.* Et hoc quoque casu verum est, tanto minoris seruum veniisse. Pluris enim seruus emitur, cuius exportandi, vel retinendi arbitrium liberum emptori relinquitur. Quotus enim quisque est, qui liberam rerum suarum administrationem habere nolit? *l. 2. infrà si à parent. quis manumiss. sit l. in re mandata 21. Cod. mandat.* Quod autem in hac lege sequitur, *Nec videntur hæc inter se contraria esse*, rationem diuersitatis continet, qua Papinianus mouebatur, vt inter hos casus exportandi, vel retinendi in Italia serui, differentiam constitueret perelegantem sanè, dignamque ingenio, ac subtilitate Papiniani, sed minus veram in eo quod supponebat ille pœnæ, non ita,

BIU Cujas

rogatæ indignationem solam duritiam continere. Continet enim præterea commodi quoque pecuniarij rationem, propter quam equum sit actionem ex vendito dari venditori non minus ob non exportatum suo tempore seruum qui ex lege contractus exportari debuit, quàm ob exportatum seruum qui exportari non debuit. Obseruandum autem est rectiorem esse in hac lege Florentinam lectionem quæ sic habet, *Quòd si ne pœnæ causa exportaretur, conuenit*, quam vulgatem quæ Accursium nostrum tantopere torsit, in qua sic scriptum est, *Quòd si vt manumitteretur vel ne pœnæ causa exportaretur*. Falsum enim est sic vendito seruo vt intra certum tempus manumittatur, si manumissus non fuerit, dandam esse venditori actionem ex vendito ad pœnam ratione adfectionis, cùm eo casu seruus solo lapsu temporis fiat liber ipso iure, nec proinde venditoris quicquam interfit quod manumissus non sit *l. 3. supr. l. pen. & vlt. C. si mancip. ita fuer. alien. vt manumitt. l. causam 20 infr. de manumiss.* Nec moueri debuit Accursius ex eo quod respondit Scaeuola in *l. qui Romæ 122 §. Flauius de verb. oblig.* seruum ea lege donatum vt intra certum tempus manumittatur, si manumissus non sit, non ideò liberum fieri ipso iure, sed tantùm ei libertatem deberi. Ita enim scripsit Scæuola, siue quòd eius temporibus constitutio diui Marci ad Aufidium Victorinum locuta de seruis venditis tantùm nondum esset protracta ad donatos, vt putat Cuiacius ex *l. Paulus respondit 38. in princip. & §. 1. infr. de liber. caus.* vt neque protracta est ad seruum legatum, ita vt intra certum tempus manumittatur ex *l. si fundum sub condicione 81. §. Stichum de legat. 1.* siue potiùs quod non peruenerit Scæuola ad ætatem vsque diui Marci, & ad tempus constitutionis illius, vt scripsimus ad *l. verum 11. §. quid si minor supr. de minor. & libr. 14. Coniect. cap. 4.* Etsi enim constitutio illa non nisi de seruis venditis locuta est, eius tamen sententia statim protracta fuit ad donatos *l. penult. infr. Qui sine manumiss. ad libert. peruen. l. 1. C. si mancip. ita fuer. alien. vt manumitt.* Quemadmodum & ad legatos quoque eâdem ratione protractam puto, cùm legatum sit donatio *l. legatum 36. de legat. 2.* nil obstante eo quod scriptum est in *d. l. si fundum §. Stichum.* vbi agitur de Sticho legato Sempronio simpliciter non sub modo *ita vt intra certum tempus manumitteretur*, & rursum de legato Stichi in Titium translato sub ea condicione *Si Sempronius eum intra annum non manumitteret.* Quæ translatio impedit proculdubio potestatem constitutionis, ne dum libertati fauere volumus, contra testantis voluntatem faciamus. Planè si dedero tibi pecuniam, vt seruum tuum manumittas, fateor cum Cuiacio potestatem constitutionis ad hunc casum trahi non debere ex *l. naturalis 5. §. at cùm do infr. de præscr. verb. l. 3. §. sed si sibi dedero & seq. supr. de condict. caus. dat.* Nempe quia constitutio de eo tantùm pacto sensit quod in traditione rei proprię adiiceretur, non quod seruo alieno diceretur. Ex regula *l. in traditionibus 48. supr. de pact. Iungel. vlt. infr.* & quę ibi dicemus.

8. IDEM libro 27. Quæstionum.

QVæsitum est: si quis proprium seruum vendidisset, &, vt manumitteretur, intra certum tempus, præcepisset: ac postea mutasset voluntatem: & emptor nihilominùs manumisisset: an aliquam eo nomine actionem haberet. dixi, ex vendito actionem, manumisso seruo, vel mutata venditoris voluntate, euanuisse.

Ad l. Quæsitum 8.

RAT. DVB. Is qui seruum suum vendidit ea lege, vt intra certum tempus ab emptore manumitteretur, voluntatem mutare potest, nec aliter potest seruus ob non factam suo tempore manumissionem, aliter fieri liber ipso iure, quàm si venditor perseueret in eadem voluntate, *l. 3.* vbi diximus *sup. l. 1. & vlt. C. si mancip. ita fuer. alien. vt manumitt.* Ergo si quis seruum suum vendiderit ea lege, vt intra certum tempus manumitteretur, & ante tempus præstitutum mutauerit voluntatem, eáque mutata nihilominùs emptor eum manumiserit, dicendum est ex vendito eum teneri venditori, quasi fidem fefellerit, si modò mutatam voluntatem sciuit. Quod necessariò supponendum est, vt quæstioni huius legis locus esse possit.

DEC. Manumissio morti comparatur, quantum ad subtrahendum domino seruum, *l. 1. §. 1. sup. Quand. de pecul. act. annal. est, l. Iulianus 6. infr. Qui & à quib. manum. l. si mihi 92. inf. de solut. l. inter omnes 46. de furt.* Atqui si seruus hîc ea lege venditus vt manumitteretur, mortuus esset post tempus manumissioni præscriptum, & ante manumissionem nulla venditori contra emptorem, siue ex vendito, siue alia actio competeret. Ergo nec si seruum hunc emptor manumiserit. Scio actionem quæ semel venditori competere cœpit, neque morte, neque manumissione, vel fuga serui, aut alia vlla simili causa amitti posse, vt Pomponius scribit in *l. euicta 16. § si seruus, inf. de euict. l. si hominem 47. §. 1. de adilit. edict.* quemadmodum nec semel commissa stipulatio resolui potest, *l. habere licere 57. de euict.* Sed nego competiisse vnquam venditori in proposita specie actionem ex vendito contra emptorem ante manumissionem, cùm nihil toto medio illo tempore emptor fecerit contra voluntatem venditoris. Quod verò tandem manumisit, licèt contra voluntatem fecerit quam mutatam ponimus, nihil tamen fecit contra venditionis legem. Nec enim venditor qui in seruo vendendo eam legem dixerat, vt intra certum tempus manumitteretur, si posteà rebus licèt integris mutet voluntatem pro eo haberi debet ac si ab initio ne seruus manumitteretur conuenisset. Mutatio siquidem voluntatis ex postfacto superueniens numquam habere eam vim potest, vt legem contractui ab initio dedisse videatur. Multumque interest an mutata sit duntaxat voluntas venditoris ante tempus manumissioni faciendæ præstitutum, an verò mutationem illam voluntatis manumissio subsecuta sit. Priore casu mutatio sola impedit ne libertas ipso iure seruo competere possit, quia nec pactio apposita in venditione, nec diui Marci constitutio legem venditori dicere voluit, sed tantùm si emptori, vt in manumittendo moram faceret nihilominus perinde libertas competeret citra manumissionem atque ex manumissione. At posteriore casu libertatem dat factum emptoris manumittentis non

potestas

potestas constitutionis. Cumque emptor manumissionis tempore sit dominus, nemo dubitat quin ex eiusmodi manumissione libertas competat tanquam à domino data, & quamuis contra posteriorem voluntatem venditoris, non tamen contra legem venditionis quæ ab initio certa immutari ex postfacto non potuit à venditore ad impediendam libertatem, quam emptor seruo suo dare vellet. *arg. l. vero procuratori 12. §. 1. infr. de solut.* In eoque differt manifestè libertas quæ competit ex sola potestate constitutionis ab ea quæ ex manumissione emptoris. Prior habet pro causa solam venditoris voluntatem. Qua cessante consequens est, vt nec libertas ex ea voluntate possit competere *l. verum 11. §. quid si minor in fine supr. de minor.* Posterior verò habet pro causa solam voluntatem factumque emptoris manumittentis, fitque hoc casu seruus absolutè libertus emptoris non etiam priore *l. si quis hac lege 13. infr. de oper. libert. l. si quis hac lege 30. Qui & à quib. manum.* Ergo verum est quod Papinianus hic concludit, ex vendito actionem in proposita specie manumisso seruo etiam post mutatam voluntatem venditoris euanuisse non quasi antea competeret, sed quia numquam competere possit. Nam etsi ab initio conuenisset ne seruus vnquam manumitteretur, & contra legem venditionis manumissus fuisset, nihilo magis actio ex vendito dari posset venditori contra emptorem siue ad pœnam, si qua promissa esset, siue ad id quod interesset, vt diximus ad *l. si venditor 6. in princip. supr. ex l. vlt. C. si mancip. ita fuer. alien. vt manumitt.* Quia nimirum libertas eo casu sine manumissione ac ipso iure competeret, vt ibidem scriptum est. Et ita lex hæc concilianda est cum *d. l. 3. supr.* & aliis quæ mutata venditoris voluntate negant libertatem competere. Negant enim competere sine manumissione. At non etiam si manumissio secuta sit. Nec proinde distinguendum est cum Accursio cæterisq; interpretibus an de cõtractu innominato agatur, an de nominato qui non solet dare locum pœnitentiæ ex *l. si pecuniam 5. §. 1. supr. de condict. caus. dat.* Nec rursum an solius venditoris gratia pactum de seruo intra certum tempus manumittendo appositum sit, an solius emptoris aut etiam vtriusque causa. Omni enim casu voluntas mutata venditoris impedit, ne seruus de quo manumittendo conuenerat sola potestate constitutionis ac citra manumissionem liber fieri possit. Sed nullo casu potest facere ne liber fiat per manumissionem. Id enim tum duntaxat obtinet, cùm ab initio seruus ea lege venditus est ne manumitteretur, & in ea voluntate venditor perseuerauit. Alioqui nemo dubitaret quin ex posteriore venditoris voluntate facta manumissio ab emptore, prodesset ad dandam seruo libertatem. In quo differt pactio de seruo non manumittendo à pactione de seruo manumittendo, quia priore casu voluntas posterior venditoris consentit cum facto emptoris manumittentis, non etiam posteriore. Cætera diximus ad *d. l. 3. supr.*

9. PAVLVS libro 5. Quæstionum.

TItius seruum vendidit ea lege, vt, si Romæ moratus esset, manus iniicere liceret. emptor alij eadem lege vendidit. seruus fugit à secundo emptore, & Romæ moratur. quæro, an sit manus iniectio, & cui. respondi. In fugitiuo non est dubitandum, nihil contra legem factum videri: quia nec domino auferre se potest: nec, qui in fuga est, ibi moratur. quòd, si, ex voluntate secundi emptoris, contra legẽ moratus sit: potior habẽdus est is, qui auctor fuit legis. Nec posterior, qui magis admonendi emptoris, & liberãdi se gratia, eandẽ legem repetierit: poterit aliquo modo auferre legẽ sui venditoris, cuius conditio exstitit. [a] nam & si pœnã promisisset, teneretur: licèt ipse quoque stipulatus esset. sed in pœna promissa duæ actiones sunt. manus autem iniectio in seruum competit. [b] Quòd si prior ita vendidit, vt prostituta libera esset, posterior, vt manus iniicere liceret: potior est libertas, quàm manus iniectio. [c] Planè si prior lex manus habeat iniectionem, posterior libertatem: fauorabiliùs dicetur, liberam fore: quoniam vtraque conditio pro mancipio additur. & sicut manus iniectio, ita libertas eximit eam iniuriam.

Ad l. Titius 9.

RAT. DVB. Ex pacto in venditione appositio non alij actio dari potest, quàm illi ipsi qui pactus fuit. Nec enim alia actio illa est quàm ex vendito, quæ porrò soli competit venditori, *l. 6. 7. & prox. supr.* Ante omnia siquidem semper animaduertendum est quoties de pactis quærimus, ne conuentio cum vna persona facta in alia persona noceat, *l. si vnus 27. §. pacta quæ turpem, versic. ante omnia, sup. de pact.* Nemo quippe ex aliena conuentione, vel actionem, vel exceptionem acquirere sibi potest, *l. quæcunque 11. inf. de oblig. & action.* Atqui ponimus seruum à Titio venditum fuisse Sempronio, ea lege, vt si Romæ moratus esset, manus in eum iniicere liceret. Quę vulgaris erat olim conuentio in venditione seruorum qui sic vendebantur, vt exportandi essent, *l. 1. & 2. C. hoc tit. Si seruus export. veneat.* Deinde hunc ipsum seruum à Sempronio venditum esse Mæuio eadem lege iniectionis manus si Romæ seruus moraretur. Secundo igitur emptori non primo manus iniectio danda est, si contra fidem à Mæuio secundo emptore datam seruus Romæ inueniatur, cùm & secundus venditor hanc ipsam legem non minùs quàm prior adiecerit, & Mæuius secundus emptor non tam Titio cum quo non contraxit, quàm Sempronio fidem frangat. Præsertim verò si ponas seruum hunc in fuga esse, cùm qualitas illa serui fugitiui Mæuio Sempronium obstringere magis possit, quàm Titium, qui cum Mæuio nil contraxit.

BIU Cujas

D E C. Distinguendum necessariò est, an seruus hic Romæ sit tanquam fugitiuus & contra Męuij secundi emptoris eiusdemque domini sui voluntatem: An verò ex Mæuij voluntate. Priore casu nullus est quæstioni locus, quia nihil contra legem factum videri potest, cùm neque seruus domino auferre se possit, suámve possessionem magis quàm aliarum rerum interuertere *l. Pomponius 13. in princip. l. rem quæ nobis 15. in fin. infr. de acquir. poss. l. 1. C. de seruit. fugit.* Neque vbi seruus in fuga est, ibi morari videatur *l. vlt. §. serui infr. de publican. & vectig.* Ne in potestate seruorum sit, inuitis vel ignorantibus dominis fugæ se tradendo potestati dominorum se subtrahere, vt ibidem scriptum est. Posteriore autem casu si ex domini voluntate seruus Romæ sit, quamuis par iniuria vtrique venditori fieri videatur, potiorem tamen æquum est haberi primum venditorem, cùm author fuerit legis, quæ licet à secundo quoque repetita sit, credibile tamen est ideò repetitam ab eo esse vt emptorem admoneret, seque à venditore suo liberaret potiùs quàm vt secundum emptorem sibi obstringeret. Quonam enim iure aut colore posset emptor prior venditoris sui legem auferre cuius condicio extitisset? *arg. l. vero procuratori 12. §. 1. infr. de solut.* Nec quod huius serui emptio per multorum personas ambulauerit, deteriorem primi venditoris condicionem facere potest, & ius quod ex propria conuentione sibi quæsierit, ei eripere. Nemo enim alienam actionem aut exceptionem cuiquam adimere facto suo potest *l. vlt. supr. de pact. l. Vranius 71. §. penult infr. de fideiuss.* Sed & obseruandum illud est pactum iniectionis manus esse pactum in rem, cuius executio proinde in præiudicium cuiuslibet tertij fieri potest, non minus quàm pignoris persecutio contra tertium quemlibet possessorem, licèt cum eo contractum non sit *l. pignoris 71. infr. de pignor. l. pignoris 15. C. eod.* Ergo quamuis in proposita specie Titius cum Sempronio contraxerit non cum Mæuio, si tamen contra legem Sempronio dictam Mæuius seruum venditum Romæ morari passus sit, dicendum est manus iniectionem non Semptonio, sed Titio dandam esse. Non enim in secundum venditorem manus iniectionem hanc priori damus, sed in seruum ipsum, vt sequitur in hac lege. Qui seruus cùm Titij primùm fuerit & ab eo venditus, hac lege ne Romæ morari posset. Apparet non alia lege Titium fuisse venditurum, ideoque pactum omnimodo seruandum esse, quòd in traditione rei suæ dixit *l. in traditionibus 48. supr. de pact.* vt ex eiusmodi pacto etiam personæ possidentium aut in ius eorum succedentium obligentur, tum quoque cum ex mera iuris ratione valere pactum non potest *l. venditor 13. supr. Commun. præd.* Ne alioqui decipiatur is qui non aliter dominium rei suæ in alium translaturus fuit *l. vl. C. de pact. int. empt. & vend.*

a *Nam & si pœnam promisisset teneretur.* Optima ratio est, qua probat Paulus iniectionem manus non secundo, sed primo venditori dandam esse. Nam si verum est, vt est, primo venditori contra secundum actionem competere ad pœnam quam secundus promiserit si seruus Romæ moraretur, tametsi secundo quoque venditori pœna à secundo emptore promissa esset. Quanto magis dicendum est non posse secundum venditorem impedire quominus primo detur manus iniectio in seruum, cuius nomine etiam ad pœnam primo teneretur? Difficilius si quidem est, vt posterior venditor priori teneatur, quam vt manus iniectionem prohibere, & impedire non possit. Quamquam vt Paulus subiungit, est hoc dissimile inter hos casus quod cùm pœna primo venditori promissa est à Sempronio, & rursum Sempronio à Mæuio duæ sunt actiones, non vna ex vēdito, alia ex stipulatu, sed vtraque ex stipulatu. Vna quæ Titio in Sempronium, altera quæ Sempronio in Mæuium competit, quia totidem sunt, & diuersæ stipulationes, vt benè Accursius explicat. Manus autem iniectio vna tantùm est quæ in seruum ipsum competit. Quo magis danda est primo venditori, quàm secundo, cùm non contra secundum detur vt actio ex stipulatione, sed contra seruum.

b *Quòd si prior ista vendidit.* R A T. D V B. Pactum à secundo venditore interpositum in traditione ancillæ vt si prostitueretur, manus in eam iniicere liceret, omnimodo seruandum est *l. in traditionibus 48. supr. de pact. d. l. venditor 13. Commun. præd.* Ne alioqui fiat iniuria secundo venditori, qui non aliter venditurus fuit, nec alienæ rei, sed suæ legem dixit *d. l. vlt. C. de pact. int. empt. & vendit.* Ergo primi venditoris pactum quo conuenerat, vt prostituta mulier libera esset, manus iniectionem à secundo conuentam impedire non potest.

D E C. Manus iniectio non competit in personam liberam, sed in seruam duntaxat. Atqui ex prioris venditoris conuentione libertas ipso iure competit ancillæ si prostituatur. Ergo libertatem manus iniectioni prævalere necesse est. Non solum quia libertas rebus omnibus fauorabilior est *l. libertas 122. de regul. iur.* sed etiam quòd posterior emptor nullomodo auferre potuerit venditoris sui legem, cuius condicio extitit, vt in hac ipsa lege iam scriptum est.

c *Planè si prior lex manus habeat iniectionem.* R A T. D V B. Hoc quoq; casu eadem ratio facere videtur pro prima conuentione quę in superiore. Nimirum quòd non potuerit venditor posterior auferre prioris venditoris sui legem, cuius condicio extitit vt proximè diximus. Ergo si prior venditor manus iniectionem exceperit in casum prostitutionis, posterior autem vt prostituta libera esset, manus iniectio prævalere debet libertati, ne alioqui eueniat vt in potestate sit secundi venditoris legem à primo venditore dictam euertere.

D E C. In pactis omnibus maximè inspiciendum est quid cuius gratia fiat *l. in ratione 30. §. tametsi ad leg. Falcid.* In proposito autem vtraque condicio id est tam prioris, quàm posterioris venditionis pro mancipio additur, cuius præcipuè interest ne prostituatur. Ergo fauorabilius dicetur, hoc quoque casu, vt in superiore, libertatem potiorem esse debere, præsertim cùm libertas non minùs quàm manus iniectio ancillam hanc à prostitutionis iniuria eximat, imo tanto magis quod manus iniectio factum hominis requirit, libertas autem sola iuris & condicionis potestate *l. 1. 2. & 3. C. si mancip. ita fuer. alien. ne prostit.*

10. SCÆVOLA libro 7. Digestorum.

CVm venderet Pamphilam & Stichum: venditioni inseruit pactum conuentum, vti ne eadem mancipia, Pamphila & Stichus, quos minorato pretio

tio vendidit, alterius seruitutem, quàm Seij, paterentur: post mortem que eius in libertate morarentur. quæsitum est, an hæc mancipia, de quibus inter emptorem & venditorem conuenit, post mortem emptoris iure ipso liberata sint. respondi, secundùm constitutionem Diui Adriani super hoc prolatam, Pamphilam, & Stichum, de quibus quæreretur, si manumissi non sint, liberos non esse. Claudius Diuus Marcus ex lege dicta libertatis in vendendo quamuis non manumissos, fore liberos in semestribus constituit: licèt in mortis tempus emptoris distulit venditor libertatem.

Ad l. vlt. Cùm venderet.

RAT. DVB. Ex constitutione diui Marci ad Ausidium Victorinum, quæ posterior fuit constitutione Hadriani, cuius in hac lege mentio fit à Scęuola, certum est libertatem ipso iure cõpetere seruo ea lege vendito, vt intra certum tempus manumitteretur. Licèt enim manumissus non sit, constitutio tamen factum hominis repræsentat, facítque liberum ipso iure *l. 1. l. vlt. C. si mancip. ita fuer. alien. vt manumitt.* Et quamuis in lege venditionis nihil de manumissione dictum sit, sed tantùm vt post certum tempus seruus liber esset, potestas tamen & sententia constitutionis æquè hoc casu locum habet *l. si Iusta 3. eod. tit.* Ergo & si pactio ita concepta sit, quomodo conceptam eam ponit Scæuola, vti ne mancipia quæ vendebantur, id est Stichus & Pamphila, alterius quàm emptoris seruitutem paterentur vt in *l. cùm fidei 9. infr. de fideic. libert.* & post mortem eius in libertate morarentur, quæ verba directa sunt id est dandæ directò libertatis, dicendum est, etiamsi manumissi non sint: liberos tamen eos esse ipso iure post mortem emptoris. Ne alioquí deciplatur venditor qui ob eam legem mancipia vendidit minorato precio, vt Scęuola loquitur, id est minore quàm fuerat venditurus si eam legem venditionis non adiecisset.

DEC. Constitutio quidem diui Marci & Commodi ad Ausidium Victorinum facit liberos ipso iure seruos omnes ea lege venditos quam hic Scæuola exprimit, vt ex Claudio Thyphonino qui ad Scęuolam notas scripsit, expressum est in fine huius legis: sed non potuit ita respondere Scęuola, quoniam constitutionem illam ignorauit cùm ad Marci tempora non peruenerit, vt constat ex *l. qui Romæ 122. §. Flauius infr. de verb. oblig.* & omnium apertissimè ex hac lege, quam pessime iudicio meo Cuiacius noster explicat *lib. 10. Obseruat. cap. 21.* vbi scribit in contrarium: Non fuisse quidem ignoratam à Scæuola diui Marci magis quàm Hadriani constitutionem, sed tamen aduersus constitutionis mentem & sententiam respondisse: quod de conuentionis tantùm, non etiam de constitutionis potestate interrogatus esset. Quasi verò non potiùs de effectu rei responderit & respondere debuerit *arg. l. debitor 59. ad SC. Trebell.* præsertim cùm de re tanti momenti tantique fauoris quanti libertas est, interrogaretur. Quid enim refert an ex conuentione an ex constitutione libera sint mancipia, quæ sub ea lege vendita proponuntur? Aut quam rationem habet ea constitutio nisi fauorem libertatis & potestatē cõuentionis? Aut deniq; cur Hadriani potius quàm Marci constitutionē Scæuola retulisset si nõ magis hanc quàm illā ignorasset? Fateor fuisse Scæuolā meri iuris religiosiorem & scrupulosiorē. Sed quis credat, responsurum eũ fuisse tam facilè, non modò contra libertatem, sed etiam contra diui Marci constitutionem, quem sciuisset in semestribus constituisse, vt ex lege libertati dicta in vendendo serui ea de qua loquimur lege venditi liberi forent, licet in tempus mortis emptoris venditor distulisset libertatem, vt Claudius hic expressim refert? Eodemque refero quod in seruo ea lege donato, vt intra certum tempus manumitteretur. Video eundem Scæuolam si non aduersus verba, saltem aduersus mentem & sententiam constitutionis respondisse, vt scilicet ita responderit non quasi ab aliis prudentibus dissentiret qui constitutionem illam de seruis venditis duntaxat locutam etiam ad donatos protraxerunt *l. 1. C. si mancip. ita fuer. alien. vt manum. l. pen. infr. Qui fin. manumiss. ad libert. peruen.* sed quòd ipsius temporibus ea constitutio nondum facta esset. Nec moueri Cuiacius debuit ex *l. verum 11. §. quid si minor supr. de minor.* vt scilicet crederet Cerbidium Scæuolam ad ætatem vsque Marci & Commodi peruenisse, neque constitutionem illam ad Ausidium Victorinum ignorasse. Longè namque alia illius loci sententia est, vt ad eum notauimus. Videbatur tamen huius legis casus dubitabilior etiam post diui Marci constitutionem, ex eo quod post mortem emptoris dilata fuerat datio libertatis. Potestas enim constitutionis factum hominis manumittentis repræsentat, vt eleganter scriptum est in *d. l. vlt C. si mancip. ita fuer. alien. vt manumitt.* Non potest autem repræsentari factum hominis iam mortui qui nec facere ampliùs quicquam potest. Sed respondendum est, vt arbitror, ob hanc nimirum rationem fuisse necessarium vt ea constitutio hunc quoque casum specialiter complecteretur. Quod verba Claudij in fine huius legis posita non obscurè præ se ferunt. Iunct. *d. l. si Iusta 3. eod. tit.* Sic namque intelligo vt verba sint ipsius constitutionis, non autem interpretationis adhibitæ ad constitutionem. Et hæc sit ratio dubitandi & decidendi ad notam Claudij.

ANTONII FABRI

I.C. SEBVSIANI IN SVPREMO SABAVDIÆ SENATV PRÆSIDIS Primarij

RATIONALIA,

IN LIBRVM DECIMVM NONVM PANDECTARVM.

Ad TIT. I.

DE ACTIONIBVS EMPTI ET VENDITI.

1. VLPIANVS libro 28. ad Sabinum.

SI res vendita non tradatur: in id, quod interest, agitur: hoc est, quanti rem habere interest emptoris. [2] hoc autem interdum pretium egreditur: si pluris interest, quàm res valet, vel empta est.

Ad l. Si res vendita 1.

RAT. DVB. Si id quod emptum est, neque tradatur, neque mancipetur, venditor cogi potest, vt tradat, aut mancipet, quomodo disertè scribit Paulus *lib. Senten. tit. 13. de iudicato*, §. 3. Ergo si res vendita non tradatur, quamtamen venditor tradere possit, non in id agendum est quod interest emptoris, sed precisè ad rem tradendam. Nec enim qui emit, cogitat de acquirenda sibi pecunia, sed de corpore ipso quod venditur, & ad cuius traditionem venditor actione ex empto obligatur, *l. ex empto 11. §. 1. infr.* Id autem quod interest, consistit semper in pecunia numerata. Itaque aliud pro alio accipere emptor cogeretur, si pro re quam emit, pecuniam eius quod interest accipere teneretur, quòd esset contra iuris regulam, *l. eum à quo 16. cum l. seq. C. de solut. l. 2. §. mutui datio, supr. de reb. cred.*

DEC. In obligationibus faciendi, si non fiat quod fieri conuenit, succedit obligatio & præstatio eius quod interest, *l. si quis ab alio 13. in fi. infr. de iud. l. quoties quis alium 81. l. stipulationes non diuiduntur 72. l. cùm stipulatus sim 113. §. 1. inf. de verb. obl.* Nemo enim cogi vnquam potest precisè ad factum, quia nō potest id fieri sine vi & impressione, quam semper exosam habet ciuilis legislator, vtpote quæ nihil nisi rixarum & discordiarum materiam præbeat, *l. quoniam 6. C. ad leg. Iul. de vi pub. l. extat 13. sup. quod met. caus.* Atqui traditio facti est, *l. consilio 7. §. vlt. inf. de curat. furios.* Ergo cùm venditor sit obligatus ad tradendam rem quam vendidit, consequēs est, vt si eam non tradat, cogatur præstare quanti emptoris interest, nec precisè rem illam tradere compellatur, *l. si traditio 4. C. hoc tit. d. l. ex empto 11. §. idem ait non tradentem, inf. eod. l. voluntate 10. quib. mod. pig. vel hyp. l. contractus 17. C. de fid. instrum. l. qui ibi 6. C. de hered. vel act. vend.* Nec contrarium est quod Paulus supra dicto loco scribit cogēdum esse venditorē, vt rem tradat, vel mancipet. Id enim ita debet accipi, vt obligetur quidem venditor ad rem tradendam, nec si rem tradit, quicquam peti ab eo possit, at non vt precisè tradere cogendus sit, si malit id quod emptoris interest præstare. Ideóque non

Non sic Vlpianus hîc loquitur, vt dicat actionem ex empto dandam esse emptori ab initio ad id quod interest, sed sub hac demum conditione & exceptione si res vendita non tradatur, non quasi in hac actione arbitrium iudicis præcedere debeat de re tradenda antequam sequi possit condemnatio ad id quod interest, vt fit in actionibus arbitrariis §. *præterea inst. de action. l. qui restituere.* 68. *supr. de rei vind.* Sed vt conuentus venditor ad rem tradendam quam vendidit, si non tradat ante litem contestatam, conueniendus sit actione ex empto & condemnandus ad id quod emptoris interierit. Et quidem æstimata re vtro tempore pluris fuit vel moræ, vel condemnationis *l.* 3. §. *si per venditorem l. si sterilis* 21. §. *cùm per venditorem hoc titul.* Est enim actio ex empto non arbitraria, sed bonæ fidei *d. l. ex empto* §. *vlt. infr.* §. *actionum Inst. de action.* Nec nouum est, vt res sit in obligatione, & tamen pecunia & æstimatio sit in condemnatione, vt pluribus docuimus *decad.* 91. *error.* 8. *& decad.* 92. *error.* 1. *&* 2. cùm semper & in omni actione litem æstimari oporteat, & condemnationem fieri in pecunia, vt iudicati executio fieri commode possit, de quo videnda sunt quæ scripsimus in *error.* 9. *decad.* 84. *& in error.* 2. *&* 4. *decad.* 85. vbi totam quæstionem hanc latius explicauimus, longe aliter quam explicata sit ab Accursio. In cuius glossa magna non plura ferè sunt verba quàm errata. Et in eo primum quod ait tempore dandæ sententiæ interrogandum esse venditorem, an velit rem tradere, vt si nolle se dixerit, damnetur ad interesse. Nulla enim hîc facienda est interrogatio, sed vocandus in ius venditor, vt rem tradat & super eo litem contestetur, lite autem contestata, non sit amplius liberum venditori rem tradere, sed iam incipiat omnimodo teneri ad id quod interest, nempe per nouationem quæ fit per litis contestationẽ *l. delegare* 11. §. 1. *l. altam* 29. *ff. de nouat. & de leg.* vnde est quod in iudiciis strictis res petita æstimatur inspecto tempore litis contestatæ *l. vinum* 22. *in princip. supr. de reb. cred. l. vlt. supr. de cond. trit.* quia scilicet vltimum illud instans est quo petita res solui potuit ex *reg. leg. si Kalendis.* 11. *inf. de re iud.* Itẽ in eo quod putat Accursius ipsum interesse ita esse in obligatione, vt ab initio peti possit aut saltem agi ab initio ad rem tradendam, aut si res non tradatur, ad præstandum interesse, quod ille tutius esse ait, cùm tamen nullo tempore vtrumque in obligatione esse possit: nam quandiu res tradi potest, id est quousque facta sit mora vel iudicialis, vel extraiudicialis in re tradenda (Nam in bonæ fidei iudiciis tantum potest hac parte mora, quantum litis contestatio, *d. l.* 3. §. *si per venditorem infr. l. hominem.* 37. *supr. mand.*) id quod interest neque in obligatione, neque in præstatione est, post moram autem tradẽdi obligario nulla superest, sed in eius locum successit id quod interest. Rursum in eo errat Accursius, quòd putat condemnandum debitorem quanti emptoris interest inspecto tempore moræ. Item quanti interest tempore litis contestatæ. Et denique quanti interest tempore condemnationis, cùm tamen potissimum sit spectandum quanti interfit eo tempore quo res desinit tradi posse. A quo tempore nec obligatio eius quod interest, augeri potest. Nec enim plus deduci potest in condemnationem, quam quod deductum fuit in actionem, *l. vt fundus* 19. *supr. Commun. diuid.* In actionem porrò deduci non potest nisi quanti interest eo tempore quo actio nascitur. Cúmque actiones non dentur à Prætore nisi lite demum contestata, intelligimus conuenire venditorem & in ius vocari vt rem tradat vsque ad litem contestatam, post contestationem verò contra eum agi, vt præstet id quod interest. Itaque actio ex empto ad rem tradendam nulla est, sed ad id quod interest, si res vendita non tradatur, vt hæc lex ait. Illud nullo modo ferri potest quod Accursius ait, si venditor in prima instantia ad id quod emptoris interest, fuerit condemnatus & appellauerit, posse eum liberari tradendo in causa appellationis, quod appellatio extinguat iudicatũ, *l.* 1. § *vl. inf. ad SC. Turpil. l. furti* 6. §. 1. *sup. de his qui not. infa.* Appellatio enim licet extinguat iudicatum, non tamẽ extinguit litis contestationẽ, sed è cõtrario reducit omnia ad terminos litis contestatæ, vt aiunt Pragmatici, vt proinde quod in prima instantia post litem contestatam fieri non potest, nec in causa appellationis fieri possit. Nec illud quoque possum probare quod idem Accursius subiicit idem iuris esse in emptore, quod dixerat esse in venditore, vt scilicet non possit venditor ab eo petere precium si malit præstare id quod interest venditori. Nam cùm pretium non possit nisi in pecunia numerata consistere, §. *item pretium Inst. de empt. & vend.* certum est ratione pecuniæ numeratæ numquam posse peti aut deberi id quod interest nisi sit coarctatum adiectione loci alicuius vel temporis, vt in *l.* 3. *supr. de in lit. iur. l.* 3. *supr. de eo quod cert. lo.* quoniam alioqui facile excurreret in infinitum *l. vlt.* vbi diximus *supr. de peric. & commod. rei. vend.* Id. óque vsuras pretij non soluti ab emptore præstari satis est, *d. l. vlt. & l. Iulianus* 13. §. *veniunt. l. qui per collusionem.* 49. §. 1. *infr. hoc tit.* Illud tantum verò Accursius in actione ex empto nõ ferri duas sentẽtias vt in arbitrariis, sed vnam tantum de eo quod interest emptoris. Item quod ait ex opinione Ioannis & omnium ferè veterum glossatorum aduersus Martinum, non cogi venditorem præcisè rem tradere, si malit quanti emptoris interest persoluere, vt iam à nobis probatum est ex plerisque iuris nostri locis, præsertim verò ex *d. l. contractus* 17. *C. de fid. instrum.* In quo miror, virum doctissimum Iacob. Cuiacium, qui Martini opinionem sequi maluit deceptus ex supradicto Pauli Sententiarum loco, qui tamen de tradenda tantùm re loquitur, non autem de tradenda præcisè. Venditio enim consensu quidem perficitur, sed non impletur nisi secuta traditione ex parte venditoris, & numeratione pretij ex parte emptoris. Quo etiam pertinet quod scriptum est in *l. si quis alienam* 46. *hoc tit.* Si quis alienam rem vendiderit & antequam eam traderet heres domino rei extiterit, aut aliter dominus eius factus sit, cogendum eum implere venditionem, quod ipsum nihil aliud est quàm tradere, quamuis futurum sit, vt per eam traditionem transferat dominiũ, quod non vendidit. quódque nec habebat tempore venditionis. Cogitur inquam, nisi malit præstare quod emptoris interest, coactione scilicet non præcisa, sed causatiua, vt interpretes loquuntur. Cæterum quod de tradenda re vendita diximus, ad res tantum corporales pertinet, quæ solæ tangi possunt, & tradi, sed tamen etiam in incorporalibus idem obtinet, non vt tradantur verè, sed vt pro traditis habeantur per patientiam, *l.* 3. §. *si iter. infr. hoc tit.* Pa-

cientia namq; in incorporalibus pro traditione est *l. quoties* 15. §. *Seruitutum. & l. pen. supr. de seruitut. l.* 1. §. *vlt. rustic. præd.* Quid ergo si res vendita perierit ante traditionem? perit emptori si neque mora vlla, neque pactio contraria interceſſerit. Nec idcirco resoluitur emptio, vt pro non facta habeatur: & consequenter saluæ remanent hinc inde actiones empti & venditi, *l. cùm emptor* 5. §. 1. *supr. de rescind. vend.*

a *Hoc autem interdum pretium egreditur.* RAT. DVB. Tanti est vna quæque res quanti vendi potest, *l.* 1. §. *si heres, infr. ad Senatusconsult. Trebell. l. si seruus*, 14. *in fine principij supr. de cond. furt.* Ergo non potest id quod interest, egredi rei pretium, præsertim cùm nec aliud interesse debeatur, quàm quod est circa rem ipsam, quod nostri Intrinsecum vocant, non extrinsecum & quod extra rem, *l. si sterilis*, 21. §. *cùm per venditorem. infr. hoc tit.*

DEC. Facile fieri potest & accidit quotidie, vt plutis intersit venditoris rem habere non solum quàm quanti emerit, sed etiam quàm quanti res verè sit, non solum quod quisquis emit soleat quàm vilissimo potest pretio emere, *l. si voluntate* 8. *C. de rescind vend.* Cùm in emendo & vendendo liceat contrahentibus naturaliter se decipere, *l. in causæ* 16. §. *idem Pomponius, supr. de minor. l. item si precio* 22. §. *vlt. & l. seq. infr. tit. prox.* Sed etiam quod plerumque interst emptoris rem quam emit habere potius quam aliam etiam pretiosiorem, puta in quam habeat affectionem vel opportunitatis, vel vicinitatis, vel cœli, vel quod illic educatus sit, aut parentes eius sepulti, vt in *l.* 1. §. *& alias videamus infr. si quid in fraud. patro. l. si in emptionem* 35. *infr. de minor.* Potest ergo emptoris aliquando plutis interesse rem venditam habere quam quanti ea est, forte si seruum quis emerit, aut quæstionis habendæ, aut rei probandæ gratia, aut etiam hereditatis adeundæ, quæ exempla Paulus adfert in *leg. in interdicto* 6. *infr. de vi & vi arm.* An tamen possit hoc interesse duplum excedere, quærunt interpretes, sed magis est, vt non possit post Iustiniani constitutionem, quæ hoc ius nouum constituit in *leg. vn. C. de sent. quæ pro eo quod inter proferunt.* Est enim hic vnus ex casibus quos ille certos vocat, & in quibus non patitur id quod interest duplum excedere, de quo dicemus fortasse latius ad *l. cùm & forte* 44. *infr. hoc tit.* Illud certè constat, id quod interest non minoris esse posse quam sit rei pretium, quia emptori si rem non habeat, saltem pretium quod dedit, reddendum est, aut quod promisit remittendum *leg. si in venditione* 60. *leg. euicta re* 70. *infr. de euiction.* Notant autem nostri ad hunc locum triplex esse interesse, commune, conuentum, & singulare. Commune appellantes quod ex communi hominum opinione & vtilitate æstimatur, de quo in *leg. si seruum* 33. *supr. ad leg. Aquil. leg. pretia rerum* 63. *ad leg. Falcid.* Singulare verò quod ad propriam & singularem actoris vtilitatem referatur, de quo in *d. l.* 1. §. *& alias videamus si quid in fraud. patr. & d. l. si in emptorem de minor.* Tertium denique conuentum, quod contrahentium pactione taxatum est ex consilio iure consulti in *l. vlt infr. sup. præt.* ne alioqui probationum inopia, id quod interest, ad exiguum deducatur. Quatenus enim cuiusque interst, in facto non in iure consistit *l. quatenus* 24. *de reg. iur.* Præsertim cùm in æstimando eo quod interest, etiam ratio lucri habenda sit *d. leg. vnic. C. de sent. quæ pro eo quod int. & l.* 2. §. *nunc, de officio in fi. supr. de eo quod cert. loc.* Nihil enim aliud est id quod interest quàm quantum mihi abest, quantúmque lucrari potui, vt definit Paulus in *l. si commissa* 13. *infr. rat. rem hab.*

I ¶ Venditor, si, cùm sciret deberi seruitutem, celauit: non euadet ex empto actionem: si modò eam rem emptor ignorauit. omnia enim, quæ contra bonam fidem fiunt, veniunt in empti actionem. a sed scire venditorem, & celare, sic accipimus, non solùm si non admonuit, sed & si negauit seruitutem istam deberi, cùm esset ab eo quæsitum. b sed & si proponas eum ita dixisse: *Nulla quidem seruitus debetur: verùm ne emergat inopinata seruitus, non teneor*: puto eum ex empto teneri: quia seruitus debebatur: & sciisset. c sed si id egit, ne cognosceret emptor aliquam seruitutem deberi: opinor, eum ex empto teneri. & generaliter dixerim, si improbato more versatus sit in celanda seruitute, debere eum teneri: non si securitati suæ prospectum voluit. d hæc ita vera sunt, si emptor ignorauit seruitutem: quia non videtur esse celatus, qui scit: neque certiorari debuit, qui non ignorauit.

Ad §. 1. Venditor.

RAT. DVB. Imputare sibi debet, cur non fuerit diligentior in inquirendo, an fundus quem emebat, seruitutem aliquam deberet, quoniam is qui cum alio contrahit, sicut ignarus non est, nec esse debet conditionis eius cum quo contrahit, ita neque conditionis illius rei de qua contrahit, *argum. leg. qui cum alio* 19. *de regul. iur.* Paris enim stultitiæ est ignorare qualis sit is cum quo contrahas, & qualis ea res sit de qua contrahas. Ergo etiamsi venditor cùm sciret deberi seruitutem, eam celauerit, non ideo debet teneri actione ex empto, præsertim cùm, vt supra diximus, liceat contrahentibus in emendo & vendendo natu-

BIU Cujas

naturaliter seſe decipere, *l. in causæ 16. §. idem Pomponius supr. de minor. l. item si pretio. 27. §. vlt. & seq. infr. tit. prox.*

Dec. Actio empti sicut & venditi bonæ fidei est, §. *actionum, Instit. de action. l. ex empto* 11. §. *vltim. l. bona fides* 50. *& passim hoc titul.* Ac proinde veniunt in hanc actionem omnia quæ contra bonam fidem fiunt. Atqui contra bonam fidem est, si venditor sciens deberi seruitutem eam celauerit, quo carius fundum venderet. Semper enim liber fundus pluris est, quàm fundus seruiens. Seruitutis enim proprium est, vt ius fundi dominantis augeat, seruientis minuat, *l. de pupillo* 5. §. *meminisse, infr. de nou. oper. nuntiat.* Ergo non debet euadere ex empto actionem. Quod enim contra bonam fidem fit, certè dolo fit: dolus autem etsi ab omnibus contractibus abesse debet, *l. bonam fidem* 4. *Cod. de oblig. & act.* multò magis tamen ab iis qui sunt bonæ fidei, cui scilicet nihil tam contrarium est, quàm dolus, *leg.* 3. §. *vltim. supr. pro soc. leg. non debet* 12. §. *vltim. sup. de dol. l. si dolo* 5 *C. de rescind. ven.* Nam quod dicimus in emptione & venditione licere contrahentibus naturaliter se decipere, non ad illam deceptionem pertinet, *leg. & ideo* 23 *infr. tit. proxim.* Sed quæ sit duntaxat circa constituendam pretij quantitatem, vt constat ex *leg. si voluntate* 8. *Cod. de rescind. vend.* Atqui dolus & deceptio est personalis, cùm venditor sciens seruitutem deberi, celauit eam ignoranti emptori, *leg. Iulianus* 13. §. *idem Iulianus, infr. hoc titul.* Minoris enim proculdubio emisset emptor, si seruitutem sciuisset, ideóque quoties de seruitute agitur, victus venditor tantum debet præstare, quanti minoris emisset emptor, si seruitutem impositam sciuisset, *leg. quoties* 62. *infr. de ædil. edict.* Decipitur enim emptor, quoties id celatum est à venditore, quòd si cognouisset, vel nullo modo, vel minoris empturus fuisset, *leg. quæro* 39. *iuncta dict. leg. Iulianus. §. quod autem, hoc titul.* Requirimus tamen, vt emptor ignorauerit seruitutem deberi, quia non videtur celatus, qui sciuit, vt scribitur in fine huius §. nec ab alio deceptus, quàm à seipso, *l. nam si scit* 26. *supr. de rei vind. l. ea quæ commendandi* 43. *sup. de contrah. empt.*

a *Sed scire venditorem.* Rat. Dvb. Celare is demum videtur qui tacet, nec admonet emptorem tacentem quoque & ignorantem: nam qui interroganti emptori, an seruitus aliqua debeatur, negat vllam deberi, non tam celare videtur, quàm mentiri.

Dec. Plus est negare, quàm non admonere, hoc enim simplex abnutiuum est, vt Paulus loquitur in *l. inter stipulantem*, 83. §. 1. *infr. de verb. obl.* Illud verò affirmatiuum, & quidem cum mendacio. Proinde non minus celat, imò malitiosiùs, qui negat, quàm qui tacet. Ergo & actione ex empto teneri eo nomine debet.

b *Sed etsi proponas.* Rat. Dvb. Nihil tam est ex bona fide, quàm vt pacta seruentur quæ in bonæ fidei contractu adiiciuntur, dant enim legem contractui, *l.* 1. §. *si conuenit, l. Lucius* 24. *in fin. supr. depos.* Credendi enim sunt contrahentes non aliter fuisse contracturi, *l. initio 5. l. vltim. Cod. de pact. int. empt. & vend. l. Iuris gentium* 7. §. *quinimo, &* §. *adeò, supr. de pact.* Ergo si venditor fundi ab initio dixerit, vt si emergeret inopinata seruitus non teneretur, & aliqua seruitus debeatur, nullo modo teneri debet, quamuis præfatus sit nullam seruitutem deberi. Quid enim potuit apertiùs dicere, & conuenire, ne seruitutis, si qua emergeret, nomine teneretur?

Dec. Facit contra bonam fidem etiam is, qui fallendi causa obscurè loquitur, sicut & is qui insidiosè & obscurè dissimulat, *l. ea quæ, in fin. supr. de contrahend. empt.* Atqui & obscurè loquitur, & insidiosè dissimulat, adeóque mentitur, qui sciens seruitutem aliquam deberi à fundo quem vendit, negat tamen vllam deberi, & mox paciscitur, vt si qua debeatur, nihil tamen eo nomine præstare cogatur. Huiusmodi enim clausulæ quæ in venditionibus apponi solent, quo magis venditori cautum sit, ad ea pertinere non debent, quæ specialiter nouit is qui vendidit, & quæ specialiter excipere potuit, & debuit, sed ad ea quæ ignorauit, & de quibus ideo emptorem certiorare non potuit, vt eleganter scriptum est in *d. l. quæro infr.*

c *Sed si id egit.* Rat. Dvb. Is demum venditor tenetur ex empto, qui vel non admonuit emptorem de seruitute debita, vel interrogatus negauit vllam deberi, vel obscurè & insidiosè conuenit, ne seruitutis vllius nomine teneretur, cùm sciret aliquam deberi, vt proximè diximus. Atqui nihil horum fecit is quem ponimus hoc tantum egisse, ne cognosceret emptor aliquam seruitutem deberi. Ergo non debet ex empto teneri.

Dec. Qui facit ne cognoscat emptor aliquam seruitutem deberi, magis in dolo est, quàm qui simpliciter non admonet. Nam præter id quod dolo malo celat seruitutem quam scit deberi, hoc ipso quod eam debitam esse non admonet, facit etiam improbius, qui impedit, ne emptor admoneri ab alio possit. Multumque refert, an emptor securitati tantum suæ prospectum esse voluerit, quod si faciat, non tantùm licitè, sed etiam prudenter facit. An verò improbato & malo more versatus sit in celanda seruitute, quod sine dolo fieri nequit.

d *Hæc ita vera sunt.* Rat. Dvb. Quamuis emptor sciat seruitutem deberi, non eo minus tamen est in dolo venditor qui celat seruitutem, quam scit deberi, neque enim scientia emptoris potest excludere scientiam venditoris. Ergo non eo minus teneri debet venditor actione ex empto, quasi æque contra bonam fidem faciat, si quidem mala fides venditoris quæ sola est spectanda, non ab ignorantia emptoris pendet, sed à venditoris scientia.

Dec. Mala fides venditoris in huiusmodi specie ex eo solo æstimari potest & debet, quòd emptorem celauerit, vt supra diximus, ex *d. l. quæro* 39. *infr. hoc titul. iuncta leg. tenetur* 6. §. *vltim. eod. Et l. ea quæ* 43. *in fine, supr. de contrahend. empt. l. hoc autem* 13. *supr. de hered. vel action. vend.* Atqui non potest videri celatus qui scit, nec certiorari debuit, qui non ignorauit, *leg. nam si scit* 26. *supr. de rei vindic. leg. nemo videtur fraudare* 145. *de regul. iur. cap. eum qui certus, eod. titul. in* 6. *l.* 1. §. *causæ, infr. de ædil. edict. l. si legibus, C. de Episc. aud.* Ergo non habet quod conqueratur emptor, qui fundo quem emebat seruitutem deberi sciuit, licèt venditor eam tacuerit, & sciens dissimulauerit, id est, nō denunciauerit. Aliquando tamen accidit, vt etiam ei qui iam

BIU Cujas

certus est : denunciari tamen debeat, nempe si denunciatio fiat, non ad certificandum, sed ad alium finem, putà vt incitetur is cui fit denunciatio ad aliquid faciendum, *vt in l. denunciasse 17. §. 2. infr. ad leg. Iul. de adult.* iunge *l. qui absentem 75. supr. de procurat.*

2. PAVLVS libro 5. ad Sabinum.

SI in emptione modus dictus est, & non præstatur: ex empto est actio.

Ad l. Si in emptione 2.

RAT. DVB. Venditor non tenetur actione ex empto ad aliud quàm ad rem tradendam, *l. 1. supr. l. ex empto 11. §. 1. infr. hoc titul.* Atqui non eo minus vendita res traditur, quod non præstetur integer modus qui in emptione dictus est : non enim mutatur substantia corporis venditi, quod in modo plus sit vel minus quàm dictum sit. Ergo etiamsi modus qui dictus est, non præstetur, non ideo actione ex empto teneri venditor debet.

DEC. Omnia, quæ fiunt contra bonam fidem, veniunt in empti actionem, *l prox. §. 1. supr.* Atqui contra bonam fidem facit venditor qui fundi, quem vendit, maiorem esse modum asseuerat, quàm reuera sit, facit enim vt emptor pluris fundum emat, quem nullo modo, vel minoris fuerat empturus, *l. Iulianus 13. §. quod autem diximus infr. hoc tit.* Ergo etiam ex hac causa teneri venditor debet actione ex empto, vt quod modo & mensuræ deest, æstimetur vel pro quantitate mensuræ, vel pro bonitate loci, vt in *l. si seruum 4. §. vlt.* vbi dicemus *infr.* Nec certè dici potest totam rem venditam & traditam fuisse, si modus venditioni dictus præstitus non sit, cùm quicquid est in modo, sit etiam in venditione. Nihil autem interest ad inducendam actionem ex empto : an tota res vendita non tradatur, vel etiam tradita euincatur, an verò pars eius tantùm, *leg. 1. infr. de euict.* vt scilicet eadem sit ratio partis quantum ad partem, quæ totius, quantum ad totum, *vulg. l. quæ de tota 76. supr. de rei vend.* Distinguendum tamen est, an venditio inceperit à modo & mensura, an à corpore, non quod pertinet ad sententiam huius legis, sed cùm quæritur, an perfecta sit emptio ante mensurationem, de quo diximus ad *leg. quod sæpe 35. §. in his quæ pondere, supr. de contrah. emption.*

1 ¶ Vacua possessio emptori tradita non intelligitur, si alius in ea legatorum fideíve commissorum seruandorum causa in possessione est, aut creditores bona fide possident. idem dicendum est, si venter in possessione sit. nam & ad hoc pertinet vacui appellatio.

Ad §. 1. Vacua possessio.

RAT. DVB. Venditor non tenetur, nisi ad tradendum, *dict. leg. 1. supr.* Tradere autem nihil aliud est, quàm possessionem transferre, *leg. prox. in princip. infr.* Possessionem verò transferre potest is qui possidet. Porrò non eo minus quis possidet rem aliquam, quod alius in eius rei possessione sit, siue legatorum, siue fideicommissorum seruandorum causa, aut etiamsi creditores bona debitoris ex edicto, quibus ex causis in possessionem eatur, & de rebus autoritate iudicis possidendis, aut si ventris nomine ex ea parte edicti quæ est de ventre in possessionem mittendo: nam qui ex huiusmodi causa sunt in possessione, non tamen possident, *leg. 3. §. vltim. de acquirend. possess.* Aliud enim est possidere, aliud esse in possessione, *l. si quis ante 10. eod. tit.* sicut & aliud est possidere simpliciter, aliud autem alieno nomine possidere, *l. quod meo 18. eod.* Possidet enim qui sibi rem habet, & animo domini : in possessione autem est qui alieno nomine incumbit corporaliter possessioni, & detentatione, vt loquuntur, asinina, *l. certe 6. §. is qui commodauit, infr. de prec. l. communi 7. §. neque colonis, supr. commun. diuid.* Ergo satisfacit venditor obligationi suæ, si rem quam vendidit tradat, etiamsi in eius possessione sint eæ personæ de quibus diximus.

DEC. Venditor non tantùm rei venditæ possessionem transferre in emptorem debet, sed etiam ita transferre, vt sit vacua, *l. cùm res 12. Cod. de probat. leg. proxim. in princip. & §. 1. infr. hoc tit. l. Mauus 66. §. vlt. infr. de leg. 2.* id est, quæ sit talis, vt neque auocari ei possit possessio, neque superior quisquam esse in causa possessionis, vt ex Iuliano Vlpianus loquitur, *l. ex empto 11. aliàs l. emptorem, §. idem Neracius, infr. hoc tit.* Parum enim est possidere, si fructuum perceptionem & commodum possessionis à possessione ipsa separes : neque is qui emit fundum, id agit, vt litem emat, aduersus eum qui possessionem detinet, sed vt sibi fundum, & cum fundo omnia possessionis commoda acquirat, *leg. Iulianus 13. §. possessionem, infr. hoc titul.*

3. POMPONIVS libro 9. ad Sabinum.

RAtio possessionis, quæ à venditore fieri debet, talis est: vt si quis eam possessionem iure auocauerit, tradita possessio non intelligatur.

Ad l.

BIU Cujas

Ad l. Datio possessionis 3.

Malo sic legere, vt vulgo, quàm vt in Pandectis Florentinis, Ratio posſessionis: his enim verbis significatur traditio rei venditæ, ad quam teneri venditorem supradiximus, vt intelligamus traditionem illam nihil aliud esse, quàm dationem possessionis: etsi enim solemus dicere, & verum est, traditionem esse vnum ex modis acquirendi dominij, non tantùm iure gentium, §. *per traditionem, Instit. de rerum diuision.* sed etiam iure Quiritium, vt Vlpianus refert in Fragmentis, *tit. 19. de acquisit. rerum.* per se nihil nisi dationem & translationem possessionis significat. Per quam tamen possessionem vtique transfertur dominium, sed non tam per traditionem ipsam immediatè, quàm per traditionem, quoties ab ea separari dominium non potest, *l. traditio 20. in fi. inf. de acquir. rer. dom. l. per procuratorem 8. C. de acqu. possess.* nempe quia dominiorum origo à naturali possessione cœpit. *l. 1. inf. eod. illo tit.* RAT. igitur DVB. ad hanc legem illa est, quòd venditor non teneatur, nisi ad transferendam rei venditæ possessionem, nec enim cogitur transferre dominium, *l. si ita distrahatur 25. §. 1. supr. de cont. empt. l. ex empto 11. in princ. & §. & ex empto, l. si rem tradi 28. de verb. obl.* Ergo venditor semel tradendo rem venditam liberatur, & consequenter, etiam si quis eam possessionem postea iure auocauerit, non eo magis venditor obligatus videri debet, cùm semel extincta obligatio reuiuiscere nunquam possit, *l. qui res 98. §. ream, de solut.* Præsertim quia verba quæ actum reiterabilem significant, de primo tantùm actu intelligi debent, *l. boues. 89. §. hoc sermone, de verb. sign. l. si socius 81. supr. pro soc.* Neque verò ad aliud quicquam tenetur venditor, nisi ad hoc, vt rem venditam sic tradat, vt emptor facultatem habeat fructus percipiendi, *l. Iulianus 13. §. possessionem, infr. hoc tit.* vbi dicitur ob eam causam sufficere, vt precaria possessio tradita sit, quamuis certum sit eam auocari posse, siquidem omne precarium reuocabile est ad nutum concedentis, *l. 1. 2. & passim infr. de precar.*

DEC. Non potest videri res tradita, quæ non durat tradita, *l. Mauius 86. §. penult. de leg. 2. l. qui concubinam 29. §. si heres, de leg. 3. l. si libertus 16. de iur. patron. l. si creditor 26. de solut. l. non videtur 22. de acq. poss. l. non videtur qui squam. 51. de reg. iur.* sicut nec videtur in rem versum, quod non durat versum, *l. si pro patre 10. §. versum, sup. de in rem vers.* nec solutum, quod non durat solutum, *l. si rem 20. l. si quis aliam 41. d. l. qui res 98. in princ. & §. 1. de solut.* Vnde fit, vt quamuis solutione tollatur omnis obligatio, §. 1. *Inst. quib. mod. toll. oblig.* non possit tamen solutio parere liberationem, quandiu res soluta auocari potest, licèt nondum auocata sit, *d. l. si rem meam.* Ergo si possessio à venditore tradita quidem sit, sed ita ab emptore postmodum auocetur, non potest haberi pro tradita, nec proinde adhuc liberatus venditor qui tradere tenebatur, non magis quàm si nunquam tradidisset, vnde est, quòd euicta re vendita, adhuc durat actio ex empto contra venditorem, non tantùm ad simpli, id est, pretij dati restitutionem, sed etiam ad id quod interest emptoris, *l. si in venditione 60. leg. euicta 70. inf. de euiction.* Nam quemadmodum euictio locum habere non potest, nisi res vendita vel tradita sit, vel habeatur pro tradita, *l. si rem 62. in princ. eod. tit.* ita definit haberi pro tradita postquam euicta est. Multum tamen refert, an possessio tantùm euicta sit & auocata, an verò res ipsa vendita: nam sicut aliud est pretium rei, aliud verò possessionis, *l. 3. §. vlt. infr. vti possid.* ita plenior est actio ex empto quæ datur emptori post euictam rem venditam, quàm quæ datur ob euictam solam possessionem: actio namque de euictione rei venditæ, quæ vel immobilis fuerit, vel mobilis pretiosa, datur ad duplam, si ea promissa sit, vt regulariter promitti debet, *l. emptori 37. de euict.* aut ad hoc, vt dupla promittatur, nisi conuenerit de simplo tantùm præstando, *l. 2. l. si dictum 56. eod. tit.* Actio autem ex empto ob auocatam possessionem, non datur, nisi ad id quod emptoris interest ratione possessionis, quia non res ipsa, sed possessio tantùm euicta est, vt benè Accursius post Azonem docet, & longè aliud est euinci rem, aliud rei possessionem, cùm nihil commune habeat proprietas cum possessione, *l. naturaliter 12. §. nihil commune, de acquir. possess.* Nec permiscere oportet iura possessionis, & proprietatis, *l. pen. eod.* postquàm cæca hominum cupiditas, vt Seneca dicebat, proprietatem à possessione seiunxit. Nec superioribus cõtrarium est quod Vlpianus scribit in *d. §. possessionem*, sufficere venditori, quòd possessionem quamlibet etiam precariam tradiderit: id enim eo pertinet, vt pretij vsuras consequi nihilominus possit ab emptore, qui facultatem dedit percipiendorum fructuum, non etiam vt à tradendi obligatione in perpetuum liberetur, quod & Accursius noster ad hunc locum benè vidit.

1 ¶ Si emptor vacuam possessionem tradi stipulatus sit, & ex stipulatu agat: fructus non venient in eam actionem, quia & qui fundum dari stipulatur, vacuam quoque possessionem tradi oportere, stipulari intelligitur: nec tamen fructuum præstatio ea stipulatione continetur. neque rursus plus debet esse in stipulatione: sed ex empto supereſſe ad fructuum præstationem.

Ad §. 1. Si emptor.

RAT. DVB. Vacua possessio non intelligitur tradita emptori, nisi is facultatem habeat fructus percipiendi, nam ad hoc pertinet vacui appellatio, vt nemo sit qui in lite de possessione possit emptorem vincere, *l. prox. §. 1. supr. l. ex empto 11. §. idem Nerac. ait infr. hoc tit.* Ergo si emptor vacuam possessionem tradi stipulatus sit ab emptore, dicendum est fructus quoque in hanc stipulationem venire, vt disertè à Papiniano responsum est in *l. si stipulatus sis 4. in princ. inf. de vsur.* vbi videtur ille in hac ipsa specie à Pomponio nostro dissentire, etsi enim proponebatur, eo loco emptor stipulatus à vẽditore rẽ dari, vacuámq; possessionem tradi, hîc autem nihil nisi vacuam possessionem tradi, nõ possis tamen inde conciliationis rationem aliquam hire,

BIU Cujas

cùm Papinianus dicat moueri se, non ex prioribus, sed ex posterioribus verbis illis, *Vacuámque possessionem tradi*, vt fructus postea captos incerti actione ex stipulatu deberi existimet, neque rursus dici potest quod secundo loco tentat Accursius fuisse hîc interpositam stipulationem ab emptore animo nouandi actionem ex empto, & ideo quòd non est deductum in nouationem pristina actione ex empto peti posse, id est, fructus, vt scriptum est *in fin. huius* §. Nã & Papinianus *in d.l.si stipulatus*, ponit animo nouandi interpositam fuisse stipulationem, nec tamen dubitat, quin & fructus, & partus quoque veniant in stipulationem, propterea quòd, inquit, ancilla tradita quæ fuerat vendita, partum postea editum in bonis suis emptor, idémque reus stipulandi habere potuisset.

Dic. Stipulatio tum qnoque cùm nouat contractum bonæ fidei, attamen stricti iuris est, & idcirco quicquid adstringendæ obligationis est, id nisi palam verbis exprimatur, pro omisso habendum est, *l.quicquid adstringendæ, de verb.obl.* Atqui siue stipulatio ita concepta sit, rem dari, vacuámque possessionem tradi, vt in *d.l.si stipulatus*, siue per hæc tantùm verba, *vacuámque possessionem tradi*, nihil de fructibus dandis expressum est. Aliud enim res est, aliud fructus rei, licèt dici soleat fructus non iure seminis percipi, sed iure soli, & dominij, *l.qui scit* 25. §. 1. *& vlt. infr. de vsur. l. bonæ fidei* 48. *infr. de acquir. rer. dom.* Ergo fructus in hanc stipulationem venire nullo modo possunt, non magis, inquit Pomponius, quàm si emptor nihil nisi rem tradi stipulatus esset. Nam & qui rem tradi stipulatur, de vacua quoque possessione tradenda stipulatus intelligitur, & tamen nec Papinianus ipse diceret ex stipulatione fundi tradendi fructus deberi, nisi addita essent illa verba, *Vacuámque possessionem tradi*, vt apertè profitetur ille in *d.l.si stipulatus*, & constat ex *l. filiusfamilias* 78. §, *vlt. de verb.obl.* scilicet qui stipulationis tempore non fuerint, quomodo in *d. §, vlt.* legendum est, id est, qui non fuerint pendentes, nisi post litem contestatam percepti sint, *l. videamus* 38. §. *si actionem, infr. de vsur.* Ergo neque ex stipulatione vacuam possessionem tradi fructus debebuntur, & tamen admittit Pomponius fructus, qui ex stipulatione vacuam stipulationem tradi, præstandi non sunt, esse tamen præstandos actione ex empto, quippe quæ etiam post nouationem factam supersit ratione præstandorum fructuum qui in stipulationem deducti non sunt: non enim potest nouatio tollere, nisi quantum in posteriorem obligationem transfusum est ex nouationis definitione posita in *l.1. de nouat.* Fateamur ergo ingenuè cum Cuiacio dissensisse Pomponium à Papiniano, cuius tamen sententia Vlpiano magis placuisse videtur in *l. in conuentionalibus* 52. §. 1. *de verb.obl.* vbi ait, si quis vacuã possessionem tradi promiserit, non nudum factum hac stipulatione contineri, sed causam bonorum. Quo nomine significatur, quicquid habiturus fuisset stipulator, si tradita ei fuisset vacua possessio, *l. praterea* 20. *supr. de rei vind.* habuisset autem in proposita specie fructus post interpositam stipulationem perceptos, si vacuam possessionem ei venditor tradidisset: qua potissimùm ratione mouetur Papinianus, vt diximus, & quæ me etiam mouet, vt Papiniani sententiam verio rem, quàm Pomponij ausim dicere, quamuis Cuiacius contra sentiat; est enim manifesta differentia inter stipulationem, rem tradi, & stipulationem, vacuam possessionem tradi, propterea quòd stipulatio rem tradi, nihil nisi nudum tradendi factum continet, *l.si rem tradi* 28. *de verb.obl.* hæc autem vacuam stipulationem tradi etiam causam bonorum complectitur, *d. l. in conuentionalibus*, §. Id est, non proprietatem rei, vt malè interpretatur Accursius, sed vt iã diximus, omne id quod habiturus erat emptor, si possessionem vacuam accepisset, quod vtrunque benè Papinianus explicat in *d.l. si stipulatus.* Itaque negandum est quod Pomponius hîc supponit pro vero, nihil amplius contineri in hac stipulatione vacuam possessionem tradi, quàm in illa, rem tradi, quamuis verum sit illum, qui rem tradi promisit, non aliter liberari, quàm si vacuam possessionem tradat, nempe multum interest, an tacitè quid insit, an verò verbis exprimatur, *l.si ita legatum* 65. §. 1. *in fin. de leg.* 1. Nec rursus dicendum est cum Bartolo in Paniniani specie hoc diuersum esse, quòd emptor vtrumque stipulatus fuerat, & rem dari, & vacuam possessionem tradi, quasi geminatio verborum hunc effectum habere debeat, quæ fuit prima conciliatio Accursij. Repugnat enim Papinianus, qui non aliam suæ sententiæ rationem affert, quàm propter inferiora stipulationis verba, non ergo propter superiora, neque propter vtraque simul iuncta: nam neque verum est ex stipulatione fundum dari fructus deberi, neque aliam causam bonorum, quia de dominio per traditionem transferendo, magis quàm de vacua possessione tradenda actum intelligitur, vt Papinianus benè explicat in *d.l.si stipulatus, iuncta l. vbi autem* 75. §. *vlt. de verb.oblig. l. non videntur data* 167. *de regul.iur.* Nec obstat quod scriptum est in *l. si fundum certa die* 114. *de verb.obl.* ex ea stipulatione fundi certa die dandi, si fundus ea die datus non sit, deberi quanti interest stipulatoris: nec enim appellatione eius quod interest fructus continentur, vt Interpretes omnes consentiunt. Sed si quid intersit stipulatoris, idque non propter dandi significationem, neque rursus propter moram, cuius nulla in contractibus stricti iuris ratio propter accessiones haberi potest, sed quod nemo obseruat propter adiectionem temporis, & diei certæ, cuius potestas illa est, vt quamuis in stipulatione nihil de eo quod interest, dictum sit, perinde tamen haberi debeat, ac si idipsum quod interest, in stipulationem deductum fuisset, vt diximus ad *l. hominem* 37. *supr. mand.* quemadmodum euenire, si factum in stipulationem deductum esset, *l. quoties quis alium* 89. *l. cùm stipulatus sim* 113. §. 1. *de verb. oblig.*

2 ¶ Si iter, actum, viam, aquæductum per tuum fundum emero: vacuæ possessionis traditio nulla est. itaque, cauere debes, per te non fieri, quo minùs vtar.

Ad §. 2. Si iter.

Rat. Dvb. Venditor quilibet tenetur ad tradendã vacuã possessionem eius rei quam vẽdidit, vt proximè diximus. Atqui iter, actus, via, & aquæductus,

ductus, per tuum fundum, cæteréque seruitutes vendi possunt, non minus quàm ipsa prędia, *l. pen. infr. de euict.* Ergo & huiusmodi seruitutum vacua possessio tradenda est.

Dec. Seruitutes prędiorum, siue vrbanorum, siue rusticorum, licèt corporalibus accedant in corporalibus tamen sunt *l. seruitutes 14. supr. de seruit.* Nihil enim aliud sunt quã iura prædiorum. *l. quid aliud. 86. de verb. sig.* res autem incorporales tradi non possunt, ideoq; nec vsucapionẽ recipiunt *l. seruus 43. §. incorporales. de acquir. rer. dom.* Ergo nec earum possessio tradi potest, sed tamen patientia venditoris pro traditione est, id est si venditor emptorẽ vti patiatur seruitute *l. 1. §. vl. sup. de seruit. rust. prad. l. vlt. de seruit.* vbi additur interdicta de seruitutib. quasi possessoria ob hanc causã constituta esse. Neque tamen ea res facit, vt venditor à personali obligatione tradendi liberetur, nisi propterea caueat per se non fieri quominus emptor seruitute vtatur, vt Pomponius hic subiicit. Cautio igitur de præstanda emptori patientia vtendi illa est, quæ venditorem perinde liberat, ac si seruitutem ipsam tradidisset, ne alioqui nulla supersit ratio vendendæ vel tradendæ seruitutis, aut tollendæ obligationis quę semel eo nomine contracta fuerit, quod vtrumque absurdum esset.

3 ¶ Si per venditorem vini mora fuerit, quo minus traderet: condemnari eum oportet, vtro tempore pluris vinum fuerit, vel quo venit, vel quo lis in condemnationem deducitur. [a] item quo loco pluris fuit, vel quo venit, vel vbi agitur. [b] quòd si per emptorem mora fuisset: æstimari oportet pretium, quod sit, cùm agatur: & quo loco minoris sit. [c] mora autem videtur esse, si nulla difficultas venditorem impediat, quo minùs traderet: & præsertim si omni tẽpore paratus fuit tradere. [d] item non oportet eius loci pretia spectari, in quo agitur: sed eius, vbi vina tradi oportet. nam quod à Brundusio vinum venit, etsi venditio alibi facta sit, Brundusij tradi oportet.

Ad §. 3. Si per venditorem.

Rat. dvb. In æstimanda re vendita, si venditor traditioni moram fecerit, inspiciendum videtur tempus quo petitur, id est, litis contestatæ, vt in *l. vinum 22. sup. de reb. cred. l. vlt. de cond. tritic.* Ergo non tempus moræ, neque condemnationis, vt hic scriptum est. Multo minùs quanti plurimi res fuerit à tempore moræ, vt Accursius & cæteri ad hunc locum notant, existimantes id quod Pomponius in hoc §. scribit, condemnandum esse vẽditorem vtro tempore pluris vinum fuit, vel quo venditum est, vel quo lis in condemnationem deducitur, perinde esse, acsi scripsisset apertius, & vt Accursius loquitur, compendiosius quanti plurimi vinum fuit à tempore moræ faciendam esse condemnationem ex *l. penult. iuncta dict. l. vlt. supr. de cond. tritic. & l. si sterilis 21. §. cùm per venditorem, hoc tit.* Quod tamen non ita est, qui enim dicit vtro tempore, pluris vinum fuit, vel quo veniit, vel quo lis in condemnationem deducitur, duo designat tẽpora, moræ scilicet, & condemnationis, nulla habita ratione medij temporis, quod est inter moram & condemnationem. Neque verò de æstimatione quanti plurimi prudentes nostri vnquam tractant, nisi cùm vel de actione legis Aquiliæ loquuntur, vt in *l. ait lex 21. & passim supr. ad leg. Aquil. & §. his autem verbis, Instit. eod.* vel cùm de furtiua condictione, *l. in re furtiua 8. §. 1. supr. de cond. furt.* Cùm tamen interpretes nostri in omnibus actionibus, etiam stricti iuris, velint æstimari rem quanti plurimi à tempore moræ fuerit, quod & Bartolus ad hunc §. diserte notat. Sed

Dec. Ratio est, quòd separanda sint hac parte, vt & in aliis plerisque iudicia bonæ fidei à strictis, nam in strictis de quibus in *d. l. vinum, & d. l. vl. de cond. tritic.* inspiciendum est præcisè tempus litis contestatæ, quemadmodum iis locis scriptum est, in iudiciis autem bonæ fidei, vel tempus moræ, vel condemnationis vtro tempore pluris res fuit, *l. 3. §. in hac,* vbi latiùs scripsimus *supr. commod. d. l. hominem 37. mand.* & in hoc §. in cuius interpretatione errat rursum Accursius cùm ait nihil interesse, an mora contracta sit per lapsum diei, an verò per interpellationem emptoris. Multum siquidem refert, an vinum venditum certo die dari debuerit, atque ita per lapsum diei mora contracta sit, an verò quod interpellatus venditor in tradendo eo moram fecerit. Priore casu æstimandum est præcisè quanti fuit eo die quo dari debuit, siue ab eo tempore creuerit æstimatio, siue decreuerit, quia adiectio diei facit, vt inter contrahentes id actum esse videatur, *d. l. hominem mand. l. si Kalendis 11. inf. de re iud.* Quòd si ab eo tempore æstimatio creuerit, præstanda vtique erit, an non, tanquam æstimatio, sed iure eius quod interest: in contractibus scilicet bonæ fidei, in quibus habetur ratio eius quod interest ex die moræ, *l. socium 60. supr. pro soc.* Non etiam in iudiciis strictis, in quibus nulla moræ ratio haberi potest, nisi quæ per adiectionem & lapsum certi temporis contracta sit, *l. si fundum certa die 114. de verb. obl.* Non autem illius morę quę contrahitur per interpellationem congruo loco & tempore factam, de qua in *l. mora 32. de vsur.* nisi hactenus, vt periculum rei debitæ quod alioquin esset creditoris, transeat in debitorem, *l. si ex legati 23. & seq. l. si seruum 91. §. sequitur, & §. vlt. de verb. obl.* Posteriore verò casu distinguimus bonæ fidei iudicia à strictis, quòd in strictis nullam habeamus rationem moræ extraiudicialis, sed eius tantùm quæ in iure contracta sit per litis contestationem, non magis cùm de ineunda rei debitæ æstimatione tractamus, quàm si de vsuris, aliisve accessionibus ageremus. In iudiciis verò bonę fidei tantum potest mora per interpellationem contracta, quantum litis contestatæ, quia ex bona fide illud est, vt non sit impunita mora debitoris ideóque dicimus in bonę fidei iudiciis vsuras, & fructus deberi à die morę, *dict. leg. mora, §. in bonæ fidei, l. videamus 38. §. si actionem, & §. ante-*

BIU Cujas

penul. infr. de vsur. Nec eo minus tamen spectamus tempus rei iudicandæ, si eo tempore res debita pluris inueniatur, vt in hoc §. *& d.l.* 3. §. *in hac commod.* quia hoc quoque ex bona fide est, quandoquidem saltem hodie dandum est, quod iam olim dari oportuit, vt Paulus ratiocinatur in *d.l. si sterilis, §. cùm per venditorem, in fin. inf. hoc tit.* Et ridiculi sunt qui apud Accursium, qui quod scriptum est in *d.l.* 3. §. *in hac commod.* inspici debere tempus rei iudicãdæ interpretantur de tempore moræ, & quasi locus ille in fructibus tantùm & similibus loquatur, non autem quod ad rei æstimationem, de qua in hoc §. Illud benè Accursius in specie huius §. confundi tempus contractus, & tempus moræ, quod cùm tradendi obligatio pura fuisset, moram statim admiserit venditor, qui interpellatus statim nõ tradidit. Nec enim vnquam inspicitur tempus cõtractus, nisi cùm idem tempus est, & contractus, & mora in iudiciis vt diximus, bonæ fidei, non etiam in strictis, aut cùm æstimatio debetur iure actionis, vt in *l. hominem* 37. *sup. mand.* Cætera quæ ad huius § latiorem interpretationem pertinent, ex iis petẽda sunt quæ docuimus ad *d.l. vinum, de reb. cred. ad d. l. pen. & vlt. de condict. tritic. & d.l.* 3. §. *in hac commod. & in decad. de error. pragmat.*

a *Item quo loco pluris fuit.* RAT. DVB. Eius potissimum loci pretium spectandum est in quo vinum venditum tradi debuit, vt scriptum est in fin. huius §. Interest namque emptoris vinum habere in eo loco vbi conuenit, vt traderetur, non in eo vbi venditum fuit, vel vbi agitur, cùm propter moram venditoris non tradentis eo loco quo tradere debuit, cogatur emptor etiam alio loco agere. Quæ res tamen deteriorem eius conditionem facere non debet, non magis quàm si actione arbitraria de eo quod certo loco experiretur: quippe cuius potestas ipso iure inest iudiciis omnibus bonæ fidei, *l. in bonæ fidei* 7. *supr. de eo quod certo loco.*

DEC. Multum interest, an venditum sit vinum tradendum certo loco, an verò simpliciter. Priore casu obtinet quod in fine huius §. scriptum est, non eius tantùm loci pretia spectari oportere quo agitur, sed eius potissimùm vbi tradi rem oportet. At posteriore casu non alius locus spectari potest in æstimanda re vendita, quam, vel vbi venditio facta est, vel vbi agitur. Hinc verò plerique inferunt valere argumentum de tempore ad locum, & contra. Quod tamen non aliter verum est, quàm si vtriusque ratio eadem sit: rationis enim identitas sola est, quæ iuris, vt loquuntur, identitatem in diuersis rebus potest inducere. Idque ex hocipso §. probatur optimè, in quo separatur tempus quo agitur à tempore quo lis in condemnationem deducitur, non autem locus quo agitur à loco in quo condemnatio fit. Nempe quia vbi cœptum est iudicium, ibi & finem accipere debet, *l. vbi cœptum, supr. de iudic.* At tempus quo agitur, id est, quo litis contestatio fit, nunquam idem est cum tempore condemnationis, quoniam inter condemnationem & contestationem, medium tempus intercedere necesse est, quo iudicij ordo peragatur.

b *Quòd si per emptorem.* RAT. DVB. Eadem debet esse ratio emptoris, qui moram contraxit in re vendita accipienda, quæ est venditoris in re vendita tradẽda: nam cùm sit vtraq; actio bonæ fidei, & ex eodem contractu nata, easdem debet habere vtraque præstatione, ne melior sit conditio emptoris, quàm venditoris, aut contrà *l. si vina* 6. *de peric. & com. rei vend. l. bona fides* 50. *inf. hoc tit.* Atqui diximus, si per venditorem mora facta sit in tradendo vino, æstimari vinum debere vtro tempore pluris fuit, vel moræ, vel condemnationis. Ergo & è contrario, si per emptorem mora facta sit, æstimari vinum debet, vtro tempore minoris fuit vel moræ, vel rei iudicatæ. Atque ita Accursius, Bartolus, & alij existimant, quemadmodum contracta per venditorem mora debetur æstimatio, quanti plurimi res fuerit à die moræ, vt illi loquũtur. Ita è conuerso mora per emptorem contracta, non deberi à venditore, nisi quanti minimi fuit à die moræ, quod tamen pugnare videtur cũ eo quod scribit hîc Pomponius, si per emptorem mora facta sit, æstimari debere pretium quod fit, cùm agitur, id est, quod sic interpretor, tempore litis contestatæ: nam ante litem contestatam, nec agere, nec petere dicitur is qui aduersarium conuenit, sed tantùm velle agere, & petere, *l. amplius non petit* 15. *inf. rat. rem hab. l. 1. supr. de edend. l. sed etsi* 25. §. *si ante. sup. de hered. pet.*

DEC. Mora per emptorem contracta non potest minuere obligationem venditoris, sicut nec augere. Effectus enim moræ est circa accessiones tantùm, vel augendas, vel minuendas, non autem circa obligationem principalem, nisi ad transferendum periculum rei debitæ in moratorem, *l. mora* 32. §. *in bonæ fidei, & d.l. videamus,* §. *si actionem, &* §. *antepenult. infr. de vsur. iuncta l. si ex legati* 23. *cum seq. de verb. obl.* Atqui licèt emptor in mora fuerit accipiendi vini, non eo minus tamen verum est teneri adhuc venditorẽ, vt vinũ tradat, nec enim sola vini oblatio, & interpellatio vim solutionis habet nisi secuta obsignatione, *l. acceptam* 19. *C. de vsur. l. obsignatione* 9. *C. de solut.* Ergo non potest recusare venditor, quominus eam præstet æstimationem, quæ est tempore litis contestatæ. Quandoquidem vinum quod prius oblatum, nec tamen obsignatum, vel traditum fuerat, saltem eo tempore dandum est, quod iam ante dari oportuit, vt in *d.l. si sterilis* 21. §. *cùm per venditorem, in fin. hoc tit.* Nihilne igitur proderit emptori quod venditor moram contraxerit? Nihil prorsus, nisi quantum ad hoc, vt non maiorem teneatur venditor præstare æstimationem, quàm quę est tempore litis contestatę, licèt pluris vinum fuerit, aut moræ tempore, aut condemnationis, cùm si venditor moram fecisset, non emptori eam æstimationem debuisset, quæ alterutro ex dictis temporibus maior fuisset. Cæterum sibi imputet venditor, qui moram faciente emptore, aut non deposuerit vinum, aut non effuderit, vt in *l. 1. §. vlt. sup. de peric. & commod. rei vend.* Alia loci ratio est, nam si certo loco vinum tradi debuerit, & in eo accipiendo moram emptor fecerit, postea verò alio loco agatur, non ad aliud tenetur venditor, quàm vt soluat pretium, vtro loco minoris vinum fuit, vel quo solui debuit, vel quo agatur, vt scriptum est in hoc versic. Et ratio diuersitatis est, quia vtriusque loci æstimatio quantumuis diuersa, referri commodè potest ad id tempus quo agitur, non etiam æstimatio temporis quod procedit, aut sequitur contestationem. Ex quo tanto magis intelligimus, quàm verum sit quod diximus, contra quàm Bartolus hîc notet, non valere argumentum de tempore ad locum, & contra, nisi cùm eadem vtriusque ratio est.

BIU Cujas

c *Mora autem videtur esse.* RAT. DVB. Mora non contrahitur, nisi vel in iure per litis contestationem, vel extra iudicium per interpellationem congruo loco & tempore factam *d. l. mora 32. in princ. de vsur. dict. l. 3. in princ. eodem titul.* Ergo non potest videri emptor esse in mora ob id solum, quod nulla difficultas venditorem impediat, quo minus rem tradat, nec si paratus fuerit omni tempore tradere, nisi interpellauerit emptorem venditor, vt vinum acciperet, & emptor sine causa recusauerit *l. illud sciendum 17. supr. de per. & com. rei vend.*

DEC. Ex contractu emptionis & venditionis nascitur vltro citróque obligatio, sed ex qua neuter potest agere, quin prior offerat id quod debet *l. Iulianus, 13. §. offerri infr. hoc tit.* vbi dicitur offerri ab emptore pretium debere, si ex empto agere velit, alioqui posse venditorem eam rem quam vendidit, quasi pignoris iure retinere, quousque pretium soluatur. Interim igitur, in mora emptor esse credendus est, quamuis interpellatus non sit, non tã quasi moram verè contraxerit, quomodo si interpellatus fuisset, quàm hoc ipso quod venditorem in mora non constituerit, sicuti dicimus, cùm mora per vtrumque facta est, nocere illam debere emptori, potiùs quam venditori *dicta l. illud.* Nam & emptoris gratia magis fit venditio quàm venditoris, siquidem emptor acquirit & fit locupletior, vẽditor autem alienat, & fit pauperior, licet pro re vendita pretium accipiat, quod scilicet consistit in pecunia numerata, pecunia autem fragilis & lubrica est, & quæ facile perit *l. si chorus 79. §. 1. de leg. 3. iuncta l. verum 11. §. item non restituetur supr. de minorib.* Quod si emptor pretium vltrò soluerit, vel obtulerit, tum verò similiter hoc ipso venditorem in mora constituet rem venditam tradendi, nec sufficiet, quod nulla difficultas impediat venditorem quo minus rẽ tradat, nisi vltrò ipse rei venditæ traditionem offerat, & interpellet emptorem, vt rem accipiat, tunc enim posterior mora siue emptoris, siue venditoris esset, noceret *dict. l. illud l. quid etiam 72. in princ. & §. 1. l. infr. de solut. l. si seruum 91. §. nunc videamus de verb. oblig.* Atque ita locus hic alioquin obscurus intelligi debet: Nam quod dicimus emptorẽ hoc ipso in mora esse, quod venditorem nulla difficultas impediebat quo minus traderet, ostẽdit satis Pomponium de ea mora tractare quæ citra interpellationem contrahatur, quandoquidem sola difficultas traditionis non impediret moram quæ per interpellationem congruo loco & tempore factam contraheretur, si modo nullam iustam recusandi causam venditor haberet *l. continuus 137. §. illud infr. de verb. oblig. iuncta l. sciendum 21. cum duab. leg. seqq. infr. de vsur.* Itaque non abundat hic dictio *Præsertim*, vt putat Accursius, quia etiamsi non semper dixerit se paratum rem tradere, sufficit tamen ad emptorem in mora constituendum, vt nulla difficultate impeditus fuerit, quo minus traderet, si eum emptor ad traditionem vrsisset. Plane non potest emptori moram imputare venditor, si aliquo tempore impeditus fuerit, ne tradere posset etiam volens, vt Azo apud Accursium docet.

d *Item non oportet.* RAT. DVB. Eius loci pretiũ spectandum est, in quo res vendita sit, vel vbi agatur vel pluris, si mora per venditorem contracta fuit, vel minoris si per emptorem, vt supra dictum est *vers. item quo loco sup.* Ergo non est spectandus locus in quo vinum tradendum est.

DEC. Contraxisse vnusquisque intelligitur in eo loco, in quo vt solueret se obligauit *l. contraxisse 21. infr. de oblig. & act. l. omnem 10. supr. de iudic. l. 3. infr. de reb. aut iud. poss.* Ergo si locus traditioni dictus sit, eius potissimum loci pretium spectandum erit, ne alioqui emptori, vel venditori vtilitas loci auferatur, quod esset iniquum, adeo vt ob eam causam necesse fuerit inuici à prætore actionem arbitrariam extra contractus bonæ fidei, vt diximus ad *leg. 1. & ad leg. in bonæ fidei suprà de eo quod cert. loc.*

4. PAVLVS libro 5. ad Sabinum.

SI seruum mihi ignoranti, sciens furem, vel noxium esse, vendideris: quamuis duplam promiseris, teneris mihi ex empto, quanti mea interest scisse: quia ex stipulatu eo nomine agere tecum non possum, antequàm mihi quid absit.

Ad l. Si seruum 4.

RAT. DVB. Actio ex stipulatu quæ datur ad duplam promissa ex causa euictionis non cõpetit emptori contra venditorem priusquam absit aliquid emptori, quia necdum emptoris interesse quicquã videtur, adeo vt nec aliud sit, etiamsi emptor iã fortè condemnatus fuerit, si modò executio sententiæ nulla secuta sit, vt in *l. habere licere infr. de euict.* Atqui actio ex stipulatu ad duplam succedit in locum actionis ex empto, & eam nouat, quia cautionalis stipulatio est *l. 1. §. 1. de stip. prat. l. non solùm 20. rat. rem hab.* Ergo si seruum mihi quamuis ignoranti vendideris sciens furem eum vel noxium esse, non magis potès mihi teneri ex empto quàm ex stipulatione duplæ priusquam mihi aliquid absit, siue quod nouata sit actio ex empto per stipulationem duplæ, siue etiam quod nihil mea interesse videatur: Actio autem ex empto dari non possit nisi ad id quod interest emptoris. *l. 1. supr. l. ex empto 11. infr. hoc tit. l. si in venditione 60. l. euicta 70. infr. de euict.* DEC. Longè alia ratio est actionis ex empto, alia verò actionis ex stipulatu ad duplam. Hæc enim non competit, nisi eodẽ casu, quo emptori rem venditã habere nõ liceat, quoniam ea stipulationis lex & conditio est. Habere autẽ licet seruũ furem, vel noxiũ, quamdiu euictus non est, nec eo nomine quicquã abesse intelligitur emptori antequam seruus furtũ vel noxã fecerit. At actio ex empto nihil aliud exigit, nisi vt interfit emptoris, etiãsi nihil adhuc ei absit. Atqui negari non potest, quin emptoris interfit sciuisse seruum, quẽ emebat, furẽ vel noxium esse, quia si sciuisset aut nullo modo, aut saltẽ minoris emisset, vt in *l. quæro 39. inf. h. t.* Nec dolo caret venditor qui tã malã serui qualitatẽ celauit emptori ignoranti, ne is ab emendo seruo reuocaretur. Ergo teneri ex empto eo nomine debet. Quoniam omnia quę contra bonã fidem fiunt, veniũt in empti actionẽ *l. 1. §. 1. sup.* Et quamuis interpositæ duplæ stipulatio nouet actionem ex empto, quia nec nisi nouandi animo vnquam interponitur, non tamen nouat, nisi in suo casu, id est ita demum si emptori rem habere non liceat, aut si quid emptori abesse cœperit, ac proinde eo casu quo stipulatio

BIU Cujas

habere locum non possit, superest actio ex empto ad id quod ex alia causa interest emptoris, vt & in *l.3.§.1.supr.* multo enim plenior est actio ex empto quam ex stipulatu ad duplam, cum non solũ detur ad duplam eo casu, quo stipulatio duplæ nulla interposita sit *l.2.de euiction. l.quod si nolit* 31. *§.quia assidua inf. de ædil.edict.* sed etiam quia plerosque alios casus cõtinet ad quos duplæ stipulatio non extẽditur, inter quos est casus huius legis, nec cõtrariũ est quod Accursius obiicit ex *l si emptori* 30. *infr.de euict.* vbi non tantum ex empto, sed etiam ex stipulatu actionem habet is cui seruus furtum fecerit, si heres extitit emptori, quem lex ponit stipulatum fuisse, seruum furtis noxiisque solutum esse. Nõ enim negari potest, quin absit eo casu actori quod ob furtum sibi factum conse qui potuisset, si emptori eidémque domino serui heres nõ extitisset, cuius hereditatem tanto minus locupletem habere intelligitur *l.si ei cui vendidi* 41. *§.1.eod.tit.* Iunge *d.l.ex empto §.idem lib.2. alias l.emptorem & l.seruus quem* 30. *§.vlt. infr. hoc tit.* vbi species proponitur huic persimilis de venditore, qui rem alienam sciens ignoranti vendidit, quam negat Africanus teneri de euictione quamdiu emptori rem habere licet, sed teneri tamen ait ex empto propter dolum, si sciens alienam ignoranti vendiderit, quod etiam iuris est in eo qui vendidit sciens obligatã, quamuis expressim, quod magis est, adiecerit, ne eo nomine quicquam præstaret, quia semper dolũ malum abesse oportet in contractu emptionis eo quod bonæ fidei sit *leg. tenetur 6. §.vltim. hoc titulo*, sed hæc omnia ita si venditio ignoranti facta sit, quia non videtur celatus, neque deceptus qui sciunt *l.1.in fin. supr. hoc tit.*

1 ¶ Si modus agri minor inueniatur, pro numero iugerum auctor obligatus est: quia vbi modus minor inuenitur, non potest æstimari bonitas loci, qui non exstat. sed non solùm si modus totius agri minor est, agi cum venditore potest: sed etiam de partibus eius, vtputa si dictum est, vineæ iugera tot esse, vel oliueti: & minus inueniatur. ideóque his casibus pro bonitate loci fiet æstimatio.

Ad §.1.Si modus.

RAT.DVB. Cùm modus agri minor inuenitur quàm dictus fuerit, putà si venditor dixerit centum fuisse iugera, cùm essent tantum quinquaginta, certum est deceptum fuisse emptorem non tantùm in numero iugerum, sed etiam in qualitate loci pro cuius bonitate credibile constituisse eum pretium, cùm crederet tot esse iugera, & omnia eiusdem bonitatis. Ergo pro bonitate loci debet fieri æstimatio iug rum quæ modo dicto desunt.

DEC. Fieri non potest vt æstimetur bonitas loci qui non extat, non entis enim nullæ sunt qualitates *vulg.l.eius qui in prouincia penult. supr.de reb.cred.l. si partem* 19. *supr.quemad.seruit amitt.* Ergo quamuis deceptus emptor, non aliud tamen petere potest, quam vt pro numero iugerum quæ inueniuntur, habeat obligatum auctorem, id est, venditorem qui euictionem, id est, autoritatem præstare debet, vt loquitur Venuleius in *l.vlt.infr.de euict.* Itaque pro ea quantitate iugerum, quæ non inuenitur, perinde haberi debet, acsi nulla venditio facta esset, quia nec emptio valere potest eius rei quæ in rerum natura non est *l.nec emptio.* 8. *supr.de contr.empt.*

a *Sed non solum.* RAT.DVB. Idem iuris esse debet in parte quod ad partem, quia in toto quod ad totum *vulg l.quæ de tota* 76. *supr.de rei vind.* Atqui si minor totius agri modus sit quam dictum est, non tenetur venditor, nisi vt æstimetur mensura quę deest, eáque æstimatio de totius fundi pretio detrahatur, non autem respectu bonitatis loci, vt modo diximus. Ergo idem iuris esse debet in partibus fundi venditi, vt si dictum sit, vineæ tot esse iugera vel oliueti, & minus in vinea inueniatur, vel in olieto quàm dictum fuerit. Ergo nec his casibus pro bonitate loci debet fieri æstimatio, sed tantum pro quantitate mensuræ quæ deest. RAT.DEC. Tũcidé ius est in parte quod in toto, cum eadem partis quę totius ratio est. Atqui in proposita specie diuersa euidéter ratio est, quia cùm totius fundi modus minor est, æstimari non potest bonitas loci, si non inuenitur, vt modo diximus: At cũ minor est modus partis tantum, ita vt quod vni parti deest, puta vineæ vel olieto, in alia fundi parte inueniatur, puta in prato quod sit minoris æstimationis: commodè æstimari potest bonitas loci quæ longè maior in vinea, aut in olieto, quàm in prato esse intelligitur, dummodo tam in vinea quàm in prato modus totus inueniatur *leg. si in qualitate* 22. *leg.si duorum* 42. *infrà hoc titulo leg.qui fundum* 45. *infrà de euiction.*

5. IDEM libro 3. ad Sabinum.

Si heres testamento qui vendere damnatus sit, & vendiderit: de reliquis, quę per consequentiam emptionis propria sunt, vel ex empto, vel ex testamento agi cum eo poterit.

Ad l.Si heres 5.

RAT.DVB. Heres non ad aliud ex testamento teneri potest quam vt idipsum faciat quod facere damnatus est: nec enim augenda facile est obligatio heredis cui potius in dubio parcendum & fauendum est *l.Sempronius* 47. *infr. de leg.2.* Nec rursus cùm in verbis nulla ambiguitas est, admitti debet quæstio voluntatis, *l.ille aut ille* 35. *§.1.* Atqui ponimus heredem testamento aliquid vendere damnatum esse, puta fundum Cornelianum, & vẽdidisse. Ergo nihil aliud est quod ab eo peti ex testamento possit, puta vt tradat fundum, & euictionem præstet, quamuis sit ista consequentia emptionis

DEC.

BIU Cujas

DEC. Quemadmodum is qui vult consequēs, vult etiam necessariò antecedens *l. ad rem mobilem l. ad legatum 62. supr. de procur.* ita & qui vult antecedens, necesse est, vt velit omnia quæ necessario consequuntur, & sine quibus nec pro facto haberi posset quod factum est, nihil enim actum videtur, quamdiu aliquid agendum supereſt, *vulg. l. penult. in fin. C. de his quib. vt indig.* Atqui venditionem quamlibet ista necessario consequuntur, vt venditor rem venditam tradere cogatur, eiusque vacuam possessionem *l. 1. in prin. l. 2. §. 1. l. 3. in princ. & §. 1. sup.* Item vt si dominus sit, transferat dominium rei venditæ, sin minus de euictione se obliget *l. ex empto 11. §. 1. l. si quis alienam 46. infr. eod.* Ergo si heres testamento vendere damnatus vendiderit, nec tamen cætera quæ modo diximus, præstare velit, dicēdū est teneri eūm nō tantum ex empto, sed etiam ex testamēto, vt præstet omnia quæ in actionē empti veniāt. Plenī n. testatorū volūtates sēp interpretādæ sunt, *l. in testamētis 12. de reg. iur.* Et ita vt effectū habeāt testatorū volūtates *l. si heres 73. de leg. 1.* quas circūueniri nūquam oportet *l. si cui legatum 92. de cond. & dem.* Illud sanè constat heredem, qui aliquid hereditariū vendere damnatus est, non videri oneratum vt vendat nisi iusto pretio. Prēterquam si certo pretio quātulumcunq; illud sit, vendere damnatus fuerit *l. si fideiussor 49. §. meminisse infr. de leg. 1. l. in ratione 30. §. vendere & §. tametsi infr. ad l. Falc.*

a *Sed si falso existimans.* RAT. DVB. Etiamsi heres falsò existimans se damnatum vendere, per errorem facti vēdiderit, non eo minus tamen verū esteum vendidisse, venditio enim facti non iuris est *Iconsilio 7. §. vlt. infr. de curat. fur.* quę autem facta sunt pro infectis haberi non possunt *l. in bello 12. §. facti infr. de capt. & postl. reuer. l. denique 19. supr. ex quib. caus. maior.* Ergo quamuis actio ex testamento locū habere ex testamento non posset, actio tamen ex empto non eo minus danda est contra heredem qui vendidit.

DEC. Error in causa licet non impediat obligationem, parit tamen doli exceptionem contra eum qui per huiusmodi occasionem iuris ciuilis contra naturalem æquitatem captat lucrum ex damno alieno: quę ratio fuit inducendæ exceptionis doli *l. 1. §. 1. & passim inf. de dol. except.* Atquin is qui emit ab herede falso existimante damnatum se vendere, lucrum captat ex damno alieno prætextu venditionis per errorem factæ, & tanquam ex necessitate parendi testamento defuncti, cùm tamen vēditionis faciendæ, neque necessitas fuerit, neque voluntas, siquidem ex eo quod fit vel ex necessitate, vel ex necessitatis suspicione coniectura voluntatis capi nulla potest, cùm credibile sit neminem vltrò facturum esse id quod putet se ex necessitate facere debere, *tot. tit. de cond. indeb.* Quid enim voluntati & consensui tam cōtrarium est quàm error? *l. si per errorem 15. supr. de iurisd. l. sed hoc ita 22. de aqua & aq. pluu. arc.* Ergo quamuis hoc casu ex empto actio emptori competat ipso iure contra venditorem, exceptio tamen doli mali venditori accommodanda est tanquam malè ex causa falsa atque erronea obligato *l. si cùm te 51. supr. de pact.*

b *Quemadmodum si falsò existimans.* RAT. DVB. Valet stipulatio, & ex ea datur actio, etiamsi causam nullam habeat, aut quod effectu idem est, tametsi habeat erroneam. Quoties enim interposita stipulatio est, non quærimus quam causam habeat, sed quid verbis stipulationis promissum sit, dum ne stipulatio sit contra leges, vel contra bonos mores *l. 2. §. circa infr. de dol. mal. except. l. quicquid adstringendæ 99. & passim de verb. obl.* Ergo si heres falso existimans se damnatum dare aliquid promiserit per stipulationem, nihilominus ex stipulatione poterit conueniri.

DEC. Dolo facit stipulator quū agit ex ea stipulatione quæ sine causa interposita est, quāuis ab initio *l.* nihil dolo malo fecerit *d. l. 2. §. circa de dol. malo excep. cùm enim 6. infr. de nouat.* Captat enim lucrū ex dāno alieno, idque per occasionem iuris ciuilis *d. l. 1. §. 1. eod. tit.* Ergo quamuis ipso iure habeat actionē, attamen doli mali exceptione summoueri debet. Quòd si in actione ex stipulatu hoc obtinet, multò magis obtinere debet in actione ex empto quę bonæ fidei est, nec enim bona fides patitur, vt quisquam sine iusta causa obligetur.

c *Pomponius etiam incerti condicere.* RAT. DVB. Non indiget actione is qui exceptione aliqua, præsertim quę sit perpetua, cuiusmodi est doli exceptio tueri se potest, quia nec debitor esse intelligitur *l. creditores 10. & seqq. l. creditor 55. l. debitor 108. de reg. iur.* præsertim cùm non sint multiplicandæ sine necessitate actiones *l. 2. §. vlt. infr. vi bonor. rapt.* Atqui in proposita specie diximus competere doli exceptionem venditori, si ex empto ab emptore conueniatur. Ergo non indiget incerti conditione venditor, nō magis quàm si ipso iure tutus esset. *l. nihil interest 112. de reg. iur.* DEC. Interest debitoris qui tenetur ipso iure, vt quam citius fieri potest liberetur, & quidem ipso iure potiùs quàm per exceptionem, cùm qui iam liberatus est, conueniri nullo modo possit, qui autem tenetur ipso iure, conueniri adhuc possit, quamuis habere possit exceptionem, cuius citra litem vsus nullus esse potest, prēter id quod facilè & sæpe contingit, vt quis exceptione sibi competēte nō vtatur per imperitiam forte & imprudētiam, vt in *l. si fideiussor 29. in princ. supr. mand.* aut vt opposita exceptio per iniuriam vel imperitiam iudicis reiiciatur, vt in *l. exceptione 67. infr. de fideiuss.* Atqui non est in potestate debitoris, an & quando conueniatur, quomodo est in potestate creditoris, an & quādo velit agere *l. purè 5. §. vlt. infr. de dol. mal. exc. l. petēdæ 6. C. de temporib. peten. in integ restit.* Meritò igitur succurrendum est venditori sine causa obligato, vt non tantum doli exceptionem ei demus aduersus emptorem quandocunque ex empto agentem, sed etiam condictionem incerti per quam cōdicat obligationem empti, qua tenetur, vt ea ratione liberetur, nec vlla vnquam amplius indigeat exceptione. Nā quisquis sine causa obligatus est, incerti condictione consequi potest, vt liberetur *l. qui sine causa 3. supr. de cond. sin. cau.* Quæ condictio ideò incerti dicitur, quia datur ad condicendam non quantitatem quæ data non est, sed ipsam obligationem *l. 1. vers. qui autem eodem tit. l. ob eam causam 9. infr. de præscript. verb.* Nec enim liberare quis alium potest ab obligatione nisi faciendo, puta per acceptilationem. Quicquid autem in faciendo consistit, incertum esse intelligitur, siue quod facta omnia ipsa incerta sunt *leg. vbi autem 78. §. quid quod infrà de verbor. obligat.* siue quod ex eiusmodi obligationibus, quæ ad faciendum dantur, condemnatio nunquam fieri possit, nisi ad id quod interest *l. si quis ab alio 13. in fine de re iudic.* Quod ipsum semper incertum est, vt diximus ad *leg. 1. supr. hoc tit. ex leg. quatenus 24. de reg. iur. leg. 2. §. incertam & leg. vltim. infrà de stipul. prætor.*

BIU Cujas

6. POMPONIVS libro 9. ad Sabinum.

TEnetur ex empto venditor, etiamsi ignorauerit minorem fundi modum esse.

Ad l. Tenetur 6.

RAT. DVB. Non potest videri emptor deceptus esse à venditore qui ignorauerit minorē fundi modum esse quàm ipse dixerit, dolus enim & calliditas præsupponit scientiam ex parte decipientis & ignorantiam ex parte decepti *l.1.§.1. supr. l. nemo videtur fraudare 145. de reg. iur.* Ergo non potest eo nomine teneri ex empto, quoniam in empti actionem veniunt quæ contra bonam fidem fiunt *d.l. 1.§.1. supr.*

DEC. Nihil emptoris interest, an fallatur ignorantia venditoris, an calliditate *l.1.§. causa in fin. supr. de ædil. edict. l. ex empto 11.§. venditorem hoc ti.* Nec debuit venditor tam facilis esse ad asseuerandum modum quem ignorabat *l. Iulianus 13.§. qui tamen infr. hoc tit.* Nec ad rem pertinet quod nihil contra bonam fidem fecerit. Quod enim dicimus omnia quæ contra bonam fidem fiunt, venire in empti actionem, non facit quin multa etiam veniāt, quæ contra bonam fidem facta non sint, si modo ea præstari sit ex bona fide, nam in omnibus iudiciis bonæ fidei veniunt præstationes omnes, quas bonæ fides & æquitatis interpretatio potest inducere *d.l. ex empto 11.§. qui autem & l. bona fides 50. & passim infr. hoc tit.*

1 ¶ Si vendidi tibi insulam certa pecunia, & vt aliam insulam meam reficeres: agam ex vendito, vt reficias. si autem hoc solùm, vt reficeres eam, conuenisset: non intelligitur emptio & venditio facta, vt & Neratius scripsit.

Ad §.1. Si vendidi.

RAT. DVB. Actio ex vendito competit venditori duntaxat ad pretium *l. ex empto 11.§.1. infr.* Pretium autem certum esse debet, nec nisi in pecunia numerata potest consistere *§. sed & certum & §. item pretium inst. de empt. & vend. l.1. supr. de contrah. emp. l.1. infr. de rer. permut.* Ergo si insulam tibi vendiderim certa pecunia, & hoc adiecto, vt aliam insulam meam reficeres, non possum agere ex vendito vt reficias, quia hoc in certa quantitate pecuniæ numeratæ non consistit.

DEC. Pactum in venditione appositum & sine quo non fuerat quis venditurus, facit partē quandam pretij *l. si sterilis 21.§. si tibi infr. hoc tit. l. fundi partē 79. supr. de contrah. empt.* Hoc ipso enim venditor minoris rem vendit quam pluris fuerat venditurus, si tale pactum non intercessisset *d.l. fundi partem & l. si vēditor 6.§.1. de seru. expor.* Ergo nō minus danda mihi est actio contra te vt insulam meā reficias, quàm vt præstes eam pecuniæ quantitatem de qua inter nos conuenit: vtrunque enim pretium est.

a *Si autem hoc solum.* RAT. DVB. Pactum in contractu venditionis appositum loco pretij est vt modo diximus. Ergo etiamsi hoc solùm inter nos conuenerit, vt aliam insulam meam reficeres, non minus emptio & venditio esse intelligitur.

DEC. Sine pretio esse venditio non potest, *l.1. §.1. supr. de contrah. empt.* quoniam substantia emptionis consistit ex pretio *l. pacta conuenta 72. eod.* Pretium autem in pecunia numerata consistere necessario debet *d.§. item pretium.* Atqui ponimus nihil hic de pecunia numerata conuenisse. Ergo emptio & venditio esse non potest, vt intelligamus pacta conuenta in ipsa venditione apposita, aut incontinenti post venditionem facere partem precij. Ità demum si adiiciantur ad aliquod pretium iam conuentum, sed per se sola non posse vim & vicem pretij habere si pretium nullum interceserit. Denique partem pretij facere possunt, totum autem non possunt. Iunge *l. Iulianus 13.§. penult. infr.* Erit ergo hic contractus innominatus, ex quo proinde agi poterit præscriptis verbis vt Accurs. notat ex *l. si tibi area 14. infr. de præscript. verb.*

2 ¶ Sed si aream tibi vendidi certo pretio, & tradidi: ita vt insula ædificata, partem dimidiam mihi retrahas: verum est, & vt ædifices, agere me posse ex vendito, & vt ædificatam mihi retradas. quamdiu enim aliquid ex re vendita apud te supereset: ex vendito me habere actionem constat.

Ad §.2. Sed si aream.

RAT. DVB. Cùm aream tibi vendidi certo pretio & tradidi ea lege statim adiecta, vt insula ædificata partem eius dimidiam mihi retradas, absurdum videtur dari mihi actionem ex vendito non solùm vt ædifices insulam, sed etiam vt insulæ ædificatæ partem dimidiam mihi retradas, cùm & insulam tuo sumptu totam ædificaueris, & mihi retradere non possis partem insulæ, cuius nullam partem à me acceperis. Retraditio enim supponit præcedentem traditionem, ideóque retradi non potest quod nunquam fuit traditum. Atqui ponimus me aream tibi vendidisse, ac proinde in qua ædificatum erat nihil.

DEC. Quamdiu aliquid ex re vendita apud te supereſt, tamdiu æquum est supereſſe mihi contra te actionem ex vendito, vt quod inter nos conuenit fiat, alioqui me deciperes qui ex re mea aliquid haberes, nec tamen præstare mihi velles id de quo inter nos conueniſſet, & sine quo non fueras rem meam habiturus. Atqui licet in area quam tibi vendidi ædificaueris, atque ita insulam ædificatam habeas quam tibi non vendidi, adeò vt area ipsa extare quodammodo desierit *leg. si chorus 79.§. area. de leg. 3. leg. qui tamen 10.§.1. quibus mod. vsusfruct. amitt. leg. qui vsumfructum 36. supr. de vsufruct.*

Verum-

BIU Cujas

verumtamen ex re mea aliquid adhuc penes te esse cùm habeas insulam ædificatam, cuius pars area est, & quidem maxima, cui etiam superficies cedit *l. qui res 98. §. aream de solut.* Ergo æquum est teneri te mihi ex vendito, non tantùm vt ædifices, (qui casus minorem habet dubitationem, cùm area quam à me habes, sit & appareat, quamdiu in ea nihil ædificatum est) sed etiam vt cùm ædificaueris, partem dimidiam ædificij mihi retradas. Ideóque nimirum habeo actionem contra te vt ædifices, quoniam mea interest ædificari, vt cùm ædificaueris, partem ædificij mihi præstes, alio qui nihil mea interesset vt ædificares, & idcirco nec actio ex empto mihi contra te eo nomine danda esset: quippe quam certũ est non dari, nisi interfit, quod & in omnibus actionibus etiam stricti generaliter iuris est *l. stipulatio ista 38. §. alteri. de ver. ob.* Ergo vt ad quæstionem ab Accursio propositam respondeamus, si emptor in area ædificauerit insulam, & insula antequam traderetur, combusta sit, dicendũ est liberari emptorem, cùm nihil habeat quod possit ex re mea mihi retradere.

3 ¶ Si locum sepulchri emeris: & propius eum locum, antequam mortuus ibi inferatur, ædificatum à venditore fuerit: poteris ad eum reuerti.

Ad §. Si locum 3.

RAT. DVB. Venditor, qui rem venditam tradidit, obligationi satisfecit *l. 1. in princ. supr.* Ergo actione ex empto conueniri non potest.

DECID. Non videtur tradita esse res quæ fuit vendita si tradita sit deterior quàm esset tempore venditionis *l. 3. §. 1. supr. commod. l. 1. §. sires deposita. supr. depos.* Atqui ponimus locum sepulchri, qui fuit venditus, factum postea esse deteriorem à venditore: Cùm ædificauit propius sepulchrũ, q̃ debuerit, ex lege illa Solonis quæ à Caio refertur in *l. vlt. si pr. fin. reg.* Ergo tenetur eo nomine emptori actione ex empto, etiamsi paratus sit eũ locum tradere. Sic enim hunc §. intelligo, contra quàm Accursius senserit, vt locum sepulchri emeris ad parandum tibi sepulchrum, nec tamen is tibi traditus sit, nisi post ædificium à venditore in eo loco constructum, nã si ante factum ædificium traditus esset, imputare tibi deberes, cur passus esses ædificium fieri in eo à venditore, cui nullum ius ædificandi supererat in re quæ iam tum erat aliena, quòd si post ædificationem tibi traditus proponeretur, rursum imputare tibi deberes, cur deteriorem factum accepisses. At cũ venditor eum locum medio tempore ædificatum tibi tradere vult, iustã causam habes recusandi oblatam traditionem, nisi paratus ille sit præstare tibi quãti tua interest non esse locum sepulchri factum deteriorem. In eámque rem habere debes actionẽ ex empto contra vẽditorem, quod significãt verba illa huius §. *poteris ad eum reuerti.* Quod autẽ additur, *antequam mortuus ibi inferatur*, eo pertinet, vt si in eũ locum mortuus iam illatus sit, nihil supersit quod de actione ex empto tractari possit, quippe cũ per illationem mortui locus religiosus factus sit, & ita extra cõmercium hominũ esse cœperit. Nec enim locus sacer vel religiosus vendi potest. *l. hanc legẽ 22. eum seqq. l. æde sacra 73. sup. de contr. empt.* Dabitur autẽ hæc actio ex empto ad id quod emptoris interierit ædificatum non esse, si malit emptor in eo loco sepulchrũ habere quã ædificium, quia sepulchrũ esse non potest, nisi quod ab ædificio tantam habeat distantiam quantam supradicta lex Solonis præscripsit.

4 ¶ Si vas aliquod mihi vendideris, & dixeris certam mensuram capere, vel certum pondus habere: ex empto tecum agam, si minus prẽstes. [a] sed si vas mihi vendideris, ita vt adfirmares integrum: si id integrum non sit: etiam id, quod eo nomine perdiderim, præstabis mihi: si verò non id actum sit, vt integrũ præstes, dolum malum duntaxat præstare te debere quidam putant. Labeo contrà. & illud solum obseruandum, vt nisi in contrarium quid actum sit, omnimodo integrum præstari debeat. & est verum. Quod & in locatis doliis præstandum, Sabinum respondisse Minucius refert.

Ad §. Si vas 4.

RAT. DVB. Imputare sibi debet emptor, qui cùm vas emeret quod venditor dicebat certam mensuram capere, vel certum pondus habere, tam facilis fuit ad credendum venditorem, nec prius probauit, an verum esset, quod venditor affirmabat. Sibi enim nimiam credulitatem suam imputare sibi debet *l. 1. §. dolum autem supr. de eo per quem factum est.*

DEC. imputari magis potest venditori, cur tam facilis fuit ad affirmandum id quod ignorabat *l. Iulianus 13. §. tamen 3. infr. hoc tit.* Nec potest venditor imputare emptori, cur affirmationi suæ bona fide crediderit. Ergo actione ex empto teneri venditorem æquum est, si minus præstet, id est si vas venditum, vel tantam mensuram non habeat, quanta dicta est, vel tantum pondus, exemplo eius quod diximus ad *l. 4. §. 1. supr.* de eo qui vendens fundum maiorem modum dixit quàm reuera esset. Nihil enim hac parte differt inter modum, mensuram & pondus. Neque verò emptoris quicquam interest an ignorantia, an calliditate venditoris decipiatur *l. 1. §. causa infr. de ædil. edict.*

a *Sed si vas.* RAT. DVB. In dubio credendus est, venditor rem quam vendit talem vendere, qualis est, si nihil in contrarium actum vel dictum sit: Nã & in potestate est actoris videre, qualem rem emat, ne possit se deceptum conqueri *l. cùm vẽderes 59. sup. de contr. emp.* Ergo si vas mihi vendideris, nec id actũ sit vt integrum mihi præstes, cùm integrum non esset, verum est dolum malum duntaxat præstare te debere, id est, non aliter te mihi teneri, quam si dolo malo vitiosum vas & corruptum mihi vendideris, nisi ita vendideris, vt affirmares integrum esse. Quo casu dubitari non potest, quin si id integrum non sit, etiam id quod eo nomine perdiderim, putà vinum in vas illud infusum præ-

BIU Cujas

stare mihi debeas, etiamsi nihil dolo malo feceris, cùm me affirmatione tua deceperis, nec debueris esse tam facilis ad affirmandum quod ignorabas. *l. Iulianus 13. §. qui tamen infr. hoc tit.* Nihil enim interest an ignorantia tua deceptus sit, an calliditate *l. 1. §. causa infr. de ædil. edict.*

DEC. In contractibus omnibus adeóque in stipulationibus sequimur semper id potissimum quod actum est *l. semper in stipulationibus 34. de reg. iur.* Cùm autem vas venditur, id certè agitur vt integrum præstetur, propterea quod alioqui nullus eius vsus saltē vtilis esse possit: Ne alioqui si vinum aut quid aliud in vas vitiosum infundatur, necesse sit vel effundi statim vel corrumpi. Cui consequens est, vt si infusum vinum effusum sit, condemnari statim venditor debeat ad effusi vini æstimationem licet ignorans venditor vitiosum vas vendiderit, nec integrū esse vltrò affirmauerit, vt *in princ. huius §.* Idémque in doliis iuris est *l. quicquid 27. infr. hoc tit. l. sed addes 19. §. 1. infr. tit. prox.* Ex quo maximè loco apparet aliud iuris esse in vasis & doliis, aliud verò in cæteris rebus, sicut & aliud iuris est incommodato, aliud verò in venditione & locatione. Nec enim is qui vas vitiosum ignorans commodauit, tenetur ad id quod interest commodatarij ratione vini effusi, sed eo tantum casu quo sciens vas vitiosum commodauerit, *l. in rebus 28. §. item qui sciens, iuncta l. penult. supr. commod.* Ideò nimirum, quod vt Bartolus notat, commodatum fiat gratia solius commodatarij, venditio autem & locatio gratia vtriusque. Quanquam etiam in venditione distinguendum est, an vasa vel dolia vendantur principaliter vel tanquam accessoria. Nam si tanquam accessoria nihil habent speciale, cùm quicquid venditioni, vel locationi alterius rei accessurum esse dictum est, id integrum & incorruptum præstari debeat *d. l. quicquid & l. proinde, infr. de ædil. edict.* Cùm verò venduntur principaliter vel habent causam separatam ab aliis rebus, in quibus venditor si rem vitiosam vendat, non tenetur ad omne id quod emptoris interest, & vt loquitur Bartolus, ad totale interesse, sed duntaxat quantò minoris rem vitiosam emptor fuerat empturus si sciuisset *d. l. Iulianus 13. in princ. & §. 1.* Sanè inter venditionem aut locationem vasorum & doliorum nulla hac parte differentia est, vt ex Sabino & Mutio Scæuola Pomponius hic scribit.

5 ¶ Si tibi iter vendidero: ita demum auctorem me laudare poteris: si tuus fuerit fundus, cui adquirere seruitutem volueris. iniquum est enim me teneri, si propter hoc adquirere seruitutem non potueris, quia dominus vicini fundi non fueris.

Ad §. si tibi iter 5.

RAT. DVB. Tenetur venditor emptori actione ex vendito si eam rem vendiderit. Ex cuius traditione vel quasi traditione, neque dominij translatio secuta sit, neque vsucapiendi conditio, *l. claudius 74. supr. de contrah. empt. l. traditio 20. de acquir. rer. dom. l. ex empto 11. §. 1. hoc tit.* Atqui si iter tibi vendidero per meum fundum ad vicinum qui tuus non sit, nihil prorsus in te trāsfero, quia seruitutes prędiorū sine prædiis acquiri non possunt, ideóque nimirū prædiorum appellatur *leg. 1. §. vlt.* vbi diximus & *passim supr. Com. præd.* Ergo æquum est & ex bona fide teneri me tibi ex empto saltem hactenus vt pretium quod à te accepi, restituam, ne alioqui videar illud habere sine causa, cùm tu nihil vicissim à te acceperis, *arg. d. l. ex empto. § si autem & l. bona fides 50. infr. hoc titul.*

DEC. Bona fides quæ in bonę fidei contractibus maximè dominatur, summam æquitatem desiderat *l. bona fides 31. supr. depos.* Atquin iniquum est teneri me tibi propter hoc solum, quod acquirere seruitutem non potuerit, quia fundus vicinus tuus non fuerit. Ergo non potest actio ex empto ex hac causa cōpetere, cùm acquisitionis impedimētum non ex persona & facto venditoris, sed emptoris proficiscatur, sibique debet imputare emptor, quæ seruitutem inutilem sibi futuram emerit, non etiam venditor, qui fecit quod in se fuit, vt fundum suum seruitute oneraret, quémque ea venditione seruum fecisset, si emptor fundum dominantem habuisset. Nec enim potest fundus vllus esse seruiens si nullus sit dominans. *d. l. 1. §. vlt. com. præd. l. de pupillo. 5. §. meminisse infr. de oper. nou. nunciat.* Neque verò seruitutes, cùm sint iura prædiorum, aliud sunt quàm ipsa prædia qualiter se habentia, vt ait *l. quid aliud 86. de verb. sig.* Proinde non potest constitui seruitus itineris, nisi sit fundus aliquis per quem eatur, & alius ad quem eatur.

6 ¶ Sed si fundum tibi vendidero & ei fundo iter accessurum dixero: omni modo tenebor itineris nomine: quia vtriusque rei, quasi vnus venditor, obligatus sum.

Ad §. sed si fundum. 6.

RAT. DVB. Si fundū tibi vendidero, & ei fundo iter accessurum dixero q̄ à prędio vicini debeatur: Cùm tamen nullum iter fundo vendito debeatur, non magis imputari posse mihi videtur, quàm superiore casu, Cur iter tibi non præstem, cùm præstare non debeā, nisi quod tibi vendidi, fundum autem solum vendiderim non etiam iter, quamuis iter quoque fundo accessurum esse dixerim. Aliud enim est quod venditori, aliud verò quod venditioni accessurum promittitur.

DEC. Qui fundum vendit, & ei fundo iter accessurum esse dicit, vtriusque rei, quasi vnius venditor obligatur. Sic enim legendum puto in hoc §. *vnius* non autem *vnus*. Tantò pluris enim vendit fundum, quod iter ei accessurum esse dicit. Itaque deciperetur emptor, si non haberet actionem ex empto contra venditorem, quanto minoris empturus fuerat, si nullum iter ei fundo deberi sciuisset. Auget si quidem seruitus affirmationem fundi dominantis, quemadmodum minuit minorem fundi seruitutis. *l. de pupillo 5. §. meminisse de oper. nou. nunciat.* Proinde est nihil referri, quod pretium itineri dictum non sit, sed fundo, nam imò verò dictum intelligitur etiam omnibus, quæ venditioni accessura esse

BIU Cujas

esse venditor dixit. Cùm pleraſque res emamus aliquando propter acceſſiones, vt ait Paulus in *l. ſi in emptione 34. ſupr. de contrah. empt. l. proinde 33. infr. de ædil. edict. l. quicquid 27. infr. hoc tit.* Vbi dicitur quicquid venditor acceſſurum eſſe dixerit integrum id ac ſanum tradi oportere, vnde eſt quod Alphenus reſpondit in *l. ſi quis 26. infr.* ſi quis cùm fundum venderet, dolia centum quæ in fundo eſſe affirmabat, acceſſura dixiſſet, quamuis ibi nullum dolium fuiſſet, tamen dolia centum debere. Addit Accurſius & rectè, venditorem teneri non ſolum ſi nullum iter debeatur quod acceſſurum dixerat, ſed etiamſi aliquod debebatur, quod tamē debitum fuiſſe venditor non dixerit, ſi modò emptor poſtea ob eam cauſam nō vtēdo ſeruitutē amiſerit, quod de ea certioratus non fuerit *l. in vendendo 66. de contr. empt.*

7 ¶ Si filiusfamilias rem vendiderit mihi, & tradiderit: ſicut paterfamilias tenebitur.

Ad §. ſi filiusfamilias. 7.

RAT. DVB. Venditor non tantum tenetur ad hoc vt rem tradat; ſed etiam vt per traditionem dominium rei venditæ transferat in emptorem, niſi cùm res aliena vendita eſt *l. ex empto 11. §. 1. infr. l. rem alienam 28. ſupr. de contrah. empt.* Adeò vt nec venditio ſit, ſed vel locatio, vel aliud genus contractus ſi conuenerit, ne dominium trāſeat in emptorem *l. penult. in fin. eod.* Atqui filiusfamilias nullo caſu dominium rei venditæ in emptorem transferre non poteſt, quippe quod ipſe non habeat, cùm quicquid acquirit acquirat patri *l. 1. ſi quis à patr. manum. ſit l. placet 79. de acquir. hered.* nec in eius poteſtate eſſe debeat, deteriorem facere conditionem patris, & dominium quod in ea re pater habeat ei auferre *l. melior 133. iuncta l. id quod noſtrum 11. de reg. iur.* Ergo non videtur filiusfamilias capax eſſe venditionis. Neque rurſum ſimiliter emptionis: Cùm emptor dominium pecuniæ pro pretio debitæ transferre cogatur in emptorem *d. l. ex empto §. 1. l. 1. infr. de rer. permut.* nullius autem pecuniæ dominium filiusfamilias transferre poſſit, qui nullius dominus eſt.

DEC. Filiusfamilias, cùm ſit ciuis & habeat caput, perſonámque integram in ciuitate non minùs quàm paterfamilias *l. non ciuium 4. ſupr. de ſtat. hom.* perinde obligari poteſt ex omnibus cauſis & naturaliter & ciuiliter, adeóque conueniri ac paterfamilias quilibet *l. filiusfamilias 39. inf. de ob. & act. l. 1. §. filiusfam.* vbi diximus *ſup. depoſ.* Excipitur tātum cauſa voti ex quo obligari filiusfamilias ſine patris cōſenſu nō poteſt *l. 3. §. 1. infr. de pollicitat.* Item cauſa mutui propter prohibitionē Macedoniani *l. 1. & tot. tit. ſup. ad SC. Maced.* & poſtremò cauſa matrimonij, quod contrahere filiusfamilias ſine patris conſenſu non poteſt *l. 1. & 3. infr. de rit. nupt.* Quidni ergo etiam cauſa emptionis & venditionis obligabitur, vt ea omnia præſtare teneatur quæ paterfamilias venditor aut emptor præſtare cogeretur? Etſi enim condemnatio filiifamilias plerumque inutilis & illuſoria eſt, ſufficit tamen vt executionem aliquo caſu habere poſſit. Scilicet ita demum ſi quomodo exierit de patria poteſtate *leg. ſi dubitet 10. §. ſi filiusfamilias infrà de fideiuſſ.* Poteſtque filiusfamilias res aliquas peculiares habere, quaſi etiam alienare ei liceat, putà ſi liberam habeat peculij adminiſtrationem *l. ſi conuenerit 18. §. vltim. ſupr. de pign. act. l. filiusfamilias 7. infr. donat.* Multóque magis ex pecunia peculiari pretium ſoluere ſi quam rem emerit. Cæterarum quoque rerum quę in peculio nō ſunt, ſed in patrimonio patris, transferre dominium poteſt, ſi pater conſentiat. Itémque ex pecunia patris non peculiari pretium ſoluere. Quod & ſeruus facere poſſet ex voluntate domini *d. l. ſi conuenerit §. vlt.* Sed differentia inter filiumfamilias & ſeruum perpetua illa eſt, quod ſeruus ex ſuis contractibus, neque ciuiliter obligari, neque conueniri poteſt *l. ſerui 14. de obl. & act. leg. cùm ſeruo 107. de reg. iur.* At filiusfamilias poteſt, non ſolùm ſi rem peculiarem vendiderit, ſed etiam aliam quamlibet, ſiue quaſi paternam ſiue quaſi alienam.

8 ¶ Si dolo malo aliquid fecit venditor in re vendita, ex empto eo nomine actio emptori competit. nam & dolum malum eo iudicio æſtimari oportet: vt id, quod præſtaturum ſe eſſe pollicitus ſit venditor, emptori præſtari oporteat.

Ad §. ſi dolo malo 8.

RAT. DVB. In omnibus contractibus ſolet apponi clauſula dolum malum abeſſe abfuturumque eſſe, nec tantùm in ſtipulationibus *l. doli clauſula 119. l. ex ea parte 121 infr. de verb. obl.* ſed etiam in emptionibus & venditionibus *l. ſi cùm fundum 68. §. 1. ſupr. de contrah. empt.* Ergo ſi clauſula illa adiecta non ſit, non debet venditor conueniri ex empto, ſed actione de dolo, quæ à Prætore introducta eſt ad dolum vindicandum, cùm alia actio nulla competit *l. 1. & tot. tit. ſupr. de dol.*

DEC. Omnia quæ fiunt contra bonam fidem veniunt in actionem ex empto *l. 1. §. 1. ſupr.* Atqui nihil tam contrarium eſt bonæ fidei quàm dolus malus *leg. 3. §. vlt. ſupr. pro ſoc. l. ſi dolo 5. C. de reſcind. vendit.* Ergo actione ex empto dolus quilibet venditoris vindicari & poteſt & debet, etiamſi conuentum non fuerit, *dolum malum à venditore abeſſe abfuturúmque eſſe dict. leg. ſi cùm fundum. §. 1. & l. in vendendo 66. §. 1. eod. tit.* Quæ enim dubitationis tollendæ cauſa contractibus inſeri ſolent, ius commune non lædunt *l. qui mutuam 56. ſupr. mand. l. quæ dubitationis 81. de reg. iur.* Idque eſt quod ſæpius dicimus non tantum exceptiones doli bonæ fidei iudiciis ipſo iure ineſſe *l. ſed etſi ideo 21. infr. ſolut. mat. l. huiusmodi 84. §. ſi ſeruum de leg. 1.* ſed etiam actiones doli, vt quiſquis actionem ex contractu bonæ fidei habet, non ſolùm actione de dolo non indigeat, ſed nec eam exercere poſſit, tametſi maximè velit, cùm non ſit niſi ſubſidiaria, omni alia actione ſiue ordinaria ſiue extraordinaria deficiente *d. l. 1. §. 1. & §. ait Prætor, & §. idem Pomponius ait. ſupr. de dolo.* Neque verò quicquam vetat dolum malum æſtimari iudicio bonæ fidei. *dict. leg. ſi cùm fundum §. vltim. de contrah.*

BIU Cujas

empt. & §. 1. *infr.* Dolo malo autem videtur facere venditor qui non præstat quod promisit. Quid enim grauius quàm fidem fallere? *l. 1. sup. de const. pec.* Nec tantùm præstare dolum venditor debet, sed etiam culpam leuem vt hic Azo apud Accurs. notat. Cùm sit hic contractus ex eorum numero, in quibus quoniam vtriusque gratia celebrantur, non tantùm dolus venit & lata culpa, quæ dolo proxima est, sed etiam culpa leuis ex *reg. l. si vt certo* 5. §. *nunc videndum* 1. *supr. commod. l. contractus* 23. *de reg. iur.*

9 ¶ Si venditor sciens obligatum, aut alienum vendidisset, & adiectum sit, néve eo nomine quid præstaret: æstimari oportet dolum malum eius, quem semper abesse oportet in iudicio empti: eo quod bonæ fidei sit.

Ad §. vltim. Si venditor.

RAT. DVB. Nihil tam conueniens est bonæ fidei quàm pacta seruari, quæ in contrahendo placuerunt, & sine quibus verisimile est eum qui pactus est non fuisse contracturum *l. 1. supr. de pact. leg. vlt. C. de pact. inter empt. & vendit. l. ex empto* 11. §. 1. *infr.* Atqui ponimus venditorem qui sciens obligatum aut alienum esse fundum quem vendebat, conueniisse nominatim, ne quid eo nomine præstaretur. Ergo sicuti contra conuentionem, ita contra bonam fidem est, vt ex ea causa ex empto agere emptori liceat.

DEC. Iudicium empti bonæ fidei est, ideóque dolum malum venditoris æstimari semper oportet, quia dolus malus à venditore semper abesse debet *l. si cum fundum* 68. *iuncta l. in vendendo* 68. *supr. de contrah. empt.* Atqui non caret dolo venditor qui sciens fundum quem vendit obligatum esse pignori, vel alienum, celat tamen emptorem, & quasi ignoret, sibi prospicit generali conuentione, quæ tamen referri & restringi debet ad ea duntaxat quæ venditor ignorauit *l. 1. §. 1. supr. l. Iulianus* 13. §. *idem Iulianus & l. quæro* 39. *infr. l. hoc autem* 12. *supr. de hered. vend. l. si vina quæ in doliis* 18. *de peric. & commod. rei vend.* Ergo ex empto teneri hoc nomine debet, quia in actionem ex empto veniunt omnia quæ contra bonam fidem fiunt *d. l. 1. §. 1 supr.*

7. IDEM libro 10. ad Sabinum.

FVndum mihi cùm venderes deducto vsufructu, dixisti eum vsumfructum Titij esse, cùm is apud te remansurus esset. si cœperis eum vsumfructum vindicare: reuerti aduersus te non potero, donec Titius viuat: nec in ea causa esse cœperit, vt, etiam si eius vsusfructus esset, amissurus eum fuerit nam tunc (id est, si capite deminutus, vel mortuus fuerit Titius) reuerti potero ad te venditorem. Idémque iuris est, si dicas eum vsumfructum Titij esse, cum sit Seij.

Ad l. Fundum 7.

RAT. DVB. Mendacium semper dolum comitem & annexum habet. Ideóque semper punitur *l. rem alienam* 41. *in fin. supr. de pig. act. leg. vlt. supr. de rei vind. Auth. item possessor C. qui potiores in pig. hab.* Atqui dolus quilibet venditoris vindicatur actione ex empto. §. *vlt. & pen. l. præced.* Nec potest negari quin mentiatur venditor qui vendendo fundum deducto vsufructu dicit eum vsumfructum esse Titij, cùm sit suus. Ergo doli huius nomine hactenus puniri debet, vt eum vsumfructum vendicare non possit, quasi nec exceptum *argum. leg. commodissimè* 10. *in fine de lib. & posthum.* Cùm enim vsusfructus sit seruitus personalis *leg. 3. §. vlt. supr. quib. mod. vsusfr. amitt.* fatendum est alium esse vsumfructum, qui debetur Titio, alium, qui debetur venditori. Nec proinde excepto vsufructu Titij exceptum videri vsumfructum qui sit venditoris. Proinde non est permittendum venditori, vt eũ fructum quasi suum ab emptore vindicet quem nec vindicare posset, si alius eo præsente & tacente fundum vendidisset *l. apud Celsum* 4. §. *quæsitum est infr. de dol. mal. excep.* Videretur enim decepisse venditorem fructuarius qui de iure suo protestatus non fuisset *leg. si sine* 5. *C. ad S. C. Vell. l. mulier* 11. *C. de distract. pign.* Nec idcirco verendum est, vt plus habeat emptor ex venditione quàm fuerit ei venditum, siquidem constat fundi appellatione non nudam, sed plenam proprietatem significari *l. si alij fundum* 19. *supr. de vsufr. leg.*

DEC. Actio ex empto competere non potest nisi eo casu quo interfit emptoris *l. 1. §. 1. & passim hoc tit.* Atqui cum venditus est fundus excepto vsufructu Titij, nihil interest emptoris qui nudam tantum proprietatem emere voluit, cuius sit vsusfructus, an Titij, an venditoris, an Seij aut alterius, dummodo æstimetur ex persona Titij, non venditoris aut Seij. Habet enim hoc casu eundum effectum exceptio vsusfructus Titij, quem haberet, si vsusfructus verè Titij, fuisset *leg. sub conditione* 54. *supra de vsufr. l. si quis duas* 6. §. *si tamen alias l. si in venditione, supr. commun. præd. l. fundum* 46. §. *vltim. infr. de euict.* Mortuo igitur Titio si vsumfructum vendicare venditor velit, repellendus erit exceptione doli, aut conueniendus actione ex empto, vt in *l. Stich* 73. *eod. t.* quia si vsusfructus Titij fuisset, vtique morte sua eum amisisset, vt Põponius hic scribit. Idémque est, si Titius capite deminutus fuerit, aut si quis alius in persona Titij casus talis cõtigerit quo amitti vsusfructus solet ex iis de quibus *supr. in tit. quib. mod. vsusfr. amitt.* Aliud esset si quis vendidisset fundum simpliciter non deducto vsufructu, quamuis adiectum esset, vsumfructũ ad Titium pertinere. Nam si vsusfructus non ad Titium, sed ad venditorem aut Seium pertineret, nihilominus plena proprietas vendita intelligeretur ex vi verborum ex *dict. l. si alij fundum.* Neque posset videri exceptus Titij vsusfructus qui nullus esset, cùm exceptio quæ non

reperi-

reperitur, non diminuat, vt eleganter hic Castrensis notat ex *l. si quis legauerit 71. iuncta l. Titiæ textores 36. de leg. 1. l. pacta conuenta 72. in fin. de contrah. empt.* Nec minus illud verum est quod idem Castrensis notat, multum referre an exceptus sit vsusfructus quasi Titij, vt in hac lege. An verò simpliciter dictum sit vsumfructum ad Titium pertinere. Hoc enim posteriore casu si vsusfructus Titij non sit, sed venditoris, non magis eum retinere aut vindicare venditor potest, quàm si de Titio nihil dixisset. Cùm non idcirco exceptus videri possit *l. minor 39. §. vltim. infr. de euict.* Qui locus ita conciliandus est cum *d. l. fundum 46. §. vlt. eod. tit.* & cum *hac lege.*

8. PAVLVS libro 5. ad Sabinum.

SI tibi liberum prædium tradidero, cùm id seruiens tradere deberem: etiam condictio incerti competit mihi, vt patiaris eam seruitutem, quę debuit imponi. [a] Quod si seruum prædium in traditione fecero, quod liberum tibi tradere debui: tu ex empto habebis actionem remittendæ, eius seruitutis gratia, quam pati non debebas.

Ad l. Si tibi 8.

RAT. DVB. Imputare sibi venditor debet, cur non seruitutem imposuerit ante traditionem, nam nec seruitutẽ posset quis imponere alieno fundo, *l. si cùm duas 8. supr. commun. præd.* Alienum autem est prædium quod iam emptori traditum est, cùm per traditionem in eum translatum sit dominium, si modò pretium solutum fuerit, aut aliter eo nomine satisfactum *l. quod vendidi 19. l. vtres 53. supr. de contrah. empt. §. venditæ instit. de rer. diuis.* Ideóque is qui prædio quod vendit, imponere vult seruitutem, imponere eam debet ante traditionem, aut in ipsa traditione *d. l. si cùm duas l. proprium 5. & seq. & passim supr. Commun. præd.* Sera igitur est quæstio de seruitute imponenda post factam liberi prædij traditionem.

DEC. Ex bona fide est, vt quicquid in fundi venditione conuenit inter contrahentes præstetur, ne alioquin alteruter contrahentium decipiatur *l. vlt. C. de pact. inter empt. & vend. l. 1. §. si conuenit supr. depos.* Ergo si vendidero tibi prædium quod seruiens tradere debebam & nihilominus liberum tradiderim, æquum est teneri te mihi, vt eam seruitutem de qua inter nos conuenit, imponi patiaris. Cùm tanto minore pretio vendiderim quàm venditurus fueram si liberum vendere voluissem *l. si venditor 6. in fin. supr. de seru. export. l. quoties 62. infr. de ædil. edict.* Competit autem mihi in hanc rem actio duplex, vna ex vendito, altera condictio incerti, indebiti *l. si binarum 35. supr. de seruit. vrb. præd. l. sed etsi ne putem 22. §. 1. supr. de cond. ind.* Actio quidem ex vendito, vt lex venditionis seruetur. Condictio autem indebiti, quia verum est indebitè traditum fuisse fundum liberum qui seruiens tradi debuerat. Ponimus enim traditum fuisse per errorem vt scriptum est in *d. l. sed etsi §. 1.* Qui enim sciens indebitum soluit, nunquam repetit *l. 1. l. quod quis sciens, 50. & passim eod. tit.* quamuis difficile sit vt quis in facto proprio errasse se probet *l. quãquam 7. sup. ad S. C. Velleian.* Nec ad rem facit quod fundus ipse qui fuit venditus, fuerit per cõsequens debitus. Verum enim est non fuisse debitum liberum, quia nec liber venditus fuerit, sed seruiens. Non potest autem hac parte separari ius prædij à prædio, cùm iura prædiorum nihil aliud sint quàm ipsa prædia qualiter se habentia. *leg. quid aliud 86. de verb. sig.* Proinde prædium ipsum condici necesse est, vt eius libertas quæ fuit indebita condicatur. Itémque vt cum fundi dominium ad venditorem redierit, quod fit per condictionem, liceat venditori eidem fundo iam suo seruitutem imponere, quam alieno non posset, vt diximus. Ob eámque causam retrotraditione opus est, vt dominium quod per traditionem à venditore abcesserat per retrotraditionem ad eum recurrat *l. ab emptione 58. supr. de pact. l. 1. & 2. C. quand lic. ab empt. disced.* Ideóque nimirum dicitur hæc condictio incerti, quia datur ad factum quod semper incertum est quandiu pendet *l. vbi autem 75. §. qui id quod in faciendo infr. de verb. ob.* (retrotraditio enim facti est, non minus quàm traditio *l. consilio 7. §. vlt. de curat. fur.*) aut si mauis quod detur ad id quod interest, si non sit paratus emptor retrotradere, nec patiatur seruitutem imponi. Id enim quod interest semper incertum est, *l. 2. §. incertam & l. vlt. de stipul. prætor. l. quatenus 24. de reg. iur.*

a *Quod si seruum prædium.* RAT. DVBIT. & DECID. ad hunc versiculum eadem est, quæ ad sententiam præcedentem, nisi quod in hac specie superiori contraria, id est, cùm seruum prædium in traditione feci, quod liberum tibi tradere debebam, nihil est quod de condictione incerti tractari possit, quæ scilicet numquam alij datur quàm ei qui tradidit. Hîc autem emptori succurrendum est, qui si non venditoris dolo ex proposito, saltem re ipsa deceptus est prædium seruiens accipiendo quod liberum emerat. Habet igitur tantum actionem ex empto ad hoc, vt remittatur ei imposita seruitus, quam pati non debeat. Neque enim vlla hoc casu retrotraditione opus est, vt remittatur seruitus quæ nuda etiam conuentione remitti potest, adeóque tacita *l. Stillicidij 8. quemad. seruit. amitt. l. 4. in princip. supr. de seruit.*

9. POMPONIVS libro 20. ad Sabinum.

SI is, qui lapides ex fundo emerit, tollere eos nolit: ex vendito agi cum eo potest: vt eos tollat.

BIU Cujas

Ad l. Si is qui. 9.

RAT. DVB. Nemo iure suo vti cogitur si nolit, *l. si iudex 41. supr. de num. l. penult. C. de pact.* Ergo nec is qui lapides ex fundo tuo emit, cogi potest actione ex vendito vt eos tollat inuitus, si modo pretium emptionis tibi soluerit, cùm ita futurum sit vt tu & rem venditam, id est, lapides & pretium habiturus sis.

DEC. Actio ex vendito datur venditori quoties ipsius interest id fieri quod promissum est. Potest autem interesse venditoris tolli ex fundo lapides venditos, si fortè ideò illos vendiderit, vt fundum melius ac facilius excoleret, quod plerũque fit. Ergo si eos emptor non tollat, agi ex vendito cum eo poterit, vt præstet quanti eo nomine interest venditoris. Cui non eo minus permittendum erit, vt conuentum pretium exigat, aut exactum retineat, quomodo solemus dicere venditori vini licere vinum effundere, si diem ad metiẽdum præstituerit, nec intra diem admensum sit: Nec eo minus tamen posse mercedem quoque doliorum exigere, si eius interfuerit inania esse vasa in quibus vinum fuerit *l. 11. §. licet autem supr. de peric. & commod. rei vend.* Adde quid simile ex *l. prætor ait 7. §. vlt. infr. de dam. infer.*

10. VLPIANVS libro 46. ad Sabinum.

NOn est nouum, vt duæ obligationes in eiusdem persona de eadem re concurrant. cum enim is qui venditorem obligatum habebat, ei qui eundem venditorem obligatum habebat, hæres exstiterit: constat, duas esse actiones in eiusdem persona concurrentes, propriam, & hæreditariam: & debere hæredem institutum, si velit, separatim duarum actionum commodo vti: ante aditam hęreditatem proprium venditorem conuenire: deinde adita hæreditate, hæreditarium. quòd si prius adierit hæreditatem: vnam quidem actionem mouere potest: sed ita, vt per eam vtriusque contractus sentiat commodum. Ex contrario quoque si venditor venditori hæres exstiterit: palam est, duas euictiones eum præstare debere.

Ad l. Non est nouum. 10.

RAT. DVB. Solent prudentes nostri dicere, nõ esse nouum id q̃ aliquãdo tantum contingit non regulariter vt in *l. non est nouum 46. infr. de acq. rer. dom. l. in ambiguis 85. §. non est nouum de reg. iur. & alibi sæpe.* At qui regulare est, vt eadem res ex pluribus causis eidem deberi possit *l. non vt ex pluribus 159. eod. tit. l. & an eadem 12. §. actiones in fin. de excep. rei iud.* Quod tamen accidere non potest, quin plures obligationes de eadem re in eandem personam concurrant. Ergo non debuit Vlpianus scribere non esse nouum, vt duæ obligationes eiusdem rei nomine circa eandem rem & in eadem persona concurrant. Hoc ipso enim dicere videtur id esse nouum & extraordinarium.

DEC. Minùs quidem nouum est, vt ex pluribus causis eadem res eidem debeatur, sed illlud magis nouum est, vt vtraque obligatio in eiusdem persona, & eiusdem rei nomine suum proprium, ac separatum habeat effectum. Idque est quod Vlpianus in hac lege docere voluit. Nam in cæteris casibus si id quod ex pluribus causis debetur, ex vna solutum sit; ex cæteris omnibus liberatio contingit, vt in *l. item illa 18. §. vlt. supr. de const. pec.* At Vlpianus in hac lege eos casus tractat in quibus vtraque obligatio in eiusdem persona & eiusdem rei nomine propriũ suum effectum sortiri possit. Nimirum cùm à diuersis personis originem traxerunt; à quarum altera ius prioris obligationis in alteram personam confluxerit. Primum exemplum est, cùm is qui venditorem obligatum habebat de euictione ob rem alienam venditam & euictam, heres ei extitit qui ab eodem venditore eandem rem emerat, quique proinde eũdem venditorem de euictione æque obligatum habebat. Apertum enim est hoc casu duas esse actiones de euictione, in eiusdem persona & pro eadem re quam concurrentes, propriam scilicet & hereditariam actionem euictionis ab eadem persona consequatur. propriam scilicet ex proprio contractu, hereditariam verò ex alterius emptoris contractu cui heres extitit. Cùm enim hæ duæ obligationes ab initio diuersis personis competierint, & ex diuersis contractibus, quorum alter nihil cum altero commune habuit, fatendum est ambas eas ita constitisse, vt neque litis contestatione neque solutione ex vna potuerit consumi & tolli altera *l. si is qui 18. de ob. & act.* Alter casus est si venditor rei alienæ alteri venditori eiusdem rei heres extiterit. Palam enim est hunc duas euictiones præstare debere, vnam ex persona propria, & ex suo contractu quod rem alienam vendiderit. Alteram ex persona alterius venditoris, & iure hereditario, quod ei heres extiterit qui æque alienam rem vendiderat. Cúmque obligationes istæ sint pares & eiusdem potestatis, non potest hic euenire quod euenit cùm vna maior est altera, vt scilicet maior tollat minorem. Sed necesse est vtramque stare, quia dici nequit vtra alterã tollere possit aut debeat *l. generaliter 5. l. cùm reus 14. infr. de fideiuss. l. si reus 12. de duob. rer. l. debitori 50. eod. illo tit. de fideiuss. l. si duo 93. §. 1. de solut.* Nec rursus ad rem pertinet si quis obiiciat, non posse duas causas eiusdem generis circa eandem rem & eandem personam concurrere. Id enim in pluribus causis lucratiuis verum est. At non etiã in onerosis *l. omnes 17. & l. ex promissione 19. de ob. & act.* Nemo autẽ dubitat quin vẽditionis causa sit onerosa *l. huiusmodi 94. §. qui seruum de leg. 1. §. si res aliena. Inst. de leg.* Monet autem Vlpianus emptorem eundémque heredem ab alio emptore institutum si velit separatim duarum actionum commodum sentire, propriè scilicet & hereditariè, eum in agẽdo ordinem tenere debere, vt ante aditã alterius emptoris hereditatẽ, proprium venditorẽ suum conueniat, deinde adita hereditate eundem conueniat tanquam hereditarium. Ita enim fiet, vt bis æstimationem euictionis ab eadem persona consequatur.

Nec

Nec enim is qui alienam rem vendidit, ob id minus teneri de euictione suo nomine potest, quod alij eiusdem rei venditori heres extiterit, & rursus si idem conueniatur tanquam hereditarius debitor, non ob id minus teneri debet, quod iam euictionem ex proprij sui contractus causa præstiterit. Duplex enim euictio est; quamuis vnius tantum rei, cùm duplex pretium ex duplici contractu à duplici emptore solutum sit. Quid ergo si emptor qui alteri emptori heres extitit, prius adierit hereditatem quàm actione propria venditorem conueniret? An poterit separatim vtramq; euictionem persequi & propriam & hereditariam? Et respondet Vlpianus vnam quidem actionem mouere eum posse, sed ita vt per illam vtriusque contractus sentiat cõmodum, i. vt eodem iudicio ex empto petat condemnari venditorẽ ex causa vtriusque euictionis, & tanquam debitorem proprium & tanquam hereditarium. Non quasi hoc casu magis quàm superiore vna actio per alterã sublata videri possit, vt Azo benè disputat apud Accurs. sed fauore minuendarũ litium. Ne quod vno iudicio experiri potest duorum materiam præbeat, *arg. leg. quidam existimauerunt 21. supr. de reb. cred. l. cùm duobus 52. §. si plures supr. pro soc. leg. heredes 25. §. 1. supr famil. ercisc. leg. Prætor edixit 7. §. si mihi plures infr. de iniur.* Nihil ergo intererit vtram actionem moueat emptor contra venditorem, propriámne an hereditariam, cùm omnimodo vtriusque effectum habiturus sit, & vtramque actionem eodem libello possit concludere. Nam & concurrentes actiones eæ demum dicuntur, quæ vno eodemque libello contineri possunt. Vnus autem libellus dicitur, cuius vnica est conclusio, vt hic Baldus notat. Proinde emptoris electio erit quam actionẽ ex duabus velit proponere, vt vtriusq; cõmodũ consequatur exẽplo eius q̃ scriptũ est in *l. si mihi & tibi in princ. supr. de leg. 1.*

II. IDEM libro 52. ad Edictum.

EX empto actione is, qui emit, vtitur. 1 ¶ [a] Et in primis sciendum est, in hoc iudicio id demum deduci, quod præstari conuenit. cùm enim sit bonæ fidei iudicium: nihil magis bonæ fidei congruit, quam id præstari, quod inter contrahentes actum est. [b] quod si nihil conuenit: tunc ea præstabuntur, quæ naturaliter insunt huius iudicij potestate.

Ad l. Ex empto 11. & §. 1. Et in prim.

RAT. DVB. Veteres emptionis venditionisque appellationibus promiscuè vtebantur *l. veteres 19. infr. hoc tit.* Ergo non magis ex empto quàm ex vendito actio dici debet, qua is qui emit vtitur.

DEC. In emptione & venditione personæ emptoris & venditoris naturaliter & reuera distinctæ sunt, vt facilè sciri possit quis sit emptor, quis venditor. In quo maximè differt hic contractus à rerum permutatione *l. 1. infr. de rer. permut.* Ergo & actio ex empto diuersa esse debet ab actione ex vendito. Ipsum porrò nomen actionis ostendit satis actionem ex empto eam esse quæ emptori accommodatur contra venditorem: ex vendito autem eam, quæ venditori contra emptorem, de qua incipiemus tractare in *leg. Iulianus 13. §. ex vendito infr.*

a *Et in primis sciendum est.* RAT. DVB. Sæpe accidit, vt pacta quæ in emendo & vendendo inter contrahentes inita fuerunt, pugnent cum bona fide & æquitate, putà si conuenerit, vt in casum euictionis emptor rem amittat & venditor pretium retineat, vt scriptum est in §. *vlt. huius legis l. bona fides 50. hoc tit.* Ergo non semper in hoc empti iudicio id omne deducitur quod in contrahendo præstari placuit.

DEC. Iudicium ex empto bonæ fidei est §. *actionum 25. Inst. de act.* Nihil autem magis bonæ fidei congruit, quàm id omne præstari, quod inter contrahentes actum sit. Ne alioqui decipiatur qui alterius fidem secutus est *l. 1. supr. de pact. l. vlt. C. de pact. int. empt. & vendit.* Cùm graue & perfidum sit fidem fallere *l. 1. supr. de pecun. const. l. 1. §. 2. & l. ei apud quem 5. supr. depos.* Ergo id demum præstandum est in hoc empti iudicio, de quo præstando conuenit. Semper enim & in omnibus contractibus etiam strictis sequimur ante omnia id quod actum est *l. semper in stipulationibus 34. de reg. iur.* Sed hoc ita nisi æquitas & bona fides repugnet, vt in *d. l. 1. §. illud depos. d. §. vlt. & d. l. bona fides infr.*

b *Quod si nihil conuenit.* RAT. DVB. Contractus omnes ex conuentione legem accipiunt *dict. l. 1. §. si conuenit supr. depos. l. in conuentionalibus 52. de verb. ob. l. contractus 23. l. nec ex prætorio 27. de reg. iur.* Ergo si nihil inter contrahẽtes conuenerit, nihil erit quod alter ab altero petere possit.

DEC. Habent contractus omnes propriam suam naturam quæ licet per pacta siue adiicientia, siue detrahentia immutari possit, nullo tamen pacto indiget, vt suam illam naturam conseruet ac retineat *l. pacta conuenta 72. supr. de contrah. emp. l. Iurisgentium 7. §. quinimo & §. adeo supr. de pact.* Ergo si inter contrahentes nihil conuenerit, ea demum ex vtraque parte præstanda erunt, quæ huic iudicio naturaliter insunt. Idque sola iudicij potestate, de quibus statim Vlpianus subiicit: Excipitur solus contractus Emphyteuticus, qui non aliam naturam habere intelligitur, quàm quæ pactionibus contrahentium expressim constituta sit *l. 1. C. de iur. Emphyt.*

2 ¶ Et in primis ipsam rem præstare venditorem oportet, id est, tradere. quæ res, si quidem dominus fuit venditor, facit & emptorem dominum: si non fuit, tantum euictionis nomine venditorem obligat: si modò pretium est numeratum, aut eo nomine satisfactum. Emptor autem nummos venditoris facere cogitur.

BIU Cujas

Ad §.2.& in primis ipsam rem.

RAT. DVB. In contractibus omnibus qui sunt bonæ fidei, & in quibus æquitas maximè dominatur *leg. bona fides* 31. *supr. depos.* æquitas potissimum suadet æqualitatem inter contrahentes, ne vnius conditio deterior sit quàm alterius, præsertim verò cum vterque contractus æquè principaliter vltro citróque obligatorius est. Cuiusmodi est contractus venditionis *leg. si socius pro filia* 81. *supr. pro soc. leg. si vina* 6. *supr. de pericul. & commun. rei vendit.* Atqui non erit par & æqualis conditio emptoris & venditoris, si venditor obligetur tantum ad rem tradendam, id est ad præstandam emptori vacuam possessionem, id est, ad dominium rei venditæ in emptorem transferendum. Cùm è contrario emptor nummos pretij venditoris facere cogatur, id est, dominium pecuniæ in venditorem transferre, vt scriptum est in *fin. huius* §. & in *l.* 1. *infr. de rer. permut.*

DEC. Vtilitas commerciorum exigit, vt venditio etiam rei alienæ fieri possit, *l. rem alienam* 28. *supr. de contrah. emption.* ne alioqui contractus hic, qui omnium ferè vtilissimus ac frequentissimus est, impediatur, si ante omnia inquirendum tam exactè emptor habeat de dominio venditoris. Cùm sufficere emptori possit quod venditorem rei alienæ habiturus sit de euictione obligatum *dict. leg. rem alienam & leg. si ita distrahatur* 25. §. 1. *supr. de contrah. empt.* Atqui traditio non potest dominium transferre, nisi si quod fuerit penes tradentem *l. traditio* 20. *infr. de acquir. rer. dom.* Nemo si quidem plus iuris in alium transferre potest quàm ipse habeat *vulg. l. iuris reg. nemo plus iuris* 51. *de reg. iur.* Ergo satis esse debet emptori, quod rem venditam ei tradere venditor debeat. Ita enim fiet, vt si venditor dominus sit tradendo, transferat dominium in emptorem per mediam possessionem, à qua dominium separari hoc casu non potest *dict. leg. traditio in princ. & in fin. & l. per procuratorem* 8. *C. de acquir. poss.* Id enim omninò agitur inter emptorem & venditorem, vt dominium quod fuerat venditoris, fiat emptoris. Adeò vt si contrarium actum sit, venditio esse non possit *l. penult. in fin. supr. de contrah. empt.* Si verò venditor dominus non sit, transfert tamen in emptorem bonæ fidei vsucapiendi conditionem, licet venditor ipse sciens rem alienam vendiderit *l. clauibus* 74. *eod. tit.* Seque obligat de euictione, id est, in omne id quod emptoris interest, si ei rem habere non liceat *l. habere licere* 57. *l. si in venditione* 60. *l. euicta* 70. *& passim de euict.* Sed hoc ita si pretium fuerit ab emptore venditori numeratum, aut aliter eo nomine satisfactum, id enim exigit lex duodecim tabularum *l. quod vendidi* 19. *l. vt res* 53. vbi diximus *supr. de contrah. empt. leg. Iulianus* 13. §. *offerri infr. hoc tit.* §. *venditæ Inst. de rer. diuis.* At emptor nummos venditoris facere cogitur non solum vt legi duodecim tabularum satisfaciat, quæ emptorem ante omnia obligat ad solutionem pretij, sed etiam quia solutio non aliter fieri potest, quàm si dominium pecuniæ aut alterius cuiuslibet rei solutæ transeat à creditore in debitorem *l. si mandauero* 22. §. *si mandauerim in fin. supr. mand. l. si alieni* 78. *iuncta l. is qui alienam* 60. *& passim infr. de solut.* Item quod cum pretium in numerata pecunia consistere semper debeat §. *item pretium Inst. de empt. & vend. l.* 1. *supr. de contrah. empt. l.* 1. *infr. de rer. permut.* est semper in potestate emptoris, vt ex pecunia sua soluat, cùm nummi omnes sint ex earum rerum numero, quæ recipiunt functionem in suo genere *leg.* 2. §. *mutui datio supr. de reb cred.* Quod non similiter dici potest de venditore qui rem ipsam quam vendidit, præcisè tradere cogitur, nec aliam in eius locum substituere potest, etiamsi maximè velit. Talem igitur præstare cogitur qualis est, ac proinde suam si sit sua, & similiter alienam si aliena, *arg. leg. heres seruum* 58. *infr. de euict.* Cui simile est quod Accurs. adducit de eo qui certum hominem promisit, quem si statu liberum dederit, liberatur *l. statu liberum* 9. §. *illud tractatum est infr. de statu lib.* Cùm tamen non similiter liberaretur is qui hominem in genere promisisset si statu liberum dari vellet *leg. cùm quis* 38. §. *qui hominem l. qui decem* §. *penult. & vlt. infr. de solut. l. Neracius* 63. Vbi tamen vide quæ scripsimus *supr. de cond. ind. iuncta d. l. heres seruum* 58. *de euict.* Iunge *l. si domus* 71. §. *de euictione, de leg.* 1. *l. qui cõcubinã* 29. §. *si heres de leg.* 3. Quanquam non facilè probare possum rationem diuersitatis, quam adfert Accurs. quod emptor laxius, inquit, teneatur: id est in genere, & ideo in hoc adstringatur, vt nummos venditoris facere debeat: venditor autem teneatur in specie, & ideo releuetur, ne dominium in emptorem transferre teneatur, vt ex vulgari nostrorum Brocardico, qui in vno grauatur, in alio releuetur: & contrà, qui in vno releuatur, in alio grauetur, *leg. eum qui* 30. *supr. de iureiur.* Est enim hæc diuersitatis ratio, sanè longiùs petita, &, quæ meo iudicio nihil concludit, nisi ex interpretatione nostra lucem accipiat. Obserua autem in hoc §. tractri de his quę sunt naturalia contractus, non autem de his quæ sunt substantialia; inter quæ quanta sit differentia ex eo apparet, quod pacta quæ fiunt cõtra naturalia contractus valent, non etiã quæ contra substantialia *d. l. pacta conuenta* 72. vbi diximus *l. paciſci* 31. *supr. de pact. l. vbi ita donatur* 27. *infr. de donat. caus. mort.* An autem actio ex empto quæ datur de euictione, eadem sit cum actione ex empto quæ datur ad rem tradẽdam, disputant hic interpretes, & alij quidem aliter sentiunt, ipso etiam duce, & secum pugnante Bartolo. Sed verius est vnicam eandémque esse actionem, quia licet actio de euictione locum habere non possit, nisi res quæ fuit euicta vel tradita sit, vel habeatur pro tradita *l. si rem* 62. *in princ. & passim infr. de euict.* Ideò tamen competit actio ex empto contra venditorem, quod res quæ tradita & euicta est, nec tradita vnquam fuisse videatur, non enim videtur traditum quod non durat traditum, sicut nec solutum, quod non durat solutum *dict. leg. concubinam* §. *si heres de leg.* 3. *leg. si rem* 20. *leg. si quis aliam* 46. *leg. qui res* 98. *infr. de solut.*

3 ¶ Redhibitionem quoque contineri empti iudicio, & Labeo, & Sabinus putant, & nos probamus.

Ad §.3. Redhibitionem.

RAT. DVBIT. Actio ex empto datur contra venditorem ad contractum implendum *leg.* 1. *in princ. & passim supr. leg. si quis alienam* 46. *infr. hoc tit.* Ergo non ad resoluendum contractum, id est ad rem

ad rem venditam redhibendam. Cùm redhibere nihil aliud sit quam facere, vt rursus habeat emptor quod iam habuerit, *l. redhibere. 21. infr. de ædil. edict. in princ.* Præsertim cùm actiones ædilitiæ in eam rem comparatæ sint, quasi non sufficiente actione ex empto, pro morbis & vitiis rerum venditarum, de quibus in *l. 1. & hoc tit. de ædil. edict.*

DEC. In iudicium ex empto veniunt omnia quæ sunt ex bona fide, vt diximus in princ. huius legis & in *l. 1. §. 1. supr.* Atqui est ex bona fide interdum, vt contractus bonæ fidei resoluatur potius quàm vt teneat, si ex alterutra parte præstitum non sit omne id quod dictum vel promissum est, vt in exemplis quæ in §§. *prox.* sequũtur. Ergo verum est quod Labeo & Sabinus putabant redhibitionem quoque empti iudicio contineri. Nec rursus nouũ est, vt qui ex empto potest conueniri, quæ ciuilis actio est, etiam redhibitoriis actionibus & ædilitiis conueniri possit, *l. sciendum 19. §. edictum in fin. infr. de ædil. edict.* Quod tamen quomodo accipiendum sit, latius ibi cum Accursio tractabimus.

4 ¶ Animalium quoque venditor cauere debet, ea sana præstari. & qui iumenta vendidit, solet ita promittere, *Esse, bibere, vt oportet.*

Ad §. 4. Animalium.

RAT. DVB. Qui vendit iumentum aut aliud animal tale, credendus est vendere quale est, sibique debet imputare emptor si emerit minus cautè nec præhabita diligentiore inquisitione, quale esset animal quod emeret. Ergo teneri eo nomine non debet.

DEC. Habent plerumque animalia vitium aliquod latens, de quo si non admoneatur emptor facilè damnum & captionem passurus sit. Ideo nimirum in animalium venditione multa dici & promitti solent quæ præstanda sunt, si modo dicta sint & promissa, vt præstentur non vt iactentur, *d. l. sciendum 19. §. ea autem de ædil. edict.* Inter cætera verò cauere debet venditor animalium, sed cauere sola repromissione non satisdatione ea sana præstari, id est, nullo latente morbo laborare. Ad ea enim quæ videntur, hæc cautio non pertinet, sed ad ea quæ latent. Specialius autem debet venditor ita promittere, *Esse, bibere iumenta, vt oportet*, quia nimirum si non edunt & bibant, sana esse non possunt.

5 ¶ Si quis virginem se emere putasset, cùm mulier venisset, & sciens errare eum venditor passus sit: redhibitionem quidem ex hac causa non esse: verumtamen ex empto competere actionem ad resoluendam emptionem, vt pretio restituto mulier reddatur.

Ad §. 5. Si quis virginem.

RAT. DVB. Qui virginem emere se putauit, cum mulier esset, non potest videri deceptus à vẽditore, quamuis sciente eum errare, cùm in sexu non errauerit, *l. alioquin 11. supr. de contr. empt.* & virgo quoque appellatione mulieris interdum contineatur, vt cùm legatur vestis muliebris, *l. argumento 25. §. muliebri infr. de aur. & arg. leg.* vbi scribitur mulieres omnes dici quæcunque sexus fœminini sunt. Ergo ex hac causa actio ex empto contra venditorem danda emptori non est.

DEC. In actionem ex empto veniunt quæcunque fiunt contra bonam fidem *leg. 1. §. 1. supr.* Atqui cõtra bonam fidem fecit venditor qui scens passus est errare emptorem putantem se virginem emere, cùm mulierem iam corruptam emeret. Ergo quamuis huiusmodi venditio valeat, nec redhibitioni locus esse possit, cùm mulier corrupta neque morbosa ideo sit, neque vitiosa, cùm tamen emptor deceptus sit, dicendum est dandam ei esse ex empto actionem contra venditorem, ad resoluendam venditionẽ, id est, vt pretio emptori restituto mulier venditori reddatur, ne alioqui dolus venditoris impunitus remaneat, & decipiatur emptor, qui cum virginem emere vellet, nullo modo virginem fuerat empturus. Itaque non datur hoc casu actio ex empto ad id quod emptoris interest, vt regulariter dari solet, neq; quanto minoris empturus fuerat emptor, sed quod vnum supereſt ad venditionẽ resoluendam, & omnia retro agenda,

6 ¶ Is qui vinum emit, arræ nomine certam summam dedit. postea conuenerat, vt emptio irrita fieret. Iulianus, ex empto agi posse, ait, vt arra restituatur. vtilemque esse actionem ex empto, etiam ad distrahendam, inquit, emptionem. [a] Ego illud quæro: si anulus datus sit arræ nomine, & secuta emptione, pretioque numerato, & tradita re, anulus non reddatur: qua actione agendum sit: vtrùm condicatur, quasi ob causam datus sit, & causa finita sit: an verò ex empto agendum sit. & Iulianus dicit, ex empto agi posse. [b] certe etiam condici poterit: quia iam sine causa apud venditorem est anulus.

Ad §. 6. Is qui vinum.

RAT. DVB. Venditio solo consensu perficitur *§. cùm autem inst. de empt. & vend. l. 2. infr. de obl. & act.* Ergo si post contractam venditionem conuenerit vt ea fiat irrita, sufficere hoc debet ad distrahendam emptionem ex regula *leg. nihil tam naturale 35. de reg. iur. l. prout. 80. de solut.*

DEC. Non potest nudo consensu rescindi ven-

BIU Cujas

ditio, quæ iam traditione, vel impleta, vel impleri cœpta est, siue ex venditoris, siue ex emptoris parte. Oportet enim id quod traditum est, reddi, & omnia in pristinum statum reponi, *leg. ad emptionem 58. supr. de pact. l. 1. & 2. C. quand. lic. ab empt. disced.* Atqui ponimus non tantum perfectam esse consensu venditionem, sed etiam certam pecunię quantitatem ab emptore datam esse arræ nomine. Ergo vt emptio resolui possit, necesse est emptori reddi quod ab eo datum arræ nomine fuit. At vero vt inuitus venditor cogatur emptori arram reddere, fieri non potest, nisi proposita in eum actione, quæ porrò alia esse nequit, quàm ex empto. Dabitur etiam hoc casu ex empto actio, vt eleganter Iulianus dicebat etiam ad distrahendam & resoluendam emptionem. Quidni verò cùm etiam fundo facto inempto actio ex vendito competere nihilominus adhuc possit? *leg. sed Celsus 6. §. 11. supr. de contrahend. empt.* quamuis regulariter comparata sit actio ex vendito, vt emptio impleatur, non vt distrahatur aut resoluatur, *l. 2. C. hoc tit.* Est autem hoc multò facilius & expeditius in specie huius §. propter expressam conuentionem de facienda irrita venditione, quam in specie §. superioris, vbi resoluitur venditio, non ex eo quod expresse actum est, sed ex eo quod tacitè tantùm, propter errorē in qualitate, sine qua emptor nō fuerat rem empturus. Hoc verò neque Accursius, neque Bartolus cæteriąque interpretes percepisse bene videntur. Putant enim vi & potestate solius conuentionis irritam fieri venditionem ipso iure, ex vendito autem agi ad eam resoluendam, quatenus tantum de facto præcessit: Quomodo pragmatici nostri solent dicere, moti fortasse ex hoc §. Contractum etiam qui nullus sit, ipso iure rescindendum tamen in integrum, & beneficio diplomatis & rescripti principalis, vt quod de facto processit, inquiunt, de facto rescindatur. In quo certè falluntur. Quod enim ipso iure nullum est, neque rumpi, neque rescindi debet, *l. nam & si 5. infr. de iniust. rupt. l. in causa 16. §. 1. supr. de minor. leg. 3. C. si aduers. libert. leg. si quidem 11. C. de præd. minor.* Et obseruare debuerunt non posse in hac specie rescindi venditionem ipso iure sola pacti potestate, quia non solus consensus præcesserat, sed etiam subsecutum ex parte fuerat implementum per arræ dationem, vt diximus.

a *Ego illud quæro.* RAT. DVBIT. Cùm anulus datus est arræ nomine, & postea fuit subsecuta emptio & pretij numeratio, reique traditio, si anulus non reddatur, neque agi potest ad resoluendam venditionem, cùm venditio non tātùm perfecta, sed etiā impleta sit, neque rursus ad eam implendam, cùm soluto pretio & re tradita nihil implendum supersit §. 1. *supr. hac leg.* Ergo ad repetendum anulum sola condictio sine causa superesse potest: Cùm anulus datus fuerit ob causam, id est, arræ nomine, & vt esset argumentum emptionis contrahendæ, ea verò causa finita sit, à quo instanti secuta & contracta emptio est, ad iuducendam siquidem condictionem sine causa, nihil interest, an causa nulla præcesserit, an quæ præcesserat, finita sit, *l. 1. §. siue autem supr. de cond. sin. cau.*

DEC. In actionem ex empto veniunt omnia quæ fiunt contra bonam fidem, *l. 1. §. 1. supr.* Atqui contra bonam fidem facit venditor, qui anulum, quem acceperat arræ nomine ante perfectam venditionem secuta emptione retinet. Quicquid enim sine causa retinetur ex alieno, contra bonam fidem retinetur, *l. nam hoc natura 14. & seq. l. condictio 66. supr. de cond. indeb. l. si & me & Titium 32. supr. de reb. cred.* Ergo etiam ex empto agi potest ad anulum reddendum.

b *Certè etiam condici poterit.* RAT. DVB. Nemo condicit rem suam nisi à fure, *l. fin. sup. vsufruct. quemad. cau.* Atqui in proposita specie venditor non est fur anuli quem habet ex emptoris voluntate, *l. de eo 63. in fin. infr. de donat. int. vir. & vxor.* Ergo non potest anulus hic condici venditori, cui præterea satis esse debet quod habeat actionem ex empto, vt diximus.

DEC. Ex arrarum datione transfertur dominium in accipientem, si modo arræ dominus fuit is qui dedit: hoc ipsum enim est, quod significat arræ datio, scilicet dominij translationem, *l. vbi autem 75. §. vlt. infr. de verb. obl. l. non videntur data 166. de reg. iur.* Præsertim cum arra dari soleat in partem pretij si contingat postea perfici venditionem, *l. 2. C. quand. lic. ab empt. disc. l. Contractus 17. C. de fid. instr.* Ergo nihil vetat dari condictionem anuli emptori, qui per traditionem dominus esse desiit. Quanquam nihil vetaret dari etiam hoc casu conditionem furtiuam contra venditorem, si is dominus anuli factus non esset. Etsi enim furtum ab initio non fecit, cùm per manus emptoris anulum accepit, nunc tamen facit, cùm eum sine causa retinet & contractat inuito domino, vt Accursius noster docet *arg. l. 2. §. circa infr. de dol. mal. except.* Illud difficilius videtur, q obiici solet, condictionem ob causam non habere locum in contractibus innominatis, *leg. si non donationis 8. C. de contrah. empt. l. vlt. supr. de cond. ob caus. l. 1. in fin. infr. de rer. permut.* Nisi dicas cum Bart. hic dari condictionem pro arra: Arræ autem dationem non esse contractum nominatum, sed innominatum. Nec ad rem pertinet quod arra huiusmodi etiam per actionem ex empto repetatur, vt diximus. Id enim fit, non quia arræ datio sit venditio, sed iure pacti incontinenti appositi, vt idem Bartolus docet.

7 ¶ Venditorem, etiam si ignorans vendiderit, fugitiuum non esse, præstare emptori oportere, Neratius ait.

Ad §. 7. Venditorem.

RAT. DVB. Nihil imputari potest venditori, qui seruum fugitiuum ignorans vendidit. Ergo nihil eo nomine prestare emptori debet, etiam si seruus sit fugitiuus.

DEC. Nihil interest an emptor decipiatur ignorantia in calliditate venditoris, *leg. 1. §. causa huius edict. supr. de ædil. edict.* Atqui decipitur emptor qui fugitiuum seruum emit, etiam ab ignorante venditore, quia fugitiuum seruum habere non licet, cùm domino eum reddi oporteat. *l. Iulianus 13. §. 1. infr. hoc tit.* Ergo venditor fugitiuum seruum non esse emptori omnimodo præstare debet, *l. emptor 14. C. hoc tit.* Nihil-ne igitur venditori proderit quod seruum fugitiuum esse ignorauerit? Imo proderit

hactenus

hactenus, vt nō teneatur ad omne id, quod emptoris interest, quomodo teneretur si seruum fugitiuum sciuisset, sed duntaxat quanto minoris emptorus fuerat, *d.l.Iulianus* §.1.

8 ¶ Idem Neratius, etiam si alienum seruum vendideris, furtis noxisque solutum præstare te debere, ab omnibus receptum, ait. Et ex empto actionem esse, vt habere licere emptori caueatur: sed & vt tradatur ei possessio.

Ad §.8. Idem Neratius.

RAT. DVB. Noxali actione non tenetur nisi is qui dominus est, *l.1.2. & passim. supr. de nox. act.* Omnis enim noxalis actio tacitam habet conditionem à lege duodecim tabularum, nisi is qui conuenitur seruum dedere, & in actorem transferre malit, *leg. si miles §. decem infr. de re iud.* Quod nemo facere nisi dominus potest, *l.2. & tot. tit. supr. si ex nox. cau. ag.* Quamuis detur interdum noxalis actio etiam contra bonę fidei possessorem, itemque prædonem, ne melioris cōditionis sit prędo, quàm bonę fidei possessor, *l. si bona fide. 12. & seq. supr. de noxalib. act.* Ergo cùm alienus seruus venditus est, non debet venditor præstare emptori furtis noxisque solutum eum esse. His enim verbis non illud significamus nullam seruum noxam commisisse, sed noxali iudicio subiectum eum non esse. *l. quis sit fugitiuus 17. §. quod aiunt. 17. infr. de ædil. ed.*

DEC. Noxa caput sequitur, *l. quod dicitur. 18. infr. de furt. l.1. in fin. de priu. deli.* Ergo & noxalis actio, quæ contra venditorem competebat ante vēditionem, transit contra emptorē, etiamsi seruus alienus vēditus sit. Porrò ex causa noxalis actionis seruus euincitur, non tanquā alienus, sed tanquam noxius. Perinde igitur venditorem hoc casu teneri æquum est, acsi seruus euictus esset vel iure dominij à domino, vel iure pignoris à creditore, vt in *leg. si mancipium 34. §. vltim. & leg. sequ. infr. de euict.* Præstare enim omnimodo venditor debet, vt seruum habere liceat, vt sequitur in hoc §. iuncta *l. habere licere 57. infr. de euict. & §. idem libro secundo 12. infr. hac leg.* Idque est quod Vlpianus hic subiicit ex empto actionem esse, vt habere licere emptori caueatur, nuda scilicet repromissione *l. emptori 37. & l. si dictum 56. infr. de euict.* Neque video cur Accursius ab his verbis, *Et ex empto* inchoet nouum §. cùm huius versiculi sententia pendeat omnino à superiore. Quod autem sequitur, *sed & vt tradatur ei possessio*, hoc significat non esse audiendum venditorem serui, qui furtis & noxis solutus non sit, si eo prætextu recusare velit serui venditi traditionem. Nam cùm perfecta venditio sit, & tradere eum debet, & repromittere emptori habere eum licere: debuerat enim vendere, si nolebat tradere, nec habere. Quamuis Accursius noster aliter interpretetur existimans, obligari his verbis venditorem, vt caueat de tradendo, quod in diem traditio fieri debuisset, vt in *l. omnibus 41. supr. de iudic.* Sed error Accursij ex eo profectus est, quod ab his verbis nouum §. inchoauit.

9 ¶ Idem ait: non tradentem, quanti interfit, condemnari: satis autem non dantem, quanti plurimi auctorem periclitari oportet.

Ad §.9. Idem ait.

Habet hic §. duas sententias, vnam de venditore, qui non tradit rem venditam quanti emptoris interfit condemnando, de qua iam satis multa scripsimus ad *l.1. in princ. supr. hoc tit.* Alteram de venditore satis non dante, quem ait Vlpianus condemnandum esse, quanti plurimi actorem (ita enim legendum est, non *auctorem*) id est emptorem, acturum de euictione, periclitari oportet. In quibus verbis fatendum est necessario quod interpretes omnes admittunt, dixisse Vlpianum *satis non dantem* pro eo quod aptius dixisset *non cauentem*, satisdatio enim propriè illa est quæ fideiussoris dationem desiderat, *l.1. supr. qui satisd. cog.* Cautio verò quę fit sine fideiussore *l.3. C. de verb. sig.* Certum autem est venditorem non cogi de euictione, sed tantum cauere nuda repromissione, id est, per stipulationem quidem, sed sine fideiussore *leg. emptori 37. in princ. & l. si dictum. 56. de euict.* nisi pacto conuenerit de dādo fideiussore, vt in *l. pacta conuenta 72. supr. de contr. empt.* aut cùm imminet ab initio periculum euictionis, & nihilominus venditor pretium exigit, *l.1. §. stipulatio. infr. de stip. prat. l. pen. §.1. supr. de peric. & com. rei vend. l. si post perfectam 24. C. de act. empt.* Itaque mitius agitur cum venditore non satisdante, quam cum venditore nolente tradere. Nimirum quia re tradita, quandiu euicta non est, emptori licet rem habere. Ideóque nihil adhuc eius interest, nec si iudicio res euicta sit, dum nec sit possessio ablata *d.l. habere licere.* Periclitatur tamē emptor quandiu non est ei cautū, vt rem habere liceat. Periculi ergo æstimatio facienda interim est non dāni, dilata tamen exactione condemnationis in id vsque tempus, quo periculum conuersum fuerit in damnum, vt Accursius hic tractat ex *l. in lege Aquilia 40. supr. ad leg. Aquil.*

10 ¶ Idem Neratius ait. propter hæc omnia satis esse, quod plurimum est, præstari: id est, vt sequentibus actionibus, deducto eo, quod præstitum est, lis æstimetur.

Ad §.10. Idem Neratius.

RAT. DVB. Alia causa est condemnandi venditoris ob id quod rem venditam nolit tradere, alia verò ob id quod de euictione satisdare aut repromittere recuset. Ergo duplici præstatione & condemnatione eius quod interest, onerati debet, ne qua ex parte mala eius fides impunita remaneat.

DEC. Bona fides neque pati, neque exigere potest, vt vnius venditionis nomine plus emptori

BIU Cujas

prestetur, quam quod plurimum eius interest. Ergo si emptor iam aliquid consequutus sit ex ea causa, ex qua minus eius intererat, ex alia causa agens, ex qua amplius eius interfit, deducere cogendus est quod iam percepit, & contentus esse eo quod plus est in posteriore causa condemnationis. Idque est quod Vlpianus hic scribit sequentibus actionibus, deducto eo quod iam præstitum est, litem æstimari debere. Simile quiddam est in *l. si actum sit* 43. *& leg. si ex causa* 47. *supr. proſoc.* Quo pertinet quod Cassius dicebat, eum, qui ex duplæ stipulatione litis æstimationem consecutus est, aliarum rerum nomine, de quibus in venditionibus caueri solet, nihil consequi posse. Alioqui facilè accideret, vt emptor amplius dupla pro eo quod sua interesset, à venditore consequeretur, quod esset contra bonam fidem, *l. cùm fundus* 48. *infr. de euict.* Nisi ponas stipulationem duplę ex pluribus causis interpositam fuisse. Quo casu, quia tot sunt stipulationes quot sunt res, nihil prohibet emptorem ex singulis causis agere, atque ita plusquam duplum consequi, tanquam agens sæpius, neque vna tantùm stipulatione, sed ex pluribus, *l. quia dicitur* 32. *eod. tit.* At ex empto actio vnius venditionis nomine vnica tantum est, nunquam multiplex.

11 ¶ Idem rectè ait, si quid horum non præstetur, cùm cetera facta sint, nullo deducto condemnationem faciendam.

Ad §. Idem rectè.

RAT. DVB. Paria esse videntur venditorem non cauisse, vt emptori habere liceat, quomodo cauere eum debere diximus in §. *idem Neratius supr.* & soluisse venditorem, quia non cauerit, quanti emptoris interfuit: vtroque enim casu liberatur venditor, & emptori satisfactum esse intelligitur. Atqui si venditor ob non præstitam cautionem condemnatus sit præstare & prestiterit, quanti plurimi actor periclitetur, deinde conueniatur ad id quod interest ob id quod seruum venditum tradere nolit, constat deducto eo quod iam præstitit, faciendam esse posteriorem condemnationem, vt proximè diximus. Ergo idem dicendum est, etiam si venditor cauerit, ideoque nihil ob non præstitam cautionem soluerit, cum ea cautio pro iusta præstatione sit, quomodo Papinianus loquitur, licet in specie dissimili in *l. quod debetur* 51. *in fin. supr. de pecul.* Quid enim emptoris interest agentis ob id quod aliquid factum non sit, an cætera facta sint? An vero ob id quod factum non est, aliquid à venditore præstitum & solutum fuerit?

DEC. Longè alia causa est venditoris qui omnia excepto vno fecit quæ facere debuit, alia verò illius qui ob non factum aliquid cæterorum condemnatus iam fuerit & quantitatem aliquam prestare coactus sit. Priore namque casu abest ei pecunia, quam soluit, & quæ ad emptorem peruenit: quem æquum non est, neque ex bona fide, plus accipere, quàm quanti eius maximè & plurimum interfit, cùm actionem ex empto habere nec possit nec debeat nisi ad id vsque quod interest, ne alioqui eueniret vt bis idem consequeretur, quod ad improbitatem magis quàm ad bonam fidem accederet, *l. si quis dolo* 51. §. 1. *infr. de re iud. l. bona fides* 57. *de reg. iu.* At cùm venditor cauit eo casu quo cauere debet, aut quid aliud fecit, quod facere eum oportuit, nihil venditori abest, neque ex re venditoris quicquam adhuc consequutus emptor intelligitur. Ergo nihil est quod eo nomine ex posteriore condemnatione deduci possit vel debeat. Quod Accursius noster bene quidem percepisse, sed non satis dilucidè explicasse videtur.

12 ¶ Idem libro secundo responsorũ ait, emptorem noxali iudicio condemnatum, ex empto actione id tantum consequi, quanti minimo defungi potuit. Idémque putat, & si ex stipulatu aget: & siue defendat noxali iudicio, siue non: quia manifestum fuit noxium seruum fuisse, nihilo minùs vel ex stipulatu, vel ex empto agere posse.

Ad §. 12. idem libro, alias l. emptorem.

RAT. DVB. Quisquis noxali actione conuenitur, electionem habet ex lege duodecim tabularum, an damnum decidere, id est, litis æstimationem præstare malit, an vero seruum noxæ dedere *l. 1. & passim supr. de nox. act. l. 2. & tot. tit. si ex nox. caus. ag. l. miles* 6 §. *decem infr. de re iud.* Ergo emptor noxali iudicio conuentus serui emptri nomine qui furtum alicui fecerit ex empto habere debet pro consequenda indemnitate, siue damnum decidere maluerit, siue seruum pro noxa præstare, nec cogi debet, vt quàm minimo defungi potuit, contentus esse cogatur, id est, vt, si maluerit damni æstimationem integram soluere, quàm seruum pro noxa relinquere, cùm seruus longè minoris esset, non sit audiendus, si damni æstimationem quam præstitit, consequi ab emptore velit. Nec rursus si seruum longe pretiosiorem noxæ dederit, cùm deditionem euitare posset, oblata minore litis æstimatione.

DEC. Bona fides postulat, vt emptor in causa venditoris faciat quod faceret in sua, cùm videat agi rem & periculum venditoris in noxali actione, cuius nomine regressum habiturus sit aduersus venditorem. Ita vt per mediam emptoris personã venditor ipse conueniri potius videatur, vt dici solet de reo principali conuento per mediam personam fideiussoris, *leg. si quis reum* 5. *infr. de lib. leg. l. cùm lex* 46. *infr. de fideiuss.* Ergo cùm electionem habeat conuentus noxali iudicio, an seruum noxium, quem emit, noxæ malit dedere, an pro eo damni æstimationem præstare, eam partem eligere debet, quæ venditori contra quem ex empto empturus est, minus damnosa & onerosa futura sit. Nec enim malicię ipsius indulgẽdũ est, si fortè duriorẽ partẽ eligat, vt maiore dãno vẽditorẽ afficiat, *arg. l.*

BIU Cujas

arg. l. in fundo 38. supr. de rei vind. l. si seruos 25. supr. de pig. act. Eique sufficere debet quod indemnis seruetur, quodque vltra præstitam indemnitatem nihil eius intereſſe possit. Non enim actio ex empto ideo comparata est, vt ex damno venditoris quicquam lucri faciat, quod esset contra bonam fidem & ius naturæ, l. nam hoc natura 14. supr. de cond. iud. l. iure natura 206. de reg. iur. Sed ne ob factum venditoris in damno vllo moretur, quod longe diuersum & minus est, l. 3. in princ. infr. de vi & vi arm. l. quod autem 6. § simili modo. infr. quæ in fraud. cred.

a *Idemque putat.* RAT. DVB. Imputari potest emptori qui noxali iudicio serui empti nomine conuentus est, cur seruum non defenderit, sed eum abduci & in bonis actoris fieri passus sit d. l. 2. §. vlt. si ex nox. cau. ag. quasi eum seruum amiserit culpa sua potius quàm ob delictum serui, quemadmodum de eo emptore solemus dicere, qui se condemnari per suam contumaciam passus est. Videtur enim condemnatus potius ex culpa sua, quàm quod malam causam habuerit, l. si ideo 55. infr. de euict. Aut in eo autore qui compromisit & per sententiam ex compromisso dictam condemnatus est, l. si dictum 56. §. si cõpromisero eod. tit. Vbi ratio redditur quod nulla cogente necessitate id fecerit. Ergo idem dicendum est, in emptore qui noxali iudicio seruum defendere voluit, vt actione ex empto contra venditorem agere ex ea causa non possit, quamuis seruum amiserit.

DEC. Nemo cogitur improbam litem suscipere, aut in ea etiam suscepta perseuerare, l. desistisse 10. supr. de iudic. Nec bonam fidem & veritatem agnoscere quisquam prohibetur, leg. quoties 9. § sicut autem infr. de admin. tut. Atqui facere emptor improbi & contra bonam fidem, si certo sciens furtum à seruo factum esse, quod exponit fuisse manifestum, id est, ita notorium, vt vix probatione indigeret, quomodo Accursius bene interpretatur, ex l. si vero pro condemnato 5. §. 1. supr. qui satisd. cog. Noxale tamen iudicium eius serui nomine susciperet eumque defenderet, quia nec condemnationem effugere posset, quominus tãdem ex ea causa, vel seruum noxæ dedere, vel damnum decidere cogeretur. Ergo laudandus potius est, etiam à venditore quod inanibus sumptibus se vexare voluerit, vt in l. 1. supr. de inoff. testam. quos si in litem improbam feciſſet, ei restituere venditor cogi debuisset. Si enim semper verecunda est cogitatio eius, qui litem tametsi probam execratur, l. 4. §. 1. supr. de alien. iud. mut. cau. fact. Quando verecundia illius iustior est qui litem improbam detestatur. Proinde siue ex empto, siue ex stipulatu agere emptor velit, ob seruum amissum & abductum quem noluit defendere, audiendus est. Sed tamen ita intelligi hoc debet, nisi venditor paratus sit probare innocentem seruum fuisse, ideoque defendi ab emptore & potuisse & debuisse. Hoc enim casu probataque serui innocentia vtique non esset emptor audiendus, tanquam cuius culpa sola & negligentia condemnationi causam præbuisset. Nam & cum emptor ob suam contumaciam condemnatus est, regressum tamen habere potest & debet, si probet iustam fuisse causam euincentis, nec aliud pronunciaturũ fuisse iudicem etiamsi emptor aut venditor ipse liti adfuisset, vt dicemus cum Accursio ad d. l. si ideo. Quod autem Accursius obiicit ex l. si seruum 4. supr. hoc tit. & l. atquin natura 19. §. cùm me absente supr. de negot. gest. non posse agi stipulatione antequam emptoris quicquam absit, ad rem certè non pertinet. Ponendum enim necessario est, in huius §. specie (quæ vna est ex interpretationibus Accursij) seruum venditum abesse emptori. Cùm actor, quia seruus non defendebatur, eum suo iure abduxerit & in bonis suis, vt diximus ex d. l. 2. si ex nox. caus. ag. l. item si seruum 6. si pr. de pub. in rem. act. l. non solum 29. & passim supr. de nox. act. Cæteræ interpretationes & conciliationes Accursij omnes conuentitię & improbabiles sunt, eo scilicet casu quo seruus defensus non sit: nam si defensus fuerit, alia ratio est, quæ facit, vt emptori permittendum sit agere, siue ex stipulatu, siue ex empto cõtra venditorem. Nimirum quod certum sit omnimodo condemnatum iri emptorem noxali iudicio, cùm manifestum sit seruum noxium esse, & noxam commisisse. Abesse autem intelligitur etiam id in quo quis obligatus est, & quod certum est aut iam deberi aut debitum iri, l. si quis mandati. 28. sup. de neg. gest. Quanquam prudentius faciat emptor si denũciet litem vẽditori, vt si velit alleget innocentiam serui ante condemnationem, vel post condemnationem appellet, l. si rem quam 29. §. vlt. infr. de euict. l. 1. C. de peric. & com. rei vend.

13 ¶ Idem Neratius ait, venditorem in re tradenda debere præstare emptori, vt in lite de possessione potior sit. sed Iulianus libro quintodecimo digestorum probat, nec videri traditum, si superior in possessione emptor futurus non sit. erit igitur ex empto actio, nisi hoc præstetur.

Ad §. 13. Idem Neratius ait.

RAT. DVB. & DEC. ad hunc §. iam attulimus ad l. 2. §. 1. & ad l. 3. in princ. supr. hoc tit. vbi scriptum est, non videri traditam à venditore vacuam possessionem rei venditæ, si ea possessio, vel impediri ab aliquo vel auocari possit. Id enim hoc ipsum est, quod scribitur in hoc §. venditorem in re tradenda debere præstare emptori vt in lite de possessione potior sit, at non etiã in lite de dominio, quia possessionem tradere venditor debet, non dominium transferre, nisi cùm ipse dominus est, §. 1. hu. leg. & l. rem alienam. 28. l. si ita distrahatur. 28. §. 1. l. pen. §. 1. supr. de cõtr. emp. Simile est in creditore pignus vendente vt emptori præstare debeat se potiorem cæteris esse creditoribus l. 1. in fi. Cod. credit. euict. pign. non deb. Iulianus autem quem in hoc etiam §. Vlpianus refert, elegantem rationem pro Neratij sententia probanda adfert, q nec videri possit tradita resvendita, si emptor in possessione superior futurus non sit, quia scilicet non videtur traditum q non durat traditum. Ergo quemadmodum si venditor nolit tradere, tenetur ex empto vt præstet quanti emptoris interest, l. 1. in princ. supr. & §. idem ait non tradentem. 9. hac leg. Ita & si tradiderit nec præstet emptorem superiorem in lite de possessione.

BIU Cujas

14 ¶ Cassius ait, eum, qui ex duplæ stipulatione, litis æstimationem consecutus est, aliarum rerum nomine, de quibus in venditionibus caueri solet, nihil consequi posse. Iulianus, deficiente dupla, ex empto agendum putauit.

Ad §. Cassius ait. 14.

RAT. DVB. Alia causa est consequendæ duplæ ex stipulatione eo casu quo huiusmodi stipulatio interponi debuerit, id est, re aliqua pretiosa vendita, vt in *l. emptori 37. §. 1. infr. de euict.* Alia verò causa est consequendi cætera de quibus in venditionibus caueri solet, puta seruum venditum fugitiuum non esse, aut furtis noxiisque solutum non esse. Ergo etiamsi emptor ex duplæ stipulatione litis æstimationem consequutus sit, non eo minus permittendum ei est, vt cæterarum quoque rerum nomine agat ex empto. DEC. Propter ea omnia quæ venditorem emptori præstare oportet satis est, id quod est, plurium præstari, vt sequentibus actionibus, id est, quæ posteriore loco sunt deductæ, siue sint ciuiles, siue ædilitiæ, vel locus nullus sit, vel si quis adhuc esse debeat, deducto eo quod iam præstitum est, lis æstimetur. §. *idem Neratius ait 10. supr.* vbi diximus, quia nec pluris interesse venditoris videtur. In specie tamen huius §. specialis quædam ratio est, propter quam is qui ex duplæ stipulatione litis æstimationem consequutus agere ex empto non potest, nempe quia stipulatio duplæ nouat actionem ex empto. Ideoque nunquam potest vtraque concurrere, *leg. si tibi liberum 28. iuncta l. non dubitatur 6. C. de euict.* Tunc igitur agi ex empto potest, cùm stipulatio duplæ nulla interposita est. Idque est quod Iulianum putasse Vlpianus hic refert, deficiente dupla ex empto agendum esse, id est, deficiente duplæ stipulatione, *l. sed etsi stipulatio. 19. infr. de euict.*

15 ¶ Denique libro decimo apud Minucium ait: si quis seruum ea condicione vendiderit, vt intra triginta dies duplam promitteret, postea ne quid præstaretur: & emptor hoc fieri intra diem non desiderauerit: ita demum non teneri venditorem, si ignorans alienum vendidit: tunc enim hoc fieri, vt per ipsum, & per heredem eius emptorem habere liceret. qui autem alienũ sciens vendidit, dolo (inquit) non caret: & ideo empti iudicio tenebitur.

Ad §. Denique 15.

RAT. DVB. Cùm seruus ea lege venditus est, vt intra triginta dies venditor teneretur duplã promittere, postea verò, id est, post elapsos triginta dies, nihil emptor euictionis nomine petere à venditore posset, aperta est contrahentium voluntas, vt si intra triginta dies cautio duplæ desiderata non sit, nihil venditor emptori præstare debeat, etiamsi seruus euincatur. Ergo non est adhibenda distinctio an venditor sciens alienum vendiderit, an ignorans, cum nihil magis congruat bonæ fidei, quam pacta quæ in contrahendo placuerunt seruari §. 1. *hac lege.*

DEC. Nihil tam contrarium est bonæ fidei quàm dolus *l. 3. §. vltim. supr. pro soc. l. si dolo 5. C. de rescind. vendit.* Atqui dolo facit venditor qui alienum seruum sciens vendit quasi suum, cùm decipiat emptorem. Ergo ex hac causa conueniri ex empto venditor potest, cùm in actione ex empto omnia veniant quæ fiunt contra bonam fidem, *l. 1. §. 1. supr. l. quæro 39. infr. hoc tit.* Planè si venditor ignorans alienum vendiderit, non tenebitur venditor, quia licet dici soleat nihil interesse emptoris an ignorantia an calliditate venditoris emptor decipiatur *l. 1. §. causa infr. de ædil. edict.* prospexit tamen sibi venditor speciali conuentione quod bona fide facere potuit, ne quid euictionis nomine præstare teneretur. Quo casu satis est per venditorem non fieri neque per ipsius heredem, quominus emptori rem habere liceat. Per ipsum autem & per heredem ipsius emptori rem habere licet, quauis alius eam euincat. Hoc tamẽ intellige cum Accursio, vt quo casu venditor nihil euictionis nomine præstare cogitur, pretium tamen quod à venditore accepit, ei restituere teneatur, quia scilicet bonæ fidei contractus hanc non patitur conuentionem, vt emptor rem amittat, & pretium venditor retineat. §. *vlt. infr. hac leg. l. bona fides 50. infr. hoc tit.*

16 ¶ Sententiam Iuliani verissimam esse arbitror in pignoribus quoque. nam si iure creditoris vendiderit, deinde hæc fuerint euicta: non tenetur nec ad pretium restituendum ex empto actione creditor. hoc enim multis constitutionibus expressum est. dolum plane venditor præstabit. denique etiam repromittet de dolo. sed etsi non repromiserit, sciens tamen sibi non obligatum, vel non esse eius, qui sibi obligauit, vendiderit, tenebitur ex empto: quia dolum eum præstare debere ostendimus.

Ad §. Sententiam Iuliani. 16.

RAT. DVB. Etiam illo casu de euictione venditor non tenetur: attamen euicta re saltem pretium quod accepit restituere cogitur, quia bonæ fidei contractus hanc non patitur conuentionem, vt emptor

BIU Cujas

emptor rem amittat, & pretium venditor retineat, §. *vlt. vers. ibidem ait hæc leg.* Ergo quamuis creditor qui rem sibi pignoratam vendidit iure creditoris non teneatur de euictione *l. 1. & 2. C. credit. euict. pig. non deb. l. & si is 10. infr. de distract. pign.* dicendum tamen videtur saltem pretium emptori restituendum esse, ne alioqui & re & pretio careat, *l. bona fides 50. infr. hoc tit.*

DEC. Quisquis emit à creditore vendente, iure creditoris emit sciens rem alienam cùm pignus rei propriæ consistere non possit, *l. neque pignus 45. de reg. iur. l. pen. §. 1. infr. de except. rei iud.* Quamuis non eo minus emat ex bona fide, quia emit ex voluntate debitoris quem dominium esse arbitratur, §. 1. *Inst. quib. alien. lic. vel non.* Ideoque si debitor dominus fuit, etiam dominium rei pignoratæ sibi acquirit perinde ac si à domino ipso emisset, *l. non est nouũ 46. infr. de acqui. rer. dom.* Adeo vt de proprietate vinci non possit, *l. qui à creditore 18. C. de distract. pig.* Ergo si contingat rem alienam pignori datam esse quod sit inutiliter, *l. alienare res 20. supr. de pign. act.* Et eam postea euinci nullo modo condemnandus est creditor, qui non nisi iure creditoris vendidit, non magis vt prætium restituat, quàm vt præstet quanti emptoris interest, quomodo teneretur si iure communi & quasi quilibet vendidisset, *l. cum ea condicione 68. iuncta l. euicta re 70. infr. de euict.* quia non ad aliud tenetur, quàm vt præstet se verum creditorem pignoratitium, & cæteris omnibus pignoratitiis creditoribus potiorem *d. l. 1. in fin. C. credit. euict. pign. non deb.* Rem verò quæ venditur, in bonis & dominio debitoris esse, nec promittere creditur, nec præstare cogitur, debetque sibi imputare emptor quod cùm sciens accesserit ad emptionem rei alienæ, non tamen fuerit diligentior in inquirendo an res illa debitoris esset, an alterius domini. Nec potest dicere deceptum se à creditore, qui deceptus ipse prior fuit à debitore. Aliud ergo dicendum esset, si creditor, non tanquam creditor, sed iure communi rem obligatam vendidisset, eo iure quo rei etiam alienæ venditio valet, *leg. rem alienam 28. supr. de contrah. empt.* Tunc enim ex causa venditionis teneretur non modo pretium restituere, sed etiam emptori præstare quanti omnino eius interesset, *d. l. euicta 70. & l. si in venditione 60. infr. de euiction.* Plane si creditor fuerit in dolo, id est, si sciuerit rem quam iure creditoris vendebat, non debitoris fuisse, sed alterius, vtique tenebitur, non tantum si de dolo repromiserit, id est, dolum malum abesse abfuturumque esse, quæ vulgaris olim erat in venditionibus formula, *l. si cùm fundum 68. §. 1. infr. de contrah. empt.* sed etiamsi nihil promiserit, quia sola æquitas iudicij bonæ fidei sufficit ad dolum vindicandum *leg. in vendendo. 60. §. 1. eod. tit. §. prox. supr. hac leg.* Et in actionem ex empto veniunt omnia quæ fiunt contra bonam fidem, *l. 1. §. 1. supr.* Igitur ex empto actione venditor hoc casu tenebitur, & ad pretij restitutionem & ad id omne quod emptoris interierit, quia non potest carere dolo, qui rem alienam quidem, sed quasi sibi obligatam & iure creditoris vendidit, quam sciebat pignori datam sibi fuisse à debitore quidem, sed nõ domino, qui proinde eius pignorandæ ius nullum habuisset, *l. 2. C. cred. euict. pign. non deb.* Idemque multò magis obtinet in eo creditore, qui licet esset verus creditor, vendiderit tamen iure creditoris eam rem quam sciebat sibi obligatam non esse, vt scriptum est in hoc §. vbi duo hi casus comparantur, si creditor sciuerit & à se venditam iure creditoris nõ esse sibi obligatam, aut si sciuerit non esse illam in dominio debitoris, vtroque enim casu perinde in dolo est, cùm iure creditoris vendere non possit, nisi eam rem quam sciat & in dominio debitoris esse, & sibi obligatam. Extra hos casus nulla emptori actio supereſt, nisi cõtra debitorem cui solutio ab emptore facta proficit *l. si ob causam. 13. C. de euict.* quamuis ea lex loquatur de venditione pignoris capti in executione iudicati. Cuius alia ratio in eo est quod quamuis postulante creditore venditum sit: tamen non à creditore, sed à debitore ipso vẽditũ intelligitur, facto scilicet iudicis repræsentante factũ debitoris non creditoris, *l. 1. C. si in caus. iud. pignor. fact. sit.* Quod tamen diximus creditorem ignorantem euictionem pignoris non debere, intelligendum est, nisi aliud in vendendo conuenerit, *d. l. 1. & 2. C. credit. euict. pig. non deb.*

17 ¶ Si quis rem vendiderit, & ei accessurum quid dixerit: omnia quidem, quæ diximus in re distracta, in hoc quoque sequenda sunt. vt tamen euictionis nomine non in duplum teneatur, sed in hoc tantùm obligetur, vt emptori rem habere liceat: & non solum per se, sed per omnes.

Ad §. si quis rem 17.

RAT. DVB. Aliud est si quid vendatur, aliud verò si quid ei quod venditur, accessurum esse dicatur, sicut & in cæteris omnibus principale differt ab accessorio. *l. si in emptione 34.* vbi diximus *leg. comprehensum. 60. l. si cum fundum 78. in princip. supr. de contrah. empt.* Ergo non est bona consequutio à re vendita ad ea quæ venditor venditioni accessura esse dixit, vt omnia quæ in ipsa re distracta præstanda sunt, in eo quoq; quod venditioni accessit sequenda sint: Cùm ex diuersis & separatis nihil bene inferatur, *vulg. l. Papinianus exuli 20. supr. de minor.* Alioqui sequeretur, vt si vendita sit res pretiosa pro qua duplam promitti oporteat, *l. emptori 37. §. 1. infr. de euict.* etiam pro eo quod venditioni accesserit, quamuis pretiosum non sit, in duplum tamen venditor emptori teneatur. Quod certe non nisi absurdè dici posset, cùm accessorium venditionis non sit pars rei venditæ, nec proinde actio de euictione possit eo nomine competere, quasi euicta parte rei venditæ, *l. naue 36. iuncta l. 1. infr. de euict.*

DEO. Etiam id quod venditioni accedit, venditur, quamuis non tanquam pars rei principalis venditę. Pleraque enim emimus propter accessiones, quamuis minus pretiosas, *d. l. si in emptione in fin. princip. supr. de contrah. empt.* Ergo quæcunque præstanda esse supra diximus ratione rei venditæ principaliter, eadem sequenda sunt, in re qualibet accessoriè vendita. Non tanquam parte rei principaliter venditæ, vt diximus, sed tanquam & ipsa vendita, nisi hactenus vt dupla eo nomine nunquam præstetur. Id est, nec si id quod venditioni accessit, æquè pretiosum esse proponatur. Sic enim hunc §. intelligo, vt ratione accessorij nunquam ad aliud

BIU Cujas

obligetur venditor, quàm vt emptori rem habere liceat, & non solum per se, sed per omnes: quo casu non ad duplum venditor tenetur, sed ad id tantum quod emptoris interest, *l. habere licere 57. & l. si in venditione 60. infr. de euict.* quod plus est. Interdumque ad hoc solum tenetur venditor, vt per eum non fiat neque per heredem eius, quamuis per alios fiat, vt in §. *denique 15. supr. hac leg. & §. prox. infr.*

18 ¶ Qui autē habere licere promittēs vendidit: videamus, quid debeat præstare. & multum interesse arbitror: vtrùm hoc polliceatur, per se, venientésque à se personas non fieri, quo minus habere liceat: an verò per omnes. nam si per se: non videtur id præstare, ne alius euincat. proinde si euicta res erit: siue stipulatio interposita est, ex stipulatu non tenebitur: siue non est interposita, ex empto non tenebitur.[a] sed Iulianus libro quintodecimo digestorum scribit: etiāsi apertè venditor pronuntiet: per se, heredémque suum non fieri, quo minus habere liceat: posse defendi, ex empto eum in hoc quidem non teneri, quod emptoris interest: verum tamen, vt precium reddat, teneri.[b] Ibidem ait, idem esse dicendum, & si apertè in venditione comprehendatur, nihil euictionis nomine præstitum iri: pretium quidem deberi re euicta, vtilitatem non deberi. neque enim bonæ fidei contractus hāc patitur conuentionem, vt emptor rem amitteret, & pretium venditor retineret.[c] nisi forte (inquit) si quis omnes istas suprascriptas conuentiones reciperet, quemadmodū recipitur, vt vēditor nummos accipiat, quamuis merx ad emptorem non pertineat. veluti cùm futurum iactum retis à piscatore emimus, aut indaginem plagis positis à venatore, vel pantheram ab aucupe: nam etiam si nihil capit, nihilo minùs emptor pretium præstare necesse habebit. sed in suprascriptis conuentionibus contra erit dicendum.[d] nisi fortè sciens alienum vendidit. tunc enim secundùm supra à nobis relatam Iuliani sententiam, dicendum est, ex empto eum teneri, quia dolo facit.

Ad §. vlt. Qui autem.

RAT. DVB. Nemo alienum factum nisi inutiliter promittit, *l. stipulatio ista 38. in princip. & §. 1. infr. de verb. ob.* vbi additur pœnam adiici debere si quis alienum factum promittere vtiliter velit. Atquin is qui promisit simpliciter habere licere rem venditam, non tantùm de se suoque herede promittere videtur, sed etiam de omnibus, multoque magis, si expressim promiserit per omnes fieri, ac proinde factum alienum promittere intelligitur. Ergo inutilis stipulatio & promissio est.

DEC. Qui promittit habere licere, siue simpliciter promittat per se non fieri neque per heredem suum, siue adiiciat, *per omnes.* non tantum simplex abnuiuum promittere intelligitur, id est, neminem facturum, quo casu nihil nisi alienum factum promissum videri posset, sed proprium etiam factū suum promittit, id est, curaturum se & effecturum ne à quoquam fiat quo minus emptori habere rem liceat, vt eleganter Paulus explicat in *leg. inter stipulantem 83. eod. tit. de verb. ob.* Valet igitur promissio etiam quod ad omnes vt scilicet extraneo etiam euincente venditor teneatur. Nec tantum ex natura contractus, vt putat Accursius, sed etiam ex vi ipsius stipulationis habere licere. Adeò vt idem dicendum sit, etiamsi venditor promiserit per se & per heredem suum habere licere, nisi adiecerit dictionem taxatiuam tantum, si Accursio & Bartolo credimus. Idque ob naturam venditionis quæ debitorem obligat de euictione, etiam extraneo euincente nisi aliud expressim conuenerit, *l. non dubitatur 6. C. de euict.* Sed ego contra puto. Nam si venditor promiserit per se & per heredem suum habere licere simpliciter, id est, non adiecta dictione vlla taxatiua, nec adiecto eo *& per omnes* & extraneus euincat, non tenebitur venditor neque ex stipulatione, si stipulatio interposita sit, neque ex empto si nulla stipulatio interuenerit, vt apertè Vlpianus hic scribit. Et ita meo iudicio hic locus intelligendus est, reiectis distinctionibus Accursij.

a *Sed Iulianus libro 15. Digestorum scribit.* RAT. DVB. Actio de euictione non tantùm præstationem eius quod interest, sed etiam pretij restitutionem continet *l. si in venditione 60. l. euicta re. 70. infr. de euict.* Ergo si expresse conuenerit ne venditor de euictione teneatur, hoc quoque conuentum intelligitur, vt non magis pretium restituere, quàm id quod interest emptoris præstare debeat.

DEC. Nunquam generalis conuentio ita interpretanda est, vt eum quoque casum contineat, de quo specialiter & expressim fieri non potuisset: plus enim potest specialis & expressa conuentio, quam generalis & tacita. Atqui nec per specialem conuentionem fieri posset, vt emptor rem amitteret, & vēditor pretium retineret, vt scriptū est in §. proximè sequenti. Ergo benè Iulianus dicebat, etiamsi apertè venditor pronunciauerit & conuenerit per se heredemque suum non fieri quominus emptori habere liceat, adhuc tamen ex empto teneri vēditorem vt pretium reddat emptori, quamuis non etiam ad hoc vt præstet quod emptoris interest.

b *Ibidem*

BIU Cujas

b *Ibidem ait idem esse dicendum.* RAT. DVB. Nihil magis bonæ fideicongruit, quàm id præstari quod inter contrahentes actum est, vt in principio huius legis diximus. Contractus enim omnes ex conuentione legem accipiunt. Ergo si expressim conuenerit inter emptorem & venditorem, vt re quoquo modo euicta, venditor nullo modo teneatur ne quidem ad pretij restitutionem, dicendum videtur valere conuentionem. Atque ita interpretes nostri vulgo sentiunt existimantes Iuliani sententiam, quæ in hoc versiculo refertur, ab Vlpiano statim corrigi, & reprehendi in *versiculo, Nisi forte.* Quod tamen non ita est. Si quid enim in iure nostro verum est, illud certè verissimum ausim dicere, quod Iulianus putabat hanc conuentionem non valere, ratione illa, quam afferebat, quod bona fides non patiatur hanc conuentionem valere, per quam fiat, vt emptor rem amittat, & pretium venditor retineat. Ea namque demũ pacta in contractu adiecta valent, quę non magis contra bonam fidem sunt, quàm contra leges vel contra bonos mores *d. l. 1. §. illud non probandum de pos.* Hoc autem pactum contra bonam fidem est, vt Iulianus hic scribit, nec Vlpianus negat, & constat ex *l. bona fides 50. sup. hoc tit. l. 1. §. illud C. de lat. liber. toll. l. penul. C. ad S. C. Vell. l. Iulianus 13. §. veniũt 20. infr. hoc tit.* Ergo dicendum est, etiamsi aperte in venditione comprehensum sit, nihil euictionis nomine præstitum iri, id est, ne pretium quidem. Nihilominus dicendum erit, re euicta pretium deberi, quãuis vtilitas, id est, id quod interest, vltra pretium non debeatur. Quod enim textus ait, *Aptè*, non ad generalem conuentionem referendum est, vt malè Azo credit, sed ad specialem. Necenim vnquam generalia tam aperta sunt quàm specialia, sed vt plurimum sua generalitate sunt obscura. Et hæc huius §. vera sententia, & decidendi ratio est.

c *Nisi forte, inquit, si quis omnes istas.* Obiectio est non Vlpiani contra Iulianum, sed ipsius Iuliani cõtra seipsum. Posset enim quis obiicere suprascriptas conuentiones, de quibus huc vsque dictum est, id est, si venditor conuenerit, per se heredemque suũ non fieri quominus emptori habere liceat, siue apertè & specialiter conuenerit, vt emptionis nomine venditor nihil præstet, ne quidem pretium: similes videri conuentioni, quæ fit, cùm iactum retis à piscatore emimus, aut indaginẽ plagis impositis à venatore, aut pantheram, id est, omnem venationem ab aucupe. His enim tribus casibus etiamsi nihil venditor capiat, non eo minus tamen venditio valet, adeoque pretium, quod accepit venditor retinet, quamuis nihil ad emptorem perueniat. Ergo similiter dicendum est, in suprascriptis speciebus valere conuentionem, vt quamuis res emptori euicta sit, nihil tamen à venditore consequi debeat ne quidem pretij restitutionẽ. Sed tamen respondet Iulianus in versic. *sed in suprascriptis conuentionibus*, non esse similes huiusmodi conuentiones, & aliud dicẽdum esse in superioribus de quibus initio tractauimus: aliud verò in inferioribus: cùm iactus retis emptus est, aut indago, aut pãthera. Ratio enim diuersitatis euidens est, licet nec Iulianus, nec Vlpianus eam adferat, nempe quod in suprascriptis speciebus, cùm conuenit, vt pro euictione rei venditæ nihil venditor emptori præstare teneatur, ne quidem pretium, certum est id quod venditur & emitur, ideoque rei certæ pretium certum dicitur. At cùm iactus retis emitur aut indago, aut panthera, incertum est, quod emitur: nec ferè aliud quicquam nisi spes futuri euentus. Nam & spes vendi potest, *l. nec emptio 8. §. 1. supr. de contra. empt.* sicut & donari *l. spem futuræ 3. C. de donat.* Spes autem nihil est nisi paulo plusquam nihil, vt quidam dicebat. Imputet ergo sibi emptor si nullam rem habeat, cùm vẽditor nihil cepit, cùm rem tantopere incertam ac velut aleam emerit. Quod non similiter imputare possis ei qui rem certam emit, & omnimodo præstandam. Itaque non possum satis mirari interpretum nostrorum ingenia, qui apertè contra Iuliani verba defendunt, valere conuentionem specialem, vt euicta re vendita, emptor rem amittat, & venditor pretium retineat. Moti tantùm ex eo quod in emptionibus rerum seruari debeat, quicquid inter contrahentes conuenit §. 1. *supr. hac leg. & leg. in emptionibus 43. supr. de pact.* Quasi vero protrahi hoc debeat ad illa etiam pacta, quæ sint contra bonam fidem, quæ tamen certum est non magis valere posse quàm quæ sunt contra leges, *d. l. 1. §. illud supr. deposit.* Proinde quod Vlpianus hic scribit, *Contra erit dicendum*, caue ne cum Accursio & Azone sic intelligas, vt in suprascriptis & prioribus conuentionibus, venditor teneatur ad pretij restitutionem, ob id solum quòd conuentio fuit generalis, ne venditor de euictione teneretur, quasi aliud responsurus fuerit Iulianus & Vlpianus, si conuentio specialis facta esset, vt pretium quoque cum re emptor amitteret. Nam si conuentio generalis, vt venditor euictionis nomine nihil præstet, hanc interpretationem recipere non potest, quod sit contra bonam fidem, & bona fides hanc conuentionem non patiatur, vt emptor rem amittat, & pretium venditor retineat, consequens omninò est, vt quanto specialior & expressior fuerit hæc conuentio, tanto magis contra bonam fidem futura sit: Ideoque tanto minus valere debeat *lex, si vnus 27. §. illud nulla supr. de pact.* Expressa enim plerumque nocent, quæ non expressa non nocerent, vt habet iuris regula 195. *de reg. iur. leg. si ita legatum 65. §. 1. in fin. de leg 1. l. nonnunquam 52. de cond. & dem.* Sequitur.

d *Nisi fortè sciens alienum vendidit.* Exceptio est non ad id quod proximè dictum fuit, venditorem omnimodo teneri debere ad pretij restitutionem, tametsi specialiter conuenerit, vt nihil, id est, ne quidem pretium venditor præstet, sed ad id quod antea dictum fuerat, venditorem, qui sibi expressim cauit, siue generali, siue speciali conuentione, vt de euictione nullo modo teneatur, condemnari non debere ad vtilitatem emptoris, id est, ad id quod emptoris interest. Ea namque propositio in eo quidem venditore qui nesciens alienam rem vendidit, vera est, sed non in eo qui sciuit alienam: hic enim dolo malo facit, & emptorem bis decipit cum & alienam rem sciens ei vendit, & pacto interposito id agit, vt se ab euictionis damno & periculo liberet. Itaque secundum Iuliani sententiam, de quâ in §. *Cassius & §§. seqq. supr.* dicendum est, in omne id teneri debere quod interest emptoris, cum venditoris dolum malum semper abesse oporteat in iudicio empti quod bonæ fidei est, *l. tenetur. 6. §. vlt. supr. hoc tit.*

BIU Cujas

12. CELSVS libro 27. Digestorum.

SI iactum retis emero, & iactare rete piscator noluit: incertum eius rei æstimandum est. si quod extraxit piscium, reddere mihi noluit: id æstimari debet, quod extraxit.

Adl. Si iactum 12.

RAT. DVB. Non potest esse emptio & venditio sine re *l. nec emptio. 8. supr de contr. empt.* Ergo si iactum retis quis emerit, emptio valere non potest, præsertim antequam iactatum sit rete, & ex iactu retis aliquid extractum fuerit, quia interim nihil est, quod venditum videri possit. Nam nec quicquam esse videtur quod æstimari possit, cum prorsus incertum sit, an pisces vllos venditor capturus sit, aut quos aut quales aut quantos, vt proinde inutile futurum sit emptori, etiamsi condemnetur venditor, quanti emptoris interierit: quatenus enim cuiusque interfit, in facto non in iure consistit, *l. si quatenus 24. de reg. iur.* ideoque necessariæ sunt probationes, vt fieri possit quanti interfit, *l. vlt. infr. de stipul. prætor.* quæ porrò hic haberi nullæ possunt. Vnde est quod dicimus in actione legis Aquiliæ, tum quoque cum ob retia damni iniuria agitur, piscium tamen, qui ideo capti non sunt, æstimationem fieri non debere, cum incertum fuerit, an caperentur pisces. Idemque in venatoribus & aucupibus probandum, *l. quemadmodum. 29. §. itē Labeo supr. ad leg. Aquil.*

DEC. Etiam spes & alia vendi potest, quia non eo minus aliquid est, quod venditur, quamuis incertum sit, quid & quantum vendatur, *d. l. nec emptio* §. 1. Nam & spes donari potest, vt proximè diximus ex *l. 3. C. de donat.* Nec quicquam vetat incertum huius rei æstimari ex eo scilicet, quod à communiter accidentibus euenire frequentiùs solet, quomodo hic Accursius noster interpretatur. Ergo si iactum retis emere, & iactare rete piscator noluit, non minus teneri debet ex vendito, quam si rem certam vendidisset, quam tradere hodie recusaret. Nam & incerti certa tandem fieri potest æstimatio, *l. 2. §. incertam. & d. l. vlt. de stip. prætor. l. vbi autem 77. per tot. infr. de verb. obl.* Quod si rete piscator iactauerit, & aliquid piscium extraxerit, nec tamen quod extraxit, mihi tradere velit, id tantùm æstimari debebit, quod extraxerit. Neque habet hic, posterior casus vllam dubitationem, cùm ex eo quod extractum est, appareat quid sit venditum: ac proinde quid tradi debuerit, & quid æstimari possit. Obserua tamen quod Bartolus bene notat, multum interesse, an retis iactum quis emerit à piscatore, an verò pisces qui capientur. Priore namque casu obtinet quod in hac lege Celsus scribit, & quæ nos huc vsque diximus. Posteriore verò si nulli pisces capti sint, nuda emptio esse intelligitur, non magis quam si vendam tibi fructus, qui ex fundo nascentur, si nulli nati sint, *d. l. nec emptio 63. de verb. obl.* Neque verò hoc casu spes vlla vendita esse intelligitur. Quoniam aliud est, pisces, qui capientur, vendere, aliud verò spem piscium capiendorum. Quod autem obiecimus de actione legis Aquiliæ ex *d. l. quemadmodum 29. supr. ad d. leg. Aquil. in* §. *item Labeo*, specialem rationem habet quod in actione legis Aquiliæ non nisi præteritum damnum & iam datum æstimetur, & quidem quanti plurimi eo anno, aut in triginta diebus proximis res sint factæ retrorsum computatione, *l. 2. l. ait lex 21. & passim eod. titul.* quæ res futurum damnum nec dum datum excludit. At actione ex empto persequitur emptor quicquid sua interest, ob non impletam à venditore venditionem. Id autem quod emptoris interest, etiam ex futuro tempore pendere potest, quoties non fecit venditor quod facere debuit. Iunge *leg. cùm hereditatem. cum 4. seqq. sup. de hered. vel act. vend.*

13. VLPIANVS libro 32. ad Edictum.

IVlianus libro quintodecimo inter eum, qui sciens quid, aut ignorans vendidit, differentiam facit in condemnatione ex empto. ait enim: qui pecus morbosum, aut tignum vitiosum vendidit, si quidem ignorans fecit, id tantum ex empto actione præstaturum, quanti minoris esset empturus, si id ita esse sciisset: si vero sciens reticuit, & emptorem decepit, omnia detrimenta, quæ ex ea emptione emptor traxerit, præstaturum ei. siue igitur ædes vitio tigni corruerunt, ædium æstimationem: siue pecora contagione morbosi pecoris perierunt, quod interfuit idone è veniisse, erit præstandum.

Ad l. Iulianus 13.

RAT. DVB. Nihil interest, an emptor fallatur ignorantia venditoris, an ipsius calliditate, *l. 1. §. causa infr. de ædil. edict.* Ergo malè Iulianus distinguebat inter venditorem, qui sciens & eum qui ignorans rem aliquam vitiosam vendidisset, vt aliter atque aliter faciendo sit condemnatio in actione ex empto, nimirum vt qui ignorans pecus fortè morbosum, aut tignum vitiosum vendiderit, non plus actione ex empto præstare teneatur, quam quanti minoris emptor fuerat empturus, si id ita esse sciuisset, si vero sciens reticuerit vitium, atque ita emptorem deceperit, omnia detrimenta, quæ ex ea emptione emptor traxerit.

DEC. Qui

DEC. Qui sciens vitiosam rem vendidit, & reticuit vitiũ, dolo malo non caret. Ergo empti iudicio teneri debet in omne id quod emptoris interest. Cum eo autem qui ignorauit, quia in dolo non fuit, mitius agi æquum est, vt non ad id omne quod emptoris interest, obligetur. Sed quãto minoris emisset emptor si sciuisset quam actionem, cùm sit ex empto, dubitare non possumus esse iuris ciuilis, vt Accursius notat, & consequenter perpetuam, quales sunt ciuiles omnes actiones, inspecto eo iure quod ante Arcadij & Theodosij tempora obtinuit, hoc est ante *leg. 3. & 4. C. de præscript. 30. vel 40. annor.* Sed alia tamen est actio, quæ dicitur quanto minoris, quam idem Accursius, Bartolus & cæteri interpretes malè vocant prætoriam, cùm sit ædilitia, quippe quę non nisi ex ædilitio edicto competit, & de iis tantum rebus de quibus Ædiles edictum proposuerunt. Cuius verba extant in *l. ædiles aiunt 38. in princip. & passim. Iuncta l. quod si nolit 31. §. si plures. 5. infr. de ædil. edict.* Itaque debuerunt interpretes actionem illam dicere honorariam non Prętoriam. Ius enim prætorium non nisi partem vnam licet maximam continet iuris honorarij, quo ædilitium quoque significatur §. *Prætorium Inst. de iur. nat.* Est autem actio illa quãto minoris ædilitia annalis, & referenda ad tempus venditionis, id est, quanto minoris reuera fuit eo tempore quo vendita est, ob latens vitium quod emptor ignorabat. Multum verò refert an æstimetur quanto minoris res fuit in communi hominum æstimatione, quæ regulariter spectanda est, *l. si seruus 32. supr. ad l. Aquil. Lpretia rerum. 63. infr. ad leg. Falcid.* An verò quanto minoris fuerat empturus emptor si vitium sciuisset. Pertinet enim hęc posterior æstimatio ad interesse quod nostri vocãt singulare, quod plerumque differt à communi, ex persona & adfectione emptoris. Quamuis non defuerint, qui vnicam tantum esse dixerint actionem quanto minoris, quòd semper nascatur ex contractu venditionis, & pars esse videatur actionis ex empto, sed tamen non ita est. Latiùs enim patet ciuilis actio quanto minoris quàm ædilitia, quæ nõ de aliis rebus proposita est, nec proponi potuit, quam de quibus edictũ ipsum ædilitium propositũ est, & in eo benè Accursius & Bart. cõsensit. Rectè igitur Iulianus distinxit scientem venditorem ab ignorante, quia sciens peccat contra bonam fidem, quę in contractu bonæ fidei, cuiusmodi est emptio, maximè requiritur. Qui verò ignorans rem vitiosam vendit, nihil facit contra bonam fidem, sed tamen bona fides facit, vt emptori, qui quoquomodo deceptus est, succurri oporteat, ne id præstare teneatur quo minoris emisset, si vitium sciuisset. Quantum verò interfit inter actionem quanto minoris ciuilem & ædilitiam, ex eo apparet, quod quibus casibus actio quanto minoris ædilitia locum habet, si emptor minoris fuerat empturus, iisdem casibus habet locum actio redhibitoria, si tale vitium in re vendita fuit, vt eam rem emptor ob id vitium empturus nullo modo fuerit si sciuisset, vt rectè Accursius docet ex *leg. si is qui 25. §. 1. infr. de except. rei iud.* At quanto minoris actio ciuilis locum habet etiam eo casu quo agi redhibitoria non possit, si quidem extra casus ædilium edicto comprehensos non potest ex empto agi ad resoluendam venditionem, sed tantum, vt quanto minoris emptor fuerat rem empturus si vitium rei sciuisset, tantum venditor emptori de pretio conuento vel reddere vel remittere teneatur.

1 ¶ Item qui furem vendidit, aut fugitiuum: si quidem sciens, præstare debebit, quanti emptoris interfuit non decipi: si verò ignorans vendiderit, circa fugitiuum quidem tenetur, quanto minoris empturus esset, si eum esse fugitiuum sciisset, circa furem non tenetur. differentiæ ratio est: quòd fugitiuum quidem habere non licet, & quasi euictionis nomine tenetur venditor: furem autem habere possumus.

Ad §. 1. Item qui furem.

RAT. DVB. & DEC. Ad hunc §. eadem est quæ ad initium huius legis, quod pertinet ad differentiam quæ ponitur inter eum qui sciens vendit seruum furem vel fugitiuum. Sed quod attinet ad differentiam quæ in hoc §. constituitur inter seruum furem & fugitiuum, illa dubitandi ratio afferri potest, quod non minus damnosum & periculosum esse videatur, imò damnosius & periculosius quàm habere seruum fugitiuum. Fur enim hac parte intelligitur, non tantum is qui extraneo, sed etiam qui domino suo res aliquas subtraxit. *leg. quod si nolit 31. §. 1. de ædil. edict.* Cur non ergo æquè teneatur is qui seruum furem vendidit, atque is qui seruum fugitiuum. Sed *decidend.* ratio illa est, quam Vlpianus ex Iuliano hic adfert, quod furem seruum habere licet, cùm nemo possit eum euincere si non sit alienus, aut alicui specialiter obligatus. At fugitiuum seruum habere nunquam licet, cum is semper sit alienus, quique sicuti possessionem cæterarum reum domini interuertere non potuit, ita nec suam quoque, *l. rem quæ nobis 15. in fin. infr. de acquir. poss. l. 1. infr. de seru. fugit.* Atqui non ad aliud tenetur is qui ignorans vendidit, quàm vt præstet emptori habere licere, *l. ex empto 11. §. penult. supr. leg. habere licere 57. infr. de euict.* Ergo cùm seruum furem habere liceat, non potest venditor conueniri ex empto ob id solùm quod ignorans furem seruum vendiderit. Nam si sciens vendidit, vtique teneri debet, quanti emptoris interfuit non decipi, non quia seruum furem vendiderit, sed quod dolo malo vitium serui quod compertum habebat, celauerit, non minus quàm si seruum fugitiuũ sciens ignoranti vendidisset, vt in *l. 1. C. de ædil. act.* Obseruandum tamen est, aliud esse, promittere quem furem non esse, aliud furto noxaque solutum. Qui enim dicit furem non esse, de hominis proposito loquitur, qui verò furtis noxaque solutum de facto ipso promittit, id est, seruum hunc furtum nunquam fecisse, neque ex ea causa furti obligatum cuiquam esse, *l. aliud est promittere 74. de verb. sig.*

BIU Cujas

2 ¶ Quod autem diximus, *Quanti emptoris interfuit non decipi*, multa continet: & si alios secum sollicitauit, vt fugerent: vel res quasdam abstulit.

Ad §. 2. Quod autem.

RAT. DVB. In æstimando eo quod emptoris interest, nõ solet haberi ratio eius quod interest extra rem, quod vulgo nostri Interesse extrinsecum appellant *l. si sterilis 21. §. cùm per venditorem infr. hoc tit.* Atqui extra rem esse videtur, si emptor serui fugitiui dicat sua interesse, quod seruus ille fugitiuus alios quoque seruos vt fugerent, solicitauerit, vel quasdam res domini abstulerit. Alioqui facile id quod interest excresceret in infinitum: quod nunquam ferendum est, *l. vn. C. de sent. quæ pro eo profer.*

DEC. Qui sciens vitium serui quem vendebat, reticuit, cùm emptorem deceperit, omnia detrimenta quæ ex ea emptione emptor traxerit, præstare ei debet, vt scriptum est in *princip. huius leg. versic. si vero sciens.* Ergo etiamsi quid extra rem interfit, vt Accursius noster hic notat, *Arg. leg. in hoc iudicium 10. supr. de seru. corrupt.* Sed hoc non tam propter venditionem & ex natura contractus, quam propter dolum, quam grauissimè semper puniri æquum est, & ex bona fide, *leg. tenetur. 6 §. vltim. & passim. supr. hoc tit.*

3 ¶ Quid tamen, si ignorauit quidem furem esse, adseuerauit autem bonæ frugi, & fidum, & carò vendidit? videamus, an ex empto teneatur, & puto teneri. atqui ignorauit. sed non debuit facilè, quæ ignorabat, adseuerare. inter hunc igitur, & eum qui scit, interest. quoniam qui scit, præmonere debuit furem esse: hic non debuit facilis esse ad temerariam indicationem.

Ad §. 3. Quid tamen.

RAT. DVB. Venditor qui ignorans seruum furem vendidit, non tenetur actione ex empto, ne quidem quãto minoris emptor eum fuerat empturus, si sciuisset, vt diximus in §. 1. *huius leg* Ergo nec teneri debet, tametsi eum & bonæ frugi, & fidum & sibi charum esse dixerit. De illo enim quem furem esse ignorabat, quid aliud dicere vel credere potuisset?

DEC. Non caret culpa venditor qui tam facilis fuit ad adseuerandum id quod ignorabat. Neque tamen ea res facit, vt non melioris conditionis esse debeat, quàm qui furem esse sciuit, nec admonuit. Is enim tenetur ad id omne quod emptoris interest, vt initio huius legis scriptum est, hic verò non tenetur, nisi aut redhibitoria actione, aut quanto minoris res est, *leg. si quid venditor 18. infr. de ædil. edict.* vel etiam quanto minoris emptor fuerat empturus, vt in *l. si minor. 9. C. hoc tit.* Etsi enim plerumque ob solum mendacium condemnatur quis ad omne id quod aduersarij interest, vt in *l. 1. §. 1. & l. vltim. in princip. supr. de eo per quem fact. erit & leg. si quis affirmauerit. 9. supr de dol.* Id tamen intelligi debet de mendacio quod annexum habeat dolum malum, vt in supradictis locis. Non autem cùm falsa adfirmatio plus habet imprudẽtiæ quàm impudentiæ, & plus temeritatis quàm doli, vt in specie huius §. Non enim vsque adeo amarè agendum est cum venditore de eo quod nimia facilitate affirmauit, sed cum quodam temperamento, vt in d. *l. si quid venditor.* & ita benè hic Accursius.

4 ¶ Si venditor dolo fecerit, vt rem pluris venderet, puta de artificio mentitus est, aut de peculio: empti eum iudicio teneri, vt præstaret emptori, quanto pluris seruum emisset, si ita peculiatus esset, vel eo artificio instructus.

Ad §. 4. Si venditor.

RAT. DVB. In emptionibus & venditionibus licet contrahentibus naturaliter se decipere, dum suo quisque commodo studet. *l. in causas 16. §. idem Pomponius. supr. de minorib. l. item si pretio 22. §. vlt. infr. tit. prox.* Ergo etiamsi venditor de artificio serui quẽ vendebat, mentitus sit vt eum pluris venderet, puta si dixerit eum comœdũ, vel histrionem, vel bene peculiatum, non ideo debet teneri empti iudicio, vt præstet emptori quanti pluris seruum emisset, ob id quod seruus ita peculiatus, vel eo artificio instructus fuisset.

DEC. In pretio quidem emptionis & venditionis licet contrahentibus se decipere venditore quàm maximum rei suæ potest pretium constituẽte empto re quàm vilissimum, donec in certa quãtitate consentiant, *l. si voluntate. 8. C. de rescind. vendit.* Sed non circa ea quæ rem possunt facere aut pretiosiorem, aut viliorem, id enim sicuti non facilè fieri potest sine dolo malo, ita nec impunitum manere debet, sed potestate iudicij bonæ fidei ad suã æquitatem redigendum. Quod non melius fieri potest, quàm si præstet venditor emptori, quanto pluris emi debuisset seruus, si talis fuisset qualem venditor dolo malo mẽtitus est. Sed & quod diximus licere contrahentibus in constituendo pretio rei venditæ se decipere, de ea deceptione intelligi debet, quæ tamen dolo careat, vt constat ex *leg. & ideo 23. inf. tit. prox.* Semper enim dolus malus abesse à venditione debet, *l. tenetur 6. §. vlt. supr. hoc tit. in vendendo. 66. §. 1. supr. de contr. empt.* adeo vt nec contractus venditionis ipso iure valeat si dolus dederit causam contractui, id est, si quis in hoc ipso circunscriptus sit, vt venderet, vel emeret rem quam alioqui venditurus non fuerat vel empturus, *leg. & eleganter 7. in princip.* vbi diximus *supr. de dol. & leg. si dolo. 5. C. de rescind. vend. l. 3. §. vlt. supr. pro soc.* Itaque debet hic §. intelligi quomodo bene Accursius docet de dolo qui inciderit in contractum venditionis, non qui dederit causam contractui, decepto scilicet emptore non in hoc ipso, vt emeret, sed in eo solo vt pluris emeret.

5 ¶ Pet

5 ¶ Per contrarium quoque idem Iulianus scribit: Cùm Terentius Victor decessisset, relicto hærede fratre suo, & res quasdam ex hæreditate, & instrumenta, & mancipia villicus quidam subtraxisset: quibus subtractis; facilè, quasi minimo valeret hæreditas, vt sibi ea venderetur, persuasit: an venditi iudicio teneri possit? & ait Iulianus competere actionem ex vendito in tantum, quanto pluris hæreditas valeret, si hæ res subtractæ non fuissent.

Ad §. 5. Per contrarium.

RAT. DVB. Non videtur in hac specie emptor dolo malo mentitus, cùm dixit, pleraſque res ex hereditate paterna venditori delatas subtractas à villico fuisse. Eáque ratione persuasit venditori, vt tanto minoris hereditatem venderet: nam cùm in facto verum esset subtractas fuisse à villico pleraſque res hereditarias, consequens etiam erat, vt tanto minoris esset id, quod ex hereditate ad emptorem peruenire poterat. Non igitur teneri eo casu emptor debet, vt præstet venditori quanto pluris hereditatem venditurus fuerat, si nihil ex ea subtractum fuisset.

DEC. Dolus æquè puniendus est in persona emptoris, qui falsò persuasit venditori minimam esse hereditatem, vt tanto minoris eam venderet, atque in persona venditoris, qui dolo malo impellit emptorem, vt emat carius. Cùm enim cõtractus sit bonæ fidei & ex vtraq; parte obligatorius vltro citroque pariter bonam fidem exigit, cui nihil tam contrarium est quàm dolus *l. si dolo 5. C. de rescind. vend. l. 3. §. vlt. pro soc.* Atqui dolus manifestus est in emptore hereditatis qui vt hereditatem vilissimo pretio emeret, persuasit venditori, minimam esse hereditatem, eo prætextu, quod pleræque res à villico ex ea subtractæ fuissent. Etsi enim verum erat subtractas fuisse aliquas, non tamen tam multas, vt hereditatis æstimatio tam exigua fieri deberet. Itaque mendacium erat, & in quantitate rerum subtractarum, & in hereditatis æstimatione, quæ propter res subtractas tam parua esse dicebatur. Ergo quemadmodum in specie præcedentis §. dictum est, venditorem, qui dolo malo mentitus est de artificio serui condemnandum esse, quanti ea causa emptoris interest, ita per contrarium in specie huius §. dicendum est, emptorem qui dolo malo mentitus sit in quantitate rerum subtractarum, & in hereditatis tenuitate affirmanda teneri debere quanto pluris venditor fuerat venditurus, si dolo emptoris deceptus non fuisset.

6 ¶ Idem Iulianus, dolum solere à venditore præstari, etiam in huiusmodi specie ostendit. si cùm venditor sciret fundum pluribus municipiis legata debere: in tabula quidem conscripserit, vni municipio debere, verùm postea legem consignauerit, si qua tributorum, aut vectigalis, indictionisve quidem nomine, aut ad vię collationem prętare oporteret, id emptorem dare, facere, præstaréque oportere: respondit, ex empto eum teneri, quasi decepisset emptorem. quæ sententia vera est.

Ad §. 6. Idem Iulianus.

RAT. DVB. & DEC. ad hunc §. eadem est, quæ ad *legem tenetur 6. supr. hoc titul.* Videbatur enim non posse teneri venditorem actione ex empto ob tributa quæ sciebat ab eo fundo, qui vendebatur, pluribus municipiis legata esse. Quamuis enim vni municipio deberi scripsisset, ob eámque causam pro tributis, quæ aliis municipiis debebantur, se obligasse videretur, subiecerat tamen generalem clausulam, & generalem legem consignauerat, vt Vlpianus ex Iuliano hic loquitur, vt sicut tributorum, aut vectigalis, aut inductionis nomine, aut ad viæ collationem præstare oporteret, totum id emptor daret, faceret præstaretque: eaque generali clausula videri poterat sibi prospexisse, ne prætextu tributorum aliis municipiis debitorum, aut ex qua alia supradictarum causarum inquietari posset. Sed contra Iuliano aut Vlpiano visum est, quia non tam paciſci quàm decipi emptor videtur, quomodo idem Vlpianus loquitur ex *l. qui cum tutoribus 9. §. qui per fallaciam supr. de transact.* cùm sciat venditor ea, quorum nomine non vult teneri, attamen non vult deberi, idque dissimulat quasi deberi ignoret: quod certè sine dolo fieri non potest. Idque est quod Modestinus ait in *l. quæro 39. infr. hoc tit.* generalem istam adiectionem ad ea quæ specialiter nouit venditor, nec excepit pertinere non debere. Tenetur ergo venditor hoc casu in omne id quod emptoris interest etiam extra rem, vt scriptum est initio huius legis *versic. si verò sciens*, cùm ex mero dolo conueniatur qui maior est ob additam clausulam generalem, quàm si nulla esset, quo casu non nisi quanto minoris emptor comparaturus fuerat, venditor teneretur *leg. si minor 9. Cod. hoc tit.*

7 ¶ Sed cùm in facto proponeretur, tutores hoc idem fecisse, qui rem pupillarem vendebant: quæstionis esse ait, an tutorum dolum pupillus præstare debeat. & si quidem ipsi tutores vendiderint: ex empto eos teneri, nequaquam dubium est. Sed si pupillus, auctoribus eis, vendidit: in tantum tenetur, in quantum locupletior ex eo factus est: tutoribus in residuum perpetuò con-

BIU Cujas

demnandis: quia nec transfertur in pupillum post pubertatem hoc, quod dolo tutorum actum est.

Ad §. 7. Sed cùm in facto.

RAT. DVB. Quæ geruntur cum legitimo tutore pupilli, perinde habenda sunt, ac si cum ipso pupillo gesta essent, neque enim malè contrahitur cum tutoribus, vt inquit Vlpianus noster in *l. 4. §. 1. infr. de euict. l. vlt. infr. de admin. tut, l. 1. §. hoc edicto infr. ne vis fiat ei qui in possess. miss. erit.* Ergo quod in superiore §. scriptum est de condemnando venditore quolibet, qui vel tacendo, vel obscurius loquendo emptorem decepit: ad eum quoque casum pertinere debet quo res pupillaris vendita sit à tutoribus, eum dolum admittentibus, siue tutor ipse nomine pupilli vendiderit, siue pupillus tutore autore. Tutor enim vice domini est, & pupilli personam repræsentat *l. is qui in puteum 10. §. an ignoscitur 7. inf. quod vi aut clam.* Præsertim verò si ponas tutorem esse soluendo secundum distinctionem *dict. l. vlt. infr. de admin. tut.* quamuis eo quoque casu quo tutor soluendo non sit, idem admittat Vlpianus in *d. l. 4. in fin. de euict.*

DEC. Nunquam tutoris dolum pupillo nocere oportet siue soluendo sit tutor siue non sit: *l. neque in interdicto 198. de reg. iur. l. 3. §. si seruus supr. de tribut. act. l. dolus tutorum 3. infr. quand. ex fact. tut.* nisi pupillus ex eo dolo locupletior factus sit, vt additur in *d. l. 3. & in hoc §.* Nec enim pupillum ex dolo tutoris lucrari quicquã æquum est, *l. sed vt ex dolo 15. in princip.* vbi diximus *supr. de dol. l. 4. §. illa etiam quæstio 23. infr. de dol. mal. except.* quia nec domini loco habetur tutor cùm dolo aliquid facit in re pupillari, quod siue in ipsius pupilli, siue in alterius cuiuslibet vergat dispendium *l. quidam 7. §. si tutor infr. pro empt.* nõ tamen defuerunt ex antiquis prudentibus inter quos Pomponius, quem Vlpianus refert in *d. l. 3. §. si seruus sup. de tribut. act.* scribere, tutoris dolũ pupillo nocere debere si modo tutor sit soluendo, aliis verò indistinctè siue tutor soluendo sit siue non, & siue pupillo cautum sit à tutore siue non. Quam sententiam Vlpianus noster videtur magis probasse in *d. l. 4. §. 1. de euict. & d. §. illa etiam quæstio.* vbi rationem adfert, quod is qui cum tutore contraxit, diuinare non potuerit, nec debuerit, an tutor soluendo esset necne, & an pupillo cautum esset vel non. Quę tamen sententia neque Iuliano placuit neque Papiniano, vt constat ex *d. l. 3. quando ex fact. tut.* Placet tamen temperamentum quod Pomponius adhibendum putabat in *d. l. vlt. de admin. tut. & in d. §. si seruus.* pupillum, qui ex dolo tutoris locupletior factus nõ est, non ad aliud teneri debere, quàm vt ei qui à tutore deceptus est, præstet actiones quas ipse contra tutorẽ habeat, tametsi tutor soluendo sit. Ita námque fit, vt & pupillo & ei qui à tutore deceptus est, consulatur aduersus tutorem, qui ipse dolum commisit, quémque ideo dubitãdum non est ex proprio dolo conueniri etiam posse, vt apparet ex hoc §. & ex *d. l. 1. §. hoc edicto infr. ne liceat ei qui in poss. miss. erit.* quãuis ibidem distinguat Vlpianus tutorem qui soluendo est ab eo qui soluendo non est. Sed vide quę scripsimus ad *d. l. sed etsi 15. supr. de dolo.* vbi etiam docuimus hunc §. à Triboniano corruptum & deprauatum esse: & in hac Pomponij sententia, quæ temperamẽtum induxit actionum cedendarum, noster tandẽ conquiescit Accursius. Melius itaque faciet is qui à tutore deceptus est, si tutorem, qui modo soluendo sit, conueniat. Nihil enim est quod tutorem excusare possit, quin in solidum condemnari debeat actione ex empto, qui dolum malum in vendendo admiserit. Quod si malit contra pupillum ipsum agere, quatenus locupletior factus est, potest quidem pro suo iure id facere, sed non eo minus poterit tutorem de residuo conuenire, id est de eo in quo pupillus locupletior factus non est, & quidem perpetuò, id est, etiam post finitam tutelam, & tutelæ administrationem, quia vt Vlpianus hic adiicit, nec transfertur in pupillum post pubertatem hoc quod dolo tutorum est factum, quomodo transferuntur cætera in quibus nihil dolo vel culpa tutoris factum est. vt in *l. vlt. supr. si quis caution. l. cùm quadam 26. in fin. C. de admin. tut.*

8 ¶ Offerri pretium ab emptore debet, cùm ex empto agitur, & ideo si pretij partem offerat, nondum est ex empto actio ad rem acquirendam. venditor enim, quasi pignus, retinere potest eam rem, quam vendidit.

Ad §. 8. Offerri.

RAT. DVB. Pignus rei propriæ consistere non potest *l. neque pignus 45. de reg. iur.* Atqui venditor remanet dominus rei venditæ, tum quoque cùm eam tradidit, quousque pretium ei totum solutum sit, vel aliter eo nomine satisfactum *l. quod vendidit 19. l. vt res 53. supr. de contr. empt. §. venditæ inst. de rer. diuis.* Ergo fieri non potest vt venditor quasi pignoris nomine retineat eam rem quam vendidit, quousque pretium ei totum solutum sit. Præsertim si cùm non aliter possit res retineri, quàm si nondum tradita sit, quo casu tanto certiùs est dominium penes venditorem remanere, cùm traditionibus tantum non contractibus rerum dominia transferantur *l. traditionibus 20. C. de pact.*

DECID. Qui agit ex contractu vltrò citróque obligatorio prior adimplere ex parte sua debet, vt prior liberetur, siue emptor sit siue venditor *leg. qui pendentem 25. infr. hoc tit.* Ergo si partem duntaxat pretij emptor auferat, nondum tamen ex empto agere potest contra venditorem vt rem tradat, ne quidem vt partem tradat *leg. quod si nolit 31. §. Idem Marcellus infr. de ædil. edict. l. hereditatis venditæ 22. supr. de hered. vel act. vend.* vbi iam scripsimus. Sicut enim rei tradendæ, ita & soluendi precij obligatio indiuidua est, *leg. fistulas 78. §. vlt. supr. de contrah. empt. Iuncta l. heredes 25. §. idem iuris est & seq. supr. famil. erciscun.* Et ideo potest interim venditor totam rem retinere, non tanquam quæ sit verè obligata, sed quasi obligatam tacito quodam pignoris iure *d. §. idem Marcellus iuncta l. illud 29. in fin. eod. tit. de ædil. edict.* Idem enim effectus est huius retentionis qui esset, si vinculo pignoris teneretur, vt scilicet auelli à venditore non possit.

BIU Cujas

possit. Quamuis eius rei iure dominij retinendæ ius non habeat venditor, qui etiam dominium transferre & rem tradere, si solutum pretium esset, cogeretur.

9 ¶ Vnde quæritur: si pars sit pretij soluta, & res tradita, postea euicta sit: vtrũ eius rei nomine consequetur pretium integrum ex empto agens, an verò, quod numerauit. & puto magis, id quod numerauit, propter doli exceptionem.

Ad §. 9. Vnde quæritur: si pars sit pretij soluta.

RAT. DVB. si pars pretij tantum soluta sit, & res nihilominus tota tradita, venditore scilicet fidem habente de residuo pretio quod sufficit ad dominium rei venditæ in emptorem transferendum *d. l. quod vendidi* 19. *& d. l. vt res* 53. *supr. de cõtrah. empt. l. procuratoris* 5. *§. penult. de tribut. act.* & postea sequuta euictio sit, nemo dubitat quin actionem ex empto de euictione ex hac causa dari oporteat, quia verum est & traditam, & euictam rem fuisse *l. si rem* 62. *cum lege præcedenti & passim de euict.* Atqui actio de euictione datur ad totum pretium & præterea ad id quod interest emptoris si pluris interfit *l. si in venditione* 60. *l. eiectare* 70. *eod. tit.* Ergo hoc quoque casu totum pretium consequi emptor debet, non eam duntaxat quantitatem quam numerauit.

DEC. Bona fides non patitur vt pretij nomine plus emptor repetat, quàm reuera soluerit, ita enim fieret, vt ex aliena iactura locupletaretur, quod citra dolum fieri non potest, cùm sit contra ius naturæ, *l. nam hoc natura* 14. *infr. de condict. ind. leg. iure naturæ* 206. *de reg. iur.* Ergo si totũ pretium repetere velit, cũ pateat dũtaxat numerauerit, repellendus est non per doli exceptionem, quæ bonę fidei iudiciis ipso iure ineat, etiamsi non id ponatur *l. sed si ideo* 25. *infr. sol. matrim. l. huiusmodi* 84. *§. qui seruum de leg.* 1. sed æquitate & potestate iudicij, vt in *l. in hoc iudicium* 14. *§.* 1. *supr. comm. diuid.* propter doli exceptionem, quomodo Vlpianus hic loquitur, quæ scilicet huic iudicio tacitè ineat. Excipiendus tamen casus ille est, si ante solutum totum pretium immineat periculum euictionis. Tunc enim non cogitur emptor aliter offerre pretium venditori, quàm si venditor satisdet de euictione *l. si post perfectam* 24. *C. de euict.* Quod si vel satisdare venditor non possit, vel aliter eius persona sit suspecta, non aliud totius remedium occurrere potest, quàm vt emptor pretium in loco tuto deponat *l. si soluturus* 39. *inf. de solut.* nullo tamen casu permittetur emptori plus petere pretij nomine, quam re vera numerauerit, quia nec pluris eius interesse videri potest, quod ad pretium attinet, quamuis alia de causa & vltra pretium interesse eius possit *l.* 1. *supr. hoc tit. l. in interdicto* 6. *infr. vnde vi.*

10 ¶ Si fructibus iam maturis, ager distractus sit: etiam fructus emptori cedere, nisi aliud conuenit, exploratum est.

Ad §. 10. Si fructibus.

RAT. DVB. Alia res est ager, alia verò agri fructus. Et quemadmodum permisceri causam proprietatis & vsusfructus non oportet *l. penult. infr. de acquir. possess.* ita & multò minus causam proprietatis à perceptione fructuũ, quæ & ab vsufructu quoq; ipso separata est. Vsus fructus enim est quid incorporale, cùm in iure consistat *l. Mœuius* 66. *§. fundo legato & l. cùm filius* 76. *§. dominus de leg.* 2. *l. si à reo* 70. *§. si reo infr. de fideiuss.* Perceptio autẽ fructuũ, facti non iuris est, & fructus ipsi corporales *l. si vsusfructus* 66. *de iur. dot.* Ergo qui agrum vendidit, nec de fundi fructibus quicquam dixit, fundum solum præstare debet, non etiam fructus quos non vendidit siue maturi sint, siue immaturi.

DEC. Fundi est quicquid terra in se tenet *l. fundi* 17. *infr.* Censenturque fructus pars fundi, non solùm quandiu immaturi sunt & solo coaluerunt, sed etiamsi sint iam pendentes & maturi de proximo, vt aiunt colligendi *l. fructus pendentes* 44. *supr. de rei vind. l. vlt. §. fructus.* Vbi est textus elegans *infr. quæ in fraud. cred.* Vbi dicitur, fundum & fundi fructus siue maturos, siue immaturos, non duas res esse; sed vnam eãdémque rem & vnius pretij. Ergo exploratum est, vt hic Vlpianus scribit, eum, qui fundum, licet iam maturis fructibus, vendidit, hoc ipso fructus quoq; vendidisse videri, nisi aliud nominatim conuenerit, id est, nisi speciali conuentione eos exceperit. Sed hoc ita, vt benè Accursius notat, si agrum ipse coluerit, non si alius. Nam si alij eum fundum certa pensione fruendum locauerit, alia quæstio est, an pensio illa emptori cedat, & paulò difficilior quàm in *§. proximè sequenti.*

11 ¶ Si in locatis ager fuit: pensiones vtique ei cedent, qui locauerat. [a] idem & in prædiis vrbanis, nisi si quid nominatim conuenisse proponatur.

Ad §. 11. Si in locatis.

Malo legere, *sin locatus.* Est enim Antithesis in venditione fundi non locati & nudi locati. RAT. DVB. Pensiones, quas fundi conductor debet, non nisi pro fructibus fundi debentur, & in eorum vicem, & quasi locum pretij fructuum obtinent, quamuis aliud sit fundum conducere, aliud verò fundi fructus emere *l. emptorem C. de locat. l. si debitor* 39. *§.* 1. *supr. de contrah. empt. l. vlt. infr sol. matrim.* Atqui fructus siue pendentes siue stantes, quomodo Vlpianus vocat in *l. si pendentes* 27. *supr. de vsufr.* ad emptorem pertinẽt vt proximè diximus. Ergo & pensiones quæ pro fundo locato eodémque vendito debentur. Alioqui cũ fructus ad colonum pertineant, emptor neque fructus neq; pensionem haberet, cùm tamen omnimodo fructus habiturus fuerat, si fundus locatus non fuisset. DEC. Pensiones quæ debentur venditori, debentur ex contractu inito cum conductore. Ergo ad emptorem pertinere nõ possunt, nisi earum nomine cedatur actio, cùm ex alieno contractu agere suo nomine nemo possit *l. quæcunque* 10. *de ob. & act. l. stipulatio ista* 38. *§. alteri. de verb. ob.* Ideóque nimirum solebat olim in venditionibus bonorum

locatorum conuenire, vt pensiones quas venditor exegisset, emptori restitueret §. *in his autem 16. inf. hac leg. l. si cum fundum 68. in princ. supr. de contrah. empt.* Ne scilicet alioquin eueniat, vt possit emptor colonum expellere *leg. emptorem 9. C. de locat. leg. arbores 59. §. 1. supr. de vsufr.* Quæ ratio tanto clarius ostendit non posse denegari emptori quin aut fructus habere debeat aut pensiones. Sed hoc ita si pensiones debeantur pro fructibus qui nondum percepti fuerint tempore perfectæ venditionis. Non enim in quod tempus collata sit pensionis solutio, inspiciendum est, sed quo tempore percepti sint fructus pro quibus pensio debetur *l. defuncta 58. eod. tit.* i. an ante, an post contractam venditionē, nimirum cùm venditio pura & absoluta fuit, non etiam si addicta sit in diem. Tunc enim pertinent fructus ad venditorem, etiamsi eadem persona sit emptoris, cui priore & posteriore loco facta sit addictio, vt constat ex *l. vlt. infr. de iur. fisc.* De cuius tamen & huius quoque §. sententia videnda sunt quæ pluribus scripsimus *lib. 1. conectur. cap. 3.* ne hic repetere sit necesse. Iunge *l. fructus 13. iuncta l. curabit 5. C. hoc tit.*

a *Idem & in prædiis vrbanis.* RAT. DVB. Magna hac parte differentia est inter prædium vrbanum & rusticum, quia rustici prædij fructus, non nisi semel aut bis in anno percipitur, prædij verò vrbani quotidie & per horas singulas. *leg. item quæritur 13. §. qui impleto*, vbi dicemus latiùs *infr. tit. prox.* Ergo difficilius est, vt pensiones quæ pro vrbano prędio debentur, ad venditorem pertineant, si venditionis tempore dies nondum cesserit pensionis.

DEC. Eadem hac parte ratio est prædiorum vrbanorum quæ rusticorum, vt scilicet pensiones quæ debentur pro fructibus locati prædij siue vrbani siue rustici, ad venditorem pertineant pro rata temporis quod præcessit vēditionem: ad emptorem verò pro rata tēporis quod subsecutum est, vt ex comparatione fructuū de pēsionibus iudicemus, an debeātur necne. Hæc autē omnia ita nisi aliud nominatim conuenerit, vt Vlpianus hic subiicit, lex enim contractus semper seruanda est *leg. Lucius in fin. suprà depos.* quia conuentiones dant legem contractui *leg. 1. §. si conuenit 6. eodem tit.* Nec quicquam est quod bonæ fidei magis congruat *l. ex empto 11. §. 1. hoc tit.*

12 ¶ Sed & si quid præterea rei venditæ nocitum est: actio emptori præstanda est: damni fortè infecti, vel aquæ pluuiæ arcendæ, vel Aquiliæ, vel interdicti *Quod vi aut clam.*

Ad §. 12. Sed & si quid.

RAT. DVBIT. Cùm rei venditæ aliquo modo nocitum est, non tam emptori nocitum intelligitur quàm venditori, quia dhuc dominus rei manet, quousque res tradita, & pretium solutum sit, vel aliter eo nomine satisfactum §. *offerri 8.* vbi diximus *supr.* Ergo actio eo nomine danda est venditori non emptori, siue competat ex causa damni infecti, siue sit aquæ pluuiæ arcendæ, siue legis Aquiliæ, siue interdicti quod vi aut clam. Quæ quatuor exempla sunt proposita hic ab Vlpiano.

DEC. Omne commodum & incommodum rei venditæ, quod post venditionem perfectam superuenit, ad emptorem pertinere debet *l. id quod 7. & l. seq. & passim supr. de peric. & commod. rei vend. §. cùm autem inst. de act. & vend.* Ergo si quoquomodo nocitum sit rei iam venditæ, quamuis actio acquiratur venditori tanquam domino, id omne tamen quod consequitur, præstare & restituere debet emptori, quia non tam venditori quàm rei venditę damnum datum sit, vt eleganter tractat Pomponius in *l. post venditionem 16. iuncta l. si tertius 6. §. si quis prius 4. & l. sed venditor 13. infr. de aqua & aquæ pluu. arcend. l. is qui in puteum 11. §. si posłea quàm infr. quod vi aut clam.* Iniquum enim esset aliquid siue ex re vendita siue per occasionem rei venditæ remanere penes venditorem qui eius rei pretium iam haberet. Quamuis nostri distinguere soleant, an acquisitæ sint actiones venditori ex dispositione legali, an verò ex facto & industria ipsius venditoris, de quo tractant illi ad *leg. si sub vna 136. §. 1. infr. de verb. oblig.*

13 ¶ Item si quid ex operis seruorum, vel vecturis iumentorum vel nauium quæsitum est: emptori præstabitur: & si quid ex peculio eorum accessit: non tamen, si quid ex re venditoris.

Ad §. 13. Item si quid.

RAT. DVB. Quod ex re venditoris acquisitum est per seruum venditum & post factam venditionem, ad emptorem non pertinet, vt scriptum est *in fin. huius §.* Atqui quod ex operis suis seruus acquirit apud venditorem, ex re venditoris acquirere intelligitur *leg. qui bona fide 23. de acquir. rer. dom.* Ergo nec quod ex operis suis post factam venditionem acquisierit, ad emptorem pertinere posse.

DEC. Ex operis serui venditi nullum commodum remanere debet penes venditorem, à quo tempore facta venditio est, nisi cùm præterea ex re ipsius venditoris aliquid seruus lucratus est. Esset enim iniquum ex re venditoris aliquid acquiri emptori, aut cogi venditorem præstare emptori, quod ex re ipsius venditoris seruus quæsierit. Est enim extra causam venditionis, si tamen seruus venditus aliquid ex peculio suo acquisierit, atque ita peculium creuerit, totum id emptoris lucro cedere necesse est, cui & peculium cedi, nimirum si seruus venditus si[illegible]m peculio, alioqui nec peculium emptorem seq[illegible]r, nec proinde quod ex peculio accessit post venditionem. Et ita intelligi locus hic debet.

14 ¶ Si Titius fundum, in quo nonaginta iugera erant, vendiderit: & in lege

BIU Cujas

lege emptionis dictum est, in fundo centum esse iugera, & antequam modus manifestetur, decem iugera alluuione adcreuerint: placet mihi Neratij sententia existimantis, vt si quidem sciens vendidit, ex empto actio competat aduersus eum, quamuis decem iugera adcreuerint, quia dolo fecit, nec dolus purgatur: si verò ignorans vendidit, ex empto actionem non competere.

Ad §. 14. Si Titius.

RAT. DVB. Cùm venditio facta est ad mensuram, id est, incepit à mensura non à corpore, vt cùm iugera centum vendita sunt, constat venditionem esse conditionalem, nec prius perfectam videri, quàm modus compertus & manifestatus sit *leg. quod sæpe 35. §. in his supr. de contrah. empt.* Ac proinde omne commodum & incommodum, quod rei venditæ accedit ante mensurationem, ad venditorem non ad emptorem pertinere debet *leg. 1. §. 1. leg. si quis vina 4. in princip. supr. de pericul. & commod. rei vendit.* Ergo si Titius in venditione fundi centum iugera esse dixerit, cùm nonaginta tantum essent, & antequam modus manifestetur, decem iugera per alluuionem accreuerint, dicendum est securum esse venditorem, cum non possit emptor deceptum se conqueri, qui centum iugera omnimodo habiturus est. Proinde non videtur distinguendum an sciens, an ignorans nonaginta tantum esse, centum vendiderit.

DEC. Distinctio Neratij, quam Vlpianus hic probat, magnam habet rationem & æquitatem, an scilicet venditor sciens in modo mentitus sit, an ignorans, vt si sciens teneatur emptori, quanti eius interest centum iugera fuisse, quæ vendita sunt, non nonaginta duntaxat: Cùm eo casu emptorem proculdubio deceperit venditor, qui pro nonaginta iugeribus centum vendidit. Nec quod traditionis tempore centum iugera reperiantur, propter decem quæ ex alluuione accesserunt, facere potest vt dolus purgatus videri debeat, cùm decem, quæ alluuio adiecit, ad emptorem iure contractus pertineant *leg. id quod 7. in princip. supr. de pericul. & commod. rei vendit. §. sed etsi post emptionem. Inst. de contrah. emption.* Si verò modum iugerum venditor ignorauerit, æquum est non teneri eum emptori, qui quantitatem centum iugerum quam emit à venditore acceperit. Et quamuis non debuerit venditor tam facilis & temerarius esse, ad adseuerandum id quod ignorabat, §. *quid tamen supr. hac leg.* nec quicquam interest emptoris, an fallatur calliditate vel ignorantia venditoris *leg. 1. §. causa infr. de ædilit. edict.* facit tamen ignorantia venditoris, vt æquius sit alluuionis commodum, ei prodesse ad liberationem, quam emptori ad dandam ipsi actionem. Cùm, vt diximus, quicquid accedit, aut decedit rei venditæ ante perfectam venditionem, venditoris commodo & damno cedere debeat, non emptoris. Iunge *l. si in qualitate 22. infr. hoc tit.*

15 ¶ Si fundum mihi alienum vendideris, & hic ex causa lucratiua meus factus sit: nihilo minùs ex empto mihi aduersus te actio competit.

Ad §. 15. Si fundum.

RAT. DVB. Cùm alienum mihi fundum vendidisti, & is postea meus factus est, quamuis ex causa lucratiua, certum est euinci eum mihi nullo modo posse. Ergo neque ex empto mihi danda est actio contra venditorem.

DEC. Aliud est loqui de actione ex empto, aliud verò de ea, quæ pro euictione competit. Nam actio quidem de euictione cessat, quandiu res vendita euicta non est licet possit euinci, extinguitur verò in totum, & amittitur si res euinci vnquam posse desinat. Sed actio ex empto non eo minus competit, quia emptor, qui ex lucratiua causa dominus postea factus est, rem habet, eiusque dominium non ex causa venditionis, sed ex causa posterioris tituli *leg. qui res 29. infr. hoc tit.* secundum eam emendationem quam ad eum locum afferemus *l. si vendideris 9. infr. de euict.* Non quia possit lucratiua causa concurrere cum onerosa, vt Bartolus hic notat, sed quia quod ex priore titulo siue lucratiuo siue oneroso meum factum non est, ex posteriore siue lucratiuo etiam siue oneroso, meum fieri potest. Et cùm dicimus duas causas lucratiuas circa eandem rem & eandem personam non posse concurrere, duas autem, quarum vna sit lucratiua, altera sit onerosa, posse, *leg. ex promissione 19. cum leg. seq. infr. de obl. & act. §. si res alienæ inst. de legat.* hic intelligimus, non vt ex vtraque causa & lucratiua & onerosa res mea fieri possit, *leg. non vt ex pluribus 159. de reg. iur.* cùm id quod iam meum est, magis meum fieri non possit §. *sic Itaque inst. de action.* sed vt is, à quo quis rem habet ex causa onerosa, vt cùm quis rem alienam ignorans emit, non eo minus agere possit ex empto, aut alia simili actione, quod ex causa lucratiua eiusdem rei dominus factus sit, quod in duabus causis æquè lucratiuis contingere nunquam potest, putà si aliena res duorum testamentis vni legata sit, *dict. §. si res aliena l. huiusmodi 84. §. qui seruum 5. de leg. 1.* Denique sufficit emptori, vt possit verè dicere se rem venditam habere ex alia quàm venditionis causa *leg. si rem quam 29. & leg. si seruus venditus 21. §. & ideò supr. de euict.* nimirum quod ad hoc vt pretium repetere posset *dict. leg. qui res & dict. leg. si vendideris*, non etiam agere ad id quod sua interest, cùm supra quantitatem pretij nihil possit eius interesse, qui ex noua causa quantumlibet lucratiua irreuocabiliter dominus factus est.

16 ¶ In his autem, quæ cum re empta præstari solent, non solùm dolum,

sed & culpam præstandam arbitror. nam & Celsus libro octauo Digestorum scripsit: cùm conuenerit, vt venditor præteritam mercedem exigat, & emptori præstet: non solùm dolum, sed & culpam eum præstare debere.

Ad §. 16. In his autem.

RAT. DVB. In ea quidem re quæ vendita est, non solùm dolum, sed etiam culpam præstare venditor debet, quia venditio & emptio fit gratia vtriusque, id est, tam emptoris quàm venditoris *l. si vt certò 5. §. nunc videndum supr. l. commod. l. contractus 23. de reg. iur.* Sed in iis rebus quas venditor cum re vendita præstare debet, mitius cum eo agendum videtur, vt solum dolum præstare debeat non etiam culpam, cùm verum sit eas res venditas non fuisse. Aliud enim longè est præstari rem venditam, aliud verò simul cùm re vendita, præstari aliquid quod venditum non sit.

DEC. Eadem iuris & æquitatis ratio locum habet in accessoriis venditionibus, quæ in ipsa principali re vendita *l. ex empto §. si quis rem vendiderit penult. supr. hoc tit.* Pleraque enim res emimus propter ipsarum accessiones *l. si in emptione 34. in princip. supr. de contrah. empt.* Ergo non minus culpa quàm dolus præstari debet à venditore, etiam in accessoriis venditionibus. Exemplum affert Vlpianus ex Celso si conuenerit vt venditor præteritam mercedem à fundi conductore exigeret, eámque emptori præstaret, quàm pactionem in fundorum locatorum venditionibus frequentem fuisse diximus ad §. *sin locatus supr.* In hac igitur conuentione exequenda, id est in exigenda mercede à conductore, non tantùm dolum, sed etiam culpam venditori præstare emptor debebit, vt non eo minus teneatur ex empto, quod nihil mali fecerit, si modo culpa ei aliqua imputari possit, *l. si cum fundum 68. in princ. supr. de contrah. empt.*

17 ¶ Idem Celsus libro eodem scribit: Fundi, quem cum Titio communem habebas, partem tuam vendidisti: &, antequàm traderes, coactus es communi diuidundo iudicium accipere. si socio fundus sit adiudicatus: quantum ob eam rem à Titio consecutus es, id tantum emptori præstabis. quod si tibi fundus totus adiudicatus est: totum (inquit) eum emptori trades. sed ita, vt ille soluat, quod ob eam rem Titio condemnatus es. sed ob eam quidem partem, quam vendidisti, pro euictione cauere debes: ob alteram autem, tantùm de dolo malo repromittere. æquum est enim eandem esse conditionem emptoris, quæ futura esset, si cum ipso actum esset communi diuidundo. [a] sed si certis regionibus fundum inter te, & Titium iudex diuisit: sine dubio partem, quæ adiudicata est, emptori tradere debes.

Ad §. 17. Idem Celsus.

RAT. DVB. Venditio non plus iuris transferre in emptorem potest, quàm venditor habuerit *leg. traditio 20. de acquir. rer. dom. vulg. l. nemo potest 51. de reg. iur.* Atqui ponimus venditorem qui fundum communem habebat cum Titio, non nisi partem suam vendidisse, id est dimidiam. Ergo quamuis antequam fundum traderet coactus sit à Titio iudicium communi diuidundo accipere: non tamen debet ea res emptori prodesse, vt si totus fundus venditori adiudicatus sit, eum quoque totum tradere emptori debeat. Quonam enim obsecro iure aut colore potest emptor totum fundum actione ex empto petere, qui non nisi partem emerit? è contrario autem si Titio tanquam socio totus fundus adiudicatus fuerit, & ob eam rem, vt fieri assolet, Titius socio pecuniam aliquam præstare condemnatus sit? Nulla ratio esse videtur propter quam dicendum sit, emptorem ea pecunia contentum esse debere, cùm non pecuniam, sed fundi partem quæ ad venditorem spectabat, emerit, nec ius ipsius facto alieno siue venditoris siue Titij, ex postfacto deterius fieri potuerit, *l. vlt. supr. de pact. l. Granius 71. §. pen. infr. de fideiuss. vulg. l. non debet alteri 74. de reg. iur. l. is qui fundum 31. in fin. de vsufr. leg.*

DEC. Statim atque perfecta venditio, quod fit nudo consensu, omne commodum & incommodum rei venditæ ad emptorem pertinet *l. id quod 7. cum l. seq. & passim supr. de peric. & com. rei vend. §. cùm autem inst. de empt. & vend.* cumque emptor in omne ius venditoris succedat, æquum est eandem esse conditionem emptoris quæ futura esset, si cum ipso actum esset iudicio communi diuidundo. Atqui si Titius cum emptore egisset communi diuidundo, quomodo agere debuisset, si fundus ante traditus emptori fuisset? vt hic textus innuit, & lex *venditor domus infrà hoc titulo.* Nec commodè is fundus diuidi regionibus potuisset, vtiq; alterutrum omnimodo euenisset, vt vel emptori totus fundus adiudicatus esset condemnato eo ob hanc causam certam quantitatem Titio præstare, aut totius fundi adiudicatio facta esse Titio, ea lege vt vicissim pecuniam aliquam emptori redderet. Non ergo debet recusare eo casu quo cum ipso venditore actum sit communi diuidundo, eandem vicem quam venditor subire, & quam subire ipse cogeretur hodie, si iudicio communi diuidundo cum eo ageretur. Ita fit vt quamuis iudicium ex empto sit singulare, non vniuersale, succedat tamen eo casu pretium loco rei, quod tamen regulariter non fit, nisi in iudiciis vniuersalibus *leg. si rem, aut pretium 22.* vbi

vbi diximus *suprà de hered. petit.* Nimirum quia hæc alienatio, quæ fit per sententiam arbitri in iudicio communi diuidundo, necessaria est, non voluntaria, vt bene hic Castren. notat. Habet enim causam necessariam & intrinsecam à communione, in qua nemo inuitus manere cogitur *l. vlt. C. commun. diuid.* & à potestate legis duodecim tabularum, quæ in hanc rem vsum adiudicationis induxit, vt per eam dominium ipso iure transferretur etiam citra aliam traditionem §. *vlt. Inst. de offic. iud.* Multum autem refert, an vnus ex sociis partem suam rei communis vendiderit, an verò pignori dederit: nam cum obligatio pignoris non solum in rem sit *l. pignoris 17. infr. de pignorib. l. pignoris 18. C. eod.* sed etiã ius in re tribuat *l. si creditor 7. §. 1. inf. de distract. pign.* non potest diuisio ius pignoris extinguere etiam in ea parte quæ ad socium peruenit *l. communi 7. §. si debitor.* vbi diximus *supr. com. diuid. l. 3. § post diuisionem infr. qui pot. in pign. hab. leg. si fratres 7. Cod. Com. vtri. iud.* Quemadmodum nequ fructuario noceret diuisio facta cum proprietario *d. l. is qui fundum 3. infrà de vsufruct. leg. iunge l. cum in fundo 78. §. pen. infr. de iur. dot.* At is qui vendidit, teneatur tantum actione personali quæ non transit in emptorem *l. vltim. supr. de contrab. empt. l. 1. §. si heres infr. ad SC. Trebell.* vt benè hic Castrensis pluribus explicat.

a - *Sed si certis regionibus.* RAT. DVB. Etiam cùm certis regionibus fundus communis diuisus est, cuius partem vnus ex sociis extraneo vendidit, verum tamen est eam partem fuisse venditam quæ venditionis tempore erat in dominio venditoris, at proinde partem dimidiam in vna quaque parte glebæ illius quoque portionis quæ socio adiudicata est: partes enim sociorum in fundo communi non corporis, sed iuris intellectum habent *l. Mœuius 66. §. duorum de leg. 2.* Ergo non debet liberari venditor si eam fundi communis partem quæ ex adiudicatione ad se peruenit emptori tradat, quasi non sit illa ipsa portio quam vendidit, sed alia.

DEC. Potestas adiudicationis facit vt portio quæ per diuisionem & adiudicationem ad vnum ex sociis peruenit, pro diuiso censeatur eadem ipsa pars quam trahebat socius pro indiuiso in re communi. Nec enim diuisio, quæ fit per adiudicationem, auget partes communionis, sed eas tantùm ab inuicem distinguit, quæ scilicet, vt diximus, iuris intellectu magis quàm diuisione corporum in re communi, ab vno ex sociis possidebantur. Alioqui nulla satis commoda posset iniri ratio faciendæ diuisionis, si pars diuisa censeretur diuersum quid ab ea quæ fuerat initio diuisa. Intelligetamen hunc §. eo casu, quo is qui emit partem fundi communis, sciuerit fundum esse communem, non etiam si ignorauerit: nam proculdubio deciperetur is, qui partem fundi emeret tanquam regionibus diuisam, quæ adhuc indiuisa esset, quia ignorans incideret in communionem, contra *l. si non sortem 26 si centum supr. de condict. ind.* & in socium fortassis rixosum, cum quo nihil nisi discordias parere materia communionis posset, vt Papinianus loquitur in *leg. cum pater 77. §. dulcissimis de leg. 2.*

18 ¶ Si quid seruo distracto venditor donauit ante traditionem: hoc quoque restitui debet. hæreditates quoque per seruum adquisitæ, & legata omnia. nec distinguendum, cuius respectu ista sint relicta. item quod ex operis seruus præstitit venditori, emptori restituendum est: nisi ideo dies traditionis ex pacto prorogatus est, vt ad venditorem operæ pertinerent.

Adl. Si quid seruo 18.

RAT. DVB. Donari non videtur, nisi quod eius fit cui donatur *l. in ædibus 9. §. vlt. infr. de donat. leg. non videntur data 167. in princ. de reg. iur.* Atqui dominium transire non potest à domino in seruum, cum seruus omnino sit incapax acquisitionis tanquam qui non habeat personam integram, nec caput in ciuitate, ideóque non tam pro mortuo, quàm pro nullo habeatur *l. quod attinet de reg. iur.* Nec ciuili tantùm iure, sed etiam prætorio, *l. nullo modo 7. ad leg. Cornel. de falsi. l. qui testamento 20. §. seruus infr. qui test. fac. poss.* Ergo nec potest fieri, vt dominus quicquam donet seruo suo quamuis vendito, cùm non eo minus ante traditionem maneat in dominio venditoris, siue solutum sit pretium siue non *l. quoties 15. C. de rei vind. l. si ea res 31. §. vlt. infr. hoc tit.* Sed neque valere potest donatio, quin obligatio ciuilis contrahatur inter donantem & donatarium, vnde est quod inter patrem & filium familias donatio non valet *l. donationes 31. §. pater qui filiæ. de donat. l. siue emancipatis 17. C. eod. l. 2. C. de inoff. donat.* Seruus autem ciuiliter obligari non potest, ne quidem extraneo, multò minus domino *l. nec seruus 41. supr. de pecul.* Ergo nec donationem à domino accipere.

DEC. Cùm dicimus seruum aliquid suum habere ex donatione à domino facta, minùs propriè loquimur, & hoc tantum significamus, habere illum eam rem propriam conniuentibus quodammodo domini oculis, vt Vlpianus loquitur in *l. 4. §. 1. infrà de manum.* Ergo nihil vetat donari quid seruo à domino, præsertim si iam distractus seruus sit, vt in hoc §. Etsi enim donatio illa, neque effectum, neque vinculum obligationis vllum habet, quamdiu seruus in dominio remanet donatoris, quia liberum donatori est reuocare donationem, quomodo & quando velit, incipit tamen vires & effectum habere, cùm seruus postea traditus incipit fieri emptoris, vt per mediam ipsius personam quod ei donatum fuerat, acquiratur emptori, ad quem scilicet sicut omne damnum & periculum, ita & omne commodum pertinere debet ex die perfectæ venditionis, quæ porrò perficitur nudo consensu *l. id quod 7. & l. seq. & passim suprà de peric. & com. rei vend. §. cùm autem Inst. de empt. & vend.* Præsertim cum credendum sit emptorem tantò carius seruum emisse quod sciret ei rem illam à domino donatam fuisse, donatam inquam simpliciter, vt benè Castrensis interpretatur, non vt haberet seruus illam rem in peculio, alioqui quod donatum esset, remaneret venditoris, nisi seruum cum peculio vendidisset, vt in *l. si quis seruum 23. hoc tit.* Atqui, inquies quod à domino donatum est seruo iam vendito, negare non possumus, quin ex re venditoris acquisitum,

BIU Cujas

Ergo penes eum residere debet, iuxta id quod scriptum est in §. *item si quid ex operis supr. hac leg.* Sed respõdendum est ea demum non transire in emptorem, quæ seruus venditus ante traditionẽ acquirit ex re venditoris, siue sciẽtis siue ignorantis, sed nõ etiã ea quæ dominus ei donata voluit, cùm videri nõ possit ea sibi acquisita voluisse per seruum iã vẽditum, sed ad emptoris potiùs quàm ad serui personam & commodum respexisse. Ponendum igitur est donasse dominum seruo non tanquam proprio, sed quasi vendito, & proximè tradendo, aut quomodo alij cuilibet seruo alieno donari solet secundum definitionem Iuliani in *l. per seruum* 37. §. 1. *& seq. infr. de acquir. r. dom.* Idem iuris est in hereditatibus quæ per seruum venditum acquisitæ sunt. Etsi enim hereditates & legata non alij acquiri per seruum possunt quam domino *l. placet* 79. *D. de acquir. hered.* id est venditori, qui etiam post venditionem, & quousque seruum venditum tradiderit, & pretium acceperit, dominus manet *l. quod vendidi* 19. *& l. vt res supr. de contrah. empt.* quæ ad hunc versic. dubitandi ratio erat, cùm tamen omne commodum & incommodum ex die perfectæ vẽditionis, quod fit nudo cõsensu, spectet ad emptorem *d.* § *cùm autem inst. de empt. & vendit.* æquum certè est, venditorem præstare emptori actione ex empto quicquid lucri ex hereditate vel legato per mediam serui venditi personam sensit.

a *Nec distinguendum est, cuius respectu.* RAT. DVB. In omnibus ferè iuris partibus quoties seruo aliquid relinquitur per speciem vltimæ voluntatis distinctio necessaria est, cuius respectu & contemplatione relictum sit, an vsufructuarij, an proprietarij si seruus fructuarius fuit *l. si serui* 21. *cum seq. supr. de vsufr.* vt acquiratur hereditas vel legatum ei cui testator legatum voluit. Ergo & in proposito si qua hereditas vel legatum seruo vendito obuenerit ante traditionem, distinguendum est, cuius contemplatione hereditas ei relicta sit, vel legatum, an respectu scilicet, & fauore emptoris, an venditoris, vt in *l. aditio* 45. §. *vlt. infr. de acq. hered. l. sed si plures* 10. §. *in adrogato de vulg. & pupill.*

DEC. Aliud est quærere de acquisitione, aliud de lucro. Hereditas relicta seruo vẽdito vel legato non alij acquiri potest per seruum quam venditori qui solus est dominus. Sed non ideo cedit ea acquisitio lucro venditoris, quia quicquid per seruum acquisiuit, cogendus est actione ex empto emptori præstare & restituere, vt diximus. Idque etiamsi contemplatione solius venditoris testator eam hereditatem, vel legatum seruo vẽdito reliquisse proponatur: non enim fit hoc ex voluntate testatoris, sed ex bona fide quam emptori præstare venditor omnimodo debet. Sic dicimus, bonę fidei possessorem sibi acquirere & suos facere fructus omnes sola perceptione *l. bonæ fidei.* 48. *de acquir. rer. dom.* nec tamen eos luciari, nisi vsucapione vel consumptione *l.* 4. §. *post litem supr. fin. reg. l.* 4. §. *lanam de vsucap.* quia si extent, eos restituere cogitur officio iudicis *l.* 1. *inst. de off. iud.* sic & creditor facit fructus suos, quos percipit ex pignore, nec tamen eos lucratur, quia imputare illos cogitur in sortem *l.* 1. *& 2. C. de pig. act.*

b *Item quod ex operis.* RAT. DVB. & DEC. ad hũc versic. eadem est quæ ad §. *item si quid ex operis* 13. *supr.* Quod enim ex operis serui acquiritur, id videtur acquiri ex re domini *l. qui bona fide infr. de acquir. rer. dom.* ac perinde lucro & commodo venditoris *dict.* §. *Item si quid.* Sed tamen placet non eo minus id quod ex serui venditi operis acquisiuit venditor emptori reddere eum debere, eadem illa ratione quam attulimus, quod ex bona fide sit, vt lucrum omne & commodum quod bona fide, aut occasione rei venditæ perceptum est, à venditore restituatur emptori, ad quem etiam omne damnum & incommodum pertineret *l. id quod* 7. *& seq. supr. de peric. & com. rei vend. l. secundum naturam* 10. *de reg. iur.* nisi ex operis suis seruus acquisierit, & præterea ex re venditoris, quo demum casu æquum est manere lucrum penes venditorem, nec emptori restitui. Idem est si ideo dies traditionis ex pacto prorogatus sit, vt ad vendiorem interim operæ pertinerent, semper enim bonæ fidei congruit id seruari, quod inter contrahentes actum est, *leg. ex empto* 11. §. 1. *supra leg. sed Celsus* 6. §. 1. *supr. de contrah. empt.*

19 ¶ Ex vendito actio venditori competit ad ea consequenda, quæ ei ab emptore præstari oportet.

Ad §. 19. *Ex vendito.*

Incipit Vlpianus ab hoc §. tractare de actione ex vendito, cùm ab initio *legis ex empto* 11. *supr.* non nisi de actione ex empto huc vsque tractauerit. Sunt enim hæ actiones ex empto & vendito inuicem oppositæ, quamuis competant ex eodem contractu, & quidem æquè principaliter, quia sicut actio ex empto competit emptori contra venditorem ad consequenda ea omnia quæ venditorem emptori præstare æquum est, ita & actio ex vendito datur venditori contra emptorem ad ea omnia consequenda quæ venditori emptorem præstare oportet. Neque hoc vllam recipit dubitandi rationem, nisi ex eo fortè quod veteres, sicuti nominibus emptionis & venditionis promiscuè vtebantur *l. veteres* 12. *& seq. infr. hoc tit.* ita & actionum ex empto & vendito nomina plerunque confundebant, quousque visum est commodius, ea sic distinguere, vt quemadmodum alia est persona emptoris, alia venditoris, *l.* 1. *inf. de rer. permut.* ita & actio ex vendito illa demum dicatur, quæ datur venditori contra emptorem, ex empto autem quæ datur emptori contra venditorem. Præcedit autem tractatus actionis ex empto, quanquam dignior, quia venditiones & emptiones emptoris gratia potissimum fiunt, non venditorum, qui vt plurimum pauperiores ex vendendo fiunt.

20 ¶ Veniunt autem in hoc iudicium infra scripta: in primis pretium, quanti res venit: item vsuræ pretij post diem traditionis. nam cùm re emptor fruatur: æquissimum est, eum vsuras pretij dependere.

Ad §.

BIU Cujas

Ad §. Veniunt autem. 20.

RAT. DVB. Quod pertinet ad pretium, nulla adferri potest: nam cum sine pretio nulla venditio esse possit *leg. 2. §. 1. suprà de contrah. empt.* necesse est actionem ex vendito, quæ venditori datur ad consequenda ea omnia quæ ipsi ab emptore præstari oportet, vel ad nihil dari, vel ad pretium dari quod conuentum est, & ideò formale dicitur *l. in lege 62. infrà ad leg. Falcid.* quasicilicet formam & substantiam precisam accipit à conuentione, quæ si non esset, pretium verum & iustum inquiri oporteret, quod cum à viri boni arbitrio dependeat, formam ab initio certam & quantitatem nullam habet, cúmque in emptionibus omnibus nihil tam bonæ fidei congruat quam id præstari quod conuenit *l. ex empto 11. §. 1. supr. leg cum venderem 21. infrà tit. prox.* mirum non est actione ex vendito pretium formale peti, non quod verum & iustum est, ne alioqui fiat iniuria venditori, si fortè minoris æstimaretur fundus venditus, aut emptori, si pluris quam à contrahentibus æstimatus fuerit.

a *Item vsuræ pretij.* RAT. DVB. In vendendo nihil dictum est de vsuris pretij. Ergo actiones de vēdito peti non possunt nequidem à die transactionis à venditore factæ.

DEC. Actio ex vendito datur ad ea omnia consequenda quæ emptorem venditori præstare ex bona fide æquum est §. 1. *supr.* Atqui æquum est emptorem qui à venditore traditam rem accepit, indeque fructuum percipiendorum facultatem nactus est, vicissim venditori præstare vsuras pretij in vicem fructuum, ne alioqui venditor & re & pretio careat, emptor autem & re & precio fruatur: quod vtrumque iniquum esset *leg. bona fides 50. infr. hoc tit.* Estque hic vnus ex casibus in quibus vsuræ debentur citra moram aut potiùs ob moram quidem, sed re ipsa contractam, & citra vllam interpellationem *l. curabit 5. eod. hoc ti l. 2. C. de vsuris*, quam vulgo nostri moram irregularem vocant, ad *l. quod te 5. supr. de reb credit.* Sicut è contrario, iniquum esset cogi emptorem vsuras pretij præstare, si fructus rei venditæ non percepisset *l. liberalitatis 16. §. 1. infr. de vsur.* Idque adeo verum est, vt post aditam possessionem defuncto venditore, cui successor incertus fuerit, medij quoque temporis vsuræ pretij, quod depositum & obsignatum non fuerit, præstari debeant *leg. euictionis 8. §. 1. eodem titulo.* Cur ergo inquies, non præstabit emptor vsuras pretij etiam pro eo tempore quod traditionem præcessit, cum totius temporis quod venditionem consecutum est, fructus consequi debeat? *dict. l. curabit & leg fructus 13. C. hoc titulo.* Nimirum quia vt post Azonem notat Accursius, in potestate emptoris est, an percipere fructus rei venditæ velit ex die contractæ venditionis, an vero ex die tantum traditionis, vt priore casu vsuras quoque præstare emptor venditori debeat, eadem ratione quam attulimus, ne & re & precio simul fruatur, si vero à die tantum traditionis velit fructus consequi, nec nisi ab eo tempore vsuras pretij præstare debeat, tametsi venditor vellet ei culpam obiicere, quod fructus nullos ante traditionem percepisset, cum emptoris culpa, si qua in eo est, lucrum fructuum venditori attulerit, nec quisquam alij culpam possit obiicere, ex qua ipse lucrum sentiat *leg. cum in fundo 78. §. sed cum mulier. dict. l. si extraneus 33. infr. de iur. dot.* Neque tamen vsquequaque verum est quod Azo, & Accursius supponunt, fructus rei venditæ ex die perfectæ venditionis ad emptorem pertinere. Id enim ita demum verum est, si emptor pretium statim soluerit vel obtulerit, & recusante aut differente venditore obsignauerit, quo casu cùm venditor in mora constituatur, fructus quoque eum reddere ex mora æquum est, cum in omnibus bonæ fidei contractibus fructus non minus quam vsuræ debeantur *leg. mora 32. §. in bonæ fidei l. videamus 37. §. penult. infr. de vsur.* Sed si mora ex nulla parte contracta sit, nullum ius habet emptor consequendorum fructuum, quos venditor ante traditionem percepit, cum eos iure suo perceperit, & tanquam dominus, nec enim amittit rei dominium ante traditionem, adeoque nec per traditionem, nisi solutum sit pretium, aut aliter eo nomine satisfactum, vt diximus ad §. *offerri suprà ex leg. quod vendidi 19. & leg. vt res 53. suprà de contrah. empt. §. venditæ instit. de rer. diuis.* Fructus autem nonnisi soli & dominij iure percipiuntur.

21 ¶ Possessionem autem traditam accipere debemus, etsi precaria sit possessio: hoc enim solùm spectare debemus, an habeat facultatem fructus percipiendi.

Ad §. 21. Possessionem.

RAT. DVB. Is qui rogauit, vt precario in fundo moretur, non possidet, sed possessio apud eum qui concessit, remanet *leg. certo §. is qui rogauit infrà de precar.* Ergo non videtur à venditore tradita possessio, quæ non nisi precaria emptori tradita est, & consequenter non potest vsuras pretij debere emptor, cùm non aliter eas debeat, quam si res emptori tradita sit, nec nisi à quo tempore tradita est, præsertim cum venditor non tantum possessionem, sed etiam vacuam eam tradere teneatur *leg. 2. §. 1. vt supr.* vacua autem dici non possit possessio, in qua etiam alius sit, vt ibidem scriptum est, aut in qua saltem alius potior futurus sit, si de ea litigetur *leg. 3. leg ex empto 11. aliàs lex emptorem §. idem Neratius suprà hoc titulo.* Precaria autem possessio tradita non potest dici vacua, cum is qui precario concessit, si non solus, vt diximus, saltem simul cum eo qui rogauit possideat *leg. & habet 15. §. eum qui infrà de precar.* Nec dubitetur, quin potior futurus sit in quæstione de possessione, quandoquidem habet interdictum de precario, & ad nutum reuocare precarium potest *leg. 1. & 2. leg. cum precario 12. leg. interdictum 14. hoc titulo.*

DECID. Non videtur quidem tradita possessio, quam venditor emptori non nisi precario tradidit, scilicet quantum ad hoc vt venditor à tradendi obligatione liberetur, de qua in *leg. 1. & dict. leg. exceptio 11. §. 1. vt suprà leg. si traditio 4. Cod. eod.*

BIU Cujas

titulo leg. seruì 16. supr. de pericul. & commod. rei vend. Sed tamen habetur pro tradita quantum ad hoc, vt habeat emptor facultatem percipiendorum fructuum ex re vendita, quomodo hic Vlpianus scribit, nempe is, qui precario rogauit, saltem corpore possidet, aut, vt melius dicam, in possessione fundi est, *dict. §. eum qui.* Corporalis enim possessio illa est, quæ fructuum percipiendorum commodum & facultatem præstat. Ergo & quantum ad hoc vt pretij vsuras emptor debeat ex die traditionis precariæ, non minus quam si traditio absolutè & animo transferendæ possessionis facta esset, cum debeantur in vicem fructuum, vt proximè diximus. Sufficit enim precariam possessionem iustam esse, vt ait *lex quæcunque* 13. §. 1. *suprà de public. in rem act.* quamuis non pergat ad iudicij vigorem, quomodo idem Vlpianus scribit in *l. communi* 7. §. *inter prædones supr. commun. diuid.* quod & hic Accursius noster benè notat. Sed hæc quidem in fundo vendito obtinent, non etiam in seruo, qui si venditus & precario tantum traditus sit, nihil tamen acquirit emptori, nequidem ex operis suis *d. l. serui iunct. l. quæsitum* 40. *in fin. infr. de acquir. rer. domin.*

22 ¶ Præterea ex vendito agendo, consequetur etiam sumptus, qui facti sunt in re distracta, vtputa si quid in ædificia distracta erogatum est. scribit enim Labeo, & Trebatius, esse ex vendito hoc nomine actionem: idem est, si quid in ægri serui curationem impensum est ante traditionem: aut in disciplinas, in quas verisimile erat etiam emptorem velle impendi. [a] hoc amplius Labeo ait, & si quid in funus mortui serui impensum sit, ex vendito consequi oportere: si modò sine culpa venditoris mortem obierit.

Ad §. 22. Præterea.

RAT. DVB. De sumptibus faciendis in rem venditam à venditore ante traditionem nihil dictum neque cogitatum est, cum res venderetur. Ergo pro iis sumptibus repetendis actio ex vendito dari venditori non potest, ne extendarur alioquin vltra id quod inter contrahentes actum est, cum maxime in emptis & venditis inspici oporteat, quid actum sit, *leg. sed Celsus* 6. §. 1. *supr. de contrahend. emption.* Præsertim cùm venditor ante factam rei venditæ traditionem dominium rei venditæ retineat *leg. quod vendidi* 19. *supr. eodem titulo* §. *venditæ instit. de rerum diuis.* nemo autem actionem habere possit pro impensa, quam in rem suam fecerit, ne aliter posito iure dicendum sit, obligari eum sibi ipsi, quod nullo modo fieri potest, aut si dicas, huiusmodi impensam contemplatione emptoris factam esse, potius danda erit negotiorum gestorum actio quam ex vendito.

DECID. Non est æquum, neque ex bona fide, vt emptor ex damno & iactura venditoris locupletetur *leg. nam hoc natura* 14. *supr. de condict. indeb. leg. natura* 206. *de regul. iur.* Atqui locupletaretur emptor ex iactura venditoris, si impensas à venditore factas emptor non restituere cogeretur, quippe qui rem tanto meliorem & pretiosiorem habiturus esset, cum omne commodum superueniens rei venditæ post venditionem perfectam emptori pertineat *leg. id quod* 7. *iunct. leg. seq. supr. de pericul. & commod. rei vend.* Ergo sumptus omnes à venditore in rem venditam factos ei ab emptore restitui æquum est, non minus quam si vendita res iam tradita fuisset, cum posset venditor quandocunque cogi ab emptore, vt eam tradat *leg. 1. leg. ex empto* 11. §. 1. *supr.* nec possit emptor venditori culpam obiicere, quasi in rem venditam sumptus facere non debuerit, ex quibus emptor ipse lusiorum sentiat *leg. si extraneus* 33. *leg. cum in fundo* 78. §. *quod si mulier infr. de iur. dot.* puta si quid in ædificia distracta erogatum sit, quæ alioquin aut peritura, aut saltem deteriora facta fuissent. Impensam enim aut necessariam, aut saltem vtilem esse necesse est, vt repeti possit. Ergo etsi in serui venditi curatione, cum æger esset, aliquid impensum sit ante traditionem, aut etiam in disciplinas, in quas verisimile erat etiam emptorem velle impendi, nihil causæ est, cur non huiusmodi impensas omnes venditori restituere emptor debeat, agente venditore actione ex vendito, quæ scilicet competit ad consequenda ea omnia, quæ emptorem venditori præstare æquum est §. *ex vendito* 19. *supr.* iunge *legem si seruos* 25. *supr. de pignorat. act. & legem si prudentes* 27. §. *si cloacarij supr. de vsufruct.*

a *Hoc amplius Labeo ait.* RAT. DVBIT. Nullum ex seruo vendito & mortuo commodum sperare emptor potest, qui enim mortuus est, nullus est, & consequenter nullius vtilitatis *leg. penultim. supr. de condict. tritic.* Ergo neque impensam quæ in serui mortui funus facta est, agnoscere emptor debet, præsertim cum is seruus quamdiu traditus non est, in venditoris dominio permanserit. Onus autem sumptuum funeris ad proprietarium maximè pertineat *leg. funeris impensam* 15. *leg. Neratius* 20. *& passim suprà de religios. & sumpt. funer.*

DECID. Periculum & incommodum omne rei venditæ ex die perfectæ venditionis pertinet ad emptorem *leg. id quod* 7. *& leg. seq. leg. serui emptor* 14. *& pass. supr. de pericul. & commod. rei vind.* Ergo quod seruus venditus decesserit ante traditionem, facere non debet, quo minus impensam funeris quam venditor præstitit ei reddere emptor debeat, perinde ac si seruus post traditionem decessisset, quo casu nemo dubitaret, quin emptoris sumptibus funerari debuisset. Verum hoc ita accipiendum est, si modo sine

BIU Cujas

sine culpa venditoris mortem seruus obierit: nam interueniente culpa venditoris, æquissimum est torum damnum ad eum pertinere, qui damni causam dedit *l. is damnum dat. 169. de reg. iur.* Imo & qui occasionem damni præstat *l. qui occidit 30. §. penult. supr. ad l. Aquil.*

23 ¶ Item si conuenerit, cùm res veniret, vt locuples ab emptore reus detur: ex vendito agi posse, vt id fiat.

Ad §. 23. Item si conuenerit.

RAT. DVBIT. Cum inter venditorem & emptorem conuenit, vt emptor pro se locupletem reum daret, id est expromissorem idoneum, hoc ipso conuenisse videtur, vt emptor non sit obligatus. Expromissor enim propriè ille dicitur qui solus obligatur, & pro non obligato, vt in *leg. aliquando 13.* vbi diximus *suprà ad SC. Velleian. leg. eleganter 7. §. seruus supr. de dol. leg. cum doti 55. iunct. l. 5. §. sed si pater infr. de iur. dot.* Ergo non potest emptor hoc casu teneri actione ex vendito, cum non sit obligatus, nec possit nasci actio personalis nisi ex obligatione personali *l. licet 42. §. obligatio supr. de procurat.*

DECID. Actio ex vendito datur ad ea omnia præstanda de quibus inter emptorem & venditorem conuenit per pactum siue in ipsa venditione, siue in ipso contractu appositum siue initio contractus siue post contractum, in continenti tamen: hoc enim est quod solemus dicere, pacta incontinenti facta aut etiam initio contractus non tantum inesse iudiciis bonæ fidei, sed etiam ita inesse, vt forment actionem, id est, faciant, vt actio, quæ ex contractu competit, ipsa etiam detur, ad id omne, quod pacto comprehensum est *leg. iuris gentium 7. §. quin imò & §. adeo supr. de pact. leg. in bonæ fidei 13. Cod. eodem leg. initio 5. & leg. vltim. Cod. de pact. inter emptorem & venditorem.* Ergo multo magis si in ipsa venditione conuenerit, vt pro pretio idoneus expromissor ab emptore detur dicendum est posse conueniri emptorem ex vendito, vt idoneum det expromissorem, quia credibile est, venditorem cum suspectas haberet, venditoris facultates, ea lege contraxisse, nec aliter contracturum fuisse. Cumque venditio solo consensu perfecta fuerit, negari non potest, quin emptor ex ea fuerit obligatus, nec eo minus tamen expromissorem dare potest: Cum expromissor ille sit non tantum qui se obligat pro eo qui nunquam obligatus fuit, sed etiam is qui animo nouandi se obligat pro alio qui iam quidem antea obligatus est, sed tamen expromissore dato obligatus esse desinit propter nouationem quæ nihil aliud est quam prioris debiti peremptio, & in sequentem obligationem transitio *l. 1. infr. de nouat.* nunquam enim sine renouatione fit expromissio, in quo maxime ac potissimum differt à fideiussione, vt alibi sæpe scripsimus.

24 ¶ Si inter emptorem prædiorum, & venditorem conuenisset, vt, si ea prædia emptor hæresve eius pluris vendidisset, eius partem dimidiam venditori præstaret, & hæres emptori pluris ea prædia vendidisset. venditorem, ex vendito agendo, partem eius, quo pluris vendidisset, consecuturum.

Ad §. 24. Si inter.

RAT. DVB. In actionem ex vendito, quæ venditori contra emptorem accommodatur, venit quidem pactum, sed formale, id est, quod contrahentium præcisa conuentione definitum est §. *veniunt*, vbi diximus *supr. hac lege.* Atqui ponimus prædia vendita certo pretio, puta centum aureorum distracta fuisse. Ergo etiamsi inter emptorem & venditorem conuenerit, vt si emptorem postea eadem prædia pluris vendere contingeret, amplioris pretij partem emptor venditori daret, & emptor postea ducentis aureis eadem prædia vendiderit, non videtur admittendum, vt actione ex vendito consequi debeat venditor ab emptore quinquaginta aureos qui ex posteriore venditione prioris pretio accesserunt, quasi implicet contradictionem, vt agatur ex vendito, & tamen agatur ad aliud pretium quam quod formaliter in conuentionem deductum est.

DECID. Pacta omnia quæ aut in ipsa venditione, aut incontinenti post eam adiiciuntur, etiamsi ad pretij causam non pertineant, partem tamen pretij etiam formalis constituere existimantur, quia nimirum tanto minoris pondus venisse credendus sit, quam alioqui venditor pluris distraxisset *leg. si sterilis 21. §. si tibi infr. hoc titulo leg. qui fundum 75. leg. fundi partem 79. supr. de contrah. empt. leg. si venditor 6. §. 1. in fin. de seruis exportandis.* Multò magis si pactum interuenerit de formali illo pretio in certum casum, vel augendo, vel minuendo, vt in specie huius §. Ergo actionem ex vendito habere venditor debet, per quam partem eius consequatur, quo pluris emptor fundum vendiderit, cum dubitari non possit, quin huiusmodi pactum valeat, vt in *leg. si pater 12. §. si fundo infr. de pact. dotal.* nec ad rem pertinet quod pretium formale hoc casu incertum constitui videatur, quod tamen ab initio certum esse debet §. *sed & certum instit. de empt. & vendit.* Non enim potest incertum videri quod per rationem ad alium actum certum fieri potest *leg. certum 6. supr. de reb. credit. leg. hæc venditio 7. §. penultim. & vltim. supr. de contrah. empt. leg. vltim. Cod. eodem.* In proposita autem specie licet ab initio dici non possit, quanti res vendita sit

BIU Cujas

propter spem maioris pretij, quod ex posteriore venditione adiici poterit, scietur tamen facta posteriore venditione quantum ab initio pretium fuerit: nam & hæc res ex earum numero esse potest, in quibus ex postfacto apparet, quid ante fuerit, vt in *leg. qui res* 98. §. 1. *infr. de solut.* Neque rursus incertum fit pretium ex eo solo quod maius minúsve postea fieri possit, si modo certam ab initio habuerit quantitatem *dict. leg. hæc venditio.* §. *vltim.*

25 ¶ Si procurator vendiderit, & cauerit emptori: quæritur, an domino vel aduersus dominum actio dari debeat. & Papinianus libro tertio responsorum putat cum domino ex empto agi posse vtili actione, ad exemplum institoriæ actionis: si modò rem vendendam mandauit. ergo & per contrarium dicendum est, vtilem ex empto actionem domino competere.

Ad §. 25. Si procurator.

RAT. DVBIT. Excepta causa possessionis nihil acquiri nobis per liberam procuratoris personam potest *leg. 1. Cod. per quas person. leg. solutam* 11. *§. per liberam*, vbi diximus *supr. de pignor. act.* Ergo si procutator meus rem meam etiam ex mandato meo vendiderit, & cauerit emptori, aut rem alienam mihi ex mandato meo emerit, dicendum est, neque vtilem actionem, nisi ex ipsius personæ contractu posse competere, neque emptori contra me, ne facilius ei sit mihi obligari, quam mihi acquirere, contra *legem, quin aliena 6. infrà de acquirend. heredit.* Melior enim fieri conditio nostra per alios potest, sed deterior non potest *leg. soluendo 39. suprà de negot. gest.*

DECID. Vtilitatis causa receptum est & recipi necesse fuit, vt per procuratores nostros non tantum possessio nobis acquiratur, sed etiam dominum per possessionem, quoties proprietas à possessione separari non potest *leg. per procuratorem 7. Cod. de acquirend. possess. leg. traditio 20. §. vltim. infr. de acquir. rer. domin.* Non tamen actio ex procuratoris stipulatione, nisi vtilis, quia difficilius est, vt actio ex contractu alieno quam dominium nobis acquiratur *leg. quæcunque* 11. *infrà de obligat. & action. leg. quo tutela 73. §. vltim. de regul. iur. iung. leg. si cum venditor 66. §. penultim. & vltim. infr. de euiction.* Ideóque nec vtilis actio passim & facile ex procuratoris contractu nobis aut contra nos acquiritur, sed ita demum si nobis præsentibus contraxerit, vt in *leg. si procuratori præsentis 79. infrà de verborum obligationib.* aut ex speciali mandato nostro, & ex re nostra contraxerit, vt in specie huius §. & in *leg. quod procurator 68.* vbi latius diximus *supr. de procur. iunct. leg. procurator qui pro euictione 67. eodem titulo.* Separandus est igitur procurator qui procuratorio nomine emit, & ex pecunia domini ab eo qui emit simpliciter: hic enim non acquirit domino, id est, ei à quo procutator constitutus est, nisi interueniente cessione, quam ideo facere iudicio mandati cogitur *leg. possessio quoque 49. §. vltim. infra de acquirend. possession.* priore autem casu procurator videtur quodammodo institor. *leg. 1. in fin. supr. de instit. act.* Et hoc est quod Vlpianus ex Papiniano scribit, si procurator vendiderit, posse cum domino agere ex empto vtili actione exemplo institoriæ actionis, si modo rem vendendam dominus specialiter mandauerit. Ex quo intelligimus male Ioannem apud Accursium intellexisse §. hunc de procuratore qui fuerit vere institor. His enim vtique directa non vtili actione institoria teneretur, etiamsi ad vnam rem tantum aut ad vnum actum institor factus fuisset *dict. leg. 1. & tot. tit. de inst. action.* Quod autem sequitur in hoc §. ergo & per contrarium dicendum est, vtilem actionem domino ex empto competere, sic accipiendum est, si è contrario procurator ex domini mandato aliquid emerit, non quidem domino, quod facere mox non potest, sed sibi ipsi mandato, tamen & ex re domini, vt hæc posterior species priori opponatur, in qua posuimus procuratorem vendidisse, alioqui non de actione ex empto loqui Vlpianus aut Papinianus debuerat, sed de actione ex vendito, quam licet idem Ioannes iis verbis ex empto significari crediderit *arg. l. veteres 19. infr. hoc titulo*: non est tamen probabilis hæc interpretatio, quæ actionum ex empto, & ex vendito iura & nomina imperitis confundit. Cætera quæ ad hãc quæstionem pertinent, quia longiorem tractatum desiderant, & quęstio Sabatina est, vt Accursius loquitur, petenda sunt ex iis quæ scripsimus ad *d. l. quod procurator & ad dict. §. per liberam.* Iunge aliud simile & per elegans Papiniani responsum in *l. liberto 31. supr. de neg. gest. & in leg. penult. in princip.* vbi etiam diximus *supr. de instit. action.*

26 ¶ Ibidem Papinianus respondisse se refert, si conuenerit, vt ad diem pretio non soluto, venditori duplum præstaretur, in fraudem constitutionum videri adiectum, quod vsuram legitimam excedit, diuersa nque causam commissoriæ esse ait: cùm ea specie (inquit) non fœnus illicitum contrahatur, sed lex contractui non improbata dicatur.

Ad §. 26. Idem Papinianus.

RAT. DVB. Nunquam est capienda ea interpretatio quæ doli & fraudis præsumptionem inducat *leg. merito 51. supr. pro soc.* Ergo si conuenerit, vt pretio venditionis ad diem non soluto venditori duplum

duplum præstetur, non est credendus venditor id fecisse in fraudem constitutionum quæ aliquid supra legitimum modum vsurarum promitti non patiuntur, *l. placuit 29. iunct. l. pecuniæ 90. in princ. &* §. 1. quæ eiusdem Papiniani est *infr. de vsur.* potiúsque videtur capienda ea præsumptio, vt nihil nisi pœnæ nomine videatur venditor fuisse stipulatus, vt scilicet metu pœnæ tanto magis vrgeat seipsum emptor ad pretij solutionem.

DEC. Nihil interest an quid fiat contra leges, per sacras cõstitutiones directè ac indirectè, quod in alia prohibitum est, alia permitti non debet, *l. si oportet 21. §. 1. infr. de tut. & curat. dat.* ne alioquin leges verbis magis quàm rebus impositæ videantur, *l. vlt. C. de vsur. l. 2. C. commun. de legat.* Imò grauiùs peccat legem qui offendit, qui saluis verbis legis, mentem & sententiam legislatoris circonuenit, quàm qui apertè facit contra legem. Ideóque fraudem legi facere dicitur *l. contra legem 29. & seq. infr. de legib.* Atqui prohibitum est sacris constitutionibus, ne quis stipulari possit supra legitimas vsuras, id est, centesimas sic dictas, quòd centesimo mense æquent sortem. Ergo nec permittendum est vt venditor in casum non soluti pretij duplum stipuletur, alioqui facile esset inuenta via per quam fraus fieret constitutionibus adhibita stipulatione dupli in locum, & vicem stipulationis vsurarum, *d. l. pecuniæ in princip. &* §. 1. Non igitur erit tota stipulatio dupli pretij inutilis, sed in eo tantùm, quod legitimum vsurarum modum excedet, vt scriptum est in hoc §. *& in d. l. pecuniæ*, nam cùm stipulatio vsurarum diuidua sit, & legitimæ vsuræ in iis quæ legitimum modum excedunt, contineantur, quod vtile est per inutile non vitiatur, *d. l. placuit, l. si quis argentum 35. §. sin autem donator, vers. sed in his omnibus, C. de donat.* in indiuiduis aliud obtinet, *l. 1. infr. de adhiben. legat. l. stipulationes non diuiduntur 72. de verb. oblig. cum simil.* facilè autem capitur hæc præsumptio, vt pœna quæ in pecunia constituitur, si pretium non soluetur, censeatur adiecta in fraudem legitimarum vsurarum, quia & vsuræ in pecunia consistunt, & in pœnam non factæ solutionis exiguntur, cùm non propter lucrum præteritum, sed propter moram soluentium infligantur, vt scriptum est in *l. cùm quidam 17. §. si pupillo, infr. de vsur.* Vnde est quod generaliter definit Accursius, & rectè, in quolibet pecuniario debito pœnam vltra legitimum modum vsurarum promissam non deberi, *d. l. pecuniæ in princip. & l. pœnam 44. eod. tit. de vsur. l. cùm allegas 15. C. eod.* Rectè autem *in quolibet pecuniario debito*, quia si non pecunia in contractum deducta sit, sed pactum aliquod, pœna quamuis pecuniaria, nihilominus committitur, & perinde tamen vsuræ adhuc debentur, *l. Lucius 47. infr. hoc tit. l. promissis 37. C. de transact. l. sciendum est 52. infr. de euict.* Erit autem hæc præsumptio fortior, si ponas venditorem solitum fœnerari, quomodo Ioannes & Bulgarus locum hunc intellexerunt ex *l. qui semisses 13. §. 1. infr. de vsur.* in cuius specie adhibetur similis distinctio circa consuetudinem fœnerandi. Sed tamen verius est quod Azo voluit, & post eum Accursius, censeri pœnam adiectam in fraudem legitimarum vsurarum in eo quòd legitimas vsuras excedit, siue venditor fœnerator fuerit, siue non, quia Vlpianus post Papinianum in hoc §. distinctè loquitur, nec distinguere nos oportet, vbi lex non distinguit, *vulg. l. de pretio 8. inf. de public. in rem action.* plane quod diximus vsque ad legitimum modum vsurarum pœnam deberi, non solùm iure ciuili verum est, quo permissæ semper fuerunt vsuræ vsque ad Iustiniani nouellam constitutionem, quæ si Accursio credimus, vsuras in totum sustulit, sed etiam iure canonico, quo prohibitæ sunt vsuræ etiam intra legitimum modum, quia certis casibus etiam permissæ sunt, scilicet cùm inuicem fructuum aut iure eius quod interest, præstantur, *Capit. salubriter, & Cap. conquestus, extra. de vsur.* quod in hac specie contingit, cùm emptor re vendita fruitus est, & nihilominus pretium retinuit, *§. veniunt autem 20. sup. hoc tit. & l. curauit 5. C. eod. l. socium 60. in princip. supr. pro socio.* Ergo simile non est quod Vlpianus ex Labeone scribit in *l. 4. §. 7. infr. de dol. mal. & met. except.* doli mali exceptione repellendum esse petitorem, qui & hominem vindicat, & pœnam petit, quod iniquum sit eum, & hominem possidere, & pœnam exigere: nam vt benè Bartolus docet, doli exceptio nihil à specie locũ habet, quoniam actor alterutro contentus esse cogitur, aut re, aut pœna, nec vtrumque petere simul potest, *l. duo societatem 71. supr. pro soc.* nisi pœna promissa sit cum clausula remanente pacto, vt scripsimus ad *d. l. duo societatem, ex l. penult. supr. de transact. iunct. l. rescriptum 10. §. si pacto, supr. de pact.* At in specie huius §. datur exceptio aduersus petitionem pœnæ, quoniam pœna promissa fuerat vltra legitimum modum vsurarum, alioqui & pretium, & pœna pro vsuris peti posset, vt in *l. sed vtrum 23. §. 1. supr. de hered. petit.* qui locus ita procul dubio accipiendus est, vt Interpretes omnes consentiunt, id est, de pœna promissa ob non solutum sua die pretium, sed quæ non excedat legitimum modum vsurarum.

a *Diuersámque causam commissoriæ legis esse ait.* Respondet his verbis Papinianus, tacitę obiectioni quæ ex eo fieri poterat, quod omnes admittunt valere venditionem factam sub lege commissoria, vt si pretium sua die non soluatur, res inempta fiat, *l. 1. & pass. supr. de lege commissoria:* quidni ergo non valebit illa quoque conuentio, vt pretio venditionis ad diem non soluto, duplum pretij ab emptore præstetur? Ait autem Papinianus subtiliter, diuersam esse causam harum conuentionum, illam non valere, quæ emptorem ad duplum pretij obligat, quia in fraudem legitimarum vsurarum facta intelligitur, hanc verò valere, quia nihil continet, nisi legem contractu venditionis adiectam, eámque non improbatam: etsi enim solemus dicere conuentiones omnes valere, quæ in bonæ fidei contractibus incontinenti adiiciuntur, *l. Lucius 24. in fin. supr. depos. l. iuris gentium 7. §. quin imò sup. de pact.* præsertim verò si in traditionibus rerum adiectæ sint, *l. in traditionibus 48. eo. tit. l. venditor 13. sup. commun. prædior.* quia nihil tam bonæ fidei congruit, quàm seruari pacta, de quibus inter contrahentes conuenit, *l. ex empto 11. §. 1. vt supr. l. cùm venderem 21. infr. tit. proxim.* Excipiendæ tamen sunt eæ, non solùm quæ contra bonos mores sunt, vel contra bonam fidem, sed etiam quæ contra leges, vel in fraudem legum, *l. 1. §. si conuenit, cum duobus sequentibus, supr. depos.* cuiusmodi illa est, de qua in hoc §. tractamus, si conuenerit in vt diem pretio non soluto, venditori duplum præstetur. Cæterùm, quamuis lex commissoria in venditionibus non sit improbata, vt Papinianus hîc scribit, est tamen odiosa, minúsque fauorabilis, quia contractum bona fide initum resoluit ipso iure. *l. &*

BIU Cujas

Aelius Larianus 38. in illis verbis, *quia tamen lex commissoria displicebat ei.* vbi diximus *supr. de minor.* Sanè in pignoribus est omnino improbata *l. 1. & vlt. C. de pact. pignor.*

27 ¶ Si quis, colludente procuratore meo, ab eo emerit: an possit agere ex empto? & puto, hactenus, vt aut stetur emptioni, aut discedatur.

Ad §. 27. Si quis colludente.

RAT. DVB. Nemo ex suo dolo & improbitate acquirere sibi actionem potest, *l. itaque fullo 12. §. 1. infr. de furt.* Atqui collusio non fit sine dolo, *l. si seruus plurium 50. §. 1. de legat. 1. & tot. tit. de collus. detegend.* Ergo si quis à procuratore meo colludente rem meam emerit, indignus est cui contra me actio ex empto dari debeat, præsertim cum mandato, quantumuis generali aut speciali semper insit clausula ex bona fide, ne quid dolo malo à procuratore fiat, *l. creditor 60. §. vlt. supr. mand.*

DEC. Potest fieri, vt venditionem à procuratore meo, quamuis colluforiè factam malim ratam habere, quàm cum procuratore, aut cum emptore litigare, quo casu non minus mea quàm emptoris interest ratam manere venditionem, cùm liceat cuilibet iuri suo renunciare, *l. si iudex 41. supr. de minor. l. penult. C. de pact.* Ergo non est deneganda emptori contra me ex empto actio, non vt me cogat rem quam procurator meus vendidit, tradere, aut precisè obligatum me habeat de euictione, sed vt me compellat, vel stare venditioni, vel ab ea discedere, quomodo hîc Vlpianus loquitur. Quid ergo si venditionem pro parte approbare velim, pro parte verò improbare? non sum audiendus, quia absurdum est vnum eundémque actum pro parte approbari, pro parte improbari, *l. nam absurdum 7. infr. de bonis libert. l. si ita stipulatio 39. in fin. de oper. liber. l. cùm quæritur 16. inf. de adm. tutor. l. tutor 47. §. 1. sup. de minor.* Sicq; obseruandus valde nobis agendi modus est, ad hoc solum, vt sciri possit & dignosci contra quem postea, vel qua actione agendum sit, vt in *l. fin indebitum 16. in pr. inf. rem rat. haber. l. Pomponius scribit 9. supr. de negot. gest.*

28 ¶ Sed & si quis minorem vigintiquinque annis circumuenerit: & huic hactenus dabimus actionem ex empto, vt diximus in superiore casu.

Ad §. 28. Sed & si quis minorem.

Aliud exemplum est quod adfert Vlpianus, in quo sicut & in superiore, potest dari ex empto actio contra venditorem, ad hoc solum, vt sciatur, an venditor approbare venditionem velit, an improbare, puta si minor vigintiquinque annis vendiderit, qui fortè se circumuentum velit dicere, vt in integrum aduersus venditionem restitui possit. Potest enim emptor contra minorem agere ad hoc, vt cogatur minor dicere, an in integrum restitui velit, an non, vt si velit, rescindatur venditio, si nolit, confirmetur: sed ita vt in totum vel adprobetur, vel infirmetur, *d. l. tutor 47. §. 1. supr. de minor. l. si procuratorem 8. §. 1. supr. mand. l. 1. & 2. Cod. si aduers. transact.* Et hoc est quod Bartolus hîc notat, eum qui timet contractum rescindi, posse vltro agere & petere, vt contractus adprobetur, siue de contractus rescisione dubitet, propter incertum ætatis & restitutionis, vt Papinianus loquitur in *l. si Titius 48. infr. de fideiuss.* siue ex qua alia causa. Differtque hæc actio ab illa quam interpretes nostri induxerunt ex *l. diffamari vt vocant 3. C. de ingen. manumiss.* quoniam illa diffamationis allegationem & probationem exigit, hæc autem, de qua agimus, non item: in quo longè commodior & vtilior est: præsertim si verum est, vt est, quod Bartolus hîc notat, etiam minorem annis vigintiquinque, qui ab hoc conuentus, vt contractum adprobaret, contra quem in integrum restitutionem petere poterat si voluisset, contractui stare maluit, post modum restitui in integrum aduersus eum non posse, nisi minor adhuc sit is qui adprobauit, quasi perinde haberi debeat, ac si per sententiam iudicis, & ita ab eo restitutio fuisset ipsi denegata ex *l. 1. & 2. C. si sap. in integ. restit. postul.* Planè nemo dubitat, quin in priore huius §. specie, actio mandati dari mihi debeat contra procuratorem qui collusit, *dict. l. si procuratorem, §. 1. supr. mand.* quæ res facit, vt aduersus eum qui cum eo procuratore collusit, actionem de dolo habere non possit, quæ scilicet non competit, quoties alia dari potest: nam & ex vendito agere possem contra emptorem, si venditionem adprobare mallem magis, quàm improbare: viderer enim adprobare hoc ipso quod agerem ex vendito contra emptorem, *Argum. leg. si præcedente 58. in fin. eod. tit. de mand.* Sed si venditionem improbare mallem quàm adprobare, nec procurator meus soluendo esset ad indemnitatem pleniſſimam mihi præstandam, esset mihi danda actio de dolo in subsidium aduersus emptorem, quia nullam viderer habere actionem, neque mandati contra procuratorem, neque ex vendito contra emptorem. Non mandati, quia inanis esset actio quam debitoris excluderet inopia, *l. 5. & 6. supr. de dol.* non ex vendito, quia venditionem adprobare nollem. Esset igitur necessaria in subsidium de dolo actio, *d. l. si procuratorem, §. 1.* vbi tamen alia tractatur species de eo, qui per procuratoris mei collusionem absolutus sit.

29 ¶ Si quis à pupillo sine tutoris auctoritate emerit: ex vno latere constat contractus: nam qui emit, obligatus est pupillo, pupillum sibi non obligat.

Ad §. 29. Si

BIU Cujas

Ad §.29.Si quis à pupillo.

RAT. DVB. Emptionis & venditionis contractus vltro citróque obligatorius est, & quidem æquè principaliter, itavt duas pariat obligationes, & ex obligationibus actiones empti scilicet & venditi, ambas æquè principales & directas, vt constat ex rubrica huius tituli, & ex *l. ex empto* 11. §.1. *supr.* Ergo non potest claudicare, & ex vno latere stare, ex altero verò deficere. Proinde si quis à pupillo sine tutoris autoritate distrahente emerit, necesse videtur dicere, aut vtrumque ex contrahentibus obligari, aut neutrum, alioqui non esset contractus bonæ fidei, in quo æqualitas non obseruaretur, *l.1. & l.si id quod* 7. §. *fin. de rescind.vend. l.quid tamen* 21. *aliàs lex si cui dies*, §. *penult. in fin.supr.de recept. qui arb.receper.l.si vina* 6. *supr.de peric.& com.rei vend.*

DEC. Pupillus ex nullo contractu sine tutoris autoritate obligare potest, *l. obligari* 9. *infr. de autor.tut.l.more nostræ ciuitatis, infr. de acquir. hered.* §. *nunc admonendi, Inst. quib.alien. lic.vel non.* Ergo si à pupillo quis emerit, sine autoritate tutoris obligare sibi pupillum non potest, & tamen pupillo se obligat, ne alioqui quod in fauorem pupillorum inductum est, in eorum odium retorqueatur, contra *l.pen. ff.ad Senatusconsult.Trebell. iuncta l.nullæ* 28. *supr.de legib. l.quod fauore* 6. *supr.eod. illo tit. de leg.* sibi namque imputet qui cum pupillo sine tutore contra iuris ciuilis regulas contraxerit, *l.contra* 28. *supr.de pact.* Contractum igitur hoc casu claudicare necesse est, quod & in aliis plerisque casibus euenit, sed nunquam, nisi ex magna meráque iuris necessitate, quæ hîc propter pupilli personam emergit, qui ciuiliter obligari non potest, nisi cùm locupletior factus est, idque ex rescripto Diui Pij, *l.3.§.pupillus, l.si pupilli* 6. *l.Nesennius* 34. *de neg.gest. l.3. in princip. supr.commod.* Iunge *d.l.1. & d.l.si id eis. d.l. si id quod* 7. §. *fin. de resc.vend. l.potest* 41. *supr. mand. l. sicut* 20. §.1. *& l.seq.infr.tit.prox. & §.prox.supr.*

30 ¶ Si venditor habitationem exceperit, vt inquilino liceat habitare, vel colono, vt perfrui liceat ad certum tempus: magis esse Seruius putabat, ex vendito actionem. [a] denique Tubero ait, si iste colonus damnum dederit, emptorem ex empto agentem cogere posse venditorem, vt ex locato cum colono experiatur: vt, quidquid fuerit consecutus, emptori reddat.

Ad §.30.Si venditor.

RAT. DVB. Non cogitur emptor stare colono vel inquilino, vt nec alius quilibet singularis successor, *l.qui fundum* 32. *infr. tit prox. l.emptorem* 9. *C. de locat.* quia cùm emptor factus est dominus rei venditæ, in ipsius arbitrio esse debet, an velit in empta domo habitare, aut fundum excolere, an inquilinum vel colonum venditoris retinere, *vulg. l.in re mandata* 21. *Cod.mand. l.2. infr.si à parent. quis manum. sit.* Ergo etiamsi venditor habitationem exceperit, vt inquilino liceat habitare, vel colono perfrui ad certum vsque tempus, quod plerumque fit, non ideo danda est venditori ex vendito actio contra emptorem prohibentem frui colonum vel inquilinum, cùm sufficere debeat inquilino & colono, quod non stet per venditorem, qui melius inquilino & colono suo prospicere non potuit: tantum abest, vt cogendus sit venditor agere ex vendito contra emptorem, vt inquilinum vel colonum frui patiatur, cùm nemo inuitus agere, non magis quàm accusare cogatur, *l.vn.C.vt nemo inuit.ager.vel accus.cog.*

DEC. Ex pacto incontinenti appositio, aut in ipsa venditione certum est acquiri venditori actionem ex vendito, per quam cogat emptorem præstare id quod promisit, cùm pacta etiam post venditionem, dummodo incontinenti apposita insint contractui, & formen actionem ex contractu, vt sæpius in præcedentibus diximus ex *l. Iurisgentium* 7. §. *quinimo, & §. adeò, de pact. l. in bonæ fidei* 13. *Cod. eod.* Atqui actionem illam exercere alius quàm venditor non potest, siquidem venditor solus cum emptore contraxit, non inquilinus aut colonus. Nec enim ex vnius contractu alij actio quæri potest, *l.quæcunque* 11. *infr. de obl. & act. l. stipulatio ista* 38. §. *alteri, de verb.obl.* Reculare igitur venditor non potest, quo minus contra emptorem agat, si emptor prohibere inquilinum vel colonum velit ne fruatur, alioqui cogendus esset venditor inquilino vel colono indemnitatem præstare qui venditoris, seu locatoris facto frui prohiberentur. Nec quòd venditoris conuentio in personam inquilini vel coloni collata sit, inutilem eam facere potest: nam alteri quoque stipulari possumus, quoties interest nostræ, non vt agere alius possit, sed vt ille ipse qui pactus est, & cuius interfuit sic pacisci, *d.l.stipulatio ista*, §. *alteri & §. si stipuler.* Neque tamen hoc ita accipiendum est, vt præcisè cogatur venditor agere. Id enim sic accipiendum est, nisi malit inquilino vel colono indemnitatem præstare. Addit Accursius, & post eum Bartolus, nisi malit inquilino vel colono cedere actionem, quam contra emptorem habet ex *l. quod debetur* 51. *supr. de pecul.* Sed ego probare non possum, quia tum demùm liberatur debitor cessione actionis, cùm non aliam ob causam tenetur, quàm quòd actionem habeat, vt scriptum est in *l. quod debetur.* In proposito autem, inquilino vel colono tenetur vēditor, non quòd actionem habeat contra emptorem, sed quia non præstat inquilino, vel colono frui, quomodo præstare debet quisquis locauit, *l.qui domum in princ. & §.1. l.ex conducto* 15. §.1. *infr. & passim tit.prox.* Præsertim cùm inquilinus & colonus frui prohibeatur facto venditoris, qui ipse rem locatam alij vendidit, atque ita emptori facultatem dedit prohibendæ fruitionis, *arg. l.Nam & Seruius* 21. §. *vlt. sup. de neg.gest.* Iunge *l.tenetur* 7. §.1. *supr.* & obserua nouum hunc modum agendi, ad hoc, vt is qui conuenitur, contra alium

BIU Cujas

agere cogatur, vel si non agat, in id quod prius agentis interest, condemnetur.

a *Denique Tubero ait.* Proponitur in hoc versiculo casus nouus superiori contrarius: nam sicut in præcedente dixerat Vlpianus dandam venditoriactionem ex empto contra emptorem, si inquilinum vel colonum frui non patiatur, contra quam in conuentionem deductum fuerat, ideóque cogendum venditorem actione ex conducto, si ab inquilino vel colono vrgeatur, contra emptorem experiri ex vendito: ita nunc ex Tuberone monet, si colonus vel inquilinus emptori damnum dederit, dandam esse emptori actionem ex empto contra venditorem, per quam eum cogat ex locato aduersus colonum agere, & quicquid ea actione consequutus fuerit, emptori restituere. Nam quemadmodum inquilino vel colono, qui frui prohibetur, actio ex conducto competit aduersus locatorem, qui prohibentem prohibere potest, ita & locatori actio ex locato aduersus inquilinum vel colonum, si quid ille damni in re conducta dederit.

3 ¶ Ædibus distractis, vel legatis: ea esse ædium solemus dicere, quæ quasi pars ædium, vel propter ædes habentur. vt puta putealia.

14. POMPONIVS libro trigesimo primo ad Quintum Mutium.

ID est, id quo puteus operitur.

Ad §. vlt. Ædibus, & l. Id est 14.

RAT. DVB. Nihil venditione contineri potest, nisi quod venditum est, nec plus venditum videri debet, quàm quod in venditione dictum est, cùm venditio sit ex iis contractibus, qui consensu perficiuntur, & in quibus tanto magis spectandum est, in quo contrahentes consenserint, *l. Rutilia 69. supr. de contrah. empt.* Atqui aliud est vendi ædes aliud verò vendi res cæteras, quæ ædes dici non possunt, licèt propter ædes habeantur, vt puta putealia, id est, id quo puteus operitur. Ergo ædibus, siue distractis, siue legatis, ea neque vendita, neque legata dici possunt, quæ ædes non sunt, aut saltem pars ædium, licèt propter ædes habeantur.

DEC. In venditionibus & in legatis id potissimum inspicere debemus quod actum est à contrahentibus, vel à testatore, *l. sed Celsus 6. §. 1. supr. de contrah. empt. l. semper in stipulationibus 34. iuncta l. in testamentis 12. de reg. iur.* Atqui id procul dubio agitur inter venditorem & emptorem ædium, itémque à testatore qui ædes legat, vt ædium appellatione ea omnia significentur, non solùm quæ partem ædium aliquam constituunt, sed illa etiam quæ propter ædes habentur.

15. VLPIANVS libro 32. ad Edictum.

LInes, & labra, salientes, fistulæ quoque, quæ salientibus iunguntur, quamuis longe excurrant, extra ædificium ædium sunt. item canales. pisces autem, qui sunt in piscina, non sunt ædium, nec fundi.

16. POMPONIVS libro trigesimo primo ad Quintum Mutium.

NOn magis, quàm pulli, aut cetera animalia, quæ in fundo sunt.

Ad l. Lines, & labra 15. & l. Non magis 16.

Variæ sunt huius loci lectiones. Vulgata enim lectio habet *limes*, Florentina *lines*, alij legunt *fines*, alij denique *funes*. Florentinam lectionem defendit Cuiac. *lib. 6. obseruat. cap. 7.* vt his duobus prioribus verbis *lines & labra*, significentur lacus aquam continentes, quos ædium appellatione contineri ideò dicimus, quia non nisi propter ædes habentur, siue ad voluptatem, siue ad necessitatem deseruiant. *Salientes*, id est, lapides ex quibus aquæ fluunt & fistulæ, quę salientibus iunguntur, ędium quoque esse existimantur, etsi enim nonnumquam longè excurrunt extra ædificium, quæ dubitandi ratio erat ad hunc locum: propter ædes tamen habentur. Ergo ædium sunt, nec minus canales, secundùm id quod dictum est in §. *vlt. l. Iulianus supr.* Iunge *l. fundi 17. §. item constat, infr.* Non idē iuris est in piscibus qui sunt in piscina, nam licèt piscina quoque ædium sit, pisces tamen qui in piscina sunt, ædium esse non possunt, non magis etiā quàm pulli, aut animalia cætera quæ sunt in fundo, vt ex Pomponio subiicitur in *l. seq.* quia non tā propter ædes habentur, quàm propter personas habitantium in ædibus, nec à nobis possideri videntur cùm maneant in libertate sua naturali, vt inquit *l. 3. § item feras, infr. de acq. poss.*

17. VLPIANVS libro trigesimo secundo ad Edictum.

FVndi nihil est, nisi quod terra se tenet. ædium autem multa esse, quæ ædibus adfixa non sunt, ignorari non oportet: vt puta seras, claues, claustra, multa etiam defossa esse, neque tamen fundi, aut villæ haberi: vt puta vasa vinaria, torcularia: quoniā hæc instrumenti magis sunt, etiā si ædificio cohæret.

1 ¶ Sed

BIU Cujas

1 ¶ Sed & vinum, & fructus perceptos, villæ non esse constat.

Ad l. Fundi 17. & §. 1. Sed & vinum.

Ponit Vlpianus in hac lege differentiam, quæ est inter fundum & ædes, vt fundi nihil sit nisi quod terra in se tenet, ædium verò sint multa etiam quæ ædibus affixa non sunt. Quæ quoniam ignorari non oportet, subiicit Vlpianus in hoc numero esse seras, claues, & claustra: multa etiam defossa esse, quæ tamen fundi aut villæ esse constat, vt putà, inquit, vasa vinaria, torcularia, quia hæc instrumenta magis sunt fundi, si ędificio non cohęreant. Alioqui si sint ita defossa vt inde moueri non possint, etiam domui vel ædificio cedunt *l. dolia. 76. supr. de contrah. empt. l. sed addes* 19. *§. illud. infr. locat. l. prox. infr. hoc tit. l.* 3. *§.* 1. *de trit. & oleo leg. l. Attius* 38. *infr. de act. rer. dom.* Cæterum quid inter fundum distet & prædium, & agrum & possessionem, latiùs explicat IC. in *l. quæstio* 115. *de verb. sig.* Subiungit Vlpianus & vinum & fructus ex villa perceptos, villæ tamen non esse. Quod ita accipiendum est, etiamsi adhuc in villa sint, & merito: nec enim videri possunt ad villam pertinere, cum neque pars villæ sint, neque propter villam habeantur, sed villa potiùs propter fructus.

2 ¶ Fundo vendito, vel legato, sterculinium, & stramenta, emptoris, & legatarij sunt: ligna autem venditoris, vel heredis: quia non sunt fundi, tametsi ad eam rem comparata sunt. In sterculinio autem distinctio Trebatij probanda est: vt, si quidem stercorandi agri causa comparatum sit, emptorem sequatur, si vendendi, venditorem: nisi si aliud actum est. Nec interest, in stabulo iaceat, an aceruus sit.

Ad §. 2. Fundo vendito.

RAT. DVB. Fundi siue venditi siue legati appellatione, neque sterquilinium, neque stramenta continentur, cùm fundi nihil sit, nisi quod terra in se tenet, vt scriptum est initio huius legis, sterquilinium autem & stramenta terra non contineantur. Ergo siue fundus venditus sit siue legatus, neque sterquilinium neque stramenta ad emptorem aut legatarium pertinere possunt.

DEC. Stramenta, quæ sunt in fundo vendito vel legato, non aliam quàm ipsius fundi vtilitatem respiciunt. Meritò igitur emptori vel legatario fundi cedunt. In sterquilinio autem distinguendum est cum Trebatio, an stercorandi agri causa comparatum sit, vt eo casu emptorem sequatur, siue vendendi gratia ad venditorem pertineat, nisi aliud actum sit, siue in stabulo iaceat, siue aceruus sit, nec enim nouum est, vt patrisfamilias destinatio aliam atque aliam rem faciat *§. penult. & vlt. infr. hac leg. l. si id quod* 8. *§. pen. supr. pro soc. l. ligni* 55. *§. si lignum infr. de leg.* 3.

3 ¶ Quæ tabulæ pictæ pro tectorio includuntur, itémque crustæ marmoreæ, ædium sunt. 4 ¶ Reticuli circa columnas, plutei circa parietes, item cilicia vela, ædium non sunt. 5 ¶ Item quod insulæ causa paratum est, si nondum perfectum est, quamuis positum in ædificio sit, non tamen videtur ędium esse. 6 ¶ Si ruta, & cęsa excipiantur in venditione: ea placuit esse ruta, quæ eruta sunt, vt arena, creta, & similia: cęsa ea esse, vt arbores cæsas, & carbones, & his similia. Gallus autem Aquilius, cuius Mela refert opinionem rectè ait, frustra in lege venditionis de rutis & cæsis contineri: quia, si non specialiter venierint, ad exhibendum de his agi potest. neque enim magis de materia cęsa, aut de cęmentis, aut de arena cauendum est venditori, quàm de ceteris, quę sunt pretiosiora. 7 ¶ Labeo generaliter scribit, ea, quę perpetui vsus causa in ędificiis sunt, ędificij esse: quæ verò ad prędens, non esse ędificij: vt puta fistulæ temporis quidem causa positę, non sunt ędium: verumtamen, si perpetuò fuerint positę, ędium sunt.

8 ¶ Castella plumbea, putea, opercula puteorum, epistomia fistulis adplumbata, aut quæ terra continentur, quamuis non sint adfixa, ædium esse constat. 9 ¶ Item constat, sigilla, columnas quoque, & personas, ex quarum rostris aqua salire solet, villæ esse. 10 ¶ Ea, quæ ex ædificio detracta sunt, vt reponantur, ædificij sunt. at quæ parata sunt, vt imponantur, non sunt ædi-

BIU Cujas

ficij. 11 ¶ Pali, qui vineæ causa parati sunt, antequàm collocentur, fundi non sunt, sed qui exempti sunt hac mente, vt iterum collocentur, fundi sunt.

18. IAVOLENVS libro 7. ex Cassio.

GRanaria, quæ ex tabulis fieri solent, ita ædium sunt, si & stipites eorum in terra defossi sunt. quòd si supra terram sunt, rutis & cęsis cedunt. 1 ¶ Tegulæ, quæ nondum ædificiis impositæ sunt, quamuis tegendi gratia allatæ sunt, in rutis & cæsis habentur. aliud iuris est in his quæ detractæ sunt, vt reponerentur: ædibus enim accedunt.

Ad §. 3. Quæ tabulæ. & sequentes, & l. Granaria 18.

Pergit Vlpianus tractare in hoc §. quænam illa sint, quæ appellatione ędium contineantur, & quę non contineantur, de quibus tamen singulis dicere nihil attinet, essętque alienum ab instituto nostro quo id agimus, vt rationes dubitandi & decidēdi ad singulas legum sententias adferamus, non vt de propria verborum significatione & explicatione laboremus, de qua satis, & quātum necesse est in commentar. Gotofredi, ac longe melius quàm apud Accursium. Quare nec ab interpretibus nostris hęc lex tractari solet, nisi quod Castrēsis bene hic monet in legato fundi non venire instrumenta fundi ex *l. 2. §. fi. de fund. instruct.* In locatione verò fundi venire ea scilicet, sine quibus conductor frui commode non posset: ex *l. sed addes. 19. & §. illud infr. tit. prox.* Si tamen legetur vel vendatur fundus instructus, aut quod idem est integro statu, vt loquitur *l. 2. C. de bon. vacant. lib. 10. tit. 10.* nemo dubitat, quin omnia instrumēta legato contineantur ex *l. 1. & 2. C. de verb. sig.* An verò confiscato fundo, omnia quæ in eo fundo sunt, confiscata intellitgantur, alia quæstio est, in qua Bartol. putat non contineri ex *l. vlt. §. idem diui infr. de public. & vectig.* præterquam in casu *legis cum ancillis 3. C. de incest. nupt.* quod & Castrens. probat, nec nos improbamus. Illud pręcipuè notandum est quod in *§. penult. & vl. huius leg.* Vlpianus monet ea, quæ ex ędificio detracta sunt, vt reponantur ædificij esse, non etiam ea quæ parata sunt vt imponantur, quousque imposita sint, eodémque modo pali, qui vineæ causa parati sunt, antequam collocentur, fundi non esse, eos verò qui exempti sunt de fundo, hac mente, vt iterum collocentur, fundi esse. Nimirum quoniam ea quæ aliquando ædificij vel fundi fuerunt, facilius est vt in eandem causam recidant, quàm quæ nunquam fuerunt. Est enim facilis cuiusque rei reditus ad suam naturam, *vulg. l. si vnus. 27. §. pactus ne peteret in fin. supr. de pact. iunge l. vinaria. 206. l. malum. 242. §. vlt. & l. penu. de verb. sign. l. prædia 91. §. penult. & vlt. de leg. 3.* Eodem pertinet quod in *§. 1. leg. seq.* scriptum est, regulas quæ nondum ædificiis impositæ sunt, quamuis tegendi causa allatæ sint rutis cæsis habendas esse, aliud verò iuris esse in iis quæ detractæ sunt, vt reponerentur: has enim ædibus accedere, vt intelligamus priore casu, non cedere illas emptori, sed venditori, præsertim si is ruta cæsa exceperit, quomodo excipi olim solebant, *§. si ruta cæsa hac leg.* vbi tamen additur superuacuam esse hanc exceptionem, cùm nisi nominatim vendantur, vendita non intelligantur, quia nec fundi appellatione cōtineri possunt, cùm ea demum ruta cęsa sint, quæ neque ædium, neq; fundi sunt, *l. in vendendo 66. §. vlt.* vbi diximus *supr. de contrahend. empt. iuncta l. in rutis cæsis 241. de verb. sign.* Ideóque eorum nomine venditor ad exhibendum actione, quæ præparatoria est, vindicationis agere potest, vt ea exhibita postmodum tanquam sua vendicet, *l. Celsus 5. §. idem Iulianus, supr. ad exhib.* quamuis possit etiam agere ex vendito, *l. 2. in fin. C. hoc tit.* Ergo & granaria quæ ex tabulis fieri solent, si supra terram, nec domui affixa sint, cùm rutis & cæsis cedant, ad emptorem non pertinebunt, non etiam si stipites eorum in terra defossi sint, quo casu ædium esse intelliguntur. Iunge quæ diximus ad *l. fundi in princ. & §. 1. supr.*

19. GAIVS lib. 4. ad Edictum Prætoris, titulo de Publicanis.

VEteres, in emptione venditionéque, appellationibus promiscuè vtebantur.

Ad l. Veteres 19.

RAT. DVB. Alia est persona emptoris, alia venditoris, nec idem esse potest emptor & venditor, *l. 1. infr. de rer. permut. l. pupillus 5. §. item ipse tutor, infr. de author. tutor.* Ergo nec emptionis & venditionis verbis promiscuè vti possumus, vt venditionem pro emptione, & emptionem pro venditione dicamus, ne alioqui fœda nominum & rerum confusio inducatur, vt Iustinianus loquitur in *l. vlt. C. de legit. tutel.* cùm emptio dicatur ab emptore, & venditio à venditore: Emptor autem ille sit qui emit, non qui vendit, sicut è contrario venditor is qui vendit, non qui emit, idemque de actionibus empti & venditi tractari potest, vt numquam confundi debeant, sed ex empto actio illa tantum dicatur, quę emptori competit contra venditorem, ex vendito autem quæ venditori contra emptorem, *l. ex empto 11. in princip. l. Iulianus 13. §. ex vendito 19. sup. eo.* DEC. Contractus emptionis & venditionis licet vltro citroq; obligatorius sit, & idcirco duas obligationes & actiones pariat, & quidem æque principales ac directas, vnam empti, alteram venditi: vnicus tamen contractus est, quem non malè possis vnico siue emptionis siue venditionis vocabulo significare. Sunt enim emptoris & venditoris, itémque emptionis & venditionis nomina & iura correlatiua, quorum vno posito, alterum poni necesse est, *l. 1. C. cupress. lib. 12. tit. vl.* Mirum igitur non est veteres, quibus familiare erat vno etiam verbo res plures exprimere, emptionis & vēditionis

tionis nominibus promiscuè vsos fuisse, quemadmodum & emptionis appellatione lex 12. tabularum omnes alienationis species cõplexa est, *l. statu liberi à cæteris 29. ante finem infr. de statuliber.* difficile tamen est in libris nostris locum aliquem reperire in quo tã improprie prudẽtes præsentes locuti sint, vt emptorem pro venditore dixerint, aut contrà, quamuis in hanc rem Accursius noster adferat legem primam *Cod. si seruus extero se emi mandauerit*, vbi nihil tale. Quod autem adfert ex *l. qui fundum 7. §. qui bona fide infr. pro empt.* magis ad rem faceret, si non potius legendum ibi esset *venderetur* pro eo quod scriptum est *venderet*.

20. IDEM libro vigesimo primo ad Edictum Prouinciale.

IDem est & in locatione & conductione.

Ad l. Idem est 20.

RAT. DVB. & DEC. ad han c legem eadem est quæ ad superiorem, vt in cæteris ferè omnibus venditio & locatio iisdem iuris regulis consistunt, *l. 2. infr. hoc tit.* Itaque idem huius legis sensus esse debet, qui præcedentis, vt scilicet veteres, quemadmodum emptionis & venditionis vocabulo promiscuè vtebantur, emptionem plerumque dicentes pro venditione, & venditionem pro emptione, ita & locationis ac conductionis appellationibus promiscuè vterentur, locationem vsurpantes pro conductione, & conductionem pro locatione: tantoque facilius in locatione, quod nonnumquam accidat, vt idem sit & locator & conductor, sed diuersis respectibus, puta si quis operas suas alij locauerit, qui faciendum aliquid conduxit. Nam quod ad operas pertinet, locator est, conductor autem quatenus faciendum aliquid conduxit, *l. in operis 26. l. qui operas 38. iunct. l. opus 36. & pass. infr. tit. proxim.* quod in emptione & venditione nunquam contingit, vt idem scilicet emptor & venditor intelligi possit. Cuiacius tamen *lib. 9. obseruationum cap. 15.* locum hunc emendandum putauit, & pro iis verbis *idem est* legendum, id est, hoc sensit, vt veteres non tantum emptionem pro venditione & venditionem pro emptione dicere solerent, sed etiam venditionem pro locatione & emptionẽ pro conductione: quod certè minus probabile est quàm vt admitti possit, sicut alibi sæpe monuimus: in eoque merito reprehensus est vir doctissimus à Ioanne Roberto in animaduersionibus. Sunt enim omnino separati contractus emptionis & conductionis, itemque locationis & venditionis, quamuis magnam inter se vicinitatem & affinitatem habeant. Nam & coloni ab emptoribus fructuum separantur in *l. liberto 21. in princip. infr. de ann. legat.* inter quos tamen maior similitudo est quam inter alios emptores & conductores quoslibet, vt dicemus ad *l. si merces 25. §. vis maior infr. tit. prox.*

21. PAVLVS libro trigesimo tertio ad Edictum.

SI sterilis ancilla sit, cuius partus venit, vel maior annis quinquaginta, cùm id emptor ignorauerit, ex empto tenetur venditor.

Ad l. Si sterilis 21.

RAT. DVB. Etiam spes futuri partus & futurorum fructuum vendi potest *l. ex empto 11. alias lex emptorem §. vlt. supr. hoc tit. l. nec emptio 8. supr. de contrahenda emptione.* Cum autem spes vendita est, vt alea vel iactus retis, non tenetur venditor etiamsi euentus non successerit *d. §. vlt. & l. si iactum retis 12. supr. hoc tit. l. nam hoc modo 11. supr. de hered. vel action. vend.* Ergo etiamsi sterilis ancilla fuerit, vel maior annis 50. cuius partum futurum quis emerit, non ideo tamen venditor teneri ex vendito debet.

DEC. Quisquis futurum ancillæ partum vendit, necesse est asseueret, vel prægnantem ancillam esse, vel saltem fieri prægnantem posse, quod vtrumque tamen impossibile est, si sterilis sit ancilla. Quòd si maior quinquagenaria, etsi nonnunquam contingit, vt huiusmodi ætatis mulieres pariant: id tamen tam raro euenit, vt miraculo proximum esse credatur, *l. si maior 12. C. de legit. hered.* Proinde qui ancillę sterilis aut maioris annis 50. partum futurum vendidit, emptorem decepit, ideóque teneri ex empto debet, nisi emptor talem ancillam esse non ignorauerit. Tunc enim deceptus fuisse non videretur, qui sciuisset, nec certiorari deberet, qui iam certus esset, *l. 1. §. si venditor, supr. hoc tit.* Aliud est in eo qui ancillam vendidit, quæ sterilis, aut maior quinquagenaria inueniatur, hîc enim ex empto non tenetur, quia nec emptorem decepisse videri potest, cùm non in hoc emantur ancillæ, vt pariant, *l. ancillarum 27. supr. de hered. petit.* Aliud quoque esset, si spes tantùm futuri partus empta proponeretur, vt Accursius noster notat ex *d. l. ex empto, §. vlt. supr.*

1 ¶ Si prædij venditor non dicat de tributo: sciens tenetur ex empto. quòd si ignorans non prædixerit, quòd fortè hereditarium prædium erat: non tenetur.

Ad §. 1. Si prædij.

RAT. DVB. Nihil interest, an calliditate, an ignorantia venditoris fallatur emptor, *l. 1. §. causa huius edict. infr. de ædil. edict.* Ergo si prædij venditor nihil dixerit de tributo, ex empto tamen teneri debet, si prędium reperiatur tributarium, siue venditor tributarium illud sciuerit, siue ignorauerit. Et ita rescripsisse Imperatores videntur in *l. si minor 9. C. hoc tit.*

DEC. Tenetur ex empto venditor, non tantùm qui de re vendita aliquid adseuerauerit quod non inueniatur, *l. Iulianus 13. §. quid tamen, sup. hoc tit.* sed etiam illo qui dissimulat & celat emptorem de ea re, quam si emptor sciuisset, nunquam

BIU Cujas

empturus fi isse. *d. l. Iulianus. §. idem Iulianus supr.* Et consequenter tenetur hoc casu venditor in omne id quod emptoris interest, quia emptorem decepit *d. §. idem Iulianus in fi.* quod in venditore ignorante non similiter dici potest, ideoque satis est præstare illum hoc casu quanto minoris empturus fuerat emptor prædium, si tributarium sciuisset *d. l. si minor.* Ergo indistinctè & omni casu tenetur venditor quanto minoris. Ad totale autem interesse, vt nostri loquũtur, non tenetur, nisi tributarium sciuerit & tacuerit, secundum ea quæ scripsimus *ad d. l. Iulianus §. 1. in princip. & §. 1. vt supr.* Credendus autem est venditor & præsumendus non sciuisse si tributarium prædium, quod vendidit, hereditarium ei fuerit. Alieni namque facti ignorantia non solum tolerabilis est, sed etiam præsumenda, *l. vlt. inf. pro suo.* Qui vero in ius alterius successit, vt heres defuncti, factum ignorare verisimiliter potest, *l. qui in alterius 42. de regul. iur.* Quod non æque dici potest de venditore qui prædium illud emerat.

2 ¶ Quamuis suprà diximus, cùm in corpore consentiamus, de qualitate autem dissentiamus, emptionem non esse.[a] tamen venditor teneri debet quanti interest emptoris, deceptum eum non esse, etsi venditor quoque nesciet: veluti si mensas quasi citreas emat, quę non sunt.

Ad §. 2. Quamuis.

RAT. DVB. Cùm in corpus consensum est, quamuis in materia & qualitate substantiali erratum sit, emptio tamen & venditio est, vt ex Marcello Vlpianus scribit in *l. in venditionibus 9. §. inde quæritur & legib. seqq. supr. de contrah. empt.* Ergo non est verum quod Paulus in hoc §. scribit, si in corpore consentiamus, de qualitate autem dissentiamus, emptionem non esse, potiúsque videtur sequenda lectio Florentina, quæ affirmatiuum sensum habet *emptionem esse.*

DEC. Dissensus in qualitate, si modo consensum sit in corpus, tũc non impedit emptionem, cum eadem prope substãtia est, puta, si vinum venierit, quod postea acuerit, sed extra hunc casum, dissensus in qualitate substantiali, impedit ne emptio contracta dici possit, puta, si vinum non acuerit ex postfacto, sed iam ab initio acetum fuerit, quomodo distinguit Vlpianus in *d. §. inde quæritur, & in ll. seqq.* Ex quibus alia peti possunt huius distinctionis exempla. Merito igitur Haloander Florentinam lectionem emendauit, & extinctam negationem restituit quæ in vulgata editione non deest. Eamque lectionem recentiores omnes sequuntur, quos apud Gotofredum videre est.

a *Tamen venditor teneri debet.* RAT. DVB. Actio ex empto non potest nasci nisi ex emptione, sicut nec actio ex vendito nisi ex venditione, *l. ex empto 11. in princip. leg. Iulianus 13. §. ex vendito. 19. supr.* Ergo si quis mensas quasi citreas emerit, quæ reuera non sunt citreæ, cùm emptio nulla sit, vt diximus, consequens est, vt nec venditor teneri possit actione ex empto ad id quod emptoris interest, deceptum eum non esse.

DEC. Actio ex empto contra venditorem datur de omni eo quod venditori dolo malo factum est, ne impunè emptorem deceperit, quia bonę fidei contractus est *l. tenetur 6. §. vlt. supr.* Nec ob id minus teneri venditorem actione ex empto æquum est ob id solum quòd contractus nullus sit, quia venditor emptorem deceperit, imò tanto magis teneri venditorem oportet, quod dolum admiserit, & quidem ea mente, vt emptorem sibi obligaret. Nec enim nouum est, claudicare cõtractum, & ex vna tantum parte stare, quoties alteri imputari quid potest, vt in *l. Iulianus, 13. §. si quid à pupillo ante pen. supr. hoc tit.* Alioqui prodesset venditori dolus suus ne obligaretur, qui potius nocere ei deberet qui id agebat, vt & obligaret & obligaretur, vt in *l. & eleganter 7. supr. de dol.* Quod si ponas non esse venditorem in dolo, quod fortassis citreas mensas esse putaret, quas pro citreis vendebat, cùm non essent: adhuc tamen dicendum esset, teneri venditorem, & quidem actione ex empto, vel ob hoc ipsum, quod venditio non teneret, perindeque posset emptor conqueri se deceptum, scilicet in re ipsa, quamuis nullo venditoris dolo interueniente. Quid enim emptoris interest, an calliditate an ignorantia venditoris fallatur? *l. 1. §. causa huius edicti. infr. de ædil. edict.*

3 ¶ Cùm per venditorem steterit, quò minùs rem tradat: omnis vtilitas emptoris in æstimationem venit, quæ modò circa ipsam rem consistit. neque enim, si potuit ex vino (puta) negotiari, & lucrum facere, id æstimandum est: non magis, quàm si triticum emerit, & ob eam rem, quòd non sit traditum, familia eius fame laborauerit. nam pretium tritici, non seruorum fame necatorum, consequitur.[a] nec enim maior fit obligatio, quòd tardiùs agitur.[b] quamuis crescat, si vinum hodie pluris sit. meritò: quia siue datum esset, hoc haberet emptor: siue non, quoniam saltem hodie dandum est, quod iam olim dari oportuit.

Ad §. Cum per venditorem 3.

RAT. DVB. In æstimando eo quod interest non minus habenda est ratio lucri cessantis quam damni emergentis *l. si commissa 13. infr. rem rat. haber. l. 2. §. vlt. sup. de eo quod cert. loc. l. si fundus 33. infr. hoc tit.* Ergo si venditor vini sit in mora tradendi, cùm ex ea causa condemnari debeat in omne id quod emptoris interest *l. 1.* vbi diximus *sup. eod.* condemnandus est etiam ad id quod interest extra rem quod nostri extrinsecum interesse appellant, vt & in specie *legis Iulianus 13. in princ. supr. eod.*

DEC. Æstimatio eius quod interest, facile in infinitum

infinitum excresceret contra iuris, non minus quàm naturæ regulas, si non certis finibus aclimitibus contineretur. Atqui non contineretur, si eius quoq; quod extra rem interesset, ratio haberetur, siue de damno emergente tractemus siue de lucro cessante, omne si quidem id quod res ipsa non est, extra rem est. Et quid tam alienum à re quę debetur, quàm quod est extra rem ipsam? Ergo etiamsi potuerit emptor ex vino vendito si traditum fuisset, negotiari & magnum ex ea negotiatione quæstum facere, non ideo tamen in id omne condemnandus est venditor, tametsi in mora fuerit tradendi vini, sicuti dicimus de emptore qui in mora fuerit soluendi pretij: esse quidem condemnandum illum ad vsuras pretij, sed non ad omne id omnino quod venditor mora non facta consequi potuisset, veluti si negotiator fuit, & pretio soluto plus ex mercibus quam ex vsuris acquirere potuit *l. vlt. supr. de peric. & comm. rei vend.* Et verò an non esset absurdum dicere, si triticum venditum esset, in quo tradendo moram fecisset venditor, ob quam familia emptoris fame laborauisset, condemnari venditorem non tantum ad pretium tritici, sed etiam ad præstandam seruorum fame necatorum æstimationem, vt Paulus hic argumentatur? Idem ergo & in vino vendito probandum est, vt si in tradendo eo moram venditor fecerit, ad pretium duntaxat, & si quid præterea circa rem ipsam interfit, teneatur non etiam ad lucrum quod ex vini venditi, si fuisset traditum, negotiatione percipere, & lucrari emptor potuisset. Itaque aliud est dicere, in æstimando eo quod interest, lucri quoque rationem habendam esse, quod verum est, aliud verò etiam lucrum quod extra rem est, æstimari oportere: quod nos negamus, cum neque damni quod extra rem est, ratio vlla haberi debeat, quæ tamen longè fauorabilior est. Nec pugnat quod scriptum est in *d. l. Iulianus*, Si quis pecus morbosum, aut tignum vitiosum sciens vendiderit, & vitium reticuerit, atque ita emptorem deceperit, omnia detrimenta quæ ex ea emptione emptor traxerit, præstare illum emptori debere, puta si ædes vitio tigni corruerint, aut pecora contagione morbosi pecoris perierint, vt etiam ædium æstimatio fieri debeat & totius pecoris perempti. Non enim omnino extra rem videri potest damnum, quod ex ipsa emptione, adeoque ex ipsa re empta proficiscitur, multumque differt à damno quod sentit emptor ob moram in tradendo tritico factam, quæ seruorum fame necatorum iacturam attulerit. Quid enim commune habet mors seruorum fame necatorum cum tritico, quod venditum fuerit & tradi debuerit, nec traditum sit? Quod non satis benè à Bartolo & aliis interpretibus intellectum & explicatum fuisse videtur, qui quod lex ait de detrimentis omnibus, quæ emptor ex emptione traxerit, à venditore præstandis, ad omne id quod interest etiam extra rem porrigunt: hoc enim malo ego dicere, quam quod Accursius respondet, peius esse rem malè tradere quam nullo modo tradere, licet id quoque subtiliter fortasse magis quam vere dici possit. Nec subtilius est quod volunt, tum habendam rationem interesse vt vocant extrinseci, cùm interesse singularis ratio haberi nulla potest, vt contingit, inquiũt illi, nummis debitis ex *l. nummis 3. de in lit. iur.* Nam nummis quoque debitis puta pretio venditionis quod semper in pecunia numerata consistit §. *item pretium instit. de empt. & vendit.* id tamen quod extra rem interest, venditori præstandum non esse apertissimè scriptum est in *d. l. vlt. supr. de pericul. & comm. rei vendit.* Generaliter igitur definiendum est eius quod extra rem interest, numquam habendam esse rationem. Atque ita concipienda regula est, non quomodo Accursius eam concipit, vt in æstimando eo quod interest, lucra attendi non debeant, sed tantum damna, contra quàm scriptum sit in *d. l. si commissa rat. rem haber. 13. d. l. 2. §. vlt. supr. de eo quod cert. loc. d. l. si fundus iunct. l. si in lege 24. §. Colonus infr. tit. prox. l. venditor. 8. infr. de euict. l. inde Neratius 23. in princip. & l. si seruum meum 33. supr. ad l. Aquil. §. illud institutionibus, eod. tit. l. 2. §. merito, infr. ne quid in loc. public. l. quidquid 7. C. arbitr. tutel. l. vnic. in fin. C. de sentent. quæ pro eo quod inter.* Quibus non est contrarium quod Accursius obiicit *ex l. Proculus 26. infr. de damn. infect. l. 1. §. sicut autem 21. iunct. l. si in meo 21. de aqua & aquæ pluuiæ arcend. l. si is cui 71. in fin. inf. de furt. l. iniuriarum 13. §. si quis de honoribus, infr. de iniur. l. si sponsus 5. §. si maritus heres, inf. de donat. int. vir. & vxor. d. l. vlt. supr. de peric. & comm. rei vendit.* Omnes enim ij loci vel specialem habent rationem, quæ in singulis exprimitur, vel de lucro loquuntur, quod sit omnino extra rem, vel denique hoc tantùm probant quod nemo negat, multum referre an qui certet de lucro captando, an de damno vitando, vt in *l. quod autem 6. §. simili modo & l. vlt. §. 1. infr. quæ in fraud. credit. l. vlt. §. sin verò creditores C. de iur. delib.* Denique falsum est quod Accursius hîc notat, leges veteres hac parte abrogatas esse à Iustiniano in *d. l. vnic. ad fin. C. de sentent. quæ pro eo quod inter. profer.* Cum è contrario Iustinianus iubens vt ea constitutio non tantum in damno, sed etiam in lucro æstimando locum habeat, non aliam constitutionis suæ rationem afferat, quam quia & ex lucro id quod interest, æstimandum esse, veteres statuerunt.

a *Nec enim maior fit obligatio.* RAT. DVB. In bonæ fidei iudiciis ex mora non tantum fructus & vsuræ debentur, sed etiam accessiones cæteræ, puta id quod interest *l. mora 32. §. in bonæ fidei l. vsurę 34. & seq. l. videamus 38. §. penult. & pass. infr. de vsur.* Ergo propter moram in tradendo factam crescit obligatio, ne alioqui mora impunita remaneat. Cum tam vsuræ, quam cæteræ accessiones quæ ex mora præstantur, non tam propter lucrum petentium quam propter moram non soluentium infligantur, vt eleganter Papinianus ait in *l. cum quidam 17.*

DEC. Præcipuus moræ effectus ille est, vt obligationem perpetuet, non vt eam augeat *l. si ex legati 23. & seq. l. si seruum 91. §. sequitur & §. vlt. infr. de verb. oblig.* nisi quod pertinet ad accessiones, quarum obligatio tanquam accessoria ab obligatione principali separanda est. Atqui augeretur obligatio venditoris ex mora ipsius, si id quoque quod emptoris extra rem venditam interesset præstare teneretur, cum ab initio non ad aliud obligatus fuerit, quàm vt rem ipsam venditam traderet: in cuius obligationis loco succedit postea obligatio præstandi eius quod interest *d. l. 1.* vbi diximus *supr. hoc tit. l. si quis ab alio 13. in fi. inf. de re iud. l. cum stipulatus sim 113. §. 1. infr. de verb. oblig.* Ergo nec aliud interesse peti potest quam quod circa rem ipsam consistit.

b *Quamuis æstimatio crescat.* RAT. DVB. Non potest obligatio venditoris ex mora ipsius augeri vt proxime diximus. Ergo nec æstimatio rei venditæ crescere propter moram.

BIU Cujas

DEC. Aliud est obligationem principalem augeri ex mora, quod supra cum Paulo negauimus. Aliud verò æstimationem rei venditæ crescere propter moram, quod verum est *l. 3. §. si per venditorem supr. hoc tit.* Sicut & alius tractatus est de pretio rei venditæ, alius verò de eo quod interest præstando propter non traditam rem venditam, vt latius diximus ad *l. vinum 22. supr. de reb. credit. l. 3. de condic. tritic. l. 3. §. in hac Commodat.* Crescit autem æstimatio rei venditæ, cum res vendita nec dum tradita pluris est hodie quam fuerit eo tempore quo vendebatur, & quidem ratione optima, quam Paulus in hoc §. subiicit, Quia inquit siue datum esset vinum quod venditum ponimus, hoc haberet nunc emptor, tantique posset vendere quanti hodie est, siue datum non fuerit, saltem hodie dandum est quod iam olim dari oportuit. Iunge *l. sed si postea 24. cum §. vlt. l. præced.* Quæ ratio tam naturalem habet intellectum vt clariore aut longiore non indigeat explicatione. Hoc tantum notandum est, augmentum & increuentum illud æstimationis quod priori & principali obligationi propter moram accedit, nihil aliud esse quam illud ipsum quod interest emptoris circa rem ipsam venditam non extare rem. Id enim est in meo iudicio quod Paulus in hoc §. docere voluit, vt pragmaticorum nostrorum errorem conuelleret, qui putant etiam eo casu quo æstimatio quantiplurimi præstanda sit propter moram, etiam præstandas esse illius æstimationis vsuras quasi æstimatio etiam quantiplurimi sortis tantum principalis rationem habeat, ideoque vsurarum accessionem admittat, vt ex iis apparet quæ in Codice nostro Fabriano scripsimus sub titulo *si certum petat.* Cum tamen includat etiam id quod interest vltra pretium rei venditæ & quidem iure eius quod interest, circa rem ipsam tantummodo, quia nec quicquam interesse potest emptoris supra æstimationem illam quantiplurimi, nisi eius quod extra rem interest, rationem habere quis velit. Quod nec Paulus hîc patitur, nec nos quoque ferendum arbitramur.

4 ¶ Si tibi fundum vendidero, vt eum conductum certa summa haberem: ex vendito, eo nomine, mihi actio est: quasi in partem pretij ea res sit.

Ad §. 4. Si tibi.

RAT. DVB. Contractus venditionis & locationis, sicut emptionis & conductionis, omnino diuersi sunt, ita vt alter in altero contineri nullo modo possit. Etsi enim iisdem fere iuris regulis consistant, vt scriptum est in *l. 2. infr. tit. prox.* contractus tamen cui venditio est, locatio dici nullo modo potest, aut contra *l. penult. in fin. supr. de contr. empt.* Ergo si tibi fundum vendidero ea lege vt eum conductum certa mercede habeas, non videtur posse valere conuentio, tanquam quæ sit contra naturam venditionis, cùm per eam fiat, vt idem sit contractus venditionis & locationis.

DEC. Acta omnia in contractu venditionis aut incontinenti apposita partem pretij facere intelliguntur *l. fundi partem 79. supr. eod. illo tit. l. si venditor 6. §. 1. in fin. supr. de seru. export.* Ergo siue conuenerit vt emptor fundum venditum haberet certa mercede conductum, aut quid aliud simile, actio ex vendito eo nomine dari debet venditori, vt quod interest, præstetur, si quod conuenit, non fiat, *d. l. fundi partem & l. qui fundum 75. eod. tit.* Pacta enim quæ fiunt post contractum bonæ fidei, non modo insunt contractui cui dant legem: sed etiam formant actionem, vt porrigatur ad omne id quod pacto comprehensum est *l. Iurisgentium 7. §. quinimo & §. adeo supr. de pact.* Nec ideo contractus venditionis degenerat in locationem: sed naturam suam retinet, vt eodem modo detur actio ex vendito ad faciendũ id quod conuenit quẽadmodũ ad pretiũ.

5 ¶ Sed etsi ita fundum tibi vendidero, vt nulli alij eum, quam mihi venderes: actio eo nomine ex vendito est, si alij vendideris.

Ad §. 5. Sed etsi ita tibi fundum vendidero.

RAT. DVB. Nemo pacisc endo efficere potest, quin liceat sibi etiam inuito vicino prædium suum alienare *l. penult. supr. de pact.* quia nec leuis iniuria est quæ inani honestatis colore velatur, vt homines de suis rebus aliquid facere cogantur, vel prohibeantur inuiti, vt ait *l. dudum 14. de contr. emp.* Ergo nec illa pactio valere debet, si ita tibi fundum vendidero, vt nulli alij eum quam mihi venderes. Nec proinde actio ex vendito mihi eo nomine danda est si tu alij eum vendideris.

DEC. Actio ex vendito competit venditori ad cõsequenda omnia quæ ei ab emptore præstari oportet, *l. Iulianus, 13. §. ex vendito supr. hoc tit.* Nihil autem est quod emptor venditori magis præstare debeat, quàm quod inter eos conuenit, quia nec quicquam est quod bonæ fidei magis congruat *l. ex empto 11. §. 1. supr. eod. l. cùm venderem 21. inf. tit. prox.* Ergo si fundum tibi vendidero ea lege vt nulli alij quàm mihi eum venderes, actio ex vendito contra te mihi danda est, si eum alij vendideris, alioqui deciperes me, qui nõ alia lege fuerã tibi venditurus *l. vlt. C. de pact. int. emptor. & vendit. & d. l. qui fundum 75. supr. de contrah. empt.* Non tamen faciet hæc conuentio, quin si alij vendas dominium, transferas in emptorem: alioqui nec actio ex vendito mihi danda esset, si ex ea pactione venditio impediretur *l. vlt. C. si mancip. ita fuer. alienat. vt manumit.* An verò per conuentionem prohiberi quis possit, ne rem suam alienet, néve alienãdo dominium eius transferat. Alia quæstio, est, de qua nostri tractant ad *l. ea lege. 3 C. de condict. ob tau. dat. & ad l. qui Romæ. 122. §. coheredes. infr. de verb. ob.* Nos fusè tractauimus in postrema parte Chiliadis nostræ de errorib. Pragmatic. Neque tamen consequens erit vt rem quam tibi vendidi ea lege ne alij quàm mihi venderes, mihi vendere tenearis, si eam retinere tibi malis. Aliud enim est huiusmodi pacto prohiberi te ne alij possis vendere, aliud verò te cogi vt mihi vendere tenearis, quamuis Accursius dubitare sic de eo videatur.

6 ¶ Qui

BIU Cujas

6 ¶ Qui domum vendebat, excepit sibi habitationem, donec viueret, aut in singulos annos decem. emptor primo anno maluit decem præstare: secundo anno habitationem præstare. Trebatius ait, mutandæ voluntatis potestatem eum habere, singulísque annis alterutrum præstare posse, & quandiu paratus sit alterutrum prę̃stare, tamdiu petitionem non esse.

Ad §. vlt. Qui domum.

RAT. DVB. Qui electionem habet, si semel elegerit, postea variare non potest *l. apud Ausidium 20. infr. de opt. leg. l. quod in herede 9. §. eligere supr. de tribut. act.* vbi dix. *l. huiusmodi 84. §. cũ 9. de leg. 1.* Ergo si venditor in vendendis ædibus exceperit sibi habitationem donec viueret, aut in singulos annos decem, & emptor maluerit primo anno præstare decem, danda ei non est mutandæ voluntatis potestas, si forte secundo anno malit præstare habitationem. Cum imputare sibi debeat, cur non ab initio habitationis præstationem elegerit, nam neque inconstantia vnquam in iure nostro laudabilis est *l. quæ omnia 55. §. 1. & l. in causa 27. in princip. supr. de procur.*

DEC. In alternatiuis electio debitoris est ex regula iuris & Pontificij & ciuilis *C. in alternatiuis de regul. iur. in 6. l. plerumque 10. §. vlt. infr. de iur. dot. l. 2. §. 2. supr. de eo quod cert. loc.* Ergo in proposita specie cum ex pacto in venditione appositio emptor ædium teneatur venditori aut habitationem aut in singulos annos id præstare, electionem habere debet, vtrum præstare malit. Cumque hæc electio sit earum rerum quæ non semel, sed sæpius & per annos singulos præstari possunt, non potest electio primo anno facta adimere sequentis anni electionem. Quod in legati optione diuersum est *d. l. apud Ausidium*, quia semel tantum optari potest, vt ibid. scriptum est & in *l. mancipiorum 6. iunct. l. 4. eod. tit.* Totum enim ius optandi prima optione consumitur, quia semel tantum lex optionem defert. Sic lex 12. tab. agnato olim deferebat hereditatem seu successionem, & post primam delationem si repudiasset, nullo modo iterum deferebat. *Agnatus proximus familiam habeto.* Sed Prætor postea successionum gradus ad agnatos secundos & etiam ad cognatos extendit. Vnde tit. *de succeſſ. edict.* Vnde fit vt optione semel rite facta dominium rei optatæ statim & continuo transeat in legatarium *d. l. apud Ausidium.* Nec dissimile est quod ex pluribus actionibus ex eadem causa competentibus, si vna eligatur, ad alias rediri postea non potest, *d. §. eligere.* Non enim variæ actiones ideo competere solent, vt omnibus & pluribus actor vtatur, sed vt eligendi arbitrium habeat, quanam vti malit *l. cum filius 76. §. Varus de leg. 1.* Quia nec nisi semel agi potest, cum actio quę in iudiciũ deducitur, eque consumatur *l. habebat 14. sup. de inst. act. l. si sic stipulatus 133. de verborum oblig.* At in proposita specie, id est in promissione annua alternatiua facit qualitas conuentionis vt electio in singulos annos variari possit. In singulos quidem annos, quoniam annua est: variari, quia in singulos annos est alternatiua. Quæ ratio facit, vt in vno eodemque anno variari non possit, quia vniuscuiusque anni vna tantum est eáque pura, non alternatiua. Quò pertinet quod in legato scriptum est in *l. si ex toto 8. §. vlt. infr. de legat. 1.* Nec est contrarium quod dici solet, stipulationem annuam licet in plures annos facta sit, vnicam tantum esse *l. si Stichum 16. §. 1. ff. de verb. obl.* Id enim locũ habet in stipulatione, quæ sit annua simpliciter, non in ea quæ sit annua & alternatiua, vt hæc, de qua tractamus, nisi malis cũ Barthol. dicere: quod mihi tamen minus probatur, stipulationem annuam tunc vnicam censeri debere, cum creditori simpliciter acquiritur, ita vt ab eo nihil faciendum & implendum sit. At non etiam si quid faciendum & implendum habeat, vt ille probat ex *l. si seruus communis mœnij 18. §. vlt. infr. de stip. seruor.* Nam in hac specie venditor qui habitationem sibi excepit aut in singulos annos 10. hoc faciendum habet inquit Bart. tot conuentiones ac stipulationes quot anni, ac proinde totidem electiones. Verum igitur est quod Trebatius dicebat, mutandæ voluntatis potestatem habere emptorem, singulísque annis alterutrum quod elegerit prę̃stare posse, nec proinde contrà emptorem ex vendito agi posse ad id quod interest, quamdiu paratus est ille alterutrum prę̃stare: nec inconstans videri debet qui mutat voluntatem, cuius mutandæ potestatem pacto suo sibi acquisiuit, vt in *l. eum qui certarum 138. §. 1. infr. de verb. ob. l. nonnumquam 14. de leg. præt. l. penul. §. 1. sup. de vsu & habit. l. pater Seuerianum 102. §. vlt. infr. de condic. & demonstr.* huiusmodi promissionem alternatiuam præstandi vel habitationem vel etiam 10. in annos singulos vnicam eidem præstari posse apparet eo quod in obligatione alternatiua vtrumque esse dicimus non alterutrum, licet alterutrum duntaxat præstari oporteat *l. si duo 128. ff. de verb. oblig.*

22. IVLIANVS libro 7. Digestorum.

Si in qualitate fundi venditor mentitus sit, non in modo eius: tamen tenetur emptori. pone enim dixisse eum, quinquaginta iugera esse vineæ, & quinquaginta prati, & in vinea minus, in prato plus inueniri, esse tamen omnia centum iugera.

Ad l. Si in qualitate 22.

RAT. DVB. Non decepit emptorem venditor qui vendidit centum iugera, quinquaginta in vinea & quinquaginta in prato, licet quadraginta sint tantum in vinea, si modo sexaginta sint in prato, cum & modus integer constet centum iugerum, & non minus vtilitatis ex prato

BIU Cujas

quàm ex vinea colligi possit, si quidem pratum ex eo dictum est quod sit paratum *l. pratum 31. de verb. sig.* Vinea autem assiduam ac pene continuam culturam hominisque diligentiam desideret. Ergo multum interest an in qualitate, an vero in quantitate & modo mentitus sit venditor.

DEC. Decipitur emptor quoties non præstatur ei à venditore illud ipsum quod venditum est & quod conuenit. Est enim id contra bonam fidem, *l. ex empto 11. §. 1. supr. hoc tit. l. cum venderem 22. infr. tit. prox.* Atqui non præstat venditor quod conuenit, cum ex centum iugeribus, quorum dimidiam partem dixit esse in vinea & dimidiam in prato, quadraginta tantum præstat in vinea & in prato sexaginta, perinde ac si pro centum nonaginta tantum præstaret: Interest namque emptoris habere quantitatem promissam in vinea potius quàm in prato, cùm longe maior & pretiosior fructus ex vineis quàm ex pratis percipiatur, *l. si duorū 42. infr. hoc tit.* Vtroque igitur perinde teneri debet venditor actione ex vendito tanquam qui emptorem deceperit, etsi fatendum est maiorem esse deceptionem, si in modo venditor mentitus sit quàm in qualitate, quia modus ad substantiam rei pertinet, qui si non sit in rerū natura, nullo modo præstari potest, *l. si seruum 4. §. 1. supr. eod.* qualitas autem nihil nisi accidens est, quod fundi essentiam non respicit, sed facit tantum vt pluris minorisve fundus æstimari debeat *d. §. 1.* Quid ergo si è contrario plus sit in vinea quam in prato? Non videbitur deceptus emptor à venditore qui plus præstiterit quam debuerit, nam qui plus præstat quàm debeat, hoc ipso præstat id ipsum quod debet, *l. Iauolenus alias l. eum qui infr. de ann. leg.* cùm in eo quod plus est, etiam id quod minus est contineatur, *l. in eo 110. de reg. iur.* Iunge *l. si fundo vendito 34. infr. hoc tit.*

23. IDEM libro 13. Digestorum.

SI quis seruum, quem cum peculio vendiderat, manumiserit: non solùm peculij nomine, quod seruus habuit tempore, quo manumittebatur, sed & eorum, quę postea adquirit, tenetur.[a] & præterea cauere debet, quidquid ex hereditate liberti ad eum peruenerit, restituiri. *Marcellus notat.* Illa præstare venditor ex empto debet, quæ haberet emptor, si homo manumissus non esset. non continebuntur igitur, quæ, si manumissus non fuit, adquisiturus non fuerit.

Ad l. Si quis seruum 23.

RAT. DVB. Seruo manumisso qui cum peculio venditus fuerat, potior est causa libertatis quam venditionis. Nemo enim dubitat quin libertas competat ex manumissione à vero domino facta, adeoque ex veri domini voluntate *l. 4. in princip. infr. de manum. vindict.* Neque rursus quin venditor qui manumittit, manserit dominus serui venditi ante traditionem solutumque pretium: *l. quod vendidi 19. & l. vt res 73. supr. de contrah. empt.* Ergo si venditor serui eum ante traditionem manumiserit, non debet eo nomine teneri ex vendito nequidem peculio, quod habebat seruus eo tempore quo manumittebatur, cum peculij venditio accessoria fuerit ad venditionem serui, qua venditione facta irrita propter manumissionem consequens videtur, irritam quoque peculij venditionem fieri debere, *l. 1. & 2. infr. de pecul. leg.* tantum abest vt etiam eorum nomine quæ postea seruus acquirit, venditor teneri debeat, cum neque venditor vnquam ea habuerit in sua potestate ante manumissionem, quia nondum erant quęsita, neque post manumissionem neque vnquam acquiri ei potuerint ex die manumissionis, cum exinde manumissus fuerit liber & sui iuris.

DEC. Venditor ad hoc potissimum tenetur actione ex empto vt rem venditam tradat *l. 1. l. ex empto 11. §. 1. supr.* Qui autem vendit seruum cum peculio, duas res vendit, seruum scilicet, & peculium, alioqui peculium serui non videretur venditum, in quo similis est seruus venditus legato seruo, qui cum peculio legatus esse non intelligitur, nisi alia fuerit testatoris voluntas *l. quoties 29. supr. de contrah. empt. l. si legatus 24. de pecul. leg.* Ergo etiamsi per manumissionem serui fiat irrita ipsius venditio, adeo vt nec eam tradere venditor teneatur, peculij tamen venditio durat, adeóque venditoris obligatio, non vt seruum tradere cogatur, sed vt ex ea causa teneri debeat in id omne quod interest emptoris manumissum seruum non fuisse, cum per eum factum sit quo minus possit tradere. nam & similiter per eū factum est quo minus emptori manumissus acquirere possit ex causa peculiaria, qui procul dubio acquireret si seruus mansisset: neque vero debuit esse in potestate venditoris manumittendo seruum venditum facere deteriorem emptoris condicionem ex vulgari *Reg. legis non debet alteri 74. de regul. iur.*

a *Et præterea cauere debet.* RAT. DVB. Non valet pactum de futura successione tertij nisi tertius ille consentiat *l. vlt. C. de pact.* Quod autem in obligationem deduci non potest, multo minus potest in actionem & petitionem. Ergo etiamsi seruus cum peculio venditus manumissus sit, non ideo tamen cauere venditor debet se, quicquid ex hereditate liberti ad eum peruenerit, restituturum.

DEC. Multum interest an de futura successione tertij pactum fiat principaliter & per se: quo casu non valet nisi tertius consentiat & perseueret in eadem voluntate *d. l. vlt. C. de pact.* an vero tractetur de futura successione tertij per ocasionem & in consequentiam alicuius pacti præcedentis, vt in specie huius legis, in qua tenetur venditor restituere emptori quidquid ad se ex liberti successione peruenerit, non quia futura liberti successione inter eos conuenerit, sed quia venditus erat seruus ante quam manumitteretur, quique si emptori traditus nec manumissus fuisset, emptori acquisiuisset tanquam domino quidquid sibi post manumissionem acquisiuit: quæ autem non fiunt, nisi per consequentias attendi in iure nostro non solent *l. 1. l. quod dicitur. 7. infr. de author. tutor.* Idque est quod Marcellum notare Vlpianus refert: venditorem

tòrem actione ex vendito illa omnia emptori præstare debere quæ haberet emptor, si homo manumissus non fuisset, cui consequens est, vt si hic manumissus aliquid sibi acquisiuerit, quod non fuerat acquisiturus domino, si manumissus non fuisset, puta, inquit Accursius ex dignitate aliqua, cuius omnino incapaces sunt serui, non debeat venditor id emptori restituere, nec proinde cauere de eo restituendo, quia nec id haberet emptor hodie, si seruus venditus non manumissus, sed traditus ei fuisset ex *leg. verum* 11. *in princip. suprà de minor. leg. si postea-quam* 43. *leg. si vero* 64. §. *item quicquid solut. matrimon.*

24. IVLIANVS libro 15. Digestorum.

SI seruus, in quo vsusfructus tuus erat, fundum emerit, &, antequam pecunia numeraretur, capite minutus fueris: quamuis precium solueris: actionem ex empto non habebis, propter talem capitis deminutionem: sed indebiti actionem aduersus venditorem habebis. ante capitis autē deminutionem nihil interest, tu soluas, an seruus ex eo peculio: quod ad te pertinet: nam vtroque casu actionem ex empto habebis.

Ad l. Si seruus 24.

RAT. DVBIT. Seruus in quo vsusfructus alienus est, quidquid acquirit siue ex operis suis, siue ex re fructuarij, acquirit fructuario *l. acquiruntur* 10. §. *de his. de acquir. rer. dom.* Atqui seruus acquirit ex operis suis quicquid acquirit ex proprio contractu, siue emendo, siue stipulando, aut aliter contrahendo *leg. sed sicuti* 23. *& seq. supr. de vsufruct.* Ergo quod seruus fructuarius emerit, acquirit fructuario, multò magis autem si postea solutum sit pretium ex pecunia fructuarij. Quo casu illud amplius concurrit, quod ex re fructuarij acquisitio facta intelligitur: nec quod medio tempore fructuarius capite diminutus sit, ad rem facere videtur, cùm in contractibus, quotiescunque tractatur cui acquisitum sit contractus, tempus putari oporteat, tum quoque cum sub conditione initus est *leg. si filiusfamilias* 78. *de verbor. obligat. l. quæ legata* 18. *de regul. iur.* aut saltem tempus soluti pretij, quippe cuius solutionem præcedere necesse est, vt dominium ex causa venditionis transferatur etiam secuta traditione *leg. quod vendidi* 19. *leg. vt res* 53. *suprà de contrah. empt.* Proinde siue contractæ venditionis, siue soluti pretij tempus inspicere velimus, actionem ex empto acquiri per seruum fructuario, quamuis medio tempore, quod inter venditionem & pretij solutionem interceßit, vsufructuarius capitis diminutionem passus sit.

DECID. Nihil fructuario acquirere potest seruus, in quo vsusfructus alienus est, nisi quamdiu ille fructuarius est, id est, quamdiu durat vsusfructus *leg. vsusfructus* 26. *iunct. leg. præced. & pass. infr. de stip. seru.* Atqui vsusfructus amittitur per capitis diminutionem olim quamlibet etiam minimam, hodie vero per maximam & mediam duntaxat post Iustiniani constitutionem in *leg. penultim. Cod. de vsufruct.* §. *finitur de instit. eodem tit.* Ergo etiamsi eo tempore quo seruus fructuarius emit, vsusfructus ad Titium pertinuerit, si tamen antequam res empta seruo traderetur, adeóque pretium solueretur, vsusfructus intercideriit, non potest per seruum acquiri fructuario eo tempore, quo fructuarius amplius nullus est, parumque refert, cum ante solutionem pretij capitis diminutio interuenit, an solutum postea sit pretium ex pecunia fructuarij, nec ne, quia prius est, vt sit persona aliqua fructuarij, quam vt acquiri ei quicquam possit *dict. leg. vsusfructus* 26. *de stip. seru. leg. quidam referunt* 14. *infrà de iur. Codicill.* Nec cum de acquisitione tractamus, tam illud inquirimus, ex cuius pecunia solutum sit pretium, quam cui res vendita sit & tradita *leg. qui aliena.* 8. *& leg. multum interest* 6. *& pass. Cod. si quis alt. vel sib. leg. si seruus* 21. *infrà de acquirend. rer. domin.* Obstare tamen valde videtur quod scriptum est in *leg. sed & si quid* 25. §. 1. *Quid ergo si amisso, suprà de vsufruct.* Vbi Vlpianus ex eodem Iuliano, cuius est hæc lex, scribit, si amisso vsufructu seruus fructuarius pretium numeret rei venditæ quam emerat ante capitis diminutionem, adhuc pecuniam acceperit, quam numerauit, vt si ex pecunia fructuarij fructuario acquirat, si minus proprietario, nisi dicas cum Accursio, vel mecum, esse in specie legis contrariæ vsumfructum aliter quam per maximam aut mediam capitis diminutionem, quæ vtraque non nisi propter delictum aliquod irrogatur, ideóque minus fauorabilem efficit fructuarij conditionem, vel sententiam illam esse humaniorem, vt ibi Vlpianus scribit, hanc autem veriorem. Iulianum enim cum seipso pugnasse verisimile non est, quamuis potuerit ei accidere, quod & Papiniano & Scæuolæ nonnunquam accidit, vt variauerit. Vide tamen quæ ad illum locum scripsimus. Planè eo casu quo fructuarius pretium soluit post capitis diminutionem, non potest habere actionem ex empto contra venditorem, indebiti pretij conditionem habere debet, vt hic Iulianus ait. Non enim potest videri pretium debuisse ex ea venditione, cuius commodum & emolumentum non ad ipsum, sed ad dominum serui pertinuit. Quod si ante capitis diminutionem pretium solutum fuerit, ideoque ad fructuarium fundus emptus pertinuerit, non erit distinguendum, an fructuarius ipse soluerit, an tu solueris, an verò seruus ex eo peculio quod ad fructuarium pertinebat. Vtroque enim casu cùm fundus acquiratur fructuario, fructuariam quoque ex empto actionem habere necesse est, contra venditorem ad rem tradendam, aut ad id quod interest si res vendita nō tradatur *l. 1. l. ex empto* 11. *supr. h. t.* vt scriptum est in fine huius §. ex quo mihi fit probabile, Iu-

BIU Cujas

lianum in priore huius legis specie contra putasse distinguendum, an seruus ipse post capitis diminutionem pretium numerauerit ex peculio & re fructuarij, an vero ipse fructuarius, vt priori casu acquiratur fundus fructuario, & consequenter ex empto actio *dict. §. interdum.* Posteriore verò non item, vt initio huius legis. Et ratio diuersitatis est, quia cùm idem seruus fructuarius qui emit, pretium numerat, licet post capitis diminutionem fructuarij, perinde haberi debet, ac si numerasset ab initio. Cùm autem pretium à fructuario ipso soluitur, iam alia persona est, & alia conditio personæ, cui per seruum qui fructuarius esse iam desiit, nihil amplius acquiri possit. Et ita Iulianum cum seipso conciliare malo, quam quomodo conciliat Accursius, aut Castrensis, qui supradictam Accursij distinctionem illam magis probat, vt hæc lex procedat de iuris rigore, illa de æquitate, nempe quia credidit illam duntaxat distinctionem à Iuliano adhibitam fuisse, an pretium emptionis factæ à seruo fructuario solutum sit ante capitis diminutionem, vel postea, cùm tamen illa quoque distinctio adhibenda sit, & à Iuliano adhibita fuerit, quam isti non obseruarunt, vtrum post capitis diminutionem pretium solutum fuerit ab eo qui emit, an à fructuario. Alia sanè Accursij conciliatio ex eo sumpta, quod fructuarius maximam vel mediam capitis diminutionem passus, deterioris conditionis esse debeat propter admissi delicti causam, nullo modo probari nihil potest. Quid enim habet commune delictum cum causa acquisitionis, quomodo in specie non dissimili argumentatur Vlpianus contra Papinianum in *l. Papinianus exuli* 10. *sup. de minor?* sed & quia hic textus est de minima capitis diminutione, vt supradiximus, cum etiam per mediam capitis diminutionem contingat status permutatio *l. 2. in l. leg. §. 1. & passim de c. diminut. l. qui ex liberis* 11. *§. testamento, inf. de verb. poss. act. trib.* mutatio autem illa patris quæ per minimam capitis diminutionem contingit, neque ex delicto proficiscitur, neque aliquid cum delicto commune habet.

1 ¶ Seruum tuum imprudens à fure bona fide emi. is ex peculio, quod ad te pertinebat, hominem parauit, qui mihi traditus est. posse te hominem eum mihi cõdicere, Sabinus dixit. sed si quid mihi abesset ex eo negotio, quod is gessisset, verum esse inuicem me tecum acturum de peculio. Cassius veram opinionem Sabini retulit, in qua ego quoque sum.

Ad §. 1. Seruum tuum.

RAT. DVB. De huius §. sententia nihil attinet plura dicere: est enim planè eadem & iisdẽ propemodum verbis concepta, quæ extat in *l. cùm fundus* 31. *§. seruum tuum supr. de reb. credit.* Vbi latius totam huius loci speciem & quæstionem explicauimus, quia & locus ille plenior est.

2 ¶ Seruo vendente hominem, fideiussor venditionis omnia præstare debet, in quæ obligaretur, si pro libero fideiussisset. nam & in dominum actio sic datur, vt emptor eadem consequatur, quæ, libero vendente, consequi debuisset. sed vltra peculij taxationem dominus non condemnatur.

Ad §. 2. Seruo vendente.

RAT. DVB. Is qui fideiubet pro seruo vendente hominem, nõ ad plus teneri debere videtur, quàm ipse serui dominus, cùm eius obligatio accessoria sit ad obligationem, non minus domini quàm serui, vnde & fideiussori æquiparatur, in *l. cum filiusfamilias* 49. *in princip. inf. de verb. obl.* satisque esse debeat vẽditori, quod ea omnia à fideiussore consequi posset, quæ à domino per actionem de peculio consequeretur: à seruo enim ipso pro quo fideiussorem accipit, nihil consequi posset, quandoquidem cum seruo nulla actio est *l. cum seruo* 67. *de reg. iur.* Atqui dominus non tenetur supra quàm sit in peculio, quia nec alia quàm de peculio actione tenetur *l. 1. l. si quis cum filiofamilias* 14. *& passim sup. de pecul.* Ergo nec contra fideiussorem venditionis danda est actio, nisi ad concurrentem peculij quantitatem.

DEC. Fideiussoris obligatio, licet accessoria tantum sit, attamen tum quoque cùm naturali duntaxat obligationi accedit, obligat fideiussorem ciuiliter, quia non contrahitur, nisi per stipulationẽ *l. 5. §. satisacceptio. infr. de verb. obl. l. Græcè* 8. *de fideiuss. l. blanditus* 12. *C. eod.* Ergo quãuis seruus qui hominem vendidit, naturaliter tãtum, nõ etiã ciuiliter obligari potuerit *l. serui* 14. *de obl. & act. l. nec seruus* 41. *sup. de pecul.* Ideóq; nec actione vlla conueniri possit *d. l. cũ seruo*, fideiussor tamẽ pro eo datus, proinde tenetur ad ea omnia emptori præstanda quę in actionem veniũt, atque si pro libero venditore fideiussisset: quamuis enim fideiussor nõ possit obligari durius quã principalis, *d. l. Græce §. illud*, potest tamen obligari efficacius, alioqui pro eo qui naturaliter tantũ obligatus esset, accipi fideiussor non posset, q; falsum est *l. 1. l. stipulatus sum* 6. *§. 1. l. fideiussor* 16. *§. naturales de fideiuss.* Atqui si quis pro libero homine vendente fideiussisset, teneretur ea præstare omnia quæ veniunt in actionẽ: credendus.n. esset in omnẽ venditionis causam fideiussisse, vt in *l. puero* 54. *infr. tit. prox.* Idẽ ergo iuris est etiamsi fideiusserit pro seruo: aliud.n. est pro seruo fideiubere, aliud pro domino serui, item aliud est fideiussorem esse vẽditionis, aliud verò actionis tãtũ *de peculio §. 1. inst. de fideiuss.* Ex quo intelligimus patrem vel dominum in actione de peculio, non esse per omnia similem fideiussori: mitius enim cũ eo agitur quàm cũ fideiusore, nimirum quia fideiussor ex proprio contractu, propriáque volun-

tate

tate obligatur, dominus autem vel pater ex contractu alieno, & plerunque extra suam voluntatem, nonnunquam etiam contra, vt in specie *l. si quis sertum 29. §. 1. l. quoties 47. in princ. supr. de pecul.*

25. IDEM libro 54. Digestorum.

QVi pendentem vindemiam emit, si vuam legere prohibeatur à venditore, aduersus eum petentem pretium, exceptione vti poterit: *Si ea pecunia, qua de agitur, non pro ea re petitur, quæ venit, neque tradita est.*[a] ceterùm post traditionem, siue lectam vuam calcare, siue mustum euehere prohibeatur: ad exhibendum, vel iniuriarum agere poterit: quemadmodum si aliam quamlibet rem suam tollere prohibeatur.

Ad l. Qui pendentem 25.

RAT. DVBIT. Venditor vindemiæ adhuc pendentis, sicuti remanet dominus fundi, quia non nisi vindemiam vendidit, ita & remanet dominus vindemiæ priusquam collecta sit, cùm fructus omnes iure soli & dominij percipiantur *leg. qui scit 25. §. 1. infr. de vsur.* Ergo tanquam dominus & suo iure prohibere potest emptorem, ne vuam legat. Est enim quilibet, vt iactari vulgò solet, rei suæ moderator, & arbiter *l. 2. infr. si quis à parent. manum. sit. leg. in re mandata Cod. mandat.* & consequenter si petat pretium, non ideo exceptione vlla repelli potest, cum neque dolo, neque vllo malo more faciat is, qui iure suo vtitur, *leg. si duorum 42. infrà hoc tit.* neque iuris executio habeat iniuriam *leg. iniuriarum 13. §. 1. infrà de iniur.*

DEC. Non est æquum neque ex bona fide, vt emptor rem emptam non habeat, & nihilominus venditor pretium consequatur *leg. ex empto 11. §. vltim. supr. leg. bona fides 50. infrà hoc titulo.* Atqui emptor qui vuam sibi venditam legere, id est colligere prohibetur, si pretium emptionis soluere nihilominus cogatur, & re carebit, & pretio, vēditor autē vtrunq; habebit & rē & pretium. Ergo ne iniquitas tanta emergat, dicendū est, dandam emptori exceptionē, de qua hic Iulianus, rei venditæ & non traditæ. Quemadmodum enim contra venditorem, qui rem venditam tradidit, si eam postea euincere ex quacunque causa velit, comparata est exceptio rei venditæ & traditæ, de qua in *leg. 1. & tot tit. infr. de except. rei vend. & trad.* ita & contra eum qui non tradidit, si petat pretium, exceptio rei non traditæ danda est, quæ si non daretur, doli exceptionem competere dicendum esset, quia dolo facit quisquis contra bonam fidem & naturalem æquitatem lucrum captat ex damno alieno *l. 1. §. 1. infr. de dol. mal. except.* Sic & venditori datur exceptio pretij non soluti, si ante pretium non solutum ad traditionem rei venditæ vrgeatur *l. Iulianus 13. §. offerri 8. supr. l. ædiles etiam 25. §. vlt. l. illud 29. infr. de ædil. edict.* Nec tantum exceptio in huius legis specie emptori danda est contra venditorē pretium petenti, sed etiam actio ex empto, vt agere vltrò possit contra venditorem ad rem tradendam, vt Accursius hic notat *l. Quintus 40. infr. hoc tit. l. si ager 50. supr. de rei vind.*

a *Cæterum post traditionem.* RAT. DVB. Emptor non fit dominus rei venditæ etiam si ei tradita sit, nisi pretium soluerit, aut aliter eo nomine venditori satisfecerit *l. quod vendidi 19. l. vt res 53. supr. de contr. empt. §. venditæ inst. de rer. diuis.* Atqui tractat Iulianus in hac lege de emptore qui pretium non soluit. Ergo non potest emptori competere vindicatio, si lectam vuam calcare, siue mustum euehere prohibeatur à venditore, proinde nec ad exhibendum agere, cùm ea actio sit præparatoria vindicationis *l. 1. supr. ad exhib.*

DEC. Semper supponendi sunt termini habiles, ne alioqui absurdum aliquod sequatur *l. tutor 35. §. prodigus supr. de iur. iur. l. adigere 6. §. quamuis de iur. patron. l. 1. §. vlt. ad SC. Tertil.* Ergo cum tractetur hic de emptore qui per traditionem factus sit dominus, supponendum est fuisse solutum ab eo pretium, aut aliter eo nomine satisfactum. Alioqui siue rei vendicatione, siue ad exhibendum aut iniuriarum agat emptor contra venditorem, potest venditor rem quam vendidit, veluti cuiusdam taciti pignoris retinere, quousque pretium acceperit *d. §. offerri iuncta l. Celsus 5. in princ. supr. ad exhibend.* Ideo autem necessaria est hoc casu actio ad exhibendum, quia vindicari res non potest, nisi quæ sit præsens, secundum vulgarem illam vindicationis formulam veterem *hanc rem ex iure quiritium meam esse aio. l. 1.* vbi diximus *supr. de rei vind.* de actione autem iniuriarum, quin emptori competat dubitari non potest, cum fiat iniuria ei qui re sua, vel iure suo vti prohibetur *dict. leg. iniuriarum 13. §. si quis me infr. de iniur. leg. 1. §. si quis tabulas supr. depos.* Nam & idem contingeret, si quis aliam rem suam quamlibet tollere prohiberetur: esset enim ei danda actio non quidem in rem, id est vindicatio eius nimirum rei quæ præsens non esset, vt diximus, sed ad exhibendum, vt res postmodum exhibita vendicari possit *d. l. 1. supr. ad exhib.* Quod Accursius noster in postremorum huius legis verborum interpretatione non benè videtur percepisse.

26. ALFENVS VARVS libro 2. Digestorum.

SI quis, cùm fundum venderet, dolia centū, quæ in fundo esse adfirmabat, accessura dixisset: quāuis ibi nullū doliū fuisset: tamen dolia emptori debebit.

Ad l. Si quis cum fundum 26.

RAT. DVB. Non valet emptio eius corporis quod in rerum natura non est *l. nec emptio 8. l. domum 57. supr. de contrah. empt.* Atqui cùm quis in fundi venditione dixit dolia centum in eo

BIU Cujas

fundo esse & venditioni accessura, si nullum ibi dolium sit, vendit corpus, quod in rerum natura non est *leg. si seruus legatus* 108. *§. qui quinque* 10. *infrà de leg.* 1. vbi ob hanc causam scriptum est, Si testator decem legauerit, quæ habebat in arca, cum in ea quinque tantum essent, sola quinque ex legato deberi, quia quodãmodo certum corpus quod in rerum natura non sit, legatum videatur. Ergo nec in proposita specie deberi possunt dolia quæ non sunt in fundo, licet ea venditor in fundo esse, & venditioni accessura esse dixerit.

DEC. Multum refert, an id quod principaliter venditum est, in rerum natura non sit, an vero id quod venditioni accessurum esse dixerit. Priore casũ non valet venditio, quia non habet fundamentum, in quo consistat: posteriore verò valet, quamuis id quod venditioni accessurum venditor dixit, non extet, quia ad substantiam & validitatem emptionis sufficit extare rem principaliter venditam, vt obligetur venditor earum quoque rerum nomine, quas accessuras esse dixit, quamuis non extent, non solùm quia tam facilis esse non debuit ad temerariam & falsam affirmationem, quomodo putat Accursius ex *l. Iulianus* 13. §. 1. *supr. hoc tit.* sed quoniam aliter posito iure deciperetur emptor, & damnum maneret, si non ei præstaret venditor, quicquid accessurum esse dixit, cùm tanto pluris fundũ emerit, quem alioqui minoris empturus erat, eáque differentia & differentiæ ratio est inter emptorem & legatarium, qui non remanet in damno nec decipitur, etiamsi ex decem legatis quæ in arca esse testator affirmauerat, quinque tantum reperta sint, quinque sola ei præstentur, vt bene hic Castrens. contra Accursiũ disputat. Quinimo quod magis est, durius obligatur venditor, circa ea quæ accessura venditioni esse dixit, quàm circa rem principaliter venditam, vt ex *leg. sequen.* apparebit.

27. PAVLVS libro 3. Epitomarum Alfeni.

QVicquid venditor accessurum dixerit: id integrum, ac sanum tradi oportet. veluti si fundo dolia accessura dixisset: non quassa, sed integra dare debet.

Ad l. Quicquid 27.

RAT. DVB. Quale est id quod venditur, tale præstari debet *l. cùm venderes* 59. *de contrah. empt.* Sibi enim debet imputare venditor quod non fuerit diligentior in inquirẽdo, qualis res esset, quam erat empturus. Ergo & si quid rei venditæ accessurum esse dixerit, tale id quale est, præstari debebit, ne alioqui durius agatur cum venditore pro accessoriis venditionis quàm pro ipsa re principaliter vendita, quod absurdum videretur: maior enim semper ratio habenda est principalis quàm accessorij, quia accessorium sine principali esse non potest, principale autem sine accessorio potest *l. in rem* 23. §. *sed & id quod sup. de rei vend. l. cùm aurũ* 19. §. *perueniamus inf. de aur. & arg. leg. l. cum principalis* 178. *de reg. iur.* Ergo non est necesse, vt quod venditor accessurum dixit integrum id ac sanum præstetur, ac proinde si fundo vendito dolia cẽtum accessura dixerit, qualiacunque dari sufficiet, siue integra, siue cassata, vt disertè scriptum videtur in *l. penult.* §. *vlt. h. tit.* Non eo minus enim dici poterunt accessisse venditioni quod cassata non integra reperiantur.

DEC. Plerunque rem emimus propter accessiones potius quàm propter rem ipsam *leg. si in emptione* 34. *in princ. supr. de contrah. empt.* Ergo non est decipiendus emptor qui fundum emit, cui accessura dixit venditor centum dolia, quomodo deciperetur, si non ei centum dolia sana & integra præstarentur, cùm non tanti empturus fuisset, si dolia minus sana & integra esse sciuisset. Aliud est, si cum venderet fundum, dixerit accessura centum dolia quæ in eo fundo essent, vt in specie legis proximè præcedentis. Tũc enim qualiacunque sint, præstari debent, quia per modum speciei non generis debentur, vt in *d. l. penult.* §. *vlt. hoc tit.* sic enim hi loci conciliandi sunt, quod si dolia principaliter venditæ sint, aut vasa, dubitandum non est, quin præstari integra debeant *l. tenetur* 6. §. *si vas*, vbi diximus *supr. eodem.* Iunge *leg. proinde Pomponius* 33. *infrà de adil. edict.*

28. IVLIANVS libro 3. ad Vrseium Ferocem.

PRædia mihi vendidisti: & conuenit, vt aliquid facerem: quòd si non fecissem, pœnam promisi respondit. Venditor, antequam pœnam ex stipulatu petat, ex vendito agere potest. si consecutus fuerit, quantum pœnæ nomine stipulatus esset: agentem ex stipulatu, doli mali exceptio summouebit. si ex stipulatu pœnam consecutus fuerit, ipso iure ex vendito agere non poterit, nisi in id, quod pluris eius interfuerit, id fieri.

Ad l. Prædia 28.

RAT. DVB. Per stipulationem pœnalem, si non omnino fit nouatio præcedentis obligationis, fit certè quasi nouatio, vt quod ex priore contractu peti alioqui potuisset, in stipulationem pœnalem transferatur *l. obligationum fere* §. *vlt. infr. de obl. & act.* Nec enim id agi videtur, vt stipulator, & id quod sua interest, ex contractu & pœnam ex stipulatione pœnali consequatur *l. duo societatem* 71. vbi diximus *supr. pro soc.* Ergo si prædia mihi vendideris, & inter nos conuenerit, vt aliquid facerem, puta vt ea tibi locarem, & si id factum non esset, pœnã promiserim, nec fecerim, non est tibi permittendum, vt mecum agas ex vendito ad id quod tua interest, sed pœnam duntaxat ex pœnali stipulatione tanquam

BIU Cujas

quam commissa petere debes.

Dec. Actio ex vendito nascitur ex contractu vēditionis qui non verbis contrahitur, sed consensu, nec proinde nouari potest per stipulationem ex regula *l. nihil tam naturale 35. de reg. iur.* quæ non patitur vt verbis dissoluatur obligatio, nisi quæ verbis contracta sit, *l. prout infr. de solut.* Quæ res induxit necessitatem Aquilianę stipulationis, vt obligationes, omnes quæ aliter quàm verbis contractæ essent puta ex venditione, locatione, mutuo aliisque similibus, in verborum obligationem deducerentur, vt ita per acceptilationem, quæ ipsa nihil nisi stipulatio est, perimeretur *l. & vno 18. in princ. & §. 1. infrà de acceptil. §. item per acceptilationem & seq. instit. quib. mod. toll. oblig.* Mirum igitur non est, actionem ex vendito non nouari per stipulationem, siue pœnalis illa sit, siue non, difficultas tantum illa subesse potest, si incontinenti post contractam venditionem stipulatio interposita sit de ea ipsa re, quæ in actionem ex vendito veniret, an sit hoc casu facta nouatio necne. Sed verius est, nullam hoc casu fieri nouationem, cum nec venditio vlla sit hoc casu, sed sola stipulatio teneat, non tanquam nouās contractum venditionis, qui nullus esse intelligitur; sed quasi sola stipulatione ab initio interposita, & cuius tantum implendæ gratia venditio præcessisse intelligatur, vt eleganter Pomponius scribit in *leg. cum enim 7. iuncto §. 1. legis proximè præcedentis eodem titul. de nouat.* Quanquam non potest ea quæstio cadere in speciem propositam: In qua proponebatur inter venditionem prædiorum & stipulationem pœnalem interuenisse pactum non quidem nudum, vt malè putat Bartolus, sed quomodo nostri loqui solent, vestitum & munitum cohærentia contractus, quod proinde impedit, ne stipulatio in ipsa venditione incontinenti post eam contractam interposita videri possit, præter id quod in subiectam stipulationem pœnalem non illud ipsum deductum fuerat, quod in actionem ex vendito venire potuisset, sed pœna, & quidem non sub ea conditione, si non præstaret venditor ea omnia, ad quæ datur actio ex vendito, sed sub illa, si non faceret venditor id de quo faciendo per pactum incontinenti appositum conuenisset, secundum ea quæ latius disputauimus ad *d. l. duo societatem.* Sed etsi stipulatio præcessisset de præstandis omnibus quæ actione ex vendito debebant, & si contra factum esset, stipulatus fuisset emptor pœnam, non ideo tamen posset videri stipulatio venditi nouata per pœnalem, quia nihil tam contrarium est pœnali stipulationi proposito illius qui pœnam stipulatur, quàm vt priorem obligationem nouet & promissorem ab ea liberet, cùm id agat potiùs, vt eum tanto duriùs & grauiùs, nempe ad pœnam obliget, ne alioqui inducta ad vnum effectum contrarium operentur, quod absurdum esset *l. legata inutiliter 19. de leg. 1. l. legata 14. de admin. leg. l. 3. § si emancipatus infr. de bon. poss. contr. tab.* Et vero certum est non alia de causa stipulationem pœnalem interponi, quàm vt promissor, vel facere quod promisit, vel pœnam præstare compellatur *l. si pacto quo pœnam 14. C. de pact.* Idque adeò verum est, vt nec distingui debeat, quomodo in cæteris ferè omnibus stipulationibus distinguitur, an nouandi animo interposita sit necne, quia cùm omnis stipulatio pœnalis sit cōditionalis, nec prius nouare possit, quam eius conditio existat *l. si Stichū 8. §. 1. & l. quoties 14. infr. de nouat.* apparet non posse committi stipulationē pœnalē quàm impleta sit conditio propter nō factū à promissore id quod facere debuit, nec aliter quàm si mora in faciendo per eū contracta sit. Quā. n. pœnā mereretur is qui moram & culpā nullam contraxisset? Atqui fieri nō potest, vt sit promissor in mora faciendi, qui adhuc obligatus non sit ex priore obligatione ad faciendū quod promiserit. Porrò non posset esse adhuc obligatus, si iā peremptā esset per nouationē prior obligatio: neque enim ad inducendā moram proficere potest obligatio, quæ amplius nulla est, cū nulla ibi mora fieri intelligatur, vbi nulla pēsio est, multò magis, vbi nulla obligatio *l. si pupillus 127. de verb. obl. l. nulla intelligitur 88. de reg. iur.* Et quamuis post commissam stipulationē pœnalem non sit amplius liberum promissori id facere, quod ad euitandam pœnam debuerat, non tamen illud fit vi & potestate alicuius nouationis, sed propter moram, quę per stipulationem pœnalem impeditur ne purgari possit, ex vulgari iuris regula, quæ moræ purgationē nunquam admittit, si stipulatoris, aut alterius creditoris cœperit interesse *l. si ita quis 135. §. Seia iuncta l. si insulā 84. de verb. obl. l. & si post tres 8. in fi. sup. si quis caut.* Idq; ita esse ex eo apertius iutelligimus, q̄ etiā si nulla stipulatio præcesserit, nullāq; obligatio, quæ nouari possit, sed nuda tantū pollicitatio, pœnalis tamē stipulatio seipsam committat, hoc ipso q̄ factū id non sit quod fieri debuit *l. nuda pollicitatione 5. C. de contr. & com. stip.* Quòd si is qui pœnam stipulatur, cōtentus sit id consequi quod in priorē obligationem deductum fuerat, & ob quod nō factū pœnalis stipulatio commissa sit, nemo dubitat, q̄ in promissor & liberetur, & pœnā euadat *d. l. si pacto, & d. l. duo societatē*, quia fieri nunquā potest, vt qui pœnam stipulatus est, vtrumque consequatur, id scilicet de quo faciendo conuenerat, & præterea pœnam *d. l. duo societatem*, nisi stipulationi inseruerit clausulā quæ olim satis frequens erat, rato manente pacto, aut quod effectu idē est, rata manente stipulatione, vt in *l. rescriptum 10. §. 1. sup. de pact. l. qui fidē 16. iuncta lege præcedenti de transactione.* Atqui non posset liberari faciendo id quod iā ante facere debuerat, nisi ad hoc ipsum esset adhuc obligatus. Omnis enim liberatio præsupponit præexistentem, & subsistentem adhuc obligationē *l. stipulatio ista 38. § inter incertam & l. decē 116. de verb. obl.* Fatendum igitur est etiam post commissam pœnalem stipulationem adhuc priorē obligationem superesse & tenere. Quod erit multò certius, si Iuliani & Vlpiani sententiā sequamur, qui putarunt purgari morā posse vsque ad litem contestatam *l. cū sine 19. infr. quando dies leg. ced. & l. 1. de penu. leg.* Contra quam sensisse videatur Papinianus post Sabinum & Mutium Scæuolam in *l. ita stipulatus sum 115. §. vlt. de verb. obl.* Quod & sensisse videntur Imperatores in *dict. leg. si pacto*, vbi dant electionem promissori, an facere malit, quod promiserat, an pœnam soluere. Nam & qui cum Sabino & Papiniano stipulationem pœnalem committi volunt, statim atque mora per promissorem facta est, ita vt nec moræ purgationem admittant, ne quidem ante litem contestatam, fatentur tamē cessationem illam in faciendo adhibitam, ex qua inducunt moram intelligi debere cum aliquo temperamento, & cum aliquo temporis spatio, vt Paulus loquitur in *l. 1. §. item si ita infr. ad leg. Falcid.* Quo durante spatio quantulumcunque illud fingas necesse est, quamuis iam commissa stipulatione pœnali superesse tamen priorem obligationem, cui nimirum satisfieri adhuc possit.

BIU Cujas

neque verò in toto iure nostro quisquam locus est, qui huic sententiæ repugnet, aut potiùs repugnare videatur, si vnum illum excipias quem initio obiecimus ex *d.l.obligationum ferè* 14. §. *vlt. de verb. obligat.* vbi diserte scriptum est, si quis nauem fieri stipulatus sit, mox si nauis facta non fuerit, certum duas quidem esse stipulationes, puram vnam, conditionalē alteram, sed existentem sequētis conditionem transferre in se priorem, vt quasi nouatio fiat: nam quod quidam respondent, non agi eo loco de stipulatione pœnali, sed de stipulatione certæ quātitatis, quæ promissa sit in vicem, & ad taxationem eius quod stipulatoris interest, ex consilio IC. in *l. vlt. infr. de stipul. præt.* non videtur mihi probabile, quia licet in stipulatione nulla pœnæ mentio facta sit, non eo minus tamen verum est pœnalem esse stipulationem quod omnium apertissimè probatur ex *d.l. duo societatem*, quæ pœnam vocat quantitatem simpliciter promissam sub ea conditione, si quid factum non esset: item ex *d.l. vlt. de stip. prætor.* quæ cùm ait in stipulationibus, quæ quanti res est stipulationem continent, optimam esse, certam summam comprehendere ad taxandum id quod interest, quod alioqui probationum inopia ad exiguam quantitatem deduceretur, quid aliud est quàm dicere, in stipulationibus prætoriis optimum esse pœnam adiicere, quia nimirum cùm pœna adiecta est, non quærimus, an & quatenus interfit, sed tantum quænam sit quantitas & conditio stipulationis, *l. stipulatio ista* 38. §. *alteri de verb. obl.* Respondendum igitur est, Paulum in *d.l. obligationum ferè* §. *vlt.* tametsi de pœnali stipulatione loquatur, non illud tamen scribere quod isti volunt, per stipulationem pœnalem fieri nouationem præcedentis obligationis, sed tantum quasi nouationem. Qua loquendi formula negat apertè Paulus fieri nouationem, & tam apertè, vt non potuerit apertius: nec enim quasi nouatio verè nouatio est. Cur verò quasi nouationem fieri dixit? nempe quia effectu ipso res propè accedit ad nouationē: Cùm huiusmodi pœnalis stipulatio commissa impediat, ne quod priore obligatione continebatur, fieri amplius possit, secundum eiusdem Pauli sententiam, qui cum Papiniano & Sabino putabat, si non incontinenti promissor fecisset, quod facere debuerat, totam obligationem transfundi in stipulationem pœnalem, nec exinde locum pœnitentiæ, aut purgationi moræ vllum relinqui: quanquam ad inducendam quasi nouationem sufficere posset, ita ius esse, vt non liceat actori vtrunque petere, & id quod principaliter conuenit & pœnam *l. apud Celsum* 4. §. *Labeo de dol. mal. except. l. qui Romæ* 122. §. *duo fratres de verb. obl. l. si quis à socio.* 39. *supr. pro soc.* Atque ita totam hanc quæstionem concludendam arbitror, non quomodo Bartolus credidit, qui nescio quot adhibitis more suo distinctionibus concludit, per stipulationem pœnalē non nouari præcedentem obligationē, si habeat causam onerosam, siue sit stricti iuris, siue bonæ fidei, & siue iurisgētium, siue iuris ciuilis, secus verò si habeat causam lucratiuam ex *d. l. 1. de pen. leg. d. l. 1.* §. *item si ita ad leg. Falcid. d. l. ita stipulatus* 115. §. *vlt. de verb. oblig. & d. l. obligationum ferè* §. *vlt.* quasi in duobus his posterioribus locis, causa obligationis fuerit lucratiua, quod omnino commentitium est.

a *Si consequutus fuerit quantum pœnæ nomine.* RAT. DVB. Æquum non est, nec ex bona fide, vt qui pœnam stipularus est, si factum non esset id, de quo conuenerat, & rem ipsam quæ promissa fuerat, & pœnam consequatur, vt proximè diximus ex *d. l. si quis à socio* 39. *& d. l. societatem* 71 *supr. pro soc. l.* 4. §. *Labeo. de dol. mal. except. d. l. qui Romæ* 122. §. *duo fratres de verb. oblig.* Ergo nihil interest, an venditor idémque stipulator prius agat ex pœnali stipulatione. Et vtroque casu dicendum est, siue actor pœnam consecutus sit, siue quanti sua interest ob non factum id quod fieri debuerat, vnam actionem tolli per alteram ipso iure, saltem vsque ad concurrentem eius quod interest quantitatem.

DEC. Larga differentia est inter actionem ex vēdito & actionē ex stipulatione. Actio enim ex vendito bonæ fidei est, cui proinde inest doli exceptio ipso iure. *l. sed si ideo* 21. *inf. sol. matr. l. & huiusmodi* 84. §. *qui seruum de leg.* 1. Actio autem ex stipulatione stricti iuris est, quæ proinde indiget auxilio exceptionis doli, cùm in dolo sit actor, & improbus qui bis idem præsertim ab eodem consequi velit *l. si quis dolo* 51. §. 1. *in fin. infr. de re iud. l. bonæ fidei* 57. *de reg. iur.* Ergo si prius actum sit actione ex vendito, & consecutus venditor fuerit, quantum pœnæ nomine stipulatus fuerat, postea verò ad pœnam agat ex stipulatu, doli exceptione repellendus erit, sed si prius ex stipulatu egerit, & pœnam consecutus fuerit, ipso iure ex vendito agere non poterit, quasi sublata & extincta ipso iure actione, quæ cùm sit bonæ fidei, nūquam peti potest, aut competere, vt bis idem exigatur, nempe si non plus sit in eo quod interest quàm in pœna. Alioqui quod plus interierit, adhuc loqui poterit. Neque enim exactio compensationem actionum potest inducere, nisi ad concurrētem vsque quantitatem *l. sed si ex causa* 47. *supr. pro soc. l. si vulneraueris* 43. *infr. tit. prox. l. vnde quæritur* §. 1. *supr. commod. l. qui seruum* 34. §. *si cui infr. de oblig. & act. leg.* 1. *infr. vi bon. rapt.* Cætera quæ Accursius ad hanc legem tractauit, consultò prætermittimus, quia vel ad rem non pertinent, vel ex iis quæ supradiximus, satis supérque explicata sunt.

29. IDEM libro 4. ex Minucio.

CVi res sub conditione legata erat, is eam imprudens ab herede emit. actione ex empto poterit consequi emptor pretium: quia non ex causa legati rem habet.

Ad leg. Cui res 29.

RAT. DVB. Res sub conditione legata, interim pleno iure est heredis *l. & post litem* 12. §. 2. *sup. fam. ercisc. l. generaliter* 29. §. 1. *inf. qui & à quib. manum.* Ergo vēdi potè ab herede potest, & quidem non quomodo dicimus, rem etiam alienam vendi posse *l. rem alienam* 28. *supr. de contrah. empt.* sed ita vt dominium rei legatæ, quod fuerat penes heredem, eundémque venditorem transeat in emptorem. Quoties enim venditor dominus est, emptor quoque per traditionem à domino factam fit dominus *l. ex empto* 11. §. 1. *supr.*

§. 1. *sup. hoc tit. l. traditio* 20. *infr. de acquir. rer. dom.* Cùm igitur dominium rei sub conditione legatæ transferatur in emptorem, consequens omninò est, vt pretium, de quo conuenit, ab emptore debeatur *d. l. ex empto* §. 1. *& l. Iulianus* 13. §. *ex vendito* 19. *& seq. supr. hoc tit.* Ac proinde, vt si solutum sit, repeti non possit, neque tanquam indebitum, cùm verè debitum fuerit, neque actione ex empto: Cùm etiam si solutum non esset, actione tamen ex vendito ad eius solutionem vrgere emptor posset. Etiamsi ponamus conditionem legati postmodum extitisse, vt hæc lex ponit. Existens enim conditio facit, vt tanto magis res ad emptorem pertinear, neque ei euinciamplius possit. Non debet igitur facere, vt quamuis legatarius rem sibi legatam imprudens, id est, ignorans sibi legatam emerit ab herede, pretium tamen quod dedit, consequi & repetere actione ex empto debeat.

Dec. Suæ rei emptio non valet, siue sciens, siue ignorans quis eam emerit. Sed cum hac distinctione, vt si ignorans repetere possit pretium quod dedit, quoniam nulla fuit eius soluendæ obligatio, inquit *lex suæ rei* 16. *supr. de contrah. empt.* Atqui res sub conditione legata licet interim fuerit heredis, vt diximus, existente tamen conditione quandocunque non solùm fit exinde legatarij, sed ita vt iam inde à die mortis testatoris ipsius fuisse retrofingatur *d. l. & post litem* 12. §. *res quæ supr. famil. ercisc. l. is cui via* 11. §. 1. *supr. quemad seruit. amitt. l. si fundum* 105. *infr. de cond. & dem. l. fundo legato* 4. *infr. ad leg. Falcid.* quia quoties dispositio aliqua sub conditione fit, facit existens conditio, vt perinde esse debeat, ac si dispositio pura ab initio fuisset *l. potior* 11. §. 1. *infr. qui pot. in pignor. hab.* Sicut è contrario deficiens conditio faceret vt perinde haberi deberet ac si conditionalis contractus nullus omnino præcessisset *l. pecuniam* 36. *supr. de reb. cred.* Ergo videtur hoc casu legatarius rem suam non heredis emisse, non minus quàm si ab initio fuisset ei purè legata. Ita fit, vt cùm emptio nulla præcessisse intelligatur, pretij repetitio ei competat, & quidem actione ex empto, quia rem quam emerat, videtur ipse sibi emisse ex causa legati, cùm nunc, id est, existente conditione ex causa legati eam rem habeat, non ex causa emptionis *leg. Iulianus* 13. §. *si fundum* 15. *supr. hoc tit.* Et ita sic legendum esse arbitror *quia nunc ex causa legati rem habet*, non vt vulgò legitur, *quia non ex causa legati rem haberet*. Nam imò verò legatarius idemque emptor post existentem cõditionem habet rem hanc ex causa legati & lucratiua: quod apertius & elegantius Iulianus exprimit in *l. huiusmodi* 84. §. *qui seruum de leg.* 1. Nisi malis cum Ioanne & Accursio locum hunc sic supplere & intelligere ac si scriptum esset, *quia non ex causa legati aliàs rem haberet, nisi pretium acciperet*. Quæ interpretatio eodem quidem recidit, sed durior est quàm vt admitti possit, præsertim cùm in Florentina lectione scriptum sit *habet*, nõ *haberet*, longéque probabilius, vt pro, *non*, legamus *nunc*, quomodo & in *l. 2. in fin. infr. ad S. C. Trebell.* de quo tamen videnda sunt, quæ pluribus in hanc rem & sententiam scripsimus *lib. 3. coniectur. cap. 18. & ad d. l. 2. lib. 4. coniect. cap.* 14. Ideò autem Iulianus in hac lege loquitur de legatario, qui rem sibi sub conditione legatam imprudens & ignorans ab herede emerit, quia si sciens emisset, non solum emptio non valeret, sed neque pretium à se datum repetere posset *d. l. suæ rei*, quippe quod venditori prudẽs & sciens donasse videretur, *ex reg. iu. donari* 82. *de reg. iu. l. donari* 29. *de don.*

30. Africanvs libro 8. Quæstionum.

SEruus, quem de me cum peculio emisti, priùs quàm tibi traderetur, furtum mihi fecit. quamuis ea res, quam subripuit, interierit: nihilo minùs retentionem, eo nomine, ex peculio me habiturum ait: id est, ipso iure ob id factum minutum esse peculium: eo scilicet, quòd debitor meus ex causa condictionis sit factus. nam licet, si iam traditus furtum mihi feciſſet; aut omnino condictionem, eo nomine, de peculio nõ haberem, aut eatenus haberem, quatenus ex re furtiua auctum peculium fuisset: tamen in proposito & retẽtionem me habiturum, &, si omne peculium penes te sit, vel, quasi plus debito soluerim, posse me condicere. [a] Secundum quæ dicendũ est: si nummos, quos seruus iste mihi subripuerat, tu ignorans furtiuos esse, quasi peculiares ademeris, & consumpseris: condictionem eo nomine mihi aduersus te competere: quasi res mea ad te sine causa peruenerit.

Ad l. 30. Seruus quem.

Rat. dvb. Peculium quod seruus habet à domino, est serui conniuentibus oculis domini, vt loquitur Vlpianus in *leg. 4. §. 1. de manum.* sicut peculium quod filiusfamilias habet à patre, proprium filij patrimoniũ esse intelligitur, *l. 3. §. sed vtrum supr. de minor.* Ergo si seruus, quem à me cum peculio emisti, furtum mihi fecerit antequam tibi traderetur, non potest videri ex ea causa deminutum peculium, cùm ponamus rem furto subtractam non fuisse peculiarem, & præterea interiisse, vt mihi restitui amplius non possit. Cùm seruus ille quandiu tibi traditus nõ est, meus manserit, nec proinde mihi ciuiliter obligari potuerit *l. serui* 14. *infr. de oblig. & act. l. nec serui* 41. *supr. de pecul.*

Dec. Licet peculium videatur esse patrimonium serui vel filiifamilias, reuera tamen est domini vel patris, cum seruus nihil proprium habere possit *d. l. 4. §. 1. de manum.* Ex peculio autem semper deducendum id quod seruus domino debet *l. sed si damnum* 9. §. *peculium supr. de pecul.* Atqui certum est seruum qui domino furtum facit, hoc ipso se obligare domino condictione furtiua, sicuti ea teneretur alius fur quilibet. Nã ex quib⁹ causis si fur homo liber esset, condictione furtiua cõueniri posset, etiam fur eadem condictione furtiua obligatur, non

BIU Cujas

vt conueniri ea possit, quia cum seruo nulla actio est *l. cum seruo* 107. *de reg. iur.* Sed hactenus vt debeat domino, ac proinde tanto minus in peculio habere existimetur. Nihil enim hac parte interest, an ex contractu seruus domino debeat, an ex delicto *d. l. sed si damnum* §. *siue autem de pecul.* Vbi dicitur de hoc solũ posse dubitari, an de æstimatione duntaxat rei furtiuæ, an verò etiam de pœna furti seruus obligetur, quod tamen Vlpianus eo loco negat, satisque esse ait, vt seruus proprius æstimationis duntaxat rei furtiuæ debitor constituatur. Ergo peculium quod seruus venditus à me habuit ex ea causa minui necesse est, & quidem ipso iure, quasi sic posita inter me & seruum ratione peculiari, vt pro conuento & condemnato habendus sit seruus, qui sua tantum conditione impeditur, ne conueniri & condemnari possit, quique & conueniretur & condemnaretur si liber homo esset. Neque verò ob id minus videri debet obligatus, quod res furtiua ante traditionem serui interierit, quia certum est, condictionem furtiuam etiam extincta re furtiua durare *l. si pro fure* 7. §. *vlt. infr. de cond. furt.* §. *vlt. inst. de oblig. quæ ex del. nasc.* Consequens igitur est quod ex hoc infert Africanus, etiamsi post rem peremptam mecum agas ex empto vt seruum tibi tradam cum peculio, nihilominus habiturum me retentionem ex peculio vsque ad eam quantitatem, quæ in condictionem rei furtiuæ venire possit, quasi eatenus imminuto ipso iure peculio. Nec ad rem pertinet, inquit Africanus, quòd si iam traditus tibi seruus furtum mihi fecisset, aut omninò non haberem cõtra te condictionem furtiuam de peculio, cùm actio de peculio ex contractu nasci debeat, non ex delicto *l.* 1. §. *si filius familias supr. de his qui deiec. vel effud.* aut saltem secundum aliquorum sententiam, non nisi eatenus haberem, quatenus ex re furtiua auctũ peculium & locupletius factum fuisset ex *l.* 3. §. *ex furtiua supr. de pecul. l.* 3. §. *vlt. infr. rer. amot.* In residuum autem noxalis tantum actio competeret, vt solet competere ex alieni serui delicto *l.* 1. *& tot. tit. supr. de noxal. act.* Nam in proposita specie iuris diuersitatem illud inducit, quod cùm seruus tibi venditus adhuc meus esset eo tempore quo mihi furtum fecit, neque per condictionẽ furtiuam de peculio mihi consuli potest, neque per noxalem, sed tantum per retentionem, quę sicuti facilius plerumque datur quã actio *l.* 1. *supr. de pignorib. l. si in area* 33. *supr. de cond. indeb. l. heredes* 21. *infr. ad S. C. Trebell.* ita plenior esse potest & debet quàm actio, præsertim verò cum non ope exceptionis competit, sed ipso iure, vt in proposito. Itaque melior conditio mea est, cum furtum mihi fecit seruus venditus antequã tibi traderetur, quàm si post traditionem fecisset, dũmodo habeat ille in peculio, vnde possim deducere, quod ille mihi ex causa condictionis furtiuæ debet. Quid ergo si cum seruo tradiderim tibi totum peculium, nulla retentione facta? Respõdet Africanus, futurum vt, quasi plus debito soluerim, possim tibi condicere condictione scilicet indebiti, vt in *l. qui exceptionem* 40. §. *si pars domus. eod. tit.* De quo tamen dubitandi causa illa est, quòd ex quibus causis retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus, ea si soluerimus, repetere nõ possumus, vt Põponius scribit in *l. ex quibus causis* 51. *eod. tit.* Sed decidendi ratio illa est, quod tum demũ id verè dicitur, cũ quis id soluit cuius retẽtionem tantum habebat per exceptionem, non etiam cum retentio competebat ipso iure vt in proposito. Quomodo benè ad hanc legẽ docet Cuiacius. Est enim longè efficacior & fauorabilior retentio, quæ cõpetit ipso iure, quam ea quæ tantum ope exceptionis, cùm faciat vt ipso iure indebitum dici possit quod solutum est per errorem, quasi debitum ab eo qui illud ipsum retinere ipso iure potuerat.

a *Secundum quæ dicendum est.* RAT. DVB. Si nummos meos, quos seruus iste tibi à me venditus mihi subripuerat, tu ignorans furtiuos etiã quasi peculiares ademeris & consumpseris, nihil est q̃ tibi possit imputari, cùm facti alieni iustam ignorantiam habueris, quæ semper tolerabilis *l. vlt. infr. pro suo.* Nihil causæ est cur mihi eo nomine condictio aduersus te dari debeat, si quidem iusta ignorantia semper inducit bonam fidem, nec potest videri mala fide consumpsisse nummos meos quos esse tuos probabiliter suspicatus es tanquam peculiares vendito tibi seruo isto cum peculio.

DECID. Pecuniam meam quæ ad te sine causa peruenerit, mihi abs te reddi semper bonum & æquum est *l. si & me & Titium* 32. vbi diximus *supra de reb. credit.* ne alioqui locupleteris ex mea iactura, quod esset contra naturalem æquitatem *l. nam hoc natura* 4. *supr. de condic. indeb. l. iure naturæ* 106. *de reb.* Atqui nummi quos seruus tibi venditus mihi subtripuit, cum furtiui fuerint, mei mãserunt, nec peculio per me vendito cedere potuerunt, ac proinde sine causa ad te peruenerunt. Ergo eos mihi à te restitui æquissimum est *l.* 1. §. *vlt. supr. de edict. sine caus. l. perpetuo* 6. *supr. de condic. ob cert. caus.* Condictione igitur sine causa non condictione indebiti, vt in casu præcedente.

1 ¶ Si sciens alienam rem ignoranti mihi vendideris: etiam priùs quàm euincatur, vtiliter me ex empto acturum putauit in id, quanti mea interest, meam esse factam. quamuis enim alioquin verum sit, venditorem hactenus teneri, vt rem emptori habere liceat, non etiam, vt eius faciat: quia tamen dolum malum abesse præstare debeat: teneri eum, qui sciens alienam non suam ignoranti vendiderit. Idem est maximè, si manumissuro, vel pignori daturo vendiderit.

Ad §. 1. *Si sciens.*

RAT. DVB. Venditor non ad aliud tenetur actione ex empto, quam vt præstet emptori rem habere licere, non etiam vt rem venditam eius faciat *l. ex empto* 11. §. 1. *& vlt. supr. hoc tit. l. habere licere* 57. *infr. de euict. l.* 1. *infr. de rer. permut.* Atqui cùm alienam rem mihi vendis quamuis sciens ignoranti, attamen mihi rem habere licet, quamdiu non est euicta, cum fieri etiam possit, vt numquam euincatur, adeò vt etiamsi iudicio euicta sit, si tamen is qui euicit, postmodum sine herede & successore decesserit, ita vt nec ad fiscum bona eius perueniant: nullus tamen

actioni

actioni de euictione locus sit, vt eleganter & disertè scriptum est in *dict. leg. habere licere*, nimirum quia iuris quidem est, euinci rem posse vel non posse, sed euinci eam vel non euinci, facti est. Quod priusquam factum sit, id est priusquam res euincatur, non est nisi danda contra te ex empto actio, in id quod mea interest rem meam factam fuisse.

DECID. Contractus venditionis bonæ fidei est. Ideóque semper venditor præstare emptori debet, dolum malum à se abesse abfuturúmque esse, non solum si ita conuenerit, sed etiamsi de eo nihil dictum sit *leg. tenetur 6. §. vlt. l. ex empto* 11. §. *qui autem supr. hoc tit. l. si cum fundum* 68 §. 1. *supr. de contrah. empt.* Atqui non abest à te dolus, cum sciens ignoranti mihi vendis rem alienam, non tam in hoc contrahere, quam decipere est, vt in *leg. qui tutoris 9. §. 1. supr. de transact.* Credibile enim est, me rem alienam empturum non fuisse, si alienam sciuissem, & nisi tuam esse tu affirmasses. Imminet statim & in ipso limine contractus periculum euictionis vt in *leg. si post perfectam* 24. *C. de euict.* Ergo æquum est, dolum tuum statim puniri hactenus saltem, vt actione ex empto cogaris præstare mihi omne id quod mea interest rem meam factam: etiam simile est, quod Accursius notat ex *leg. cùm quis §. qui hominem & leg. si hominem 62. infr. de solut.* Nec est contrarium, quod idem Accursius obiicit ex *leg. quidem 3. Cod. de euict.* eum qui rem emit & post possidet, quamdiu euicta non est, authorem suum, quamuis aliena & obligata res dicatur, conuenire non potest. Quo etiam pertinet quod Hermogenianus scribit in *leg. si plus vel minus* 74 *§. mota quæstione infr. eod. tit. de euiction.* etiam mota, quod magis est, quæstione emptori, attamen venditorem non ad restituendum pretium, sed ad rem tantum defendēdam conuenire posse: Obtinent enim hæc omnia eo casu quo venditor in dolo nō fuerit. dolo autem est quisquis sciens alienam rem aut alij obligatam vendit ignoranti. Est enim hæc insidiosa dissimulatio, quæ non nisi verus dolus est *leg. ea quæ* 43. *§. vltim. supr. de contrahent. emption.* Maximè verò, vt Africanus hic subiicit, si quis eiusmodi rem, puta seruum alienum manumissuro vel pignori daturo. Quid euidentior? nam hoc casu venditoris dolus & deceptio est. Cùm miser emptor non nisi frustra & inutiliter manumissurus sit seruum alienum aut pignori daturus, cùm non nisi à domino vtrumque hoc fieri possit, vt benè Accursius notat ex *leg. vltim. & tot titul. Cod. de iis qui à non domin. manumiss. sunt & leg. qui prædium & tot titul. Cod. si alienat. res pignor. dat. iunct. leg. & quæ nondum* 15. *§. quod dicitur infr. de pignor. leg. ante omnia* 23. *infr. de probat.*

31. NERATIVS libro 3. Membranarum.

SI ea res, quam ex empto præstare debebam, vi mihi adempta fuerit: quamuis eam custodire debuerim: tamen propius est, vt nihil amplius, quàm actiones persequendæ eius præstari à me emptori oporteat: quia custodia aduersus vim parum proficit. [a] actiones autem eas nō solum arbitrio, sed etiam periculo tuo tibi præstare debebo: vt omne lucrum, ac dispendium te sequatur. At si per me factum sit, quominus eam suo tempore à me haberes: non solùm id quod ipse per eum adquisiui, præstare debebo: sed & id, quod emptor, iam tunc sibi tradito seruo, adquisiturus fuisset.

Ad l. 31. Si ea res.

RAT. DVB. Qui tenetur ad custodiam, tenetur etiam de periculo rei quam custodire debuit, adeóque de casu fortuito, vt dicemus ad *leg. opus* 36. *infr. titul. prox. ex l. dominus* 55. *infr. eod. illo tit. iuncta l.* 1. *&* 4. *C. eod.* Atqui venditor custodiam præstare debet rei venditæ *leg. 3. supr. de peric. & com. rei vend. l. quod sæpe* 35. *§. si res de contrah. empt.* Ergo & periculum rei venditæ.

DEC. Is qui custodiam debet, de illo demum periculo tenetur, quod per diligentem custodiam impediri potuit. Ad quid enim custodia nisi vt obniam periculo eatur? Atqui custodia nihil contra hunc proficit *l. ad eos* 19. *supr. commod.* Ergo si res vendita vi adempta fuerit venditori priusquam eam emptori traderet, non ad aliud teneri debet, quàm, vt emptori præstet actiones, quas eius rei persequendæ gratia habet aduersus eum qui vim fecit. Satis enim est venditori nihil imputari posse, vim tamen maiorem esse oportet, ac cui resisti non potuerit, aut quæ per nullam custodiam quantumuis diligentem impediri potuerit *l. sed & de damno* 41. *infr. tit. prox. l. 2. supr. quod met. causa.* Alioqui non esset vis maior cui resisti, aut quæ præuideri, ac impediri potuisset *l. si merces* 25. *§. si maior infr. tit. prox. iunge l. vlt. C. hoc tit.*

a *Actiones autem eas* RAT. DVB. Venditor cui seruus vi ereptus est, aut liberatus videri debet aut nō: si non est liberatus, ergo ad omnia ea teneri debet, ad quæ dari actio ex empto solet, id est, vt vel rem tradat, vel præstet emptori quanti eius interest *l. 1. §. ex empto* 11. *§. 1. supr.* Sin liberatus est, nulla igitur causa est, cur adhuc obligatus existimari debeat ad cedendas actiones, vt ad vindicationem, aut conductionem, aut vi bonorum raptorum. Est enim species quædam alienationis cessio actionis.

DEC. Quamuis venditor non teneatur de periculo rei venditæ, quod per vim maiorem contigit, tenetur tamen ex bona fide, vt ea omnia præstet, quæ sine vllo detrimento præstare possit *l. in creditore* 38. *in fin. infr. de euict.* Cur non enim id præstet quod emptori profuturum sit, sibi verò non nociturum? *leg. penultim. Cod. de precib. emptor. off. leg.* 2. *§. item Varus de aqua & aquæ pluuiæ arcend.* Atqui in huiusmodi est actionis cessio dummodo fiat sumptu, & periculo emptoris, vt ad eum omne commodum & incommodum actionis cessæ pertineat, ex iuris scilicet naturalis & ciuilis regula, quæ vult cuiusque incommoda eum sequi, quem sequitur incommodum *leg. id quod 7. de pericul. & commod. rei vendit. leg. secundum naturam* 10. *de rer. leg. vnic. §. pro secundo Cod. de cad. toll.* Ergo non solum arbitrio, sed etiam

BIU Cujas

periculo emptoris actiones ei à venditore præstandæ sunt, vt omne commodum & incommodum eum sequatur: aliud esset, si actionis cessio fieret propter commodum cedentis, tunc enim eius quoque periculo & sumptibus fieri deberet, vt hic Castrensis notat ex *l. eleganter* 23. §. *si vendiderit suprà. de pign. action. & leg. si vt certo* 5. §. *nunc videndum in fin. suprà commod. Et non solùm quod ipse per eum acquisiui.* Sensus versiculi huius sic accipiendus est, ac si scriptum esset, *alioqui non solum*, quasi dicat, si res vendita ablata sit mihi non per vim, sed ob non adhibitam à me tantam diligentiam, quantam in custodienda ea adhibere debui, teneri me emptori actione ex empto, non solum vt ei præstem quod per seruum illum acquisij, antequam mihi subriperetur: ex die tamen contractæ venditionis: sed etiam id omne quod emptor per eum acquisiturus fuisset, si iam tum ei seruum tradidissem, cùm interpellatus ab eo fui, vt traderem: hoc enim ipse videor in eo tradendo moram fecisse, quod per minus diligentem custodiam feci, ne possem amplius eum tradere. Constat enim ex die moræ teneri venditorem ad præstanda emptori ea omnia quæ habiturus fuerat, si mora ipsi facta non fuisset *leg. Iulianus* 13. §. *sed & si quid* 12. *& seq. supr. hoc tit.* Neque sanè potest hic versiculus cum præcedente sententia huius legis continuari, quasi eum semper casum tractet Neratius, quo res vendita, vi maiore erepta sit venditori ante traditionem, cùm certissimum sit, quod proximè diximus, ad nihil aliud quàm ad cedendas actiones emptori venditorem teneri.

1 ¶ Vterque nostrum eandem rem emit à non domino, cùm emptio venditióque sine dolo malo fieret: traditáque est. siue ab eodem emimus, siue ab alio atque alio: is ex nobis tuendus est, qui prior ius eius adprehendit: hoc est, cui primùm tradita est. Sed si alter ex nobis à domino emisset: is omni modo tuendus est.

Ad §. 1. Vterque nostrum.

RAT. DVBIT. Sola traditio & nuda possessionis translatio non sufficit ad transferendum dominium, nisi præcedat iustus aliquis titulus & habilis ad transferendum dominium, *leg. numquam nuda* 31. *infr. de acquir. rer. domin.* Ergo in quæstione de dominio, id est, cùm quæritur, ex pluribus emptoribus, siue ab vno eodémque venditore siue à diuersis emerint, separatis temporibus, quis eorum præferatur, ille omnimodo præferendus est qui prior contraxit, non is cui priori res tradita est. Initium enim cuiusque rei semper inspici oportet *leg.* 3. §. *Seio in fin. supr. de minor. leg. non tantum* 12. *supr. de S. C. Maced. leg. si procuratorem* 8. *in princip. supr. mandat.* A primordio namque tituli posterior formatur euentus, vt scriptum est, vt ait *lex vnica ante finem C. de impon. lucrat. descript. lib.* 10. *tit.* 33. & præsumitur quisque possidere ex titulo præcedente *leg. quænam mulier* 77. *supr. de rei vindic. l.* 2. *C. de acquir. possess.*

DECID. Separandus est casus, quo plures emant ab vno eodémque venditore, diuersis temporibus, ab illo casu, quo plures emant à diuersis venditoribus. Priore casu si venditor fuit dominus, proculdubio is in dominio præferendus est, cui priori res tradita est, licet posterior emerit, quia sicuti traditio sine titulo transferre dominium non potest *dict. leg. numquam nuda.* ita nec titulus sine traditione *leg. traditionibus* 20. *Cod. de pact.* Vtrumque igitur concurrere necesse est ad translationem dominij, titulum scilicet & traditionem, quod vtrumque certè concurrit cum persona eius, cui priori res tradita est, licet posterior emerit. At non in persona illius qui posterior fuit in traditione, licet prior in emptione. Cùm enim prior traditio dominium transtulerit in accipientem, necesse est posteriorem tanquam factam à non domino nullum dominium in emptorem transferre potuisse, cùm neque plus iuris in alium potuerit transferre quàm ipse tum habuerit *l. traditio* 20. *de acquir. rer. domin.* neque per rerum naturam fieri possit, vt duo sint eiusdem rei domini in solidum *leg. si vt certo* 5. §. *si duobus vehiculum supr. commod.* non magis quàm vt dimensionum penetratio fieri possit, vt alibi disputamus ex *leg.* 3. §. *ex contrario infr. de acquir. poss.* Posteriore verò casu, cùm plures emerunt à diuersis emptoribus, subdistinguendum est, cùm ambo non possint esse domini in solidum, an vnus emerit à domino, alius autem à non domino, & tunc omnimodo præferendus est qui emit à domino, id est, non adhibita distinctione, an prior ipse emerit, an posterior, aut an ei priori res tradita sit, quia non potuit alius per emptionem & traditionem acquirere dominium, quàm is qui emit à domino: an verò vterque emerit à non domino, & eo casu neuter quidem habebit dominium, & tamen in quæstione de publiciana actione, quæ ad exemplum ciuilis vendicationis à prætore comparata est, is quoque præferendus erit, cui priori res tradita est, quia prior iustius rem apprehendit. Sic enim hoc in §. legendum esse arbitror *iustius* pro eo quod vulgò legitur *ius eius.* quandoquidem non potest apprehendi ius rei quæ à non domino venditur, nullum ius in re habente, sed potest iustè apprehendere possessionem eius rei, quam emit bona fide, & quam accipit per traditionem ab eo quem dominum esse arbitratur, si tamen plures separati emerint à diuersis venditoribus non dominis. Plerique putauerunt, potiorem esse debere causam possidentis quàm petentis *l. siue autem* 9. §. *si duobus supr. de public. in rem action.* Sed is locus secundum hunc intelligi debet, id est vt ita demum potior sit causa possidentis, si iustius possessionem apprehenderit, id est, per manus venditoris, non etiam si vi aut clam, aut propria tantum auctoritate, is enim prædo esset, tametsi emisset ab eo quem dominum esse credidisset *l. si ex stipulatione* 5. *infr. de acquir. poss.* Vide tamen quæ hac de re scripsimus ad *dict.* §. *si duobus* & ex iis quæ diximus, obserua mendum quod subest in *l. quoties* 15. *Cod. de rei vind.* Vbi eadem hæc quæstio tractatur, quis ex plu-

ex pluribus emptoribus in iure dominij & vendicationis si præferendus sit, qui ab eodem domino separatim & diuersis temporibus emerint. Et cùm initio legis respondeant Imperatores, præferendum eum esse cui priori prædium traditum est: concludunt tamen potiorem esse debere eum qui probauerit priorem te possessionem emisse, & pretium exsoluisse: cùm pro *emisse* debeat scribi *tenuisse*, vt pluribus docuimus *dec. 84. de error pragm.* Vbi vide cætera quæ ad hunc tractatum pertinent. Illud sanè constat non esse huic quæstioni locũ, nisi in emptoribus qui ambo sint bonæ fidei, & quorum vterque pretium soluerit, aut aliter venditori suo satisfecerit, alioqui nec de dominio disputari posset quicquam *leg. quod vendidi 19. l. vt res 53. supr. de contrah. empt.* Ideò autem ponimus separatim eas emisse, & diuersis temporibus, quia si vno eodémque contractu plures emerint ab eodem venditore, eodémque domino, constat fieri vtrumque dominum pro parte, nec supradictis distinctionibus locus esset, *leg. si fundus 16. §. si duo, iuncta l. si debitor 10. infr. de pignor.* Alia quæstio est de duobus qui à diuersis non dominis eandem rem pignori acceperunt, de quo in *l. si non dominus 14. infr. qui potior. in pign. hab.* Obseruandum tamen est quod Accursius hic notat posse interdum fieri, vt qui emit à non domino, præferatur ei qui emit à dominio, nimirum si non dominus qui vendidit fuerit creditor, & ius habuerit vendendi iure creditoris. Qui enim emit à creditore iure creditoris distrahente, euinci de proprietate non potest, *leg. qui à creditore 18. iuncta leg. antepenult. Cod. de distract. pign.* Aut si non dominus vni vendiderit, postmodum verò factus dominus etiam alij vendat, tunc enim præfertur is qui prior emit, licet à non domino emerit, & contra secundum emptorem habet Publicianam *l. si à Titio 72. supr. de rei vend.* vbi diximus.

32. VLPIANVS libro 11. ad Edictum.

SI quis à me oleum, quod emisset, adhibitis iniquis ponderibus accepisset, vt in modo me falleret, vel emptor circumscriptus sit à venditore ponderibus minoribus: Pomponius ait, posse dici, venditorem, sibi dare oportere, quod plus est, petere. quod habet rationem. ergo & emptor ex empto habebit actionem, qua contentus esse possit.

Ad l. 32. Si quis à me.

RAT. DVB. In potestate venditoris est qui ad certum pondus aut mensuram vendidit, adhibere æqua pondera, ne in modo posset falli & decipi ab emptore, quemadmodum è contrario posset emptor similiter prouidere adhibitis æquis ponderibus, ne à venditore deciperetur. Si ergo alteruter passus sit adhiberi minora maiorave pondera quam par esset, de se potiùs quàm de aduersario conqueri debet, nec æquum est dari hanc ob causam actionem ex empto aut ex vendito, præsertim cùm in emptionibus liceat contrahentibus naturaliter se decipere, vt sæpius diximus ex *l. in causa 16. §. idem Pomponius supr. de minorib. l. item si pretio 22. §. vlt. infr. tit. prox.* Potiusque danda esset hoc casu ei qui deceptus esset, de dolo actio, si dolus interuenisset, vt in *l. arbitrio 19. §. de eo qui scienssupr. de dol.*

DEC. Non potest emptor venditori imputare, cur tam facilis fuerit ad credendum æqua esse pondera, quæ aduersarius talia esse affirmabat. nam si etiam temeraria tantum affirmatio & indicatio actione ex empto vel vendito vindicanda est, etiam cum ab ignorante facta fuit, & constat ex *l. Iulianus 13. §. qui tamen 3. supr. hoc tit.* quanto magis cùm falsa fuit & dolosa? Nam quemadmodum exceptiones doli insunt iudiciis bonæ fidei, ita & actiones. Neque vnquam dubitatum est, quin dolus per actionem quoque bonæ fidei, non minus quàm per actionem de dolo vindicetur *d. l. arbitrio §. de eo.* vbi diximus. *iuncta l. & eleganter in princip. eod. tit.* Nec quod dici solet in emptionibus & venditionibus licere contrahentibus naturaliter se decipere, ad aliam deceptionem pertinet quàm ad eam quæ fit in pretio, venditore, scilicet quàm maximo facere potest pretio distrahente, emptore autem, quàm vilissimo potest comparante, vt ait *l. si voluntate 8. C. de rescind. vẽd.* Hæc enim ex natura contractus licita est, sed ita tamen vt dolum malum semper abesse oporteat *d. l. item si pretio §. vlt. cum leg. seq. infr. tit. prox. l. tenetur 6. §. vlt. hoc tit. l. si cùm fundum 68. §. 1. supr. de contrah. empt.* Iunge *l. si in qualitate 22. supr. hoc tit.* Mirum igitur non est quod Vlpianus hic scribit venditorem deceptum posse actione ex vendito intendere sibi reddi quod propter maiora pondera plus præstiterit emptori quàm deberet, & vicissim emptor actione ex empto, quod ob minora pondera minus consequutus sit à venditore.

33. IDEM libro 23. ad Edictum.

ET si vno pretio plures res emptæ sint: de singulis ex empto & vendito agi potest.

Ad l. 33. Et si vno.

RAT. DVB. Cùm vno pretio res plures venditæ sunt, vna tantum dicitur esse emptio, licet plurium rerum, *l. cùm eiusdem 34. infr. de ædil. edict.* Cùm substantia emptionis consistat ex pretio *l. pacta conuenta 72. supr. de contrah. empt.* At qui ex vno contractu emptionis non possunt nasci plures actiones ex empto, sed vna tantum, quæ proinde primo actionis exercitio consumitur. Omnis enim actio hoc ipso cõsumitur quod exercetur *l. habebat 13. supr. de instit. act. l. si sic stipulatus sim 133. in fin. de verb. ob.* Ergo de singulis rebus vnico pretio emptis agi ex empto non potest. DEC. Cùm plures fundi specialiter & nominatim, vno emptionis instrumento interposito, & vno etiam pretio venierunt, quamuis vna tantũ emptio sit, attamen euictionũ actiones tot sunt, quot sunt

BIU Cujas

ſpecies, quæ venditione comprehenduntur, *leg. cùm plures 72. infrà de euictionib.* Quemadmodum & cùm de pluribus rebus in contrahenda venditione ſtipulatio vnica interponitur, tot cenſentur eſſe venditiones quot ſunt res *leg. quia dicitur 32. eod. tit. l. ſcire debemus 29. de verb. oblig.* Atqui actio de euictione ex empto actio eſt, *l. euicta re vẽdita 16. in princip. l. ſi in venditione 60. & l. euicta re 70. eod. tit.* Ergo verum eſt quod Vlpianus ſic ſcribit de ſingulis rebus vna emptione venditis ex empto & vendito agi poſſe. Nam & idem euenit in pluribus rebus vnico contractu commodatis, dummodo ſint inter ſe ſeparatæ *l. in commodato 16. §. duobus ſupr. commod.* Quomodo & è contrario de pluribus hereditatibus, quæ inter eoſdem ex diuerſis cauſis communes ſunt, vnum familiæ erciſcundæ iudicium ſumi poteſt *leg. heredes 25. §. de pluribus ſupr. famil. erciſcund.* Itaque licet vna tantum ſit actio reſpectu pretij, tamen reſpectu rerum venditarum & euictarum tot ſunt emptiones quot ſunt res. Alioqui ſequeretur, non poſſe agi de euictione ob vnam rem tantum euictam, niſi omnes euincerentur: quod tamen abſurdum eſſet *d. l. quia dicitur, & d. l. cùm eiuſdem.*

34. IDEM libro 18. ad Edictum.

SI, fundo vendito, in qualitate iugerum captio eſt: ex empto erit actio.

Ad l. Si fundo 34.

Huius legis ſententia eadem eſt quæ *legis, in qualitate 22. ſupr. hoc tit.* nimirum perinde teneri venditorem, qui in qualitate fundi venditi mentitus eſt, licet in modo mentitus non ſit, quàm ſi in modo ipſo mentitus eſſet, putà ſi dixerit: Cùm centum iugera venderet, quinquaginta vineæ eſſe & quinquaginta prati, cùm tamen plus in prato quàm in vinea inueniatur: licet modus conſtet iugerum centum, quia nihil intereſt, an in qualitate, an in quantitate emptor decipiatur, quem nullo modo decipi oportet. Eadem igitur ad vtrumque locum dubitandi & decidendi ratio ſufficiet.

35. IDEM libro 70. ad Edictum.

SI quis fundum emerit, quaſi per eum fundum eundi agendi ius non eſſet, & interdicto de itinere actúque victus ſit: ex empto habebit actionem. licèt enim ſtipulatio de euictione non committatur, quia non eſt de iure ſeruitutis in rem actione pronũtiatum: tamen dicẽdum eſt, ex empto actionem competere.

Ad l. Si quis fundum. 35.

RAT. DVB. Stipulatio de euictione non committitur, niſi ſi per ſentẽtiam res euicta ſit aliquo iure, vel dominij, vel pignoris *l. ſi mancipium 34. §. vlt. & l. ſeq. infr. de euict.* Atqui in propoſita ſpecie nihil fuit pronunciatum de iure dominij neque pignoris, adeóq; nec de iure ſeruitutis, ſed tantum de poſſeſſione actus, & itineris, cùm emptor qui fundum emerat tãquam liberum ab ea ſeruitute, victus tandem eſſet in cauſa interdicti de itinere actúq; priuato: in quo interdicto quod ad primam partẽ dicti pertinet: de poſſeſſione tantum, non etiam de iure proprietatis agitur, quamuis ſecunda pars illius edicti ad cauſam iuris quoq; & proprietatis pertineat *l. 3. §. hoc autem 3. infr. de itin. actúque priu. l. 2. §. quædam de interdict.* Ergo quemadmodum non poſſet emptor in hoc caſu agere ex ſtipulationis duplæ per euictionem ſi eſſet interpoſita, ita neque actione ex empto, ſi ſtipulatio interpoſita non ſit. DEC. Actio ex empto competit, quoties non præſtat vẽditor emptori id de quo inter eos conuenit. Atqui cum quis fundum vendidit, quaſi vicino per eum fundum eundi agendi ius non eſſet, hoc ipſo promiſiſſe videtur, ſuperiorem fore emptorem in lite de poſſeſſione huius ſeruitutis, ac proinde in cauſa etiam interdicti poſſeſſorij, vt in *l. ex empto 11. §. idem Neratius ait ſupr. hoc tit.* Ergo ſi ſuccubuerit emptor in interdicto, agere poteſt ex empto ad indemnitatem tanquam deceptus. Quãuis enim etiamſi vẽditor expreſſim promiſiſſet ſeruitutem nullã deberi, non ex eo ſolo probaretur debitam eſſe quod vicinus in interdicto poſſeſſorio viciſſet, quia cauſa poſſeſſionis nihil commune habet cum iure proprietatis, *vulg. l. naturaliter 12. §. nihil cõmune de acq. poſſ.* ſufficiatque ad obtinendũ in interdicto illo poſſeſſorio, vt probet actor ſe vsũ fuiſſe ſeruitute triginta diebus, eo anno ſciente & patiẽte vẽditore *l. 1. eod. illo tit.* Præſumptio tamẽ eſt pro eo qui vicit in poſſeſſorio ſeruitutis, niſi is qui victus eſt, manifeſtè probet contrarium, vt Caſtrenſ. hic ratiocinatur, nimirum quia vt illi interdicto locus ſit oportet actorem vſum eſſe quaſi iure ſeruitutis & ius fundi poſſediſſe, vt loquitur *l. vlt. illo tit. de itin. actúq; priuo.* & alia cauſa eſt actionis ex empto, alia ſtipulationis duplæ de euictione, quia ſtipulatio habet certas ſuas leges & conditiones, inter quas illa eſt, vt euictionem ſecutam eſſe neceſſe ſit ex cauſa dominij vel pignoris *d. l. ſi mancipium 34. §. vlt. & l. ſeq. infr. de euict.* non etiam ſi iure ſeruitutis *l. penult. eod. tit. l. cùm venderes 59. ſupr. de contrah. empt.* Actio autem ex empto quia tota bonæ fidei eſt, latius patet, longéque plures recipit præſtationes. Ponendum igitur in hac lege venditum fuiſſe fundum quaſi liberum, quod ſignificant verba illa, *quaſi per eum fundum eundi agendi ius non eſſet*, cùm tamẽ in dubio cenſendus ſit quilibet vendere rem qualis eſt *d. l. cùm venderes 59. de cõtrah. empt.* Ideò autem ponimus actũ eſſe interdicto de itinere actúque priuato, quia ſi actum eſſet confeſſoria, quæ cõpetit de iure ac dominio ſeruitutis, & emptor victus eſſet, non tantum competeret ei actio ex empto, nulla interpoſita duplæ, ſtipulatione, ſed etiam ex ſtipulatione duplæ, ſi qua interpoſita eſſet, agi poſſet, quia quod dicitur non committi ſtipulationem propter ſeruitutes ex *d. l. penultim. de euict.* tunc obtinet, cum fundus talis qualis eſt, vẽditus fuit, non item, ſi tanquam liber venditus fuit. Siue enim tota res euincatur ſiue pars, cõmittitur ſtipulatio, *l. 1. l. minor 39. §. ſi à me l. qui fundum 45. inf. de euict.* Euinci autem pars quædam videtur, quoties ius aliquod euincitur, propter quod res fiat longè minoris pretij vt in *l. etiam 27. l. qui decem 72. §. vlt. infr. de ſolut.*

36. PAV-

BIU Cujas

36. PAVLVS libro 7. ad Plautium.

VEnditor domus, antequàm eam tradat, damni infecti stipulationem interponere debet: quia antequam vacuam possessionem tradat, custodiam & diligentiam præstare debet: & pars est custodiæ diligentiæque, hanc interponere stipulationem. & ideo, si id neglexerit, tenebitur emptori.

Ad l. Venditor domus 36.

RAT. DVB. Eius est stipulationem damni infecti interponere, cuius interest eam interponi, cũ nec ad aliud detur quam ad id quod interest stipulatoris, *l. i. l. 4. §. duas & tot. tit. de dam. infe.* Atqui nihil interest venditoris domus, an post contractam venditionem domus, vendita damnum aliquod patiatur ex vicinis ædibus ruinam minantibus, cùm ex die perfectæ venditionis, quod fit nudo consensu, omne periculum rei venditæ ad emptorem pertineat, *l. id quod 7. & l. seq. supr. de peric. & com. rei vend. §. cùm autem Inst. de empt. & vend.* Ergo non est audiendus venditor domus si damni infecti stipulationem velit interponere, prius etiam quàm rem tradiderit.

DEC. Venditor sicuti vacuam possessionem tradere emptori cogitur *l. 1. l. 2. §. 1. l. 3. in princ. supr. hoc tit.* Ita priusquam eam tradat, tenetur præstare custodiam & diligentiam *l. 3. supr. de peric. & com. rei vend.* Atqui pars est custodiæ & diligentiæ hanc damni infecti stipulationem interponere, per quã scilicet prospicitur damno, quod domui venditæ timetur ex vicinis ædibus. Ergo si neglexerit venditor hanc stipulationem interponere, & ob eam interpositam damnum aliquod ædibus venditis contigerit, tenebitur vẽditor id præstare & sarcire emptori, tanquam qui non satis diligentem custodiam præstiterit: ac proinde cum ipsius interfit, fatendum est, stipulationem hanc ab eo interponi & posse & debere. Nec ad rem pertinet quod non cogatur venditor esse procurator emptoris *argu. l. postulante 44. in fin. infr. ad S. C. Trebell.* Ideoque possit impune negligere ea quæ alioqui pro commodo & vtilitate emptoris facere posset si vellet, *l. venditor 21. vers. quemadmodum supr. de hered. vel act. vend.* Id enim tum verè dicitur, cùm emptor fuit in mora recipiendæ rei venditæ. Quo casu venditor dolum duntaxat in re vendita non etiam culpam præstare debet, vt constat ex *l. si mora 9. infr. solut. matr.* At priusquam emptor in mora sit, tenetur venditor etiam de culpa, si quid facere potuit pro conseruanda re vendita, & non fecit, vt bene ad hanc legem Castrensis docet. Iunge *leg. damni 28. §. emptor vers. vẽditorem infr. de dam. infect. l. quod sæpe 3. §. 9. quod si res supr. de contrah. empt. l. si ea res 31. in princip. supr. §. cùm autem & §. quod si fugerit Inst. de contrah. empt.*

37. IDEM libro 14. ad Plautium.

SIcut æquum est, bonæ fidei emptori alterius dolum non nocere, ita non est æquum, eidem personæ venditoris sui dolum prodesse.

Ad l. Sicut æquum est 37.

RAT. DVB. Eadem esse debet causa emptoris quæ venditoris, *l. inuitus 158. §. plerumque de reg. iur.* cùm emptor succedat in ius sui vẽditoris *l. 2. in princip. de hæred. vel act. vend.* cum similibus, & absurdum sit plus iuris transferri à venditore in emptorem quam venditor ipse habeat, *vulg. l. nemo plus iuris 54. de reg. iur.* Et præterea ex qua persona lucrum quis sentit, eius factum præstare debet *l. ex qua persona 49. eod.* Ergo si venditor doli mali exceptione repelli potuit, eadem doli mali exceptio etiam emptori nocere debebit, cùm ex persona venditoris lucrum sentiat acquisiti dominij. Similiter igitur dolum venditoris emptori prodesse æquum est, vt eadem sit ratio commodi & incommodi, *leg. id quod 7. de peric. & com. rei vend. l. secundũ naturã 10. de reg. iur.*

DEC. Dolus vnius alteri neque prodesse neque nocere vnquam debet *l. dolus infr. qnand. ex fact. tut.* Est enim dolus delictum, quod personam delinquentis nunquam egreditur, vt pœna suum sequatur autorem, *l. sancimus 22. C. de peric.* Atqui alia est persona vẽditoris, alia emptoris, & doli exceptio licet in rem sit ex parte opponentis, ex parte tamen eius cui opponitur, personalis est, *l. 2. §. 1. de dol. mal. except.* Ergo venditoris dolum emptori neque prodesse, neque nocere æquum est, nec tantum in emptore id obtinet, sed in cæteris quoque omnibus quia doloso causam habent onerosam non lucrativã, quique eo respectu emptorũ vicem obtinere dicũtur in *l. 4. §. autoris.* Nec enim titulus emptionis lucrativus est, sed onerosus, cùm emptori abesse pretiũ necesse sit, & plerumq; iustũ rei valorẽ excedit, quia formali pretio, id est, quale formãt cõtrahẽtes ipsi, res vendi solent, non vero & iusto, vt Vlpianus loquitur in *l. in lege Falcidia 62. §. 1. infr. ad leg. Fal. id.* Vnus tamen casus est, in quo dolus venditoris emptori nocere potest & debet, nimirum si vti velit accessione possessionis sui autoris, ad complenda tempora siue vsucapionis, siue longæ possessionis, vt Accursius bene obseruat ex *l. 1. C. de præscript. longi temp. & d. leg. 4. l. de autoris 27. de dol. mal. except.* Nemo enim accessione sui autoris vti potest nisi cum eius vitiis, *l. Pomponius 13. §. cum quis & seqq. de acquir. poss. l. vitia. 11. C. eod. l. cùm hæres 11. leg. de accessionibus 14. & passim. infr. de diuers. temporal. præscript. & accession. ear.* Iunge *l. dolum 3. C. de peric. & com. rei vend.* Adde aliam exceptionem nisi ex dolo venditoris aliquid ad emptorem peruenerit. Tunc enim tenetur emptor ex dolo venditoris non in solidum, sed in quantũ ad eum peruenit *leg. summa 21. §. emptor. supr. de pecul.* Alioqui dum id ageremus, ne dolus vẽditoris emptori noceret, faceremus vt prodesset, quod perinde iniquũ est & cõtra bonam fidem, quę in contractibus potissimum bonæ fidei maximè dominatur. *l. tenetur. 6. §. vlt. supr. hoc tit.* Sed neque illud prętermittendum est quod Accursius notat, malam fidem venditoris hodie hactenus emptori nocere, vt non possit longi temporis præscriptione se tueri;

BIU Cujas

quantumuis in bona fide & iusta ignorantia fuerit, sed triginta annorum possessio ei necessaria sit ex *Nouella Iustiniani cõstitutione 119. vt sponsalitia largitas cap. 7. §. rursus.* vnde sumpta est auth. *malæ fidei. C. de præscrip. 30. vel 40. annor.* Quę tamen non ita latè accipienda est, vt ad eum quoque casum pertineat, quo bonæ fidei emptor obiiciat præscriptionem longi temporis aduersus creditorem pignora persequentem, sed tantum aduersus dominum rem suam iure dominij vindicantem. Titulus enim Codicis si aduersus creditorem præscriptio opponatur etiam post supradictam Iustiniani constitutionem, manet incorrectus, vt benè ante nos respondit Oldrad. *cons. 19.* Illud quoque notandum est quod Castrensis hic obseruat venditoris dolum nocere emptori eo demum casu quo agat, non etiam quo excipiat ex iis quæ nostri tractant ad *d. l. vitia. C. de acquir. possess.*

38. Celsvs libro 8. Digestorum.

Si venditor hominis dixit, peculium eum habere decem, nec quicquam adempturũ, etsi plus habet, totum præstet, nisi hoc actum est, vt dumtaxat decem præstaret. si minus est: præstet esse decem, & talem seruum esse, vt tantum peculij habeat.

Ad l. Si venditor 38.

Rat. dvb. Contrariorum eadem ratio esse debet, *l. 1. C. de Cupress. lib. 11. tit. vlt. l. penult. C. de solut.* Ergo quemadmodum seruo vendito cum peculio quod venditor dixerit esse decem, si reperiantur quinque duntaxat, nihilominus venditor præstare debet decem. Ita si reperiantur quindecim, non nisi decem præstare cogẽdus est, ne alioqui melior sit condicio emptoris quàm venditoris, sed vno casu cogatur emptor supplere quinque: alio autem casu non possit ex peculio quinque adimere & detrahere.

Dec. Is qui vendit seruum cum peculio, & addit in peculio esse decem, ad duo se obligat. Primum ad hoc vt peculium serui cum seruo tradat: Deinde vt præstet idem esse in peculio. Prior pars conuentionis facit, vt etiamsi plus sit in peculio quam decem, puta quindecim, tota ea quindecim præstare debeat, alioqui non præstaret peculium serui quod vendidit: & emptor deciperetur qui nõ fuerat tanti empturus seruum nisi cum peculio. Posterior autem pars conuentionis venditorem obligat, vt si forte minus sit in peculio quam decẽ, attamen tota decem præstare debeat quia non debuit tam facilis esse ad affirmandum decem in peculio cum non essent, *l. Iulianus 13. §. quid tamen supr. hoc tit.* Ideoque nec potest conqueri se deceptum cum ipse se deceperit, vt in *l. nam si actor sit 26. sup. de rei vindic.* alioqui etiam hoc casu deciperetur emptor, cui affirmauit ille decem esse in peculio. Non est igitur hoc casu eadem ratio contrariorum, nec proinde idem ius esse debet. Accursius vero locum hunc male intellexit, qui verba illa huius §. *nec quicquam adempturum*, putat esse verba conuentionis, quæ si prætermissa, inquit, fuissent, aliud dicendum esset, cum tantum sint verba I. C. respondentis ad propositam quæstionẽ. Habet enim hæc responsio duo capita. Primum est, nihil posse venditorem adimere de peculio, tametsi in eo plus inueniatur, quam venditor esse affirmauerit. Alterum est, præstare venditorem debere quantum in peculio esse affirmauit, etiamsi in eo minus inueniatur: & talem esse seruum, vt tantum peculij habeat quantum esse venditor dixit. Nec obstat ꝙ scriptum est in *l. vlt. §. vlt. infr. hoc tit. & in l. comprehensum 6. supr. de contrah. empt.* si fundi venditor dolia à fundo accessura esse dixerit, & plura inueniantur quam ad eum numerum non teneri eum nisi vt præstet 80. & ex omnibus quę ibi sunt, posse præstare 80. quæ velit, dummodo sint integra. Aliud enim est dicere accessurum esse peculium ꝙ quantumcunque sit semper peculium est (significat enim totum quoddam quod nulla certa quantitate concluditur.) Aliud verò dicere accessurum esse certum numerum doliorum, in quo numero certè maior alius contineri nõ potest. Quæ distinctio & conciliatio iam olim fuit quorundam interpretum quos Accursius refert ad *d. §. 1.* Alia est species quæ tractatur in *l. qui fundum 40. §. qui agrum supr. de contrah. empt.* vbi agitur de venditione facta ad mensuram, vt & in *l. si seruum 4. §. si modus sup. hoc tit.* Quod autem Accursius obiicit ex *l. cùm seruus 18. supr. de condit. institut.* prorsus diuersum est, & ad huius legis sententiam nihil pertinet.

1 ¶ **Si per emptorem steterit, quo minùs mancipium traderetur, pro cibariis per arbitrium indemnitatem posse seruari, Sextus Ælius, & Drusus dixerunt, quorum & mihi iustissima videtur esse sententia.**

Ad §. 1. Si per emptorem.

Rat. dvb. Neque dictum, neque actum quicquam fuit aut cogitatum de cibariis quæ seruo vendito præstita essent à venditore eidem venditori restituendis si moram in accipiendo seruo ab emptore fieri contigisset. Ergo etiamsi ea præstiterit venditor antequam seruum venditum traderet, non debet ei hoc nomine dari actio contra emptorem ad consequendam indemnitatem, præsertim cum seruus venditus, quamdiu traditus non est, in dominio sit venditoris, *§. cum autem inst. de empt. & vend. d. §. venditæ Inst. de rer. diuis.* cum naturali ratione cibariorum impensæ ad eum pertineant qui seruo vtitur, *l. in rebus 18. §. possunt. supr. comm. l. Item si serui. 30. in fin. infr. de ædil. edict.*

Dec. Mora per emptorem contracta facit vt in odium emptoris omnia perinde haberi debeant ac si seruus ei traditus fuisset. In omnibus enim causis pro facto accipitur id quod per alium mora sit ne fiat, *l. in omnibus 39. de reg. iur.* Atqui si moram emptor non fecisset, non impendisset venditor cibaria in seruum venditum, quem iam emptori tradidisset;

didisset, sed emptoris sumptui & damno id cederet. Nullum enim damnum aut incommodum ex re vendita sentire potest venditor à die factæ traditionis, cũ exinde sit omnino liberatus *l. 1. l. ex empto 11. §. 1. sup.* Ergo si cibaria præstiterit venditor, indemnitatem eo nomine ab emptore consequi debet & quidem per arbitrum, vt Celsus hic scribit, id est, officio arbitri & iudicis bonæ fidei. Quia tantundem in iudiciis bonæ fidei officium iudicis potest, quantum in stipulatione nominatim eius rei facta interrogatio, *l. quia tantumdem. 7. supr. de negot. gest. l. quæro 54. infr. tit. prox.* Ideoque non est quærendum quid dictum sit, si modo constet quid actum fuerit *l. sed Celsus 6. §. 1. sup. de contrah. empt.* Nec quod ante traditionem vẽditor maneat dominus, ad rem facit cum non per ipsum emptorem stet, quominus sit ipse dominus, alioqui sua ei fraus prodesset contra *l. hominem 37. in fin. supr. mand.*

2 ¶ Firmus à Proculo quæsiit: si de plumbeo castello fistulæ sub terram missæ, aquam ducerent in aenum lateribus circumstructum: an hæ, vt iuncta fixaque ædium essent: an, vt ruta cæsaque non essent ædium? ille rescripsit, referre, quid acti esset. quid ergo, si nihil de ea re neque emptor, neque venditor cogitauerunt: vt plerumque in eiusmodi rebus euenire solet? nónne propius est, vt inserta, & inclusa ædificio, partem eius esse existimemus?

Ad §. 2. Fistulæ.

RAT. DVB. Fistulæ sub terram missæ ad aquam ducendam de plumbeo castello in equũ aut quid aliud simile lateribus circumstructum: cùm sub terram missæ sint, non apparent in ędificio, nec partem vllam ædificij faciunt, cùm sint extra ædes, *leg. licet 48. supr. de contrah. empt.* Ergo in rutis cæsis haberi potius debere, quam vt ædificij pars esse existimentur, præsertim cùm ædibus affixa non sint.

DEC. Inspiciendum quidem est in hac quæstione, vt in aliis ferè omnibus, quid actum sit, sed si id non appareat, & in dubio propius est, vt ea omnia quæ ædificio inserta & inclusa sunt, quamuis affixa non sint, ædificij esse credantur, sicut & castellum ipsum in quo aqua cõgeritur & ex quo ducitur *l. fundi 17. §. castella supr. hoc tit.* Iuncta *leg. 1. §. penult. infr. de aqua cottid. & æst.* quanuis sint extra ædes *l. si æquæ ductus 47. cum duab. seqq. supr. de contrah. empt. leg. dolia 76. leg. fistulas 78. in princ. eod. titul. leg. creditor 52. §. vlt. infr. hoc tit.*

39. MODESTINVS libro 5. Responsorum.

QVæro: si quis fundum ita vendiderit, vt id venundatũ esse videatur, quod intra terminos ipse possedit, sciens tamen aliquam partem certam se non possidere, non certiorauerit emptorem: an ex empto iudicio teneatur: cùm hæc generalis adiectio ad ea, quæ specialiter nouit, qui vendidit, nec excepit, pertinere non debeat: ne alioquin emptor capiatur, qui fortasse, si hoc cognouisset, vel empturus non esset, vel minoris empturus esset, si certioratus de loco certo fuisset: cùm hoc & apud veteres sit relatum in eius persona, qui sic exceperat, *Seruitutes, si quæ debentur, debebuntur.* etenim iuris auctores responderunt, si certus venditor quibusdam personis certas seruitutes debere non admonuisset emptorem, ex empto eum teneri debere: quando hæc generalis exceptio non ad ea pertinere debeat, quæ venditor nouit, quæque specialiter excipere & potuit, & debuit: sed ad ea, quæ ignorauit, & de quibus emptorem certiorare nequiuit. Herennius Modestinus respondit, si quid circumueniendi emptoris causa venditor in specie, de qua quæritur, fecit: ex empto actione conueniri posse.

Ad l. Quæro 39.

RAT. DVB. Nihil magis bonæ fidei congruit, quam ea seruari, quæ inter contrahentes placuerunt, *l. ex empto 11. §. 1. supr. l. cum venderem 21. infr. tit. prox.* Ergo si fundi venditor expressè conuenerit, vt id demum venundatum esse intelligatur, quod ipse intra terminos & fines demonstratos possedit, & inueniatur certum locum intra fines demonstratos non possedisse, dicendum est, neque vẽditum id videri debere, quamuis se non possedisse sciuerit cùm expressa conuentione sibi prospexerit. Idemque iuris esse debet in alia specie quæ in hac lege à Modestino proponitur, si quis sciens deberi seruitutem à fundo quem vendebat, nominatim conuenerit, vt seruitutes, si quæ debebantur, deberentur, non debere illum teneri ex empto ob seruitutes quas ab eo fundo ipso debitas fuisse appareat, quasi non possit conqueri emptor se deceptum qui ea lege emit, vt si qua seruitus postea appareret, ea demum deberetur. Sibique debet imputare emptor, cur ea lege emerit, præsertim cum verba generalia generaliter & indistinctè sint intelligenda, *l. 1. §. generaliter infr. de leg. præst. l. de pretio 8. supr. de public. in rem. act.*

BIU Cujas

DEC. Nihil tam contrarium est bonæ fidei quàm dolus *l.3.§.vlt.supr.pro soc.l.si dolo 5. C.de rescind. vend.* Ideoque abesse debet ab omni contractu præsertim bonæ fidei, qualis est contractus emptionis, *l.tenetur 6.§.vltim.supr.hoc tit. l.in vendendo 66.§.ferè supr.de contra.empt.* Atqui dolus est, quoties emptor à venditore decipitur celato eo quod si sciuisset, vel minoris empturus vel omnino non fuisset. Ergo si sciens venditor celauerit emptorem siue in modo agri quem sciebat esse minorem, siue in seruitute quam debitam esse non ignorabat, dicendum est, venditorem teneri debere, quamuis generali illa adiectione & exceptione sibi prospectum esse voluerit, quoniam generales huiusmodi exceptiones ad ea tantùm quæ venditor ignorauit pertinent, non etiam ad ea quæ sciuit, & quæ non nisi insidiosè dissimulare potuit, vt Florentius loquitur in *l.ea quæ 43.§.vlt.supr.de contrah.empt.* & quę ideo specialiter exprimere debuit. Alioqui nō tam cautio & præcautio hæc venditoris dicenda esset vt sibi consuleret aduersus improuisi oneris periculum, vt in specie *l.in venditione 41.infr. hoc tit.* quàm captio emptoris, qui ea generali exceptione & adiectione deciperetur, *l.1.§.1.vbi diximus supr.hoc tit. l.quæritur 14.§.si venditor.infr.de ædil.edict.l.qui libertatis.69.post princip.infr.de euict.* Præsumitur enim & probatur dolus animusque circumueniendi ex sola taciturnitate sciētis, cùm ea nihil aliud sit quàm callida, & insidiosa dissimulatio, vt in *l.si siue 5. C. ad S.C.Vell.l.2.C.de reb.alien.non alien.l.mulier.11.C.de distract.pignor.* Ergo siue certum locum quem intra fines demōstratos, venditor se nō possedisse sciebat, siue certā seruitutem, quam à fundo vēdito deberi nō ignorabat, celauerit, non debet subiecta exceptio & adiectio generalis facere, vt eo minus teneri debeat. Generalia namq; verba facilè recipiunt interpretationem restrictiuam, vt loquūtur, quam verba specialia non ita facilè patiuntur, *l.1.infr.de pignor.* Idque est quod Herennius Modestinus in specie huius legis respondit, si quid circumueniendi emptoris causa venditor fecerit, ex empto actione conueniri eum posse, vt intelligamus non dubitare Modestinum, quem venditor circumueniendi emptoris causa fecerit, cùm aliquid ex modo demonstrato, vel ex seruitutibus debitis tacuit, quod exprimere debuerat.

40. POMPONIVS libro 31. ad Quintum Mucium.

QVintus Mucius scribit: Dominus fundi de prædio arbores stātes vendiderat: & pro his rebus pecuniā acceperat, & cùm eas tradere nolebat. emptor quærebat, quid se facere oporteret. & verebatur, ne hæ arbores eius nō viderentur factæ. *Pomponius*: Arborum, quæ in fundo continentur, non est separatū corpus à fundo: & ideo, vt dominus, suas specialiter arbores vindicare emptor non poterit. sed ex empto habebit actionem.

Ad l. Quintus Mucius 40.

RAT. DVB. Cùm quis vendit stantes in fundo arbores, fundo tamen ipso non vendito, aliam rationem constituere videtur fundi, aliam verò arborum, cùm arbores tantum vendat, non etiam fundum. Ergo si pretium arborum acceperit, quamuis arbores adhuc stent in fundo: in potestate tamen emptoris esse videtur, vt eas quasi emptionis titulo suas factas vendicare possit aduersus venditorem qui aduersus datam fidem noluit eas tradere.

DEC. Arbores quamdiu in fundo sunt & solo coalescunt, soli ius & dominium sequuntur, *l.adeo 7.§.vlt.l.sed si meis.26.§.arbor.infr.de acquir.rer.dom.* Atqui fundus in quo sunt arbores venditæ, remanet dominio venditoris, non solùm, quia venditus non est, sed etiam quia tametsi vēditus proponeretur, non prius tamen fieret emptoris etiam soluto pretio, quam ei traditus esset §. *venditæ Inst. de rer. diuis.l.quod vendidi 19.supr.de contrah.empt.* Ergo nec arbores quæ in fundo sunt, quamuis & venditæ sint, & conuentum pretium pro iis solutum proponatur, venditoris tamen remanet, quandiu neque euictæ sint è fundo, nec traditæ, ac proinde cessante vindicatione quæ soli domino competit *l.in rem 28.supr.de rei vind.* sola ex empto actio emptori aduersus venditorem competere potest, *leg.si ager 50. eod.illo titulo l.qui pendentem 28.supr.hoc tit. leg.penult. C.de rei vind.* Idque est quod ait Pomponius, arborum quæ in fundo continentur, non esse corpus separatum à fundo: quo etiam pertinet *leg.si sciens 11. C.eod.tit.* Idque adeo verum est, vt si emptor etiam soluto pretio fundi sibi venditi possessionem propria autoritate ingredi vellet, prædo potiùs dicendus esset, quam bonę fidei emptor *l.si ex stipulatione 5.infr.de acquir.possess.*

41. PAPINIANVS libro 3. Responsorum.

IN venditione, super annua pensitatione pro aquæductu, infra domum Romæ constitutam, nihil commemoratum est. deceptus ob eam rem ex empto actionem habebit. Itaque, si conueniatur ob pretium ex vendito, ratio improuisi oneris habebitur.

Ad l. In venditione 41.

RAT. DVB. Obligatio personalis non sequitur emptorem aliumve singularem successorem, *l. vlt. §.1.supr.de contrah.empt.leg.1.§.si heres.infr.ad S.C.Trebell.l.æris alieni C.de donat.* Atqui obligatio soluendę annuæ pensitationis pro aquæ ductu igneā domū

Romæ

Romæ constitutam personalis est. Ergo non potest sequi emptorem qui, proinde non potest videri deceptus, licet in venditione domus de annua illa pensitatione nihil commemoratum sit à venditore. Quid enim refert emptoris, an pensio aliqua debeatur necne, dummodo eius nomine vrgeri, & inquietari non possit?

DEC. Non potest emptor habere lucrum & commodum aquæductus, quin subeat onus soluendæ pensitationis pro aquæductu illo promissæ: non enim potest recusare, quominus soluat pensionem quam vēditor debuit: si velit vti aquæductu ex iure & persona venditoris, ne liberum ei sit conuentionem diuidere eamque partim probare, partim improbare, *l. venditor 13 supr. commun. prædior. l. ex qua persona 149. l. inuitus 156. §. plerumque de reg. iur. l. Pomponius 13. §. cum quis infr. de acquir. possess. leg. si cùm filiofamilias 9. §. 1. supr. de compensat. l. si autem 29. supr. de pact.* Ergo deceptus est à venditore qui in vendenda domo tacuit, & nihil commemorauit de pensitatione annua quam pro aquæductu illo debitam esse sciebat: tanto pluris enim emisse credendus est, cùm crederet pro aquęductu nihil deberi. Consequens igitur est, vt actionem ex empto habere debeat contra venditorem in id quod sua interest pensionem nullam deberi. Quod si venditor pensionem debitam esse nesciuisset, mitius sanè cum eo agi oporteret, non vt nullo modo teneretur (parum nāque refert an calliditate venditoris, an ignorantia emptor fallatur, *l. 1. §. causa infr. de ædil. edict.*) sed vt non teneatur præstare nisi quanti minoris empturus fuerat emptor, si pensitationem debitam sciuisset vt in *leg. Iulianus 13. in princ. & §. 1. supr. hoc tit.* Quid ergo si conueniatur emptor actione ex empto ad pretium integrum soluendum? Ratio improuisi oneris habebitur, inquit Papinianus, id. est, tanto minus præstabit emptor ex pretio, quanto minus empturus fuerat si pensitationes sciuisset ac pręuidisset, quasi iure cuiusdam tacitæ compensationis ex *l. quoniā 10. C. de compēsat.*

42. PAVLVS libro 2. Quæstionum.

SI duorum fundorum venditor separatim de modo cuiusque pronunciauerit, & ita vtrumque vno pretio tradiderit, & alteri aliquid desiit: quamuis in altero exsuperet: fortè si dixerit, vnum cētum iugera, alterum ducenta habere: non proderit ei quod in altero ducenta decem inueniantur, si in altero decē desint. & de his ita apud Labeonē relatum est. [a] sed an exceptio doli mali venditori profutura sit? potest dubitari. vtique si exiguus modus siluæ desiit: & plus in vineis habeat, quàm repromissum est. an non faciat dolo, qui iure perpetuo vtitur? nec enim hoc, ꝙ amplius in modo agri inuenitur, quàm alioquin dictum est, ad compendium venditoris, sed emptoris pertinet. & tunc tenetur venditor, cùm minor modus inuenitur. [b] videamus tamen, ne nulla querela sit emptoris in eodem fundo, si plus inueniatur in vinea, quam in prato, cùm vniuersus modus constet. [c] Similis quæstio esse potest ei, quæ in duobus fundis agitata est, & si quis duos statuliberos vno pretio vendat: & dicat, vnum decem dare iussum, qui quindecim dare debebat. nam & hic tenebitur ex empto actione: quamuis emptor à duobus viginti accepturus sit. Sed rectius est, in omnibus suprascriptis casibus lucrum cum damno compensari: &, si quid deest emptori, siue pro modo, siue pro qualitate loci, hoc ei resarciri.

Ad l. Si duorum 42.

RAT. DVB. Cùm duorum fundorum venditor vtrumque vno pretio vendidit, puta mille aureis, vna tantùm emptio, & venditio esse videtur, vt diximus ad *l. etsi vno pretio 33. supr. hoc tit.* Ergo quamuis de modo cuiusque separatim pronunciauerit & dixerit, vnum forte esse centum iugerum, alterum ducentorum. In vno autem ducenta & decem inueniantur, in altero autem non nisi nonaginta, compensandum videtur, quod in vno plus est cum eo quod minus est in altero. Nec potest emptor conqueri se deceptum, cum in vtroq; fundo habeat eum ipsum modum qui dictus fuit, id est, trecentorum iugerum.

DEC. Ex bona fide est vt venditor præstet emptori, quicquid in vendendo dixit, & affirmauit, nec enim tam facilis esse debuit ad temerariam & falsam affirmationem: *l. Iulianus 13. §. qui tamen supr.* Atqui cùm duos fundos vēderet, separatim de modo cuiusque pronunciauit, & alium modum vnius, alium modum alterius esse dixit. Nihil igitur ei prodesse debet, quod in altero fundo quem ducētorum iugerum esse dixerat, ducenta & decem esse reperiantur, si in altero quem centum iugerum esse affirmauerat, decem desint: debuerat enim dicere se duos fundos vendere, in quibus iunctis essent trecenta iugera, non de modo cuiusque separatim & falso pronunciare. Et ita non modo Labeonem quem Vlpianus hic refert, sed Vlpianum quoque ipsum sensisse arbitror. Quamuis in fine huius legis Tribonianus, vt arbitror, de suo adiecerit recti esse vt tam in hoc casu quam in aliis de quibus mox dicemus, luctum cum damno compensari debeat, & si quid emptori desit siue pro modo, siue pro qualitate loci hoc ei resarciri. Hęc enim verba sunt quę in fine huius legis subiiciuntur, & quæ Triboniani stylum redolent longe magis quàm Vlpiani, quem neque à Labeone, neque à seipso tam facile discessisse credendum est. Sequitur,

BIU Cujas

a *Sed an exceptio doli mali venditori profutura sit.* RAT. DVB. Dolo malo facit quisquis per occasionem iuris ciuilis cõtra æquitatem naturalẽ lucrum captat ex damno alieno. *l. 1. §. infr. de dol. mal. except.* Nec enim ius naturale patitur locupletari quemquam ex aliena iactura, *l. nam hoc natura 14. supr. de cond. indeb. l. iure naturæ 206. de reg. iur.* Atqui emptor qui non nisi trecenta emit iugera, si trecenta & decem habere velit, neque compensare quod in vno fundo amplius est cum eo quod alteri deest, trecenta & decem iugera consequetur eodem pretio, quo trecenta emerat. Ergo fiet locupletior ex damno venditoris. Ergo doli exceptione repelli à venditore debet.

DEC. Dolo non facit emptor, qui iure communi vtitur, *leg. vlt. C. de in integr. rest. minor. l. inter eos. 51. §. cùm inter 4. infr. de fideiuss.* Atqui iure communi vtitur & perpetuo, qui actionem ex empto proponit sibi ex perpetuo edicto competentem. Ergo doli exceptione repellendus non est, sed hoc ita si exiguus forte modus syluæ desit, & plus in vineis reperiatur quàm repromissum est, si quidem id quod amplius in modo vnius agri inuenitur, quàm dictum est, non ad compendium & lucrum venditoris pertinet, sed ad emptoris, quamuis tũc teneatur venditor, cùm minor modus inuenitur: vtroque enim casu est quod sibi imputet, siue minorem, siue maiorem modum dixerit quàm esset, vt proinde mirum non sit, eandem non esse hoc casu contrariorum rationem, vt & in specie *legis si venditor 38. in princ.* vbi diximus *supr.* Et sane quamuis non decipiatur in modo venditor, cùm vniuersus modus trecentorum iugerum constat, decipitur tamen in qualitate, si plus sit in sylua, aut in prato quam in vinea, non etiam si plus in vinea quàm in prato, vt mox subiicit Vlpianus in *vers. videamus* & ideo teneri emptorem æquum est, quam si in modo agri mentitus esset, *l. si in qualitate 22. l. si fundo 34. supr. hoc tit.*

b *Videamus tamen ne nulla sit querela emptoris.* RAT. DVB. & DEC. ad hunc versiculum eadem est quæ à nobis allata fuit ad *l. si in qualitate 22. supr. hoc tit.* Vbi eadem quæ hic sententia proponitur, teneri venditorem qui centum iugera vendidit, & quinquaginta dixit esse in vinea & quinquaginta in prato, si plus in prato quam in vinea præstiterit, non teneri autem, si è cõtrario plus in vinea quàm in prato. Etsi enim prati reditus omnium commodissimus esse creditur, quia pratum quasi paratum, *l. pratum 31. de verb. sign.* verum tamen est quod Columella scribit de re rustica, vineas plus afferre vtilitatis quàm prata, & eos qui vineas colunt, si cum scientia sociarent diligentiam, omnes illos qui fœnum & olera amplexãtur, incremẽto patrimonij facile superaturos. Idque est quod Vlpianus in hoc versiculo significat, cùm ait, nullam esse querelam emptoris si plus in eodem fundo inueniatur in vinea quam in prato, dummodo vniuersus modus constet. Nec quod ait, *Videamus tamen ne nulla sit querela emptoris*, mouere Accursium debuit, vt diceret non decidi quæstionem hanc ab Vlpiano, quasi sint verba dubitantis & hæsitantis Iurisconsulti, quę tamen sunt respondentis, sed modestè, vt iureconsulti solent.

c *Similis quæstio esse potest.* RAT. DVB. Cùm quis duos statuliberos vno precio vendit, quorum alterum dixit, decem condicionis implendæ causã dare iussum, qui quindecim dare debuerat, alterum verò decem qui quinque tantum, nihil videtur interesse emptoris, qui perinde à duobus viginti accepturus est. Cùm igitur non possit se deceptum conqueri, nec actionem ex empto contra venditorem habere debet.

DEC. Imputare sibi debet venditor, qui cum duos seruos venderet, eosque statuliberos, separatim designauit summas, quas implendæ conditionis causa inferre iussi erant. Itaque decepit emptorem, qui eum seruum quem ad maioris quantitatis præstationem obligatum credebat, pluris certè emit quàm alioqui fuerat empturus. Aliud ergo esset, si summas à singulis implendæ conditionis causa præstandas separatim non designasset. Idque est quod Vlpianus ait, quæstionem hanc similem esse illi, quæ in legis principio agitata est, de eo qui duos fundos simul & vno pretio vendiderat, ac de modo cuiusque separatim nunciauerat. Iunge *l. si duos seruos 47. infr. de euict. Sed rectius est in omnibus suprascriptis casibus.* Iam monuimus totum hunc versiculum esse Triboniani, non Vlpiani, cum ea omnia corrigat quæ in tota hac lege dicta sunt. Vult enim Tribonianus tam in venditore duorum fundorum, qui de modo cuiusque separatim pronunciauerit, quàm in venditore statuliberorum, quorum alterum dixerit decem dare iussum, qui quindecim dare debuerat, alterum vero decem qui non nisi quinque dandis obstrictus fuerat, compensandum esse lucrum cum damno, &, si quid deest emptori siue pro modo, siue pro qualitate loci hoc ei sarciendum. Cùm tamen Vlpianus vtroque casu magis probet teneri venditorem debere, tanquam qui emptorem deceperit, nullámq; faciendam esse compensationem, vbi separatim cuiusque rei venditę onus designatum est. Quis enim credat Vlpianum tam citò nullaque addita ratione sententiam mutare voluisse quam & Labeonis autoritate seruauerat? *l. non ob eam rem 25. supr. pro soc.*

43. IDEM libro 4. Quæstionum.

TItius, cùm decederet, Seię Stichum, Pamphilum, Arescusam, per fideicommissum reliquit: eiusque fidei commisit, vt omnes ad libertatem post annum perduceret. cum legataria fidei commissum ad se pertinere noluisset, nec tamen heredem à sua petitione liberasset: heres eadem mancipia Sempronio vendidit, nulla commemoratione fideicommissæ libertatis facta. emptor, cùm pluribus annis mancipia suprascripta sibi seruissent: Arescusam manumisit. & cum ceteri quoque serui, cognita voluntate defuncti fideicommissam libertatem petissent, & heredem ad prætorem perduxissent: iussu prætoris, ab herede

BIU Cujas

herede sunt manumissi. Aresçusa quoque nolle se emptorem patronum habere responderat. cùm emptor pretium à venditore, empti iudicio, Aresçusæ quoque nomine repeteret: lectum est responsum Domitij Vlpiani, quo continebatur, Aresçusam pertinere ad rescriptum sacrarum constitutionũ, si nollet emptorem patronum habere: emptorem tamen nihil posse post manumissionem à venditore consequi. Ego cum meminissem, & Iulianum in ea sententia esse, vt existimaret, post manumissionem quoque empti actionem durare: quæro, quæ sententia vera est? [a] Illud etiam in eadem cognitione nomine emptoris desiderabatur, vt sumptus, quos in vnum ex his, quem erudierat, fecerat, ei restituerentur. Item quæro, Aresçusa, quæ recusauit emptorem patronum habere, cuius sit liberta constituta? an possit, vel legatariã, quę eã non liberauit: vel heredem patronũ habere? cùm ceteri duo ab herede manumissi sunt. Respondi: Semper probaui Iuliani sententiam putantis, manumissione ex empto actionẽ eo modo non amitti. De sumptibus verò, quos in erudiendum hominẽ emptor fecit, videndum est. nam empti iudicium ad eam quoq; speciem sufficere existimo: non enim pretiũ continet tantùm: sed omne, quod interest emptoris, seruum non euinci: planè, si in tantum pretium excessisse proponas, vt non sit cogitatum à venditore de tanta summa: veluti si ponas agitatorem postea factum, vel pantomimum, euictum esse eum, qui minimo veniit pretio: iniquum videtur, in magnam quantitatem obligari venditorem.

44. Africanvs libro 8. Quæstionum.

CVm & fortè idem mediocrium facultatum sit: & non vltra duplum, periculum subire eum oportet.

45. Pavlvs libro 5. Quæstionum.

IDque & Iulianum agitasse Africanus refert. quod iustum est, sicut minuitur præstatio, si seruus deterior apud emptorem effectus sit, cùm euincitur.

1 ¶ Illud expeditius videbatur: si mihi alienam aream vendideris, & in eam ego ædificauero, atque ita eam dominus euincat. nam, quia possum petẽtem dominum, nisi impensam ædificiorum soluat, doli mali exceptione summouere: magis est, vt ea res ad periculum venditoris non pertineat, quod & in seruo dicendum est, si in seruitutem, non in libertatem euinceretur: vt dominus mercedes, & impensas præstare debeat. quod si emptor non possideat ædificium, vel seruum: ex empto habebit actionem. in omnibus tamen his casibus, si sciens quis alienum vendiderit, omnimodo teneri debet.

2 ¶ Supereст tertia deliberatio, cuius debeat esse liberta Aresçusa, quæ recusat emptorem. & non sine ratione dicetur, eius debere effici libertam, à quo vendita est: id est, heredis: quia & ipse ex empto actione tenetur. sed hoc ita, si non Aresçusa elegerit emptoris patronatum. tunc etenim & illius remanet liberta: & ille ex empto actionem non habet, quia nihil eius interest, cùm eam libertam habeat.

Adl. Titius 43. & duas sequentes.

Proponitur in hac lege & in duabus sequentibus à Paulo nostro species elegans, nec valde obscura, quod pertinet ad facti enarrationem, & ex qua tres eliciuntur quæstiones, de quibus singulis separatim dicendum est. Prima est, an emptor, qui Aresçusam emit ab herede, & quam Seia legataria si legatum agnouisset, manumittere debuerat, si emptorem à quo manumissa est, patronum habere nolit, quem vtique recusare potest ex sacris constitutionibus, si mallet eligere heredem, possit habere actionem ex empto post manumissionem &

BIU Cujas

per eam actionem aliquid consequi à venditore. In qua quęstione duæ fuerunt prudentum sententiæ, vna Vlpiani negantis posse emptorem agere contra venditorem. Ratione illa, quæ pro dubitandi causa esse potest, quod licet emptori euictum videatur ius patronatus, quod in caput Arescusæ ab eo manumissæ sibi quæsierat, non ideo tamen quicquam ipsius pecuniariter intererat, cùm ius patronatus sit in earum rerum numero quæ inæstimabiles appellantur, vt libertas, ius cognationis, & aliæ si quæ sunt similes, quas Cuiacius in *tract. 8. ad Africanum enumerat l. naturalis 5. §. vlt. infr. de præscript. verb.* Inde namque fit vt sicuti nemo locupletior fieri intelligitur ex eo solo quod libertum habeat, *l. nemo prædo est 56. §. 1. de reg. iur. leg. plane 94. §. vlt. de leg. 1.* ita nec pauperior fieri videtur qui libertũ amittit, cum sint ista inuicem consequentia & correlatiua, de ancilla vero ipsa quæ manumissa est, nemo dixerit emptori dandam ex empto actionem, cum eam ipse vltro manumiserit, id est, propria voluntate, priusquam sciret ex testamento Titij manumitti eam per fideicommissum debuisse. Ponimus enim venditam eam fuisse ab herede, sine commemoratione vlla fideicommissæ libertatis, vt proinde videatur eam amisisse, non tam propter euictionem, quàm propter factam ab eo manumissionem: perinde acsi eam occidisset. Parum namque refert ad subtrahendum domino seruũ an occidatur seruus an manumittatur, *l. inter omnes 46. circa princ. de furt. l. si mihi alienũ. 92. infr. de solut.* Sed pro Iuliani sententia, quæ verior est, illa decidendi ratio afferri potest, quod actio de euictione semel nata, neque morte, neque manumissione serui, neque alio vllo euentu finiri potest, *l. euicta 16. §. si seruus vers. & quam action. infr. de euict.* Sunt enim certi modi tollendarum actionum, ac proinde tollędę etiam actionis ex empto, inter quos tantum neque manumissio neque mors vel fuga serui est. Atqui actio ex empto emptori Arescusæ cœpit competere, ex qua euictum est ei ius patronatus, quod in Arescusam manumissam emptor sibi quæsiuerat. Nec enim negari potest quin pauperior fiat emptor hoc ipso quod per alium euincitur ei ius patronatus, cum ita fiat, vt priuetur cõmodis illis omnibus quę patroni in personas & bona libertorum habere solent, de quibus in titulis *de operis libertorum*, & *de bonis libertorum*. Porro euincitur ei ius patronatus, cùm Arescusa manumissa recusat habere illum in patronum, mauultque eligere heredem, à quo ex voluntate defuncti manumitti debuerat, quod vtique facere ei licet ex sacris constitutionibus Imperatorum Adriani & Diui Pij, de quibus in *l. generaliter 24. §. vlt. & in. l. cum verò 26. in princ. infr. de fideicom. libert.* Ergo quamuis emptor Arescusam manumiserit, non ideo tamen actionem ex empto amisisse videri potest, quam habet contra heredem ob euictum sibi ab herede ius patronatus, & quidem ex causa quæ præcesserit manumissionem: nec enim alia causa est propter quam euincatur emptori ab herede ius patronatus, quam quod debuerit heres prior Arescusam manumittere, tanquam cuius fideicommissum fuisse intelligatur vt manumitteret. Quamuis enim non ipsi heredi iniunctum sit onus manumittendi, sed Seiæ legatarię, quam ponimus legatũ cui onus illud annexum fuerat, agnoscere noluisse, remansit tamen legatum penes heredem cum suo onere, *l. pater meus 29. de leg. 2. l. vnic. §. pro secundo. C. de cad. toll.* & consequenter debuit heres ipse Arescusam cæterosque seruos Seiæ legatos manumittere, quemadmodũ Seia debuisset, si legatum agnouisset. Emptor autem non alia ratione ius patronatus nactus est quàm quod Arescusam cæterosque seruos manumisit. Meritò igitur ei damus actionem ex empto contrà heredem, nõ tantum ad pretium, sed etiam ad id omne quod ipsius interest. In sequenti quæstione dicemus, ne alioqui & pretium & ius patronatus amittat, quod certè nunquam æquum est, adeo vt nec audiendus sit is qui ab emptore manumissus est, si malit patronum habere venditorem quàm emptorem eo casu quo venditor sine herede decesserit: Ita vt emptor amisso iure patronatus, non sit habiturus à quo pretium repetere possit, vt eleganter & aperte scriptum est in *l. seruos 25. eod. tit. de fideic. libert.* quemadmodum è contrario, nullam haberet actionem emptor ex empto contra heredem eundemque venditorem, si non ei ius patronatus per electionem Arescusę euinceretur, quia nec quicquam ipsius interesset, cum libertam haberet, vt scriptum est in fine *leg. 45. infr.* Et hæc de prima quæstione dixisse sufficiat. Sequitur secunda quæstio ab illis verbis,

a *Illud etiam in eadem cognitione nomine emptoris desiderabatur.* Secunda igitur quæstio est de impensis, quas emptor in vnum ex iis seruis fecerat quem erudierat, sibique eas impensas restitui desiderabat à venditore. In qua quæstione dubitandi ratio illa occurrebat, quod nihil interesse emptoris videretur, cum ipse manumittẽdo seruum quẽ erudierat, hoc ipso eum abdicasset à se, nec proinde sumptuũ quos in eum fecerat, repetitionem vllam sibi retinuisse videretur, sicuti neque ex parte venditoris, cogitatum quicquam videri poterat de huiusmodi sumptibus quandoque emptori restituendis, cùm venditionis tempore, nihil de iure patronatus, neque de ipsius euictione cogitaretur, sed tantum de obligando venditore in eum casum quo seruus ipse euinceretur, quem porrò non alius quàm emptor ipse sibi euincit, cum eum manumisit, & ex seruo liberum fecit. Sed decidendi ratio est, quod actio ex empto sui natura non tantum emptionis pretiũ euictione secuta complectitur, sed etiam id omne quod emptoris interest non euinci, *l. si in venditione 60. l. euicta 70. infr. de euict. iuncta l. ex empto 11. §. 1. sup. hoc tit.* Atqui fatendum est interfuisse emptoris, non euinci ius patronatus quod habebat in seruo, ad quem erudiendum tot tantosque sumptus fecerat, quia licet per manumissionem fecerit eum ipse ex seruo liberum, fecit tamen etiam libertum, cœpitque habere in eo ius patronatus, quod nemo negauerit, tanto nobilius & dignius fore, quanto dignior & eruditior fuerit libertus: nec imputari quicquam emptori potest cur eum seruum manumiserit, quem erudierat, aut cur post manumissionem eum erudierit, cùm manumittere inuitus coactus sit ex beneficio sacrarum constitutionum, de quibus iam diximus, & ex autoritate prætoris fideicommissarij, ad quem tuitio fideicommissorum omnium, sed præsertim fideicommissariarum libertatum pertinebat *l. mulier 22. §. non est dubitatum infr. ad S. C. Trebell. l. vix certis ex causis 55. supr. de condic.* tantoque minus imputandum emptori est quod seruũ hunc manumiserit, quod per manumissionem sperare potuerit sibi acquisitum iri ius patronatus

tanquam

BIU Cujas

tanquam manumissori, quamuis ex constitutionibus liberum sit seruo manumisso alium sibi patronum eligere, etiam qui non manumiserit, si modo ex defuncti voluntate manumittere debuerit, sed quod diximus, impensas ad erudiendum seruum factas emptori, eidemque manumissori post euictum ius patronatus restitui debere, cum aliquo temperamento accipiendum est, nimirum si non ad eam vsque quantitatem ascendant, de qua verisimile non sit cogitatum à venditore fuisse, pone venditorem esse mediocrium facultatum, vt subiicitur ex Africano ex lege sequenti, & impensas duplum precij excedere, annon fuerit iniquum, tanta quantitate onerari venditorem, qui de eo nihil cogitauerit, puta si proponas eum seruum agitatorem postea factum, vel pantomimum postea factum, & ita euictum esse, cùm minimo pretio veniisset. Neque enim, facilè ferendū est, vt id quod interest, excedat duplum etiam iure vetere inspecto, vt probat sequens lex Africani, multo magis post Iustiniani constitutionem in *leg. vnic. Cod. de sentent. quæ pro eo quod interest profert.* Vbi tamen distinguuntur casus certi ab incertis, vt in casibus certis, inter quos venditiones etiam numerantur, id quod interest, non possit duplum excedere, in casibus verò incertis, id est, qui nullis certæ quantitatis finibus concluduntur, possit excedere. De quo tamen, quia non paruam recipit difficultatem, latiùs alibi tractandum erit. Tanto autem iustius videri debet, augeri quantitatem eius quod interest emptoris, & consequenter etiam condemnationem venditoris, ex eo quod seruus eruditus precioſior factus sit. Quod si è contrario deterior penes emptorem factus esset, minui similiter præstationem oporteret, quia scilicet venditoris, tanto minoris interest, euictum seruum esse, vt contrariorum eadem sit ratio *argumen. leg. euicta 70. infrà de euict. iuncta leg. bonitatis 13. leg. si cùm venditor 66. §. vltimo eodem titul. leg. 1. Codic. de impress. libr. 11. tit. vltim.* Cùm enim agitur ex empto, inspiciendum necessariò est, quantum interfit eo tempore, quo agitur, quia quanti tunc interest, tantum debetur, nec plus nec minus, quamuis cùm agitur ex stipulatione dupla ob actionem, inspiciendum sit tempus interpositæ stipulationis: nec duplicatur, nisi quod interfuit tempore venditionis *leg. ex mille 64. infr. de euict.* Quod & Accursius benè docet ad *l. 45. infr.* vbi hoc ipsum ex eodem Paulo nostro proponitur. Antequam verò pergat Paulus ad tertiam quæstionem, persequitur tractatum illum de impensis in rem emptam meliorandam factis: & subiicit alium casum, tanquam similem, sed expeditiorem, id est, minus habentem difficultatis, si mihi, inquit, alienam aream vendideris, & ego in ea ædificauero bona fide, existimans, minorem esse meam eodem errore, quo credidi tuam esse, atque ita dominus eam euincat: non enim venditoris damno & incommodo debet ea impensa cedere, quia possum petentem dominum doli mali exceptione summouere, nisi totam mihi ædificiorum impensam soluat *l. in hoc iudicium 14. §. 1. supr. commun. diuid. & leg. super empti 16. Codic. de euiction.* sed si non possideam ædificium, ideoque nec possim per retentionem, aut doli exceptionem mihi prospicere, æquum est dari mihi actionem ex empto contra venditorem, ad eas quoque omnes ædificij impensas repetendas, quia iam incipit mea tanti interesse. Idem ergo dicendum est de impensis in seruum erudiendum factis, si is postea non in libertatem, sed in seruitutem euinceretur. Impensas enim omnes in eruditionem eius factas dominum emptori restituere oporteret, non etiam venditorem, si modo euictionis tempore seruum emptor possideret, quoniam & hoc casu haberet doli exceptionem ad retinendum seruum, quousque impensarum factarum bona fide nomine, plenissimè ei satisfactum esset: at si emptor non possideret, vtique danda ei esset ex hac causa actio ex empto contra venditorem, ne alioqui moraretur in damno, cùm pro huiusmodi sumptibus, quamuis bona fide factis nulla actio contra dominum competat, sed tantùm retentio *leg. si in area 33. suprà de condict. indebit. l. heres cùm debuerat 21. infrà ad Senatusconsultum Trebellianum leg. si controuersiæ 9. Codic. de euiction.* Est autem hic tractatus iungendus cum eo, non quod supra proximum dictum est, de condemnatione eius quod interest, vel augenda, vel minuenda, sed cum eo quod ad secundam quæstionem propositam ab initio Paulus respondit etiam pro impensis in rem emptam bona fide factis actionem ex empto dandam esse, tanquam quæ in eo, quod interest, contineantur.

Tandem verò quod ad hanc secundam quæstionem pertinet, Paulus monet supra dicta omnia ad eum venditorem duntaxat, qui bona fide vendiderit, pertinere. In eo namque, qui sciens alienum vendiderit, aliud probandum esse, vt scilicet omnimodo teneri debeat emptori pro sumptibus in seruum erudiendum factis: hoc est, non adhibita illa distinctione, an emptor possideat, nécne, & an doli exceptionem obiiciat, an non: nam licet quodammodo sit in culpa, si iure suo & exceptione vti nolit aduersus dominum vendicantem, vt scilicet tanto magis oneret venditorem. Præponderat tamen dolus venditoris, qui sciens, & mala fide rem alienam vendidit, vt Accursius notat ex *l. si putator 31. in fin. iuncta l. item si obstetrix 9. §. vltimo supr. ad legem Aquil.* quemadmodum in cæteris fere causis omnibus durius agitur cum sciente venditore quàm cum ignorante, quod scientia malam fidem inducat, quam ignorantia plerumque excludit *l. tenetur 6. §. vltim. l. Iulianus 13. in princ. & l. seruus quem §. vlt. supr. hoc tit.*

Tertia quæstio est, cuius debeat esse liberta Aresçusa, quæ patronum recusat habere emptorem, an scilicet Seia legataria, quæ rogata fuerat eam manumittere, an heredis penes quem legatum remanserat cum onere manumittendi, vt diximus, & quidem dici non potest debere eam pro patrona habere legatariam, quam ponimus legatum agnoscere noluisse, quod tamen ab ea agnitum esse oportebat, vt Aresçusam manumittere cogeretur: nec enim poterat in hanc rem sufficere, quod heredem non liberasset, id est, quod legatum à se non repulisset, vt loquitur *lex si tibi homo 86. §. cùm seruus de leg. 1.* nimirum per repudiationem, quæ sine expressa voluntate & solennitate fieri non potest, nec nisi in iure, vt constat ex *l. 4. C. de repud.*

BIU Cujas

vel abstin. hered. cùm non aliter possit libertas contingere per manumissionẽ *l.1.& tot.tit.C.de his qui à non dom. manumiss.sunt.* Dominium autem legati quamuis transeat recta via à testatore in legatariũ *l.legatum 80.de leg.2.l.à Titio 64.infr.de furt.* non aliter tamen acquiritur irreuocabiliter quàm si legatum agnoscatur, *d. §. cùm seruus, l. quædam sunt 15. infr.de reb.dub.l.quæsitum 40.de acq.rer.dom.* Porrò illud etiam præcedere debet, vt Seia legataria manumittere Arescusam potuerit & debuerit, quàm vt eam in patronam eligere Arescusa possit. Consequens igitur necessariò est, vt cùm nec emptorem patronum habere velit, tametsi posset, si vellet, nec legatariam habere possit, etiamsi maximè vellet, non alium eligere patronum possit quàm heredẽ, à quo etsi manumissa nõ est (quæ potissima erat dubitandi ratio, attamen vendita est, tanquam heredis ancilla pleno iure, quique tam facilè manumittere eam potuit ac debuit, quàm vendere, quandoquidem legatum apud eum cum onere remansisset. Accedit quod & ipse actione ex empto tenetur emptori, cui vendidit, nec alia id de causa, quàm quod per electionem Arescusæ, quæ patronum illum habere maluit, perinde haberi debet, ac si ius patronatus ipse euicisset, quamuis inuitus quoque fiat patronus, quia & vt inuitus Arescusam manumitteret, cogi per prætorem potuisset. Proinde si emptorem ipsum Arescusa patronum habere mallet, dicẽdum esset, non habiturum emptorem actionem ex empto contra heredem, quia nihil esset propter quod euictum ius patronatus dici posset, cumque Arescusam libertam haberet, nihil ei abesset, quia nec alia ratio est dandæ ei actionis ex empto contra heredẽ, vt diximus, quàm ne & liberta careat & pretio *d.l. si heres 25. de fideicom.libert.* Vtrumque enim & libertam & pretium habere non debet *d.l.vt tantùm 14. in fi. supr. de serv. corrupt.iuncta l.sed hoc nomine 26.& l. venditor 8.infrà de euict.* Nec est contrarium quod idem Paulus noster scribit in *l.naturalis 5.§.vlt.infr. de præscript. verb.* etiam illo casu, quo seruum meum manumiserim, & libertum habuerim: non esse tamen deducendum ex condemnatione eius quod interest, quanto factus sim locupletior ob id quod libertum habeam, quominus præstare mihi debeas, quanti mea interest seruum habere, quem manumisi: id enim ad eum casum pertinet, quo manumiserim ex cõuentione, & vt arbitrio tuo potius quàm meo satisfacerem. Hîc autẽ tractamus de emptore, qui seruum suum vltrò manumiserit, non alio proposito quàm vt eum libertum haberet, & ita benè Accursius & Bartolus locos istos conciliant.

46. IDEM libro 24. Quæstionum.

SI quis alienam rem vendiderit, & medio tempore heres domino rei extiterit: cogetur implere venditionem.

Ad l. Si quis alienam 46.

RAT. DVB. Cùm venditio contrahitur, id agi intelligitur inter emptorem & venditorem, vt emptor constituatur loco venditionis in omni eo iure quod habet venditor venditionis tempore *l.2. in princ. supr. de hered.vel act.vend.* Atqui re aliena vendita & tradita fieri non potest, vt in emptorem transferatur dominium quod non fuit penes venditorem, quia traditio id tantùm iuris transferre potest quod penes tradentem fuit *l. traditio 20. infr. de acquir. rer. domin.* Satisque emptori esse debet, quod venditorem habeat obligatum de euictione si non ei habere liceret *l. ex empto 11.§.1. sup. hoc tit. l. 1. infr. de rer. permut. l. habere licere 57. infr. de euict.* Ergo etiamsi postea venditor fiat dominus, non est cogendus ita implere venditionem, vt dominium quod venditionis tempore non habuit, transferat in emptorem. Præsertim cùm venditio rei alienæ non minus valeat quam rei propriæ *l. rem alienam 28. supr. de contrah. empt.*

RAT. DEC. Venditio, quamuis etiam rei alienæ fieri possit, titulus tãtùm habilis est ad transferendum dominium *l. nunquam nuda 35. de acquir. rer. dom.* & ea mente contrahitur, vt dominium si fieri possit, transferatur in emptorem, adeò vt si actum sit, ne trãsferatur, non tam venditio facta esse intelligi debeat, quam locatio aut quoddam aliud genus contractus *l. penult. §. vlt. iuncta l. si ita distrahatur §.1. eod. tit.* Ergo si postfactam venditionem rei alienæ, sed ante ipsius traditionem dominium superuenerit venditori, siue quod heres extiterit domino, siue quod rem illam à domino emerit, alitérve acquisierit, cogendus est implere venditionem, id est, ita rem venditam tradere, vt dominium eius transferat in emptorem, quamuis non fuerit venditor dominus tempore venditionis, nec recusare venditor potest quominus tradat eo prætextu, quod hodie tradendo plus iuris translaturus sit, quàm si ab initio tradidisset: cùm enim ex natura contractus tradere teneatur, parum curandum est, quid per traditionem transferatur, cùm id fiat per consequentias, & inspecto non tam venditionis tempore quàm traditionis, *d.l. ex empto §.1.* Præsertim cùm traditio à venditore facta, tum quoque cùm dominium transferre nequit, transferre debeat, saltem vsucapiendi conditionem *l. clauibus 77. supr. de contrah. empt.* vt vsucapione secuta & completa liberetur ab actione ex empto *l. qui alienam 54. infr. de euict.* à qua nec aliter potest liberari, quàm si dominium rei venditæ quoquo modo acquiratur emptori, & quidem ex causa lucratiua non onerosa *l. si seruus venditus 21.§. & ideò ait eod. tit.* Quid ergo refert venditoris, an rem venditam tradat post acquisitum eius dominium, vt tanto citius & traditione ipsa liberetur? Quid verò si post traditionem iam factam dominium superuenerit venditori? an cogendus erit venditor iterum tradere, vt secunda traditione dominium transferat? ita Castrensis putat, nisi quod addit posse sufficere, vt venditor traditionem primam confirmet, quasi ea confirmatio nouæ traditionis loco esse possit ex *leg. qua ratione 9. §. interdum de acquirend. rerum domin.* Mihi tamen contra videtur, non solùm, quia fieri nequit, vt res iam emptori tradita

eidem

BIU Cujas

eidem iterum tradatur, quin prius eam ipse retro-tradat venditori, sed etiam, quia sufficere debet emptori, quod tutus sit exceptione rei venditæ & traditæ, aduersus venditorem, si velit ille ex causa noui dominij fundum, tanquam suum vendicare quem vendidit alienum *l.1.in princ.& tot. tit.infr. de except.rei vend.& trad.* Nisi fortè venditor exprimat velle se ideò fundum habere, vt iterum tradere possit emptori. Esset enim hæc iusta causa vindicandi, quia ad commodum non ad incommodum emptoris respiceret *d.l.1.§.vl.* vbi additur exceptionem illam emptori competere, non solum si tradita fuerit ei res à venditore, sed etiamsi possessionem nondum sibi traditam sine vitio nactus sit. Nec sanè vllo iuris loco reperias obligari venditorem ad duplicem traditionem, sed ad primam tantùm, & quidem ita, nisi malit præstare quanti interest emptoris *l.1.in princ.supr.hoc tit.l.contractus 16. C. de fid.instrument.* Atqui emptoris cui iam semel res tradita est, nihil prorsus interest, quamuis prior traditio in eum non transtulerit dominium, cùm sit tutus exceptione illa rei venditæ & traditæ *l.nihil interest 112.de reg.iur.* Quæ exceptio non tantùm ei competit, sed etiam eius successoribus, adeoque secundo emptori, prius etiam quàm ei res à primo emptore tradita sit *l. vlt. in princ.eod.illo tit.* Distinguendum tamen est, an dominium superuenerit venditori ex causa quam vocant de Præterito, an verò ex noua causa, quæ subsecuta sit venditionem. Priore namque casu fatentur omnes primam traditionem sufficere, ex *l. proinde 8 supr.de reb.cred.* non etiam posteriore, si Interpretibus credimus, à quibus tamen, vt dixi, hac parte dissentio ex *l. cùm vir prædium 42.infr.de vsucap.* Nec simile est, quod obiicitur ex *l.si seruo 20.infr. qui & à quib. manum.* si seruo alieno libertas non consentiente domino data sit, valere eam ex autoritate iuris non posse, quamuis postea manumissor hæres domino extiterit: habet enim id propriam rationem, quam & Accursius benè vidit, quod manumissio ipso iure ab initio non tenuerat, cùm tamen venditio rei alienæ ab initio valeat *d.l.rem alienam, & d.l.si ita distrahatur §.1.supr.de contrahen. empt.* Iunge *auth. sed si quis C. de secund.nupt.* Caue tamen ne hanc legem ita intelligas, vt præcisè cogatur vēditor rem tradere, nam siue dominus fuerit iam ipso venditionis tempore, siue postea esse cœperit, nunquam cogitur tradere coactione præcisa, sed tantùm recusatiua, id est, nisi malit id omne quod interest præstare, vt contra receptiorem interpretum sententiam pluribus disputauimus ad *d.l.1. supr.hoc tit.& in vlt.part. Chiliadis nostræ de errorib.pragmatic.*

47. IDEM libro 6. Responsorum.

LVcius Titius, accepta pecunia ad materias vendendas sub pœna certa, ita vt, si non integras res præstiterit intra statuta tempora, in pœnam cōueniatur, partim datis materiis, decessit. cùm igitur testator in pœnā commiserit, neque heres eius reliquam materiam exhibuerit: an & in pœnam, & in vsuras conueniri possit? præsertim cùm emptor mutuatus pecuniam, vsuras grauissimas expendit? Paulus respondit: Ex contractu, de quo quæritur, etiam heredem venditoris in pœnam conueniri posse: in actione quoque ex empto, officio iudicis, post moram intercedentem, vsurarum pretij rationem haberi oportere.

Ad l. Lucius Titius 47.

RAT. DVB. Pœna sequi debet suos autores *l. sancimus 22. C. de pœn.* Ideoque transire non debet ad heredes *l.si pœna 20.infr.eod. tit.* Atqui ponimus defunctum commisisse stipulationem pœnalem, ac proinde ipsum in pœnam incurrisse. Ergo non debet ea pœna exigi contra heredem.

DEC. Ex qua persona lucrum quis sentit, eius factum & culpam præstare debet *l. ex qua persona 149. de reg.iur.* Atqui heres lucrum sentit ex persona defuncti, qui in pœnam commisit. Ergo & pœnam ex eiusdem persona præstare debet, pœnam, inquam, debitam ex contractu, vt in hac lege, quia & obligatio, & executio contractus transit in heredem *l.vlt.& tot.tit. C. de hered.act.* longeq; aliud est in pœna ex delicto debita, quæ ideò non transit ad heredes, quia me delictum ipsum transit, idque commentitio iure receptum esse Paulus ait in *d.l. si pœna*, ratione illa quam ibidem adfert, quod pœna sit constituta in emendationem hominum, quæ mortuo eo in quem constituta fuit, desinit. Et verò pœna conuentionalis licet committatur ob id quod factum sit quod fieri non debuit, aut quia factum non sit quod fieri debuit, committitur tamen plerumque ipso iure ob solum diei lapsum intra quem nō sit satisfactū stipulationi, vt puta si ad diem promissa sit pecunia sub pœna, & intra diem promissor decesserit, nec eius hereditas adita sit, nisi post diem, quo casu nihil est quod siue defuncto, siue ipsius heredi imputare posses: & tamē non eò minus pœna committitur *l. ad diem 77. infrà de verb.obl.* Pœna enim adiecta nihil aliud quærimus, nisi quænam sit quantitas & conditio stipulationis, & an satisfactum sit promissioni *l. stipulatio ista 38.§. alteri eod.tit.* Benè igitur Paulus respondet, si defunctus in pœnam commiserit, quod non, nisi partim datis materiis, quas vendendas susceperat, intra statuta tempora decesserit, nec eius heres intra eadem tempora reliquas materias exhibuerit, posse pœnam exigi ab herede, quæ à defuncto ipso, si viueret exigi hodie posset. Ideò autem ponit Paulus non fuisse exhibitas materias ab herede, quia supponit quomodo supponendum est, promissorem intra statutua tempora decessisse, alioqui nō prodesset heredi quod paratus esset materias exhibere ad purgandam moram, postquam pœna commissa esset, vt Accursius rectè notat ex *l.magnam 112. C. de contrahend.& com.stipul.* sicut nec quicquam prodesset ad euitandam pœnæ partem, partem quoq; materiarum vendendarum

BIU Cujas

exhibere. Est enim seu pro indiuidua obligatio faciendi id q̃ est promissum, *l. heres* 28. §. *idem iuris est supr. famil. erciſc. l. in executione* 85. §. *penult. infr. de verb. obl.* de illo tantum quæri posse videbatur, an in vsuras quoque pretij condemnãdus esset Titius qui pecuniam acceperat ad materias vendendas, præsertim cùm constaret, emptorem in eam rem pecuniam mutuatum vsuras etiam grauissimas expendisse. Dubitandi autem ratio illa erat, quod nec solius pœna promissio valere videbatur, tanquam in fraudem legitimarum vsurarum facta, vt in specie *l. Iulianus* 13. §. *idem Papinianus. supr. hoc tit.* Tantum abest vt prẽter pœnam etiam vsura exigi possit. Sed decidẽdi ratio est, quod multum interfit, an pœna adiiciatur facto, an solutioni certæ quãritatis: hoc enim posteriore casu si excedat modum legitimarum vsurarum, videtur in earum fraudem commissa *d. §. idem Papinianus*, non etiam priore: nec quicquam vetat præter pœnam deberi etiam vsuras pretij ab emptore in anteceſſum prorogati, cum alio iure & alia de causa debeatur pœna, & alio iure vsura. Ideo siquidem pœna debetur, quod promissioni satisfactum non fuerit, vsura vero, quod is qui materias vendendas exhibere debuerat, non tamen omnes exhibuerat, sed partem tantum; & nihilominus totum pretium acceperat. Vnde fiebat, vt penes se & pretium & rem haberet, quod æquum non est, neque ex bona fide *d. l. Iulianus. §. veniunt supr. hoc tit. l. euictis* 18. §. 1. *iuncta l. liberalitatis* 16. §. 1. *infr. de vsur. l.* 2. *C. eod. l. curabit* 5. *C. hoc tit.* Hinc vero intelligimus quàm verum sit quod scripsimus ad *l. Prædia supr. hoc tit.* stipulatione pœnali nõ nouari præcedentem obligationem: cùm hic & pœna ex stipulatione debeatur, & ex empto nihilominus agatur, quamuis verius putem quod Bartolus contra Accursium hic notat, non posse actione ex empto agi ad id quod emptoris interest, nisi quatenus id quod interesset excederet pœnã, sinõ adiecta esset pœnali stipulationi clausula rato manente pacto vt in *l. qui fidem* 14. *supr. de Transact.* Et diximus ad *l. si quis à socio* 41. *supr. pro socio.* Quare neque in hac lege quicquam dicitur de eo quod interest præstando, sed tantum de vsuris quarũ lõge alia ratio est. Id enim quod interest, debetur iure obligationis & actionis, vsura verò non nisi officio iudicis, vt scriptũ est in fine huius legis & in *l. qui per vollusionem* §. 1. *infr. hoc tit. l. quæro* 54. *infr. tit. prox.* Sed & obseruandũ est quod ad vsuras pertinet, non illud Paulum dicere, quod interpretes existimant, vt earum vsurarum ratio propter moram haberi debeat, quas emptor grauissimas expendit, sed hoc tantum in actionem ex empto officio iudicis post moram intercedentem vsurarum pretij rationẽ haberi oportere. Quod certe intelligo de vsuris quincuncibus, aut aliis quæ in regione frequentantur, & quæ in vicem tantum fructuum debentur, quæque præstandæ essent, etiamsi vsuras nullas emptor expẽdisset: quod enim grauiores solitis vsuras emptor expenderit, extra causam contractus est, nisi prõtestatus sit emptor se grauiores illas vsuras periculo venditoris, si non satisfaceret, expensurum, adeò vt nec alioqui venire debeant in computationem eius quod interest, quasi interesse hoc sit extra rem, & cuius proinde ratio haberi nulla debet, nequidem in iudicio bonæ fidei, *l. si sterilis* 21. §. *cùm per venditorem supr.* Illud non nego quod Castrensis contra Bartolum disputat, posse emptorem & pœnam petere, & pretium quamuis petere non posset cum pœna, vt res vendita traderetur: secum enim pugnaret qui peteret rem tradi, & pœnam simul ob rem non traditam: sed non pugnat secum qui petit pœnam, & repetit pretium, quia vtrumque ex eadem causa proficiscitur, nempe quod factum non sit quod ad euitandã pœnã fieri debuit.

48. SCÆVOLA libro 2. Responsorum.

TItius heres Sempronij fundum Septicio vendidit ita, *fundus Sempronianus, & quidquid Sempronij iuris fuit, erit tibi emptus tot nummis*: vacuámq; possessionem tradidit, neque fines eius demonstrauit. quæritur, an empti iudicio cogendus sit ostendere ex instrumentis hereditariis, quid iuris defunctus habuerit, & fines ostendere. respondi id ex ea scriptura præstandum, quod sensisse intelliguntur. quod si non appareat, debere venditorem & instrumenta fundi, & fines ostendere. hoc etenim contractui bonæ fidei consonat.

Ad l. Titius heres 48.

RAT. DVB. In venditione nihil aliud dictum est ab herede Sempronij vendente fundum Sempronianũ Septitio, nisi vt fundus ille Sẽpronianus, & quicquid iuris in eo fundo fuit Septitio emptũ esset centum aureis, nec quicquid adiectum est, de exhibendis emptori instrumentis fundi aut de finibus eiusdem fundi demonstrandis. Ergo non est cogendus venditor ad exhibitionem instrumentorum, neque ad fines fundi demonstrandos, quasi vtrumque superuacuum videatur, vt in *leg. cum seruo* 63. §. 1. *supr. de contrah. empt.* satisque esse debeat emptori, quod habere possit fundum eodem iure quo Sempronius habuit.

DEC. In omnibus contractibus, maximè verò in emptionibus & venditionibus, id sequendum est quod actum fuit, *l. sed Celsus* 6. §. 1. *eod. illo tit. de contrah. empt.* adeoque quod verisimile est, actum fuisse ex bona fide, cùm sit contractus bonæ fidei. Atqui est ex bona fide, vt venditor instrumenta fundi venditi exhibeat emptori eiusque fines demonstret, vt scire emptor possit quo iure & qua conditione fundum possidere debeat, ne aut alij iniuriam faciat, aut sibi ab alio fieri patiatur, ignoratione instrumentorum & confinium. Non potest igitur venditor recusare bona fide, quominus & instrumenta exhibeat, & fines demonstret, etiamsi non vendiderit quicquid iuris in eo fundo habuit, cùm ea exhibitio & demonstratio sine vllo venditoris dispendio & incommodo fieri ab eo possit, *arg. leg. in venditore.* 38. *in fin. infr. de euict. l. penult. C. de precib. Imper. offf.* Planè si neque habeat instrumenta

BIU Cujas

menta venditor, neque sciat nomina vicinorum, sufficiet vt ad oculum ostendat, à quo loco ad quem vsque fundum possideat, quia nec ex bona fide est, vt vel ad impossibile, vel ad id quod saltem ei difficilius futurum sit, vrgeatur *diet. leg. cùm seruo §. 1. iuncta leg. 1. ad fin. de dot. priuileg.* Planè, quo casu diximus cogendum venditorem exhibere instrumenta fundi, non ideo tamen existimandum est cogendum eum etiam tradere: debent enim remanere penes venditorem, vt si controuersia fundi moueatur, possit eum defendere, nisi aliud expressè conuenerit, quomodo dicimus etiam instrumenta fundi legati, vel per fideicommissum relicti exhiberi quidem legatario, vel fideicommissario debere ab herede, sed non eo minus tamen penes heredē remanere ex *l. instrumenta 24. C. de fideicō.* Iunge *l. fin. de bon. autorit. iud. poss. & l. creditor 52. §. vlt. infr. hoc tit. l. cæteræ 4. §. vlt. supr. famil. ercisc.*

49. HERMOGENIANVS libro secundo iuris Epitomatorum.

QVi per collusionem imaginarium colonum, circumueniendi emptoris causa, supposuit, ex empto tenetur: nec defenditur: si, quo faciliùs excogitata fraus occultetur, colonum, & quinquennij pensiones, in fidem suam recipiat.

Ad l. Qui per collusionem 49.

RAT. DVBIT. Nihil tam bonæ fidei congruit quam ea seruari quæ in contrahendo placuerunt *l. ex empto 11. §. 1. supr. leg. cum venderem 21. infr. titul. proxim.* Ergo si venditor non solum aliquem colonum esse dixerit, sed etiam & quinquennij pensiones, & colonum ipsum in fidem suam receperit, non potest videri decepisse emptorem vt ei ex empto actione teneatur.

DECID. Contractus emptionis cum sit bonæ fidei, dolum nullum admittit *leg. tenetur 6. §. supr. vltim.* Atqui quicquid fit per collusionem, dolo fit *tot. titul. de colluf. deteg.* & similiter *l. si perlusorio 14. infr. de appell.* Atqui similiter pro infectis haberi debet *leg. si ex pretio 8. Cod. si cert. pet.* Ergo si venditor circonueniendi emptoris causa colonum aliquem supposuerit, vt ipse interim fundo vendito frueretur, & emptor alterum colonum quærere prohiberetur, dicendum est teneri eum debere ex empto, nec eo magis defendi eum quod fraudis facilius occultandæ gratia & colonum & quinquennij pensiones (Solebant enim locationes olim fieri in quinquennium) *l. si in legē 24. §. si colonus* vbi dicemus *infr. tit. prox.* in fidem suam receperit.

1 ¶ Pretij sorte, licet post moram, soluta, vsuræ peti non possunt: cùm hæ non sint in obligatione, sed officio iudicis præstentur.

Ad §. 1. Pretij sorte.

RAT. DVB. Officium & arbitrium iudicis tantumdem potest in iudiciis bonæ fidei, quantum in stipulationibus nominatim eius rei facta interrrogatio *l. tantumdem 7. supr. de negot. gest. l. quæro 54. infr. tit. prox.* Atqui in iudiciis bonæ fidei vsuræ debentur officio iudicis ex die moræ *l. mota 32. §. in bonæ fidei leg. vsuræ 34. leg. & in contraria 37. infr. de vsur.* Nihil ergo interesse potest, an officio iudicis an iure obligationis, adeóque ex stipulatione debeantur. Atqui si ex stipulatione & obligatione iure deberentur, non eo minus peti possent, quod post moram in soluendo pretio factam & eo tempore quo iam ex mora vsuræ deberi cepissent, pretium solutum esset. Nec enim vmquam solutio sortis impedire potest petitionem vsurarum ex stipulatione debitarum *leg. centum capræ 8. & leg. vltim. suprà de eo quod cert. loc.* Ergo & in specie huius §. dicendum pretij sorte, licet post moram soluta, vsuras quoque ex die moræ debitas peti posse, quamuis officio tantum iudicis debitæ fuerint.

DECID. Multum interest, an quid debeatur officio tantum iudicis, an iure obligationis. Obligatio enim per se subsistit, nec alieno adminiculo vllo indiget, cum ciuilis est, vt pariat actionem, vt apparet ex definitione obligationis apud Iustinianum *tit. de obligat. & act.* Officium autem Iudicis, quod multi mercenarium vocant, nullum per se esse potest, si non aliqua sit obligatio & actio cui inseruiat. Vnde & vulgo à nostris mercenarium appellatur ad differentiam officij Iudicis quod iidem vocant nobile, quod non à Iudice pedaneo, sed à magistratu in variis casibus exerceri potest per se & sola potestate iurisdictionis ac Imperij, vt in *leg. cum prætor 12. §. 1. suprà de iudic. leg. 4. §. hoc autem iudicium infr. de damn. infect.* Atqui pretij sorte licet post moram soluta ab emptore tota pretij obligatio extinguetur: itémque actio ex vendito, quæ venditori ad exigendum pretium competebat, cum solutione tollatur omnis obligatio & ciuilis *leg. Stichum, aut Pamphylum 95. §. aliquando & §. naturalis & passim de solutionibus & apud Iustin. init. tit. quib. mod. tollat. oblig.* Ergo pro vsuris quæ ex die moræ deberi cœperant, nulla petitio superesse potest, cum non fuerit in obligatione, sed officio tantum iudicis debitæ. Officium autem iudicis, vt diximus, nullum superesse extincta actione. Iudicem enim hîc intelligimus pedaneum addictum formulæ actionis, in qua Iudex datus est, ad quem solum pertinet exercitium vt ita dicam officij & mercenarij. Officium enim nobile proprium esse magistratuum qui formulas dictant, non accipiunt. Et hinc quoque pendet ratio & interpretatio *legis 51. deposita 4. Cod. depos.* vbi apertius quam in hoc §. Imper. rescribit extincta principali actione

BIU Cujas

depositi quamuis non per solutionem, sed tantum per sententiam & rem iudicatam si nihil in sententia de vsuris dictum sit, quæ ex mora debebantur peti eas amplius non posse ratione illa, quod non duæ sint obligationes, vna sortis, altera vsurarũ, sed vna tantum sortis debitę, quæ cum semel in iudiciũ & ad condẽnationem deducta sit, repeti amplius nõ potest, quin exceptio rei iudicatæ actori obiiciatur.

50. LABEO libro quarto Posteriorum à Iauoleno Epitomatorum.

BOna fides non patitur, vt, cùm emptor alicuius legis beneficio pecuniã rei venditæ debere desisset, antequam res ei tradatur, venditor tradere cõpelletur, & re sua carere.[a] possessione autẽ tradita futurum est, vt rem vẽditor æquè amitteret: vtpote cùm petẽti eam rem emptor exceptionẽ rei venditæ & traditæ obiiciat: vt perinde habeatur, acsi petitor ei neq; vẽdidisset, neque tradidisset.

Ad l. Bona fides 50.

RAT. DVB. Nihil potest imputari emptori qui alicuius legis beneficio rei venditæ pretium debere desiit, cùm nemo prohibendus sit vti legis beneficio, nec iniquum possit videri ius quod lege inducitur, siue legem dicamus esse donum Dei, siue prudentum hominum consultum, & communem Reipublicę sponsionem, quomodo definitur in *l.1. & 2. supr. de legib.* Ergo non ideo prohibendus est agere ex empto contra venditorem vt rem tradat, ne alioqui quod ipsius fauore & beneficio constitutum est, in eius odium retorqueatur contra *l. nulla 25. eod. tit. de leg. l. quod fauore 6. C. eod. l. penult. C. ad S. C. Trebell.*

DEC. Contractus venditionis non tantum bonæ fidei est, sed etiam vltro citróq; obligatorius *l. tenetur 6. §. vlt. l. ex empto* 11. §. 1. *sup. h. t.* Id. n. agitur inter emptorem & vẽditorẽ, vt vẽditor quidẽ rẽ tradat emptori, emptor autem pretium venditori soluat. Ponimus autem contractum ab initio ex vtraque parte valuisse. Ergo si post iure contractam emptionem eueniat, vt alicuius legis beneficio emptor pretium debere desinat, dicendum necessario est, æquè venditorem desinere obligatum esse ad rem tradẽdam. Bona enim fides non patitur venditorem & re carere & pretio, emptorem verò è contrario & rem habere & pretium *d. l. ex empto* 11. *§. vlt. l. Iulianus* 13. *§. veniunt supr. hoc tit.* Alioqui beneficium legis emptori concessum esset venditori captiosum, cùm tamen nec prętoris beneficium, quod vni concedit, alij captiosum esse debeat aut iniuriosum *l. Paulus notat* 8. *infr. de stipul. prætor.* sicut nec beneficium rescriptum imperatoris *l. ex facto* 43. *infr. de vulg. & pupill. substit.* Nec ad rem pertinet quod possit etiam contractus emptionis claudicare, & ex vno latere tantũ consistere, vt in specie *d. l. Iulianus §. antepenult. hoc tit.* Id enim tunc contingit, cùm imputari aliquid vni ex contrahentibus potest, puta si quis à pupillo emerit sine tutoris autoritate. At nos loquimur de emptione quę ab initio ex vtraque parte constiterit, & ex qua tamẽ pretium debere emptor desierit, nõ culpa aliqua factóve venditoris, sed beneficio alicuius legis, vt proinde æquum sit & ex bona fide nõ minus venditori succurrere quàm emptori, vt quẽadmodum ab initio vterque contrahentium æqualiter obligatus fuit, puta altero ex iis liberato, alterum quoq; quasi per quasdam consequentias liberari necesse sit *l. cùm emptor 5. §. vlt. supr. de rescind. vend. l. vlt. infr. de acceptil. iuncta l. si emptione* 34. *§. item si emptor supr. de contrah. empt.* Malè verò nostri hãc legem explicant post Accursium de minore viginti quinq; annis, qui ab alio quid emerit, & postea beneficio restitutionis in integrũ à solutione pretij sit liberatus, aut de eo qui ius iniquũ à prętore impetrauerit, vt in *l. 1. supr. quod quisq; iur.* Vterq; enim ille casus est de beneficio prætoris non de beneficio legis, quæ certè nihil commune habet cum edicto prætoris, cùm prætor legem facere non potuerit *§. quos autem Instit. de bonor. possess.* Retinendus igitur est ipsius legis casus de emptore qui beneficio alicuius legis pretium emptionis debere desierit, quæcumque tandẽ illa lex sit siue æqua siue iniqua, cuius expla ex euentu petenda & expectanda sunt, acsi scripsisset Labeo, si fortè cõtingeret, vt alicuius nouę legis beneficio emptor pretiũ debere desineret, æquum fore vt nec venditor eo casu rem tradere teneretur: quãquã videmur nobis alias exẽplum aliquod huius legis attulisse satis congruũ & elegans, sed cuius nunc memoria non suppetit. Sequitur in textu,

a *Possessione autem tradita futurum est*, &c. Locus hic mihi sæpe obscurus visus est, ideo vt arbitror, quia mẽdosus & qui cõstrui nullomodo potest siue Florẽtinã siue vulgatã lectionẽ sequamur, nisi emẽdetur mutata dictione *Vt* in *ni* pro *nisi*. Hoc sensu vt prior sententia huius legis quæ habet succurrẽdũ esse vẽditori, à quo emptor liberatus est, ne cogatur ei rẽ tradere, non satis plenè prospiciat venditori nisi ad eam aliquid addatur. Quid enim si iã vẽditor rẽ tradiderit, vt proinde per retẽtionẽ sibi amplius cõsulere nõ possit? An nõ æquè futurum esse hoc casu vt possessionẽ amitteret quam iã tradidisset, cum eius repetẽdæ facultatẽ nullã haberet? Quid. n. refert an vẽditor cogatur tradere, an verò traditũ nõ possit repetere quãtum ad hoc vt & re & pretio careat? Atqui nõ posset venditor eo casu rem cũ tradidisset repetere, nõ solum quod in emptione cęteris; cõtractibus nominatis non sit locus pœnitẽtiæ *l. inciuile* 12. *C. de rei vindic. l. ea conditione* 14. *C. de rescind. vend.* sed etiam quia certi iuris est venditorẽ si vindicare velit rẽ quam vẽdidit & tradidit, exceptione rei traditę & venditę repelli posse *l. 1. & tot. tit. infr. de except. rei vẽd. & trad.* Illud igitur necessariò remedij loco inducendũ est, vt venditori rẽ traditã, & venditã vindicãti quasi suã nõ possit ab emptore obiici exceptio rei venditæ & traditæ pretio non soluto, acsi neque venditio neq; traditio vlla præcessisset. Nã cum nõ nisi pretio soluto dominium rei vẽditæ & traditæ in emptorẽ transferri possit nisi saltem aliter satisfactũ fuerit vẽditori aut is fidẽ habuerit de pretio, vt sępius diximus ex *l. quod vendidi l. 19. vt res* 53. *sup. de cõtr. empt. §. vẽditæ institutionib. de rer. diuis.* Nihil certè prohibet quo minus vẽditor quãdiu pretiũ non accepit vindicare rẽ venditã posse tanquã adhuc suã ex *reg. Iuncta rem* 23. *& pass. supr. de rei vind. legis Quintus* 27. *§. argento inf. de aur. & arg. leg.* Ob eamq; causã necesse fuit obiicere exceptionẽ illã rei traditę & vẽditæ vt emptor promptũ haberet auxilium aduersus venditorẽ vindicantẽ, sed ita demum si pretiũ soluere paratus esset non aliter. Vnde fieri necesse est vt pretio nõ soluto & emptore ex beneficio nouæ legis liberato, exceptio rei vẽditæ & traditæ prodesse emptori non debeat. Quid ergo si vẽditor fidẽ habuerit emptori de

pretio

pretio vt proinde dominium in emptorem translatum fuisse negari non possit. (Nam de eo casu quo pretij nomine satisfactum sit venditori, tractandum nihil est, cum satisfactio pro solutione sit *l. satisfactio 52. infr. de solut.*) an vindicatio etiam in hac specie venditori danda erit? & non videtur cum per traditionem iuncta fide habita de pretio desierit esse dominus, sed tamen non eo minus succurrendum esse venditori nemo dubitat, cùm non nisi dolosè & impudenter possit emptor obiicere habitam sibi de pretio fidem quam à se datam velit ipse frangere. Itaque dicendum est vindicationem hoc casu venditori saluam esse ac si fidem de pretio non habuisset. Quod si ita est, malè Bartolus, Castrensis, & cæteri sic legem hanc intelligunt, vt tradita per venditorem possessione rei venditæ danda sit ei contra supradictam iuris regulam condictio ob causam dati causa non secuta ad rem suam repetendam potiùs quam vt iniquitas illa toleretur, vt venditor & rem amittat & pretium. Quid enim necesse est contra iuris regulam, ex contractu nominato & bonæ fidei condictionem inducere, cum ex iuris ratione possit ei sufficere vindicatio, quæ tamen cum condictione nisi contra furem numquam concurrit *leg. vltim. supr. vsufruct. quemadm. cau. §. si itaque instit. de action.* Benè autem interpretes nostri hanc legem restringunt ad eum casum, quo alteruter contrahentium in contractu vltrò citroque obligatorio, contra voluntatem alterius sit liberatus: nam si alter alterum ipse liberauerit, nihil causæ est, cur non maneat ipse obligatus, vt in *leg. si conuenerit 56 supr. de pact. leg. si tibi habitationem 5. & l. sicut emptio 20. §. vlt.* vbi dicemus *infr. tit. prox.* Accursius sanè, vt ex ipsius glossis perspicere quiuis potest, malit hanc legem explicare.

51. IDEM libro 5. Posteriorum à Iauoleno Epitomatorum.

Si & per emptorem, & venditorem mora fuisset, quo minus vinum præberetur, & traderetur: perinde esse ait, quasi si per emptorem solum stetisset. non enim potest videri mora per venditorem emptori facta esse, ipso emptore moram faciente.

Ad l. Si & per emptorem.

RAT. DVB. Cum mora vtrinq; facta sit, id est per venditorem & per emptorem, videtur facienda vtiusque compensatio, vt neuter ipsorum possit aduersario suo moram vllam obiicere, quemadmodũ solemus dicere, paria delicta tolli mutua compensatione *l. viro 59. infr. solut. matr.* & mutuæ quoque negligentię fieri compensationem in *l. si ambo 10. supr. de compensat.* Quid enim aliud est mora quam negligentia licet non equo verso aut negligentia sit mora. Ergo non potest verum esse quod in hac lege Labeo scripsit, si per emptorem & venditorem mora facta sit, quo minus vinum venditum traderetur & præberetur, aut si mauis (quod mihi probabilius videtur ac vulgatæ lectioni conuenientius) *probaretur.* perinde habendum esse quasi si per emptorem solum stetisset, non etiam per venditorem.

DEC. Non potest fieri compensatio morę quin ex vtraque parte mora facta sit. Omnis enim compẽsatio duo supponit extrema quæ compẽsari possint *l. 1. sup. de compensat.* Atqui in proposita specie non potest videri moram à venditore factam esse, quamuis per ipsum quoque steterit, si emptor priùs moram fecerit. In proposita autem specie ideo videtur emptor prior moram fecisse, quia prior offerre pretium debuit, vt venditorem ad vinum tradendum obligarit *l. Iulianus 13. §. offerri sup. hoc tit. l. illud sciendum 16. supr. de pericul. & commod. rei vind.* Satis enim agit ad traditionem emptor cum obiicit venditori moram ab eo in tradendo factam esse, planè si emptor moram suam purgauerit oblato pretio venditori & vẽditor in tradendo vino postea moram fecerit, magis nocebit vẽditori mora sua quãuis posterior, quàm emptori prior *d. l. illud vt sequitur in hac lege & in l. qui decem 72. in princip. & §. 1. l. Celsus 23. §. vlt. & l. seq. supr. de recept. qui arbitr. recep.*

1 ¶ Quòd si fundum emisti ea lege, vt ei des pecuniam Kalendis Iuliis: & si ipsis Kalendis per venditorem esset factum, quo minus pecunia ei solueretur: deinde per te staret, quo minùs solueres: vti posse aduersus te lege sua venditorẽ dixit: quia in vẽdendo hoc ageretur, vt, quandocũque per emptorem factum sit, quo minùs pecuniam soluat, legis pœnam patiatur. hoc ita verum puto, nisi quid in ea re venditor dolo fecit.

Ad §. 1. Quod si fundum.

RAT. DVB. Æquum non est lege sua vti venditorem, id est legem venditionis pro venditore dictam ab eo exerceri & ei prodesse qui prior ipse contra legem fecerit *arg. l. auxilium in fin. sup. de minor.* Omni enim culpa carere debet qui alij culpã obiicere paratus est, alioqui facienda est culpæ ex vtraque parte compensatio, vt proximè diximus ex *l. si ambo 10. sup. de compens. l. viro 39. infr. solut. matrim.* cum etiã dolus dolo compensandus sit *l. dolum 57. §. vlt. supr. de contrah. empt.* Ergo si fundum emeris ea lege vt venditori des pecuniam intra calendas Iulias proximas, alioqui pœnæ nomine præstes centum, & ipsis Calendis Iuliis per venditorem factum sit quo minus pretium ei solueretur, quod eo loco vbi pecunia solui debuit, neque adfuerit, neque procuratorem habuerit, deinde per te steterit quo minus solueres, nõ est permittendum venditori, vt aduersus te lege sua vtatur, id est pœnam in conuentionem deductam petat, cum prior ipse in mora fuerit.

DEC. In emptis & venditis maximè ac præcipuè spectandum est quid actum sit *l. sed Celsus 6. §. 1. sup. de contrah. empt.* Atqui in proposita specie videtur in vendendo hoc actum, vt quandocũque per emptorem factum esset quo minus pecuniam sua die solueret, pœnam legis, id est, conditionis adhibitæ pateretur, id est, non inspecto eo an prius morã fecisset venditor. Nã & posterior mora semper nocet, vt proximè diximus ex *l. illud sciendum 17. supr. de peric. &*

BIU Cujas

commod. rei vend. l. Celsus 23. §. *vltim. & l. seq. supr. de recept. Qui arbit. recep. leg. si seruum* 91. §. *sequitur de verb. oblig. leg. qui decem* 72. *in princip. &* §. 1. *infr. de solut.* Sed hoc ita, inquit Labeo, nisi quid in ea re venditor dolo fecerit vt emptor pœnam legis cõtractus incurreret. Nã si venditor in dolo fuerit, emptor autẽ in mora & culpa tantũ, semper dolus præualet tãq; qui magis nocere debeat q̃ mora & culpa.

52. SCÆVOLA libro 7. Digestorum.

CReditor fundum sibi obligatum: cuius chirographa tributorum à debitore retro solutorum, apud se deposita habebat: vendidit Mæuio ea lege, vt, si quid tributorum nomine debitum esset, emptor solueret. idem fundus ob causam eorum tributorum, quæ iam soluta erant, à conductore saltus, in quo idem fundus est, venit: eúmque idem Mæuius emit & pretium soluit. quæsitum est, an empti iudicio, vel aliqua actione emptor à venditore consequi possit, vt solutionum suprascriptarum chirographa ei dentur? respondit, posse emptorem empti iudicio consequi, vt instrumenta, de quibus quæreretur, exhibeantur.

Ad l. Creditor 52.

RAT. DVB. Creditor, qui fundum sibi obligatum vendidit iure creditoris, non tenetur de euictione, nec ad aliud, nisi vt se probet verum & potiorem creditorem *leg.* 1. *&* 2. *Cod. cred. euict. pignor. non deb.* Ergo multo minus ostendere tenetur & exhibere instrumenta solutionis tributorum à publicanis exactorum, præsertim verò quæ soluta fuerint non à creditore ipso, sed à venditore, antequam fundum venditori obligarit, quomodo in hac specie ponit Scæuola. soluta fuisse tributa à debitore, & solutionum chirographa ab eodem debitore penes creditorem deposita, vt scilicet haberet creditor vnde se tueretur, si fortè publicanus prætextu non solutorum tributorum pignus vellet euincere, cum habeat fiscus in omnibus fundis distributariis iustaciti pignoris pro tributo *l. offertur* 46. §. *fiscus de iur. fisc.* equidem anterius cæteris omnibus creditoribus, quia priuilegium fisci, est cæteris omnibus creditoribus esse potiorem, vt Paulus in libris Sententiarum scribit. Proinde si, cum creditor cum fundum iure creditoris & venditoris vendidisset Mæuio, publicanus, quem hic Scæuola conductorem saltus appellat, eiusdem fundi venditionem vrserit ob tributa præteriti temporis non soluta, & idem Mæuius eundem fundum emerit, nullam ex empto actionem habere debet aduersus creditorem, qui non nisi iure pignoris vendidit, sed potius aduersus debitorem qui fundi dominus fuit, & cui solutio tributorum si qua deberentur, proficeret *arg. leg. si ob causam* 13. *C. de euict.*

DEC. Creditor qui pignus vendidit iure creditoris, quamuis de euictione non teneatur debet, tamen præstare se creditorem antiquiorem *dict. leg.* 1. *&* 2. *C. cred. euict. pignor. non deb.* Atqui non potest præstare se antiquiorem fisco exigenti tributa eius temporis quod præcessit pignorationem, cum pro toto eo tempore fiscus potior sit non tam ex priuilegio quam ex iure communi, quo quilibet alius creditor anteriorem habens tacitam hypothecam præferretur alij cuilibet posteriori etiam fisco *leg. si pignus* 8. *leg. vltim. Cod. infrà. qui pot. in pignor. habeant.* Ergo recusare non potest, quominus actione ex empto conuentus à Mæuio emptore, qui ex posteriore, nõ ex priore vẽditione fundum iã habere intelligitur, vt exhibeat chirographa & instrumenta solutorum tributorum vt nimirum his prolatis appareat publicanum indebite tributa illa quæ iam soluta erant, exegisse, & fundum iam factum Mæuij ex ea causa vendidisse. Atque ita liceat Mæuio pretium à Publicano repetere quod ei dedit. Nam & si chirographa & instrumenta illa non essent ad probandam tributorum solutionem, cogeretur creditor etiam pretium quod accepisset, reddere *l. si seruus venditus* 21. §. *& ideo ait infr. de euict.* Quanto igitur magis instrumenta solutionum quæ penes se habet, emptori exhibere cogendus est, cum sine vllo suo incommodo & dispendio id facere possit? *arg. leg. in creditore* 38. *in fin. eod. titul. de euiction.* Nam qui ad plus tenetur, multo magis tenetur ad id quod est minus, ex *regul. leg. non debet* 21. *& leg. in eo* 110. *de regul. iur.* Potest igitur propter tributa non soluta fieri venditio fundi tributarij, vt ex hac lege nostri notant, & ex *tot. tit. Cod. si propt. public. pensit. iunct. leg.* 1. *& tot tit. Cod. de capiend. & distrib. pignor. trib. caus. leg.* 10. *tit.* 21. Sed quod addunt posse Syndicum, qui tributa soluere tenetur pro omnibus qui in eo saltu & territorio fundos possint priuatorum non soluentium propria authoritate vendere, non puto verum esse, neque ex hoc loco probatur, sed tantùm ius iis esse petendæ & vrgendæ venditionis per iudicem si possessores fundorum perseuerent cessare in solutione tributi. Planè sufficiet creditorem exhibere instrumenta solutionum emptori, non etiam necesse erit, vt ea tradere cogatur: remanere enim semper debent penes eum qui de euictione tenetur, vt rem venditam possit ipse cum opus erit defendere, quemadmodum diximus ad *l. Titius* 48. *supr. hoc tit. ex l. instrumenta* 24. *C. de fideicommiss.*

1 ¶ Prædium æstimatum, in dotem à patre filiæ suæ nomine datum, obligatum creditori deprehenditur. quæsitum est: an filius, qui hereditatem patris retinet, cùm ab ea se filia abstinuisset, dote contenta, actione ex em-

pto re-

pto teneatur, vt à creditore lueret, & marito liberum prædium præstaret, respondit, teneri.

Ad §. 1. Prædium æstimatum.

RAT. DVB. Aliud est fundum in dotem dare, aliud vendere, cùm sint diuersi contractus venditionis & dotis: cùm vendi res etiam aliena possit, dotis autem datio dominij translationem requirat, vt & dos possit esse mulieris, & res dotalis in bonis mariti, *l. quamuis 75. iuncta l. 1. & passim infr. de iur. dot. l. in rebus 30. C. eod.* Atqui actio ex empto supponit in necessarium antecedens actionem præcedentem ex qua nasci possit, & vt de euictione agatur, siue iure dominij res euincatur siue iure pignoris *l. si mancipium 34. §. 1. & §. vlt. cum l. seq. l. si in venditione 60 & l. euicta 70. infr. de euict.* Ergo si pater filiæ nomine marito dederit in dotem fundum, qui postea anteriori creditori obligatus deprehendatur, non est danda marito actio ex empto cõtra filium, eundémque heredem patris, ad hoc vt præstet eum fundum liberum, id est, à pignoris iure immunem, quamuis pater eum æstimatum dederit, cùm nulla hic emptio intercesserit. Præsertim verò si filia quoque patri superuixerit, tametsi ea patris bonis se abstinuerit dote contenta, cùm filia tanquam sua heres, non eo minus sit heres patris quod se abstinuerit, nec enim est sine herede qui suum heredem habet, quamuis se abstinentem *l. cum quasi 30. §. sed etsi sumus, inf. de fideicom. libert.* vt proinde etiamsi ex empto de euictione agi posset, onus tamen euictionis super filium & filiam diuidi oporteret pro æquis & hereditariis portionibus *l. 2. & tot tit. C. de hered. act. l. 1. C. si cert. pet.*

DEC. Æstimatio facere solet emptionem nec minus in dote quàm in cæteris contractibus *l. plerunque 10. §. si ante matrimonium & seq. infr. de iur. dot. l. quoties 5. C. eod.* nisi quod dotis æstimatę datio non simplex & absoluta venditio est, sed cum illa adiectione, dotis causa, *l. quoties 16. infr. eod. tit.* & consequenter maritus qui prædium æstimatum in dotem accepit, emptoris loco habendus est *l. qui balneum 9. §. vlt. infr. qui pot. in pig. hab. l. vnic. §. cumque ex stipulatu C. de rei vxor act.* Vbi hanc ob causam additur fundum æstimatum propriè non esse dotalem, sed eum duntaxat qui datus sit non æstimatus, nisi datus sit ęstimatus ea lege, vt soluto matrimonio idem fundus eodem pretio reddatur, vt in *l. si inter vir. C. de iur. dot. l. æstimatis 50 cum l. seq. infr. sol. matrim. l. vlt. de pact. dotal.* Ergo si fundus æstimatus in dotem traditus, postea euincatur, per quasi Seruianam actionem ab anteriori aliquo creditore institutam, dicendum est de euictione teneri patrem actione ex empto quasi venditorem, si eo tempore superstes sit, & consequenter, si prædecesserit, obstrictum esse filium, & quidem in solidum, si patris hereditatem totam retinuerit. Nec enim audiendus est, si velit hoc euictionis onus diuidere cum fœnore, quæ ipso quidem iure perinde patri heres extiterit pro semisse, sed quæ tamen postea bonis patris se abstinuerit, & dote contenta esse maluerit, quod vtique ei licet ex edicto prætoris, quo beneficium abstentionis suis indultum est, si modo numquam se abstinuerint *l. ei qui 12. l. necessariis 57. infr. de acquir. heredit. leg. si filius 12. D. de vulg. & pupill.* Liberos enim, qui se abstinuerunt, non habet prætor heredum loco, *leg. si filius 12. supr. de interrog. in iur. fac.* licet verum sit, eos nudo nomine heredes remanere *leg. etsi ex modica 6. §. si filius infr. de bon. libert. leg. 2. §. sed si sint suiheredes infr. ad S. C. Tertill.* Obstare tamen huic legi valde creditur, quod à Paulo responsum est in *leg. Mœuia 49. infr. sol. matrim.* In hac ipsa omnino specie, si prædio per anteriorem creditorem euicto sine dolo & culpa mariti mulier soluto matrimonio, pretium ac æstimationem fundi exigat, repelli eam debere exceptione doli, quod euidens iniquitas sit, consequi eam pretium fundi euicti, cùm dolus patris ei obesse debet, ex iuris nimirum regula, quæ vult autoris dolum nocere successori, si lucratiuam habeat causam, non etiam si onerosam *leg. 4. §. de autoris 27. & seqq. & §. autoris 31. infr. de dol. mal. excepr.* Etsi enim pater filiam dotare cogitur, filia tamen habere dotem intelligitur ex patris liberalitate, & donatione, non etiam maritus, quia filiæ nihil abest propter dotem, marito autem aliquid abesse intelligitur propter onera matrimonij, quæ sustinet *leg. vltim. §. 1. infr. quæ in fraud. credit.* Vnde fiebat olim, vt dotes etiam inter donationes numerarentur *leg. cùm multæ 20. Cod. de donat. ant. nupt.* Consequens enim videtur, vt marito non sit ob euictionem danda ex empto actio contra heredem patris, cùm nihil eius interesse videatur, si agentem quandocumque mulierem possit exceptione doli quandocumque repellere, nam & si in cæteris causis ita generaliter obseruatur, vt non sit danda emptori ex empto actio, si qua iusta exceptione, contra dominum vel creditorem euincentem tueri se possit, putà præscriptione longi temporis, aut vsucapione *leg. qui alienam 54. infr. de euiction. l. si obligata 19. Cod. eod.* Quænam verò iustior exceptio esse potest quàm doli mali? Sed respondendum est cum Accursio, electionem habere maritum, cui fundus dotalis æstimatus euictus est, an malit agere contra patrem, patrisve heredem de euictione, an verò contra se agentem mulierem exceptione doli summouere, vt & in *leg. vn. in fin. Cod. si seruus extero emi se mandau. & leg. Seia 73. infr. de solut.* Sed quo casu aget maritus exceptionem habere non debebit, nec similiter actionem contra heredem patris, si malit aduersus vxorem excipere.

2 ¶ Inter venditorem & emptorem militiæ ita conuenit, vt salarium, quod debebatur ab illa persona, emptori cederet. quæsitum est, emptor militiæ quam quantitatem, à quo exigere & quid ex eiusmodi pacto venditor emptori præstare debeat. respondit, venditorem actiones extraordinarias eo nomine, quas haberet, præstare debere.

BIU Cujas

Ad §. 2. Inter venditorem.

RAT. DVBIT. In venditione militiæ quamuis inter venditorem & emptorem conuenerit, vt salarium, quod venditori debebatur, emptori cederet: nihil tamen dictum est de cedendis eo nomine à venditore actionibus. Ergo nec cogendus est venditor, actiones rei extraordinarias, quas eo nomine habet, præstare, ne vltra quam dictum sit & voluerit, oneretur, aut si has quoque actiones venditas volumus, consequens fiet, vt nulla emptor indigeat cessione, qui vtiles suo nomine citra cessionem habiturus est ex rescripto D. Pij. de quo in *l. si cum emptore 16. supr. de pact. l. emptor 5. l. postquam 7. & l. penult. C. de hered. vel action. vendit.*

DECID. Aliud est militiam vendere ea lege adiecta, vt salarium venditori debitum emptori cederet, vt in specie huius §. aliud verò nomen ipsum debitoris vendere. Posteriore hoc casu non tam transit, quàm datur vtilis actio sine cessione. Nec enim potest dici actio vtilis transire à venditore qui numquam eam habuit, cùm habuerit directam, nec possit directa cum vtili in vna eademque persona concurrere, si quidem directa tanquam maior semper tollit vtilem tanquam minorem *l. si reus 13. infr. de duob. reis l. si duo 93. §. 1. de solut.* Priore verò casu non potest vtilis actio competere emptori, cui nomen non est venditum, quamuis dictum sit, vt militiæ venditæ accederet, sed tamen cogitur hoc casu venditor actiones suas præstare, quas habet, ac proinde non vtiles, sed directas, quia nec alioqui fieri posset, vt debitum salarium venditæ militiæ accederet. Quisquis autem vult consequens, necesse est, vt velit etiam necessarium antecedens, *vulg. leg. 2 supr. de iurisdict. leg. ad legatum 62. leg. ad rem mobilem 56. supr. de procurat.* Quomodo dicimus, si heres iussus sit facere, vt Titius centum habeat, cogendum heredem centum dare, quia nemo facere potest vt centum habeam', nisi mihi dederit, *leg. si heres 73. de leg. 1.* Cur verò de extraordinariis actionibus Scæuola hic loquitur, nimirum quia tractat de salario debito, quod olim, non per ordinariam actionem petebatur, sed per extraordinariam, quæ aptius cognitio dicebatur, quod non per formulam, vt cæteræ actiones ordinariæ, sed per cognitionem ipsam prætoriam expediretur *l. 1. infr. de extraord. cog. l. qui mutuam 56. §. salarium supr. mand. iuncta l. salarium 7. eod. tit.* Quod nec Accursius nec cæteri vulgates interpretes intellexisse videntur. Et verò magis propriè persecutiones istæ dicuntur, quæ ordinarij iuris non habent executionem, quam actiones *leg. pecuniæ 178. §. actionis de verb. sign.* Apparet autem ex hoc §. militiam quoque olim vendi potuisse, quod & scriptum est in *l. vlt. C. de pignor.* & consequenter etiam obligari, *& nou. 53. cap. 5.*

3 ¶ Ante domum mari iunctam, molibus iactis, ripam constituit: &, vti ab eo possessa domus fuit, Gaio Seio vendidit. quæro: an ripa, quæ ab auctore domui coniuncta erat, ad emptorem quoque iure emptionis pertineat. respondit, eodem iure fore venditam domum, quo fuisset priùs, quàm veniret.

Ad §. vlt. Ante domum.

RAT. DVB. Quod extra domum est, licet domui iunctum sit, domus appellatione contineri non potest, *l. limes 15. supr. hoc tit.* Quicquid enim extra domum est, id extra venditionem quoque domus esse necesse est. Atqui quod ante domum venditam est, extra domum est. Ergo si quis ante domum mari iunctam molibus iactis ripam constituerit, & eam domum, vti ab eo possessa est, Caio Seio vendiderit, dicendum est, ripam, quæ à venditore domui coniuncta fuit ad emptorem, iure emptionis non pertinere.

DEC. Etiam quod extra domum est, si domui iunctum sit, vel domui vsibus & commodis destinatum, domus appellatione continetur, cùm propter domum ipsam habeatur *dict. leg. limes & l. Iulianus 13. §. vlt. supr. hoc tit. & l. si venditor 38. §. vlt. eod.* Æquum enim est eodem iure esse domum penes emptorem, quo fuit penes venditorem; vt hic Scæuola scribit & in *l. testatrix 20. §. vlt. supr. si seruit. vend.* quamuis ibi tractetur non de emptore, sed de legatario, cuius nimirum eadem causa est quæ emptoris *l. vxorem 41. §. legauerat & l. prædiis 91. §. 1. de leg. 3. l. 1. infr. de seruit. leg.* Ergo idem iuris erit, vt Bartolus & Castrensis inferunt in pilis & columnis ad domum ornandam vel ampliandam destinatis, quamuis ante & extra domum sint, quia hic euenit, quod & in aliis plerisque casibus, vt sola destinatio patrisfamilias pro eo quod iam factum sit habeatur *l. ligni 55. §. ligni & §. si lignum de leg. 3. l. si id quod 58. §. 1.* vbi diximus *supr. pro soc.*

53. LABEO libro 1. Pithanôn.

SI mercedem insulæ accessuram esse emptori dictum est: quanti insula locata est, tantum emptori præstetur. *Paulus.* Immo si insulam totam vno nomine locaueris, & amplioris conductor locauerit, & in vendenda insula mercedem emptori cessuram esse dixeris: id accedet, quod tibi totius insulæ conductor debebit.

Ad l. 53. Si mercedem.

RAT. DVBIT. Si qua sit ambiguitas vel obscuritas siue in locatione siue in lege dicta, locationi interpretatio facienda est contra locatorem qui potuit

BIU Cujas

potuit legem apertius dicere, ex *regula leg. veteribus supr. de pact. l. Labeo scribit 21. supr. de contrah. empt.* Atqui cùm quis insulam, quam totam vni locauerat, & alius ille maiore mercede aliis sublocauerat, mercedem insulæ accessuram emptori esse dixit, negari non potest, quin aliquid sit ambigui vel obscuri, an sc. de ea mercede locator senserit, quæ ipsi à primo cõductore debebatur, an verò de ea quę primo cõductori, à subcõductore, quãdoquidẽ nemo dubitat, quin cõductor quilibet alij sublocare possit, si non aliud cõuenerit *l. nemo prohibetur 6. C. de locat.* Ergo facienda est interpretatio contra primum locatorem, vt de ea mercede actum videatur, quæ à subconductore amplior conductori debeatur, potius quam de ea quæ primo locatori à primo conductore. Verba siquidem impersonaliter prolata impersonaliter quoque, ac proinde generaliter intelligenda videntur, vt ex vi quoque verborum contra locatorem responderi quoque oporteat. Quod si ita est, dicendum erit, primum locatorem ad hoc teneri, vt curet cum effectu præstari emptori actiones, quas habet primus conductor contra subductorem, alioqui ad id omne quod emptoris interest, teneatur *arg. l. eum qui 5. §. quod exigimus supr. const. pec.*

Dec. In emptionibus & venditionibus præcipuè sequi debemus id quod actum est, *l. sed Celsus 6. §. 1. supr. de contrah. empt.* Atqui non potest videri actum esse de ea mercede, quæ primo conductori à subconductore deberetur, sed de ea quæ à primo conductore locatori eidémque venditori, cùm de eâ sola disponere potuerit, nec facile credendus sit, eius quoque pecuniæ nomine, quæ non ad ipsum, sed ad primum conductorem pertineret, obligare se voluisse. Sunt enim faciliores hominum in rebus suis amittendis q̃ in alienis promittendis volũtates *arg. l. vnũ ex familia 67. §. si rẽ de leg. 2.* alioqui dicendum esset etiam factum alienum à venditore, eodémque locatore promissum videri, quod tamen iure fieri non posse certum est *l. stipulatio ista 38. in princ. de verb. oblig.* Nec sane putandum est aliter Labeonem sensisse, vt constat ex Iauoleno, qui eandem Labeonis sententiam expressit in *l. insulam 58. in princ. infr. tit. prox.* Quid enim aliud dixerat Labeo, nisi quod si mercedem insulæ accessuram esse emptori dixerit, tanti præstare emptori debeat, quanti insula locata est? Quidni verò ea verba sic intelligas, ac si scripsisset, *quanti locata est primo conductori*, non etiam *quanti à primo conductore?* Sed flagrauit Paulus noster miro desiderio contradicendi Labeoni, vt plus vtroque sapere videretur. Idque apparet manifestè ex hoc loco & aliis plerisque. Debuerat tamen Paulus, vt sententiam suam apertiùs exprimeret, non ita simpliciter scribere, quomodo scripsit, *id accedet quod tibi totius insulæ conductor debebit*, sed addita dictione *tantũ*, ad exclusionẽ eius mercedis, quæ ipsi conductori à subcõductore debeatur, alioqui eandẽ cauillationem recipere potest nota Pauli quam sententia Labeonis, nisi malis cum Castrensi totam hanc clausulam subaudiendo supplere. Sanè in eo Castrensis quoque errauit, quod verba illa *quanti insula locata est*, sic interpretatur, quasi faciant rationem dubitandi, ac proinde sint quasi verba conuentionis initæ inter emptorem & venditorem, cùm tamen sint verba Labeonis.

1 ¶ Si eum fundum vendidisti, in quo sepulchrum habuisti, nec nominatim tibi sepulchrum excepisti: parum habes eo nomine cautum. *Paulus*: Minime, si modò in sepulchrum iter publicum transit.

Ad §. 1. Si eum fundum.

Rat. dvb. Si venditor fundi habeat in eo fundo sepulchrum ad quod ipse posterique eius inferri debeant, & via vti prohibeatur, per quam mortuum suum inferat, dicendum est ei competere actionem, quia videtur hoc exceptum interesse emptorem & vendentem, vt venditori per fundum sepulturæ causa ire liceat, vt scriptum est in *l. si vẽditor 10. supr. de relig. & sumpt. fun.*

Dec. Id obtinet, cum fundi venditor nominatim & specialiter excepit sepulchrum, vt ex verbis illius legis apparet. Labeo autem hic eũ casum tractat, quo venditor sepulchrũ nõ exceperit. Etsi autem cùm nominatim & specialiter sepulchrum nõ est, nihilominus tacitè exceptum intelligitur, quia locus religiosus est, & extra cõmercium hominum, nisi venditioni maioris partis accedat, vt in *l. in modicis 24. supr. de contrah. empt.* Multum tamen interest, an expressè excipiatur, an tacitè, quia si expressè exceptum sit, tunc locum habet quod scriptum est in *d. l. si venditor*, quoniam alioqui nulla esset vtilitas conuentionis, qua sepulchrum exceptum esset, nisi per fundum venditum ire liceret, *l. qui fundũ vendidit 40. §. in lege fundi supr. de contrah. empt.* quia excepta res aliqua omnia illa excepta intelliguntur, sine quibus exceptio locum habere non posset *l. 2. sup. de iurisd. l. binas ædes 9. supr. vrban. prad. l. 3. §. qui habet rustic. prad. l. si venditor 38. §. fi. supr. hoc tit.* sed hoc ita, nisi sepulchrum habeat accessum ex publico, vt hic ad Labeonem Paulus notat: non enim tunc videtur pars rei venditæ, sed quid separatum *l. si duo §. item videamus vers. planè vti possit.* Sed extra hunc casum non satis sibi cauit qui fundum, in quo erat sepulchrum, vendidit, non excepto sepulchro, non quasi hoc casu in venditione fundi sepulchrum quoque contineatur, alioquin idem dicendum esset, si ex publico aditũ haberet, sed quia non excepto sepulchro, non potest videri in antecedens necessarium exceptum iter ad sepulchrũ, nec proinde onerandus est emptor fundi, vt fundo iam suo seruitutem itineris imponi patiatur, prætextu sepulchri quod exceptum non fuit. Quæ ratio cessat in sepulchro habente aditum ex publico, quia verum est, neque sepulchrum venditum esse, quamuis exceptum nõ fuerit, neque onerari aliqua seruitute emptorem ob sepulchrum. Et ita locus hic mihi accipiẽdus videtur aliter quã à Bartolo & aliis acceptus sit, qui putant sepulchrum quoque venditum intelligi, cùm neque nominatim est exceptum, neque aditum habet ex publico. Quod certè falsum est, nisi, vt dixi, venditioni maioris partis fundi sepulchrum accesserit, vt in *d. l. in modicis*. Idque significant meo iudicio verba illa Labeonis, *parum est tibi eo nomine cautum*, quorum sensus est, sepulchrum quidem à te venditum non intelligi, quamuis exceptum non sit,

BIU Cujas

sed tamen nõ satis tibi te cauisse, qui vel sepulchrũ excipere debueras, vt iter quoque ad sepulchrum videretur exceptum, aut retinere tibi seruitutem itineris ad sepulchrum, vt eo vti posses emptore inuito, nec ad rem pertinet quod Castrensis obiicit, quædam cum vniuersitate transire, quæ alioqui non transirent *leg. quædam 62. inf. de acquirend. rer. dom.* non enim venditur vniuersitas, cum fundus aliquis specialiter venditur. Ergo nec illud quoque verum est quod Bartolus ad hunc §. notat, sacellum quod in fundo est, videri venditum, nisi habeat aditum ex publico: nam imò verò dicendum est venditum non videri, sed non satis benè emptorem sibi cauisse, qui nullum sibi iter ad sacellum exceperit. Cogendus erit ergo emptor hoc casu, vt aditum ad sepulchrum emat, & venditor quoque vt vendat, sed nouo pretio, quasi ex causa nouæ venditionis cum in priore non contineretur, vt in *leg. binas in princip. & §. 1. vrb. prad. & leg. via 23. §. vltim. rust. prad.* iunge *l. pacta conuenta 72. §. vlt. de contr. empt.* & quod scriptum est in *§. prox. sequenti.*

2 ¶ Si habitatoribus habitatio lege venditionis recepta est: omnibus in ea habitantibus, præter dominum, rectè recepta habitatio est. [a] *Paulus*: Immo si cui in ea insula, quã vendideris, gratis habitationem dederis, & sic receperis, *Habitatoribus, aut in quam quisque diem cõductum habet*: parũ caueris. nominatim enim de his recipi opotuit. itaque eos habitatores emptor insulæ habitatione impunè prohibebit.

Ad §. vlt. Si habitatoribus.

RAT. DVB. Ex pacto & stipulatione vnius neque actio neque stipulatio alteri acquiri potest *l. stipulatio ista 38. §. alteri de verb. oblig.* Ergo etiamsi venditor insulæ in lege venditionis receperit habitationem habitatoribus, non potest tamen ea pactio valere, & habitatoribus, qui in pactione non interuenerunt, prodesse.

DECID. Etiam alteri paciscí quis potest si interest ipsius paciscentis, non vt ex pacto tertius ille actionem habeat, vel exceptionem, sed vt ei qui pactus est, fides seruetur *dict. leg. stipulatio ista §. si stipulem.* Atqui interest eius qui vendit insulam variis habitatoribus locatam, vt recipiat habitatoribus habitationem, id est, vt obliget emptorem de non expellendis inquilinis & conductoribus, ne alioquin, si emptor eos expellat, quod pro suo iure facere posset *leg. qui fundum 32. infr. titul. prox. & leg. emptorem 9. Cod. eodem* habituri sint illi regressum aduersus venditorem actione ex conducto in id omne quod ipsorum interierit *leg. Iulianus 13. §. penultim. suprà hoc titulo.* Ergo valere debet pactio inter venditorem & emptorem, ne habitatores & inquilinos expellere emptor possit. *dict. leg. Iulianus §. penultim.* vbi latiùs diximus. Nam & præterea licet cuilibet quam vult legem dicere in traditione rei suæ, ita vt tale pactum valeat *leg. in traditionibus 48. supr. de pact.* etiam quod alioqui non valeret *leg. ei fundo 19. supr. de seruit. leg. venditor 13. supr. commun. prædior. leg. penultim. Cod. ad exhib. l. Publia. 26. in princip.* secundum Bartoli interpretationem non nostram *supr. deposit.* ne alioqui decipiatur is qui rem suam aliter traditurus non fuit *leg. vltim. Cod. de pact. inter emptor. & vendit.* Si tamen cum cæteris habitatoribus dominus ipse insulæ idémque venditor habitabat, non proderit pactum domino, vt inuito emptore habitationẽ sibi retineat, quia licet habitatoribus indefinitè habitatio excepta sit, & dici soleat indefinitam æquipollere vniuersali *leg. si plures gradus 98. de legat. 3.* In generali tamen sermone excipitur persona loquentis, vt iactare nostri solent ex *leg. inquisitio 18. Cod. de solut.* Et ex hoc maxime loco rectè probatur, nullam enim actionem à seipso timere dominus potest, etiamsi habitatione vti prohibeatur, & præterea imputare sibi debet, cur eam domum in qua habitabat, vendiderit, nec sibi nominatim habitationem exceperit.

a *Paulus: imo si cui.* RAT. DVBIT. Habitatorum appellatione continentur etiam illi quibus habitatio gratis & ex donatione concessa est *leg. habitatores 27. & leg. sequen. in fin. infr. titul. prox. leg. Aquilius Regulus 27. leg. Lucius 32. infr. de donat.* Ergo si venditor insulæ habitationem habitatoribus receperit, nec illi qui gratis habitant, expelli ab emptore poterunt.

DEC. Inspicienda est formula conuentionis, nam si venditor habitationem indefinitè, aut quod idem est, generaliter habitationem habitatoribus exceperit, vt in casu, de quo Labeo responderat, etiam qui gratis habitant exceptione continebuntur. Sed si conuentionis formula talis sit, qualem sibi Paulus fingit, vt reprehendendi Labeonis materiam inueniat, id est, in hæc verba *habitatoribus ad quam vsque diem conductum habent* (sic enim legendum est, non vt vulgo *aut quam*) gratuiti habitatores non continebuntur, quia de solis conductoribus loquuta est pactio, conductio autem nulla fit gratis, & sine mercede, non magis quam venditio sine pretio *leg. 2. infr. titul. prox.* Sicut nec donatio propriè, & quæ mercedem, aut mercedis speciem aliquam habet, sed remuneratio potius appellatur *dict. leg. Aquilius Regulus.* Ergo nominatim de gratuitis quoque habitatoribus excipere venditor debebit, alioquin parum sibi cauerit; & huiusmodi habitatores emptor insulæ vtique habitatione impune prohibebit. Excipit tamen Accursius eum casum, quo habitatio gratis à domino insulæ concessa & donata sit: sed ita vt donator de euictione teneatur, quod aliquando euenit, vt in *dict. leg. 1. Cod. de iur. dot. & l. 2. Cod. de euiction.* Ego probare non possum, quia si generaliter pactio de habitatoribus omnibus concepta est, etiam gratuiti, vt diximus, continebuntur, licet donator de euictione non teneatur, si verò ad conductores restricta sit, vt in casu Pauli non faciet periculum euictionis, vt habita-

habitatores gratuiti excepti videri possint, sicut nec facere potest, vt ob id solum videri debeant conductores: nam & donator qui de euictione tenetur, donator est, & non conductor.

54. IDEM libro 2. Pithanôn.

SI seruus tuus, quem vendideras, iussu tuo aliquid fecit, & ex eo crus fregit: ita demum ea res tuo periculo nō est, si id imperasti, quod solebat ante venditionem facere: & si id imperasti, quod etiam non vendito seruo imperaturus eras. *Paulus*: Minimè. nam, si periculosam rem ante venditionem facere solitus est, culpa tua id factū esse videbitur. puta enim eū fuisse seruum, qui per catadromū geranou descendere, aut in cloacam demitti solitus esset. Idem iuris erit, si eam rem imperare solitus fueris, quam prudens & diligens paterfamilias imperaturus ei seruo non fuerit. Quid, si hoc exceptum fuerit? tamen potest ei seruo nouam rem imperare, quam imperaturus non fuisset: si (non) venisset: veluti si ei imperasti, vt ad emptorem iret, qui peregrè esset. nam certè ea res tuo periculo esse non debet. itaque ea tota res ad dolum malum duntaxat, & culpam venditoris dirigenda est.

Ad l. Si seruus 54.

RAT. DVBIT. Vnicuique permittitur in suo & de suo facere quod velit *vulg. leg. in re mandata 21. Cod. mand. l. 2. infrà si quis à parente manumissus sit.* Atqui venditor remanet dominus serui venditi, quamdiu eum non tradidit, etiam soluto pretio, quia traditio necessaria est ad dominium transferendum *leg. traditionibus 20. Cod. de pact. leg. traditio 20. & leg. nunquam nuda 31. infrà de acquiren rer. domin.* Ergo liberum debet esse venditori imperare seruo vendito quicquid velit, quantumuis periculosum esse proponatur: maximè verò si tale sit, quod solitus erat seruus facere vel dominus imperare ante venditionem: non adhibita distinctione quam Labeo adhibebat, an solitus esset seruus ante venditionem idem facere, & an venditor id imperauerit quod seruo imperasset, quamuis non vendito: nec illa rursus quam Paulus Labeonem reprehendens subiicit, an quod imperatum est, fuerit minus periculosum, licèt id facere solitus esset seruus, puta descendere per Catadromum, id est, per funem, qui summo theatro alligatus decliuis ad imum theatri pertingebat solum, per quem descendere & currere maximi erat periculi, & summæ artis, ac propemodum miraculi, vt Turnebus docet *lib. 27. aduersar. cap. 18. in fin.* melius quam Accursius noster qui hic somniat dum Græcum agit, & quam Budæus & Alciatus, quos hic Gotthofredus refert, aut in cloacam demitti quod etiā periculosum erat, & fœdum.

DEC. Res vendita remanet quidem venditoris prius quam tradatur, sed ita tamen vt in diem vsque traditionis eius custodiam præstare venditor debeat *leg. venditor 36. suprà hoc titul. leg. 3. supr. de peric. & commod. rei vend.* Quæ res facit, vt non tantum dolum, sed etiam culpam omnem à venditore abesse oporteat, alioqui actione ex empto emptori teneatur. Atqui si non dolus, saltem culpa est, si quid venditor imperet seruo quod periculosum sit, vnde & crus frangere seruus possit, quantumlibet idipsum ante venditionem & dominus imperare & seruus facere solitus esset, quia cum sciat venditor debere se seruum emptori tradere, vt eum faciat emptoris, sic tractare seruum debet, quasi iam non suus esset, sed emptoris. Quid enim refert, an emptoris sit, an emptori omnimodo debeatur? At temeritas & sæuitia quæ in rebus nostris propriis culpanda est, in alienis est coercenda, inquit Vlpianus in *leg. si constante 24. §. si marius in fin. infr. solut. matrimon.* ergo si seruus ex eo quod imperanti venditori paruit, crus fregerit, non tam illud inspiciendum est, quid vel dominus imperare, vel seruus facere antea soleret quam quale sit quod imperatum & factum est, vt si qua venditoris culpa interuenerit, licet ab eo dolus absit, impunè tamen ferre non debeat quod damni causam dederit: è contrario autem, si nulla ei culpa imputari possit, securus esse debeat, puta si seruum traditurus ei imperauerit, vt iret ad emptorem qui peregrè erat, & seruus inter eundum aliquo casu crus fregerit: etsi enim nihil tale ante venditionem imperatum aut factum erat, nec vnquam sine periculo sit, peregrè aliquem ducere aut mittere *leg. item quæritur 13. §. si quis seruum infr. tit. prox.* nulla tamen videri potest culpa venditoris qui seruum venditum ad emptorem peregrè agentem misit, vt eum emptori traderet: idque adeo verum est, vt etiamsi in venditione exceptum fuerit, non à venditore, vt Accursius male interpretatur, sed ab emptore, ne quid venditor seruo imperet, adhuc tamen permittendum ei sit nouam rem seruo imperare, quam imperaturus non fuisset, si seruus venditus non fuisset, quale illud est quod diximus, vt iret seruus ad emptorem: neque enim mittendi causam vllam habuisset, adeoque nec mittere ad emptorem potuisset, nisi venditio emptorem fecisset. Idque est quod Paulus sentit in *versic. quid si hoc exceptum fuerit?* Vbi legendum est, vt in Pandectis Florentinis, *tamen potest ei seruo nouam rem imperare*, non vt vulgo & apud Accursium, *Non potest*, quæ falsa & nullius sensus lectio est. Similis distinctio adhibetur, cum quæstio est de damno, quod apud vnum ex sociis seruus communis passus est, vt in *leg. communis seruus cum apud alterum 26. suprà Comm. diuid.* Iunge §. *cum autem Institutionibus de emptione & venditione.*

BIU Cujas

1 ¶ Si dolia octoginta accedere fundo, quæ in fossa essent, dictum erit: & plura erunt, quàm ad eum numerum: dabit emptori ex omnibus, quæ vult, dum modo integra det. si sola octoginta sint, qualiacumque sunt: emptorem sequentur: nec pro non integris quicquam ei venditor præstabit.

Ad §. 1. Si dolia.

RAT. DVB. Ea quæ venditor dixit accessura rei venditæ, perinde præstari debent integra, ac si principaliter vendita essent *leg. quicquid* 27. *iunct. l. ex empto §. si quis rem vendiderit supr. hoc titul.* Nihil enim refert, an quid vendatur principaliter, an accessoriè. cum plerumque etiam id quod principaliter venditur, præcipuè propter accessiones ematur *leg. si in emptione* 34. *in princip.* vbi diximus *supr. de contrah. empt.* Atqui si dolia aut alia vasa octuaginta venderentur, deberent præstari omnia integra & incorrupta, alioquin teneretur venditor actione ex empto *leg. tenetur 6. §. si vas supr. hoc titul.* Ergo & in specie huius §. id est, cum venditor dixit accessura fundo 80. dolia, siue octuaginta tantum sint, siue plura, dicendum est, debere illa præstare integra & incorrupta, non autem qualiacumque sint, vt in hoc §. ex Labeone scriptum est.

DECID. Nihil quidem interest, an principaliter, an accessoriè 80. dolia vendantur, sed valde refert, an vendantur per modum generis, vt si dolia 80. simpliciter vendita sint, an vero per modum speciei, vt nostri loquuntur, puta si vendantur 80. dolia, quæ in fundo sunt: nam priore casu id obtinet quod diximus, vt integra & incorrupta non cassata, aut vitiosa præstari debeant, quia quod in genere venditur, nunquam corruptum aut vitiosum esse potest, lubétque venditor si nulla, nisi corrupta & vitiosa habeat, alia conquirere, vt integra & incorrupta, ne alioqui non videatur præstare id ipsum quod vendidit. At posteriore casu id procul dubio actum intelligi debet, vt dolia quæ in fundo essent, talia præstarentur, qualia inuenirentur, alioqui non eadem ipsa essent quæ vendita fuissent, sed diuersa cùm, non sicut genus pro genere, ita species recipiat functionem pro specie *l. 2. §. mutua autem datio. supr. de reb. cred.* Illud difficilius videtur quod in hoc eodem §. Labeo scribit, si in fundo vendito plura sint quam octuaginta dolia, daturum venditorem emptori ex omnibus doliis ea quę velit, dummodo integra det, non autem daturum omnia, id est supra numerum venditione restitutum. Videtur enim hoc pugnare cum eo quod scriptum est in *leg. si venditor hominis* 88. *supr. hoc titul.* Si venditor hominis dixerit eum habere peculium decem, cum habeat quindecim, cogendum eum præstare tota quindecim, quamuis si minùs haberet seruus in peculio quam decem, non eo magis liberaretur venditor, quominus tota decem præstare cogeretur. Sed respondendum est quod nos iam ad illum locum scripsimus, longè diuersam esse speciem, quia dictio peculij generica est, nec minus apta comprehendere quindecim quam decem, nec debet falsa & minor peculij quantitas à venditore expressa emptori nocere, quid egit vt seruum emeret cum toto peculio, & ea tamen lege, vt non minus quam decem essent in peculio. At is qui vendit, aut fundum cum 80. doliis aut octuaginta dolia restringit se ab initio ad numerũ specificum qui augeri nunquã potest. Nũquã enim facias vt 80. dolia sint cẽtum, aut vt centum in 80. contineantur. Ergo si venditor 80. dolia, quæ in fundo essent, venditioni accessura esse dixerit, & inueniantur centum, non plura quam octuaginta præstare venditor debebit, quia nec plura vendidit, nec emptor emit. Si tamen ex centum illis doliis octuaginta sint integra, viginti vero corrupa, non poterit venditor eligere ex corruptis, vt numerum octuaginta doliorum compleat, quia cum illa etiam quæ integra & incorrupta sunt in fundo sint, perinde præstanda sunt ad numerum vsque præscriptum, ac si dolia in genere vendita essent, quia ad numerum vsque centenarium dolia omnia quæ in fundo sunt, functionem inuicem recipiunt, non minus quam si in genere vendita essent, dum ne alia meliora conquirere venditor cogatur, & ita ij loci conciliandi sunt, non quomodo putat Accursius, qui comminiscitur & diuinat conuenisse in specie huius §. vt dolia qualiacumque essent, præstarentur, cum tamen nullum de huiusmodi conuentione verbum sit apud Labeonem. Iunge *legem itaque* 32. *cum l. seq. infr. de ædilit. edict. & l. si quis cum fundum* 26. *sup. hoc tit.*

55. POMPONIVS libro 10. Epistolarum.

SI seruus, qui emeretur, vel promitteretur, in hostium potestate sit: Octauenus magis putabat, valere emptionem, & stipulationem: quia inter ementem, & vendentem esset commercium. potiùs enim difficultatem in præstando eo inesse, quàm in natura, etiam si officio iudicis sustinenda esset eius præstatio, donec præstari possit.

Ad l. 55. Si seruus.

RAT. DVBIT. Non valet venditio earum rerum quæ in hominum commercio non sunt *l. sed Celsus 6. in princip. supr. de contrah. empt.* Atqui seruus qui in hostium potestate est, non est in commercio ciuium Romanorum, cum sit in dominio hostium, cum quibus nullum ciuibus Romanis potest esse commercium. Ergo dicendum est, si seruus qui emeretur vel promitteretur, in hostium potestate sit, neque emptionem valere posse, neque stipulationem, aut si quis hanc quoque emptionem valere velit, fateatur necesse est obligatum ergo iri venditorem, vt eum seruum tradat quem vendidit, alioqui

lioqui præstet id quod emptoris interest ex *leg. 1. supr. hoc tit.* non expectato eo vt seruus venditus redeat ab hostibus. Nam quamdiu apud hostes est, sola difficultate non ipsa rei natura impeditur venditor, ne tradere eum possit, vt in hac lege Pomponius scribit. Difficultas autem præstationis sola nunquam liberat debitorem *leg. continuus 137. §. illud inspiciendum est.* Vbi generaliter scribitur, causam difficultatis ad incommodum promissoris non ad impedimentum stipulationis pertinere. Quod maximè tunc obtinet, cum promissor aut venditor vltro se in eas coniecit angustias vendendo aut promittendo seruum quem sciat esse apud hostes. Cur enim ei succurramus qui sibi vltro præstationis difficultatem illam imposuit? *l. 2. §. si quis tamen 8. supr. si quis caution. leg. si fideiussor 7. §. 1. in fin supr. qui sat. dar. cog.* Obseruandum enim est tractare hic Pomponium de seruo qui iam tum cum vendebatur, vel per stipulationem promittebatur, in hostium potestate esset, vt verba legis apettè probant, non de eo qui prius fuit venditus quam captus, vt malè Castrensis putat.

DECID. Seruus qui ab hostibus captus est, licet quamdiu captiuitas durat, sit in dominio & potestate hostium: attamen postliminij spem & ius habet ex persona domini, quia quamdiu viuit, redire potest in ciuitatem & eo casu retrofingi numquam apud hostes fuisse, sed in ciuitate & domini sui potestate perpetuo remansisse *leg. sicut 10. leg. ab hostibus 12. Cod. de postlim. reuers. & redempt.* Spes enim postliminij facit vt ciuium Romanorum iura per captiuitatem non tam abrumpantur quàm suspendantur siue ipsi siue ipsorum serui capti sint *leg. illa institutio 32. §. 1. infr. de heredit. institut. leg. item Labeo 22. §. vltim. cum leg. seq. supr. famil ercisc.* Vnde & eleganter Papinianus noster postliminij fictionem vocat suspensi iuris constitutionem *l. penultim. infr. de suis & legit. hered.* Ergo non eo minus valere debet venditio aut promissio seruiet-iam qui iam apud hostes sit, si quis tam stultus sit qui eum velit emere propter spem postliminij. Sed tamen non ideo venditor obligatur, vt statim eum tradat, sed tum demum duntaxat cum seruus ab hostibus redierit, non quia tradendi difficultas eum excusare debeat, si eo tempore quo vendidit, iam captum ab hostibus esse sciebat *dict. §. illud.* Sed quia id actum esse inter contrahentes intelligitur, vt non prius præstari deberet, cum nec nisi propter postliminij spem vendi potuerit, prius autem sit natura, vt & venditus sit & vendi potuerit, quàm vt ex causa venditionis tradi debeat. Idémque iuris est in eo qui promissus fuit aut legatus. Nam & id quod apud hostes est, legari posse & postliminij iure legatum conficere Octauenus scripsit, quem Pomponius noster refert vt in hac *leg. ita & in lege id quod 9.* nisi quod in venditione res tanto clarior est quam in stipulatione & legato, quod cum emptio bonæ fidei contractus sit, non alias obligationes & præstationes recipit quam quæ sunt ex bona fide *leg. ex empto 11. §. vlt. leg. bona fides 50. & pass. hoc titul.* Non esset autem ex bona fide vrgeri venditorem ad traditionem serui venditi, quamuis iam tunc capti ab hostibus, priusquam is seruus redierit & præstari possit. Ponimus enim non tantum emptorem, sed etiam venditorem sciuisse præsentem serui venditi captiuitatem, alioqui siue vterque contrahentium siue venditor solus id ignorauerit, non potest venditio valere, quia nec fit credibile emptorem fuisse empturum si ab hostibus captum sciuisset ob solam spem postliminij, cum is qui apud hostes est, sicuti in ciuitatem reuerti potest ita possit etiam non reuerti *leg. propter 23. supr. famil. ercisc.* Ideóque venditorem serui ex empto teneri æquum est, si sciens ignoranti vendiderit, cum non careat dolo qui emptorem celauerit *l. quæro 39. sup. hoc titul.*



BIU Cujas



LOCATI ET CONDVCTI.

TIT. II.

1. PAVLVS libro 34. ad Edictum.

LOCATIO & conductio: cùm naturalis sit, & omnium gentium, [a] non verbis, sed consensu contrahitur: sicut emptio & venditio.

Ad l. Locatio. 1.

RAT. DVB. Contractus nullus est, qui possit dici naturalis eo sensu quòd sit iuris naturalis, quia contractus omnes originem ceperunt à distinctione dominiorum, quæ ipsa ex iure gentium tantùm est, non ex iure naturali quod præcessit ius gentium *leg. ex hoc iure 5. suprà de iustit. & iur.* vbi quod dicitur, omnes ferè contractus esse ex iure gentium, non hunc sensum habet, quasi sint aliqui contractus ex iure naturali, sed ad exclusionem eorum qui sunt iuris ciuilis, cuiusmodi sunt stipulatio, acceptilatio, literarum obligatio & emphyteusis, & si qui sunt alij similes. Ergo non debuit Paulus hic scribere, locationem esse naturalem, nec addere *& gentium omnium*, quasi idem sit ius naturale & gentium, quæ toto genere distinguuntur *l. 1. de iustit. & iur. & tot. tit. instit. de iur. natur. gent. & ciuil.*

DECID. Ius naturale quamuis quod ad materiam differat à iure gentium, quia consistit circa eas res, quæ hominibus communes sunt cum brutis animantibus, conuenit tamen quod ad formam, quia vtrumque æstimatur ex ratione naturali *d. l. 1. l. omnes populi vers. quod verò ratio naturalis de iustit. & iur.* Ideóque facilè possunt hæc nomina & iura confundi, vt in §. *singulorum instit. de rer. diuis.* Est igitur locatio iuris gentium, & hoc sensu dici etiam potest iuris naturalis.

a *Non verbis, sed consensu contrahitur.* RAT. DVB. Verbis maximè voluntas & consensus declaratur. Ad quid enim verba, nisi vt voluntatem declarent? *l. Labeo infr. de supell. legat.* Ergo etiam verbis locatio fieri potest, quamuis consensu contrahatur.

DEC. Verba hîc Paulus intelligit certa & solemnia qualia sunt ea quæ in stipulatione requiruntur, quam ideò verborum obligationem appellamus, & quæ ob eam causam, non nisi inter præsentes & loquentes fieri potest *l. 1. de verb. oblig.* At in locatione, neque voce, neque sermone opus est, ideóque etiam sine verbis fieri potest, puta per nuncium, aut per epistolam, vt emptio & vēditio cæteríque contractus qui consensu perficiuntur *l. 2. l. in quibuscunq; 48. de obl. & act. l. vbi non voce 124. de regul. iur.*

2. GAIVS libro 2. Rerum cottidianarum.

LOcatio & conductio proxima est emptioni & venditioni. Iisdémque iuris regulis constitit. nam vt emptio & venditio contrahitur, si de pretio conuenerit: sic & locatio & conductio contrahi intelligitur, si de mercede conuenerit.

Ad l. Locatio 2.

RAT. DVB. Locatio & venditio diuersi contractus sunt, & separati, diuersósque habent titulos & tractatus, diuersásque pariunt actiones. Alię namq; sunt actiones empti & venditi, aliæ verò locati & conducti, diuersásq; habent præstationes. Siquidē actio ex empto datur contra venditorē ad traditionē, ex vendito autem contra emptorē ad preciū. At ex conducto contra locatorē ad præstandā patientiā *l. ex conducto 15. inf.* Ex locato autem aduersus cōductorem ad mercedem. Ergo quamuis locatio & conductio in permultis emptioni & vēditioni persimilis sit, fieri tamen nequit vt iisdem iuris regulis consistant. DEC. Habent venditio & locatio pleraſque differentias, propter quas diuersi sunt & separati contractus, sed habent tamen etiam pleraque similia quæ faciunt, vt maiorem inter se adfinitatem habeant quàm cum cæteris contractibus inter quæ hæc sunt, quòd ambo sunt ex iure gentiū. Ambo perficiūtur consensu *l. 1. supr.* Ambo sunt bonæ fidei §. *actionum 25. Instit. de action.* Ambo sub cōditione fieri possunt *l. sicut 20. infr.* Sed præcipuū illud est, quòd sicuti emptio & venditio nō potest esse sine precio *l. 2. §. 1. supr. de contr. empt.* nec preciū cōsistere, nisi in pecunia numerata §. *item precium instit. de empt. & vend.* Ita nec locatio potest fieri sine mercede, nec merces vlla constitui aliter quàm in pecunia numerata *l. si vir vxori 52. inf. de don. int. vir. & vxor. l. si merces 25. inf. h. t.* Ideóque dicūtur iisdem iuris regulis consistere, quia quod de pretio ex parte emptoris dicitur vt actione ex vendito ad eius solutionē teneatur, nec aliter liberetur, quàm si pecuniam faciat accipientis *l. ex empto 11. §. 1. sub tit. prox.* Ita nec aliter liberatur conductor soluēdo mercedē, quàm si dominiū pecuniæ transferat in locatorē, quamuis ex parte locatoris, non idē sit, vt dominiū rei locatæ vllo casu transferre in cōductorē debeat. Nō enim habilis est titulus locationis ad dominiū transferēdū *l. non solet 36. inf.* quia tēporalis est: dominiū autē nō nisi ex perpetua causa transferri pōt *l. 1. inf. de iur. dot.* Nō quomodo perpetu⁹ est, & ad dominiū trāsferēdū habilis titul⁹ vēditionis *d. l. ex ēpto inf. l. nūquā*

nuda

BIU Cujas

nuda 31. de acquir. rer. domin. Non equidem vt eò minùs valeat venditio, quod per traditionem ex ea subsecutam dominium transferri non possit, vt contingit re aliena vendita *l. rem alienam 28. l. si ita distrahatur 25. §. 1. supr. de contr. empt.* sed vt non possit videri contracta venditio si id actum sit inter contrahentes, vt ex ea dominium non transferatur *l. pen. in fin. eod tit.* Sed & quamuis in eo similes sint hi contractus quod vltro citroq; sunt obligatorij & quidem æquè principaliter (sunt enim æquè principales & directæ actiones vt empti & venditi, ita locati & conducti, non vt in contractibus depositi, commodati & pignoris, vna directa, altera contraria) fieri tamen interdum potest, vt conductor locatori obligetur, non etiam conductor locatori vt in specie *d. l. sicut 20. §. vlt. infr.* Quod in emptione & venditione vix vnquam contingit, nisi cùm contractus claudicat, vt nostri loquuntur, id est ex vno tantùm latere constat, vt in specie *l. Iulianus 13. §. si quis à pupillo supr. tit. prox.* Simile est, quod Castrensis hîc notat, aliquando accidere vt etiamsi non conuenerit de mercede, censeatur tamen tacitè conuentum, & valeat contractus iure locationis, quando fundus consueuit locari ad certam mercedem, vt in *l. domini prædiorum 5. C. de agric. & censit. libr. 11. tit. 45.* Quod in venditione numquam accidit. Nam tametsi in instrumento scriptum sit contractam esse venditionem, si tamen non sit adiectum quanto precio facta venditio sit, vēditio esse non potest *d. l. 2. §. 1. supr. de contr. empt.* Quamquam non ideò consequens est, vt statim atque precij mentio facta est, vēditionem omnimodo contractam esse fatendum sit, vt ibi scripsimus ex *l. conuenit 65. eod. tit. l. vlt. §. vlt. supr. de leg. Rhod. de iact. l. si quis ante 10. in fin. de acquir. poss.*

1 ¶ Adeò autem familiaritatem aliquam habere videntur emptio & venditio, item locatio & conductio: vt in quibusdam quæri soleat, vtrùm emptio & venditio sit, an locatio & conductio. vt ecce si cum aurifice mihi conuenerit, vt is ex auro suo anulos mihi faceret certi ponderis, certæque formæ, & acceperit (verbi gratia) trecenta: vtrùm emptio & venditio sit, an locatio & conductio? sed placet vnum esse negotium, & magis emptionem & venditionem esse. quòd si ego aurum dedero, mercede pro opera constituta: dubium non est, quin locatio & conductio sit.

Ad §. 1. Adeò autem..

RAT. DVB. In specie huius §. duplex contractus esse videtur, venditionis, & locationis. Quasi materiæ emptio & venditio contrahi intelligatur, operæ autem locatio & conductio. Et ita putabat Cassius quem Iustinianus refert in §. *item quæritur Instit. hoc tit.*

DEC. Magis placuit cæteris prudentibus reiecta Cassij opinione vnum dūtaxat esse negotium, ac proinde vnum contractum, qui cùm & venditionis & locationis simul esse non possit, venditionis nomen meretur magis quàm locationis ex modo ineundi, quia id primùm ac potissimùm agitur vt materia vēdatur ab aurifice, deinde vt in ea materia aurifex operam suam præstet, ac proinde in re sua cuius & proprietatem vendit. Secus esset si operam suam præstaret quis in re aliena vt in *l. item si precio 22. §. cùm insulam infr.* vt benè Castrensis explicat, & constat ex *l. Sabinus 20.* vbi diximus *supr. de contr. empt.* Denique regulariter venditio est, cùm pecunia pro re datur, *l. naturalis 5. §. 1. infr. de præscript. verb.* non tamen semper *l. vlt. supr. de condict. caus. dat.* Locatio autē cùm datur pecunia pro opera *l. qui operas 38. infr.* Est & alius casus in quo propter magnam affinitatem & similitudinem quam habent inter se contractus venditionis & locationis, dubitari potest, an venditio sit, an locatio, nempe in contractu emphyteuseos, de quo Iustinianus in §. *adeo Instit. hoc tit.* Habet enim contractus ille multa similia cum venditione: multa etiam cum locatione. Sed tamē placuit nouam & propriam esse speciem contractus ab Imperatore Zenone introductam in *l. 1. C. de iur. emphyt.* & à Iustiniano auctam & confirmatam in *l. 2. & vlt. eod. tit.* de qua nos aliquid scripsimus ad *Tit. si ager vectig. vel emphyt. petat.* Aliū casum adfert Castrensis in quo dubitari potest, an emptio & venditio sit, an potius locatio & conductio in publicanis qui acquirunt, sibi ius exigendorum vectigalium, & vt loquuntur nostri, pedagiorum & gabellarum. Aliquando enim sub nomine emptionis, aliquando sub nomine conductionis instrumēta de his rebus fiunt. Et ego quidem existimo ex verbis quibus contrahentes vsi sunt, rem esse diiudicandam. In dubio tamen censeri debere locationem & conductionem potiùs quàm emptionem & venditionem *l. locatio 9. & pass. infr. de publican. & vectigal.* Cæterum non displicet distinctio Bartoli ad discernendam venditionem à locatione. Vt si in contractu principaliter veniat traditio ex qua dominij acquisitio vel vsucapiendi condicio sequi possit, venditio sit, nō locatio: si verò factum aliquod ex quo neque dominium rei neque vsucapio sequi possit, locatio dicenda sit, non venditio. Quod si vtrumque veniat: tum inspiciendum sit quid magis principaliter veniat & quid secundariò, ex hoc §. & ex *d. l. item si precio 20. §. 1. infr. hoc tit.* Quòd si vtrumque in contractum veniat æquè principaliter, magis puto vt contractus censeri debeat innominatus, ex eoque danda sit actio Præscriptis verbis vt in *l. si tibi polienda 22. infr. de præscr. verb.* Ergo in prima specie huius §. meritò Caius scribit emptionem & venditionem esse si cum aurifice mihi conuenerit, vt is ex auro suo anulos mihi faceret certi ponderis, certæque formæ, in eamque rem à me acceperit verbi gratia trecenta, quoniam auri substantia ab eo profecta est & in me translata. In posteriore verò cum ego aurum dedi mercede constituta pro opera, locationem esse & conductionem, quandoquidem corpus ipsum datum est à me, cui opus fieret *d. l. Sabinus 20. & l. conuēnit 65. supr. de contr. empt.* Sunt igitur tria substantialia huius contractus quæ hîc Gothofredus notat, Consensus, Merces, quam ille pensionem vocat, & id quod locatur siue res sit aliqua corporalis, vt fundus, siue factum.

BIU Cujas

3. POMPONIVS libro 9. ad Sabinum.

CVm fundus locetur, & æstimatum instrumentum colonus accipiat: Proculus ait, id agi, vt instrumentum emptum habeat colonus: sicuti fieret, cùm quid æstimatum in dotem daretur.

Ad l. Cum fundus 3.

RAT. DVB. Non potest idem contractus esse venditionis, & locationis, vt diximus proximè. Atqui cùm fundus locatur & instrumentum fundi æstimatum colonus accipit, vnus tantùm contractus est, quia & vnicum est negotium quod geritur. Ergo fieri nequit vt sit locatio ratione fundi, & emptio ratione instrumenti, quod æstimatum colono traditum proponitur.

DEC. Æstimatio facit emptionem regulariter *l. 1. §. vlt. infr. tit. prox. l. quoties 16. infr. de iur. dot.* id est nisi cùm apparet eam alia mente factam fuisse, vt in *l. si inter 21. C. eod. l. æstimatis 50. infr. solut. matr.* Ergo quamuis fundus locatus sit non venditus, instrumentum tamen fundi quod æstimatum colono traditum fuit, pro vendito haberi necesse est. Cùm non alia mente fuerit æstimatum, quàm vt colonus finita locatione pro eo fundo æstimationem restituere teneretur. Quare nec aliud esse puto, si non nisi pro vno anno facta sit locatio, quàuis Accursius repugnet. Quid enim refert cuius temporis sit locatio, an longioris an breuioris? Cùm ex natura locationis sit vt ad tempus fiat, non in perpetuum, si excipias ius emphyteuticarium, quod ideo perpetuarium appellatur, & fundos vectigales, de quibus in *l. 1. & tot. tit. supr. si ager vectigal. vel emphyt. petat.* Denique duo hîc sunt negotia. Vnum principale fundi locati. Alterum accessorium instrumenti colonici æstimati. Nihil ergo vetat principale negotium esse venditionem. Accessorium verò esse locationem. Nam nec quicquam prohibet vnam eandemque rem diuerso iure censeri diuersis respectibus *l. si paterfamilias 15. §. 1. supr. de adopt.* Sic in *l. quaro 54. §. vlt. infr. hoc tit.*

4. IDEM libro 16. ad Sabinum.

LOcatio, precariíve rogatio ita facta, quoad is, qui eam locasset dedisséve, vellet, morte eius, qui locauit, aut dedit, tollitur.

Ad l. Locatio 4.

RAT. DVB. Locatio non finitur morte, quia transit ad heredes vt cæteri fere omnes contractus *l. viam veritatis 10. C. hoc tit. l. sed addes 19. §. ex conducto l. cùm in plures 60. §. 1. infr. §. vlt. Instit. hoc tit.* Ergo locatio ita facta quoad is qui locasset vellet, morte eius qui locauit, tolli & finiri non potest. Idemque in precarij dactione iuris est. Nam & precarij rogatio ad heredem eius qui concessit, transit, licet ad heredem eius qui precario rogauit, non transeat *l. cùm precario 12. §. 1. infr. de precar.*

DEC. Voluntas finitur morte. Ideoque quod in alicuius voluntatem expressim confertur, condicionem quandam iniicit quæ volentis personam numquam egreditur *l. Lucius 32. infr. de donat. l. vlt. Qui sine manumiss. ad libert. peruen. l. si ita legatum 65. §. 1. de legat. 1. l. si ita expressum 69. de condit. & demonstr.*

5. VLPIANVS libro 28. ad Edictum.

SI tibi habitationem locauero, mox pensionem remittam: ex locato & conducto agendum erit.

Ad l. Si tibi 5.

RAT. DVB. Locatio & venditio iisdem iuris regulis consistunt *l. 2. supr.* Atqui cùm in venditione quis precium ponit, donationis causa non exactus, non videtur vendere, quia donationis causa venditio fieri non potest *l. cùm in venditione 36. & l. si quis donationis 38. supr. de contr. empt.* Ergo nec locare videtur is qui habitationem tibi locat certa pensione, mox verò tibi pensionem remittit. Cùm ea quæ mox & incontinenti fiunt, inesse videantur *l. iurisgentium 7. §. quinimo supr. de pact. l. lecta 40. supr. de reb. credit.* nec magis possit locatio esse sine mercede aut pensione quàm venditio sine pretio *d. l. 2. supr. & tot. hoc tit.* Quasi hoc casu peruenerit res ad eam causam à qua incipere non potuit *arg. l. quia in eum casum 16. supr. ad leg. Aquil.* Præsertim cum sit ex natura contractus locationis vt sit vltro citroque obligatorius, non minùs quàm contractus venditionis, & quidem æque principaliter, vt diximus ad *l. 2. supr.* Quòd si locatio non est, neque actio ex locato & conducto locum habere potest, cùm actio hæc non nisi ex contractu locationis & conductionis nasci possit *l. ex conducto 15. infr.*

DEC. Contractus omnes ex initio suo æstimandi sunt *l. si tantùm 12. supr. de SC. Maced. l. 1. §. si seruus deposuit 30. depos. l. si procuratorem 8. in princip. mandat. l. si id quod 58. §. si filiusfamilias Pro socio.* Non ex eo quod perfecto iam & absoluto contractu superuenit. Atquin ab initio fuit hic contractus vltro citroque obligatorius, nec donationis, sed obligationis causa factus, ex eoque natæ sunt mutuæ obligationes ciuiles locati, & conducti. Ergo quamuis mox post perfectum iam contractum locator pensionem habitationis conductori remiserit, non eo minus tamen remanebit contractus in suo statu, vt & ex locato agere possit locator aduersus conductorem, si fortè in re conducta malè versetur, & conductor ex conducto aduersus locatorem vt locator eum frui patiatur *l. si conuenerit 56. supr. de pact.* Nec enim hoc casu magis est locatio sine pensione, quàm si pensio soluta esset: quia nec quicquam refert an pensio soluta sit, an remissa, cùm remissio pro satisfactione sit *l. si rem alienam 9. §. omnis*

BIU Cujas

§. *omnis pecunia, sup. de pign. act.* & satisfactio pro solutione *l. satisfactio 52. inf. de solut.* Quod ergo hîc dicitur *mox pensionem remittam* noli sic intelligere, vt incontinẽti ea remissio facta sit, & quod effectu idẽ est in ipso cõtractu, & antequã perfectus fuerit, sed mox post perfectũ iã contractũ, & absolutum.

6. GAIVS libro 10. ad Edictum Prouinciale.

IS, qui rem conduxit, non cogitur restituere id, quod rei nomine, furti actione consecutus est.

Ad l. Is qui rem conduxit 6.

RAT. DVB. Si pignore subrepto furti egerit creditor, totum quicquid actione furti percepit debitori imputare cogitur, *l. si pignore 22. in princ. sup. de pignor. act.* quod in effectu nihil aliud est, quàm idipsum debitori restituere. Ergo & in conductore idem multo magis dicendum est, vt cogatur id omne restituere, quod actione furti ob rem sibi locatam consecutus est. Creditor enim licèt pro alieno possideat, sibi tamen possidet quod ad omnes causas præterquam quod ad vsucapionem, *l. serui 16. iunct. l. pignori 13. infr. de vsucap.* Conductor verò non possidet, nisi naturaliter, sed tantùm in possessione est, *l. si quis ante 10. de acquir. poss. f. l. communi 7. §. neque colonis, supr. commun. diuid. l. certè 6. §. is qui rogauit, infr. de precar.* Furtum autem quid aliud est, quàm interuersio possessionis? *l. 1. §. vlt. inf. de furt.*

DEC. Furtum est interuersio non tantùm possessionis, sed etiam vsus ad alium pertinentis, *d. §. vlt.* At qui vsus rei conductæ ad conductorem pertinet, sicut & vsus rei commodatæ ad commodatarium. Meritò igitur in conductore & commodatario id obtinet, vt quod actione furti consecuti sunt, non cogantur domino restituere, *l. vlt. §. sed cùm vsura, C. de furt.* Non etiam in creditore, qui scilicet pignore vti non potest quin furtum faciat, *l. si pignore 54. in princip. infr. eod. ill. tit.* Iunge quæ diximus ad *d. l. si pignore 22. supr. de pign. act.*

7. PAVLVS libro 32. ad Edictum.

SI tibi alienam insulam locauero quinquaginta, túque eandem sexaginta Titio locaueris, & Titius à domino prohibitus fuerit habitare: agentem te ex conducto, sexaginta consequi debere placet: quia ipse Titio tenearis in sexaginta.

8. TRYPHONINVS libro 8. Disputationum.

NOs videamus: ne non sexaginta præstanda, nec quinquaginta sint, sed quanti interest, perfrui conductione: tantum denique consequetur medius, quantum præstare debeat ei, qui à se conduxit: quoniam emolumentum conductionis, ad comparationem vberioris mercedis computatum, maiorem efficit condemnationem: & tamen primus locator reputationem habebit quinquaginta, quæ ab illo perciperet, si dominus insulæ habitare nouissimum conductorem non vetuisset, quo iure vtimur.

Ad l. Si tibi alienam 7. & l. Nos videamus 8.

RAT. DVB. Quoties non facto locatoris, sed alia de causa prohibetur conductor frui re conducta, non ad aliud teneri locator potest, quàm vt mercedem remittat, *l. si fundus 33. in fin. cum duabus legq. infr. hoc tit.* Aliam porrò mercedem non potest remittere, quàm de qua inter eum & conductorem conuenit. At qui ponimus me alienam insulam locasse tibi quinquaginta duntaxat. Ergo quamuis tu eandem insulam Titio sexaginta locaueris, si tamen Titius à domino prohibeatur vti, non debeo tibi ex conducto contra me agenti plus quàm quinquaginta præstare, cùm non sit in mea potestate prohibere dominum, ne Titium vti prohibeat.

DEC. Tantum me tibi præstare æquum est, quantum tu Titio præstare tenearis. Nec enim negari potest, quin tanti tua interfit. Certum namque est actionem ex conducto dari ad id quod interest conductoris. Tanti autem interesse primi conductoris, quantum ipse secundo præstare debeat. Ergo emolumentum prioris conductionis ad comparationem vberioris mercedis quæ ex conductione posteriore colligitur computatum vberiorem debet facere condemnationem, vt eleganter Tryphoninus subiicit in *l. sequ.* Ergo, vt idem concludit, non tantùm quinquaginta præstare tibi debeo, cùm sexaginta Titio præstare tenearis, nec sexaginta sola si quid præterea Titio præstandum habeas, quomodo præstandum ferè semper aliquid est conductori, qui nullum ex conductione lucrum sperare posset, si non esset illud vberius mercede. Id igitur quod amplius est in emolumento conductionis quàm in mercede, maiorem facere debet condemnationem eius quod interest, cuius scilicet ratio versatur, non tantùm circa id quod conductori abest, sed etiam circa id quod posterior lucrari potuit, *l. si commissa 13. infr. rat. rem haber l. si fundus 35. infr. hoc tit. l. 2. §. vlt. supr. de eo quod cert. loc.* Et quemadmodum tu, qui mihi quinquaginta tantum pro mercede dederas, sublocando Titio sexaginta, decem lucratus es, ita & Titius qui sexaginta dedit, aliquid superlucraturus verisimiliter fuerat, si ei frui licuisset. Quod ergo amplius quàm sexaginta præstare Titio debes probanti pluris sua interesse, idipsum quoque tibi

BIU Cujas

à me præstari oportebit, cùm non minoris mea possit interesse quàm interfit Titij, cui plena indemnitas à me præstanda est. Si tamen nihil dum mihi solueris, & Titio septuaginta fortassis præstare coactus fueris, imputabis mihi quinquaginta quæ à te percipere possem, si dominus insulæ Titium nouissimum conductorem habitare non vetuisset, vt imputatis his quinquaginta, viginti quæ Titio præstitisti, tibi quoque præstare debeam. Et hic certè harum legum sensus est, quem nescio an Accursius noster benè perceperit. Iunge *l. qui insulam 30. infr.*

9. VLPIANVS libro 32. ad Edictum.

SI quis domum bona fide emptam, vel fundum locauerit mihi, ísque sit euictus sine dolo malo culpáque eius, Pomponius ait, nihilominus eum teneri ex conducto ei, qui conduxit: vt ei prę̃stetur, frui, quod conduxit, licere.[a] planè si dominus non patiatur, & locator paratus sit aliam habitationem non minùs commodam præstare, æquissimum esse ait, absolui locatorem.

Ad l. Si quis domum 9.

RAT. DVB. Non tenetur locator actione ex conducto, nisi hactenus vt remittat mercedem quoties prohibere non potest, ne conductor frui prohibeatur *l. si fundum 33. §. vlt. infr.* dummodò nihil per fraudem fecerit *l. & hæc distinctio 35. in fine principij eod.* Atqui ponimus domum bona fide emptam locatam mihi esse à bonæ fidei possessore, eamque euictam esse sine dolo malo culpaque eius, ac proinde non posse illum prohibere quominùs euincat eam dominus iure dominij. Ergo actione ex conducto non ad id teneri debet mihi, vt præstet quanti mea interest frui, sed tantùm ad remissionem mercedis. Atque ita putat Accursius existimans ob eam causam intelligi legem hanc debere de eo qui domum à se bona fide emptam, mihi tamen mala fide, & sciens, alienam locauerit. Quod Vlpiani verbis apertè vim facit, qui frustrà poneret bona fide emptam domum, quam subinde poneret mala fide locatam. Quid enim prodesse deberet bonam fidem ab initio adfuisse, quæ postea ante locationem euanuisset? *arg. l. Iulianus 37. supr. de rei vindic.* Dicendum igitur est pro ratione decidendi, ita demum liberari locatorem sola remissione mercedis, nec præterea cogi præstare quanti interest locatoris, si maiore vi prohibeatur, ne præstare locatori possit frui licere, non etiamsi ob id solùm quod alienam rem vel alij obligatam, licèt ignorans locauerit. Hoc enim casu, non per ipsam rem stat, quominùs ea frui locator possit, sed per locatorem ipsum, qui alienam rem aut alij obligatam locauit, & ita disertè Africanus scribit in *l. & hæc distinctio 35. hoc tit. vers. intelligendum*, vbi ait hoc quod dicimus, non teneri locatorem, nisi ad remissionem mercedis, si locator prohibere non possit eum à quo conductor interpellatur propter vim maiorem, aut potentiam eius, intelligendum de eo esse, qui & suum prædium fruendum locauerit, & bona fide negotium contraxerit, non autem de eo qui alienum prædium locauerit, nec resistere domino possit, quominus is colonum frui prohibeat. Nam quod ibi additur *per fraudem*, planè irreptitium est, vt docui *libr. 4. Coniect. c. 5.* & constat ex hoc maximè loco, in quo nihil aliud docere vult Vlpianus, quàm quod volumus, eum qui alienam rem vel alij obligatam locauit, quamuis bona fide, teneri ad id omne quod conductoris interest frui re conducta, nec liberari posse, tametsi mercedem totam remittere paratus sit. Idémque in venditore iuris est, vt ob euictam rem alienam venditam non liberetur remittendo precium, sed in id omne condemnari debeat quod interest emptoris, *d. l. si fundum*, vbi latiùs dicemus. Iunge *l. ex conducto 15. §. planè si fortè hoc tit.*

a *Planè si dominus non patiatur.* RAT. DVB. Id quod interest consistit in pecunia numerata, *l. 2. §. incertam, l. vlt. infr. de stipulat. prætor.* Atqui aliud pro alio solui inuito creditori non potest *l. 2. §. mutui datio supr. de reb. cred. l. eum qui 16. & seq. C. de solut.* Ergo locator, qui quoniam conductori non præstitit frui ei licere, tenetur in id omne quod eius interest, vt proximè diximus, non est audiendus, si paratus sit in locum euictæ domus aliam habitationem, licèt non minùs commodam, præstare conductori. Sicuti nec audiendus esset venditor alienæ rei euictæ, si euictionem præstare vellet, non in pecunia, sed in alio fundo æquè precioso & commodo, quem in venditi locum subrogare vellet inuito emptore. Etsi enim non defuerunt ex Interpretibus nostris, qui sic esse crediderint moti potissimũ ex hac lege, & *l. cùm in plures ante pen. §. pr. hoc ti.* Nullus tamẽ iuris locus est, quo in emptione & venditione probari id possit. Igitur pro ratione decidendi ponenda differentia est inter locationem & venditionem, quam nec Accursius ignorauit, licèt differentiæ rationem nullam adferat. Locatio enim cùm non sit titulus habilis ad transferendum dominium, solum vsum rei locatę conductori præbet, & quidem temporalem duntaxat. Ob eamque causam negari non potest, quin pluris interfit emptoris ob euictam rem venditam, quàm conductoris ob locatam rem euictam. Proinde tanto facilior esse debet ad satisfactionem admittendam leuiorem, quasi parùm referat, an hac, an illa re quasi conducta fruatur, cùm præstari non debeat ei vt fruatur, ne quidem re ipsa locata, nisi tanquam aliena, si modò æquè commoda habitatio & fruitio ei præstetur. At venditio titulus habilis est ad trãslationem dominij. Et quamuis res aliena quoque vendi possit, vix tamen quisquam adeò stultus reperitur, qui sciens emere velit rem alienam, & quam non speret suam futuram, vt eam nimirum habeat tanquam suam. Itaque, si cogas emptorem cui res euicta est, aliam rem licèt æquè bonam & commodam pro ea quæ vendita fuit, accipere, facis ei iniuriam, quem cogis aliud pro alio quodammodo emere: non etiam si cogas eum accipere quanti eius interest in pecunia numerata, cùm fiat hoc ex necessitate, nec aliter satisfieri possit venditoris indemnitati, quàm præstatione pecuniæ cuius præcipuus in eo vsus est, vt res omnes æstimet, tanquam rerũ omnium mensura,

prę̃ter-

præterquàm sui ipsius. *l. si ita fideiussorem 42. inf. de fideiuss.* At non similiter facis iniuriam conductori cui locata res euicta est, si eum cogas pro habitatione locata, qua frui prohibeatur, aliam accipere non minùs commodam. Quid enim aliud agebat cùm habitationem conduceret, nisi vt ad tempus benè ac commodè habitaret? Hæc que mihi videtur non obscura inter locationem & venditionem diuersitatis ratio, ex qua intelligimus non semper hos contractus iisdem iuris regulis regi, & constare. In feudo sanè speciale est, vt si euictum sit, aliud æquiualens dari debeat. Ex *cap. 1. de inuestit. de re alien. fact. cap. 1. si de feud. vasall. ab aliq. interpos. fuer.* De quo tractat Boer. *quæst. 19.* quem nos in Codice nostro retulimus, *Defin. 4. de euict.* Itémque in fideiussoribus, vt si priores dati desierint esse idonei, alios persimiles, nec minùs idoneos dari oporteat, *l. illud verum est 10. §. 1. sup. quod met. caus. l. Labeo 25. §. vlt. de recept. qui arbitr. recep. l. qui autem 14. §. pen. sup. de pecun. const. l. 2. §. pen. sup. de relig. & sump. fun.*

1 ¶ Hîc subiungi potest, quod Marcellus libro sexto Digestorum scripsit: si fructuarius locauerit fundum in quinquennium, & decesserit, hæredem eius non teneri, vt frui præstet: non magis quàm vt insula exusta, teneretur locator conductori. [a] Sed an ex locato teneatur conductor, vt pro rata temporis, quo fruitus est, pensionem præstet, Marcellus quærit, quemadmodum præstaret, si fructuarij serui operas conduxisset, vel habitationem, & magis admittit, teneri eum, & est æquissimum. [b] Idem quærit, si sumptus fecit in fundum, quasi quinquennio fruiturus, an recipiat? & ait, non recepturum: quia hoc euenire posse, prospicere debuit. [c] Quid tamen, si non quasi fructuarius ei locauit, sed si quasi fundi dominus? videlicet tenebitur. decepit enim conductorem, & ita Imperator Antoninus cum Diuo Seuero rescripsit. [d] In exustis quoque ædibus eius temporis, quo ædificium stetit, mercedem præstandam rescripserunt.

Ad §. 1. Hîc subiungi potest.

RAT. DVB. Locatio non finitur morte locatoris, aut conductoris, sed transit in heredem vtriusque, *l. sed addes 19. §. ex conducto, l. cùm in plures 60. §. heredem, inf.* Ergo si fructuarius locauerit fundum in quinquennium, & ante tempus ea ipsum decesserit, heredem eius teneri dicendum est, vt conductori præstet frui, aut saltem quanti eius interest.

DEC. Vsusfructus cùm sit seruitus personalis, & cohæreat personæ fructuarij, finitur morte, & cum persona extinguitur, *l. 3 §. vlt. supr. quib. mod. vsusfr. amitt.* Ergo & locationem à fructuario factam morte eius finiri, & extingui necesse est. Resoluto enim iure datoris, resoluitur quoque in necessariam consequentiam ius acceptoris, *vulg. l. lex vectigali 31. inf. de pign. l. peto 69. §. prædium. de leg. 2.* Idémque in vsufructu vendito iuris est, *l. necessario 8. §. vlt. sup. de peric. & commod. rei vend.* vel in dotem dato, *l. cùm in fundo 78. infr. de iur. dot.* Proinde heredem fructuarij non magis ex hac causa teneri æquum est, quàm si insula à fructuario locata exusta esset sine dolo culpáve locatoris. Quid enim refert, an ius vsufructuarij perierit, an ea res, in qua vsumfructum habebat? Nisi fortè velis imputare heredi fructuarij, cur ipse fructuarius decesserit, quod esset ridiculum. Neque verò condemnandus vnquam est locator, vt conductori præstet frui, nisi cùm dolo vel culpa locatoris accidit, ne frui conductor possit, vel etiam cùm facto ipsius, quod contingit, cùm aliena domus locata fuit, non item cùm vsusfructus morte locatoris finitus est, vt in specie huius §. Hoc igitur casu, non nisi ad mercedis exonerationem locator conductori tenebitur ex die finiti vsusfructus.

a *Sed an ex locato teneatur conductor.* RAT. DVB. Quisquis agit ex contractu qui sit vltro citróque obligatorius, prior implere contractum ex sua parte debet, nec sufficit vt pro parte impleat, si non satisfaciat in totum, *l. Iulianus 13. §. offerri, inf. hoc tit.* vbi scriptum est, non satis esse emptori, si partem duntaxat precij soluerit, nec eo minùs posse venditorem totum fundum quem vendidit, veluti pignoris iure retinere. Ergo post finitum vsumfructum morte locatoris eiusdémque fructuarij non est cogendus conductor vt pensionem præstet, ne quidem pro rata temporis quo fruitus est, cùm non præstetur ei, vt in posterum fruatur. Quid enim potest interesse, an contractus impleatur pro parte tantùm rei, an pro parte temporis?

DEC. Non potest imputari locatori, eidémque fructuario, nec eius heredi, cur non præstet conductori frui re conducta per totum tempus locationis, cùm vsusfructus medio tempore extinctus est, mortuo fructuario. Ergo nec eo minùs æquum est præstari pensionem, heredi locatoris à conductore pro rata temporis quo is fruitus est, ne alioqui locupletetur ex iactura locatoris contra naturalem æquitatem, contra *l. nam hoc naturâ 14. sup. de condict. indeb. l. iure naturæ 206. de reg. iur.* Quæ etiam ratione dicimus æquum non esse, vt emptor & re fruatur, & vsuras precij retineat, *d. l. Iulianus, §. veniunt autem 20. inf. l. curabit 5. C. eod. l. 2. C. de vsur.* Proinde non est huic conductori similis emptor, qui cùm totum precium possit & debeat soluere, partem duntaxat offert, de quo in *d. §. offerri.* Adfert autem Vlpianus ex Marcello exemplum simile in conductore, qui operas serui fructuarij conduxisset: nam & hic pensionem præstaret pro rata temporis quo serui operas percepisset. Quod enim pauciores perceperit mortuo citiùs fructuario, non facit quin præteritas perceperit. Idque in habitatione locata apertiùs est. Nam in vrbanis prædiis locatis prout quisque habitat, ita ex conductione obligatur, & eorum fructus quotidie percipitur, *l. item quæritur 13. §. vl. in fi. inf. hoc tit.* Sicut & vsusfructus quotidie cõstitui, & quotidie amitti dicitur in *l. 1. §. interdum, sup. de vsufr. adcres.* Sequitur,

BIU Cujas

b *Idem quærit, si sumptus fecerit.* RAT. DVB. Non debet proprietarius, in cuius fundo sumptus facti sunt à conductore tanquam per totum quinquennium fruituro, locupletior fieri ex damno & iactura conductoris, *l. planè* 38. *supr. de hered. petit.* vbi hanc ob causam scriptum est, quod longè mirabilius videtur, in prædonis quoque persona rationem impensarum habendam esse in hereditatis petitione. Quod & in malo negotiorum gestore, qui deprædandi animo ad aliena negotia gerenda accessit, Vlpianus scribit in *l. si pupilli* 6. §. *sed & si quis negotia.* Atqui locupletabitur proprietarius ex damno conductoris, si nec eos sumptus possit conductor recipere quos in fundum fructuarium fecit. Ergo sumptuum repetitio ei danda est tanquam qui eos bona fide fecerit. Quid enim mala fide facere potuit, qui ex lege conductionis per quinquennium integrum se futurum sperauit?

DEC. Culpa est si quis non prospiciat quod prospicere potuit & debuit euenire posse *l. sed & si per Prætorem* 26. §. *si feriæ supr. Ex quib. caus. maior. l. qui bona fide* 13. §. *cùm inter in fin. infr. de damn. infect. l. lucius* 78. §. *penult. ad SC. Trebell.* Etsi enim non omne quod euenire potest, omnimodo euenturum est, licèt Paulus noster ex Stoicorum schola contrà senserit in *l. sed etsi restituatur* 28. §. *vlt. supr. de iudic.* sufficit tamen vt possit euenire, & quomodo Bartolus & Baldus loquuntur, vt res sit ordinata ad illum casum sui natura, ne deceptum se conqueri possit. Addo *sui naturâ*, vt excludam casus fortuitos, ad quos res humanæ nunquam ordinatæ sunt, & in quibus ideò ratio hæc locum non habet, *l. verum* 1. §. *si locupleti, in fin. supr. de minor. l. si putator* 31. *ad leg. Aquil.* Quod autem ex culpa sua damnum quis sentit, sentire non videtur, *l. quod quis* 203. *de regul. iur.* Atqui potuit conductor in proposita specie prospicere euenturum fortasse, vt locator idémque fructuarius ante quinquennium moreretur, eóque casu locatio simul cum vsufructu intercideret. Ergo non debuit quasi certus locationem quinquennio duraturam in re locata sumptus facere. Proinde si fecerit, imputet sibi, cùm eos in hunc casum donasse videatur, *l. si seruus seruum* 30. §. *si oliuam* 25. *supr. ad leg. Aquil.* §. *qui alienum* 14. *infr. de donat. l. adeò quidem* 7. §. *ex diuerso vers. certè si dominus, de acquir. rer. domin.* Iunge quæ scripsimus ad *d. l. planè.*

c *Quid tamen si non quasi fructuarius.* RAT. DVB. Qui locat fundum, quasi fructuarius locat sciens alienum, cùm nemo re sua vti frui possit, *l. vti frui* 5. *supr. si vsusfr. petat. l. rectè dicimus* 25. *de verb. signific.* Ergo tanto magis teneri debet, vt præstet conductori frui licere potiùs, quàm is qui alienum fundum quem bona fide suum esse putabat, locauit, quem tamen diximus initio huius legis teneri in id omne, quod interest conductoris.

DEC. Fructuarius qui non tanquam dominus, sed tanquam fructuarius fundum locat, quamuis eum locet sciens alienum, non tamen decipit conductorem, qui æque conducendo tanquam à fructuario, sciens conducit rem alienam, nec tamen mala fide; cùm ab eo conducat, qui pendente vsufructu non minùs locandi ius habet, quàm si esset proprietarius. Quid enim aliud transferre potest locatio, quàm ius fruendi? Hoc verò perinde est in potestate fructuarij atque proprietarij, quandoquidem vsusfructus nihil aliud est, quàm ius alienis rebus vtendi fruendi salua earum substantia, *l. 1. supr. de vsufr.* Ergo locatore ante finitum quinquennium mortuo, nihil aliud præstare locator conductori debet, nisi mercedis exonerationem.

d *In exustis quoque ædibus.* RAT. DVB. Non potest esse actio ex locato, vbi nulla locatio est, neque rursus locatio sine re locata, sicuti nec emptio sine re quæ veneat, *l. nec emptio* 8. *supr. de contr. empt.* Atqui exustis ædibus, quæ locatæ fuerant, nulla res supereſt quæ locata videri possit. Ergo neque actio ex locato ad petendam pensionem eius temporis quo ædificium stetit.

DEC. Etiam finita locatione supereſt actio ex locato, itémque ex conducto ad ea omnia præstanda, quæ vicissim præstare sibi contrahentes debuerunt, pro eo scilicet tempore, quo ædificium stetit. Nam & pro eo tempore stetit locatio.

2 ¶ Iulianus libro quintodecimo Digestorum dicit. Si quis fundum locauerit, vt, etiam si quid vi maiori accidisset, hoc ei præstaretur: pacto standum esse.

Ad §. Iuliamus 2.

RAT. DVB. Quæ fortuitis casibus accidunt, cùm præuideri non possint, nullo bonæ fidei iudicio præstantur, *l. quæ fortuitis casibus* 6. *C. de pign. act.* quia nec videtur esse ex bona fide, vt imputetur casus fortuitus ei, cui nulla culpa imputari potest, *l. si seruus* 21. *infr. de euict. l. contractus* 23. *in fin. de reg. iur.* Atqui locati iudicium bonæ fidei est, & vis maior quam Græci θεῖαν, id est, vim diuinam vocant, neque præuideri, neque impediri à quoquam potest, *l. si merces* 25. §. *vis maior.* Ergo nec si pacto conuenerit, vt locator conductori vim maiorem præstaret, valere tamen pactum potest quasi contra bonam fidem interpositum, *l. ex empto* 11. §. *qui autem, sup. tit. prox.*

DEC. Nihil magis bonæ fidei congruit, quàm id seruari & præstari quod inter contrahentes actum est *d. l. ex empto* 11. §. 1. *eod.* Conuentiones enim dant legem contractibus *l. 1. §. si conuenit supr. depos. l. contractus l. nec ex prætorio* 27. *de regul. iur. l. in conuentionalibus* 52. *de verb. oblig.* dummodo pactum neque contra leges sit, neque contra bonos mores, neque contra bonam fidem *d. §. si conuenit & seq.* Ergo verum est quod Iulianus dicit, si quis fundum ita locauerit, vt etiam si quid vi maiore accideret, hoc ei præstaretur pacto standum esse. Iunge *l. licèt certis annis* 8. *C. hoc tit.* Nihil enim prohibet recipere quem in se casum fortuitum *l. negotium* 22. *C. de negg. gest. l. item quæritur* 13. §. *si gemma, inf. hoc tit. l. iurisgentium* 7. §. *sed & si quis vers. item si quis, sup. de pact.*

3 ¶ Si colonis prædiorum, lege locationis, vt innocentem ignem habeant, denunciatum sit: si quidem fortuitus casus incendij causam intulerit, non præstabit periculum locator: si verò culpa locatoris, quam præstare necesse est, damnum fecerit, tenebitur.

Ad §. 3. Sico-

BIU Cujas

Ad §. 3. Si colonis.

RAT. DVB. Non est innocens aut innoxius ignis, vt loquitur lex duodecim tabularum, si quoquomodo damnum fecerit & nocuerit. Ergo si conuenerit, vt conductor innocentem ignem habeat, quamuis fortuitus aliquis casus incendij causam attulerit, dicendum tamen videtur conductorem ex lege locationi dicta nihilominùs teneri tanquam qui nocentem ignem habuerit, quem non nisi innocentem habere debuerat.

DEC. In omnibus contractibus, maximè verò in iis qui sunt bonæ fidei cuiusmodi est contractus locationis & conductionis inspicitur potissimùm id quod actum est *l. sed Celsus 6. §. 1. supr. de contr. empt. l. semper in stipulationibus 34. de regul. iur.* Atqui cùm conuenit inter locatorem & conductorem vt conductor innocentem ignem haberet, id videtur actum vt innocens esset ignis qui nulla conductoris culpa contigisset. Nec enim culpa in igne esse potest, sed in inhabitantibus, quorum culpa vt plurimum fiunt incendia *l. 3. §. 1. supr. de offic. præf. vigil.* Ergo si nulla conductoris culpa ignis contigerit, non potest conductor teneri. Porrò nulla conductoris culpa esse potest, quando ignis accidit casu fortuito: cùm casus fortuitus ille sit, qui nec præuideri nec euitari potest, ac proinde qui extra culpam est *l. si merces 25. §. vis maior infr. hoc tit. l. à procuratore 13. C. mandat. l. contractus 23. de regul. iur. l. quæ fortuitis 6. C. de pignor. act.* Aliud iuris est, si conuenerit, vt conductori ignem habere non liceat vt in *l. videamus 11. §. si hoc infr.* Tunc enim conductor tenebitur, etiamsi casus fortuitus incendium admiserit, quia non debuit conductor ignem habere. Hîc verò permittitur ei habere, sed innoxium & innocentem ignem, vt ibi scriptum est. Obserua tamen hunc §. valde corruptum esse in Pand. Florent. In quibus legitur *si colonus* pro eo quod melius in libro Accursij *si colonis* & postea *præstabit* pro eo quod vulgò & melius *præstabitur*, & mox *locatori* non vt in Florentinis *locator*. Sed in sequentibus *si verò culpa locatoris* omnino delenda est dictio *locatoris* potiùs quàm vt cum Accursio interpretemur locatorem pro conductore. Sed posteà legendum erit *tenebuntur*, non *tenebitur*, cùm de colonis dictum sit in numero plurali. Quod si cum alia eiusdem Accursij interpretatione velis intelligere postrema hæc verba de incendio quod locatoris culpa contigerit, nulla quidem dubitatio est quin eo casu locator teneri debeat, sed non ex conuentione, cùm locator non sibi, sed colonis & conductoribus legem dixerit vt in *l. Lucius 40. in fin. infr. de fideic. libert.* Sed quia etiam locator culpam suam agnoscere, & pendere eius pœnam debeat. Ideoque prior interpretatio & emendatio mihi magis probatur. Non enim opponit Vlpianus locatorem conductori, sed culpam casui fortuito. Et quemadmodum priùs ita scripserat *siquidem casus fortuitus incendij causam attulerit*. Ita & eâdem loquendi formulâ subiicit, *si verò culpa quam præstare necesse est, damnum fecerit*, relatione scilicet facta non ad casum fortuitum, vt malè putat Accursius: sed ad solam culpam, non etiam ad locatorem aut conductorem, quamuis non nisi de conductoris culpa intelligi hæc verba debeant, quia nec de eo quæstio erat, An incendij casum præstare locator teneretur, sed an conductor contra quem pro locatore apposita fuerat conuentio, si cum Accursio admonitionis nomine conuentionem interpretari velimus *arg. l. in ratione 30. §. tametsi vers. sed id non est verisimile infr. ad leg. Falcid.* licèt nulla conuentio necessaria sit, solaque admonitio sufficiat vt innoxium & innocentem ignem habere conductor teneatur, si modo ignem habere velit.

4 ¶ Imperator Antoninus cum patre, cùm grex esset abactus, quem quis conduxerat, ita rescripsit: Si capras latrones citra tuam fraudem abegisse probari potest: iudicio locati casum præstare non cogeris. [a] atque temporis, quod insecutum est, mercedes, vt indebitas, reciperabis.

Ad §. 4. Imperator.

RAT. DVB. Qui conduxit gregem non custodiendi eius gratia, vt bene Accursius interpretatur, sed ad stercorandum agrum, aut lactis percipiendi vel habendæ lanæ gratia, locati iudicio tenetur, vt eundem gregẽ restituat, quemadmodum tenetur locator conductori gregis pacto certa mercede vt ei frui liceat *l. si quis conductionis 25. C. hoc tit.* Ergo si capras conductas latrones abegerint, non eo minùs teneri debet, vt gregem restituat quasi præsumenda sit contra eum culpa aliqua, nisi probet se extra culpam & fraudem esse. Aut si dicas esse hunc casum fortuitum qui à conductore præstari non debeat, nulla erit ratio, cur cum Vlpiano velis onerare conductorem, vt probet nullam se fraudem culpámve admisisse. Cùm probandi onus ei incumbere debeat, qui dolum culpámve allegat *l. in exceptionibus 19. §. qui dolo infr. de probat. l. omnia 32. alias l. cum ita §. species de legat. 2.* Est enim odiosa præsumptio delicti, ideoque numquam admittenda *l. merito 51. supr. Pro socio l. dolum 6. C. de dolo.*

DEC. Conductor non tenetur præstare casus fortuitos, in quibus est etiam aggressura latronum *l. quæ fortuitis 6. C. de pignor. act. l. cùm duobus 52. §. damna supr. Pro socio.* Ergo si probet latrones abegisse gregem quem ipse conduxerat, securus est, nec locati iudicio conueniri potest, si modò nulla ipsius culpa interuenisse probetur, quæ casum præcesserit. Quoties enim culpa præcedit casum, maior habenda est ratio culpæ, nec casus hic fortuitus esse videtur cui præcedens culpa causam dedit *l. si vt certo 5. §. sed interdum 7. l. eum qui 10. §. 1. & l. seq. supr. Commod.* Probatio igitur casus fortuiti incumbet conductori. Probato autem casu fortuito si locator dicat culpam in eo fraudémve aliquam interuenisse conductoris, debebit locator eam probare, vt euenit, cùm creditor pignora se amisisse dicit, debitor autem replicat amissa fuisse culpa creditoris *l. si creditor 3. l. si nulla 8. C. de pignor. act.* Et ita locus hic accipendus est, non autem vt aduersus conductorem capienda sit præsumptio ad eum onerandum probatione, quòd neque dolo malo neque culpa quicquam fecerit.

a *Atque temporis quod insecutum est.* RAT. DVB. Non possunt esse indebitæ mercedes quæ ex causa conductionis & ex promissione præstitę fuerũt,

BIU Cujas

Ergo condictione indebiti recuperari, & repeti non possunt, sed actione ex conducto, vt scriptum est in *l. sed addes 19. §. si quis cùm in annum infr. hoc tit.* Sic dicimus, si pater ignorans filiam diuertisse, dotem ex causa promissionis numerauerit, non indebiti condictione, sed actione de dote peti pecuniam debere *l. si pater ignorans 41. infr. solut. matrim.*

DEC. Non potest fieri vt debeantur mercedes ex causa conductionis, cùm finita conductio est. Nec rursus vt conductio duret extincta re conducta, cùm sine re conductio esse non possit, quomodo nec emptio *l. nec emptio 8. supr. de contr. empt. l. 1. de hered. vel action. vendit.* Atqui grex qui locatus fuerat, amplius nullus est, postquàm à latronibus abactus fuit. Ergo nec mercedes gregis conducti pro eo tempore quod aggressuram latronum insecutum est, deberi possunt. Ac proinde si post eum casum solutæ sint, recuperari possunt & repeti tanquam indebitæ, & consequenter condictione indebiti, quomodo Accursius hunc versiculum non malè interpretatur. Planè si durante adhuc conductione & ante abactum gregem mercedes etiam futuri temporis solutæ in antecessum, vt prudentes nostri loquuntur, ac prorogatæ sint, actio ex conducto locum habebit, vt idem Accursius distinguit ex *d. l. sed addes § si quis cùm in annum.*

5 ¶ Celsus etiam imperitiam culpæ adnumerandam, libro octauo Digestorum scripsit, si quis vitulos pascendos, vel sarciendum quid, poliendúmve conduxit: culpam eum præstare debere. & quod imperitia peccauit, culpam esse. quippe vt artifex (inquit) conduxit.

Ad §. 5. Celsus.

RAT. DVB. In actione ex locato & conducto venit tantùm dolus, & culpa lata & leuis, quia vtriusque contrahentium gratia hic contractus fit *l. si vt certo 5. §. nunc videndum supr. Commod. l. contractus 23. de regul. iur.* Non etiam culpa leuissima. Multo igitur minùs imperitia, quæ sine culpa esse plerumque potest. Opponitur enim nonnumquam culpæ & comparatur rusticitati vt in *l. si quis 7. §. doli mali l. si per errorem 15. supr. de iurisdict.* Ergo si quis vitulos pascendos vel sarciendum quid poliendúmve conduxerit, & per imperitiam quid fecerit, teneri eo nomine ex conducto non debet, cùm extra culpam esse videatur, & imputare sibi debeat is, qui minùs peritum artificem elegit. Potuerat enim peritiorem eligere *l. 1. §. 1. supr. si mens. fals. mod. dixer.* siquidem inter artifices larga differentia est *l. inter artifices 31. infr. de solut.* Proinde ad rem pertinere non videtur quod tanquam artifex aliquid faciendum conduxerit.

DEC. Imperitia in artifice, id est, in eo qui se alicuius artificij peritum profitetur, culpæ adnumeratur *l. idem iuris est 8. §. 1. l. si seruus seruum 27. §. si calicem 29. supr. ad leg. Aquil. §. imperitia Instit. eod. tit. l. imperitia 132. de reg. iur.* Quod enim de Iurisprudentia nostra Seruius dicere solebat, turpe esse virum Patricium ignorare ius in quo versatur *l. 2. §. Seruius 43. supr. de origin. iur.* ad quoscunque artifices aptari etiam potest. Nemo enim affectare id debet in quo intelligat vel intelligere debeat imperitiam suam vel infirmitatem periculosam alij futuram *d. l. idem iuris est, l. item quæritur 13. §. si gemma infr. hoc tit.* Extra artifices non semper imperitia culpæ annumeratur, vt constat ex *d. l. 1. §. 1. si mens. fals. mod. dixer.* Imputare namque sibi debet qui minùs peritum aliquem eligit. At non is qui artificem minùs peritum, cum quisquis artificem se dicit hoc ipso peritiam ostentet ac præ se ferat. Idque est quod significant postrema huius §. verba, *Quippe vt artifex, inquit, conduxit.* Vnde est quod tenetur hoc casu conductor de culpa etiam leuissima *l. si merces 25. §. qui columnam.* vbi dicemus *infr.*

6 ¶ Si alienam domum mihi locaueris, eáque mihi legata, vel donata sit: non teneri me tibi ex locato ob pensionem. sed de tempore præterito videamus, si quid, ante legati diem, pensionis debeatur, & puto, soluendum.

Ad §. vlt. Si alienam.

RAT. DVB. Pensiones debentur à conductore ob id quòd re locata fruitus sit *l. prox. in princip. & §. 1. supr.* Atquin is qui alienam domum conduxit quæ ei à domino postea donata vel legata est, negare non potest quin re conducta fruitus sit, cùm nemo ipsi eam euicerit, adeoque quod magis est, ex conductore dominus factus sit. Ergo teneri eum locatori actione ex locato æquum est, vt præstet pensionem.

DEC. Tunc pensio à conductore debetur cum re conducta fruitus est ex causa locationis. Ea namque sola ratio est propter quam locatori actio ex locato ad pensionem soluendam dari oporteat. Atqui cum res & domus aliena legata fuit, deinde à domino qui eam euincere poterat, eidem conductori donata vel legata, verum est fruitum quidem conductorem ea domo, sed non tanquam locata nec ex causa conductionis, sed tanquam sibi à domino legata vel donata. Mutauit enim & potuit mutare sibi causam possessionis ex nouo titulo superueniente *l. non solùm 33. §. quod vulgo infr. de vsucap.* Fereque est vt conductor qui hoc casu in ius domini succesſit, eam domum sibi quodammodo euincere videatur, cùm ex alia & noua causa eam habere incipit *l. si venditor 21. §. 1. & seq. l. si rem quam 29. in princip. infr. de euict. l. cui res 29. supr. Tit. prox.* in postremus illis verbis *quia nunc ex causa legati rem habet*, quomodo legendum ibi esse nos ad eum locum docuimus. Ergo totius eius temporis quod donationem vel testatoris mortem insecutum est, pensiones conductor non debebit. Si tamen actione ex locato vrgeat locator, vt sibi domus restituatur finito tempore conductionis, non erit audiendus conductor, si restitutionem recuset prætextu dominij medio tempore sibi acquisiti. Omnimodo enim rei conductæ possessionē priùs restituere debet, ac postea de proprietate litigare,

BIU Cujas

litigare, vt ab Imperatoribus siue rescriptum, siue constitutum est in *l. si quis conductionis 25. C. h. tit.* Nisi locator vindicatione rei agere malit quàm ex locato. Tum enim dominij quæstionem ei referre conductor potest, vt diximus ad *l. ita vt 16. supr. Commod.* Sanè pro tempore quod donationem vel diem legati cedentem præcessit, dubitandum non est quin actione ex conducto soluendum sit, quicquid pensionis nomine debetur, quia negari non potest, quin pro toto eo tempore conductor fruitus sit re conducta ex causa donationis, cùm donatio in eum vsque diem constiterit, nec prius irrita facta sit quàm conductor rei locatæ dominus esse cœperit *l. neque pignus 45. de regul. iur.* Iunge §. 1. *supr.*

10. IVLIANVS libro 2. ad Ferocem.

ET ego ex conducto rectè agam vel in hoc, vt me liberes.

Ad l. Et ego 10.

RAT. DVB. Ex conducto actio ad id dari solet & debet, vt conductori liceat frui re conducta, vel si non liceat, præstetur conductori quanti eius interest *l. prox. in princip. & l. si tibi 7. cum seq. supr.* Atqui in proposita specie ponimus fruitum esse conductorem. Ergo nulla causa est dandæ contra locatorem actionis ex conducto.

DEC. Non est nouum vt actio bonæ fidei detur etiam ad contractum resoluendum & distrahendum, quoties nimirum bona fides & æquitas id exigit *l. ex empto 11. §. si quis virginem & seq. supr. Tit. prox.* Datur enim ad omnia quæ sunt ex bona fide. Ex bona fide autem est, vt si aliena domus locata sit, eaque postea conductori legata vel donata à domino, conductio distrahatur, & præterea ab omnibus pensionibus futuri temporis id est post donationem diémve legati cedentem insecuti conductor liberetur. Quasi sublata causa debiti & finita per extinctionem conductionis quæ ipso iure extincta est acquisito conductori dominio *l. neque pignus 45. de regul. iur. l. ei à quo 21. infr. de vsucap.* Ergo hoc casu ex conducto actio contra locatorem danda erit ad hoc etiam vt conductor liberetur, cùm ipsius interfit liberari *l. quoties 34. §. si colono supr. de vsufr.* ac proinde ad hoc etiam vt mercedes, ac pensiones remittantur *l. si in lege 24. §. vlt. infr. hoc tit.* in cuius tamen specie concurrit actio ex testamento cum actione ex conducto.

11. VLPIANVS libro 35. ad Edictum.

VIdeamus, an & seruorum culpam, & quoscunque induxerit, præstare conductor debeat: & quatenus præstet, vtrùm vt seruos noxæ dedat, an verò suo nomine teneatur: & aduersus eos, quos induxerit: vtrum præstabit tantùm actiones, an quasi ob propriam culpam tenebitur? mihi ita placet: vt culpam etiam eorum, quos induxit, præstet suo nomine, etsi nihil conuenit: si tamen culpam in inducendis admisit, quòd tales habuerit, vel suos, vel hospites, & ita Pomponius libro sexagesimo tertio ad Edictum probat.

Ad l. Videamus 11.

RAT. DVB. Quamuis melior condicio nostra fieri per seruos nostros possit, deterior tamen fieri non potest *l. melior 133. de regul. iur.* Nisi saltem hactenus vt eos pro noxa dedere cogamur, ne in plus nos onerent quàm quanti sunt §. 1. *Instit. de noxal. act.* quod & in rebus inanimatis contingit *l. Prætor ait 7. §. 1. infr. de damn. infect.* Ergo si conductor seruorum suorum culpam præstare debeat, æquum tamen est, vt non vltra noxæ deditionem eorum nomine teneatur.

DEC. Noxales actiones non nisi ex maleficio competunt *l. 1. supr. de noxal. act.* sicut nec actiones de peculio nisi ex contractu *l. 1. §. si filiusfamilias supr. de his qui effud. vel deiec.* Atqui conductor tenetur ex contractu, ac proinde proprio nomine, & quidem ex contractu in quo non minùs culpa quàm dolus venit. Ergo si culpam in hominibus inducendis admiserit, quòd non debuerit tales habere & inducere siue seruos siue hospites, condemnari debet suo nomine, & consequenter in solidum, non autem noxaliter, cùm in culpa fuerit malæ electionis vt in *l. cùm si exhibuissent 3. in princip. infr. de public. & vectig.* Proinde nec aliorum nomine quos induxit, & quos in potestate non habet, liberabitur præstando actiones, quas contra eos habet. Tunc enim delegatio pro iusta præstatione est, cùm non aliam ob causam quis tenetur quàm quod actionem in alium habeat *l. quod debetur 51. in fin. supr. de pecul. l. si quid possessor 31. in princip. supr. de hered. petit.* In hac autem specie conductor tenetur locatori, non quia actionem habeat in eos quos induxit, sed quia in iis inducendis & eligendis culpam contraxerit vt & in *l. nam & Seruius 21. §. vlt. supr. de negot. gest.* Aliud iuris est in specie *l. vlt. §. hac autem actione supr. Naut. caupon. stabul.* quia vt benè Accursius docet, actio illa ex maleficio est, hæc vero ex contractu. Rursum aliud est si locatoris serui damnum conductori dederint. Non enim tenetur locator ex conducto, neque proprio nomine, sed ex delicto seruorum. Ergo noxali tantùm actione *l. si domum tibi 45. infr. hoc tit.* Mala igitur electio in culpa est, facitque vt quis in solidum teneatur, etiam citra conuentionem, qui alioquin non teneretur *d. l. nam & Seruius §. vlt. l. si seruus seruum 27. §. Proculus & §. si formicarius supr. ad leg. Aquil. l. 3. §. vlt. si mens. falsum. mod. dixer. l. de illo 23. supr. Pro socio. l. eum qui 20. §. 1. & l. seq. supr. Commod. iunct. l. si vt certo 5. §. sed interdum & l. in reb. 18. eod. l. cùm in plures 60. §. seruũ meũ hoc tit.* Placet autem quod Accursius notat, tribus potissimùm modis culpã à conductore admitti posse;

BIU Cujas

si non fecerit quod diligens paterfamilias facere debuisset, si contra pactionem, si denique in mora fuerit. Vix enim potest mora esse sine culpa, vt alibi scripsimus. Exempla sunt in hac lege, & sequentib.

1 ¶ Si hoc in locatione conuenit, *ignem ne habeto*, & habuit. tenebitur, etiam si fortuitus casus admisit incendium, quia non debuit ignem habere. aliud est enim, ignem innocentem habere: aliud omnino non habere. permittitur enim habere, sed innoxium ignem.

Ad §. 1. Si hoc.

RAT. DVB. Etiam cùm conuênit vt innocentem ignem conductor habeat, non tenetur tamen locatori periculum præstare conductor, si casus fortuitus incendium admiserit *l. si quis domum 9. §. si colonis supr. hoc tit.* Ergo idem est etiam si in locatione conuenerit, ne conductor ignem haberet. Quid enim refert an ignem habere conductor prohibeatur, an verò innocentem habere iubeatur?

DEC. Aliud est ignem innocentem habere, aliud verò ignem omnino non habere. Hoc enim posteriore casu facit conductor aduersus conuentionem, si ignem habeat quamuis innocentem. Priore verò casu non item.

2 ¶ Item prospicere debet conductor, ne in aliquo vel ius rei, vel corpus deterius faciat, vel fieri patiatur.

Ad §. 2. Item prospicere debet.

RAT. DVB. Conductor non idcirco accedit ad conductionem, vt locatoris negotium gerat, sed vt suum proprium, nec vt se constituat procuratorem locatoris, sed vt rem suam tractet *arg. l. postulante 44. §. vlt. infr. ad SC. Trebell.* Ergo nihil causæ est, cur arctandus sit conductor vt prospiciat ne in aliquo vel ius rei vel corpus deterius faciat, vel fieri patiatur.

DEC. Conductor cùm non tam sibi quàm locatori possideat, licet ad propriam suam vtilitatem se quodammodo constituit procuratorem locatoris, sicuti vsufructuarius dicitur quodammodo procurator proprietarij, & creditor procurator debitoris *l. si pignori 29. in fin. supr. Famil. erisc. iunct. l. pignori 13. infr. de vsucap.* nec minùs à culpa quàm à dolo abstinere conductor debet, vt passim scriptum est in hoc *tit. & in l. si vt certo 5. §. nunc videndum supr. Commod.* Atqui culpa est si conductor ius locatoris aliqua in re deterius faciat aut ab alio fieri patiatur, quia diligens paterfamilias id neque faceret neque pateretur. Cumque obligatus sit conductor actione ex locato vt possessionem rei locatæ locatori restituat *l. is qui rem conduxerit 6. & pass. hoc tit. & l. si quis conductionis 25. C. eod.* non videretur restituere rem quam deteriorem factam restitueret *l. 3. §. si reddita supr. Commod. l. 1. §. si res deposita Deposit.* Nam nec habere licere videtur ei cui aliquid minuitur ex eo iure quod ante habuit *l. stipulatio ista 38. §. si quis fortè infr. de verb. oblig.* Ergo siue conductor ipse rem locatam deteriorem fecerit, siue deteriorem ab alio fieri passus sit, puta si seruitutes fundo locato debitas non vtendo amiserit, quomodo Accursius interpretatur, aut quid aliud simile fecerit, ex locato tanquam huius culpæ nomine tenebitur *l. ade 3. C. hoc tit.* Imò quod magis est si propter inimicitias conductoris vicinus eius arbores exciderit, etiam culpæ ipsius hoc adnumeratur *l. si merces 25. §. culpæ autem infr.*

3 ¶ Qui vinum de Campania transportandum conduxit, deinde, mota à quodam controuersia, signatum suo & alterius sigillo in apothecam deposuit: ex locato tenetur, vt locatori possessionem vini sine controuersia reddat: nisi culpa conductor careret.

Ad §. 3. Qui vinum.

RAT. DVB. Nihil potest imputari conductori qui vinum quod de Campania Romam transportandum conduxerat, alio controuersiam faciente signatum suo & aduersarij sigillo in apothecam deponi passus est, ne alioqui ad rixas & arma veniendum necessariò fuisset. Qua de causa inducinecesse fuit remedium sequestrationis, & depositi sequestrarij & actionis se questrariæ *l. ei apud quem 5. §. 1. & 2. & l. seq. l. si in Asia 12. §. cum sequestre l. licèt 17. supr. depos. l. interesse puto 39. de acquir. poss. l. si cuius 13. §. sed si inter duos aliàs l. æquissimum supr. de vsufr.* Ergo non debet conductor ex locato teneri locatori vt possessionem vini sine controuersia reddat, cùm non sit in eius potestate facere ne quam ab alio controuersiam patiatur *l. purè 5. §. vlt. infr. de doli mal. except.* non magis quàm vt sibi prospiciat contra vim futuram, aduersus quam parum id est nihil custodia proficit *l. si ea res 31. supr. Tit. prox.*

DEC. Ius locatoris facit deterius conductor qui vinum quod transportandum conduxerat, deponi & sequestrari passus est, adhibito etiam siue aduersarij, siue iudicis sigillo, cùm à quo tempore signatum vinum est, exportari non possit nisi iudice vel saltem aduersario permittente *l. penult. supr. deposit.* Ergo teneri hoc nomine conductor locatori debet ex locato si non reddat vinum locatori sine controuersia, secundum ea, quæ diximus in §. præcedente. Ad hoc enim maximè ac præcipuè tenetur conductor ex locato vt rem conductam restituat *l. si quis conductionis 25. C. hoc tit.* Sed hoc ita, vt Vlpianus subiicit, nisi culpa conductor careret. Ponit ergo Vlpianus culpam aliquam conductoris præcessisse, puta moram in restituenda re conducta, quomodo Accursius interpretatur. Vt intelligamus sequestrationem quamuis iure factam si post moram facta sit, imputari debere ei qui moram fecit, quique per moram suam faciendæ sequestrationi locum ei tempus dedit. Aliud ergo est si neque moram neque aliam culpam conductor admiserit ante sequestrationem. Mora namque illa est quæ transfert periculum in moratorem *l. si ex legati 23. & seq. de verb. oblig.*

4 ¶ Inter

BIU Cujas

4 ¶ Inter conductorem & locatorem conuenerat, ne in villa vrbana fœnum componeretur. conductor composuit. deinde seruus igne illato succendit. ait Labeo, teneri conductorem ex locato: quia ipse causam præbuit inferendo fœnum contra conductionem.

Ad §. vlt. Inter conductorem.

RAT. DVB. In conuentione de qua in specie huius §. nihil dictum est de igne aut habendo innoxio, aut omnino non habendo vt in *l. si quis domum 9. §. si colonis supr. & §. 1. hac lege*, sed tantùm de fœno ne in villa vrbana componeretur. Ergo si superueniens casus incendij totam villam vrbanam in qua fœnum erat, succenderit, non idcirco locatori conductor teneri debet.

DEC. Contra bonam fidem facit quisquis aduersus conuentionem facit. Quid enim tam bonæ fidei congruit quàm seruari pacta omnia quæ in contrahendo placuerunt? *l. ex empto 11. §. 1. supr. l. in emptionibus 43. & l. 1. supr. de pact. l. cùm venderem 21. infr. hoc tit.* Atqui in proposita specie fecit aduersus conuentionem conductor qui fœnum in villa vrbana composuit, cùm conuenisset ne in ea poneretur. Ergo cùm fœnum intulerit contra conuentionem (sic enim legendum est, non vt vulgo *conductionem*) atque ita incendij causam si non efficientem, saltem materialem præbuerit, recusare non potest quin de casu incendij actione ex locato teneatur, cùm culpa casum præcesserit, nec dubitari possit quin id actum sit inter contrahentes, quamuis in contractu nihil de igne dictum sit, cum appareat non nisi ob metum incendij de fœno in villam non inferendo conuenisse. Accedit quod ponimus incendium à conductoris seruo illatum fuisse, cuius factum & culpam à domino præstandam esse diximus initio huius legis: adeò vt nec liberari possit conductor, etiamsi seruum noxæ dedere velit: vt ibidem scriptum est. Itaque duplex hoc casu culpa est conductoris. Vna, quòd talem seruum in domo conducta habuerit. Altera quòd aduersus conuentionem fœnum in villam vrbanam intulerit. Iunge *l. qui occidit 30. §. in hac supr. ad leg. Aquil.* Sed posterior etiam sola sufficeret, vt constat ex *l. seq.*

12. HERMOGENIANVS libro 2. Iuris Epitomarum.

SEd etsi quilibet extraneus ignem iniecerit, damni locati habebitur ratio.

Ad l. Sed & si quilibet 12.

RAT. DVB. Non quemadmodum conductor seruorum suorum, quos in potestate sua habet, aut aliorum, quos in domum induxit, factum & culpam præstare cogitur, vt proximè diximus. Ita & extraneorum præstare cogendus est, quos neque in potestate habet neque sublocando aut aliter in domum induxit, de quibus tamen solis hæc lex intelligenda est, vt differat hic casus à superiore. Ergo si quilibet extraneus ignem intulerit, damni locatoris ratio haberi non poterit. Sic enim lego *damni locatoris*, non vt in Pand. Flor. *damni locati* quæ nullius sensus lectio est, nisi malis addita post *damni* virgula sequentem dictionem *locati* de actione locati intelligere, quod duriusculum fuerit: aut quod malo, legere cum Accursio *damni, iudicio locati.*

DEC. Sufficit vt culpa conductoris quælibet dummodo leuis non leuissima casum incendij fortuitum præcesserit, ad hoc vt conductor de fortuito incendij casu teneatur, tametsi persona omnino extranea ignem immiserit, cuius neque factum neque culpam præstare conductor debeat. Atqui culpa est conductoris & quidem plus quàm leuis quòd aduersus conuentionem expressam fœnum in villa vrbana posuerit, atque ita incendij si non causam efficientem & immediatam, saltem materiam præbuerit. Nec necesse est duplicem conductoris culpam concurrere vt in specie §. præcedentis, sed vnam præcessisse satis est, vt etiam de casu fortuito conductor obligetur. Sic vbi duplex impedimentum est, non sufficit vnum remoueri, nisi alterum quoque remoueatur *l. cum is 32. §. mulier supr. de condict. indeb.*

13. VLPIANVS libro 32. ad Edictum.

ITem quæritur, si cisiarius, id est, carrucarius, dum cæteros transire contendit, cisium euertit, & seruum quassauit, vel occidit. puto ex locato esse in eum actionem: temperare enim debuit. sed & vtilis Aquiliæ ei dabitur.

Ad l. Item quæritur 13.

RAT. DVB. Inter cisiarios quoque & carrucarios, id est, qui cisiis & carrucis homines vehendos & transportandos conducunt, etiam industriæ & laudis æmulatio quædam est, vt qui velocius cisium & carrucam mouet, is melior & ingeniosior cisiarius, & carrucarius existimetur. Ergo si cisiarius & carrucarius aliquis, dum cæteros cisiarios, & carrucarios transire contendit, cisium vel carrucam euerterit, & ita seruum quassauerit, vel occiderit, non videtur ex ea causa locati iudicio condemnandus, cùm neque nocendi animum habuerit, neq; illicitè aut inhonestè fieri videatur, quod fit aliqua laudis æmulatione, licèt cum periculo aliquo. Non enim fit sine periculo, vt Comicus dicebat, facinus magnum, & memorabile.

DEC. Culpa est si quis id tentet facere in quo videat suam siue temeritatem, siue infirmitatem, siue etiam industriam alij periculosam videat esse futuram, *l. idemiuris est 8. §. 1. sup. ad l. Aquil.* Sibi enim temperare debuit, vt Vlpianus hîc scribit, nec tam id agere, vt cito quàm vt tuto cæteros cisiarios & carrucarios transiret. Aequum igitur est teneri eum huius culpæ nomine de damno dato, nec tantùm iudicio locati, sed etiam actione legis

BIU Cujas

Aquiliæ, vt hîc subiicitur. Cùm verum sit damnum ab eo iniuria datum esse, licet inferendæ iniuriæ animum non habuerit. Iniuria namque est, quicquid non iure fit, *l.1.inf.de iniur.* Non fit autem iure, quicquid fit culpâ aliqua, etiam leuissima, *l.in lege Aquilia 44.supr.ad leg.Aquil.* Itaque facilius est, vt ex hoc facto legis Aquiliæ detur actio saltem vtilis, quàm vt actio ex conducto, quæ non culpa leuissima contenta est, sed leuem exigit. Datur autem hoc casu actio vtilis legis Aquiliæ non directa, non quia damnum datum sit ab eo qui nocere noluit (nec enim hoc spectamus in actione legis Aquiliæ, *l.5.§.1.eod.tit.*) sed tantùm in actione iniuriarum, *§. item Iulianus hac lege*, sed quia non suo corpore damnum dederit, *l.ita vulneratus 51.eod. §.cæterùm, Instit.eod.*

1 ¶ Si nauicularius onus Minturnas vehendum conduxerit: &, cùm flumen Minturnense nauis ea subire non posset, in aliam nauem merces transtulerit, eáque nauis in ostio fluminis perierit: tenetur primus nauicularius. Labeo, si culpa caret, non teneri ait. cæterùm si vel inuito domino fecit: vel, quo non debuit, tempore: aut si minùs idoneæ naui: tunc ex locato agendum.

Ad §.1. Si nauicularius.

RAT. DVB. Nauicularius qui onus Minturnam vehendum conduxerat, si cùm flumen Minturnense nauis ea subire non posset, necessitate coactus in aliam nauem merces transtulerit, extra culpam est, cùm nihil melius aut commodius facere potuerit. Ergo etiamsi nauis secunda in ostio fluminis perierit, nihil causæ est, cur primus nauicularius teneri debeat.

DEC. Non caret culpa primus nauicularius, si inuito domino id fecerit, vel quo non debuit tempore, vel si denique minùs idoneæ naui merces commiserit. His igitur casibus, & si qui alij sunt similes, conductor tenetur ex culpa sua. Sed extra hos casus verum est quod dicebat Labeo, priorem nauicularium non teneri, cùm nihil nisi prudenti consilio, & ex necessitate fecerit, quamuis bonum euentum res non habuerit, *arg. l.sed an vltro 10.§.1. supr.de negot.gest.* Culpa namque in consilio esse potest, in euentu esse nunquam potest. Iunge *l.qui petitorio 36.§.1.supr.de rei vind.l.vlt.§.1.* & quæ ibi scripsimus *de leg.Rhod.de iact.*

2 ¶ Si magister nauis sine gubernatore in flumen nauem immiserit: &, tempestate orta, temperare non potuerit: & nauem perdiderit: vectores habebunt aduersus eum ex locato actionem.

Ad §.2. Si magister.

RAT. DVB. Tempestas quæ post nauem sine gubernatore in flumen immissam orta est, nō minùs casus fortuitus videri debet, & vis maior cui resisti non potuit, quàm si nauis gubernatorem habuisset. Atqui vim maiorem præstare nemo cogitur, *l.si merces 25.§.vis maior, infr.hoc tit.* Ergo non eo magis contra magistrum nauis vectores ex locato agere poterunt.

DEC. Culpa grauis est nauem in fluuium aut in mare immittere sine gubernatore. Cùm magister nauis prospicere debuerit euenire posse quod euenit, vt & tempestas suboriretur, & nauis, quæ sine gubernatore esset, facilè perderetur. Magistrum si quidem nauis eum intelligimus, cui totius nauis cura demandata est, *l.1.§.1.supr.de exercit.act. iunct.l. si quis domum 9.§.1.vers.idem quærit, supr.* Est itaque hæc species vna ex illis, in quibus culpa præcedit casum: ideóque nec superuenientem casum fortuitum excusatur, quoniam culpa fuit ordinata ad eum casum. Cur enim datur naui gubernator, nisi vt prospiciat ne qua orta tempestate, aliáve vi maiore, tam facilè nauis pereat?

3 ¶ Si quis seruum docendum conduxerit, eúmque duxerit peregre, & aut ab hostibus captus sit, aut perierit: ex locato esse actionem placuit: si modo non sic conduxit, vt & peregrè duceret.

Ad §.3. Si quis seruum.

RAT. DVB. Qui puerum quem docendum conduxerat, peregrè secum ducit, nihil facit contra bonam fidem, nihil contra bonos mores, nihil denique contra conuentionem. Nec enim ponimus quicquam conuenisse de puero illo peregrè non ducendo. Ergo etiamsi contigerit, vt in itinere à latronibus captus sit, alitérve perierit, casu fortuito (nam etiam inter casus fortuitos aggressura latronum est, *l.quæ fortuitis 6.C.de pignor.act.*) non debet ea res fraudi esse conductori, vt ex locato teneatur, eiúsve heres, cùm ipse eundem casum subierit, qui neque præuideri poterat, neque impediri.

DEC. Quoties aliqua culpa, saltem leuis, dum ne leuissima casum fortuitum præcessit, æquum est & ex bona fide, vt conductor teneatur, nec tam de casu fortuito, quàm de culpa præcedente, vt diximus ad §.*sed etsi quilibet, & aliis seqq. supr.* ex *l.si vt certo 5.§.interdum, supr. commod.* Atqui culpa est, si conductor puerum quem docendum tantùm susceperat, peregrè ducat, si non & de eo nominatim conuenisset, vt peregrè duci posset, quia prospicere debuit euenire posse, vt si peregrè duceretur, à latronibus intercipi & trucidari eum contingeret, vt in *l.si quis domum 9.§.1.versic.idem quærit supr.* Meritò igitur ex locato tenetur, vt damnum præstet, ac quanti ea causa interest locatoris.

4 ¶ Item

4 ¶ Item Iulianus libro octogesimosexto Digestorum scripsit: si tutor puero parum benè facienti forma calcei tam vehementer ceruicem percusserit, vt ei oculus effunderetur: ex locato esse actionem patri eius. quamuis enim magistris leuis castigatio concessa sit: tamen hunc modum non tenuisse, sed & de Aquilia supra diximus. [a] iniuriarum autem actionem competere Iulianus negat: quia non iniuriæ faciendæ causa hoc fecerit, sed præcipiendi.

Ad §. 4. Item Iulianus.

RAT. DVBIT. Castigatio aliqua præceptori concessa est in discipulum malè facientem, aut non satis benè, quomodo Vlpianus hîc loquitur.

DECID. De leui castigatione id intelligendum est, non de nimia sæuitia, & quæ sit vltra modum. nam, vt est apud Horatium,

Est modus in rebus, sunt certi denique fines,
Quos vltra citráque nequit consistere rectum.

Atqui non tenuit modum sutor, qui puero quem docendum conduxerat, forma calcei tam vehementer ceruicem eius percussit, vt ei oculus effunderetur aut effoderetur. Nimia enim certè hæc sæuitia est, ac proinde culpæ adsignanda *l. præceptoris 6. iunct. §. vlt. legis præcedentis supr. ad leg. Aquil.* Et sæuitia, quæ in propriis culpanda est, in alienis est coercenda *l. si constante 24. §. si maritus infr. solut. matrim.* Ergo ex hac causa conductorem ex locato teneri æquum est, nec tantum ex locato, sed etiam ex lege Aquilia, vt scriptum est in *d. §. vlt. & in hoc §.* Nihil enim vetat ex vno eodemq; facto plures actiones competere & actionem legis Aquiliæ cum alia concurrere *d. l. 5. §. 1. ad leg. Aquil. l. vnde quæritur 7. §. 1. supr. commod. l. cùm ex vno 32. l. qui seruum 34. infr. de oblig. & action.* Alterutra tamẽ hoc casu cõtẽtus esse locator cogitur *l. si vulneraueris 43.* vbi dicemus *infr. d. l. qui seruum.*

a *Iniuriarum autem actionem.* RAT. DVB. Actio iniuriarum concurrit facilè cum actione legis Aquiliæ *d. l. qui seruum.* Nam & illa est de damno iniuria dato. Iniuria autem est quicquid non iure fit *l. 1. infr. de iniur.* proinde negari non potest quin iniuriam & quidem grauissimam acceperit discipulus cui oculus à magistro effossus, & effusus est. Ergo non minùs actione iniuriarum quàm lege Aquilia, etsi teneri hoc casu magister debet.

DEC. Differentia illa est inter actionem legis Aquiliæ & iniuriarum, quod licet vtraque ex iniuria proficiscatur & iniuriam pro causa: Actio tamen iniuriarum exigit animum inferendæ iniuriæ: Actio autem legis Aquiliæ non item, sed tantùm vt illatum sit damnum ab eo qui nec nocendi animum habuit *d. l. 5. §. 1. supr. ad leg. Aquil. l. 3. infr. de iniur.* Atqui in proposita specie non iniuriæ faciendę, sed præcipiendi tantum & docendi animũ magister habuit. Ergo quamuis & ex locato & lege Aquilia teneatur ob id quod discipulo oculum effoderit, actione tamen iniuriarum teneri non debet.

5 ¶ Si gemma includenda, aut insculpenda data sit: eaq; fracta sit, si quidem vitio materiæ factum sit, non erit ex locato actio: si imperitia facientis, erit. [a] huic sententiæ addendum est, nisi periculum quoq; in se artifex receperit. tunc enim, etsi vitio materiæ id euenerit, erit ex locato actio.

Ad §. 5. Si gemma.

RAT. DVB. Debuit aurifex antequam gemmam includendam vel insculpendam susciperet, diligenter inquirere, an eius esset materiæ & qualitatis, vt frangi posset sua sponte nulloq; operis aut artificis vicio, an non, & protestari nõ periculo suo se facere, quomodo prudentes artifices protestari solent *l. si seruus seruum 27. §. si calicem 29. supr. ad leg. Aquil.* Quod si præterm iserit, facilitati suæ expensum id facere debet, & periculum suscipere, contra quod sibi non prospexerit expressa conuentione cùm posset ac deberet. Ergo non est adhibenda distinctio, quam hic Vlpianus adhibet ex Iuliano *& in d. §. si calicem*, an materiæ, an operis vicio gemma fracta sit.

DEC. Non tenetur conductor nisi de culpa lata & leui, quia conductionis contractus vltro citroq; obligatorius est, & fit gratia vtriusq; *l. si vt certo 5. §. nunc videndum 1. supr. Commod.* Atqui nulla est culpa conductoris si gemma non operis, sed materiæ vicio fracta sit sola artificis imperitia culpæ adnumeratur *l. si quis domum 9. §. Celsus* vbi diximus *supr.* Ergo bona & necessaria est hæc distinctio *d. §. si calicem Iunct. l. vlt. infr. hoc tit. l. 2. supr. Quod quisq. iur.*

a *Huic sententiæ addendum est.* RAT. DVB. Bona fides quæ potissimum in contractibus bonæ fidei desideratur, summam æquitatem desiderat *l. bona fides 31. supr. depos.* Atqui non videtur æquitas pati vt conductor teneatur de gemma fracta, si materiæ ipsius vicio id contigerit, cũ neq; imperitia, neque culpa alia possit ei imputari.

DEC. Nihil tam congruit bonæ fidei quàm ea pacta seruari quæ in contrahendo placuerunt *l. ex empto 11. §. 1. supr. tit. prox. l. Lucius 24. supr. depos.* dummodo conuentio neque sit cõtra leges neque cõtra bonos mores neque cõtra bonã fidẽ *l. 1. §. si conuenit 6. & seq. eod.* Ergo si conductor in se susceperit periculũ casus fortuiti, imputet sibi & suę facilitati, cur ita conuenerit: nõ enim potest conuentio hęc videri facta aduersus leges vel bonos mores vel denique aduersus bonã fidẽ *l. opus quod 36. infr. hoc tit. d. l. si quis domum 9. §. Iulianus 2.* vbi diximus *supr. eod.* Est & alius casus huic contrarius in quo supradictæ distinctioni locus esse non potest, si conductor protestatus sit nolle se periculo suo opus facere vt in *d. §. si calicẽ.* Quæ tamẽ conuẽtio nõ eo pertinet, vt si quid cõductor per artis suæ imperitiã fecerit, nõ teneatur, sed tãtũ vt nõ possit incidere quęstio, An cõductor teneatur de damno quod operis vicio acciderit. Esset

BIU Cujas

enim superuacua protestatio, nisi ad tollendam dubitationem, vt in *l. qui mutuam 56. supr. mandat.* *l. quæ dubitationis 81. de reg. iur.* vt & *in l. & si quis 14. §. plerique supr. de relig.*

6 ¶ Si fullo vestimenta polienda acceperit, eaq; mures roserint: ex locato tenetur: quia debuit ab hac re cauere.[a] & si pallium fullo permutauerit, & alij alterius dederit, ex locato actione tenebitur, etiamsi ignarus fecerit.

Ad §. 6. Si fullo.

RAT. DVB. In casu fortuito cõputãdũ esse videtur si mures roserint vestimenta, quæ fullo polienda cõduxerat, cùm in ea re nullũ conductoris factum intercedat propter quod culpa ei aliqua imputari possit. Atqui non tenetur conductor de casu fortuito, sed tantum de dolo & culpa siue lata siue leui, non etiam de leuissima, quia contractus hic fit in gratiam vtriusq;, vt sæpius supra diximus ex *l. si vt certo 5. §. nunc videndum 1. supr. Commod. l. contractus 23. de regul. iur.*

DEC. Culpa est non solum si quis faciat id, quod facere non debet, sed etiam si non faciat quod facere debet *l. qui non facit 121. de regul. iur.* Potuit autem & debuit conductor præuidere futurum esse, vt vestimenta roderentur à muribus aut saltem rodi possent, nisi in alium locum tutiorem transferrentur. Culpa igitur in eo aliqua est si non transtulerit *l. vtique 43. in fin. inf. de damn. infect.* Prospicere enim debuit quod euenire potuit *l. si quis domum 9. §. 1. supr.* Dubium autem non est quin euenire potuerit quod posteà tandem euenit.

a *Et si pallium fullo permutauerit.* RAT. DVB. Quod per ignorantiam præsertim facti admissum est, excusationem meretur, cum in facto vel prudentissimus quisque falli facilè possit *l. 2. infr. de iur. & fact. ignor.* Ergo si fullo per ignorantiam pallium quod poliendum aut ornandum susceperat, permutauerit, & alterius alteri dederit, ex locato actione teneri non debet, præsertim cùm domino supersit vindicatio & Ad exhibendum actio ad pallium à quocumque possessore vindicandum vt & in *l. 1. §. si apud. seruum depositum 18. supr. depositi.*

DEC. Non omnis ignorantia semper est excusata, vt culpa vacare intelligatur *l. sed addes 19. §. 1. infr.* scilicet cùm proprij facti ignorantia est. Non enim quẽadmodũ alieni facti ignorantia est tolerabilis, ita & proprij *l. quamquam 7. supr. ad SC. Velleian. l. vlt. infr. Pro suo.* Nec rursus quicquam interest locatoris, an calliditate, an verò ignorantia conductoris fallatur *l. 1. §. causa huius edicti infr. de ædilit. edict.*

7 ¶ Exercitu veniente, migrauit conductor: deinde ex hospitio milites fenestras, & cætera sustulerunt. si domino non denuntiauit, & migrauit, ex locato tenebitur. Labeo autem, si resistere potuit, & non restitit, ait teneri. quę sententia vera est. sed & si denuntiare non potuit, non puto eum teneri.

Ad §. 7. Exercitu veniente.

RAT. DVB. Imputari potest conductori omni casu, cur solo rumore exercitus venientis perterritus antequam armatos milites videret, aufugerit, cùm non possit videri vi deiectus qui deiici non expectauit, sed profugit. Metum enim præsentem esse oportet, non solam suspicionem eius inferendi *l. metum 9. in princ. supr. quod met. caus.*

DEC. Nemo cogendus est aliena gratia & pro alienis rebus tuendis vitæ suæ periculum subire, quæ rebus omnibus anteponenda est, *l. pen. §. 1. infr. de donat.* Et stultus est qui vi maiori, cui resistere non potest, se vltro obiicit, *l. si merces 25. §. vis maior. infr. hoc tit.* Quis autem priuatus exercitui venienti, & damna innumera per lasciuiam facere solito resistere possit aut debeat? Inculpatus ergo conductor est qui exercitu veniente perterritus migrauit, non futuri, sed præsentis periculi euitãdi & præueniendi gratia. Illud ergo duntaxat inspiciendum est, an culpa ei aliqua imputari possit. Potest autem duobus casibus, si cùm posset resistere citra euidens salutis suæ periculum (ita enim locus hic intelligendus est) maluit migrare quàm resistere. Itẽq; si cũ nõ posset resistere, migrauerit coactus quidẽ, sed nulla denunciatione domino facta, vt prouideret si qua arte posset, ne locatum hospitium ab exercitu transeunte damnum vllum pateretur. Ergo quamuis neque restiterit, neque denunciauerit, si tamen neque resistere neque denunciare potuerit, securus est, vt ad Labeonem Vlpianus hic notat, vt scilicet non modò ad id quod locatoris interest, non teneatur, sed etiam vt mercedis remissionem ei fieri oporteat pro rata temporis quo fruitus non est, *l. si fundus 33. in fin. iunct. l. ex conducto 15. §. si vis tempestatis infr. hoc tit.* Sed & sufficit conductori, vt iustam emigrandi causam non habuerit, quamuis periculum verè nullum fuerit, *l. habitatores 27. §. 1. eod.* Culpa ergo imputabitur conductori, si cùm posset denunciare, non denunciauerit, vt & in specie, *Nouell. 117. vt lic. matr. & auiæ cap. vlt. §. quia verò.* Et rursum si cùm posset resistere, non restiterit, vt in *l. 1. §. occisorum infr. de SC Silan. & l. dolo 2. infr. si ventr. nomin. mulier. in poss. missa.*

8 ¶ Si quis mensuras conduxerit, eásque magistratus frangi iusserit: si quidem iniquæ fuerint, Sabinus distinguit, vtrùm scit conductor, an non: si scit, esse ex locato actionem: si minus, non. quod si æquæ sint: ita demum eum teneri, si culpa eius id fecerit ædilis. & ita Labeo, & Mela scribunt.

Ad §. 8. Si quis mensuras.

RAT. DVB. Qui iussu magistratus aliquid facit vel fieri patitur, neq; dolo neq; vllius culpę cõscius videri potest cũ parêre habeat necesse *l. non videtur data 167. §. 1. de regul. iur. l. si quis id quod 7. §. penult. sup. de iurisd. l. ait prætor 7. §. sed & si ei vers. puto autem sup. de minor. l. vlt. de leg. cõmiss. l. 4. inf. de aqua & aquæ pluu. arcend. l. iniuriarũ 13. §. si quis quod decreto infr. de iniur.* Ergo siue æquæ siue iniquæ mensuræ fuerint, quas ædilis fregit, & siue iniquas conductor sciuerit

sciuerit siue ignorauerit, ex conducto teneri non debet, cùm Magistratui siue iure siue iniuria id facienti resistere nec potuerit nec debuerit. Etsi enim nec Magistratibus quicquam iniuriosè facere conceditur, *l. nec magistratibus 32. eod. tit. de iniur.* interim tamen parendū est *l. si alius 7. §. est & alia exceptio infr. quod vi aut clam.* Dec. Eo demum casu conductorem ex locato non teneri, æquum est, quo sit extra culpam saltem leuem. Nam si culpa eius factum sit, vt mensuras quamuis æquas in via publica fortè repertas ædilis fregerit & concideriit, vt in *l. lectos 12. supr. de peric. & commod. rei vendit.* (in dubio enim pro Magistratu semper præsumendum est ad vitandam præsumptionem delicti factæque iniuriæ, vt & in priuato quolibet *l. meritò 51. supr. pro socio §. item Iulianus 4. in fin. supr. hac lege l. eos qui 12. infr. de decur. & eor. filiis.*) ratio nulla est cur non teneri conductor debeat, qui teneretur etiam de casu fortuito, quem culpa præcessisset, vt toties diximus, & probauimus in præcedentibus. Nec proinde distinguendum est hoc casu an æquæ fuerint, an iniquæ mensuræ, quas faciendas quis conduxerat, & quas Magistratus frangi iusserit. Sed extra hunc casum adhibenda distinctio est, an æquæ fuerint, an iniquæ. Et rursum si iniquæ, an iniquas conductor sciuerit, an ignorauerit, vt si sciuerit, teneatur ex locato. Non item, si ignorauerit. Scienti enim potest culpa imputari, non etiam ignoranti.

9 ¶ Duo rei locationis in solidum esse possunt.

Ad §. 9. Duo rei.

Rat. dvb. Non possunt duo esse eiusdem rei conductores in solidum, non magis quàm duo esse eiusdem rei possessores aut in eiusdem rei corporali possessione, *l. 3. §. ex contrario infr. de acquir. possess.* Conductor enim etsi propriè non possidet, quia non animo domini tenet, in possessione tamen est *l. si quis ante 10. eod. tit.* adeóque dicitur possidere naturaliter *l. communi 7. §. neque colonis supr. l. 3. §. vlt & l. seq. ad exhib. l. certè 6. §. is qui rogauit infr. de precar.* Ergo duo rei ex causa conductionis fieri non possunt: Cùm ij demùm sint correi debendi qui solidum singuli debent *l. 2. & tot. tit. infr. de duob. reis*, solidum autem ex causa conductionis debere non possit, nisi is qui in solidum conductor est.

Dec. Non tantùm verbis stipulationis, sed & cæteris contractibus duo correi debendi fieri possunt, veluti emptione, venditione, locatione, depositò, commodato, vt puta si duobus pariter & eodem contractu res aliqua locata sit à domino qui vtriusque fidem in solidum secutus sit vt in *l. eandem rem 9. in princip. infr. de duob. reis l. cùm apparebit 47. hoc tit.* vbi latiùs dicemus. Nec enim necesse est, vt plures conductores sint in possessione rei conductæ in solidum, quod fieri non posset, sed sufficit, vt vnus ex iis sit in possessione omnium nomine, vt in *l. communis seruus 42. in princip. infr. de acquir. poss.* Omnes verò ad soluendam pensionem obligati sint in solidum, non tanquam omnes, sed tanquam singuli. Hoc enim est quod dicimus locatorem singulorum fidem in solidum secutum esse, *l. si diuisa 10. C. hoc tit.*

10 ¶ Si lege operis locandi comprehensum esset, vt, si ad diem effectum non esset, alij relocare id liceret: non alias prior conductor ex locato tenebitur, quàm si eadem lege relocatum esset: nec antè relocari id potest, quàm dies efficiendi præteriisset.

Ad §. 10. Si lege operis.

Rat. dvb. Verba huius conuentionis non ad aliud videntur obligare locatorē, quàm vt patiatur, & expectet præterire tempus intra quod prior conductor opus facere debuerat. Cæterùm eo tempore elapso sicuti negare prior conductor non potest quin fuerit in mora, ita neque recusare quominùs præstet locatori omne id quod secundo conductori cui relocauit, præstare cogitur non inspecto eo an leuioribus an durioribus legibus & condicionibus secunda conductio facta sit, siquidem hoc casu non potest prior conductor non esse in culpa qui est in mora.

Dec. Quemadmodum pacta in venditione apposita faciunt partem precij, *l. fundi partem 79. supr. de contr. empt. l. si venditor 6. §. 1. in fin. supr. de seruis export. l. si sterilis 21. §. si tibi supr. tit. prox.* Ita & pacta in locationis contractu apposita faciunt partem mercedis. Quod enim est in emptione precium, in locatione est merces *l. 2.* vbi diximus, *supr. l. si merces 25. in princip. infr.* Ergo cum prior conductor ob non perfectum sua die opus tanti teneatur locatori quanti eius interest: tanti autem interest, quanto maior est merces, quam secundo conductori præstari necesse fuit, nesciri potest, an maior minórve sit merces secundo conductori præstita, si non iisdem legibus & condicionibus facta sit secunda locatio quibus prima: cætera namque paria esse oportet, vt in mercede aliquis excessus videri possit, quomodo hîc benè notat Bartolus. Iunge quod scriptum est in *l. ea lege 51. infr. hoc tit.* Ergo si locator ipse manu sua opus fecerit, nullam habebit actionem contra conductorem, cùm nihil eius interesse videatur, vt Accursius hîc notat ex *l. stipulatus es 44. infr. de fideiuss.*

11 ¶ Qui impleto tēpore conductionis, remansit in conductione, non solum reconduxisse videbitur,[a] sed etiam pignora videntur durare obligata.[b] sed hoc ita verum est, si non alius pro eo in priore conductione res obligauerat: huius enim nouus consensus erit necessarius.[c] Eadem causa erit, & si reipublicæ prædia locata fuerint.[d] Quod autē diximus taciturnitate vtriusq; partis colonū recōduxisse videri, ita accipiendū est: vt in ipso anno quo tacuerint,

BIU Cujas

videantur eandem locationem renouasse, non etiam in sequentibus annis: etsi lustrum forte ab initio fuerat conductioni præstitutum. sed & si secundo quoque anno post finitum lustrum, nihil fuerat contrarium actum: eandem videri locationem in illo anno permansisse. hoc enim ipso, quod tacuerint, consensisse videntur. & hoc deinceps in vnoquoque anno obseruandum est. [e] In vrbanis autem prædiis alio iure vtimur: vt, prout quisque habitauerit, ita & obligetur: [f] nisi in scriptis certum tempus conductionis comprehensum est.

Ad §. 11. Qui impleto.

RAT. DVB. Conuentio facta ad certum vsque tempus, vltra tempus illud porrigi non potest *l. Imperator 8. in fin. supr. de postul.* Idque non tam per argumentum à contrario sensu, quòd ea quæ ad tempus permissa sunt, censeantur post tempus illud prohibita, vt inclusio vnius sit exclusio alterius, *vulg. leg. cùm prætor 12. supr. de iudic. l. ex eo 18. infr. de testib.* quàm vi & potestate temporis limitati, *l. Thais 41. §. intra certa tempora infr. de fideic. libert.* Ergo conductio quæ ad quinquennium facta fuerat, impleto quinquennio finita est, nec vltra quinquénium porrigi potest, tametsi impleto eo tempore conductor in rei conductæ possessione remanserit.

DEC. Locatio & conductio est ex iis contractibus qui solo & nudo consensu perficiuntur. *l. 1. supr. l. 2. infr. de oblig. & action.* Consensus autem non tantùm expressus esse potest, sed etiam tacitus *l. 2. & 4. supr. de pact.* & interdum silentio quoque consentio fit, vt Iauolenus loquitur in *l. ea lege 51. hoc tit.* Nihil enim interest an verbis an factis voluntas declaretur *l. non tantùm 5. infr. rat. rē haber.* Atqui dominus qui post finitū tempus locationis patitur conductorē manere in rei conductæ possessione hoc ipso eandem rem ex integro locare intelligitur vt scriptum est in *l. seq.* Ergo conductor tacitè reconduxisse credendus est. Taciturnitas enim hoc casu, vt & in aliis plerisque pro consensu est interueniente facto continuatæ possessionis aut quo alio simili, vt in *l. si mulier 19. infr. solut. matr. l. sicut 8. § non videtur infr. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit. §. non tantùm Instit. de codicill. l. 3. §. 1. supr. de mort. infer. l. cùm in plures 60. §. locator hoc tit. l. 2. infr. ad municip. l. 1. §. scientiam supr. de tribut. act. l. an in totum 3. C. de ædific. priuat. l. quamuis Bassa 8. C. de vsur. l. si sine 5. C. ad SC. Velleian. l. mulier. 11. C. de distract. pignor.* Idem prorsus in precario iuris est quod in conductione *l. in rebus 4. §. vlt. infr. de precar.*

a *Sed etiam pignorum videtur durare obligatio.* RAT. DVB. Potest conductio esse, & perseuerare sine vlla pignorum obligatione. Contractus enim locationis, & conductionis non nisi personalem obligationem parit. Pignorum autem obligatio in rem est *l. pignoris 17. infr. de pignor. l. pignoris 25. C. eod.* Ergo etiam eo casu quo tacita reconductio facta intelligitur, pignorū tamen obligatio citra nouā & expressam conuentionem durare non potest.

DEC. Pignoris obligatio non nisi accessoria est ad principalem, *l. 5. infr. de pignor.* & nudo consensu constituitur hypotheca non minus quàm locatio *§. item Seruiana Instit. de action.* Ergo quemadmodum nuda voluntate tacita reconductio fieri intelligitur, ita & pignorum obligatio durare, sub quibus prima locatio facta fuerat. Censetur enim renouata aut repetita conductio iisdem legibus & condicionibus quibus prima, quamuis non pro tanto tempore, vt sequitur in textu. Iunge *l. lege quidem 16. C. hoc tit.*

b *Sed hoc ita verum est si non alius.* RAT. DVB. Tacita reconductio cēsetur fieri repetita locationis lege, id est, repetita qualitate quæ erat in priori, vt proximè diximus. Atqui tum quoque cùm alius quàm conductor pignora pro locatione dedit, reconductio tacita non minùs interuenire intelligitur. Ergo etiam eadem pignora videri debent durare obligata, tametsi nullus nouus tertij huius consensus interceserit.

DEC. Consensus tacitus qui ex facto aliquo inducitur, non potest vltra factum illud extendi, ne causa pateat latius suo effectu. Atquin etiam cùm tertius res suas pignori dederat locatori pro mercede locationis, tametsi sciat & patiatur conductorem remanere in possessione rei conductæ, nihil tamen facit neque patitur circa rem suā ex quo possit coniici voluisse illum æquè res suas manere obligatas. Nouus igitur eius consensus necessarius est, vt & in fideiussore *l. si cùm Hermes 7. C. hoc tit. Iunct. l. stipulatio 63. infr. de iur. dot.* Ita; placet quod ex hoc Bartolus infert si ex parte locatoris aliquid aliud præter consensum requirebatur, quia fortè certas res conductori præstare debebat, non videri renouatam conductionem nisi locator eas res præstiterit. Item si dominus ipse conductor sit, cui Titius operas suas locauerit, vt in fundo staret ad eum custodiendum certa mercede, non videri factam reconductionem, quia sola patientia mea non implet contractum ex mea parte, nec quicquam feci propter quod præsumi debeam eius operas reconduxisse.

c *Eadem causa erit etsi Reipublicæ prædia.* RAT. DVB. Neque respublica neque vniuersitas vlla consentire facilè potest ne quidem expresse *l. 1. infr. de libert. vniuers. l. 1. §. vlt. de acquir. poss. l. sed ex dolo 15. §. 1. supr. de dolo.* Multo minùs igitur tacitè consentire potest. Atqui tacita reconductio non fit nisi ex tacito contrahentium consensu, vt modo diximus. Ergo quod in priuatorum prædiis locatis obtinet quantum ad tacitam reconductionem ad reipublicæ quoque prædia porrigi non potest.

DEC. Quod sciunt & patiuntur actores vniuersitatis qui huiusmodi prædiorum locandorum potestatem habēt, ipsa vniuersitas scire & pati creditur *l. 1. §. 1. & l. vlt. & pass. supr. quod cuiusque vniuers. nomin.* Ergo etiam scientia & patientia eorum qui potestatem habent locandorum prædiorum vniuersitatis æquè tacitam reconductionem inducet. Iunge *l. item magistri 14. & seq. supr. de pact.*

d *Quod autem diximus.* RATIO DVBITANDI eadem est, quæ ad versiculum præcedentem, quòd reconductio censeatur facta iisdem legibus, & condicionibus, quibus prior conductio, vt suprà diximus. Ergo quemadmodum prior locatio erat quinquēnij & lustri vnius, quomodo prædiorum locationes olim fieri vt plurimum solebant *l. si quis domum 9. §. 1. versic. idem quærit. l. si in lege 24. §. si domus hoc tit. l. si filiofamilias 25. §. vlt. solut. matr. l. qui quatuor. 30. §. 1. de legat. 3.*

BIU Cujas

ita & reconductio tacita facta videri debet pro altero quinquennio, non pro eo duntaxat anno quo tacuerunt.

DEC. Consensus tacitus, qui ex taciturnitate sola inducitur, non ad aliud tempus accõmodari potest, quam quo contrahentes tacuerunt. Atquin is qui vno anno tacuit, non idcirco aliis sequentibus annis tacuisse videri potest. In actibus enim successiuis sicuti successio temporis necessaria est, ita & successio, vt ita dicam, taciturnitatis, & voluntatis quæ ex taciturnitate inducitur. Ergo taciturnitas primi anni non nisi pro primo anno reconductionem tacitam inducere potest, præsertim verò cum ea taciturnitas & patientia ordinetur, maximè ad fructuum perceptionem: vnius autem anni fructus alterius anni nec sint, nec esse possint. Proinde si tale esset prædium rusticum ex quo non nisi de quinquennio in quinquennium fructus perciperetur, dicendum esset cum Bartolo, in quinquennium factam intelligi reconductionem, & è contrario si bis in anno fructus ex eo prædio perciperetur, non nisi in semestre *arg. l. fructus 7. alias l. diuortio §. quod in anno & seq. inf. solut. matr.* licet Accurs. dubitet. Ergo & si fructus qualibet anni parte vniformiter perciperetur, tacita reconductio pro rata temporis facta videri deberet vt eadem esset ratio eo casu rustici prædij quæ vrbani. Addit Bartolus *vniformiter* vt in vinea & in oliuetis, quia, inquit, si tale prædium sit, ex quo fabæ vno anno percipiantur, alio autem frumentum, deciperetur conductor, si non in biennium facta reconductio videretur: sed extra hos casus reconductio prædij rustici pro primo tantum anno facta videbitur, & deinceps in vnoquoque anno idem obseruabitur.

e *In vrbanis autem prædiis.* RAT. DVB. Conductio vrbanorum prædiorum non minus consensu nudo contrahitur, quàm rusticorum. Et rursum consensu tacito perinde ac expresso. Ergo quod ad tacitam reconductionem pertinet, nulla differentia inter prędia vrbana & rustica constitui debet.

DEC. Inter prædium vrbanum & rusticum differentia hac parte illa est, quod in prædio rustico non percipitur fructus qualibet parte anni, sed solum vno tempore, vt ait Bartolus. In prædio autem vrbano fructus habitationis percipitur vniformiter non tantum qualibet anni parte, vt ille subiicit, sed vnoquoque die. Ergo si post completum tempus conductionis prædij vrbani conductor & inquilinus in possessione manserit, dicendum est in id tempus quo habitauerit, reconduxisse eum videri: qui verus huius loci sensus est ab Accursio, Bartolo & aliis interpretib. magis receptus. Simile est quod iidem interpretes omnes adiiciũt, Licèt rerum quoq; mobilium conductio consensu fiat, differentiam tamen constituendam illam esse inter rerum mobilium & immobilium: cõductionem, quòd mobilium recõductio tacita nulla vnquam facta intelligitur, nempe quia is qui post tempus cõductionis finitum res mobiles retinet, furtum facit, nisi credat dominũ id permissurum fuisse, *l. inter omnes 46. §. rectè l. qui re sibi cõmodata 76. infr. de furt.* Cur non verò præsumitur cõductor rerum mobilium reconduxisse potiùs, quàm deliquisse? quomodo interpretes nostri ratiocinantur in conductore immobilium, ex *l. meritò 51. supr. pro socio*, quæ tamen de reb. mobilib. loquitur, cùm loquatur de furto, quod non nisi mobilium rerum fieri potest *l. quam rem 38. infr. de vsucap.* Respondeo nõ pendere hoc ex voluntate solius conductoris, sed etiã ex consensu locatoris, qui nõ tã facilè censendus est relocasse rẽ mobilẽ propter periculum quod grauius subest, ne & possessionẽ, & cum possessione rem ipsam amittat *l. si rem mobilem 47. inf. de acquir. poss.* Alia species est de qua in *d. l. meritò*. Ibi enim agitur de eo qui re communi vsus sit; non qui aliena.

f *Nisi in scriptis certum tempus conductione comprehẽsum est.* RAT. DVB. Scriptura nõ est de substantia locationis & cõductionis. Est enim cõtractus hic ex eorum numero qui consensu sol perficiuntur, nec magis scripturam quàm verborum solemnitatem requirunt, *l. 1. supr. l. 2. inf. de oblig. & action.* Neq; verò fiunt contractus per scripturam extra obligationem literarũ. Sed fieri solent & debent scripturæ ad futuram rei gestæ memoriã & ad probationẽ tantum, *l. 4. infr. de pignor. l. vlt. de fid instrum. l cùm res 12. C. de probat.* Ergo quod ad tacitam reconductionem inducendam attinet, nihil refert an in scriptis, an verò sine scriptis facta conductio sit.

DEC. Multum interest, an fiat scriptura de aliquo contractu ad futuram duntaxat rei memoriam, quomodo vt plurimum euenit, & in dubio factam ea mente scripturam esse credendum est. An verò factus sit contractus in scriptis, id est ea mente ac voluntate ab initio declarata, vt non prius perfectus contractus dici possit quàm & omnino completa scriptura & in mundum redacta sit, vt in specie *l. contractus 17. C. de fid. instrum.* Hoc enim casu scriptura adeo est de substantia contractus, vt ex scriptura omnino contractus pendeat post Iustiniani constitutionem quæ hoc primum induxit in *d. l.* contractus. Ac proinde nõ potest nuda voluntate tacita reconductio induci, quia nec tacita scriptura vlla esse potest, non magis quàm vt scriptura aliqua sit, quæ scripta non sit. Fuit igitur hic necessaria huius exceptionis adiectio, ad id scilicet quod initio §. dictum fuerat de tacita reconductione. Cum tamen hæc noua species contractuum quos in scriptis fieri dicimus, à Iustiniano primum inducta sit in *d. l. contractus* (fuit enim toti veteri Iurisprudentiæ incognita) fatendum est adiectionẽ, & exceptionem hanc Triboniani esse non Vlpiani, & si quis alius in Pandectis locus est de cõtractu in scriptis habito vt in *l. 2. §. 1. sup. de contr. empt.* De quo in vltima Chiliadis nostræ parte abundè scripsimus ad *d. l. cõtractus* & ad initiũ *tit. Instit. de empt. & vendit.* Addit Bartolus nec malè, in officiis quæ ex necessitate geruntur, vt in tutela nõ videri tacitè renouatũ officium licèt in eo iã finito quis remaneat ex *l. 1. §. 1. vers. quare si quis finita inf. de eo qui pro tutor.* Sed huius iuris specialior ratio est, quia tutela iure publico mandatur & patriæ potestatis non voluntate priuatorum *l. impuberi 40. de admin. tutor.*

14. IDEM libro 71. ad Edictum.

QVi ad certum tempus conducit: finito quoque tempore, colonus est. intelligitur enim dominus, cùm patitur colonum in fundo esse, ex integro

BIU Cujas

locare, & huiusmodi cõtractus neque verba, neque scripturam vtique desiderant, sed nudo consensu cõualescunt.[a] & ideo si interim, dominus furere cœperit vel decesserit: fieri nõ posse, Marcellus ait, vt locatio redintegretur. & est hoc verum.

Ad l. Qui ad certam. 14.

RAT. DVB. Colonus non est nisi cui fundus aliquis colendus datus est, vt nomen ipsum coloni demonstrat. Ergo is cui fundus in quinquennium colendus datus fuit, finito quinquennio colonus videri non potest.

DEC. Dominus qui post finitum conductionis tempus conductorẽ tamen in fundi possessione manere patitur, hoc ipso tacitè ei relocare intelligitur, & conductor quoque tacitè reconducere, vt diximus in §. *vlt. legis præcedentis*. Quia huiusmodi contractus neque verba neque scripturam desiderant, id est, neque verborum neque scripturæ vllius solemnitatem, sed nudo consensu conualescunt. Quid ergo si prior contractus verbis initus fuerit, id est, per stipulationem? Non videbitur renouata conductio, quia nec stipulatio ipsa renouata videri potest non magis quàm scriptura, cùm contractus in scriptis habitus fuit, vt proximè diximus. Nec distinguendum est cum Bartolo, an ab initio cõuenerit, vt stipulatio esset de substantia conductionis, quomodo distinximus, cùm de conductione fit scriptura. An verò roborandæ duntaxat conductionis causa stipulatio interponatur vt in *l. duo societatem 71. supr. Pro socio*. Quoties enim in conductione alióve negotij genere stipulatio interponitur, non duo contractus sunt, vnus conductionis, alius stipulationis, sed vnicus contractus stipulationis *l. cum enim 7. iunct. §. 1. l. præced. infr. de nouat.* Cùm igitur stipulatio tacitè renouata videri nunquam possit, (tacitæ siquidem stipulationis mentio nulla vnquam in libris nostris facta fuit ante *l. vnic. C. de rei vxor. act.*) frustra est quærere, an conductionis contractus qui nullus est, tacitè renouatus intelligatur. Distinguendum tantùm est an conductionem stipulatio incontinenti subsecuta sit, an exinteruallo. Nam siquidem incontinenti, id demùm obtinet quod diximus ex *d. l. cùm enim*. Si verò ex interuallo, illa tantùm facti quæstio supereſt, an nouandi animo interposita stipulatio sit nécne. Priore casu idem iuris est quod in præcedente, quia nouatione facta conductionis contractus per stipulationem perimitur, ideóque nec tacitè renouari ampliùs potest, non magis quàm stipulatio. Posteriore autem casu Bartoli sententia recipi potest, vt stipulatio quæ conductionis contractum non nouauit, nec impediat quominùs reconductio tacitè facta censeatur. De quo vide quæ scripsimus ad *d. l. duo societatem. 71. pro socio*.

a *Et ideò si interim dominus furere cœperit*. RAT. DVB. Tacitè cõsentire intelligitur quisquis expressè non dissentit. At qui furiosus expressè dissentire non potest. Ergo tacitè consentire intelligitur, vt in *l. 2. §. vlt. infr. solut. matr.*

DEC. Is demum non contradicendo expressim tacitè consentire intelligitur, qui contradicere & dissentire posset si vellet. Tacitus enim consensus necessario requirit scientiam & patiẽtiam, vt ex iis locis constat, quos *ad §. vlt. legis præcedentis* cumulauimus. At qui furiosus dissentire nõ potest, etiamsi maximè vellet, quia nec sentire creditur *l. si tibi 8. §. vnius infr. de opt. legat.* Ergo nec tacitè consentire potest *l. certè 6. in princip. infr. de precar. l. si tibi 8. §. vnius de opt. legat.* nisi in speciali casu *d. l. 2. §. vlt. solut. matr.* propter concurrentem, vt ait Accursius, patris voluntatem, & authoritatẽ. Prudens enim consilium pater pro filia semper capere intelligitur *l. vlt. in princip. C. de curat. furios.* Denique qui expressim consentire non posset, etiamsi maximè vellet, nec dissentire potest. Furiosus autem nec velle potest: multo igitur minus consentire. Idq; est quod hîc notat Bartolus, fictionem legis non ad aliud se porrigere, quàm ad id ad quod se porrigit lex naturę *l. si is cuius 14. iunct. l. præced. supr. de interrog. in iur. fac.* Et sanè furiosus absentis loco habetur & ignorantis, quoniam affectu caret *l. 1. §. hoc edicto infr. ne vis fiat ei qui in poss. l. vbi non voce 124. §. 1. de regul. iur.* Ergo si dominus, idémque locator ante finitam conductionem decesserit, multo magis dicendum est non videri tacitè factam reconductionem etiamsi conductor in conductione remanserit post conductionis tempus finitum. Sufficiet tamen heredem locatoris & curatorem furiosi scisse & passum esse conductorem in conductione manere, *l. planè si hi 37. supr. pro socio*. Cæterùm quemadmodum tacito consensu reconductio facta creditur, ita & contracta consensu tacito dissolui potest, vt & cæteri contractus qui consensu solo perficiuntur, *l. itaque 64. eod. lib. tit.*

15. IDEM libro 32. ad Edictum.

EX conducto actio conductori datur. 1 ¶ Competit autem ex his causis ferè: vt puta si re, quam conduxit, frui ei non liceat: fortè quia possessio ei aut totius agri, aut partis non præstatur:[a] aut villa non reficitur, vel stabulum, vel vbi greges eius stare oporteat: vel, si quid in lege conductionis conuenit, si hoc non præstatur, ex conducto agetur.

Ad l. Ex conducto 15. & ad §. 1. Competit autem.

Hucusque actum est de actione ex locato. In sequentibus tractat Vlpianus de actione ex conducto. Illa competit locatori aduersus conductorem. Hæc verò conductori aduersus locatorem: quamuis veteres promiscuè his verbis locationis, & conductionis vsi sint, sicut & in emptionibus ac venditionibus verbis emptionis, & venditionis, *l. veteres 19. & seq.* vbi diximus *supr. tit. prox. Ex his causis fere*. Rectè. Nam & aliæ quædam sunt causæ ex quibus actio ex conducto competit quæ hîc non recensentur, puta inquit Accursius, si quid conductor in rem locatam impenderit. Nam ad impensæ repetitionem agere ex conducto potest vt & commodatarius eo nomine agere potest *l. in reb. 18. §. possunt sup. Commod.* & pignoratitius creditor *l.*

tor *l. si necessarias* 8. *de pignor. act.* & depositarius *l. si in Asia* 12. *in princip. l. actione* 23. *supr. depos. & mandatarius l. si quis alicui* 27. §. *impendia. Iunct. l. si verò* 12. §. *si mihi mandaueris sup. Mandat.* & socius *l. si vnus* 66. §. *vlt. pro socio.*

a *Aut villa non reficitur.* RAT. DVB. Non magis tenetur locator præstare conductori vt ei frui liceat, quàm proprietarius fructuario. Plus enim iuris habet fructuarius ad percipiendos fructus quàm conductor. Fructuarius namque ius habet percipiendi fructus eosque suos faciendi per solam perceptionem etiam inuito proprietario *l.* 1. & 3. & *pass. supr. de vsufr. l. si fructuarius messem* 13. *supr. quib. mod. vsusfr. amitt.* Conductor autem non alio iure facit fructus suos quos ex re locata percipit, quàm quia eos percipit ex domini voluntate *l. si seruus* 61. §. *locaui infr. de furt.* Atqui proprietarius non tenetur reficere villam si fortè corruerit vt ea frui fructuarius possit *l. vsufructu legato* 7. §. *quoniam l. sed cùm fructuarius* 65. §. 1. *supr. de vsufr. l. si domus* 18. *supr. de vsu. & habit.* Ergo nec locator ex hac causa teneri debet conductori, nisi de villa reficienda nominatim in conductione conuenerit.

DEC. Differentia est hac parte vt & in aliis plerisque inter vsufructuarium, & conductorem. Vsufructuarius ad hoc tantùm habet obligatum proprietarium vt eum frui patiatur *d. l.* 3. *de vsufr.* in illis verbis *eumve frui patiatur l. vtifrui* 5. §. *vlt. si vsusfr. petet.* At conductor etiam ad hoc obligatum habet locatorem vt ei præster vtifrui *l. si quis domum* 9. §. 1. *l. prox.* §. *si vis tempestatis in fin. & pass. hoc tit.* Non præstat autem qui villam collapsam non restituit, sine qua vel fructus recondi vel greges stare non possint. Ergo ex hac causa conductori aduersus locatorem actio ex conducto danda est. Multóque magis si quid à locatore promissum sit quod præstare nolit.

2 ¶ Si vis tempestatis calamitosæ contigerit: an locator conductori aliquid præstare debeat, videamus. Seruius omnem vim, cui resisti non potest, dominum colono præstare debere ait: vtputa fluminũ, graculorum, sturnorum: & si quid simile acciderit. aut si incursus hostium fiat. si qua tamen vitia ex ipsa re oriantur, hæc damno coloni esse: veluti si vinum coacuerit: si raucis, aut herbis segetes corruptę sint. sed & si labes facta sit: omnémque fructum tulerit: damnum coloni non esse: ne supra damnum seminis amissi mercedes agri præstare cogatur. sed & si vredo fructum oleæ corruperit, aut solis feruore non assueto id acciderit: damnum domini futurum. si vero nihil extra consuetudinem acciderit, damnum coloni esse. idémque dicendum, si exercitus præteriens per lasciuiam aliquid abstulerit. sed & si ager terræmotu ita corruerit, vt nusquam sit, damno domini esse. oportere enim agrum præstari conductori, vt frui possit.

Ad §. 2. Si vis tempestatis.

RAT. DVB. Casus fortuiti in quibus etiam est aggressura latronum, & incursus hostium, ad dominum pertinent *l. quæ fortuitis* 6. *C. de pignor. act.* Atqui dominium fructuum ex fundo locato perceptorum ad colonum pertinet, quia percipit eos ex domini voluntate vt proximè diximus ex *l. si seruus* 61. §. *locaui infr. de furt.* Ergo etiam omnem vim maiorem cui resisti non potest, coloni damno esse oportet.

DEC. Longè alia ratio est fructuum ex fundo locato perceptorum alia percipiendorum. Qui percepti sunt, quoniã perceptione facti sunt conductoris *d.* §. *locaui* eius periculo sũt. At percipiẽdi quia partem fundi efficiunt quãdiu in fundo sunt, tametsi iam maturi & pendentes sint *l. Iulianus* 13. §. *si fructibus supr. tit. prox.* non in alterius quàm locatoris dominio esse possunt. Ergo vim omnem maiorem cui resisti nõ potest, siue diuina illa sit, siue humana, vt Bartolus loquitur, dominus colono præstare debet, vt puta fluminũ, graculorũ, sturnorum, & si quid simile acciderit, quod fructus percipiendos, puta si vredo fructum oliuæ qui delicatissimus est corruperit, aut solis feruore non assueto id contigerit. Itémque si exercitus præteriens quid per lasciuiam abstulerit. Si denique ager terræ motu ita corruerit vt nusquam sit. Ratione illa generali, quæ adfertur in fine huius §. quòd locator præstare debeat conductori, vt frui possit. Denique ea sola vicia & damna excipiuntur, quæ ex ipsa re conducta oriuntur, veluti si vinũ coacuerit, aut si raucis & spinis aut herbis segetes corruptæ sint, vt ex Seruio Vlpianus hîc scribit. Hæc enim cura & prouidentia diligẽtioris coloni impediri potuerunt, neq; ad vim maiorem vllomodo pertinent. Sicuti nec quod accidit secundum consuetudinem regionis *l. fistulas* 78. §. *vlt. supr. de contr. empt.* Igitur damno coloni esse debent, non item si labes facta sit omnémq; fructum abstulerit. Iniquum enim esset vltra damnum amissi seminis compelli colonum ad mercedis præstationem, cùm labes plerumque accidat vi ventorum & flatu, aut quo alio casu superiore, vt Cuiacius tractat *lib. 15. obser. cap.* 28. Iunge *l. vlt. infr.* Sanè nec vsque adeo amarè cum locatore agendum est, vt teneatur præstare conductori, quanti eius interest. Sufficit enim exonerari conductorem præstatione mercedis §. *vbicunque infr.* Intellige autem hunc §. de damno quod fundi locati fructibus acciderit, non quod in ipsis rebus coloni, cuius alia certè ratio est *l. damnum* 12. *C. hoc tit.* vt benè hic Bartolus contra Accursium disputat. Placet etiam quod idem Bartolus adiicit, remissionem mercedis fieri propter sterilitatem, sed nõ propter viciositatem, vt ipse loquitur, fructuũ. Cætera quæ ad pleniorem huius §. interpretationem pertinent, vide hic apud Gothofredum ex Cuiacio supradicto loco, aliísque bonæ latinitatis authoribus. Accursius noster malè versiculum illum explicat, *Idémque dicendum est si præteriens exer-*

BIU Cujas

citus aliquid per lasciuiam abstulerit. Sic enim intelligit, quasi Vlpiani sensus sit, damnum hoc casu coloni esse, non domini. Ob idque dictionem illam *aliquid* interpretatur de modico non de immodico. Cùm tamen Vlpianus velit hoc quoque casu damnum esse domini, vt ex casu præcedenti & sequenti apparet. Fefellit Accursium quod prima illa huius versiculi verba retulit ad proximiora illa præcedentia, *si verò nihil extra consuetudinem accidevit, damnum coloni esse.* Nec animaduertit totum illum versiculum obiter & quasi per parenthesin interiectum esse, & quod subiicitur in hoc versic. *idémque dicendum esse*, continuari debere cum illis præcedentibus, *Sed etsi vredo fructum oliuæ corruperit aut solis feruore non assueto id acciderit, damnum domini futurum esse.* Nam & statim subiungit, *sed etsi ager terræmotu ita corruerit, vt nusquam sit, damno domini esse.*

3 ¶ Cùm quidam incendium fundi allegaret, & remissionem desideraret: ita ei rescriptum est. Si prædium coluisti, propter casum incendij repentini, non immerito subueniendum tibi est.

Ad §. 3. Cùm quidam.

RAT. DVB. Incendium non solet fieri sine culpa inhabitantium, *l. 3. §. 1. de offic. præf. vigil.* Ergo non est hæc iusta causæ concedendæ remissionis conductori, si nulla locatoris culpa interuenerit vt in *l. si quis domum 9. §. si colonis*, vbi diximus *supr. hoc tit.*

DEC. Casus incendij fortuitus esse potest & extra culpam patrisfamilias eiusdémque conductoris vt in *l. si vendita 11. supr. de pericul. & commod. rei vendit. l. si alius 7. §. est & alia infr. quod vi aut clam.* Alioqui non esset fortuitus casus qui vel patrisfamilias vel inhabitantium culpa contigisset. Atqui casus fortuitus nullo bonę fidei iudicio præstatur, *l. quæ fortuitis 6. C. de pignorat. act. l. contractus 23. in fin. de regul. iur.* Ergo æquum est ex hac causa remissionem fieri mercedis conductori, si incendio fructus omnes aut aliqua ex parte consumpti sint, quamuis dominus ædium idémq; locator ex eo incendio damnum quoq; & quidem grauius patiatur *l. inter quos 39. §. damni in fin. infr. de damn. infect.* Sed hoc ita si colonus prædium coluerit, vt habet rescriptum Imperatoris, nempe quoniam si fundum non coluerit, nullos propter incendium fructus amisisse, nullúmque damnum sensisse videri posset, qui æquè nullum ex conductione lucrum deserta agri cultura sentire potuisset *arg. l. iustissimè 44. §. vlt. infr. de ædilit. edict.* Aliæ Accursij nostri interpretationes, & rationes ad rem non pertinent.

4 ¶ Papinianus libro quarto Responsorum ait,

Si vno anno remissionem quis colono dederit ob sterilitatem, deinde sequentibus annis contigit vbertas: [a] nihil obesse domino remissionem: sed integram pensionem etiã eius anni, quo remiserit, exigendam. hoc idem & in vectigalis damno respondit. [b] Sed & si verbo donationis dominus ob sterilitatem anni remiserit: idem erit dicendum: quasi non sit donatio, sed transactio. [c] Quid tamen, si nouissimus erat annus sterilis, in quo ei remiserit? verius dicetur, & si superiores vberes fuerunt, & scit locator, non debere eum ad computationem vocari.

Ad §. 4. Papinianus aliàs l. Si vnò.

RAT. DVB. Quoties vi tempestatis calamitosę aut labe facta aut quo alio modo sterilitas vnius anni contigit, iam quæsitum est statim ius conductori, vt mercedis remissionem pro eo anno impetrare possit & debeat, *§. si vis sup. hac leg.* Ergo etiãsi sequentibus annis vbertas contigerit, compẽsatio tamen nulla fieri potest vbertatis cum sterilitate, vt eo minùs facienda sit conductori remissio mercedis. DEC. Locatione in plures annos facta non tot contractus sunt quot anni, sed vna tantum est locatio, ex qua proinde non priùs sciri potest plusne lucri an damni conductor sentiat quousq; tempus totum prętererierit, in quod facta locatio est. Ergo sterilitas prioris anni cum fertilitate & vbertate sequentium annorũ cõpensari potest & debet *l. licèt 8. C. hoc tit.* Proinde tametsi pensio primi anni tota remissa sit, posteà tamen secuta vbertate adhuc eius ipsius anni tota pensio rectè exigetur, vt ex Papiniano Vlpianus subiicit iis verbis,

a *Nihil obesse domino remissionem.* RAT. DVB. Remittentibus actiones tuas nõ est dandus ad eas regressus, *l. quæritur 17. § si venditor infr. de ædilit. edict.* Ergo domino eidémq; locatori debet obesse si ob sterilitatẽ primi anni remissionẽ mercedis colono dederit, quamuis sequentium annorũ vbertas cõtingat. Nec enim quicquam vetat renunciare locatorem iuri suo, vt & alium quemlibet *l. si iudex 41. sup. de minor. l. pen. C. de pact.* DEC. Aliud lõgè est remittere mercedem, aliud verò remittere actionem quæ pro pensione competit. Nam cùm vnus tantùm sit contractus locationis, tametsi plurium sit annorum, vna quoq; actio tantum est quæ ex eo competit, & pro annis omnibus vnica pensio, quæ locatori post finem locationis actione ex locato debetur. Proinde remissio pensionis, & mercedis pro primo anno debitæ non inducit remissionem actionis ex locato, ne pro illo quidem primo anno. Integra igitur pensio etiã eius anni quo remissa est, exigi poterit, nisi ab initio cõuenerit, vt in singulos annos, si quãdo sterilitas aut quid aliud cõtingat propter quod remissionem mercedis fieri oporteat, remissio fieri possit & debeat, quomodo prudentiores conductores hodie conuenire solẽt. Hoc enim casu tot locationes & cõductiones esse creduntur, quot sunt anni, & remissio quam fortè primo anno fieri necesse fuit, ex posterioris tẽporis euentu retractari nunquam potest. E cõtrario potest cõuenire inter locatorem & conductorem, vt neq; ex causa sterilitatis, neq; ex alia vlla fiat mercedis remissio, quia tanto minoris ab initio facta locatio hoc casu intelligitur vt in *l. si venditor 6. §. 1. in fin. supr. de seru. export.*

b *Sed etsi verbo donationis.* RAT. DVB. Aliud est donare,

donare, aliud verò transigere, *l. Lucius Titius 46. §. vlt. inf. de admin. tutor.* Ei verò qui semel donauit inter viuos non licet liberalitatem suam reuocare quasi in aliquo læsus fuerit, cùm donare sit perdere *l. filius fam. 7. infr. de donat.* Ergo si locator verbo donationis mercedem ob sterilitatem conductori remiserit, non est ei permittendum, vt eãdem mercedem iterum exigat, quasi nõ tam donasse quàm transegisse videatur. Sed & cùm donari propriè dicatur id quod nullo iure cogente conceditur, *l. donari 29. infr. de donat. l. donari 181. de regul. iur.* an non verè dici potest donata merces quæ remissa fuit, cũ nullo iure cogeretur locator eã remittere ante finitum tempus integrum locationis? Neque verò aliter à propria verborũ significatione recedendũ est, quàm si aut voluntas aut alicuius absurdi vitãdi necessitas id exigat, *l. non aliter 69. de legat. 3.* Ad quid enim verba, nisi vt loquẽtis sensum & voluntatem exprimãt? *l. Labeo 7. infr. de supell. legat.* Atquin hic nulla voluntatis probatio, nullaque necessitas proponitur recedendi à propria verbi significatione. Nihil igitur causæ est, cur donationis verbum pro transactione interpretemur.

DEC. In omnibus contractibus, maximè verò iis qui bonæ fidei sunt, nõ tam inspicimus quid dictum quàm quid actũ sit *l. semper in stipulationib. 34. de regul. iur. l. sed Celsus 6. §. 1. sup. de contr. empt.* Id autẽ in dubio actum intelligi debet, quod cõuenit naturæ contractus & negotij quod geritur. Quid autem cõmune vel simile habet cum locatione donatio? Ergo si quando locator cõductore recusante mercedem soluere ob sterilitatẽ primi anni dixerit se mercedem ei donare, attamen nõ tam donare quã transigere voluisse credendus est, vt interim nihil peteret quousq; ex sequentium annorum vbertate appareret, an primi anni pensio exigi nihilominùs debuisset. Quamuis hæc non tã propriè transactio dicenda sit, quàm à petitione recessio, quomodo apud Accursiũ legendũ est, cùm alioqui transactio nullo dato vel accepto vel retento fieri numquã possit *l. transactio 38. C. de transact.* Satis enim iusta causa est interponendæ transactionis, quòd à lite aut litis metu receditur, dum ne quid per calumniam fiat *l. in summa 63. §. 1. supr. de condict. indeb.* Idq; est quod ad hunc §. & ex hoc §. Bartolus & alij vulgo notant, Verba esse accipienda & improprianda potiùs secundum naturam contractus, & subiectam materiam, vt in *l. in lege locationis 29. hoc tit. l. si stipulatus 4. infr. de vsur. l. damni 43. in princip. infr. de damn. infect.*

c *Quid tamen si nouissimus erat annus.* RAT. DVB. Locatio facta prædij rustici in plures annos, vnica locatio est, ideóq; vbertas sequentium annorum compensanda est cum primi anni sterilitate, vt suprà diximus, *l. licèt certis annis 8. C. hoc tit. l. legatum 17. §. 1. infr. de ann. legat. l. Lucius 12. de alim. legat.* Quidni ergo similiter sterilitas nouissimi anni cum vbertate priorum compensabitur? Nihil igitur interesse potest, an primi anni pensio remissa sit ob sterilitatem, an nouissimi.

DECIV. Nihil sanè interest, cuius anni remissio facta sit quod ad hoc vt sterilitas vnius anni cum vbertate aliorum siue præcedentium siue sequentium compensari debeat, cum nulla remissio à locatore facta est. Sed facta remissione multũ refert cuius anni remissio facta sit, an primi an nouissimi. Nam si primi, non distinguimus, an locator vbertatem sequentium annorum sciuerit aut ignorauerit, quæ tanquam futura non nisi incerta esse potest, saltem quod ad homines, vt Paulus loquitur in *l. sed & si restituatur 28. §. vlt. supr. de iudic.* At cùm nouissimi anni remissio facta est, distinctioni locus relinquitur, an locator vbertatem priorum annorum, quæ tanquã res præterita per rerũ naturã certa est, sciuerit an ignorauerit, vt si ignorauerit, iustam causam habeat petendæ cõpensationis. Non enim potest videri renũciasse iuri quod ignorauit sibi competere *l. mater decedens 19. supr. de inoffic. testam. l. Claudius Claudianus 97. de acquir. hered.* Si verò sciuerit, non debeat conductorem vocare ad computationem, id est, vt conferat & compenset vbertatem priorum annorum cum sterilitate nouissimi, & ratio ponatur fructuũ qui toto locationis tempore ex re conducta prouenerunt. Quomodo Papinianus loquitur in *l. Imperator 70. §. si centum de legat. 2.* in illis vrbis *non est audiendus legatarius legato percepto si velit computare.* Imputet enim sibi locator qui sciens vbertatem priorum annorum, quam proinde cum sterilitate nouissimi anni compensare poterat, maluit tamẽ eius anni mercedem remittere. Quo casu non nisi donasse videri potest id cuius posteà repetendi aut compensandi facultatem nullam sibi reliquã esse sciuerit. Apud Accursium in illis verbis, *Nec pro futura libertate* legendum est *vbertate.*

5 ¶ Cùm quidam de fructuum exiguitate quereretur: non esse rationem eius habendam rescripto Diui Antonini continetur. Itẽ alio rescripto ita continetur: Nouam rẽ desideras, vt propter vetustatẽ vinearum remissio tibi detur.

Ad §. 5. Cùm quidam.

RAT. DVB Exiguitas fructuum tanta esse potest, vt ad sterilitatem proximè accedat. Parúmque interest conductoris an nullos, an nõ nisi permodicos fructus ex re locata perceperit. Ergo quemadmodum ob sterilitatem vnius anni remissio mercedis fieri debet, ita & ob exiguitatem fructuum.

DEC. Distat valde sterilitas ab exiguitate fructuum. Sterilitas remissioni mercedis locũ facit, quia iniquum esset, & contra bonam fidem, vt conductor nullos omnino fructus perciperet, nec eo minùs tamen totam locationis mercedem solueret, *arg. l. ex empto 11. §. vlt. supr. tit. prox.* cùm præstare debeat conductori, vt fruatur, quod in casu sterilitatis præstari nullomodo potest. Vis enim maior est quæ præuideri potest, impediri non potest, *§. si vis tempestatis supr. l. si merces 25. §. vis maior infr.* At exiguitas fructuum non impedit fruitionem, nec is qui locat se obligat ad certam quantitatem fructuum, sed sub incerto futuri euentus ita contrahit, vt neque lucrum certum sperare conductor debeat, neque damnum certum timere. Sed tamen separanda est exiguitas fructuum quæ contingit, cùm vi maiore læsi sunt fructus ab ea quæ naturaliter accidit, vt est terra nonnum-

BIU Cujas

quam magis, minúsve ferax, aut si vinearum vetustas interueniat, vt in posteriore huius §. specie. Priore casu modicum quidem damnum æquo animo ferre conductor debet, cui immodicum lucrum non auferretur. Sed tamen si magnum dānum sit & intolerabile, puta vltra dimidiam, æquitatis sanè ratio facit, vt conductori æquum sit cōsuli *d. l. si merces* 25. §. *vis maior infr.* Non etiam posteriori casu, quia exiguitas fructuum talis est quæ præuideri potuerit, & debuerit. Quomodo igitur sterilitatem ab exiguitate fructuum discernemus? An vt quidam volunt, sterilitas dicenda erit, si nec quantum seminauit conductor perceperit? ex §. *si vis tempestatis vers. sed si labes supr.* & §. *vbicunque infr.* An potius secundum vulgi opinionē vt Ioannes volebat? Mihi conuenientius videtur, vt sterilitas ea demum dici debeat quæ seminis quoque & quidem totius damnum colono attulerit, vt constat ex *d.* §. *vbicunque* in illis verbis *supra denique damnum seminis amissi ad colonum non pertinere declaratur.* Cæterùm si ipsa etiam sterilitas cum vbertate fructuum compēsatur, multo magis infertilitas compēsanda erit cum fertilitate, & fructuum exiguitas cum magna fructuum perceptione. Denique securus est locator, vt nullam conductori mercedis remissionem facere teneatur, si computatione & compensatione facta conductor non reperiatur in damno vltra dimidiam, nisi aliud expressim conuenerit.

a *Item alio rescripto continetur.* RAT. DVB. Vetustas vinearum facit, vt longè minùs sint feraces. Ergo vt tanto magis succurrendum sit conductori, cuius facto ea vinearum vetustas non accidit.

DEC. Imputare sibi debet conductor qui vetustiores vineas fruendas conduxerit, nec præuiderit, vt ob vetustatem minùs essent feraces. Potuit enim hoc sola inspectione cognosci, nec in eo deceptum se fuisse conductor queri potest. Igitur non est hæc iusta causa petendæ remissionis mercedis, præsertim cùm ad boni conductoris officium pertineat vetustiores vineas renouare, & propagare, quomodo bonus quilibet paterfamilias ac diligens facere potest, & debet. Si ergo non fecerit, cùm in culpa sit qui omnia non fecerit, quæ diligentissimus quisque facturus fuisset, *d. l. si merces* 25. §. *qui columnam infr.* indignus est cui succurratur in ea re ex qua damnum potiùs, & pœnam sentire debeat, *l. sine hereditaria* 22. *supr. de negot. gest.* Est autem hic casus superiori similis in eo quod vetustas vinearum parit haud dubiè exiguitatem fructuum, sed dissimilis tamen minúsque dubitabilis in eo, quod exiguitas ista fructuum, quæ ex vinearum vetustate nascitur, naturalem causam habet, adeóque necessariam.

6 ¶ Item cùm quidam, naue amissa, vecturam, quam pro mutua acceperat, repeteretur: rescriptum est ab Antonino Augusto non immeritò procuratorem Cæsaris hanc vecturam ab eo repetere, cùm munere vehendi functus non sit. quod in omnibus personis similiter obseruandum est.

Ad §. 6. Item cùm quidam.

RAT. DVB. Nihil est quod naturæ imputetur, cur nauis amissa sit, quam ponimus casu fortuito amissam esse, nulla eius culpa præcedente. Ergo non ideo cogendus est vecturam quam pro inuecto acceperat, reddere, cùm nihil per eum factum sit, nec per ipsum steterit, quominùs id quod in nauem inuectum fuerat transuehendum, transueheretur, *l. sed addes* 19. §. *pen. & vltim. l. qui operas* 38. *infr.*

DEC. Ideo nauis conducitur, vt merces in nauē illatæ & inuectæ transuehantur, & ad hoc se obligat nauta, vt illo transuehendarum merciū officio fungatur. Ergo si qua de causa licèt casu fortuito acciderit, vt nauis amissa sit, ideóque nec transuehi merces potuerint, nihil causæ est cur acceptam mercedē & pro eo officio datā retineat nauta, qui munere & officio suo functus non est. Sufficit enim, vt nullo eius qui nauim locauit facto impedita sit nauis nauigare. Aliud ergo erit, si culpa eius aliqua deprehendi possit, puta si merces illicitas in nauem intulerit propter quas factum sit vt nauis onerata retineretur, & tandem commisso tolleretur, vt in specie *l. penult.* §. *nauem infr. hoc tit.* Sic enim locus ille cum hoc conciliandus est, vt ex Irnerio benè Accursius docet. Fuit autem ita rescriptum ab Imperatore Antonino in persona procuratoris Cæsaris, vt Vlpianus hic refert. Et quoniam in procuratore Cæsaris multa sunt specialia & singulari quodam iure constituta vt constat ex *l. 1. & 2. sup. de offic. procur. Cæsar* monet Vlpianus nihil hic esse speciale, sed in aliis personis omnibus idem probandum esse. Eadem enim iuris & æquitatis ratio est in omnibus personis quā nos attulimus. Sed cur liberatur hoc casu locator restitutione mercedis, nec tenetur ad id omne quod interest conductoris? vt in §. *planè inf. l. si fundus* 33. *versic. nam si colonus l. si in lege* 24. §. *colonus hoc tit. &* §. 1. *huius legis.* Respondent nostri & rectè, quia non fuit hic impeditus conductor facto locatoris voluntario, & iniusto, sed casu fortuito. Quamquam idem esset, etiamsi facto locatoris impeditus esset, adeóq; voluntario, dummodo iusto *l. insulam* 58. *in princip. iunct. l. habitatores* 27. *eod. l. ade* 3. *C. eod.* Idémq; est si facto tertij iniusto prohibeatur cōductor frui, nec ei resistere locator possit vt in *d. l. si fundus ad fin. & l. & hæc distinctio* 35. *hoc tit.* Et generaliter si extra culpam sit locator, sufficit remissionem fieri mercedis, si autem in culpa sit, teneri debet ad omne id quod interest conductoris, vt etiam lucrum quod conductori abest, contineatur §. *prox. infr. & d. l. si fundus.* Sed & cùm locatæ sunt operæ, non sufficit per locatorem non stare quominùs operas præstet, vt ei mercedem totam præstari oporteat, nisi stet etiam per conductorem, quominùs operæ præstentur vel per casum fortuitum contingentem in ipsius persona, vt in *l. sed addes* 19. §. *cùm quidam infr.* non autem in persona vel in re locatoris, vt in hoc §. Quod tamen nostri intelligunt, nisi merces condicionaliter promissa fuisset, si operæ præstarentur. Tunc enim, si non præstarentur etiam ob casum contingentem in persona conductoris, non teneretur conductor mercedem soluere, quoniam in condicio-

BIU Cujas

condicionibus solus euentus inspiciatur, si non peripsum conductorem staret. Quo demùm casu haberetur condicio pro impleta, *l. Labeo scribit si mihi bibliothecam 50. supr. de contr. empt. l. iure ciuili 24. de condic. & demonstr.* Quid? An potest teneri locator de casu fortuito etiam in persona sua contingente, vt mercedem quam accepit, reddere teneatur, cùm casus fortuiti nullo bonæ fidei iudicio præstentur? *l. quæ fortuitis 6. C. de pignor. act.* Respondeo casum fortuitum non ei nocere, vt remaneat in damno, sed ei tamen nocere, vt non remaneat in lucro, quomodo remaneret si non præstita opera quam locasset, mercedem nihilominùs retineret, cùm æquè casus ille fortuitus contingere potuerit, etiamsi locator operas suas non locasset. An ergo differt hoc casu locatio à venditione? Nam in venditione constat casus omnes fortuitos qui post factam venditionem contingunt, ad emptorem pertinere, *l. id quod 7. & seq. supr. de pericul. & commod. rei vendit. l. Lucius 11. infr. de euict.* Imò inquam eadem hac parte vtriusque contractus ratio est. Nam quod dicimus periculum rei venditæ & casuum fortuitorum spectare ad emptorẽ, tum verè dicitur cùm vendita fuit res, quæ erat in rerum natura & pura fuit venditio. Sed si vendita esset res quæ nondum in rerum natura erat, sed esse sperabatur, puta fructus ex eo fundo nascituri, nullis natis fructibus periculum esset venditoris non emptoris, nec precium vllum deberetur venditori, quia nec emptio vlla esse intelligeretur, *l. nec emptio 8. supr. de contr. empt.* Similiter ergo dicamus, In locatione quoque vendi quodammodo fructus nascituros, vel vsum rei futuræ vel futuræ operæ, vt merces quæ à conductore præstatur, veluti precium sit eius rei quæ locatur. Et ideò si non nascantur fructus, vel non præstetur vsus aut opera, mercedem nullam deberi, quasi deficiente re quæ locata est & deficiente condicione sub qua merces promissa videbatur, vt contra Accursium, & Cinum Bartolus, & Castrensis subtiliter disputarunt. Excipienda tamen est species, *l. 1. §. penult. infr. de var. & extraord. cognit.* vbi quamuis steterit per casum contingentem in persona Aduocati, merces tamen integra debetur, siue cum Accursio dicas, speciale id esse in Aduocato, siue cum Bartolo, quòd agatur ibi de mercede, quæ olim præstabatur ex publico, & quæ ideo minùs propriè dicenda merces videbatur, siue potiùs, quod & probabilius arbitror, quia exhibitio operarum Aduocati & alterius cuiuslibet in officio & munere publico constituti longè nobilior & illustrior sit, quàm vt locationis nomen mereatur, *dict. l. 1. §. proinde de var. & extr. cognit.* ideóque nobiliùs, & mitiùs agendum est cum huiusmodi personis, ne tam facilè debito honorario defraudentur, nisi cùm per eos stetit, *l. vltim. Cod. de condict. ob caus. dat.* Nec aliud est in ea pecunia quæ hodie debetur ex conuentione priuata Aduocato à clientibus, quia succedit in locum salarij publici eiúsque naturam retinet eo iure, quo subrogatum sapit naturam eius in cuius locum subrogatur, *l. si eum 10. §. qui iniuriarum supr. si quis caution.* Excipiendus etiam est casus, *l. cùm heres 4. in princip. infr. de statulib.* siue libertatis fauore is locus potissimùm nititur, vt Accursius credidit, siue vltimæ voluntatis, vt vult Bartolus. Difficilior obiectio est quæ fit ex *l. pecuniam 10. Cod. de condict. ob caus. dator. & ex l. si pecuniam 5. in princip. iunct. l. 3. §. sed si Stichus supr. eod. ill. tit.* Vbi etiamsi casus fortuitus contingat in persona eius qui contractum ex parte sua implere debuit, quod tamen ei datum est non repetitur, nisi casus ille fortuitus contigerit post moram. Sunt qui contractus nominatos hac parte separent ab innominatis, non malè quod ad hoc, vt in his locus sit pœnitentiæ, in illis verò non item, de quo diximus ad *d. l. si pecuniam.* At non quod pertinet ad causam non impletam, alij cum Bartolo distinguunt factum instantáneum à successiuo. Probabilius mihi videtur quod Castrensis noster magis probat, aliud esse deberi pecuniam ex contractu locationis, quo casu merces, vt diximus, precium quodammodo est operæ vel vsus, ideóque si non præstatur opera vel vsus, nec merces deberi potest, quæ est correlatiua, *arg. l. bona fides 50. supr. tit. prox.* Aliud verò deberi pecuniam ex contractu innominato quamuis pro opera, quia tunc pecunia non censetur esse precium operæ, nec cum illa commensuratur eodem modo quo in contractu locationis, vt Castrensis loquitur. Et idcirco soluta pecunia non potest repeti, quamuis si soluta non esset, nec peti posset ob causam non secutam, quia contractus innominatus ex neutra parte impletus nudi pacti potiùs, quàm contractus iure censetur, *l. iuris gentium 7. §. 1. supr. de pact. l. 1. de rer. permut.* Placet etiam quod post Accursium nostri hic notant, quod suprà dictum est, mercedem restitui debere conductori si locator etiam casu fortuito impeditus fuerit præstare quod promiserat ita demùm habere locum si impedimentum perpetuum fuerit, non si temporale, quo casu expectandum est, vt cesset, vt cùm cessauerit, & opera præstari possit, & merces debeatur, nisi contrahentes ad certum & determinatum tempus se restrinxerint, quod per aliud tempus subsequens suppleri non possit ex *l. si vsusfructus mihi 6. infr. de vsufr. legat.* Cæterùm cum non nisi tres casus persequantur Accursius & Bartolus, si res sola locata sit, si sola opera, & si res simul & opera, quartum addit Castrensis, si opus aliquod locatum fuerit, de quo in *l. opus 36. l. Marcius 59. & l. vlt. infr. hoc tit.* Sumpsimus hæc libenter ex Castrensis nostri Commentariis, quod is totam hanc quæstionem apud Accursium, & Bartolum tam obscurè ac perplexè tractatam mihi visus est omnium clarissimè & dilucidissimè explicasse.

7 ¶ Vbicumque tamen remissionis ratio habetur ex causis suprà relatis: non id, quod sua interest, conductor consequitur, sed mercedis exonerationem pro rata temporis. suprà denique, damnum seminis ad colonum pertinere declaratur.

BIU Cujas

Ad §. 7. Vbicunque.

RAT. DVBIT. Quoties aliqua iusta causa subest remittendæ mercedis, toties æquum est præstari indemnitatem conductori: Atqui non potest videri præstita ei plenissima indemnitas nisi præstetur etiam quicquid eius interest, vt in actione exempto dicimus, *l. si in venditione 60. l. euicta 70. infr. de euict.* Ergo supradictis omnibus casibus, in quibus diximus mercedis remissionem à locatore faciendam esse, dicendum est etiam ad id quod conductoris interest, condemnari eum debere.

DECID. Id quod interest, duplicem habet rationem, & eius quod abest ei qui petit quod sua interest, & eius quod ipse lucrari potuit, *l. si commissa 13. infr. rat. rem haber. l. 2. §. vltim. in fin. supr. de eo quod cert. loc. l. si fundus 33. hoc tit.* Ergo tum quoque cùm indemnitatem conductori præstari æquum est, id omne tamen quod ipsius interest, non idcirco præstari ei debet. Nam plenissima quidem indemnitas in eo quod interest continetur, sed non è contrario totum id quod interest in plenissima indemnitate. Siquidem indemnitas damnum adimere duntaxat debet, vnde & nomen sumpsit, non etiam lucrum adferre, ac longè aliud est, damnum aliquem non sentire & lucrum sentire, *leg. quod autem 6. §. simili modo infr. quæ in fraud. credit. leg. 3. in princip. infr. de vi & vi armat. leg. vltim. §. si verò creditores Cod. de iur. deliber.* Satis ergo conductori esse debet, quod mercedis exonerationem pro rata consequatur, non etiam id omne quod sua interest, ne quod ex æquitate proficiscitur, in iniquitatem degeneret, ac ne, dum conductori fauere volumus, nimiam locatori, cuius culpa nulla argui potest, iniuriam faciamus. Proinde si colonus fundum conductum seuerit, & labes ac sterilitas tanta fuerit, vt totius seminis damnum acciderit, damnum quidem seminis coloni erit, sed supra damnum seminis reliquum omne ad locatorem pertinebit, hactenus scilicet, vt totius mercedis exonerationem conductori facere teneatur. Ergo quod diximus exonerari conductorem debere ne in damno moretur, non etiam vt lucrum sentiat, non vsquequaque & generaliter verum est. Remanet enim conductor in damno totius seminis, at non etiam in damno mercedis, ad quam solam indemnitas hæc pertinet.

8 ¶ Planè si fortè dominus frui non patiatur, vel cùm ipse locasset, vel cùm alius alienum, vel quasi procurator, vel quasi suum: quod interest, præstabitur. & ita Proculus in procuratore respondit.

Ad §. 8. Planè si fortè.

RATIO DVBITANDI & DECIDENDI ad hunc §. eadem est quæ ad *leg. si quis domum 9. in princip. supr. hoc tit.* vbi contra Accursium docuimus ex hoc potissimùm loco, eum qui alienum fundum etiam ignorans locauit teneri ad id omne quod interest conductoris. Id enim est quod Vlpianus hic significat iis verbis, *vel alius alienum*, quamuis Accursius perpetui erroris sui memor ea intelligat de eo qui sciens alienum locauit, sicut & verba illa sequentia, *vel quasi procurator*, de eo qui quasi procurator alienum fundum locauerit, cùm sciret se procuratorem non esse ex *l. & hæc distinctio 35. in fin. hoc tit.* ad quam nos iam respondimus in *dict. leg. si quis domum.* Nec melius Bartolus ad hunc §. notat, eum qui aliquid facit tanquam procurator non teneri ad totale interesse. Contrà quàm apertè Vlpianus ex Proculo hic scribat. Non enim debet quis procuratorem se dicere, nisi se talem sciat, nec facti proprij potest ignorantiam prætendere, *leg. quamquam 7. supr. ad SC. Velleian.*

9 ¶ Interdum ad hoc ex locato agetur, vt quis locatione liberetur, Iulianus libro quintodecimo Digestorum scripsit, vtputa Titio fundum locaui: ísque, pupillo hærede instituto, decessit, &, cùm tutor constituisset abstinere pupillum hæreditate, ego fundum pluris locaui: deinde pupillus restitutus est in bona paterna. ex conducto nihil amplius eum consecuturum, quàm vt locatione liberetur. mihi enim iusta causa fuit locandi.

16. IVLIANVS libro 15. Digestorum.

CVm eo tempore in pupillum actiones nullæ darentur.

Ad §. vlt. Interdum & l. seq. Cùm eo tempore.

RAT. DVBIT. Actiones locati & conducti transeũt siue in heredes siue locatoris siue conductoris non minùs actiuè quàm passiuè, *l. sed addes 19. §. ex conducto l. cùm in plures 60. §. heredem infr. hoc tit. l. viã veritatis 10. C. eod.* vt cęteræ actiones omnes quæ ex contractu nascuntur, *tot. tit. C. de hered. action.* Atqui nõ est sine herede conductor qui suũ heredem reliquit quamuis se abstinẽtem. *l. cũ quasi 30. §.*

50. §. *sed etsi suus infr. de fideic. libert.* Qui enim sunt in potestate, statim & ipso iure sunt heredes aut ex testamento si instituti sint, aut ab intestato si pater intestatus decesserit. Nec quod se possunt abstinere quicquã facit *l. 1. §. qui sunt in potestate inf. si quis omiss. caus. testam. l. in suis 14. de suis, & legit.* Qui autẽ semel heres fuit, postea per abstentionem non potest definere heres esse *l. ait Prætor 7. §. sed quod Papinianus supr. de minor. l. ei qui soluendo. 88. de hered. instit. §. restituta Instit. de fideic. heredit.* Ergo nõ habet locator iustam relocandi causam ob hoc solùm quod filius pupillus à patre conductore heres institutus abstentus sit bonis paternis à tutore. Præsertim si ponas, quomodo hic Vlpianus ponit, pupillum hunc postea restitutum fuisse in bona paterna aduersus abstentionem tutoris, cùm ea sit natura restitutionis in integrum, vt omnia in pristinum statum reponat, ita vt qui restitutus est aduersus abstentionem, num quam abstentus fuisse intelligatur *dict. §. sed quod Papinianus l. quòd si minor 24. §. restitutio eod. tit. de minor.* Proinde cùm pupillus contra abstentionem restitutus frui nihilominus prohibeatur facto ipsius locatoris, qui alij eandem rem relocauit, dubitandum non videtur quin pupillo eidemque heredi conductoris condemnari debeat in id omne quod ipsius interest alij relocatam rem non esse, secundum ea quæ diximus in §. proximè præcedente.

DEC. Suus heres quamuis patri sit heres necessarius, abstentus tamen non habetur loco heredis apud Prætorem, ex cuius edicto & iurisdictione est beneficium abstinendi *l. si filius 12. supr. de interrog. iur. fac. l. necessariis 57. infr. de acquir. hered.* vbi hanc ob causam scriptum denegari ei & in eum debere actiones omnes hereditarias, quæ alioquin si nulla abstentio interessisset, dari & in eum deberent, cùm solius Prætoris sit actiones omnes etiã eas quæ iure ciuili competunt, vel dare, vel denegare. Iustam ergo causam relocandi alij locator habuit, cùm vidit nullam sibi actionem efficacem & vtilem pro consequenda mercede aduersus pupillum superesse propter abstentionem. Nec debuit expectare an futurum esset, vt pupillus quandoque aduersus eam abstentionem restitueretur, cùm id in dubio euentu positum fuerit, nec interim rei suæ commodo & emolumento defraudari debuerit. Subsecuta igitur restitutio pupilli in bona paterna siue per auxilium restitutionis in integrum facta sit, quomodo fieri eam debere putat Bartolus ad *l. infr. de acquir. hered.* sine iure suo & sola edicti potestate, quod nos malumus ex *l. impuberibus 11. & seq. eod. tit. l. penult. de author. tutor. d. l. necessariis & l. ex contractu 44. infr. de re iudic. leg. vlt. C. de repud. vel abstin. hered.* quemadmodum efficere non potest, vt quod re vera factum fuit, pro infecto habeatur: Ita neque vt iustam causam relocandi locator non habuerit qui iustissimam habuit. Consequens ergo est, vt quamuis ob relocationem illã & facto ipsius locatoris pupillus heres cõductoris frui prohibeatur, non ad aliud tamen ex conducto agere pupillus possit, quàm vt à locatione liberetur & à præstanda mercede, quam alioqui tanquã primi cõductoris heres præstare deberet. An enim iusta causa relocandi fuerit necne, nõ ex alio tẽpore æstimandum est, quàm ex eo rerum statu qui fuit cùm facta est relocatio. Vnde namque diuinare locator poterat futurum, vt quandoque pupillus contra abstentionem restitueretur, aut quando? Aut cur dubium illum euentum expectare debuisset & in locatione inutili etiam contra pupilli voluntatem perseuerare? Est igitur hoc exemplum accommodatissimum eius quod initio huius §. præfatur Vlpianus: Interdum actionem ex conducto dari cõductori ad hoc solum, vt ab actione ex locato liberetur. Quemadmodum & in actione ex empto cõtingit nonnunquam, vt detur etiam ad distrahendam & resoluendam venditionem, vt in *l. ex empto 11. §. is qui virginem & seqq. supr. tit. prox.* Vereque hic dici potest non potuisse pupillum mutare consilium in locatoris fraudem & iniuriam, ex regula *l. nemo potest 75. de regul. iur.* & rebus non amplius integris ob factam relocationem. Nam si relocatio facta esset post restitutum in bona paterna pupillũ, dubitare non oporteret quin condemnandus esset in id omne quod pupilli interesset, quia iam desiisset iusta esse relocandi causa, quæ antea iustissima fuisset. Idque ostendit satis ratio, quæ ponitur in *l. seq.* quòd eo tempore quo relocatio facta est, nullæ in pupillum actiones dari possent propter abstentionem.

17. VLPIANVS libro 32. ad Edictum.

TVtelæ tamen cũ tutore iudicio (inquit) agetur si abstinere eum non debuit.

18. IVLIANVS libro 15. Digestorum.

IN quo inerit etiam hoc, quod ex conductione fundi lucrum facere potuit.

Ad l. Tutelæ 17. & l. In quo 18.

RAT. DVB. Ignoscendum est tutori qui in re pupillari id fecit quod in re sua prudenter facere potuisset, & quod diligenter patresfamilias facere solent *l. à tutoribus 33. en princip. infr. de admin. tutor.* Atqui sæpe accidit, vt prudens paterfamilias hereditatem sibi delatam quamuis opulentissimam nolit tamen agnoscere aut metu latentis æris alieni, aut tanquam negotiis & litibus multis implicatam *l. 4. infr. ad S. C. Trebell.* sufficitque nihil prohibere quominus iustam causam habuerit propter quam negotiis hereditariis implicari nollet *l. si in testamento 22. §. vlt. infr. si quis omiss. caus. testam.* Ergo nec imputari quicquam potest tutori qui suspectam habens paternam hereditatem pupillum abstinuit, dummodò bona fide id fecerit, non per collusionem, cùm tutor qui bona fide tutelam gerit domini loco habendus sit *l. qui fundum 7. §. si tutor infr. Pro emptor. l. is qui in puteum 11. §. an ignoscitur infr. Quod vi aut clam.*

DEC. Rei quidem suæ pro arbitrio suo moderator quisque est & arbiter *vulg. leg. in re mandata 21. Cod. mandat. leg. 2. infr. si à parent. quis manum.*

BIU Cujas

sit. At rei pupillaris non similiter tutor sic arbiter est, vt pupillum suum pro arbitrio vel immiscere bonis paternis vel abstinere possit, sed diligentior esse debet in exquirenda rei veritate, ne quid faciat quod non sit ex pupilli vtilitate. Nam quicquid tutoris dolo vel lata culpa seu leui pupillus amiserit, hoc in tutelæ iudicium venire certum est, *l.vlt.infr.de admin. tutor.l.quicquid 7. Cod.arbitr.tutel.* Ergo quicquid damni & incommodi pupillus sensit ex abstentione paternæ hereditatis per tutorem facta imprudenter quamuis citra dolum, totum hoc ei tutelæ iudicio à tutore sarciendum est. Ergo & damnum quod ex ea causa pupillus passus est, ex re locatione per eundem locatorem facta cui abstentio causam iustam dedit. In quo etiam lucrum continebitur quod ex conductione facere pupillus potuit, vt subiicitur in *l. seq.* & quod fecisset si bonis paternis eum tutor non abstinuisset. Ponimus enim factam relocationem maiore precio quàm quo facta prior fuisset. In eo autem quod interest etiam lucrum amissum continetur *l. si fundus 33.infr.hoc tit.l.si commissa 13. Rat.rem haber.l. 2.§.vlt.in fin.supr.de eo quod cert.loc.*

19. VLPIANVS libro 29. ad Edictum.

SEd addes hoc Iuliani sententiæ: vt si collusi ego cum tutore, ex conducto tenear in id quod pupilli interfuit.

Ad l. Sed addes 19.

RAT. DVB. Etiam si locator cum tutore pupilli collusserit, nihil tamen videtur interesse pupilli, qui tutorem suum eo nomine obligatũ habet actione tutelæ, vt modo diximus. Præsertim si ponas tutorem soluendo esse aut aliter pupillo legitimè cautum esse, vt in *l.vlt.infr.de admin. tutor. l.4. §.illa etiam quæstio infr.de doli mali except.* Ergo non eo magis teneri locator debet vt præstet quanti interest pupilli priorem locationem durasse.

DEC. Non est malitiis indulgendum *l.in fundo 38.supr.de rei vindic.* neque collusionibus quæ dolum semper adnexum habent *leg.si seruus 50.§.1.de legat.1.& tot.tit.de colluſ. deteg.* Neque potest videri locator iustam relocandi causam habuisse, qui collusione cum pupilli tutore habita relocauit. Ergo æquum est & ex bona fide, vt in eo quod contra bonam fidem fecit, puniatur, & condemnetur actione ex conducto in omne id quod interest conductoris. Cùm alia causa iusta subesse nulla possit, ob quam condemnari non debeat in omne id quod conductoris interest, nisi, quia iustam relocandi causam habuisse videretur, vt scriptum est in fine *l.ex conducto 15.supr.* Nec quod tutor ob dolum suum obligatus sit tutelæ actione indemnitatem pupillo præstare, debet prodesse & liberationem adferre locatori qui æquè in dolo est, & cuius dolum iudicio bonæ fidei coerceri æquum est *l.1.§.1.l.tenetur 6.§.vlt.supr.tit.prox.* Quid enim tam contrarium bonæ fidei quàm dolus? *l.3.§.vlt. supr.Pro socio l.si dolo 5. C.de rescind. vendit.* Et rursus interest pupilli, vt & alteri[9] cuiuslibet, habere plures eiusdem indemnitatis debitores *l.1.§.vlt.& legib.seqq.supr.de exercit.act.* vt & plures etiam contra eundem & eiusdem rei nomine actiones *leg.cùm filius 76.§.variis de legat.3. l.quod in herede 9.§.eligere de tribut.act.supr.* Iunge *l.Iulianus 13.§. si colludente supr. tit.prox. l.qui fundum 7.§. procurator infr. Pro emptor.* Nec contrarium est, quod idem Vlpianus scribit in *l.ideoque 5. supr.de dolo.* Si pupillus à Titio tutore authore & colludente circumscriptus sit, non debere eum de dolo actionem aduersus Titium habere, cùm habeat tutelæ actionem contra tutorem, per quam possit ab eo consequi quanti sua interfuit, præterquàm si tutor soluendo non sit. Id enim fit odio actionis de dolo, quæ, quoniam famosa est, nunquam datur quoties alia competit vel ipso iure vel etiam extra ordinem & ope restitutionis *l.1.§.ait Prætor & seqq. eod.tit.* At ex conducto actio non æquè famosa est, & cum actione tutelæ aliáve qualibet concurrere facilè potest contra locatorem, qui dolum malum admisit & cum tutore collusit, tametsi tutor quoque soluendo sit.

1 ¶ Si quis dolia vicioſa ignarus locauerit, deinde vinum effluxerit: tenetur in id, quod interest: nec ignorantia eius erit excusata, & ita Cassius scripsit, aliter atque si saltum pascuum locasti, in quo herba mala nascebatur. hic enim si pecora vel demortua sint, vel etiam deteriora facta: quod inteteſt, præstabitur, si scisti. si ignorasti: pensionem non petes. & ita Seruio, Labeoni, & Sabino placuit.

Ad §.1.Si quis dolia.

RAT. DVB. Deterior debet esse condicio locatoris scientis quàm ignorantis, sicut & venditoris, *l.Iulianus 13.in princip.& pass.supr.tit.prox.* Qui enim scit rem quam vendit aut locat, vitiosam esse, nec præmonet, decipit eum cum quo contrahit. Qui verò ignorat, extra culpam est, si nihil sit quod imputari ei possit. Ergo & in doliis quæ quis vicioſa locauerit, eadem distinctio adhibenda est, vt si sciens vicioſa locauerit, deinde vinum effluxerit, teneatur in omne id, quod interest conductoris non etiam si ignarus.

DEC. In cæteris quidem rebus ea distinctio necessaria est, & æquissima, sed non in vasis & doliis venditis aut locatis, vt constat ex hoc §. & ex *l.tenetur 6.§.si vas supr.tit.prox.* ob eam diuersitatis rationem quam nos ad eum locum attulimus. In vasis aut doliis cõmodatis, aliud est, si quid ea occasione damni cõmodatarius senserit. Distinguitur enim illo casu an is qui cõmodauit, viciũ vasorũ & doliorũ sciuerit an ignorauerit, vt si scieuerit, condemnandus sit in id omne quod interest commodatarij,

modatarij non etiam si ignorauerit *l. in rebus* 18. §. *item qui sciens & l. penult. supr. Commod.* Mitius enim agendum est cum commodatore qui in commodando nihil nisi de conferendo beneficio cogitauit, dum ne prætextu beneficij amicum decipere voluerit. Beneficio enim iuuari nos non decipi oportet *l. in commodato* 17. §. *sicut eod.* Aliud iuris est in seruo locato vel vendito per quem damnum aliquod emptori aut conductori contigerit. Non enim ex ea causa contra venditorem aut locatorem competere actio ex empto, vel ex conducto potest ei qui damnum passus est, sed tantùm noxalis, vt ex quolibet alterius serui delicto *l. si tibi domum* 45. §. 1. *l. cùm in plures* 60. §. *seruum meum infr. hoc tit.* At in seruo depositio vel qui mandat, alterius emptus sit si is depositario vel mandatario furtum fecerit aliter obseruatur, vt is qui deposuit aut mandauit, teneatur actione propria ex contractu in omne id, quod depositarij, vel mandatarij interfit *l. si seruus cõmunis* 61. §. *quod verò* iũctis præcedẽtibus & sequẽtibus *infr. de furt.* Vbi vide perelegantes huiusmodi diuersitatum rationes. Et certè cùm sicut in emptis & venditis, ita & in locatis & conductis maximè inspiciendum sit quod actum est *leg. sed Celsus* 6. §. 1. *supr. de contr. empt. l. semper in stipulationibus* 34. *de reg. iur.* nihil manifestius est quàm id agi cùm vas aut dolium venditur aut locatur, vt incorruptum tradatur *d. l. tenetur* §. *si vas*, ne alioqui pro vsu & commodo cuius gratia emitur aut conducitur, nihil nisi damnum & detrimentum certissimum adferat. Ergo aliter seruabitur si pascuum locasti, in quo mala herba nascebatur. Hîc enim si pecora demortua sint, vel facta deteriora, ita demùm teneberis in omne id quod ex ea causa conductoris interierit etiam extra rem si sciuisti, sin ignorasti, pensionem non petes, & ad solam mercedis exonerationem teneberis, vt ex Seruio, Labeone, & Sabino Vlpianus hic scribit. Et sanè fatendum est, aut nullam, aut saltem leuissimam esse culpam locatoris qui nõ fuerit diligentior in inquirendo, an in pascuo illo mala herba, id est, pestibilis aut lethifera, vt loquitur *l. pen. C. de ædil. action.* aliqua nasceretur ob quam pecora vel perire, vel deteriorâ fieri possent. Et verum est quod Accursius hic notat, Ea quæ facilius sciri possunt & debent si ignorentur, grauiùs coerceri, leuius verò si difficilius sciri, minusque diligenter inuestigari debuerunt. Certè nouum non est, vt quis etiam ignorans actione ex empto, vel ex conducto teneatur *dict. l. tenetur 6. in princip.* quia parum refert emptoris & conductoris an venditoris aut locatoris calliditate vel ignorantia fallatur *l. 1. §. causa huius edicti. infr. de ædilit. edicto.*

2 ¶ Illud nobis videndum est, si quis fundum locauerit, quæ soleat instrumenti nomine conductori præstare: quæ si non præstet, ex locato teneatur, & est in epistola Neratij ad Aristonem, dolia vtique colono præstanda esse, & prælum & trapeta instructa funibus: si minus, dominum instruere ea debere. sed & prælum, & trapetum viciatum, dominum reficere debere: quod si culpa coloni quid eorum corruptum sit: ex locato eum teneri. fiscos autem, quibus ad premendam oleam vtimur, colonum sibi parare debere. quod si regulis olea prematur: & prælum, & suculam, & regulas, & tympanum, & trochleas, quibus releuetur prælum, dominum præstare oportere. Item aënum, in quo oliua calida aqua lauaretur, & cętera vasa olearia, dominum parare oportere: sicuti dolia quoque vinaria ad præsentem vsum colono picare oportet. hæc autem omnia sic sunt, nisi quid aliud specialiter actum sit.

Ad §. 2. Illud nobis.

RAT. DVB. Nihil commune habet instrumentum fundi cum fundo, quia est quid separatum à fundo. Ideoque dicimus, siue cum instrumẽto fundus legatus est, siue instructus, duo legata intelligi, *l. 1. l. 2. §. 1. & pass. infr. de instruct. & instrum. legat.* Ergo qui locauit fundum, si nihil de instrumẽto dixerit, non ideo teneri potest actione ex conducto, vt instrumentum quoque fundi præstet, eaque omnia quæ instrumenti appellatione continentur.

DEC. Locator tenetur conductori vt ei præstet frui re conducta *l. ex conducto* 15. §. 1. *& pass. supr.* Ergo vt ei præstet omnia sine quibus frui non posset. In quo numero sunt omnia quæ in fundo ita sunt, vt instrumenti appellatione contineantur. Puta dõlia, & prælum & trapetum instructa funibus, quibus si instructa non sint, ea dominus instruere debet, sicut & prælum reficere si esset viciatum. Nisi si quid eorum culpa coloni corruptum sit, quo casu æquum est teneri eum domino ex locato. Sed an & fiscos quibus ad premendam oleam vtimur, dominus colono præstare debebit? Minimè, sed eos sibi parare colonum oportebit, quia non tam ad necessitatem fruendi, quàm ad commodioris fruitionis causam pertinent. Ergo si regulis olea prematur, & prælum & suculam & regulas (sic enim legendum est, non vt quidam legunt, *tegulas*) & tympanum & trochleas quibus prælum releuatur, dominum præstare oportebit & parare. Item aënum in quo olea calida aqua lauatur, vt & cætera vasa olearia dominus idemque locator conductori præstare cogendus erit, non minùs quàm dolia vinaria si in fundo locato vina sint. Sed ea colonum ad præsentem vsum si opus sit, picare, vt aptiora sint, oportebit. Sed hæc omnia sic accipienda sunt, si nihil specialiter in contrarium actum sit. Semper enim in locatis & conductis sicut in emptis & venditis sequimur id quod actum est *l. sed Celsus 6. §. 1. supr. de contrah. empt. iunct. l. 2. hoc tit.* Cætera quæ ad huiusmodi instrumentorum

BIU Cujas

denominationem propriamque significationem pertinent. Vide hic apud Gothofredum ex Columella, Cotta, Catone, Budæo, & aliis bonæ latinitatis authoribus.

3 ¶ Si dominus exceperit in locatione, vt frumenti certum modum certo pretio acciperet, & dominus nolit frumentum accipere, neque pecuniam ex mercede deducere. potest quidem totam summam ex locato petere: sed vtique consequens est existimare, officio iudicis hoc conuenire, haberi rationem, quanto conductoris intererat, in frumento potiùs, quàm in pecunia soluere pensionis exceptam portionem. simili modo, & si ex conducto agatur, idem erit dicendum.

Ad §. 3. Si dominus.

RAT. DVB. Nihil tam bonæ fidei congruit, quàm pacta seruari, quæ in contrahendo placuerunt, si modò, neque contra leges sint, neque contra bonos mores, neque contra bonam fidem *l. 1. §. si conuenit & seq. supr. deposit. l. ex empto 12. §. 1. supr. tit. prox.* Ergo si dominus excepit & conuenerit in locatione facta nummis & certa mercede, vt in exonerationem mercedis certum frumenti modum certo precio acciperet, & dominus postea nolit frumẽtum accipere, neque pecuniam ex mercede deducere, non est ei permittendum, vt totam summam ex locato petat, cùm id salua conuentione fieri non possit. Non solum enim inspiciendum est quid sit in obligatione, sed etiam quid in solutione, *l. si quis stipulatus fuerit 57. infr. de solut. l. in executione 85. de verb. obl.* Idemque iuris esse debet, si ex conducto agat conductor vt liberetur, sicuti in *l. ex conducto 15. §. vlt. supr.* offerens in pecunia totã mercedem, nec velit partem mercedis in frumento iuxta conuentionem soluere. Facit enim contra propriam pactionem, nec aliter liberandus videtur quã si id ipsum soluat quod promisit, & in ea ipsa forma quam conuentio præscripsit, cùm aliud pro alio solui non possit *l. 2. §. mutui datio supr. de reb. credit.* Nec quicquam vetat vt quamuis debitum ab initio totum fuerit pecuniarium, ex postfacto tamẽ conueniat, vt vel in frumento, vel in qualibet alia re soluatur *l. manifesti 17. C. de solut. l. precij 9. Cod. de rescind. vendit.*

DEC. Quicquid est in obligatione, peti potest. Imò nec aliud peti potest quàm quod est in obligatione *d. l. in executione & d. l. si quis stipulatus.* cùm obligatio sit mater actionis *vulg. l. licèt 42. §. ea obligatio supr. de procurat.* Atqui ponimus in locatione ineunda conuenisse de mercede tota pecuniaria. Ergo quamuis postea conuenerit, vt pars mercedis in frumento solueretur, quia tamen nemo dixerit eiusmodi pacto sublatam esse ipso iure obligationem præstandæ pecuniæ, quam posterior pactio non tam destruit quàm supponit, nihil sanè est q. prohibeat, quominus totam summam in pecunia petere locator possit, itemque conductor eam totam in pecunia soluere, rectèque ex conducto agere, vt liberetur. Sed tamen ne conuentionis commodo alteruter defraudetur, consequens est existimare officio iudicis hoc conuenire, vt rationẽ habeat quanti conductoris vel locatoris interfit in frumento potiùs quàm in pecunia mercedem solui, vsque ad exceptam mercedis portionem. Ita enim fiet vt vtrique contrahentium æquissimè consulatur, neque aut iuris rationi aut æquitati vlla ex parte derogetur. Accursius noster malè iudicio meo explicat postrema illa huius §. verba *simili modo etsi ex conducto agatur, idem erit dicendum* de conductore agente ex conducto pro tali interesse, cùm intelligi debeant quomodo explicauimus de conductore agente ex conducto ad liberationem & soluere nolente in frumento, sed in pecunia. Opponit enim Vlpianus conductorem locatori & actionem ex conducto actioni ex locato, ac proinde duplicem casum tractat. Vnum, quo locator facere velit aduersus conuentionem. Alterum, quo conductor. Simile esse putat Bartolus, quod notat, valere similiter conuentionem, si is qui certam summam librarum debet, promiserit se soluturum in florenis & sub certa æstimatione florenorum, quod vtique verum est, de quo idem Bartolus tractat latius ad *l. 1. infr. de aur. & argent. legat.*

4 ¶ Si inquilinus ostium, vel quædam alia ædificio adiecerit: quæ actio locum habeat? & est verius, quod Labeo scripsit, competere ex cõducto actionem, vt ei tollere liceat: sic tamen, vt damni infecti caueat, ne in aliquo, dum aufert, deteriorem causam ædium faciat: sed vt pristinam faciẽ ædibus reddat.

Ad §. 4. Si inquilinus ostium.

RAT. DVB. Donare videtur qui in alieno solo sciens ædificat *l. adeò 7. §. ex diuerso vers. certè infr. de acqu. rer. domin. l. si seruus 27. §. si oliuam supr. ad l. Aquil. l. qui alienum 14. infr. de donat.* Atqui conductor non ignorat se in fundo alieno facere quæcunque ædificat vel adiicit in fundo cõducto, cùm rei propriæ locatiõ non possit consistere, *l. neque pignus 45. de regul. iur.* Ergo non est ei danda eo nomine ex cõducto actio. Ne quidẽ ad hoc vt impensas tollat quas donasse intelligitur. Aut si velit quis dicere eã impensam bona fide ab eo factã esse, dignus certè est cui actio ex conducto detur non ad tollẽdam impensam, sed ad eam potius recipiendam *l. dominus 55. §. 1. infr. hoc tit.* DEC. Is demùm impensam quam sciens in rem alienam fecit, repetere non potest qui & mala fide & improbe eam fecit, vt loquitur *l. si is contra quem 5. C. de ædific. priuat.* Inquilinus autẽ qui ædificio adiecit ostium vel quædam alia, nihil tale fecit, cùm in aliena quidem domo habitet, sed ex domini voluntate nec improbè aut prodendi animo, sed pacta mercede, *leg. si seruus 61. §. locaui D. de furt.* Nihil ergo causæ est cur vel donasse

donasse videri debeat, vel impensæ, quam fecerit repetitione priuari. Hactenus saltem vt impensam quam fecit, licere ipsi debeat tollere: quod nec malæ fidei possessori denegatur, si modo tollere possit absque rei detrimento, *l. vtiles 39. in fin. supr. de hered. petit. l. domum 5. C. de rei vindic. l. Iulianus 37. supr. eod. ill. tit.* Ob eamque causam cauere debet de damno infecto, ne in aliquo dum aufert, deteriorem causam ædium faciat, sed vt pristinam faciem ædibus reddat. Quid ergo si impensam absque rei detrimento tollere non possit? Æquius est, vt inquilinus ad recipienda ea quæ impendit ex conducto cum domino fundi experiri possit, quàm vt in damno maneat *d. l. dominus 55. §. 1. hoc tit.* Vindicare sanè ostium, & alia quæ ædificio conducto adiecit, non potest. Nam quæ alienis ædificiis connexa sunt, ea quandiu iuncta manent ædificiorum sunt, nec separari possunt, quamuis simul atque inde dempta sunt, continuò in pristinam causam reuertantur *l. habitator 59. supr. de rei vindic.* Nisi in casu *l. quæ religiosis 43. eod. l. gemma. 6. supr. Ad exhib. l. 1. De tign. iunct.* Aliud est in fructuario, vt hic Accursius notat, quia si quid inædificauerit in prædio fructuario, postea neque tollere hoc, neque refigere potest, sed refixa tantùm vindicare *leg. sed si quid 15. in princip. supr. de vsufr.*

5 ¶ Si inquilinus arcam æratam in ædes contulerit, & ædium aditum coangustauerit dominus: verius est, ex conducto eum teneri, & ad exhibendum actione, siue scit, siue ignorauerit. officio enim iudicis continetur, vt cogat eum, aditum, & facultatem inquilino præstare ad arcam tollendam, sumptibus scilicet locatoris.

Ad §. 5. Si inquilinus arcam.

RAT. DVB. Locator ædium non eo minus remanet earum dominus, cum non soleat locatio dominium transferre *l. non solet 39. infr. hoc titul.* Ergo quamuis inquilinus in ædes conductas contulerit arcam cameratam, id est, non, vt Accursius interpretatur, tres habentem cameras, sed vt melius Budæus, arcuatam & confornicatam, non ideò prohibendus est locator, quominus ædium suarum aditum pro arbitrio vt dilatare, ita & coangustare possit si velit, neque ex ea causa teneri ex conducto inquilino debet.

DEC. Non est ex bona fide, vt quicquam faciat locator in re locata quod incommodo aliquo adficiat conductorem, & incommodiorem ei præstet rei conductæ fruitionem, nisi si quid faciat ex necessitate, propter quod tamen non nisi paruulũ incommodum inquilinus sustineat, vt scriptum est in *l. habitatores 27. infr. hoc tit.* Atqui non patitur locator frui conductorem si non præstet ei facultatem tollendæ arcæ quam in ædes locatas intulerat. Pars enim fruitionis quædam est, & inuehere quæ velit conductor in domum locatam, & quæ inuexerit fintia conductione tollere. Æquissimũ igitur est locatorem hoc casu teneri ex conducto, itemque ad exhibendum, siue sciens siue ignorans illatam arcam cameratam, aditum ædium coangustauerit. Parum namque interest inquilini an calliditate, an vero ignorantia locatoris frui prohibeatur, *l. 1. §. causa huius edicti infr. de ædilit. edict.* Officio igitur iudicis continebitur, vt cogat locatorem aditum & facultatem præstare inquilino ad tollendam arcam. Ergo sumptibus ipsius locatoris qui & ex suo contractu, & ob factum suum conuenitur. Eius namque est impensam præstare impedimento tollendo necessariam qui impedimentum attulit *leg. denique 13. §. vlt. & l. seq. l. competit. 16. §. vlt. infr. Quod vi aut clam.*

6 ¶ Si quis cum in annum habitationem conduxisset, pensionem totius anni dederit, deinde insula post sex menses corruerit, vel incendio consumpta sit: pensionem residui temporis, rectissime Mela scripsit, ex conducto actione repetiturum: non quasi indebitum condicturum. non enim per errorem dedit plus, sed vt sibi in causa cõductionis prospiceret. aliter atque si quis, cùm decem conduxisset, quindecim soluerit. hic enim, si per errorem plus soluit, dum putat se quindecim conduxisse, actionem ex conducto non habebit, sed solam condictionem. nam inter eum, qui per errorem soluit, & eum, qui pensionem integram prærogauit, multum interest.

Ad §. 6. Si quis cùm in annum.

RAT. DVB. Is qui, insulam in annum vnum conduxit, ad totius anni pensionem hoc ipso se obligauit. Ergo si totius anni pensionem soluerit, non potest videri indebitum soluisse, quamuis post sex menses insula corruerit, vel exusta sit. Præsertim cùm non stet per locatorem, sed per casum fortuitum quominùs, locatis ædibus frui inquilinus possit. Casus enim fortuitus à nemine præstandus est nisi culpa aliqua casum præcesserit.

DEC. Non debetur pensio à conductore nisi pro fruitione quam ei præstare locator debet *leg. si quis domum 9. leg. ex conducto 15. §. 1. hoc titul.* Ergo nec nisi pro rata temporis quo fruitus est, frui ve potuit. Atqui non potest frui domo conducta à quo tempore vel exusta est vel corruit. Ergo sicuti pro rata prioris semestris quo inquilinus fruitus est pensionẽ præstare cogendus

BIU Cujas

est, ita pro toto reliquo tempore nullam pensionem debere potest, quo nec fruitus sit, nec frui potuerit, cùm nec pro toto eo tempore locator conductori teneatur *d.l.si quis domum 9.§.1.in princip. & versic.in excusatis & §.Imperator supr.* Proinde si totius anni pensionem ab initio prorogauerit, & in antecessum soluerit, consequens est, vt posterioris semestris mercedem recuperare possit actione Ex conducto. Quia, vt bene Accursius notat, si non soluisset, actionem tamen ex conducto haberet, vt pro eo semestri, quo nec fruitus esset, nec frui potuisset, à pensionis præstatione liberaretur, vt in *d.l.ex conducto §.vlt.* Sed cur non etiam condictione indebiti, cum eius posterioris semestris pensio reuera fuerit indebita? vt in *d.§.Imperator.* Rationem elegantem adfert Vlpianus ex Mela, quod condictio indebiti ei demùm competat qui per errorem facti plus soluit quàm deberet, *l.1.& tot titul. supr.de condict.indeb. l.cuius per errorem 53. de regul. iur.* Atqui in proposita specie inquilinus licèt plus soluerit quàm deberet, non tamen per errorem soluit, sed vt sibi in causam conductionis prospiceret, ac proficeret. Alia causa est eius qui cùm decem conduxisset, quindecim soluit per errorem dum putat se quindecim conduxisse. Hic enim è contrario actionem ex conducto non habebit, quia verum est non ex causa conductionis eum soluisse, sed suprà quam obligatus esset ex conductione. Habebit ergo solam condictionem, quia licèt parum probabilis sit hæc proprij facti ignorantia *l. quamquam 7.supr. ad S. C. Velleian.* est tamen multo æquius excusari & tolerari hanc ignorantiam, quàm permitti, vt locator ex conductoris iactura & errore locupletetur. Quæ ratio fuit inducendæ condictionis indebiti *leg. nam hoc naturâ 14.supr.de condict.indeb leg.iure naturæ 206.de regul.iur.* Denique vt Vlpianus hic subiicit, inter eum qui per errorem plus soluit, & eum qui pensionem integram prorogauit, multum interest, nec sane subtilius aut verius dici quicquam potest.

7 ¶ Si quis mulierem vehendam naui conduxisset, deinde in naui infans natus fuisset: probandum est, pro infante nihil deberi: cùm neque vectura eius magna sit, neque his omnibus vtatur, quæ ad nauigantium vsum parantur.

Ad §.7.Si quis mulierem.

RAT. DVB. Is qui mulierem naui vehendam conduxit, oneratur grauiore vectura si in naui infans natus fuerit, quia iam duæ personæ vehendæ sunt, cùm de vna tantùm vehenda conuenisset. Ergo etiam pro infante vectura solui debet.

DEC. Neque vectura infantis magna est, neque in eo vehendo magnum incommodum, cùm infans nulla earum rerum vtatur, quæ ad nauigantium vsum parantur. De modicis autem & paruis impendiis, & incommodis non valde curandum est *l.habitatores 27.infr. hoc tit.leg.omnino 12. De impens.in reb.dotal.fact.leg.4.supr.de in integr.restit. l.res bona fide 54.supr.de contr.empt.* Alia quæstio est de eo qui in nauem inuectus in ea mortuus est. Nam pro hoc vecturam deberi facilius est quàm pro infante nato in naui, cùm hic naui impositus sit, non etiam infans in naui natus, qui impositionis tempore nihil erat nisi pars & portio quædam viscerum matris *l.1.§.1.infr.de inspic.ventr.* Ideoque quamuis Labeo crediderit pro eo qui in naui mortuus sit, vecturâ non deberi, aliud tamen Pauli iudicium est in *l.vlt.in princip.supr.de leg.Rhod. deiact.* nisi ab initio conuenerit vt non tam pro his qui naui impositi quàm qui deportati essent, merces daretur, vt ibidem Paulus distinguit. Quamuis Accursius noster nullam inter hos casus differentiam agnoscere videatur.

8 ¶ Ex conducto actionem etiam ad heredem transire, palam est.

Ad §.8.Ex conducto.

RAT. DVB. Colonus non alia ratione tenetur ex locato, quàm quia colonus est, nec rursus alia de causa actionem Ex conducto habet *l. ex conducto 15.in princip.supr.* Atqui heres coloni colonus non est *l.cùm in plures 60.§.heredem infr.hoc tit.* Ergo neque actionem ex conducto habere debet, neque actione ex locato teneri.

DEC. Actio ex conducto itemque ex locato nascitur ex contractu locationis & conductionis. Atqui contractus omnes & quæ ex iis nascuntur obligationes tam actiuæ, quàm passiuæ transeunt in heredes, quia quisquis contrahit, non tantùm sibi, sed etiam heredibus suis contrahit *leg.si pactum 9.infr.de probat.* Ergo etiam ad heredem transire actionem ex conducto palam est, nec minùs actionem ex locato, *d.§. heredem l. viam veritatis 10.l.cùm conductorem 29.l.penult.C.hoc tit.*

9 ¶ Cùm quidam exceptor operas suas locasset, deinde is, qui eas conduxerat, decessisset. Imperator Antoninus cum Diuo Seuero rescripsit ad libellum exceptoris in hæc verba. Cùm per te non stetisse proponas, quo minus locatas operas Antonio Aquilio solueres: si eodem anno mercedes ab alio non accepisti: fidem contractus impleri æquum est.

Ad §.9. Cùm quidam.

RAT. DVB. Non sufficit per eum non stetisse, qui operas suas locauit, quominus eas exhibuerit vt mercedem consequatur, cùm verum sit eum munere suo functum non esse, vt idem Vlpianus noster ratiocinatur in *leg. ex conducto 15. §. item cùm quidam supr. hoc titul.* Ergo si is qui exceptoris & scriptoris puta notarij operas in annum conduxerat, ante annum decessit

BIU Cujas

serit, atque ita factum sit, vt operas suas præstare exceptor non potuerit. Non ideò tamen æquum est, vt fidem contractus implere teneatur heres conductoris pro ea parte anni, pro quâ operæ exhibitæ non fuerunt.

DEC. Quod per aliquem non stetit, quominus id faceret, pro facto haberi debet quantum ad eius commodum pertinet *l. qui operas 38. infr. hoc tit. l. pen. & vlt. Cod. de condict. ob caus. dat. l. 1. §. proinde de na. & extraord. cognit.* Scilicet si præterea illud concurrat, vt impedimentum acciderit facto conductoris, aut casu fortuito contingente in persona ipsius conductoris, quomodo in huius §. specie contigit, & nos latius tractauimus ad *d. l. ex conducto 15. §. item cùm quidam supr.* Adde tamen Vlpiani exceptionem ex rescripto Imperatoris Antonini: Nisi eodem anno conductor mercedes ab alio acceperit. Non enim æquum est, vt à duobus operarum suarum mercedem locator exigat, qui eas duobus neque præstitit, neque præstare potuisset §. *proximo infrà.* Excipe casum singularem *l. duorum 49. infr. de oper. libert.*

10 ¶ Papinianus quoque libro quarto responsorum scripsit.

DIem functo legato Cæsaris, salarium comitibus residui temporis præstandum: modò si non postea comites cum aliis eodem tempore fuerint.

Ad §. vlt. Papinianus, Aliàs l. Diem functo.

RAT. DVB. Salarium quod à Legato Cæsaris præstitutum est comitibus Legati, nonnisi pro eorum operis præstitutum videri potest. Ergo nec nisi pro rata temporis, quo operas præstiterunt, deberi potest, non etiam pro residuo tempore quod Legati mortem subsecutum est. Nõ enim possunt dici comites Legati, qui iam defunctus est.

DEC. Hoc fauorabiliter iis præstatur, quia per eos non stetit, quominus Legato suas operas præstiterint, vt in §. *prox. præced.* cui ob hanc causam non malè hîc coniungitur, ex *l. qui operas 38. infr. hoc tit. l. pen. & vlt. C. de condict. ob caus. dator.* Ergo non eo minùs residui temporis quod Legati mortem subsecutum est, salarium iis præstari debet, modò si non postea comites cum aliis eodem tempore fuerũt. Quæ exceptio additur etiam in *l. diem functo 4. supr. de offic. adsess.* vbi extat hæc ipsa Papiniani sententia, hoc etiam adiecto, vt diuersum in eo seruandum sit, qui successorem ante tempus acceperit, quod nos ad illum locum explicauimus. Excipitur autem casus ille, quo Legati comites, postea comites cum aliis eodem tempore fuerint. Nempe, quia vt proximè diximus, duobus legatis eodem tempore operas suas præstare non potuissent, nec magis ex fictione iuris, quàm verè & naturaliter, quãdoquidem non potest cadere fictio in eum casum, in quẽ non potest cadere veritas *l. si tibi 8. §. vnius de opt. legat.* Addit Accursius post Ioannem, idem dicendum esse, si eodem tempore comites cum aliis esse potuerint, licet non fuerint, & rectè, quia per eos stetisse videretur *l. in omnibus causis 35. de regulis iuris.*

20. PAVLVS libro 34. ad Edictum.

SIcut emptio, ita & locatio sub conditione fieri potest.

Ad l. Sicut emptio 20.

RAT. DVB. Locatio sit semper ad tempus, cùm tamen venditio ad tempus fieri non possit. Ergo nec est bona ratio propter quam dicendum sit, locationem posse fieri sub conditione, quia & emptio potest, cùm non sit perpetuò bonum argumentum ab emptione ad locationem. Præsertim cùm nec desint alij contractus, qui perinde bonæ fidei sunt ac locatio, & de quibus tamen dubitatum olim est, an possent fieri sub conditione, vt in contractu societatis *l. pen. Cod. pro socio l. 1. supr. eod. tit.* vbi latius diximus.

DEC. Locatio & venditio iisdem ferè iuris regulis consistunt *l. 2. supr. hoc tit.* Ergo quamuis id quod in vno obtinet, non sit ratio alterius adæquata, vt loquuntur Philosophi, similitudo tamen facit, vt quod in vna obtinet, in alia quoque specie cõtractus obtineat, nisi cùm diuersitatis causa adferri aliqua potest, vt in *l. 3. §. vnde etiam infr. de iniust. rupt.* vt in eo quod diximus, locationẽ fieri ad tẽpus posse, emptionem verò non posse, nimirum, quia ad tempus transferri non possunt dominia, quæ tamen per venditiones transferuntur secuta traditione *l. nunquam nuda 31. de acquir. rer. domin.* non etiam per locationes *l. non solet 39. infr. hoc tit.* At, nihil vetat sub conditione fieri locationem, non minùs quàm venditorem *l. hac venditio 7. l. si quis fundum 37. supr. de contr. empt.*

1 ¶ Sed donationis causa contrahi non potest.

Ad §. 1. Sed donationis causa.

RAT. DVB. Locatio perficitur consensu *leg. 1. supr. l. 2. infr. de oblig. & action.* Ergo si contrahentes consentiant, vt donationis causa fiat locatio, dicendum est valere eam donationis causa debere. Semper enim in contractibus sequimur id quod actum est *l. semper in stipulationibus 34. de reg. iur.* Maximè verò in contractibus bonæ fidei *l. sed Celsus 6. §. 1. supr. de contr. empt.* Quid enim tam bonæ fidei congruit, quàm id seruari, quod inter contrahentes conuenit? *l. prox. infr. l. ex empto 11. §. 1. supr. titul. proxim.*

DEC. Contractus omnes sicut aliam atque aliam habent denominationem, ita & diuersam naturam ac substantiam pro diuersitate negotiorum, quæ causam dant contractibus. Ideoque non magis permisceri contractus possunt, quàm ipsa negotia, ne alioqui & nominum & rerum fœda confusio inducatur, vt Iustinianus loquitur in *l.*

BIU Cujas

vlt. C. de legit. tutel. iunct. l. penult. infr. de acquir. poss. Etsi enim plura sunt negotia quàm cõtractuũ, & actionum vocabula, quæ res actionis inducendæ Præscriptis verbis necessitatem induxit *l. 4. infr. de præscript. verb.* quæ tamen certam habent denominationem, certis quoque finibus continentur, quos egredi non possunt, non magis, vt in aliud nomen transeant, quàm vt in aliud negotiũ degenerent, quia vniuscuiusque contractus initium inspiciendum est *l. si procuratorem 8. in princip. supr. mandat. l. 1. §. si seruus deposuit 30. supr. depos. l. si vnus 67. §. 1. suprà pro socio.* id est, primum negotium quod contractui causam dedit. Atqui aliud negotium est locationis, aliud verò donationis. Locatio non fit, nisi certa mercede, vt neque venditio sine precio *l. 2. & pass. supr.* Donatio autem, nonnisi gratis & ex liberalitate *l. 1. & pass. de donat.* Ergo fieri nequit, vt locatio donationis causa contrahatur, nisi eo fortè modo, quo dicimus posse donationis causa fieri venditionem hactenus, vt minore precio donationis causa res vendatur, non autem vt vniuersa venditio donationis causa fiat *l. si quis donationis 38. supr. de contr. empt.* Sic enim & locatio fieri poterit minore pacta mercede donationis causa, non tamen nummo vno, quia vnius nummi conuentio facere non potest, quin vniuersa locatio donationis causa facta esse videatur *l. si quis conduxerit 46. infr.* Si tamen post locationem perfectam velit locator totam mercedem conductori remittere donationis causa, potest, quia iam aliud & nouum negotium est, vt in *l. si conuenerit 56. supr. de pact. l. 5. §. circa venditionem infr. de donat. int. vir. & vxor.* Iunge quæ scripsimus ad *dict. l. si quis donationis.*

2 ¶ Interdum locator non obligatur, conductor obligatur: veluti cùm emptor fundum conducit, donec pretium ei soluat.

Ad §. 2. Interdum.

RAT. DVB. Contractus locationis sui natura est vltro, citroque obligatorius, vt & alij ferè contractus omnes *l. Labeo 19. de verb. signific.* Vnde est, quod parit duas actiones, & quidem æquè principales Locati & Conducti, cùm tamen alij plerique contractus, bonæ fidei etiam, qui sunt vltrò, citroque obligatorij, vnam tantùm inducant principalem, vnam & directam, aliam verò contrariam, vt Depositi, Commodati, Mandati, & Pignoratitia. Ergo non potest fieri, vt ex locatione vnus obligetur, siue locator ille, siue conductor sit, quin alius quoque obligetur.

DEC. In specie proposita, id est, cùm is, qui fundum emit, eundem conducit à venditore fruendum certa mercede, donec precium exsoluatur, vt in specie *l. prox. seq.* fieri nõ potest, vt locator, idemque venditor obligetur ex locatione, cùm iam satis obligatus sit ex venditione, non tantùm ad præstandam emptori patientiam fruendi, sed etiam ad transferendum dominium in emptorem quandocunque precium soluentem. At conductor iustissimè obligatur, vt mercedem quam promisit, præstet venditori, donec precium soluat, quod etiam ei debet actione ex vendito. Facit ergo mera casus necessitas, quomodo loquitur *l. si mulier 59. §. ex asse in fin. infr. de iur. dot.* vt conductor solus hoc casu obligetur, non etiam locator, quia, vt inquit Bartolus, merces ista & pensio debetur locatori, eidemque venditori pro precio, aut quod malo pro vsuris precij, quod ei non soluitur magis quàm pro re ipsa, quandoquidem nec prius rem venditam tradere teneretur, quàm ei solutum esset precium *l. Iulianus 13. §. offerri supr. tit. prox.* Si autem rem non tradidisset, fructus hodie perciperet, suosque faceret in diem vsque traditionis. A quo demum die incipit emptor debere vsuras precij *d. l. Iulianus §. veniũt autem.* Nec nouum est, vt contractus, quamuis vltro, citroque obligatorius, attamen nonnisi ex vna parte teneat, ita ferente negotij natura, vt in specie *d. l. Iulianus §. antepen. & l. potest 41. supr. mandat.* Quod cùm accidit, claudicat contractus, vt Accursius hîc loquitur, & post eum interpretes, quia nonnisi ex vno latere stare potest. Quid ergo si res vendita, eademque locata perierit? Non tenebitur locator, idemque venditor, ne quidem ad mercedis exonerationem, vt benè Accursius hîc docet, quoniam commodum & incommodum omne rei venditæ, contingens post perfectam venditionem pertinet ad emptorem *l. id quod 7. & seq. l. serui 16. & pass. supr. de peric. & commod. rei vendit.* Alia species est, de qua in *l. qui fundum 75 & l. fundi partem 79. supr. de contrah. empt.* Ibi enim etsi idem locator est, qui venditor, idem conductor, qui emptor, vt in hoc §. non minùs tamen obligatur locator conductori quàm conductor locatori, quia non proponebatur facta locatio fundi venditi intuitu & contemplatione precij non soluti, sed simpliciter, vt fundum venditum haberet venditor pro conducto.

21. IAVOLENVS libro 11. Epistolarum.

CVm venderem fundum, conuenit, vt, donec pecunia omnis persolueretur, certa mercede emptor fundum conductum haberet, an soluta pecunia, merces acceptò fieri debeat? respondi: Bona fides exigit, vt quod conuenit, fiat. sed non amplius præstat is venditori, quàm pro portione eius temporis, quo pecunia numerata non esset.

Ad l. Cùm venderem 21.

RAT. DVB. Cùm conuenit, vt donec omnis pecunia pretij persolueretur, emptor fundi conductum eum haberet, hoc ipso conuenisse videtur, vt soluta igitur pecunia conductio nulla supereset, *l. inter socerum 26. §. cùm inter infr. de pact. dotal.* Ergo quandocunque soluta omni pecunia dicẽdum est, sicuti finita locatio est, ita neq; actionem ex locato vllam contra emptorẽ supereſſe. Aliter enim non videbitur fieri quod conuenit, cùm tamen nihil tam

BIU Cujas

hil tam bonæ fidei congruat quàm id seruari quod inter contrahentes placuit *l. ex empto* 11. §. 1. *supr. tit. prox.* DEC. Dictio *donec*, qua vsi sunt contrahentes in hac conuētione est discretiua & distributiua tēporis, vt ad hanc legem, & ex hac lege nostri notant. Ergo si nonnisi post menses aliquot solutum sit ab emptore precium, totius temporis præcedētis mercedem præstare oportebit, quo pecunia precij numerata non est. Ac proinde, nec amplius præstabit emptor, idemque conductor venditori, quàm pro portione eius temporis, quo pecunia numerata non fuit. Neque verò nouum est, vt finita quoque locatione, adhuc tamen ex locato actio duret, ad ea consequenda, quæ ante finitam locationem fieri ac præstari debuerunt, vt in *l. prox. seq.* Sed non erit conductori actio vlla ex conducto aduersus locatorem, eúndemque venditorem, quia finita simul cōductio & emptio est, nec quicquam præstare hoc casu locator conductori vnquam debuit. Vide Cuiacium *lib. 16. Obseru. cap. 21.*

22. PAVLVS libro 34. ad Edictum.

ITem, si pretio non soluto, inempta res facta sit. tunc ex locato erit actio.

Ad l. Item si pretio 22.

Coniungendum est initium huius legis cum fine *l. sicut emptio 20. supr.* cùm sit vtraque ex eodem Pauli lib. 34. ad Edictum, vt benè Cuiacius obseruauit. Sed non ideò puto emendandam esse legem hanc, vt pro *item* legamus *id est*, vt idem ille existimat, & in quo bene meo iudicio reprehensus est à Roberto. Alius enim hic casus est, quàm qui continetur in § *vlt. d. l. sicut.* Ibi proponebatur venditus fundus ab emptore cōductus, donec omne precij venditori persolueret, nullo tamen præfinito tempore intra quod precium solui oporteret, & intra quod si solutum non esset, res inempta fieret. Hîc autem facta erat venditio sub lege commissoria. In qua specie longè maior dubitandi ratio illa occurrebat, quod cum facta esset locatio, donec precium persolueretur, quod debitum erat ex venditione facta sub lege commissoria, non videbatur locatio posse in longius tempus subsistere quàm quo duraret venditio, quia nec soluendi precij, siue facultas, siue necessitas vlterius extendi poterat. Atqui finito tempore intra quod precium solui debuerat ex lege cōmissoria, si precium solutum nō sit, resoluitur ipso iure emptio, & res fit inempta. Ergo ab eo saltem tempore dicendum est, locationem quoque finiri, & consequenter actionem quoq; ex locato. Sed decidendi ratio illa est, quod existens cōdicio legis cōmissoriæ, resoluat quidem venditionem, vt ex ea precium nullum amplius debeatur *l. 3. sup. de leg. commiss. l. Iulianus* 13. § *ibidem Papin. sup. tit. prox.* sed nō perinde locationem, quominus actione ex locato peti possit conuenta merces, pro rata scilicet eius temporis, quo locatio stetit. Tanto magis igitur necessaria est ex locato actio, cùm ex vēdito deficiat. Et quamuis simul cum venditione finita locatio sit, actionē tamē ex locato durare necesse est, ad consequendam mercedem, vt diximus ad legem præcedentem. Duo enim cōtractus sunt, venditionis & locationis, nec liberatio precij inducit necessariò liberationem mercedis, ne alioqui emptor idemq; conductor, & re & pretio fructus dici possit, cùm etiam post legem venditionis commissam fructus tamen nullos hoc casu restituat, quomodo aliàs restitui solent, cùm eos, non tam ex emptionis quàm ex conductionis causa percēperit.

1 ¶ Quoties autem faciendum aliquid datur, locatio est.

Ad §. 1. Quoties autem.

RAT. DVB. Locatio non fit sine mercede *l. 2. sup. hoc tit.* Ergo non statim atq; faciendum aliquid datur, locatio est, nisi addas cum Accursio, *interueniēte dummodo mercede, & quidem in pecunia l. 2. supr. l. naturalis* 5. §. *at cùm do infr. de præscr. verb.*

DEC. Semper supponendi sunt termini habiles *l. tutor pupilli* 35. §. 1. *supr. de iureiur. l. adigere* 6. §. *quamuis infr. de iur. patron. l.* 1. §. *vlt. ad SC. Tertyl.* Atqui nulla locatio esse potest sine mercede, eaq; certa, & quæ in pecunia numerata consistat, non magis quàm venditio sine pretio *l. 2. §. 1. supr. de contr. empt.* eoque certo & consistente in pecunia numerata §. *precium & seq. inst. de empt. & vendit.* Ergo quoties dicimus locationem esse, siue dandum aliquid, siue faciendum datum sit, ponendum est interuenisse mercedem, de qua in pecunia numerata conuenerit. Exēplum huius §. peti potest ex §. *seq.* quem possis huic aptissimè coniungere. Iunge *l. 1. §. si quis seruum custodiendum supr. depos.*

2 ¶ Cùm insulam ædificandam loco, vt sua impensa conductor omnia faciat: proprietatem quidem eorum ad me transfert, & tamen locatio est. Locat enim artifex operam suam, id est, faciendi necessitatem.

Ad §. 2. Cùm insulam.

RAT. DVB. Non solet locatio dominium & proprietatem rei transferre in conductorem *l. non solet* 39. *infr. hoc tit.* Atqui in huius §. specie, id est, cùm insulam in meo solo ædificandam loco, vt sua impensa cōductor omnia faciat, Paulus admittit proprietatem eorum omnium, quæ conductor de suo ad ædificandum præstiterit ad me transferri. Et ita sanè est. Nam redemptores, qui suis cæmentis ædificant, statim cæmenta faciunt eorum, in quorum solo ædificant *l. redemptores* 39. *in princ. supr. de rei vind.* Ergo locatio ista esse non potest, sed potius venditio, aut aliud quodlibet genus contractus *argu. l. pen. in fin. supr. de contr. empt.*

DEC. Quoties quis operas suas locat, & alius cōducit, locatio & conductio est, dūmodo certa merces pro operis in pecunia numerata interuenerit, vt diximus in §. *prox. præcedente.* Atqui in proposita specie locat artifex operam suam, id est, faciēdi necessitatē, ego autem cōduco, qui hoc nomine mercedem ei præsto, quamuis ex alia parte possim dici locator ædificandæ insulæ, artifex autem condu-

BIU Cujas

ctor, qui & redemptor dicitur in *d.l.redemptores*, vt hîc ipse §. probat in primis illis verbis, *Cùm insulam ædificandam locauero, vt sua impensa conductor omnia faciat.* Alia enim locatio est operarum, alia verò ædificandæ insulæ solius conductoris impensa. Itaque idem est hoc casu locator & conductor, quod mirum videri possit, sed diuersis respectibus, ne absurdum id existimetur. Est autem notandus hîc casus, in quo per locationem dominium transferatur contra iuris regulas. Quod nescio, an alio vllo casu possit contingere, si eum excipias, de quo in *l.in naue Saufeij 31.infr.* vbi dicemus.

3 ¶ Quemadmodum in emendo & vendendo, naturaliter concessum est quod pluris sit, minoris emere, quod minoris sit, pluris vẽdere, & inuicem se circumscribere: ita & in locationibus quoq; & conductionibus idẽ iuris est.

Ad §.vlt.Quemadmodum.

RAT. DVB. Nihil tam contrarium est bonæ fidei quàm dolus *l.3.§.vlt.supr. pro socio l. si dolo 5. C.de rescind.vendi.* Atqui venditio & locatio sunt contractus bonæ fidei *§.actionum inst.de act.l.tenetur 6.§.vl. supr.tit.prox.* Ergo neque in venditionibus & emptionibus, neque in locationibus & conductionibus, permissum esse debet contrahentibus se decipere & circumscribere. Quid enim aliud est decipere quàm dolum facere? aut quid aliud deceptio est quàm dolus?

DEC. Ex natura horum contractuum est, vt venditor ad venditionem accedat quam carissimo facere poterit precio venditurus, emptor autem quã vilissimo poterit empturus, itemque locator quàm maxima poterit mercede locaturus, conductor autem quàm minima poterit conducturus *l. si voluntate 8.C.de rescind.vend.* Quod cùm sit, hoc proculdubio agitur inter contrahentes, vt se inuicem circumscribant in precio, aut in mercede. Sed ita tamen, vt dolus malus absit, qui si adesset, proculdubio faceret, vt æquitate ipsius iudicij, aut saltem restitutionis in integrum ex capite edicti de dolo rescindi contractum oporteret, vt constat ex *l. prox. seq.* Et ita benè Accursius explicat, vt contrahentibus liceat in his cõtractuum generibus se inuicem circumscribere in precij & mercedis quantitate, non etiam in vitiis & cæteris rebus, quas venditorẽ emptori, aut locatorem cõductori, aut contrà præstari ex bona fide æquum est, ex *l. Iulianus 13.in prin. iunct.§.si venditor & §.per contrarium & §.idem Iulianus supr.tit.prox.l sed si pupillus 11.§.conditio vers. sed si aliàs supr.de inst.act.* Et nos quoque iam ita hoc explicauimus in *l.in causæ 16.§. idem Pomponius supr. de minor.* vbi hæc eadem ipsa sententia ex Pomponio iisdem ferè verbis proponitur.

23. HERMOGENIANVS libro 2. Iuris Epitomarum.

ET ideò, prætextu minoris pensionis locatione facta, si nullus dolus aduersarij probari possit: rescindi locatio non potest.

Ad l. Et ideò 23.

Hæc lex nihil nisi illationem continet ex eo quod scriptum est in fine legis præcedentis, licere contrahentibus naturaliter, id est, ex ipsius contractus natura se decipere in quantitate mercedis, in locationibus & conductionibus, sicut & in emptionis precio in emptionibus & venditionibus: bona enim illatio & consecutio est, vt non igitur possit rescindi locatio, prætextu minoris pensionis, dũmodo nullus dolus interuenerit. Nam ex causa doli, si dederit causam contractui bonæ fidei contractus ipso iure nullus est, si verò in contractum quoquomodo inciderit, iustam rescindendi contractus causam præbet *l.eleganter 7.* vbi diximus *suprà de dolo l.si res æstimata 12.§.si mulier infr. de iur. dot.* Ex eo autem quod tam generaliter & indistinctè Hermogenianus hîc scribit, prætextu minoris pensionis, si modò absit dolus malus, rescindi locationem non posse, intelligimus non fuisse adhibendam Hermogeniani temporibus distinctionem, quæ hodie omnimodo adhibenda est post *l.2.C.de rescind.vend.* an læsio vltra dimidiam iusti precij, aut iustæ mercedis interuenerit, annon. Fuit enim nouum illius legis beneficium ab Imperatoribus Diocletiano, & Maximiano introductum, totique veteri Iurisprudentiæ incognitum, vt nos alibi plerisque locis contra Iacobum Cuiacium disputauimus, nec prætermisimus ad *l.in causæ 16.§.idem Pomponius supr.de minor.* Iunge *l.maioribus 3.C.commun.vtr. iudic.* & quæ nos de illius loci sententia scripsimus in prima parte Chiliadis nostræ *De error.pragmat.*

24. PAVLVS libro 34. ad Edictum.

SI in lege locationis comprehensum sit, vt arbitratu domini opus adprobetur: perinde habetur, ac si viri boni arbitrium comprehensum fuisset. idémque seruatur, si alterius cuiuslibet arbitrium comprehensum sit. nam fides bona exigit, vt arbitrium tale præstetur, quale viro bono conuenit. [a] Idque arbitrium ad qualitatem operis, non ad prorogandum tempus, quod lege finitum sit, pertinet: nisi idipsum lege comprehensum sit. [b] quibus consequens est, vt irrita sit adprobatio dolo conductoris facta, & ex locato agi possit.

Ad l.Si in lege 24.

RAT. DVB. Non est recedendum à persona eius, cuius arbitriũ contractui insertum est *l. si quis arbitratu 43.& seq.infr.de verb.oblig.* Maximè verò in bonæ fidei contractu, cuiusmodi est contractus locationis, cùm nihil tam bonæ fidei cõgruat quàm id seruari, quod inter cõtrahentes conuenit *l.cùm venderem 21.supr.l.ex empto 11.§.1.sup.tit.prox.* Ergo si in locationis lege comprehensum sit, vt arbitratu domini, eiusdemq; conductoris opus adprobetur, nõ perinde haberi debet, ac si boni viri arbitriũ comprehensum esset, multoq; minus, si in alterius tertij cuiuslibet arbitriũ collata sit locatio. Sibiq; debet imputare is, qui talẽ arbitrium elegit, & in eius arbitrium adprobationẽ operis contulit *l.diem proferre 27.§.stari supr.de recept.qui arbitr.recep.*

DEO

DEC. Arbitrorum genera sunt duo. Vnũ eorum, qui ex cõpromisso arbitriũ receperũt, de quibus in *d. §. stari*, & quorum sententiæ omnimodo standum est, siue æqua sit, siue iniqua. Alterũ eiusmodi, vt ad boni viri arbitriũ redigi debeat *l. societatẽ 76. & seqq. sup. pro socio*, vbi latè scripsimus *l. hæc venditio 7. sup. de contr. empt. l. si sic legatũ 75. in princ. de legat. 1. l. stipulatus est 44. de fideiuss.* In contractibus autẽ bonæ fideiea semper interpretatio capiẽda est, vt de boni viri arbitrio potius sensisse cõtrahẽtes videantur, quia id magis est ex bona fide *l. creditor 60. §. vl. sup. mãdat. l. Titius 54. ad SC. Treb.* aliud que iuris est in stipulatione *d. l. si quis arbitratu*, quia stricti iuris, nõ bonę fidei cõtractus est, vt diximus ad *d. l. societatẽ & d. l. hæc vẽditio l. 3. C. de dot. promiss.* idq; est quod Paul⁹ hîc scribit, bonam fidẽ exigere, vt arbitriũ tale præstetur, quale viri boni arbitrio cõuenit. Aliud tamen est, si ipsius mercedis cõuentio collata sit in arbitriũ locatoris aut conductoris *l. quod sæpe 35. §. 1. sup. de cont. empt.* aut etiã alicuius tertij, qui postea, vel noluerit, vel non potuerit arbitrari *l. prox. in princ. infr.* vbi latius dicemus.

a *Ideoq; arbitriũ ad qualitatẽ operis.* RAT. DVB. Verba generalia, siue in cõtractibus, siue in testamentis, siue in legibus prolata sint, generaliter sunt intelligenda *l. 1. §. generaliter infr. de legat. præst.* Ergo si in locationis lege cõprehensum sit, vt arbitratu domini opus adprobetur, non minus ad prorogandũ tẽpus, quod pacto finitũ est, quã ad operis qualitatẽ pertinet, ad ea deniq; omnia ad quæ arbitrium extendi potest. DEC. Aliud est opus adprobare, aliud verò tẽpus prorogare quod iam finitũ sit, quia nec prorogari tẽpus quod iam finitum est, potest *l. sed si manẽte 5. inf. de precar.* Et hoc est, quod notat hîc Bartolus, eum qui habet arbitriũ super facto, non tamen intelligi habere super termino facti, & eum qui habet arbitriũ prorogandi obligationem, non posse terminũ prorogare. Nisi idipsum lege cõprehensum sit, vt vtrumque arbitrio liceat, vt Paulus hîc subiungit. Semper enim sequimur id quod actum est *l. semper in stipulationibus 34. de regu. iur. l. sed Celsus 6. §. 1. supr. de contr. empt.*

b *Quibus consequens est.* RAT. DVB. Non potest videri dolo facere is, qui iure suo vtitur *l. si duorum 52. sup. tit. prox.* Atqui iure suo vtitur conductor, in cuius arbitrium collata est adprobatio conducti operis, si pro arbitrio suo opus adprobet. Ergo non potest eius adprobatio irrita fieri, tanquam dolo malo facta. DEC. Dolo malo cẽsenda est facta adprobatio, quæ arbitrio cõductoris facta est, si arbitriũ eius tale sit, quod boni viri arbitrio nõ conueniat, cùm non sit ex bona fide, vt modo diximus. Quod enim ex bona fide non fit, vix est, vt dolo carere possit *l. non debet 11. §. vl. supr. de dolo.* Ergo ex hac causa erit locatori actio ex locato aduersus conductorem, si is prætextu adprobationis in arbitriũ suum collatæ opus adprobauerit, quod alius vir bonus quilibet nunquam adprobaturus esset.

1 ¶ Si colonus locauerit fundum: res posterioris conductoris domino non obligantur: [a] sed fructus in causa pignoris manent, quemadmodum essent, si primus colonus eos percepisset.

Ad §. 1. Si colonus.

RAT. DVB. Is qui à colono fundum conduxit, non alia de causa ius habet percipiendorũ fructuũ & sibi acquirendorũ, quã quod ab eo fundũ conduxerit, cui dominus ipse locauerat. Videtur enim eos percipere ex domini volũtate, ideoq; facit eos suos *l. si seruus communis 61. §. locaui infr. de furt.* cùm is, qui cõduxit, alij relocare possit, nisi specialiter, & nominatim aliud conuenerit *l. nemo prohibetur 6. C. hoc tit.* At qui ponimus inuecta & illata per primum colonũ in prædiũ rusticũ obligata fuisse primo locatori, non quidẽ tacitè (id namque in vrbanis tãtùm prædiis obtinet *l. eo iure 4. l. licet 6. infr. in quibus caus. pign. vel hypoth. tacit. contr.* In rusticis verò fructus tacitè obligati intelliguntur *l. in prædiis 7. eod. l. 3. 5. & vlt. C. eod.*) sed expressa conuẽtione. Ergo & ea quæ à subcõductore inuecta & illata sunt in idem prædium, obligata tacitè videri debẽt, quemadmodũ, si primus cõductor ea innexissẽt, quasi inter primũ locatorẽ & secundũ quoq; conductorẽ hoc tacitè conuenisse videatur *l. solutũ 11. §. solutam supr. de pignor. act.* Nam & fructus ipsi, quamuis à subconductore percepti, tacitè obligati manent, non alia de causa quã quod perinde haberi debeant, ac si à primo conductore percepti fuissent, vt in hoc §. scriptũ est, & in *l. qui fideiussor 53. infr. hoc tit. & d. l. in prædiis 7. infr. in quib. caus. pign. vel hyp. tac. contr.*

DEC. Colonus coloni non est colonus primi locatoris, cùm nec heres ipse coloni sit colonus *l. cùm in plures 68. §. heredẽ infr. hoc tit.* Esset enim multò faciliùs, vt & ius & nomẽ coloni trãsiret in heredem, qui successor vniuersalis est, quàm in subcõductorẽ, qui nonnisi singularis est successor *l. vlt. §. 1. supr. de contr. empt. l. 1. §. si heres infr. ad SC. Treb.* Atqui non alia inuecta & illata pignoris vinculo, siue tacito, siue expresso tenentur locatori, quàm quæ sunt coloni, vt ex supradictis locis apparet. Ergo quę à subconductore inuecta & illata sunt, non possunt videri primo locatari obligata, nec distinguendũ est hac parte prædium vrbanũ à rustico. Sed de rustico loquimur, quia de fructibus hîc Paulus loquitur, quos ait manere in causa pignoris, scilicet taciti, quemadmodũ essent tacitè obligati, si primus colonus eos percepisset. Hoc enim in rusticis tantùm prædiis receptũ est, non etiã in vrbanis *d. l. in prædijs 7. in quib. caus. pign. vel hyp. tac. contr.* Et ideò ponimus expressam conuentionẽ intercessisse de inuectis & illatis obligandis, quoniã alioqui non essent tacitè obligata propensionibus prædij rustici *d. l. eo iure & d. l. licèt*, nisi malis, quæ alia Accursij interpretatio est, q̃ in hoc §. scribitur de rebus posterioris conductoris intelligere, non de illatis & inuectis, sed de cæteris rebus, neque inuectis, neq; illatis, quæ nec priori, nec posteriori locatori obligatæ esse possunt citra expressam conuentionẽ, & de quibus proinde dici non potest tacitè videri cõuenisse inter primũ locatorẽ & posteriorẽ conductorẽ, vt sint obligatę. Sed nõ placet mihi hæc interpretatio, cũ non magis inuecta & illata in prædiũ rusticum tacitè obligata videri possint quã res cæteræ, si nõ expressa pignoris cõuentio intercesserit. Quę tamen intercessisse intelligitur, cũ ex voluntate domini illata, vel inuecta sunt *l. certi 5. C. hoc ti. l. potior 11. § si colonus inf. qui potior. in pign. hab. § item Seruiana inst. de act.* Quam ob causam Vlp. in *d. §. solutã*, sicuti de tacito pignore rerũ à posteriore conductore illatarũ loquitur, ita & de vrbani, nõ de rustici prædij conductione. Separanda igitur sunt hac parte, non ea, quæ à poste-

BIU Cujas

re conductore inuecta & illata sunt à rebus cæteris, sed prædia vrbana à rusticis, & conuentio pignoris expressa à cõuentione pignoris tacita. In locationibus prediorũ rusticorũ à priore colono sublocatorũ cũ nihil sit, quod tractari possit de inuectorũ & illatorũ obligatione tacita, nõ potest fieri locus quæstioni, an res à posteriore conductore inuectæ sint obligatæ, nisi ponas expressam pignoris conuentionẽ interuenisse, quæ porrò etiã cùm interuenit, siue inter priorẽ locatorẽ & priorẽ cõductorẽ, siue inter posteriorem locatorẽ & posteriorẽ conductorẽ, siue tam inter hos quàm inter illos, nõ ideò tamen interpretationẽ & extensionem illam recipere vnquã potest, vt cõuentio pignoris facta inter priorẽ locatorẽ & priorẽ conductorẽ, etiam cũ posteriore conductore facta videri possit, non magis quã ad priorẽ locatorẽ extendi conuentio, quæ inter posteriorẽ locatorẽ & posteriorem conductorẽ facta est. Nõ enim tacitè fieri potest, quod expressè fieri necesse est. At cũ tacita pignoris obligatio iure cõstituitur, nihil vetat conuentionem illam tacitã, quæ inter primũ & secundũ conductorẽ itemq; inter secundũ conductorẽ, & secũdum locatorẽ interuenisse fingitur, etiam inter priorẽ locatorẽ & posteriorẽ conductorẽ fingi interuenisse, cùm fiat vtrumque tacito iure, ac tacita iuris interpretatione. Planè, siue tacito, siue expresso pignoris vinculo res inuectæ & illatæ obligatæ sint, non erit quærendum, quo tempore illatæ fuerint, dummodo eo tẽpore, quo cõductor moritur, illatæ inueniantur, ab eodem scilicet conductore, vt in *l. cùm tabernam 34. in princ. infr. de pignor.*

a *Sed fructus in causa pignoris manent.* RAT. DVB. Pignoris obligatio accessoria est ad principalem *l. res hypothecæ 5. infr. de pign.* Atqui secũdus conductor nihil debet primo locatori, sed tantũ primo cõductori, cum quo cõtraxit. Ergo nec pati cogitur obligationem fructuum, quos ex eo fundo percepturus est, cùm suo iure & ex proprio cõtractu eos habere debeat. DEC. Aliud iuris est in fructibus fundi cõducti, aliud verò in rebꝰ posterioris coloni. Fructus ipso iure & tacito intellectu obligati sunt domino pro pensionibus, quia non alio iure potest secundus conductor eos suos facere quàm quod eos percipiat ex domini voluntate *l. si seruus 61. §. locaui infr. de furt.* Ideò autẽ percipit eos ex domini voluntate, ꝙ habeat voluntatẽ primi cõductoris, cui licitũ fuit eũdẽ fundũ alij sublocare *d. l. nemo prohibetur 6. C. h. t.* Ergo quemadmodũ, si primus conductor fructus percepisset, essent illi tacitè pignori obligati *l. in prædiis 7. infr. in quib. caus. pign. vel hypot. tac. contr.* ita & in eadẽ taciti pignoris causa manere debent, qui à secundo cõductore percepti sunt, ne plus iuris habeat secũdus cõductor quã primus, quod absurdũ esset, quãuis nihil vetet plꝰ iuris habere eum, qui à primo cõductore causã habeat, dũmodo lucratiuã, quã haberet primus conductor, in iis scilicet, quæ inuecta & illata sunt in prædiũ vrbanum. Nã ea quidẽ, quę inuecta & illata sunt à cõductorẽ tacito pignoris vinculo tenẽtur locatori: at nõ etiã ea, quæ à cõductoris donatario *l. Põponius 5. eod. tit.* quia cũ nihil ipse debeat primo locatori, cõsequẽs esset, vt res eius obligarentur pro debito alieno, id est, conductoris, ꝙ esset iniquũ, siquidẽ eo quoque casu, quo quis à primo cõductore sub cõduxerit, nõ ad maiorẽ tamẽ quantitatẽ tenentur ab eo inuecta & illata quã quæ à secũdo cõductore priori debeantur *d. l. solutũ 11. §. solutã sup. de pign. act.* Proinde si nihil debeat is, qui à conductore gratuitã causam habet, nec ea quæ ab ipso inuecta sunt, domino insulæ pignori esse possunt *d. l. Põponius.* In fructibus verò ex fũdo cõducto percipiẽdis, ideò diuersum est, quia iidẽ fructus sunt, siue à primo cõductore, siue ab eius donatario percipiantur, cùm tamẽ aliæ res sint, quæ à cõductore, aliæ autẽ, quæ ab eius donatario inuectæ sunt. Itẽ fauorabilior causa est domini in fructibus, qui non solũ ex ipsius fundo percipiũtur, sed etiã pleno dominij iure ad eũ pertinent, quãdiu fundi partẽ constituũt *l. fructus pendentes 44. sup. de rei vind. l. Iulianus 13. §. si fructibus supr. tit. prox. l. vlt. §. fructus infr. quæ in fraud. credit.* quã in rebus à cõductore inuectis etiã in prædiũ vrbanũ, quoniã alienæ sunt, illud difficiliùs videtur, quomodo fieri possit, vt fructus ex fundo cõducto percipiendi tacitè obligẽtur locatori, aut expressè, cùm pignus rei propriæ nõ consistat *l. neque pignus 45. de regul. iur.* & quisquis iure pignoris nititur, ante omnia probare debeat eam rẽ, cùm obligaretur, in bonis debitoris fuisse *l. ante omnia 23. infr. de probat. l. & quænondũ 15. §. ꝙ dicitur inf. de pign. tot. tit. C. si alien. res pign. dat. sit.* Vnde est, quod eo quoq; casu, quo de fructibus fundi pignorati, vt essent ipsi pignori, nominatim cõuenerit, pro iis tamẽ, qui à bonæ fidei possessore percepti & cõsumpti, aut vsucapti sunt, quasi Seruiana cõpetere nõ potest, quia debitoris nunquã fierũt, vt ratiocinatur Papinianus in *l. 1. §. cùm prædiũ infr. de pign.* Sed respondendũ est fructus ex fundo locato percipiẽdos, licet sint locatoris, quandiu à solo separati non sunt, perinde tamẽ haberi, ac si iam essent cõductoris, cũ in ea causa sint, vt iamiam percipiendi sint à cõductore, eiq; acquirẽdi etiã inuito locatore, qui resistere nõ potest quominus à cõductore percipiãtur *d. §. locaui iunct. l. rẽ alienã 41. in fin. sup. de pign. act.* ne alioqui esset in potestate cõductoris & alterius cuiuslibet eos exportandi citra furtũ etiã non soluta pensione, quod ferendũ non est *d. §. locaui*, quamuis dici etiã possit obligationem pignoris in fructibus tum demum incipere, cùm incipiũt à solo separari per conductorẽ, quo instãti desinunt esse locatoris, & incipiũt fieri cõductoris, vt proinde nihil iam impediat, quominus fũdi domino pignori obligẽtur, nẽpe si à conductore ipso percipiãtur, non si ab alio etiã, qui à cõductore ipso emerit, quoniã hoc casu non possunt fieri emptoris, cũ in iis percipiendis non habeat domini volũtatẽ, adeò vt in furtiuam causam incidant *d. §. locaui.*

2 ¶ Si domus, vel fundus, in quinquennium pensionibus locatus sit: potest dominus, si deseruerit habitationem vel fundi culturam colonus, vel inquilinus, cum eis statim agere.

Ad §. 2. Si domus.

RAT. DVB. Nõ est ex bona fide, vt cõductor præstet mercedẽ eius tẽporis, quo fruiꝰ nõ est, adeoq; quo locator ipse frui, vel per se, vel per aliũ potuit *l. si quis domũ 9. §. 1. l. cùm venderẽ 21. & pass. sup. h. t.* Atqui domo in quinquenium locata, vel fundo certis pẽsionibus, si colonus, vel inquilinus habitationẽ, vel fundi culturã deseruerit, potest dominus in ea ipsa domo habitare, & fundũ excolere, siue per se, siue per aliũ. Ergo æquũ non est eũ statim agere cũ inquilino, vel colono de pẽsionibus futuri tẽporis actione ex locato, id est, pro eo tẽpore, quo neque

inqui-

inquilin⁹ neq; colon⁹ fruit⁹ sit. Præsertim cũ tota inqlini & coloni obligatio nõ tãtũ conditionẽ illam habeat tacitã si colonus vel inquilinus re conducta fruatur, sed etiã sit in diem propter quinquennium locationi præstitutũ. Proinde quamuis quod ad cõditionẽ attinet, committi videatur obligatio soluẽdarũ omnium pensionum etiã futuri tẽporis, quia stat per ipsum conductorẽ quominùs fruatur, dies tamen supereſt qui omnino expectandus videtur *l. in illa stipulatione 8. l. insulã 124. l. cum stipulatus sim mihi 113. infr. de verb. obl.* Constat autẽ eũ, qui in quinquẽniũ aliquid debeat, nõ nisi toto finito quinquẽnio conueniri posse *l. qui hoc anno 42. eod. tit. l. quod certa die 70. de solut.* Dec. Nihil interest, an inquilinus, vel colonus toto quinquennio fruitus sit, an verò per eũ stet hodie, quominùs in posterũ, & pro toto tẽpore conductionis fruatur *l. qui operas 38. iuf. h. ti. l. sed addes 19. §. pen. & vlt. sup. l. iure ciuili 24. infr. de condic. & demonstr. l. in omnibus causis 39. l. in iure ciuili 161. de regul. iur.* Atqui ponim⁹ inquilinũ, vel colonũ habitationẽ conductam, aut fundi culturam ante tẽpus deseruisse, & quidẽ vltro, & sine causa. Hoc. n. addendũ & supplendũ necessario est ex *§. si vicinò 2. l. prox. seq. l. habitatores 27. §. 1. l. dominus horreorũ 55. §. vlt. infr. h. t.* Ergo non eo minùs totius quinquennij pensiones soluere debebunt, statímque cum iis agi eo nomine poterit, quatenus locatori in id quod eius interest, indemnitas seruetur, vt scriptum est in *d. l. dominus §. vlt.* Non est contrariũ quod obiicitur ex *l. 1. §. ſi pensio infr. de migrand.* vbi scriptũ est ita demũ interdictũ illud competere inquilino, qui migrauit, si paratus sit totius futuri tẽporis pensiones, quas adhuc debeat, soluere. Sed hoc ipsum ita si conuentio specialis facta sit in cõductione domus, vt nõ liceat ante finitũ annum vel certum tẽpus migrare: vt intelligamus, si eiusmodi specialis conuentio nulla interuenerit, nõ esse cogendũ inquilinum pensiones futuri quoq; temporis soluere. Respõdet. n. Accursius, quẽ cæteri omnes cõtra Azonẽ sequuntur, debere locum illũ intelligi de eo inquilino qui ex necessitate migrauerit. Sed si ita est, tanto minùs necessaria erat specialis cõuẽtio, cùm sufficiat iustã & probabilẽ fuisse emigrãdi causam, ne inquilinus ob migrationẽ totius tẽporis pẽsiones soluere teneatur *d. l. habitatores §. vlt. d. l. dominus §. vlt.* Quare nec Castrẽsis negare potest, quin pactum hoc sit superuacuum, cùm etiãsi appositũ non sit, attamẽ id actũ videatur, vt nõ possit inquilinus ante tẽpus migrare si iusta causa nulla subsit, migrare autẽ possit si iustam migrandi causã habeat. Esset igitur expeditius, meo iudicio, dicere superuacuũ quoq; esse totũ illũ versiculum ab illis verbis, *Ita tamen* vsque ad illa, *Idem est* quæ longè aptiùs coniunguntur præcedentibus illis *nisi soluerit & sequentis semestris*, q̃ huic vers. quem nos superuacuũ esse dicimus, ideóq; delendum arbitramur, potiúsq; Triboniano, quàm Vlpiano tribuendum. Solet. n. Tribonianus speciales istas cõuentiones passim exigere iis etiam casibus, quibus nullę à prudentibus nostris exiguntur, vt alibi sæpe monuimus. Quid verò si locator eandẽ domũ, eandémve fundum quem cõductor deseruerat, alij sub eadem vel maiore pensione locauerit? Putat Castrensis eum non ob id minùs totius temporis etiã futuri pensiones exacturum, quod cum in dolo vel saltem in culpa sit conductor, qui sine causa rẽ deserit, succedat hæc præstatio quodammodo in locũ pœnæ: Idque per textum huius §. qui indistinctè loquitur. Sed ego contrà puto cum Bartolo, quia nõ potest culpa dolúsve cõductoris facere vt ad aliud teneatur quàm vt in id quod locatoris interest, indemnitatẽ ei præstet, vt Paulus loquitur in *d. l. dominus §. vlt.* Indẽnitas autem nulla debetur ei qui nullum damnũ passus est, & cuius nihil interest. Quid verò potest interesse locatoris quod prior inquilinus aut colonus rem conductam deseruerit, si alij eandem rem subinde aut eâdem mercede, aut etiã maiore locauerit? *d. l. sed addes 19. §. pen. & vlt. sup. h. t.* Planè cùm locator statim agere possit de totius tẽporis etiam futuri mercede, si eam statim quoq; exegerit, ac priùs quàm alij eandem relocaret, nõ puto prohibendum eum alij fundũ relocare, vel domum, aut si locauerit, cogendum reddere quasi indebitũ id quod acceperit, cum verum sit & debitũ fuisse, & solui debuisse. Illud sanè non improbo quod idem Castrensis notat, in specie huius §. non expectari diẽ locationi ac solutioni præstitutũ, quia in dolo vel saltẽ in culpa fuerit inquilinus vel colonus qui vltro & sine causa rem cõductam deseruit, cùm id in pœnam doli vel culpæ factum sit, quãuis & pœna non nisi vice eius quod interest, præstetur, ita vt nec aliter peti possit quã si interſit, nec vltra eam quãtitatẽ in qua interest, si certa summa nulla cõprehẽsa sit, vt in *l. vlt. infr. de stipul. prætor.* Nisi malis cum Bartolo dicere, aliud iuris esse hac parte in cõtractibus bonę fidei, aliud verò in strictis. Placet etiam quod idem Castrẽsis ex Accursio notat, eo casu quo locator statim agit ad totius temporis etiam futuri pensiones, deducendum esse interusurium medij temporis, id est, quanto minus conductor soluisse videretur, si non nisi suo tempore soluisset. Ex *leg. si constante 24. §. quoties. infr. de solut. matrimon. iunct. leg. debitor 82. de legat. 2.*

3 ¶Sed & de his, quæ præsenti die præstare debuerunt, (veluti vt opus aliquod efficerent, vel propagationes facerent) agere similiter potest.

Ad §. 3. Sed & de his.

Rat. dvb. Actio quæ exercetur, & in iudiciũ deducitur, hoc ipso consumitur *l. habebat 13. in princ. sup. de institor. act. l. si sic stipulatus sim 133. in fin inf. de verb. obl.* Ergo non statim ex locato agendum est, sed in fine demum locationis etiã de iis quæ præsenti die præstari à conductore debuerunt, puta si conuenerit, vt colonus vel inquilinus opus aliquod facerent, vt in *l. si hi qui 14. l. si hi contra quos 22. C. h. t.* Sicuti ob eãdem causam dicere solemus de actione tutelæ quæ non nisi finita demùm tutela competit *l. nisi finita 4. inf. de tutel. & ration. distr.* Idem igitur esse debet, si conuenerat, vt coloni vites propagarent, nec id fecerint. Dec. Etsi totius locationis in plures annos collatæ vnus tantùm contractus est, vt diximus ad *l. ex conducto 15. §. Papinianus aliàs l. si vno sup. h. tit.* Tot tamen sunt actiones ex locato, quot sunt res quę ab inquilino & colono diuersis temporibus præstari debent, quia ex bona fide est, vt quod statim fieri debuit, statim fiat, aut quãti locatoris eo nomine interest, statim ei præstetur. Quemadmodum dicimus plurib⁹ reb⁹ vẽditis plures esse actiones de euictione, easque diuersis temporibus exerceri posse, dum modo aut pro diuersis rebus, aut ex diuersis causis

BIU Cujas

proficiscantur, nec venditor bis idem consequatur *l. quia dicitur 32. l. cùm plures 72. infr. de euict.* Aliáque ratio est tutelæ quæ vnica est, quamuis plura sint pupilli negotia, ideóque nec nisi finita demùm tutela competit, ne alioqui priuilegium, quod habet, pupillo adimatur, vt scripsimus in nostra Iurisprudentiæ Papinianeæ scientia. Item quia tutelæ actio non competit ex contractu, vt actio ex locato, sed ex lege duodecim tabularum, quamuis dicatur esse ex quasi contractu *l. 5. §. tutelæ infr. de oblig. & act. iunct. l. 1. §. in tutela & seq. de tutel. & ration. distr.* Lex autem non nisi semel loquitur, vt ibidem docuimus. Idem in colono quod in locatore iuris est, vt in §. *seq.*

4 ¶ Colonus, si ei frui non liceat, totius quinquennij nomine statim rectè aget: etsi reliquis annis dominus fundi frui patiatur. nec enim semper liberatur dominus, eo quòd secundo, vel tertio anno patiatur. fundo frui. nam & qui expulsus à conductione, in aliam se coloniam contulit, non sufficiturus duabus, neque ipse pensionum nomine obligatus erit, & quantum per singulos annos compendij facturus erat, consequetur. sera est enim patientia fruendi, quæ offertur eo tempore, quo frui colonus, aliis rebus illigatus non potest. [a] quòd si paucis diebus prohibuit, deinde pœnitentiam agit, omniáque colono in integro sunt: nihil ex obligatione, paucorum dierum mora minuet. [b] Item vtiliter ex conducto agit is, cui secundùm conuentionem non præstantur, quæ conuenerant: siue prohibeatur frui à domino, siue ab extraneo, quem dominus prohibere potest.

Ad §. 4. Colonus.

RAT. DVB. Facultas fruendi quam locator conductori præstare debet, non est tale quid quod vnico instanti, aut saltem vno actu præstari possit, sed distribuitur in omne illud tempus quod locatione comprehensum est. Nec enim qui primo anno fruitus est, etiam toto quinquennio fruitus videri potest. Quò respiciens olim Celsus eleganter dicebat, vsumfructum semel constitutum quotidie constitui & legari *l. 1. §. interdum versic. & vt Celsus sup. de vsufr. adcresc.* Ergo è contrario si colono frui non liceat primo anno, non ideo permitti ei debet vt totius quinquennij nomine statim agat ex conducto aduersus locatorem qui paratus sit pati & præstare, vt reliquis annis fruatur.

DEC. Cùm obligatio cõmittitur ad interesse ob dolum vel culpam, aliúdve maleficium quod effectum suum porrigat ad totum tempus potest ab initio statim agi ad totale interesse, vt Bartolus ad hunc §. & ex hoc ipso §. notat. Verum enim est eum qui ab initio cessat facere & præstare id quod facere ac præstare potest ex bona fide, & debet hoc ipso facere contra bonã fidem, & moram cõtrahere *l. qui non facit 121. de regul. iur.* Morã verò purgari nõ posse post quàm eius qui moram passus est, cœpit interesse *l. etsi post tres 8. supr. si quis caution. l. si ita quis 135. §. Seia in fin. inf. de verb. obl.* Atqui locator præstare debet ab initio, vt statim & ex primo die locationis cõductor frui possit re conducta, alioqui præstet ei quãti eius interfit *l. ex conducto 15. in princ. & §. 1. sup.* Ergo etiamsi locatio in quinquenniũ facta sit, si tamẽ colono nõ statim liceat frui, permittẽdum est ei vt totius quinquennij nomine statim agat. Cur. n. cogatur expectare, an posteà daturus ei sit locator facultatẽ fruendi, quam ab initio statim vltro denegat? Nihil igitur locatori proderit quod sequẽtibus annis conductorẽ frui patiatur, vt ab obligatione iam cõmissa liberetur. Semper. n. verũ est cõmissam esse obligationem, & cõtractam morã, quam solius tẽporis insequentis fruitio purgare nunquam potest, nec si paratus sit locator pati, vt altero tanto tẽpore cõductor fruatur post finitam locationem, quanto ab initio locationis impeditus est frui. Aliud. n. erit tempus illud, quàm quod locatione cõprehendebatur, & per consequens alia fruitio quàm quæ debebatur *l. si vsusfructus mihi in biennium 6. infr. de vsufr. legat.* Alioqui si posterioris tẽporis patientia & fruitio prioris moram purgaret, dicendum esset colonũ qui expulsus à conductione in aliam se coloniam contulisset non suffecturus duabus, nihilominùs & pensiones prioris conductionis debiturum, & adid quod sua interesset, actionem ex locato nõ habiturum, si modò posteà paratus esset pati vt frueretur, quod tamen euidenter iniquũ esset. Longè namq; odiosior ille est qui colonum expellit, quàm qui nõ præstat ei frui licere. Ideóq; ratio facit & æquitas, vt nõ solùm pensionum nomine non teneatur, sed etiã quãtum lucri & cõpendij per singulos annos facturus erat, tantum consequi debeat. Generaliter. n. verũ est, quod Paulus hîc subiicit, seram esse patiẽtiam fruendi quæ offertur eo tempore, quo frui colonus aliis rebus iam illigatus non potest. Multum n. refert quid quo tempore fiat, & ne quid intempestiuè *l. sed & socius 17. §. vlt. l. actione 65. §. Labeo autem supr. Pro socio.* Obserua tamen eo casu, quo permittitur conductori, vt statim agat pro toto tempore conductionis deducendum esse interusurium medij temporis, & quanto minus percepisset locator, si suis temporibus solutæ pensiones fuissent, vt Accursius hic notat, & nos iam docuimus ad *§. si domus sup. ex l. si constante 24. §. quoties infr. solut. matr.*

a *Quod si paucis diebus prohibuit.* RAT. DVB. Stipulatio aliáve obligatio quælibet semel commissa nunquam resoluitur *l. habere licere 57. in fin. infr. de euiction. iunct. leg. euicta 16. §. si seruus eodem titul.* tunc enim committitur, cùm factum aliquid est contra conuentionem *leg. nuda 5. Cod. de contrah. & committ. stipulat.* Quod autem semel factum est, pro infecto haberi nunquam potest *leg. in bello 12. §. facta* [a] *autem res infrà de captiuit. & postlimin.* Atqui statim atque locator prohibuit conductorem frui, certum est fecisse illum & commisisse aduersus legem contractus. Ergo quamuis ea prohibitio

prohibitio nonnisi paucis diebus durauerit, licèt acta pœnitentia paratus sit locator fruendi patientiam conductori præstare, non eo minùs æquum est durare actionem ex conducto quæ semel cõpetiit.

Dec. Actio ex conducto non datur nisi ad id quod interest conductoris *l. si fundus 33. infr. hoc tit.* Ergo nec priùs incipit competere quàm interfit cõductoris, ratione scilicet vel lucri cessantis, vel damni emergentis *l. si commissa 13. infr. Rat. rem haber.* Atqui nihil potest videri conductoris interesse quamdiu in integro sunt omnia *d. l. etsi post tres 8. in fi. supr. si quis caution. d. l. si ita quis 135. §. Seia de verb. oblig.* Ergo si paucis tantùm diebus prohibitio durauerit, & omnia tamen adhuc sint in integro, non est danda conductori aduersus locatorem ex conducto actio, neque paucorum dierũ mora minuere quicquam debet ex conductoris obligatione, quominùs totius temporis pensionem præstare locatori debeat. Nam nec magnum damnum esse potest in mora modici temporis, inquit *l. si debitori 21. supr. de iudic. l. quid tamen 21. §. vlt. & l. seq. l. item si vnus 17. §. si multo post supr. de recept. qui arbitr. recep. l. sed & si alia 17. de pecun. constit. l. qui fundum vendebat 40. supr. de contrah. empt. l. qui Romæ 122. §. Flauius Hermes de verb. oblig.* Neque rursùs tam modici damni ratio haberi debet, præsertim verò in bonæ fidei iudicio *l. habitatores 27. infr. hoc titul. l. res bona fide empta 54. supr. de contr. empt. l. 4. supr. de in integr. restit. l. si quis adfirmauit 9. §. vlt. & l. seq. supr. de dolo.*

b *Item vtiliter ex conducto aget.* Rat. dvb. ad hunc versiculum nulla est. Quid enim magis bonæ fidei conuenit, quàm ea seruari quæ bona fide in contrahendo placuerunt? *l. cum venderem 21. supr. l. ex empto 11. §. 1. supr. tit. prox.* Aut quonam demum casu actio ex conducto potest competere, si non competat eo casu, quo secundum conuentionem nõ præstantur ea quæ conuenerant? Neque hoc sanè Paulus addidisset tanquam indubitatum & per se apertissimum, nisi etiam illud subiunxisset, quod statim sequitur, *siue prohibeatur frui à domino, siue ab extraneo quem dominus prohibere potest.* Videbatur enim non aliter agi posse contra locatorem ex cõducto, quàm si ille ipse qui patientiam fruendi præstare debet, frui tamen conductorem prohiberet. Sed cùm prohibetur frui conductor ab extraneo, quem locator ipse prohibere posset, perinde haberi debet, acsi locator ipse prohiberet. Nã sicuti culpa caret qui scit, sed prohibere non potest *l. culpa caret 50. iunct. l. nullam crimen 109. de regul. iur.* ita non caret culpa, neque dolo is qui cùm prohibere possit, nõ prohibet *l. 1. §. quod si quis 18. supr. de SC. Silan.* Nam vt dicebat Seneca in Troade, Qui non vetat peccare cùm possit, iubet. Meritò igitur damus actionem ex conducto conductori aduersus locatorem, siue locator ipse frui eum prohibeat, siue extraneus, quem tamen locator prohibere posset si vellet *dict. l. si fundus 33. in fin. infr.* Quòd si frui prohibentem prohibere locator non possit, ad aliud teneri non debet quàm ad mercedis exonerationem, *dict. leg. si fundus*, quasi hoc casu vi maiore colonus frui prohibeatur *l. prox. §. vis maior infr. iunct. l. ex conducto 15. §. vbicunque supr.*

5 ¶ Qui in plures annos fundum locauerat, testamento suo damnauit heredem, vt conductorem liberaret, si non patiatur heres, eum reliquo tempore frui: est ex conducto actio. quod si patiatur, nec mercedes remittat: ex testamento tenetur.

Ad §. vlt. Qui in plures annos.

Rat. dvb. Cùm plures actiones eidem actori competunt aduersus eandem personam, eligere is debet, qua potiùs actione vti malit, & vbi vnã elegerit ad aliam redire non potest *l. quod in herede 9. §. eligere supr. de tribut. act. iunct. l. cùm filius 76. §. variis de legat. 2.* Atqui cùm is qui in plures annos fũdum locauerat, testamento suo heredem damnat, vt conductorem liberet, duę actiones conductori competunt. Vna ex conducto, altera ex testamento. Ergo alterutram eligere debet; nec si ex conducto priùs egerit, permittendum ei est, vt agat posteà ex testamento.

Dec. Actiones quæ ad diuersos fines, diuersósque effectus competunt, licèt eidem personæ & aduersus eandem personã ambæ exerceri possunt, nec alia aliam consumit, quoniam aliter indemnitati actoris satisfieri non potest. Atqui in propositã specie actiones ex conducto, & ex testamento, cõpetunt conductori eidémque legatario liberationis aduersus locatorem, eundémque heredẽ damnatum ad diuersos fines, longéque dissimiles effectus. Nam actio ex conducto competit eo casu, quo conductor frui prohibeatur, actio autem ex testamento eo demùm casu, quo locator patiatur quidem conductorem frui, sed mercedem quam ex causa locationis conductor debet, nolit ei remittere, vt Paulus in hoc §. scribit. Vtramque igitur diuersis temporibus, & diuersis casibus dari nihil prohibet *l. ei cui fundum 16. cum duab. seqq. infr. de liber. legat.* vbi additur idem esse, si quid ex causa locationis locator retineat, quia nihil interesset, peteret (sic enim legendum est, non petitur) an retineret, cùm tota locatio legata videatur.

25. Gaivs libro 10. ad Edictum Prouinciale.

SI merces promissa sit generaliter alieno arbitrio, locatio & conductio contrahi non videtur. sin autem, quanti Titius æstimauerit: sub hac conditione stare locationem, vt si quidem ipse, qui nominatus est, mercedem definierit, omnimodo, secundum eius æstimationem, & mercedem persolui oporteat, & conductionem ad effectum peruenire: sin autem ille vel noluerit, vel non potuerit mercedem definire, tunc pro nihilo esse conductionem, quasi nulla mercede statuta.

BIU Cujas

Ad l. Si merces 25.

Sumptum est totum huius legis initium ex *l. vlt. C. de contr. empt.* vbi extat Iustiniani constitutio de venditione & emptione sic contracta *Quanti Titius æstimauerit*, quæ hoc ipsum ius quod in venditione inducit, protrahit etiã ad locationẽ. Estque lex hæc summopere notanda cõtra eos qui nullos in Pãdectarum libris Tribonianismos volunt agnoscere. Sunt enim hic repetita ipsissima constitutionis verba, quæ etiamsi non extaret, facile tamen esset perspicacioribus Triboniani manũ & stilum agnoscere, sed tamen vix quisquam nobis crederet, si ea cõstitutio nõ esset. Hoc ipsum & ante nos Iacob⁹ Cuiacius obseruauit. Fit autẽ hoc apertius ex eo quod constitutio illa ius vetus Pandectarum hac parte abrogauit, quod ita comparatum erat, vt & venditio & locatio facta sub illa conditione *quanti Titius æstimauerit*, non tam in Titij quàm in boni viri arbitrium collata videretur, vt apparet satis ex *d. l. vltim.* Hodie verò ex illa Iustiniani constitutione, nec venditio valet, nec locatio si Titius arbitrari, aut non voluerit, aut non potuerit, quasi nullo conuento pretio, nullâque statuta mercede, cùm tamen neque venditio possit esse sine pretio, neque locatio sine mercede *l. 2. §. 1. supr. eod. ill. titul. de contrah. empt.* Substantia enim emptionis consistit ex pretio *leg. pacta conuenta 72. eod.* vt & substantia conductionis ex *leg. 2. & pass. hoc titul.* Aliud igitur est si adprobatio operis, aut quid aliud collatum sit in arbitrium locatoris, aut alicuius tertij extra causam mercedis. Tunc enim valet locatio, quia eo casu non tam substantia contractus, quàm qualitas operis in arbitrium, siue locatoris, siue tertij tanquam in arbitrium boni viri collata intelligitur *leg. prox. in princip. supr.* quæ etiam hodie manet incorrecta. Eáque ad principium huius legis dubitandi ratio adferri posse videtur, quòd cùm merces promissa est generaliter alieno arbitrio, tanto facilius videtur, vt in arbitrium viri boni collata pretij conuentio videri debeat, ac multo magis quàm si certæ personæ arbitrium comprehensum esset *argum. leg. si fundus 16. §. vltim. infr. de pign.* Sed tamen non ita est, quia eo casu necesse est eligi personam aliquam certam quæ arbitretur, & in qua tamen eligenda dissentire, & vt Bartolus loquitur, discordare facile possimus *l. item si vnus 17. §. si in duos supr. de recept. qui arbitr. recep.* Vt proinde non possint videri contrahentes in certa mercede consensisse, nec per se, nec per relationem ad aliud: locatio autem non fit, nisi consensum sit in mercede certa *Instit. de locat. & conduct. in princip* §. 1. Rectè igitur placuit quod initio huius legis scriptum est, si merces generaliter arbitrio alieno promissa sit, locationem & conductionem contractam non videri. Lõgéque aliud est differri conuentionem mercedis, aut pretij in aliud tempus, vt *in d. l. si fundus §. vltim.* Aliud vero in arbitrium alienum generaliter, vt hîc, sed cùm certæ personæ, puta Titij, arbitrium comprehensum est, placet Iustiniano, si is mercedem definierit, omnimodo secundum eius æstimationem, & mercedem persolui oportere, & conductionem ad effectum peruenire. Omnimodo, inquam, id est non adhibita distinctione illa, an altera pars dicat illum iniquè arbitratum esse, maiorem scilicet vel minorem quàm debuerit mercedem constituisse. Nam nec hoc casu reduci potest ad arbitrium boni viri, tametsi contrà sentiat Castrensis ex *leg. prox. in princip. supr.* quam tamen iam ostendimus ad aliam speciem pertinere. Denique nullo casu patitur Iustinianus recurri ad arbitrium boni viri, cùm in certæ personæ arbitrium collata est pretij couuentio, vel mercedis siue æquum siue iniquum tertius ille arbitratus fuerit, siue arbitrari vel noluerit, vel non potuerit. Quomodo iam olim obtinebat in stipulatione aliisque stricti iuris contractibus *l. si quis arbitratu 43. & seq. de verb. oblig.* ad differentiam contractuum bonæ fidei, in quibus licebat recedere à persona *d. l. prox. supr. l. hæc venditio 7. supr. de contrah. empt. l. societatem 76. cum seqq. sur. Pro socio l. si cum ea 3. C. de dot. promiss.* Multóque magis in vltimis voluntatibus, in quibus receditur à persona, etiamsi non fuerit arbitrata, vt recurratur ad arbitrium boni viri, vt Castrensis hîc notat ex *l. 1. de legat. 2.* Nisi, inquit, conditionaliter collatum sit, legatum in arbitriũ tertij hoc modo, si ille arbitrabitur, quomodo in *d. l. 1.* distinguitur. Quid ergo si pendente & incerto eo, an arbitraturus sit Titius in cuius arbitrium collata mercedis conuentio est, conductor in domo locatoris habitauerit, nec posteà Titius arbitrari velit, aut possit fortè iam mortuus? an quia locatio nulla est merces, nulla locatori debebitur? Bartolus cogitandum relinquit. Placet quod Castrensis respondet, præstandam esse mercedem, quanti pro eo tempore, quo conductor habitauit, vir bonus arbitrabitur, cùm per eam habitationem res integra esse desierit, nec æquum sit conductorem in domo locatoris qui habitationem conductam non gratuitam esse voluerit, gratis habitasse. Nam etsi non fuisset mercedis huius conuentio collata in arbitrium Titij, adhuc tamen arbitrio boni viri ea æstimatio habitationis facienda esset tanquam ex locatione nondum irritata, vt Castrensis loquitur *arg. l. excepto 18. C. hoc titul. & l. domum 57. §. sin verò supr. de contrah. empt. l. vlt. §. vlt. Cod. de iur. domin. impetr.* Concludens nec malè recurrendum esse similiter ad arbitrium boni viri quoties præcedit contractus per se firmus & validus, etiamsi eius executio in arbitrium tertij alicuius collata proponatur, qui arbitrari posteà vel nolit, vel non possit. Puta si conuenerit in venditione facta certo pretio, vt si ex postfacto appareret venditam rem esse emphyteuticariam, diminutio pretij fieret Titij arbitratu. Sufficit enim ad validitatem emptionis, vt ab initio certum pretium fuerit, licet ex postfacto minuendum arbitrio, siue Titij, siue cessante Titio, arbitratu boni viri *d. l. hæc venditio 7. §. vlt. de contr. empt. & d. l. domum eod.* Iunge quæ scripsimus *ad d. l. prox. in princip. supr.*

1 ¶ Qui fundum fruendum, vel habitationem alicui locauit: si aliqua ex causa fundum vel ædes vendat, curare debet, vt apud emptorem quoque eadem pactione & colono frui, & inquilino habitare liceat, alioquin prohibitus is aget cum eo ex conducto.

Ad §. 1.

BIU Cujas

Ad §. 1. Qui fundum.

RAT. DVB. Pactum vnius neque prodesse, neque nocere alteri debet *l. si vnus* 27. § *pacta quæ turpem versic. ante omnia l. vlt. supr. de pact.* Ergo etiamsi inter emptorem & venditorem conuenerit, vt emptor inquilinum, aut colonum frui patiatur, non potest tamen ea conuentio prodesse colono, vel inquilino, quominùs ab emptore adhuc expelli possit, quemadmodum si pactio in contrarium nulla interuenisset *l. emptorem* 9. *C. h. t. l. vlt. infr. de iur. fisc. l. qui fundum* 32. *hoc tit.*

DEC. Ex pacto inter venditorem & emptorem, siue initio venditionis, siue in ipsa venditione siue incontinenti post venditionem appositio datur venditori actio ex vendito, si quid contra pactionem facere emptor velit *leg. initio* 5. *& l.* 2. *Cod. de pact. int. empt. & vendit. leg. iuris gentium* 7. §. *quinimò & adeo supr. de pact.* Ergo si emptor, qui cum venditore conuenerat de non expellendo inquilino, vel colono, eum expulerit, teneri debet actione ex vendito in id omne quod venditoris intererit expulsum non esse conductorem. Tanti autem interesse venditoris videbitur, quantum ex ea causa conductori actione ex conducto præstare tenebitur, quippe cui præstare debeat vt ei liceat frui *l. Iulianus* 13. § *penul. supr. tit. prox.* Proinde facit prudenter & cautè venditor, si fundum locatum aut ædes ex aliqua causa venditurus paciscatur cum emptore, vt apud emptorem quoque eadem pactione & colono frui, & inquilino habitare liceat, ne alioquin prohibitus is agat ex conducto cum venditore eodémque locatore. Et quamuis non possit ea pactio facere quin emptor conductorem iure suo possit expellere, faciet tamen vt indemnitatem eo casu consecuturus sit venditor ab emptore qui cõtra pactionem fecerit *dict. §. penult.* Ita fiet vt metu actionis illius ex vendito malit emptor inquilinum aut colonum retinere quàm expellere. Nam etsi nollet venditor contra emptorem agere ex vendito, ad id tamen cogi posset per conductorem ex conducto agentem *d. l. Iulianus* §. *penultim.* Sed & alia ratione potest conductor sibi consulere, vt non magis ab emptore quàm à venditore expelli possit, nimirum si ab initio & in contractu locationis conuenerit, vt bona omnia venditoris generaliter pro patientia fruendi sint obligata & pro omnibus quod conductoris interierit, si frui prohibeatur. Quomodo ferè omnia locationum instrumenta hodie concipiuntur. Etsi enim nemo potest paciscendo eam sibi legem dicere, ne rem suam vendere alij possit *l. pen. sup. de pact.* id tamen fallit si accedat conuentio pignoris, quæ sicut actionem quasi Seruianam tribuit, ita & multo magis retentionem *l. 1. infr. de pignor.* tanquam quæ det ius in re non ad rem duntaxat ex *l. si creditor* 7. §. *vlt. infr. de distract. pignor.* De cuius tamen lectione ac sententia, vide quæ dicemus ad eum locum, & quæ iam scripsimus in vltima parte Chiliadis nostræ *de error. pragmat. & interpr. iur.*

2 ¶ Si, vicino ædificante, obscurentur lumina cœnaculi: teneri locatorem inquilino. [a] certè quin liceat colono, vel inquilino relinquere conductionem, nulla dubitatio est: [b] de mercedibus quoque, si cum eo agatur, reputationis ratio habenda est. Eadem intelligemus, si ostia fenestráve nimium corruptas locator non restituat.

Ad §. 2. Si vicino.

RAT. DVB. Habitari potest etiam obscuratis ædibus *l. si is qui binas* 30. *supr. de vsufr.* vbi hanc ob causam scriptum est posse heredem altius tollendo ædes hereditarias alias obscurare, in quibus vsumfructum alius habeat. Ergo multo magis dicendum est, si vicino ædificante obscurentur lumina cœnaculi conducti, non debere locatorem eo nomine teneri inquilino, nec permittendum inquilino esse, vt ex ea causa conductionem relinquat, aut de cõuenta mercede quicquam diminuat, dummodò vel modicum lumen supersit quod conductori ad habitandum in eo cœnaculo sufficere possit. Nam & in specie *d. l. si is qui binas* hoc temperamentũ Paulus adhibet. DEC. Locator præstare conductori debet non tantùm vt re conducta fruatur, sed etiam vt ea fruatur commodè quantum fieri potest. Præsertim cùm fruendi causam habeat onerosam, non vt legatarius vsusfructus lucratiuam, quæ vt plurimũ deterioris conditionis esse solet *l. quod autem* 6. §. *simili modo l. vlt.* §. 1. *infr. quæ in fraud. credit. l. vlt.* §. *si verò creditores C. de iur. delib.* Atqui ponimus vicinum altiùs tollendo ædes suas adeo lumina conducti cœnaculi obscurasse, vt in cœnaculo nõ nisi multo minùs commodè habitari iam possit, quomodo rectè Accursius interpretatur. Alioqui pro modico incõmodo quod ex eo cõductor sentiret parũ curandũ esset *l. habitatores* 27. *inf. iunct.* §. *vis maior hac lege.* Ergo æquũ est teneri hoc nomine locatorem inquilino actione ex cõducto, vt præstet cõductori quantum ex ea causa ipsius interest. Planè si inquilinus eque habitatione vsus sit, quãuis obscurata, nec cõquestus sit, non dubitatur quin pensionem integrã nihilominus soluere debeat *l. quod si domi* 28. *infr.* sibi enim debet imputare, cur conquestus non fuerit, vt Castrensis hîc notat.

a *Certè quin liceat colono vel inquilino.* RAT. DVB. Cõtract[9] locationis vt cæteri omnes nominati ab initio est voluntatis, ex postfacto autem necessitatis *l. sicut* 5. *C. de obl. & act. l. viam veritatis* 10. *C. h. t.* Ergo non est permittẽdum colono vel inquilino, vt propter obscurationem ædiũ discedat à conductione, sed potius æstimandũ est, quanti eius ex hac causa interfit, quod lõgè diuersum est *l. ea conditione* 14. *C. de rescind. vendit.* DEC. In cõtractibus & cõuentionibus omnibus ferè semper subintelligitur vulgaris illa clausula *Rebus sic stantibus l. cùm quis* 38. *in princ. inf. de solut.* Ergo is tantũ rei status inspici debet qui erat cũ cõtraheretur *l. si voluntate* 8. *C. de rescin. vend. l. Rutilia Polla* 69. *sup. de contr. empt.* Proinde obscurato postmodũ cœnaculo quod inquilinus ita obscuratum cõducere nunquam voluisset, æquũ est ei permitti, vt conductionem derelinquat: quæ enim de nouo emergunt nouo indigent auxilio *l. de ætate* 11. §. *ex causa supr. de interrog. in iur. faciend.* Neq; hoc dubitationem vllam habet, vt Caius hîc scribit.

b *De mercedibus quoque.* RA. T. DVBIT. Obscuratio cœnaculi conducti non facit irritam

BIU Cujas

locationem nisi conductor eam velit derelinquere, vt modò diximus. Ergo non potest impediri locator, quominùs mercedem totam exigat, quanta conuenta fuit.

DEC. Mutuæ hoc casu actiones locatori competunt & conductori. Locatori quidem ex locato ad solutionem conuentæ pensionis. Conductori autem ex conducto ad id quod ipsius interest obscuratas ædes non fuisse. Cùm ergo vtraque actio sit bonæ fidei, & bonæ fidei iudiciis, sicut exceptiones doli & pacti, ita & reputationes omnes insint, quas ex bona fide fieri æquum sit, *l. sed si ideo 21. infr. solut. matr. l. huiusmodi 84. §. qui seruum de legat. 1. l. 3. infr. desciend. vendit. l. in bonæ fidei 7. supr. de eo quod cert. loc. §. in bonæ fidei instit. de action.* Consequens est vt actione ex locato conuentus inquilinus ad integram pensionem condemnari tamen non debeat, nisi deducto eo quod vicissim locatorem conductori propter obscuratas à vicino ædes præstare æquum est. Hoc enim est quod reputationis nomine Caius hîc significare voluit *l. vnic. C. de reput. quæ fiunt in iudic. in integr. restit.* Eadem intelligimus, inquit Caius, si ostia fenestrásve nimium corruptas locator non restituat, nempe quia sine ostiis, & sine fenestris integris habitari commodè in cœnaculo non potest. Ergo quod scriptum est in *§ si domus 2. legis proximè præcedentis* statim agi posse cum inquilino, & ad integram totius locationis pensionem, si is conductam habitationem deseruerit, tunc duntaxat verum est, cùm nullam deserendæ habitationis iustam & probabilem causam habuit, vt ad eum §. scripsimus. Habet autem, quoties nō ei præstatur tam commoda fruitio, quàm quæ ineundi contractus tempore fuit.

3 ¶ Conductor omnia secundùm legem conductionis facere debet. & ante omnia colonus curare debet, vt opera rustica suo quoque tempore faciat: ne intempestiua cultura deteriorem fundum faceret. præterea villarum curam agere debet, vt eas incorruptas habeat.

Ad §. 3. Conductor.

RAT. DVBIT. Quemadmodum id quod intra certum tempus fieri debuit, post id tempus elapsum fieri non potest *l. Titius 41. §. intra certa tempora infr. de fideic. libert.* Ita & quod sine diei adiectione debetur, præstari quandocunque potest. Atqui ponimus in locatione, nihil dictum esse de fundo certis temporibus excolendo. Ergo siue citiùs, siue tardiùs fundum conductum excoluerit, non ideo teneri ex conducto debet, satísque est quod non incultum fundum reliquerit.

DEC. In locatis & conductis sicut in emptis & venditis pro dicto habendum est, quod actum est *l. sed Celsus 6. §. 1. supr. de contr. empt. l. 2. & pass. hoc tit.* Atqui inter locatorem fundi hoc indubitatè agitur, vt opera rustica suo quæque tempore conductor faciat. Intempestiua enim cultura, id est, non eo tempore facta quo fieri debuit, fundum efficit deteriorem. Nemo autem dixerit licere creditori fundum deteriorem facere, quin hoc ipso in omne id quod locatoris interest, actione ex locato teneatur *l. videamus 11. §. item prospicere supr. hoc tit.* cùm ex ea causa etiam iure expelli conductor possit *l. æde 3. C. hoc tit.* Ergo cùm omnia secundum legem locationis facere conductor debeat, æquum est eum locatori hoc nomine teneri quanti interest locatoris. Idem est si villarum curam minùs diligentem conductor egerit vt eas corrumpi & deteriores fieri passus sit. Idque est quod Paulus *libr. 2. sentent. tit. 18. §. vlt.* scribit: Fundi deterioris facti & cultura non exercitati, & ædificiorum non refectorum culpam arbitrio iudicis locatori à conductore farciendam esse. Nam & villam incorruptam tradere conductori locator debet ne alioqui ex conducto teneatur, vt frui conductor possit *l. ex conducto 15. §. 1. supr.*

4 ¶ Culpæ autem ipsius & illud adnumeratur, si propter inimicitias eius vicinus arbores exciderit.

Ad §. 4. Culpæ.

RAT. DVB. Nemo facere potest, ne cuiusquam inimicitias, præsertim verò iniustas experiatur, nec aduersus vim quæ ab inimicis infertur, custodia prodesse quicquam potest *l. si ea res 31. in princip. suprà tit. prox.* Non igitur culpæ conductoris adnumerari debet, si propter eius inimicitias vicinus arbores exciderit, aut aliud damnum quodlibet contigerit. Maximè verò si tales inimicitias conductor nulla culpa sua contraxerit.

DEC. Nemo debet alieno odio prægrauari *l. si quis suo 33. §. 1. Cod. de inoff. testam. leg. crimen 26. infr. de pœn.* & iniuriam quæ ab iniusto inimico fit conductori, æquius est apud eum remanere quàm in locatorem transferri *leg. exceptione 67. infr. de fideiuss. l. si per imprudentiam 51. de euict.* Rectè igitur Paulus hoc quoque conductoris culpæ adnumerandum putat, si quid damni locatæ rei acciderit ab inimicis conductoris, quamuis nulla conductoris culpa in conciliandis inimicitiis interuenerit, quasi ab ipso conductore factum sit quod in eius odium ab alio factum est *leg. videamus 11. §. item prospicere §. qui vinum supr. hoc titul. leg. 1. & 2. supr. ad leg. Rhod. de iact.* Et ita Accursius noster & post eum Bartolus quoque sentit. Iunge *l. penultim. in princip. infr. solut. matrim. leg. si is cum quo 20. supr. Commun. divid.*

5 ¶ Ipse quoque si exciderit, non solum ex locato tenetur, sed etiam lege Aquilia, & ex lege duodecim tabularum arborum furtim cæsarum, & interdicto *Quod vi aut clam.* sed vtique iudicis, qui ex locato iudicat, officio continetur, vt cæteras actiones locator omittat.

Ad §.

Ad §. 5. Ipse quoque si euiderit.

RAT. DVB. & DEC. ad hunc §. eadem est, quæ ad *l. vnde quæritur 7.* Vbi totam quæstionem hanc tractauimus *supr. Commod.* Nam quoties eiusdem rei nomine plures actiones competunt ad rei persecutionem, quod ex vna exactum est, facit vt tollantur cæteræ, nisi in eo quod excedit, si pluris actoris interfit. Ideóque cum actio ex locato detur ad omne id quod interest locatoris, consequens est & ex bona fide, vt agens locator ex locato cæteras omnes actiones omittere ac remittere debeat, ne alioqui bis idem consequatur, quod esset improbum & contra bonam fidem *l. sed actione 50.* vbi etiam diximus *supr. Pro socio l. & hæc distinctio 35. §. 1. hoc titul. Iunct. l. si quis dolo 51. §. 1. infr. de re iudic. l. bona fides 57. de regul. iur.* Cæteræ actiones quæ ex lege Aquilia competunt aut ex lege duodecim tabularum ob arbores furtim cæsas, & ex interdicto Quod vi aut clam minùs plenæ sunt quàm actio ex locato, cùm sint omnes stricti iuris. Hæc autem bonæ fidei, quæ proinde ex omni parte pleniores habet præstationes, & quod ad sortem pertinet, & quod ad vsuras cæteráque accessiones § *in bonæ fidei 30. Instit. de action.* Planè si quid amplius sit in actione pœnali quàm in actione ex locato, non erit prohibendus locator quo minùs etiam pœnali actione experiatur in id quod excedit, id est, deducto eo quod actione ex locato consecutus fuerit, vt Accursius hîc notat ex *d. l. vnde quæritur in fin. supr. Commod. l. qui seruum 34. infr. de oblig. & action.*

6 ¶ Vis maior quam Græci Θεῖ βίαν, id est, *vim diuinam*, appellant, non debet conductori damno esse, si plus, quàm tolerabile est, læsi fuerint fructus. alioquin modicum damnum æquo animo ferre debet colonus, cui immodicum lucrum non aufertur. [a] apparet autem, de eo nos colono dicere, qui ad pecuniam numeratam conduxit. alioquin partiarius colonus quasi societatis iure, & damnum & lucrum cum domino fundi partitur.

Ad §. 6. Vis maior.

RAT. DVB. Emptio & conductio iisdem iuris regulis consistunt *l. 2. supr.* Atqui post contractam perfectámque emptionem omne periculum rei venditæ ad emptorem pertinet *l. id quod 7. & seq. & pass. supr. De peric. & commod. rei vendit.* Ergo & ad conductorem pertinere debet damnum quod in fructibus etiam vi maiore læsis contingit, quantumcunque grande sit & intolerabile, quia nec immodicum lucrum, ne dicam intolerabile, aufertur conductori, quantoscunque fructus ex re conducta perceperit. Eadem enim ratio esse debet lucri & damni, vt in hoc ipso §. Paulus fatetur, ex regula *l. secundum naturam 10. de regul. iur.* Nec debet quisquam audiri id petens cuius contrarium in contrarium euentum non fuerat postulaturus *l. pen. C. de solut.* Et falsum est quod Accursius & Bartolus putant, similiter augendam & duplandam pensionem locationis si duplo plus fructuum conductor perceperit, non propter diligentiam coloni, quem casum Accursius quoque & Bartolus excludunt, sed ob casum aliquem fortuitum, vt in specie quam adfert Bartolus: Si locauerim tibi molendinum, & alia molendina impetu aquarum destructa sint, vt ex meo longè plus consecutus sit conductor. Multóque verius arbitror, quod Castrensis docet, non eadem esse rationem sterilitatis & fertilitatis, nec rursus minuendæ & augendæ mercedis, vt mox dicemus.

DEC. In contractu locationis & conductionis cùm sit bonæ fidei, æstimanda sunt omnia ex bona fide & æquitate. *l. bona fides 31. supr. deposit.* Bona fides autem nõ patitur vt vim maiorem, quam Græci Θεῖ βίαν vocant, id est, vim diuinam, cui resistere nemo possit (quis enim diuinæ voluntati resistat?) præstare conductor debeat, quàm nec præstare alius quisquam solet *l. contractus 23. in fin. de regul. iur.* Cui enim alij iustius imputare possis casus fortuitos quàm domino? *l. quæ fortuitis 6. C. de pignor. act.* Atqui conductor dominus non est ne quidem fructuum nisi eorum quos iam perceperit. In quibus si damnum aliquod acciderit, nemo dubitat quin conductoris ideò esse debeat, quemadmodum si in qualibet alia re contigisset, quæ conductoris fuisset *l. damnum 12. C. hoc tit.* Locator autem è contrario dominus est non modò fundi, sed etiam fructuum quandiu solo cohærent, adeóque etiamsi percepti sint dum ne ab ipso conductore *l. si seruus 61. §. locaui infr. de furt.* Damnum igitur quod in fructibus fundi locati ante perceptionem contingit, in maiore locatoris esse debet non conductoris, si modò grande sit & intolerabile vt Paulus hîc loquitur. Alioqui si non sit intolerabile, modicum damnum æquo animo ferre colonus debet, cui immodicum lucrum non aufertur, ratione nimirum ista æquitatis potiùs quàm iuris. In quo differt conductio ab emptione. Emptio enim titulus habilis est ad acquirendum dominium *l. numquam nuda 31. De acquir. rer. domin.* Et quamuis non statim atque perfecta emptio est, emptor dominus fiat, adeóque nec subsecuta traditione nisi etiam precium solutum sit, aut aliter eo nomine satisfactum *l. quod vendidi 19. l. vt res 53. supr. de cõtr. empt. §. venditæ Instit. de rer. diuis.* in potestate tamen & arbitrio emptoris est, vt quandocunque oblato precio acquirat sibi dominium rei venditæ *l. Iulianus 13. §. offerri supr. tit. prox.* aut venditorem in mora constituat rei tradendæ, atque ita omne periculum in vẽditorem transferat. Qui proprius est effectus moræ *l. si ex legati 23. & seq. l. si seruum 91. §. sequitur & §. vlt. infr. de verb. oblig.* At locatio dominium transferre nõ solet *l. locatio 39. infr.* Nec vnquam transfert extra casum *l. item si precio 22. §. cùm insulam supr. & l. in nauem Saufeij 31. infr. hoc tit.* Ergo neque fructuum ex fundo locato percipiendorum, cùm fructus non iure seminis, sed iure soli ac dominij percipiantur *l. qui scit 25. §. 1. infr. de vsur.* Igitur damnum omne quod in fructibus fundi locati antequàm percepti sint, contingit, ad locatorem solum tanquam ad dominum summo iure pertinere deberet, nisi ratio illa æquitatis contra conductorẽ faceret pro locatore, quod cùm fructuum commodum & lucrum omne ad eũ pertineat, recusare non debeat quo minùs etiam damnum sentiat. Sed cum hoc tamen temperamẽ-

BIU Cujas

to, vt si damnum sit intolerabile, ad locatorē respicere debeat non ad conductorem. Nam etsi fundus locatus non fuisset, æquè damnum omne fructuum ad locatorem pertinuisset, qui aut tanto minùs aut nihil penitus ex fructibus percepisset. Quidni ergo ferat æquo animo vt inter eum & conductorem diuisio damni fiat remissione facta mercedis aut in totum aut pro parte prout res exegerit? Quæ ratio facit vt non eodem modo dicendum sit augendam esse ac duplandam pensionem si duplo plus fructuū perceptum sit. Non solùm quod nusquam in libris nostris tale quid scriptum sit. Ex causa fertilitatis duplandam pensionem, quomodo scriptum est in hoc §. & alibi sæpe, ex causa sterilitatis remittendam & minuendam. Sed etiam quia in casu fertilitatis & vbertatis certat vterque de lucro captando & in pari causa meliorem esse conductoris causam æquum est, & quia reus & possessor est, vt Castrensis hîc disputat, & quia pro se habet contractum & ex contractu ius percipiendorum fructuum quanticunque sint, nec aliter fuerat contracturus *arg. leg. si quis authoritate 16. C. de omni agr. desert. libr. 11. tit. 58.* præter id quod, vt idem Castrensis monet, aucta quantitate fructuum non idcirco augetur emolumentum. Cùm tanto minoris æstimari fructus soleant, quanto maior vbertas est, sicut è contrario tanto pluris quanto exiguiores sunt fructus qui colliguntur. Ex quo etiam fit vt non sit audiendus conductor, si de fructuum exiguitate conqueratur, & ex ea causa remissionem aut saltem exonerationem aliquam mercedis postulet *l. ex conducto 15. §. cùm quidam supr. hoc tit.* Quod in casu sterilitatis diuersum est, cum qua scilicet nihil est quod compensare possis nisi sequentium aut præcedentium annorum vbertatem *d. l. ex conducto* §. *Papinianus*. Ergo quamuis aliàs dici soleat eandem augmenti & diminutionis rationem esse debere *l. scribit Celsus 33. versic. nouissimè ait infr. ad SC. Trebell.* id tamen in proposito dici non potest, ob eas diuersitatis rationes quas attulimus. Quibus addendum est, quod nec Bartolus negat, multo minùs duplandam esse pensionem ob id solùm quod fructuū precium duplatum sit, sicuti nec fieret remissio si propter vicium fructuum conductor damnum sentiret *d. l. ex conducto §. si vis tempestatis versic. si qua tamen vitia.* Nam qui aliquo casu duplari pensionem volunt post Accursium, restringunt se ad eum casum quo propter abundantiam fructuū non propter auctum eorum valorem immodicum lucrum conductori accesserit. Nec potest Castrensis dissimulare quin valde inepta sit interpretatio illa Accursij vt immodicum lucrum Paulus dixerit pro valdè modico. Quamuis admittat quod admittere non deberet dictionem *in* vtrumque habere significatum & negandi & augendi ex *l. Gallus 29. §. ille casus supr. de liber. & posthum.* cuius loci corrupta lectio interpretes omnes in hunc errorem perduxit. Legunt enim *ille casus indifficilis est* quem tamen difficillimum esse vident, cùm Scæuola scripsisset, *Ille casus in difficili est*, quomodo habet lectio Florentina. Separandus autem est casus sterilitatis à casu damni intolerabilis. Sterilitas est, cum ne quidem semen percipitur, aut nihil nisi semen & quæ ad seminandum impensa facta est. Quo casu totius mercedis remissio fieri debet *d. §. si vis tempestatis*. Nisi sterilitas illa cum vbertate cæterorum annorum compensari possit, vt iam diximus *ex d. §. Papinianus*. Damnum verò intolerabile est, quando percipit colonus fructus aliquos vltra semen & impensas in serendo factas, sed tamen non vltra dimidiam pēsionis, quam soluit. Vt si pensio erat de viginti (sic enim legendū est apud Castrensem in *d. §. si vis tempestatis*) & ipse ī recolligit nisi de octo, vel nouem. Vnde si haberet soluere pensionem, inquit Castrensis, haberet damnum de vndecim, quod esset vltra dimidiam. Etidem inquit, si decem tantum perciperet ex fructibus, quia damnum in alia dimidia pateretur. Quod non improbo. Maximè verò post inductum ius illud nouum, de quo *in l. 2. C. de rescind. vendit.* Nempe si non aliud expresso pacto conuenerit. Pacto enim fieri potest vt etiam de vi maiore conductor teneatur *l. si quis domum 9. §. Iulianus aliàs l. si quis fundū supr.* Ex his intelligimus non benè Bartolum locationē fundi venditioni fructuum comparare, fructuum inquam nascturorum, qui si nulli nascantur, nulla venditio est quasi facta sub conditione quæ defecerit, nulla existente re quæ veneat *l. nec emptio 8. supr. de contr. empt.* Tum enim propriè venditio fructuum fieri dicitur, cùm venditor ipse fructus percepturus est, & perceptos emptori traditurus, quo casu cultura fundi ad venditorem pertinet: in locatione autē fundi cultura ad colonum pertinet non ad locatorem *l. prox. §. si domus supr. l. dominus 55. §. vlt. infr.* & cōductoris est non locatoris fructus percipere, & eos sola perceptione suos facere *d. l. si seruus 61. §. locaui infr. de furt.* ideóque non tam fructus quàm facultatem & ius percipiendorum fructuum acquisiuisse videtur is qui fundum conduxit, *acquisiuisse* dico, nō *emisse*, vt Castrensis loquitur, quia si esset emptio facultatis fructuum percipiendorum, non posset ille fructus suos facere sola perceptione, sed sola traditione, nec rursus per traditionem fieri posset dominus, nisi soluta prius mercede integra, quomodo in cuiuslibet rei emptione obseruari dixim⁹ *d. §. vēdita instit. de rer. diuis.* quod tamen in conductione non ita est. Facit enim conductor fructus suos sola perceptione tanquam perceptos ex domini voluntate *d. §. locaui*, quamuis nulla dum soluta pensione: quæ nec nisi in fine locationis pendi olim solebat, vt Vlpianus innuit in *l. sed addes 19. §. si cùm quis in annum* vbi Bart. notat *supr. hoc tit.* Ideóque emptores fructuum à colonis separantur in *l. liberto 21. infr. de aun. legat.* Nec subtilior Castrensis in reddenda ratione cur periculum rei venditæ pertineat ad venditorē, non etiam fructuum rei locatæ ad conductorem. Ait enim, si re vendita perempta casu fortuito non deberetur pretium vēditori, futurum vt remaneret venditor in magno damno, quia nec rem haberet nec precium. In contractu autem locationis licet pensionem vnius anni perdat propter sterilitatem, retinet tamen dominium rei suæ, & spem percipiendorum fructuum in futurum. Ideóque, inquit, æquo animo remissionem mercedis tolerare debet ne colonus immoderatè lædatur: Cum tamen diuersitatis & iuris huius ratio non alia quærenda sit, quàm quæ à nobis allata suprà fuit. Quare nec ad rem pertinet si quis obiiciat, venditis duodecim modiis frumenti quod ex fundo Corneliano nascetur, si quinque duntaxat modij ex eo fundo nati sint, remissionem precij faciēdam esse pro rata ex *l. si debitor 39. §. verisimile supr. de contrah. empt.* Quasi similiter dicendum sit etiam in locatione fundi remissionem mercedis faciendam esse pro rata ob perceptam minorem fructuum quantitatem. Est enim, vt ostendimus, alius contractus locationis, alius verò venditionis fructuum. Quanquam & longè alia species est de qua in *dict. §. verisimile*. vbi erant

venditi

venditi fructus ad certam mensurã, qua nõ collecta remissionem pretij pro rata fieri necesse est, quia nõ præstatur ex parte venditoris omne id quod conuenit, nec totum quod vendidit. In locatione autem fundi etiamsi pro venditione fructuum haberi ea deberet, essent tamen fructus venditi simpliciter non ad certam mensuram. Vnde fit vt qualiscunque ex eo fundo fructus perceptus sit licet modicus, vt Bartolus loquitur, detur tamen id omne quod cõuenit, ac proinde non sit facienda remissio mercedis, nisi damnum conductoris sit intolerabile.

a *Apparet autem de eo nos colono dicere.* RAT. DVB. Etiam colonus partiarius colonus est, & dicitur. Ergo non debet distingui ab eo qui nummis conduxit.

DEC. Locatio non potest esse sine pecunia *l.1. §.si quis seruum 9. supr. deposit.* Atqui colonus partiarius nullam præstat pecuniam, sed tantum operam in quærendis & percipiendis fructibus. Ergo propriè locatio esse non potest, sed potius quædam societas inter dominum & colonum, vt quasi societatis iure & lucrum & damnum omne inter se partiantur. Quod Bartolus ita accipit, vt agendum sit hoc casu actione Pro socio, non ex locato vel conducto. Itémque vt contractus hic finiatur morte aliisque modis omnibus quibus societas finiri solet, de quibus in *l.4. §.1. supr. Pro socio.* Ego fateor quidem ex locato & conducto agi nõ posse, cum nõ sit locatio nõ interueniẽte pecunia. Sed nego agi posse Pro socio, cum nõ sit verè, sed similitudinariè tãtũ contractus societatis, at potius contractus quidam innominatus, ex quo alia nulla quàm Præscriptis verbis actio nasci potest *d. §. si quis seruum l. naturalis 5. §. at cùm do infr. de præscr. verb.* Nec proinde verum est finiri conrractum hunc morte vnius ex sociis aut aliquo ex modis aliis quibus societas finitur. Cum ciuiles omnes contractus etiam innominati transeãt in heredes, nisi si quid specialiter iure cautum sit in contrarium, vt in societate. Nam & contractus innominati transeunt in naturam nominatorum cum quibus habent similitudinem *d. l. naturalis §. penult.* Negari autem non potest quin contractus hic de colono partiario, licet non sit locatio, magnam tamen habeat similitudinem & adfinitatem cum locatione, maiorémque quàm cum societate, quæ per solam lucri, & damni communionem inducitur. Sola enim communio ista est quæ societatis imaginem inducit inter dominum & colonum *l. cùm duobus 52. §. quidam sagariam supr. Pro socio.* Quæ tamen facere non potest quin initio inspecto & contrahentium proposito locationi similior sit hic cõtractus, qui etiam hodie passim à contrahentibus locationis nomine donatur. Ergo quemadmodum locationis contractus transit in heredes itémque actio ex locato & conducto *l. sed addes 19. §. ex conducto supr. hoc tit. l. viam veritatis 10. C. eod.* ita & contractum hũc per quem colonus partiarius cõstituitur, fatendũ est non magis finiri morte alterutrius quàm actionem Præscriptis verbis quæ ex eo cõpetit. Atq; ita iam olim contra Bartolum Baldus disputauit.

7 ¶ Qui columnam transportandam conduxit: si ea, dum tollitur aut portatur, aut reponitur, fracta sit: ita id periculum præstat, si qua ipsius, eorúmve, quorum opera vtitur, culpa acciderit. culpa autem abest, si omnia facta sunt quæ diligentissimus quisque obseruaturus fuisset. Idem sanè intelligemus, & si dolia, vel tignum transportandum aliquis conduxerit: idémque etiam ad cæteras res transferri potest.

Ad §. 7. Qui columnam.

RAT. DVB. Conductor non tenetur de culpa leuissima, sed tantum de lata & leui, quia contractus hic fit in gratiam vtriusque *l. si vt certo 5. §. nunc videndum sup. Commod. l. contractus 23. de regul. iur.* Ergo non est ab eo requirendum vt præstiterit omnia quæ diligentissimus paterfamilias præstitisset, sed sufficit vt talem diligentiam adhibeat qualem diligens in rebus suis adhibere solet. Nec magis si de columna transportanda tractetur aut de alia simili re quæ facilè frangitur, quàm si de operis in aliam rem quamlibet locatis. Explosa enim est Martini sententia separantis columnam transportandam & alias res æquè fragiles à rebus cæteris, cum Caius scribat idem quod de columna, dicendum esse, non solum si dolia vel tignum transportandum quis conduxerit, sed etiam si quid ex rebus cæteris. Nec minus explodenda est interpretatio Accursij qui Caium minus propriè locutum existimat, & dixisse diligentissimum pro diligente, vsurpato superlatiuo pro positiuo. Quomodo inquit, è contrario sæpe positiuus ponitur pro superlatiuo. Cum enim Caius scribit culpam abesse si omnia facta sint, quæ diligentissimus quisque obseruaturus fuisset, ostendit satis non abesse culpam si non omnia facta sint quę diligentissimus facturus fuerat, id est, alius diligentior, etiamsi fuerit hic diligens.

DECID. Multum interest an quis operas suas locet, aut quod effectu idem est, faciendum aliquid conduxerit tanquam quilibet, an verò tanquam artifex *l. si quis domum 9. aliàs l. si quis fundum §. Celsus l. item si pretio 22. §. cùm insulam supr. hoc tit.* Priore casu non tenetur conductor nisi de culpa lata & leui, non item de leuissima *d. §. nunc videndum.* Posteriore verò etiam de leuissima, quia hoc ipso quod opus faciendum accipit, tanquam artifex videtur asserere se peritũ. Imperitia autem culpæ adnumeratur, vt scriptum est in *d. §. Celsus* vbi diximus. Denique mandatario & procuratori similior est artifex aliquid faciendum suscipiens, quàm alius conductor quilibet, quoniam eius persona & industria eligitur, quæ maior esse solet & debet in eo qui se artificem profitetur *l. inter artifices 31. infr. de solut.* ideóque mirum non est leuissimam quoque culpam ab eo præstari, quæ à quocumque procuratore præstanda est *l. à procuratore 13. C. mandat.* Et ita cum Paulo Castrensi aduersus Accursium sentio.

6 ¶ Si fullo, aut sarcinator vestimenta perdiderit, eóque nomine

BIU Cujas

domino satisfecerit : necesse est domino, vindicationem eorum, & condictionem cedere.

Ad §. vlt. Si fullo.

RAT. DVBIT. Nemo ex culpa sua actionem sibi acquirere potest *l. itaque* 12. §. 1. *infr. de furt.* Atqui in culpa est fullo & sarcinator, qui nullo casu fortuito emergente vestimenta quæ polienda vel sarcinanda susceperat, perdidit. Alioqui nec ex locato teneretur, quomodo eum teneri scriptum est in *leg. cum plures* 60. §. *vestimenta infr.* Ergo quamuis domino satisfecerit præstatione totalis interesse, vt nostri loquuntur, æquum tamen non est habere illum vestimentorum vindicationem aut condictionem furtiuam, præsertim cùm non sit dominus, qualem esse oportet eum qui vindicat aut à fure condicit *l. in rem* 23. *supr. de rei vindic. l.* 1. *de condict. furt.*

DEC. Nihil interest locatoris postquàm ei satisfactum est, cùm satisfactio pro solutione sit *leg. satisfactio* 52. *infr. de solut. l. item liberatur* 6. §. 1. *Quib. mod. pign. vel hypoth. soluit.* Cui non autem æquum videatur vel hoc saltem consequi conductorem à locatore quod sine dispendio & incommodo creditoris futurum sit: *l. in creditore* 38. *infr. de euict.* Nullum enim dispendium & incommodum est in cedendis actionibus, quas præterea emisse conductor tunc videtur, cùm locatori satisfecit *l. cùm pupillus* 21. *infr. de tutel.* & *Ration. distr. l. Modestinus* 76. *de solut.* Nihil ergo causę est, cur dominus idémque locator cui satisfactum est à fullone vel sarcinatore prestare ipsi debeat vindicationem & furtiuam conductionem *d. l. cùm in plures* 60. §. *vestimenta hoc tit.* vbi tamen additur cogendum esse locatorem vt priùs agat contra furem, si ab eo commodè rem seruare possit, fullonis tamē aut sarcinatoris sumptibus. Nec distinguimus hoc casu vt in specie *d. l. Modestinus*, an huiusmodi actionum cessio facta sit incontinenti, an ex interuallo. Tum enim ei distinctioni locus est, cùm solutione tollitur & obligatio, & actio, quæ proinde semel extincta cedi aduersus liberatum amplius non possit *leg.* 1. C. *de contr. iudic. tutel.* Nemo autem dixerit satisfactione à fullone præstita extinctam esse vindicationem & furtiuam condictionem. Nihil ergo vetat cedi eas etiam ex interuallo vt in specie *l. si res obligata* 57. *in fin. de legat.* 1. Neque verò existimandum est fullonem aut sarcinatorem hoc casu acquirere sibi ex culpa sua actionem. Acquirit enim eam per cessionem. Cessionem verò ob id solum, quod domino satisfecerit, quamuis satisfacere coactus sit ob culpam suam præcedentem. Iunge *l. si culpa* 63. *supr. de rei vindic.*

26. VLPIANVS libro 2. Disputationum.

IN operis, duobus simul locatis, conuenit priori conductori ante satisfieri.

Ad l. In operis 26.

RAT. DVB. Operæ simul & eodem instanti eodémque contractu promitti non possunt ita vt alter sit prior, alter posterior. In iis enim quæ simul & coniunctim fiunt, nullus ordo est, nec prius quicquam aut posterius *l. quidam* 14. *infr. de pecul. legat.* Ergo implicat contradictionem quod Vlpianus hic scribit, In operis duobus simul locatis, priori conductori ante alium satisfieri oportere. Quod si cum Accursio intelligas simul locatas operas quæ sunt eiusdem hominis & eiusdem conditionis, & in idem tempus collatæ, aut quæ eâdem die licet diuersis horis promissæ sint, vt in *l. si fundus* 16. §. *si duo infr. de pignor.* illa tamen dubitatio adhuc supereret quod in obligationibus & actionibus personalibus priuilegia non ex tempore æstimantur, sed ex causa *l. priuilegia* 32. *infr. de reb. author. iudic. possid. alias* 16. *de priuileg. credit.* Atqui ponimus eandem esse in hac specie vtriusque contractus causam scilicet locationem. Ergo etiamsi diuersis temporibus locatæ duobus essent eiusdem hominis operæ, par tamen vtriusq; conductoris causa esse deberet. Nam & inter creditores hypothecarios, licèt dici soleat eum qui prior sit tempore, etiam esse potiorem iure *leg.* 4. & *pass.* C. *qui potior in pign. hab.* Si tamen quæratur de iure pignoris in bonis posteà quæsitis, non præfertur is qui prior est tempore, sed ambo concurrunt, si neuter est priuilegiatus *l. idémque* 7. §. 1. *infr. Qui potior. in pignor. hab.* Præfertur autem non priuilegiato is demùm qui priuilegiatus est, non qui prior contraxit nisi sit ille æquè priuilegiatus, *l. vlt. in princip. infr. Qui potior. in pignor. hab. iunct. l. si qui mihi* 28. *de iur. fisc.* de cuius tamen sententia & ratione vide quæ scripsimus *libr.* 2. *Coniect. cap.* 10.

DEC. Multum refert an quod duobus simul promissum est, in dando consistat, an in faciendo, aut quod idem est, an consistat in quantitate an in facto quod personæ cohæreat; vt Bartolus loquitur. Priore casu vtrique simul satisfaciendum est, si debita personalia tantùm sint, & parem causam habeant, quia ex bonis debitoris satisfieri vtrique potest. Posteriore autem casu, cùm impossibile sit vtrique satisfieri, & easdem operas diuersis personis eodem tempore præstari (nam in diuersis operis quandoque aliud est *l. duorum libertus* 49. *infr. de oper. libert.*) consequens necessario fit vt priori conductori ante satisfieri oporteat, cùm cætera omnia sint paria, nec melius æquius quicquam dici possit vt in *l. penult. in fin. infr. solut. matr. l. quoties nihil* 200. *De regul. iur.* Nec obstat quod in obligationibus faciendi succedit in locum facti obligatio & præstatio eius quod interest *l. si quis ab alio* 13. *in fin. infr. de re iudic. l. cùm stipulatus sim* 113. §. 1. *de verb. oblig.* quod ipsum in danda pecunia numerata semper consistit *leg. vlt. infr. de stipulat. prætor.* Etsi enim fateor pro facto pecuniam præstandam esse, longè tamen aliud est, præstari id quod interest in locum & vicem facti quod fuerat promissum. Aliud verò id quod interest ab initio deberi & per se, non quia in locum obligationis faciendi successerit. Hoc enim posteriore casu obligatio tota ab initio est pecuniaria, & consequenter eiusmodi vt eodem tempore solutionem duobus creditoribus fieri facilè admittat. Nam si non sit in bonis debitoris, vnde satisfieri possit, respicit eares ad difficultatem dandi, non ad naturale impedimentum *l. continuus* 137. §. *illud infr. de verb. oblig.* Priore verò casu prima obligatio est faciendi, cui satisfieri ab vno debitore duobus creditoribus eodem tempore impossibile est, & ideo ad hanc sententiam necessariò decur-

BIU Cujas

decurrendum est, vt priori satisfieri prius oporteat. Hoc autem non videtur benè percepisse Accursius, cùm distinguit, An factum ipsum faciendum sit, an verò interesse præstandum. Quasi verò aliqua sit actio ad hoc comparata, vt quod fieri debet, fiat. Quod non ita est. Numquam enim ad hoc agitur vt fiat quod promissum est, sed vt ob non factum id quod fieri debuit, quicquid creditoris interest, ei præstetur. Itaque obligationes quidem faciendi quædam sunt, sicut & dandi. Sed actiones faciendi nullæ sunt, & vulgaris illa actionum clausula, *Quod eum dare facere oportet*, licet dãdi & faciendi mentionem faciat, altero tamen contenta est, id est dandi. Nam & qui dat, aliquid facit, quæ sententia esse videtur Pauli in *l. sæpe 53. versic. Cùm verò dicimus de verb. signific.* Errat etiam in eo Accursius, quod tractans de priuilegiis creditorum chirographariorum & personalium non ex tempore æstimandis, sed ex causa ponit exemplum in tutore, qui diuersis temporibus diuersorum pupillorum tutelas suscepit, vt actio vtraque tutelæ par & æquale priuilegium in bonis tutoris habeat, nec prior tutela posteriori præferatur. Etsi enim verum id fuit iure Pandectarum, quo nullum nisi personale priuilegium in tutoris bonis habebat pupillus *l. dabimúsque 19. §. 1. & legib. seqq. infr. de reb. author. iudic. possid. aliàs l. 3. de priuileg. credit.* Hodie tamen verum esse non potest, postquàm placuit Constantino in *leg. pro officio 20. C. de admin. tutor.* vt pro administrationis officio tutoris & curatoris bona taciti pignoris titulo sint obligata. Nam nõ minùs in tacita hypotheca quàm in expressa verum est eum qui prior sit tempore, etiam potiorem esse iure *d. l. 4. & pass. C. qui potior. in pignor. hab. l. assiduis 12. §. penult. eod. tit.* vbi in prima dote prioris vxoris liberi prioris matrimonij præferuntur liberis ex posteriore matrimonio procreatis maternam dotem repetentibus. Hoc enim non ad priuilegium dotis referendum est, vt putat Accursius, sed ad ordinem & priuilegium tacitæ hypothecæ, vt ex verbis constitutionis apparet in *versic. Exceptis.*

27. ALFENVS libro 2. Digestorum, à Paulo Epitomatorum.

HAbitatores non statim, si paulò minùs commodè aliqua parte cœnaculi vterentur, deductionem ex mercede facere oportet: ea enim conditione habitatorem esse, vt, si quid transuersarium incidisset, quamobrem dominum aliquid demoliri oporteret, aliquam partem incommodi paruulam sustineret, non ita tamen, vt eam partem cœnaculi dominus aperuiat, in quam magnam partem vsus habitator haberet.

Ad l. Habitatores 27.

RAT. DVB. Locator tenetur conductori præstare non tantùm vt fruatur, sed etiam vt commodè fruatur *l. si merces 25. §. si vicino sup. hoc tit.* vbi diximus. Ergo si quando ex facto locatoris habitatores minùs commodè aliqua parte cœnaculi conducti frui possint, statim deductio ex mercede facienda est. Conuẽtio enim certæ mercedis ad eũ rei statum referenda est in quo res erat tempore initæ locationis *l. sed addes 19. §. si quis cùm in annum supr. hoc tit.*

DEC. In locationibus & conductionibus sicuti in emptionibus & venditionibus id semper sequendum est quod inter contrahentes actum fuit *leg. sed Celsus 6. §. 1. supr. de contr. empt.* etiam tacitè & silentio, vt Iauolenus loquitur in *leg. ea lege 51. infr.* & tacito intellectu, vt Scæuola in *l. creditor 60. §. si inter supr. mandat.* Atqui cùm quis domum suam locat inquilino, id agi inter eos tacitè intelligitur, vt si quid transuersarium & aduersarium incidisset propter quod dominum aliquid demoliri oporteret aliquam partem paruulam incommodi conductor sustineret, cùm aliter fieri demolitio & restitutio non possit. Ne alioqui dicamus cogendum dominum pati domus locatę destructionem, ne inquilino teneatur ex conducto, cui tamen eo modo fieret habitatio longè incommodior. Ergo non debet recusare inquilinus quominùs domum locator, si opus erit, & demoliatur & restituat, licèt ex ea demolitione incommodum aliquod interim patiatur, cùm ea conditione habitatorem se fecerit. Dum ita tamen vt non eam partem cœnaculi dominus aperiat in qua magnam partem vsus habitator habeat, vt Alfenus hîc subiicit, quia nimis magnum esset illud incommodum propter quod inquilinus habitationem deserere cogeretur. Idque est quod Bartolus & post eum cæteri hîc notant, Modicam incommoditatem cõductoris non inducere remissionem mercedis, sed eam tantum quæ magna sit. Nec enim tam delicatus esse conductor debet, vt nullam prorsus incommodi partem subire velit, quomodo de debitore scriptum est in *l. si seruos 25. in fin. de pignor. act.* Aliud siquidem est incommodum, aliud verò damnum. Quanquã nec damnũ modicum attẽdi valde solet *l. si merces 25. §. vis maior* vbi diximus *supr. leg. si debitorẽ 21. supr. de iudic. l. 4. de in integr. restit. l. res bona fide 54. de contr. empt. l. in rebus 18. §. possunt supr. Commod. l. omnino 12. infr. de impens. in reb. dotal. fact.* Potest igitur locator etiam inuito conductore domum locatam reficere, nec eum prohibere inquilinus debet *l. ade 3. C. hoc ti.* Alioqui tenebitur interdicto vti possidetis, non vt prohibeatur habitare, sed vt prohibeatur possidere *l. 3. §. cùm inquilinus infr. Vti possid.* Sed hoc ita si refectio fiat ex necessitate, non si ex mera locatoris voluntate, qui fortè locatam domum etiam in meliorem & commodiorem statum velit reponere *arg. l. si cuius 13. aliàs l. æquissimum §. sed si ædium supr. de vsufr.* Nam si hoc locator facere vellet ex mera voluntate, posset inquilinus ei resistere, *dict. §. cùm inquilinus.* nisi mallet agere ad id quod sua interesset *l. qui insulam 30. in fine principij hoc tit.*

1 ¶ Iterum interrogatus est, si quis timoris causa emigrasset, an deberet mercedem, nécne? respondit: si causa fuisset, cui periculo timeret, quam-

BIU Cujas

uis periculum verè non fuisset, tamen non debere mercedem: sed si causa timoris iusta non fuisset, nihilominus debere.

Ad §. 1. Iterum interrogatus.

RAT. DVB. Non potest iustus esse timor, vbi nullum re vera subest periculum. Metum enim præsentem esse oportet, id est, præsentis & instantis mali, & qui cadere possit in constantem virum *l. metum autem non vani hominis 6. l. metum autem præsentem 9. supr. Quod met. caus.* Ergo verum esse non potest quod Alfenus hîc scribit, si iusta causa fuisset conductori & inquilino, cur periculum timeret, quamuis periculum verè non fuisset, non deberi tamen ab eo mercedem.

DEC. Aliter sumitur iustus metus in edicto de eo quod metus causa. Aliter verò in persona inquilini habitationem conductam deserẽtis. In edicto, quia Prætor rescindit id ꝙ metu gestũ est, tanquam malo more gestum, grauiorem & validiorem metum esse oportet, quia non tam facilè perfectum negotium rescindi debet *d. l. res bona fide 54. de contr. empt.* At in persona inquilini, vt habeat iustam causam emigrãdi iustum metum & timorem esse sufficit periculi futuri, etiamsi prẽsens periculum nullum sit, ac multo magis si periculum quidem sit, sed euentus periculi non sequatur *l. si quis fumo 45. §. quod dicitur supr. ad leg. Aquil. l. in hac stipulatione 28. infr. de damn. infect.* Non enim cogendus est habitare in ea domo in qua se tutum esse non arbitretur, sufficitque vt nihil imputari possit inquilino, & sit ille extra culpam omnem, id est, dum ne sibi ipsi metum fingat sine causa, nec sit ex iis qui trepidauerunt, vbi non erat timor. Hoc enim casu tenetur inquilinus ad integram cõductionis mercedem, adeóque si quid prætereà locatoris interfit, non esse desertam habitationem *l. si in lege 24. §. si domus supr. l. dominus 55. §. vlt. infr. h. t. Iunge l. 1. §. si pensio infr. de migr.* Intelligè tamen cum Accursio, si post conductionem causa timoris superuenerit, non si iam ab initio suberat ex *l. qui bona 13. §. de illo quæritur eod. tit.* Dignus enim est vt in periculo pereat qui amauit periculum. Quòd si aliquando sola periculi suspicio sufficiat vt in *l. pen. infr. de mortis caus. donation.* tunc id obtinet, cùm nullum ex eiusmodi suspicione damnum alij infertur, sed benè faciendi potius voluntas, & donandi causa mortis.

28. LABEO libro 4. Posteriorum Epitomatorum à Iauoleno.

QVòd si domi habitatione conductor æquè vsus fuisset, præstaturum. Etiam eius domus mercedem, quæ vitium fecisset, deberi putat. Idem iuris esse, si potestatem conducendi habebat, vt pretium conductionis præstaret dominus: sed & si locator conductori potestatẽ conducendæ domus non fecisset, & is, in qua habitaret, conduxisset: tantum ei præstandum putat, quantum sine dolo malo præstitisset. ceterum, si gratuitam habitationem habuisset, pro portione temporis ex locatione domus deducendum esse.

Ad l. Quòd si domi 28.

RAT. DVB. Non tenetur præstare mercedem conductor qui iustam propter iustum timorem emigrandi causam habuit, vt proximè diximus. Ergo nec si domus habitatione conductor æquè vsus sit acsi timendi causa nulla fuisset, mercedem præstare tenebitur.

DEC. Remittendæ mercedis causa iusta non est, si migrandi causam iustam conductor habuerit, sed ita demum si migrauerit. Nec enim solus timor impedit fruitionem, sed emigratio. Ergo si conductor cum iustam emigrandi causam haberet, in domo manere, ac habitare maluerit, non eo minus totam mercedem præstare debebit, cum verum sit eum non minus fruitum. Nescio autem cur hunc locum emendãdum putauerit Gotthofredus, cũ Florentina lectio sensum optimum habeat, & longè meliorem quàm quem sibi fingit ille cum Accursio & Ioanne qui sequentem §. huius legis cum principio coniungentes, vnico contextu sic legunt, vt si domus habitatione conductor æquè vsus fuerit, præstare debeat etiam huius domus mercedem quæ vicium fecerit. Ac quoniam huic interpretationi non possunt conuenire verba illa *præstaturum deberi putat* neque simul stare, quę postrema sunt superflua, monet Accursius in libro Ioannis ea defuisse, cum tamen sensus sit plenus & integer in illis verbis, *etiam huius domus mercedem quæ vicium fecisset, deberi.* Neque necesse est, vt retineamus verbum *putat* quod ad nullius personam referre possis. Præcedit enim *præstaturum* & sequitur *idem iuris esse.* Sensus autem huius §. ille est: Etiam eius domus quæ vicium fecisset, & ruinam minata esset, mercedem deberi à conductore si non emigrauerit, quamuis emigrandi causam iustam habuerit. Indéque dubitandi causa nascebatur, ob quam dicendum videretur, non deberi mercedem. Nam si non debetur, ne tum quidem cum periculum verè nullum fuit, si modò timoris iusta causa fuerit, vt scriptum est in §. *vltim.* legis præcedentis. Quanto minus debetur, si verè periculum fuerit, & iustus periculi timor? Sed respondendum est, tum id locum habere, cum inquilinus emigrauit. At hîc ponimus non emigrasse, sed in ea domo æquè habitasse, acsi ruinam minata non fuisset, quomodo Accursius interpretatur dictionem illam *æquè* & multo melius quàm Gotthofredus. Est autem hic casus diuersus à superiore, quia in illo suberat timor periculi, & periculum, nec inquilinus migrauerat. In hoc verò non tantum iustus timor periculi aderat, sed etiam verè periculum: inquilinus tamen non emigrauerat. Alius autem casus

quiin

BIU Cujas

qui in huius legis initio proponitur, ad eum quidem inquilinum pertinet, qui non emigrauit, & qui tamen iustam emigrandi causam habuit, iusto metu periculi, sed in eo dissimilis est, quod illo casu periculum verè nullum suberat, in specie verò huius §. suberat, quia ædes vitium fecerãt. Quo casu verè periculum subesse ex eo apparet, quod edicto Prætoris iubetur is, cuius ædes vicium fecerunt & ruinam minantur, cauere vicino De damno infecto *l. 1. & tot. ill. tit. de damn. infect.* Itaque addit hic §. aliquid ad sententias præcedentes, vt scilicet habitator, qui non emigrauit, quamuis iustam emigrandi causam habuerit, mercedem tamen totam debeat, si non emigrauerit, non solùm, si verè periculum nullum fuerit, sed etiamsi verè fuerit. Sibi enim debet imputare, cur habitare maluerit quàm emigrare.

a *Idem iuris esse, si potestatem conducendi habebat.* Alius hîc proponitur casus, & dubitabilior cæteris, in quo tenetur inquilinus ad mercedis solutionem, etiamsi nõ solùm iustus timor periculi, sed etiam periculum verè fuerit, & ea de causa emigrauerit, nimirum, si potestatem habuerit conductor à locatore alterius domus conducendæ, in qua tutò habitare posset, & quidem ea lege, vt locator secundæ conductionis precium, id est, mercedem præstaret. Hocenim casu, quis æquum non putet teneri conductorem, vt primæ conductionis pensionem præstet, quamuis emigrauerit, cùm ob emigrationem nullum damnum passus proponatur? Nihil enim refert quid ex æquipollentibus fiat *l. vlt. §. 1. supr. mandat. l. mulier 22. infrà ad Senatusconsultum Trebellianum.* Paria verò sunt & æquipolentia, fruitum esse inquilinum, & ob id quod fruitus non sit, indemnem seruatum eum fuisse. Quid ergo si cùm locator conducendæ alterius domus, potestatem conductori non fecisset, conductor tamen aliam domum in qua habitaret, cõduxisset, eiusque conductionis secundæ precium, & mercedem soluisset? Tantum à locatore præstandum erit inquilino, quantum is ex secunda conductione secundo locatori bona fide præstitisset. Quo facto poterit dominus ædium vicio sarum, idemque primus locator suæ locationis mercedem exigere. Fieri enim potest, vt minore mercede inquilinus aliam domum conduxerit, quàm quæ priori locatori promissa fuisset, atque ita interfit primi locatoris, secundæ conductionis mercedem pro conductore potius soluere, & prioris pensionem, quæ maior est, exigere. Quòd si maior pensio secundæ conditionis fuit, vtique stultus fuerit primus locator, si prioris conductionis mercedem malit exigere, quàm secundæ conductionis non soluere. Ad quid ergo hoc casu inquilino suo tenebitur? Ad hoc nimirum, vt pro rata temporis, quod emigrationem secutum est, pensionem remittat. Nam in plus vtique teneri non potest, vt hîc monet Accursius ex *l. sed addes 19. §. si quis cùm in annum & l. si in lege 24. § colonus supr. hoc tit. l. qui insulam 30. §. 1. infr. eod.* Et quidem ita, nisi paratus sit aliam habitationem, non minus commodam præstare *l. si quis domum 9. in princ. supr.* Rursum quid, si aliam quidem habitationem conductor habuit, sed gratuitam? Non videtur ea res prodesse locatori debere, cùm is, qui gratuitam habitationem conductori dedit, in eum conferre beneficium voluerit, non in locatorem *argu. l. 1. §. inde Neratius infr. ad SC. Trebell.* Deducendum igitur erit pro portione temporis ex locatione domus præsuppositæ iusta migratione conductoris. Nam ad mercedem secundæ conductionis, quæ nulla fuit, teneri vtiq; non potest, vt idem Accursius notat, concludẽs cũ Irnerio, si domo locata conductor non vtatur, siue vitium domus faciat, siue iustus timor etiam sine vero periculo immineat, non remitti mercedem, si modo interim conductor, vel aliam domum cõduxerit, permittente locatore, vel cùm potestatem conducendi haberet, sed his casibus conductionis secundæ mercedem inquilino deberi, extra hos casus remissio mercedis debetur, vel pro rata temporis, etiamsi aliam habitationem, sed gratuitam inquilinus habuerit, vel etiam totius temporis, si absque causa conductor migrauerit. Hac enim distinctione tota huius legis sententia concluditur. Hinc verò etiam nostri inferunt, nec malè, eum, qui in lite sua gratis Aduocatum habuit, non ideò prohiberi quominus salarium, aut potius honorarium Aduocati petat, quia nimirum Aduocatus ei, pro quo non contra quem postulauit, gratificari voluit.

29. ALFENVS libro 7. Digestorum.

IN lege locationis scriptum erat: *Redemptor syluam ne cædito, néve cingito, néve deurito, néve quem cingere, cædere, vrere sinito.* quærebatur, vtrum redemptor, si quem quid earum rerum facere vidisset, etiam prohibere deberet: an etiam ita syluam custodire, ne quis id facere posset? respondi. verbum *Sinere* vtramque habere significationem. sed locatorem potius id videri voluisse: vt redemptor non solùm, si quem casu vidisset syluam cædere, prohiberet: sed vti curaret & daret operam, ne quis etiam cæderet.

Ad l. In lege 29.

RATIO DVB. In dubio verba locationis & conuentionum omnium, quæ in locatione placuerũt, contra locatorem interpretãda sunt, cùm in ipsius potestate fuerit legem dicere apertius ex regula *l. veteribus 39. supr. de pact. l. Labeo scripsit 21. supr. de cont. empt.* Atqui in proposita specie, cùm in locationis lege ita scriptum esset *Redemptor syluam ne cædito, néve cingito, néve deurito, néve quem cingere, cædere, vrere sinito*, verbum *sinendi* vtramque habet significationem, vt redemptor, si quem quid earum rerum facere vidisset, prohibere deberet, itemque vt syluam ita custodire deberet, ne quis id faceret. Prior autem interpretatio fauorabilior est conductori, posterior locatori. Ergo prior interpretatio potius capienda est, quæ facit contra locatorem.

DEC. Non aliter à propria verborum significatione recedendum est, quàm si de contraria vo-

BIU Cujas

luntate manifestè appareat *l. non aliter 63. de legat. 3.* nec admittenda est quæstio voluntatis, cùm nulla in verbis ambiguitas est *l. ille aut ille 25. §. 1. eodem.* Atqui pactio, de qua tractamus, neque obscura est, neque ambigua, sed certa & clara ex propria verborum vi & significatione, si Bartolo credimus, qui putat dictionem *ne*, siue *néve* importare non solùm, ne quis faciat, sed etiam vt curet, ne per alium fiat. Meritò igitur respondet Alfenus eam capiendam esse interpretationem, vt redemptor, non solùm si quem casu vidisset syluam cædere, prohiberet, sed vti curaret, & daret operam, ne quis cæderet. Quamquam video Alfenum, non tam vim negationis intueri quàm significationem verbi *sinere*, nisi dicas potentiorem esse huius verbi significationem, præcedente negatione. Nam & dici solet negationem vniuersalem, aut indefiniram magis negare quàm adfirmet, adfirmatiua etiam vniuersalis. Et ita sensisse videtur Castrensis, cùm ad hanc legem notat, eum, qui tenetur non sinere, vel non permittere quod aliquid fiat, teneri non solùm prohibere quem facientem, si potest, sed etiam curare, ne ipso ignorante fiat, quod ait esse valde notabile. Sed placet etiam quod Accursius hîc notat, ideò fieri hîc interpretationem pro locatore, ne alioquin illa adiectio *néve quem cingere* &c. sit superuacua, & nihil operetur. Nihil enim operaretur, si hoc duntaxat significaret, vt si quem eorum quid facere videret, prohiberet, siquidem per priora verba idipsum significabatur, quibus prohibitum erat redemptori, ne syluam cæderet, cùm cædere videatur etiam is, qui patitur alium cædere *argu. l. qui patitur 18. suprà mandat. l. item quæritur 13. §. exercitu supr. hoc tit. l. 2. §. 1. supr. de noxal. act. l. adigere 6. in princip. infr. de iur. patr. l. quid ergo 13. §. 1. supr. de his qui not. infam. l. iubemus 14. §. Oeconomus C. de sacrof. eccles.* Constat autem verba ita esse semper interpretanda, vt aliquid operentur, nec sint superuacua *l. si quando 109. de legat. 1.* Addit Accursius, nec malè, posse etiam legis huius rationem peti ex officij suscepti sollicitudine, quę maior esse debet. Quisquis enim se onerat, clarius exprimere debet, ad quid & quantum onerari velit. Alioqui contra eum facienda interpretatio est, tanquam qui legem apertiùs dicere & potuerit, & debuerit. Ex natura porrò, & qualitate contractus verba intelligi debere certum est *l. ex conducto 15. §. Papinianus aliàs l. si vno supr. hoc titul.* Illud sanè Bartolo non facilè largiri possim, nihil esse in hac conuentione ambigui, cùm lex dicat, sinendi verbum vtramque admittere significationem, & locatorem id potius videri voluisse. Ambiguitas enim ex eo nasci solet, quod idem verbum aliam atque aliam habeat significationem *l. 3. infr. de reb. dub.* nisi respondeas pro Bartolo Alfeni sensum eum esse, vt verbum *sinere*, vtramque significationem habeat coniunctim, non disiunctim & diuisim, quod tamen vereor, ne non satis verè dicatur, nisi cùm præcedit negatiua, vt hîc *ne cadito, néve cingito*, secundùm ea, quæ suprà diximus. Quid porrò sit *cædere*, quid etiam *cingere*, pete ex *l. cædere 5. infr. arbor. furt. cæsar.*

30. IDEM libro 3. Digestorum à Paulo Epitomatorum.

QVi insulam triginta conduxerat, singula cœnacula ita locauit, vt quadraginta ex omnibus colligerentur. dominus insulæ, quia ædificia vicium facere diceret, demolierat eam. quæsitum est, quanti lis æstimari deberet, si is, qui totam conduxerat, ex conducto ageret? respondit. si viciatum ædificium necessariò demolitum esset: pro portione, quanti dominus prædiorum locasset, quod eius temporis habitatores habitare non potuissent, rationem duci, & tanti litem æstimari. sin autem non fuisset necesse demoliri, sed quia melius ædificare vellet, id fecisset: quanti conductoris interesset, habitatores ne migrarent, tanti condemnari oportere.

Ad l. Qui insulam 30.

RAT. DVB. Primus locator cum iis, qui à primo conductore conduxerunt, non contraxit. Ergo ex eorum persona, etiamsi emigrare coacti sint, non debet primi locatoris obligatio augeri, vt quanti ex ea causa secundi conductoris interest, primo conductori teneatur.

DEC. Non prohibetur is, qui conduxit, alij sublocare, nisi aliud conuenerit *l. nemo prohibetur 6. Cod. hoc tit.* Præstare enim debet locator conductori, vt frui possit, siue per se, siue per aliũ. Ergo si facto primi locatoris secundus conductor frui prohibeatur, hoc ipso prohiberi videtur primus conductor, ne frui possit. Proinde teneri eum hoc casu æquum est in omne id, quod primi conductoris interest, si facto primi locatoris domum reficere volentis, posteriores conductores expulsi & emigrare coacti sint, etiamsi refectioni causam illud dederit, quod primus locator ædificare melius vellet. Nemo enim in præiudicium eius iuris, quod iam alteri quæsitum sit, conditionem suam facere meliorem potest *l. 1. §. sed & fossas infr. de aqua & aquæ pluu. arcend.* Tanti autem interest conductoris primi, quantum ille secundo conductori præstare cogitur, id est, quantum secundus conductor à primo consecutus est ob id, quod non potuerit habitare, aut quantum consequi ex ea causa possit. Ideò namque tenetur primus secundo, quòd locatorem primum frui prohibentem primus conductor prohibere iure possit *l. item quæritur 13. §. exercitu supr. l. si fundus 33. in fin. infr. hoc tit.* Planè si reficiendæ domus necessitatem primus locator habuerit, non ad id condemnandus erit, quod secundi conductoris interierit cuius expellendi eo casu iustam causam habet, *l. ade 3. Codic. hoc titul.* Sed tamen remittere mercedem pro rata temporis cogendus erit, quia verũ est primum

BIU Cujas

primum conductorem fruitum non esse, secundo conductore frui prohibito. Itaque distinctio illa, an primus locator iustam causam habuerit, nécne prohibendi, ne primus conductor frueretur, eò tantùm pertinet, vt sciamus, an condemnari debeat locator primus ad id, quod primi conductoris interest, non autem, an pro rata temporis mercedem remittere teneatur. Sunt igitur quædam iustæ causæ expellendi conductoris, de quibus in *d. l. æde.* Sunt etiam nonnullæ, propter quas inquilinus etiam ante tempus emigrare potest, de quibus in *l. habitatores 27. & seq. supr.* Proinde sunt etiam quædam causæ, ex quibus nullam mercedem conductor debeat *d. l. habitatores* §. 1. Casus verò perpauci, in quibus non sit cogendus locator mercedem remittere creditori, qui quaqua de causa fruitus non est, dum ne facto, culpáve ipsius id acciderit. Iunge *l. si tibi alienam 7. & seq.* & quæ ibi scripsimus *l. sed addes 19. §. si quis cùm in annum l. si in lege 24. §. si domus supr. l. si fundus 33. in fin. & l. & hæc distinctio 35. in fin. hoc tit. & §. prox. infr.*

1 ¶ Ædilis in municipio balnea conduxerat, vt eo anno municipes gratis lauarent. post tres menses incendio facto combusta sunt. respondit. posse agi cum balneatore ex conducto, vt pro portione temporis, quo lauationem non præstitisset, pecuniæ contributio fieret.

Ad §. 1. Aedilis.

RAT. DVB. Ponimus incendium balneorum, sine culpa balneatoris factum esse: neque enim, si seruorum negligentiâ factum esset, continuo etiam balneatorem in culpa esse dicendum est *l. si vendita 11. in princip. supr. de peric. & commod. rei vendit.* Ergo non est cogendus balneator pro rata temporis mercedem Ædili remittere.

DEC. Quisquis locator est, præstare conductori debet, vt fruatur, & ni faciat, effugere non potest, quominus aut præstet quanti conductoris interest, si quid sit quod imputari ei possit, aut saltem mercedem remittere, vt proximè diximus ad initium huius legis. Ergo, quamuis casu fortuito incendium superuenerit, & sine culpa vlla balneatoris, non eo minus tamen æquum est remitti à balneatore pensionem pro rata temporis, quo obexusta balnea lauationem præstare non potuit. Id enim est quod Alfenus hîc scribit pecuniæ contributionem fieri debere, & compensationem, vt Accursius interpretatur, cùm nihil aliud sit compensatio, quàm debiti & crediti facta inuicem contributio *l. 1. sup. de compensat.* Et quidem actione ex conducto, quæ ex huiusmodi causa competere solet conductori aduersus locatorem *l. ex conducto 15. in princip. & §. 1. iunct. l. si quis domum 9. & pass. supr.* Iungo *l. sed addes 19. §. si quis cùm in annum supr. hoc tit.* Atqui, inquies, actio ex conducto non datur, nisi ei cuius interest tum quoque, cùm non ad id quod interest, datur, sed ad mercedis remissionem *d. l. ex conducto.* In proposita autem specie nihil videtur interesse Ædilis, qui balnea conduxerat, vt balneationis vsum municipes gratis haberent. Sed aliud Alfeni iudicium est, quia hominem beneficio affici interest hominis *l. si venditor 6. §. 1. de seru. export.* nec rursum circumuenienda est voluntas Ædilis, qui municipibus suis benefacere voluit, vt eos etiam ad ἀντιδωρα obligaret *l. sed etsi 25. §. consuluit supr. de hered. petit.*

2 ¶ Qui mulas ad certum pondus oneris locarat: cùm maiore onere conductor eas rupisset: consulebat de actione. respondit, vel lege Aquilia, vel ex locato rectè eum agere. sed lege Aquilia tantùm cum eo agi posse, qui tum mulas egisset: ex locato, etiam si alius eas rupisset, cum conductore rectè agi posse.

Ad §. 2. Qui mulas.

RAT. DVB. Non tenetur conductor, nisi de culpa lata, vel leui. De leuissima verò non tenetur, quia contractus fit in gratiam vtriusque *l. si vt certo 5. §. nunc videndum 1. supr. commod. l. contractus 23. de regulis iuris.* Atqui nulla est culpa conductoris, cùm non ipse, sed alius, qui mulas ducebat, grauiore onere eas rupit. Ergo quemadmodum non potest locator, idemque dominus lege Aquilia teneri hoc nomine, sed is tantùm, qui mulas agitauit, quomodo Alfenus hîc scribit, quia lex Aquilia, quæ factum vindicat, nonnisi facientem punit, & quidem qui corpore suo damnum dederit, *l. ita vulneratus 51. supr. ad leg. Aquil. §. caterùm inflit. eodem titul.* Ita neque ex locato teneri debet, quamuis alioquin melior sit conditio legis Aquiliæ in eo quod leuissima culpa contenta est *l. in lege Aquilia 44. eod.*

DEC. Non caret culpa, adeoque nec dolo conductor, qui mulas ad certum pondus oneris locatas, grauiore onere premit & rumpit, aut ab alio premi & rumpi patitur, cùm in eo faciat aduersus conuentionem, vt in *l. videamus 11. §. 1. & vltim. suprà hoc tit.* Ergo etiamsi non ipse, sed alius, siue iussu, siue etiam sola voluntate illius mulas agitauerit, teneri debet in omne id quod interest locatoris, & quidem duplici actione & legis Aquiliæ, & ex locato, si ipse ruperit, si verò non ipse, sed alius ruperit, ex locato tantùm ob culpam malæ electionis, non ex lege Aquilia, is verò, qui rupit, non ex locato, cùm non ipse conduxerit, sed ex lege Aquilia, quia corpore suo damnum dedit. Cæterùm quod vna actione, puta legis Aquiliæ consecutus fuerit locator, siue à conductore, siue ab alio, totum id ex altera actione deducendum erit, quia tanto minus locatoris interest *l. si seruus seruum 27. §. Proculus & §. & si mulum iunct. §. si fornicarius supr. ad leg. Aquil. l. sed actione 50. cùm præced. supr. pro socio l. qui seruum 34. de oblig. & action.* Iunge *l. prox. præced. in fin.*

BIU Cujas

3 ¶ Qui ædem faciendam locauerat, in lege dixerat: *Quoad opus lapidis erit, pro lapide & manus precio dominus redemptori in pedes singulos septem dabit.* quæsitum est, vtrum factum opus, an etiam imperfectum metiri oporteret? respondit. & imperfectum.

Ad §. 3. Qui ædem.

RAT. DVB. Is qui faciendam ædem locat, cùm conuenit, vt quod in opus lapidis erit, pro lapide & manus precio in pedes singulos septem, conductori & redemptori certam summam daret, de facto tantùm & perfecto opere cogitare videtur, non de imperfecto. Nam & dici solet nihil actum videri, quandiu aliquid restat agendum *l. penultim. in fine Cod. de his quib. vt indign.* Ergo si ante opus perfectum redemptor decesserit, solùm id quod perfectum est, non etiam imperfectum metiendum erit. Non enim precium lapidis & operæ in singulos pedes constitutum ponimus, sed in singulos pedes septem, quod nos Gallicè dicimus *pour chacune toise.* DEC. Merces quæ pro opere præstanda est ad mensuram, sicuti non potest peti, antequam aliquid ex opere factum sit, ita ad mensuram eius quod factum est, licèt totum factum non sit, proculdubio debetur & pro rata, vt Bartolus hic & hinc notat. Ergo etiamsi totum opus, puta ædificium quod faciendum erat, factum non sit, non eo minus tamen id, quod factum est, metiendum erit, vt sciri possit, quid & quantum debeatur. Tot enim videntur esse locationes, quot sunt septeni pedes, aut quot sunt pedes, vt vult Bartolus, si in singulos pedes, quomodo videtur ille legisse posita virgula post dictionem *pedes*, non vt legimus *in singulos pedes septem.* Planè si totum opus vna mercede locatum esset, non prius audiendus esset conductor faciendæ domus mercedem petens ante totam domum perfectam & completam, quia cùm locationis contractus sit vltro, citroque obligatorius, totum contractum ex parte conductoris impletum esse oportet priusquam ex parte sua agere & pensionem, siue totam, siue pro parte petere *l. sed addes 19. §. si quis cùm in annum sup. hoc tit. l. Iulianus 13. §. offerri supr. tit. proxim.* nisi aliud expressè conuenerit, aut nisi ex consuetudine loci aliud obtineat, vel ex qualitate personæ præsumendum sit aliud actum esse, puta, inquit Bartolus, si quis operas conduceret inopis hominis ad ædificãdam domum preciosam, quam certum sit, sumptibus eius fieri nunquam posse, nisi prorogata ei in antecessum pecunia *arg. l. si verò non remunerandi 12. §. vltim. & l. sequen. supr. mandat. l. semper in stipulationibus 34. de regulis iuris iunct. l. quod si nolit 31. §. quia assidua infr. de ædilit. edict. l. excepto 18. C. hoc tit.* Opus ergo imperfectum hîc intellige totum illud quod faciendum locatum fuerat, id est, ædificium, opus verò factum quod iam extat in rerum natura, nec amplius faciendum sit. Quis enim æstimare possit, aut metiri rem, quę non extat? *l. in actionibus 5. versicul. Planè supr. de in lit. iur. l. si seruum 4. §. 1. supr. tit. prox.* Et ita benè hunc locum Accursius post Ioannem explicauit.

4 ¶ Colonus villam hac lege acceperat, vt incorruptam redderet, præter vim & vetustatem. coloni seruus villam incendit non fortuito casu. non videri eam vim exceptam respondit: nec id pactum esse, vt si quis domesticus eas incendisset, ne præstaret: sed extrariam vim vtrosque excipere voluisse.

Ad §. vlt. Colonus.

RAT. DVB. Colonus de iis teneri non debet, de quibus expresso pacto conuenit ne teneretur, quia nihil tam bonæ fidei congruit, quàm id seruari quod in contrahendo placuit *l. cùm venderem 21. supr. hoc tit. l. ex empto 11. §. 1. supr. tit. prox.* Atqui ponimus colonum hac lege villas accepisse, vt eas incorruptas redderet, præter vim & vetustatem. Porrò incendium vis est, & quidem maxima, cui resisti vix potest. Ergo etiamsi coloni seruus villas incenderit, non fortuito casu, sed dolo malo, ea quoq; vis excepta videri debet, cùm verba generalia generaliter sint intelligẽda *l. 1. §. generaliter infr. de leg. præst. l. de precio 8. sup. de pub. in rem act.* Præsertim cùm interpretatio facienda sit in dubio contra locatorem, vt diximus ad *l. prox. supr. hoc tit.* quia potuit ille apertiùs legem dicere *l. veteribus 39. supr. de pact. l. Labeo 21. de contr. empt.*

DEC. In locationibus & conductionibus, sicut in emptionibus & venditionibus maximè spectari debet id, quod actum est, vt sæpiùs diximus *l. sed Celsus 6. §. 1. suprà de contrah. empt. iunct. l. 2. suprà l. ea lege 51. in princip. infrà hoc tit.* Atqui cùm pacto excepta vis est, non id actum videri potest, (malo enim *actum* legere quàm *pactum*) vt si quis ex domesticis villas incendisset, id ne conductor præstaret, sed extraneam vim tantùm, id est, quæ ab extraneo inferretur, non domesticam excipere vtrosque voluisse locatorem scilicet & conductorem. Ergo etiam de huiusmodi incendio colonus teneri debet, ac si nulla vis excepta esset. Quid enim prodesse potest exceptio, quæ non habet locum? *l. pacta conuenta 72. §. 1. suprà de contrahen. empt.* Hinc verò infert Accursius vulgare illud brocardicum, in generali sermone non contineri personam loquentis ex *l. si mercedem 53. §. vltimo suprà titul. proxim. l. quicquid 10. supr. commun. præd. l. 1. in fin. supr. de Senat. l. inquisitio 18. Codic. de solut.* Sed non esse id perpetuò verum, vt nec aliud ferè vllum brocardicum, apparet ex multis aliis iuris nostri locis, quos idem Accursius hîc citat. Præstat ergo quisque factum suæ familiæ, cùm familiæ culpa aliqua interuenit, non etiamsi casus tantùm fortuitus acciderit, vt optimè hic locus probat.

31. IDEM

31. IDEM libro 5. Digestorum à Paulo Epitomatorum.

IN naue Saufeij, cùm complures frumentum confuderant, Saufeius vni ex his frumentum reddiderat de communi, & nauis perierat. quæsitum est, an cæteri pro sua parte frumenti cum nauta agere possent oneris auersi actione? Respondit. Rerum locatarum duo genera esse: vt, aut idem redderetur, sicuti cùm vestimenta fulloni curanda locarentur: aut eiusdem generis redderentur, veluti cùm argentum postulatum fabro daretur, vt vasa fierent: aut aurum, vt annuli. ex superiore casu rem domini manere, ex posteriore in creditum iri. idem iuris esse in deposito. nam si quis pecuniam numeratam ita deposuisset, vt neque clausam, neque obsignatam traderet, sed adnumeraret: nihil aliud eum debere, apud quem deposita esset, nisi vt tantundem pecuniæ solueret. Secundum quæ videri triticum factum Saufeij, & rectè datum. [a] quod si separatum tabulis, aut heronibus, aut in alia cupa clausum vniuscuiusque triticum fuisset, ita vt internosci posset, quod cuiusque esset: non potuisse nos permutationem facere: sed tunc posse eum, cuius fuisset triticum, quod nauta soluisset, vindicare. [b] & ideò se improbare actiones oneris auersi: quia siue eius generis essent merces, vt si nautæ traderentur, continuo eius fierent, & mercator in creditum iret: non videretur onus esse auersum, quippe quod nautæ fuisset. siue eadem res, quæ tradita esset, reddi deberet: furti esse actionem locatori. & ideò superuacuum esse oneris auersi iudicium. [c] Sed si ita datum esset, vt in simili re solui posset: conductorem culpam duntaxat præstare debere. nam in re, quæ vtriusque causa contraheretur, culpam deberi. neque omnimodo culpam esse, quod vni reddidisset ex frumento: quoniam alicui primum reddere eum necesse fuisset, tametsi meliorem eius conditionem faceret, quàm cæterorum.

Ad l. In naue Saufeij 31.

Hæc lex tota est de actione Oneris auersi, quam vulgo & malè veteres interpretes Oneris aduersi appellant, quasi sic dictam ab aduersitate, vt est apud Accursium. Putant enim actionem hanc eo demum casu locum habere, quo conductor oneris alieni periculum in se receperit, & postea res perierit, quod certè non ita est. Fuit enim hæc actio specialiter comparata contra nautas onera aliena in nauem locatam inferentes & suscipientes, nulla conuentione adiecta, si modo auersum esset à nauta onus, quod non ipsius nautæ fuisset, sed alienum, vt ex hac lege apparet. Neque verò necesse est ad hanc quæstionem inducendam, vt onus illud perierit, quomodo putat hic Accursius, quamuis in huius legis specie contigisset ex facto, vt nauis periisset. Dabatur enim ad hoc, vt onus illud alienum quod nauta vehendum susceperat, à nauta redderetur, siue in rerum natura extaret adhuc, siue extare desiisset, & siue confusum onus fuisset ab initio & ab ipsis vectoribus, vt in casu huius legis, siue separatum & distinctum à vectoribus traditum fuisset, ab ipso vero nauta postea confusum, & auersum. Sic dictum ab auertendo, id est, vt interpretor, ita vertendo, permiscendo, & conturbando, vt iam internosci non possit quodnam, cuius onus fuerit, vt hæc ipsa lex declarat in *versicul. Quòd si separatum.* Erat enim hæc actio, quasi subsidiaria inducta in locum vindicationis, quæ competitura erat, si onus auersum non fuisset *dict. §. quòd si separatum.* Igitur in proposita specie, idcircò quærebatur de oneris auersi actione, quia cùm in nauem Saufeij plures frumentum intulissent, illud confuderant, atque ita confusione dominium amiserant *l. 3. §. vltim. l. si in princip. supr. de rei vindic.* Est enim confusio modus amittendi potius quàm acquirendi dominij, vt alibi sæpè scripsimus. Concludit autem Alfenus, si Saufeius vni ex iis, qui frumenta sua in naue confuderant, partem frumenti, quæ ad ipsum spectabat, reddidisset, de communi, hoc est, de aceruo illo frumenti, qui communis omnium factus fuisset, rectè traditum fuisse frumentum, & iustè redditum, neque oneris auersi actionem contra eum competere ob id vllam posse, quod nauis postea casu periisset, nullo ipsius facto, culpáve intercedente. Id autem probat ex eo, quod totum hoc frumentum sic auersum & permixtum Saufeij factum esset. Consequens enim est, vt ab eo igitur solui & reddi rectè potuerit, cui nauta voluerit. Ratio dubitandi ea erat, quòd non soleat locatio dominium transferre *l. non solet 39. infr. h. t. l. pen. in fin. de cont. empt.* Sed respondet Alfenus eleganter, ac subtiliter, duo esse

BIU Cujas

genera rerum locatarum. Vnum earum, quæ ita locarentur, vt eædem redderentur, veluti cùm vestimenta fulloni curanda locarentur, alterum earum, quæ sic locarentur, vt eiusdem generis redderentur, veluti cùm argentum pusulatum, aut postulatum, aut pustulatum, id est, purgatissimum, purũ & putum fabro daretur, vt vasa fierent, vel aurum, vt annuli, vel vestimenta fulloni curanda, vel polienda, ex priore causa rem domini manere & locatoris, cuius antea fuisset. Eaque frequentior locationum species & natura est, ex posteriore verò in creditum iri, hoc est, conductorem ex non domino fieri dominum, & quasi rem in creditum accepisset, obligari vt tantumdem reddat. Est enim generalior appellatio crediti quàm mutui *l. 2. §. 1. supr. de reb. credit.* Idque cõfirmat Alfenus exemplo depositi. Nam licèt ex causa depositi non magis, quàm ex locationis titulo transferatur regulariter dominium *l. licèt 17. supr. deposit.* aliquando tamen accidit, vt ex depositio transferatur dominium in depositarium, puta si quis pecuniam numeratam ita deposuisset, vt neque clusam, neque obsignatã traderet, sed adnumeraret. Nihil enim aliud deberet is, apud quem deposita esset, nisi vt tantundem pecuniæ solueret. Et quamuis egrediatur ea res notissimos depositi terminos, vt scriptum est in *l. Lucius 24.* & in *l. seq. §. 1. supr. deposit.* verum tamen illud depositum est, & depositi actione repetendum, quia vt ibidem Papinianus scribit, lex contractus seruanda est. Ergo & in proposita specie, nõ ob id minus erit locatio, quod nauta, qui auersum onus suscepit, obligatus sit, non vt eadem corpora granorum, quæ in nauem conjecta essent, sed vt tantundem redderet. Tunc enim illa ipsa res, quæ conductori tradita est, reddi debet, cùm potest, ne alioqui ad impossibile nautam obligemus. Tum autem non potest, cùm plurium frumenta sic permixta & confusa sunt, vt internosci amplius non possint, nec discerni *l. 1. §. præterea 12. infr. de separat. l. si alieni 78. de solut.* vbi additur nummos ita permixtos, vt discerni nequeant, etiamsi alieni fuerint, eius tamen fieri, qui accepit. Erit ergo totum frumentum Saufeij, quod in eius naue confusum fuit, & consequenter quod vni ex vectoribus redditum fuerit, benè redditum videri debet, tanquam à vero domino solutum, quandoquidem alicui ex vectoribus primum reddere necesse habuit, tametsi ea solutione meliorem ipsius conditionem fecerit, quàm cæterorum, vt scriptum est in fine huius legis. Itaque est hic casus vnus ex iis, in quibus locus est gratificationi, vt Accursius quoque notat, vt in *l. vlt. supr. de religios.* præter id quod meliorem eius creditoris conditionem esse æquum est, qui diligentior fuerit in frumento suo repetendo, quique magis sibi vigilauerit, vt in *l. pupillus 24. infr. quæ in fraud. credit. l. filium 20. vers. erit ergo infr. de bonor. poss. contr. tabul.* Sequitur,

a *Quòd si separatũ tabulis, aut heronibus.* RAT. DVB. Libera est dominis rerum suarum permutandarũ administratio, quèadmodum & alio quolibet contractus genere alienandarum *l. 1. infr. de rer. permut. l. 2. infr. si à parent. quis manum. sit.* Nam & procurator hoc facere posset, cui generaliter libera rerum administratio concessa esset *l. procurator cui 68. supr. de procurat.* Ergo verum esse non potest, quod Alfenus hîc scribit, si separatum tabulis, aut heronibus, aut in alia cupa clusum vniuscuiusque triticum fuisset, ita vt internosci facilè posset, quid cuiusque esset, non potuisse nos permutationem facere.

DEC. Corruptus hic textus est in ea dictione *nos*, pro qua sine dubio legendum est *Nautam*. De nauta enim Saufeio quærit Alfenus, & quid ille facere potuerit, non de vectoribus, qui in naue Saufeij frumenta sua confuderant, de quibus & in tertia persona locutus fuerat, non prima, quibus proinde nec dictio illa *nos* conuenire vllomodo potest, nisi probabiliorem quis putet emendationem, si retento pari numero literarum legamus *eum*, relatione facta ad Saufeium nautam, de quo Alfenus proximè locutus fuerat. Sed ego priorem malo tanquam ex literarum similitudine conuenientiorem, si modò paucioribus literis scribamus *naut.* Benè verò Alfenus ait in hoc casu, quo separatum tabulis, aut heronibus, aut saccis, aut cupis frumentum fuerit, vt discerni facilè posset, nõ potuisse Saufeium nautam permutationem facere, id est, frumentum quod vnius fuisset alteri dare, cùm hoc casu non sit factus ille frumenti dominus: Verum autem sit, quod Pedius dicebat alienam rem dantem nullam contrahere permutationem *d. l. 1. de rerum permutat.* Denique permutatio non fit inter ignorantes. Ponimus autem frumentum vni ex vectoribus redditum à Saufeio fuisse cæteris ignorantibus. Poterit igitur is, cuius frumentum fuit, quod solutum est, id vindicare.

b *Et ideò se improbare actiones oneris auersi.* Rationem adfert Paulus, propter quam Alfenus dicebat se improbare actiones oneris auersi, quippe tanquam nullomodo necessarias, & omnino superuacuas. Nec enim multiplicandæ sunt actiones sine necessitate apud Iureconsultos: vt nec entia apud Philosophos. Vtebatur autem Alfenus hoc dilemmate, Aut eius generis sunt merces, quæ traduntur nautæ, vt continuò eius fiant, & earum nomine mercator, cuius sunt merces, in creditum eat, factus scilicet ex domino creditor, aut eius generis & conditionis sunt, vt eædem quæ nautæ traditæ sunt, reddi debeant. Priore casu non potest locus esse actioni oneris auersi, cùm nec auersum onus vllum sit, aut esse possit, cùm onus est ipsius nautæ, posteriore autem casu furti actio competit locatori, quo inuito nauta eas merces non solùm contrectauit, sed etiam auertit. Ergo nullus casus est in quo actio oneris auersi locum habere debeat, cùm priore casu non cõpetat, posteriore verò sit inutilis & superuacua. Ex quo intelligimus non fuisse illam pleniorem actione furti, quæ pro furto, nec manifesto datur in duplum, pro manifesto autem etiam in quadruplum. Qua de causa putat Iacobus Cuiacius, nec malè, inductas fuisse à veteribus actiones istas oneris auersi, non tam ex necessitate, quàm vt hoc genus improbitatis speciali nota & pœna huius actionis quam in duplum quoque competiisse existimat, coerceretur. Sic enim ille *libro septimo Obseruat. capite trigesimo nono*, vt in *l. 3. §. 1. supr. naut. caupon. stabul.* An ergo dicemus cum Accursio esse hodie sublatas actiones oneris auersi? Minimè verò: nec enim Alfeni autoritas tanta fuit, vt eas tollere potuerit, quamuis potuerit improbare. Nec rursus cum Raynerio dicendum est, ad ea demum illas competere, ad quæ darentur actiones locati & conducti, quando receptum est onus in auersione, vt refert idem Accursius ex *l. in ratione*

30. §.

30.§.*incertæ infr. ad leg. Falcid.* vbi tamen de actione oneris auersi nihil prorsus. Essetque tanto magis inutilis hæc actio, si ad aliud non daretur, quàm ad ea quæ actione ex locato continentur. Quam tamen dubitandum non est etiam cum actione oneris auersi cõcurrere, si auertere nihil aliud est quàm permutare. Quod nec Accursius prætermisit ex *l. item quæritur* 13.§.*si fullo supr. hoc tit.* in illis verbis, *Et si pallium fullo permutauerit, & alij alterius dederit, ex locato actione tenebitur, etiamsi ignarus fecerit.* Fateor tamen actionem hanc oneris auersi hodie in desuetudinẽ abiisse, non solùm quod nulla iuris necessitate esset inducta, commodi verò & vtilitatis nihil haberet, sed etiam, quia vim eius & potestatem antiquiores interpretes nostri nunquam perceperunt, vt ex eorum ad hanc legem commentariis manifestè apparet. Fuit sanè iam olim parum frequentata, vt ex eo intelligimus quod tam rara ipsius mentio fit in libris nostris.

c *Sed si ita datum esset, vt in similitre solui possit.* Quo casu nemo dixerit, actionem oneris auersi locum habere posse, sed actionem tantùm ex locato: Cùm nihil interfit mercatorum qui merces in nauem intulerunt, & in creditum abierunt, quique imputare sibi debent, cur ea lege merces suas intulerint. Contenti ergo esse debent actione ex locato per quam cogant nautam vel tantundem reddere, vel quanti eorum interest, præstare. In proposita vero specie licet non ita nominatim conuentum proponatur, idipsum tamen actum esse verisimile est, apparetque ex eo quòd frumenta sua mercatores confuderint. Nec enim alio animo id fecisse videri possunt, quàm vt nautam obligarent ad reddendum non idem, sed tantundem. Sufficit autem id actum esse, licet dictum non sit *leg. semper in stipulationibus* 34. *de regul. iur. iunct. leg. sed Celsus* 6.§.1. *supr. de contr. empt.* Huic verò consequens est quod Paulus ex Alfeno hic subiicit & concludit, In huiusmodi actione quæ ex locato tantum est, culpam duntaxat venire, quia in negotio quod vtriusque causa contraheretur, vt in locatione & conductione culpam duntaxat præstari oporteat, culpa verò nulla sit in nauta qui ex frumento confuso partem vni suam reddidit. An non enim necesse erat eum alicui ex tam multis primum reddere? Atqui, inquies, melior fit ea ratione cõdicio illius qui prior recipit, quia rem suam saluam habet. Fateor: sed non debet ea res impedire nautam quominus faciat, quod necesse habet facere *l. si quis in graui* 3.§. *si cum omnes infr. de S. C. Silan. l. vnum ex familia* 67.§. *si de Falcidia de legat.* 2. Qua enim fronte recusaret ei priori frumentum reddere qui prior frumentum repetisset? An non licuit qui prior repetiit, sibi vigilare vt condicionem suam faceret meliorem? *leg. quod autem* 6.§. *sciendum leg. pupillus* 24. *infr. quæ in fraud. credit.* Alia ratio est eorum creditorum qui facto suo ius aliquod sibi quęsierunt, puta permissionem in possessionem, quæ etiam ab vno tantum facta ab omnibus facta intelligitur *l. cùm vnus* 12. *in princip. de reb. author. iudic. possid.* Cùm enim ius omnium exæquatum est, non est locus gratificationi, nec potest debitor meliorem vnius quàm alterius condicionem facere *d.*§. *sciendum & d. l. pupillus.*

32. IVLIANVS libro 3. ex Minucio.

QVi fundum colendum in plures annos locauerat, decessit: & eum fundum legauit. Cassius negauit posse cogi colonum, vt eum fundum coleret: quia nihil heredis interesset. [a] quod si colonus vellet colere, & ab eo, cui legatus esset fundus, prohiberetur. [b] cum herede actionem colonum habere. & hoc detrimentum ad heredem pertinere, sicuti si quis rem, quam vendidisset, nec dum tradidisset, alij legasset: heres eius, emptori, & legatario esset obligatus.

Ad l. Qui fundum 32.

RAT. DVB. Actiones hereditariæ actiuæ & passiuæ non transeunt in legatarios, quia non sunt iuris successores, sed in heredes *l. vlt. C. de heredit. action.* Ergo si is qui fundum in plures annos colendum locauerat, ante finitam locationem decesserit, & eum fundum alicui legauerit, dicendum videtur actionem ex locato, quæ defuncto locatori aduersus colonum competierat, vt is fundum coleret, aut ni id faceret quanti interesset locatoris, solueret, ipsius quoq; heredi competere debere, cùm in legatarium qui iuris successor non est, translata videri non possit.

DEC. Actio ex locato sicuti non datur nisi ad id quod interest, ita nec alij quàm cuius interest nec ad plus, quàm interfit, vt de actione mandati scriptum est in *l. si procuratorem* 8.§. *mandati actio supr. mandat.* Atqui in proposita specie nihil interest heredis locatoris, an vellet colonus fundum colere, necne, cùm emolumentum fructuum ex die aditæ hereditatis ad legatarium pertineat *leg. nihil proponi* 120.§. *vlt. infr. de legat.* 1. Ergo non est heredi locatoris danda ex locato actio, quæ locatori ipsi daretur si viueret, quia eius interesset.

a *Quòd si colonus vellet colere.* RAT. DVB. Ex qua persona lucrum quis sentit, eius factum præstare debet *l. ex qua persona* 149. *de regul. iur.* Atqui legatarius lucrum sentit ex persona defuncti testatoris, cùm legatum nihil nisi lucrum sit ex testatoris dono ac liberalitate *l. legatum* 36. *de legat.* 2. Ergo non est permittendum legatario, vt prohibeat colonum colere si velit, non magis, quàm ipsi locatori. Ne alioqui plus iuris à locatore in legatarium videri translatum possit, quàm ipse locator habuerit contra regulam *l. nemo plus iuris* 54. *de regul. iur.*

DEC. Successor singularis non cogitur stare colono, quia personales actiones non transeunt in successorem singularem *l. vlt.* §. 1. *supr. de contr. empt. l.* 1.§. *si heres infr. ad S. C. Trebell.* Atqui legatarius singularis tantùm successor est, non iuris §. *legatarius Instit. de testam. ordin. l. quædam* 9.§. *nihil interest supr. de edend.* Ergo non tenetur legatarius stare colono,

BIU Cujas

sicuti nec emptor *l emptorem 9. C. hoc tit.* Intellige, nisi locator omnia bona sua obligauerit conductori, vt hodie passim fieri adsolet pro contractus obseruatione. Hoc enim casu nascitur ex conuentione ius pignoris & hypothecæ, quod cum sit reale transit in quemcunque possessorem, & singularem successorem, paritque multo magis ius retentionis *l.1.l.pignoris 17.infr. de pignor. l.si creditor 7. §. illud infr. de distract. pignor.* Quæ ratio facit vt explodenda sit eorum sententia qui ad hunc effectum exigunt specialem hypothecam in bonis conductis, aut cum generali pignorũ obligatione clausulam constituti: Cùm generalis conuentio pignoris sufficiat ad inducendum ius retentionis *d. l. 1. de pignor.* Addunt alij aliam exceptionem ad hanc legem, post Bartolum, nisi locatio facta sit in plures, quàm in decem annos, quasi hoc casu conductor acquirat ius in re & dominium, vt nostri loquuntur, vtile, propter quod fiat, vt expelli conductor à nemine possit ex *l. 1. & 2. sup. si ager vectig. & emphyt. pet.* Quod ego tamen non probo. Nec enim sola locatio in decennium facit fundum vectigalem, vel emphyteuticarium, si non propterea adsit conuentio, vt quandiu mercedem conductor soluet, expelli à domino non possit *d. l. 1. & 2.* vbi diximus *supr. si ager. vectig. l. lex vectigali 31. infr. de pignor.* Habet igitur locum hæc lex generaliter in locatione qualibet siue in plures, siue in pauciores quàm decem annos locatio facta sit.

b *Cum herede actionem colonum habere.* RAT. DVB. Contractus locationis vltro citroque obligatorius, vt diximus ad *leg. sicut emptio 20. §. vlt. supr. hoc tit.* Ergo quo casu non potest conductor ex locato conueniri, nec permittendum ei est vt agat ex conducto, ne alioqui contractus claudicare videatur. Atqui non potest heres locatoris agere ex locato aduersus conductorem, si nolit ille fundum legatum colere, vt supra diximus. Ergo nec danda conductori est actio ex conducto aduersus locatorem si conductor fundum colere à legatario prohibeatur. Absurdum enim est conductori si velit actionem esse cum locatore, locatori autem cum conductore nullam esse, *arg. l. 3. §. vlt. supr. mandat. l. si vina 6. de peric. & commod. rei vendit.*

DEC. Ex contractu locationis actio quidem in proposita specie vtrinque nascitur. Ex locato in fauorem locatoris contra conductorem, & ex conducto in fauorem conductoris aduersus locatorem, vtraque autem ad id quod interest, vt modo diximus ex *l. prox. infr. & l. si quis domum 9. & pass. supr.* Atqui nihil interest heredis eius qui locauit, quamuis colonus fundum legatum nolit colere. Interest autem conductoris, ne frui prohibeatur etiam à colono. Ergo quamuis hic contractus non claudicet, attamen inter locatorem & conductorem differentia est potiùs, quàm inter mutuas istas actiones, quia heres locatoris non potest dicere quicquam sua interesse, conductor autem potest. Mirum igitur non est diuersum ius hac parte constitui inter heredem locatoris & conductorem, inter quos tanta est ratio diuersitatis, *l. 3. §. vnde etiam de iniust. rupt. & irrit. fact. testam. l. illud 32. ad leg. Aquil.* Habebit itaque colonus actionem ex conducto contra heredem locatoris in id quod sua interest à legatario non prohiberi, quia non ad alium, quàm ad heredem pertinere hoc detrimentum potest, cùm nec ad legatarium pertinere possit nec ad colonum: non ad legatarium, quia legati commodum ei auferri non potest. Non ad colonum, quia obligatum ex suo contractu habet non modò locatorem, sed etiam locatoris heredem. Ad quem ergo nisi ad heredem? Nam & si quis rem quam vendidisset, nec dum tradidisset, alij legasset, heres eius & emptori & legatario esset obligatus. Emptori quidem ex contractu venditionis. Legatario verò ex legato, ita vt alterutri necessario præstandam habeat indemnitatem. Et ideò locator idemque venditor, si sibi suoque heredi velit prospicere, pacisci debet cum emptore, vt colonum non expellat, ne alioqui prohibitus colonus agat cum eo ex conducto *l. si merces 25. §. 1. hoc tit. l. Iulianus 13. §. penul. supr. tit. prox. d. l. nihil proponi 120. §. vlt. de legat. 1.* Quo exemplo deberet prudens testator qui fundum locatum legat, cauere testamento, vt legatarius colono stare teneatur. Ita enim & colono & heredi optimè consulet, totumque detrimẽtum & alioqui ad heredem spectasset ad legatariũ pertinebit. Quanquam nec magnum coloni detrimentum in eo est, vt stet colono, nisi & maiorem mercedem ab alio colono sperare fortassis posset.

33. AFRICANVS libro 8. Quæstionum.

SI fundus, quem mihi locaueris, publicatus sit: teneri te ex conducto actione, vt mihi frui liceat: quamuis per te non stet, quo minus id præstes, quemadmodum (inquit) etsi insulam ædificandam locasses, & solum corruisset: nihilominus teneberis. [a] nam etsi vendideris mihi fundum, isque prius, quàm vacuus traderetur, publicatus fuerit: teneberis ex empto. quod hactenus erit verum, vt pretium restituas: non etiam vt præstes, si quid pluris mea interfit, eum vacuum mihi tradi. [b] similiter igitur & circa conductionem seruandum puto: vt mercedẽ, quam præstiterim, mihi restituas: eius scilicet temporis, quo fruitus non fuerim: nec vltra actionẽ ex conducto præstare cogeris. nam etsi colonus tuus fundo frui à te, aut ab eo prohibeatur, quem tu prohibere, ne id faciat, possis: tantum ei præstabis, quanti eius interfuerit frui. in quo etiam lucrum eius continebitur. sin vero ab eo interpellabitur, quem tu prohibere propter vim maiorem, aut potentiam eius non potueris: nihil amplius ei, quàm mercedem remittere, aut reddere debebis.

34. GAIVS

34. GAIVS libro 10. ad Edictum Prouinciale.

PErinde ac si latronum incursu id acciderit.

Ad l. Si fundus 33. & l. Perinde 34.

RAT. DVB. Sufficit locatori per eum non stare, quominus conductor frui possit *leg. sed addes 19. §. penult. supr. hoc tit. l. vlt. C. de condict. ob caus. dator.* Atqui non stat per locatorem, quominus conductor fruatur fundo publicato, sed stat per Principē qui fundum publicauit, & cui resistere locator non potest. Vt proinde sit hæc vis maior quam præstare locator non debet siue diuina sit, siue humana *l. si merces 25. §. vis maior* vbi scripsimus *supr. l. contractus 23. in fin. de regul. iur.* Ergo si fundus quem locaueris mihi publicatus sit, non debes teneri actione ex conducto, vt mihi frui liceat. Aut si nulla huius vis maioris ratio haberi debet, dicendum est, teneri te debere in id omne quod mea interest ex natura actionis ex conducto quæ dari solet ad omne id ꝙ interest conductoris *l. si quis domum 9. in princip. l. ex conducto 15. & pass. supr.* non autem ad solam mercedis remissionem, vt Africanus hic scribit.

DEC. Locator ad hoc tenetur conductori vt ei præstet frui posse *d. l. ex conducto & d. l. si quis domum*, quia nec æquum esset mercedem à conductore præstari etiam eius temporis quo fruitus non sit, tum quoque cum iusta causa fuit propter quam conductor frui non potuerit *l. qui insulam 30. in princip. & §. 1. supr.* Atqui nō potest conductor frui fundo locato postquam is publicatus est, siue ob venditoris delictum aliquod publicatus sit, vt ex legibus publicorum iudiciorum euenire plerumque solet, siue quòd à Cæsare militibus assignatus fuerit, vt in *l. Lucius 11. infr. de euict. l. item si verberatum 15. §. vlt. supr. de rei vindic.* Ergo etiam hoc casu locatorem ex conducto teneri æquum est, non quidem ad omne id quod conductoris interest, quomodo si per locatorem staret, sed cum hoc temperamento, vt ad mercedis duntaxat remissionem condemnari debeat, quomodo bene Africanus hic respondet. Sequitur, *Quemadmodum, inquit, si insulam ædificandam locasses.* Melius fortasse scripsisset *conduxisses.* Loquitur enim de redemptore qui locauit quidem operas suas ad ædificandam insulam, sed qui tamē magis propriè dicendus est, conductor scilicet operis faciendi, quia merces ei debetur, ad cuius remissionem vult Africanus conductorē teneri. Nisi malis cum Accursio & Cuiacio intelligere de insula quæ locata fuerat ædificanda, sed quæ fuerit ædificata posteà, vel tota, vel ex parte, & ita corruerit, quod expeditius est, & his Africani verbis conuenientius, de quo dicemus ad *l. Marcius 59. infr. hoc tit.*

a *Nam etsi vendideris mihi fundum.* RAT. DVB. Statim atque perfecta venditio est, quod fit nudo consensu, periculum omne rei venditæ pertinet ad emptorem *l. id quod 7. & seq. supr. de peric. & commod. rei vendit.* Adeò vt re perempta etiam casu fortuito, nihilominus emptor venditori precium persoluere cogatur *§. cùm autem Instit. de empt. & vendit.* Non quasi emptor sit dominus rei venditæ ante traditionem, vt virum doctissimum ad hanc legem notare video. Cùm nec dominus fiat per traditionem quousque precium soluerit, aut aliter eo nomine satisfecerit *l. quod vendidi 19. l. vt res 53. supr. de contrah. empt.* Sed quia cùm emptio perfecta est, in potestate est emptoris, vt fiat dominus aut constituatur, in mora transferēdi dominij oblato precio, & proposita ex empto actione *leg. Iulianus 13. §. offerri supr. tit. prox.* Omnes enim consentiunt mora contracta siue per venditorem, siue per emptorem periculū omne ad eum pertinere qui moram contraxerit *l. lectos 12. de peric. & commod. rei vend. l. 3. §. vlt. l. si sterilis 21. §. cum per venditorem l. si & per emptorem 51. supr. tit. prox. l. quòd si per eam 15. infr. de iur. dot.* Nos autem eum casum tractamus quo neque venditor in mora fuerit rei tradendæ, neque emptor in mora soluendi precij. Ergo verum non est, quod Africanus hic scribit, si vendideris mihi fundum, isque priùs quàm vacuus traderetur, publicatus fuerit, teneri te ex vendito vt precium mihi restituas.

DEC. Quemadmodum tenetur locator, vt præstet conductori frui licere: Ita & venditor, vt rem venditam tradat emptori *leg. 1. l. ex empto 11. §. 1. supr. titul prox.* scilicet quandiu per rerum naturam tradi potest. Atqui fundus venditus quamuis ante traditionem publicatus sit, adhuc tamen tradi potest per rerum naturam. Publicatio enim mutat dominium rei, sed rem ipsam non extinguit. Potest enim venditor rem publicatam redimere, vel à fisco, vel à militibus, quibus assignatus fuit. Quòd si neque fiscus, neq; alius dominus & possessor fundi publicati velit vendere, aut non nisi iniusto, & immodico precio, non debet recusare venditor quominus saltem precium illud quod accepit, restituat *arg. l. non durium 14. §. vlt. & l. qui quatuor 30. §. vlt. de legat. 3.* Et hæc vera huius loci ratio & sententia est, vt nos pluribus & ex professo tractauimus contra Iacobum Cuiacium *lib. 2. Coniect. cap. 4.* qui primus ex hoc vno loco & ex *leg. quod si neque 14. de peric. & commod. rei vendit.* tentare ausus est, quod ante ipsum nemo dixerat, Periculum rei venditæ ante traditionem pertinere ad venditorem, non quidem ratione rei, sed ratione precij, vt ipse loquitur. Ac quoniam apertè contrà scriptum videt in *d. §. cùm autem.* respondet in Institutionibus tradi tantum elementa & rudimenta quædam iuris. In Pandectis verò diligentiùs exactas res ad æquitatem. Hoc verò nos refutauimus *lib. 2. Coniect. cap. 4.* vbi latiùs totam quæstionem hanc tractauimus. Sed huic legi solet obiici quod scriptum est in *leg. Lucius 11. infr. de euict.* Etiam in fundo publicato & militibus assignato futuros tamen casus euictionis ad venditorem non pertinere, sed ad emptorem. Verum facilis responsio est, loqui eo loco Paulum de casibus fortuitis qui contigerint nō solum post contractam emptionem, sed etiam post factā traditionem. Alioqui non essent dicendi casus fortuiti euictionis qui ante traditionē contigissent, cùm nec euinci res possit, nec nasci actio de euictione nisi postquàm res est tradita, vt iam olim Azo, & Accursius docuerunt, & Cuiacius quoque probat. Ac multo melius quam Castrensis, qui hanc legē restringit ad eum casum quo publicatus sit fundus culpa venditoris, quasi extra hunc casum periculū ad emptorem pertinere debeat. Quod est cōmentitium. Iunge *l. euicta 16. §. 1. l. si rem 62. in princip. eod. tit. l. 3. infr. de doli mali excep.*

b *Similiter ergo & circa conductionem.* Argumentatur Africanus à venditione ad conductionem,

BIU Cujas

quia iisdem iuris regulis venditio & locatio consistunt *l. 2. supr. hoc tit.* Quanquam putat Cuiacius differentiam esse hac parte inter venditionem & locationem in eo quod venditor etiamsi rem alienam ignorans vendiderit, tenetur tamen in id omne quod interest emptoris. Non etiam locator in id quod interest conductoris, si fortè ignorans rem alienam locauerit. Quod ego falsum puto. Nam & ignorans locator tenetur si non præstet conductori, vt frui possit *l. si quis domum 9. l. ex conducto 15. §. pen.* vbi nos contra Accursium, hoc ipsum disputauimus *supr. hoc tit.* Et mala est ratio diuersitatis quam adfert Cuiacius, quod duriùs obligetur venditor qui tenetur vacuam possessionem tradere quàm locator qui non ad aliud tenetur, quàm vt conductorem frui patiatur. Nam imò verò durius tenetur locator hoc ipso quod fruendi patientiam præstare tenetur, cùm ea res sit facti successiui, indeq; fiat, vt quamuis conductori res tradita sit à locatore, si tamen postea frui prohibeatur, nihilominùs actionem ex conducto perinde habere debeat, acsi nunquam res ei tradita fuisset. Quod in venditore diuersum est, qui si semel rem tradiderit, liberatur ab actione ex empto, & si postmodùm emptorem frui ipse prohibeat aliis actionibus, conueniendus est, vt Castrensis disputat ad *d. l. si quis domum.*

c *Nam etsi colonus tuus fundo frui.* Repetit Africanus quod iam dixerat, eandem distinctionem adhibendam esse in locatione, quam in venditione adhibendam esse dixit, vt si colonus tuus à te prohibeatur fundo frui, aut etiam ab eo quem tu ne id faciat prohibere possis, tantum ei præstare te debere quanti eius interfuerit frui. In quo etiam lucrum eius, inquit, continebitur, id est, ita vt habeatur ratio non tantùm damni emergentis, sed etiam lucri cessantis, quod æquè appellatione eius quod interest, comprehenditur *l. si cõmissa 13. infr. Rat. rem haber. l. 2. §. vlt. supr. de eo quod cert. loc. leg. si in lege 24. §. colonus supr. hoc tit.* sed cum hoc tamen temperamẽto, vt eius quod interest, circa rem duntaxat, ratio habeatur non eius quod extra rem *leg. si sterilis 21. §. cùm per venditorem.* vbi diximus *supr. tit. prox.* Si verò ab eo interpellabitur, quem tu prohibere propter vim maiorem aut potentiam eius non possis, nihil amplius quàm mercedem ei remittere aut reddere debeas, perinde acsi latronum incursu id accidisset, vt in *l. seq.* ex Caio subiicitur. In qua postrema clausula valde notanda sunt verba illa *propter vim maiorem aut potentiam eius*, vt intelligamus non eam esse mentem Africani quam putant Accursius & Cuiacius, vt non nisi ad mercedis remissionem teneatur is qui ignorans alienam rem locauit. Quasi is quoque comprehendatur his verbis, cùm dominum prohibere non possit, quominus rem suam à conductore vindicet, atque ita frui eum prohibeat. Non enim vis maior vlla, vel potentia domini hoc facit, sed ratio iuris quæ pati non potest, vt dominus re sua frui prohibeatur ab eo qui non est dominus. Cæterùm non nego quod vult Bartolus, Pariter teneri facientem, & fieri patientem (sic enim legendum est apud Bartolum) quando prohibere potest ex *l. fluminum 24. §. quanquam infr. de damn. infect. & l. in illa stipulatione per te non fieri 50. de verb. obl. l. nos videamus 8. l. item quæritur 13. §. exercitu & l. qui insulam 30. supr. hoc tit.*

35. AFRICANVS libro 8. Quæstionum.

ET hæc distinctio conuenit illi, quæ à Seruio introducta, & ab omnibus ferè probata est: vt si auersione insulam locatam dominus reficiendo, ne ea cõductor frui possit, effecerit: animaduertatur necessariò, necne, id opus demolitus sit. quid enim interest, vtrum locator insulæ propter vetustatem cogatur eam reficere, an locator fundi cogatur ferre iniuriam eius, quem prohibere non possit? [a] Intelligendũ est autem nos hac distinctione vti de eo, qui & suũ prædium fruendum locauerit, & bona fide negotium contraxerit: non de eo, qui alienum prædium per fraudem locauerit, nec resistere domino possit, quominus is colonum frui prohibeat.

Ad l. Et hæc distinctio 35.

RAT. DVB. Cùm insula auersione locata est, id est, non vt Accursius & alij veteres ridiculè interpretantur, recepto à conductore periculo vel aduersitate, sed tota vno precio, vel potiùs vna mercede ac pensione, non per cœnacula singula, non est prohibendus locator, ne insulam reficiat tanquam dominus, qui liberum habeat arbitrium faciendi & reficiendi in re sua quicquid velit *vulg. l. in re mandata 21. C. mandat.* Necenim locatio facit vt dominus esse desinat *l. non solet 39. infr. hoc tit.* Ergo non est danda conductori aduersus locatorem ex hac causa actio ex conducto, siue ex necessitate insulam demolitus sit locator, vt eam reficeret, siue ex voluntate, vt insulam commodiorem faceret ac preciosiorem. Quid enim potest videri mala mente facere ac per fraudem qui id duntaxat agit vt sibi & reipublicæ prosit, non vt conductori noceat? Nam & reipublicæ interest & ad decus vrbium pertinet, refici ædificia *l. 1. infr. in quib. caus. pig. vel hypoth. tacit. contr.* nec tantum refici, sed etiam onerari *l. 2. l. si quis post hanc 6. C. de ædific. priuat.* Nec proinde videtur ad hunc casum aptari posse distinctio, quam Africanus attulit in *leg. si fundus 33. supr.* Quid enim habet commune casus ille quo locator prohibere possit, vel non possit eum qui conductorem frui prohibet, & ille de quo Seruius hic ab eodem Africano relatus, quo locator, siue ex necessitate, siue ex voluntate id opus molitus sit, sic enim malo legere, quàm vt vulgo *demolitus sit*, quia licèt ad reficiendam insulam plerumque necessaria sit demolitio *l. habitatores 27. supr. l. 3. C. hoc tit.* demolitio tamen fit insulæ non operis de quo hic agitur, id est, ædificationis.

DEC. Nihil interest vtrum locator insulæ propter vetustatem cogatur eam reficere, an verò cogatur

rogatur ferre iniuriam eius quem prohibere non possit: vtroque enim casu vis est cui resisti non potest, cùm nihil aliud sit necessitas, quam vis contraria voluntati, nec aliud vis quàm necessitas voluntati contraria, & cui succumbimus inuiti, vt bene ad hunc locum docet Cuiacius ex *l. penult. §. vlt. inf. de excusat. tutor.* Bona igitur comparatio est huius casus & superioris, & vtrique benè conuenit ea distinctio: An conductor frui prohibeatur vi maiore cui non possit locator resistere. An verò ex ea causa quam impedire locator posset si vellet, vt priore casu teneatur locator duntaxat ad mercedis remissionem, non etiam in id omne quod interest conductoris quamuis facto eius contingat, vt inquilinus frui nequeat, quia factum illud iustam habet ex necessitate excusationem. Posteriore vero teneatur in id omne quod interest, quia non debuit locator prætextu sui commodi, &, vt meliorem faceret condicionem suam, deteriorem facere conductoris *l. 1. §. sed & fossas infr. de aqua & aquæ pluu. arcend. l. sicut 8. §. Aristo supr. si seruit. vindic. l. quidam Hiberus 13. de seruit. vrban. præd.* Facit autem locator deteriorem conductoris & inquilini condicionem, quoties id facit per quod conductor frui prohibeatur, nisi parum incommodi ex ea ædificatione inquilino accederet. Id enim actum inter eos videtur vt etiam incommodi partem aliquam paruulã inquilinus quoque sustineret *d. l. habitatores 27. sup.* Sola igitur ædificandi & reficiendi necessitas locatorem excusare potest ne ad id quod inquilini interest teneatur, sed mercedis remissione liberetur. Nam vt ne quidem remittere quicquam ex mercede teneatur, non potest facere necessitas, cùm locator ad hoc obligetur, vt frui conductor possit. Ideo autẽ ponebat Seruius insulam auersione locatã esse, quia si per cœnacula locata fuisset, siue vni inquilino, siue pluribus, refectio vnius cœnaculi nihil commune haberet cum totius reliquæ insulæ conductione, nec remissio vlla mercedis, nisi pro eo cœnaculo facienda esset, reliqua tota conductio in suo statu maneret.

a *Intelligendum autem est nos hac distinctione vti.* Monet Africanus supradictam distinctionem, vtrũ conductor vi maiore frui prohibeatur, quam locator prohibere non possit, an verò ab eo quem prohibere locator possit, ad hunc casum non pertinere, quo quis alienam domum locauerit quam dominus euicerit, vt ita frui inquilinus prohibeatur. Etsi enim non potest locator prohibere quominus rem suam vindicet dominus & euincat (quæ ad hunc versiculum dubitandi ratio erat) non ideo tamen excusationem meretur, ne ad omne id q; conductoris interest, teneatur, cùm sit in culpa qui domum alienam, quasi suam locauit, licet ignorãs id fecerit, quia priusquàm locaret, diligentius inquirere debuerat an sua esset an aliena, vt bene hic Castrensis disputat ex *l. si quis domum 9. l. ex conducto 15. §. penul. supr.* Idemque iuris est, si quis domum suam quidem, sed alij obligatam locauerit, eamq; postmodum creditor pignoratitius aut hypothecarius euincat. Nam & ex hac causa frui conductor prohibetur & quidem facto locatoris *l. si mancipium 34. §. vlt. & l. seq. infr. de euict.* Igitur supradicta distinctio non in omni locatore habere locum potest, sed in eo duntaxat, qui & suum prędium fruendum locauerit, & bona fide negotium contraxerit, vt intelligamus sicuti non sufficit, vt locator suam non alienam domum locauerit, nisi præterea illud etiam concurrat, vt negotium totum bona fide cõtraxerit, id est, nec præuiderit, nec præuidere debuerit casum aliquem, & qui postea euenerit, quo inquilinus frui prohiberetur. Ita nec sufficere, vt locator bona fide negotium gesserit, nisi etiã illud concurrat, vt domum suam alienam locauerit, quamuis ignorans & citra fraudem vllam id fecerit. Quod si ita est, vt est, proculdubio sunt interpretis & omnino delenda verba illa *per fraudem* in fine huius responsi posita, vt pluribus tractatum à nobis & probatum est *libr. 2. Coniectur. iur. ciuil. cap. 5.* Vnde & cætera peti poterunt quæ ad huius loci interpretationem pertinent.

1 ¶ Cùm fundum communem habuimus: & inter nos conuenit, vt alternis annis certo precio eum conductum haberemus. tu cum annus tuus exiturus esset, consultò fructum sequentis anni corrupisti. agam tecum duabus actionibus: vna ex conducto, altera ex locato. locati enim iudicio mea pars propria, conducti autem actione tua duntaxat propria in iudicium veniet. deinde ita notat: nonne id q; ad meam partem pertinebit, communi diuidundo iudicio præstabitur à te mihi damnum? rectè quidem. sed tamen etiam Seruij sententiam veram esse puto: in eo scilicet, vt cum alterutra actione rem seruauerim, altera perimatur. quod ipsum simplicius quæremus ita: si proponatur inter duos, qui singulos proprios fundos haberent, conuenisse: vt alter alterius fundum ita conductum haberet, vt fructus mercedis nomine pensarentur.

Ad §. 1. Cùm fundum.

RAT. DVB. Quemadmodum non potest idẽ esse emptor & venditor *l. 1. infr. de rer. permut.* ita neque idem locator & conductor. Iisdem enim iuris regulis emptio & venditio consistunt *leg. 2. & leg. si fundus 33. supr.* Atqui actio ex locato non datur nisi locatori, nec rursus actio ex conducto, nisi conductori *leg. ex conducto 15. & pass. hoc titul.* Ergo fieri nequit, vt ex eodem locationis contractu detur eidem personę vtraq; actio ex locato, & ex cõducto.

DEC. Facilè fieri potest, vt ex vno eodemque contractu idem sit locator & conductor diuersis respectibus, vt euenit in specie huius §. Cum fundũ communem tu & ego habuimus, & inter nos conuenit, vt alternis annis certo precio eum conductũ haberemus, id est, certa mercede, sine qua scilicet nec stare locatio posset non magis, quàm venditio sine precio *d. l. 2. supr.* Nam si tu cùm annus tuus

BIU Cujas

exitumis esset, cōsultò & ex proposito fructum totum insequentis anni corruperis, facis mihi iniuriā non minus pro ea parte, quàm in hoc fundo cōmuni habes, quàm in ea quæ in hoc ipso fundo ad me pertinet. Ideoq; sicuti partis meæ locator videri debeo, tuæ verò conductor, ita fatendum est duas mihi contra te actiones competere. Vnam ex locato. Alteram ex conducto, & Locati iudicio meam duntaxat partem propriam. Conducti autem actione tuam tantùm propriam in iudicium venire. Neque verò nouum est, vt ex eodem contractu idem & locator, & conductor dici possit, diuersis respectibus, & diuersarum partiū, quas in hoc fundo communi habemus, quamuis indiuisas, & quæ iuris intellectu magis, quàm corporum diuisione consistant, vt Papinianus loquitur in *l. Mœuius 66. §. duorum de legat. 2.* Nam & cùm loco tibi insulam fabricandam, vterque nostrūm, & locator dicitur, & conductor, sed diuersis respectibus. Respectu quidem operis fabricandi ego locator, tu conductor. Respectu verò tuarum operarum, tu locator, ego conductor *l. item si precio 22. §. cùm insulam sup. hoc tit.* Rectè autem hic Africanus adiecit *certo precio*, id est, vt explicauimus *certa mercede*. Alioqui quomodo posset dari actio ex locato, vel conducto, vbi nulla esset locatio, & conductio? Aut quomodo locatio, vel conductio esse posset, si merces nulla interceßisset? Agendum igitur esset hoc casu Communi diuidundo, aut saltem incerti actione ciuili Præscriptis verbis, vt disertè Vlpianus scribit in *l. si conuenerit 23.* vbi diximus *supr. Commun. diuid.* Et ita locus ille cum hoc conciliandus est ex *l. 1. §. si quis seruum 9. supr. depos.* non quomodo putat Accursius, vt hæc impropriè sit locatio, vt & in *l. si olei 21. C. hoc tit.* & ideò Præscriptis verbis actionē dari oporteat ex *leg. naturalis 5. §. at cùm do infr. de præscript. verb.* Quid enim obstat, quominùs fundum communem locare & conducere inuicem possimus, dummodò de certa mercede conuenerit? Nam & alij vnusquisque nostrūm partem suam locare posset. Fundi scilicet ac prædij rustici, de quo hic agitur. Nam in prædio vrbano distinctionibus opus est, quas hic Castrensis adfert: An possint plures socij & conduisores in eadem domo commodè habitare, an non, vt si possint, etiam vno habitante & inuito, alius partem suam locare extraneo possit, dum ne turpi aut suspectæ personæ *leg. non aliter 7. supr. de vsu & habit.* Si verò non possint, & tamen simul habitent, inuicem quidem sibi locare possint. Sed extraneo non item, si modò vnus ex sociis habitare ipse velit, licèt alius partem suam locare malit, quàm in ea domo minùs commodè habitare. Neutro verò ibi habitante possit vnus ex conduisoribus etiam inuito altero totam domum locare extraneo, quia nec partem suam expedire aliter posset, atque ita commune vtriusque negotium vtiliter gerat. Quod & Bartolus ad hūc locum putat ex *l. heredes 25. §. si vnus supr. Famil. erciſc. & l. si communes ædes 40.* vbi diximus *supr. de negot. gest.* Ex qua causa nascetur inter nos actio Communi diuidundo, cum negotiorum gestorum competere non possit, quoties potest quis partem suam ita administrare, vt alteram administrare non cogatur. Sane & in huius quoque §. specie actio Communi diuidundo habere locum debet, vt subiicit Africanus ex Iuliano in *versic Deinde ita notat.* Vnde etiam dubitādi causa sumi videbatur, propter quam non deberet in specie huius §. dari mihi actio ex locato propter partem meam, cùm quantum ad meam partem pertinet, sufficere posset actio Communi diuidundo, ne alioqui multiplicemus actiones, sine necessitate *l. in nauem 31. supr.* Sed decidendi ratio est, quod quemadmodum pro parte tua, cuius tu locator es, ego conductor, nihil causæ est, cur non mihi contra te actio ex conducto dari debeat, vt sarcias mihi damnum, quod per fructuum corruptionem mihi intuleris, nempe quia quod ad partem tuam spectat, actione Cōmuni diuidundo contra te habere non possim. Ita nec quantum ad partem meam ex locato denegari mihi debeat, cum negari non possit, quin pro mea parte tam verè sim locator, quàm pro tua conductor, nec facilius sit ex locatione nasci actionem ex conducto, quàm actionem ex locato. Vtraque igitur actio mihi contra te pro mea parte competet Communi diuidundo, & ex locato. Pro tua vero parte sola actio ex conducto. Sed cum eo tamen, vt Africanus subiicit, id est, ea condicione (quomodo in *l. si soluturus 39. infr. de solut.*) vt cum alterutra actione rem seruauerim, altera perimatur. Vtraque enim rei persecutoria est, & vtraque bonæ fidei. Bona fides autem non patitur, vt bis idem exigatur *l. bona fides 57. de regul. iur. l. sed actione 50. iunct. l. pro socio 38. in fin. supr. Pro socio. l. vnde quæritur §. 1. supr. Commod. l. si quis dolo 51. §. 1. in fin. infr. de re iudic. l. si vulnerauerit 43. hoc titulo.*

a *Quod ipsum simplicius ita quæremus.* Placet quod Cuiacius ex Græcis verbum hoc *simplicius* sic interpretatur, detracta communione fundi, & detracta actione Communi diuidundo, quæ habere locum vtiq; nō potest inter eos inter quos cōmunio nulla est, & qui singulos proprios fundos habent, & qui tamen mutuam locationem inire possunt, si fortè conuenerit, vt alter alterius fundum ita conductū haberent, vt fructus mercedis nomine pensarentur. Quo casu certè vera locatio est, dummodò cōuenerit de certa mercede, quod & Cuiacius post Accursium exigit, ex *l. 3. §. 1. supr. Naut. caupon. stabul. l. si vir vxori 52. de donat. int. vir. & vxor.* & quidem in pecunia numerata. Sic enim locum hunc intelligo, cùm non ponat Africanus conuenisse, vt fructus fundorum mercedis loco essent, & merces ipsa, sed tantùm, vt fructus qui ex vtroque fundo perciperentur, mercedis conuentæ nomine compensarentur. Non enim compensarentur conuentę mercedis nomine, si merces ipsa non alia, quam in iis fructibus conuenta esset. Nec possum facilè probare quod vult Cuiacius differre in eo locationem, à venditione, quod venditionis precium in pecunia numerata tantùm possit constitui, §. *item precium Instit. de empt. & vendit. l. 1. supr. de contr. empt. l. 1. infr. de rer permut.* Locationis autem merces in alia quantitate possit consistere, vt in mensura, vel pondere ex *l. si olei 21. C. hoc tit.* Alioqui non procedent iisdē iuris regulis venditio & locatio quantum ad precium & mercedem, contra quàm scriptum sit in *d. l. 2. supr. & initio tit. Instit. de locat. & conduct.* Vnde & *certo precio* dixit Africanus in hoc §. pro *certa mercede* (quamuis putet Cuiacius ea verba Triboniani esse, quod non probo) & colonum partiarium non tam colonū, quàm socium esse diximus ad *l. si merces 25. §. vis maior supr. iunct. d. l. 1. §. si seruum 9. supr. depos. l. naturalis 5. §. at cùm do infr. de præscr. verb.* Nec eo minus tamē fateor cōtractū illū esse bonæ fidei, si

forte

fortè certa olei ponderatione fructus fundi locati sint vt in *dict. leg. si olei* sicut & contractum illum de quo in *leg.* 1. *Cod. de rer. permut.* si cùm vnus venalem suam possessionem haberet; alter precij nomine non taxata tamen quantitate suam possessionem dederit. Eo námque casu emptio quidem propriè non est, quia non fuit taxata certa precij quantitas, sed tamen ad exemplum actionis ex empto nascitur ex eo contractu actio bonæ fidei in omne id quod interest euictionis nomine, acsi vera venditio facta esset, vt illa lex ait. Nam & cæteri contractus omnes quamuis innominati si similes sint venditioni, aut locationi, aut mandato, æquè bonæ fidei sunt, vt eorum naturam induant, easdémque præstationes admittant *l. naturalis* 5. §. *penultim. in fine infr. de præscr. verb.* in quo deceptus videtur Cuiacius. Quod & Castrensis ante nos docuit ad *d.* §. *vis maior.*

36. FLORENTINVS libro 7. Institutionum.

OPus, quod auersione locatum est, donec adprobetur, conductoris periculo est. quod verò ita conductum sit, vt in pedes, mensurásve præstetur: eatenus conductoris periculo est, quatenus admensum non sit. & in vtraque causa nociturum locatori, si per eum steterit, quo minus opus adprobetur, vel admetiatur. [a] si tamen vi maiore opus prius interciderit, quàm adprobaretur, locatoris periculo est: nisi si aliud actum sit. non enim amplius locatori præstari oportet, quàm quod sua cura, atque opera consecutus esset.

Ad l. Opus 36.

Hæc lex perperam ab Accursio, Bartolo cæterisque antiquis omnibus interpretibus accepta est de conductore qui periculum rei conductæ in se receperit. Id enim esse existimant quod Florentinus ponit opus auersione locatum esse, legentes vulgo *aduersione* quasi ab aduersitate, quod est ridiculum, vt iam variis locis docuimus in præcedentibus. Intelligendum igitur est opus locatum auersione, quod vno precio locatum est, & quasi auerso vultu, vt benè Cuiacius & recentiores alij ex Græcis veteribus interpretati sunt, non in pedes mensurásve, vt antithesis illa, quæ statim sequitur, demonstrat, *Quod verò ita conductum sit vt in pedes, mensurásve præstetur.* Est igitur quæstio huius legis non de eo, Ad quid teneatur is qui conductionis periculum in se recepit, & an de culpa tantùm etiam leuissima, an etiam de casu fortuito, quod nostri putant, sed de hoc tantùm ad quem spectet periculum operis locati, an ad locatorem, an verò ad conductorem, cùm opus faciendum locatum est. Quo casu locator est is qui opus fieri mãdauit artifici. Conductor verò artifex qui faciendum suscipit accepta, vel saltem conuenta mercede certa *l. item si precio* 22. §. *cùm insulam*, vbi diximus *supr.* quamuis conductor ille & artifex locator etiam dici possit quatenus operas suas locat. Est enim hæc lex de locatione operis scilicet faciendi nõ de locatione operarum. Minùs propriè autem locator dicitur is qui locat operas, cum idem ille sit qui mercedẽ accipit: quod conductori magis conuenit quàm locatori. Distinguit autẽ Florẽtinus, An faciendum opus auersione locatum sit, hoc est vno precio, vt explicauimus, an verò in pedes aut mensuras vt in *l. qui insulam* 30. §. *qui ædem supr.* Priore casu ait periculum esse conductoris indistinctè, donec adprobetur. Posteriore verò æquè periculũ cõductoris esse, donec mensuretur. Aliud siquidem est adprobari opus, aliud verò mensurari. Non adprobatur nisi quod perfectum est. Mensuratur vero interdum etiam quod imperfectum *d. l. qui insulam* 30. §. *qui ædem supr.* Illa vero dubitãdi ratio hîc occurrebat, quod periculum rei cuiuslibet ad dominũ pertinere debeat *vulg. l. quæ fortuitis* 6. *C. de pignor. act. l. contractus* 23. *in fin. de regul. iur.* Conductor autem operis dominus eius sit, & maneat quousque illud locatori tradiderit, etiamsi iam adprobatũ, adeóque mensuratum sit: Cum non nisi traditionibus dominia rerum transferantur *l. traditionibus* 20. *Cod. de pact.* Sed decidendi ratio est, quia opere adprobato, &, si necesse sit, mensurato, in potestate sit locatoris conductorem vrgere ad traditionem, aut eum in tradendi mora constituere, atque ita periculum in eum trãsferre. Quam rationem quoque nos attulimus in præcedentibus, cum disputauimus, cur periculum rei venditæ pertineat ad emptorem prius etiam quàm factus sit dominus, adeo vt nec à soluẽdi pretij necessitate liberetur, ex §. *cùm autem inst. empt. & vendit.* Semper enim periculum ad eum pertinet qui est in mora *l. si ex legati* 23. *& seq. leg. si seruum* 91. §. *sequitur, & l. vlt. de verb. obl.* Propterq; causam subiicit hic Florentinus, in vtraque causa, id est, siue auersione faciendum opus locatum sit, siue in pedes vel mensuras, nociturum locatori, hoc est periculum operis in eum translatum iri si per eum steterit quominus opus vel adprobetur, vel admetiatur. Ne alioqui in eius potestate sit moram contrahendo deteriorem facere conditionem conductoris, & vt periculo in perpetuum oneretur *l. si mora* 9. *l. semel mora facta* 26. *infr. solut. matr.* Neque hoc vllam recipit dubitationem.

a *Si tamen vi maiore opus priùs interciderit.* RATIO DVBIT. Periculum locati operis pertinet ad conductorem, quousque vel adprobatum vel admensum sit nisi locator fuerit in mora vel adprobandi vel admetiendi, vt modo diximus. Atqui quod vi maiore consumptum sit opus, antequàm adprobaretur, non constituit in mora locatorem, imo impedit ne in mora adprobandi vel admetiendi constitui amplius possit, quia neque adprobari neque mensurari potest id quod amplius non extat *leg.* 4. §. 1. *suprà titul. proxim.* Ergo hoc quoque casu periculum conductoris esse debebit, qui diligentior esse debuit, vt curaret adprobari opus & mensurari.

DECID. Nihil amplius præstare conductorem lo-

catori ex bona fide æquum est, quàm quod locator cura & opera sua consecuturus esset, vt elegãter hîc Florentinus ait. Malo enim legere *consecuturus* quàm vt vulgò *consecutus*, & ad locatorem hæc verba referre quàm cum Accursio ad conductorem. Atqui locator etiamsi opus & adprobatum & admensum & traditum locatori fuisset, numquam tamen cura & opera sua ac diligentia quantumuis exactissima consequi potuisset, ne opus vi maiore consumeretur. Vis enim maior illa est, quæ nullo hominis facto aut consilio prohiberi & impediri potest *leg. si merces 25. §. vis maior supr.* Ergo nec postulare locator à conductore debet, vt vim illam maiorem præstet quam ipse nulla cura nullâque diligentia impedire potuisset. Nam si custodia aduersus vim etiam humanam nihil prodest, vt ait Neratius in *leg. si ea res 31. supr. titul. proxim.* quanto minùs aduersus vim maiorem & diuinam, quam ideò Græci Θεοῦ βίαν vocant? *dict. §. vis maior.* Æquius igitur est ad locatorem casum hunc fortuitum pertinere quàm ad conductorem, quia scilicet certum est hoc casu æquè omnimodo perituram rem fuisse penes locatorem *leg. Marcius 59. leg. vltim. infr. hoc titul.* Estque hic locus valdè notandus pro ea distinctione quæ ex Sabini & Cassij sententia refertur in *leg. si plures 14. §. 1.* vbi scripsimus *supr. depositi.* Iunge *leg. is qui Reipublicæ 44. supr. Ex quib. caus. maior.* Hæc ita tamen nisi aliud actum sit. Lex enim contractus semper seruanda est, cùm conuentiones dent legem contractui *leg. 1. §. si conuenit 6. & seq. l. Lucius 24. in fin. supr. depositi.* maximè verò in contractibus bonæ fidei, cui nihil tam congruit, quàm ea seruari, quæ inter contrahentes placuerunt *leg. cum venderem 21. suprà hoc titul. leg. ex empto 11. §. 1. supr. titul. proxim.* Neque causa vlla est, cur pacto stari non oporteat, si quis in se periculum vltro receperit, adeóque casum fortuitum & vim maiorem *leg. si quis domum 9. §. Iulianus aliàs leg. si quis fundum leg. item quæritur 13. §. si gemma supr. leg. si vt certo 5. §. sed an etiam hominis supr. Commod. leg. 1. in fine princip. de pericul. & commod. rei vendit.* Malè tamen nostri ex hac lege inferunt cum Accursio & Bartolo, Eum qui suscipit in se periculum, non ideò videri in se recipere casum fortuitum. Quamquam enim id verum esset, quod nos negamus ex *dict. §. si gemma.* Ex hac tamen lege non probatur, in qua nihil de susceptione periculi præterquàm in his verbis *nisi aliud actum sit.* Sed natus hic error est ex eo quod quid sit *auersione locare* interpretes non intellexerunt, vt initio præfati sumus. Simile est quod iidem addunt, susceptionem periculi facere, vt quis teneatur etiam de casu fortuito, quoties ex natura contractus veniebat culpa quoque leuissima, vt hæc adiectio aliquid operetur ex *dict. §. si gemma.* Cùm si leuis tantùm culpa veniret, susceptio periculi nihil aliud induceret, nisi vt de leuissima quoque culpa teneretur is qui periculum in se suscepisset. Quod ipsum quoque ad hanc legem nil pertinet. Placet tamen distinctio quam Castrensis hîc amplissimam adhibet, quæ totius quæstionis huius capita ferè omnia continet. Primus distinctionis casus est, si opus fuerit adprobatum, & quatenus necesse sit, mensuratum & traditum locatori. Et in hoc casu nemo dubitat, quin omne periculum etiam casus fortuiti sit locatoris, quoniam ab eo tempore non tenetur amplius locator ad custodiam. Est autem huic casui alius ille coniungendus quo per locatorem steterit, quominus opus adprobaretur, vel mensuraretur, vel traderetur. Vtrumuis enim trium istorum sufficit, vt propter moram periculum in locatorem transferatur. Secundus casus est, si vicio operis contingat vt opus pereat. Et hic quoque casus nullam recipit dubitationem, quin debeat periculum esse conductoris omnimodo, id est, etiamsi adprobatum sit opus & mensuratum, dum ne traditum ita vt nondum solutam mercedem non sit cogendus locator hoc casu soluere, solutámque possit repetere, sicut è contrario, qui tertius casus est, si vicio soli opus rueret, periculum omnino esset locatoris *dict. leg. Marcius 59. & dict. leg. vltim. infr. hoc titul.* nec proinde eo minùs mercedem conductori soluere locator teneretur. Quartus casus est, si neque soli, neque operis vicio consumptum sit opus, sed culpa aliqua conductoris dummodò lata vel leui. Et hoc quoque casu certum est periculum ante adprobationem vel mensurationem contingens ad conductorem pertinere, non etiam si culpa conductoris leuissima: Nisi conductor periculum in se vltrò receperit. Nam etsi conuenisset vt vim quoque maiorem præstaret, pacto standum esset *dict. leg. si quis domum 9. §. Iulianus aliàs leg. si quis fundum & leg. item quæritur 13. §. si gemma supr.* Quartus ergo casus est, si conductor periculum in se receperit, quo casu tenetur non solùm de culpa leui, sed etiam de leuissima, adeóque de casu fortuito cui materiæ vicium causam dederit, nulla penitus alia culpa præcedente, vt in *d. §. si gemma* (quamuis putent nostri rationem illius §. ex eo potiùs petendam esse quod conductor esset artifex, quam quia in se periculum suscepisset: quod tamen à verbis illius §. alienum est) non tamen de vi maiore, vt apparet ex hac lege. Quintus casus est, si vim quoq; maiorẽ præstaturũ se conductor promiserit. Valet. n. cõuentio, vt diximus ex *d. §. Iulianus.* Sextus casus est, si opus non auersione locatum sit, sed ad mensuram. Et hoc casu periculum est conductoris ante mensurationem, quamuis præcesserit adprobatio, quia non videtur perfectus contractus ante mensurationem *l. quod sæpe 35. §. in his supr. de contr. empt. l. 1. l. si in venditione 10. §. 1. de peric. & commod. rei vendit.* Et interim pertinet custodia rei locatę ad conductorem, sicuti custodia rei venditæ ad venditorem ante traditionem *d. l. quod sæpe §. si res.* Septimus casus est, si conductor mercedem à locatore acceperit non tantùm propter opus & operam suam, sed etiam propter custodiam. Hoc enim casu teneretur de culpa etiam leuissima, & custodię periculum prędstare deberet *l. qui mercedem 40. infr. hoc tit. l. 3. supr. de peric. & commod. rei vend.* Octauus casus est, si opus ante adprobationem casu fortuito perierit, & tale fuerit vt adprobari deberet, déq; eo constare adhuc possit. Et hoc casu damnum est locatoris *l. prox. infr.* Nonus & vltimus casus est, si tale opus fuerit quod adprobari non deberet quod non esset in forma debita, vt Castrensis loquitur. Et hoc casu quia locator opus recipere non tenebatur, periculum ad conductorem pertinet *d. l. prox. seq.* à contrario sensu, si tamen conductor etiam casum fortuitum in se receperit, & opus casu fortuito perierit, nõ distinguemus an adprobandum fuerit opus necne, sed omnimodo conductoris periculum & damnum esse dicemus, quod & hîc Castrensis notat.

37. IAVO-

37. IAVOLENVS libro 8. ex Cassio.

SI priùs, quàm locatori opus probaretur, vi aliqua consumptum est: detrimentum ad locatorem ita pertinet, si tale opus fuit, vt adprobari deberet.

Ad l. Si priùs quàm 37.

Pendet legis huius interpretatio ex iis quæ proximè diximus ad præcedentem. Habet tamen hæc lex specialiorem dubitandi rationem ex eo quod nihil videtur interesse locatoris, an opus quod vi maiore consumptum est, tale fuerit vt à locatore adprobari deberet necne. Quandoquidem etiamsi adprobandum fuisset, non eo minùs tamen opus periisset. Verùm decidendi ratio illa est, quod cùm culpa conductoris præcesserit qui non satis probè aut peritè opus fecerat, quique ob eam causam actione ex locato tenebatur, non possit nec debeat superueniens casus fortuitus illum excusare, quia semel nata actio nullo casu superueniente amitti potest *leg. euicta re 16. §. si seruus infr. de euiction. iunct. leg. habere licere 57. in fin. eod.* Et hoc est quod Bartolus hîc & hinc notat, à contrario sensu huius legis: Casum superuenientem non liberare à pœna præcedentis culpæ, & sufficere vt ab initio interfuerit, vt in *leg. qui autem 52. §. 1. supr. si quis caution. leg. is cum quo 55. de pecul.* Obserua tamen agi in hac lege de opere, non quod totum interciderit & consumptum sit, vt in lege præcedente, sed quod in aliqua tantùm sui parte, si vulgatam lectionem sequare. Quo casu maior ratio subesse videtur adhibendæ huius distinctionis, quàm cum opus totum periit, quia hoc casu nihil interesse locatoris videretur, quamuis anteà interfuisset. Cum autem non nisi in aliqua sui parte consumptum est opus, negari non potest quin locatoris intersit ratione eius, quod superest ex opere. Sed Florentina lectio magis mihi placet, fitque credibile vulgatam lectionem ex eo manasse, quod cum pro *vi* scriptum esset facili errore *in aliqua* videbantur deesse verba illa *sui parte* quæ posteà quasi ad complendum sensum necessaria adiecta fuerunt. Quòd si Florentinam lectionem sequamur, erit huius legis species eadem quæ superioris de opere quod totum vi aliqua maiore consumptum sit. Non possum tamen probare quod Accursius hîc notat, idem dicendum esse, tametsi opus vi maiore consumptum tale fuerit vt adprobari à locatore non debuerit, dum ne, inquit, operis vicio hoc acciderit vt in *l. ea lege 50. §. 1. & leg. vlt. infr. leg. fluminum 24. §. 1. infr. de damn. infect.* Repugnant enim illa huius legis verba *detrimentum ad locatorem ita pertinet si tale opus fuit, quod probari deberet.* Quæ à contrario sensu probant optimè. Ad locatorem igitur non pertinere detrimentum, sed ad conductorem si tale opus fuit, vt probari non debuerit. Atque ita Bartolus & Castrensis legem hanc acceperunt. Sanè cum operis ipsius vicio factum est vt corruerit, dubitandum non est, quin damnum ad conductorem pertineat, quia nec potest dici vis maior adeóque nec casus fortuitus, cui culpa conductoris causam dedit. Eóque pertinet quod scriptum est in *d. l. Marcius d. l. vlt. & d. l. fluminum.* Sed is casus alium, qui in hac lege ponitur, per argumentum à contrario sensu, non excludit.

38. PAVLVS libro singulari Regularum.

QVi operas suas locauit, totius temporis mercedem accipere debet: si per eum non steterit, quo minus operas præstaret. Aduocati quoque si per eos non steterit, quo minus causam agant, honoraria reddere non solent.

Ad l. Qui operas 38.

RAT. DVBIT. & DECID. quæ ad hanc legem adferri possunt, iam attulimus ad *l. ex conducto 15. §. item cùm quidam, & ad l. sed addes 19. §. penult. & vltim. supr.* Videbatur enim mercedem non deberi conductori pro operis quas non præstitisset, sicuti nec locatori qui non præstitit conductori vt frui posset; *d. l. ex conducto §. 1. l. si fundus 33. supr.* Sed habendus est conductor pro eo acsi operas præstitisset cum per eum non steterit, sed per eum cui præstandæ operæ fuerunt *l. in omnibus causis 39. de regul. iur. l. Mœuia 13. in princip. infr. de ann. legat.* aut per casum fortuitum, qui contigerit in persona locatoris vt diximus ad *dict. §. item cùm quidam.* Iunge *l. vlt. supr. de lege Rhod. de iact. in princip.* Dummodo qui debuit præstare operas, eodẽ tempore alij eas non præstiterit *d. l. sed addes §. vlt. supr.* In aduocato idem iuris est & hoc amplius quod omnimodo ei salarium debetur aut potius honorariũ, etiamsi per casum fortuitum, qui in eius persona cõtigit, acciderit vt operam suam præstare non potuerit ex *l. vlt. C. de condict. ob caus. dat. l. 1. §. diuus infr. de var. & extraord. cognit.* Rationem diuersitatis diximus ad *d. §. item cùm quidam.* Iunge *l. penult. C. de condict. ob caus. dat.*

39. VLPIANVS libro 33. ad Edictum.

NOn solet locatio dominium mutare.

Ad l. Non solet 39.

RAT. DVB. Rerum locatarum duo sunt genera, vnum earum quę ita locantur vt easdem reddi necesse sit. Alterum vero earum quas sufficit reddi in eodem genere. Quo posteriore casu dubium non est quin etiam ex locatione dominium transferatur vt & ex alio quolibet contractu ex quo non idem, sed tantumdem reddi oporteat *l. in nauem 31. supr. hoc tit.* Ergo non est alienum à natura locationis, vt ex ea dominium transferatur. Idémque contingere videtur in alia etiam specie de qua in *l. item si precio 22. §. cùm insulam supr. hoc tit.*

DEC. In locationibus vt & in cæteris cõtractibus omnibus, præsertim vero in iis qui bonæ fidei sunt, maximè inspiciẽdũ est quid actũ sit *l. sẽper in stipulationibus 34. de reg. iur. l. sed Celsus 6. §. 1. supr. de cõtr. emp. l. op⁹ 36. l. ea lege 50. hoc tit.* Atqui nemo rẽ suam locãdo id agit vt rei suæ dominium in accipientem transferat,

BIU Cujas

quomodo agitur in venditione aliisque contractibus qui iustam præbẽt causam dominij transferendi *l.numquam nuda 31.de acquir.rer.domin.l. 3. supr.si vsusfr.pet.l.penult.§.1.supr. de contr. empt.* sed tantum vt conductori præstet fruendi facultatem *l.ex conducto 15.§.1.l.si fundus 35.supr.* Sicuti neque is qui rem suam deponit aut commodat, id agit, vt rei suæ dominium amittat, qui nec possessionem amittit *leg.rei commodatæ 8.& seq.supr. Commod.l. licèt 17.§.1. depositi.* Quòd si quando rei locatæ dominium amittatur, vt in specie *dict.leg.in nauem*, id fit non tam locutionis quàm confusionis potestate. Est enim confusio modus amittendi dominij, vt ibi diximus. In specie autem *dict. §. cùm insulam*, proprietas transfertur non à locatore, sed à conductore, nec rei locatæ vel conductæ, sed aliarum rerum quas redemptorem, id est, conductorem fabricandæ insulæ necesse est de suo præstare ad fabricandam insulam *leg. redemptores 39.supr. de rei vindic.* Vnus tantum casus est in quo volunt nostri ex locatione transferri non solum possessionem naturalem, sed etiam ciuilem, adeóque dominium vtile. Nimirum si locatio facta sit in longum tempus, puta decem aut plurium annorum ex *leg. 1. & tot.tit. supr.si ager vectigal. vel emphyt. petat.* De quo nos iam satis multa ad eum locum scripsimus, & ad *leg. quo fundum 32. hoc tit.* Porrò ex eo quod in hac lege scribitur, Non solere locationem mutare dominium, non illud tantum fit, vt qui rem suam locat, eius dominium in conductorem non transferat, quemadmodum diximus, sed illud etiam, vt si quis fortè rem suam à non domino siue sciens siue ignorans conduxerit, non idcirco rei suæ dominium amittat *leg. qui rem propriam 20. leg. ad probationem 23. Cod. hoc titul. leg. si aliquam rem 28. infr. de acquir. possess. leg. neque pignus 45. de regul. iur.* Cum tamen hæc lex dicat locationem non solere dominium mutare, innuit non obscurè, aliquo igitur casu contingere vt dominium immutet. Sed casus hic non alius quærendus est quàm qui proponitur in *dict.leg. in nauem & in dict. §. cùm insulam* Rei ergo alienæ locatio valebit *d.l. ex conducto 15.§. penult. & l. & hæc distinctio 35.vers. intelligendum supr. hoc tit.* Nam & rei alienæ venditio valeret non quidem ad transferendum in emptorem dominium, quod penes venditorem non esset, sed ad obligandũ venditorem de euictione aut vẽditionem, si facere possit, implere cogatur. Planè interdum potest locatio prodesse ad trãslationẽ dominij, puta si quãdo præcedat alius titulus ad dominium transferendum, & sequatur locatio quæ possit habere vim fictæ traditionis, vt hîc Castrensis notat ex *l.quod meo 18.infr.de acq.poss.l.quisquis 28.C.de donat.* Melius ad rem facit *l. quædam mulier 77.supr.de rei vindic.* Quare nec refert an locationem venditio aliúsve titulus habilis præcedat an sequatur vt in *§.interdum instit.de rer.diuis.l. qua ratione 9.§.interdum infr.de acquir.rer.domin.l.rem alienam 28.supr.de contr.empt.l.ex empto 11.§.1.l.si quis alienam 46.supr.Tit.prox.*

40. GAIVS libro 10. ad Edictum Prouinciale.

QVi mercedem accipit pro custodia alicuius rei is huius periculum pro custodia præstat.

Ad l.qui mercedem 40.

RAT.DVB. Non tenetur conductor de alia culpa quàm de lata & leui, nõ etiam de leuissima, quoniam hic contractus vtriusque contrahentium gratia interponitur *l.si vt certo 5.§.nunc videndum supr. Cõmod.l.in nauem 31.ad fin.supr.hoc tit.* Ergo multo minus tenetur conductor de casu fortuito. Plus si quidem est teneri de casu fortuito quàm de culpa leuissima *l.à procuratore 13.C.mandat.l.item quæritur 13.§.si gemma supr.hoc tit.* Atqui tenetur de casu fortuito quisquis periculo custodiæ adstringitur *d.§ si gẽma*, quãuis nõ teneatur de vi maiore vt diximus ad *l.opus 36. supr.* Verum igitur esse non potest quod hæc lex ait periculũ præstari à conductore debere. Nec ad rem pertinet quod mercedẽ pro custodia acceperit. Nã tametsi ob eam rẽ pecunia nulla data esset, æquè tamẽ cõductor prẽstare custodiã teneretur, vt scriptũ est in *l.nauta 5.supr.Naut.caupon.stabul.* DEC. Obligat se ad maiorẽ & grauiorem custodiã is qui pro custodia mercedem accipit, tum quoq; cum ex natura cõtractus tenetur ad præstãdã custodiã. Cur.n. mercedẽ accipit nominatim pro custodia, nisi vt tãto diligẽtiorẽ custodiã præstare teneatur? Et ita benè loãnes ad hãc l. gẽ, regulariter nõ teneri cõductorẽ de culpa leuissima, nec vt præstet exactissimã diligentiam, sed tantum vt præstet leuem si non specialiter & nominatim mercedẽ pro custodia acceperit. Negat tamen Bartolus teneri eũ de casu fortuito. Quẽ nec præstare is tenetur qui diligentiam exactissimã præstare debet *d.l.à procuratore 13.C.mãdat.* Durius ergo tenetur quisquis periculũ in se recipit quàm qui mercedem pro custodia accipit. Qui enim periculũ in se recipit, tenetur etiam de casu fortuito, vt diximus contra Accursium & Bart. ad *l.opus 36.supr.ex d. §.si gemma.*

41. VLPIANVS libro 5. ad Edictum.

SEd de dãno ab alio dato agi cum eo non posse, Iulianus ait. qua enim custodia consequi potuit, ne damnum iniuria ab alio dari possit? sed Marcellus, interdum esse posse, ait: siue custodiri potuit, ne damnum daretur, siue ipse custos damnum dedit. quæ sententia Marcelli probanda est.

Ad l.Sed de damno 41.

RAT.DVB. Nulla custodia potest assequi conductor ne damnum rei cõductæ detur ab alio per vim vel iniuriam *l.si ea res 31.supr.Tit.prox. l. quæ fortuitis 6. C.de pignor.act.l.opus 36.in fin. l. fluminum 24.§. hæc stipulatio & §.itẽ Seruius infr.de dãn.infect.* Ergo verũ est quod Iulianus dicebat *in l.ad eos 19.supr. Commod.* de dãno ab alio per iniuriã dato conductorẽ teneri ex locato non posse. Sed benè Marcellus vidit: Imò verò posse fieri adhibita diligẽtiore custodia ne dãnũ detur ab alio per iniuriã, quã scilicet custos à cõductore adhibitus, aut etiam conductor ipse prohibere potuerit. Quidni ergo agi ex locato hoc casu cum condu-

BIU Cujas

conductore poterit? *l. in lege 29. & l. qui insulam 30. §. qui mulas l. si fundus 33. in fin. & leg. & hæc distinctio 35. in princip. supr. hoc tit.* Item quid si custos ipse damnum dederit? An non eius factum præstare conductor debebit? Vtique *l. vlt. in princip. supr. Naut. caupon. stabul.* His ergo casibus etiam de damno ab alio dato agi ex locato cum conductore poterit. In eóque melius sensit Marcellus quàm Iulianus vt concludit Vlpianus, cùm Marcelli sententiam probandam esse ait. Sed separanda est hac parte vis ab iniuria. Iniuriam enim diligentior custodia impedire potest, vt diximus, at non etiam vim *d. l. si ea res*, quoniam aduersus vim nihil sine vi fieri potest. Nemo autem vim facere vel pati vnquam iure cogitur.

42. PAVLVS libro 15. ad Edictum.

SI locatum tibi seruum subripias: vtrumque iudicium aduersus te est exercendum, locati actionis, & furti.

Ad l. Si locatum 42.

RAT. DVBIT. Nemo potest mutare sibi causam possessionis *l. 3. §. illud quoque l. qui bona fide 19. §. 1. infr. de acquir. possess. l. 2. §. quod vulgo Pro hered.* nisi ex nouo aliquo titulo superueniente *l. non solùm 33. §. 1. De vsucap.* Atqui titulus furti nullus est qui causam possessionis mutare iustè possit. Ergo conductor, qui ex causa conductionis rem meam habet, quamuis furandi animum adferat, furti tamen actione teneri non potest, cùm semper ex locato, vt anteà, teneatur ad rei restitutionem, nec videatur quicquam interesse mea, cùm actionem habeam ex contractu ad rei meæ possessionem repetendam, cui nec dominij quidem exceptio obiici possit *l. si quis conductionis 25. Cod. hoc tit.* Nec enim conductor facto suo, & furando actionem locati ex contractu mihi quæsitam auferre potest *l. Granius 71. §. pen. infr. de fideiuss. l. si seruum 91. §. nunc videamus de verb. oblig. leg. vltim. supr. de pact.*

DEC. Non potest videri conductor mutare sibi causam possessionis, etiamsi furandæ rei locatæ consilium ineat, qui antea nec possidebat quidem, vt argumentatur Paulus in *dict. leg. 3. §. sed si is qui 20. de acquir. poss.* Conductor enim non possidet, quia nec animo domini rem tenet, sed est tantùm in possessione *leg. si quis ante 10. eod. tit. l. certè 6. §. is qui rogauit infr. de precar.* Incipit tamen possidere, cùm incipit furandi animum habere. Cùm ab eo tempore & animo domini rem habeat, & voluntatem interuertendæ possessionis, quę possessionis interuersio illa maximè est ex qua furtum æstimatur *leg. 1. §. vlt. infr. de furt.* Nam & sufficit solius vsus interuersio *dict. §. vltim. leg. si pignore 54. in princip. & §. 1. eod. §. furtum autem fit instit. de oblig. quæ ex delict. nascunt.* si modo adsit animus furandi. Quamuis enim solo animo furtum non committatur, *dict. leg. 3. §. si rem apud te de acquirend. possess.* attamen sine animo & affectu furandi furtum non committitur *§. placuit 7. eod. titul. instit. de oblig. quæ ex delict. nascunt.* Ergo si rem mobilem sibi locatam conductor furari velit, quod facere potest nuda contrectatione eius rei contra præsumptam quoque & tacitam locatoris voluntatem (aliud enim esset si crederet dominum id permissurum fuisse *d. §. placuit*, quamuis ea opinio furandi consilium admittere non possit, quod opinionem contrariam declarat vt in *leg. si quis extraneus 21. infr. de acquir. hered.*) furti actione se obligat, cùm hoc ipso furtum faciat. Nec eo minùs tamen obligatus manet ex suo contractu actione ex locato, vt hæc lex ait. Cùm igitur de illo tractemus quem ponimus furandi, & subripiendi animum habuisse, superuacuum est monere, non esse in dubio præsumendum furandi animum. Quamquam hoc quoque verissimum est, in eo præsertim quem credibile sit suo potiùs iure vti voluisse, ac vsum fuisse *leg. merito 51. supr. Pro socio.* Ad euitandam scilicet suspicionem & præsumptionem delicti, vt ad eum locum scripsimus. Obseruandum autem est in huius legis specie duas istas actiones locati & furti posse ita concurrere, vt vtramq; exercere permittatur, nec altera per alteram consumatur, quia non rei persecutoria vtraque est vt in *l. & hæc distinctio 35. §. 1. supr.* aut vna rei persecutoria, altera verò mixta vt in specie *l. prox. seq.* Sed vna merè rei persecutoria, altera merè pœnalis. In quo genere actionum altera alteram non tollit *l. rei communis 45. l. sed actione 50. supr. Pro socio l. si pro fure supr. de condict. furt.* non magis quàm si ambæ essent merè pœnales *l. penult. infr. de oblig. & action. l. 2. infr. de priuat. delict.* Et hoc est quod Paulus ait, vtrumque iudicium exercendum esse.

43. IDEM libro 21. ad Edictum.

SI vulneraueris seruum tibi locatum, eiusdem vulneris nomine, legis Aquiliæ: & ex locato actio est. sed alterutra contentus actor esse debet, idque officio iudicis continetur, apud quem ex locato agetur.

Ad l. Si vulneraueris 43.

RAT. DVB. Actio ex locato rei persecutoria est cùm detur ad id quod interest, *l. & hæc distinctio 35. §. 1. suprà.* Actio autem legis Aquiliæ est pœnalis *leg. inde Neratius 23. §. hanc actionem supr. ad leg. Aquil. §. his autem verbis instit. eod.* Atqui pœnalis actio non tollit rei persecutoriam aut contra *leg. rei communis 45. leg. sed actione 50. supr. Pro socio.* Ergo non est cogendus actor in hac specie, vt alterutra actione contentus sit, sed permittendum ei est, vt actionem vtramque cum effectu exerceat, quemadmodum in specie legis proximè præcedentis.

DECID. Actio legis Aquiliæ licèt pœnalis sit quatenus per eam lis vltra damnum aliquando æstimatur, vt scriptum est in *d. §. hus verbis.* Est tamen etiam rei persecutoria quatenus ad indemni-

BIU Cujas

tatem datur, ideóque dicitur mixta in §. *vi autem bonorum raptorum versic. sed & legis Aquiliæ Instit. de action.* Ergo eodem iure censeri debet, quo si esset merè rei persecutoriæ, quantum ad hoc vt actor alterutra contentus esse cogatur. Ne alioquin eueniat, vt bis idem consequatur, quod euidenter esset contra bonam fidem *d.l. sed actione*, vbi diximus, *l. qui seruum* 34. §. *si is cui & seq. infr. de oblig. & action.* vbi quod scriptum est, alteram actionem per alteram perimi aut ipso iure, aut quod est tutius, per exceptionem, noli cum Accursio sic intelligere, vt exceptionem opponi, & in formula actionis ex locato apponi à Prætore necesse sit. Quasi is sensus sit eorum verborum quibus hîc Paulus vtitur, *Idque officio iudicis continetur apud quem ex locato agetur.* Nam imò verò solum iudicis officium sufficit, licèt in formula nihil de exceptione dictum sit: cùm certissimi iuris sit, exceptiones omnes, præsertim verò doli & pacti bonæ fidei iudiciis inesse ipso iure *leg. sed etsi* 21. *infr. solut. matrim. leg. huiusmodi* 84. §. *qui seruum de legat.* 1. *leg.* 3. *supr. de rescind. vendit.* id est, licet de facto, vt loquuntur, non sint appositæ à Prætore qui formulam dictauit. Nempe propter illa verba *ex fide bona* quæ numquam deerant in formula iudiciorum bonæ fidei, vt sæpiùs docuimus, & omnes consentiunt. Siquidem bona fides, quæ in contractibus bonæ fidei omnibus exigitur, nihil ferè aliud quàm æquitatem significat *l. bona fides* 31. *supr. depositi.* Omnes autem exceptiones, maximè verò doli totæ pendent ex æquitate *leg.* 1. 2. *leg. qui æquitate* 12. *& pass. infr. de doli mal. except.* Ergo si lege Aquilia agatur, quia bonæ fidei actio non est, sed stricti iuris, necessaria erit exceptio, neque officium iudicis de lege Aquilia cognoscentis sufficiet. Non quòd in stricti iuris actionibus, vt quidam putant, officio iudicis locus nullus sit, nec æquitati, vt constat ex *leg. videamus* 38. §. *si actionem infr. de vsur.* sed quia non tam plenum, nec tam liberum est, vt ad exceptiones quoque suppletidas possit se extendere §. *in bonæ fidei instit. de action.* Itaque aliud est officium iudicis requirere, aliud verò exceptionem doli *leg.* 3. §. *vltim. suprà naut. caup. in stabul.* Aliud iuris esset, si actio legis Aquiliæ esset merè pœnalis, vt actio furti. Tunc enim nec in totum nec pro parte altera actio alteram perimeret, nec ipso iure nec officio iudicis licèt bonæ fidei, vt diximus ad legem præcedentem. Iunge *leg.* 2. *infr. de priuat. delict. l. vnde quæritur* 7. §. 1. *supr. Commod.*

44. VLPIANVS libro 7. ad Edictum.

LOcare seruitutem nemo potest.

Ad l. Locare 44.

RAT. DVB. Propter vtilitatem contrahentium receptum est, vt seruitutes etiam prædiorum saltem rusticorum, & pignorari & vendi possint *l. sed an viæ* 12. *infr. de pignor.* Quidni ergo etiam locari? Nam & locare possumus cæteras res omnes quas in bonis nostris habemus: Cùm vnusquisque liberam habeat rerum suarum administrationem & dispositionem *leg.* 2. *infr. si quis à parent. manum. sit l. in re mandata* 21. *Cod. mandat.* Etsi autem vulgo credunt interpretes seruitutes neque in bonis nostris esse neque extra bona ex *leg.* 1. *de vsufr. legat.* constat tamen falsum id esse: Cùm in bonis nostris sint res omnes, quarum nomine aut actionem habere possumus aut exceptionem *leg. rem in bonis* 52. *de acquir. rer. domin.* Nemo autem nescit, seruitutum nomine comparatas esse actiones in rem confessoriam scilicet & negatoriam, *Tot. tit. si seruit. vindic.* itémque exceptiones & interdicta, quale illud est de itinere actuque priuato. Et quod contrà scriptum nostri putant in *d. l.* 1. *de vsufr. leg.* non ad seruitutem pertinet, sed ad seruitutis seruitutem, quæ nec vlla est, necesse potest tanquam accidens accidentis, vt alibi docuimus.

DECID. Seruitutes prædiorum ideo sic dictæ sunt, quia & prædiis & à prædiis debentur, nec sine prædiis esse possunt *l.* 1. *supr. Commun. præd. l. liberto* 31. *aliàs l. qui aliena* §. *vlt. de negot. gest. l. vnus ex sociis* 34. *& seqq. Rustic. præd.* Vnde & iura prædiorum appellantur, quæ porrò nihil aliud sunt quàm ipsa prædia qualiter se habentia *l. quid aliud* 86. *de verb. signific.* Nec tantùm prædij possessionem, sed etiam dominium habere debet is qui acquirit seruitutem *d. l.* 1. *Commun. præd. & tot. ill. tit. l. de pupillo* 5. §. *& bellè Sextus Pedius infr. de oper. noui nunciat.* At qui locatio non mutat dominium *l. non solet* 39. *supr. hoc tit.* Ergo nec locare seruitutem prædij quisquam potest, siue sit dominus fundi siue seruitutis quam vult locare, nec proinde per viâ locationis seruitutem in fundo suo alicui concedere, & constituere, multominus antequam constituatur eam locare, quia nondum in rerum natura est, cum nemini res sua seruiat *leg.* 5. *supr. si vsusfr. pet. l. in re communi* 26. *vrban. præd.* vt subtiliter Castrensis hîc disputat. Postquàm vero constituta est seruitus in fundo alieno ea quidem in rerum natura est, sed non idcirco locari potest, quia seruitus prædialis debetur duntaxat secundum exigentiam prædij dominantis, vt idem Castrensis loquitur ex *l.* 4. *l.* 5. §. 1. *& l. ex meo* 24. *rustic. præd.* Alia autem est exigentia vnius fundi, alia alterius, & ita vsus seruitutis variaretur ex variatione fundi. Nec alia ratio est oppignerationis seruitutum prædialiũ siue vrbanarum siue rusticarum, si summi iuris rationem inspicias. Eadem enim iuris ratio in omnibus istis contractuum generibus, & in omnibus seruitutibus, prædialibus locum habet. Sed differentia tantum est inter seruitutes vrbanas & rusticas quãtum ad oppignerationem inspecta æquitate, quia oppigneratio seruitutis rusticæ vsum aliquem præbere potest etiam sine oppignoratione prædij rustici cui seruitus debetur *l. si is qui bona* 11. §. *vlt. cum l. seq.* vbi dicemus *infr. de pignor.* quod non similiter de seruitutum vrbanarum oppignoratione aut etiam rusticarum locatione dici potest. Aliud iuris est in seruitute vsusfructus quæ licèt à prædio, non tamen prædio debetur, sed personæ, ideóq; locari etiã potest *l. arboribus* 12. §. *vsufructuarius supr. de vsufr.* §. 1. *Instit. de vsu & habit.* Nempe quia vt benè docet Bartolus, vsufructuarij vtilitas est, vt ei permittatur alij locare vsumfructum perinde ac si ipse vteretur fruereturl. *non vtitur* 38. *& seq. de vsufr.* Et vt addit Castrẽsis ex variatione personæ nõ variatur vsus seruitutis vsusfructus, quãuis in vsus seruitute diuersũ sit *l. pleniũ* 12. §. 1. *de vsu & habit.* At is cuius prædio seruitus debetur, nullam vtilitatẽ prædio suo cui seruitus debetur, acquire-

acquireret, si eã alteri locaret, seperatim sc. à prędio. Nã quin seruitus siue rustica siue vrbana locari possit simul cum prædio, nõ ambigitur. Quandoquidẽ huiusmodi seruitutes cùm prædio debeantur, possessorem prædij quemlibet sequuntur *l. via constituit 23. §. vlt. & l. seq. supr. rustic. præd.* Caue tamen ne putes ius ipsum vsusfructus locari posse. Nam cùm ius hoc sit merè personale, & omnino personæ cohæreat *l. 3. §. vlt. supr. quib. mod. vsusfr. amitt.* neque locari, neque vendi aut aliter transferri in extraneum potest *l. si vsusfructus 66. de iur. dot. §. finitur instit. de vsufr.* quod nec transit in heredem *d. l. 3. §. vlt. l. ex pluribus 42. de admin. tutor.* Sed de perceptione fructuum intelligi hoc debet, quæ à iure vtendi fruendi separata est, magisque facti quàm iuris *dict. leg. si vsusfructus.* Indéque fit vt vsusfructus hic non ex persona conductoris, aut emptoris æstimetur, sed ex persona fructuarij, vt & tandiu duret quamdiu viuet fructuarius, si nulla in eo capitis diminutio superueniat, eo autem moriente finiatur *leg. necessario 8. §. vlt. supr. de pericul. & commod. rei vendit.* Ergo & cætera iura si qua sint quæ solo quidem non personæ cohæreant, sed tamen ad vtilitatem non soli vel territorij, sed personæ respiciant, locari poterunt. Quod de iure percipiendi pedagij nominatim hîc docet Bartolus, nec malè ex *l. vlt. C. de vectigal. & commiss.* Est & alia quoque differentia inter seruitutes prædiales, & vsumfructũ, quod vsusfructus ad tempus constitui potest *l. 4. supr. de vsufr.* seruitutes autẽ prædiorum non possunt *l. 4. sup. de seruit.* Atqui locatio semper fit ad tempus, si excipias locationes fundorum vectigalium & emphyteuticariorum *l. 1. §. qui in perpetuum supr. si ager vectig. & emphyt. petat.* Mirum igitur non est vsumfructum locari posse, seruitutes verò prædiorum non posse, quamuis vendi possint *l. 3. §. si iter l. tenetur 6. §. si tibi iter sup. tit. prox. l. pen. §. 1. de contr. empt.* sicut & legari *tot. tit. de seruit. legat.*

45. PAVLVS libro 22. ad Edictum.

SI domum tibi locauero, & serui mei tibi damnum dederint, vel furtum fecerint: non teneor tibi ex conducto, sed noxali actione.

Ad l. Si domum tibi 45.

RAT. DVBIT. Actiones noxales non nisi ex delicto nascuntur *l. 1. & pass. supr. de noxal. act.* Actio autem ex locato nascitur ex contractu, quæ multo plenior est, & amplissimam præbet indemnitatem. Ergo si serui locatoris damnum conductori dederint, cùm eorum factum præstare locator debeat, dicendum est teneri eum debere in solidum ex locato, non autem noxali tantùm actione. Nam & in seruis conductoris si locatori damnum dederint, ita obseruatur *l. nos videamus 11. supr. hoc tit.*

DEC. Locator cuius serui damnum conductori dederunt, non ideo tenetur ex contractu, sed ex eorum duntaxat delicto, quod nihil habet commune cum locatione, non magis quàm si eorum dominus aut nulli, aut alij domum suam locasset. Denique extra causam locationis istud est, vt Paulus loquitur in *§. seq.* Proinde cùm non proprio suo nomine, nec ex aliqua culpa sua teneatur, sed ob id tantùm, quod seruorum suorum factum præstare cogendus sit, meritò respondet Paulus non teneri eum ex locato, sed noxali tantum actione. In eóque diuersa ratio est conductoris qui ex seruorum suorum furto, vel alio delicto conuenitur. Hic enim actione ex locato tenetur in solidum, non actione tantùm noxali, vt serui deditione condemnationem effugere possit *dict. leg. nos videamus*, vbi plenius hanc diuersitatis rationem explicauimus.

1 ¶ Si hominem tibi locauero, vt habeas in taberna, & is furtum fecerit: dubitari potest: vtrum ex conducto actio sufficiat, quasi longè sit à bona fide actum, vt quid patiaris detrimenti per eam rem, quam conduxisti, an adhuc dicendum sit, extra causam conductionis esse furti crimen, & in propriam persecutionem cadere hoc delictum. quod magis est.

Ad §. 1. Si hominem.

RAT. DVB. Locator in toto hoc locationis contractu, qui bonæ fidei est, bonam fidem præstare debet, quomodo de mandatario scriptum est in *l. si mandatu 59. §. 1. supr. mandat.* Atqui longè est à bona fide, vt aliquid damni patiatur conductor ex re ipsa quam conduxerit. Ergo si tibi hominem locauero, vt eum habeas in taberna, & is furtum fecerit, videtur danda in eum actio ex conducto, eáque sufficere, vt de noxali actione nihil tractandum sit, cùm & ex contractu competat & pleniores habeat præstationes quàm noxalis.

DEC. Actio ex conducto dari non potest, nisi ob ea quæ ad conductionis causam pertinent, vt nomen ipsum actionis demonstrat. Atqui in proposita specie furti crimen extra causam conductionis est, & in propriam personam cadit hoc delictum, quamuis seruus qui furtum fecit, locatus cõductus fuerit, vt in *l. vlt. in princip. supr. naut. caupon. stabul.* Ergo non ex conducto, sed noxali actione teneri debet locator ex delicto & furto serui sui, quia ex delictis seruorum nunquam dominus, nisi noxaliter tenetur, si modò nulla ei propria culpa imputari possit, vt in *l. nos videamus 11. supr. hoc tit.* Intellige itaque cum Accursio, si locator seruum vitiosum & furem esse ignorauerit, non etiam si sciuerit, ex *l. pen. supr. Commod. l. si seruus pignori datus 31. de pignor. act.* Non enim culpa caret, adeóque nec dolo is qui seruum, quem furem esse scit, locat, si non admonuerit conductorem. Nec aliud est, si cùm sine definitione personæ mulionem à me conduxisses, ego tibi eum dedissem, cuius culpa & negligentia iumentum suum periisset. Nam & hoc casu ex cõ-

BIU Cujas

ducto me tibi in solidum teneri æquum est, quoniam in culpa fui malæ electionis *l.cùm in plures 60. §.seruum meum infr.hoc titul.* cuius loci ratio tota ex hoc petenda est, non ex eo, vt putat Accursius post Azonem, quòd locati mulionis persona fuerit incerta : quamuis incertam ab initio fuisse necesse sit, vt malæ locatoris electioni locus fieri potuerit. Cùm enim certus mulio locatur, electio à conductore ipso non à locatore fieri intelligitur.

46. VLPIANVS libro 69. ad Edictum.

SI quis conduxerit nummo vno, conductio nulla est: quia & hoc donationis instar inducit.

Ad l.Si quis conduxerit 46.

RAT.DVB. Vna quæque res tanti esse intelligitur quanti à contrahentibus æstimatur *l.si voluntate 8.C.de rescind. vend.* nec minus in locationibus quã in venditionibus licet contrahentibus naturaliter se decipere *l.itẽ si precio 22.§. vlt.supr.h.t.iunct.l.in causa 16.§. idem Pomponius supr.de minor.* Ergo etiãsi vno nũmo facta sit locatio, siue quod noluerit locator pluris locare, siue quòd noluerit conductor pluris conducere, dicendũ est valere locationem. Nec bona videtur ratio quam adfert Vlpianus iis verbis *quia & hoc donationis instar inducit*, cũ etiã donationis causa minoris vẽdi res possit *l.si quis donationis 38. sup.de cont.empt.* venditio autem & donatio iisdẽ iuris regulis consistant *l.2.h.t.* DEC. Quemadmodum vẽditio nulla est sine precio *l.2.§.1.sup.de contr.empt.* quia emptionis substantia ex precio cõsistit *l.pacta conuenta 72. eod.* ita neque locatio sine mercede *l.si conuenerit 23.in fin.sup.Commun.diuid.l.si vir vxori 52.in princ.infr.de donat.int.vir.& vxor.* Merces autem non minus quàm precium consistere debet in pecunia numerata, vt contra Cuiaciũ disputauimus *ad l.& hæc distinctio 35.§.1.sup.ex l.1.§. si quis seruum 9.sup.depositi.l.naturalis 5.§.at cùm do.infr.de præscr.verb.* Pecunia verò numerata non potest in vno nummo cõsistere, quia vnitas non est numerus, sed principiũ numeri, vt Castrẽsis hîc tractat. Vnde est quod emptio facta pretio opponitur emptioni quæ facta est nũmo vno in *l.si quis ante 10.§.1.infr.de acquir.poss.* Ergo nec locatio fieri vno nummo potest, sicut nec vẽditio *d.l.si quis donationis*, & optima ratio est quam Vlpianus hîc adfert, quod huiusmodi locatio donationis instar inducat. Sensus enim est locationem hanc vniuersam donationis causa factam videri, & idcirco valere non posse, quia nec vẽditio sic facta valeret *d.l.si quis donationis*, vbi Vlpianus idem noster ait multum interesse, an vniuersa venditio donationis causa facta sit, an verò viliore pretio donationis causa distracta sit, vt priore casu non valeat, quoniam alius est cõtractus venditionis, alius donationis, & alia vtriusq; contractus substantia, nec possunt substantiæ rerum se penetrare inuicem secundum philosophos, non magis quàm dimensiones corporũ. Atqui non fit venditio viliore pretio quæ fit vno nũmo, quia nec precium in vno nũmo potest consistere, vt diximus ex *d.l.si antè in fin.* Eadem igitur distinctio, & in locatione adhibenda est, vt vniuersa quidem locatio donationis causa fieri nequeat, viliore tamen mercede fieri possit, vt diximus ad *l.sicut emptio 20.§.1.sup.& ad d.l.si quis donationis*, vbi vide. Præterquàm inter coniuges, inter quos donationes omnes prohibitæ sunt, ex quibus fit vnus locupletior, alius verò pauperior *l.si sponsus 5.§.circa venditionem infr.de don.int.vir.& vxor.* Adeò vt nec valeat remissio pretij, si quid fortè ex cõuẽto pretio alter coniugum alteri donãdi causa aliquid remiserit *d.§.circa venditionem*, quod tamen inter alias personas diuersum esset, nec minùs in locatione quàm in venditione *l.si conuenerit 56.supr.de pact.* An ergo dicemus cum Castrensi nugatoriam esse hanc locationem quæ fit vno nummo ? Minimè verò, cùm valeat contractus tanquam donatio vsus, vt idem Castrensis fatetur ex verbis ipsis huius legis. Quoties enim aliud agitur, aliud verò simulatè concipitur, non equidem valet quod simulate concipitur, sed valet tamen id quod re vera agitur si aliud nihil obstet *l.2.3.& tot.titul.C.plus valer.quod agit.* Idem igitur, & in venditione iuris est. Excipiendi tamen sunt duo casus, in quibus tam locatio quàm venditio vno nummo facta valere potest. Vnus est, si ex necessitate sic fiat & velut remedij loco, vt Pomponius loquitur in *leg.si vsusfructus 66.infr.de iur.dot.* Alius est si non pluris res sit quæ vno nummo venditur. Possunt enim aliqua esse tam vilia, vt eorum iusta quoque æstimatio vno nummo concludatur, vt nostri notant ad *d.l.si ante in fin.*

47. MARCELLVS libro 6. Digestorum.

CVm apparebit, emptorem conductorémve pluribus vendentem, vel locantem, singulorum in solidum intuitum personam: ita demum ad præstationem partis singuli sunt compellendi, si constabit esse omnes soluendo. quanquam fortasse iustius sit, etiam si soluendo omnes erunt, electionem conueniendi, quem velit, non esse auferendam actori, si actiones suas aduersus ceteros præstare non recusset.

Ad l.Cum apparebit 47.

RAT.DVB. Cùm apparet in emptione conductionéve (sic enim legendum hîc arbitror, non vt vulgò *emptorem conductorémve*, ne aliqui cum Accursio dicendum sit, Marcellum dixisse emptorem pro venditore, & conductorem pro locatore, quod est omnino improbabile) pluribus vendentem

dentem vel singulorum in solidum personam intuitum esse, non est dubitandum, quin fiant omnes correi ex causa locationis, cùm ex hoc quoque contractu, sic vt ex cæteris, duo pluréve correi debendi fieri possint, itémque credendi *l. item quæritur 13. §. duo rei supr. hoc titul. l. eandem 9. infr. de duob. reis.* Atqui quoties plures sunt correi debendi, possunt singuli in solidum conueniri, nec habent beneficium diuisionis secundum hoc ius Pandectarum, quod non nisi fideiussoribus & mandatoribus ex Diui Hadriani epistola competebat *leg. vltim. C. de constit. pecun. l. inter fideiussores 26. l. inter eos 51. infr. de fideiuss.* Hoc enim Iustinianus primus introduxit, vt correi debendi exemplo fideiussorum & mandatorum idem beneficium habeant *Nouell. 99. de duob. reis*, vnde sumpta est *Authen. hoc ita C. eod. titul.* Ergo frustra est monere quod hîc Marcellus ait eos demum ad præstationem partis compellendos esse singulos qui soluendo sunt. Pertinet enim hæc distinctio ad eos tantùm qui habent beneficium illud diuisionis, in quibus placet spectari tempus litis contestatæ, cùm quæritur, an sint soluendo *d. l. inter eos 51. §. cùm inter de fideiuss.*

Dec. Creditor qui plures habet correos debendi, non prohibetur actionem suam diuidere, & à singulis partes petere, à quibus etiam solidum petere, & consequi posset *l. si creditores 18. Cod. de pact.* Liberum enim est cuilibet suo iuri renunciare & conditionem suam deteriorem facere *l. penultim. eodem titul. l. si iudex circumuento 41. supr. de minor.* Quo tamen casu quæstioni locus fieri potest, an omnes soluendo esse opprteat eo tempore, quo agit creditor, & diuidit actionem. Sed tamen vt dicam ingenuè quod sentio, non facilè possum persuaderi Marcellum ita scripsisse, aut etiam scribere potuisse. Nam cùm ita loquitur, *ita demum ad præstationem partis singuli sunt compellendi si constabit esse omnes soluendo*, hoc proculdubio significat, in hoc casu, quo sint omnes soluendo, non nisi ad partis tantùm præstationem compellendos esse, vt non sit in potestate venditoris, aut locatoris quem eorum velit in solidum conuenire. Hoc verò falsissimum est eo iure, quo Marcelli temporibus Iurisprudentia vtebatur, quo correi debendi beneficium diuisionis non habebant, nec aliud quàm cedendarum actionum, de quo in *l. rem hereditariam 65. infr. de euiction.* nisi paratus esset creditor actionem diuidere, quod cùm eueniebat, non quærebatur, an omnes soluendo essent, siue tempore litis contestatæ, siue alio quolibet. Sibi enim debebat imputare creditor, cur actionem diuisisset, nec exinde æquum erat onerari cæteros, vt quisquam eorum vel solidum, vel amplius sua parte præstare cogeretur *dict. leg. si creditores.* Iam enim videretur alter pro altero exigi, vt ibidem scriptum est, & alieno nomine conueniri *leg. si diuisa 13. Cod. hoc titul.* Et tamen supradicta verba ex huius legis sensu, ita vt diximus, intelligenda esse, vt nimirum non sit in potestate & arbitrio venditoris aut locatoris conuenire in solidum quem ex emptoribus aut conductoribus velit, apparet manifestissimè ex eo quod statim sequitur *quamquam fortasse iustius sit, etiamsi soluendo omnes erunt, electionem, quem velit conueniendi non auferendam actori.* Prius ergo senserat auferendam. Quanam verò iustitia vel æquitate? Sed neque video, cur Marcellus dubitare debuerit, an esset iustius quod eo tempore non solùm iuris erat certissimi, sed etiam adeò iusti & æqui, vt nemo ex prudentibus fuisset vnquam contrà responsurus. Nec enim erat fraudandus venditor aut locator commodo & emolumento suæ conuentionis, nec actionem suam inter correos debendi diuidere, quam contra vnumquemque eorum paratam haberet. Nec quod tandem Iustinianus noster ex summa, vt sibi videbatur, æquitate aliter constituerit, & ius illud vetus correxerit, mouere nos debet, cùm ex eo tanto magis appareat necessariam fuisse in hanc rem imperatoris nouam constitutionem, sicut & fideiussoribus & mandatoribus & constitutoribus in solidum obligatis necessaria fuerat epistola & constitutio Diui Hadriani, nec potuisse Marcellum, aliúmve quemquam ex celebrioribus prudentibus contrà respondere. Est ergo lex hæc tota ni fallor, non tam Marcello adscribenda, quàm Triboniano iam tum meditanti ius illud nouum quod posteà induxit, viámque, vt coniicio, struenti & præparanti ad *Nouellam Iustiniani constitutionem 99. de duob. reis.* Nam præter id quod familiare fuit Triboniano de omnibus dubitare, aut saltem ita dubitanter loqui, vt dubitare ipse videretur, etiam de aperto iure & certissimo, conueniens erat vt aliquem ex antiquioribus, & maioris nominis prudentibus nobis obtruderet qui de hoc dubitasset, quod Iustinianus erat correcturus, vt minùs noua, minúsque absurda iuris veteris correctio censeretur. Nescio tamen cur Marcelli nomen in eam rem mutuatus sit, cum solemne Marcello fuerit etiam de quæstionibus dubiis certissimè respondere, & in iis quoque notis quas ad Iulianum scripsit tanti viri authoritatem audacter, nec minùs subtiliter & argutè indubitanter conuellere. Posset fortasse quis tentare Marcellum hîc non tam de iis loqui voluisse, qui verè essent correi debendi ex causa locationis, aut venditionis, quàm de iis qui quodammodo duo rei facti essent, quemadmodum Vlpianus de pluribus commodatariis loquitur in *leg. si vt certo §. vltim. supr. Commod.* Sed cùm hæc lex ponat, eum qui pluribus eandem rem vendidit vno pretio, aut locauit vna mercede, singulorum personam in solidum intuitum esse, non video quibus verbis meliùs exprimere potuerit tractari hîc de pluribus, qui verè fuerint correi debendi. In quibus tamen distinctio, quæ in prima huius legis parte ponitur, habere locum certè non poterat Marcelli temporibus, vt ostendimus. Sequitur,

a *Si actiones suas aduersus cæteros præstare non recusset.* Hoc enim vnicum remedium supererat iure vetere, quo succurri posset correo, qui in solidum conuentus solidum soluere coactus fuisset, vt creditor suas ei actiones, quas aduersus alios correos habebat, cedere ac præstare cogeretur *d. l. rem hereditariam 65. inf. de euiction.* scilicet pro eorum partibus virilibus, non in solidum, vt benè Accursius hîc monet, cùm & hic, qui soluit pro parte sua, proprio nomine teneatur *argum. leg. quæsitum 30. §. sin verò filius sit supr. de pecul.* Hinc verò nata est exceptio quam vulgo pragmatici nostri vocant *cedendarum*, nempe actionum. Cuius effectus illa est, vt si aliquo creditoris facto & vitio acciderit, ne suis actionibus cedere possit, repellendus sit à solidi petitione *l. Stichum aut Pamphilum 95. §. penult.*

BIU Cujas

infr. de solut. Nam si facto & culpa eius qui in solidum conuentus est, hoc ipsum contigerit, puta quòd priùs soluerit quàm actiones sibi cedi postularet (inutiliter enim & frustrà cessio postulatur eo tempore quo iam actio nulla est, quæ cedi possit, cùm fuerit extincta ipso iure per solutionem *leg. Modestinus 76. eodem titul.*) nihil est quod creditori imputetur. Qui sensus est *leg. 2. Cod. de duob. reis*, si modò pro *exsoluisse* legas ibi *nec soluisse*, quomodo legendum esse alibi docuimus. Ratio igitur dubitandi ad hunc versiculum non alia quærenda est, quàm quod is qui plures correos debendi ex causa venditionis vel locationis accepit, nihil in ipso contractu, aut posteà de cedendis actionibus promiserit, nec proinde videatur huiusmodi cessione onerandus, cùm exigendo solidum suo iure vtatur. Sed decidendi illa est, quod recusare creditor non debeat, ne id præstet quod soluenti pro sua indemnitate præstari æquum est, cùm sine vllo suo incommodo, & dispendio facere id possit *l. in creditore 38. infr. de euict.*

48. IDEM libro 8. Digestorum.

SI cui locauerim faciendum, quod ego conduxeram: constabit, habere me ex locato actionem.

Ad l. Si cui locauerim 48.

RAT. DVB. Alteri contrahere nemo potest, vt neque stipulari *leg. quæcunque 11. infr. de obligat. & action. l. stipulatio ista 38. §. alteri de verbor. obligat.* Atqui cùm alicui loco faciendum id quod ego conduxeram, videor alteri contrahere, & ad alterius vtilitatem. Ergo habere non debeo ex locato actionem.

DEC. Alteri contrahere & stipulari possumus, quotiescunque nostra interest. Nam nec alia causa est, cur alteri stipulari, aut contrahere nemo possit, quàm quia stipulationes & obligationes omnes ad hoc comparatæ sint, vt vnusquisque sibi acquirat, quod sua interest *l. actionum 25. §. 1. de obl. & action.* Atqui cùm opus faciendum à te conduxi, mea interest opus fieri, ne tenear tibi ex locato in omne id quod tua interest. Ergo permittendum mihi est opus hoc quod faciendum à te conduxeram, alij faciendum sublocare, quòd ad meam vtilitatem magis id pertineat quàm ad tuam *d. l. stipulatio ista §. si quis insulam 21. de verbor. obligat.* vbi addit Vlpianus, vtilem esse hanc ex locato actionem, id est, vt ego interpretor, efficacem, non ad differentiam eius quæ sit directa. Quidni enim directa hoc casu actio competat, cùm nemo prohibeatur rem à se conductam alij sublocare? *l. nemo prohibetur 6. C. hoc tit.*

1 ¶ Qui seruum conductum vel aliam rem non immobilem non restituerit: quanti in litem iuratum fuerit, damnabitur.

Ad §. 1. Qui seruum.

RAT. DVB. Iusiurandum in litem, licèt in bonæ fidei potissimum actionibus locum habeat, non tamen in omnibus, sed in iis tantùm in quibus magis de dominio conseruando agitur, quàm de possessione, cùm deferendi iurisiurandi præcipua ratio illa sit, ne dominus inuitus rem suam iusto pretio vendere cogatur, vt diximus ad *leg. in actionibus 5. supr. de in lit. iur. ex l. tutor. 8. eodem titul. l. si filiofamilias 25. §. 1. solut. matrim. l. non enim 9. rer. amot.* Vnde est quod in actione ex empto nunquam iuratur in litem contra venditorem, licèt per dolum & procaciam eius fiat, ne res tradatur *l. si traditio 4. Cod. de action. empt. l. si cum fundum 68. §. vltim. supr. de contrah. empt.* Atqui in locatione & actione ex locato, nec de dominio agitur, nec de possessione, cùm locatio non solùm dominium non mutet *l. non solet 39. supr. hoc tit.* sed neque possessionem, siquidem conductor non tam sibi possidet quàm locatori *l. 2. C. de præscr. 30. vel 40. annor.* nec possessionē vllā, siue viuo, siue mortuo colono habere intelligitur *l. non solùm 33. §. quod vulgò infr. de vsucap.* nec tam possidere quàm esse in possessione *l. si quis ante 10. de acquir. possess. l. certè 6. §. is qui rogauit infr. de precar.* Ergo in actione ex locato nihil causæ est, cur in litem iurari debeat, siue seruus, siue alia quælibet res mobilis locata sit quæ à conductore non restituatur. Præsertim cùm venditio & locatio iisdem regulis iuris consistant, vt sæpius diximus *ex l. 2. sup. hoc tit.*

DEC. Iusiurandum in litem habet locum in omnibus iis actionibus, ex quibus actor rem suam persequitur, quamuis non quasi suam, quod proprium est vindicationis & actionis Ad exhibendum, sed quasi sibi debitam, quamuis actione tantùm personali, puta si quis rem suam deposuerit vel commodauerit *l. 3. §. in hac supr. Commod. l. 1. §. in deposit. 26. l. ei apud quem 5. deposit.* quamuis neque rei commodatæ, neque depositæ, aut dominium, aut possessio transeat in accipientem *l. licèt 17. §. rei depositæ eod. l. rei commodatæ 8. & seq. supr. Commod.* Nempe quia si res deposita, vel commodata non restitueretur, cogeretur actor contentus esse litis æstimatione, atque ita rei suæ dominium amittere, quod in depositarium vel commodatarium inuito actore transferretur, ex causa præstitæ litis æstimationis, quæ ipsa quasi emptio est *l. 1. §. vlt. l. 2. infr. pro emptor. l. eius rei 46. & seq. supr. de rei vindic.* Atque ita dominus rem suam inuitus vendere cogeretur, quod cum accidit, hoc saltem domino indulgendum est, vt arbitrio suo non alieno pretium rei suæ constituat, quod fit per iusiurandum in litem *d. leg. tutor & l. 2. eod. d. l. non enim l. nec quasi 70. de rei vindic.* Atqui in re quæ à domino locata esset, idem contingeret, si non ei per conductorem restitueretur. Tanti enim lis æstimanda & condemnatio facienda esset, quanti locatoris interesset, tanti autem proculdubio interesset, quanti esset ea res quam dominus inuitus vendere & qua carere cogeretur. Ergo permittendum ei est in litem iurare, vt arbitrio suo rem suam æstimet. Quod in emptione diuersum est, cum emptor non sit dominus rei venditæ

BIU Cujas

venditæ priusquam tradita sit, adeóque nec secuta traditione quousque solutum sit venditori pretium, aut aliter eo nomine satisfactum *l. quod vendidi 19. l. vt res 53. supr. de contr. empt. §. venditæ autem res inst. de rer. diuis.* Proinde mirum non est alio iure venditionem, alio verò locationem hac parte censeri, vbi tanta diuersitatis ratio est. Cùm autem alienam rem quoque non minùs quàm suam locare quis possit, perinde ac deponere & commodare, intelligimus, nõ in qualibet actione ex locato iurari in litem, sed in ea demùm, per quam actor rem suam persequatur, & in qua ipsius interest ratione dominij. Quomodo in actione furti distinguit Papinianus in *l. si vendidero 80. §. 1. infr. de furt.* & nos in actionibus depositi & commodati suis locis distinximus. Hoc verò Accursius noster non intellexit, qui huius §. non aliam adfert rationem quàm quod actio ex locato sit bonæ fidei. Quæ ratio si generaliter vera esset, consequens fieret, vt in actione quoque ex empto iurari in litem oporteret. Quod etsi interpretes nostri vulgò sentiunt, quàm tamen id falsum sit, apparet ex *d. l. si traditio 4. C. de action. empt. dict. l. si cùm fundum 68. §. vltim. supr. de contrah. empt. & aliis* quæ nos tam in coniecturarum libris, quàm in postrema parte Chiliadis nostræ de Erroribus pragmaticorum & interpretum iuris in hanc sententiam disputauimus. Sequeretur etiam in omnibus contrariis actionibus, puta depositi, commodati, pignoratitiæ & tutelæ, perinde iurari in litem oportere, quia æquè bonæ fidei sunt, quod tamen disertè Vlpianus negat in *d. l. ei apud quem 5. depositi.* quia nimirum in iis non agitur de fide rupta, sed tantùm, de calculo & indemnitate, vt ibidem scriptum est, & in *l. furti 6. §. vlt. supr. de his qui not. infam.* At in actione ex locato aduersus eum instituta, qui rem sibi locatam non vult restituere, negari non potest, quin agatur de fide rupta. Fidem enim rumpit conductor, qui actione ex locato conuentus denegat restitutionem, siue dominij quæstionem referre velit, siue possessionis, quod neutrum potest *l. si quis conductionis 25. C. hoc t.* Quinimò & hodie conductores si differant rei locatæ restitutionem ad diffinitiuam vsque sententiam, condemnandi sunt in duplum, id est, vt præter ipsius rei locatæ restitutionem etiam æstimationem eius præstent ex imperatoris Zenonis constitutione ex *l. conductores 34. Cod. hoc tit. leg. non ab re 10. Cod. vnde vi.* An verò huius legis sententia generalis sit, vt ad res omnes locatas, siue mobiles, siue immobiles pertineat, quidam dubitant. Vulgaris enim lectionis verba illa generalia sunt *Qui seruum conductum vel aliam rem non restituerit*, Florentina verò addit *non immobilem*, negatione tamen asterisco notata quasi suspecta. Ex quo nonnulli inferunt huius legis sententiam ad res immobiles duntaxat, nõ etiam ad mobiles pertinere. Ergo contrà puto ad res mobiles solas, non etiam ad immobiles, retenta Florẽtina lectione integra, & negatione. Nulla enim vnquam subest necessitas deferendi in litem iurisiurandi ob res immobiles, quæ scilicet seipsas exhibent, nec occultari vnquam possunt, ac proinde quarum possessionem, vel adipisci, vel retinere, vel recuperare aliquo interdicto non est difficile. Possessionis enim causa & quæstio, quia contentiones & rixas multas parere solet, à Prætore ipso expeditur, & per eum ipsum si opus sit, executioni mandatur, quod is de possessione decreuerit *leg. 3. in princip. ne vis fiat ei qui in possess. miss. est.* Neque in interdictis vnquam fit æstimatio ipsius rei & dominij, sed tantùm possessionis *l. 3. §. vlt. inf. vti possid.* Quam ob causam illud etiam generalius aliquando tentauimus & probauimus in posterioribus coniecturarum nostrarum libris, nunquam in interdictis iurari in litem.

49. MODESTINVS libro 6. Excusationum.

Οἱ ἐπίτροποι ἢ κουράτορες, πρὶν ἀντίσαι τὰ τῆς κηδεμονίας, μισθωσάτωσαν τῷ τῦ Καίσαρος χωρίων τέλη. κἂν τις ἐπικρυψάμενος τῦτο, ἐπιστέλλῃ τῇ μισθώσει τῷ τῦ Καίσαρος χωρίων· ὡς παραπεποίηται κολάζεται. τῦτο ἐκέλευσεν ὁ αὐτοκράτωρ Σεβῆρος. καὶ ταῦτα ἢ καὶ οἱ ἐγχειρίζοντες ἐπιτροπὰς ἢ κουρατορίας, εἶεν κεκωλυμένοι μισθοῦσθαι καὶ παρὰ τῷ ταμείου χωρία.

Id est,

TVtores, curatoréſve constituti, priùs quàm officij sui rationes reddant, prohibentur, ne quid de patrimonio Cæsaris conductum habeant. ac si quis, id dissimulans: nihilominùs ad conducenda Cæsaris prædia accesserit: perinde vt falsarius, pœna afficitur: hócque sanxit imperator Seuerus. ¶ *Secundùm quæ sanè prohibiti erunt, & à fisco conducere, qui tutelam, curámve gerunt.*

Ad l. Οἱ ἐπίτροποι alias l. Tutores 49.

RATIO DVBIT. Rem alienam gerentibus non est interdicendum rerum suarum alienatione & administratione *leg. vnic. Cod. rem alien. gerent. non interd. rer. suar. alien.* Absurdum enim & iniquum est ingenuo homini non esse liberam alienationem rerum suarum *leg. 2. infrà si à parent. quis manum. sit leg. in re mandata 21. Cod. mandat.* neque rursum cuiquam officium suum, siue publicum siue priuatum damnosum esse debet *leg. videlicet 29. supr. ex quib. caus. maior. leg. sed si quis 7. infr. testam. quemadm. aper.* Ergo qui tutor pupilli, vel curator minoris constitutus est, etiam priusquam tutelæ, vel curationis rationes reddiderit, prohiberi non debet, ne Cæsaris patrimonium, vel fisci vectigalia conducat, & lucri ex ea causa faciendi occasionem aliis omnibus obuiam amittat. Illud verò longè durius est, vt falsi crimen, & pœnam incurrat, cùm iure communi vtatur qui ad patrimonij Cæsaris, aut ad tributorum & vectigalium publicorum conductionem acce-

BIU Cujas

dit. Nam & Cæsaris & fisci quoque interest, vt quàm plurimi sint, qui ad huiusmodi conductiones possint & velint accedere, ac ne quis ab iis arceatur, vt ex quàm plurium licitatorum æmulatione, licitationis calore crescente tanto carius fiant locationes.

Dec. Credidit Imperator Seuerus ad curam suam publicámque vtilitatem pertinere, ne tutoribus & curatoribus liceret aliquid de Cæsaris patrimonio conductum habere, aut ex fisci vectigalibus, & tributis, vt scriptum est in hac lege, & in *leg.1.§ ex illa quoque causa infr.ad leg.Cornel.de falsi. l.vnic. Cod.ne tutor vel curat. vectigal.conduc.* vbi extat Constitutio Imperatoris Antonini qui primus cum Seuero ius hoc induxit *d.§.ex illa*. An fortassis fauore fisci? vt quidam putant. Minimè verò, cum fiscus semper & in omnibus contractibus suis priuilegium habeat tacitæ hypothecæ *leg.aufertur 46. §. fiscus infr. de iur.fisc.l.2. Cod.in quib.caus.pign.vel hypoth. tacit.contr.l.vltim.C.de priuileg.fisc.* Priuilegium enim fisci est inter omnes creditores primum locum tenere, vt Paulus ait *lib.5.Sentent.titul.12.§.10.* Nempe quia ius illud habet taciti pignoris, quod cæteri creditores chirographarij, & personales non habent, nec verendum erat, ne pupillus aut minor in ea tacita hypotheca fisco præferretur, cùm Seueri & Antonini, itémque Modestini temporibus nullum ius tacitæ hypothecæ pupillus, aut minor haberet in bonis tutoris vel curatoris. Hoc enim priuilegium primus eis Constantinus dedit in *l.pro officio 20.C.de admin.tutor.* & Iustinianus postea confirmauit in *leg.vnic.Cod.de rei vxor.act.* Habebat quidem iam olim pupillus priuilegium in bonis tutoris, & minor in bonis curatoris, sed inter personales alios creditores, quomodo & in bonis protutoris, adeóque negotiorum gestoris *leg.dabimúsque 19.* cum quatuor sequentibus *infr.de reb. author.iudic.possid.aliàs leg.4.& seqq.de priuileg. credit.* Sed post fiscum, vt & in specie *leg.quod quis 34.eodem titul.* Nulli enim alij præferuntur fisco, quàm qui habent expressam hypothecam anteriorem, vt in *leg.si pignus 8.l.vltim.infr. qui potior. in pignor.hab.* quamquam nec illi præferuntur in bonis post obligationem cum fisco contractam acquisitis *leg.si qui mihi 28.de iur.fisc.* quam ita conciliat Cuiacius cum *dict.l.vltim.* quamuis nos aliter *lib.2.Coniect.cap.* 10. An ergo dicendum est ita constitutum fuisse fauore pupillorum, & minorum? Ita sanè, ni fallor. Ne scilicet quod iis debebatur, ex sequenti causa debiti fiscalis oneraretur. Exemplo eius quod scriptum est in *l.locatio 9.§.debitores inf.de public.& vectig.* fisci & reipublicæ debitores, vectigalia conducere prohiberi, ne ex alia causa eorum debita onerarentur. Idem enim priuilegium pupillis quoque, ac minoribus dandum esse visum est, quibus longè grauior iniuria inferretur, ex contractu postmodum inito cum fisco, qui licet posterior, pupillo tamen & minori in bonis tutoris vel curatoris iure taciti pignoris præferretur. Non eadem fortassis ratio in patrimonio Cæsaris locum habet, cùm nusquam proditum sit eos qui patrimonium Cæsaris conducunt, videri hoc ipso bona sua tacitè obligare, vt proinde non minus in Cæsaris quàm in pupillorum aut minorum vtilitatem ius hoc comparatum esse videatur, ne aliter posito iure alterutrum lædi necesse esset, aut Cæsarem, aut pupillum minorémve, cùm tamen vtriusque iura intacta seruari conueniens esset. Quid? an non licet debitori adiiciendo creditorem facere deteriorem suorum creditorum conditionem? *l.1.§.ex contrario infr.de separat.* Fateor, sed tamen inuidiosum imperatoribus visum est, si ob debita Cæsaris, vel fisci, pupillorum, aut minorum conditio deterior fieret. Id verò ne accideret, aut ne prætextu fauoris & vtilitatis pupillorum vel minorum Cæsaris ius læderetur vel fisci, non aliud melius remedium adferri potuit, quam si tutores vel curatores ante redditas administrationis suæ rationes cum Cæsare, vel fisco contrahere prohiberentur. Et vicissim vt qui debitor esset Cæsaris, vel reipublicæ ad tutelã, vel curam accedere prohiberetur *l.vlt.C.qui dar.tutor.vel curat.poß.d.l.vnic.in fin. C.ne tut.vel curat.vectig.conduc.iunct.l.vel cum fisco 9.infr.de confirm.tutor.* Adiecta etiam pœna falsi in eum qui celato & dissimulato priore debito ad posterius contrahendũ accessisset *d.l.vnic. d.l.1.§. ex illa ad leg.Cornel.de falsi.* quasi non nisi in fraudem, vel fisci, vel Cæsaris aut pupillorum minorúmve fieri hoc posset, vt constat ex eo quod subiicitur in *d.l.1.§.sed ad illos*, hoc quod scriptum est in *d.§.ex illa* non pertinere ad illos, qui antequam tutelam susciperent, cum procuratore Cæsaris, vel cũ fisco contraxerunt. Nec enim excusationes admisisse Imperatores, sed fraudes exclusisse. Nec minùs tamen obseruatione dignum est quod subiungitur in *§.iidem Principes.* Ita demum eum, qui tutelam gessit, necdum rationem reddidit, cum fisco contrahere non debere, si adhuc viuat is, cuius tutela administrata est. Nã si pupillus decesserit, licet heredi eius ratio reddita non sit, iure illum contrahere. Nimirum quia pupilli priuilegium personale est, cùm ipsius persona illa sit, quæ priuilegium meruit & præcipuum fauorem, vt ait Papinianus in *l.ex pluribus 42.de admin.tutor.* vbi addit nec heredi pupilli hoc priuilegium dari. Quod vtique nõ verè diceretur, si pupillus priuilegiũ haberet tacitę hypothecæ, quippe quæ rem ipsam afficit, & in pupilli heredẽ quẽlibet transit hodie & eo iure quo vtimur. Etsi autem videtur hîc Modestinus innuere cõstitutionẽ Seueri & Antonini non de fisco, sed tantũ de patrimonio Cęsaris locutã esse, quasi non nisi per interpretationem ad fiscum protracta sit, vt verba illa ostendunt *secundũ quæ sanè prohibiti erunt & à fisco conducere, qui tutelã curámve gerunt.* Aliter tamen Marcianus in *d.l.1.§.ex illa de falsi.* vbi è contrario de fisco solo loquitur, de patrimonio autẽ Cæsaris nihil. Vt nec Antoninus in *d.l.vnic.C.ne tut.vel cur.vectig.conduc.* Hanc verò legem, quia tota Græca est, Accursius, Bartolus, alíque vulgares interpretes, vt solent, Græca cætera omnia prætermiserunt.

50. Iavolenvs libro 12. Pandectarum.

SI ignorans quis militi quasi pagano locauerit: exigere illum posse, probandum est. non enim contemnit disciplinam, qui ignorauit militem.

Ad l.Si ignorans 50.

Rat. dvb. Milites ab omni alienarum rerum conductione prohibentur Imperatorum constitutionibus, adeò vt nec procuratores, nec

nec fideiussores, nec mandatores conductorum fieri possint, ne omisso armorum vsu ad ruresstre opus se conferant, & vicinis graues præsumptione cinguli militaris existant, inquit *l. milites 31. & l. vlt. C. hoc tit.* Qui autem contra legum & constitutionum interdicta contrahit, non potest videri contrahere bona fide, vt nec quisquis alius contra leges mercatur *l. quemadmodum 7. in fin. C. de agric. & censit. libr. 11. tit. 47.* Ergo si quis militi locauerit quamuis quasi pagano, non est ei permittēdum vt mercedem à milite exigat: nec si ignorantiam velit prætendere. Sibi enim debet imputare cur non fuerit diligentior in inquirendo quis ille esset, cum quo erat contracturus. Quisquis enim cum alio contrahit, vel est vel esse debet non ignarus condicionis eius cum quo contrahit *l. qui cum alio 19. de regul. iur.*

DEC. Qualis quis est, talem se gerere & publice profiteri debet, ne alioqui decipiantur qui cum eo contracturi sunt, aut quid aliud gesturi. Quibus certè nihil imputari potest, si non diuinauerint alium eum esse quàm qualem se esse simulabat. Eaque iusta ignorantia esse creditur, quam ignoranti damnosum esse non oportet *l. 3. l. item si filiusfamilias 7. §. item si duos l. pen. supr. de SC Maced. iunct. l. si fideiussor 29. §. si cùm debitor supr. Mandat. l. 4. §. illa etiam quæstio infr. de doli mali except.* Ergo is qui locauit militi tanquam pagano, cùm is se pro pagano gereret, nec militare cingulum gestabat, quod gestare milites solebant, vt constat ex *d. l. milites, & l. pen. infr. de testam. milit.* non potest videri fecisse aduersus constitutiones, nec militarem disciplinam contempsisse, vt hæc lex ait. Aliud ergo esset si militem eum esse sciuisset *d. l. milites 31. & d. l. vlt. C. hoc tit.* Hinc nostri inferunt, nec ergo puniri eum qui clericum verberauerit & percusserit incedentem habitu laicali *arg. l. generaliter 52. C. de Episcop. & cleric.* cùm iustam causam habuerit ignorandi esse illum clericum qui pro laico se gerebat. Non enim qualitas naturalis, sed accidentalis est, esse quem militem aut clericum, ideoque nec præsumenda est nisi probetur, vt nostri tractant ad *l. 1. C. de dignit. libr. 12.* Simile est quod Accursius addit de virginibus ancillari veste vestitis, & de matronis meretricia veste incedentibus ex *l. item apud Labeonem 15. §. si quis virgines 15. infr. de iniur.*

51. IAVOLENVS libro 11. Epistolarum

EA lege fundum locaui, vt, si non ea lege coleretur, relocare eum mihi liceret, & quo minoris locassem, hoc mihi præstaretur. nec conuenit, vt si pluris locassem, hoc tibi præstaretur. & cùm nemo fundum colebat, pluris tamen locaui. quæro an hoc ipsum præstare debeam. respondit: In huiusmodi obligationibus id maximè spectare debemus, quod inter vtramque partem conuenit. videtur autem in hac specie id silentio conuenisse, ne quid præstaretur, si ampliore pecunia fundus esset locatus: id est, vt hæc ex conuentione pro locatore tantummodò interponeretur.

Ad l. Ea lege 51.

RAT. DVB. Facienda in dubio est interpretatio contra locatorem, sicut & contra venditorem *l. Labeo scripsit 21. supr. de contr. empt.* quia in ipsius potestate fuit legem apertius dicere. Ex regula *l. veteribus 39. supr. de pact.* Ergo in specie huius legis cùm interposita fuerit pactio à locatore, debet contra eum fieri interpretatio, vt quemadmodum æquum putauit periculo conductoris esse, si fundum ei locatum alij relocaret minore mercede, ita non debeat recusare quominus lucro & commodo cedat conductoris, si pluris eundem fundum relocet alteri. Nam & solemus dicere, non esse audiendum illum qui id petit quod in contrarium euentum non fuerit postulaturus *l. pen. C. de solut.* Sic & in societate dicimus, si in vna causa, puta in lucro vel in damno certa pars fuerit expressa, in altera verò sit omissa, in eo quoque quod prætermissum est eandem partem seruari *§. illud Instit. de societ.* Et sanè nihil tam bonæ fidei congruit quàm pacta seruari, sed ea potissimum quæ sunt æqualia, præsertim verò in contractibus vltro citroque obligatoriis *l. 3. §. vlt. supr. mandat.* cuiusmodi est locationis contractus, & conductionis, sicut emptionis & venditionis *l. si vina 6. de peric. & commod. rei vendit. l. Labeo 19. de verb. signific.* Neque rursum debet quisquam in alterius persona iniquum esse putare ius illud quod in persona sua æquum esse putauerit *l. 1. supr. Quod quisque iur.*

DEC. In locationibus & conductionibus sicut in emptionibus & venditionibus adeoque in cæteris contractibus inspiciendum potissimum est quod conuenerit *l. cùm venderem 20. supr. hoc tit. l. ex empto 11. §. 1. supr. Tit. prox.* Videtur autem tacite & vt eleganter Iauolenus hîc loquitur, silentio conuenisse id omne quod actum est *l. sed Celsus 6. §. 1. supr. de contr. empt. l. semper in stipulationibus 34. de regul. iur.* Porrò in proposita specie id videtur inter locatorem & conductorem silentio conuenisse, ne quid præstaretur conductori si ampliore pecunia fundus secunda locatione quàm priore locatus esset, id est, vt hæc conuentio pro locatore tantummodo, non etiam pro conductore interponeretur. Nempe, quia nec aliam ob causam fuit interposita quàm vt puniretur in eo culpa conductoris si fundum ex lege locationis non coleret. Quomodo certè non colit ex lege locationis, id est rectè, & ex bona fide, qui omnino non colit *l. videamus 11. §. item prospicere supr. l. dominus 55. §. vlt. infr. hoc tit.* Quis autem dicat id inter contrahentes actum videri, vt pactio interposita in pœnam conductoris ei quoque prodesse deberet? An non ita fieret vt sua conductori culpa adeoq; dolus prodesset? itēq; vt inductæ ad vnū effectū contrariū operarētur cōtra *l. legata inutiliter 19. de leg. 1. l. legata 14. de adm. legat. l. 3. §. si emācipatus, de bon. poss. cōtr. tab. l. hominē 37. sup. mādat. l. procurator 1. §. & perpetuū, inf. de doli mal. excep.* Deniq; inspicied ū sēper est, p quo interposita sit cōuētio, *l. in ratione 30. §. tametsi, in fi. inf. ad l. Falc.* & cui ac cōtra quē lex dicta sit, *l. Lucius 40. in fi. de fideic. libert.*

BIU Cujas

1 ¶ Locaui opus faciendum ita, vt pro opere redemptori certam mercedem in dies singulos darem, opus vitiosum factum est, an ex locato agere possim? respondit: Si ita opus locasti, vt bonitas eius tibi à conductore adprobaretur: tametsi conuenit, vt in singulas operas certa pecunia daretur: præstari tamen tibi à conductore debet, si id opus vitiosum factum est. non enim quicquam interest, vtrùm vno pretio opus, an in singulas operas collocatur: si modo vniuersitas consummationis ad conductorem pertinuit. poterit itaque ex locato cum eo agi, qui vitiosum opus fecerit. nisi si ideo in operas singulas merces constituta erit, vt arbitrio domini opus efficeretur. tum enim nihil conductor præstare domino de bonitate operis videtur.

Ad §. 1. Locaui.

RAT. DVB. Cùm opus faciendum locaui, ita vt pro opere redemptori certam mercedem in dies singulos darem, videtur id actum inter me ac redemptorem, vt arbitrio meo opus efficeretur, id est, quale singulis diebus fieri vellem. Quo casu nihil conductor de bonitate operis præstare, aut promittere mihi videtur, quasi dando mercedem hodiernam, hocipso satis videar opus quod hodie factum est, adprobare, opus verò hesternæ diei multo magis. Ergo si opus vitiosum factum sit, quod tandem corrueri, non videtur mihi danda in eum actio ex locato, ne alioqui videar improbare quod semel adprobaui, quod nunquam licet, *l. Pomponius 9. sup. de negot. gest.*

DEC. Nihil interest, vtrum vno precio opus, an in singulas operas diurnas locetur, si modo vniuersitas consummationis ad conductorem pertineat: vtroque enim casu idem rei effectus est. Atqui si ita opus locatum à me esset, vt bonitas eius mihi à conductore adprobaretur, nemo dubitaret quin ex locato agi posset contra conductorem qui vitiosum opus fecisset, quod ego nunquam adprobassem. Ergo idem dici debet, tametsi conuenerit vt in singulas operas, id est, in singulos dies certa pecunia daretur. Nisi si ideò in singulas operas merces à me constituta probetur, vt arbitrio meo opus efficeretur, quo certè casu nihil mihi conductor præstare de bonitate operis deberet. Sed in dubio animus hic præsumendus non est, sed probandus, cùm ea lege facta sit conductio, vt ad conductorē totius operis consummandi necessitas pertineret, ac proinde vt non nisi postquàm totum opus consummatum esset, à me adprobaretur, non in dies singulos.

52. POMPONIVS libro 31. ad Quintum Mutium.

SI decem tibi locem fundum, tu autem existimes quinque te conducere: nihil agitur. Sed & si ego minoris me locare sensero, tu pluris te conducere: vtique non pluris erit conductio, quam quanti ego putaui.

Ad l. Si decem 52.

RAT. DVB. In eo quod plus est, continetur id quod est minus: *l. in eo 110. de regul. iur.* & minor quantitas maiori inest, *l. 1. §. si stipulanti, infr. de verb. obligat.* vbi dicitur ob hanc causam, si stipulanti decem promittantur quinque, valere stipulationem in quinque. Ergo si decem locauerim fundum tibi, tu verò putes te quinque conducere, dicendum est valere conductionem in quinque.

DEC. Locatio contrahitur consensu, *l. 1. supr. l. 2. infr. de oblig. & action.* Consensu, inquam, qui non in hoc tantùm interueniat, vt locatio fiat, sed etiam vt fiat certa mercede, in qua contrahentes consentiant. Sicut enim substantia emptionis consistit ex precio, *l. pacta conuenta 72. supr. de contr. empt.* ita & substantia locationis ex mercede, *l. 2. hoc tit. & Instit. eod. tit. in princip.* Atqui non consentimus in mercede, cùm ego puto me decem locare, tu quinque duntaxat te conducere, neque in alterutrius nostrùm potestate esse debet precium, aut mercedem suo arbitrio constituere, *l. in omnibus 57. infr. de oblig. & action.* Ergo in proposita specie dicendum est nihil agi, præsertim propter interuenientem errorem, qui imperitiam & dissensum detegit, *l. si per errorem 15. de iurisdict.* Nulla enim voluntas errantis est, *l. sed hoc ita 20. infr. de aqua & aquapluu. arcend.* Nec videntur qui errant, consentire, *l. nihil consensui 116. §. vlt. de regul. iur.* Aliud est in stipulatione, *d. §. si stipulanti*: nam licèt in stipulatione quoque non minùs quàm in locatione cæterisque contractibus interuenire consensum necesse sit, interest tamen ipsius quoque stipulatoris, vt qui stipulant decem promisit quinque, saltem in quinque obligetur, potiùs quàm in nihil, vt saltem quinque consequi possit, cùm non ideo futurum sit, vt stipulator ad aliquid obligetur. At in locatione interest potiùs locatoris, vt nihil agatur, quàm vti pro quinque conductio teneat. Ne alioqui moretur in damno, si pro quinque cogatur præstare patientiam fruendi fundo, cuius fructus decem aureis dignos existimauerit. Est enim hic contractus vltrò citróque obligatorius, non vt stipulatio ex alterutra tantùm parte. Distinguendi sunt igitur contractus vltrò citróque obligatorij, ab aliis qui non nisi ex vno latere: potest enim quilibet ex voluntate sua obligare se ad id quod velit, sed alium obligare, non item. Atqui fieri non potest, vt ex locatione obligetur conductor in quinque, quin ipsum quoque locatorem obligari necesse sit ad hoc, vt præstet conductori frui fundo. Ergo ne fiat locatori iniuria, dicendum est, nihil omnino agi, ne quidem

BIU Cujas

quidem ex parte conductoris. Ex quo intelligimus falsum esse quod Bartolus ad hanc legem notat, si in quantitate mercedis erretur, standum esse voluntati eius, qui mercedem recipere debet. Quòd si ita esset, sequeretur, hanc igitur locationem valituram in decem, quod tamen lex negat. Debuerat tantùm dicere Bartolus, non stari voluntati conductoris. Sed Bartolum fefellit quod in hac lege sequitur, Si ego minoris me locare sensero, putà quinque, cùm tu putes te pluris conducere, putà decem, valituram nihilominus locationem, sed ita vt non pluris locatus sit fundus, quàm quanti ego putaui. Sed hic casus longè dissimilis est, in quo scilicet neuter ex contrahentibus læditur, nihilque hoc casu impedit, quominus verum sit dicere nos in quinque consentire, & in maiore summa minorem inesse, vt in *d. §. si stipulanti, l. diem proferre 27. §. si plures, sup. de recept. qui arbitr. recep.*

53. PAPINIANVS libro 11. Responsorum.

QVi fideiussor extitit apud mancipem pro colono publicorum prædiorum, quæ manceps ei colono locauit, reipublicæ non tenetur.[a] sed fructus in eadem causa pignoris manent.

Ad l. Qui fideiussor 53.

RAT. DVB. & DEC. ad hanc legem eadem ferè est, quæ ad *l. si in lege 24. §. si colonus, supr. hoc tit.* Eadem enim ferè loci vtriusque sententia est, nisi quod hîc agitur de fideiussore, qui se obligauit pro colono publicorum prædiorum apud mancipem, qui eadem prædia à republica conduxerat. Ibi verò de rebus secundi coloni in prædium primi locatoris inuectis: manceps enim est, qui prædia publica, aut salinas publicas, vt in *l. si quis 11. C. de vectigal. & commiss.* aut vectigal octauarum, de quo in *l. si Hermes 7. C. hoc tit.* à populo emit, conducitve, & qui eadem prædia publica colono locat, vt ex Cuiacio Gothofredus hîc notat. Et benè Bartolus legem hanc intelligit de eo, qui fideiussit apud conductorem conductoris, qui quemadmodum à primo locatore per mediam primi conductoris personam ius habere videtur. Ita & primo locatori, hoc est, reipublicæ in huius legis specie obligatus videri poterat, nisi in contrarium pro eo faceret quod obligatus est tantùm ex contractu, contraxit autem non cum primo locatore, sed cum secundo, eodémque primo conductore, qui iure suo sublocauit, *l. nemo prohibetur 6. C. hoc tit.* & suo nomine, non primi locatoris, cui nec si voluisset, obligationem & actionem ex suo contractu quærere vllam potuisset, *l. quæcunque 11. de oblig. & action. l. stipulatio ista 38. §. alteri, de verb. oblig.* Non igitur posset respublica contra fideiussorem hunc agere, nisi cessis sibi à mancipe primóque conductore actionibus, vt in *l. si res quam 59. inf. de euict.* Sequitur,

a *Sed fructus in eadem causa pignoris manent.* Hæc eadem clausula est in *d. §. si colonus*, hoc etiam addito, *quemadmodum essent*, inquit ibi Paulus, *si primus conductor eos percepisset.* Ergo nec alia ad hunc versiculum dubitandi, aut decidendi ratio quærenda est, quàm quæ à nobis allata fuit ad *d. §. si colonus.*

54. PAVLVS libro 5. Responsorum.

QVæro, an fideiusor conductionis, etiam in vsuras, non illatarum pensionum nomine, teneatur: nec prosint ei constitutiones, quibus cauetur, eos, qui pro aliis pecuniam exsoluunt, sortis solummodò damnum agnoscere oportere? Paulus respondit, si in omnem causam conductionis, etiam fideiusor se obligauit, eum quoque, exemplo coloni, tardius illatarum per moram coloni pensionum præstare debere vsuras.[a] vsuræ enim in bonæ fidei iudiciis, & si non tam ex obligatione proficiscantur, quàm ex officio iudicis applicentur: tamen cùm fideiusor in omnem causam se applicuit, æquum videtur ipsum quoque agnoscere onus vsurarum, ac si ita fideiussisset, *In quantum illum condemnari ex bona fide oportebit, tantum fide tua esse iubes?* vel ita, *indemnem me præstabis?*

Ad l. Quæro 54.

RAT. DVB. Constitutionibus Imperatorum cauetur, eos qui pro aliis pecunias exsoluunt sortis solummodò, non etiam vsurarum damnum agnoscere oportere. Cùm enim ex liberalitate & facilitate sua conueniantur, digni certè sunt quibuscum agatur mitiùs, ne tam grauiter periclitentur, *arg. l. ne liberalitate 50. infr. de re iudic.* Ergo fideiussor conductionis, etiam in vsuras, non illatarum à colono pensionum nomine teneri non debet, ne alioqui ex mora rei principalis obligatio fideiussoris augeatur, quod esset iniquum, *l. centum Capuæ 8. l. vlt. supr. de eo quod cert. loc.* Non enim obligatur fideiussor, nisi ex stipulatione, *l. 5. §. satis acceptio, infr. de verb. oblig. l. Græcè 8. de fideiuss. l. blanditus 12. C. eod.* Ex stipulatione autem cùm nihil aliud sit quàm verborum obligatio, non potest quis obligari vltra quàm verbis expressum sit, *l. quicquid adstringendæ 99. de verb. oblig.* In eóque differt stipulatio à contractu locationis qui bonæ fidei est, & ex quo multa præstanda sunt officio iudicis, quæ nullo modo sunt in obligatione, vt in hac ipsa lege scriptum est, & in *l. qui per collusionem 49. §. 1. supr. tit. prox. l. 4. C. deposit.* Nec sanè æquum est imputari fideiussori, quod principalis debitor propter cul-

BIU Cujas

pam vel moram suam præstare debeat, *l. vlt. in fin. infr. de fideiuss.*

D. Multum interest, an fideiussor in quantitatem certam fideiusserit, puta in centum, aut in aliam summam, de qua conuenerit pro mercede quæ semper certa esse debet, vt quantitas precij in venditione, *Instit. de locat. in princip.* An verò simpliciter, aut quod effectu idē est, in omnem causam contractus. Priore casu non potest ex mora culpáve rei ad vsuras teneri, aut ad id quod interest, cùm ad certam duntaxat quantitatem se adstrinxerit, *l. 2. §. vlt. supr. qui satisd. cogant. l. fideiussores magistratuum 68. infr. de fideiuss.* Posteriore verò etiam ad vsuras conueniri potest, vt constat ex *d. l. fideiussores*, & ex hac lege, quæ loquitur de fideiussore qui in omnem conductionis causam se obligauit, non ad differentiam eius, qui simpliciter pro conductore fideiussit, vt apud Accursium Placentinus olim putabat, sed ad differentiam illius qui ad certam duntaxat quantitatem se obstrinxit, *d. l. 2. §. vlt. d. l. fideiussores*, vt & in *l. 2. §. penult. & vlt. infr. de admin. rer. ad ciuit. pertin.* Qui enim pro aliquo contractu simpliciter fideiubet, in omnem causam fideiubere intelligitur, quæ ex eo contractu nasci potest, vt eleganter Papinianus ait in *l. si quis pro eo 56. §. si nummos, de fideiuss.* & iam olim Ioannes glossator contra Placentinum disputauit, ex *d. §. si nummos, & l. amissi 52. §. fideiussores, eod. tit. l. 1. §. bellissimè, & l. penult. infr. vt legat. seu fideic. seruand. caus. caueat. l. si postea quàm 10. Rem pupill. salu. for.* Neque ideò fit, vt fideiussor obligetur ex stipulatione in plus quàm promiserit, cùm eius obligatio relata sit ad contractum locationis. Quod sufficit, vt ea omnia promisisse videatur, quæ à reo debentur ex ipso contractu, non tantùm obligationis iure, sed etiam officio iudicis, perinde ac si ita fideiussisset, *In quantum illum ex bona fide condemnari oportebit tantum fide tua esse iubes*, vt in fine huius responsi Paulus scribit: nihil enim refert, an specialiter quid in stipulatione expressum sit, an per relationem ad aliud, *l. certum est 6. supr. de reb. credit. l. asse toto 77. inf. de hered. instit. l. si ita scripsero 38. de condic. & demonstr.* Vnde fit, vt quisquis pro contractu aliquo fideiubet, in quantitatem incertam fideiubere videatur, quoties incertū est quid futurum sit, vt ex contractu illo debeatur. Licèt enim contractus certus sit, & certæ quantitatis, præstationes tamen incertas habere potest, puta vsurarum, aut fructuum, aut aliarum accessionum quæ principalem obligationem ex mora, vel qua alia de causa augere possunt, quod in bonæ fidei contractibus generale est. In fideiussore stipulationis aliud iuris est: etsi enim sunt etiam incertæ quædam stipulationes quibus incertum continetur, *l. stipulationum 74. & seq. de verb. oblig.* numquam tamen aliud ex iis debetur, quàm illud ipsum quod in stipulationem deductum est, siue certum sit, siue incertum, sempérque certum est fieri non posse, vt quod in stipulatione comprehensum fuit, accessionibus vllis augeatur, nisi & ipsæ in stipulationem deductæ sint, vt de vsuris scriptum est in *l. 3. C. de vsur. d. l. centum 8. supr. de eo quod cert. loc. l. Titius, 24. infr. de præscript. verb.* Et huc pertinet quod respondit Africanus in *d. l. centum*, fideiussoris obligationem non posse augeri ex mora debitoris principalis, vt cogatur fideiussor præstare, quanti creditoris interest, moram à debitore factam non esse, qui certo loco soluere debuit, & passus est se alio loco conueniri actione arbitraria De eo quod certo loco: nec enim arbitraria actio competit vnquam ex vllo bonæ fidei iudicio, sed tantum ex stricto, id est, ex stipulatione, vel ex mutuo, vel ex testamento, *l. l. l. si heres 5. & seq. l. in bonæ fidei 7. eod. tit.* Ex contractu autem stricto nunquam veniunt vsuræ, ne quidem post litem contestatam, *l. 1. C. de cond. indeb.* adeóq; nec fructus aut partus, quamuis sint accessiones personales, nisi cùm quis eam rem condicit, quæ fuit sua, *l. videamus 38. §. si actionem, iunct. l. 2. infr. de vsur.* Etsi autem cum quis conuenitur actione arbitraria De eo quod certo loco debetur, id quod interest ab eo per quem stetit, quo minùs suo loco facta solutio sit, ac proinde accessionis iure & officio iudicis, *l. 2. §. vlt. & l. vlt. eod.* alia tamen actio illa est, quàm ea pro qua fideiussor intercessit: cùm interceserit pro actione ex stipulatu, quæ stricti iuris est, hæc autem sit arbitraria. Actiones siquidem arbitrariæ, neque strictæ sunt, neque fiunt ex strictis, sed propriam actionum speciem constituunt à strictis, non minùs quàm ab iis quæ bonæ fidei sunt, differentem, vt pluribus docuimus in posterioribus libris coniecturarum ex §. *præterea, Instit. de action.* Inde verò fit, vt ex persona debitoris, qui ob non solutam suo loco pecuniam conuentus fuit actione arbitraria De eo quod certo loco, non possit fideiussor teneri ad id quod interest creditoris, quamuis ex propria persona possit ipse quoque conueniri arbitraria, si moram ipse fecerit in soluenda suo loco pecunia, quamuis ab initio non nisi stricta ex stipulatu actione teneatur. Eadem namque ratio quæ inducit arbitrariam contra debitorem, qui ex stipulatione obligatus fuit certo loco soluere, eam quoque inducit contra fideiussorem, ne scilicet alioquin eueniat, vt nullibi gentium conueniri possit fideiussor, qui certo loco dare promisit, si numquam ad locum solutioni destinatum velit accedere, *d. l. 1. de eo quod cert. loc.* Et ita conciliandæ est hæc lex cum *d. l. centum Capuæ 8. eod.* Nō quomodo illi putant, qui in diuersitate formulæ fideiussoriæ diuersitatis rationem constituunt, aut quomodo Castrensis, qui differentiæ causam ex eo petendam esse putant, quòd vsuræ cæteraque actiones debeantur ex iudicio bonæ fidei ex natura actionis, licèt officio iudicis potiùs quàm iure obligationis, vt in specie huius legis, ex iudicio autem stricto præter naturam actionis, quasi verò in specie *d. l. centum*, vsuræ debeantur actione ex stipulatu, ac non potiùs actione arbitraria, aut quasi arbitraria illa actio non alia sit, quàm quæ ab initio stricta fuerit, posteáque denegauerit in arbitratiam, quod vtrumque nos refutauimus. Est autem longè minùs probabile quod Accursius, vt Ioannis sententiam tueatur, respondet id quod scriptum est in *d. l. centum* ad eum fideiussorem pertinere, qui pro certa tantùm summa & quantitate fideiusserit, puta pro sorte sola, non etiam pro vsuris, vt in *l. solutum 11. §. si in sortem, supr. de pignor. act. l. si fideiussores 41. l. penult. infr. de fideiuss. d. l. 2. §. vlt. supr. qui satisd. cogant.* Nihil enim est in *d. l. centum*, ex quo probari possit, vel coniici fideiussorem in ea specie, pro certa duntaxat quantitate interuenisse, non etiam pro actione pecuniæ creditæ simpliciter, ac proinde in omnem causam illius actionis strictæ, at non etiam in causam actionis quoque arbitrariæ. Illa sanè distinctio necessaria est, tum quoque cùm agitur de fideiussore actionis bonæ fidei,

BIU Cujas

fidei, an fideiusserit per verbum præsentis temporis, de eo quod colonum dare facere oportet, an verò simpliciter & iis verbis quæ vel apta sint futurum etiam tempus comprehendere, vel saltem non repugnent. Priore namque casu non potest fideiussoris obligatio augeri ex mora rei principalis, repugnantibus scilicet verbis quæ ad præsens tempus restricta sunt *l. si stipulatus* 76. §. 1. *l. si à colono* 89. *de verb. oblig. iuncta l. si à colono* 58. *de fideiuss.* Alioqui sufficeret verba non omnino repugnare, quamuis nec omnino conuenirent *l. talem institutionem* 51. *in fin. de hered. instit.* Miror verò Accursium hîc scribere Constitutiones de quibus Paulus initio huius legis loquitur, & quibus cauetur, Eos qui pro aliis pecuniam exsoluerint, sortis solum modo damnum agnoscere oportere, in libris nostris nullas esse. Nam imò verò extant apud Paulum in *d. l. fideiussores magistratuum* 68. *in princip. &* §. 1. *de fideiuss.* quæ sumpta est ex eiusdem libro tertio decretorum; & in qua refert decretum fuisse ab Imperatore scilicet Antonino, cuius temporibus floruit, & à cuius consiliis intimis fuit, vt neque fideiussores magistratuum in pœnam vel mulctam quam non spopondissent conueniri possent, neque fideiussores conductionis vectigalium in vsuras quas non promisissent, si modò non in omnem conductionis causam, vel simpliciter, sed pro certa duntaxat quantitate fidem suam obstrinxissent. Certum enim est etiam fideiussoris obligationem in futurum cõcipi posse *d. l. si à colono, & l. non quemadmodum* 35. *supr. de iudic.* Nec proinde illud etiam verum est quod alij volunt, de pœna tantùm locutas fuisse constitutiones, non etiam de vsuris vt constat ex *d. l. fideiussores* §. 1. Sanè differentia constituenda est inter eos qui pro aliis conueniuntur ex contractu, & eos qui pro alio ex officio quod is administrauerit. Illi enim non tantùm in damnum sortis substitui solent, sed etiam in vsuras. Hi verò non item *l. Lucius* 21. §. *Paulus infr. Ad municip.* Ex qua differentia tanto magis intelligimus fideiussores pro iis interuenientes qui ex contractu obligati sunt, qnamuis simpliciter accepti sint, in vsuras tamen teneri etiam quas specialiter non promiserint. Nam & fideiussores magistratuum ad vsuras quoque haud dubiè tenerentur, si eas promisissent, ad quas tamen alioqui non tenentur, non magis quàm ad pœnam, de qua in *dict. l. fideiussores magistratuum, & in l. libertus* 17. §. *vlt. ad municip.* Alia causa est patris vel domini, qui actione Mandati, vel Quod iussu, conuenitur de eo quod mandante, aut iubente illo contractum fuerit, cum filiofamilias, vel seruo, de quo in *l. si mandator* 8. *C. quod cum eo qui in alien. potest.* Specialiter enim de vsuris eum mandasse, vel iussisse necesse est, vt alterutra illarum actionum teneatur. Nempe quia neque dominus, neque pater iis actionibus tenetur, nisi quatenus iussit, neque pignoris obligatio, de qua ibi agitur, locum habere potest in iis rebus quas filiusfamilias aut seruus, non ex voluntate patris vel domini obligauerit, *leg. dominum* 3. *supr. Quod iussu.* Cæterùm quod diximus fideiussorem qui in omnem conductionis causam fideiusserit, ad vsuras quoque se obligasse, quas colonus ob moram suam debeat. In eo quoque fideiussore dictum videri debet, qui vel iudicatum solui vel indemnitatem promiserit, vt in fine primi huius responsi Paulus scribit. Nimirum quia fideiussor iudicatum solui semper obligationem suam concipit in futurum: eámque refert ad id quod iudicabitur, aut potiùs quod iudicatum erit. Ideóque nec nisi post rem iudicatam dies eius stipulationis cedit *l. 1. l. pen. & pass. infr. Iudicat. solu.* Indemnitas verò non plenè præstatur à fideiussore indemnitatis si sortis duntaxat non etiam vsurarum aliarúmve accessionum damnum hic fideiussor agnoscere cogeretur, *l. 1. & 2. C. si mat. indemnit. promis.* In eo tamen differt hîc fideiussor indemnitatis à cæteris, & fauorabilior est, quod nunquam nisi posterior conuenitur, nec nisi de eo tantùm quod à principali debitore seruari non potuerit, quem proinde excuti ante omnia iam olim oportebat, id est, etiam ante inductum à Iustiniano, & omnibus accommodatum fideiussoribus beneficium non factæ excussionis, *Nouell.* 4. *de fideiuss.* vnde sumpta est *Auth. præsente C. eod. ti.* Hoc ipsum enim sonat verbum indemnitatis, vt notat hîc Bartolus ex *l. decem stipulatus* 116. *de verb. oblig. l.* 1. *C. de sentent. qui sine cert. quant. profer. l.* 1. *C. de conuen. fisc. debit. libr.* 10. *tit.* 2.

a *Vsuræ enim in bonæ fidei iudiciis.* RAT. DVB. Tantundem potest officium iudicis in bonæ fidei iudiciis, quantum in stipulatione potest nominatim facta eius rei interrogatio, *l. quia tandundem* 7. *supr. de negot. gest.* Atqui vsuræ in stipulationem nominatim deductæ debentur iure obligationis, vt nemo non videt. Ergo & eæ, quæ officio iudicis veniunt in actionẽ ex locato aduersus conductorem. Idque sentire videtur Pomponius in *l. vsuræ pecuniæ* 121. *de verb. signif.* vbi ait, vsuram pecuniæ quam percipimus, in fructu non esse, quia non ex ipso corpore, sed ex alia causa est, id est, inquit, ex noua obligatione.

DEC. Cùm dicimus tantundem posse officium iudicis in bonæ fidei iudiciis, quantum in stipulatione, potest eius rei facta nominatim interrogatio, non tam ad potestatem & rationem iuris, quàm ad rei effectum respicimus. Effectus enim idem est, sicuti cùm dicimus doli exceptionem quæ contra actionem ex stipulatu aliáve actiones stricti iuris, specialiter ac nominatim opponenda est inesse bonæ fidei iudiciis ipso iure, *l. sed si ideo* 21. *solut. matrim. l. huiusmodi* 84. §. *qui seruum, de legat.* 1. Cæterùm id quod dicitur deberi obligationis iure, opponi solet in libris nostris ei quod debetur iure obligationis, vt in *l. qui per collusionem* 49. §. 1. *supr. tit. prox. l.* 4. *C. depositi.* in eamque rem textus in hac lege est omnium elegantissimus. Quod autem scriptum est in *d. l. vsura pecuniæ*, Vsuram non esse ex corpore pecuniæ quæ debetur, sed ex noua obligatione, nihil aliud est, quàm quod Papinianus aliter, sed elegantiùs scribit in *l. si nauis* 62. *de rei vindic.* vsuram non natura percipi, sed iure, nimirùm ex conuentione quæ obligationem parit, cùm nec aliud sit obligatio, quàm iuris vinculum, vt Iustinianus definit in *Instit. de oblig.* Pecunia enim sterilis res est, neque pecuniam aliam gignit, vnde nascitur etiam odium vsuratum, vt alibi sæpe scripsimus.

1 ¶ Inter locatorem fundi & conductorem conuenit, ne intra tempora locationis eius conductor de fundo inuitus repelleretur: etsi pulsus esset, pœnam

BIU Cujas

decem præstaret Titius locator Seio conductori: vel Seius conductor Titio, si intra tempora locationis discedere vellet, æquè decem Titio locatori præstaret. quod inuicem de se stipulati sunt. quæro, cùm Seius conductor biennij continui pensionem non solueret, an sine metu pœnæ expelli possit? Paulus respondit. quamuis nihil expressum sit in stipulatione pœnali de solutione pensionum: tamen verisimile esse, ita conuenisse de non expellendo colono intra tempora præfinita, si pensionibus paruerit, & vt oportet, coluerit. & ideo si cœperit petere pœnam is, qui pensionibus satis non fecit: profuturam locatori doli exceptionem.

Ad §. 1. Inter locatorem.

RAT. DVB. In stipulatione pœnali nihil aliud quæritur, nisi quænam sit quantitas & condicio stipulationis, *l. stipulatio ista 38. §. alteri, in fi. inf. de verb. oblig.* Atqui in proposita specie ponimus per stipulationem pœnalem conuenisse, ne intra locationis tempora conductor de fundo expelli posset, si expelleretur, decem locator conductori præstaret. Ergo si ante finitum locationis tempus expulsus sit conductor, dicendum est pœnalem stipulationem commissam esse, ex eáque locatorem ad pœnam omnimodo & efficaciter conueniri posse. Nec ad rem facere quod conductor pensionibus non paruerit, cùm in lege & condicione stipulationis nihil expressum sit de solutione pensionum, in stipulationibus autem omnibus, quicquid expresè verbis comprehensum non est, pro omisso haberi debeat, *l. quicquid ad stringendæ 99. de verb. obligat.*

DEC. Etiam in stipulationibus, perinde atque in aliis contractibus, siue bonæ fidei sint, siue stricti iuris, inspiciendum maximè, ac primum est, quid actum sit, *l. semper in stipulationibus 34. de regul. iur. l. 3. supr. de reb. credit.* Atqui verisimile est id actum esse inter locatorem & conductorem, & silentio conuenisse inter locatorem & conductorem, cùm pœnalis stipulatio interponeretur, vt ita demùm expelli non posset colonus intra tempora præfinita, si pensionibus parêret, ac fundum, vt oportebat, coleret, quamuis de ea solutione pensionum nihil in ipsa stipulatione expressum sit. Pendent enim stipulationes omnes, etiam pœnales, ex negotio contracto, *l. 5. infr. de verb. obligat.* Negotij autem quod gerebatur, id est, locationis & conductionis natura illa est, vt cùm sit contractus vltrò, citroque obligatorius, impleri eum, & fidem seruari ex vtraque parte oporteat *l. Iulianus 13. §. offerri supr. tit. prox. l. cùm proponas 21. C. de pact.* Ergo si colonus pensionibus non satisfecerit, & nihilominus pœnam ex stipulatione petat, doli mali exceptione saltem repellendus est. Dolo enim facit qui fidem quam seruare ipse ex sua parte nolit, ab aduersario tamen sibi exhiberi desideret. Tritum enim & vulgare est nostrorum illud brocardicum, Frangenti fidem fides frangatur eidem *d. l. cùm proponas l. si diuersa pars 14. C. de transact. l. cùm te. 6. C. de pact. int. empt. & vendit.* Ergo inquies, negandum est commissam esse stipulationem, cùm ipsius condicio hæc saltem tacita non extiterit, sed defecerit. Ob eamque nimirum causam coguntur nostri dicere stipulationem hanc pœnalem non esse condicionalem, sed modalem, & in dubio talem præsumi debere, vt non ideò prohibeamur dicere stipulationem puram esse. Nec enim modus impedit ne pura sit stipulatio, quomodo condicio impediret. Quamuis dici soleat, in vltimis voluntatibus parum differre modum à condicione *l. 1. C. de his quæ sub. mod. legat. vel fideic. reling.* Quod in contractibus diuersum est *l. cùm ab eo 41. supr. de contr. empt.* Ego verò etsi non puto improbabilem hanc nostrorum traditionem, quia condiciones omnes odiosæ sunt, tanquam quæ actus validitatem destruant si defecerint, suspendant autem interim quandiu in eo sunt, vt vel existere possint vel deficere: probabilius tamen arbitror in hac specie puram esse stipulationem, non tam quod modalis sit, vt nostri volunt, quàm quia condicio illa tacita quæ huic stipulationi inesse creditur. Si colonus pensionibus paruerit, & fundum rectè ac vt oportet coluerit, non potest facere stipulationem condicionalem, quandoquidem multum interest si quid tacitè contineatur, an verò verbis exprimatur *l. si ita legatum 65. §. 1. de legat. 1. l. eum qui certarum 138. §. 1. de verb. oblig.* Remanet ergo pura stipulatio nil obstante condicione tacita, quamuis ex ea dilatione ipsa inducatur vt in *l. interdum 74. eod. tit. iunct. l. nec emptio 8. supr. de contr. empt.* Mirum igitur non est in specie huius legis agi ex stipulatione pœnali ad pœnam, quasi commissam ipso iure, quamuis conductor ex parte sua contractum non impleuerit. Sed vtilis tamen erit locatori exceptio doli, cùm dolo faciat conductor, vt diximus. Erit autem ideò necessaria doli exceptio, quia non sicut iudiciis bonæ fidei, ita & stipulationibus, cæterisque actionibus stricti iuris exceptiones doli insunt *§. in bonæ fidei Instit. de action.* Nisi ponas insertam stipulationi doli clausulam, quæ & inseri olim solebat, de qua in *l. doli clausula 119. l. ex ea parte 121. in princip. l. si ita quis 135. §. vlt. de verb. oblig. iunct. l. si id quod aurum 22. eod.* Hinc verò à simili infert Bartolus, Eum qui sub pœna promisit se non petiturum, reduci arbitramentum ad arbitrium boni viri posse, nihilominùs eam reductionem petere si arbiter inique fuerit arbitratus. Quasi habeat hæc promissio tacitam illam condicionem, si arbiter æque arbitratus fuerit. Quod tamen vereor ne non sit probabile, cum è contrario non alio casu possit arbitramentum reduci ad arbitrium boni viri quàm si fuerit iniquum. De quo tamen videnda sunt quæ in hanc rem pluribus scripsimus ad *l. diem proferre 27. §. stari supr. de recept. & ad l. societatem mecum 76. supr. Pro socio.* Illud magis probo quod idem Bartolus adiicit, Si quis filium promiserit non exheredare, intelligi debere promissionem, nisi causam iustam exheredationis filius dederit ex *l. quidam cùm filium 132. de*

verb.

BIU Cujas

verb. oblig. Itemque si promiserim te non offendere, intelligendum hoc esse, nisi offensionis causam præbueris ex *l. qui seruum 96. eod. tit.*

a *Quæro, cum Seius conductor biennij continui pensionem non solueret.* Hinc nostri colligunt, Non debere nec posse conductorem expelli à locatione ante biennium, quamuis cesset in solutione pensionis, Ex *l. cùm domini 56. infr.* Quod tamen intelligunt in colono de quo non expellendo conuenerit, vt in hac lege, aut qui absens sit nec reperiatur, vt in *d. l. cùm domini.* Non etiam in eo qui pactum non sibi cauerit, & qui præsens sit. Hunc enim statim atque cessauit in soluenda pensione expelli posse ex *l. ade 3. C. hoc tit. iunct. l. penult. in princip. infr.* Neque hoc casu prodesse colono quicquam potest, quod locatoris bona omnia obligata habeat, & specialiter ea quæ locata sunt, etiam adiecta, si voles, vt solet adiici, clausula constituti, quoniam ea quoque pignorum obligatio tanquam accessoria eandem illam condicionem tacitam recipit quam principalis, si debitor pensionibus satisfecerit. Iidem interpretes nostri separant, nec malè, colonum simplicem ab emphyteuta, quem constat non aliter ab emphyteusi, quæ ipsa locationi viciniſſima est, expelli posse, quàm si in canonis annui solutione per triennium cessauerit ex *l. vlt. C. de iur. emphyt.* Ne tam facile tam graui damno adficiatur quantum illud est quod incurrit ex amissione dominij quod nostri vtile vocant, vt Castrensis hîc ratiocinatur. Sed hoc in emphyteuta priuati. Nam ad expellendum emphyteutam, ecclesiæ cessatio solutionis pensionum per biennium sufficit *Auth. qui rem C. de sacros. eccles.* fauore scilicet ac priuilegio Ecclesiæ.

2 ¶ Paulus respondit. seruus, qui æstimatus colonæ adscriptus est, ad periculum colonæ pertinebit. & ideo æstimationem huius defuncti ab hærede colonæ præstari oportebit.

Ad §. vlt. Paulus.

RAT. DVB. Periculum regulariter ad dominum pertinet *vulg. l. quæ fortuitis 6. C. de pignor. act.* Atqui dominium rei locatæ non transit in conductorem, sed penes locatorem remanet, quia non solet locatio dominium transferre *l. non solet 39. supr.* Ergo si cum fundo aliquo seruus colonæ adscriptus sit, quamuis æstimatus, periculum tamen eius à colona præstari non debet. Cùm æstimatio facere non possit, quin ex causa locationis non venditionis colona eum habuerit. Sunt enim omnino diuersi & separati contractus venditionis & locationis *l. penult. in fin. supr. de contr. empt.* quamuis magnam inter se adfinitatem & similitudinem habeant *l. 2. hoc tit.*

DEC. Æstimatio facere solet emptionem *l. 1. §. vlt.* vbi dicemus latiùs *infr. tit. prox.* Nec minùs in locatione quàm in cæteris contractibus *l. 3. supr. hoc tit. l. 2. §. vlt. & l. 3. infr. Pro emptor. l. vnic. §. cumque ex stipulatu C. de rei vxor. act.* Ergo facit etiam vt periculum serui colonæ adscripti, in colonam transferri debeat, quod in alium emptorem quemlibet perfecta emptione transferretur *l. necessariò 8. & pass. supr. de peric. & commod. rei vendit. §. cùm autem Instit. de empt. & vendit.* Consequens igitur est quod Paulus infert, æstimationem serui huius defuncti ab eo qui colonæ heres extiterit, præstari locatori oportere, quamuis nullus in eo colonæ dolus interuenerit, vt benè Accursius noster interpretatur. Sed malè addit *Vnde non tenetur in plus nisi in precium.* Nihil enim dolus potest adiicere ad condemnationem eius qui periculum in se omnimodo receperit. Et alia species est quæ tractatur in *l. si seruus 61. §. circa commodatum infr. de furt.* vbi non de locatione agitur, sed de commodato seruo, nec tamen æstimato. Nam & in æstimato seruo qui commodatus sit, idem ius obtinet quod in locato *l. si vt certo 5. §. & si fortè supr. Commod.* Et totus ille tractatus Africani in *d. l. si seruus*, ad eum seruum pertinet qui non sit æstimatus, & cuius nomine noxali actione conueniri dominus possit. Viuo igitur seruo, non mortuo.

55. IDEM lib. II. Sententiarum.

DOminus horreorum effractis & compilatis horreis non tenetur, nisi custodiam eorum receperit. serui tamen eius, cum quo contractum est, propter ædificiorum notitiam in quæstionem peti possunt.

Ad l. Dominus horreorum 55.

RAT. DVB. Periculum rei cuiuslibet ad dominum pertinet, vt proximè diximus ex *l. quæ fortuitis 6. C. de pignor. act.* Ergo dominus horreorum quæ compilata & effracta sunt, teneri debet conductori, quamuis custodiam eorum non receperit. Quò pertinere videtur, quod scriptum est ex Labeone in *l. cùm in plures 60. §. vlt. infr.* horrearium conductoribus horreorum rerum custodiam præstare debere. Ideoque solebant locatores horreorum propositum habere se custodiam earum rerum non recipere quæ in horrea inferrentur, vt in *§. locator eadem lege.*

DEC. Aliud est de horreorum periculo tractare, aliud verò de periculo earum rerum quæ in horreum inferuntur. Prius quidem periculum ad horrearium eundemque dominum & locatorem horreorum pertinet, posterius verò ad conductorem qui & ipse rerum in horrea illatarum dominus est. Nisi ponas culpam aliquam locatoris interueniſſe, scilicet leuem vel probatam vel præsumptam, vt in specie *l. 1. C. hoc tit.* puta si quid ex depositis rebus extrinsecus illæsis horreis perierit: quo casu etiam dolum præsumi Castrensis hîc notat. Cæterùm neque de leuissima culpa neque de casu fortuito & vi maiore locator teneri debet *d. l. 1.*

BIU Cujas

nisi custodiam in se receperit, vt scriptum est in hac lege. Quisquis enim custodiam in se recipit, periculum quoque in se recipit, ac proinde etiam casus fortuiti, & effractura latronum, vt hic locus omnium apertissime probat *iunct. d. l. 1. & l. ex diui 4. eod. tit. & d. l. cùm in plures 60. §. vlt. §. cùm autem versic. quòd si fugerit Instit. de empt. & vendit.* secundum ea quæ contra Accursium & Bartolum disputauimus ad *l. opus 36. supr. hoc tit.* vbi tamen excepimus vim maiorem quæ præuideri, & cui resisti non potuerit. Quid enim potest custodia aduersus vim maiorem prodesse? *l. ad eos 19. supr. Commod. l. si ea res 31. in princip. supr. tit prox. l. sed de damno 41. hoc tit.* Separandus igitur est casus fortuitus à vi maiore. Multi enim casus fortuiti accidunt, quos diligentissima custodia prohibere posset, quæ si non interuenerit, adest culpa saltem leuissima quæ periculo casus fortuiti obnoxium facit eum qui custodiam in se recepit *l. 3. supr. de peric. & commod. rei vendit.* adeò vt nec omnino casus fortuitus videatur dici posse, quem culpa aliqua etiam leuissima præcedit; cùm tamen vis maior numquam ex minùs diligenti custodia causam trahat. Iunge *l. item quæritur 13. §. si gemma hoc tit.* Ergo si neque in culpa leui sit dominus horreorum, neque custodiam in se receperit, & effracta à latronibus ac compilata sint horrea, non ad aliud teneri locator debet, quàm vt custodes conductori exhibeat, nec vltra periculo obnoxius est, ex diui Antonini Pij literis quas refert Imp. Alexander in *d. l. ex diui 4. C. hoc tit.* vbi tamen additur, quod nos volumus, si domini horreorum etiam ipsi nominatim custodiam repromiserint, fidem (sic enim legendum est, non *idem*, vt in *l. penult. C. de rer. permut.*) exhibere eos debere, id est periculum præstare, acsi nominatim quoque periculum cum custodia ipse recepisset. Quamuis duriùs obligetur is qui periculum quoque quàm qui custodiam tantùm in se recipit, adeoque tametsi pro custodia mercedem recipiat, vt in *l. qui mercedem 40.* quæ ad hunc solum casum pertinet *supr. hoc tit.* vbi de hoc scripsimus. Quid igitur si horreorum claues locator conductori tradiderit? Hocipso videtur se à custodia liberare, eiusque onus in conductorem reiicere, cùm traditio clauium etiam dominium & possessionem horreorum & mercium in horreis reconditarum transferat in accipientem, si venditio præcesserit, & claues apud horrea traditæ sint *l. clauibus 77. supr. de contr. empt.* Idem est, si custodes ipse conductor non locator adhibuerit. Valde namque refert à quo custodes adhibiti sint: nec apertius quis potest onerare se custodia, quàm si adhibeat custodes *l. si vt certo 5. §. si de me supr. Commod.* Et in hoc quoque interpretes omnes consentiunt. Ego addo, nec cogendum esse hoc casu locatorem, vt seruos suos conductori exhibeat tanquam tormentis & quæstioni subiiciendos vt in hac lege scriptum est & in *d. l. ex diui.* Cùm imputare sibi debeat conductor qui neque locatoris, neque domesticorum eius fidem secutus, alios custodes eligere & adhibere maluerit, nec satis diligentes adhibuerit. Est & alia distinctio necessaria, quam nec interpretes nostri prætermiserunt, an tota horrea, an eorum partem duntaxat dominus locauerit, scilicet cùm separata sunt ab habitatione locatoris, vt si locauerit in totum & claues tradiderit, nullomodo ad custodiam teneatur, ac ne quidem ad exhibendam familiam suam si non aliter in locando conuenerit *d. l. cùm in plures §. vlt. infr.* Nisi ponas, inquit Castrensis, horrea esse infra domum habitationis locantis, & sub vna clausura, vt ipse loquitur, domus principalis. Hoc enim casu licet tota horrea locata essent & claues traditæ, non putat ille liberatum esse totaliter locatorem à custodia, si propter aperturam domus suæ damnum horreis contigisset. Eoque referendum esse quod scriptum est in *d. l. cùm in plures §. locator horrei.* Si vero cùm ampla essent horrea, partem duntaxat eorum dominus locauerit, tum teneatur de custodia, siue claues retinuerit, siue custodes posuerit, nisi ex conductoris voluntate eos elegerit, alioqui liberetur exhibendo custodes, sicut & si custodiæ renunciasset. Et ita totus hic tractatus alioquin satis perplexus, meo iudicio, elucidandus est.

1 ¶ In conducto fundo, si conductor suâ operâ aliquid necessariò vel vtiliter auxerit, vel ædificauerit, vel instituerit, cùm id non conuenisset: ad recipienda ea, quæ impendit, ex conducto cum domino fundi experiri potest.

Ad §. 1. In conducto.

RAT. DVB. Qui in alieno fundo quem alienum esse scit, hoc ipso impensam donare videtur *l. si seruus seruum 27. §. si oliuam supr. ad leg. Aquil.* Cùm ædificia quæ alieno loco imponuntur, solo cedant & naturali & ciuili ratione *l. 2. infr. de superfic. l. qui res 98. §. aream de solut. l. si is contra quem 3. C. de ædific. priuat.* Atqui conductor non potest ignorare alienam esse rem quam conduxit, cùm rei propriæ locatio non consistat *l. neque pignus 45. de regul. iur. l. si aliquam rem 28. infr. de acquir. poss.* Ergo si conductor in conducto fundo aliquid sua opera ædificauerit vel instituerit quamuis necessariò, aut vtiliter, non debet tamen habere actionem ex conducto ad recipienda ea quæ impendit, præsertim si de eo faciendo nihil in locatione conuenerit, quomodo in specie huius §. nihil conuenerat, vt Paulus ponit. Videtur enim hoc casu conductor improbè facere & animo locatoris onerandi potiùs quàm augendæ & meliorandæ rei conductæ gratia vt in *l. si seruos 25. supr. de pignor. act. l. vtilium 8. infr. de impens. in res dotal. fact. l. in fundo 38. supr. de rei vindic.*

DEC. Actio ex conducto datur conductori ad ea omnia consequenda, quæ locatorem ex bona fide præstare æquum est *l. ex conducto 15. §. 1. supr.* Atqui ex bona fide & ex æquitate est vt locator restituat conductori quicquid conductor bona fide impendit in rem locatam meliorandam, ne alioqui locator ex iactura & damno conductoris locupletetur, quod semper iniquum est & contra ius naturæ *l. nam hoc natura 14. supr. de condict. indeb. l. iure naturæ 206. de regul. iur.* Ergo non potest recusare locator si impensas siue necessariò siue vtiliter à conductore factas recusat soluere, quominùs actione ex conducto conueniatur, vel vt eas saltem tolli patiatur, si modò sine rei detrimento tolli possint vt

in *l. sed*

in l. sed addes 19. §. si inquilinus ostium 4. vbi diximus supr. hoc tit. vel vt impensam restituat l. colonus 61. infr. iunct. l. 1. C. mandat. Siquidem necessariæ impensæ eæ dicuntur, quæ si factæ non essent, res aut peritura aut deterior futura fuerit. Vtiles verò quæ rem in quam factæ sunt, meliorem ac pretiosiorem effecerunt l. impensæ 14. de impens. in res dotal. fact. l. impensæ 79. de verbor. signific. Quarum omnium fauor tantus est, vt in prædonis quoque persona earum rationem haberi oporteat l. planè 37. & seq. supr. de heredit. petit. Sanè si constaret mala fide impensas huiusmodi factas esse, vt longioris retentionis ius tribuerent conductori, & difficiliorem locatori facerent rei conductæ persecutionem (quia cui damus actionem, multo magis retentionem dare nos oportet l. 1. infr. de pignor.) non esset dignus conductor, cui hanc ob causam dari deberet siue actio siue retentio. Nec enim bonæ fidei contractus dolum vllum potest admittere l. tenetur 6. §. vlt. supr. Tit. prox. & d. l. si seruus. Quamquam nec extra bonæ fidei contractus malitiis vnquam indulgendum est d. l. in fundo. Ergo neque delicatus locator neque onerosus conductor audiri debebit, quamuis non possint impensæ huiusmodi oneri esse locatori in cuius arbitrio est, vt eas tolli patiatur d. §. si inquilinus. Quod nec prædoni denegatur l. vtiles 39. in fin. de hered. petit. Intellige tamen, nisi inter locatorem & conductorem conuenerit, quomodo plerumque hodie conuenire solet, vt non liceat conductori impensas vllas in rem locatam facere nisi vocato prius & consentiente locatore, ne possit conqueri oneratum se superuacuis impensis, quod olim tum solum obtinebat, cùm de impensis vtilibus in res dotales factis tractabatur, quarum neque exactio neque retentio aliter competebat, quàm si ex voluntate mulieris factæ essent l. vtilium 8. de impens. in res dotal. fact. l. vnic. §. sed nec ob impensas C. de rei vxor. act.

2 ¶ Qui contra legem conductionis fundum ante tempus sine iusta ac probabili causa deseruerit, ad soluendas totius temporis pensiones ex conducto conueniri potest: quatenus locatori in id, quod eius interest, indemnitas seruetur.

Ad §. vlt. Qui contra.

RAT. DVB. Pensiones à conductore non debentur nisi in vicem fructuum, quos percipit ex re conducta. Ideoque si pro parte tantùm temporis fructus sit, non nisi ad ratam illius temporis quo fruitus sit, pensiones debentur l. si quis domum 9. §. 1. & §. Imperator supr. hoc tit. Ergo si conductor locationem deseruerit, quamuis ante tempus ac sine iusta vlla & probabili causa, ad soluendas tamen totius temporis pensiones actione ex conducto conueniri non potest.

DEC. Non tam ob fruitionem quàm ob patientiam fruendi à locatore præstitam debentur ei pensiones, quia sufficit, vt locator cõductori præstet frui licere l. ex conducto 15. §. 1. supr. Atqui non ideo minùs præstat conductori, vt ei frui liceat, quod is frui nolit, si modò potuerit frui si voluisset. Sibi namque imputet qui frui noluerit, cùm posset. In omnibus si quidem causis pro facto accipitur id in quo per alium mora sit, quominùs fiat, vt habet iuris regula l. in omnibus 39. de regul. iur. Sed & facit contra legem conductionis ille qui ante tempus fundum conductum deserit sine vlla probabili &, iusta causa l. si in lege 24. §. si domus l. habitatores 27. §. 1. & seq. supr. hoc tit. Multo magis quàm qui fundum locatum aut minùs rectè aut omnino non colit l. ea lege 51. supr. Plus enim est conductionem omnino deserere, cùm ex ea causa eueniat plerumque, vt fundus ob cessationem culturę deterior fiat l. videamus 11. §. item prospicere & d. l. habitatores 27. §. vlt. iunct. l. si merces 25. §. conductor supr. Ergo vel ob hoc ipsum teneri debet conductor actione ex locato quod contra legem cõductionis fecerit, quemadmodum & locator ex cõducto teneretur, si quid contra legem conductioni fecisset d. l. ex conducto §. 1. d. l. videamus §. vlt. & d. l. si merces §. conductor. Itaque non in hoc tantùm puniendus est conductor, quod totius temporis etiam quo fundum deseruit, pensiones præstare cogitur, sed etiam in eo vt in omne id quod locatoris interest, teneatur. Alioqui non præstaret ei plenissimam indemnitatem si non omne damnum sarcire cogeretur, vt in fine huius §. Paulus scribit, vbi tamen actionem ex cõducto dixit pro actione ex locato, quæ locatori competit aduersus conductorem, vt & Accursius noster benè interpretatur.

56. IDEM libro singulari de officio præfecti vigilum.

CVm domini horreorum, insularúmque desiderant, diu non apparentibus, nec eius temporis pensiones exsoluentibus conductoribus, aperire, & ea, quæ ibi sunt, describere: à publicis personis, quorum interest, audiendi sunt. tempus autem in huiusmodi re biennij debet obseruari.

Ad l. Cùm domini 56.

RAT. DVB. Quod inuito te præsente fieri potest, multo magis potest te absente & ignorãte l. qui potest inuitis 26. de regul. iur. Atqui potest locator conductorem, qui non soluit pensionem statim expellere, quamuis præsentem & inuitum, nec biennij finem expectare cogitur, vt diximus ad l. quæro 54. §. inter locatorem supr. Ex l. 3. C. hoc tit. Ergo idem multo magis dicendum est, si horreorum conductores diu non appareant, nec pensiones conductionis exsoluant.

DEC. Excusationem magis meretur conductor qui absens quàm qui præsens est. In absente enim præsumimus tandiu cessare illum in solutione propter absentiam suam potius, quàm quòd malam fidem habeat *argum. leg. si ideo 55. infr. de euict. l. Papinianus 8. §. meminisse, versic. proinde supr. de inoffic. testament.* Quod non similiter de præsente conductore dici potest, qui nec soluit pensionem, nec iustam causam allegat vllam, ob quam soluere

BIU Cujas

non debeat. Præsens igitur conductor si in soluenda pensione moram contraxerit, expelli statim potest. Absens verò non priùs quàm biennium præterierit. Nam & tempus illud deduci olim solebat in conuentionem, si quando paciscebantur contrahentes, ne intra certum tempus conductor expelleretur *d. §. inter locatorem.* Elapso autem biennio locatori ita desideranti prospiciendum est. Quemadmodum hîc Paulus scribit, vt scilicet liceat eis & horrea aperire, & omnia quæ ibi sunt describere, præsentibus & interuenientibus honestis publicisque personis, ad quarum officium id pertineat, qui legis huius si non textus saltem sensus est. Ratio autem dubitandi ad hanc legis sententiam illa est, quod in inquilini domo non debeat locatori licere rimari & id facere per quod fortassis futurum sit, vt secreta patrimonij pandantur, quod tamen per huiusmodi inuentarium & descriptionem euenire solet *l. 2. C. de alim. pupill. præst. l. 2. vers. quid enim tam durum C. quand. & quib. quart. pars debet. libr. 10. tit. 34.* Sed decidendi ratio est, quòd omnia quæ in horrea locatoris ab inquilino vel conductore illata sunt, hoc ipso tacitè sint locatori obligata pro pensione *l. si horreum 3. infr. In quib. caus. pign. vel hypoth. tacit. contr.* Habet ergo locator ius & aperiendi horrea quæ locauit, & describendi res omnes in ea illatas, vt sibi tanto magis cautum habeat de pensione. Ab eo namque tempore quo id factum est, posteaque precluſum ostium videtur pignus quod antea non fuerat, nisi tacitum fieri quodammodo expressum, & manifestarium, vt eleganter tractat Cuiacius *lib. 17. Obseruat. cap. 39. ex l. penult. eod. tit.* Si tamen vellet locator aperire horrea nec præterea curare describi omnia quæ in horreis essent, aut si descriptionem quidem fieri curaret, sed propria sua authoritate non per iudicem & magistratum & domesticis tantùm personis, non etiam publicis interuenientibus, non solum audiendus non esset, sed vtique condemnandus eo nomine actione ex conducto. Et quidem, vt opinor, quanti conductor in litem iurasset, quia vix esset, vt sine dolo malo id fieri posset, & in omnibus bonæ fidei actionibus per quas id quod nostrum est, persequimur, iurari in litem potest *l. 2. l. in actionibus 5. supr. de in lit. iur.* Solebant namque in horrea inferri preciosa quæque velut aurum, argentum, margarita, & si quid aliud pretiosius est, vt apparet ex *l. 3. §. effracturæ supr. de offic. præf. vigil. l. cùm in plures 60. §. locator horrei infr.* Nec quod in iis omnibus illatis locator ius taciti pignoris habuisset, excusare eum posset quominùs vim fecisse videri deberet *l. extat 13. supr. Quod met. caus. iunct. l. si quando 9. C. vnde vi.* Ex quo intelligimus vt hoc quoque obiter adnotemus, quàm intolerabile sit, quod tamen apud nos frequentissime accidit, ex pragmaticorum inueterato errore, vt vxoribus liceat defuncto marito bona ipsius omnia inuadere, prætextu generalis hypothecę, siue expressæ siue tacitæ quã ex bonis mariti habeãt, nullo tamen de iis confecto inuentario. Itemque liberi retenta paternorum omnium bonorum possessione per decem fortè aut viginti, pluréſve annos, si posteà tanquam heredes patris à creditore aliquo hereditario conueniantur, tùm primùm abstinere se dicunt ab hereditate paterna, & obiicienti creditori immixtionem ex tam longa paternarum rerum possessione probatam replicant non alio se iure quàm quasi heredes matris in ea possessione fuisse, quamuis nullam bonorum paternorum descriptionem siue à se siue à matre factam proferant. Digni sanè quibus abstinendi beneficium hoc casu denegetur, quod non nisi in fraudem creditorum nouo consilio ab iis captari manifestissimum est. Nam si eos quoque qui de adquirenda vel omittenda siue patris siue alterius cuiuslibet hereditate deliberant, inuentarium sollenne facere necesse est cum omni subtilitate, vt Iustinianus loquitur in *l. vlt. §. sin autem hoc aliquis C. de iur. delib.* alioquin hereditariis debitis omnibus in solidum teneatur, si non intra datum tempus hereditatem recusauerit, vt ibidem scriptum est. Quanto minùs ferendum est, vt post res paternas per tam longum tempus citra protestationem vllam possessas liceat liberis negare se patris heredes, & bonorum paternorum eam demum quam velint quantitatem profiteri, nullo de iis confecto vnquam inuentario? Cæterùm obserua ex hac lege cum Accursio diu cessare videri conductores in pensione solutionum cùm cessauerunt per biennium. Quamuis alias ea dictio *diu* non minore quàm longo temporis spacio id est decem annorum concludatur vt in *l. si cùm fideicommissa 16. §. Aristo infr. Qui & à quib. manum. liber. non fiant.* Cui iunge *l. Lucius 38. §. 1.* & quæ ibi scripsimus *supr. Mandat.*

57. IAVOLENVS libro nono ex Posterioribus Labeonis.

QVi domum habebat, aream iniunctam ei domui vicino proximo locauerat. is vicinus cùm ædificaret in suo, terram in eam aream ampliùs, quàm fundamenta cæmentitia locatoris erant, congessit. & ea terra adsiduis pluuiis inundata, ita parieti eius, qui locauerat, humore præstito, madefacto, ædificia corruerunt. Labeo, ex locato tantummodò actionem esse ait: quia non ipsa congestio, sed humor ex ea congestione postea damno fuerit: damni autem iniuriæ actio ob ea ipsa sit, per quæ non extrinsecus alia causa oblata, damno quis adfectus est. hoc probo.

Ad l. Qui domum 57.

RAT. DVB. Etiam legis Aquiliæ actio competit, quoties damnum iniuria datum est. Vnde & damni iniuriæ actio appellatur *l. sed etsi 5. §. & pass. supr. ad leg. Aquil.* Nec ob id minùs quod ex causa aliqua extrinseca damnum contigerit, si modo culpa non careat is qui ea actione conuenitur, vt in *l. qui occidit 30. §. in hac eod. tit.* Atqui non caret culpa conductor, qui cùm ædificaret in suo, terram in eam aream, quam conduxerat, congessit, vltrà quàm ferrent fundamenta cæmentitia conductoris, si ex eo factum sit vt ea terra assiduis pluuiis inundata humorem ædificiis præstiterit, vnde factũ sit vt

sit vt posteà corruerint, vt in *l. si quando* 17. §. *vlt. supr. si seruit. vendic.* Quamuis enim non ea cæmentorum illicita congestio, sed humor ex ea congestione posteà damnum dederit, quia prospicere debuit posse hoc euenire, vt in *l. si quis domum* 9. §. 1. *versic. Idem quærit supr. hoc tit.* Culpa enim est non præuidere id quod potest & accidere, & nocere. Alioqui si culpa hæc non esset, neque ex locato agi posset, cùm actio ex conducto non nisi ex culpa lata & leui inducatur, *l. si vt certo* 5. §. *nunc videndum supr. Commod.* legis autem Aquiliæ & damni iniuriæ actio etiam ex leuissima *l. in lege Aquilia* 44. *ad leg. Aquil.* Ergo non tantùm actio ex locato hoc casu locatori danda est, sed etiam directa actio legis Aquiliæ aut saltem actio in factum, vt in specie *l. si fistulæ* 18. *supr. Vrban. prad.*

DEC. Actio damni iniuriæ ob ea tantùm ipsa competit per quæ non extrinsecus alia causa oblata damno quis adfectus est, vt eleganter hîc Iauolenus ex Labeone scribit. Quemadmodum nec directa actio legis Aquiliæ aliter competit, quàm si quis præcipuè corpore suo damnum dederit *l. ita vulneratus* 51. *eod. tit.* §. *cæterùm Instit. eod.* Atqui in proposita specie non ipsa congestio à conductore facta, sed humor ex ea congestione productus damnum ex postfacto dedit, & occasione magis quàm iniuria vt in *l. 2. infr. de riuis.* Ergo legis Aquiliæ & damni iniuriæ actio locum habere hoc casu non potest, sed tantùm actio ex locato. Et longè alia species est *d. l. si fistula* in qua damnum mihi datur ex tuo opere, id est ex fistulis per quas aquam ducis & quas ædibus meis applicasti, atque ita damni quod ædibus meis illatum est, non tantum occasionem, sed etiam causam eámque proximam dedisti, vt proinde mirum videri non debeat quod ibidem Pomponius scribit, dandam mihi eo nomine contra te in factum actionem, id est, vtilem legis Aquiliæ, quam tamen non minùs quàm directam negat Labeo habere hîc locum posse cùm ait, Ex locato tantummodò actionem esse, quam sententiam Iauolenus quoque probat, quamuis miro permotus studio contradicendi Labeoni, quoties vel minimam sibi visus est habere causam reprehensionis.

58. LABEO libro 4. Posteriorum à Iauoleno Epitomatorum.

INsulam vno pretio totam locasti, & eam vendidisti, ita vt emptori mercedes inquilinorum accederent. quamuis eam conductor maiore pretio locauerit, tamen id emptori accedit, quod tibi conductor debeat.

Ad l. Insulam 58.

RAT. DVB. Conuentionis verba generalia generaliter sunt intelligenda, præsertim verò contra venditorem, in cuius potestate fuit legem apertiùs dicere *l. veteribus* 39. *supr. de pact. l. Labeo scripsit* 21. *supr. de contr. empt.* Atqui cùm quis insulam vno pretio totam locauit & vendidit, addita conuentione vt emptori mercedes inquilinorum accederent. Conuentionis huius verba sunt generalia, & ad mercedes quascunque indefinitè pertinentia. Ergo non ad eas tantùm mercedes restringi debent quas conductor venditori debeat, sed ad eas quoque extendi quæ conductori à subconductoribus debentur.

DEC. Credendus in dubio est venditor de iis tantùm mercedibus sensisse quæ ipsi tantùm non etiam quæ conductori debeantur, non solùm quod eas quæ conductori deberentur tanquam ex alieno facto pendentes ignorare probabiliter potuerit *l. vlt. infr. Pro suo.* Sed etiam ne in plus se onerauerit, quàm in id quod minore suo damno & incommodo præstare emptori possit. In quo genere sunt eæ duntaxat pensiones, quæ ipsi debentur, non quæ ipsius conductori *arg. l. vnum ex familia* 67. §. *si rem de legat.* 2. *l. in creditore* 38. *in fin. de euict.* Sed & credibile est ideò pactum huiusmodi à venditore interpositum esse, vt & emptor colono, & colonus emptori stare teneretur, quod alioqui non ita esset vt Bartolus hîc obseruat ex *l. qui fundum* 32. *supr. iunct. l. si merces* 25. §. 1. *eod. tit.* vbi dicitur pactum hoc venditori quoque & eidem locatori prodesse, vt & in *l. Iulianus* 13. §. *penult. supr. Tit. prox.* Nihil autem prodest venditori, etiamsi conueniat vt mercedes conductori debitæ emptori accedant. Ergo de iis duntaxat pensionibus venditorem sensisse credendum est, quæ ipsi soli, non etiam quæ conductori à subconductoribus debeantur. Atque ita Paulus quoque ad Labeonem sensit in *l. si mercedem* 53. *supr. Tit. prox.*

1 ¶ In operis locatione erat dictum, antequàm diem effici deberet: deinde, si ita factum non esset, quanti locatoris interfuisset, tantam pecuniam conductor promiserat. eatenus eam obligationem contrahi puto, quatenus vir bonus de spatio temporis æstimasset. quia id actum apparet esse, vt eo spatio absolueretur, sine quo fieri non possit.

Ad §. 1. In operis.

RAT. DVB. Nihil tam bonæ fidei congruit quàm idipsum seruari & fieri quod inter contrahentes placuit & conuenit *l. cùm venderem* 21. *supr. l. ex empto* 11. §. 1. *supr. Tit. prox.* neque ex arbitrio boni viri interpretationem accipere debet ea conuentio quæ ex contrahentium verbis & voluntate certam legemac condicionem habuit *l. vlt. C. de contr. empt. l. si merces* 25. *in princip. supr. hoc tit.* Atqui ponimus in locatione operis conueniisse de certa die intra quam fieri opus deberet, puta intra Calendas Iunias proximas, deinde adiectum fuisse, vt si ita factum non esset, quanti locatoris interfuisset, tantam pecuniam locatori conductor daret. Ergo si intra eam diem opus factum non sit, recusare non potest conductor quominùs præster locatori quãti eius interest factũ fuisse: nec breuioris tẽporis spatiũ prætexere, cùm nõ de alio cõqueri possit quàm de seipso qui se tãto pere arctauerit, *l. 2. §. si quis tamẽ,*

BIU Cujas

supr. Si quis caution. Nec enim meretur auxilium, qui faciendi necessitatem ipse sibi imposuit, *l. si fideiussor 7. qui satisd. cogant.* Quòd si impossibile fuit intra tam breue tempus, de quo conuenit, opus perfici, non ideò tamen impossibilis est secunda conuentio de præstando eo quod interest, ex duabus autem conuentionibus quoties vna possibilis est, altera impossibilis, nihil vetat impossibilem reiici, possibilem verò retineri, *l. si ita stipulatus 126. §. vlt. de verb. oblig.* Quòd si vtraque impossibilis esset, adhuc tamen probabilius dici posset inutilem vtramque esse; quàm ex arbitrio boni viri corrigendam, cùm non modò stipulationes, sed cæteri quoque contractus omnes per impossibilitatem vitientur, *l. non solùm 31. de oblig. & action.* quasi contrahentium, qui aliquid impossibile adiiciunt, cogitatio talis sit, vt nihil agi existiment appositâ ea condicione quam impossibilem esse sciunt, vt eadem lex ait. Ergo & in specie huius §. dicendum est, vel non valere conuentionem de opere intra eam diem faciendo intra quam impossibile sit fieri, vel conuentioni omnimodo standum esse, potius quàm vt tempus conuentione præstitutum arbitrio viri boni prorogetur. Nam quod intra diem certam fieri debuit, post eam diem præstari non potest, si iam cœperit interesse, *l. etsi post tres 8. supr. si quis caution. l. si ita quis 135. §. Seia, in fin. de verb. oblig. l. Thais 31. §. intra certa tempora, de fideic. libert.*

Dec. Impossibilium nulla est obligatio, vt habet iuris regula: maligna autem est interpretatio quæ actum destruit, si qua arte vel interpretatione fieri possit vt sustineatur, *l. si ita stipulatus 126. §. Chrysogonus, vers. sequens stipulatio, de verb. oblig.* Ergo hæc conuentio, præsertim cùm in bonæ fidei contractu apposita sit, ita est interpretanda, vt non sit impossibilis, ne sit inutilis. Porrò non aliter fieri potest, vt non sit impossibilis, quàm si sic accipiatur, vt eatenus contrahi obligationem contrahentes voluerint, quatenus vir bonus de spatio temporis æstimasset, cùm non aliud agere potuerint, quam vt opus absolueretur eo spatio, sine quo fieri non posset. Quasi cùm operi absoluendo eam diem dixerunt, intra quam impossibile erat vt absolueretur, per errorem facti id fecerint, quod intra id spatium temporis opus absolui posse crederent, potiùs quàm vt actum inutilem efficerent, & conductorem ad impossibile obligarent. Et sanè in contractibus bonæ fidei plerunque viri boni arbitrium inesse credendum est, quod in stricti iuris contractibus non subintelligeretur, quia hoc exigit bona fides vt scriptum est in *l. si in lege 24.* vbi scripsimus *supr. hoc tit. iunct. l. si quis arbitratu 43. & seq. infr. de verb. oblig. l. 2. §. qui ita stipulatur supr. de eo quod cert. loc.* Adeò vt & in testamentis plerunque id obtineat *l. 2. de legat. 2. l. Titius 55. ad SC. Trebell.* quia actio ex testamento licèt sui natura sit stricta *l. alias 6. supr. de in lit. iur. l. si heres 5. de eo quod cert. loc.* In multis tamen imitatur naturam actionum bonæ fidei vt in *l. in minorum 3. C. in quib. caus. non est necess. in integr. restit.* Ergo si angustiæ temporis non nocent legato *l. si mihi & tibi 12. §. 1. de legat. 1.* neque nocebunt contractui bonæ fidei. Quamquam & in stipulatione operis faciendi multa ex boni viri arbitrio æstimanda sunt, ne ad impossibile promissor obligatus intelligatur, vt constat ex *l. & ideò hæsitatur 15. l. continuus 137. §. item qui insulam, de verb. oblig.* Alia tamen species est, de qua hîc tractat Accursius, si opus cœptum corruerit, & quæratur, an integrum tempus computandum sit rursus ad opus faciendum, an verò reliquum duntaxat expectandum quod deerat, de quo in *d. l. & ideò, & in l. prox. infr. hoc tit.* Nec quod in specie huius §. duæ sint conuentiones, quarum vna sit impossibilis de opere intra dictam diem faciendo, altera verò possibilis de eo quod interest præstandò. Tum enim possibilem retinemus, & impossibilem reiicimus, cùm prior possibilis est, posterior verò impossibilis, vt in *d. l. 126. §. vlt. & l. si ita stipulatus 97. in princip. de verb. oblig.* At cùm prior impossibilis est, posterior verò possibilis, quamuis pœnalis, vtraque reiicienda est, *l. si homo mortuus 69. eod.* Siue quòd nullam pœnam mereatur quis ob id quòd rem impossibilem non fecerit, siue quod nec probo viro conueniat credere, quicquam eius interesse ob id quod rei impossibilis promissioni satisfactum non fuerit, *arg. l. si venditor 6. §. 1. supr. de seruis export.* Intellige tamen de impossibilitate quæ nascatur ex angustia temporis. Alia namque impossibilitas vitiaret contractum etiam bonæ fidei, non minùs quàm stricti iuris, ex *d. l. non solùm 31. de oblig. & action.* Quod & Castrensis hîc notat, addens quod non minus obseruatione dignum est, pœnam quæ peti potuisset ob non factum id quod fieri debuerat intra terminum, si possibile fuisset, perinde peti possit, si non factum sit in termino prorogato, siue prorogatio fiat per legem, siue per hominem, licèt in prorogatione nihil de pœna dictum sit ex *l. Celsus ait 23. §. 1. supr. de recept.*

2 ¶ Quidam in municipio balineum præstandum annuis viginti nummis conduxerat: & ad refectionem fornacis, fistularum, similiúmque rerum, centum nummi vt præstarentur ei, conuenerat. conductor centum nummos petebat, ita ei deberi dico, si in earum rerum refectionem eam pecuniam impendi satisdaret.

Ad §. vlt. Quidam.

Rat. dvb. Qui agit ex contractu vltrò citróque obligatorio, debet prior ex parte sua implere, *l. Iulianus 13. §. offerri, supr. tit. prox. l. 3. C. hoc tit. l. sed addes 19. §. si quis cùm in annum, supr. eod.* Ergo qui balneum præstandum viginti nummis annuis conduxerat, & cui ad refectionem fornacis, fistularum, similiúmque rerum centum nummos dari conuenerat, priùs debet balneum refeciisse, quàm centum possit petere, ne alioqui sit in eius potestate, cùm pecuniam acceperit, locatori illudere, ac refectionem promissam negligere. Quasi huic promissioni tacita condicio inesse videatur, si balneum refecerit. Nemo autem dubitat, quin ante omnia condicio implenda sit, tum quoque cùm tacitè inest, *l. 1. l. cui fundus 56. de condic. & demonst. l. facta 63. §. si sub condicione, ad SC. Trebell.*

Dec. Multum interest, an condicio adscripta sit, an modus. Condicio semper suspendit obligationem, ideóque priùs implenda est, modus autem non

BIU Cujas

non suspendit, ideoque posteà impleri potest, daturque actio ad modum implendum *l. cùm ab eo* 41. *supr. de contr. empt.* Condicio fit per *si*, Modus autem per *vt*, *d. l. cùm ab eo*, vel per dictionem *ad*, vt Bartolus ad hunc locum & ex hoc loco notat, & ex *l. quibus diebus* 40. §. *Thermus Minor infr. de condic. & demonstr.* Ergo is cui promissa est pecunia, siue ad refectionem balnei, siue quod effectu & sensu idem est, vt balneum reficiatur, etiam priusquam refecerit & modum impleuerit, pecuniam petere potest, quia sine ea pecunia reficere nec potest, nec cogitur, cùm ipsa in refectionem destinata sit, & prius sit habere pecuniam quæ in refectionem impendenda est, quàm vt ea in refectionem impendi possit. Quemadmodum si cui legata esset pecunia, vt alteri restitueretur, vt in *l. huiusmodi* 84. *in princip. de leg.* 1. Nec placet distinctio Castrensis, an locuples sit conductor qui pecuniam de suo prorogare possit, an non: Cùm lex non distinguat, & forma conuentionis distinctione hanc non admittat. Nec illa rursus an promissa sit pecunia pro toto opere, an in singulas mensuras. Longeque alia ratio est pecuniæ quæ mercedis nomine debetur. Nec enim peti illa potest nisi finito opere *dict. l. sed addes* 19. §. *si quis cum in annum l. qui insulam* 30. §. *qui ædem faciendam l. ea lege* 51. §. 1. *supr. hoc tit.* An ergo nihil ex parte sua conductor præstare cogetur priusquam possit pecuniam petere? Imò cogendus est satisdare, id est, cauere cum fideiussore eam pecuniam se impensurum in refectionem, vt ea satisdatio pro modi implemento habeatur, quomodo scriptum est in hoc §. & in *d. l. quibus diebus* 40. §. *vlt. de condic. & demonstr. & d. l. huiusmodi* 84. *in princip. de legat.* 1. Sed hæc quidem in contractibus potissimùm obtinent. Nam in testamentis parum distat inter modum & condicionem *leg.* 1. *C. de donat. quæ sub modo.* Quod tamen quomodo accipiendum sit, alibi scripsimus. Bene autem Bartolus monet, nihil hunc locum ad quæstionem illam pertinere quæ inter iuris interpretes agitari solet. An in contractibus quoque Mucianæ cautioni locus sit, sicut & in vltimis voluntatibus. Nam Mucianæ cautionis vsus est in iis tantùm condicionibus quæ consistunt in non faciendo *l. Mucianæ* 7. *infr. de condic. & demonstr.* Hic verò satisdatur de modo implendo. Sanè non erit in specie huius §. dãda pro refectione pecunia priusquàm necessitas immineat refectionis, vt Castrensis hic docet ex *l. nec semel* 12. §. *si in habitatione & leg. pen. infr. Quand. dies legat. ced.*

59. IAVOLENVS libro 5. Labeonis Posteriorum.

MArcius domum faciendam à Flacco conduxerat. deinde operis parte effecta, terræmotu concussum erat ædificium. Massurius Sabinus ait, si vi naturali, veluti terræ motu, hoc acciderit, Flacci esse periculum.

Ad l. Marcius 59.

RAT. DVB. Opus quod quis faciendum conduxit, periculo est conductoris, quousque adprobatum sit *l. opus* 36. *supr. hoc tit.* Ergo non locatoris.

DEC. Separandum est periculum, quod ex ipsius operis initio potest accidere, ab eo quod potest contingere vi naturali puta chasmate aut terræmotu. Prius periculum ad conductorem pertinet, siue totum opus factum fuerit, siue pro parte tantum *d. l. opus*, cuius species non in alio ab hac differt, quàm quòd ibi totum opus effectum fuerat, & totum corruerat ante adprobationem. Posterius verò periculum pertinet ad locatorem si modò nulla conductoris culpa interuenerit. Nec enim maiorem vim aut à conductore, aut à quoquam alio præstari æquum est *l. si merces* 25. §. *vis maior supr. l. vlt. infr. hoc tit.* Inde fit, vt si pars operis facta corruerit, integrum temporis spatium dandum sit conductori, id est, quantum ab initio dari debuit, & fuit necessarium ad totum opus perficiendum *l. & ideò hæsitatur* 15. *de verb. oblig.* Item vt sumptibus locatoris refici opus debeat vsque ad eam quantitatem & mensuram quæ corruit. Parum enim esset restitui conductori tempus quod necessarium esset ad refectionem, si non ipsa etiam impensa restitueretur. Cur verò non liberatur conductor pro parte operis iam facti quod postea sine vlla conductoris culpa corruerit, si periculum, vt diximus, sit locatoris? Nimirum quia faciendi obligatio indiuidua est, nec proinde impleri pro parte potest, vt benè hic Bartolus docet ex *l. stipulationes non diuiduntur* 72. *l. in executione* 85. §. *secunda species de verb. oblig.* Itaque conductor faciendi operis si partem tantùm fecerit, ne quidem pro ea parte liberatus est, sed remanet debitor totius operis faciendi si modo auersione opus locatum sit, non in singulos pedes aut mensuras. Hæc enim distinctio necessaria omnino est, vt constat ex *d. l. opus* vbi diximus. At non etiam illa, An adprobandum fuerit opus, quasi ante adprobationem periculum debeat esse conductoris, nisi per locatorem steterit, quominus adprobaretur, aut nisi probet conductor tale opus fuisse, vt adprobari omnino debuerit *dict. leg. opus & seq.* Nec enim adprobandum est opus, priusquam totum factum sit, nisi in pedes, vel ad mensuram locatum proponatur. Proinde non potest pars adprobandi operis corruere, nisi ponas toto opere iam perfecto, necdum tamen adprobato partem corruisse, cùm conuenisset, vt adprobaretur, vt in *leg. si priusquàm* 37. *supr.* In hac autem lege tractat Iauolenus de parte tantùm operis effecta, quæ corruerit antequàm totum opus perfectum esset, & quidem vi maiore & naturali. Cui similis casus ille est, si vitio soli opus corruerit, vt in *leg. vltim. infr. hoc titul. leg. Antæus* 14. §. *cùm agitur infr. de aqua & aquæ pluu. arcend.* Ergo quod scriptum est in *leg. si fundus* 33. *supr.* si insulam ædificandam locasses, & solum corruisset, nihilominus te teneri, debet intelligi, si post quàm ædificaui, vel in totum, vel pro parte solum corruerit, vt & Accursius ibi interpretatur, & noster quoque Cuiacius ex hac lege

BIU Cujas

Nec simile est quod Accursius obiicit ex *l. eum debere 33. supr. de seruit. vrban. præd.* eum qui seruitutem debet oneris ferendi, debere colũnam restituere quæ vicinarum ædium onus ferebat. Quasi promiserit, vt eiusmodi paries in perpetuum esset, qui onus sustineret. Nam vt idem Accursius benè respondet, perpetua est obligatio seruitutis realis quę nec ad tempus constitui potest *leg. 4. supr. de seruit.* Conductor autem operis faciendi non nisi ad tẽpus. Addo, nec nisi ad vnum factum obligatur. Quo semel facto dummodo bene & ex arte liberatur. Non aliter si quasi artifex conduxit *leg. si quis domum 9. alias l. si quis fundum* §. *Celsus. l. item quæritur* 13. §. *si gemma supr. hoc tit.* Hic nostri post Accursium subiiciunt q æstionem ex eatum numero quas sabbatinas vocant: Si medicus curandum ægrum conduxerit certa mercede, & ita curauerit, vt æger ille recidiuam fecerit, an noua merces medico constituenda sit, an vero priore contentus medicus esse debeat, vt iterum curare cogatur, quasi prior curatio veluti vicio operis corruerit, id est, prioris curationis si noua infirmitatis causa nulla superuenerit. Ego cum Bartolo & Castrensi hoc posterius magis probo, si vt iidem addunt, incontinenti non ex interuallo infirmitas redierit, quæ extincta videbatur, *arg. l. plerique 33. infr. de rit. nupt. l. 3. de diuort.*

60. LABEO libro quinto Posteriorum à Iauoleno Epitomatorum.

CVm in plures annos domus locata est, præstare locator debet, vt nõ solum habitare conductor ex Kalendis Iuliis cuiusque anni, sed etiam locare habitatori, si velit, suo tempore possit. itaque si ea domus ex Kalẽdis Ianuariis fracta vsq; in Kalẽdas Iunias permãsisset, ita vt nec habitare quisquã nec ostendere alicui posset: nihil locatori conductorem præstaturum. [a] adeo vt nec cogi quidem possit, ex Kalendis Iuliis, refecta domu, habitare: nisi si paratus fuisset locator commodam domum ei ad habitandum dare.

Ad l. Cùm in plures 60.

RAT. DVB. Permittendum est locatori conductorem & inquilinum expellere domus reficiẽdæ gratia, adeoque si necesse sit, domum locatam demoliri, vt reficere illam possit *l. habitatores 27. in princip. & §. 1. supr. hoc tit. l. ade 3. C. eod.* quamuis ita fiat, vt neq; ipsi inquilino liceat in ea domo habitare, neque alij habitandam sublocare. Ergo non est ob eam causam locator condemnandus actione ex conducto, ne quidem ad remissionem mercedis, cùm neque culpa, neque mala fides vlla sit in eo qui iure & suo & communi eoque perpetuo vitur, *l. si duorum 42 supr tit. prox. l. vlt. C. de in integr. restit. minor. l. inter eos 51. § cum inter infr. de fideiuss.* præsertim si non diu durauerit necessitas refectionis. Non enim debet conductor leue damnum & incommodum recusare *d. l. habitatores in p incip.* Nec enim magnum damnum est in mora modici temporis *l. si debitor 21. supr. de iudic. l. si ita quis 135. §. Seia infr. de verb. oblig.* Nec valde longum tempus esse videtur, quod inter Calendas Ianuarias, & Calendas Iunias, aut vt alij legunt, Iulias intercedit, quod est quinque aut sex duntaxat mensium, si cum tota locatione quam in plures annos factam fuisse lex ponit, conferatur.

DEC. Cùm in plures annos domus locata est, præstare locator debet, vt non solùm habitare cõductor possit ex Calendis cuiusque anni, sed etiã alij sublocare habitatori si velit, suo tempore, vt Labeo scribit. Species enim fruitionis est, posse alij sublocare, cùm nihil referat an quis per se, an per alium fruatur *l. nemo prohibetur 6. C. hoc tit. iunct. l. non vtitur 38. & seq. supr. de vsufr.* Atqui quamdiu fulta est domus quousque reficiatur, & quandiu reficitur, nemo in ea tuto habitare potest. Meritò igitur inquilinus pro toto eo tempore immunis esse debet à mercedis præstatione, si modò constet nec habitare illum potuisse, nec habitationem alij ostendere & concedere, vt Labeo hic scribit. Sed huc referenda est exceptio quæ ponitur in fine huius §. Nisi si paratus fuisset locator commodam domum ei dare ad habitandum. Quomodo & in *l. si quis domum 9 in fine principij supr.* Vnde peti possunt dubitandi & decidendi rationes, quæ ad hunc versiculum adferri possent. Sequitur,

a *Adeò vt nec cogi quidem posset ex Calendis Iuliis refecta domu habitare.* RAT. DVB. Remissio mercedis fieri non debet nisi pro rata temporis quo conductor nec fruitus est, nec frui potuit *d. l. si quis domum 9. in princip. &* §. 1. *&* §. *Imperator.* Atquin fruendi impedimentum quod ex faciendæ refectionis necessitate contigit, temporale fuit, non perpetuum, & ex quo refecta domus est, non nisi per inquilinum ipsum stat, quominùs in ea domo aut ipse, aut alius habitet. Perinde igitur haberi debet, acsi vel ipse, vel alius ex eius sublocatione habitaret. Cumque iam sine causa probabili & contra legem conductionis habitationem deserat, sibi debet imputare ex regula *l. in omnibus causis 39. de regul. iur.* ne alioqui in ipsius potestate sit facto suo & sola voluntate ab obligatione quam contraxit, soluendæ mercedis se liberare, quod facere vtique non potest *l. dominus horreorum 55.* §. *vlt. supr. l. si seruum 91.* §. *nunc videamus infr. de verb. oblig.*

DEC. Sera est patientia fruendi quæ offertur eo tẽpore, quo frui inquilinus alia iam habitatione electa õn potest *l. si in lege 24.* §. *colonus sup.* nec enim cogendus fuit inquilinus per quinque aut sex menses dum domus reficitur sine habitatione, viuere, aut in ea domo conducta facultatem habitandi expectare. Debuit igitur locator aut aliam domum æquè commodam interim suo inquilino præstare tum cum inquilinus desiit posse habitare aut sublocare propter domus reficiendæ necessitatem (sic enim hic locus accipiendus est, non quomodo putat Accursius, relatione facta ad id tempus, quo vel habitare ipse volebat, vel sublocare, quandoquidem non vrgente reficiendi necessitate non esset cogendus inquilinus aliam habitationẽ quamuis æque commodam aut commodiorem accipere,) aut ab eo tẽpore mercedis quandocũque ab eo exigendæ

BIU Cujas

exigendæ spem abiicere, nisi ad pristinam habitationem refecta domo inquilinus redire vltro vellet. Accursius noster malè etiam verba illa accipit *suo tempore*, quasi significent *congruo tempore* cùm tamen non de alio tempore intelligi debeant, quàm quod locationi in plures annos factæ fuerat præstitutum. Bartolus verò hinc sumpta occasione notat mercedis remissionem faciendam esse, non si fructuum qui ex re conducta percipi possunt, conductor minus solito percipiat (nec enim fructuum exiguitas remissionem potest inducere *l. ex conducto 15. §. cùm quidam supr.*) Sed eo demum casu quo impediatur conductor aliquos fructus percipere ex iis quorum percipiendorum gratia conductionem ab eo factam fuisse credendus sit, non solùm si ex fundo ipso percipiendi sint, sed etiam si occasione fundi, puta per aucupia & venationes *l. item si fundi 9. §. aucupiorum supr. de vsufr.* Ex quo infert, nec malè, si quis domum tam amplam conduxerit, vt in ea non solum habitare cum sua familia possit, sed etiam hospites recipere, atque ita lucrum ingens ex eo ministerio sperare, & bellum superuenerit, propter quod aduenæ hospitaturi ad eum locum accedere non potuerint, faciendam esse mercedis remissionem, siue de illius ministerij cõpendio actum & cogitatum fuisse conster ex verbis contractus, siue colligi tacitè id possit ex domus amplitudine, quæ in eos vsus locari solita sit, aut ex qualitate personarùm, quæ hospitibus recipiendis operam & industriam præstare soleant. Quasi hoc casu sterilitas quædam superueniat vi maiore, quam inquilinus, nec præuidere nec præuisam impedire potuerit *d. l. ex conducto §. si vis tempestatis & §. item cum quidam & l. si merces 25. §. vis maior & §. si vicino supr. hoc tit. l. domini 5. Cod. de agricol. & censit. lib. 11. tit. 47. l. excepto 18. C. hoc tit.* Itaque vt Bartolus benè notat, sperandum est impedimentum fruendi, quod venit ex parte rei locatæ ab impedimento quod superuenit non ex parte locatoris aut rei locatæ, sed extrinsecus & vi maiore, vt in specie à Bartolo disputata.

1 ¶ Heredem coloni, quamuis colonus non est, nihilominus domino possidere existimo.

Ad §. 1. Heredem.

RAT. DVB. Heres coloni colonus non est, non solùm post finita conductionis tempora, vt malè Accursius ad hunc locum notat, sed nec si colonus durante locatione decesserit. Colonus enim ille est, qui colendum agrum conduxit proprio suo contractu. Heres autem coloni non solùm non contraxit, sed & talis esse potest, vt contrahere non potuerit fortè pupillus aut furiosus qui patri suo colono heres necessarius extiterit. Hi enim cùm sint heredes & quidem necessarij, & ideò perinde obligantur ex persona defuncti, atque alij heredes quilibet *l. 2. sup. de condict. furt.* & tamen coloni nec sunt, nec fieri possunt. Ergo quamuis colonus non tam sibi quàm domino possideat, quia & rem locatam hoc ipso alienam esse scit *leg. neque pignus 45. de regul. iur.* & alieno nomine non domini animo rem tenet *leg. 1. Cod. commun. de vsucap.* ideoque nec possidere illam vllomodo intelligitur, sed esse tantùm in possessione *l. si quis ante 10. l. si aliquam rem 28. inf. de acquir. poss. l. certè 6. §. is qui rogauit de precar. l. 2. C. de præscript. 30. vel 40. annor.* In herede tamen coloni aliud dicendum esse videtur, qui nec colonus est, nec fortasse alienam & conductam esse rem existimat. Quidni ergo Pro herede vsucapere poterit? *arg. l. 3. infr. Pro hered.*

DEC. Mortuo conductore etiam intra tempora conductionis heres eius licet colonus non sit, eodem tamen iure in conductione succedit §. *vlt. Instit. hoc tit.* Non enim sicuti societas & quidam alij contractus ita ei locatio fruitur morte, sed trãsit ad heredem, itemque actio ex locato & conducto *l. sed addes 19. §. ex conducto supr. hoc tit. l. viam veritatis 10. C. hoc tit. eod.* Heres verò cum in conductionem succedit, in malam quoque fidem defuncti succedit, vt & in alia ipsius iura omnia nec ignoratione sua possessionis vicia excludit quæ in defuncto fuerunt *l. cùm heres 11. infr. de diuers. tempor. præscri. l. vicia 11. C. de acquir. poss.* Nec magis causam possessionis mutare sibi potest, quàm defunctus potuit. Ergo nec vsucapere Pro herede *l. 2. §. quod vulgo Pro hered. & d. l. cùm heres. l. non solùm 31. §. quod vulgo de vsucap. l. cùm nemo 5. C. de acquir. poss.* Denique heres coloni, quamuis colonus non sit, non minus tamen alieno, id est, locatoris nomine possidet, quàm si colonus ipse esset. Vnde est quod mortuo colono non statim amittit dominus possessionem, quam per colonum retinebat, sed eam retinet, quandiu remanet illa in hereditate, aut apud heredem coloni, quousque alius extraneus, id est, non heres coloni eam possessionem inuaserit *leg. si de eo 40. §. 1. iunct. l. qui vniuersas 30. §. quod per colonum infr. de acquir. possess.* qui loci ex hoc §. ita accipiendi & supplendi sunt. Aut quousq; colonus eiusve heres possessionem domini interuerterit facto aliquo extrinseco denegata, vel solutione pensionis vel possessionis restitutione, nisi iustam causam haberet ita faciendi, vt in *l. colonus 12. iunct. l. qui possessionem 17. & seq. infr. de vi & vi armat.*

2 ¶ Vestimenta tua si fullo perdidit: & habes, vnde petas, nec repetere vis: ages nihilominus ex locato cum fullone: sed iudicem æstimaturum, an possis aduersus furem magis agere, & ab eo tuas res consequi, fullonis videlicet sumptibus, sed si hoc tibi impossibile esse perspexerit: tunc fullonem quidem tibi condemnabit: tuas autem actiones te ei præstare compellet.

Ad §. 2. Vestimenta.

RAT. DVB. Cùm variæ actiones alicui competunt siue contra eandem personam, siue contra diuersas, non est prohibendus eligere quam velit, aut contra quem velit agere. Quandoquidem ob hoc ipsum diuersæ actiones vni competunt, vt eli-

BIU Cujas

gendi habeat potestatem *leg. cùm filius 76. §. variis de legat. 2. §. sic itaque Instit. de action.* dum ne bis idem consequatur *l. 1. § 1. infr. Quod legat. l. si pignore 54. §. cùm furti infr. de furt.* Atqui cùm vestimenta quę quis curanda, poliendáve fulloni dederat, furto subtracta sunt, habet dominus vestimentorum actionem ex locato contra fullonem quem habet obligatum ex contractu. Habet & vindicationem & condictionem furtiuam aduersus furem ipsum ad rem persequendam *d. §. cùm furti & d. §. sic itaque leg. si pro fure 7. §. 1. supr. de condict. furt.* quamuis actionem furti non habeat contra furem, si modò fullo soluendo sit, quia nec interesse quicquàm eius videtur, cùm indemnitatem à fullone consequi possit *l. itaque 14. in princip. de furt. §. si fullo 15. Instit. de oblig. quæ ex delicto nascunt.* Ergo si malit dominus contra fullonem agere ex locato, quàm contra furem vindicatione aut furtiua condictione, non est prohibendus. Nec si fullo postulet suis sumptibus priore loco furem conueniri, ne alioqui sit in potestate debitoris alienam actionem contra se competentem, vel impedire, vel remorari, quod absurdum & iniquum esset *l. si seruum 91. §. nunc videamus infr. de verb. oblig. l. Granius 71. §. penul. infr. de fideiuss.*

DEC. Non est nouum vt qui contra duos agere potest, arctetur & cogatur ex causa vnum potiùs quàm alium eligere, nimirum eum ex cuius facto & delicto alius conuenitur. An non enim æquissimum est priorem eum conueniri & facti sui pœnam pendere hactenus, vt prior condemnetur alterius sumptibus? quomodo in specie huius §. Labeo respondit. Principalis enim debitor ille esse credendus est, qui damnum dedit & indemnitatis petendæ occasionem ac necessitatem præbuit, vt in specie *l. si gratuitam 17. §. Papinianus alias l. si rem tibi infr. de præscr. verb.* Alij verò non tenentur, nisi accessoriè, vt in pluribus tutoribus, vel curatoribus, quorum vnus tantùm gessit: alij verò nihil gesserunt, *l. 1. & 2. C. si tutor vel curat. non gesser. l. 1. §. nunc tractemus & seq. de tutel. & ration. distr.* Idem est in eo qui obligatum habet principalem debitorem & fideiussorem *Nou. 4. de fideiuss.* Aut qui obligatos habet duos pluréssve correos debendi, quorum vnus solus pecuniam acceperit, quem nostri volunt principalis debitoris loco semper habendum esse. Contra quos tamen disputauimus *lib. 11. Coniecturarum.* Est tamen inter hos casus illa obseruanda differentia, quod qui habent à lege beneficium ordinis, vt illi de quibus proximè diximus, id est, ne priore loco conueniri debeant, non sunt cogendi sumptus vllos offerre ac subministrare actori, vt aduersus alios experiatur, sed cogitur actor suis sumptibus cum conuenire qui prior conueniendus est, postea, si soluēdo non sit, ad alios rediturus. Illi verò qui ex arbitrio tantùm & æquitate iudicis hoc assequi volunt, vt posteriore tantùm loco conueniantur, cùm sint æquè principales debitores sumptus litis contra alios instituendæ offerre debent, & ita sibi auxilium quod à iudice postulant, comparare suo sumptu suoque periculo, vt in *leg. vnde quæritur 7. in princip. supr. Commod.* Facilior enim iudex est, & esse debet ad ea concedenda quæ sine vllo aduersarij incommodo ac dispendio futura sint *l. in creditore 38. in fin. infr. de euict. l. penult. C. de precib. Imper. offer. l. 2. §. item Varus infr. de aqua & aquæ pluu. arcend.* Iunge *l. 1. §. si filiusfamilias in fin. infr. de separat.* Longeque iustius est priorem conueniri eum qui certat de lucro captando quàm illum qui de damno vitando, vt Castrensis hic notat. Illud certè constat quod idem Castrensis subiicit post Bartolum, Eum qui principaliter deliquit, sicut accusari priùs debet criminaliter quàm alius ex eo delicto conueniatur ciuiliter ex *l. 1. C. vbi caus. fisc. al. l. 1. C. de fid. instrum.* ita & ciuiliter conueniri priorem debere. Planè si malit fullo prior conueniri, & soluere, dubitari non oportet, quin & vindicatione & condictione dominus ei cedere debeat, vt in fine huius §. scriptum est & in *l. si merces 25. §. vlt. supr. hoc tit.*

3 ¶ Lege dicta, domus facienda locata erat, ita vt probatio aut improbatio locatoris aut heredis eius esset, redemptor ex voluntate locatoris quædam in opere permutauerat. respondi, opus quidem ex lege dicta non videri factum: sed, quoniam ex voluntate locatoris permutatum esset, redemptorem absolui debere.

Ad §. 3. Lege dicta.

RAT. DVB. Quoties non præstat conductor id omne quod in locationis lege conuenit, ex conducto tenetur *l. ex conducto 15. §. 1. l. dominus 55. §. vlt. supr. hoc tit.* Atqui cum locationi domus faciendæ certa lex dicta est, id est, vt opus fieret in hunc modum, vel in illum, si opere iam facto aliquid conductor permutauerit & aliter fecerit, verum est dicere fecisse illum contra legem ab initio locationi dictam. Ergo ex locato eum teneri fatendum est.

DEC. Certa quidem lex ab initio dicta fuerat, sed quæ tamen ex voluntate locatoris, & mutuo contrahentium consensu immutari potuit, *arg. l. vero procuratori 12. §. pen. de solut.* Tanto magis quod in proposita specie conuenerat, vt operis probatio vel improbatio locatoris aut heredis eius arbitrio committeretur vt in *l. si in lege 24. in princip. supr. hoc tit. l. cùm stipulatus sim 113. in princip. de verb. obli. l. qui ratiario 30. supr. de pignor. act.* Absolui ergo conductorem æquum est, quia nec iniuria facta videri potest locatori qui semel noluit *l. in diem 9. §. 1. de aqua & aquæ pluu. arcend.* Planè si nec secundæ conuentionis forma seruata sit, tenebitur conductor etiam ad pœnam, si qua promissa fuerat in prima conuentione, quasi subrogata secunda forma in locum primæ, vt contra Baldum Castrensis hic disputat ex *l. insulam 58. §. 1. supr.*

4 ¶ Mandaui tibi, vt excuteres, quanti villam ædificare velles. renunciasti mihi, ducentorum impensam excutere: certa mercede opus tibi locaui. postea

BIU Cujas

postea comperi, non posse minoris trecentorum eam villam constare. data autem tibi erant centum, ex quibus cùm partem impendisses, vetui te opus facere. dixi, si opus facere perseueraueris, ex locato me, tecum agere, vt pecuniæ mihi reliquum restituas.

Ad §. 4. Mandaui.

RAT. DVB. In contractibus nominatis nunquam est locus pœnitentiæ *l. sicut 5. C. de oblig. & action.* Est enim hoc ius proprium contractuum innominatorum *l. si pecuniam 5. l. vlt. supr. de cõdict. caus. dat. l. iuris gentium 7. in princip. supr. de pact.* Atqui contractus locationis & conductionis est nominatus, vt nemo nescit. Ergo in specie huius §. cùm locationis contractus perfectus fuerit, quod fit nudo consensu, non est permittendum locatori, vt contractu resiliat eo prætextu quod conductor dixerat ducentis aureis domum fieri posse, quam locator compererat postea non minoris, quàm trecentis construi posse. Multo minùs ferendum est, vt re non amplius integra & iam accepto opere dataque cõductori pecunia liceat locatori vetare conductori perfectionem operis, & vt creditore post prohibitionem perseuerante danda sit in eum ex locato actio, vt quod ex pecunia prorogata nondum impendit, restituat.

DEC. Sicuti dolus dans causam contractui bonæ fidei reddit contractum ipso iure nullum, quia nihil est tam contrarium bonæ fidei, quàm dolus: Ita si dolus inciderit in contractum bonæ fidei, vindicatur per actionem ex ipso contractu, quia bonæ fidei iudiciis actiones doli insunt, non minus quàm exceptiones *l. & eleganter 7. in princip. supr. de dolo l. sed si ideo 21. infr. solut. matrim. l. huiusmodi 84. §. qui seruum de legat. 1.* Atqui in proposita huius §. specie dolus incidit in contractum locationis propter mendacium conductoris, id est, à quo tẽpore conductor affirmauit ducentis construi villam posse, cùm tamẽ sciret non minoris, quam trecentis posse ædificari, ne scilicet maioris summæ designatione perterritus conductor, vt euenerat, ædificandi consilium abiiceret. Mendacium enim nunquam potest esse sine dolo, ideoque coerceri semper debet. Merito igitur dat Labeo locatori actionem ex locato aduersus conductorem ad reliquum pecuniæ quam accepit necdum impendit, restituendum, non vt à contractu recedatur, aut pœnitentiæ locus fiat, sed vt conductoris dolus æquitate ipsius iudicij quod bonæ fidei est, vindicetur. Quod tamen ex pecunia iam prorogata impensum fuerit ante prohibitionem, non restituetur, licet impensum sit post dictum mendacium, tanquam ex locatoris voluntate impensum, quandiu non prohibuit ille fieri, quod fieri mandauerat vt in *d. l. si pecuniam 5. §. item si quis dederit supr. de condict. caus. dat.* Intellige tamen nisi conductor dolo malo, vel lata culpa mentitus sit, vt Castrensis ad hunc locũ notat *arg. l. 1. §. 1. sup. si mens. fals. mod. dixer.*

5 ¶ Messem, inspiciente colono, cum alienam esse non ignorares, sustulisti. condicere tibi frumentum dominum posse Labeo ait: &, vt id fiat, colonum ex conducto cum domino acturum.

Ad §. 5. Messem.

RAT. DVB. Colonus etiam qui nummos colit, statim atque fructus decerpsit & à fundo separauit, fructuum dominus factus est, quia percepit eos ex domini voluntate *l. si seruus communis 61. §. locauit infr. de furt.* Ergo non tantum actionem furti habere debet contra eum qui fructus decerptos subripuit, vt disertè scriptum est in *l. si apes 26. §. 1. eod. tit.* sed etiam condictionem furtiuam quicquid in contrarium scribit hic Bartolus, cùm furtiua cõdictio soli domino detur *l. 1. supr. de condict. furt. l. vlt. supr. vsufr. quemadm. caueat.* Cui consequens est, vt cùm plures eiusdem rei domini in solidum esse nõ possint, *l. si vt certo 5. §. si duobus vehiculum supr. commod.* non possit locator idemque dominus fundi habere condictionem horum fructuum quorum dominiũ non habet, nec proinde colono eam præstare. Multo minus à colono conueniri actione ex cõducto, vt condictionem sibi non competentem exerceat. Etsi enim non est nouum hoc genus actionis, vt quis agat contra me ad hoc, vt agam aduersus aliũ *l. Iulianus 13. §. penult. supr. tit. prox. l. 2. §. penult. supr. de leg. Rhod. de iact. l. si sic legatum 75. §. vlt. de legat. 1.* competere tamen actionem necesse est, vt exerceri possit. Competit quidem actio furti non minùs domino, quàm colono, quia vtriusque interest, rem persequi, vt Paulus scribit in *leg. fullo 82. §. 1. de furt. iunct. l. eum qui emit. 14. §. præterea eod. tit.* Datur enim actio furti omnibus quorum ex iusta & honesta causa interest *l. cuius interfuit 10. & seq. eod.* Sed condictio furtiua non similiter vtriquè competere potest & domino & colono, cùm non ratione eius quod interest, sed iure dominij competat, non magis quàm illud fieri, vt duo in solidum eiusdem rei domini sint.

DEC. Locus hic necessariò intelligendus est de fructibus quos fur ipse à fundo locato separauerit, ac proinde qui nunquam fuerint coloni, sed perpetuo manserint domini. Percipiuntur enim fructus & acquiruntur iure soli ac dominij non seminis *l. qui scit 25. §. 1. infr. de vsur.* Neque fiunt coloni sola separatione à solo vt euenire in bonæ fidei possessore *l. si fructuarius messem 13. supr. Quib. mod. vsusfr. amit.* sed sola perceptione, id est, ita demùm si eos ipse perceperit aut alius ipsius nomine, quia percipit eos ex domini voluntate *d. §. locauit.* Nec separare hac parte debemus cum Accursio & Bartolo colonum partiarium à numerario ex *l. si merces 25. §. vis maior.* vbi de hoc disputauimus *supr. hoc tit.* quia vt benè Castrensis vidit, neque partiarius colonus, neque nummarius aliter facit fructus suos quàm eos ipse aut per se, aut alium perceperit. Condicio igitur furtiua sicuti colono competere nõ potest, quia horum fructuum nec dominus est, nec vnquam fuit. Ita necesse est, vt locatori eidemque fundi domino competat, cuius & fuerunt fructus cùm subripiebantur, & adhuc hodie sunt. Sed tenebitur dominus conductori actione ex conducto, vt quicquid per condictionem furtiuam consecutus fuerit, totum id

BIU Cujas

restituat conductori, à quo vicissim exigit ipse pensionem. Alioqui & fructus & pensionem haberet, quod esset iniquum. Quid ergo si malit locator conductori cedere & præstare condictionem? Poterit vtique pro suo iure id facere, quia nec aliam ob causam tenetur ex conducto, quàm, quia contra furem habeat furtiuam condictionem. Ex regula *l. quod debetur 51. supr. de pecul.* Plus dicit Castrensis, etiam citra cessionem, & reiecto hoc circuitu permittendum colono condicere, quod in hac specie duo illa concurrant, quæ requirere nostri solent ad *l. cùm fundus 31. §. seruum tuum supr. de reb. credit.* vt possit is cui facienda cessio est etiam sine cessione vtili actione experiri. Nempe vt is qui conuenitur, locupletior factus sit, vel ex re actoris, vel saltem ex re actori debita ex *l. si & me & Titium 32. eod. tit.* Et vt is qui à colono conuenitur, liberari debeat cedendo actionem. De quo tamen videnda sunt quæ nos ad illas leges scripsimus. Idem aliquando & circa actionem furti contingit, vt ea nõ competat colono nisi cedatur, sed soli domino, qui tamen postea conuentus actione ex conducto totam illius actionis vtilitatem conductori restituere teneatur, vt in casu *l. si quis vxori 52. §. si sulpraria*, aut, vt alij legunt, & melius, meo iudicio, *si sulphuraria*, id est, *sulphuris fodinæ infr. de furt.* Quod tamen pugnare videtur cum *d. l. si apes 26. §. 1. & dict. l. fullo 82. §. 1.* Nisi fructus stantes & subreptos, de quibus hic agitur, & in posterioribus duabus legibus separemus à terra sulphurea, quę ita solo permixta est, vt ab eo separari sine ipsi⁹ detrimẽto vix possit. Fructus autem nunc stantes excerpi possunt sine iactura soli, quo etiam post factam messem adhuc stipula continetur *d. l. si fructuarius messem.* vbi vide quæ scripsimus. Est & alia ratio quæ impedit ne colonus in hac specie condictionem fructuum habere possit, nempe quod inspiciente ac patiente ipso fur fructus sustulerit. Ob quam causam nec furti actio ei danda videretur. Multo igitur minus condictio vtilis, sine cessione, quicquid Castrensis dicat.

6 ¶ Locator horrei proposítum habuit, se aurum, argentum, & margaritas non recipere suo periculo, deinde cum sciret has res inferri, passus est. perinde eum futurum tibi obligatum dixi, ac si propositum fuerit remissum.

Ad §. 6. Locator horrei.

RAT. DVB. Cum ab horrei locatore propositum, id est, publicè proscriptum fuit ante fores horrei, nolle locatorem in se recipere periculum earũ rerum quæ in horreum inferentur, nihil imputari potest locatori qui futuro conductori quisquis ille foret, tam apertè legem dixit. Imputari autem potest conductori qui ea lege & conditione publicè proscripta ad conductionem accessit, quique eam legem ignorare probabiliter non potuit, cur in tale horreum merces suas vltro intulerit, neque contraria conuentione vlla sibi prospexerit *arg. l. sed si pupillus 11. §. de quo palam proscriptum & seqq. supr. de instit. action. l. 1. §. in conducto supr. depos.* Ergo etiamsi locator, cùm sciret res conductoris ab eo inferri, hoc passus est, non eo magis videri debet illatarum rerum periculum in se recepisse. Non enim proscripserat nolle se res inferri, sed tantùm nolle se periculo suo inferri.

DEC. Patientia cùm scientiam semper adnexam habeat, pro consensu plerumque est, ne alioqui decipiatur is qui patientiam pro consensu accepit, vt in *l. 1. §. magistrum autem supr. de exercit. act. l. 1. §. vlt. supr. Naut. caupon. stabul. l. item quæritur 13. §. vlt. Locat. l. si sine 5. C. ad S. C. Velleian.* Patientia enim hoc casu pro dissimulatione est, quæ semper, vel dolus est, vel prope ad dolum accedit *l. 2. C. de reb. alien. nõ alienand. l. mulier 11. C. de distract. pign.* Nec nocere potest præcedens protestatio, quam subsecutus est actus cõtrarius. Tritum enim est protestationẽ contrariam actui nullius esse momenti, siue incontinenti fiat, siue ex interuallo. Quamuis soleant nostri ita distinguere, pluresque alias circa hanc quæstionem distinctiones adhibere, de quibus hic Castrensis, & latius Bartolus ad *leg. non solum 8. §. morte infr. de oper. noui nunciat. ad l. 1. C. de lit. contestat.* & ad *l. pacta nouissima 12. C. de pact.* Sentio tamen cum Castrensi non esse actum hunc protestationi contrarium, si locator horrei patiatur inferri aurum, argẽtum & margaritas in horreum cùm proscripsisset nolle se has res inferri suo periculo. Quid enim vetat vtrumque subsistere, vt & huiusmodi res pretiosiores inferantur, nec tamen locatoris periculo, sed conductoris? Nisi fortè cum Castrẽsi dicamus verba illa *periculo suo* sic esse interpretanda, acsi locator simpliciter proscripsisset nolle se res has inferri. Rationem verò proscribendi hanc habuisse. Ne alioqui periculum custodiæ & earum rerum omnium quæ illatæ essent, ad ipsum pertineret, quomodo sane pertineret, si nihil contra dictum, aut scriptum esset *§. vlt. infr. hac lege & l. dominus 55. & l. seq. supr.* vbi diximus *supr. hoc tit. l. 1. C. eod.* Et certè constat olim locata fuisse horrea in hunc vsum potissimum, vt in ea res quæque preciosissimæ inferrentur *l. 3. §. effractura supr. de offic. præf. vigil.* Sed tamen durior mihi videtur hæc interpretatio, quam vt eam admittere tam facilè possint, si ponas verba illa *suo periculo* in proscriptione apposita fuisse. Malo igitur dicere hæc verba esse interpretis proscriptionem, sita vt Castrensis facit interpretantis, acsi adiectum esset *suo scilicet periculo.* Alioqui sane oporteret ad inducendum actum contrarium per quẽ id quod propositum fuit, remissum esse, dici posset, vt locator passus esset non tantùm inferri aurum, argentum & margaritas, sed etiam inferri suo periculo. Ad quam tamen adiectionem patientia sola inferendi non potest se extendere. Verbisque expressis opus esset ad contrariam illam voluntatem declarandam. Nam imò verò qui proscribit expresse, non passurum se, vt huiusmodi preciosæ res in horreum inferantur suo periculo, hoc ipso proscribit & prænunciat, passurum se, vt inferantur, dum ne suo periculo. Itaque sola patientia inferendi postea subsecuta non esset tale quid propter quod videri deberet locator propositum remisisse, & protestationi, si proscriptionem hanc pro protestatione accipere quis velit, renunciasse. Suaues verò sunt interpretes qui post Cinum & Bartolum intelligunt hunc §. de proposito in mente retento, quasi nihil operari debeat ex *l. si repetendi 7. Cod. de condict. ob caus. dator. l. 3. §. si quis quasi supr. eod. ill. tit. l. si*

BIU Cujas

maiores 25. l. cum donationis 34. C. de transact. Cùm tamen nihil apertius sit quàm Iureconsultum hic *propositum* dixisse pro antepositio & proscripto, vt interpretati sumus ex *dict. leg. 9. §. de quo proscriptum & seqq. supr. de instit. act. & leg. quoties in taberna 47. supr. de pecul.* Vnde est, quod in fine §. Labeo ait, *si propositum* fuerit remissum, quomodo habet vulgata lectio, & rectè. Planè, cùm de protestatione tractamus, refert multum, an fiat illa cum persona certa, an cum persona incerta. Posteriore hoc casu, neque præsentia, neque scientia vlla requiritur, ne quidem eorum, qui ex ea protestatione lædi possunt, quoniam quinam illi sint, nesciri adhuc potest *l. si eo tempore 6. C. de remiss. pignor.* & in specie huius §. Priore verò casu & præsentia & scientia necessaria est eius contra quem fit protestatio, & qui ex ea lædi potest, vt in *l. vlt. in princ. versic. item si prædixerit supr. naut. caupon. stabul. l. nam ita 39. supr. de adopt. l. de vnoquoque 47. infr. de re iudic.* Nisi cùm protestatio fit propter metum eius, quo præsente & sciente non auderet quis protestari, vt in specie *l. 1. C. de his, qui per met. iudic. non appell.* Sed de protestatione plura dicendi non est hîc proprius locus. Gotthofredus noster hunc §. infeliciter emendauit.

7 ¶ Seruum meum mulionem conduxisti: negligentia eius mulus tuus periit si ipse se locasset: ex peculio duntaxat, & in rem versum damnum tibi dominum præstaturum locati iudicio [a]. sin autem ego eum ipse locassem: non vltra me tibi præstaturum, quàm dolum malum & culpam meam abesse. [b] quod si sine definitione personæ mulionem à me conduxisti, & ego eum tibi dedi, cuius negligentia iumentum tuum perierit: illam quoque culpam me tibi præstaturum aio: quod eum elegissem, qui eiusmodi damno te afficeret.

Ad §. 7. Seruum meum.

RAT. DVB. Melior cõditio nostra per seruos nostros fieri potest, sed deterior nõ potest *l. melior 133. de regul. iur. l. 3. C. de pact.* Ergo si seruus meus seipsum tibi locauerit, vt mulum tuum duceret, qui postea negligentia eius perierit, non est æquum me teneri, præsertim verò locati iudicio, cum ipse se locauerit, nec ego contraxerim.

DEC. Etiam ignorans & inuitus dominus tenetur ex contractu serui sui ad finem vsque peculij actione De peculio, vel eius quod in rem domini versum est actione De in rem verso, adeoque tametsi dominus cum eo seruo contrahi prohibuerit *l. si quis seruum 29. §. 1. & pass. supr. de pecul. & tit. de in rem. vers.* Ergo in proposita specie, etiamsi seruus solus me ignorante se locauerit, teneri tamen debeo De peculio, & De in rem verso, an etiam locati iudicio? quomodo habet vulgata lectio. Ita sanè si locati iudicium intelligas cum illa adiectione De peculio, & De in rem verso. Et ita prorsus intelligendum est. Sunt enim illæ adiectiones De peculio, & De in rem verso principalis actionis, quæ ex contractu quolibet serui contra dominum datur. Nam cùm seruus contrahere possit, nec tamen ex contractibus suis conueniri, quia cum seruo nulla actio est *l. cùm seruo 107. de reg. iur.* necesse fuit induci, vt ex cõtractu serui posset dominus, tametsi non contraxerit, conueniri, & quidem actione ex illo contractu, sed cum adiectione illa De peculio, vel De in rem verso, quoniam actio de peculio propria ac separata nulla est. Actio tamen De in rem verso aliqua esse potest §. *vlt. instit. Quod cum eo qui in alien. potest. est.*

a *Sin autem eum ego ipse locassem.* RAT. DVB. Cùm ego ipse seruum meum tibi locaui, non minus serui mei factum quàm meum præstare tibi debeo, si is fortè, quomodo ponimus, culpa & negligentia sua damnum tibi dederit, etiamsi nihil de eo conuenerit, vt in *l. videamus 11. supr. hoc tit.* Ergo non solùm de dolo meo teneri debeo, si fortè sciés cum seruum imperitum esse, aut negligentem eum pro perito & diligente tibi locauero, vt in *l. si seruus seruũ 27. §. pen. iunct. l. idem iuris 8. §. 1. supr. ad leg. Aquil.* Itemq; de culpa leui, si fortè nesciuerim quidem, sed tamen scire potuerim esse illum imperitum, aut negligentem, sed etiam de dolo & culpa serui huius, cum ego ipse eum locauerim.

DEC. Locator nihil nisi dolum, & culpam suam, eamque leuem duntaxat, non etiam leuissimam præstare regulariter debet, vt toties in hoc tractatu diximus ex *l. si vt certo 5. §. nunc videndum supr. commod. l. contractus 23. de reg. iur.* Ergo si neque dolus, neq; culpa vlla imputari possit domino, securus esse debet, quamuis seruus ipse in dolo, vel culpa aliqua fuisse probetur. Neque enim serui culpa vel dolus, domini quoque culpa vel dolus videri potest. Magisque culpa tua videri debet, qui talem seruum nominatim tibi abs me locari volueris. Debueras enim prior diligentius inquirere, an peritus esset ille, an diligens, an ab eo nullum tibi damnum timendum esset.

b *Quòd si sine definitione personæ.* RAT. DVB. Duriùs obligatur, qui certum hominem debet, quàm qui incertum, cùm hîc electionem habeat dandi, quem velit, dum ne pessimum det *l. si heres generaliter 110. de legat. 1.* Ille verò non possit eligere, nec alium pro alio dare *l. Neratius 63.* vbi diximus *supr. de condict. indeb. iunct. l. cùm quis 38. §. qui hominem infr. de solut.* Ergo etiamsi sine certæ personæ definitione mulionem à me conduxeris, non idcirco tamẽ grauiùs obligari tibi debeo, quàm si Stichum aut Pamphilum mulionem à me nominatim conduxisses. Proinde, si dolus malus & culpa à me absit, non debet mihi serui huius culpa, vel dolus obesse.

DEC. Nulla culpa mea est, si tibi Stichum seruum meum mulionem locauerim, quem nominatim à me conducere voluisti, nisi aliunde dolus meus aliquis, aut culpa probetur. At cùm nonnisi generaliter, & sine definitione personæ mulionem à me conduxisti, in culpa ego sum, si ex pluribus seruis meis mulionibus, quos habebam, & peritiores & diligentiores (hoc enim necessariò supponendum est) eum elegerim, cuius siue negligentia, siue imperitia iumentum tuum perierit. Nemo enim dubitat, quin mala electio culpæ adscribatur,

BIU Cujas

vt hîc & ex hoc §. Accursius notat, & ex *l. nam & Seruius* 21. §. *vlt. supr. de negot. gest.* Ergo etiamsi absit à me dolus, quia ignoraui imperitum eum esse, ac negligentem, itemque culpa, quòd iustam ac probabilem habuerim causam id ignorandi, attamen hanc quoque culpam tibi à me præstari æquum est, quod eum elegerim, qui huiusmodi damno te adfecerit, vt lex ait, ex quo Castrensis infert, & rectè maiorem diligentiam adhibere illum debere, qui rem incertam promittit, quàm eum, qui certam, quod ille non excusatur dando rem viciosam, tametsi dicat se vicium ignorare, qui verò certam rem promittit, excusatur. Proinde in proposita specie teneri debeo, non tantùm de peculio serui mei, aut de eo quod in rem meam versum est, sed in solidum, tametsi neque in peculio, neq; in rem meam versum quicquam sit, quia non ex serui mei contractu teneor hoc casu, sed ex meo. Iunge *l. videamus* 11. *& l. si domum tibi* 45. §. *si hominem supra hoc titulo.*

8 ¶ Vehiculum conduxisti, vt onus tuum portaret, & secum iter faceres, & cùm pontem transiret, redemptor eius pontis portorium ab eo exigebat. quærebatur, an etiam pro ipsa *sola* rheda, portorium daturus fuerat? Puto, Si portorium mulio non ignorauit, & se eà transiturum, cùm vehiculum locaret, mulionem præstare debere.

Ad §. 8. Vehiculum.

RAT. DVB. In locando & conducendo vehiculo, nihil dictum est de portorio soluendo, id est, à quo solueretur, an à mulione, eodemque vehiculi locatore, an à te, qui vehiculum conduxisti, vt onus tuum portaret, ac tecum iter faceret. Sic enim malo legere quàm vt vulgo *secum iter faceres*, aut vt Florentiæ, quæ deterior lectio est *secum iter faceret*. Ergo æquius est portorium à te solui quàm à mulione, cuius merces alioquin ea solutione minueretur.

DEC. In dubio facienda est interpretatio contra locatorem, qui potuit legem apertius dicere ex regula *l. veteribus* 39. *supr. de pact. l. Labeo scripsit* 21. *supr. de contr. empt.* Atqui ponimus mulionem locatorem vehiculi cùm vehiculum locaret, non ignorasse eà sibi transeundum esse, vbi portorium exigebatur: sibi ergo imputet, cur non sibi conuentione speciali prospexerit, vt portorium etiam pro rheda à cõductore solueretur. Sed tamen pro rheda sola id portorium mulio & carrucarius præstabit, non etiam pro rebus cæteris in vehiculum illatis, quàm Castrensis *Salmam* vocat. Earum enim onus ad solum conductorem, qui & ipsarum dominus est, pertinet. Idque significant verba illa huius §. *an etiam pro ipsa sola rheda portorium daturus sit*, vt benè Accursius, Bartolus, cæterique omnes interpretantur. Quid? Fieríne potest, vt qui vehiculum ducit, ignoret, quà sibi sit trãseundum. Imò fieri potest, si ponas, vt inquit Castrensis, fuisse conductum vehiculum ad portandum conductorem, quo vellet nullo certo loco specialiter nominato ad quem vellet conductor accedere. Euenit enim plerunque, vt qui peregrinantur præsertim mercatores, qui metuendum sibi habeant ab insidiis latronum aut inimicorum suorum in locis, præsertim & temporibus periculosis nolint præmonere in quem locum, & per quæ loca ire velint, imò verò cauta dissimulatione, & innocente mendacio fingant se aliò ire velle, quàm quò ire destinarunt, aut per alia loca. Quod cùm accidit, nihil certè est, quod mulioni & carrucario imputare possis. Placet tamen distinctio Bartoli, quam & Castrensis probat, an portorium & vectigal tale sit, vt etiam pro sola rheda vel animalibus, quæ rhedam ducunt, solui debeat, etiamsi transiret sine salma, vt aliud sit vectigal salmæ, aliud autem vehiculi & animalium, an verò pro solo vehiculo solui debeat, sed pro salma & animalibus simul, vt hoc posteriore casu dominus salmæ teneatur totũ portorium soluere, id est, etiam pro vehiculo & animalibus vehiculi. Ita enim textum hunc declarat & explicat Bartolus in *l. 1. §. 1. infr. de publican. & vectigal.* Quod & ego probo.

9 ¶ Rerum custodiam, quam horrearius conductoribus præstare deberet, locatorem totorum horreorum horreario præstare non debere puto, nisi si in locando aliter conuenerit.

Ad §. vlt. Rerum custodiam.

De huius §. sententia iam satis multa diximus ad *l. dominus horreorum* 55. *supr. hoc tit.* vbi cùm quæstionem illam tractaremus, an periculum rerum in horreis reconditarum ad locatorem spectet, eundemque dominum horreorum, an verò ad conductorem, eumdemque dominum rerum illatarum. Diximus enim inter cæteras distinctiones eam adhibendam esse, quæ ponitur in hoc §. An quis totorum horreorum conductor sit, an partis tantùm. Si totorum horreorum conductor sit, non habet in eo locum, quod in cæteris horreariis, vt custodiam rerum illatarum conductoribus præstare debeant. Nempe, quia in eorum potestate sit custodiam talem, tantamque præstare, qualem & quantam velint, cùm habeant tota horrea in sua potestate, quod non similiter contingit si non nisi partem horreorum conduxerit. Excipiendi tamen sunt tres casus: Primus ille qui in prostremis huius §. verbis exprimitur, si aliud nominatim conuenerit. Semper enim bona fides hoc exigit, vt lex contractus seruetur si modo pactio neque sit contra bonam fidem ipsam neque contra leges neque contra bonos mores *l. 1. §. si conuenit & seq. l. Lucius* 24. *supr. deposit. l. ex empto* 11. §. 1. *supr. tit. prox. l. cùm venderem* 21. *hoc tit.* Secundus casus est si tota illa horrea clausa sint & comprehensa intra fines domus locatoris & in qua locator ipse habitet. Tertius est si totorum horreorum locator claues sibi retinuerit. Quisquis enim claues retinet, custodiæ quoque periculum & onus hoc ipso in se recipere intelligitur,

BIU Cujas

gitur, vt docuimus ad *d. l. dominus*. In hoc §. abundat dictio *horreario*, ne alioqui cum Accursio & Castrensi cogaris dicere *horrearium* dixisse Labeonem, aut Iauolenum pro locatore horreorum, mox *horreario* pro horreorum conductore, quod est omnino improbabile.

61. SCÆVOLA libro 7. Digestorum.

COlonus, cum lege locationis non esset comprehensum, vt vineas poneret, nihilominus in fundum vineas instituit: & propter earum fructum denis ampliùs aureis annuis ager locari cœperat. quæsitum est, si dominus istum colonum fundo eiectum, pensionum debitarum nomine conueniat an sumptus vtiliter factos in vineis instituendis reputare possit, opposita doli mali exceptione? respondi, vel expensas consecuturum, vel nihil amplius præstaturum esse.

Ad l. Colonus 61.

RAT. DVB. & DEC. ad initium huius legis eadem ferè est, quæ ad *l. dominus* 55. §. 1. *supr. hoc tit.* Nisi quod in hac lege tractatur de colono à locatione expulso, propter non solutas pensiones, in quo maior sanè dubitandi causa suberat, quasi expensas, quas in meliorationem rei fecerat, amisisse videbatur, cùm propter moram & culpam suam ob non solutas pensiones ius ipsum quoque conductionis amisisset. At decidendi ratio est, quod æquum non sit locupletiorem fieri locatorem ex pecunia & iactura conductoris, *l. nam hoc natura* 14. *supr. de condict. indeb. l. iure naturæ* 206. *de regul. iur.* Fieret autem locupletior ex damno conductoris, si nulla actio competeret conductori ad repetendas impensas, quas ad meliorandam rem conductam vtiliter fecisset, institutis in fundo vineis, propter quarum fructum denis amplius aureis annuis ager locari cœperat. Nec quod ob non solutas pensiones eiectus sit, grauiorem quàm expulsionis pœnam meretur, præsertim cùm nec faciat expulsio, ob non solutam pensionem, quin ipsa etiam pensio peti possit, præteriti scilicet temporis, quamuis non etiam futuri, vt Castrensis hîc concludit. Est igitur melioris conditionis conductor, qui in fundum alienum sciens impendit, quàm alius quilibet emptor, possessórve malæ fidei, quod etiam nulla præcedente de eo conuentione potest, non solùm necessarias, de quibus dubitari minùs potest, sed etiam vtiles impensas facere in rem conductam, easque repetere non modò per retentionem & opposita doli mali exceptione, si ad rei locatæ restitutionem conueniatur, sed etiam per actionem ex conducto *d. l. dominus* 55. §. 1. *supr.* Quod non similiter obtinet in malæ fidei emptore *l. vlt. §. vlt. Cod. commun. de legat.* Est etiam conductor hic melioris hac parte conditionis, quàm sit emphyteuta, siue ecclesiæ, siue priuati. Nam emphyteuta quisquis ille sit, si pensionem non soluerit priuato quidem intrà triennium, ecclesiæ verò intra biennium non solùm expelli ab emphyteusi potest, sed etiam ita expelli, vt melioramenta, quæ in rem emphyteuticariam fecit, repetere, ac recipere nullo modo debeat, neque per viam exceptionis & retentionis, neque per viam actionis *Nouell.* 120. *de alien. & emphyt. cap.* 8. §. *si verò quis aut locator*. Ratione hac diuersitatis, in qua interpretes nostri omnes consentiunt, quod emphyteuta quilibet ob hoc ipsum accipit emphyteusim, siue à priuato, siue ab ecclesia, vt rem emphyteuticariam meliorem faciat, vnde & contractus emphyteuticus vulgo dicitur contractus meliorationis *l. vlt. C. de iur. emphyt.* Quod in conductore simplici diuersum est, & ex hac differentia etiam illa nascitur, quod emphyteuta perexiguam præstare solet pensionem, quia nō præstat, nisi in signum & recognitionem directi dominij: conductor verò simplex longè maiorem. Ex comparatione scilicet fructuum, qui ex fundo conducto percipiuntur. Quā de causa illud quoque meritò placuit, vt ob non solutam pensionem faciliùs & citius expelli conductor simplex possit, adeoque propria authoritate, quàm emphyteuta, qui nonnisi per iudicis sententiam expelli potest, quia conductor simplex nullum ius in re habet, quomodo habet emphyteuta, qui & dominus vtilis esse dicitur, vt scripsimus ad *l. 1. supr. si ager vectig. & emphyt. petat. & ad l. quæro* 54. §. *inter locatorem supr. hoc tit.* Planè si dominus post ius sibi quæsitum expellendi, siue coloni, siue emphyteutæ ob præteriti temporis pensiones non solutas præsentis temporis pensionem petat, probabile est, quod Accursius voluit, videri eum renunciasse pœnæ expulsionis *arg. l. post diem 5. supr. de lege commiss.* non etiam si pensiones præteriti temporis petat, vt benè Castrensis hîc distinguit. Quod verò ad impensas pertinet à conductore, siue necessarió, siue vtiliter factas pertinet, concludendum est cum Labeone ac Iauoleno, vel eas consecuturum conductorem etiam per actionem ex conducto, vel saltem nihil amplius præstaturum, id est, ex pensionibus non solutis, & ob quas non solutas expulsus est, quòd eas cùm impensis, quæ restitui ei deberent, sit compensaturus, vt in *l. 1. §. construat, versicul. quicunque infr. de via publica, & si quid in ea factum esse dicatur.*

1 ¶ Nauem conduxit, vt de prouincia Cyrenensi Aquileiam nauigaret, olei metretis tribus millibus impositis, & frumenti modiis octo millibus, certa mercede: sed euenit, vt onerata nauis in ipsa prouincia nouem mensibus retineretur, & onus impositum commisso tolleretur. quæsitum est, an vectu-

BIU Cujas

ras, quas conuenit, à conductore secundùm locationem nauis exigere possit, respondi, secundùm ea, quæ proponerentur, posse.

Ad §. 1. Nauem conduxit.

RAT. DVB. Iniquum est nautam, qui nauem locauit, vecturam repetere à vectoribus & conductoribus, cùm munere vehendi functus non sit, vt ab Imperatore Antonino Augusto rescriptum fuisse Vlpianus scribit in *l. ex conducto* 15. §. *item cùm quidam supr. hoc tit.* Ergo nec in specie huius §. permittendum est nautæ, vt vecturas à conductoribus exigat, cùm ponamus nauem oneratam mercibus per menses nouem in prouincia retentam fuisse, ac tandem merces inuectas, vt veherentur, commissas fuisse.

DEC. Multum interesset, an ipsius nautę culpa acciderit, ne vehendi munere functus sit, quo casu procedit quod scriptum est in *d.* §. *item cùm quidam*, an verò culpa ipsius conductoris, vt in specie huius §. in qua ponendum est commissas fuisse merces ob culpam conductorum, qui eas illicitè, ac contra prohibitionem legis eas intulerant & naui imposuerant, vt in *l. cotem* 11. §. *dominus infr. de public. & vectigal.* Et ita hunc §. omnes post Accursium & Bartolum rectè intelligunt, vt quando casus fortuitus in re locata occurrit culpa conductoris, integra nihilominus merces locatori debeatur. Et nos quoque ad *dict.* §. *item cùm quidam*, sic locum illum cum hoc §. conciliari posse ac debere scripsimus. Nec tãtùm merces, sed & nauem ipsam commissam esse dicendum esset, si dominus nauis eas merces illicitas in nauem ipse intulisset, aut ab aliis inferri passus esset, non aliter, vt contra Accursium Castrensis hîc disputat ex *d.* §. *dominus.*

62. LABEO libro 1. Pithanorum.

SIriuum, quem faciendum conduxeras, & feceras, antequam eum probares, labes corrupit: tuum periculum est. *Paulus*: Immò, si soli vitio id accidit, locatoris erit periculum: si operis vitio id accidit, tuum erit detrimentum.

Ad l. vlt. Si riuum.

De huius legis sententia iam satis scripsimus ad *l. opus* 36. *l. ea lege* 51. §. *locaui l. Martius* 59. *sup. hoc tit.* summa hæc est, quoties opus vitio suo perit, damnum esse conductoris, si modò perierit antequam à locatore adprobatum esset, inquit Castrensis, & rectè. Nam post adprobationem locatoris stultum est quærere, cuius sit periculum, cùm imputare sibi locator debeat, cur opus vitiosum adprobauerit, & quod ex postfacto appareat adprobari non debuisse, sed hoc ipsum ita si conductor opus complere promiserat. Aliud enim est in eo, qui non ad hoc se obligauerat, sed tantùm ad operas quotidianas iuxta distinctionem Iauoleni in *l. ea lege* 51. §. *locaui*, vbi diximus *supr.* Sed si vicio soli, aut quod effectu idem est, vi maiore, aut naturali opus perierit, damnum est locatoris *d. l. Marcius.* Iunge *l. ex conducto* 15. §. *si vis tempestatis l. si merces* 25. §. *vis maior* & quæ ibi etiam diximus *supr. hoc tit.* Est enim vis maior & vis diuina, labes, de qua in hac lege, quæ accidit, vt plurimum vi ventorum & flatu, aut pluuiarum incursu, aut alio casu superiore. Neque ex imo venit, vt fundum absorbeat, sed ex summo incidit, vt Cuiacius notat *lib.* 15. *Obseruat. cap.* 28. & *tract.* 8. *ad Africanum.*

DE ÆSTI-

BIU Cujas

DE AESTIMATORIA ACTIONE.

TITVLVS III.

1. VLPIANVS libro 32. ad Edictum.

ACTIO de æstimato proponitur tollendæ dubitationis gratia. fuit enim magis dubitatum, cùm res æstimata vendenda datur: vtrum ex vendito sit actio, propter æstimationem, an ex locato, quasi rem vendendam locasse videar: an ex conducto, quasi operas conduxissem, an mandati. melius itaque visum est, hanc actionem proponi: quotiens enim de nomine contractus alicuius ambigeretur, conueniret tamen aliquam actionem dari, dandam æstimatoriam præscriptis verbis actionem. est enim negotium ciuile gestum, & quidem bona fide. quare omnia & hîc locum habent, quæ in bonæ fidei iudiciis diximus.

Ad l. Actio 1.

RAT. DVB. Æstimatio facere solet emptionem *l. plerũque 10. in princ. & §. pen. infr. de iur. dot. l. 3. supr. tit. prox. l. quoties 5. Cod. eod. l. æstimatis 50. & seq. inf. solut. matrim. l. vnic. §. cumq; ex stipulatu C. de rei vxor. act.* Ergo si res aliqua vendenda detur, & æstimata, dicendum est actionem ex vendito competere propter æstimationem, itemque ex locato, quasi rem vendendam locasse videar, si qua merces interuenerit, aut ex conducto, quasi operas conduxerim, multò magis mandati. Quid enim aliud est, Dare tibi rem vendendam, quàm mandare tibi vt vendas? Proinde nil necesse est hoc casu inducere nouam istam actionem æstimatoriam Præscriptis verbis, cùm non sint frustrà & superuacuò multiplicandæ actiones *l. in nauem Saufeij 31. supr. tit. prox.*

DEC. Periculum olim magnum fuit malæ electæ actionis, si quando fortè actor actionem aliquam proponeret sibi non competentem. Causa enim cadebat actor, qui malè ac perperam agebat, malè autem agebat etiam is, qui eo quoque casu, quo certum erat actionem aliquam competere, tanquam ex ciuili gesto negotio, eam tamen eligebat, quæ nõ competeret. Ob eamque nimirum causam vitandi huius periculi gratia necesse fuit induci à prudentibus actionem Præscriptis verbis, quam eligi semper tutius erat, ne actor periclitaretur, vt dicemus ad *l. 1. & seqq. infr. de præscript. verb. ex l. si gratuitam 17. & l. Titius 24. ad fin. eod. ill. tit.* Idque est, quod Vlpianus hîc generaliter scribit, quoties de nomine alicuius contractus ambigeretur, conueniret tamen aliquam actionem dari, dandam esse Præscriptis verbis actionem. Sic enim legendum est deleta dictione *æstimatoriam*, tanquam quę irrepserit ex glossa imperiti alicuius interpretis, vt primus benè ac feliciter docuit Hottoman. *libr. 5. Obseruat. cap.* nisi malis cum Accursio sic interpretari, acsi scriptum esset, quoties de contractus nomine ambigitur, nec tamen dubitatur, quin actio ciuilis aliqua competat, dandam esse Præscriptis verbis actionem, quæ in hoc casu æstimatoria est, & appellatur. Neque enim existimandum est statim atque dubitatur de nomine contractus, aut actionis æstimatoriam Præscriptis verbis actionem dandam esse, extra casum illum, qui in hac lege proponitur, cùm res aliqua æstimata, alij vendenda datur. Quod significant prima illa huius legis verba *Melius itaque visum est hanc actionem proponi*, vbi *melius* dixit Vlpianus, pro eo quod aliis supradictis locis scriptum est *tutius*. Itaque nõ quemadmodum omnis actio æstimatoria est Præscriptis verbis, ita omnis actio Præscriptis verbis æstimatoria vicissim dici potest. Vt enim Præscriptis verbis actio competat, sufficit negotium aliquod ciuile gestum esse, ex quo συναλλαγμα contrahatur *l. iuris gentium 7. §. 1. supr. de pact.* & neque contractus & negotij, neque actionis ex eo competentis speciale nomen vllum esse. In proposita verò specie, id est, cùm res æstimata vendenda datur, nemo dubitat, quin ciuile negotium gestum sit, & quidem bona fide. Nam siue diceres contractum esse venditionis, siue locationis, siue mandati esset contractus bonæ fidei, cùm supradicti contractus omnes bonæ fidei sint *§. actionum inst. de action.* Cùm igitur contractus hic simillimus sit contractibus bonæ fidei, non potest nõ esse bonæ fidei, vt & actio ipsa, quæ ex eo nascitur *dict. §. actionum.* Ex quo infert meritò hîc Vlpianus in hac actione locum habere omnia, quæ hucusque dicta sunt in bonæ fidei iudiciis, id est, in iudiciis empti, venditi, locati & cõducti, & mandati, de quibus latiùs & seperatim sub suis Titulis tractatum est in libris præcedentibus. Similis est actio Præscriptis verbis, quæ oritur ex permutatione *dict. §. actionum*, nempe quia per-

BIU Cujas

mutatio accedit proximè ad emptionem *l. 2. infrà tit. prox. l. 2. C. eod.* Cæteræ actiones omnes Præscriptis verbis sunt stricti iuris, quamuis similitudinem aliquam habeant cum bonæ fidei actionibus ad quas accedunt, similesque in multis habeant præstationes, *l. naturalis 5. §. penult. infr. de præscript. verbis, l. 1. §. si quis seruum supr. deposit. l. eum qui 10. §. 1. suprà commod.* Parum verò subtiliter nostri faciunt cùm quærunt, cur non detur hoc casu condictio ex lege, *leg. vnic. supr. de condict.* ex lege, item cùm respondent dari condictionem illam quando ex noua aliqua lege inducitur actio. Actionem verò Præscriptis verbis cum antiqua lege ex aliquo contractu, de cuius nomine dubitatur, vt hîc, quasi verò non etiam ex antiqua lege possit nasci condictio ex lege, cùm nulla sit tam antiqua lex hodie, quæ non fuerit aliquando noua. Quamuis nouæ leges in libris nostris dicantur omnes quotquot secutæ sunt legem duodecim tabularum *l. tutelas 7. suprà de capit. minut. l. vlt. infr. de reg. Caton.* Aut quasi actio hæc Præscriptis verbis, non magis ex antiqua, quã ex noua vlla lege nascatur, sed tota ex contractu innominato, qui neque venditio, neque locatio, neque mandatum est: non venditio, quia licet res æstimata sit, non tamen data est ea mente, vt fieret in perpetuum accipientis, sed vt vel ipsa, vel ipsius æstimatio redderetur, vt in §. *prox. infr.* non locatio, quia res non vtenda, sed vendenda data est: non conductio, quia nõ ponimus eum, qui æstimatam rem vendendam accepit, nõ denique mandatum, si, vt fieri solet, merces aliqua in hoc contractu interuenerit, vt in *l. prox. infr.* vt eleganter Castrensis hîc docet. Quid ergo actione dubia opus fuit, eaque Præscriptis verbis, sed speciali nomine digna de Æstimato, aut Æstimatoria propter conuentam æstimationem? Non est contrarium quod scriptum est in *l. & eleganter 7. §. non solùm in princip. supr. de dolo.* non solùm, si certum sit nullam aliam actionem esse, sed etsi dubitetur, an aliqua sit, actionem De dolo dari debere. Id enim procedit, cùm ex dolo & delicto actio venit, non autem cùm ex contractu, cuius nomen ignoretur. Tum enim Præscriptis verbis actio necessaria est, aut æstimatoria, si æstimatio interuenerit, aut alia generali contenta nomine, si neque æstimatio, neque permutatio vlla intercessit, dummodo ciuile aliquod subsit negotium, ex quo actionem nasci oporteat. An verò negotium, ex quo damus æstimationem actione iuris gentium, negotium est potius quàm ciuile? vt sunt cæteri ferè omnes contractus tam nominati quàm innominati iuris gentium, non ciuilis, exceptis perpaucis *l. iam hoc iure 5. supr. de iustit. & iur.* Ita sanè est, sed negotium ciuile Vlpianus hîc dixit ad differentiam nudæ conuentionis, ex quâ non patitur ciuilis legislator actionem nasci, ne repleantur omnia litibus, si ex nudo pacto detur actio *l. iuris gentium in princip. & §. 1. & §. igitur nuda supr. de pact.* Ciuile itaque negotium intelligendum est, quod iure ciuili est adprobatum, & ita confirmatum, vt ex eo danda sit actio. Nam & ex contractibus iuris gentium, quoniam à iure ciuili comprobati sunt, dantur actiones, quæ sunt iuris ciuilis. Nulla siquidem actio est, quæ non sit iuris ciuilis, *l. 2. §. deinde cùm ex legibus supr. de orig. iur.* generaliter scilicet accepto nomine iuris ciuilis, vt etiam prætorium & ædilitium contineat *l. ius ciuile 7. de iustit. & iur.* Nulla prorsus iuris gentium. Proinde cùm tractaret hîc Vlpianus de actione danda ex contractu, cuius nomen ignorabatur, quamuis non dubitaretur, quin aliquod negotium gestum esset, necesse fuit facere illum mentionem iuris ciuilis, non autem iuris gentium, ex quo nimirum sunt etiam nudæ conuentiones, ex quibus tamen actio numquam datur, vt diximus.

1 ¶ Æstimatio autem periculum facit eius, qui suscepit. aut igitur ipsam rem debebit incorruptam reddere: aut æstimationem, de qua conuenit.

Ad §. 1. Aestimatio.

RAT. DVB. Æstimatio, tum maximè transfert periculum in accipientem, cùm facit venditionem, quia proprium venditionis est, vt periculum transferat in emptorem *l. necessariò 8. supr. de peric. & commod. rei vendit. l. plerumque 10. in princip. & §. penult. infr. de iur. dot.* Atqui æstimatio non semper facit emptionem. Quid enim si tradita sit res æstimata vendenda, vt reddatur, aut res ipsa, aut æstimatio? vt in *l. si gratuitam 17. §. 1. infr. de præscr. verbis.* Non erit emptio, multo minus, si conuenerit, vt res ipsa præcisè reddatur, vt in *l. si inter 21. C. de iur. dot. l. æstimatis 50. solut. matrim. l. vlt. de pact. dotal.* Quid item si fiat æstimatio in contractu, cuius natura repugnet, ne possit æstimatio facere emptionem? vt in *l. seruos 34. supr. famil. erciscund.* Quid rursum, si de natura contractus sit, ne ex eo dominium transferatur, vt in contractu locati, depositi, commodati, & similibus? Non potest æstimatio facere emptionem, cùm in emptione conuenire non possit, vt ex ea dominium non transferatur *l. penult. §. vlt. suprà de contr. empt.* De quo latius nostri tractant ad *l. si vt certo 5. §. commodatum supr. commod.* Quid si res in dotem æstimatas soluto matrimonio reddi eas ipsas placuerit? vt in *dict. l. si inter dict. l. æstimatis & dict. l. vlt.* non tam venditio contrahitur, quàm summa declaratur, inquit eleganter Papinianus in *leg. cùm post 69. §. cùm res infr. de iur. dot.* vt si res perierint, vel deteriores factæ sint, sciatur quantum maritus, aut eius heres mulieri reddi debeat. Quid denique, si æstimatio non sit certæ & taxatæ quantitatis? vt in *d. l. si gratuitam 17. §. 1. infr. de præscr. verb.* Non enim potest esse emptio sine precio certo *l. 2. §. 1. supr. de contrah. empt. §. sed & certum Inst. de empt. & vendit.* Ergo quibus casibus æstimatio nõ facit emptionem, iisdem dicendum erit, nec facere illam posse, vt periculum transeat in accipientem.

DEC. Facilius est, vt æstimatio faciat periculum accipientis, quàm vt faciat emptionem. Nam quoties quidẽ æstimatio facit emptionẽ, facit etiam periculum accipientis, id est emptoris, ita scilicet ferente natura venditionis & emptionis, at non similiter è contrario, quoties facit periculum accipientis, facit etiam emptionem. Et, vt dicam generaliùs, æstimatio quamuis certa, non semper facit emptionem, at æstimatio dummodo certæ non incertæ quantitatis transfert semper periculum in accipientem, nec tantùm deteriorationis, vt putat Bartolus, sed etiam peremptionis, tum quoque cùm alternatiuè obligatus quis est vt reddat, vel rẽ vel æstimationẽ, vt in specie *d. l. pleriq; 10. §. vl. de iur. dot.*

BIU Cujas

dot. iunct. l. seq. in qua legendum esse *nec* pro & dodocuimus in libris Coniecturarum, & constat ex hoc §. *in illis* verbis *rem debebit incorruptam reddere d. l. si inter* 21. C. *de iur. dot.* quę omnium apertissimè hoc explicat *iunct. d. l.* 5. §. *& si fortè supr. Commod.* Vbi dicitur etiam in commodato, quamuis non sit habilis titulus ad transferendum dominium, vel vsucapiendi conditionem, si tamen res æstimata data sit omne periculum præstandum esse à commodatario, qui æstimationem præstaturum se recepit. Idq; est meo iudicio, & generaliter Vlpianus in hoc §. scribit, æstimationem facere periculum eius qui suscepit. Perinde scilicet atque si de hoc ipso nominatim conuenisset, nec adhibita distinctione illa quam nostri adhibent, an ex natura contractus veniat dolus tantùm & culpa lata, an culpa leuis dũtaxat aut leuissima, quasi æstimatio aliquid duntaxat addere debeat ad naturalem contractus obligationem puta facere, vt qui tenebatur tantùm de dolo & lata culpa, teneatur etiam de leui, qui verò tenebatur de leui, tãtùm teneatur etiam de leuissima, qui denique de leuissima, teneatur etiam de casu fortuito ex *dict. §. & si fortè & l. cum duobus* 52. §. *damna supr. pro socio.* vbi generaliter dicitur, custodiã præstare debere omnes eos qui rem æstimatam accipiũt. Quisquis autem custodiam præstare debet, etiam periculum omne præstare cogitur, & consequenter casum quoque fortuitum, dummodò nõ accidat vi maiore quæ nec præuideri, nec impediri potuerit, cuiusmodi est incursus & aggressura latronum, de qua in specie *d. §. damna.* Quid enim præstare potest custodia contra vim maiorem *l. ad eos* 19. *supr. Commod. l. si ea res* 31. *supr. de act. empt.* Cæterùm si vel leuissima culpa casui fortuito causam dederit, tenebitur etiam de casu fortuito quisquis custodiam debet, cùm teneatur etiam ad præstandam exactissimam diligentiam *l. 3. supr. de peric. & cõmod. rei vendit.* Diximus autem ita demùm æstimationem facere periculum accipientis si sit certa, nõ non etiam si incerta, quoniam incerta æstimatio non magis prodest ad transferendum periculum in accipientem quàm ad faciendam emptionem, sed distinctionibus locum relinquit, de quibus in *d. l. si gratuitam* 17. §. 1. *de præscr. verb. l. rogasti* 11. vbi diximus *supr. de reb. credit. iunct. l. quidam* 96. §. *si tibi de legat.* 1. Sanè multum interest, an periculum in aliquem translatum sit ratione præstandæ duntaxat custodiæ, an verò iure acquisiti dominij. Hoc enim posteriore casu, ne quidem vis maior excepta intelligitur quam alio casu excepimus. Et ideo semper refert scire, an æstimatio faciat emptionẽ necne, quia cùm facit emptionem, transfert periculum etiam vis maioris, quod transfertur in emptorem §. *cùm autem instit. de empt. & vendit. l. necessario* 8. *de peric. & commod. rei vendit. l. si fundus* 35. vbi scripsimus *supr. tit. prox.* Quod autem sequitur in hoc §. Eum qui rem æstimatam accepit, aut ipsam rem debere incorruptam reddere aut æstimationem, de qua conuenit, non generaliter intelligendum est de omni casu, quo æstimatio in aliquo contractu interuenerit, sed restringendum ad hanc actionem æstimatoriam, cuius formula his verbis proponitur, vt scilicet qui rem æstimatam accepit in specie huius legis, aut rem ipsam reddere teneatur & quidem incorruptam, id est non deteriorem factam, aut æstimationem de qua conuenit, id est certæ & taxatæ quantitatis, alioqui nec æstimatoria competere potest, quia nec quæstioni locus fieri posset, an æstimatio faceret emptionem, quæ, vt diximus, sine certo pretio esse nunquam potest.

2. PAVLVS libro 30. ad Edictum.

HÆc actio vtilis est, & si merces interuenit.

Ad l. Hæc actio 2.

RAT. DVB. Vbi merces est, locatio est *l. 2. & paß. supr. tit. prox. l. 1. §. si quis seruum supr. depositi. l. si tibi polienda* 22. *infr. de præscript. verb.* Scilicet si merces in pecunia consistat *d. §. si quis seruum.* Ergo & locati actio locum hoc casu habere debet, non æstimatoria Præscriptis verbis.

DEC. Non est quidem locatio sine mercede, sed non statim atque merces adest, locatio dici potest. Quid enim si mixtum sit negotium cum venditione, & cum alio contractu, puta mandati? vt in specie illa de qua in *l. 1. supr.* Non magis absolutè dici potest dandam esse actionem ex locato propter mercedem, quàm ex vendito propter æstimationem, aut mandati propter mandatum. Ergo hoc quoque casu melius & tutius est dari æstimatoriam Præscriptis verbis actionem. Itaque placet prima interpretatio Accursij, qui vtilem actionem hîc explicat efficacem ad differentiam actionis inutilis, nec competentis, non ad differentiam eius quæ sit directa. Neque verò species hæc quicquam commune habet cum illa de qua in *leg. rogasti* 19. §. *vlt. infr. de præscr. verb.* Non quia merces incerta hîc interuenerit, aut secundario iure potius cuiusdam remunerationis, vt Accursius comminiscitur, quamuis Bartolus probet, sed quia nihil erat in illa specie quod facere posset, vt venditio contracta videretur, vel mandatum. Tunc enim Præscriptis verbis actio magis necessaria est, cùm ex pluribus actionibus nominatis quæ singulæ videntur competere, dubitatur & ignoratur quænam potiùs danda sit: quod non euenit in specie *d. l. rogasti in fin.*

BIU Cujas

DE RERVM PERMVTATIONE.

TITVLVS IV.

1. PAVLVS libro 32. ad Edictum.

SIcut aliud est vendere, aliud emere: alius emptor, alius venditor: ita pretium aliud, aliud merx. at in permutatione discerni non potest, vter emptor, vel vter venditor sit:[a] multúmque differunt eorũ præstationes emptore enim, nisi nũmos accipientis fecerit, tenetur ex vendito, vẽditori sufficit, ob euictionem se obligare, possessionemq; tradere, & purgari dolo malo. itaque, si euicta res non sit, nihil debet. In permutatione verò, si vtrumque pretium est, vtriusque rem fieri oportet, si merx, neutrius. sed cùm debeat & res, & pretium esse: non potest inueniri, quid eorum merx, & quid pretium sit, nec ratio patitur, vt vna eadémque res & veneat, & pretium sit emptionis.[b] Vnde si ea res, quam acceperim, vel dederim, postea euincatur: in factum dandam actionem, respondetur. [c] Item emptio ac venditio nuda consentientium voluntate contrahitur, permutatio autem ex re tradita initium obligationi præbet.[d] alioquin, si res nondum tradita sit, nudo consensu constitui obligationem dicemus:[e] quod in his duntaxat receptũ est, quæ nomen suũ habent: vt in emptione, vẽditione, conductione, mandato. Ideóq; Pedius ait, alienam rem dantem, nullam contrahere permutationem. [f] Igitur, ex altera parte traditione facta, si alter rem nolit tradere: non in hoc agemus, vt interest nostra, illam rem accepisse, de qua conuenit: sed vt res nostra contrà nobis reddatur, condictioni locus est, quasi re non secuta.

Ad l. Sicut aliud est. 1.

HAec lex tota est magistralis, vt loqui nostri solent, eámq; magistraliter nostri explicant, sed omniũ aptissimè, iudicio meo, Paulus Castrẽsis, qui primum obseruat, Paulum in hac lege nihil aliud agere, quam vt ostendat differentias, quæ sunt inter emptionem & permutationem, quamuis permutatio dicatur vicina & similis emptioni *l. 2. hoc tit. l. 2. C. eod.* Ponit autem non quatuor aut quinque, vt alij putant, sed ad minus sex differentias, quarum prima est quæ sumitur à denominatione. Nam in contractu emptionis & venditionis circa denominationem triplex est variatio. Prima circa ipsum contractum qui ex parte emptoris dicitur emptio, ex parte autem venditoris venditio. Altera circa personas contrahentium, quorum alter dicitur emptor, alter venditor. Tertia ex parte rerum quæ in contractum hunc deducuntur, quarum vna dicitur merx, alia precium. At in contractu permutationis nulla eiusmodi contingit variatio, cùm ex vtraque parte contractus vnum idémque nomẽ habeat, scilicet permutationis, & vterque contrahentium dicatur *Permutans* aut potiùs *Permutator* & quælibet res quæ hinc inde permutatur, dicatur species, quia non fit permutatio, nisi certæ speciei ad certam speciem. Veteres tamen iis verbis *venditionis* & *emptionis* promiscuè vtebantur *l. veteres 19. supr. de action. empt.* Nimirum quod vnus tantùm cõtractus esset, vt ibi docuimus. Itémque quod origo emendi vendendíque à permutationibus cœperat *l. 1. supr. de contr. empt.* vnde & similitudines ac conuenientiæ omnes fluxerũt, quæ sunt inter emptionem & permutationem. Cæterùm adeò sunt distinctæ personæ emptoris & venditoris, vt vna eadémque persona officio venditoris & emptoris fungi nõ possit *l. pupillus 5. §. itẽ ipse tutor inf. de author. tutor.*

BIU Cujas

tutor. leg. & qui sub imagine 10. *C. de distract. pignor.* Quamquam nec aliam permutationis causam hac parte esse existimandum est. Etsi enim in permutatione vterque permutator dicitur, non potest tamen vnus & idem contrahens fungi officio vtriusque permutatoris. Sequitur,

a *Multúmque differunt eorum præstationes.* Secunda hæc differentia est, quæ sumitur ex præstationibus contractuum emptionis & permutationis. Nam in emptione & venditione emptor quidem tenetur transferre dominium pecuniæ pro pretio solutæ in venditorem, sed venditor non æquè tenetur transferre dominium rei venditæ in emptorem, sed sufficit vt rei venditæ vacuam possessionē tradat emptori, séque obliget de euictione, & purget se de dolo malo *leg. 3. in princip. & §. 1. leg. ex empto* 11. §. 1. *supr. de action. empt.* vbi rationem diuersitatis attulimus. Proinde is quoque qui rem alienam ignorans vendidit, ex empto conueniri non potest, quamdiu rem ei habere sine controuersia licet *l. habere licere* 57. *infr. de euict. l. qui rem emit* 3. *C. eod. ill. tit.* Addidi *ignorans*, quoniam inscio venditore aliud est, vt prius etiam quam res euincatur, teneri debeat in id omne quod emptoris interest eius rem factam esse *leg. seruus quem* 30. §. 1. vbi etiam diximus *supr. de action. empt.* At in permutatione nihil tale tractari potest, quia nesciri potest, quid in ea sit merx, quid precium, nec illud quoque dici, vtrumque esse mercem, & vtrumque pretium, cum eadem res & merx, & sui ipsius pretium esse non possit. Neque enim ratio patitur, vt vna eadémque res & veneat, & pretium sit emptionis. Inde igitur fit, vt in permutatione dominium ex vtraque parte transferri oporteat. Nam & inde permutatio nomen suum sumpsisse videtur, vt significet dominij ex vtraque parte mutationem. Itaque cùm etiam alienæ rei venditio valeat *leg. rem alienam* 28. *supr. de contrah. empt.* qui tamen alienam rem permutat, nullam contrahit permutationem *versic. ideóque Pedius*, quem transpositum esse semper credidi, & post vltima illa huius versiculi verba *& pretium sit emptionis* reponendum vt docui in libris Coniecturarum. Sequitur,

b *Vnde si ea res quam acceperim.* Tertia est differentia, quæ sumitur ex diuersitate actionum, quæ ex huiusmodi contractibus emptionis & permutationis nascuntur. Nam ex emptione quidem si res aliena vendita & euicta sit, nascitur ex empto actio ad id omne quod interest emptoris *leg. si in venditione* 60. *leg. euicta re vendita* 70. *infr. de euiction.* In permutatione vero si ea res quam acceperim vel dederim, posteà euincatur, in factum actionem dandam esse placuit, ciuilem scilicet non prætoriam, ac proinde Præscriptis verbis, cùm ciuile negotium gestum esse negari non possit vt in *l. 1. supr. Tit. prox. l. iuris gentium* 7. §. 1. *supr. de pact. l. si tibi polienda* 22. *in fin. infr. Tit. prox.* Dabitur autem ad id quod interest eius cui res euicta fuit *leg. si permutationis* 29. *C. de euict.* An etiam ad repetendum id quod dederim quasi re non secuta? Quomodo eueniret si traditione facta ex parte mea tu nolles tradere, vt scriptum est in fine huius legis, quasi sufficiat te semel tradidisse ad impediēdam condictionem, licèt traditio non habuerit effectum, quem habere debuit dominij transferendi. Imò verò etiam condictio competet, quasi causa non secuta, quippe quæ propter euictionem effectum habere non potuit *leg. in fin. Cod. hoc titul. leg. naturalis* 5. §. *& si quidem infr. titul. prox.* Nihil enim refert, an causa secuta non sit, an verò finita sit *leg. vltim. supr. de condict. caus. dat. leg.* 1. §. *siue ab initio supr. de condict. sin. caus.* Habebit igitur electionem is cui res permutata euicta est, an velit agere ad id quod sua interesse crediderit, an potiùs rem quam dedit condicere *d. leg.* 1. in illis verbis *si hoc elegeris & d.* §. *& si quidem.* Sequitur,

c *Item emptio ac venditio.* Quarta differentia est, quæ sumitur ex primordio ineundi contractus, siue emptionis, siue permutationis. Emptio namque initur & contrahitur nuda consentientium voluntate, vt & locatio, & alij plerique contractus *leg. 1 supr. de contrah. empt. leg. 1. supr. locat.* Permutatio autem non nisi ex re tradita initium obligationi præbet, si non interuenerit stipulatio *leg. ex placito* 3. *Cod. hoc titul.* Idque & nomen ipsum permutationis sonat, quod, vt diximus, nihil nisi dominij translationem significat. Nemo enim dixerit ex solo permutandi placito & consensu, licet consensus ille præsens sit, nec in tempus futurum collatus transferri dominium, quod non nisi per traditionem transfertur *leg. traditionibus* 20. *Cod. de pact.* §. *per traditionem instit. de rer. diuis. l. traditio* 20. *infr. de acquir. rer. domin.* Necesse igitur est, vt qui ex permutatione prior volet agere, prior tradat. Sequitur,

d *Alioquin si res nondum tradita sit, nudo consensu constitui obligationem dicemus.* Confirmatio est superioris dicti ab absurdo in hunc sensum, quod si diceremus, etiam priusquam tradita sit res de qua permutanda conuēnit, nasci obligationem aliquam ex permutatione & ex obligatione actionem. Sequeretur, Nudo igitur consensu in permutatione constitui obligationem, quod tamen absurdum esset. Hoc enim necessariò supplendum est, more loquendi familiari Paulo nostro, vt in *l. debitor* 59. in postremis illis principij verbis *& cùm testator alterutrum dederit, nos vtrumque ei præstamus.* In quibus sanè illud quoque supplendum est *quod tamen absurdum est.* Cuius rei ignoratio fecit, vt locus ille ab interpretibus nostris malè acceptus fuerit, existimantibus pro vero dixisse Paulum, quod non dixit nisi pro absurdo. Quod & Accursius noster hic sensisse videtur, qui non aliter locum hunc intelligi posse putat, quàm si cum interrogatione legatur, vt negatio suppleri possit. Absurdum autem hoc esse, vt dicamus ex permutatione nudo consensu nasci obligationem, probat Paulus verbis illis sequentibus,

e *Quod in his duntaxat receptum est, quæ nomen suum habent.* His verò verbis quinta constituitur differentia inter emptionem & permutationem, quod contractus emptionis nominatus est, permutationis verò innominatus. Et sanè fatendum est non potuisse Paulum apertiùs dicere idipsum quod interpretes omnes sentiunt, Contractum permutationis esse innominatum, tametsi nos clarissimi præceptoris nostri Ioannis Antonij Manutij opinionem secuti aliàs contrà senserimus, & scripserimus eâ potissimum moti ratione, quod elegantissimum & significantissimum nomen habeat permutatio, quodque differat à contractu do vt des, vt plerisque scriptorum nostrorum locis comprobauimus. Nunc verò neque pudet nos errasse cum tanto Doctore, quantum

BIU Cujas

vix eo tempore alium habuit Italia vel Gallia, neque piget mutare sententiam in melius, & fateri id quod res est, Permutationis contractum collocandum esse in numero eorum qui nomen proprium nullum habent, quoſque ideo innominatos appellamus, ratione illa non insubtili, quam adfert Accursius ad *rubric. Cod. de rer. permut.* & Castrensis probat ad *dict. l. iuris gentium num. 5.* quod permutationis nomen generale sit, & conueniens omni negotio, quod in commercium cadit, siue res cum re permutetur, siue cum pecunia, siue pecunia, quod sæpe fit, cum pecunia, siue factum cum datione, siue factum cum facto. Nullum enim commercij genus est, quod non in permutatione & commutatione aliqua consistat, vnde & commutatiuam iustitiam appellamus. Nominati autem contractus dici non possunt, nisi qui suum & proprium nomen habent, vt Vlpianus loquitur in *dict. leg. iuris gentium* §. 1. & Paulus in hac lege. Nam quod idem Accursius secundæ rationis loco adfert in *dict. leg. iuris gentium*, Permutationem dici etiam priusquam res interuenerit, scilicet conuentionem ipsam de permutando, & secuto posteà implemento actionem oriri ex conuentione non ex implemento ex *dict. leg. ex placito* 3. *Cod. de rer. permut.* Castrensis in *dict. leg. iuris gentium* rectè reprobat, quia neque conuentio de permutando dicitur permutatio *dict. leg. ex placito*, & fieri potest, vt permutationem nulla præcedat conuentio, & incipiat permutatio à traditione non à conuentione. Illud difficilius est dicere, in quo differat contractus permutationis à contractibus nominatis, qui re contrahuntur, cuiusmodi sunt Depositum, Commodatum, Pignus, Mutuum, & si qui alij sunt similes. Sed placet etiam quod ibidem Castrensis notat *num. 6.* In contractibus qui re contrahuntur, obligationem contrahi ad illud idem quod fuit traditum, vel ad tantumdem in genere, quod fit faciliùs, in permutatione verò non contrahi ad illud idem, sed ad aliud. Inter hos verò contractus hanc esse differentiam, quod contractus primi generis dicuntur vestiri re: Contractus autem innominati, in quibus obligatio contrahitur ad aliud (sic enim legendum est apud Castrensem non *ad aliquid*) non tam re vestiri dicuntur quam interuentu rei, non autem ex conuentione quæ fieri potest, vt nulla præcedat. Huiusmodi est permutatio, non enim nascitur ex conuentione quæ sit re vestita, sed ex solo interuentu rei animo permutandi traditæ. Itaque res tradita non ipsa conuentio initium obligationi præbet, vt Paulus hic loquitur. In deposito autem, commodato, pignore & mutuo conuentio ipsa rei traditione vestita. Sanè contractum permutationis innominatum esse ex eo quoque apparet, quod in eo locus est pœnitentiæ, si is, qui rem suam tradidit, nec aduersario quicquam accepit, malit rem quam dedit, condicere quàm agere ad implemẽtum contractus, id est ad id quod interest contractum impletum esse, vt sequitur in hac lege, & in *d. l. 1. in fin. l. quoniam 5. C. eod.* Cui pœnitentiæ locum non esse constat in contractibus nominatis *dict. leg. vltim. & leg. si pecuniam 5. supr. de condict. caus. dat. leg. sicut 5. Cod. de obligat. & action.* Sequitur,

f *Igitur ex altera parte traditione facta.* Sexta hæc & postrema differentia est ex iis, quas Paulus hîc tractat inter emptionem & permutationem quod in emptione datur actio ex empto aduersus venditorem ad id omne quod emptoris interest, si nolit venditor rem tradere *d. l. 1. l. ex empto* 11. §. 1. *supr. de act. empt. d. l. si in venditione* 60. *& leg. euicta* 70. *inf. de euict.* nec permittitur emptori pretium quod dedit, etiamsi id malit, repetere *l. ea conditione* 14. *C. de rescind. vendit. l. inciuile* 12. *C. de rei vindic.* quia vt modo diximus, contractus emptionis nominatus est, qui proinde non admittit pœnitentiam. At in permutatione habet electionem actor qui iam ex parte sua contractum impleuit, an malit rem quam dedit, repetere, conditione ob causam dati causa non secuta, an verò agere præscriptis verbis ad id quod interest ob non impletum contractum. Et ita interpretes omnes post Accursium bene locum hunc acceperunt. Non enim negari potest, quin ex permutatione danda sit actio Præscriptis verbis ad id quod interest non solùm eo casu, quo res ex altera parte permutata euicta sit, vt in *versic. vnde si ea res supr. l. 1. in fin. C. hoc tit. d. l. si permutationis* 29. *C. de euict.* Sed etiam illo casu, quo nolit alter contrahentium rem tradere, cum ab alio rem acceperit *d. l. naturalis 5. §. 1. infr. titul. prox.* vbi obseruandum est eâdem ferè formula vti Paulum, qua hîc, cum ait, si do tibi rem vt rem accipiam, quia non placet permutationem rerum emptionem esse, dubium quidem non esse nasci ex hoc negotio ciuilem actionem. In qua actione id venit, inquit, non vt reddas quod acceperis, sed vt damneris mihi quanti interest mea illud, de quo conuênit, accipere: mox addit, vel si velim meum recipere repetam quod datum est quasi ob rem datum re non secuta. Si igitur & in hoc versiculo ponamus, Paulum sic scripsisse *non in hoc agemus quod interest nostra illam rem accepisse, de qua conuenit, sed vt res nostra nobis reddatur, condictioni locus est, quasi re non secuta.* mox subiecisse, *sed si velimus consequi, quod nostra interest illam rem accepisse de qua conuenit, actio Præscriptis verbis competet.* Nam actionem illam Præscriptis verbis ex permutatione competere iam Paulus scripsit in *vers. Vnde si ea res constat ex l. 1. l. cum precibus* 4. *l. rebus* 6. *C. hoc tit. & ex §. actionum instit. de action.* vbi dicitur, Ex permutatione nasci actionem Præscriptis verbis quæ sit bonæ fidei, sicut & illa est quæ de æstimato proponitur, de qua diximus in *tit. superiore.* Condictio enim ob causam dati causa re non secuta, non tam nascitur ex permutatione quàm ex æquitate illa generali quæ non patitur, vt quod ego tibi dedi, vt aliquid vicissim mihi dares, penes te remaneat si non des mihi quod dare debeas *d. l. vlt. de cond. caus. dat. l. 1. §. sed si ob causam l. nihil refert 4. supr. de condict. sin. caus.* Quemadmodum autẽ actio Præscriptis verbis, quæ ex permutatione nascitur, & quę non nisi ad id quod interest, datur, non solùm competit eo casu quo res permutata euicta sit, sed illo etiam quo nunquam fuerit tradita, vt in *dict. l. cùm precibus 4. & l. emptionem 7. C. hoc tit.* Ita & condictio rei traditæ competit non solùm si ex altera parte non sit tradita res quæ tradi debuit, sed etiam si tradita sit, posteà verò euicta vt in specie vltima *d. l. vlt. de condict. ob caus. dat. & d. l. 1. in fin. C. hoc tit.* vbi verba illa *si hoc elegeris* ostendunt manifestissimè quod volumus. Esto igitur in potestate & electione actoris qui prior dedit, & contractũ permutationis ex parte sua impleuit, an malit agere præscriptis verbis ad id quod sua interest, an potiùs condicere rem quam dedit, quod & significant verba illa *leg. quoniam 5. eodem titul. sicut postulas & d. l. em-*

BIU Cujas

d.l.emptionem 7. eod. in postremis illis verbis *pro desiderio tuo* sicque intelligo quod scriptum est in *d.l. cùm precibus. Si verò nulla stipulatio interceßit, præscriptis verbis actio est, vt vel fides placiti tibi seruetur, vel quod alterius accipiendi fundi gratia dediſti causa non secuta restituatur*, vt scilicet hæc verba non tam ad vim & potestatem actionis præscriptis verbis quę ex permutatione nascitur, referantur, quasi in potestate sit eius qui actione illa conuenitur, vtrum præstare malit etiam inuito actore, an id quod interest, an potiùs id quod accepit, restituere, quàm ad electionem & arbitrium electoris, qui alterutro contentus erat, cùm alterutrum præcisè petere si potuisset, maluisset condictione quidem restitutionem rei suæ. Actione verò Præscriptis verbis id quod sua interesset. Et quemadmodum is qui noxali actione experitur, alterutrum consequitur, vel pleniſſimam indemnitatem, vel noxę deditionem, quamuis noxæ deditio non tam in petitione sit, quàm in præstatione *l. miles 6. §. decem infr. de reiudic.* Ita & qui agit Præscriptis verbis ex permutatione contra eum qui ex parte sua contractum implere recusat, alterutrum consequitur, vt vel id quod ipsius interest ei præstetur, vel vt quod datum est, restituatur, sed cum hac differentia, quod in noxali actione noxæ deditio tota est in arbitrio & electione illius qui cõuenitur, etiam inuito actore. Restitutio autem eius quod ab actore datum est, non est in arbitrio & electione rei, nisi actor qui Præscriptis verbis agit, consentiat. Itaque quod in hoc vltimo legis huius versiculo scriptum est *non in hoc agemus* sic accipi debet, acsi adiectum esset *omnimodo* quia electionem actor habeat, vel agendi in id quod interest, & quidem actione Præscriptis verbis, vel repetendi, quod datum est, condictione ob rem dati re non secuta. Et hæ quidem sunt differentiæ, quas Paulus in hac lege tradit inter emptionem & permutationem, ad quas omnes vnica illa ratio dubitandi sufficere potest quæ ex *leg. prox. seq.* colligitur, quod permutatio sit vicina & similis emptioni, vicémque emptionis obtineat, vt scriptum est in *leg. 2. Cod. eod.* nec minùs bonæ fidei sit quàm contractus emptionis *dict. l. 2.* quippe cùm origo emendi vendendique à permutationibus cœperit *leg. 1. supr. de contrah. empt.* Item quod quamuis permutatio sit contractus innominatus, generale tamen est, vt contractus innominati eaſdem ferè habeant præstationes, quas contractus nominati ad quorum similitudinem accedunt *leg. prox. seq. & leg. naturalis 5. §. penultim. infr. tit. prox.* Sed non facit ea res, quin contractus innominati à nominatis differant in pleriſque, & ipsa quoque permutatio ab emptione pro diuersitate negotiorum quæ huiusmodi contractibus geruntur. In iis præsertim quæ sunt stricti iuris, & contra ius commune, vt Castrensis ad hanc legem monet. Addit Accursius de suo ingenio aliam differentiam, quæ & à nostris communiter probatur inter venditionem & permutationem, quòd ex venditione non transferatur dominium, nec si secuta traditio sit, nisi vel precium solutum sit, aut aliter eo nomine satisfactum, vel saltem fides habita de precio fuerit *leg. quod vendidi 19. leg. vt res 53. supr. de contrah. empt. §. venditæ instit. de rerum diuiſ.* Ex permutatione autem transfertur dominium per traditionem, priùs etiam quàm aut alia res tradita sit, aut habita fides de ea tradenda, non ob id solùm quòd lex duodecim tabularum quæ hoc ius induxit, de emptione tantum ac nominatim locuta sit propter eam rationem quam attulimus ad *dict. leg. quod vendidi*, sed etiam quia cùm permutatio nihil nisi dominij translationem significet, id certè agitur inter eos qui permutant, vt qui prior contractum ex sua parte impleat, statim dominium transferat, non expecto eo vt alter quoque ex parte sua impleat, aut fidem det de implendo. Vnde est quod altero non implente condictioni locus fit, cui tamen locus esse non posset, si dominium translatum non esset, cùm nemo rem suam condicat, nisi à fure *leg. vltim. supr. vsufruct. quemadmodum caueat §. sic itaque instit. de action.* Est tamen casus vnus obseruandus, in quo emptioni vicinior ac similior est permutatio, ita vt nec pœnitentiam admittat, nec condictionem ob causam dati causa non secuta, siue ex aliena parte res tradita non sit, siue tradita sit, sed euicta. Nimirum si is qui rem suam permutauit, venalem eam habuerit, & precij nomine licet non taxata quantitate aliquid viciſſim acceperit, aut accipiendum habuerit. Nam si id quod precij nomine dandum fuit, datum & euictum sit, non magis condictioni locus esse poterit, quàm si venditio verè contracta fuisset taxata precij quantitate. Nihil enim aliud deerat ad veram emptionem contrahendam *§. sed & certum instit. de empt. & vendit.* Erit ergo necessaria actio alia ad agendum præcisè in id quod illius interest qui rem venalem permutauit, vtilis scilicet ex empto cùm detur ad exemplum directę. Præscriptis enim verbis actio hoc casu nasci ex permutatione non potest, cùm non sit verè permutatio, vt nec verè venditio aut emptio. Et hic mihi videtur esse sensus *dict. leg. 1. in prima parte Cod. de rer. permut.* Tam enim facilè est vtilem actionem ex empto quàm vtilem actionem præscriptis verbis inducere, minúsque recedit à iure communi, cùm actiones omnes Præscriptis verbis non sint, nisi subsidiariæ, ac quodammodo extraordinariæ *l. 2. l. quia actionum 11. l. quoties 21. infr. tit. prox.* An igitur permutatio vera sit, an emptio, aut quasi emptio ex ratione, ac modo ineundi contractus, & ex qualitate rei permutatæ dignoscendum erit. Vnde quærit Bartolus, si ex vna parte detur res & pecunia, ex altera verò res tantùm, an emptio sit, an permutatio. Et respondet non malè, inspiciendum esse quid principaliter agatur. Nam si agatur, vt res vendatur certo pretio licet hoc addito, vt alio quoque res viciſſim præstetur, erit emptio cùm & rem & precium contineat, nihil enim prohibet precio adiici rem aliquam quæ sit etiam pars quædam precij, quamuis non consistat in pecunia numerata *leg. tenetur 6. §. 1. leg. si sterilis 21. §. si tibi supra hoc titul. leg. qui fundum 75. l. fundi partem 79. supr. de contrah. empt.* Sed si conuentio à permutatione ceperit licet adiecta sit pecunia, non eo minùs manebit permutatio *argum. leg. item si pretio 22. §. cùm insulam supra locat.* Non enim omnis pecunia facit emptionem, sed ea tantum quæ precij loco datur. Nec quicquam vetat pactum in contractu adiici propter quod contractus naturam suam excedat *l. naturalis 5. §. sed si facio infr. tit. prox. l. Lucius 24. sup. depoſit.* Quod si de mente ac proposito contrahentium apparere non possit, tum verò

BIU Cujas

dicendum erit, contractum esse innominatum & ad actionem Præscriptis verbis decurrendũ, vt Bartolus concludit. Porrò quod diximus, In contractibus nominatis, nec pœnitentiæ locum esse, nec proinde condictioni, sunt qui, Accursio duce, limitandum putẽt, nisi in donatione inter viuos, in qua condictioni locum esse posse certum est ex *l.1.C. de don. quæ sub mod.* cum tamen certi iuris sit esse hodie contractum nominatum postquam placuit Iustiniano, vt solo consensu nudóque pacto fieri possit *l. si quis argentum 35. §. vlt. C. de donat.* cùm olim non fieret, nisi per traditionem, vel per stipulationem *l. Papinianus 23. l. cùm hic status 32. § fine autem inf. de don. int. vir. & vxor.* Sed Castrensis contra bene docet, fuisse iam olim donationem contractum nominatũ, quandoquidem non admittebat locum pœnitentiæ ex *l. Aristo 18. infr. de donat.* & donationem propriè non esse, quæ fiat ob causam aliquam de futuro, sed dicẽdam illam potiùs Cõtractum innominatum do vt facias ex *l.1. §.1. eod. tit.* ob idque mirum non esse, si in ea donatione locus sit condictioni *d.l.1. C. de donat. quæ sub modo.* & ex notatis per Bartolum in *l.2. C. de condict. ob caus.* Donatio enim propriè non est, nisi quæ aliam causam non habet quàm meram donantis liberalitatem *dict. l.1. infr. de donat.* Et ego cum Castrensi sentio.

2. IDEM libro 5. ad Plautium.

ARisto ait, quoniam permutatio vicina esset emptioni, sanum quoque, furtis noxísque solutum, & non esse fugitiuum seruum præstandum, qui ex causa mutationis daretur.

Ad l. Aristo ait. 2.

RAT. DVB. Tam multæ sunt differentiæ inter emptionem & permutationem, de quibus in superiore lege diximus, vt vix dici possit, in quo sit permutatio vicina & similis emptioni, siue originem contractus, & propositum contrahentium inspiciamus, siue modum & formam vtriusque contractus ineundi, siue effectum & potestatem, adeóq; nomina actionum quæ ex vtroque contractu nascuntur. Ergo nihil causæ est, cur is qui seruum permutauit, præstare debeat exemplo venditoris sanũ eum, & furtis noxísque solutum esse, & fugitiuum non esse, & cætera huiusmodi quæ actione ex empto præstare venditor emptori teneretur, de quibus in *l ex empto 11. §. animalium & seqq. supr. de action. empt.* Cùm diuersis & separatis nihil inferri possit *vulg. l. Papinianus exuli 20. sup. de minor.*

DEC. Non potest fieri, vt nõ sit valde vicina emptioni permutatio, cùmorigo emendi vendendíq; à permutationib⁹ cœperit, vt supra diximus ex *l.1. de contr. empt. l.2. C. hoc tit.* Sed inter cætera habet hoc simillimum, quod vterque contractus bonæ fidei est *d.l.2. §. actionum instit. de action.* Ergo omnia quæ ex bona fide tenetur venditor præstare emptori, etiam ex causa permutationis præstanda sunt: Cùm bonæ fidei ratio sola vtriusque contractus præstationes inducat. In quo maximè permutatio, quamuis sit contractus innominatus, differt à cæteris innominatis, qui licet aliquam cum nominatis, ad quorum naturam propiùs accedunt, habeant similitudinem, tamen bonæ fidei non sunt, sed stricti iuris, si excludas eum ex quo datur æstimatoria præscriptis verbis, de qua in *tit. sup. prox. d. §. actionum instit. de act.* Non possunt igitur easdem habere præstationes cum contractibus nominatis qui sunt bonæ fidei, in iis quæ sunt stricti iuris, & contra ius commune, vt ex Castrensi diximus ad legem præcedentem. Itaque placet etiam quòd ad hãc legem Castrensis notat, intelligi eam debere de illa quoque permutatione quæ sit verè permutatio, ad differentiã scilicet illius, quam supra diximus quasi emptionem dicendam esse potiùs quam permutationem, cùm quis eam rem permutauit quàm venalem habebat, vt in specie *l.1. C. hoc tit.* Non enim hæc tantùm permutationis species, quę minùs propriè permutatio, at potiùs quasi emptio dicenda est, sed cæteræ quoque omnes permutationes, quę verè ac propriè permutationes sunt, non minùs bonæ fidei esse dicuntur & sunt, eodémque proinde iure, quo empti & venditi actiones censendæ in omnibus præstationibus ex bona fide faciendis. Inter cæteras autem præstationes illa est, vt emptori cauere debeat venditor animalium ea sana præstari, & venditor serui fugitiuum eum non esse, sed furtis noxísque solutum *d.l. ex empto §. animalium §. venditorem & seqq. supr. de act. empt.* Ergo & ex causa permutationis fructus, aliæque accessiones à die moræ præstabũtur, quia & ex causa emptionis præstarentur, vt ex cæteris omnibus bonæ fidei iudiciis *l. videamus 38. §. antepen. infr. de vsur. l. curabit 5. C. de act. empt.* Ac proinde etiam vsuræ pecuniæ *l. mora 32. §. in bonæ fidei de vsur. l. in minorum 3. C. in quib. caus. non est necess. in integr. restit.* Eo nimirum casu, quo diximus posse pecuniam in permutatione quoque interuenire, puta si fundum Cornelianum permutauerim cum Liboniano & centum aureis pro hyperocha, quam vulgo plurisvalentiam vocant, fundi Corneliani. Idque passim hodie fit. Galli vocant *les tornes.*

DE PRÆ-

BIU Cujas

DE PRAESCRIPTIS VERBIS, ET IN FACTVM ACTIONIBVS.

TITVLVS V.

I. PAPINIANVS libro 8. Quæstionum.

NOnnunquam euenit, vt cessantibus iudiciis proditis, & vulgaribus actionibus, cùm proprium nomen inuenire non possumus, facilè descendamus ad eas, quæ in factum appellantur. sed, ne res exemplis egeat, paucis agam.

Ad l. Nonnunquam. 1.

PRÆCIPVA totius huius tractatus difficultas in eo consistit, vt sciamus, vnde nomen hoc descendat actionis Præscriptis verbis, & quo sensu quáve ratione ita sit appellata. In quo non tantum veteres, sed etiam quod magis miror, recentiores interpretes valde latéque inter se decertarunt. Noli cum Accursio dicere, ideò sic appellatam, quod certa & præscripta verba erant huic actioni, dum daretur in his contractibus, vbi hæc datur, sicut in aliis quibuslibet actionibus ex *l. 2. §. omniũ supr. de orig. iur.* Quasi aliæ actiones acquisierint sibi propria & specialia nomina, hæc verò non aliud nisi quod præscriptis verbis diceretur. Non quia solemnitas illa verborum, quibus formulæ actionum concipi solebant, hodie sublata sit per *l. 1. & 2. C. de formul. & impetr. action. sublat.* vt aduersus Accursium Castrensis disputat. (est enim hæc noua constitutio posteriorum Imperatorum Constantini & Theodosij, ante quam toto iure Pandectarum certè contrarium obtinebat.) Sed quia falsum est actionem Præscriptis verbis eam verborum solemnitatem vnquam habuisse, quam cæteræ actiones omnes habebant. Quo posito fatendum est, nec tolli ab hac actione solemnitatem illam vnquam potuisse. Paulò melius idem Castrensis ait sic dictam esse, quia datur secundum verba quæ in contractu interuenerunt, & secundum id quod actum fuit inter contrahentes. Non quod oriatur ex verbis vt actio ex stipulatione, sed quod oriatur ex cõsensu mediante interuentu rei secundum quod per verba actum fuit inter partes, sed tamen neque hoc satis plenè. Nam neque cæteras actiones aliter datas fuisse credendum est, quàm secundùm id quod inter contrahentes actum esset, & quod ex verbis quibus contrahentes vsi essent, probaretur. Ad quid enim verba nisi vt mentem & sensum loquentis significent ac demõstrent *l. Labeo 7. infr. de supellect. legat.* Ideóque non minus necesse erat præscribi olim verba conuentionis & naturam negotij quod gestum erat vt ritè concipi posset formula actionis dandæ à Prætore, quàm vt Præscriptis verbis actio impetraretur, vt dignoscere Prętor posset, an actio illa, quę nominatim petebatur, competeret, quod plerumque nõ solum ex verbis, sed etiam ex modo & ratione ineundi contractus diiudicãdum est, vt diximus ad titulum prę cedentem ex *l. 1. §. si quis seruum & §. quod si rem & seq. supr. depos. l. si procuratorem 8. mandat.* Noli rursus cum antiquis illis Vltramontanis dicere, actiones Præscriptis verbis alias non esse quàm quæ ex innominatis contractibus nascuntur. Nam & dantur interdum ex pacto incontinenti appositio post contractum nominatum, præsertim qui sit bonæ fidei *l. in bonæ fidei 13. C. de pact. int. empt. & vendit.* adeóque licet sit stricti iuris vt in *l. vlt. iunct. l. rebus 6. C. de rerum permut. & Præscript. verb.* nec responderi potest quod iidem Vltramontani dicebãt, actionem Præscriptis verbis quæ nascitur ex pacto incontinenti appositio, nasci ex contractu innominato, qui resultat habita relatione pacti ad contractum: Cùm supradictis locis apertè scriptum sit, nasci eam ex pacto. Pactum enim pro contractu innominato iis locis accipi non posse ex eo apparet, quod vtraque lex requirit pactum incontinenti appositum fuisse, vt & *d. l. rebus 6. & d. l. vlt. C. de rer. permut.* Quandoquidem si sola relatio pacti ad contractum sufficere posset ad inducendum contractum innominatum, quid referret, obsecro, an incontinenti adhibitum pactum esset, an ex interuallo? Sed requirimus vt pactum adhibitum sit incontinenti, ne alioqui sit nudum. Cum alioqui ex nudo pacto nasci actio non possit *l. legem 10. C. de pact. l. iuris gentium 7. §. quinimò supr. eod. ill. tit.* Nec est quod quis dicat Actionem Præscriptis verbis non esse necessariam, vt detur ex pacto incontinenti appositio post contractum bonæ fidei, cum eo casu ex contractu ipso actio detur etiam ad id quod pacto comprehensum est. Id enim est quod

BIU Cujas

Vlpianus scribit in *dict.§.quinimò*, Pacta huiusmodi non solùm contractibus bonæ fidei inesse cùm adiecta sunt incontinenti, sed etiam informare contractum & formare actionem ipsam ex contractu descendentem *l.ex conuentione 11.C.de pact.d.l. 2.C.de pact.int.emptor.& vendit.l.qui fundum 75.leg.fundi partem 79.supr.de contr.empt.l.ex empto 11.§.1.de actio.empt.* Et sanè ita esse fatendum est. Non fuit necessaria actio Præscriptis verbis ex pacto incontinenti post bonæ fidei contractum appositio, sed tantùm ex pacto incontinenti appositio post contractum stricti iuris, cuius natura cùm sit stricta, certè non patitur vt actio stricta puta condictio certi siue ex mutuo siue ex stipulatione, aut actio ipsa ex stipulatu detur ad id quod pacto comprehensum est, nec tamen æquum sit decipi eum qui licèt stricti iuris cõtractum inierit, non aliter tamen fuerat' contracturus, puta si tibi mutua centum dedero ea lege vt pro me Romam eas, aut si tibi certa lege donauero *d.l.vlt.C.de rer.permut.l.cùm res 22.iunct.l.legem 9.C.de donat.l.lecta 40.* vbi diximus *supr.de reb.credit.l.in traditionibus 48.supr.de pact.l.vlt.C.de pact.int.empt.& vendit.* Sed absurdum esset minorem vim & potestatem esse pacti statim post bonæ fidei contractum adhibiti, quàm si incontinenti post contractum stricti iuris adiectum esset. Minorem autem vim haberet si non pareret etiam actionem Præscriptis verbis. Quamuis præterea actionem quoque ex bonæ fidei contractu informet. Ex quo intelligimus quàm grauiter illi etiam errent, qui putant actionem Præscriptis verbis nullam esse posse nisi quæ sit necessaria, nec vnquam cum alia actione vlla concurrere. Apertè contra *d.l.2.C.de pact.int.empt.& vendit.* Sed nec illi minùs qui putant actioni Præscriptis verbis cùm demùm esse locum, quando dubitatur quænam actio competat ex iis quæ nomen suum & proprium habent. Nam in specie *d.l.2.C.de pact. int. empt.& vendit.* non dubitatur quin actio ex vendito competat vt impleatur quod pacto promissum est, nec eo minùs tamen placet Imperatoribus dandam Præscriptis verbis actionem. Noli rursus cum Francisco Hotomanno in sua de Præscriptis verbis coniectura dicere scribendam eam *Perscriptis* non *Præscriptis verbis* quod eius formulam Prætor non notis vt in actionibus cæteris, & syllabis, sed plenis & integris verbis perscriberet, nec certa & compendiosa formula in huiusmodi actione danda vteretur, vt in aliis illis antiquis, sed disertè, plenè ac dilucidè factum, conuẽtionem, negotium denique & rem gestam exprimeret. Nam si coniectura hæc vera esset, tot emendandi essent loci, quot sunt in libris nostris de actione ista, in quibus omnibus legitur *Præscriptis verbis* nullibi *Perscriptis*. Neque verò existimandum est à Prætoris formula nomen huic actioni datum esse quæ scilicet nec fuit vlla certa, nec esse potuit. Quemadmodum nec actiones à formula nomen vnquam accipiunt, sed à negotio quod gestum esse proponitur, vt in cæteris omnibus, quæ nomen suum habent, videre est. Nec felicior hac parte Iacobus Cuiacius cùm dixit in Paratitlis Codicis, appellatam actionem hanc Præscriptis verbis, quod detur ex conuentione vti scripta est. Quasi verò non detur ex conuentionibus etiam non scriptis. At, inquies, verba præscripta esse non possunt, neque concipi quin scripta sint. Fateor, sed aliud est loqui de verbis conuentionis scriptæ. Aliud verò de verbis præscriptis in libello per quem actio instituitur. Erat namque libellus in hac actione necessarius, cùm in cæteris non esset. Incipiebant enim ab editione, deinde à vocatione in ius *l.1.supr.de edend.§. omnium instit.de pœn.temer.litig.* Qui autem dat libellum siue Principi siue Præsidi, in ius vocare non videtur *l.libertus 15.supr.de in ius vocand.* Hodie in omnibus actionibus necessaria est oblatio libelli *Auth. offeratur & Auth. libellum Cod.de lit.contestat.* quia post actionum formulas & impetrationes sublatas & sublatam quoque necessitatem dandorum à Prætore iudicum per *l.2.C.de pedan.iudic.* cœpit vtilius esse & expeditius nuda & simplici narratione facti rem aperire iudici, vt ea demum actio instituta crederetur, quæ negotio proposito aptior & conuenientior intelligeretur. Quamuis non ideò dici possit, quod quidam malè tentauerunt, actiones omnes quæ hodie instituuntur, & Præscriptis verbis, & in factum dicendas esse. Quod omnino ex conclusione libelli diiudicandum est. Dicamus igitur melius, quod & idem Cuiacius docuit, actionem Præscriptis verbis inuentam esse propter controuersias Iureconsultorum certantium plerunque de nomine contractus & competentis ex eo actionis, & ita coniicientium miseros litigatores in periculum malè ac perperam electæ actionis, causæque ideò amittendæ cum expensarum omnium condemnatione. Nec enim poterant tolli melius & euitari eiusmodi controuersiæ, quàm si ageretur sine nomine actionis, secundum quod conuentione præscriptum est narrata conuentione, narrato facto & demõstrata præscriptis verbis rei gestæ veritate, vt loquitur *l.cùm mota 6.C.de transact.* Nam quod Alciatus *libr. 4. Disiunct. cap.vlt.* docuit sic dictam esse quod in eius formula quemadmodum se res haberet, describebatur, tum quæ contractus species esset, reperiebatur, prorsus reiiciendum est. Cum è contrario sic describeretur negotium vt ex ipsa descriptione & narratione facti nesciri posset quænam species contractus esset, nec proinde quænam species actionis. Illud etiam probo quod idem Cuiacius scripsit, actionem hanc Præscriptis verbis dici etiam plerunque actionem incerti, quia persequatur id quod interest cuius æstimatio semper incerta est & arbitraria *l. vlt. infr. de stipulat.prætor.* Sed non æquè probo quod idem addit, Ciuilem dictam esse, quia ad exemplum ciuilium actionum comparata sit, vnde & vtilis quoque interdum appelletur. Etsi enim verum est contractum do vt des emptioni similem esse do vt facias, locationi, Facio vt facias mandato commodato & precario, vt Cuiacius ait, actiones tamen quæ ex iis contractibus oriuntur, non ideò similes sunt actionibus empti, locati, mandati, & commodati, longéque dissimiles habent præstationes, quia nimirum stricti iuris sunt, cum cæteræ omnes sint bonæ fidei cuiusmodi etiam sunt actiones omnes vtiles quæ ad exemplum directarum bonæ fidei actionum comparatæ sunt, vt constat ex *l.1.C.de rer.permut.l.si prædium 4.C.de euict.* easdémque præstationes habent, cum inter directas & vtiles actiones, quod ad effectũ pertinet, nil intersit *l.actio 47.supr.de negot.gest.* Sunt igitur actiones omnes Præscriptis verbis quæ ciuiles sunt, etiam directæ, nullæ vtiles, cum omnes ex ciuili negotio nascantur directo, quale in formula præscriptum est: vnde & ciuiles appellari eas certum est *l.1.supr.de æstimat.act.l.iuris gentium 7.§.sed etsi in alium supr.de pact.* Conuenitque hæc distinctio directarum, & vtilium actionum solis actionibus in factum, de quibus etiam in hoc Titulo agitur, sed non actionibus in factum ciuilibus quæ non nisi nonomine

mine differunt ab actionibus Præscriptis verbis, at actionibus in factum Prætoriis quæ ex Prætoris edicto & iurisdictione descendunt, de quibus in *l. quia actionum 11. & l. quoties 21. hoc tit.* Sunt enim actiones in factum duplicis generis. Aliæ ciuiles quæ, vt diximus, ex facto & negotio ciuili directo proficiscuntur, nec ab actionibus Præscriptis verbis in vllo differunt, quoties scilicet contractum est aliquod ἀνώνυμον, vt Aristo dicebat, quem Vlpianus refert in *dict. §. sed etsi in alium iunct. l. Labeo 19. de verb. signific.* Aliæ verò quæ à Prætore solo dantur deficiente ciuili actione, qualem esse putabat Iulianus in specie *d. §. sed etsi*, rectè à Mauriciano & Vlpiano in eo reprehensus. Nec enim prætoriis actionibus indigemus, cum ciuiles habemus *l. 1. supr. de Public. in rem act.* Et quod de actione Præscriptis verbis vtili scriptum est in *d. l. cùm mota*, non sic accipi debet quasi vtilis dicatur, ad differentiam directę, sed quia competit & efficax est: nisi quis dicat, omnes actiones Præscriptis verbis etiam ciuiles & ex contractu cõpetentes posse vtiles dici eo sensu quod sint subsidiariæ & in defectum actionum nominatarum cõparatę, quamuis possint etiam interdum cum actionibus quoque nominatis concurrere, vt suprà diximus ex *l. 2. C. de pact. int. empt. & vendit.* Sunt autem certi casus in quibus Prætor cessante directa ciuili actione, ad vtilem in factum prætoriam descendere cogitur *d. l. quia actionum.* At non etiam cessante directa in factum prætoria, quia vtiles omnes in factum actiones sicuti sunt prætoriæ, ita ciuilibus actionibus duntaxat subsidiariæ sunt, id est, ideò comparatæ vt suppleat Prætor quod legi aut alij ciuili constitutioni deest, vt in *dict. l. quia actionum* Prætoriæ autem vtiles in factum actiones quæ sint subsidiariæ actionibus directis prætoriis minùs frequẽtes sunt, cùm tam facilè sit Prætori edicto suo directas in factum actiones quàm vtiles inducere. Adeò vt nec vlla vtilis constituenda sit quibusdam casibus vt in specie *l. cùm seruus 16.* vbi diximus *supr. ad exhib.* Si tamen aliquo casu contingat verba edicti quibus directam in factum actionem Prætor pollicetur, deficere nec ad speciẽ propositã aptari posse, necessariæ sunt vtiles quoque actiones prætoriæ, quæ etiam directis prætoriis subsidiariæ sint, si modò æquitas edicti non deficiat vt in *l. 2. §. item Varus infi. de aqua & aquæ pluu. arcend.* Idemque de vtilibus interdictis dicendum est. Nam & ex interdictis non aliæ quàm in factum actiones proponuntur. Directæ autem in factum actiones prætoriæ dicuntur eæ quæ ex verbis ipsis edicti propriè descendunt: Vtiles verò quæ non nisi ex Prætoris sententia & interpretatione. Sed vt ad actiones Præscriptis verbis redeamus, quas & ciuiles & directas semper esse diximus, obseruandum est inductas eas esse iure ciuili, vt locus iis esse possit, non modo cùm vulgaria atque vsitata actionum nomina deficiunt, vt hæc lex ait, aut cùm tales contractus existunt, quorum appellationes iure ciuili nullæ sint proditæ, quod rerum natura ita ferat, vt plura sint negotia quàm vocabula, vt scriptum est in tribus legibus sequentibus, sed etiã cum ex pluribus actionibus, quarũ alteram competere certum est: vtra tamen magis competat, ignoratur, aut saltem dubitatur, ita vt subsit periculum aliquod malè electæ actionis, quemadmodum iam suprà diximus ex *leg. si gratuitam 17. in princip. l. Titius 24. hoc tit.* Priore casu iuris necessitas actionem hanc induxit *l. 3. infr.* Posteriore verò vtilitas, ne actor, qui alioquin iure ageret, iacturam tamen litis & condemnationem expensarum in pœnam malè electæ actionis pateretur. Et hæc quidem de actionibus Præscriptis verbis, & in factum generaliter dixisse sufficiat. Descendamus iam ad exempla, quæ in hac lege sequuntur.

1 ¶ Domino mercium in magistrum nauis, si sit incertum, vtrùm nauem conduxerit, an merces vehendas locauerit: ciuilem actionem in factum esse dandam, Labeo scripsit.

Ad §. 1. Domino mercium.

RAT. DVB. Siue dominus mercium nauem conduxerit ad vehendas merces, siue merces vehendas locauerit, certum est contractam esse locationem ex vna parte & conductionem ex altera, nec aliud genus contractus hîc interuenisse. Atqui certum est ex locatione & conductione non aliam quàm locati & conducti actionem competere posse. Ergo non potest hoc casu necessaria esse Præscriptis verbis actio, cùm neque contractus neque actionis nomen vulgare deficiat. Præsertim vero cum veteres huiusmodi appellationibus locationis & conductionis promiscuè vterentur *l. idem est 20. iunct. l. præced. supr. de action. empt.*

DECID. Ex contractu locationis & conductionis duæ actiones nascuntur non modò diuersæ, sed etiam contrariæ: Ex locato quidem ex parte locatoris aduersus conductorem, ex parte verò conductoris actio ex conducto aduersus locatorem. Et quemadmodum alia persona est locatoris, alia conductoris: Ita fatendum est, vtramque actionem locati & conducti non posse in vna eademque alterutrius contrahentium persona concurrere. Ergo si in facto dubitetur & incertum sit, an dominus mercium locator sit an conductor, illud quoq; incertum esse necesse est, an ex locato actio ei danda sit, an ex cõducto vt in *l. 2. in princip. supr. de leg. Rhod. de iact.* Ex facto enim ius oritur *l. si ex plagis 52. §. inclino Capitolino, supr. ad leg. Aquil.* Ne igitur dominus mercium malè actionem ex locato eligat, si postea nauem conduxisse probetur, aut actionem ex conducto, si fortè naues vehendas locauerit, rectè Labeo scripsit, quod & Papinianus hîc probat, ciuilem in factum actionẽ dandam esse, id est, Præscriptis verbis, vt benè Accursius noster explicat ex *lege prox. seq. & l. si tibi poliẽda 22. in fin. hoc tit.* Nec est contrarium quod scriptum est in *l. & eleganter 7. §. non solùm supr. de dolo* nõ solum si alia actio nulla sit, sed etiam si dubitetur quænam sit, actionem de dolo dandam esse. Id enim obtinet in maleficiis, vt Accursius loquitur, id est, vt malo ego dicere, cùm dolus aliquis interceſſit, quem porrò ponimus nullum hîc interuenisse, de quo iam scripsimus ad *l. 1. supr. de æstimat. act.*

2 ¶ Item, si quispretij explorandi gratia rem tradat: neque depoſi-

BIU Cujas

tum, neque commodatum erit: sed, non exhibita fide, in factum ciuilis subiicitur actio.

Ad §. 2. Item si quis.

RAT. DVB. Cùm rem meam explorandi precij gratia tibi trado, posteà fortassis eam venditurus, mandatum inter nos contractum videtur. An non enim videor tibi mandasse vt inquireres quanti res vendi posset? Ergo quamuis hoc casu depositi actio competere non possit, quia non dedi tibi rem custodiendam *l. 1. in princip. supr. deposit.* neque commodati, quia nec dedi vtendā, neque æstimatoria, quia non dedi æstimatam *l. 1. supr. de æstimat. act.* Mandati tamen videtur competere, præsertim si ponas mercedem nullam interueniisse, vt dubitari non possit, an sit locatio *d. l. 1. & l. 1. §. vlt. supr. Mandat.* Hoc verò sufficit, vt nil necesse sit recurrere ad ciuilem hanc in factum & Præscriptis verbis actionem, cum habeamus vulgare & vsitatum nomen alterius actionis.

DECID. Mandati actio locum habere non potest vbi mandatum nullum interceſſit *l. ex mandato* 20. *§. 1. supr. mandat.* Mandatum enim facti est, vt & cęteri contractus omnes *l. consilio* 7. *§. vlt. infr. de curat. furios.* ideóque nec vnquam præsumendum est, sed probandum. Atqui ponimus mandatum nullum interceſſisse. Ergo mandati actio locum habere non potest non magis quàm depositi, vel commodati. Ergo necessaria est actio Præscriptis verbis, si fidem non exhibeas, id est, si rem mihi nolis reddere. Nec enim dubitari potest, quin ciuile negotium inter nos gestum sit, ex quo proinde ciuilem obligationem, & ex ciuili obligatione ciuilem quoque actionem nasci necesse est.

2. CELSVS libro 9. Digestorum.

NAm cùm deficiant vulgaria, atque vsitata actionum nomina: præscriptis verbis agendum est.

3. IAVOLENVS libro 14. Digestorum.

IN quam necesse est confugere, quotiens contractus existunt, quorum appellationes nullæ iure ciuili proditæ sunt.

4. VLPIANVS libro 30. ad Sabinum.

NAtura enim rerum conditum est, vt plura sint negotia, quàm vocabula.

Ad l. Nam cùm 2. l. In quam 3. & l. Natura 4.

His tribus legibus ratio redditur inducendæ actionis Præscriptis verbis, sed eius demum quam iuris necessitas induxit, non etiam illius quam sola causa vtilitatis secundum eam distinctionem quam adhibuimus ad finem principij legis præcedentis. Nam cum nullum nomen certum est, & vsitatum actionis ex aliquo ciuili negotio competentis, necessaria est actio Præscriptis verbis. Cum vero ex vno eodémque negotio plures actiones nasci & competere possunt, sed quænam magis competat dubitatur, non tam necessaria quàm vtilis est hæc actio, vt malè ac perperam electæ actionis periculum euitetur. Itaque ad ea quæ iam in præcedentem legem scripsimus, nihil hîc addimus.

5. PAVLVS libro 5. Quæstionum.

NAturalis meus filius seruiebat tibi: & tuus filius mihi. cõuenit inter nos, vt & tu meũ manumitteres, & ego tuũ. ego manumisi, tu verò nõ manumisisti. qua actione mihi tenearis, quæsitum est. In hac quæstione totius ob rem dati, tractatus inspici potest: qui in his competit speciebus. Aut enim do tibi, vt des: aut do, vt facias: aut facio, vt des: aut facio, vt facias. in quibus quæritur, quæ obligatio nascatur.

Ad l. Naturalis 5.

Proponitur in huius legis initio species & quæstio huiusmodi, si cum naturalis filius meus tibi seruiret, & tuus mihi, conuenerit inter nos vt tu meum manumitteres & ego tuum, ego quidem tuum manumiserim, sed tu non manumiseris meum, quanam actione mihi tenearis. Ad quam quæstionem nihil respondet Paulus nisi in fine legis, sed præfatur in hac quæstione totius ob rem dati tractatum inspici posse, qui inquit, in his speciebus consistit. Aut enim tibi do vt des, aut do vt facias, aut facio vt des, aut denique facio vt facias. Quibus quatuor speciebus etiam omnes contractuum nominatorum species, vt Accursius notat, continentur. Sed solis contractibus innominatis generales illæ denominationes conueniunt, quia specialius nomē nullum habent. Quamuis non tam contractuum sint huiusmodi nomina, quàm negotiorum, nec est cõtrarium quod idem Paulus noster scribit in *l. Senatus 35. §. ergo qui mortis causa infr. de mort. caus. donat.* Ea quæ dantur, aut ita dari, vt aliquid facias, aut vt ego aliquid

BIU Cujas

aliquid faciam, aut vt Lucius Titius, aut vt aliquid obtingat. Tractat enim hîc Paulus de datione ob causam quæ transit in contractum inducta vltro citróque obligatione *l. Labeo 19. de verb. signific.* Ibi verò de datione sic facta vt qui accipit, nõ ideo ad aliquid dandum vel faciendum obligetur, vt benè docet Bartolus. Ergo nec cõprehendentur conuentiones factæ per *si* non per *vti* de quibus in *l. intra 41. supr. de pact.* quia quæ sunt in conditione, non sunt in obligatione, inquit idem Bart. & *l. si quis sub conditione 8. infr. si quis omiss. caus. testam.* Porro faciendi verbũ hîc generaliter intellige, vt etiam non factum comprehendat *l. in facto 60. de condict. & demonstr.* Addit Bartolus, plures alias esse species contractuum innominatorũ, quę posſũt colligi ex geminatione eorũ quę hic ponũtur, scilicet do & facio vt des, vel do & facio vt facias, vel do vt facias, vel des & similia: & tũc posſũt triplicari vel quadruplicari, vt proinde videãtur esse, infinitæ species contractuũ innominatorũ. Sed respondet quando datur doctrina de simplicibus, statim eam intelligi de mixtis ex *§. itẽ mixtæ instit. de actio. & l. si ita scriptum 13. infr. de liber. & posthum.* ideóque posse sufficere tractatum de simplicibus. Interserit autem Paulus tractatum hunc plenum & integrum de quatuor his generibus contractuum innominatorum. Et nos quoque de singulis suo ordine dicemus. Rationésque dubitandi ac decidendi in *§. vlt.* huius legis differemus.

1 ¶ Et si quidem pecuniam dem, vt rem accipiam: emptio & venditio est. sin autem rem do, vt rem accipiam: [a] quia non placet permutationẽ rerum emptionem esse: [b] dubium non est, nasci ciuilem obligationem. in qua actione id venit: [c] non vt reddas, quòd acceperis. [d] sed vt damneris mihi, quanti interest mea, illud, de quo conuenit, accipere: [e] vel, si meum recipere velim, repetatur, quod datum est, quasi ob rem datum, re non secuta. [f] Sed si scyphos tibi dedi, vt Stichum mihi dares: periculo meo Stichus erit: ac tu duntaxat culpam præstare debes. *Explicitus est articulus ille, do vt des.*

Ad §. 1. Et si quidem.

RAT. DVBIT. Si dederim tibi pecuniam, vt mihi Stichum dares, non statim emptio & venditio est, sed contractus innominatus, qui nec pro portione emptionis & venditionis esse videatur, vt disertè scriptum est in *leg. vltim. supr. de condict. caus. dat.* Ergo non statim atque pecuniam tibi do vt rem accipiam, emptio & venditio est, sed ita demum si animus adsit contrahendæ emptionis, id est, si pecunia interuenerit, non tanquam pecunia simpliciter, sed tanquam precium. Etsi enim omne precium in pecunia numerata debet consistere §. *item precium instit. de empt. & vendit.* non omnis tamen pecunia numerata vicissim precium est, etiamsi pro re detur, *d. l. vltim.*

DEC. Multum interest an tibi pecuniam dedetim, vt rem acciperem, quomodo Paulus hic loquitur, an verò vt Stichum mihi dares, quomodo in specie *d. l. vlt.* Priore casu emptio & venditio est, quia non obligatur is qui pecuniam accipit nisi ad tradendum, quæ venditionis natura est *l. 1. l. ex empto 11. §. 1. supr. de action. empt. l. 1. supr. Tit. prox.* Tradendi enim verbo respõdet verbũ accipiẽdi. Posteriore autẽ casu emptio & venditio esse non potest, cũ sit extra & cõtra naturam venditionis, vt obligetur venditor ad dandum, id est, ad dominium rei venditæ transferendum in emptorem *l. si ita distrahatur 25. §. 1. supr. de contr. empt.* quamuis nec venditio esse possit si expressim id actum sit, vt dominium in emptorem non transferatur *l. penult. §. 3. eod. tit.* Est igitur hic contractus innominatus, multas cum emptionis contractu habens differentias, de quibus in *d. l. vlt.* vbi scripsimus.

a *Quia non placet permutationem rerum emptionem esse.* RAT. DVBIT. Origo emendi vendendique à permutationibus cœpit *leg. 1. supr. de contrah. empt.* Ergo etiam rerum permutatio emptio & venditio esse potest, si modò adsit animus emendi, vendendique.

DEC. Facit quidem ea res vt permutatio sit vicina emptioni, vt scriptum est in *l. 2. supr. Tit. prox.* & sit bonæ fidei sicut emptio *l. 2. C. eod.* sed facere non potest quin permutatio ab emptione differat toto genere & in præstationibus ferè omnibus, quia & differunt in modo ineundi *l. 1.* vbi scripsimus *supr. eod. tit. prox.* Emptionem igitur rebus fieri non posse merito placuit *l. emptionem 7. C. eod. tit. de rer. permut.* Sed an contractus permutationis erit contractus do vt des? Ita enim videtur innuere hic textus, cum Paulus tractans de contractu do vt des, neget permutationem rerum emptionem esse. Quænam enim esset hæc ratio, si permutatio non magis esset contractus do vt des, quàm cõtractus emptionis? Sed tamen hanc opinionem nos in Coniecturarum nostrarum libris & in Chiliade sæpius refutauimus, & docuimus, Permutationem non tam esse contractũ do vt des, quàm do, quia dedisti, ac proinde velut implementum quoddam & executionem contractus do vt des. Et verò plerumque permutationem præcedit placitum permutandi vt in *l. ex placito 3. C. de rer. permut.* sicuti diuisionem placitum diuidẽdi *l. diuisionis 45. supr. de pact.* non etiam in contractu do vt des, vt in sequentibus latiùs dicemus.

b *Dubium non est nasci ciuilem obligationem.* RAT. DVB. Contractus isti innominati, inter quos primus ille est, de quo nunc agimus *do vt des*, sunt iuris gentium, vt cæteri ferè omnes contractus exceptis perpaucis *l. ex hoc iure 5. supr. de iustit. & iur.* Ergo quæ nascitur ex iis obligatio iuris gentium dici debet non ciuilis.

DEC. Etiam contractus illi qui sunt iuris gentium, iure tamen ciuili confirmati & comprobati sunt, ac proinde pariunt obligationem, non modò naturalem, & iuris gentium, sed etiam ciuilem quæ consequenter parit & ipsa actionem ciuilem. Omnes enim actiones sunt ciuiles, & iure ciuili nulla prorsus iuris naturalis aut gentium, vt sæpius alibi scripsimus. Toties autem cõtractus pariunt ciuilem obligationem & actionem, quoties negotium tale est,

BIU Cujas

quod geritur vt συνάλλαγμα contrahatur *l. iuris gentium* 7. §. 1. *supr. de pact. l. Labeo* 19. *de verb. signific.* Contrahitur autem in omnibus his negotiis, ex quibus innominati contractus proficiscuntur. Ideóque dixit hîc Paulus *obligationem* pro *actione* vt ostendunt verba illa quę statim sequũtur *In qua actione id veniet.*

c *Non vt reddas, quod acceperis.* RAT. DVB. Cùm is qui ex causa permutationis rem ab alio accepit, non vult ex parte sua tradere, non in hoc agendum est quod illius interest, qui ex parte sua impleuit, rem illam accipere de qua conuenit, sed vt contra res reddatur quæ data est, condictioni locus est, quasi re non secuta, vt disertè scriptum est in §. *vlt. l. 1. supr. Tit. prox.* qui locus eiusdem Paulii est, quem non sit probabile à seipso dissensisse. Ergo verum esse non potest quod in contrarium ex diametro idem Paulus hîc scribit, Ex contractu do vt des, aut ex permutatione, si res non tradatur ab eo qui aliã accepit, non in hoc agendum esse vt reddatur quod datum est, sed vt damnetur is qui accepit quanti eius interest qui dedit, illud de quo conuẽnit, accipere. Quamuis si suum recipere malit, possit repetere quod dedit quasi ob rem datum re non secuta. Condictio enim illa non tam nascitur ex contractu, quàm ex æquitate negotij gesti extra id quod agebatur vt in *l. is qui* 13. *in fin. supr. Commod.*

DEC. Leges legibus concordare promptum est, si vna secundum aliam intelligatur *leg. vnic. Cod. si aduers. dot.* Potest autem, si interpretibus nostris credimus, locus ille secundum hunc intelligi, acsi scriptum ibi esset, non tantum ad hoc agendum esse vt quod interest, præstetur, sed etiam vt quod datum est reddatur. Et sanè fatendum est interpretationem & conciliationem illam esse necessariam si vterque locus de eodem contractu intelligatur, siue de contractu do vt des, siue de permutatione. Quomodo interpretes vulgo existimant, eundem penitus esse contractum do vt des, & Permutationis. Nam & idem casus in vtroque loco tractatur quo vnus ex contrahentibus sua ex parte contractum impleuerit, quem alius ex sua implere nolit. Sed nos qui cõtractus hos distinguimus, magis probamus quod & vtriusque loci verbis conuenientius est, vt hic de contractu do vt des loquatur. Ille verò de permutatione, sed inchoata tantum non completa. Nec enim permutatio facta videri potest quousque ex vtraque parte impleta sit. Quod & nomen ipsum demonstrat. Nec si præcesserit pactum de permutando, quod in omni permutatione præcedere necesse est, vt sciatur qua mente datum illud sit, an animo contrahendæ permutationis, an animo dandi vt des. Priore casu contractus permutationis nullus est ante rem mutuo & vtrinque traditam, sed tantummodo placitum permutandi, ex quo nulla ciuilis actio nasci potest nisi mutua traditione sumpserit effectum, vt de placito diuisionis scriptum est in *dict. leg. diuisionis* 45. *supr. de pact.* Proinde neque Præscriptis verbis actio, neque alia vlla competere potest ad id quod interest, siue ex placito ipso agere quis velit, vt in *leg.* 3. *&* 4. *Cod. de rerum permutat.* siue ex permutatione ipsa inchoata tantùm, necdum completa. Contractum enim quemlibet perfectum & absolutum esse necesse est, priusquam agi ex eo possit. At cùm do tibi vt des, prima datione mea contractus innominatus perficitur, quia cùm accipis quod ego tibi do vt mihi des, hoc ipso te obligas ad dandum mihi, quod ego dare te volui cum tibi dedi. Adeò vt si Bartolo credimus, cui ego hac parte credo, hoc ipso quoq; in mora dandi constituaris, nulla etiam præcedẽte interpellatione, quãuis alioqui difficile sit, vt extra certos casus mora sine interpellatione contrahatur *l. mora* 32. *inf. de vsur. l. Titia Seio* 87. §. *vsuras de legat.* 2. & illud quoque vt eodem instanti quis & in obligatione & in mora constituatur *leg. promissor* 21. §. 1. *supr. de pecun. constit.* Nec est contrarium quod scriptum est in *dict. leg.* 1. *titul. proxim. supra* In permutatione rem ex vna tantum parte tradita tam initium obligationi præbere. Sensus enim est, Eum, qui ex causa permutationis rem ab alio accipit, incipere hoc ipso se obligare, non quidem aliqua actione quæ ex placito permutandi vel ex contractu nondum perfecto nasci possit præcisè ad id quod interest, vt in contractu do vt des: sed vt exinde teneatur id quod accepit, reddere condictitia actione, nisi malit rem quam ex parte sua dare debuit, præstare. Parit enim illa obligatio condictionem non tam ex vi, & potestate contractus, quem nondum perfectum esse dicimus, quàm ex æquitate illa generali quæ condictiones omnes induxit, & extra id quod agitur, vt scriptum est in *dict. leg. is qui* 13. *in fin. supr. Commod.* Nec quod traditio ex vna parte facta sit, parere aliam actionem quàm condictionem potest, quia quod dici solet in traditionibus rerum, quodcunque pactum interceserit, id valere *l. in traditionibus* 48. *supr. de pact.* ad ea pacta pertinet quæ fiunt in re tradenda vt in *leg. venditor* 13. *supr. Commun. præd. leg. vltim. Cod. de pact. int. emptor. & vendit.* non autem ad traditionem quæ fit ex pacto. In permutatione verò is qui prior rem suam tradit, non tam ideò tradit, vt aduersarium obliget ad rem tradendam, quàm vt se liberet, ac præcedens pactum quod interceserit de permutando, impleat ex sua parte. Quo facto si aliter ex sua quoque parte implere nolit, nõ ad aliud teneri potest, quàm vt reddat quod accepit, non etiam vt cogatur præcisè præstare quanti interest aduersarij eam rẽ habere de qua danda conuẽnit. Quamquam video Imperatores in *l. cùm precibus* 4. *C. de rer. permut.* dare etiam ex hac permutatione quam placitum permutandi præcesserit, actionem Præscriptis verbis ad hoc vt vel placiti fides seruetur, vel quod accipiendi alterius fundi gratia datum est causa non secuta restituatur. Quod certè non cõuenit cum eo quod scriptum est in hoc §. *& in seq.* Nisi dicas cum Castrẽsi; posse etiam Præscriptis verbis agi vt quod datum est reddatur si id in conuentionem deductum sit, vt in *l. si dominus* 8. *hoc tit. leg.* 2. *supr. de condict. indeb.* Sed hoc non conuenit verbis *d. l. cùm precibus*, quæ sola videtur eandem facere rationem contractus do vt des & permutationis. At contractus do vt des non pendet à pacto vllo permutandi quod præcesserit, sed à datione prima per quam fit vt qui prior accipit se obliget nõ pacto nudo, sed contractu iusto & innominato, vt det vicissim quod accipiendo rem datoris promisit ei vicissim se daturũ, promissio siquidẽ illa, cùm rei acceptione vestiatur, nudi pacti nomine censeri non potest, vt ait *l. si dominus* 8. *infr. hoc tit. l. vlt. C. de rer permut.* & tametsi pactum illud potius quàm contractũ velles dicere, pactum tamen esset appositum à datore in datione & traditione rei suæ, & ideò seruandum data etiam actione ex regula *d. l. in traditionibus.* Planè cum perfecta est permutatio, quod nõ contingit nisi secuta vtrimque traditione in executionem pacti præ-

ti præcedentis de permutando quod præcedere semper necesse est, si contingat id quod ex alterutra parte permutatum est euinci, Tum verò nascetur actio ex permutatione, quia fieri certè nequit vt ex contractu perfecto & valido nō aliqua actio nascatur. Sed quęnā obsecro? An forte illa ipsa præscriptis verbis, quæ ex cōtractu do vt des perfecto quidē, sed nōdum impleto propter contumaciam eius qui, quamuis acceperit, dare tamen recusat? Minimè. Sed alia actione Præscriptis verbis, quæ dabitur ad id quod interest agentis *l. si permutationis 29. C. de euict.* ad exemplum scilicet venditionis cui vicina est permutatio *d. l. 2. supr. tit. prox. d. l. 2. C. eod.* quamuis nō sit vtilis actio ex empto extra priorem speciem *l. 1. eod. ill. tit.* Esse enim hāc actionem Præscriptis verbis apparet ex §. *actionum Instit. de action.* vbi mentio fit actionis Præscriptis verbis quę ex permutatione nascitur, vt & in *d. l. cùm precibus* quæ potissimum male me habet in hoc tractatu. Sed esse tamen aliam, quàm quæ nascitur ex contractu do vt des, de qua in hoc §. ex eo apparet quod quæ datur ex permutatione, bonæ fidei est *d. §. actionum.* Quæ vero ex contractu do vt des stricti iuris est, quamuis vtraque descendat ex contractu æque innominato, vt diximus ad *d. l. 1. supr.* Ex quo apparet manifestissimè quàm verum sit quod nos contendimus, Contractum do vt des diuersum esse à contractu permutationis. Alioqui quomodo posset vnus & idem contractus producere duas actiones Præscriptis verbis, quarum alia esset bonæ fidei, alia verò stricti iuris? Aut cur actio Præscriptis verbis quæ datur ex contractu do vt des erit bonæ fidei, potius quàm illa quæ nascitur ex cōtractu do vt facias, aut ex illo Facio vt facias? de quibus postea dicemus. Denique contractus do vt des non est similis emptioni & venditioni vt permutatio: quia non à contractu do vt des venditiones originem sumpserūt vt à permutationibus. Nec rursum contractus do vt des à pacto, & conuentione nuda, vt permutationes, sed à datione facta sub modo & sub pacto. Et ita locos illos conciliari melius posse ac debere arbitramur.

d *Sed vt damneris mihi quanti interest mea.* RAT. DVB. In obligationibus dandi non fit condemnatio ad id quod interest, sed ad præcisam dominij translationem, vt interpretes nostri omnes vulgo sentiūt ex *l. vbi autem 75. §. vlt. infr. de verb. oblig.* Quasi in hoc differant obligationes dandi ab obligationibus faciendi, ex quibus certum est in locum faciendi succedere præstationē eius quod interest *l. si quis ab alio 13. in fin. infr. de re iudic. l. stipulationes non diuiduntur 72. l. cùm stipulatus sim 113. §. vlt. de verb. oblig.* Atqui Præscriptis verbis actio quæ nascitur ex cōtractu do vt des competit ad dandum, ex verbis ipsis contractus. Ergo ad transferendum dominium non ad id quod interest consequendum.

DEC. Solent nostri hac in re contractus nominatos separare ab innominatis, vt videre est apud Accursium & Bartolum. Sed malè, vt ego quidem existimo. Est enim communis vetusque error ille omnium interpretum, quod putant ex obligationibus dandi quoties ex contractu nominato competunt, competere actionem ad hoc præcisè vt restetur. Cùm tamen verissimum sit in hoc quoque actionum genere, vt in cæteris omnibus, id obseruandum esse, vt per sententiam & condemnationem omnimodo litem æstimari oporteat in pecunia numerata, siue merx, siue species debeatur *l. pen. & vlt. de condict. tritic.* Quod nos pluribus probauimus in postrema parte Chiliadis nostræ. Nihil ergo nouum aut speciale est in actione ista Præscriptis verbis quæ nascitur ex contractu do vt des, vt quamuis competat ad dandum, lis tamen in ea pecuniam numeratam æstimetur. Sed de eo tātùm fuit quærendū, cur hoc casu tantilis æstimetur, quāti actoris interest: Cùm in cæteris actionibus stricti iuris, quę ad dandum competunt, tanti duntaxat lis æstimetur, quanti eā res est aut fuit quæ debetur, nō quanti interest *d. l. pen. & vlt. de condict. tritic. l. vinum 22. supr. de reb. credit. l. 3. §. in hac Commod. l. hominem 37. mandat.* Sed ratio huius specialitatis petenda ex eo est, quod singularis & intolerabilis videatur perfidia illius, qui cùm ab alio acceperit vt daret, attamen postquàm accepit, non vult dare, adeò vt æquum esset dari in eum actionem de dolo, nisi eam illud impediret, quod alia actio competit, qua cōpetente cessat de dolo actio *l. 1. §. ait Prætor & pass. supr. de dolo.* Cur enim magis dolo facit is qui ex cōtractu Facio vt des, postquā feci, cessat dare, quāis qui ex contractu do vt des, postquàm accepit recusat dare? Et tamen tenetur ille de dolo §. *quod si faciam* vbi rationem diuersitatis adferemus. Actio porrò de dolo datur in id quod interest actoris *l. arbitrio 18. eod. tit. de dolo.* Ergo & ex contractu do vt des lis æstimanda est quanti actoris interest, quia licèt non sit actio de dolo, datur tamen propter dolum, qui ex contractu reique persecutione descendit, vt Vlpianus noster loquitur in *l. si hominem 7. §. 1. supr. depos.*

e *Vel si meum repetere velim.* RAT. DVB. Non sunt multiplicandæ actiones sine necessitate, vt sępiùs diximus ex *l. 1. supr. de Public. in rem act. l. in naue Saufeij 31. supr. locat.* Præsertim verò cum de condictione aliqua tractatur. Sunt enim condictiones omnes, excepta furtiua, inductæ ex æquitate, ac quodammodo in subsidium aliis actionibus deficientibus *l. hæc condicio 66.* vbi scripsimus *supr. de condict. indeb.* Atqui ex hoc contractu do vt des datur actio Præscriptis verbis contra eum, qui postquàm accepit, non vult dare, & quidem in omne id quod eius interest, vt proximè diximus. Ergo nihil causę est, cur condictio ei quoque danda sit, tametsi velit suum recipere. Præsertim cùm nec ipsius interesse quicquam videatur, qui per actionem Præscriptis verbis omne id quod sua interest, consequi possit. Cōstat enim actiones omnes nō alia de causa cōparatas esse quàm vt sibi vnusquisq; acquirat quod sua interest *l. stipulatio ista 38. §. alteri de verb. oblig.*

DEC. Nihil vetat ex vno eodemque negotio plures oriri actiones, sed diuersis respectibus vt in proposita specie contingit. Nam ex negotio illo do vt des duæ actiones nascuntur. Vna Præscriptis verbis, quę nascitur ex ipso cōtractu & ex eo quod actum est inter contrahentes, ad omne id quod actoris interest. Altera autem dati condictio, quæ nascitur tantum ex æquitate negotij & extra id quod actum est, vt iam diximus ex *d. l. is qui 13. in fin. supr. Commod.* Neque posterior hæc inutilis videri potest ob id solùm quod prior competat. Non solum quia fieri possit, vt qui rem suam dedit tanquā aliam recepturus, malit rem suam repetere quàm agere ad id quod sua interest, quod fieri nequit, nisi per condictionem ex contractu innominato, in quo scilicet locus est pœnitentiæ ex parte illius qui prior impleuit *l. si pecuniam 5. supr. de condict. caus. dat.* Sed etiam quia fieri facile potest, vt nihil interfit

BIU Cujas

eius qui dedit, nisi vt rem suam recipiat. Aut si quid præterea à ipsius interfit, non habeat tamen paratas probationes, quarum inopia fiat vt id quod interest, ad exiguam summam deducatur *l. vlt. infr. de stipulat. prætor.* Denique nihil vetat ex vno negotio plures actiones competere, dummodo ad diuersa, & hactenus vt eligendi arbitrium actor habeat vtram exercere malit *l. quod in herede* 9. §. *eligere supr. de tribut. act. l. cùm filius* 76. §. *variis de legat.* 2.

f *Sed si scyphos tibi dedi.* RAT. DVB. Periculum casus fortuiti pertinet ad dominum si aliud nihil conuenerit *l. quæ fortuitis* 6. C. *de pignor. act.* præterquam si agatur de periculo & commodo rei venditæ *l. necessario* 8. *cum l. præced. supr. ill. tit. de peric. & commod. rei vendit.* §. *cùm ante Instit. de empt. & vendit.* Atqui cùm scyphos tibi dedi vt Stichum mihi dares, Stichus tandiu manet tuus quandiu mihi eum non dedisti. Sola enim datio & traditio Stichi illa est quæ dominium eius transferre in me potest *l. vbi autem* 75. §. *vlt. infr. de verb. oblig.* Ergo periculo tuo non meo Stichus debet viuere, vt si prius moriatur quam mihi datus & traditus sit, non eo minùs possim scyphos repetere, quos ideo tibi dedi vt mihi Stichum dares. Atque ita concludit Celsus in *d. l. vlt. supr. de condict. caus. dat.* quæ proinde cum hoc versic. pugnare maximè videtur. Adde quod supra diximus, ex contractu do vt des, cùm tibi dedi vt mihi dares, hoc ipso quod à me accepisti te in mora constitui, quia non debuisti cessare in dando quod nec sine dolo & perfidia facere potuisti. Atqui mora semper & omni casu transfert periculum in morosum *l. quod te* 5. vbi diximus *supr. de reb. cred. l.* 3. *de condict. tritic.* Ergo & in proposita specie periculum Stichi ad te pertinere debet qui es in mora non ad me, qui contractum ex mea parte iam impleui.

DEC. Aliud est, periculo meo Stichum viuere hoc sensu, vt si prius decesserit quàm mihi traditus sit, non possim amplius agere in id quod mea interest illum accepisse. Aliud verò vsque adeo illum periculo meo viuere, vt nec repetere possim quod dedi. Priore sensu verum est quod scribitur in hoc §. *Nisi in mora sis dandi Stichi.* Fieri siquidem facilè potest vt non dederis, nec tamen in mora fueris, fortè si cùm esset ille absens, præsentem eius tradendi facultatem non habueris *l. sciendum* 21. *& seqq. infr. de vsur.* Sed posteriore sensu non est verum periculo meo Stichum viuere, quia Sticho mortuo nihilominùs repetere potero quod dedi, *dict. leg. vltim.* Sic enim malo hos locos conciliare, quàm quomodo in Coniecturarum libris scripseramus.

2 ¶ At cùm do, vt facias: si tale sit factum, quod locari soleat, puta vt tabulam pingas: pecunia data, locatio erit: sicut superiore casu emptio. si res: non erit locatio: sed nascetur vel ciuilis actio in hoc, quod mea interest: vel ad repetendum condictio. Quòd si tale est factum, quod locari non possit, puta vt seruum manumittas: siue certum tempus adiectum est, intra quod manumittatur, ídque, cùm potuisset manumitti, viuo seruo transierit, siue finitum non fuerit, & tantum temporis consumptum sit, vt potuerit, debuerítq; manumitti: condici ei potest: vel præscriptis verbis agi. quod his, quæ diximus, conuenit. [a] Sed si dedi tibi seruum, vt seruum tuum manumitteres, & manumisisti, & is, quem dedi, euictus est: si sciens dedi, de dolo in me dandam actionem Iulianus scribit. [b] si ignorans, in factum ciuilem.

Ad §. 2. At cùm do vt facias.

Adhibet hîc Paulus distinctionem circa contractum Do vt facias, an scilicet tale factum sit quòd locari soleat, nécne. Itémque subdistinctionem si locari soleat, an pecunia pro faciendo data sit, an res alia, vt si pecunia data sit, locatio censeri debeat, quæ scilicet consistit maximè ex mercede, quoties merces ipsa consistit in pecunia numerata, *l. si tibi* 22. *hoc tit. l.* 2. *supr. locat. l.* 1. §. *si quis seruum* 9. *supr. deposit.* Si verò res alia non pecunia data sit, quia locatio esse non potest, erit contractus innominatus, ex quo proinde dabitur ciuilis actio præscriptis verbis ad id quod interest factum esse quod fieri debuit, neque factum est. Nam si ex contractu Do vt des, competit ciuilis actio præscriptis verbis ad id omne quod actoris interest rem illam habere de qua conuenit, vt scriptum est in §. præcedente, quanto magis eadem actio dari debet contra eum, qui cessauit in faciendo eo quod facere debuit, cùm sit ex natura obligationum faciendi omnium, vt in vicem obligationis faciendi succedat præstatio eius quod interest, *l. si quis ab alio* 23. *in fin. infr. de re iudic.* Si tamen malit is qui dedit condicere rem à se datam, quàm id quod sua interest consequi, erit audiendus, non minùs quàm si ageret ex contractu Do vt des, & iisdem rationibus quas nos ad præcedentem §. attulimus. Habet igitur electionem actor, an datum malit condicere, an ad id quod sua interest agere: vt intelligamus actionem præscriptis verbis, neq; solam sufficere, neque ad hoc competere, vt vel id quod interest præstetur, vel quod acceptum est reddatur, quomodo tamen putat Bartolus in hoc contractuum genere concipiendam esse formulam actionis, sed duplicem actionem alternatiuè competere, vel actionem præscriptis verbis ad id quod interest, vel condictionem ad dati repetitionem, contra quam scriptum sit in *l. cùm precibus* 4. C. *de rer. permut.* quæ ideò pugnat, non solùm cum *l.* 1. *in fin. supr. tit. prox.* quatenus de rerum permutatione loquitur, & ex ea dat actionem præscriptis verbis ad id quod interest, priùs etiam quàm contractus impletus sit, quod non nisi in contractu Do vt des recipiendum esse suprà ostendimus. Sed etiam cum hoc §. & præcedente, in quibus negatur actionem præscriptis verbis dari ad repetendum id quod datum fuit, sed ad id duntaxat quod interest consequendum. De illo tantùm quæri potest post Bartolum, quomodo

BIU Cujas

quomodo dignoſci poſſint facta quæ locari ſolent ab iis quæ locari non ſolent, vt ſciri poſſit ſecundùm ſupradictam diſtinctionem, an locatio inita ſit, an contractus innominatus, etiam interueniente mercede, eaque in pecunia numerata. Non enim ſatis eſt mercedem in pecunia interueniſſe, vt ſit locatio, niſi illud quoque concurrat, vt factum locari ſoleat. In quo hic contractus innominatus Do vt facias, diſtat longiùs à locatione, quàm contractus Do vt des, ab emptione. Reſpondet autem Bartolus, nec malè, ea demùm facta locari ſolere, quæ habent tractum temporis ſucceſſiuum, quale eſt, Tabulam pingere, & monumentum extruere, & alia huiuſmodi, de quibus in §. *ſed ſi facio, inf. hac lege.* At non etiam illa quæ habent factum monumentum, & ius aliquod admixtum, quale eſt ſeruum manumittere, aut vendere. Sunt enim iſta facti quidem, ſed non meri, at cum aliquo iure permixti. Cæterùm dignoſcendi ſunt hi contractus innominati, ſicut & nominati ex modo ineundi, non ex modo implendi, vt benè ſentit Accurſius ex *l. cum mota 6. C. de tranſact.* Atque ita dignoſcendus etiam eſt contractus Do vt des à contractu permutationis, vt diximus ad §. ſuperiorem. Quid ergo, ſi dederim tibi pecuniam, vt aliquid faceres quod locari non ſolet, puta vt ſeruum manumitteres, nec tamen manumiſeris? non erit locatio, quamuis pecunia interuenerit, quia non eſt ſubiectum habile ad contrahendam locationem, cùm tale factum locari non ſoleat. Erit igitur contractus innominatus Do vt facias, ex quo proinde ciuilis naſcetur actio, non locati, *l. 1. §. 1. ſup. ſi menſ. falſ. mod. dixer.* ſed præſcriptis verbis ad id, quod mea intereſt ſeruum eſſe manumiſſum, & præterea condictio ad repetendam pecuniam quam dedi. Perinde atque ſi dediſſem tibi Stichum, vt pro me Romam ires, vel tabulam pingeres: quo caſu nec locatio eſſe poſſet, vt diximus, quia non pecunia, ſed ſpecies pro faciendo data eſſet. Quid? An non ipſo iure liber fit ſeruus ita datus, vt intra certum & præfinitum tempus manumittatur, ſi intra tempus illud manumiſſus non fuerit, aut etiam ſi nullum tempus certum præfinitum ſit, tantùm tamen præterierit, vt ſeruus manumitti ei potuerit, & debuerit? *l. ſi is qui 4. C. ſi mancip. ita fuer. alien. l. 3. ſupr. de ſeru. export.* Quænam igitur poteſt condictio competere eius hominis & ſerui nomine qui iam liber eſt? Reſpondet Bartolus in ſupradictis legibus factam fuiſſe emptionem & venditionem. Hîc verò contractum innominatum, quaſi conſtitutio diui Marci & Commodi ad Aufidium Victorinum, quæ hoc ius induxit locum, non habeat in contractu innominato, quod tamen pugnat apertè cum *l. ſi pecuniam 5. §. ſi ſeruum, ſupr. de condict. cauſ. dat.* Debuerat potiùs dicere tunc locum eſſe conſtitutioni, cùm ſeruus à domino ipſo traditus alij eſt, vt ab eo manumittatur, hîc verò non fuiſſe ſeruum qui manumitti debuit proprium illius qui conuenit vt manumitteretur, quique ob eam cauſam ſiue pecuniam, ſiue ſpeciem aliquam dedit domino vt eum manumitteret, vt in ſpecie *d. §. ſi ſeruum, & l. ſi tibi decem 7. hoc tit.* ſed illius, qui pecuniam vel quid aliud accepit vt eum manumitteret: nam & in ſequentibus ſtatim ſubiicitur illa ſpecies, Si tibi ſeruum meum dederim, vt tu tuum manumitteres. Quo caſu apertè Paulus ſcribit, non eſſe ſimiliter locum conſtitutioni, ſed condictioni, vt in *l. 3. §. ſed ſi tibi dedero, & ſequ. de condict. cauſ. dat.* vel actioni præſcriptis verbis, non tam ad hoc vt contractus impleatur, quàm vt ob non impletum contractum id quod intereſt præſtetur, vt ſcriptum eſt in hoc §. & in præcedente, niſi quod etiam ab inuito domino, qui pecuniam ab alio accepit, huiuſmodi libertas extorqueri interdum poteſt, *l. ſi quis ab alio 19. infr. de manumiſſ.*

a *Sed ſi dedi tibi ſeruum.* RAT. DVB. Non datur actio De dolo, tanquam quæ famoſa ſit, & conſequenter odioſa, quoties alia competit, etiam honoraria, multo minùs ſi cõpetat ciuilis, *l. 1. §. 1. & §. ait Prætor, cum ſeqq. ſupr. de dolo.* Atqui in propoſita ſpecie in qua ponimus initũ eſſe contractum Do vt facias, competit actio præſcriptis verbis, & quidem ciuilis, non minùs quàm ex contractu Do vt des, vt ſcriptum eſt in hoc §. *& in præcedente, & in l. 1. §. vnde ſi ea res, ſupr. tit. prox. l. vlt. ſupr. de condict. cauſ. dat.* Ergo non eſt hoc caſu danda actio De dolo. Atque ita concludit Accurſius, exiſtimans quod hic ſcriptum eſt de danda actione De dolo ſic accipiendum eſſe, vt detur actio præſcriptis verbis, propter dolum: quod tamen Bartolus improbat, & rectè, ſi Paulo & Iuliano credimus, qui non putarunt, ei qui manumiſit, ciuilem actionem hoc caſu vllam competere, vt conſtat ex decidendi ratione illa, quam mox adferemus. Igitur decidendi ratio eſt, quam & Bartolus ſubtiliter docet, quod quamuis agatur hic de contractu Do vt facias, ex quo perinde atque ex contractu Do vt des, naſcitur actio præſcriptis verbis: tractamus tamen de actione danda ei qui fecit, & ex cuius parte poteſt contractus dici Facio vt des, quamuis inſpecto initio & modo ineundi ſit contractus Do vt facias. Atqui quoties facio vt des, & poſtquàm feci ceſſas dare, actio De dolo competit, quia nec præſcriptis verbis actio nec condictio locum habere hoc caſu poteſt, *§. prox. ſequ.* vbi dicemus. Ergo neceſſaria eſt in hac quoque ſpecie actio De dolo, ſi dederim tibi ſeruum meum, vt tu tuum manumitteres, & tu eum manumiſeris, & is ſeruus quem tibi dedi, poſteà euictus ſit. Et ita Caſtrenſis quoque ad hunc locum putat, ſecutus Iuliani ſententiam hîc à Paulo relatam, quæ tamen ab Vlpiano & Mauriciano improbata eſt in *l. iuris gentium 7. §. 1. ſupr. de pact.* vt dicemus *ad verſ. ſeq.* vbi totum hunc nodum clariùs diſſoluemus. Errat autem Accurſius, etiam in eo quod putat in actione iſta quam ille dat præſcriptis verbis poſſe iurari in litem, quia inquit, & in contractu nominato cui hic ſimilis eſt, in litem iuraretur. Tritum enim eſt in actionibus ſtricti iuris, cuiuſmodi ſunt actiones omnes Præſcriptis verbis tum quoque cùm naſcuntur ex contractibus innominatis qui ſimilitudinem aliquam habeant cum contractu aliquo nominato (ſi excipias æſtimatoriam, & eam quæ ex permutatione datur) numquam in litem iurari, *l. in actionibus 5.* vbi diximus *ſupr. de in lit. iur.* Sed nec verum eſt in actione ex empto vnquam iurari in litem, vt ibidem docuimus. Multò minùs in ea quæ datur ſecuta euictione, *l. ſi in venditione 60. l. euicta 70. infr. de euict.* quia omnis euictio præſupponit rem traditã aut habendam pro tradita *l. ſi rem 62. in princ. eod. l. ex empto 11. §. 1. ſupr. de action. empt.* Qui autem volunt in actione ex empto iurari in litem poſſe, tractant de ea quæ aduerſus vẽditorẽ datur ad rẽ tradendã, *l. 1. eod.* Scilicet ſi per dolum & peruicaciam venditoris fiat ne res tradatur *l. ſi traditio 4. C. eod. l. ſi cùm*

BIU Cujas

fundum 68. in fin. supr. de contr. empt. Denique nunquam iuratur in litem nisi cùm per contumaciam possessoris accidit, vt dominus inuitus re sua carere cogeretur, quod esset iniquum *l. si filio familias 25. §. 1. infr. solut. matrim. l. non enim 9. Rer. amot.* Hoc verò id non contingit cùm is qui agit de euictione, hoc ipso fateatur & probet se dominum nõ esse. Cur ergo ei iurare in litem permittatur? Sed nec vspiam scriptum est in actione Præscriptis verbis in litem iurari nec si bonæ fidei sint, vt æstimatoria, & quæ ex æstimatione, quia ex iis agitur ad pecuniam & ad id quod interest non vt actori res sua reddatur. Hinc verò notat Bartolus & rectè, euicta re quæ data fuerat non ex causa permutationis, sed ob quam aliam causam puta ob factum aliquod secutum sit, vt in specie huius §. dari actionem Præscriptis verbis ad id quod interest, quamuis detur etiam condictio, si tale sit id, de quo agitur, vt condici possit, *l. vltim. supr. de condict. caus. dat.* Facta enim non condicuntur, vt dicemus ad §. *seq.* Sed excipit contractum transactionis ex quo si agi possit ad id quod interest actione Præscriptis verbis re euicta, numquam tamen competit condictio ob causam odio scilicet litium quas numquam resuscitari publicè interest ex *l. si pro fundo Cod. de transact.* Planè quamuis nihil prorsus interfit quod ad iurandum in litem pertinet an dolus interuenerit nécne, cùm res data ex vna parte euicta est. Interest tamen quantum ad hoc vt is qui sciens alienam rem dedit, conueniri possit actione Præscriptis verbis ad id quod interest, deceptum non esse si Accursio credimus ex *l. ea quæ 43. §. vltim. supr. de contr. empt. l. seruus quem 30. §. vltim. supr. de action. empt. iunct. l. 1. §. ideóque supr. tit. prox.* Sed vereor ne hoc quoque falsum sit. Is enim qui sciens rem alienam dedit, quæ posteà sit euicta, non alia de causa tenetur actione ex empto prius etiam quam res euicta sit, quàm quia actio illa sit bonæ fidei, ex bona verò fide sit dolũ quẽlibet statim puniri *d. l. seruus quem §. vlt.* At contractus hic innominatus de quo tractamus, non est bonæ fidei, multo minus actio Præscriptis verbis quæ ex illo datur, sed stricti iuris. Expectãdum igitur est vt res euicta sit, priusquam agi possit Præscriptis verbis ad id quod interest. Sed longe grauius errant alij quos idem Accursius noster merito reprehendit, existimantes in hac specie ideo dari actionem de dolo, quod contractus ipso iure nullus esset, quippe cui dolus causam dedisset. Nam præter id quod falsum est, dolum in proposito casu dedisse causam contractui, sed incidisse potius in contractum, nec illud quoque verum est, dolum qui causam dedit contractui stricti iuris, facere posse vt eiusmodi contractus sit ipso iure nullus quod ius proprium est contractuum bonæ fidei *l. & eleganter 7. in princip. supr. de dolo*, sed tántum vt annullandus sit, quomodo nostri loquuntur, per exceptionem doli ex *l. dolo C. de inutil. stipulat.* Hic porro contractus de quo agimus, cùm sit innominatus, stricti iuris est, vt sæpius inculcauimus. Longè difficilius est id quod sequitur in textu,

b *Si ignorans in factum ciuilem.* At si eo casu quo ignorans alienum Stichum tibi dedi, vt Pamphilum seruum tuum manumitteres, euicto posteà Sticho, danda est in me ciuilis in factum actio, vt Paulus hic ex Iuliano scribit, quidni dabitur etiam contra me scientem? An fortè melioris conditionis esse debeo ob id solum quod dolo fecerim quam si nihil dolo admisissem? *arg. l. non solùm 12. supr. de noxal. action l. Seruius 4. infr. Quod vi aut clam.* Quod si contra me scientem ciuilis actio in factum id est Præscriptis verbis locum habere potest, quomodo locus esse poterit actioni de dolo quam diximus non nisi in subsidium & qualibet alia deficiente dandam esse? Dici certe non potest quantum hic se torqueant & antiquiores & recentiores interpretes, adeò vt putet Castrensis, nec si Paulus ipse reuiuisceret, futurum tamen vt nodum hunc posset dissoluere, præsertim cùm in §. *seq.* statim subiiciat, si faciam vt des, & posteaquàm feci cesses dare, nullam esse ciuilem actionem, & ideò de dolo dandam. Iam enim diximus in hoc contractu, quamuis initio inspecto sit do vt des, quia Stichum tibi dedi, vt Pamphilum manumitteres, ex parte tamen tua esse contractum Facio vt des, cùm prior contractum impleueris, priùs enim manumisisti Pamphilum, quàm ego tibi Stichum dederim, qui necdum datus videtur licet traditus sit, cùm euictus fuerit, quia erat alienus *l. non videntur data 167. de regul. iur. l. vbi autem 75. §. vlt. de verb. oblig.* Sed respondendum est, referri tantùm hîc à Paulo Iuliani sententiam quam & Vlpianus refert in *l. iuris gentium 7. §. 1. supr. de pact.* & à Mauriciano rectè reprehensam esse ait. Putabat enim Iulianus in proposita specie si dederim tibi Stichum vt Pamphilum tuum manumitteres & manumiseris, deinde Stichus euictus sit, nullam nasci ex hoc negotio ciuilem actionem, ideoque necessarium esse auxilium Prætoris, & actionis prætoriæ, quæ porrò non alia esse potest quam de dolo contra scientem, in factum verò contra ignorantem. Cui consequens est, vt dictio illa *ciuilem* posita in fine huius §. cùm Iuliani esse non possit, adscribenda necessariò sit aut Triboniano, vt Goueanus & Cuiacius existimant, aut quod probabilius mihi videtur, imperito interpreti, quem illud fefellit quod scriptum vidit in *d. l. iuris gentium §. 1.* ciuilem Prætoriis verbis actionem hoc casu competere. Nec animaduertit Vlpianum eo loco ita scribere, non ex Iuliani, sed ex Mauriciani sententia, qui meliùs in hoc quàm Iulianus obseruauit, in huiusmodi contractu ciuile negotium gestum esse, & contractum αὐτόνομον ex quo proinde necesse est nasci actionem ciuilem Præscriptis verbis, in qua sententia Vlpianus ipse conquieuerit. Secundum quam dicendum est, sicuti non datur in factum prætoria contra ignorantem, quia ciuilis sufficit vt Mauricianus dicebat, ita nec de dolo dari posse contra scientem, quia æque potest sufficere ciuilis actio Præscriptis verbis contra scientem, atque contra ignorantem, cùm non sola scientia quæ dolum inducit, inducat quoque actionem de dolo, nisi cùm adest etiam necessitas concedendæ eiusmodi actionis, alia qualibet siue ordinaria, siue extraordinaria, adeoque subsidiaria deficiente vt iam toties diximus. In eoque tanto grauior fuit error illius, quisquis ille sit, qui dictionem illam *ciuilem*, hîc adiecit quæ scilicet pugnat euidentissimè non solum cum Iuliani sententia, sed etiam cum iuris ratione, illo quoque casu quo sciens alienum Stichũ tibi dederim vt Pamphilũ seruũ tuũ manumitteres. Ergo cùm Mauriciani cõtra Iulianũ sententia

omnino

omnino sequenda sit tanquam verior, frustra laborauimus in præcedentibus cum Accursio, Bartolo, & interpretibus cæteris, vt rationem adferemus, cur in hac specie danda sit contra me tibi qui seruũ tuũ manumisisti de dolo actio. Pugnat enim ea Iuliani sententia cũ ratione iuris, vt modò ostendimus, nec proinde credendum est Iulianum eo prætextu motum fuisse, quem ex Bartolo diximus, quod ex parte tua dici possit Contractus do vt facias, quod certè nec defendi verè potest, cùm ex modo ineundi non ex implemento contractus omnes, maximè verò innominati æstimandi sint, sed quia non credidit, ex contractu do vt facias ciuile aliquod nasci negotium ex parte facientis, sed tantùm ex parte dantis, in quo sanè fallebatur. Dicamus igitur cum Vlpiano & Mauriciano (Paulus enim noster, cui nihil tam facile erat quàm vt ab Vlpiano dissentiret, Iulianũ fortassis sequi etiam in hac quęstione maluit, quã Mauricianũ) dandam tibi esse contra me post manumissionem & euictionem Stichi actionem in factum ciuilem ad id quod tua interest euictum Stichum non esse non minus quam mihi, postquã Stichum dedi, qui meus esse credebatur, vt Pamphilum manumitteres, in id omne quod mea interest, ipsum manumitti, si in eo manumittendo cessares. Nam & si verum amamus, negari non potest, quin prior ego contractum ex parte mea impleuerim, cùm tibi Stichum dedi vt Pamphilum manumitteres, quamuis ex postfacto apparuerit alienum eum esse, siue sciens siue ignorans eum dederim, sufficere namque debet, vt impleuerim de facto, licet non impleuerim de iure, quantum ad hoc vt mihi contra te actio ex hoc contractu dari debeat, quandiu saltem ignoratur alienum esse. Quid enim si alienus quidem esset, sed ita tamen vt alienum eum esse numquã sciretur? Quid si licet alienum eum esse compertũ esset, numquã tamen euinceretur, tibiq; semper eum habere liceret? vt in specie *l. habere licere 57. infr. de euict.* Quid denique si vsucapi eum contingeret priusquam euinceretur, atque ita dominium tibi pleno iure acquiri sublato prorsus metu euictionis? vt in *l. qui alienam rem 54. eod. tit.* An quia possunt ista aliter atque aliter euenire, dicẽdum erit nullam interim mihi, qui Stichum tibi tradidi, vt Pamphilũ manumitteres, dandam esse contra te Præscriptis verbis actionẽ, si Pamphilũ manumittere recuses? Ergo quemadmodum serui venditor si eum tradiderit, quamuis alienum, siue sciens siue ignorans alienũ tradiderit, contractum ex parte sua impleuisse dicitur, non quidem perfectè, & omnimodo *l. si quis alienam 46. supr. de action. empt.* sed hactenus saltẽ vt ex vendito agere possit ad preciũ *l. 1. l. ex empto 11. §. 1. eod.* Ita & cũ ego tibi Stichũ dedi siue sciens ignorans alienum, vt Pamphilum tuum manumitteres, fatendum est satis me contractum hunc ex parte mea impleuisse, vt contra te possim agere ob non manumissum Pamphilum, quandiu Stichus euictus non est. Parumq; refert quod eum alienum esse sciueris ante Pamphili manumissionem, quoniam non nisi in bonæ fidei contractibus, in quorum numero hic non est, id obseruatur vt contra scientem agi ex contractu possit ante euictionem *d. l. seruus quem 30. §. vlt. eod. ill. tit. de action. empt.* Fateor differentiam illam esse inter vẽditionem & contractum do vt des, quod in venditione non tenetur venditor rem dare, sed tantũ tradere *l. si ita distrahatur 25. §. 1. supr. de contr. empt. l. 1. supr. tit. prox.* Qui verò dat vt sibi detur, etiam dominium transferre cogitur. Sed hoc contendo, sicuti venditor, qui rem alienam vendidit & tradidit, non prius habetur, perinde acsi nõ tradidisset, quàm ea res euicta sit, ideoq; nec prius de euictione conueniri potest. Ita & eum qui dedit Stichum alienum, vt sibi quid daretur, vel fieret, non prius perinde habendum esse acsi non dedisset, quam Stichus euictus fuerit, aut quàm is qui eũ accepit, vltro reddiderit. Quis enim ferat, vt Stichum retineat tanquam sibi datum, nec tamen Pamphilum velit manumittere eo prætextu, quod ei traditus duntaxat non etiã datus Stichus fuerit? Ita namq; fieret, vt vtrumq; simul haberet, & Stichum quãuis alienum, & Pamphilum, quem non manumisisset. Miror verò Iulianum, qui non ignorauit ex contractu do vt des nasci actionem ciuilem Præscriptis verbis ex vna parte, noluisse tamen eãdem actionem admittere ex contractu do vt facias, in fauorem faciẽtis, nisi forte Iulianum illud mouit, quod supra ex Bartolo attulimus, quod ex parte facientis non tam videatur esse contractus do vt facias, quàm contractus Facio vt des: ex quo fatentur omnes nullam aliam quàm dedolo actionem, vt scriptum est in *§. prox. seq.* Sed pro Mauriciano, & Vlpiano respõderi potest, non eo minus manere contractum do vt facias, quod post quàm prior dedit, alius incipiat esse obligatus vt faciat. Inspiciendus enim est, & retinendus semper primus ineundi modus. Cúmque ex parte illius qui dat prior, vt alius faciat, transeat aliquid à dante in accipientem, dubitari non potest quin hoc ipso & is qui accepit, se obliget ad faciendum id quod promisit, & eo faciente is qui dedit, tanto magis obligetur de euictione, si ex alieno dederit quod de suo dare debuerat, cum ab initio & ex natura ipsius contractus ad dominium transferẽdum teneretur. nam si venditor, qui non ad aliud tenetur quàm vt tradat, euicta tamen re vendita, tenetur, ex empto in id omne quod interest emptoris *d. l. ex empto §. 1. de action. empt. d. l. si in venditione 60. & l. euicta 70. de euict.* Quanto magis ex contractu do vt des danda erit actio Præscriptis verbis contra eum qui Stichum alienum dedit, quem suum dare debuerat, & talem qui nullo casu euinci posset? Idem namque euenit & in permutatione, si res ex causa permutationis tradita postmodum euicta sit, vt scilicet qui alienam permutauit, quamuis reuera nullam contraxerit permutationem *l. 1. §. ideóque supr. tit. prox.* teneatur tamen actione illa Præscriptis verbis quæ ex permutatione oritur, in id omne quod alterius interest cui res euicta fuit *l. 1. in fin. Cod. de rer. permut. l. si permutationis 29. Cod. de euict.* Atqui ita locum hunc satis alioquin perplexum & difficilem explicandum & emendandum esse arbitramur.

4 ¶ Quòd si faciam, vt des: & posteaquam feci, cessas dare: nulla erit ciuilis actio: & ideo de dolo dabitur.

BIU Cujas

Ad §. 3. Quod si faciam

RAT. DVB. In omnibus contractibus innominatis negotium aliquod ciuile contrahitur. Alioquin si nudum pactum esset, & in terminis puræ conuentionis remaneret, nulla ex eo dari posset actio, ne quidem prætoria *l. iuris gentium* 7. §. 1. *supra de pact.* Nec enim prætor magis, quàm ciuilis legislator dat ex pacto actionem, vt scripsimus ad *d. l. iuris gentium* 7. §. 1. & §. *ait prætor*. Atqui contractus do vt facias tam est contractus innominatus, quàm contractus do vt des, & do vt facias. Ergo non minùs ex eo nasci debet ciuilis actio Præscriptis verbis, quàm ex cæteris contractibus innominatis, præsertim verò; cùm ex contractu quoque Facio vt facias, detur actio Præscriptis verbis, vt subiicitur in §. *seq.*

DEC. Tum nascitur ciuilis actio præscriptis verbis ex contractu innominato, cùm aliquod contrahitur συνάλλαγμα, quod euenit quoties ab vno ex contrahentibus aliquid in alium transit, *arg. l. si in area* 33. *supr. de condict. indeb.* Qui enim accipit ab alio, se obligat hoc ipso ad dandum ex parte sua, vel faciendum quod promisit. Id verò accidit in contractu do vt des, & do vt facias, at non similiter in contractu Facio vt des. Qui enim facit, nihil in alium transfert, licèt fieri possit vt de suo aliquid perdat, puta si factum tale sit quod impensam vel iacturam aliquam adnexam habeat. Cùm ergo ex parte illius qui dare debet ac cui alius fecit, nihil accipiatur propter quod videri possit se obligare, consequens omnino est, vt nulla ciuilis actio nasci ex illo negotio possit contra eum qui posteaquàm alius fecit, cessat dare, nec proinde aliud supersit remedium, quàm vt ei qui fecit danda sit actio de dolo, cùm negare non possit quin dolo faciat is qui cessat dare, cũ alius ex parte sua impleuit, neque ei qui fecit succurri potest per condictionem, quomodo in contractibus do vt des, & do vt facias concurrit illa cum actione præscriptis verbis, si malit is qui dedit suum repetere, quàm agere ad id quod interest §. 1. & 2. *supr. l. si tibi decem* 7. *hoc tit.* Neque enim facta condici possunt, cùm pro infectis haberi non possint *l. in bello* 12. §. *factæ autem res infr. de capt. & postlim.* Atqui inquies ex contractu Facio vt facias, datur etiam actio præscriptis verbis, vt subijcitur in §. *prox. seq.* Quidni ergo etiam ex contractu Facio vt des? Sed respondendum est, non dari actionem illam præscriptis verbis tanquam ex gesto ciuili negotio, & iure contractus, sed ad euitandum periculum malè electæ actionis, cum in ea specie dubitari posset, an actio mandati competeret, quia contractus magnam adfinitatem & similitudinem habebat cum mandato, & tamen alia ex parte notissimos mandati fines & terminos excedebat, vt statim dicemus. Est autem varia & multiplex causa dandæ actionis præscriptis verbis, datur enim aliquando tanquam competens ex vi & potestate contractus, aliquandò verò non nisi in subsidium, & quasi in vicem alterius actionis ex contractu competentis, vt in *d. §. sequen. & in l. si gratuitam* 17. *l. Titius* 24. *hoc tit.* In proposita vero huius §. specie, id est, cùm facio vt des, & postquàm feci, cessas dare, nulla ciuilis actio est de qua dubitari possit, an dari debeat, nec proinde pro qua dici possit, Tutius esse dari actionem præscriptis verbis. Certissimum siquidem est nulla prorsus alia competente actione, & dolo interueniente, non aliam actionem superesse quàm de dolo, in cuius locum alia nunquam vlla substituitur, quia & si aliqua esset quæ substitui posset, non daretur actio de dolo. Planè vt detur actio de dolo tanquam deficiente actione præscriptis verbis, non sufficit dolum interuenisse ex parte illius qui cessat dare, nisi etiam illud concurrat, vt nullam ille vtilitatem ex aduersarij facto perceperit. Nam si forte ex eo facto acquisiuisset liberationem puta, vel quid aliud simile, dubitandum non esset, quin actio præscriptis verbis non de dolo dari contra eum deberet ex *l. cùm mota* 6. *Cod. de transact.* quam benè nostri ferè omnes sic intelligunt. Addunt alij in eandem hanc sententiam quod scriptum est in *l. solent* 15. *infr. hoc tit.* Sed alia eius loci sententia, & ratio est, vt ibi contra Accursium & Bartolum dicemus. Difficilius illud videtur quod obiici solet ex *l. cùm proponas* 3. *Cod. de dolo*, vbi etiam ex contractu do vt des videntur Imperatores actionem de dolo concedere. Sed respondendum est, quod interpretes quoque benè viderunt, in specie illius legis non tractari de contractu do vt des, sed Facio vt des, cùm id actum esset ac conuentum, vt dominus ancillam suam manumitteret contubernio iungendam ei qui pro ea mancipium aliud daret. Incipit enim hic contractus à facto manumittendi, non autem à datione, quamuis non ipse manumiserit, sed ancillam suam dederit ab alio manumittendam, quia datio quæ ordinatur ad factum vt ipsi loquuntur, pro facto accipienda est, nec quicquam refert, an quis per se an per alium manumiserit eum, quẽ ipse manumittere tenebatur. Et ita quæstionem hanc totam explicandam esse existimo, quæ quàm male interpretes nostros omnes habuerit, ex Accursij glossis, & Bartoli aliorúmque commentariis perspicere quiuis potest, præsertim verò ex Paulo Castrensi, qui confutatis cæterorum omnium sententiis nescio quid somniat de inæqualitate, quæ inter contrahentes induceretur, si ex contractu Facio vt des daretur actio præscriptis verbis. Quasi ius hoc denegandæ actionis præscriptis verbis ex contractu Facio vt des ex ratione illa vitandæ inæqualitatis proficiscatur, ac non potiùs ex eo quòd, vt diximus, nullum ciuile negotium hic contrahi videatur, quia nihil transferatur in eùm qui cessat dare propter quod ciuili actione præscriptis verbis dici possit obligatus. Quamuis fatendũ sit cùm Castrensi nõ minùs implere contractum ex parte sua eum qui facit quàm eum qui dat, alioqui neq; se liberaret, neq; aduersariũ obligaret ad id quod sua interesset per actionẽ de dolo esse impletũ cõtractũ. Id enim est quod per actionẽ de dolo cõsequitur. In eoq; rursũ errat Castrẽsis existimans actionẽ de dolo nõ dari hoc casu ad id quod interest cõtractũ impletũ esse, sed tãtùm ad id quod interest factũ cõdici & repeti non posse, cùm factũ est irrepetibile, vt ipse loquitur, vt scilicet subrogetur hoc casu actio de dolo nõ tã in locũ actionis præscriptis verbis quàm in locũ cõdictionis ob causam, quod ego ridiculum esse puto. Datur enim actio de dolo ad omne id quod interest, non minùs quàm actio præscriptis verbis hac sola differentia, quòd actio præscriptis verbis stricta est, vt sæpius diximus, actio autem de dolo arbitraria, quæ non nisi arbitrio iudicis datur ad id quod interest *d. l. arbitria* 18. *supr. de dolo*.

4 ¶ Sed

4 ¶ Sed si facio, vt facias, hæc ſpecies tractatus plures recipit. nam ſi pacti ſumus, vt tu à meo debitore Carthagine exigas, ego à tuo Romæ: vel vt tu in meo, ego in tuo ſolo ædificẽ: & ego ædificaui, & tu ceſſas: in priorem ſpeciem mandatum quodammodo interueniſſe videtur. ſine quo exigi pecunia alieno nomine non poteſt. quãuis enim & impendia ſequantur, tamen mutuum officium præſtamus. & poteſt mandatum ex pacto etiam naturam ſuam excedere. poſſum enim tibi mandare, vt & cuſtodiam mihi præſtes, & non plus impendas in exigendo, quam decem. & ſi eandem quantitatem impenderimus, nulla dubitatio eſt. ſin autẽ alter fecerit, vt & hic mandatum interueniſſe videatur, quaſi refundamus inuicem impenſas. neq; enim de re tua tibi mando. ſed tutius erit, & in inſulis fabricandis, & in debitoribus exigendis, præſcriptis verbis dari actionem, quæ actio ſimilis erit mandati actioni: quemadmodum in ſuperioribus caſibus locationi & emptioni.

Ad §. 4. Sed ſi facio.

RAT. DVB. Nõ poſſum exigere à debitore tuo pecuniam & tuo nomine ſine mandato, nec tu quoque à meo debitore meo nomine *l. ſoluendo 39. ſupr. de negot. geſt.* Ad exigendum enim actione aliqua opus eſt, cùm nemo ſine actione poſſit agere *l. ſi pupilli 6. §. vlt. eod. tit.* actionem autem alienam & ſibi non competentem exercere nemo poteſt. Ergo ſi pacti fuerimus vt tu à debitore meo Carthagine pecuniam exigeres, & ego à tuo Romæ, dicendum eſt, mandatũ interueniſſe videri in neceſſarium antecedens, *l. ad rem mobilem 56. l. ad legatum 62. ſupr. de procurat. iunct. l. 2. de iuriſdict.* Nec ad rem facit, quod in propoſita ſpecie id quoque inter nos actum fuerit, vt tu impenſis tuis à debitore meo Carthagine exigeres, ego viciſſim à tuo Romæ meis. Etſi enim ex natura mandati eſt vt impenſæ ex mandati cauſa factæ repetantur *l. ſi quis alieni 27. §. impendia ſupr. Mandat.* vt tamen mãdatum interueniſſe videatur, ſufficit mutuum nos officium præſtare, quia & poteſt mandatum ex pacto ſuam naturam excedere, ſicut & depoſitũ *l. Lucius 24. ſupr. depoſit.* & alius contractus quilibet. Poſſum enim, inquit Paulus, mandare tibi vt & cuſtodiam mihi præſtes, & non plus impendas in exigendo quàm decem. Et verò ſi parem quãtitatem mutuo impenderemus, nulla dubitatio eſſet, quin mandatum interueniſſe videretur, quaſi viciſſim refuſis inter nos expenſis, ita vt perinde haberi deberet, acſi neque ego pro te, neque tu pro me quicquam impendiſſes. Quidni ergo idem erit, etiamſi alteruter noſtrũm plus impenderit, quàm alius? An eo minùs verum erit mandatum inter nos mutuum interceſſiſſe?

DEC. Mandatum propriè eſſe non poteſt, niſi quod gratuitum eſt, *l. 1. §. vltim. ſupr. mandat.* Mandatum autem hoc non eſt gratuitum, non ſolùm ſi alteruter noſtrũm plus quam alius impenderit: quo caſu ob ſuſceptum tale mandatum vtiq; manere illum in damno erit neceſſe, ſed etiam quia non poſſum videri gratuito pecunias tibi debitas à debitoribus tuis exigere, cùm idcirco exigo, quod tu viciſſim à debitoribus meis ſis exacturus. Facio enim pro te, vt pro me facias, ac proinde, vt mihi proſim potiùs quàm vt tibi. Mandatum igitur verè ac propriè non eſt, & conſequẽter nec mandati actio locum habere poteſt cùm mandatum propriè nullum interceſſit, *l. ex mandato 20. §. 1. eod. tit.* Ergo tutiùs erit dari inter nos actionem præſcriptis verbis, ſed quæ mandati actioni ſimilis eſſe debeat, vt Paulus hic ſubiungit. Idémq; iuris eſt in alio exẽplo quod adiicit, Si inter nos conuentum fuerit, vt tu in meo ſolo, ego autem in tuo ædificem. Nam & hic quoq; mandatum aliquod inter nos videtur intercedere, nec tamen propriè mandatum eſt, quia nec gratuitum eſt eãdem ipſa ratione quam modò diximus. Ergo & in hac ſpecie tutiùs eſt agere præſcriptis verbis, quàm mandati. Etſi inter hos caſus differentia illa eſt, quod à debitore tuo exigere non poſſum ſine mandato, in ſolo autem tuo ædificare poſſum ſine mandato tuo, quia pendet hoc à mea voluntate, ſi fortè ædificationis impenſam tibi donatam velim, aut mihi perditam, vt in *l. ſi ſeruus ſeruum 27. §. ſi oliuam ſupr. ad leg. Aquil. l. ſi is contra quem 5. C. de adific. priuat. l. adeò 7. §. ex diuerſo infr. de acquir. rer. domin.* At verò ne poſſim à debitore tuo ſine mandato exigere, ratio iuris impedimento eſt. Ideóque tanquam ex neceſſaria cauſa præcedente mandatum hoc caſu interueniſſe videri facilius eſt, quàm ſuperiore. Erit tamen vtroque caſu actio hæc præſcriptis verbis ſimilis actioni mandati, ſicut & in ſuperioribus caſibus, de quibus in §. 1. & 2. huius legis dictum eſt, Actiones præſcriptis verbis, quæ ex aliis contractibus innominatis naſcuntur, ſimiles ſunt actionibus, quæ competunt ex contractibus nominatis, ad quos innominati illi propiùs accedunt, vt in fine huius §. Paulus diſertè ſcribit. An ergo erunt bonæ fidei ſicut actiones, empti, conducti & mandati? Minimè verò. Sunt enim omnes ſtricti iuris, excepta æſtimatoria, & vt ita dixerim, permutatoria, vt ſæpius iam monuimus ex *§. actionum Inſtit. de action.* Sed ita debet hoc intelligi, vt quod pertinet ad dolum & culpam præſtandam pari iure cenſeatur, quod & interpretes noſtri omnes fatentur ex *l. ſi gratuitam 17. in princip. & §. 1. & 2. infr. hoc tit. l. eum qui 10. §. 1. ſupr. commod. l. 1. §. ſi quis ſeruum depoſit.* Placet autem quod notat Bartolus & probat ex hoc ipſo §. an contractus fiat per verba præſentis temporis, an per verba futuri. Nam ſiue dictum ſit, Faciam vt facias relatione facta ad futurum tempus ſiue in præſenti, *Facio vt facias*, idem contractus eſt. Itémque ſi dictum ſit *do vt des*, aut *do vt facias*, an verò *dabo vt des*, aut *dabo vt facias*. Ex quo apparet non tantùm in permutatione, ſed etiam in cæteris

BIU Cujas

omnibus contractibus innominatis posse id accidere, vt incipiant à placito & pacto aliquo præcedente, neque esse necesse, vt incipiant à facto aliquo vel à datione. Nam & in hoc §. Paulus ita scribit, *nam si pacti sumus.* Quid? An non diximus in §. præcedente, si faciam vt des, & postquàm feci, cessas dare, nullam esse ciuilem actionem Præscriptis verbis, sed de dolo dandam esse, quòd neque ex parte facientis quicquam transferatur in alium, neque id quod factum est, repeti & pro infecto haberi possit? Cur ergo ex contractu facio vt facias, dabimus potius actionem Præscriptis verbis, (Sed iam respondimus ad superiorem §. actionem Præscriptis verbis dari ex contractu Facio vt facias iure contractus) quàm veluti in subsidium actionis mandati, de qua dubitari poterat an ex huiusmodi negotio competeret? Nam cùm tale esset negotium, vt vix dubitari posset, an mãdatum interuenisset, nec de illo dubitari poterat, an ex eo negotio ciuilis aliqua actio nasceretur, sed tantùm de eo, an actio illa mandati esse deberet. Ideóque tutius visum est agi Præscriptis verbis quæ & ipsa ciuilis actio est, & mandati actioni persimilis esse potest, & quæ proinde non minùs quàm mandati actio de dolo actionem debet excludere. At cùm facio vt des, nullum geritur negotium, quod vel cum mandato vel cum alio vllo contractu nominato similitudinem vllam habeat, proinde mirum non est non aliam quàm de dolo actionem ex eo nasci posse. Sed nec illud omittendum est, quod ad hunc §. Bartolus & post eum Baldus & Castrensis notant, Quamuis mandatum non sit gratuitum, ita vt actio mandati ex eo nasci non possit, non eo minùs tamen dici & probari mandatum respectu illius qui agit & contra quem agitur, quoties sine mandato agi non posset. Quod illi rectè protrahunt ad procuratores forenses nostri temporis, qui licèt non nisi mercede interueniente officium suum exhibere soleant, ideóque operas suas locare potiùs quàm mandatum suscipere videantur, non eo magis tamen repelli possunt quasi sine mandato agant, cùm officium mandatariorum quamuis ea lege impleant. Illud certè non æquè probare possum quod Bartolus pro Vltramontanis nostris contra Accursium disputat, Contractus innominatos magis iudicari debere secundum modum implendi quàm secundum modum ineundi, ita vt idem contractus puta *do vt facias* dici possit & debeat, *Facio vt des* ex parte facientis, si prior ex parte sua impleat, sicuti in contractibus nominatis, quibus innominati assimilantur, contractus venditionis dicitur ex parte venditoris, emptionis verò ex parte emptoris. Non enim sunt ista similia, quia contractus emptionis & venditionis, licèt aliam denominationem habeat ex parte emptoris, aliam verò ex parte venditoris, vnicus tamen contractus est. Ideóque veteres promiscuè his vocabulis venditionis & emptionis vtebantur, itémque locationis & conductionis, *l. veteres 19. & seq.* vbi diximus *supr. de act. empt.* At contractus do vt facias differt à contractu Facio vt des tota specie, non minùs quàm cõtractus venditionis à contractu locationis, nec habent quicquam aliud simile aut commune, nisi quod ambo sunt contractus innominati. Idque ita esse apparet euidenter ex §. *at cùm do versic. Sed si dedi supr.* quamuis eo potissimùm loco Bartolus contra nos moueatur. Nam fuit constans prudentum omnium opinio, ex contractu Facio vt des nullam posse nasci ciuilem actionem, & idcirco nec aliam quàm de dolo dandam esse §. *prox. supr.* At ex cõtractu do vt facias, quamuis Iulianus, quem Paulus noster sequitur, dederit ei qui prior fecit, actionem de dolo, si posteaquàm is fecit, data res euincatur, in eo tamen reprehensus est à Mauriciano & Vlpiano in *l. iuris gentium 7. §. 1. supr. de pact.* tanquam competente ex huiusmodi contractu actione Præscriptis verbis, quæ ciuilis actio est, quia initio inspecto nõ possit dici cõtractus *Facio vt des*, sed *do vt facias*, ex quo Præscriptis verbis actionem ciuilem nasci nemo dubitat, vt nos ad locum illum pluribus explicauimus.

5 ¶ Si ergo hæc sunt, vbi de faciendo ab vtroque conuenit: & in proposita quæstione idem dici potest. & necessariò sequitur, vt eius fiat condemnatio, quanti interest mea, seruum habere, quem manumisi: [a] an deducendum erit, quòd libertum habeo? sed hoc non potest æstimari.

Ad §. vlt. Si ergo hæc sunt.

Explicito tractatu de contractibus innominatis obscuro satis & perplexo, vt vidimus, redit Paulus ad speciem & quæstionem initio legis propositam: Si cùm naturalis meus filius tibi seruiret, & tuus vicissim mihi, conuenerit inter nos, vt & tu meum manumitteres, & ego tuum, & postquam tuum ego manumisi, tu meum non manumiseris, qua actione mihi tenearis. Respondet autem in hac specie dari actionẽ Præscriptis verbis, per quã fieri debeat condemnatio quanti interest mea seruum habere quem manumisi. Est enim hoc omnino consequens ei quod proximè dictũ est, ex contractu Facio vt facias, qualis iste est, nasci actionẽ Præscriptis verbis, & quidem illa, quam nostri prudentes vocant *incerti*, id est, ad id quod interest de qua in *l. prox. & duab seqq. & pass. hoc tit.* Cùm in obligationibus faciendi succedat semper præstatio eius quod interest, *l. si quis ab alio 13. in fin. de re iudic. l. quoties quis alium 81. iunct. l. stipulationes non diuiduntur 72. l. cùm stipulatus sim 113. §. 1. de verb. obligat.* Sed hic dubitatio illa potissimùm incurrit, quæ potissima ad hunc locum dubitandi ratio est. Cur ergo non detur hęc actio ad id quod interest actoris impletum esse contractum ab eo qui ex sua quoque parte implere debuit, vt in §. 1. & 2. huius legis, non autem ad id quod interest eius, qui fecit, nõ fecisse, quomodo Paulus hîc respõdit? Respondent nostri post Bartolum, ideò non dari hoc casu actionem Præscriptis verbis ad tale interesse, quia nullum sit. Etsi enim dici solet, quod & verissimũ est, beneficio adfici hominem interesse hominis, *l. si venditor 6. §. 1. infr. de seru. export.* interest tamen ratione adfectionis duntaxat, cuius ratio nulla haberi potest in actionibus stricti iuris, sed in iis tantùm qui sunt bonæ fidei, *l. cùm seruus 54. sup. mandat.* Pecuniariter autem nihil potest videri interesse, præsertim cùm libertas inæstimabilis res sit, vt habet Iuris regula 106. nec proinde pecuniario vllo commodo æstimari possit, *l. cùm pater 77. §. cùm existimaret de legat. 2. l. penult. §. 1. infr. de donat.* At pecuniariè interest eius, qui seruum manumisit, eum

ēum habere, quem hodie haberet, si non manumisisset, & quē manumissurus non fuerat, si non ei promisisset aduersarius se quoque manumissurum. Nam per manumissionem perinde ac per mortem seruus amittitur, & domino suo subtrahitur. Vnde est quod manumissio morti comparatur, *l. si mihi alienum 92. infr. de solut. l. inter omnes 46. de furt.* fit autem pauperior quisquis seruum amittit, sicut è contrario locupletior, qui seruum acquirit. Cùm ergo pecuniariè interfit eius qui seruum manumisit, eum seruum habere, non etiam alium seruum manumissum fuisse, mirum non est dari hoc casu actionem præscriptis verbis ad id quod mea interest seruum meum habere, non ad id quod mea interest seruum tuum te manumisisse. Dices, eo casu quo actoris non interest contractum ex alia parte impleri, non aliam actionem competere, quàm condictionem ob causam dati causa non secuta, *l. si tibi decem 7. infr.* Non igitur actionem præscriptis verbis. Sed benè respondet Bartolus, tum verè id dici, cùm factum repeti & condici potest, quod hîc non euenit, cùm data libertas reuocari nō possit, quę semel competit, *l. 1. 2. & 3. C. si aduers. libert. l. cùm proponas 4. C. de dolo. §. si is qui, Instit. de eo cui libert. caus. bon. addic.* Atqui, inquies, debet igitur ea res inducere actionem De dolo, vt diserte scriptum est in *d. l. cùm proponas*, vbi in hac ipsa, vt videtur, specie datur actio De dolo, ei qui seruum suum manumisit contra eum, qui ex parte sua non impleuit. Bartolus distinguit, nec insubtiliter, an interfit actoris id fieri quod conuenit, & quod ex vna parte datum est, repeti possit, vt eo casu & actio præscriptis verbis detur ad id quod interest contractum impleri, & condictio ob causam dati causa non secuta, si malit eam actor eligere, *§. 1. & 2. supr. hac lege.* An verò nihil interfit fieri quod conuenit, & id quod factum vel datum est repeti non possit, vt in specie huius §. & tunc, neque condictioni ob causam dati locus esse possit, neque actioni de Dolo, sufficiente scilicet actione præscriptis verbis, non quidem ad id quod interest contractum impleri, sed ad id quod actoris interest non impleuisse. Satis enim est ad inducendam actionem Præscriptis verbis quoquo modo interesse actoris, id est, ob id quod ipse fecerit, licèt nihil interfit ob id quod aduersarius non fecerit. Ideóque cùm hoc casu non sit locus condictioni ob causam dati, neque necessaria videri potest actio De dolo, quæ non nisi in locum condictionis, ac veluti in subsidium comparata intelligitur, *d. l. cùm proponas.* An denique actoris interfit ob non secutum ex altera parte implementum, nec datum aut factum sit repetibile. Et hoc casu Bartolus putat, neque condictioni locum esse posse, quod apertissimum est, neque actioni Præscriptis verbis ad interesse illud, quatenus interest actoris non fecisse, cùm habeat aliud interesse quod in eam actionem venit, quatenus scilicet eius interest fieri quod conuenit, ex eóque infert, dandam igitur actionem De dolo. Sed in hoc tamen euidenter manca est diuisio & distinctio Bartoli. Cur non enim dabimus in hoc tertio casu actionem Præscriptis verbis ciuilem ad id quod interest contractum impleri potiùs quàm actionem De dolo, quæ non nisi subsidiaria est deficiente ciuili actione? *§. quòd si faciam, supr.* Castrensis respondet, quod verum est, in *d. l. cùm proponas*, tractari de contractu Facio vt des, hîc verò de contractu Facio vt facias, sed quod addit facilius esse vt ex contractu Facio vt facias, detur actio Præscriptis verbis ad id quod interest contractū impleri, quàm ex cōtractu Facio vt des propter inæqualitatem illam quam comminiscitur ex vno contractu maiorem resultare quam ex alio. Hoc verò est quod ego probare non possum, quodque iam refutaui ad *§. quod si faciam supr.* Dicendum igitur est quod iam nos ad eum locum attigimus, Ex contractu Facio vt des nullum contrahi συνάλλαγμα, ideoque nec vllam ex eo ciuilem actionem nasci posse, sed tamen ne is qui prior contractum impleuit, impunè decipiatur, dandam ei esse actionem de dolo contra eum qui cessat & contractum ex parte sua implere recusat, *d. §. quod si faciam & d. l. cùm proponas.* Ex contractu autem Facio vt facias licet æquè nullum συνάλλαγμα contrahatur, nasci tamen ex vtraque parte actionem ciuilem, eamque Mandati, & ex vtroque latere æquè principalem, non autem vt aliàs euenire solet, directam ex vna parte & contrariam ex altera. Nec enim dubitatur, quin ex eiusmodi contractu Facio vt facias nascatur mandatum, ideoque nec de actione Præscriptis verbis quærendum quicquam esset, nisi dubitatio aliqua esset, an verè ac proprie mandati actio competeret, propterea quod mutuum mandatum ex vtraque parte interueniens faciat, vt neutra ex parte gratuitum videri possit. Proinde damus hoc casu actionem Præscriptis verbis, non tam ex vi & potestate contractus, quàm in subsidium & ad euitandum periculum malè electæ actionis. Atquin actio mandati semper datur ad id quod actoris interest. Et quidem, quod addendum necessario est, ratione eius tantùm, quod abest mandatario. Neque enim mandatum regulare vnquam ita contrahitur, vt ex parte mandatoris aliquid impleri necesse sit. Ergo nec actio Præscriptis verbis quæ ex contractu Facio vt facias in locum & vicem actionis Mandati datur, ad aliud competere potest, quàm ad id quod actori abest, non etiam si quid ipsius aliunde interfit. Et hæc vera certè ratio est, propter quam Paulus hîc respondet, In proposita specie necessariò consequens esse superioribus, vt si seruum meum filium tuum naturalem manumiserim, vt tu vicissim filium meum seruum tuum manumitteres, nec velis manumittere, eius tantùm fieri debeat condemnatio quanti mea interest seruum habere, quem manumisi: Quia id tantùm mihi abest non etiam ob id quod seruum tuum non manumiseris. Nec aliud est etiamsi ponas ex aliqua causa interesse mea seruum tuum esse manumissum, dummodo ita interfit, vt nihil tamen eo nomine mihi absit. Errant igitur interpretes omnes, qui putant actionem Præscriptis verbis quæ datur ex contractu Facio vt facias, similem esse actioni Præscriptis verbis, quæ datur ex contractibus Do vt des, & Do vt facias, quasi similiter dari debeat in id omne quod actoris interest factum esse id de quo conuenit, cùm è contrario dicere debuerint similem esse actionem hanc Præscriptis verbis, actioni Mandati quæ non datur, nisi ad id quod abest actori. Et hæc vera certè ac germana huius loci sententia & ratio est, quam qui admittet, ab iis omnibus facilè se liberabit implicationibus & angustiis quibus interpretes nostri se ita inuoluunt, vt non pos-

BIU Cujas

sint se euoluere. Nam & Castrensis fatetur esse hęc quæ ille docet difficilia, & perplexa, nec facilia, vt ipse loquitur, ad sustinendum. Planè quod pro quarto membro distinctionis suæ addit Bartolus, si non reperiatur interesse fieri quod conuenit, & res data est repetibilis, non dari actionem de dolo nec Præscriptis verbis, sed condictione ob causam ex *d.l.si tibi decem 7. hoc tit.* verum quidem est in contractu do vt des, vel do vt facias, sed nunquam cadere potest in contractum Facio vt des, vel Facio vt facias, quoniam facta nunquam condici possunt non magis quàm haberi pro infectis, vt diximus ad *d.§. quod si faciam.* Cæterùm ex his quæ supradicta sunt, intelligimus quàm verum sit quod monuimus ad §. præcedentem, Actiones Præscriptis verbis cùm dantur ex contractibus innominatis ad similitudinem earum quæ dantur ex nominatis sic accipi debere, vt non possint ampliores præstationes habere, possint tamen habere minùs plenas, quia non eo magis dici possent bonæ fidei. Cùm si hæc de qua agimus, bonæ fidei esset non minùs quàm actio mandati, habenda esset etiam in ea ratio adfectionis, cuius vtique ratio haberetur in mandati actione *d.l. cùm seruus 54. supr. Mandat.* Sequitur,

2 *An deducendum erit, quod habeo libertum.* RAT. DVB. Multa sunt & magna iura patronatus non tantùm ob operas quas liberti natura patronis debent, sed etiam ob eam partem quæ patrono in bonis & successione liberti debentur *tot. tit. de oper. libert. & de bon. libert. & Instit. de succes. libert.* Ergo cùm seruum meum manumisi, locupletior factus videri debeo ob id, quod pro seruo quem amisi libertum habeo. Quod & scriptum videtur in *l. idemque 45. §. vlt. supr. de action. empt.* vbi idem Paulus noster ait nihil interesse emptoris, quòd heres, idemque venditor ancillam manumiserit, si modò libertam eam habeat. Ita significans fore vt ipsius interesset si libertam eam non haberet. Cur verò interesset, si non ideo pauperior videri deberet? Quòd si pauperior est qui libertum non habet, an non consequens est vt locupletior quoque videri debeat quisquis habet libertum?

DEC. Ius patronatus est ex numero earum rerum quæ inæstimabiles existimantur. Qualia sunt iura etiam libertatis patriæ ac dominicæ potestatis, & necessitudinis *d.l. libertas 106. l. non est singulis 176. §. 1. de reg. iur. l. filiusfamilias 114. §. sed si liberos de legat. 1.* Nemo igitur videri potest factus locupletior ob id quod libertum adquisierit *l. nemo prædo est 126. §. 1. de regul. iur. l. 2. in fin. infr. Quib. ad libert. proclam. non licet.* Cuius enim ratio & æstimatio nulla est, ea nec iniri potest *l. in actionibus 5. §. planè supr. de in lit. iurand.* Et longè dissimile est, quod obiicit Accursius ex *d.l. idemque §. vlt.* vt ex iis constat quæ nos ad eum locum scripsimus. Nam quod Accursius separat eum qui proprio arbitrio seruum suum manumittit ab eo, qui ideò manumittit, vt alienæ pareat voluntati: non est valde probabile: Cùm non magis vno casu quàm alio locupletior videri possit is, qui libertum adquisiit. Iunge *l. planè si filium 94. §. vlt. de legat. 1.*

6. NERATIVS libro 1. Responsorum.

INsulam hoc modo, vt aliam insulam reficeres, vendidi. respondi, nullam esse venditionem: sed ciuili intentione incerti agendum esse.

Ad l. Insulam 6.

RAT. DVB. Non potest dici contractus innominatus is, quem contrahentes venditionis nomine donarunt. Pendet enim ab arbitrio & voluntate contrahentium quem contractum inire velint, cùm ob eam causam dici soleat contractus omnes ab initio esse voluntatis *vulg. l. sicut 5. C. de oblig. & action.* Et cùm in verbis nulla est ambiguitas non est admittenda quæstio voluntatis *l. ille aut ille 25. §. 1. de legat. 3.* Ergo si insulam tibi hoc modo vendidi, vt aliam insulam mihi reficeres, dicendum est & contractam esse venditionem & ex ea empti venditique actiones competere, non Præscriptis verbis.

DEC. Sine precio nulla venditio contrahi potest *l. 2. §. 1. supr. de contr. empt. l. 1. supr. tit. prox.* Atqui precium non nisi in pecunia numerata potest consistere *§. item precium. Instit. de empt. & vendit. d.l. 1.* Ergo in proposita specie venditio contracta videri non potest, cum de pecunia numerata nihil conuenerit, nec proinde actio ex empto aut vendito ex huiusmodi contractu danda est, sed tantùm Præscriptis verbis, quia verum est ciuile negotium gestum esse, & contractum συναλλαγμα, ex quo proinde ciuilem quoque actionem nasci necesse est *l. iuris gentium 7. §. 1. supr. de pact. l. Labeo 19. de verb. signific.* Nec quod contrahentes venditionem esse dixerint, ad rem facit. Potiùs enim natura & substantia gesti negotij inspicienda est, quàm à contrahentibus facta denominatio, Cùm iuris potestas in contrahentium arbitrio non sit *l. ordine 15. infr. ad municip.* nec in eorum potestate esse debeat vt venditionem sine precio faciant aut precium in alia re, quàm in pecunia numerata constituant. Non magis quàm vt contractum innominatum aliquo nomine donent, quod neque verum neque accommodatum esse possit. Idque est quod iactare nostri solent, Improprianda esse verba secundum subiectam materiam *l. ex conducto 15. §. Papinianus, alias l. si vno infr. Locat. l. si olei 21. C. de locat.* Necesse igitur est vt ex contractu tanquam innominato non alia competat actio quàm Præscriptis verbis, quæ hic incerti dicitur, non quod ad factum detur quod semper incertum est *l. vbi autem 75. §. qui id quod infr. de verb. obligat.* id est ad faciendum id de quo conuenit, vt malè post Azonem putat Accursius, sed quia datur ad id quod interest, quod semper incertum est, vt sæpius diximus in præcedentibus ex *l. 2. §. incertam l. vlt. & pass. infr. de stipulat. prator.* quæ prior Azonis & Accursij interpretatio est. Nam neque ad factum vnquam agitur, sed tantum ad id quod interest ob non factum id quod fieri debuit vt in *l. prox. seq. & l. si quis ab alio 13. in fin. de re iudic. l. stipulationes non diuiduntur 72. de verb. oblig.*

7. PAPI-

BIU Cujas

7. PAPINIANVS libro 2. Quæstionum.

SI tibi decem dedero, vt Stichum manumittas: & cessaueris, confestim agam præscriptis verbis, vt soluas, quanti mea interest. [a] aut, si nihil interest, condicam tibi, vt decem reddas.

Ad l. Si tibi decem dedero 7.

RAT. DVB. Actio quæ ex contractu aliquo siue nominato siue innominato nascitur, non ad aliud dari potest, quàm ad id ipsum quod est in obligatione, cùm nihil aliud sit actio, quàm ius persequendi in iudicio quod sibi debetur, *l. nihil aliud 51. de oblig. & action.* Atqui cùm dedi tibi decem, vt Stichum manumitteres, non ad id te obligasti accipiendo decem, vt præstares mihi quanti mea interesset Stichum esse manumissum, sed vt Stichum manumitteres. Nam neque ego dando tibi decem cogitabam de acquirenda mihi pecunia, sed tantùm de manumittendo Sticho. Ergo si cessaueris in eo manumittendo, confestim agere contra te debeo, non vt soluas mihi quod mea interest Stichum manumitti, sed vt eũ manumittas.

DEC. In obligationibus faciendi si non fiat id quod conuenit, generale est vt succedat præstatio eius quod interest, vt iam sæpius monuimus in præcedentibus ex *l. si quis ab alio 13. in fin. infr. de re iudic. l. stipulationes non diuiduntur 72. l. quoties quis alium 81. l. cùm stipulatus sim 123 §. 1. de verb. oblig.* Nemo enim vnquam cogi præcisè potest ad factum; quia id fieri non posset citra vim, & impressionem quam ciuilis legislator semper abhorret & execratur, quandoquidem nihil contra vim sine vi fieri potest: quæ res proinde ingentem rixarum & tumultuum materiam in republica excitaret *l. non est singulis 176. de regul. iur.* Merito igitur nec ad factum actio vlla datur. Sed si obligatio faciendi fuit, nec factum est quod fieri debuit, danda actio est ad id quod agentis interest factum esse, & quidem confestim, vt Papinianus hîc scribit. Id est, ita vt non priùs cogar agere ad hoc vt Stichum manumittas in quo manumittendo iam cessaueris, sed vt mihi soluas quanti mea iam interest manumissum eum fuisse. Quod Bartolus noster non videtur percepisse qui ex hac lege notat quasi magnum quid & valde singulare, Actionem hanc Præscriptis verbis posse intentari directo ad interesse, nec animaduertit esse id generale ac perpetuum in actionibus omnibus & nominatis & innominatis quæ ex faciendi obligationibus nascuntur. Quarum nulla est quæ ad factum detur, nulla quæ non ad id confestim vt soluatur id quod interest agentis.

a *Aut si nihil interest, condicam tibi.* RAT. DVB. Etiam cùm interest actoris qui aliquid dedit tibi, vt tu vicissim aliquid faceres, habet actor electionem an malit id quod dedit, condicere, vt scriptum est in *l. naturalis 5. §. at cùm do & seq. supr. hoc tit.* Est enim hoc proprium contractuum innominatorum vt locum pœnitentiæ admittant ex parte illius qui prior impleuit *l. si pecuniam* vbi scripsimus *supr. de condict. caus. dat.* Nempe cùm incipiunt à datione vt hic de quo agimus. Nam si à facto, aliud est, cùm facta pro infectis haberi non possint, quantacunque sequatur pœnitentia *l. in bello 12. §. facta autem res infr. de captiu. & postlim. l. qui ea mente 65. infr. de furt. l. penult. Vi bonor. rapt.* Ergo non debuit Papinianus condictionem ob causam, quæ mihi in hac specie competit, ad eum casum restringere, quo nihil mea interesset.

DEC. Plenior fere semper est actio ab id quod interest, quàm illa sit, quæ ad certam rem præcisè datur aut ad eius precium & æstimationem. Nam in eo quod interest, semper precium rei debitæ continetur, sed vltra precium, etiam si quid præterea interfit. Ideoque id quod interest, dicitur egredi plerunque rei precium *l. 1. supr. de action. empt. l. in interdicto 6. infr. Vnde vi & de vi armat.* Quotusquisque autem est qui nisi planè stultus actionem minùs plenam pro pleniore velit eligere? *§. cæterùm Instit. quod cum eo qui in alien. potest. est.* Et ad hoc nimirum respiciens Papinianus non dat mihi condictionem ob causam nisi quasi subsidiariam, & eo demum casu quo nihil mea interfit, hoc est quo non malim agere ad id quod mea interest. Nam neque mea interesse quicquam videri potest, nisi quatenus id probare possum, quia quatenus cuiusque interfit, in facto non in iure consistit *l. quatenus 24. de reg. iur.* Ideoque pluries accidit vt quamuis id quod re vera interest ad magnam ascendat quantitatem, inopia tamen probationum ad exiguam summam deducatur, vt scriptum est in *d. l. vlt. de stipulat. prætor.* Adeò verum est quod vulgo iactitatur, Non entium & non apparentium idem esse iudicium *l. duo sunt Titij 30. inf. de testam. tutel. §. si aduersus Instit. de nupt.* An non verò meliùs facit, qui sumptibus se non vexat inanibus, suis probationibus diffidens, quàm qui spe vana plenioris condemnationis eam actionem instituat ex qua nullum commodum sit relaturus? *l. 1. supr. de inoff. testam.* Cæterùm si malim decem quæ dedi, condicere, quàm agere ad id quod mea interest, etiamsi maximè interfit mea, non negat Papinianus dandam mihi electionem vtra actione malim experiri, cùm non sit altera alteri subsidiaria, sed vtraque ex eodem contractu æquè principaliter competens non tam diuersis respectibus quàm ad diuersos fines. Noli autem dicere cum Accursio in specie huius §. dedisse me decem per modum speciei: Ne alioquì succedat potestas constitutionis Marci & Commodi ad Aufidium Victorinum per quam fit liber ipso iure is qui manumitti debuit, nec manumissus est statim atque manumitti potuit *l. si is qui 4. C. si mancip. ita fuer. alien.* Non enim locus est constitutioni nisi cùm dedit quis alij seruum suum manumittendum, quem si manumisisset ipse ad libertatem perducere potuisset, vt docuimus ad *d. l. naturalis 5. §. at cùm do supr.*

8. IDEM libro 27. Quæstionum.

SI dominus seruum, cùm furti arguèretur, quæstionis habendæ causa æstimatum dedisset, neq; de eo compertum fuisset, & is non redderetur: eo no-

BIU Cujas

mine ciuiliter agi posse: licèt aliquo casu seruum retenturus esset, qui traditum accepisset. potest enim retinere seruum, siue dominus pro eo pecuniam elegisset, siue in admisso deprehensus fuisset. tunc enim & datam æstimationem reddi à domino oporteret. sed quæsitum est, qua actione pecunia, si eam dominus elegisset, peti posset. dixi, tametsi quod inter eos ageretur, verbis quoque stipulationis conclusum non fuisset. si tamen lex contractus non lateret, præscriptis verbis incerti & hîc agi posse, nec videri nudum pactum interuenisse, quotiens certa lege dari probaretur.

Ad l. Si dominus 8.

De huius legis sententia & emendatione, tam multa scripsimus in Errorem 4. & 5. *Decadis* 83. *de error. pragmat.* & interpretum iuris, vt hîc repetere nil sit necesse. Rationes igitur dubitandi & decidendi, ne à nostro instituto discedamus, simpliciter proferemus.

RAT. DVB. Regula iuris est, & ciuilis, & prætorij, ex pacto nudo actionem ciuilem nasci non posse, adeoque nec prætoriam & honorariam *l. iuris gentium* 7. §. *quinimò & pass. sup. de pact. l. legem* 10. *l. in bona fidei* 13. *C. eod. tit.* si modo excludas pacta hypothecæ, & constitutæ pecuniæ ex quibus dat Prætor proprias actiones § *item Seruiana & §. de constituta Instit. de action.* Atqui ponimus seruum, cùm furti argueretur, datum fuisse à domino æstimatum quæstionis habendæ gratia, eo pacto addito, vt si nihil de eo compertum esset, redderetur domino, neque verbis stipulationis de eo conclusum quicquam fuisse. Pactum ergo nudum fuit, & consequenter, si de seruo nihil compertum sit, & is tamen non reddatur, dicendum est ciuiliter eo nomine agi non posse.

DEC. Non videtur pactum nudum interuenisse, quoties certa lege datum aliquid probaretur, vt in huius legis fine Papinianus scribit, & constat ex *l. vlt. iunct. l. rebus* 6. *C. de rer. permut. l. in traditionibus* 48. *sup. de pact. l. venditor* 13. *sup. Commun. præd. l. legem* 9. *C. de donat.* Atqui fuit in proposita specie traditus à domino seruus quæstionis habendæ gratia, sed ea lege, vt si de eo nihil compertum esset, redderetur, vt in *l. penult. supr. de condict. caus. dat.* Ergo si non reddatur, ciuilis actio Præscriptis verbis in eam rem danda est tanquam ex contractu innominato, quia daretur etiam ex nominato *l. 2. C. de pact. int. empt. & vendit.* Etsi enim non est propriè contractus do vt des, neque do vt facias, quia dominium serui in acceptatorem translatum non est, cùm è contrario de seruo reddendo conuenerit, sufficit tamen fuisse traditum, vt ex pacto traditioni adiecto nascatur actio & dici possit contractus innominatus *d. l. in traditionibus & d. l. vlt. C. de rer. permut.* Atqui, inquies, potuit fieri & euenire duobus casibus, vt seruus hic ab eo cui traditus esset, reddi numquam deberet. Nimirum si vel pecuniam pro eo dominus elegisset (datus enim fuerat æstimatus aliter quàm in specie *d. l. penult. de condict. caus. dat.*) vel in admisso id est in furto deprehensus furtique conscius fuisset. Non ergo ciuilis actio nata ex eo contracta videri potest de homine reddendo: quæ si nata esset, vtique reddi hominem necessariò oporteret. Sed respondet Papinianus non esse bonam consecutionem, quia etiam iis casibus, quibus reddi homo non deberet, ipsius tamen æstimationem ex eodem pacto præstari oporteret, eademque actione. Id enim est quod Papinianus ait *Tunc enim æstimationem reddi domino oportere*, quomodo certè legendum est, non vt vulgo *datam æstimationem*, cùm nulla data fuerit, & *domino reddi*, non autem *à domino*. Sed hîc noua incurrit hęsitatio, qua ergo actione pecunia hæc petatur eo casu quo pecuniam & æstimationem, quæ semper pecuniaria est, domino reddi oporteat. Casus autem non ille est, quem verba huius legis præse ferunt, si dominus pecuniam petere maluerit, quàm seruum, (nullam enim actionem ad petendam pecuniam habere dominus potest, sed tantum electionem ad eam accipiendam si ab aduersario offeratur, vt supradicto Chiliadis loco probauimus) sed si seruus hic de quo habita quæstio est, criminis reus conuictus sit. Quo casu, sicut inuito domino potest eum is cui traditus fuerat, retinere, ita & inuitus ad restituendam æstimationem cogi à domino potest. Ergo aliqua actione in eam rem competente. Probat autem Papinianus hoc quoque casu ciuilem præscriptis verbis actionem domino dandam esse, quam & incerti esse ait, quia licèt id quod inter contrahentes agebatur, verbis stipulationis cõprehensum non fuisset, satis tamen esset legem cõtractus non latêre, vt ex eo agi posset. Sed cur *incerti* cùm agatur ad ęstimationem quę est certa, nõ autem ad id quod interest, quod pro pecunia nunquam debetur, nisi obligatio dandę pecuniæ certi loci aut temporis finibus circumscripta sit, ne alioqui facilè excurreret in infinitum? vt docuimus *adl. 3. sup. de in lit. iur. & ad l. 3. sup. de eo quod cert. loc.* Nẽpe quia nõ cõpetit actio hæc præscriptis verbis ad pecuniam quæ certa est, nisi eo casu quo is qui seruũ accepit, nolit eum reddere, quod ipsum, quoniã in faciendo aut nõ faciendo consistit, semper incertũ est, *l. vbi autem* 75. §. *qui id quod, de verb. oblig.* Nisi malis dicere pecuniam hoc casu peti vice eius quod interest taxati. Tanti enim æstimatum fuisse Stichum credibile est, non quanti per se fuit, sed quãti vidit dominus sua interfore, si non redderetur. Cæterùm non placet quod ex hac lege nostri vulgò notant post Bartolum. Ex contractu Do vt facias & des, nasci actionem præscriptis verbis ad præcisam restitutionem eius quod datum est, & vt fiat quod conuenit, quoties id actum est. Nam neque contractus hic cœpit à datione, id est, à trãslatione dominij, sed tantùm à traditione, quæ nihil nisi possessionis translationem significat, vt suprà diximus, & dationem haud dubiè dixit Papinianus pro traditione, vt ille ipse explicat, & dandi verbum, quia plerunque pro traditione accipitur, ambiguũ est secundùm subiectã materiã, vt cõstat ex *d. l. pen. de condict. caus. dat.* Neque rursum, etiãsi à datione inciperet, posset dici cõtractus Do vt facias, & des, vt putat Bartolus, sed tãtũ, Do vt facias, id est, vt reddas, vel seruũ tibi traditũ, vel cõuẽtam eius ęstimationẽ, quę tamen nec data tibi fuit, nec tradita

tradita. Est igitur contractus Facio vt facias, cùm & tradere & reddere sit facti *l. consilio 7. §. vlt. infr. de curat. furios.* Neque tamen ideò contractus hic similis est mandato vt in *l. naturalis 5. § penult. & vlt. supr.* quandoquidem nullum mandatum siue expressum siue tacitum in hoc contractu interuenisse videri potest, quia circa eandem rem vtrumque factum versatur, & ex eodem pacto descendit. Et quod dicimus, quatuor tantùm esse genera contractuum innominatorum Do vt des, Do vt facias, Facio vt des, Facio vt facias, ad genera generalissima pertinet, sub quibus alia sunt specialiora penè innumera, & quæ pro qualitate ac diuersitate negotiorum diuersam habent naturam. Quare nec actio Præscriptis verbis, quam Papinianus dat in hac specie, similis est illi de qua in *dict. leg. naturalis §. penultim. & vltim. supr.* quæ datur in vicem & locum actionis mandati, quæ ex illo negotio competeret haud dubiè, nisi illud obstaret quod mandatum gratuitum esse debet, vt proinde tutius sit Præscriptis verbis agere quàm mandati, sed ita vt non ad aliud detur quàm ad illud ipsum ad quod mandati actio daretur, quomodo ibi docuimus. Actio autem Præscriptis verbis quæ hîc à Papiniano datur, vtique nascitur ex potestate contractus innominati, neque cum mandato simile quicquam aut commune habet. Ideóque datur nō ad id tantùm quod abest actori, vt in actione mandati cōtingeret, sed ad omne id quod ipsius interest, in quo etiam lucrū contineretur si seruus non fuisset æstimatus, vt in *l. si fundus 35. supr. locat l. 2. §. vlt. de eo quod cert. loc. leg. si commissa 13. infr. Rat. rem haber. leg. vnic. Cod. de sentent. quæ pro eo quod interest profer.* Reliqua, quæ ad hanc legem pertinent, & pluribus tractari possent, pete ex Chiliade.

9. IDEM libro 11. Responsorum.

OB eam causam quis accepto liberatus, vt nomē Titij debitoris delegaret, si fidem contractus non impleat, incerti actione tenebitur. itaque iudicis officio non vetus obligatio restaurabitur, sed promissa præstabitur, aut condemnatio sequetur.

Ad l. Ob eam causam 9.

RAT. DVBIT. Quamuis dici soleat, quod & verissimum est, semel extinctam obligationem non posse reuiuiscere *leg. qui res 98. §. aream infr. de solut.* nihil tamen verat condici liberationem, vt se in obligationem restituat is, qui cùm debitor esset, liberatus fuit per acceptilationem ob eam causam, vt vel daret expromissorem, vel nomen Titij debitoris delegaret, si post partam liberationem malit fidem frangere quàm præstare quod promisit, vt in *l. si quis accepto tulerit 4. supr. de condict. caus. dat.* Ergo tametsi verum sit quod Papinianus hîc respondet, Eum qui accepto liberatus est ob eam causam vt nomen Titij debitoris delegaret, si fidem contractus non impleat, incerti actione teneri, quanti scilicet actoris interest fidem impleri. Non ideò tamen consequens est, vt officio iudicis vetus obligatio restaurari non debeat, cùm causa, propter quam extincta fuerat, secuta non sit. Nisi malit is qui conuenitur, promissa præstare. Nam & per actionem Præscriptis verbis vtrumque sub alternatione & disiunctione peti potest, vt in *leg. cùm precibus 4. Cod. de rer. permut.*

DEC. Actio Præscriptis verbis, quæ datur ex contractu innominato, numquam ad hoc competit, vt quod datum est, restituatur. Est enim proprium hoc condictionis ob causam dati causa non secuta, sed tamen relinquit saluam reo electionem reddendi quod accepit, si id malit quàm fidem implere *dict. leg. cùm precibus*, quæ ita certè accipienda est, vt docuimus in præcedentibus. Quamquam non liberat ea res conuentum reum, quominùs etiam oblata rei acceptæ restitutione condemnandus sit in id omne, quod interest actoris, si quid pluris interfit. Nisi malit ille suum recipere, vt in *l. naturalis 5. §. 1. & 2. supr.* aut adfectionis ratione aut desperatione probationum, per quas possit docere pluris sua interesse, vt diximus ad *l. si tibi decem 7. supr. ex l. vlt. D. de stipulat. prætor.* Neque vero negat hoc Papinianus in hac lege, sed tractat tantùm de vi & potestate actionis Præscriptis verbis quæ ex hoc contractu nascitur. Vt intelligamus non dari eam ad condictionem liberationis, cùm sufficiat in hanc rem condictio ob causam dati, si eam actor exercere malit, sed ad hoc duntaxat, vt si fidem non impleat, quanti actoris interest, condemnetur. Id enim est, quod Papinianus scribit, *sed promissa præstabuntur, aut condemnatio sequetur.* Ita significans, condemnationem igitur non fieri ad hoc vt promissa præstentur, sed tantum vt si non præstentur, id quod interest, soluatur. Male vero vulgata lectio sic habet *vt condemnatio sequatur* quæ bonus nostet Accursius referre cogitur ad debitorem delegatum, cum referenda sint ad debitorem accepto liberatum & Præscriptis verbis actione conuentum, qui fidem implere ac promissa præstare nolit.

10. IAVOLENVS libro 13. Epistolarum.

PArtis tertiæ vsumfructū vxori legauit, hęredis bona ab eius creditoribus distracta sunt, & pecuniā, quæ ex æstimatione partis tertiæ fiebat, mulier accepit fruendi causa: & per ignorantiam stipulatio prætermissa est. quæro, an ab hærede mulieris pecunia, quæ fruendi causa data est, repeti possit, & qua actione? respondi in factum actionem dari debere.

BIU Cujas

Ad l. Partis tertiæ 10.

RAT. DVB. Cùm pecunię vsusfructus relictus est, aut aliarum rerum, quarum vsus in abusu consistit, nec interposita est cautio de pecunia finito vsufructu restituenda, constet posse condici cautionem, quandiu durat vsusfructus, vel pecuniam ipsam si vsusfructus iam finitus sit. Idque ex sententia Celsi, quam Vlpianus refert & laudat in *leg. hoc Senatusconsultum 5. §. 1. supr. de vsufr. ear. rer. quæ vsu consum.* Ergo non potest verum esse quod Iauolenus in hac lege scribit, actionem in factum in huius legis specie dari debere: Cùm actiones omnes in factum sint subsidiariæ, nec proinde nisi deficientibus aliis omnibus dandæ sint. Maximè verò si cum Bartolo hanc legem intelligas, vt & legem sequentem de actione in factum prætoria non de actione Præscriptis verbis, quæ semper ciuilis est.

DEC. Multum interest, an quis tertiæ partis bonorum suorum vsumfructum vxori legauerit, & bonis heredis per eius creditores distractis, mulier tertiam partem æstimationis pro suo legato in pecunia acceperit, siue ab herede testatoris, siue à creditoribus distractionem vrgentibus (nihil enim refert) nulla interposita stipulatione & cautione de pecunia restituenda, vt in specie huius legis. An verò ipsius pecuniæ vsusfructus legatus sit, & pecunia data fuerit omissa per errorem & incuriam cautione, vt in *d. l. 5. §. 1.* Priore casu non potest condici pecunia, quia non pecuniæ vsusfructus datus mulieri fuerat, sed tertiæ partis bonorum. Habet autem mulier pecuniam potius ex decisione & transactione cum herede, & creditoribus facta, quàm ex mariti sui testamento vt in *l. 3. in princip. & §. 1. infr. ad leg. Falcid.* Posteriore verò casu nihil causę est, cur non possit condici pecunia cuius proprietatem in fructuariũ transferri necesse fuit, vt ea frui posset *l. si vini 7. & tot. dict. Tit. de vsufr. ear. rer. quæ vsu consum.* Omissio enim cautionis de restituenda re fructuaria finito vsufructu nihil aliud inducere potest, nisi vt vel cautio ipsa condicatur, vel res ipsa fructuaria, non etiam alia res in eius locum & vicem data. Neque tamen æquum est omni auxilio destitui heredem mariti, vt finito vsufructu per mortem mulieris non possit ab eius herede repetere pecuniam quam in locum vsusfructus tertię partis bonorum acceperat. Ergo qualibet alia actione deficiente necessaria est hoc casu in factum actio eáque ciuilis Præscriptis verbis, sed in factum prætoria, quia vt Bartolus benè docet, nõ nascitur ex contractu, sed ex quasi contractu per additionem hereditatis mulieris eiusdémque fructuariæ aditã ab eius herede *§. heres quoque instit. de oblig. quæ ex quasi contractu nascuntur leg. si quis absentis 5. §. heres quoque infr. de oblig. & action. l. 3. §. vlt. & l. seq. quib. ex caus. in poss. eat.* Innominatus autem quasi contractus nullus est, quia omnis contractus innominatus expressam exigit conuẽtionem: quæ porrò in hac specie nulla fuit. Nam & inde Præscriptis verbis actiones nomen sumpserunt *leg. cùm mota 6. C. de transact.* Quod si in danda tertia parte æstimationis bonorũ mulieri, vt ea frueretur, in locum vsusfructus qui ei relictus fuerat tertiæ partis bonorum, conuenisset etiam per pactum citra vllam stipulationem, vt finito vsufructu ea pecunia redderetur, quamuis non eo minus verum fuisset, omissam per errorem fuisse cautionem, quæ sine stipulatione non interponitur, daretur tamen ex pacto illo actio Præscriptis verbis, quæ semper ciuilis est, aut quomodo etiam prudentes nostri plerumque loquuntur, in factum ciuilis, vt in *d. l. naturalis §. at cùm do in fin. l. 1. supr. l. si vir 12. & seq. l. si tibi polienda 22. infr. hoc tit. l. iuris gentium 7. §. 1. supr. de pact.* quia non posset videri pactum nudum quoties certa lege dari quid probaretur *leg. si dominus 8. in fin. supr. hoc tit. l. rebus 6. l. vlt. C. de rer. permut.* Idcirco autem de conditione siue cautionis omissæ siue datæ pecuniæ in hac specie tractamus *d. l. 5. §. 1. de vsufr. ear. rer quæ vsu consum.* quia tractamus de pecunia in vsumfructum data, qui tradi non potest legatario, quin proprietas ipsa pecuniæ in fructuarium transferatur, *d. l. si vini.* Quę porrò vbi semel translata est, non potest sua sponte ad proprietarium iure consolidationis redire, quantũlibet finito vsufructu, quia consolidatio facit vt finitus vsusfructus non ad proprietarium, sed ad proprietatem ipsam tanquam ad suam causam redeat *§. vlt. instit. de vsufr.* Proinde ad repetendam proprietatem aut condictione pecunię agendum est vt in *d. §. 1.* aut actione in factum vt in hac lege. Quod non æquè accidit legato & tradito vsufructu bonorum immobilium aut aliarum rerum quæ vsu non consumantur. Tunc enim finitus quoquomodo vsusfructus redit ad proprietatem & cõsequenter per proprietatem ad proprietarium. Cui sufficit quod ius habeat vindicandæ plenæ proprietatis iure dominij, sicut & durãte vsufructu nudam proprietatem à quolibet possessore præterquàm à fructuario ipso vindicare potuisset. Condicere autem à nemine nisi à fure *l. vlt. supr. vsufr. quemadm. caueat.* Quod nõ videtur benè percepisse Bartolus in sua illa distinctione quam ponit in *leg. si vir 12. infr.* vbi redit ad huius legis interpretationem. Est etiam actio hæc in factum, de qua hic agitur, æquè necessaria in specie *l. Iulianus 9. §. si tibi.* vbi latius diximus *supr. ad exhib.*

11. POMPONIVS libro 39. ad Quintum Mucium.

QVia actionum non plenus numerus est, ideo plerumque actiones in factum desiderantur. sed & eas actiones, quæ legibus proditæ sunt, si lex iusta ac necessaria sit, supplet prætor in eo, quod legi deest. quod facit in lege Aquilia, reddendo actiones in factum accommodatas legi Aquiliæ, idque vtilitas eius legis exigit.

Ad l. Quia actionum 11.

RAT. DVB. Comparatæ sunt iure ciuili & prudentum authoritate actiones ciuiles Præscriptis verbis, vt deficientibus cæteris omnibus vsitatis & vulgaribꝰ, quia plura sunt negotia quàm vocabula, earum vsus subsidio esset, si quando actionem nouam & innominatam dari oporteret *leg. 1. cum 4. seqq.* vbi diximus *supr. hoc tit.* Ergo nil necesse fuit

actiones

BIU Cujas

actiones in factum prętorias & subsidiarias inducere sufficientibus actionibus Præscriptis verbis ciuilibus, vt contra Iulianum Mauricianus disputabat apud Vlpianum in *l. iuris gentium 7. §. 1. supr. de pact.*

Dec. Latiùs patent actiones in factum prætorię quàm ciuiles. Nam ciuiles non nascuntur nisi ex ciuili aliquo negotio per quod cõtractũ sit πωάλλαγμα vt in *d. l. iuris gẽtium §. 1. l. Labeo 19. de verb. signific.* Euenit autem plerunque, vt nullum ciuile negotiũ cõtractum sit, neque tamen deficiat æquitas dandę actionis *l. 2. §. item Varus in fin. infr. de aqua & aquæ pluu. arcend.* puta ex contractu vel ex delicto, aut quasi delicto. Contractum enim esse oportet & quidem innominatum, vt Prescriptis verbis actio locũ habere possit. Qua proinde cessante, si tamen adhuc subsit æquitas dãdæ actionis, necessariò recurrendũ est ad subsidiarias & prætorias in factum actiones, de quibus etiam & potissimum in hoc titulo tractatur, vt docet inscriptio. Nec tantùm ad has actiones dãdas decurrit Prætor, vt suppleat quod actionibus ordinariis Edicto suo propositis deesse animaduertit, sed etiam si quid legibus aut Senatusconsultis aut Plebiscitis deesse videat, vt de lege Aquilia, exempli gratia, Pomponius in hac lege scribit. Latiùs enim patent fines æquitatis quàm patêre possint verba edicti aut legum aut Senatusconsultorum aut Plebiscitorum, inter quæ etiam lex Aquilia enumeratur. Nam cùm neque leges neque Senatusconsulta neque Plebiscita neque ipsa etiam Prætorum edicta sic concipi possint, vt omnes casus qui possunt incidere, comprehendant: necesse est cætera quæ ad vtilitatem eandem pertinent, id est, quæ similem habent aut iuris aut æquitatis rationem, vel interpretatione vel iurisdictione suppleri *l. neque leges 10. cum quatuor sequentibus supr. de legib.* In eam verò rem potissimùm comparata fuit iurisdictio Prætoris tanquam qui viua vox esset iuris ciuilis magnúsque custos & magister æquitatis, vt quoties opus esset, ius ipsum quoque ciuile non tantùm interpretari posset, verùm etiam corrigere & emendare *leg. ius autem 7. §. 1. & l. seq. supr. de instit. & iur. & apud Iustin. Tit. de bonor. poss. in princip. dum ne tolleret in totum l. necnon 28. §. quoad eius supr. Ex quib. caus. maior l. cùm sponsus 12. §. si res de Public. in rem act.* Hinc fit vt etiam in plerisque partibus Edicti perpetui à Iuliano nostro ex omnibus anteriorum Prætorum omnium edictis compositi etiam quibus actiones in factum ordinariæ proponuntur, quales ferè omnes sunt, cogatur Prætor ad nouas alias in factum actiones eásq; subsidiarias decurrere, vt ex plerisque Titulis videre licet, & nos suis locis obseruauimus, & obseruabimus. Quod verò ad leges & plebiscita pertinet, non potuit Pomponius exemplum accommodatius adferre quàm ex lege Aquilia, quæ dãni iniuriæ actionẽ directam induxit cõtra eos, qui corpore suo corpori alieno damnum dederint. Quod si alterutrum eorum desit, directa quidem actio quæ ex verbis legis æstimatur, competere non potest. Sed vtilis tamen competet, si legis mens & sententia non deficiat, licet verba deficiant, quæ ideo vtilis appellatur. Sed si casus emergens neque ad verba neque ad sententiam legis pertineat, nec tamen eiusdem legis æquitate & vtilitate destituatur, nullum aliud auxilium superesse potest, quàm in actione subsidiaria in factum à Prætore danda ex æquitate, vt quod & verbis & menti legis deest, Prætoris iurisdictione & æquitate suppleatur. Exempla sunt in *l. itẽ si obstetrix 9. §. si quis hominem & seq. l. si seruum 33. §. 1. l. boues alienos 53. supr. ad leg. Aquil. §. vlt. Instit. eod. tit. l. qui seruandarum 14. §. 1. & 2. infr.* Aliud ergo est, si præcesserit aliquis cõtractus nominatus ex quo agi possit, vt benè Castrensis hîc notat ex *l. qui domũ 57. supr. locat.* Cùm autem varij sint casus in quibus hoc euenit, & longè plures sint in quibus idem euenire possit, rectè meritóq; Pomponius loquitur in plurali numero de actionibus in factum subsidiariis dandis à Prætore accommodatis legis Aquiliæ & ad ipsius vtilitatem pertinentibus. Nec video cur velit Accursius pluralem numerum hoc loco in singularem conuertere: cùm fatendum sit plures esse istas in factum actiones non tantùm numero, sed etiam specie, quandoquidem nascitur vnaquæque ex sui casus æquitate, quæ alia certè atque alia est, licèt, quamuis omnes sub generali nomine actionis in factum subsidiariæ contineantur. Nam cum lex Aquilia tam iusta fuerit ac necessaria, vt nulla iustior alia, magísque necessaria esse possit: eius sanè vtilitas hoc exigere à Prætore visa est vt eam non modo interpretatione adiuuaret, sed etiam id quod omnino deerat, suppleret. Idque omnibus eiusmodi legibus commune est, vt adiuuari debeant & suppleri propter fauorem vtilitatis publicæ quem adnexum habent *l. hoc modo 64. in fin. de condic. & demonstr.* Simile quiddam est in *l. quæsitum 13. infr. de testib.*

12. Procvlvs libro 11. Epistolarum.

SI vir vxori suæ fundos vendiderit: & in venditione comprehensum est, conueniisse inter eos, si ea nupta ei esse desiisset, vt eos fundos, si ipse vellet, eodem pretio mulier viro transcriberet. viro in factum existimo iudicium esse credendum. idque & in aliis personis obseruandum est.

Ad l. Si vir 12.

Rat. dvb. Ex pacto incontinenti apposito post contractum venditionis, aliúmve qui sit bonæ fidei, nascitur actio eadem quæ ex ipso contractu. Puta ex vendito in fauorem venditoris pactum adiectum sit aut ex empto si in fauorem emptoris. Id enim est quod dici solet, Pacta incontinenti facta non tantum inesse bonæ fidei iudiciis, sed etiam formare actionem bonæ fidei ex eo competentem, id est, facere vt eadem illa actio quæ ex contractu competit, detur etiam ad id quod pacto comprehẽsum est *l. iuris gentium 7. §. quinimò & seq. supr. de pact. l. in bonæ fidei 13. C. eod.* Ergo non potest actio Præscriptis verbis ex huiusmodi pacto competere. Cur enim ad actionem subsidiariam & innominatam recurramus, cum habemus nominatam ex cõtractu nominato, adeóque quæ sit bonæ fidei? An non stultus fuerit vir, qui vxori suæ fundos vendidit, si, cum habet actionem ex vendito quæ semper bonæ fidei est, & semper plenior, malit eligere actionem Præscriptis verbis, quæ semper stricti iuris est, & consequenter strictior? *arg. §. caterùm*

BIU Cujas

Instit. Quod cum eo qui in alien. potest. Quemadmodum de eo solemus dicere, qui habens actionem ciuilem, mauult habere honorariam *leg. 1. supr. de Public. in rem act.*

DECID. Non debet esse deterior conditio contractuum bonæ fidei quàm eorum qui sunt stricti iuris. Cùm ideo dicantur bonæ fidei, quòd in iis condemnationes, & præstationes fiant pleniores ex bona fide & ex bono & æquo: in aliis verò strictiores & parciores §. *in bonæ fidei & seq. instit. de action.* Atqui pacta incontinenti facta post contractum stricti iuris insunt etiam contractui eíque causam dant, cùm non aliter fuerit contracturus, qui pactum pro se adiecit. Et quamuis actionem strictam quæ ex eo contractu nascitur, neque formare neque informare possint, quoniam actionis strictæ natura non patitur vt extendi possit ad id quod in pactionem deductum est. Parit tamen actionem Præscriptis verbis, non quidem ad hoc præcisè, vt fiat quod pacto comprehensum est, sed vt ob non factum id quod conuênit condemnatio fiat in id quod interest *l. si dominus* 8. *& seq.* vbi diximus *supr. hoc tit. l. rebus* 6. *& l. vlt. C. de rer. permut. l. legem* 9. *Cod. de donat.* Ergo & eundem effectum habere debet pactum incontinenti adiectum post contractum bonæ fidei vt producat actionem Præscriptis verbis si ex ea fortè malit agere venditor quàm actione ex vendito. Puta quòd aliqua de causa dubitari possit an contractus quem contrahentes venditionem esse dixerunt, sit venditio vt in *l. insulam* 6. *supr. hoc tit.* Sed non facit ea res, quominùs etiam alia actio bonæ fidei vt eodem contractu competat *l.* 2. *Cod. de pact. int. empt. & vendit.* vbi textus in hanc rem elegans, & apertus est, vt proinde possit actor quam malit eligere. Et hanc interdum Præscriptis verbis licèt stricta sit stricti iuris, potiùs quàm ex vendito quæ sit bonæ fidei. Fortassis vt effugiat periculum exceptionis alicuius aut doli, aut pacti, aut compensationis, aut aliam similem. Omnes enim huiusmodi exceptiones insunt bonæ fidei iudiciis ipso iure non etiam strictis, *dict.* §. *in bonæ fidei & seq. de action. l. sed si ideo* 21. *solut. matr. l. huiusmodi* 84. §. *qui seruum de legat. 1. l. 3. supr. de rescind. vendit.* Denique numquam actori præscribendum est cui plures actiones competunt quam debeat eligere, aut cur hanc potiùs quàm illam eligere debeat cum sibi sit imputaturus si damnosam elegerit *dict.* §. *cæterùm* Vt & in *leg. quia poterat* 4. *infr. ad SC. Trebell. leg. si in testamento* 22. §. *vlt. si quis omiss. caus. testament.* Ergo benè Proculus concludit: in huius legis specie, id est, si vir vxori suæ fundos quosdam vendiderit, & in venditione comprehensum sit conuenisse inter eos vt si nupta ei esse desiisset, eosdem fundos eodem precio si vir vellet, mulier viro transcriberet, id est, ita redderet, vt eodem iure penes virum essent quo penes mulierem constante matrimonio fuissent, & mulier id præstare recuset in factum iudicium, id est, actionem Præscriptis verbis ciuilem aduersus mulierem reddi oportere. Non tamen ad hoc præcisè, vt mulier fundos istos transcribere condemnetur, quomodo interpretes nostri vulgo existimant, sed vt nisi transcribat, condemnetur in id omne quod interierit viri. Est enim hæc quoque actio Præscriptis verbis incerti, non quia detur ad factum, sed quia ob non factum id quod fieri debuit, datur ad id quod interest, cuius quantitas semper incerta est, nisi cum ad certam quantitatem taxata est, vt in superioribus docuimus ad *dict. leg. si dominus* 8. *& seq. supr.* Ne quis verò putaret ita Proculum respondisse speciali quodam iure, quòd inter virum & vxorem res ageretur, inter quos alia pleraque sunt introducta, quæ inter alias personas non similiter obtinent, vt in *leg. si quis donationis* 38. *supr. de contr. empt. l.* 1. 2. 3. *& pass. infr. de donat. int. vir. & vxor.* subiicit Proculus *idque & in aliis personis obseruandum*, ne dubitare possimus quin totum ius hoc ex mera iuris ratione descendat non ex speciali aliquo fauore mariti contra mulierem quæ soluto matrimonio fidem viro datam fregerit.

13. VLPIANVS libro 30. ad Sabinum.

SI tibi rem vendendam certo pretio dedissem, vt, quo pluris vendidisses, tibi haberes, placet, neque mandati, neque pro socio esse actionem: sed in factum, quasi alieno negotio gesto. quia & mandata gratuita esse debẽt: & societas non videtur contracta in eo, qui te non admisit socium distractionis, sed sibi certum pretium excepit.

Ad l. Si tibi rem vendendam 13.

RAT. DVB. Cum tibi vendendam rem aliquam dedi certo precio, quãuis hac lege adiecta, vt quod pluris vendidisses, totum id tibi haberes, negari nõ potest quin mandatum à me habeas de re mea certo precio vendenda. Quod mandatum valere constat non minus quàm si mandarem tibi vt certo pretio mihi emeres *l. qui negotia* 34. §. *vlt. & legib. seqq. supr. mandat.* Cur non ergo mandati actio mihi contra te ex hac causa dabitur? Rursus videtur per huiusmodi conuentionem etiam societas contracta esse si ponas animum ineundæ societatis interuenisse. Quidni ergo erit etiam hoc casu Pro socio actio? *l. si margarita* 44. *supr. Pro socio.*

DEC. Mandatum gratuitum esse debet *leg.* 1. §. *vlt. supr. mandat.* & nisi gratuitum sit, mandati actionem parere non potest *l. naturalis* 5. §. *sed si facio supr. hoc tit.* Atqui non fuit mandatum hoc gratuitum, cum inter nos conuenerit vt lucro tuo cederet quod pluris vendidisses. Verus siquidem mandatarius nullũ lucrum ex mãdato sperare debet, quia non esset id ex bona fide *l. idémq;* 10. §. *si procur. mand.* Ergo mandati actio competere hoc casu non potest, vt nec in specie *l. si remunerandi* 6. §. *si apud eod. tit.* Multo minus autem actio Pro socio, quia societas non potest videri contracta cum eo qui non te admisit sociũ distractionis, sed sibi certum precium excepit, nisi constet expressim de animo ineũdæ societatis. Quo casu sicuti fatendum esset verè contractam esse societatem, quia nihil prohibet societatẽ sicut & mandatũ, & depositũ & alium cõtractum quemlibet ex pacto naturam suã excedere *dict.* §. *sed si facio l. Lucius* 24. *supr. deposit.* Ita fatendum esset actionem Pro

socio

BIU Cujas

socio competere vt disertè scriptum est in *d. l. si margarita.* Sed quia societatis ineundæ animus in eam rem probandus est. Ea verò quæ in animo consistunt difficillimæ sunt probationis *l. non omnes 5. §. à barbaris infr. de testam. milit.* longè tutius est agere ciuili actione incerti Præscriptis verbis. Quæ vera certè ac germana huius legis ratio est: cùm qua proinde nil pugnat, quod scriptum est in *d. l. si margarita*, imò conuenit potius, cùm ait, si animus ineundæ societatis non probetur agendum esse Præscriptis verbis. Etsi enim neque mandati neque societatis negotium gestum videri potest, fatendum tamen est aliquod negotium aliud gestum esse, & quidem ciuile contractúmque συνάλλαγμα de quo in *leg. iuris gentium 7. §. 1. supr. de pact. leg. Labeo 19. de verb. signific.* ex quo consequenter nascitur ciuilis actio Præscriptis verbis, quam in factum Vlpianus hic appellat.

1 ¶ Iulianus libro vndecimo Digestorum scribit:

SI tibi areæ meæ dominium dedero ea lege, vt, insula ædificata, partem mihi reddas: neque emptionẽ esse, quia pretij loco partem rei meæ recipio: neque mandatum, quia non est gratuitum: neque societatem: quia nemo societatem contrahendo rei suæ dominus esse desinit. [a] Sed si puerum docendum, vel pecus pascendum tibi dedero, vel puerum nutriendum, vt, si post certos annos venisset, pretium inter nos communicaretur: abhorrere hæc ab area: eo quod hic dominus esse non desinit, qui priùs fuit. competit igitur pro socio actio, sed si fortè puerum dominij tui fecero: idem se, quod in area, dicturum: quia dominium desinit ad primum dominum pertinere. quid ergo est? in factum putat actionem Iulianus dandam, id est, præscriptis verbis. Ergo si quis areæ dominium non transtulerit: sed passus sit, te sic ædificare, vt communicaretur vel ipsa, vel pretium eius, erit societas. idémque & si partis areæ dominium transtulerit, partis non, & eadem lege ædificare passus sit.

Ad §. 1. Iulianus, aliàs l. Si tibi areæ.

RAT. DVB. Vt competat actio ex empto saltem vtilis, sufficit rem venalem fuisse & pro ea re datam aliam esse loco pretij, licèt nõ taxata quantitate, vt in *l. 1. C. de rer. permut.* Nec rursum quicquam vetat partem precij in emptione constitui in alia re quàm in pecunia *l. tenetur 6. §. 1. supr. de action. empt.* vbi ex eiusmodi venditione datur nihilominus actio ex vendito. Cur non igitur & in specie huius §. *Si tibi dominium areæ meæ dedero ea lege, vt insula ibi ædificata eius partem mihi reddas?* Quamuis enim non ad hoc obligetur venditor, vt rei venditæ dominium transferat in emptorem *l. ex empto 11. §. 1. eod. tit. leg. si ita distrahatur 25. §. 1. supr. de contrah. empt.* nihil tamen fit contra naturam venditionis, cum dominium transfertur, si venditor fuerit dominus, adeò vt nec venditio facta videri possit, si id actum sit ne dominium transferatur *l. penult. in fin. eod. tit.* Ergo etiam hoc casu actio ex vendito dari potest.

DECID. Non est emptio sine precio *l. 2. §. 1. eod.* nec rursus precium sine pecunia numerata *§. item precium instit. de empt. & vendit.* Atqui nulla hîc pecunia interuênit. In quo differt hæc species ab illa de qua in *dict. l. tenetur 6. §. 1. de action. empt.* Ponimus enim conuenisse vt precij loco partem rei meæ reciperem, quod certè à natura vẽditionis omnino abhorret siue res venalis fuerit siue non. Ergo neque emptio hîc contracta videri potest, nec proinde actio ex empto aut ex vendito competere. Neq; rursus actio mandati, quia non est mandatum quod nõ est gratuitum, quantum ad inducendam mandati actionem *l. naturalis 5. §. sed si facio & l. prox. supr. l. 1. §. vlt. supr. mandat.* Nec denique actio Pro socio, quia nemo societatem contrahendo rei suæ dominus esse desinit: non dico in totum, quomodo Accursius interpretatur, sed neq; pro parte. Nam quod dici solet per societatem fieri communicationem bonorum omnium, quasi traditione tacita interueniente præter id quod ad eam tantum societatem pertinet, quæ fit vniuersorum bonorum *l. 1. §. 1. & l. 2. supr. Pro socio.* sic etiam intelligi debet, vt qui societatem etiam vniuersalem & in perpetuum contrahit, rem suam communicet socio & in eum partem dominij transferat, non in perpetuum, sed quandiu tantum durat societas. Finita enim societate recurrit ipso iure dominium totum ad eum, cuius anteà totum fuerat. Atqui in proposito transtuli in te dominium totius areæ meæ, & quidem ita vt numquam possit ad me recurrere nisi tu reddas. Et quod ex Iuliano hîc scribitur, *quia precij loco partem rei meæ recipio* sic accipi debet acsi scriptum esset *partem eius rei quæ fuit mea, sed quæ per traditionem mea esse desiit.* Consequens igitur est vt hoc casu ciuilis actio in factum, id est, Præscriptis verbis incerti contra te mihi danda sit nõ vt partem ædificatæ insulæ mihi reddas, sed vt si non reddas, condemneris quanti mea interest te reddidisse. Sequitur,

[a] *Sed si puerum docendum.* RAT. DVB. Videbantur hæ quoq; species superiori similes esse, de qua diximus, nec quicquam interesse an areæ meæ dominiũ in te transtulero ea lege vt in ea insulam ædificares, & ædificatæ insulæ partem mihi redderes. An verò puerum docendum aut nutriendum vel pecus pascendum tibi dedero, id est, tradidero, vt benè interpretatur Accursius, ita vt si post certos annos veniisset, precium inter nos cõmunicaretur. His enim omnibus res mea primũ ad te tota peruenit, sed ea lege vt partem eius mihi postea reddas. Ergo & his casibus videtur mihi danda Præscriptis verbis actio.

DEC. Multum distant hi casus posteriores à priore. Ibi enim dominus areæ esse desieram dominio in te translato. In his verò posterioribus duobus casibus neque pueri quem tibi docendum aut nutriendum tradidi, neque pecoris quod tibi pascendum

BIU Cujas

dedi, dominus esse desino. Ergo quamuis neque ex vendito agere possim, quia nec precium vllum nec pecunia numerata interuenit, neque mandati, quia non est gratuitum: nihil tamen prohibet quominus contractam societatem esse dicamus dandámque actionem Pro socio. Nec proinde causa vlla est, cur ad actionem in factum Præscriptis verbis recurrere debeamus, ad quam tum demùm decurrendum est, cùm vel certum est nominatam actionem nullam competere, vel saltem dubium est, an ea competat, vt in specie legis præcedentis & *l. si margarita 44. supr. Pro socio.* Quid ergo si puerum aut pecus meum non tantùm tradiderim tibi, sed etiam dominij tui fecerim? Idem hoc casu dicẽdũ erit, q̃ in area diximus, quia eadẽ vtriusq; casus ratio esset, nec dissimilitudinis ratio aliqua reddi posset. Cõsequenter idẽ ius cõstitui deberet *vulg. l. illud 32. supr. ad leg. Aquil. leg. 3. §. vnde etiam infr. de iniust. rupt. leg. à Titio 108. in fine principij de verb. oblig at.* Concludit itaque Vlpianus ex Iuliano his omnibus casibus, quibus dominium desierit ad priorem dominum pertinere, in factum actionem Præscriptis verbis dandam esse, quòd ea dominij translatio impediat ne societas cõtracta videri possit. Cui consequens est quod Vlpianus non tam ex Iuliano quàm ex seipso subiungit, si areæ meæ dominium in te non transtulerim, sed passus sim te in ea sic ędificare, vt communicaretur vel insula ipsa ędificata, vel ipsius precium, societatem contractam videri. Idémque esse si vnius tantùm partis areæ meæ dominium transtulerim, non etiam alterius partis, & eadem lege te ædificare passus sim. His enim duobus casibus etiam societas contracta videbitur, cessante nimirũ ea iuris ratione, quæ societatem impediebat, id est, translatione dominij. Ergo & his casibus non Præscriptis verbis agendum erit, sed Pro socio, secundum Iuliani non minùs quàm Vlpiani sententiam.

14. IDEM libro 41. ad Sabinum.

QVi seruandarum mercium suarum causa alienas merces in mare proiecit, nulla tenetur actione, sed si sine causa id fecisset, in factum si dolo, de dolo tenetur.

Ad l. Qui seruandarum 14.

RAT. DVB. Quisquis alienas merces in mare proiicit, quamuis seruãdarum suarum causa, hoc ipso tenetur ex lege Rhodia de iactu *leg. 2. supr. ad leg. Rhod. de iact.* Ergo non est verum quod Vlpianus hic scribit, nulla eum actione teneri, quamuis non possit videri sine causa id fecisse, quod vt sibi consuleret, & ad merces suas seruandas fecit.

DEC. Omnes obligationes nascuntur aut ex contractu vel quasi, aut ex delicto vel quasi *l. 1. in princip. infr. de oblig. & action.* Atquin is qui alienas merces in mare proiecit vt suas seruaret, neque contraxit cum dominis mercium proiectarum, neque quasi cõtraxit. Rursum neque deliquit, neque quasi deliquit, cum iustam causam habuerit ita faciendi vt non minùs propriæ saluti quàm suis mercibus prospiceret. Omnes enim malunt benè sibi esse quàm alteri. Nulla ergo actione teneri dominis mercium potest nec magis ex æquitate quàm stricto iure. Neque verò lex Rhodia de iactu quæ ob huiusmodi casus lata est, nouam vllam dominis contra hunc actionem dedit, sed tantùm constituit, & quidem ex summa æquitate, vt commune detrimentum fieret eorum omnium, qui propter amissas aliorum merces consecuti essent vt suas saluas haberent, *d. l. 2. in fine principij l. 1. & pass. ill. tit.* Sed hoc tamen ordine, vt domini merciũ amissarũ nõ contra eos qui proiecissẽt agere deberẽt, sed cõtra magistrũ nauis ex locato hactenꝰ saltẽ vt ageret ille cõtra eos qui proiecissent ex cõducto, vt scriptũ est in *d. l. 2. in princip.* Intellige autẽ si timor fuerit iustus, licet periculum verè nullum fuerit vt in *l. habitatores 27. §. 1. supr. locat.* Nam si nec iustꝰ timor fuit, nõ potest carere dolo aut saltẽ culpa is qui sine causa merces alienas in mare proiecit. Ideóque teneri eum æquissimum est vel de dolo, si dolo id factum sit, vel in factum, si culpa tantùm interuenerit. In factum, inquam, non ciuili & Præscriptis verbis, quia nullum hîc negotium gestum est, sed Prætoria subsidiaria. Ne alioqui culpa sit impunita, & illi, quorum merces in mare proiectæ sunt, in damno remaneant. Malè autem Accursius noster, quod Vlpianus ait de actione de dolo interpretatur de actione legis Aquiliæ propter dolum. Nec enim legi Aquiliæ hoc casu locus esse potest, cùm corpori à corpore damnum datum non sit §. *vlt. instit. de leg. Aquil.* Alioqui nec eo casu quo dolus nullus interuenisset, sed tantùm culpa, in factum actio locum habere posset, sed æquè adhuc actio legis Aquiliæ, quæ leuissimam quoque culpam punit *l. in lege Aquilia 44. supr. ill. tit.* quod tamen Vlpianus hîc negat. Cur enim dat actionem subsidiariam in factum, nisi quia lex Aquilia locum hîc habere non potest, vt nec in specie §§. sequentium?

1 ¶ Sed & si seruum quis alienum spoliauerit, ísque frigore mortuus sit: de vestimentis quidem furti agi poterit: de seruo verò in factum agendum: criminali pœna aduersus eum seruata.

Ad §. 1. Sed etsi seruum.

RAT. DVB. Aliud est seruum alienum vestimentis spoliare, aliud verò eum occidere. Ergo quamuis de vestimẽtis furti cum eo qui spoliauit, agi possit, de seruo tamen occiso contra eum lege Aquilia agi non potest, cùm non suo corpore damnum dederit. Mortuus enim seruus est ex frigore, non ex spoliatione. DEC. Is qui damni occasionem dat, damnum dedisse videtur *l. qui occidit 30. §. penult. supr. ad leg. Aquil. l. nihil interest 15. infr. de leg. Cornel. de sicar.* Atqui mortis causam præbuit qui seruum alienum posteà ex frigore mortuum spoliauit. Nec enim mortuus fuisset si, non adempta ei vestimenta fuissent. Neque minus necare videtur qui ve-

BIU Cujas

qui vestimenta tollit quàm qui alimenta denegat *l. necare videtur 4 infr. de agnos. & alend. liber.* Par enim hac parte, eadémque ratio est alimentorum & vestimentorum, cùm non magis sine vestimentis, quàm sine alimentis possit quis viuere. Vnde & victus appellatione vestis quoque continetur *l. verbo victus 43. & seqq. l. quos nos hostes 234. §. vlt. de verb. sign. l. vlt. de alim. legat.* licet verbo alimentorum nõ semper vestiarium contineatur *l. cùm hi 8. §. qui transigit supr. de transact.* Ergo quamuis hoc casu, neque directa, neque vtilis actio legis Aquiliæ locum habeat, quia non à corpore corpori damnum datum est, in factum tamen actio prætoria & subsidiaria locum habere debet *§. vlt. instit. de leg. Aquil. l. quia actionum* 11. vbi diximus *supr. hoc tit.* Quod autem subiicitur in hoc § *criminali pœna aduersus eum seruata* ad legem Corneliam de sicariis referendum est quæ & cum actione pœnáque legis Aquiliæ potest concurrere *leg. inde Neratius 23. §. si dolo supr. ad leg. Aquil.* Nam in lege Cornelia nihil interest, an quis occidat, an mortis causam præbeat *d. l. nihil interest 15. infr. de leg. Cornel. de sicar.*

2 ¶ Sed & si calicem argenteum quis alienum in profundum abiecerit, ídque damni dandi causa, non lucri faciendi: Pomponius libro sexto decimo ad Sabinum scripsit, neque furti, neque damni iniuriæ actionem esse: in factum tamen agendum.

Ad §. 2. Sed & si calicem.

RAT. DVB. Ponimus te calicem meum argenteum abiecisse in profundum, non quidem lucri faciendi gratia, sed animo tamen damni iniuria mihi dandi vt scriptum est in hoc §. Ergo quamuis nõ possim eo nomine contra te furti agere, quia furtum sine affectu furandi & lucrandi non fiat *§. placuit Instit. de obligat. quæ ex delict. nascunt.* actio tamen damni iniuriæ cur locum non habebit? Et ita certè Sabinus existimauit actionem damni iniuriæ, id est legis Aquiliæ hoc casu competere in *l. si seruus seruum 27. §. si quis de manu. 21. supr. ad leg. Aquil.*

DEC. Actio legis Aquiliæ hunc locum habet cũ quis corpore suo damnum dat corpori alieno, non etiamsi vel à non corpore damnum datum sit corpori, vel à corpore non corpori *§. vlt. Instit. eod. ill. tit.* Atqui in proposita specie damnum quidem datum est à corpore, sed non corpori, vt bene Castrensis explicat. Ergo legis Aquiliæ actio locum hoc casu habere non potest, neque directa, quia legis verba deficiunt quæ illa fuerunt *si quis alteri d. l. si seruus §. tertio autem capite.* Neque vtilis, quia nihil in fraudem & contra sententiam legis factum proponitur. Proinde necessaria est in factum actio non ciuilis & Præscriptis verbis, cùm nullum inter nos negotium gestum sit, sed Prætoria & subsidiaria, de qua in *d. §. vlt. in fin.* Longéque alia species est de qua in *d. §. si quis de manu.* Nam cùm de manu mea nummos mihi excutis, qui in flumen vel in mare ceciderint, atque ita perierint, ne ad alium vllum peruenirent, das mihi damnum iniuria, & quidem tuo corpore meo corpori, vt proinde negari non possit, quin actio legis Aquiliæ locum habere debeat eáque directa, cùm ex verbis competat, non etiam cùm quis è naue poculum eiecit *l. in laqueum 55. in fin. de acquir. rer. domin.* vbi & alia species proponitur, in qua similiter actioni in factum prætoriæ ac subsidiariæ locus est.

3 ¶ Si glans ex arbore tua in meum fundum cadat, eámque ego immisso pecore depascam: Aristo scribit, non sibi occurrere legitimam actionem, qua experiri possim. nam neque ex lege duodecim tabularum de pastu pecoris, quia non in tuo pascitur: neque de pauperie, neque damni iniuriæ agi posse. in factum itaque erit agendum.

Ad §. 3. Si glans.

RAT. DVB. Cùm glans ex arbore tua in fundum meum cecidit, eámque ego immisso pecore depasco, licet actio legitima nulla sit, vt Aristo dicebat, qua experiri contra me possis, quia neque de pastu pecoris ex lege duodecim tabularum, cùm in tuo non pascatur, sed in meo, neque de pauperie, quia non habet locum, nisi cùm fera mota contra suam naturam damnum dedit *l. 2. §. itaque, & §. & generaliter supr. si quadrup. pauper. facer. dicat.* nec denique de damno iniuriæ, non solùm quia damnum à meo corpore tuo corpori datum est, secundum ea quæ scripsimus ad §§. præcedentes ex *§. vlt. instit. de leg. Aquil.* sed etiã quia ponimus, nõ modò nullũ in eo dolum ex mea parte interuenisse, sed ne quidem culpam, sine qua non datur actio legis Aquiliæ *l. in lege Aquilia 44. supr. de leg.* (secus enim esset si per iniuriam id factum fuisset *l. vltim. C. eod.*) *Aquil.* Prætoria tamen actio non deficit, cùm actio ad exhibendum habere locum hoc casu possit, vt idẽ Vlpianus noster disertè scribit in *l. Iulianus 9. §. 1. supr. ad exhib.* Ergo necessaria nõ est in factum actio subsidiaria.

DEC. Nunquam æquum est vt ius vnius lædatur per alterum, quãuis ignorantem nulliúsque culpæ conscium. Suũ enim cuique reddi semper necesse est, in quo tertium iuris præceptum consistit *l. iustitia 10. §. 1. de iustit. & iur.* Atqui glans quæ ex arbore tua in meum fundum cecidit, nunquam tua esse desiit, tametsi eam collegerim, adeò vt si nec pati vellem te intra proximum triduum glandem illam in fundo meo colligere, teneri tibi deberem interdicto de glande legenda, quod eo nomine propositum est à Prætore *tit. de gland. legend.* Ergo eam tibi abs me reddi æquum est. Ergo actione Prætoria in factum subsidiaria, cùm alia nulla possit competere, ne quidem ad exhibendum cùm depastam glãdem exhibere non possim non magis quàm possidere aut restituere, nisi quid à me factum sit in ea

BIU Cujas

re dolo malo, vt in *dict. leg. Iulianus* §. 1. Dolus enim meus facit, vt pro possessore haberi debeã, cũ dolo malo desij possidere, quia dolus pro possessione est *l. qui dolo* 151. *de regul. iur.* Quid ergo si pecus meũ non immiserim ad glandem tuam depascendam, quæ tamen à meo pecore depasta sit? Non enim videtur actio in factum habere locum posse contra me qui nihil fecerim. Dicitur namque in factũ, quia ex facto aliquo nascitur. Et ideo putat Accursius, sed dubitanter, dandam actionem de pauperie. Quod si quis velit cum Castrensi admittere, dicendum erit, vtilem illam actionem fore, non directam. Nam & vtiles quædam sunt de pauperie actiones *l. pen. ill. tit.* Sed cui ita demùm locus erit, vt idem Castrensis interpretatur, si nulla in eo culpa mea interuenerit? Alioqui si fortè per incuriam & negligentiam meam acciderit, hoc est, ob non satis exactã in pecore meo custodiendo diligentiam, æquum erit dari contra me actionem damni iniuriæ ex lege Aquilia, quia verum est & damnum mihi datum esse, & iniuria, id est per culpam tuam quam sufficit leuissimam interueniisse *d. l. in lege Aquilia* 44. *supr. ad leg. Aquil.* Adeò vt nec mihi permittendum sit hoc casu pecora pro noxa dedere, quia ei qui in culpa est, nunquam noxæ dedendi facultas permittitur *leg.* 3. *&* 4. *& paß. supr. de noxal. action.* Sed & in factum actio locum habere hoc casu potest, quæ potest etiam cum actione damni iniuriæ interdum concurrere, vt & in *l. si seruus seruum* 27. §. *si quis de manu* 21. *in fin. ad leg. Aquil.* quoniam is quoque censetur fecisse qui non fecit quod facere debuit, ex regula *l. qui non facit* 121. *de regul. iur.* Vnde nec mirum videri debet actiones in factum etiam ex non facto interdum descendere.

15. IDEM libro 42. ad Sabinum.

SOlent, qui nouerunt seruos fugitiuos alicubi celari, indicare eos dominis, vbi celentur. quæ res non facit eos fures. solent etiam mercedes huius rei accipere, & sic indicare. nec videtur illicitum esse hoc, quod datur. quare qui accepit: quia ob causam accepit, nec improbam causam: non timet condictionem: [a] quòd si solutum quidem nihil est, sed pactio interceßit ob iudicium: hoc est, vt si indicasset, adprehensúsque esset fugitiuus, certum aliquid daretur: videamus, an possit agere? & quidem conuentio ista non est nuda, vt quis dicat, ex pacto actionem non oriri: sed habet in se negotium aliquod. ergo ciuilis actio oriri potest, id est, præscriptis verbis. nisi si quis & in hac specie de dolo actionem competere dicat, vbi dolus aliquis arguatur.

Ad l. Solent 15.

RAT. DVB. Reipublicæ interest furibus aliísque huius generis malis hominibus prouinciam purgari *l. congruit* 13. *supr. de offic. præsid.* Ergo & fures indicari ab iis omnibus qui sciunt vbi celentur. Proximéque accedit ad furtum si quis sciens furem nolit indicare, quasi & huius ope ac consilio furtum factũ esse quodammodo videatur. Ergo quemadmodum pecunia quam quis à fure accepisset, ne eum indicaret, posset ei condici quasi furi & quidem condictione ob turpem causam, tanquam quæ turpiter & data & accepta esset *l.* 4. §. *vlt. & l. seq. supr. de conduct. ob turp. caus.* Ita & dicendum videtur, pecuniam datam, vt fur indicetur, eâdem condictione ob turpem causam repeti posse, quia generaliter verum est, quicquid gratis & propter honestatem publicam fieri debet, si fiat acceptâ pecuniâ, turpiter fieri. Puta si quid à me accipias, ne sacrilegium aut furtum facias, néve hominem occîdas, aut quid aliud simile *l.* 2. *eod. tit.*

DEC. Nemo cogitur furem vltro indicare non magis quàm furem accusare, nisi de eo specialis lex & constitutio aliqua facta sit, quę nouam hanc obligationem inducat, & quæ, vt plerunque euenit, ex non delicto faciat delictum. Etsi enim furtum facere contra ius, & contra publicam honestatem est, itémque pecuniam accipere, siue à fure, siue ab alio ne fur indicetur, nihil tamen facit contra publicam honestatem is qui non vult indicare cùm possit. Ergo nec turpiter facit si pecuniam accipiat vt eum indicet *d. l.* 4. §. *si tibi* Tantum abest, vt ea de causa fur fiat, aut vt timere debeat condictionem illam quæ dicitur ob turpem causam. Idque ad publicam vtilitatem quoque pertinere videur, vt eo præmio inuitentur ad indicandos fures illi qui alioquin non essent indicaturi, ne scilicet furta aliáve delicta impunita remaneant *l. si quis à reo* 70. §. *penult. infr. de fideiuß. leg. Stichum aut Pamphilum* 95. *in princip. de solut.* Non igitur omnis qui pecuniam accipit, vt aliquid faciat quod per se iustum & honestum sit, turpiter accipere intelligitur, sed is demùm qui ideo accipit, vt id faciat, quod sine scelere non facere ac prætermittere non posset.

a *Quod si solutũ quidem nihil est.* RAT. DVB. Cùm conuenit, vt si quis indicasset seruũ fugitiuum, ísq; fugitiuus adprehensus esset, certum quid pro indicio daretur, quod & ipsum indicium appellatur in *d. l.* 4. §. *si tibi supr. de condic. ob turp. caus.* videtur initus contractus Facio vt des. Inspecto. n. modo ineundi incipit contractus hic à facto, id est ab indicatione facienda, & desinit in dationẽ quæ sequi debet ob indicationẽ. Præsertim cùm indicatio posita sit in conditione, & saltem per modum conditionis nõ per modum modi, quod & Bartolus obseruat. Atqui ex contractu Facio vt des nulla nascitur ciuilis actio, quia nec vllũ contrahitur συνάλλαγμα, ideóq; non alia dari potest quàm prætoria de dolo malo *l. naturalis* 5. §. *quod si faciam supr. hoc tit.* Ergo falsum videtur quod Vlpianus hîc scribit, conuentionem hanc non esse nudam, ne quis dicat ex pacto actionem non oriri, sed habere in se negotium aliquod ex quo nascatur ciuilis actio Præscriptis verbis. Atque ita iam olim Ioannes credidit solam de dolo actio-

BIU Cujas

actionem in hac specie competere, idq; esse quod significant postrema illa huius legis verba, *Nisi quis & in hac specie de dolo actionem competere dicat, vbi dolus aliquis arguatur*, quasi stent correctiuè, vt ipse loquebatur, id est ad corrigẽdum id, quod prius dictum fuerat de danda Præscriptis verbis actione. Nec enim potest dici Vlpianũ vtramque actionẽ ex hoc negotio dare & præscriptis verbis & de dolo, quãdoquidé actio de dolo cùm sit odiosa, quia famosa est nunquam cum alia, siue ciuili, siue prætoria potest concurrere, sed semper subsidiaria est *l. 1. §. ait Prætor & pass. supr. de dolo*. Sed tamen quia duriuscula videtur hæc interpretatio. Sunt qui malint apud Accursium agi hîc de contractu do vt facias quãuis præuentum sit in faciendo, vt in specie *l. cum mota 6. C. de transact.* Verùm lõgè durior hæc interpretatio est, legíque verbis repugnans, cùm sic facta conuentio proponatur, vt si quis furem indicasset, fúrque adprehensus esset, certũ quid ei daretur. Id igitur actum erat, vt non prius certum quid daretur quàm furem alius indicasset, ac proinde vt indicationem præcedere oporteret. Cùmque inauditum sit, vt ex contractu do vt facias nascatur vnquam actio de dolo, non poterunt certè postrema illa huius legis verba explicari quæ dant ex huiusmodi negotio actionem de dolo, nisi cum istis dicas mutari in iis casum, & incipere tractari de contractu Facio vt des, & tale factum ex quo facienti absit, & alteri non adsit, quod tamen prorsus commentitium est & improbabile. Nec illud probabilius quod Accursio, Bartolo, & aliis magis communiter facere video, Actionem Præscriptis verbis, ideo in hac specie dari, quia ei cui fur indicatus est, adsit ex ea indicatione aliquod commodum propter quod æquum sit in eum dari ciuilem actionem. Non enim sufficit vt ad eum qui dare debet, perueniat aliquod commodum ex facto eius qui faciendo ex parte sua impleuit, vt συνάλλαγμα contractum videatur, nisi commodum illud ei accesserit, non tantùm ex aduersarij facto, sed etiam ex aliquo eius damno & incommodo, vt quod vni adest, alteri absit, quomodo euenit in contractibus omnibus, do vt des, & do vt facias, ex quibus peruenit aliquid à dante in accipientem, ex quo is qui dat fit pauperior, & alius locupletior. At in proposita specie, quid obsecro abest ei qui furem indicauit propter quod pauperior factus videri possit, vt eius pecuniariter interfit? Aut quid est quod possis dicere ab eo ad alium peruenisse? Concludamus igitur cum Ioanne, actionem Præscriptis verbis ex huiusmodi cõtractu Facio vt des, competere nullam posse, sed tantùm actionem de dolo ex *d. §. quod si faciam*. Idque & Vlpianum adfirmare in postremis illis verbis *nisi quis & in hac specie* modestè licet & verecundè, vt prudentes solent quoties de ea re tractant, quæ non sit sine dubitatione. In proposito autem dubitandi causa non deerat, cùm negari non posset, quin aliquod negotium gestum esset inter fugitiui serui dominum & indicantem: vt proinde ex eo negotio ciuilis quoque actio danda esse videretur. Et sanè si negotium nullum gestum esset, cogeremur fateri conuentionẽ hanc nudam esse, quę consequenter nullam actionem posset producere, nec magis Prætoriam de dolo quàm ciuilem Præscriptis verbis. Itaque ratio illa Vlpiani *Et quidem conuentio ista non est nuda, vt quis dicat actionem ex pacto nõ oriri*, si benè inspiciamus, non tam eò pertinet, vt probet cõtractum hîc esse aliquod συνάλλαγμα ex quo ciuilem actionem Præscriptis verbis nasci necesse sit, vt in *l. iuris gentium 7. §. 1. supr. de pact. l. Labeo 19. de verb. signif.* quàm vt probet conuentionem hãc non esse nudam, qualis pro culubio esset, si nullum negotium inter indicaturum & promittentem gestum esset. Ex quo tamen nihil aliud inferre possumus, quàm quod nemo negat, actionem igitur aliquam ex huiusmodi conuentione dandam esse. Sed an ciuilem Præscriptis verbis, an Prætoriam de dolo malo non possit dicere, nisi primùm illud sciatur, an ciuile aliquod negotium gestum sit. Nam vt competat actio de dolo, sufficit negotium aliquod gestum esse, nec nudam conuentionem fuisse, sed vt competat ciuilis actio Præscriptis verbis, probari oportet ciuile negotiũ præcessisse, & commutationem aliquam, (vnde & iustitia cõmutatiua nomen sumpsit) præcessisse, quæ porrò hîc nulla interuenit, cùm ei qui furem indicauit, nihil absit, adeóque si verum amamus, nec quicquam adsit ei qui sub spe & conditione futuræ indicationis aliquid promisit, quod enim seruum suũ fugitiuum recuperat, non habet ab indicante, nec ab indicatione tanquam ex proxima & immediata causa licèt propter indicationem, si fortè non aliter recuperaturus eum fuisset. Proxima enim causa inspicienda est, non remota, quæ occasio magis est quàm causa *l. conditionibus 5. infr. de condi. & demonstr. l. debitor 59. in fin. ad SC. Trebell. l. 2. infr. de riuis*. Nulla ergo hîc commutatio est propter quam aut potiùs ex qua ciuilis actio nasci debeat. Nullúmque negotium ciuile *argum. l. si in area 33. sup. de condict. indeb.* Benè itaque ac meritò Vlpianus adiecit *nisi quis & in hac specie de dolo* &c. Ac si diceret, quod in aliis speciebus contractus Facio vt des obtinet, vt nulla ex iis actio ciuilis nascatur, sed tantùm Prætoria de dolo, in hac quoque obtinere debere, tanquam in qua nihil speciale sit propter quod à generali iuris regula recedi oporteat. Addit autem *vbi dolus aliquis arguatur*, quia certissimum est non nisi dolo interueniente, ac probato actioni de dolo fieri locum posse. Quid ergo si dolus nullus arguatur eius qui certum quid quod promiserat, prẽstare nolit? Consequens omnino est, vt saltem in factum prætoria dari debeat, quæ actionis de dolo subsidiaria est, vt nimirum danda sit eo casu, quo dolo cessante actio de dolo dari non potest, vt in *dict. §. quod si faciam*. Quod enim cessat actio de dolo, non potest inducere ciuilem Præscriptis verbis actionem, quam scilicet prius certum esse debet deficere quàm de actione de dolo danda, vel deneganda tractari possit.

16. POMPONIVS libro 22. ad Sabinum.

PErmisisti mihi cretam eximere de agro tuo: ita vt eum locũ, vnde exemissem, replerem. exemi, nec repleo. quæritũ est, quam habeas actionem? sed certum est, ciuilem actionem incerti competere. si autem vendidisti cretam,

BIU Cujas

ex venditolages.[a] quòd si post emptionem cretæ repleuero, nec patiaris me cretam tollere: tum agam ad exhibendum: quia mea facta est, cum voluntate tua exempta sit.

Ad l.1. Permisisti 16.

RAT.DVB. Cùm permisisti mihi, vt cretam de agro tuo eximerem, ita vt eum locum vnde exemissem, replerem, non ideo tamen quicquam mihi abs te datum intelligitur, si dare nihil aliud est quàm dominium trãsferre *l.vbi autem 75.§.vlt.de verb.obl. l.non videntur data 167.de regul.iur.* Manet enim & tua durat creta quamdiu à me exempta non est *l. qui saxum 6.infr.de donat.* Ergo non potest videri hic contractus esse *Do vt facias* ex quo danda sit actio Præscriptis verbis secundum ea quæ scripta sunt in *l.naturalis 5.§.at cùm do supr.h.t.* Nec rursus do vt des, aut Facio vt des, aut denique Facio vt facias, aliáve vlla species contractus innominati quæ cadat in quatuor illa generalia, de quibus in *dict.l. naturalis in princ.* Ergo nuda ista conuentio esse videtur, ex qua proinde neque ciuilis, neque prætoria vlla actio nasci potest.

DEC. Nihil interest quod ad hanc rẽ pertinet, an cretã de agro tuo iam exemptã mihi donaueris & tradideris, an verò permiseris mihi vt eam eximerẽ. Nisi quod priore casu statim fit mea, ex quo tradita mihi est. Posteriore verò non fit mea priusquam exempta sit, cùm verò exempta est, ideo fit mea quod iam ante mihi quodammodo tradita videatur, vt scriptũ est in *d.l.qui saxum*, vbi additur quasi traditionem factam videri, cùm exempta est domini voluntate, quod & in hac lege Pomponius scribit. Ergo fatendum est contractum hunc verè esse Do vt facias, nec esse necesse, vt cum Bartolo dicamus esse contractum Facio & do vt facias, quasi permittere sit facere non dare. Nam quemadmodum diximus ad *d.l.naturalis §.quòd si faciam*, dationem quæ ordinatur, ad factum pro facto accipiendam esse, vel ipso fatente Bartolo ex *l.cùm proponas 3.C.de dolo.* Ita & fatendũ est factum quod ordinatur ad dationem, quomodo permissio illa de qua tractamus, pro datione habendam esse. Atqui ex contractu do vt facias, nascitur actio Præscriptis verbis incerti & ciuilis ad id quod interest id fieri & impleri quod conuenit *d.§.at cùm do.* Ergo nec dubitandum est, quin hac in specie ciuilis actio incerti, hoc est Præscriptis verbis, tibi contra me cõpetat, si postquam de tuo agro cretam exemi, locum non repleam, de quo replendo conueneram. Nempe cùm donationis causa id permisisti, vt in *d.l.qui saxum*, quod & in dubio præsumendum videtur, cùm donari dicitur quicquid nullo iure cogente conceditur *l.donari 29.eod.l.cuius per errorem 53.l.donari 82. de regul.iur.* Nã si accepta pecunia permissum alicui esset cretam, aliúdve quidlibet de agro tuo eximere, sicuti venditio potius contracta videri deberet, ita & ex vendito agendum esset, vt Pomponius hîc subiicit: Dabitur ergo tibi contra me in hac specie actio Præscriptis verbis, non vt fossam, vnde creta exempta est, impleam, sed vt damner tibi quãti tua interest impleri. Nam & ex donatione facta certa lege perinde atque ex alio contractu quolibet, siue bonæ fidei sit, siue stricti iuris ciuilis actio incerti Præscriptis verbis competit ad id quod interest, si lex contractus non seruetur *l.vltim.Cod.de rer.permut.l.legem 9.l.cũ res 22.C.de don.* cùm.n. fidẽ frangere semper turpe sit *l.1.sup.de pecun.const.* Tũ verò turpissimum est frangere donatori, à quo beneficium & liberalitatem acceperis. Nec maior ingratitudo excogitari potest quàm inobseruantia pactorum, vt Baldus dicebat ad *l.vlt.C.de reuoc.donat.* Sequitur,

a *Quod si post exemptionem cretæ, repleuero.* RAT. DVB. Potest quilibet fundi dominus iure suo prohibere alium volentem ingredi fundum ne ingrediatur, etiamsi velit ingredi venandi, vel aucupandi gratia, quæ tamen iure gentium videntur permissa *l.3.§.1.infr.de acquir.rer.domin.* Ergo etiamsi postquã permissu tuo cretam exemi, locum repleuero, cùm tamen dominus fundi maneas, in arbitrio tuo esse debet, vt me volentem fundum tuum ingredi, & cretã tollere prohibeas si velis. Neque ex ea causa permittendum mihi videtur agere contra te ad exhibendum, aut etiam actione iniuriarum, vt in *l.qui pendentem 25.sup.de act.empt.* Quòd si qua mihi contra te danda esset actio, vtique non alia ea esse videretur, quam actio de dolo ex *leg.si cùm mihi 34. sup.de dolo.* Vt intelligamus, cessare igitur cæteras actiones, siue ad exhibendum, siue iniuriarum, quibus nimirum competentibus actio de dolo cessare deberet, quę, vt sæpius in hoc tractatu diximus, nũquã nisi subsidiaria est, quia semper famosa & consequenter odiosa *l.1.§.ait Prætor eod.*

DEC. Creta quam ego de tuo agro exemi tua voluntate, statim atque exempta fuit, mea hoc ipso facta est, quasi mihi tradita, adeò vt nec tu prohibẽdo me euehere possis facere, vt mea esse desinat *d.l.qui saxum.* Quod enim semel mihi tua voluntate quæsitum est dominiũ, non nisi certis & legitimis modis auferri mihi potest, inter quos nõ est volũtatis tuæ mutatio & pœnitentia *l.id quod nostrũ 11. de regul.iur.l.3.l.velles necne 6.C.de reuoc.donat.* Possum ergo cretam illam sic exemptam & meam factam vindicare *l.in rem 23. & pass.sup..de rei vindic.l. Quintus 27.§.argento infr.de aur.& argent.legat.* Atqui nõ potest vindicari, nisi res præsens & exhibita, iuxta formulam vulgarem veteris vindicationis *Hanc rem ex iure Quiritium meam esse aio*, de qua scripsimus ad *l. 1.de rei vindic.* Ergo & actio ad exhibendum mihi competit tanquam præparatoria vindicationis *l.1. supr.ad exhib.* Competet etiam actio iniuriarum *d. leg.qui pendentem*, quia potest facile cum actione ad exhibendum concurrere, quandoquidem non datur ad rem ipsam, sed tantùm ad æstimationem iniuriæ, vt apud Iustinianum *titul.de iniur.* Iniuria verò est nec leuis, si tu re mea vti prohibeas, licet ex tua voluntate dominium eius ad me peruenerit, quia quod semel tibi placuit, displicere postea non debet, vt est in regula iuris pontificij & in *l.in diem 9. §.1. infr. de aqua & aquæ pluu.arcend.* Nec pugnat quod scriptum est in *dict.leg.si cùm mihi*, de danda mihi contra te actione de dolo. Id enim ad eum casum pertinet, quo creta nondum sit exempta, nec proinde facta mea, sed ad eam eximendam sumptus tantùm fecerim, de quibus repetendis agere contra te velim. Tum enim sola mihi actio de dolo dari potest, non etiam ad exhibendum aut iniuriarum, cùm nihil

sit

BIU Cujas

sit quod vindicare tanquam meum abs te possim. Et ita benè Accursius. Nec illud minùs benè quod addit in §. *seq.* Cessare hodie in hac specie actionem de dolo, quia competat condictio ex lege noua Iustiniani in *l. si quis argentum 35. §. vltim. C. de donat.* quæ induxit, vt nudo pacto perfici hodie possit donatio, nec traditionem, aut stipulationem exigat, quam olim exigebat. Sed hoc ita tamen si donandi animus probetur, qui tamen eo tantùm casu præsumendus est, quo alia coniectura capi non possit, cùm donare sit perdere *l. filiusfamilias 7. in princip. de donat.* nemo autem suum iactare velle credendus sit *vulg. l. cùm de indebito 25. infr. de probat.*

1 ¶ Permisisti mihi vt sererem in fundo tuo, & fructus tollerem: seui: nec pateris me fructus tollere. nullam iuris ciuilis actionem esse, Aristo ait: an in factum dari debeat, deliberari posse. sed erit de dolo.

Ad §. 1. Permisisti.

RAT. DVB. Si permiseris mihi, vt in fundo tuo sererem & fructus tollerem, ego verò seuerim, nullum inter nos negotium gestum videtur: nihil enim aut à te in me, aut à me in te profectum est. Quādoquidē fructus quos seui in tuo fundo, ad te pertinent, non iure mei seminis, sed iure tui soli ac dominij *l. qui scit 25. §. 1. infr. de vsur.* Nec proinde potuisti nuda tua voluntate meos eos facere nō magis quàm nullo titulo præcedente fundi tui dominium in me transferre *l. nunquam nuda 31. infr. de acq. rer. domin.* Ergo neque potest videri contractus hic esse Facio vt des, neque do vt facias, vt vult Bartolus qui hoc præsuppositio notat huius §. sententiam non aliam esse quàm vt ex contractu Facio vt des, vel do vt facias, si aduersario nihil quæratur, non cōpetat actio Præscriptis verbis, sed tantùm de dolo, quod tanquam verissimum, valde notandū esse ait. Parum certè subtiliter, cùm fieri non possit cōtractus do vt facias, quin id quod datur in accipiētem à dante transferatur. Vnde fit quod generaliter proditum est in *l. naturalis 5. §. at cùm do supr.* Ex contractu do vt facias semper nasci actionem ciuilem Præscriptis verbis ad id omne quod dantis interest fieri quod conuenit, nisi malit is qui dedit, idipsum quod dedit, repetere. Dicendum igitur est pro ratione decidendi, Toties nasci actionem ciuilem Præscriptis verbis, quoties ciuile aliquod negotium gestum est, & cōtractum συνάλλαγμα vt toties diximus, & in hoc tractatu sępius inculcandum est *ex leg. iuris gentium 7. §. 1. supr. de pact. l. Labeo 19. de verb. signif.* At qui in proposita specie negotium quidem aliquod inter nos gestum est, sed non ciuile, quia nihil inter nos translatum & commutatū est, cùm permiseris mihi duntaxat, vt in fundo tuo sererem, sed ea lege, vt fructus illos postea tollerem, quæ omnia videntur fuisse nudæ tuæ voluntatis, quamuis pactio hæc non sit nuda, quia propter eā seui in fundo tuo non saturus vtique, nisi tollendorum fructuum potestatem mihi fore promisisses. In quo certè feciisti dolo, cùm postquam seui, non pateris me fructus tollere. Beneficio enim iuuari accipientem non decipi oportet *l. in commodato 17. §. sicut in fin. sup. Commod.* Merito igitur actionem de dolo mihi contra te dandam esse Pomponius ait, non autem actionem in factum, de qua deliberari posse Aristo putabat, quia fieri nequit hoc casu, quin sis in dolo, & ad actionem in factum subsidiariam actionis de dolo ita demùm recurrendū esset, si quis casus posset contingere, in quo non esses in dolo, vt in *d. l. naturalis §. quòd si faciam l. qui seruandarum 15. in princip. & l. prox. in fin. supr.* Verùm hic quoque repetendum est quod iam ad finem superioris responsi ex Accursio nostro monuimus, non esse hodie in hac specie locum actioni de dolo, etiamsi dolum interueniisse constet, quia indemnitati meæ aliter consuli potest. Nimirum per condictionem ex lege noua Iustiniani in *l. si quis argentum 35. §. penultim. Cod. de donation.* si modo animo donandi permiseris mihi in agro tuo serere, vt eos fructus postea tollerem, quia actio de dolo nunquam competit, cùm alia quælibet habere locum potest *l. 1. §. ait Prætor & pass. supr. de dolo.* Excepta sola actione in factum doli subsidiaria, quæ iis tantum casibus locum habet nullo interueniente dolo, quibus haberet locum actio de dolo, si dolus interuenisset.

17. VLPIANVS libro 28. ad Edictum.

SI gratuitam tibi habitationem dedero, an commodati agere possim? & Viuianus ait, posse. sed est tutius, præscriptis verbis agere.

Ad l. Si gratuitam 17.

RAT. DVB. Etiam habitatio commodari potest, dummodo gratis concedatur *l. 1. §. 1. supr. Commod.* Nam & quod magis est, precario dari potest *l. 2. C. de precar. l. Aquilius Regulus 27. l. Lucius 32. l. in ædibus 9. in princ. inf. de don.* Ergo & commodati ex hoc cōtractu agi potest, vbi n. habemus nomen contractus, nominatā quoque actionem, quæ ex eo contractu competit, nos habere necesse est, vt proinde nihil causæ sit, cur ad actionē Præscriptis verbis recurrere debeamus cū vulgata vsitata & nominata cōpetit *l. 1. & seqq. sup. h. t.* DEC. Controuersum fuit inter veteres Iureconsultos, an domus & habitatio commodari posset. Nā Viuianus quidē ita putabat, sed Labeo negabat existimans, solas res mobiles posse cōmodari. Res verò immobiles vtēdas dari, vt Vlpianus noster refert in *d. l. 1. Commod.* Est ergo hic vnus ex casibus in quib⁹ vtilius est, quia tutius agere Præscriptis verbis, ne fortè iudex, si Labeonis magis quā Viuiani sententiā sequi vellet, malè electā actionem diceret, atque ita actorē qui iustissimā agendi causam habuisset, nihilominus à proposita cōmodati actione summoueret. Et in hoc melius videtur sentire Azo apud Accursium quā Ioannes qui Commodati agi posse existimat Viuiani sententiā secutus in *d. l. 1.* Quanquā & in eo errauit

BIU Cujas

Azo tametsi à Castrensi probatus, quod credidit, ideo tantùm dandam in hac specie actionem Præscriptis verbis potiùs quàm Commodati, quòd in cõmodando non fuisset dictus vsus, in quẽ habitatio cõmodabatur, cùm tamen in eo potissimũ cõsistat natura commodati, & differentia quæ est inter commodatum & Precariũ l. *in commodato* 17. § *sicut supr. commod.* Nã tametsi expressus commodati vsus & certo tẽpore definitus proponeretur, Labeo tamen negaret contractũ esse Commodatum, ac proinde contenderet, neque Commodati actionẽ ex eo dari posse. Dubitationis ergo tollendę gratia dicendum est cum Vlpiano esse omni casu vtilius & tutius agere Præscriptis verbis quàm Commodati, vt & in l. *naturalis* 5. §. *penult. supr.* & l. *Titius* 24. *hoc tit.* Non autem. vt nonnullos putare video, quasi contractus hic sit innominatus. Constat enim inter prudentes omnes esse contractum, vel Commodati, vel vtendi dati, quomodo Prætores veteres Edictum concipiebant, sed quia de nomine contractus & actionis ex eo competentis, non omnino benè inter omnes constaret. Longè verò magis ridiculi sunt qui putant, ideo Vlpianum dare hîc actionẽ Præscriptis verbis, quod quoties dubitatur de intellectu alicuius legis, ille sensus accipiendus sit qui conuenit rubricæ illius tituli.

1 ¶ Si margarita tibi æstimata dedero, vt aut eadem mihi adferres, aut pretium eorum: deinde hæc perierint ante venditionem: cuius periculum sit? & ait Labeo, quod & Pomponius scripsit: si quidem ego te venditor rogaui, meum esse periculum: si tu me, tuum: si neuter, nostrum, sed duntaxat consensimus, teneri te hactenus, vt dolum & culpam mihi præstes. actio autem ex hac causa vtique erit præscriptis verbis.

Ad §. 1 *Si margarita.*

RAT. DVB. Periculũ regulariter pertinet ad dominum *vulg. l. quæ fortuitis 6. l. pignus 9. C. de pign. act. l. contractus 23. de regul. iur.* Excepta causa venditionis, ex qua licet dominium remaneat penes venditorẽ, quousque res tradita sit, vel solutum precium, aut aliter eo nomine satisfactum, periculum tamen rei venditæ statim, atque perfecta venditio est, transit in emptorem *§. cùm autem instit. de empt. & vendit. l. necessario 8. cui præced. & pass. supr. de peric. & commod. rei vendit.* Atqui cùm margarita tibi dedi æstimata hoc pacto addito, vt vel eadem mihi adferres & redderes, vel eorum precium, non ideò possum videri ea vendidisse qui nec id egi tecum, vt ea tibi venderẽ, sed vt tu alij pro me venderes. Ergo si ante venditionem perierint, dummodò nulla culpa tua vel dolo interueniẽte, dicendum est periculum ad me omnimodo & indistinctè pertinere, nec ei distinctioni locum esse quam hic Vlpianus adhibet, an ego te rogauerim, an tu me, an neuter nostrum alterum. Aut si qua distinctio adhibenda est, cur non illa potiùs quam Vlpianus docet in *l. rogasti 11. supr. de reb. credit.* vbi distinguendum esse ait, an venalem rem habuerim, an non, vt si venalem habui, periculum sit meum, sin secus, tuum. Quòd si æstimationis ratio aliqua habenda est, quia dedi tibi margarita æstimata, quòd æstimatio soleat facere venditionem, quidni dicimus transferri omnimodo periculum in accipientẽ? *l. 1. §. vlt.* vbi latiùs diximus *supr. de æstimat. action.*

DEC. Aestimationẽ certam esse oportet, vt & vẽditionẽ faciat, & transferat periculum in accipientem. Incerta siquidẽ æstimatio neutrũ præstare potest. Potest autẽ incerta esse duplici modo, aut quia non sit taxata quantitas precij, aut quia taxata quidem sit, sed tamen collata in futurũ casum & euentũ faciendæ venditionis, antequam tamen factam res æstimata & vendenda perierit, puta si dederim tibi rem vendendã precio decem aureorum. Hoc. n. casu apertum est, æstimationem non facere præsentem venditionẽ, sed constituere precium futurę venditionis. His ergo duobus casibus, siue dederim tibi rem vendendam æstimatam precio decem aureorum, siue eam æstimauerimus eo precio quidem decem aureorum, sed ita vt vel eam reddas vel precium, sicuti æstimatio hæc nõ facit emptionem, ita nec periculum in te transferre potest, sed adhibẽda primùm ea distinctio est, quæ ponitur in *d. l. rogasti*, vt si venalem rem habuerim, omnimodo periculum ad me pertineat, si verò venalem non habuerim, tunc sub distinguendum sit, vt in hoc §. vt si ego te venditurum) sic enim legendum est, nõ vt vulgo *venditorem* aut vt Florentiæ *venditor*) rogauerim, meum sit periculum, si verò tu me rogaueris, tuum: si denique neuter, nostrum, sed tãtùm in hoc pacto consenserimus, tenearis tu mihi hactenus tãtùm, vt & dolum & culpam mihi præstes, nec tantùm latam, sed etiam leuem, at non leuissimã, quia hoc vltimo casu contractus vtriusque gratia factus esse intelligitur, qui in duobus superioribus factus creditur solius rogantis gratia, nisi cum rogatus hoc ipsum iam propositum habuerat facere priusquam rogaretur, vt bene hîc addit Bartolus ex *d. l. rogasti*. Semper enim attendendũ est, cuius causa contractus initus sit, vt sciatur ad quem periculũ spectare debeat. Ex regula *l. si vt certo 5. §. nunc videndum 1. sup. Commod. l. si seruus 6. §. quod verò infr. de furt.* Subiungit autem Vlpianus dandam esse in hac specie actionem Præscriptis verbis. Nempe quia negotiũ ciuile hîc gestum est, sed quod non cadit in speciẽ aliquam contractus nominati. Cùm igitur & contractus sit & innominatus, non alia quàm Præscriptis verbis actio locũ habere hoc casu potest *l. 1. & seqq. sup.* Sicut & in specie *l. si tibi rem vendendam 13. supr.* licet alia actione, quæ in illo textu posita est, & de qua ibi diximus. Est enim hic contractus do vt facias, ex quo nascitur Præscripris verbis *d. l. naturalis §. at cùm do supr.*

2 ¶ Papinianus libro octauo Quæstionum scripsit.

Si rem tibi inspiciendam dedi, & dicas te perdidisse: ita demum mihi præscriptis verbis actio competit, si ignorem, vbi sit. nam si mihi liqueat

apud

apud te esse: furti agere possum vel condicere, vel ad exhibendum agere. Secundum hæc si cui, inspiciendum dedi, siue ipsius causa, siue vtriusque: & dolum, & culpam mihi præstandam esse dico propter vtilitatem: periculum non. si verò mei dumtaxat causa datum est, dolum solùm: quia prope depositum hoc accedit.

Ad §. Papinianus 2. Alias l. si rem tibi.

RAT. DVB. Nullum negotium geri videtur inter eum qui rem aliquam dat alij inspiciendam, & eum qui accipit, cùm neque dominium, neque possessionem transferat in accipientem. Ergo non magis danda videtur actio Præscriptis verbis ex huiusmodi contractu quàm ex contractu Facio vt des, de quo in *l. naturalis 5. §. quòd si*, aut quam ex negotio illo de quo in §. 1. legis proximè præcedentis.

DEC. Ea demùm res dari solet inspicienda de qua, vel vendenda, vel permutanda, vel aliter alienanda aut obligãda cogitatur. Ob eamque causam erat olim Romæ certum genus negotiatorum, qui inspectores dicebãtur, quorum opera potissimum illi vtebantur, qui rem aliquam mobilem & pretiosam empturi erant, vel venditurі, de quibus in *l. eum qui* 10. §. 1. *supr. Commod. l. rem inspiciendam* 78. *infr. de furt.* Negari ergo non potest quin aliquod negotium contrahatur inter eum qui dat rem inspiciendam, & eum qui accipit, & quidem negotium ciuile, cùm res ipsa quæ inspicienda traditur, transeat à dante in accipientem licet neque ad dominium transferendum, neque ad possessionem, non magis quàm in depositо, vel commodato. Proximè namque ad commodatarios & depositarios huiusmodi inspectores accedunt, vt constat ex fine huius §. *& ex d. l. eum qui* §. 1. *iunct. l. rei commodatæ* 8. *& leg. in commodato* 17. §. *sicut eod.* Et quamuis res quæ inspicienda traditur, non detur si dandi verbum propriè ac pro dominij translatione velis accipere, sufficit tamen ad contrahendum ωνάλλαγμα vt tradatur, & quidem ea lege, vt postmodum reddatur, vt in *leg. si dominus* 8. vbi diximus *& in l. si tibi rem* 13. *& seq. supr.* Ergo & in hac specie actio Præscriptis verbis danda est, etiamsi is cui res inspicienda data est, dicat se perdidisse. Non enim ei creditur id agenti, vt se exoneret. Nec dolum solum præstare debet, sed etiam culpam scilicet leuem non solùm si ipsius tantùm causa, sed etiamsi gratia vtriusque inspicienda res data sit *leg. apud Labeonem* 20. §. *vlt. hoc tit.* Periculum sanè casus fortuiti præstare non tenetur, adeoque nec culpam leuissimam quamuis ipsius tantùm gratia res inspicienda data est, quia nullum ex illa inspectione vsum aut commodum percipit, & publica vtilitas exigit vt cum hoc hominum genere mitius agatur. Quod significare mihi videtur Papinianus iis verbis *propter vtilitatẽ*. Nec magnum sanè beneficium est, inspectori etiam roganti rem inspiciendam dare. In quo differt maximè inspector hic à commodatario qui vsum accipit rei commodatæ, ideoque dignus est qui de culpa etiã leuissima teneatur *d. §. nunc videndum 1. l. 5. supr. commod. leg. si seruus* 6. §. *quod verò infr. de furt.* Nisi ponas inspiciendum quem accepisse sui quoque commodi causa, puta quod eam rem si inspecta placuisset, empturus ipse fuerit vt in *d. l. apud Labeonem* §. *vlt. infr.* Quo casu vtriusque gratia negotium contractum intelligitur. Quod si solius dantis gratia rem inspiciendam quis accepe-rit, de dolo tantùm teneri æquum est exemplo depositarij, quia licet hoc genus contractus non sit depositum, sed contractus innominatus, proximè tamen ad depositum accedit. In depositо autem nihil nisi dolum præstat depositarius *d. §. quod verò l. 1. §. vlt. & pass. supr. depositi.* Contractus namque innominati licet sint stricti iuris, imitantur tamen naturam contractuum nominatorum, ad quorum similitudinem accedunt, quod pertinet ad præstationem doli vel culpæ præterquàm in iis quæ ex bonæ fidei & stricti iuris differentiis proficiscuntur *d. l. naturalis §. penult. & vlt.* vbi diximus *supr.* Obseruandum autem est quod Vlpianus hic addit ex Papiniano, ita demùm dandam mihi contra te in proposita specie actionẽ Præscriptis verbis si ignorem vbi ea res sit quam tibi inspiciendam dederas & quam te dicas perdidisse. Nam si mihi liqueat apud te eum esse, furti agere possum & ad exhibendum & condictione quoque furtiua. Negare enim non potes quin fur sis, qui rem meam inuitо me contrectas. Contra furem verò tres istæ actiones competunt *l. si pro fure* 8. §. 1. *supr. de condict. furt.* §. *sic itaque Instit. de action.* An verò etiam Præscriptis verbis actio mihi danda sit, difficilioris videtur deliberationis, cùm dici soleat, actionem hanc cum aliis actionibus concurrere non solere. Placet tamen quod Castrensis putat, nihil obstare quominus actio hæc cum aliis supradictis concurrat, cùm nascatur hæc ex contractu, cæteræ autem ex delicto ac proinde ex diuersis principiis, vt se mutuo impedire non debeant. Nec melioris condicionis esse quis debeat ob id quòd fur sit, vt paucioribus actionibus teneatur *d. §. sic itaque Instit. de action: leg. non solum* 13. *supr. de noxal. act.* Quanquam non illud facilè admitto quod minus generaliter Castrensis fatetur non posse actionem Præscriptis verbis concurrere cum alia actione quæ ex contractu similiter oriatur. Hoc enim iam sæpius docuimus falsum esse ex *l. 2. C. de pact. int. empt. & vendit. & l. si vir.* 12. vbi diximus *hoc tit.* Illud sanè probo quod addit Castrensis, etiam domino posse dari actionem hanc Præscriptis verbis pro re propria persequenda sicuti datur & depositi, & commodati, quæ sunt æquè personales actiones: non enim competit ad dandũ, & dominium transferendum, adeoque nec ad restituendam rem propriam, vt idem Castrensis & alij interpretes vulgo malè sentiunt, sed ad id quod interest si non reddatur, fiátve id, quod reddi fierive conuenit, vt sæpius docuimus. Vnde & incerti actio hæc passim appellatur, neque melior aut apertior in hanc rem textus quærendus est, quàm huius §. & initij huius legis, vbi datur hæc eadem actio pro habitatione domus suæ commodata. Illud non est prętermittendum etiam inspectori dandam esse furti actionem si res ei furto subtracta sit, cùm periculum ad eum, aut ex conuentione, aut ob culpam aliquam ab eo commissam pertineret *dict. leg. rem inspiciendam* 78. *infr. de furt.*

BIU Cujas

3 ¶ Si cùm vnum bouem haberem, & vicinus vnum: placuerit inter nos, vt per denos dies ego ei, & ille mihi bouem commodaremus, vt opus faceret, & apud alterum bos perierit: commodati actio non competit, quia non fuit gratuitum commodatum: verum Præscriptis verbis agendum est.

Ad §.3. Si cùm vnum bouem.

RAT. DVB. Quoties aliquid tibi ex meo commodo, vt tu ex tuo vicissim mihi commodes, contractus non alius est quàm facio, vt facias. Quid enim aliud est commodare quàm facere? Atqui ex contractu facio vt facias nulla potest nasci actio ciuilis, vi & potestate contractus, quia nullum in eo negotio contrahitur συναλλαγμα, non magis quàm in contractu Facio, vt des, vt diximus ad *l. naturalis 5. §. quòd si faciam supr. hoc tit.* Ergo si cùm vnum bouem haberem, & tu vnum, placuerit inter nos, vt per denos dies ego ei & tu mihi bouem cõmodaremus, vt opus faceret, & bos perierit culpa tua, dicendum est, non Præscriptis verbis actionem mihi dandam esse, sed potius commodati, quia verum est, me tibi bouem commodasse. Nec est contrarium quod in *d. l. naturalis §. sed si facio* dat Paulus actionem Præscriptis verbis ex contractu facio, vt facias. Nam vt ibi docuimus, non ideò datur illa actio, quasi ex contractu innominato competens, sed quia tametsi mandatum in eius §. specie contractum esset, dubitari nihilominus poterat, an mandati actio competeret, ob eamque causam ad euitandum periculum malè electæ actionis, tutiùs visum est dari in ea specie actionem Præscriptis verbis.

DEC. Is, qui commodat tibi, vt ei commodes, non tantùm facit, vt facias, sed etiam transfert in te, tuamque potestatem rem quam commodat, & tu in eum vicissim quod ei commodas. Proinde contrahitur inter vos aliquod συναλλαγμα, nec negari potest, quin sit negotium ciuile, quod etiam in simplici commodato geritur *l. in commodato 17. §. sicut supr. commod.* Quod diuersum est in specie *d. §. penult. l. naturalis & l. solent 15. supr.* Ergo ciuilem quoque Præscriptis verbis actionem ex huiusmodi cõtractu competere fatendum est, nascique ex vi & potestate ipsius contractus, non minus quàm ex contractu Do vt des, aut Do vt facias. Quamquam etsi alia ratio nulla esset, adhuc tamen posset in hac specie competere actio Præscriptis verbis eodem sensu, quo in *d. §. sed si facio & §. vlt.* id est, tollendæ dubitationis gratia, cùm dubitari posset, an actio Commodati competeret, quandoquidem Commodati nomine ambo contrahentes vsi fuerant. Et tamen verius est, non posse competere, quia Commodatum gratuitum esse debet, non minus quàm Mandatum, Depositum & Mutuum, cùm fiat, vt plurimum gratia solius commodatarij *l. si vt certo 5. §. nunc videndum 1. supr. commod. l. si seruus communis 61. §. circa commodatum infr. de furt.* Et erit hoc casu Præscriptis verbis actio similis actioni Commodati, sicut & in casu *d. §. penult. & vlt.* similis actioni Mandati.

4 ¶ Si cùm mihi vestimenta venderes, rogauero, vt ea apud me relinquas, vt peritioribus ostenderem: mox hæc perierint vi ignis, aut alia vi maiore: me minimè periculum præstaturum. ex quo apparet vtique custodiam ad me pertinere.

Ad §.4. Si cùm mihi.

RAT. DVB. Eius est præstare periculum, qui rogauit *§. si margaritas supr. hac lege*, at qui lex ponit, cùm vestimenta mihi venderes, id est, vt Accursius interpretatur, vendere velles, rogasse me, vt ea apud me relinqueres, vt peritioribus ea ostenderem, precij scilicet explorandi gratia, vt in *l. 1. §. vlt. supr.* Ergo si ante perfectam venditionem perierint vi ignis, aut qua alia maiore, periculum præstare debeo, quamuis tu dominus maneas, quia etsi perfecta venditio esset, necdum tamen traditio secuta æquè dominus maneres, nec eo minus tamen periculum ad me pertineret *§. cùm autem instit. de empt. & vendit.* Præsertim verò cùm in hac specie certum sit custodiam ad me pertinere, quia vtriusque gratia contractus celebratus fuit, vt idem Accursius noster hîc notat ex *§. Papinianus aliàs l. si rem tibi supr. hac lege.*

DEC. Multum interest, an res, de cuius periculo agitur, vendita sit, an vendenda, si vendita sit, id est, si venditio perfecta fuerit, quod fit nudo consensu periculum ad eum pertinet, quamuis dominium sit adhuc penes venditorem, quia est in potestate emptoris quandocunque offerendo pretium, aut aliter satisfacie opuadigere venditorem ad rem tradendam *l. Iulianus 13. §. offerri supr. de act. empt.* aut saltem eum in mora constituere, atque ita periculum in eum transferre, quippe quod semper ad moratorem respicit *l. illud 17. iunct. l. necessariò 8. de peric. & commod. rei vendit. l. si seruum 91. §. vlt. iunct. l. si ex legati 23. de verb. oblig.* At cùm res nondum vẽdita est, sed vendenda, nihil causæ est, cur periculum ad alium pertineat, quàm ad dominum, qui venditurus est. Ergo non est æquum eum, qui emptus fuit, præstare periculum, acsi iam emisset, custodiam sanè præstare debet, vt Vlpianus hîc scribit, alioqui frustrà & malè quæreretur, an periculum casus fortuiti præstare cogendus esset is, qui nec custodiam deberet. Custodia namque obligat tantùm ad præstandum dolum & culpam latam, aut leuem, cùm vtriusque gratia contractus factus est, excepto casu *l. custodiam 3. sup. de peric. & commod. rei vendit.* non autem leuissimam, nisi cùm solius custodientis gratia contractus factus est, aut cùm pro custodia merces accipitur, vt in *l. qui mercedem 40. supr. locat.* Sanè nunquam vim maiorem præstare cogendus est is, qui custodiam debet, nec si exactissimam *l. si merces 25. §. vis maior*, vbi diximus *eod. tit. & l. contractus 23. in fin. de reg. iur. l. si ea res 31. supr. de action. empt. l. ad eos 19. supr. commod.*

¶ 5 Si quis

5 ¶ Si quis sponsionis causa annulos acceperit, nec reddit victori: Præscriptis verbis actio in eum competit. [a] nec enim recipienda est Sabini opinio, qui condici & furti agi ex hac causa putat. quemadmodum enim rei nomine, cuius neque possessionem, neque dominium victor habuit, aget furti? [b] planè si inhonesta causa sponsionis fuit, sui annuli duntaxat repetitio erit.

Ad §. vlt. Si quis sponsionis.

RAT. DVB. Non potest nasci actio Præscriptis verbis, neque alia vlla ciuilis, nisi consentiant inuicem, qui negotium gerunt *l. 2. §. 1. infr. de oblig. & action.* Ergo si quis sponsionis causa annulos ab aliquo acceperit, nec reddat victori, actio Præscriptis verbis contra eum habere locum hoc nomine non potest, sed aut nulla, aut non alia quàm Depositi sequestrarij, de qua in *l. ei apud quem 5. §. 1. & seq. l. licet 17. in princ. & §. 1. supr. deposit.*

DEC. In prudentum nostrorum responsis supponendi semper sunt termini habiles, ne quid ab iis absurdè, aut inconcinnè dictum videri possit. Ergo in proposito casu ponendum est, pactioni præsentem fuisse illum, qui nunc vult Præscriptis verbis agere, vt ex tali deposito ea lege facto, vt victori redderetur, actionem sibi acquirere potuerit, alioqui certè, si cum eo nihil contractum esset, nec actio aliqua, siue Præscriptis verbis, siue alia dari ei posset; vt benè hîc Bartolus, & Castrensis notant. Depositi autem ideò agi non potest sequestraria, quia tum ei locus est, cùm duo, pluréve apud aliquem eandem rem deposuerunt, de eius rei dominio, vel possessione contendentes, vt in legibus supradictis. Hîc autem vnus tantùm deposuerat rem, in qua constabat aduersarium nullum ius habere, quomodo idem Bartolus benè tractat ex *lege prox. seq.* vbi non valdè dissimilis species proponitur. Agit enim Vlpianus in hoc §. de annulis, non à victore eodemque actore traditis, sed à victo, vt proinde verum sit eum, qui sponsionis causa custodiendos eos accepit, nihil ab hoc actore accepisse, propter quod ei aliquid restituere obligatus videri possit, negari tamen non potest, quin aliquod negotium & quidem ciuile gestum sit inter eum qui sponsionis causa tradidit annulos vni vt alteri redderentur in casum victoriæ aut in alium quemlibet euentum, vt loquitur Bartolus, si modò, vt Castrensis addit, euentus ille sit posteà quandocunque secutus. Nisi per aduersarium steterit quominùs spõsio effectum habere posset. Quo casu pro victo haberi debet qui certamen recusauit ne vinceretur. Quod & hic nostri post Accursium notant. Cæterùm quid refert an aliquid ego à te acceperim, vt tibi redderẽ, an vt alij ex pacto inter vos inito cui tu cõsensum ex iusta causa præstiteris? Addo *ex iusta causa* quia iustam & honestam sponsionis causam esse oportet, vt sponsio sit licita: vix autem aliter iusta & honesta esse potest, quàm si virtutis causa fiat, vt scriptum est in *l. 2. §. 1. & l. 3. supr. de aleator.* Ideoque subiungit Vlpianus in fine huius §. si sponsionis causa inhonesta fuit, sui duntaxat annuli repetitionem victori dandam esse, non etiam Præscriptis verbis, quasi nulla sponsione facta. Quid ergo si te absente aduersarius tuus honestæ sponsionis causa annulum suum deposuerit, ea lege adiecta, vt tibi si vinceres redderetur? Adhuc putat Castrensis tibi, postquàm viceris, dandam esse vtilem actionem Præscriptis verbis *arg. l. si cùm venderet 13. supr. de pignor. act. & leg. Publia 26. in princip. supr. deposit.* Ratione illa, quòd is qui deposuit pactum apposuerit super re quæ tum erat ipsius, & in eius dominio permanserat. Sed cur non vtilis actio depositi potiùs quàm Præscriptis verbis? vt in specie *d. l. Publia* si interpretibus nostris credimus, & *l. penul. C. ad exhib.* Nimirum quia, vt idem Castrensis bene respondet, fuit ibi verum depositum & custodiendum datum, vt in certum casum restitueretur. Hic verò non tam fuit datus annulus in depositum, & vt restitueretur, quàm vt in tuto esset, & pro securitate alterius si contingeret eum vincere. Cessante igitur actione depositi tam vtili quàm directa necessarium prorsus est ad actionem Præscriptis verbis recurrere. Nec enim nudum pactum interuenisse videtur, quoties certa lege traditum quid probaretur *leg. si dominus 8. supr. hoc tit.* Multo magis idem dicendum est, si is, qui annulum suum tradidit, vicerit, eumque per actionem Præscriptis verbis repetere velit, quia multo euidentius est in hoc casu contractum esse συναλλαγμα, & esse hunc contractum innominatum, *Trado vt mihi restituas, si vincam, & præterea annulum alterius*, vt idem Castrensis notat, qui locum hunc sanè omnium diligentissimè, vt ferè solet, tractauit. Sequitur,

a *Nec enim recipienda est Sabini opinio.* Putabat ergo Sabinus in specie huius §. non posse agi Præscriptis verbis cum eo, qui annulos asseruandos accepisset, vt victori darentur, illa ratione, quod & furti & condictione furtiua cum eo agi posset. Improbat autem Vlpianus & Sabini opinionem hãc, & opinionis rationem. Propterea quod non possit verè quisquam dicere factum sibi furtum esse eius rei nomine, cuius neque dominium, neque possessionem vnquam habuerit, cùm furtum nihil aliud sit quàm rei alienæ contrectatio inuito domino, & vsus seu possessionis interuersio *l. 1. §. vlt. infrà de furt. l. si vendidero 80. §. vlt. iunct. l. si is, qui rem 66. §. 1. eod. l. si homo 35. de vsucap.*

RAT. DVB. Etiam creditori, pignoratitio, fullo-ni, sarcinatori, & commodatario datur furti actio *l. itaque fullo 12. in princ. & §. sed etsi res l. creditori 87. eod.* Et tamen nemo istorum aut dominium, aut veram possessionem habent, cùm pro alieno possideant *l. pignori 13. de vsucap. l. rei commodatæ 8. & sequ. supr. commod.*

DEC. Is cuius ex honesta causa interest rem non subripi, actionem furti habet, si modò rem tenuit ex domini voluntate, velut is, cui res locata est, & fullo & sarcinator, & alij supradicti *l. is cuius interest 85. iunct. l. cuius interfuit 10. & sequen. l. fullo 90. eod. tit.* Interest autem istorum omnium, quia custodiam præstare tenentur, *dict. l. itaque fullo 12. eodem §. furti instit. de oblig. quæ ex delict. nascunt.* In proposita verò specie victor non potest videri annulum à

BIU Cujas

victo datum habere ac tenere, qui neque dominus, neque possessor eius vnquam fuit. Multò minùs eum tenere ex domini voluntate priusquam fuerit ei traditus ab illo, qui restituendum susceperit, nec rursus quicquam eius interest ratione custodiæ, quam domino præstare nullam debet. Ergo neque furti actionem, nec proinde furtiuam condictionem habere potest. Nam & difficile est, vt ipsi domino, si nunquam possederit, furtum fiat, & furti actio competat, de quo nostri tractant ad *l. siue manifestus* 10. § *tandiu & legib. seqq. sup. de condict. furt. & ad d. l. si homo* 35. *de vsucap.*

b *Planè si inhonesta causa sponsionis fuit.* RAT. DVB. Ei qui ob turpem & inhonestam causam aliquid dedit, aut tradidit, repetitio concedenda non est, quia cùm par vtriusque causa est, melior esse debet condictio possidentis *leg. 3. & 4. supr. de condict. ob turp. caus. l. vlt. de condict. sin. caus.* Atqui ponimus sponsionem factam esse ex inhonesta causa & illicita, putà in lusu aleæ. Ergo nequidem proprij annuli repetitionem habere debet is, qui ob talem sponsionem dedit.

DEC. Fieri potest, vt sponsionis causa inhonesta, & turpis fuerit, quantum ad spondentes, sed non tamen quantum ad eum, qui suscipit, qui multo turpius facturus sit, si quod accepit, restituendum nolit restituere. Ergo ei qui annulum tradidit & reposcit, non potest is, qui accepit, turpitudinem obiicere, quæ ad alios non ad ipsum pertinet. Et ita benè Accursius. Sed sui tantùm annuli repetitionem victor habebit, non alieni, quamuis vicerit, quia nec iusta potest esse victoria ex inhonesta & illicita sponsione, & quicquid huiusmodi malis artibus quis lucratur, nec lucrari credendus est, sed restituere cogitur *l. 1. & tot. titul.* vbi diximus *supr. de aleator.*

18. IDEM libro 30. ad Edictum.

SI apud te pecuniam deposuerim, vt dares Titio, si fugitiuum meum reduxisset, nec dederis, quia non reduxit: si pecuniam mihi non reddas, melius est, Præscriptis verbis agere: non enim ambo pecuniam, ego & fugitiuarius deposuimus, vt quasi apud sequestrem sit depositum.

Ad l. Si apud te 18.

RAT. DVB. Cùm pecuniam apud te deposui ea lege, vt eam Titio dares, si fugitiuum seruum meum reduxisset, nec dederis, quia non reduxit, neque tamen mihi velis reddere, nulla mihi contra te actio danda esse videtur, ne quidem Præscriptis verbis, quia neque conuentio inter nos vlla de eo intercessit, vt mihi redderes, sed vt Titio, neque rursus imputari tibi potest, cur non Titio dederis, quia non fuisti obligatus mihi, vt eam pecuniam Titio dares, nisi sub ea condicione, si seruum meum reduxisset, quem porrò non reduxit. Ergo nec si ex pacto dari posset actio, vlla tamen hîc danda esset, quia de reddenda mihi pecunia, neque pactum vllum intercessit, de quo dubitari possit, an nudum sit, annon.

DEC. Plerunque accidit, vt extra id, quod agitur, tacita obligatio aliqua nascatur *l. is qui commodatum* 13. *in fin. suprà commod.* Id verò in proposita specie contingit. Nam cùm id duntaxat ageretur inter me & te, vt tu pecuniam meam penes te depositam Titio dares, si is seruum meum fugitiuum reduxisset, id tamen quoque inter nos tacitè actum proculdubio fuit, vt si eam pecuniam Titio dare non deberes, quod is fugitiuum non reduxisset, deberes mihi reddere. Quo enim iure penes te manere deberet, qui eam à me, nonnisi titulo Depositi habuisses? Nam quod Accursius ponit fuisse à me translatum in te pecuniæ dominium, ridiculum est, pugnatque disertè cum verbis Vlpiani, qui pecuniam depositam esse scribit. Et longè grauior eiusdem Accursij error in eo est, quod rationis loco adfert, non posse quemquam pro re sua Præscriptis verbis agere, vt nec alia, inquit, personali actione qualibet, quasi per actiones personales intendamus dari nobis oportere, id est, rei de qua agitur, dominium in nos transferri, quod rei nostræ non conuenit, quæ magis nostra fieri non potest §. *sic itaque instit. de action.* Nam vt iam olim contra Accursium Castrensis disputauit, an non actiones Depositi, Commodati, Pignoratitia, & aliæ similes sunt personales, nec eo minus tamen dantur domino ad rem propriam repetendam? Quia nimirum non sunt condictiones, nec competunt ad rem dandam, sed ad eam restituendam, quod longè diuersum est. Omnes condictiones sunt actiones personales, & per eas intendimus dari quid nobis oportere, sed non omnes actiones personales sunt vicissim condictiones. Actio autem Præscriptis verbis multo minus, quæ nec ad dandum comperit, nec ad restituendum, sed ad id quod interest factum esse, quod fieri debuit *l. naturalis* 5. § 1. *& seq. & pass. suprà hoc tit.* Ergo nihil causæ est, cur cum Accursio huius legis verba illa prima, *Si apud te pecuniam deposuerim*, sic interpretemur, vt dominium huius pecuniæ in te translatum sit, quàm apud te depositam fuisse lex ponit. Sed si deposita tantùm pecunia fuit, cur non per actionem Depositi repetitur, & quid necesse est ad actionem Præscriptis verbis recurrere? Rationem adfert Vlpianus his verbis sequentibus, *Non enim ambo pecuniam, ego & fugitiuarius deposuimus, vt quasi apud sequestrem sit depositum.* Sensus est, neque verum depositum hoc esse, neque sequestrarium. Non verum, quia non deposui ea lege adiecta, imò nec ea mente, vt mihi redderes, sed vt Titio fugitiuario, quem sperabam ita persecuturum seruum meum fugitiuum, vt eum reduceret. Dicebantur enim fugitiuarij illi, qui fugitiuos seruos ita persequebantur, vt eos à fuga reducerent, suisque dominis redderent, accepta in eam rem pecunia. Eratque officium hoc in Republica valde necessarium in tanta fugitiuorũ seruorũ copia, de quibus in *l. 1. in fi. C. Theod. si vagũ petat. mancip.*

mancip. libr. 10. & apud Cuiacium *libr.* 5. *Obseru. cap.* 8. Ergo cùm huius depositionis conditio nondum impleta sit, non possum depositi agere *l. si quis adfirmauit* 9. §. *Labeo aliàs l. si oleum supr. de dolo.* Non sequestrarium, quia solus ego deposui, non ego & fugitiuarius. Nec enim depositum sequestrarium fit, nisi cùm ambo de re aliqua contendentes eam deponunt penes tertium aliquem, vt eam reddat victori, vt diximus ad §. *vlt. legis præcedentis ex l. ei apud quem* 5. §. 1. *& seq. & l. licet* 17. *in princip. & §. 1. supr. depositi.* Consequés igitur est, vt in proposita specie, vt si pecuniam quam Titio dare debuisset, si fugitiuum meum reduxisset, nec dedisti, quia non reduxit, nec mihi quoque velis reddere, Præscriptis verbis actio mihi contra te danda sit *d.* §. *Labeo l.* 9. *supr. de dolo.*

19. IDEM libro 31. ad Edictum.

ROgasti me, vt tibi nummos mutuos darem: ego cùm non haberem, dedi tibi rem vendendam, vt pretio vtereris. si non vendidisti, aut vendidisti quidem, pecuniam autem non accepisti mutuam: tutius est, ita agere, vt Labeo ait, Præscriptis verbis: quasi negotio quodam inter nos gesto proprij contractus.

Ad l. Rogasti 19.

RAT. DVB. Si cùm me rogares, vt pecuniam mutuam tibi crederem, & ego non haberem, dederim tibi lancem, vel massam auri, vel quam aliam rem vendendam, vt eam venderes, & nummis vtereris, & vendideris, dicendum est pecuniam mutuam factam esse *l. rogasti* 11. *supr. de reb. credit.* vbi Vlpianus idem noster hoc ipsum disertè scribit. Ergo nil necesse est ad actionem Præscriptis verbis recurrere, quasi alio quodam negotio proprij contractus inter nos gesto, vt Labeo dicebat, cùm id ageretur inter nos, vt hoc negotij genere mutuum contraheretur.

DEC. Non potest mutuum esse, nisi de meo fiat tuum, & pecuniæ dominium in accipientem transferatur *l.* 2. §. *appellata sup. eod. ill. tit. de reb. credit.* Ergo ad contrahendum in hac specie mutuum, non sufficit venditam esse à te rem illam quam ego vendendam tibi dederam, nisi etiam illud concurrat, vt rei venditæ precium acceperis, quod in mutui causam conuerti potuerit, quomodo benè Accursius explicat ad illum locum, vbi & nos scripsimus. Ergo ad impediendum mutuum nihil interest, an non vendideris, an verò vendideris quidem, sed pretium non acceperis. Cùm igitur mutuum hîc contractum videri non possit, nec tamen dubitetur, quin negotium aliquod inter nos gestum sit, fatendum est quoddam aliud negotium esse proprij contractus diuersum à mutuo, & quod sicuti nomen proprium non habet, ita nec nominatam actionem illam potest producere, sed tantùm Præscriptis verbis ad hoc, vt nisi reddas mihi, vel rem ipsam, quam vendendam tibi dederam, vel pretium ex venditione debitum præstes mihi quanti mea interest, aut non vendidisse, aut pecuniam à me mutuam accepisse, & ita lex illa *Rogasti* ex hoc loco supplēda & interpretanda est.

1 ¶ Si prædium pro te obligauero: deinde placuerit inter nos, vt mihi fideiussorem præstares, nec facias: melius esse dico, Præscriptis verbis agi: nisi merces interueniat: nam si interuenit, ex locato esse actionem.

Ad §. 1. Si prædium.

RAT. DVB. Si te mandante prædium meum pro te obligauero & pignori dedero, quomodo factum fuisse ponit hîc Accursius, mandati actio competere potest, cùm mandatum interuenerit *l. 1. l. ex mandato* 20. §. 1. *& pass. supr. mandat.* Ergo non est necessaria mihi Præscriptis verbis actio ad indemnitatem consequendam, nec tantùm ad hoc, vt prædium liberes. Sed etiam vt mihi fideiussorem præstes ex pacto, quod cùm incontinenti post mandati contractum, qui bonæ fidei est, subiectum sit, actionem ex contractu proculdubio informauit, ex regula *l. iuris gentium* 7. §. *quinimò & §. adeò supr. de pact. l. in bonæ fidei* 13. *C. eod.* Et ita credidit Azo apud Accursium competere in hac specie actionem Mandati, & cum actione Præscriptis verbis concurrere, quod in libris nostris non esse nouum suprà diximus sæpius, præsertim ad *l. si vir* 12. *hoc tit. ex l.* 2. *C. de pact. int. empt. & vendit.* Mihi tamen Vlpiani verbis conuenientius videtur, vt dicamus in proposito casu solam Præscriptis verbis, non etiam mandati actionem competere, non solùm, quia non ponit Vlpianus pactum hoc de dando mihi abs te fideiussore tam citò & incontinenti appositum fuisse: imò potius ex interuallo iis verbis *Deinde placuerit inter nos.* Quid enim aliud est *deinde*, quàm *postea*, & quid *postea* in libris nostris, nisi *ex interuallo?* Sed etiam, quia mandati actio nunquam competit mandatario, nisi ad id quod abest, *l. inter causas* 26. §. *abesse & pass. supr. mandat. l.* 5. §. *pen. & vltim. supr. hoc tit.* Etsi autem vnicuique abesse intelligitur etiam id, in quo est obligatus *l. si quis mandatu* 28. *in fin. supr. de negot. gest.* In proposito tamen non videtur id dici posse, quia satisfactio pro solutione est *l. satisfactio* 52. *inf. de solu.* Satisfeciſſe autē videtur debitor, qui pro pecunia debita promisit, vel pignora, vel fideiussorem, si eo modo caueri sibi creditor voluit *l. si rem alienam* 9. §. *omnis pecunia sup. de pignor. act.* Ergo cùm in proposito placuerit inter nos, vt pro prædio à me pignorato præstares mihi fideiussorem, qui indemnitatem mihi repromitteret, nihil iā interesse mea videtur, vt nīu fideiussorē mihi præstes, quod si nō facias, quia mādati actio in eā rē cōpetere nō potest, nulla certè alia actio est, quā melio sit dari mihi cōtra te q̄ Præscriptis verbis,

vel ob hoc ipsum, ne disputandum habeam, vtrum competat mihi ex hac causa actio mandati, & vt possim consequi quanti mea interest, datum mihi esse à te fideiussorem, quem pro indemnitate mea conuenire possim. Sed addenda exceptio est quam Vlpianus hîc subiungit:

a *Nisi merces interueniat.* Nam si interuenerit, dat Vlpianus ex locato actionem. RAT. DVB. Ita demùm contractus Do vt facias, interueniente mercede, transit in locationem, cùm factum tale est quod locari soleat, vt scriptum est in *l. naturalis* 5. §. *at cùm do supr. hoc tit.* vbi docet Paulus adhibendam esse eo casu distinctionem, an factum tale sit quod locari soleat, nécne. Atqui nemo dixerit factum hoc pignorandi fundum suum pro alieno debito ex eorum numero esse, quæ locari solent, vixque alius in toto iure nostro locus præter hûc occurret, in quo accepta merces aliqua sit pro pignoratione. Licèt dici soleat, sed longè alio sensu, fructum rei esse, vel pignori dare licere *l. vlt.* vbi dicemus *infrà de vsur.* Ergo etiamsi merces interuenerit, non ex locato, sed Præscriptis verbis actionem mihi contra te competere dicendum est, vt in *d. §. at cùm do, & l. vlt. supr. de æstimat. act.* Et ita in hac quoque specie Accursius noster concludit, etiam cum actione ex locato informata per pactum, vt des mihi fideiussorem, posse actionem Præscriptis verbis concurrere ex *d. l. vlt. supr. tit. prox.* Ac ne quis miretur actionem ex Locato in hac specie dari, monet ita esse hunc §. accipiendum, vt non tam factum pignorationis locatum sit, quàm res ipsa pignorata, quod & Bartolus probat. Ego tamen probare non possum, qui video factũ ipsum pignorandi, quamuis regulariter locari non soleat, quia tale officium ab amicis, vt plurimum præstatur, ac proinde gratuito non pacta mercede, nihil tamen prohibet, quin locari possit, si quis tam auarè & sordidè agere cum amico velit. Paulus autem in *d. §. at cùm do*, non distinguit tantùm, an tale factum sit quod locari soleat, sed etiam vtrum locari possit in illis verbis *Quòd si tale factum sit, quod locari non possit, puta vt seruum manumittas.* Cùm igitur factum ipsum pignorandi locari possit, fatendum est, non tantùm cum Vlpiano in hoc §. sed etiam cum Paulo in *dict. §. at cùm do*, si locatum sit mercede interueniente, quæ modò in pecunia numerata consistat, locationem hanc esse propriè non contractum innominatum, ideoque sufficere actionem ex locato, nec præterea actionem Præscriptis verbis competere, quam si etiam posse competere Vlpianus credidisset, vtique expressisset, neque nobis diuinandi, aut contendendi materiam hanc reliquisset, longeque alia species est *dict. l. vltim. supr. de æstimat.* vt ad eam scripsimus.

20. IDEM libro 32. ad Edictum.

APud Labeonem quæritur: si tibi equos venales experiendos dedero, vt si in triduo displicuissent, redderes: tuque desultor in his cucurreris, & viceris: deinde emere nolueris. an sit aduersus te ex vendito actio: & puto verius esse, Præscriptis verbis agendum nam inter nos hoc actum est, vt experimentum gratuitum acciperes: non vt etiam certares.

Ad l. Apud Labeonem 20.

RAT. DVB. Cùm tibi equos meos, quos venales habebam, experiendos dedi hac lege adiecta, vt si intra triduum displicuissent, eos mihi redderes, tuque cùm desultor esses in his equis tanquam desultorijs certaueris & viceris, (desultoris enim nomine in hoc loco significatur ille, qui decurrit in certamine victoriæ causa) satisfacere tamen videris conuentioni, si eos reddas mihi, nec velis emere, quia verbis conuentionis liberum tibi fuit non emere. Ergo neque ex vendito agere contra te possum, quasi emeris, cùm neque emptio vlla inter nos contracta sit, neque conuentum de precio, sine quo esse emptio non potest *l. 2. §. 1. sup. de contr. empt.* neque Præscriptis verbis, quasi aduersus conuentionem feceris, cùm equos reddendo paratus sis conuentioni satisfacere.

DEC. Inter nos id actum erat, vt experimentum equorum meorum gratuitum acciperes, non etiam, vt in iis certares. Ergo si contra id quod inter nos actum est, certaueris, & viceris, non debet lucro tuo cedere, quod ex victoria consecutus es. Neque enim rem vllam cuiquam quæstui ante esse oportet quàm periculo eius sit, vt eleganter Pomponius scribit in *l. is qui commodatum* 13. §. *l. supr. commod.* Idque est quod ex hoc loco notat Bartolus, eum, qui rem experiendam recepit, debere quicquid interim ex ea re lucratur, domino reddere. Ideò autem actio ex vendito hoc casu non competit, quia nec venditio perfecta fuit. Multum siquidem refert, an venditio perfecta sit, an futura, vt distinguitur in §. *seq.* Sicut & an intra dies experimenti aliquid equis venalibus contigerit, an post diem, vt ibi dicemus.

1 ¶ Item apud Melam quæritur: si mulas tibi dedero, vt experiaris, & si placuissent, emeres, si displicuissent, vt in dies singulos aliquid præstares: deinde mulæ à grassatoribus fuerint ablatæ intra dies experimenti: quid esset præstandum? vtrum preciũ & merces, an merces tãtùm? & ait Mela, interesse, vtrum emptio iam erat contracta, an futura, vt, si facta, pretiũ petatur: si futura, merces petatur. sed nõ exprimit de actionib. puto autẽ, si quidẽ perfecta fuit emptio, cõ

petere

BIU Cujas

petere ex vendito actionem: si verò nondum perfecta esset, actionem talem qualem aduersus desultorem dari.

Ad §. 1. Item apud Melam.

RAT. DVB. Periculum casuum fortuitorum inter quos etiam est aggressura latronum, nonnisi ad dominum pertinet *vulg. l. quæ fortuitis 6. & l. pignus in bonis 9. Cod. de pignorat. act.* Nec enim vim maiorem præstare quisquam compellitur *l. si merces 25. §. vis maior supr. locat. l. contractus 23. in fin. de reg. iur.* Ergo si mulæ venales, quas tibi experiendas dederam, vt si placuissent tibi intra certum diem, emeres, si verò displicuissent, redderes, sed in dies singulos mercedis nomine aliquid præstares, deinde mulæ à grassatoribus ablatæ fuerint intra diem experimēti, dicendum est periculo & damno meo ablatus fuisse, non tuo, cùm dominus manserim, nec adhibendam esse distinctionem quam Mela adhibebat, an emptio iam contracta fuerit, an futura, cùm etiam post contractam emptionem nihilominus mancā dominus, quousque traditio mularum secuta sit, adeoque post secutam traditionem quandiu nec solutum precium, nec aliter eo nomine satisfactū est §. *venditæ Instit. de rei diuis. l. quod vendidi 19. l. vt res 53. supr. de contr. empt.*

DEC. Etsi palam est, venditorem manere dominum rei venditę vsque ad traditionem secutam. Constat tamen rei venditæ periculum à quo instāti perfecta emptio est ad emptorem pertinere, vt dixi ad *l gratuitam 17. §. si cùm mihi supr. hoc tit.* vbi rationem attulimus, & ad *l. necessariò 8. cum præced. sup. de peric. & commod. rei vendit.* Ergo benè Mela distinguebat, an emptio iam contracta esset, an futura, vt priore quidem casu precium nihilominus petatur, etiam post mulas peremptas, vt hinc notes obiter contra Cuiacium, non tantùm in Institutionibus, in quibus, vt ille ait, rudimenta tantùm quędam & elementa iuris proponuntur, sed etiam in Pandectis eandem proponi sententiam, quæ extat in §. *cùm autem instit. de empt. & vendit.* vt etiam post amissam casu fortuito rem venditam, priusquam traditio vlla secuta sit, preciū nihilominus ab emptore deberi, si verò futura tantùm & contrahenda fuit emptio, nihil nisi merces ex conuentione mihi debeatur. Illud tamen requirebat Mela, vt intra diem experimenti mulæ à grassatoribus interceptæ essent. Alioqui posset imputari tibi, cur intra diem præstitutum non dixisses, an mulæ tibi placerent, an displicerēt, & si displicuissent, cur eas non reddidisses. Proinde dicendum esset, ad te periculum & damnum mularum pertinere, licet casu fortuito amissarum, quoniam culpa tua casum præcessisset, vt in *l. si vt certo 5. §. sed interdum sup. commod. l. videamus 11. §. 1. & vlt. & pass supr. locat.* Debuerasenim dicere intra diem experimenti, an mulæ tibi displicerent, & eo casu eas reddere, cùm apud me non idem periculum fortassis incurrissent. Nulla igitur præcedente culpa tua damnum mularum meum erit, si perfecta emptio non fuit, & pro mulis amissis, nihil nisi paucorum dierum mercedem petere potero. Eorum scilicet, qui mularum amissionem præcesserunt. Quod si emptio contracta fuit, quia intra tempus præstitutum dixisti, mulas tibi placere, periculum, damnumque mularum amissarum tuum erit, sed mercedem petere potero, eius tantùm temporis quod præcessit emptionem, non etiam illius, quo mulæ tuæ fuerunt, cùm pro eo tempore vsus sis re tua, vt benè Castrensis interpretatur, addens quod & verum est, si quid lucri medio tēpore ex mulabus senseris, totum id ad te, nō ad me, vt in priore huius legis specie, pertinere, cùm pro illo lucro habeam mercedem, de qua inter nos conuenit. Sed in eo mancus fuit Mela, quod nihil expressit de actionibus, quibus ego, aut mularum precium perfecta emptione, aut ea non contracta mercedem petere possim. Cui quæstioni satisfaciens Vlpianus eadem Melæ distinctione retenta ait, quod & Mela sensisse videtur, siquidem perfecta fuit emptio, competere ex vendito actionem scilicet ad precium duntaxat, non item ad mercedem, si verò nondum perfecta esset, actionem talem qualem aduersus desultorem dādam esse diximus in prima specie huius legis, id est, Præscriptis verbis ad mercedem, sed cur non ex locato, cū merces interuenerit? vt in §. 1. legis præcedentis. Respondeo, quia in principali negotio non agebatur de ineunda locatione, sed tantùm de contrahenda venditione. Ideoque cum vno respectu posset videri contracta, quasi venditio, altero autem, quasi locatio meliùs & veriùs est agendum esse Præscriptis verbis, vt in *l. 1. & 2. supr. de æstimat. act.* nempe ad vitandum periculum malæ electæ incompetentis actionis.

2 ¶ Si cùm emere argentum velles, vascularius ad te detulerit, & reliquerit: & cùm displicuisset tibi, seruo tuo referendum dedisti: & sine dolo malo, & culpa tua perierit, vascularij esse detrimentum: quia eius quoque causa sit missum. certè culpam eorum, quibus custodiendum, perferendúmve dederis, præstare te oportere, Labeo ait. & puto, Præscriptis verbis actionem in hoc competere.

Ad §. vlt. Si cùm emere.

RAT. DVB. Si cùm argentum emere vellem, aurifex vascularius illud ad me detulerit, & vt fieri adsolet, inspiciendum apud me reliquerit, vt si displicuisset, redderem, & cùm displicuisset mihi, dedi seruo meo ad te referendum, & dum refertur, perierit, æquius est periculum ad me quàm ad te pertinere, nisi mandaueras mihi, per quem remitterem, & ego per eum ipsum remiserim, quoniam alioqui culpa aliqua imputari mihi potest, cur non magis idoneum hominem elegerim, vt rectè ac tutò perferri id posset *l. eum qui 10. §. 1. & l. sequ. supra commod.* Ergo verum esse non potest, quod Vlpianus hîc scribit vascularij esse detrimētum oportere, si neq; dolo malo, neq; culpa serui mei perierit.

DEC. Multum interest, cuius causa, an mea,

BIU Cujas

an tua argentum mihi inſpiciendum datum ſit. Periculum enim pertinere debet ad eum ex nobis, cuius cauſa negotium geſtum eſt, ſi qua ipſius, vel minima culpa inueniatur, alius verò nihil niſi dolum præſtare debet *l. ſi mei cauſa 12. ſupr. commod. l. ſi gratuitam 17. §. Papinianus ſupr. hoc tit.* Sed ſi vtriuſque cauſſa miſſum ſit argentum, debet vaſcularij, hoc eſt, tuum eſſe detrimentum non meum, ſi neque dolo malo, neque culpa quicquam factum ſit, aut à me, aut ab eo ſeruo, cui dediad te referendum *d. §. Papinianus l. argentum 20. ſupr. commod.* In propoſito autem vtriuſque negotium geſtum eſſe videtur, quia ſicuti volebam ego emere, ſi mihi argentum placuiſſet, ita & tu vendere: nihil ergo niſi dolum & culpam latam, aut leuem, ſiue meam, ſiue ſerui mei præſtare tibi debeo. Planè, quin etiam culpam illam leuem ſerui mei præſtare tibi omnimodo debeam nemo, dubitat, quia ſum in culpa malæ electionis, ſi eum ſeruum elegerim, qui non fuerit ſatis idoneus, cùm magis idoneum alium eligere potuiſſem & debuiſſem *d. l. quia non tam idoneum 11. ſupr. commod.* Et hoc eſt, quod Vlpianus hîc ſubiicit, addens ſe putare Præſcriptis verbis actionem hoc caſu competere, vt ſcilicet, ſi culpa mea, vel quod effectu idem eſt, ſerui mei detrimentum contigerit, ſarcire illud & refundere tibi debeam. Quænam enim alia poſſet actio competere, cùm venditio nulla inter nos contracta ſit? Iunge quæ nos ſcripſimus ad *d. §. Papinianus* & ad *l. 10. 11. 12. & 20. ſupr. commod.*

21. IDEM libro 2. Diſputationum.

QVoties deficit actio, vel exceptio: vtilis actio vel exceptio eſt.

Ad l. Quoties 21.

De huius legis ſententia & interpretatione iam ſatis multa ſcripſimus ad *l. 1. & l. quia actionum 11. ſupr. hoc tit.* neque hîc repetere neceſſe eſt. Illud tantum monere ſufficiat, intelligendam eſſe hanc legem generaliter ita, vt quoties directa actio deficit, quæ ex legis aut edicti verbis induci, & æſtimari ſolet, neceſſariò recurrendum ſit ad vtilem, quæ ex mente ac ſententia legis deſcendit per interpretationem prudentum ad legem, aut ad edictum. Dicitur enim hæc vtilis ad differentiam directæ. Quòd ſi latius pateat æquitas, quàm & verba & ſententia legis aut edicti, tunc quia non magis vtilis quàm directa actio locum habere poteſt, neceſſarium eſt auxilium actionis in factum ſubſidiariæ & prætoriæ, quæ deficere nũquam poteſt vbicunque non deficit æquitas, quia tam latè patet officium Prætoris quàm æquitas ipſa, cuius ille cuſtos arbiter, & magiſter eſt. Eadem circa exceptiones quoque diſtinctio adhibenda eſt. Sunt enim directæ quædam exceptiones Doli, Pacti, & aliæ huiuſmodi, quibus interdum deficientibus ſubſidio ſunt in factum exceptiones, quæ vtiles etiam dicuntur, quia competunt, aut dantur, & accommodantur ex æquitate. Siquidem, vt ſæpius docuimus, ciuilis legislator, qui omnia refert ad publicam vtilitatem ex prima illa lege duodecim tabularum, *Salus populi ſuprema lex eſto*, non aliunde æſtimat æquitatem quàm ex publica vtilitate, vt quicquid publicè vtile eſt, id quoque æquum eſſe exiſtimet, *l. 1. §. hæc autem ſupr. depoſit.* Iunge *l. 4. §. ſi à Titio 32. infr. de dol. mal. except.* Vide quæ Caſtrenſis ad hanc legem ſcripſit paulò aliter, ſed apertius tamen, & feliciùs quàm cæteri.

22. GAIVS libro 10. ad Edictum Prouinciale.

SI tibi polienda ſarciendáve veſtimenta dederim: ſi quidem gratis hanc operam te ſuſcipiente, mandati eſt obligatio. ſi verò mercede data, aut conſtituta, locationis conductioniſque negotium geritur. quòd ſi neque gratis hanc operam ſuſceperis, neque protinus aut data aut conſtituta ſit merces, ſed eo animo negotium geſtum fuerit, vt poſtea tãtùm mercedis nomine daretur, quantum inter nos ſtatutum ſit: placet quaſi de nouo negotio, in factum dandum eſſe iudicium, id eſt, Præſcriptis verbis actionem.

Ad l. Si tibi polienda 22.

Complectitur Caius in hac lege tres caſus, quorum duo priores nullam prorſus recipiunt dubitationem, nec dubitandi rationem, ſed tertius & poſtremus ſolus. Primus eſt, ſi tibi polienda, ſarciendáve veſtimenta mea dedero, & tu hanc operam gratis ſuſceperis. Quis enim dubitat, quin hoc caſu & mandatum inter nos contractum ſit, & mandati actio mihi competat? Neque enim hîc ratio illa obſtat, quæ in *l. naturalis 5. § penultim. ſupr. hoc tit.* quod mandatum gratuitum eſſe debeat *l. 1. §. vlt. ſupr. mandat.* Nam & hoc gratuitum eſt. Secundus caſus eſt, ſi mercedem in eam rem tibi dederim aut conſtituerim. Conſtat enim hoc caſu locationis, conductioniſque negotium inter nos geſtum eſſe, accedente mercede, ideoque locati & conducti actiones inter nos competere *d. l. 1. §. vlt. mandat. l. 2. locat. l. rogaſti 19. in fin. hoc tit.* Tertius caſus eſt, ſi neque gratis operam hanc ſuſceperis, neque protinus, id eſt, in ipſo contrahendo negotio, aut dederim, aut conſtituerim tibi mercedem. Sed eo animo negotium inter nos geſtum fuerit, vt poſtea tantum mercedis nomine daretur quantum inter nos ſtatutum eſſet. Hic verò caſus eſt, de quo ſolo in hac lege dubitatur, nõ quaſi actio mandati competere videretur, cùm appareat nõ magis hoc quàm priore caſu eſſe gratuitũ mandatũ quod ſpe futuræ

BIU Cujas

futuræ mercedis susceptum est: sed quia dubitari probabilius poterat, An non esset locatio, perinde acsi ab initio, vel data, vel constituta certa merces fuisset. Nam neque venditio ob id minùs ritè contracta intelligitur, quod precium ab alio posteà & ex interuallo certum constitutum sit *leg. vltim. C. de contrab. empt.* Quæ lex & constitutio Iustiniani ad locationem quoque à Triboniano porrecta est, licèt sub Caij nostri nomine in *l. si merces* 25. vbi scripsimus *supr. Locat.* Quidni ergo & in hac specie valebit locatio, vt & actiones locati & conducti locum habere possint, neque necesse sit ad actionem Præscriptis verbis descendere? Verùm pro decidendi ratione respondendum est, non magis posse locationem consistere sine mercede, quàm emptionem sine precio *leg. 2. §. 1. supr. de contrab. empt. d. l. 2. locat.* Mercedem porrò sicut & precium & in pecunia numerata, & in quantitate certa consistere debere. Proinde antequam de certa quantitate conuenerit, locatio nulla esse potest licet conuenerit inter nos de constituenda tibi & danda certa mercede, postquàm tu ex parte tua contractum impleueris, quia hæc non tam merces, quàm spes mercedis est. Et tamen iam inde ab initio negotium aliquod inter nos geri fatendum est, & quidem ciuile & φ in se habeat συνάλλαγμα. Aliud ergo negotium, quàm locationis inspecto scilicet initio quod semper inspiciendum est, præsertim verò in contractibus cùm quæritur de nomine ac iure contractus *leg. 1. §. si seruus deposuit 30. supr. depos. l. si procuratorem 8. in princip. Mandat. leg. si tantùm 12. supr. de S. C. Maced.* Cùm ergo contractus hic non possit dici locatio initio inspecto, quia de nulla certa mercede conuenit, ne quidem per relationem ad arbitrium alterius tertij, vt in *d. l. vlt. C. de contrab. empt. d. l. si merces 25. locat.* sed relatione tantùm facta ad arbitrium & voluntatem ipsorum contrahentium, in quorum potestate erat nunquam consentire *l. sub hac condicione 8. infr. de oblig. & action. l. stipulatio non valet 17. l. inter stipulantem 83. §. 1. de verb. oblig.* Fatendum est aliud esse & nouum negotium quod transit in speciem contractus innominati. Ex quo proinde non alia nasci actio potest, quàm in factum ciuilis, id est, Præscriptis verbis. Quod & Iustinianus noster scribit in §. 1. *Instit. de locat. & conduct.* Mihi quidem contra te, vt vestimenta mea mihi reddas: Tibi verò contra me, vt mercedem tibi præstem arbitrio iudicis aut potius boni viri, si de ea conuenire inter nos non possit. Nam quod addit Castrẽsis, si nulla mihi adsit vtilitas actionem de dolo te habiturum vt in *l. naturalis 5. §. quòd si faciam supr.* ad hunc casum non pertinet in quo fieri nequit, vt non aliqua mihi adsit vtilitas ex eo quod vestimenta mea polieris, & sarcieris, aliudve quid tale feceris propter quod etiam merces sibi debeatur.

23. ALFENVS libro 3. Digestorum à Paulo epitomatorum.

DVo secundum Tiberim cum ambularent: alter eorum ei, qui secum ambulabat, rogatus annulum ostendit, vt respiceret: illi excidit annulus, & in Tiberim deuolutus est. respondit, posse agi cum eo in factum actione.

Ad l. Duo secundum Tiberim 23.

RAT. DVB. Nullum negotium inter eos gestum videtur, qui cùm secundum Tiberim ambularent, & alter alteri qui secum ambulabat, annulum ostendit ad respiciendum, quamuis respicienti & incauto exciderit annulus, qui in Tiberim sit deuolutus. Nec enim id inter eos agebatur, vt negotium aliquod & συνάλλαγμα contraherent, seque inuicem obligarent. Ergo nec Præscriptis verbis nec in factum actio locum habere hoc casu potest.

DEC. Nullum quidem ciuile negotium inter istos deambulantes gestum est. Ideoque nec Præscriptis verbis actio locum habere potest, de qua planè non video cur nonnulli hanc legem intelligant, sed tamen negari nequit, quin aliquod negotium gesserint per mutuam traditionem & susceptionem annuli, postquam verum fuit dicere eum qui annulum accepisset, quamuis non nisi ad eum respiciendum & quidem oblectationis tantùm gratia, vt ponit Bartolus, eum annulum ab alio coambulante habuisse, ideoque obligatum exinde fuisse, vt redderet. Est enim hic casus ex iis in quibus extra id quod agitur, obligatio aliqua tacitè inducitur *leg. is qui commodatum 13. in fin. supr. Commod.* Ergo æquissimum est in hac quoque specie dari actionem aliquam ei cuius fuit annulus, in eum cui annulus excidit: non quidem de dolo, quia ponimus dolum nullum interuenisse, sed imprudenti & minus cauto amico annulum excidisse, sed in factum prætoriam & subsidiariam, de qua diximus in *leg. quia actionum 11. & l. quoties 21. hoc tit.* quæ datur etiam in eum qui nullius doli conscius sit vt in *l. naturalis 5. §. quòd si faciam supr.* dummodò non deficiat æquitas dandæ actionis. Quæ hic certè non deficit, cum debuerit cautior & diligentior esse is qui annulum in manu habebat, vt caueret ne incauto ei excideret. Ignorantia enim & incuria ista tam supina, quæ in amissione rei propriæ culpanda tantum esset, in alienæ rei contrectatione & amissione coercenda est *l. si constante 24. §. si maritus in fin. supr. solut. matrim.*

24. AFRICANVS libro 7. Quæstionum.

TItius Sempronio triginta dedit pactique sunt, vt ex reditu eius pecuniæ tributum, quod Titius pendere deberet: Sempronius præstaret, computatis vsuris semissibus: quantoque minus tributorum nomine præstitum foret,

BIU Cujas

quam earum vsurarum quantitas esset, vt id Titio restitueret: quod amplius præstitum esset, vt id ex sorte decederet: aut, si & sortem & vsuras summa tributorum excessisset, id, quod amplius esset, Titius Sempronio præstaret: neque de ea re vlla stipulatio interposita est. Titius consulebat, id, quod amplius ex vsuris Sempronius redegisset, quàm tributorum nomine præstitisset, qua actione ab eo consequi possit. respondit, pecuniæ quidem creditæ vsuras, nisi in stipulationem deductas, non deberi. verum in proposito videndum, ne non tam fœnerata pecunia intelligi debeat, quam quasi mandatum inter eos contractum: nisi quod vltra semissem consecuturus esset. sed nec ipsius quidem sortis petitionem pecuniæ creditæ fuisse: quando si Sempronius eam pecuniam sine dolo malo vel amisisset, vel vacuam habuisset: dicendum, nihil eum hoc nomine præstare debuisse, quare tutius esse, præscriptis verbis in factum actionem dari: præsertim cum illud quoque conueniisset, vt quod amplius præstitum esset, quàm ex vsuris redigeretur, sorti decederet. quod ipsum ius & causam pecuniæ creditæ excedat.

Ad l. Titius 24.

RAT. DVB. Videtur hoc casu contractum esse non quidem mutui, quod gratuitum esse debet, sed tanquam pecuniæ creditæ, (est enim pecuniæ creditæ nomen generalius, mutui verò specialius *l.2.§.creditum supr. de reb. credit.*) cùm & dominium translatum fuerit in accipientem & de fœneranda pecunia conuentum proponatur. Pactus enim fuerat Titius cum Sempronio, vt ex reditu pecuniæ trium millium, quam Titius Sempronio dederat tributum Sempronius præstaret quod Titius pendere deberet, computatis vsuris semissibus. Hoc præterea adiecto, vt quanto minùs tributorum nomine præstitum foret, quàm earum vsurarum quantitas esset, id Titio restitueret. Quod verò amplius præstitum esset, id ex sorte decederet, aut si & sortem & vsuras summa tributorum excessisset, id quod amplius esset, Titius Sempronio præstaret, nec obstare videtur quod supradicta conuentio finem & modum pecuniæ creditæ excedere videatur, non in eo solùm quod crediti lex est, vt tantundem reddatur, conuenit autem, vt in certum casum, vel nihil redderetur, vel minus, sed etiam, quia ex mutuo non debentur vsuræ citra stipulationem *l.3. Cod. de vsur.* quas hic tamen contrahentes ex pacto deberi voluerunt. Nihil enim vetat contractum pecuniæ creditæ ex pacto fines suos excedere, vt de mandato scriptum est in *l. naturalis 5. §. sed si facio supr. hoc tit.* Quod si contractus hic pecuniæ creditæ nomine ac iure censeri non potest, quidni saltem dicatur esse mandatum de fœneranda pecunia? Ergo vel creditæ pecuniæ actio, id est, certi condictio locum hoc casu habebit, vel actio mandati, vt non sit necesse ad actionem Præscriptis verbis confugere.

DEC. Conuentio quæ in specie huius legis inter Titium & Sempronium inita proponitur, non admittit, vt contractus hic pecuniæ creditæ videri possit. Nam in credito simul cum dominio periculum rei creditæ transit in accipientem *l. incendium 11. C. si cert. petat.* Hic verò non transit, cùm possit sors ipsa, vel tota, vel pro parte perire illi qui dedit, nempe si summa tributorum ad maiorem ascendat quantitatem, quàm quæ ex vsuris redigi possit. Itaque cùm in credito necesse sit id agi, vt tantundem reddatur, potest in hac specie fieri non solùm, vt minùs, sed etiam, vt nihil reddi oporteat, si fortè Sempronius eam pecuniam, vel sine dolo malo amisisset, vel vacuam & ociosam habuisset, vixque in tributorum solutionem (nam & hoc addendum est) sufficere tota quantitas potuisset. Ergo non est audiendus Sempronius si cõuentus ad sortem & ad vsuras dicat nullas se vsuras debere, quòd pecuniæ creditæ & fœnebris vsuræ nullæ nisi ex stipulatione debeantur *d. l.3. Cod. de vsur.* An ergo debebuntur actione mandati, quasi mandatum hoc casu interceserit, & fœnerandæ pecuniæ, & soluendorum tributorum? Nemo enim dubitat quin ex pacto incontinenti, post bonæ fidei contractum apposito vsuræ debeantur *leg. cùm quidam 17. §. ex locato infr. de vsur. l. initio 5. Cod. de pact. int. empt. & vendit. l. Publia 26. §. 1. supr. depos.* Sed tamen neque hoc dici potest, cùm actio Mandati non possit competere, nisi ex mandato *l. ex mandato 20. §. 1. supr. Mandat.* neque mandatum esse quod non sit gratuitum *l. 1. §. vlt. eod.* Atqui mandatum hoc gratuitum non est, cùm conuenerit, vt si quid Sempronius vltra semisses vsuras consequeretur, id lucro eius cederet, præter id quod absurdum est lucro eius rem aliquam cedere cuius periculo non sit *l. is qui commodatum 13. §. 1. supr. Commodat.* Concludendum igitur est, contractum hunc, cùm neque sit pecuniæ creditæ, neque mandati, esse contractum innominatum ex quo non alia nasci possit actio, quàm Præscriptis verbis, ac proinde tutius esse Præscriptis verbis in factum actionẽ dare. Negotium enim aliquod & quidem ciuile contractum esse inter Titium & Sempronium negari nõ potest, & obligatum ciuiliter Sempronium, vt id quod amplius ex vsuris redegisset quàm tributorum nomine præstitisset, Titio redderet. Quid? An non Præscriptis verbis actio stricti iuris est extra eas quæ de æstimato aut ex rerum permutatione dantur? *§. actionum Instit. de action.* In actionibus autem stricti iuris qui nescit vsuras pecuniæ fœnebris

citra

citra ſtipulationem deberi non poſſe, ne quidem ex pacto incontinenti appoſito *d.l.3.Cod.de vſur.* & hac ipſa lege. Eſt enim ius hoc proprium actionum & iudiciorum bonæ fidei *leg.iuris gentium* 7.§.*quinimò* & §.*adeò ſupr.de pact.l.in bonæ fidei* 13.*C.eod.* Qua ergo ratione poteſt actio hæc Præſcriptis verbis dari etiam ad vſuras? Accurſius noſter nihil aliud habet quod reſpondeat, quàm vt dicat, Actiones Præſcriptis verbis, licèt omnes, exceptis duabus ſupradictis, ſint ſtricti iuris, imitari tamen naturam earum quæ ſunt bonæ fidei, ad quarum ſimilitudinem accedunt *d.l.naturalis* 5.§.*penult.ſupr.hoc tit.* Sed in hoc egregie fallitur, quia vt ſæpius in præcedentibus diximus, ſimilitudo, quæ eſt inter actiones Præſcriptis verbis quæ ſtricti iuris ſunt, & actiones bonæ fidei quæ illis accedunt, tota in eo conſiſtit, quod pertinet ad dolum vel culpam ſiue latam, ſiue leuem, ſiue leuiſſimam, itemque cuſtodiam præſtandam, non etiam ad illa quæ ex ſtricti iuris & bonæ fidei differentiis proficiſcuntur. Et ratio diuerſitatis euidens illa eſt, quòd cùm quæritur quid veniat in contractum, an dolus tantum an etiam culpa, & an lata tantùm aut leuis, ſed etiam leuiſſima, quæ non niſi per diligentiam exactiſſimam excluditur, non hoc inſpicimus an cõtractus ſit bonæ fidei, an ſtricti iuris, ſed de hoc tantùm inquirimus, an alterutrius duntaxat, an verò vtriuſque contrahentis gratia contractus interpoſitus ſit *l.ſi vt certo* 5.§.*nunc videndum* 1.*ſupr. Commod.l.ſi gratuitam* 17.§.1.*& ſeq. hoc tit.* At cùm quærimus de vſuris, aut fructibus, aut aliis acceſſionibus & præſtationibus, quæ in iudiciis bonæ fidei pleniores & vberiores fiunt quàm in ſtrictis §.*in bonæ fidei* 30.*Inſtit.de action.* non poſſunt actiones Præſcriptis verbis quæ ſunt ſtricti iuris, imitari actiones bonæ fidei, etiam ad quas propius accedant, eaſdemque habere præſtationes, quin hoc ipſo fierent in effectu bonæ fidei, à quibus tamen toto genere, totaque natura differunt *l.* 3.§.*in his quoque infr.de vſur.* atque ita & rerum & nominum fœda confuſio induceretur, quæ ſemper fugienda eſt *l.vlt.C.de legit. tutel.l.ſi idem* 7.*C.de codicill.* Dicamus itaque cum Caſtrenſi & Cuiacio, Vſuras in huius legis ſpecie deberi non tanquam ex pacto poſt contractum ſtricti iuris incontinenti adhibito, vt putat Accurſius, ſed tanquam ex contractu ipſo innominato qui pactum illud habuit inter cætera de ſemiſſibus vſuris præſtandis. Quoties enim aliquid traditur, vel datur certa lege, id eſt, certo pacto in ipſa datione, vel traditione adhibito, iam non pactum veſtitũ cohærentia contractus, ſed contractus ipſe eſt *l.ſi dominus* 8.*ſupr.hoc tit.l.rebus* 6.*l.vlt.C.de rer.permut.*

25. MARCIANVS libro 3. Regularum.

SI operas fabriles qui ſerui vice mutua dediſſet, vt totidem reciperet: poſſe eum præſcriptis verbis agere: ſicuti ſi penulas dediſſet, vt tunicas acciperet: nec eſſe hoc contrarium, quod ſi per errorem operæ indebitæ datæ ſunt, ipſæ repeti non poſſunt. nam aliud dando, vt aliud reddatur, obligari iure gentium poſſumus. quod autem indebitum datur, aut ipſum repeti debet. aut tantundem ex eodem genere: quorum neutro modo operæ repeti poſſunt.

Ad l.Si operas 25.

RAT. DVB. Cùm quis ſerui ſui fabriles operas vice mutua dedit, vt totidem ab alterius ſeruo reciperet, nec dominus alterius ſerui patitur, vt à ſe promiſſas operas ſeruus præſtet, fruſtra videtur dari in hanc rem Præſcriptis verbis actionem ad datas operas recipiendas, cùm nec operæ quæ indebitæ datæ ſunt, repeti poſſint, neque illæ ipſæ, neque aliæ, quia iam non eædem erunt cum iis quæ debebantur, nec ſi eiuſdem hominis ſint, & eidem perſonæ exhibeantur *l.ſi non ſortem* 26.§.*libertus ſupr.de condict.indeb.* vbi additur hanc ob cauſam earum æſtimationem ſoluendam eſſe. Quæ tamen per actionem Præſcriptis verbis peti nunquam poteſt, nempe quoniam aliud eſt, Res ipſa, aliud vero Rei æſtimatio *l.ſi alij* 42.§.1.*ſupr.de vſufr.* Præſcripta autem verba conuentionis oſtendunt nihil inter cõtrahentes de fabrilium operarum æſtimatione præſtanda actum eſſe, ſed de ipſis operis. Ergo ſicuti operæ indebitæ ſi ſolutæ ſint, repeti non poſſunt, ſed earum duntaxat æſtimatio, & quidem eo caſu quo de fabrilibus & artificialibus operis tractetur (de quibus idcirco in hac lege agitur, non de officialibus, quæ cùm nunquam indebitæ eſſe poſſint, condictione indebiti nunquam repetuntur, nec earum æſtimatio *d.* §. *libertus in princip.*) conſequens videtur, vt per actionem Præſcriptis verbis in hac ſpecie peti non poſſint. Quid enim aliud eſt agere de recipiendis operis quam datas repetere? Sed & bona videtur eſſe conſecutio, vt quod indebitum repeti non poteſt, per condictionem indebiti, nec ſi debitum ſit, peti poſſit, cùm quicquid repetitur, etiam petatur. Neque tamen ſimiliter conſequens eſt, vt ſicuti operarum indebitarum condictio non eſt inutilis, quia per eam conſequitur actor ipſarum æſtimationem, ita nec inutilis futura ſit actio Præſcriptis verbis. Nam in condictione indebiti facile poteſt euenire, quod & ſæpius euenit, vt aliud petatur, aliud verò reddatur, vt ſcriptum eſt in *d.*§.*libertus*. At ex contractu innominato, in quo nihil de præſtanda æſtimatione dictum ſit, nunquam præſtari poteſt æſtimatio, tanquam æſtimatio, ſed omnimodo id quod intereſt contractum impletum eſſe, vt ex omnibus ferè huius tituli legibus apparet, præſertim verò ex *l.naturalis* 5.§.1.*& §.at cùm do hoc tit.* & ex aliis quæ actionem hanc ideò incerti vocant. In eo autem quod intereſt, æſtimatio non continetur formaliter, ſed tantùm eminenter, quoniam id quod intereſt, excedit plerunque iuſtam rei æſtimationem *l.* 1.*ſupr.de action.empt.l.in interdicto* 6.*infr.Vnde vi.* Non ergo videtur actio Præſcriptis verbis cadere poſſe in hanc ſpeciem de operis totidem recipiendis. Non quia eæ quæ iam præſtitæ ſunt, repeti non poſſint: (nec enim datur actio Præſcriptis verbis ad repetitionem eius quod datum eſt, ſed condictio ob rem dati re non ſecuta *dict.l.naturalis* §.*at cum do.& ſeq.l.ſi tibi decem* 7.*ſupr.*) ſed quia nec eæ quæ præſtari

BIU Cujas

debuerunt, neque præstitæ sunt, præstari amplius possunt, cùm alię esse cœperint, quàm quę præstari debuerunt *l. quia aliæ 12. iunct. l. 3. in princip. & l. operæ 9. infr. de oper. libert. & d. §. libertus.* Nec rursus earum æstimatio, de qua nihil in conuentione dictum est, peti potest. Et ita dubitandi rationem hanc explicandam Castrensis putat à Marciano satis obscurè his verbis propositam, *Nec esse hoc contrarium, quòd si per errorem* quam difficilem & obscuram illud facit, quod non exprimit Marcianus, sed pro expresso supponit, si Castrensis interpretationem admittimus, æstimationem rei promissæ & debitæ per actionem Præscriptis verbis peti nunquam posse, & operas quæ per actionem hanc petantur, non eas esse posse, quæ promissæ ac debitæ fuerunt, sed alias, cùm non nisi præterito die quo præstari debuerunt, peti possint *d. l. 3. in princip. de oper. libert.* quę verò alio die præstantur, iam aliæ sint. Sed decidendi ratio est, quòd tùm quoque cùm aliud datur, vt aliud reddatur, nihilominùs obligatio iure gentium contrahitur, quoniam contractus omnes innominati non tantùm legem accipiunt ex conuentione, quomodo & contractus quoque nominati *l. 1. §. si conuenit supr. depositi. l. in conuentionalibus 52. de verb. oblig.* sed etiam naturam & substantiam. Tales enim contractus innaminati sunt, quales & cõuentiones quibus constant. Ergo etiamsi quid datum sit ea lege vt aliud reddatur, valet conuentio, valet contractus innominatus, & proinde nasci ex eo potest actio Præscriptis verbis per quam possit actor consequi quanti sua interest illud quod aliud reddi debuit, redditum fuisse. In proposito igitur, si fabriles serui mei operas tibi dederim, vt vice mutua totidem reciperem, nec tu patiaris totidem operas seruum tuum mihi præstare, agam contra te Præscriptis verbis, non vt datas operas repetam, aut quanti mea interest non dedisse, vt in *l. naturalis 5. §. vlt. supr.* nec vt totidem serui tui operas mihi præstes (neque enim aut hæc aut alia vlla actio datur ad faciendum, vt sæpius docuimus,) sed vt condemneris quanti mea interest fecisse te ac præstitisse quod inter nos conuenerat, si non totidem operas mihi reddas. Itaque non benè comparabitur actio Præscriptis verbis de operis recipiendis indebitarum operarum cõdictioni. Si quidem quod indebitum datur, aut ipsum repeti debet, aut tantundem ex eodem genere, quorum neutro modo repeti operæ possunt. At actio Præscriptis verbis competere potest ad hoc, vt etiam aliud reddatur quàm quod datum est, ac proinde vt pro decem operis fabrilibus quas seruus meus tibi præstitit, si non facias, vt totidē quamuis aliæ mihi reddantur, condemnari debeas in id omne quod mea interest te reddidisse. Quemadmodum si penulas tibi dedissem, vt tunicam à te acciperem. Et verò cùm operæ meæ fabriles, quas seruus meus præstitit, repeti non possint, neque tanquam indebitæ, quia debitæ re vera fuerunt, neque tanquam eæ ipsæ quæ præstitæ sunt, cùm iam sint aliæ, ranto iustius est dari mihi actionem Præscriptis verbis ad id q̃ mea interest, si non præstes mihi totidem serui tui operas fabriles. Non enim petuntur tanquam eæ ipsæ quas dedi, licèt reddendi & recipiendi verbo vsi fuerimus (ex quo dubitandi ad hunc locum ratio tota sumenda mihi videtur,) sed tanquam aliæ à te promissæ. Potest quidem Præscriptis verbis actio dari ex eo negotio, in quo conuenerit vt illud ipsum quod datum est, reddatur, vt in *l. si dominus 8. hoc tit.* Sed tamen dari etiam ex eo potest quo conuenerit, vt pro eo, quod datum est, aliud reddatur, vt in hac lege. Et ita legem hanc malo intelligere, quàm quomodo Castrensis intellexit, cùm nullum in tota hac lege de operarum æstimatione verbum sit, vt de ea Marcianum cogitasse credi possit. Neque verò dubitasse Marcianum, an præstanda esset æstimatio propter diuersitatem operarum, quomodo Castrẽsis putat, ex eo intelligimus, quod cùm de operarum æstimatione præstanda tractamus propter operarum diuersitatem, ad eas operas respicimus quæ non alia de causa aliæ essent, quàm quod suo tempore præstitæ non fuissent, quamuis hodie præstarentur. At in huius legis specie tractandum esset de ineunda æstimatione earum operarum, quæ ex conuentione essent aliæ, quàm quas dedisset is qui prior ex parte sua contractum impleuisset, id est, quas præstare ille debuisset qui alieni serui operas prior accepisset, non quæ ex alia parte præstitæ iam fuissent. Quod in condictione indebiti contingere nunquam potest. Illud planè admitto quod idem Castrensis ex hac lege recte probat etiam contractus innominatos esse iuris gentium, cuiusmodi sunt etiam nominati ferè omnes *l. ex hoc iure 5. supr. de iustit. & iur.* Nec eo minùs tamen quæ ex iis nascuntur actiones sunt ciuiles, & negotium quod geritur, ciuile dicitur, quia nulla actio est iuris gentium. Omnes sunt ciuiles, vt sæpe monuimus.

26. POMPONIVS libro 20. ad Sabinum.

SI tibi scyphos dedi, vt eosdem mihi redderes: commodati actio est. [a] si, vt pondus argenti redderes, quantum in illis esset, tantidem ponderis petitio est, per actionem præscriptis verbis: tam boni tamen argenti, quam illi scyphi fuerunt. sed si vt vel hos scyphos, vel vt eiusdem ponderis argentum dares, conuenit: idem dicendum est.

Ad l. vlt. Si tibi scyphos dedi.

RAT. DVB. Ex commodato non transfertur dominium in accipientem, quia commodati titulus non est habilis ad inducendam translationem dominij adeoque nec possessionis *l. rei commodatæ 8. & seq. supr. Commod.* Atqui ponit hic Pomponius me tibi scyphos dedisse. Quid enim aliud est dare quàm dominium transferre? *l. vbi autem 75. §. vlt. infr. de verbor. obligat. l. non videntur data 167. de regul. iur. §. sic itaque Instit. de action.* Ergo quamuis conuenerit, vt eosdem scyphos mihi redderes, commodati actio esse non potest.

DEC. Dandi verbum plerumque in conuentionibus accipitur impropriè pro tradendi *l. si dominus*

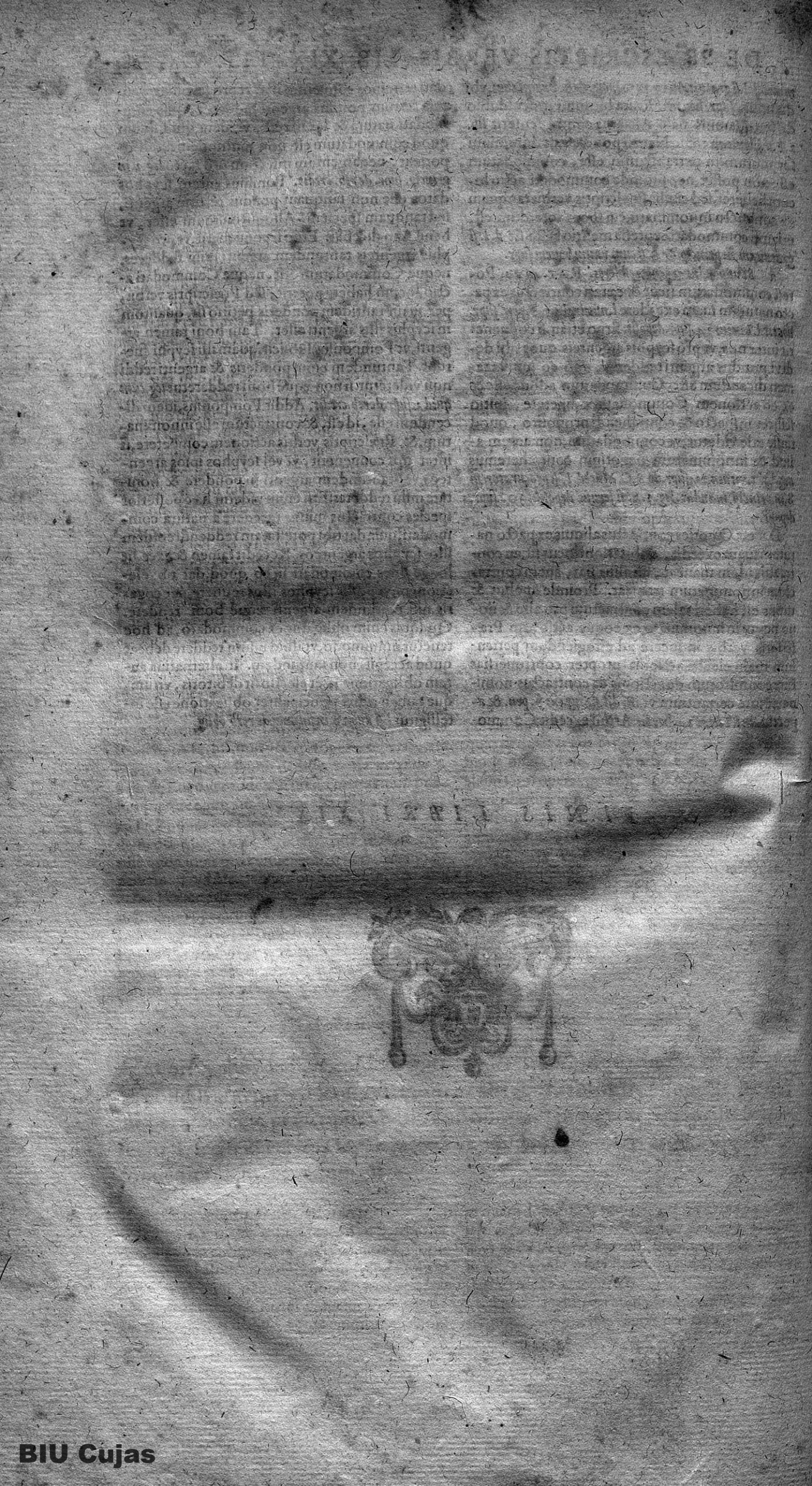
minus 8.l.si gratuitam 17.in princip.& §.Papinianus, vbi diximus, *supr. hoc tit.* Et ita hic sumi proculdubio debet, quamuis malè Alciatus contrà senserit *lib. 2.Paradox.cap.19.* Nam si poneremus dominium scyphorum in te translatum esse, commodatum esse non posset, nec proinde commodati actio locum haberet, sed ciuilis Præscriptis verbis tanquam ex contractu innominato, cui locus interdum est, etiamsi commodati expressa mentio facta sit *d.l.si gratuitam in princip.& §.si cum vnum bouem supr.*

a *Si vt pondus argenti redderes.* RAT. DVB. Potest commodatum sicut & cæteri contractus ex pacto naturam suam excedere *l.naturalis 5.§.pen. supr. hoc tit.l.Lucius 24.supr.depositi.* Ergo etiamsi conuenerit inter nos, vt pro scyphis argenteis quos tibi dedi vt pondus argenti redderes, non eo minùs tamen dicendum est, Commodatum adhuc esse & ex eo actionem Commodati competere, initio scilicet inspecto & contrahendi proposito, quod fuisse tale videtur, vt commodatum, non autem aliud & innominatum negotium contraheremus *arg.l.si tantùm 12.supr.de S.C.Maced.l.si procuratorem 8.in princip.mandat.leg.1.§.si seruus deposuit 30.supr. depositi.*

DEC. Quoties contractus aliquis ex pacto naturam suam excedit, dubitationi locus fit, an contractus idem maneat, an alius fiat, aut in contractum innominatum transeat. Proinde melius & tutius est haberi talem contractum pro alio & nouo negotio innominato, ex eoque actionem Præscriptis verbis inducere ad effugiendum periculum malè electæ actionis propter controuersias Iureconsultorum de actionis & contractus nomine ac iure certantium vt in *d.l.naturalis §.pen.* & apertius *in l.Titius 24.hoc tit.* Atqui excedit Commodati terminos conuentio illa, vt pro scyphis argenteis certum pondus argenti reddatur, quia commodati natura & lex illa est, vt idem illud ipsum quod commodatum est, non tantundem reddi oporteat, nec argentum infectum pro facto *leg.2.in princip. supr. de reb. credit.* Ponimus autem scyphos datos esse non tanquam pondus certum argenti, sed tanquàm speciem. Alioqui mutuum esset, vt benè Azo dicebat. Ergo si conuenerit, vt pro scyphis argenteis tantundem argenti mihi redderes, neque Commodatum erit, neque Commodati actio locum habere poterit, sed Præscriptis verbis, per quam tantidem ponderis petitio sit, quantum in scyphis illis argenti esset. Tam boni tamen argenti, vt Pomponius subiicit, quàm illi scyphi fuerunt. Tantundem enim ponderis & argenti reddi non videretur, si non æquè boni redderetur *leg.cùm quid 3.supr.de reb.credit.* Addit Pomponius, idem dicendum esse, id est, & contractum esse innominatum, & Præscriptis verbis actionem competere, si inter nos conuenerit, vt vel scyphos ipsos argenteos, vel tantundem argenti in pondere & bonitate mihi redderes. Etsi enim videtur hæc posterior species contractus minus recedere à natura commodati, quia dat tibi potestatem reddendi eosdem illos scyphos argenteos. Recedit tamen & excedit longè fines commodati in eo quod dat tibi electionem, vt possis scyphos illos retinere, nec cogaris nisi tantundem argenti æquè boni reddere. Quisquis enim obligatur ex commodato, ad hoc tenetur omnimodo, vt illud ipsum reddere debeat quod accepit, non tantundem. In alternatiua autem obligatione licèt electio sit debitoris, vtrumque tamen æque principaliter obligatione esse intelligitur *l.si duo 28.in fin.infr.de verb.oblig.*

FINIS LIBRI XIX.

BIU Cujas



BIU Cujas

BIU Cujas

BIU Cujas

RERVMET VERBORVM

IN TERTIAE PARTIS RATIONALIVM TOMVM

Vltimum INDEX locupletissimus.

PRIOR NVMERVS PAGINAM, Postremus columnam denotat.

A B

Abesse.

ABesse intelligitur etiam id in quo quis est obligatus pag.677.col.2

Ablatiuus, condicio.

Ablatiui absoluti licet conditionis figuram non exprimant, condicionis tamen vim habent pag.319.col.1.& 2

Absens.

Absens pro dissentiente potius quàm pro consentiente habetur pag. 122.col.2

Absens, solutio.

Absens præsumitur potius cessare in solutione propter absentiam suam, quàm propter malam fidem pag.621. & 622

Absurdum.

Quicquid absurdum est, id non modo falsum, sed etiam ridiculum & ineptum esse necesse est pag.440. col.1.

Abundans, superfluum.

Abundans non nocet, nec superfluum pag.116.col.2.in fin.

A C

Acceptilatio.

Acceptilatio licet non nisi imaginaria solutio sit, vim tamen veræ solutionis obtinet ad tollendam radicitus, & ipso iure obligationem pag.32. col.1

Acceptilatio venditionem resoluens non sua natura, sed iure ac conuentionis potestate valet pag.400

Acceptilatio vtilior est ad resoluendum contractum venditionis, aut alium similem, qui consensu perficiatur, quàm ad resoluendum contractum qui re tantùm perficiatur pag.400. col.2

Accessio, vsura.

Accessionum accessiones non sunt permittendæ, nec magis ex bonæ fidei iudicio, quàm ex stricto pag.181.col.1

Accessio.

Accessio accessionis est etiam accessio principalis pag.288.col.2

Accessionis ratione sæpe euenit, vt aliquid debeatur quod alioqui non deberetur pag.288.col.2

Accessiones neque aliis prosunt, neque ex aliorum persona, quàm qui habent propriam possessionem pag. 329.col.2

Nemo accessione sui authoris vti potest, nisi cum eius vitiis pag.517. col.2

Accessorium.

Vnum accessorium trahit ad se aliud accessorium pag.279.col.1.& 2

Accessorium non potest esse sine principali, potest autem principale sine accessorio subsistere pag.508.col.1

Acquirere.

Filiusfamilias acquirit patri volenti, quicquid acquirit, seruus autem domino etiam inuito pag 34.col.1

Totum ius nostrum partim in acquirendo versatur pag.34.col.1

Acquisitio.

Omnis contractus ex quo fit acquisitio, facti est non iuris, acquisitio autem iuris est, non facti pag.34.col.1

Cùm de acquisitione tractamus, non tam illud inquirimus, ex cuius pecunia solutum sit pretium, quàm cui res vendita sit & tradita pag.505.col.2

Actio contractus.

An in contractibus vltro citróque, siue æquè principaliter, siue non æquè principaliter obligatoriis actio possit ex vna tantùm parte competere? pag. 46.col.1.& 2.

Actiones incipere possunt ex contractu à personis heredum tanquam hereditariæ quæ nunquam ipsis contrahentibus competierunt pag.69. col.1

Actio bonæ fidei dari potest etiam ad resoluendum & distrahendum contractum, si id æquitas exigat pag.549. col.1.& 2

In contractu do vt facias, danti competit actio contra non facientem, licèt dederit id quod postea alienum esse apparebit, siue scienter, siue ignoranter datum sit pag.653.cap.1

Ex contractu facio vt facias, facienti contra non facientem competere posset etiam condictio si factum posset condici, an autem possit dari actio de dolo? pag.657.col.1

Ex venditione rei, vt alia reficiatur, oritur actio præscriptis verbis, quia contractus hic est innominatus pag. 658.col.1

An ex datione rei, vt quid fiat & detur, contractus sit do vt facias, & des, an facio vt facias, & quæ actio ex eo contractu proficiscatur? pag.660.col. 1.& 2. & pag.661.col.1.& 2

An ex contractu facio vt des, vel do vt facias, si aduersario nihil quæratur, competat actio præscriptis verbis, an de dolo pag.671.col.1

Ex contractu do vt facias, semper nascitur actio ciuilis ad id quod interest dantis fieri quod conuenit, nisi malit is qui dedit idipsum quod dedit repetere pag.671. col.1

Actio, contractus, seruus.

Ex pecunia data ad seruum manumittendum, an detur actio præscriptis verbis? & an, & quomodo dari possit condictio serui non manumissi, quia iam factus tamen est liber per constitutionem Diui Marci & Commodi p. 651.col.1

Actio, debitor.

Interest habere plures eiusdem indemnitatis debitores, vt & plures etiam contra eundem & eiusdem rei nomine actiones pag.566.col.2

Actio, dolus.

Actio de dolo non datur, quoties alia competit, siue sit prætoria, siue ciuilis pag.651.col.2

Actio, emptor.

An omnes actiones vtiles transeant in emptorem, etiam citra cessionem quamuis directæ remaneant penes venditorem? pag.47.in fi.

An vendita hereditate actiones hereditariæ postea competentes remaneant penes venditorem, an verò transeant in emptorem? pag.47.& 48

Emptor emens viciosam rem ab ignorante venditore, an habeat actionem quanto minoris ciuilem, an prætoriam, & de differentia vtriusque pag.479.col.1.& 2

BIU Cujas

Actio, fur.

An actione præscriptis verbis peti possit pretium conuentum pro iudicando fure, an actione de dolo pag. 668. & 669

Actio, heres.

Actiones & ab heredibus incipere possunt, & contra heredes, etiam ex contractibus defunctorum pag. 45. col. 2

An actiones omnes hereditariæ transeant in solidum in coheredem qui à coherede partem hereditariam emit? pag. 48. col. 1. & 2. & quomodo? ibid. circa fin.

Actio, interesse.

Omnes actiones bonæ fidei dantur ad id duntaxat quod interest, & desinunt competere, si desinat interesse, si non ad certum tempus relatæ fuerint in quo interfuerint pag. 18. col. 2

Actio, obligatio.

Obligatione commissa ad interesse ob dolum vel culpam, aliúdve maleficium quod effectum suum porrigat ad totum tempus, potest ab initio statim agi ad totale interesse pag. 578. c. 1

Actio, præscriptio.

Omnes actiones ciuiles sunt perpetuæ iure ciuili, nec vlli vnquam præscriptioni obnoxiæ fuerunt ante tempora Theodosij & Arcadij, qui præscriptiones 30. & 40. annorum introduxerunt pag. 55. col. 2

Actio, vendere.

Actio iniuriarum vendi non potest pag. 375. c. 2.

Actio ex vendito non minus ex pacto incontinenti apposito post contractum bonæ fidei nasci solet, quàm ex stipulatu actio ad id quod interest, nascitur ex stipulatione pag. 442. col. 2

Actio.

Actio negotiorum gestorum est personalis nullo modo priuilegiata pag 3. col. 1. & 2.

Actio mandati & actio negotiorum gestorum parem habent vtilitatem pag. 3. col. 1

Vnus ex casibus in quibus celeritate coniungendarum actionum vna occultatur pag. 65

Lex *qui restituere* 68. *de rei vindic.* pertinet ad vindicationes, cæteráque actiones arbitrarias, non etiam ad actiones bonæ fidei, & strictas pag. 21. in fin.

In actionibus bonæ fidei interdum vlu venit actionem contra aliquem ad hoc dari, vt is aduersus alium agere, etiam inuitus, cogatur pa. 27. col. 2

Actio restitutoria quando detur à prætore ex edicto de capite minutis? pag. 36. col. 2. & 37 col. 2

Actio personalis non potest nasci, nisi ex personali obligatione aliqua præcedente pag. 38. col. 1

Omnes actiones contrariæ sunt personales, nulla in rem pa. 38. col. 1

Omnes actiones directæ sunt personales, & differentia inter actiones directas & contrarias pag. 38. col. 1

Actiones contrariæ etiam exerceri possunt, licet directæ nondum habere locum possint pag. 46. col. 2

Actiones vtiles non prius competunt, quàm directæ pag. 48 col. 1

Inanis est actio sine effectu p. 62. c. 1

Differentia inter actionem ex empto, & stipulationem duplæ pag. 115. & 116

Exceptio iusti dominij Publicanæ actioni obici potest causa cognita pagin. 119. column. 2

Actio Publicana quomodo elidatur? pag. 119. & 120

Publicana actio contra dominum non competit pag. 119. & 120

Actio quælibet hoc ipso quod exercetur, statim consumitur pag. 127. col. 1

Actio stricta ex stipulatu est æstimatoria pag. 132. col. 2

Quæ sint actiones perpetuæ pag. 134. col. 1

Actio communi diuidundo generalior est, quàm actio pro socio pag. 153 col. 2

An actio pro socio & communi diuidundo possint concurrere? pag. 156. col. 1. & 2

Quoties vtraque actio ad rei persecutionem respicit, altera per alteram tollitur, non electione, sed perceptione pag. 157. col. 2

Quoties duæ actiones concurrunt, quarum vna plenior est altera, non potest minus plena consumere pleniorem pag. 158. col. 1

Actionibus furti & pro socio concurrentibus, vna per alteram non tollitur pag. 160. col. 1. & 2

In actionibus pœnalibus de eadem re concurrentibus, vel vna pœnali, altera rei persecutoria, altera per alteram non tollitur, secus in actionibus eiusdem rei persecutoriis, nisi pluris interfit actoris pag. 160. col. 2

Actionibus negotiorum gestorum, mandati, tutelæ, cum actione furti concurrentibus, altera per alteram non tollitur pag. 160. col. 1. & 2

Actio legis Aquiliæ quomodo actionem pro socio, aut aliam rei persecutoriam tollere possit? pag. 161. col. 1. & 2

Actio pro socio datur ad recuperandos sumptus in communem riuum factos pag. 170. & 171

Quæ sint actiones turpes? pag. 175. col. 1. & 2

Ex eodem negotio duplex actio nasci potest pag. 205. col. 2

Inanis est actio quam debitoris eludit inopia pag. 218 col. 1

Totum ius ciuile propter actiones comparatum est pag. 225. col. 1

Actio iniuriarum ante litem contestatam non est in bonis nostris, nec ad heredem transmittitur pag. 375. col. 1

Omnis exceptio præsupponit actionem, & actio obligationem pag. 375. col. 1

Actio facilius potest transmitti, quàm vendi pag. 375. col. 2

Nemo alienam actionem aut exceptionem cuiquam adimere facto suo potest pag. 446. col. 1

In actionem bonæ fidei veniunt omnia quæ contra bonam fidem fiunt pag. 450. & 451 col. 1

Quod vna actione experiri quis potest duarum materia præbere non debet pag. 467. col. 2

Actio noxalis contra bonæ fidei possessionem, & contra prædonem dari potest pag. 471. cap. 1

Actio extraordinaria cognitio dicebatur pag. 534. co. 2 & propriè persecutio dicitur magis quàm actio. ibid.

Differentia inter actionem legis Aquiliæ, & iniuriarum pag. 553. col. 2

Quod vna actione quis consecutus est, totum id ex altera actione deducendum erit, quia tanto minus interest pag. 591. col. 2

Actio oneris auersi malè oneris auersi appellatur pag. 593. col. 1. quibus competat? contra quos? & cur comparata? ibid. vnde dicta? vindicationis loco est col. 2

Actio oneris auersi ad quod competat, quas vires habeat, & an hodie sublata sit pag. 594. col. 2. & 595

Actio semel nata nullo casu superueniente amitti potest pag. 603. col. 1

Actiones propter eandem rem duæ simul exerceri possunt, quando vna est pœnalis, alia rei persecutoria, nec altera per alteram tollitur pag. 605. col. 2

Actio legis Aquiliæ est partim pœnalis, partim persecutoria pag. 605. col. 1. & 2. & pag. 606. col. 1

Duæ actiones rei persecutoriæ simul exerceri non possunt, ne bis idem exigatur pag. 606. col. 1

Quando locum habeant actiones legis Aquiliæ, & iniuriarum? pag. 613. col. 1. & 2

Diuersæ actiones vni competere possunt circa eandem rem, vt agendi habeat potestatem, dum ne bis idem consequatur pag. 627. in fin.

Datio rei æstimatæ vendendæ parit actionem præscriptis verbis pag. 635. col. 1. & 2. & pag. 636. col. 1. & 2. non ex vendito ibid.

Quoties de nomine alicuius contractus ambigitur, conuenit tamen aliquam actionem dari, danda est actio præscriptis verbis pag. 635. col. 1

De periculo malè electæ actionis pag. 635. col. 1

Omnis actio æstimatio est præscriptis verbis, sed non è contra pag. 635 col. 2

In actionibus præscriptis verbis æstimatoria, & ex permutatione locum habent omnia quæ in bonæ fidei iudiciis locum habent pag. 635. in fin.

Omnes actiones præscriptis verbis excepta æstimatoria, & ex permutatione sunt stricti iuris, quamuis similitudinem aliquam habeant cum bonæ fidei actionibus ad quas accedunt, similésque in multis habeant præstationes pag. 636. col. 1

Actio præscriptis verbis non dicitur, quia datur secundùm verba quæ in contractu interuenerunt, & secundùm id quod actum fuit inter contrahentes pag. 643. col. 1

Actio præscriptis verbis, vnde nomen habuerit? & qua ratione sic fuerit appellata? pag. 643. col. 1

Actio præscriptis verbis datur interdum ex pacto incontinenti apposito post contractum nominatum, præsertim qui sit bonæ fidei, adeóque licet sit stricti iuris pag. 643. col. 2

Actiones præscriptis verbis aliæ sunt, quàm quæ ex innominatis contractibus nascuntur pag. 643. col. 2

Actio præscriptis verbis potest cum alia actione concurrere pag. 644. col. 1

Actio præscriptis verbis ab Hotomanno dicitur actio perscriptis verbis pag. 644. col. 2

Actio præscriptis verbis non dicitur sic, quòd detur ex conuentione vti scripta est contra Cuiac. pag. 644. col. 2

Actio præscriptis verbis cur introducta? pag. 644. col. 2. & 645. col. 2

Omnes actiones præscriptis verbis quæ ciuiles sunt, directæ etiam sunt, nullæ vtiles pag. 644. col. 2. & 645. col. 2

Actio præscriptis verbis cur ciuilis dicatur? pag. 644. col. 2

Actiones in

BIU Cujas

Actiones in factum aliæ sunt ciuiles, aliæ prætoriæ, ciuiles non differunt ab actionibus præscriptis verbis pag.645.col.1

Quo casu actiones præscriptis verbis vtiles dici possint, & an à directis distinguantur? p.644.col.2.& 645.col.1

Actiones in factum prætoriæ cur introductæ? pag 645.col.1.& 2

Ex eo negotio ex quo dubitatur an sit actio, an quæ actio illa sit, competit actio ciuilis in factum, id est, præscriptis verbis pag.645.col.1 & 2

In maleficiis si nulla actio sit, aut si dubitetur quænam illa sit, datur actio de dolo pag.645.col.2

Ex traditione rei pretij explorandi gratia facta, competit actio in factum ciuilis, id est, præscriptis verbis pag. 646.col.1.& 2

Actio præscriptis verbis necessaria est, cùm nullum certum est & vsitatum nomen actionis ex aliquo ciuili negotio competentis, vtilis est cùm ex vno eodémque negotio plures actiones nasci & competere possunt, sed quænam magis competat dubitatur pag. 646.col.1.& 2

Cur ex contractibus iurisgentium actiones sint ciuiles? pag.647.col.2. & 648.col 1

Actio ex contractu innominato, do vt des, est stricti iuris, quę verò ex permutatione est bonæ fidei p.649.col.1

In actionibus stricti iuris quæ ad dandum competunt, tanti duntaxat lis æstimatur, quanti ea res est aut fuit quæ debetur, non quanti interest, excepta actione præscriptis verbis ex contractu do vt des proficiscente pag. 649.col.2

Ex contractu do vt des, nascitur actio præscriptis verbis, & dati condictio, an autem altera per alteram tollatur pag.649.col.2

Nihil vetat ex vno negocio plures actiones competere, dummodo ad diuersa, & hactenus vt eligendi arbitrium actor habeat, vtram exercere malit pag.650.col.1

Ex contractu innominato do vt facias si detur res aliena ignoranter in dantem ciuilis in factum actio datur, an autem ea detur in scienter dantem pag.652. c.1.in fi. & si detur in scientę, quomodo potest esse locus actioni de dolo quę non nisi in subsidium & qualibet alia deficiente danda est ibid. col.2.

Actio præscriptis verbis non nascitur ex contractu innominato in quo nullum contrahitur συναλλαγμα, sed ex eo ex quo nascitur συναλλαγμα pag.654.col.1

Actio præscriptis verbis datur aliquando tanquam competens ex vi & potestate contractus, aliquando verò nō nisi in subsidium, & quasi in vicem alterius actionis ex contractu competentis p.654.col.1

Actiones præscriptis verbis quæ ex contractibus innominatis nascuntur similes sunt actionibus quæ competunt ex contractibus nominatis, ad quos innominati illi propiùs accedunt pag.655.col.2

Cur ex contractu facio vt facias detur actio præscriptis ex contractu facio vt des nulla nisi de dolo pag.656. col.1.& pag.657. col.2

Actio præscriptis verbis dari potest si quo quomodo interfit actoris ob id quod ipse fecerit, licèt nihil interfit ob id quod aduersarius non fecerit pag. 657.col.1

Actio præscriptis verbis ex contractu facio vt des ad quid detur pag. 657.col.2

Actio præscriptis verbis ex contractu facio vt facias cōpetēs nō est similis actioni præscriptis verbis ex cōtractibus do vt des & do vt facias proficiscenti pag.657.col.2

Actio præscriptis verbis ex contractu facio vt facias proficiscens est similis actioni mandati quæ non datur nisi ad id quod abest actori pag. 657. col.2

Actiones præscriptis verbis cùm dantur ex contractibus innominatis ad similitudinem earum quæ dantur ex nominatis, ita dantur vt non possint ampliores præstationes habere, possint tamen habere minus plenas pag.658.col.1

Actiones præscriptis verbis quæ dātur ad id quod interest si sint similes actioni mandatis, dantur tantum pro eo quod abest actori, aliæ verò dantur ad omne quod interest in quo etiam lucrum continetur pag.661.col.2

Actio præscriptis verbis quæ datur ex contractu innominato numquam ad hoc competit vt quod datum est restituatur pag.661.col.1

Accepto liberatus vt aliquid præstet si nō præstiterit quod præstare debet, tenetur actione præscriptis verbis ad id quod interest liberantis pag. 661.col.1.& 2

Vbi deficit lex Aquilia, suppletur actione in factum prætoria pag. 662. & 663.col.1.& 2

Ex quasi contractu competit actio in factum prætoria pag.662.col.1

Actiones in factum prætoriæ latiùs patent quàm ciuiles. pag. 663. col. 1 ciuiles enim non nascuntur nisi ex ciuili aliquo negotio ibid.

Actio in factum prætoria subsidiaria est nec nisi deficiēte, actione præscriptis verbis datur pag.663.col.1

Actio in factum subsidiaria cur introducta pag. 663. col. 1

Ex pacto incontinenti appositō in contractibus siue stricti iuris siue bonæ fidei datur actio præscriptis verbis pag. 663 & 664.

Stultus est qui actionem habens ciuilem eligit prætoriam pag.664.col.1

In contractibus stricti iuris pactum appositum parit actionem præscriptis verbis, non quidem ad hoc præcisè vt fiat quod pacto comprehensum est, sed vt ob non factum id quod conuenit condemnatio fiat in id quod interest pag.664.col.1

Actio præscriptis verbis etiam incerti esse potest pag.664.col.2

Qui rei suæ custodiendæ causa alienam siue dolo, sed & cum causa perdit nulla actione tenetur, si dolo, tenetur de dolo, si sine causa, tenetur actione in factum pag.666.col.1

Ad actionem præscriptis verbis tum demum recurrendum est cùm vel certum est actionem nominatam nullam competere, vel saltem dubium est an ea competat pag.666.col.1

In omnib. conuentionib. in quibus dominium desinit ad priorem dominum pertinere si dubitetur quæ actio competat, præscriptis verbis agi potest pag.666.col.2

Quando datur damnum de non corpore in non corpus non competit actio legis Aquiliæ, sed in factum actio prætoria & subsidiaria locum habet pag.666.& 667.per totum

Lex Cornelia de sicariis cum actione pœnáque legis Aquiliæ potest concurrere pag 667.col.2

Actiones in factum etiam ex non facto interdū descendunt pag.668.c.2

Actio prætoria in factum est subsidiaria actionis de dolo eo casu quo dolo cessante actio de dolo dari non potest pag.669.col.2

De actione in factum doli subsidiaria & quando dari debeat? pag.671. col.2

Actio præscriptis verbis cōpetit ex contractu qui sit, sed qualis sit, ignoratur pag 671.& 672.

Ex datione alicuius rei inspiciendæ gratia datur actio præscriptis verbis si is cui res inspicienda data est, dicat se perdidisse pag.673.col.1.& 2

Actio præscriptis verbis potest concurrere cum alia actione quæ ex contractu similiter oriatur pag.673 col.2

Actio præscriptis verbis incerti actio plerumque appellatur pag. 673. col.2

Actio præscriptis verbis etiam domino dari potest pro re propria persequenda pag.673.col.2

Dominus potest pro re sua agere actione præscriptis verbis & actione personali contra Accursium pag. 676. col.1

Actio præscriptis verbis competit contra eum qui pecuniam accipit alicui reddendam si non reddat pag. 676. col.1 & 2

Actio præscriptis verbis competit contra eum qui rem vendendam accipit vt precium in mutuum conuertat si rem non vendat aut precium nō restituat vel non conuertat in mutuum pag.677.col.1.& 2

Actio præscriptis verbis nec ad dandum competit, nec ad restituendum, sed ad id quod interest factum non esse quod fieri debuit pag.676.col.2

Actio præscriptis verbis datur ei qui pro aliquo rem suam obligauit ea lege vt ille alius fideiussorem daret si non dederit pag. 677. col. 1. & 2. nisi merces interueniat quo casu competit actio ex locato ibid. & pag. 678. col.1.& 2

Actio præscriptis verbis domino datur contra eum qui rem experiendam recipit & ex ea interim aliquid lucratur vt reddat quicquid lucratus est pag.678.col.1.& 2

Actio ex empto cōpetit ex datione rei experiēdę causa, si emptio perfecta erat, si verò non erat, datur actio præscriptis verbis contra accipientem pa. 679.col.1.& 2

Quoties deficit actio vel exceptio, vtilis actio vel exceptio est pag. 680. col.1.& 2

Deficiente actione directa datur vtilis, deficiente vtili datur actio in factum subsidiaria & prætoria pag. 680. col.1.& 2

Actio præscriptis verbis competit ei qui aliquid fecit vt mercedem consequeretur si nulla ab initio fuit constituta, secus si ab initio fuit constituta, quia tūc competit actio ex locato, vel mandati si gratis factum est pag. 680.& 681.col.1 & 2

Perdens rem alienam sine culpa tenetur actione in factum, si nulla alia actio competat pag.681.col.1.& 2

Quæ sit similitudo inter actiones præscriptis verbis & actiones bonæ fidei quæ illis accedunt pag.683. c.1.

BIU Cujas

Actio præscriptis verbis potest dari aut ex eo negotio in quo conuenit vt illud ipsum quod datum est reddatur, aut ex eo in quo conuenit vt aliud reddatur pag.684.col.2

Actio præscriptis verbis datur ex omni contractu qui ex pacto aliquo naturâ excedit, quia tunc dubitari potest an contractus idem maneat, an alius fiat, an in contractum innominatum transeat, quod sufficit ad hoc vt actioni præscriptis verbis sit locus pag. 685. col.1

Actor.

Actori nunquâ præscribendum est cui plures actiones competunt quam debeat eligere, aut cur hâc potiùs quâ illam eligere debeat cùm sibi sit imputaturus si damnosam elegerit pa. 664.col.2.

Actum, Conuentio.

In omnibus conuentionibus generale est, vt nihil dicatur actum quandiu aliquid supereſt agendum pag. 266.col.1

Actus legitimus.

Qui dicantur actus legitimi? pag.2. col.2.

AD

Adcrescere.

In contractibus non est locus iuri adcrescendi pag. 301.col.1

Addicere.

Addicere est auctione constituta rem penes eum collocare qui pluris licitus fuerit pag.326 col.1

Addictio.

Addictio in diem quid sit? & quomodo fiat? pag.326.col.1.& 2

Addictio in diem, an puram, an cõditionalem faciat emptionem? pag. 326.& 327

Addictio post interitum rei admitti non debet pag.328.&329.col.1.& 2. & pag.330.col.1.& 2

Addictio non permittitur licet aliquid supersit ex re vẽdita, secus si aliquid supersit ex venditione ipsa pag. 330.col.1.& 2

Addictionis in diem pactum non committitur, nisi verus emptor existat & meliorem offerat condicionem pag. 333.col.1.& 2

Adfectio.

In actionibus strictis non habetur ratio interesse adfectionis, sed tantùm in actionibus bonæ fidei pag.656.col. 2. in fin.

Aditio.

Aditio hereditatis ex confusione debitum extinguit, & pro solutione est pag.366.col.1.etiam cùm hereditas soluendo non est ibid.col.2

Aditio hereditatis facit vt heres induat ipsam qualitatem, quæ defuncti fuit, siue debitor ille fuerit, siue creditor, cùm censeatur heres eadem persona cum defuncto pag.372.c.1

Aditione hereditatis etiam prædiorum seruitutes confunduntur pag. 373.col.1

Administratio, mandatum.

Pluribus mandatariis administratio mandata, in dubio singulis mandata in solidum intelligitur pag.130.col.2

Administratio.

Mandatarius & procurator sumptus bona fide factos repetunt etiamsi negotio finem adhibere non potuerint, modo careat culpa, itémque tutor, secus negotiorum gestor pag.118. & 119

Omnes liberam rerum suarum administrationem habere volunt pag. 443.col.2

Administrator.

Omnis admnistrator rei alienæ habet ius retẽtionis & reputationum pro sumptibus in re aliena factis pag.30. col.2

Administrator rei alienæ suã administrare non prohibetur pag.61.colum.1.& 2.

Administrator, Tutor.

An administratores & contutores teneantur singuli in solidum, an pro parte virili pag.129.col.2

Adrogator.

Adrogator est successor vniuersalis, sicut heres pag.198.col.1

Adrogatus.

Adrogatus cum suo capite transfert omnia bona sua in familiam aduocatoris pag.198.col.1

Aduocatus.

Aduocatus imperitus etiamsi per imperitiam malè consuluerit, si tamen dolo careat ex malo consilio non obligatur pag.28.col.2

Aduocatus cui promissum à cliente honorarium si litem vinceret, honorariũ perinde habere debet, ac si per sententiam obtinuisset pag.133.columna 2

Aduocatus debet habere honorarium, si operam suam præstare non potuerit, vel ab alio impeditus, vel à casu fortuito, qui in eius persona contigit p.603.col.1.& 2

AE

Ædes.

Venditis vel legatis ædibus ea omnia significantur, non solùm, quæ partem ædium aliquam constituunt, sed illa etiam, quæ propter ædes habentur pa.496.col.1.2

Ædium appellatione, quæ contineantur, quæ non? pag.497.& 498

Ædificare.

Pluris est impensa, quæ fit in ædificando, quàm sit pretium quod ex ædificatione accedit fundo pagina 49. in fin.

In solo alieno ædificare sine mandato licet, si fortè ædificationis impensam domino donatam ædificans velit, aut sibi deperditam pag.655.columna 2

Aedificia, Ciuitas.

Reipublicæ interest ædificia & vrbana & rustica extrui non destrui, nec ruinis deformari ciuitates pag.290. colum.1.

Ædificium.

Inserta & inclusa ædificio, quamuis affixa non sint, in dubio ædificij esse creduntur pag.519.col.1.& 2

Reipublicæ interest ædificia refici & ornari pag.598.col.2

Ædilis.

Aedilis curam habet publicarum viarum pag.428.col.1.

Æquipollens.

Ex æquipollentibus quid fieri non debet, quoties certa forma ab initio data est pag.7.col.2

Nihil refert quid ex æquipollentibus fiat pag.133.col.1

Æqualitas, Æquitas.

Æquitati nihil tam conueniens est quàm æqualitas, vnde & æquitatem dictam esse quidam putant pag. 253.col.1

Aequitas.

Æquissimo temperamento illud fit, quo neuter damnum sentit pagina 6.col.2

ÆS.

Æs cur dicatur alienum? pag.149. col.1

Æstimatio, Emptio.

Quomodo æstimari res vendita debeat, si per emptorem mora contracta sit pa.455.& 456.col.2.

Æstimatio, venditio.

De æstimatione rei venditæ, quæ in aliquo loco certo dari debuit, & de ea, quæ simpliciter dari debuit pag. 455.& 456.col.1

Æstimatio.

In condictione certi ex stipulatione, cùm lis æstimanda est ineunda est rei debitæ æstimatio, inspecto præcisè tempore litis contestatæ, vt in aliis iudiciis strictis pag.91.& 92.col.2

In ineunda rei æstimatione ex contractu stricto inspiciendum est præcisè tempus litis contestatæ pag. 93.c.1

Æstimatio facit transire periculum etiam casus fortuiti in eum, qui rem æstimatam acceperit pagin.165. col.1 & 2

Tanti est vnaquæque res quanti vẽdi potest pag. 450. col.1

De æstimatione quanti plurimi prudentes nunquam tractant, nisi cùm de actione legis Aquiliæ vel de condictione furtiua loquuntur pag.455.c.1

Æstimatio rei regulariter fieri debet ex communi hominum æstimatione pag.479.col.1

Quod sit augmẽtum vel detrimentum æstimationis accessorij propter moram contingens pag.502.col.1.& 2

Æstimatio facere solet emptionem, nec minus in dote quàm in cæteris contractibus, nisi quod dotis æstimatæ datio, non simplex & absoluta venditio est, sed cum illa adiectione dotis causa pag.533.col.1

Æstimatio regulariter facit emptionem, nisi cùm apparet eam alia mente factam fuisse pag.542.col.1.& 2

Æstimatio facere solet emptionem pag.638.col.1

An & quando æstimatio faciat emptionem, & quando transferat periculum rei æstimatæ in accipientem pag. 636.col.1.& 2.& 637

Æstimatio transfert periculum, tum quoque, cùm non facit emptionem pag.636.& 637

Quando æstimatio transferat periculum pag.636.& 637

Æstimatio duobus modis incerta dici potest pag.672.col.1

Æstimatio certa facit emptionem & transfert periculum in accipientem secus incerta pag.672.col.1

De operarum æstimatione, & quomodo ineunda sit? pag.683.c.1.& 2. & 684.col.1.& 2

Ætas, vsuræ.

Fauor ætatis facit, vt etiam citra interpellationem vsuræ debeantur pag. 24.col.2

AF

Affectio, æstimare.

In bonæ fidei iudiciis etiam adfectionis ratio habetur in eo quod interest æstimando pag.58.col.1

Affectio.

In bonæ fidei iudiciis etiam adfectionis ratio habetur p.438.col.2

Affectus.

In bonæ fidei iudiciis etiam affectus ratio habenda est p.114.col.1

BIU Cujas

A G

Agere, appellare.

Nemo inuitus agere aut appellare cogitur pag.19.in fi.

Agere, debitor.

Non est in potestate debitoris, an, & quando conueniatur, quomodo est in potestate creditoris, an & quando velit agere pag.459.col.2

Agere, excutere.

Actionem habens contra duos ex causa cogi potest vnum potius quàm alium eligere, nimirum eum, ex cuius facto & delicto alius conuenitur pag. 627.& 628

Agere, factum.

Ad factum nunquam agitur, sed tãtum ad id quod interest, ob non factum id quod fieri debuit pag.658.c. 2.in fin.

Agere, persequi.

Verbum *agere*, quid contineat? quid verbum *persequi*? pag.98.c.2

Agere, actio.

Nemo potest agere sine actione, & antequam ea nata sit p.50.c.1

Agere licet ad hoc solum, vt sciri possit & dignosci contra quem postea, vel qua actione agendum sit pag. 494.col.2

Agere licet contra aliquem ad hoc, vt agat ipse contra alios, vt si non agat in id quod prius agentis interest, condemnetur pag.495.in fin.

Quoties aliud agitur, aliud simulatè concipitur, non equidem valet quod simulatè concipitur, sed valet id quod reuera agitur, si aliud nihil obstet pag. 608.col.2

Agere licet aduersus aliquem ad hoc, vt ille agat aduersus alium pag. 629. colum.1. modò competat actio ibid.

A L

Alienare, socius.

Socius plus parte sua non potest alienare, licet totorum bonorum socius sit, nec semper suam alienare potest, excepto fisco pag.203.col.1.& 2

Alienare.

Liberare debitorem est alienare pag.69 col.2

Non alienat qui possessionem amittit pag.365.col.1

An per conuentionem quis possit facere, ne rẽ suam alienet, néve alienando dominium eius transferat pag. 502.col.2

Alienatio.

Alienatio & dominij translatio, non potest fieri, nisi cum sua causa pag.22. col.1

Alienatio fit cum sua causa pag. 304.col.1

Alimentum.

Alimentorum verbo non semper vestiarium continetur pag.667.col.1

Alluuio, lacus.

Lacus & stagna ius alluuionis non admittunt, flumina verò admittunt pag.307.col.1

Alternatiuum.

In alternatiuis, electio est debitoris, nisi creditor electionem illam sibi exceperit & retinuerit pag.252.in fi.

A M

Amicus.

Plerunque inuidias officij amico exhibendi premit amicum, vt ei non relinquat plenius deliberandi consilium pag.108.col.2.

A N

Antinomia.

Antinomia *l.inter causas 26. §. non omnia 6. D.mandat.* cum *l.si seruus communis 61. §. quod verò D.de furt.* pag. 66.& 67.col.1.& 2

Antinomia in *l.singularia 18.in fin. D.de reb.cred.* cum *l.qui negotia 34. D. mand.* pag.84.col.1

Antinomia *l.1.D. de penu legat.* cũ *l.si penum 24.D.quand.dies legat.ced.* pag. 207.col.1.& 2

Antinomia *l.datio possessionis 3.§ si emptor D.de act. emp.* cum *l.si stipulatus sis 4.in princ.D.de vsur.* pag.453. & 454.col.1

A P

Apparens.

Non entium, & non apparentium idem est iudicium pag.317.col.1

Appellare.

Quis debeat appellare pag.21.c.1

Appellatio, mandator.

An reus pẽdente appellatione mandatoris possit conueniri? pag.128.col. 1.& 2.

Appellatio.

Auxilium appellationis est iuris communis & necessarium ad corrigendam iudicati iniquitatem pag. 20.col.1

De appellatione & eius effectibus pag.128.col.1

Appellationis remedium plerunque suspectum est, imò & odiosum propter appellationes, quæ vt plurimum frustratoriæ sunt, nec nisi morandi causa interponuntur pag.20.col.1.& 2

Aduersus in iuriam iudicis, non aliud prõptius, aut certius auxilium est quàm appellationis pag.20.col.2

Approbare.

Absurdum est vnum eundémque actum pro parte approbari, & pro parte reprobari pag.494.col.2

A R

Arbiter.

Sententiæ arbitrorum, ad quos ex compromisso itũ est, omnino parere oportet, siue æqua sit, siue iniqua, adeò, vt nec ab eiusmodi sententia possit appellari, quia nec rei iudicatæ vim obtinet, nisi metu pœnæ p.213.col.2. & pag. 214. col. 1. secus iure nostro ibid.

Arbitrorum duo sunt genera, vnum eorum, qui ex compromisso arbitrium receperũt, & quorum sententię omnimodo standum est, siue æqua sit, siue iniqua, alterum eiusmodi, vt ad boni viri arbitrium redigi debeat pag.575. col.1

Qui habet arbitrium super facto non debet intelligi habere super termino fact.: & qui habet arbitrium prorogandi obligationem non potest terminum prorogare, nisi idipsum lege comprehensum sit vt vtrumque arbitro liceat p.575.c.2

Contrahens in cuius arbitrio positum est aliquid, ex contractu dependens est in dolo si aliter quam vt vir bonus fuit arbitratus p.575.c.2

Arbitrium, contractus.

Cõtractus, bonæ fidei in alicuius, vel contrahentium, vel tertij collatus censetur in arbitrio boni viri positus pag.574.& 575.col.1

In contractibus bonæ fidei plerunque viri boni arbitrium inesse credendum est, quod in stricti iuris contractibus subintelligeretur, quia hoc exigit bona fides pag.624.col.1.& 2

Arbitrium, stipulatio.

In stipulatione operis faciendi multa ex boni viri arbitrio æstimanda sunt, ne ad impossibile promissor obligatus videatur pag.624.col.2

Arbitrium, in arbitrio.

Mandatarij arbitrium boni viri continetur pag.131.col.1

Venditio, locatio, & stipulatio in alicuius arbitrium collatæ, nullæ sunt, si non arbitretur, nec alterius arbitrium suppleri potest pag.212.col.2

Arbitriorum duorum sunt genera, & quæ sit differentia inter vtrumque pag.213.col.1.& 2

Cõtractus in alicuius, siue contrahẽtis, siue extranei arbitrium collatus, in arbitrium boni viri censetur collatus pag.214. col.1. & 2. & pag.215.col.1.& 2

In omnibus bonæ fidei iudiciis res in alterius ex contrahentibus arbitriũ collata, in boni viri arbitrium cẽsetur collata pag.232.col.2

Arbor, vinea.

Appellatione arboris vineæ continetur pag.295.col.1

Arbor.

Arbor fundo coalescens partem fundi facit pag.295.col.1

Argentarius.

Si plures sint heredes vnius argentarij is tantũ reddere rationes tenetur qui eas habet pag. 199.in fi.

Argumentum.

Optimum in iure nostro & validissimum est argumentum à contrario sensu, quoties in contrario sensu non eadem iuris aut æquitatis ratio locũ habet quæ in sensu directo pag. 14. col.2

Valet argumẽtum à contrario sensu in contractibus quoque non minus quàm in cæteris pag. 116.col.1

Argumentum à minori ad maius valet negatiue non affirmatiuè pag. 440.col.2. valet autem à maiori ad minus affirmatiuè non negatiuè ibid.

Non valet argumentum de tempore ad locum nec contra pag. 456. col. 1.& 2

Arrha.

Arrharum dationis effectus pag. 268.& 269

Arrha, emptio.

Venditione perfecta & impleta, arrha actione ex empto peti potest, & condictione. pag.470 col.1.& 2.

Arrha.

Arrha dari solet in partem pretij si contingat postea perfici venditionem pag.470.col.2

A S

Assignatio.

Quid sit assignatio pag.299.col.1

B E

Bellum.

In bello punitur qui rem à duce prohibitam fecit aut mandata non seruauit licet benè ac feliciter rem gesserit pag.10.col.1

Beneficium.

Beneficium quisquis accipit hos

BIU Cujas

ipso se obligat ad *alterum* pag.2. col.1
Beneficio affici hominem interest hominis pag.4. col.1
An inuito beneficium dari possit? pag.9.col.2
Beneficio iuuari quem oportet non onerari, sicut nec decipi pag.31.col.1
Beneficium aliquando pro facto accipitur, adeóque quod mirabilius est pro malefacto, puta pro furto p.376.c.2

BI

Bibliotheca.
Bibliothecæ appellatione qui significetur pag.289.col.2

BO

Bona.
Ius alij quæsitum propter aliquem licet in dominio illius adhuc sit, magis tamen in bonis eius propter quem quæsitum fuit quam illius cui quæsitum est, esse videtur pag.27.col.1
Ea res in bonis esse dicitur si competat exceptio ad eam retinendam vel actio ad eam habendam pag.406.col.2

CA

Casus.
Nemo præstare debet casus fortuitos nisi qui eorum periculum in se receperit pag.66.col.1.excepta societate ibid.col.2
Suscipiens casus fortuitos etiam inopinatos & insolitos videtur suscepisse pag.319.& 320
potest quis in se recipere casum fortuitum pag.546.col.2
Casus fortuitus ille est qui nec præuideri nec euitari potest, ac proinde qui extra culpam est pag.547.col.1
periculum casus fortuiti etiam ad alium quàm ad dominum pertinere potest si ita conuentum sit pag. 602. col.1
Casus superueniens nõ liberat à pœna præcedentis culpæ & sufficit vt ab initio interfuerit pag.603.col.1
Causa.
Causa causæ est causa causati inspecta scilicet origine pag. 280.col.1
Duæ causæ lucratiuæ circa eandem rem & personam eãdem non possunt concurrere, possunt autem duæ causæ quarum vna sit lucratiua, altera onerosa pag.485.col.1.& 2
Causa proxima inspicienda non remota, quæ occasio magis est quàm causa pag.669.col.2
Cautio.
Cautio nuda repromissione significatur pag.22.col.2
In quibus actionibus cautio præstanda sit? pag. 22. col.2
Qui cautionem idoneam promisit per nudam repromissionem non liberatur, sed tantum per dationem fideiussoris, aut pignoris pag.127. 128
In actionibus bonæ fidei, pro socio, & communi diuidundo index prospicere debet cautionibus in futuro damno vel lucro pendente ex ea societate pag.155.& 156
Cautio circumueniendi animo interposita captio potiùs est quàm cautio pag.520.col.1
Cautio Muciana in iis tantum condicionibus locum habet quæ consistunt in non faciendo pag.625.col.2
Cautio omissa quæ præstari debuerat, repetitur actione in factum vel incerti pag.662. col. & 2.quando scilicet vsufructu pecuniæ legato pecunia data fuit omissa cautione.

CE

Cedere.
Quod est cedendum non prius eius est cui cedi debet, quam cessum sit pag.27.col.1.
Celare.
Celare est non admonere, vel quæsitum negare pag.451.col.1
Certiorare.
Certiorari non debet qui non ignorauit pag.451.col.2
Certum.
Certum etiam dicitur quod per relationem ad aliud potest certificari pag.276.col.1
Quid sit certum? pag. 300. col.1. in fi.
Cessio, soluere.
Cessio actionum soluenti competentium an fieri debeat in ipso actu solutionis, aut incontinenti post solutionem, an verò possit vtiliter fieri etiam ex interuallo pag.73.col.1.& 2
Cessio.
De actione quam quis debet alicui cedere, tenetur cedens facere quicquid vult cessionarius pag.27.col.1
cessio facta propter commodum cedentis eius periculo & sumptibus fieri debet, secus si propter commodum cessionarij pag.513.& 514

CI

Circuitus.
Circuitus inutilis semper est vitandus quantum fieri commodè potest pag.27.col.1

CL.

Clausula.
Clausulæ executiuæ in contractu appositæ quamuis amplæ sint, non tamen ampliant dispositionem pagin. 247. c. 2.
Clericus.
Clericum indecentem habitu laicali verberans non debet puniri si ignoret clericum pag.613 col.2

CO

Cogitatio.
Verecunda cogitatio eius est qui lites execratur pag.20.col.1
Collusio.
Collusio non fit sine dolo pag. 14 col.1 & pag.494.col.1 & col.1
Colonus, conductor.
Vim omnem maiorem cui resisti non potest, dominus colono præstare debet pag.559.& 560
Colonus, emptor.
Emptores fructuum à colonis separantur pag.584.col.2
Colonus, Emphyteuta.
Colonus ante cessationem solutionis intra biennium expelli nõ potest, Emphyteuta inter triennium, Emphyteuta Ecclesiæ intra biennium pag. 619.col.1.& 2
Colonus, locatio.
An sit propriè locatio? & an actio ex locato competat, vbi colonus est partiarius, & non vbi locatio etiam inita sit, non interueniente pecunia? pag.585.col.1.& 2
An locatoris successor singularis teneatur stare colono, si locatio in plures annos contracta sit? pag.596. col.1.
Colonus, successor.
Successor singularis non tenetur stare colono, quia personales actiones non transeunt in singularem successorem pag.595.col.2
Colonus.
Colonus de qua culpa teneatur? pag.427.col.2
Colonus est cui aliquis fundus colendus datus est pag.558.col.1
Colonus coloni non est colonus primi locatoris pag.575.col.1
Colonus partiarius non potest petere remissionem propter periculum fructuum pag.585.col.1.& 2
Colonus partiarius non tam colonus quàm socius est pag.600.col.2
Heres coloni quamuis colonus non sit, possidet domino pag.627
Colonus non potest agere condictione furtiua, sed potest agere contra dominum vt agat, potest tamen agere actione furti pag.629. col.1.& 2
Fructus non fiunt coloni facta separatione à solo, sed sola perceptione, id est, ita demum si eos ipse perceperit, aut alius ipsius nomine, siue colonus sit partiarius, siue nummarius pag. 629.col.2
Commendare, mandare.
Epistola & verba commendatoria non obligant, secus mandatoria pag. 41.& 42
Commendatio.
Commendatio generalis non obligat commendantes pag.283.& 284
Commercium.
Commercia introducta sunt à iure gentium pag.224.col.1
Neque liber homo, neque res sacræ & religiosæ sunt in hominum commercio pag.227.col.1
Commissoria.
Lex commissoria in contractu venditionis apponitur propter venditorem, non propter emptorem pag.230. col.1
Lex commissoria seu pactum, cur odiosum? pag.349.col.2
Lex commissoria quibus verbis fieri possit? pag.350.col.2
Condicio legis commissoriæ est negatiua pag.353.col.1
Lex commissoria in venditionibus non est improbata, licet sit odiosa pag.493.in fin.
Commissum, pactum.
Pactum commissorium imperitè vocatur pactum legis commissoriæ pag.349.col.1
Commissum, venditio.
Lex commissoria adiicitur venditioni, fauore solius venditoris, non emptoris, ideóque si ante non solutum precium res vendita perierit, perit ipsi emptori, non venditori pag.350. col.1.& 2
Commissum, venditor.
Venditor legem commissoriam inuitus exercere non cogitur pag.350. & 351.col.1.& 2
Commissum.
Quod commissum est, statim desinit eius esse, qui crimen contraxit pag.57.col.1
Committere.
Quid sit committere stipulationem? pag.349.col.2.in fin.
Commodans, actio.
Commodans vt commodetur, qua actione

BIU Cujas

actione agat, si non commodetur? & an præscriptis verbis? pag.674. col.1. & 2.

Commodans.

Commodans aliquid vt sibi quid aliud commodet, habet actionem præscriptis verbis, si res commodata perierit, non autem actionem commodari, quia commodatum non est, si non est gratuitum pag.674.col.1.& 2

Commodatarius.

Ex pluribus commodatarij heredibus is solus conueniri potest, qui rem commodatam habet pag.199.in fin.

Commune.

Arbor è fundo communi decisa, ad quem, & pro qua parte ad fundi condominos pertineat pag.219.& 220. col.1.& 2

Communicatio.

Communicatio nihil aliud est, quàm dominij translatio pag.135. col.1

Communio.

In communione iam contracta nemo quisquam inuitus manere cogitur pag.90.col.1.& 2

Discordias materia communionis excitare solet pag.143.col.1

Compensare.

An, & quando lucrum cum damno compensari debeat? pag.148. col.1. & 2

Compensatio.

In iudiciis, maximè bonæ fidei, locum habet compensatio culpæ pag. 163.col.2

Compensatio, licet ipso iure fiat, non tamen aliter fit, quàm si opponatur pag.351.col.1

Conciliatio.

Conciliatio *l. mandatum 2. §. aliena 2. ff. mandat.* cum *l. si quis mandatu 28. ff. de neg. & l si procuratorem 8. §. si quis mandauerit. ff. eod. tit. mandat.* pag.4.col.2

Conciliatio *l. si procuratorem 8. §. si quis 2. vers. quia & ipse, ff. mand.* cum *l. pen. §. item adiiciendum, ff. de diuers. tempor præscript.* pag.16.col.1.& 2

Conciliatio *l. idémque 10. ff. de mandat.* cum *l. à procuratore 13. C. eod. tit.* pag.23.col.1.& 2

Conciliatio *l. si sine 38. ff. de neg. gest.* cum *l. idémque 10. §. si procurator, ff. mand.* pag.25.col.1.& 2

Conciliatio *l.1. §. si te rogauero 11. & seq. ff. depos.* cum *l. idémque 10. §. si quis Titio. ff. mand.* pag.26.col.2

Conciliatio *l. idémque 10. §. si cui mãdauero, vers. & Papinianus ff. mand.* cum *l. quæ dotis 33 ff. solut. mat.* pag. 28.col.1.& 2

Conciliatio *l. si verò 12. §. idem Marcellus*, cum *l. vlt. in fin. ff. de solut.* pag.46.col.1

Conciliatio *l. si mandauero 21. §. 1. ff. mandat.* cum *l. si constante 24. §. quoties, ff. sol. mat.* pag.54.col.2. & cum *l. aliquando 13. §. vlt. ff. ad SC. Velleian.* ibid.

Conciliatio *l. licet 42. §. ea obligatio, ff. de procurat.* cum *l si mandauero 21. §. interdum ff. mandat.* pag.55.col.1

Conciliatio *l. si mandauero 21. §. is cuius bona 5. ff. mand.* cum *l. 2. C. de bon. proscript.* pag.57.col.1

Conciliatio *l. si seruus 31. ff. de pign. act.* cum *l. inter causas 26. §. sed cùm seruus, & l. si seruus 61. §. quod verò, ff. de furt.* pag.67.col.1

Conciliatio *l. si negotia 31.* cum *l. ita vt 36. §. 1 ff. mand.* pag.89.col.1

Conciliatio *l. si procurator meus 35. ff. de acquir. rer. dom.* cum *l. seruum Titij 49 ff. mand.* pag.107.col.2

Conciliatio *l. cùm is 32. §. vlt. ff. de cond. indeb.* cum *l. fideiussorem 52. ff. mand.* pag.111.col.1

Conciliatio *l. rescriptum 10. ff. de pact.* cum *l. si precedente 58. §. Lucius, ff. mand.* pag.122.col.1

Conciliatio *l. de quare 74. §. cùm absentem. ff. de iudic.* cum *l. si precedente 58 ff. mand.* pag.120.col.1

Conciliatio *l. in hoc iudicium 14. §. si inter socios, ff. commun. diuid.* cum *l. idémque 16. §. 1. ff. pro soc.* pag.144. col.2

Conciliatio *l. si margarita 44. ff. pro socio*, cum *l. si tibi 13. ff. de præscript. verb.* pag.159.col.2

Conciliatio *l. verum est 63. ff. pro socio*, cum *l. sunt qui 16. ff. de re iudic.* pag. 184.col.2

Conciliatio *l. verum est 63. §. 1 ff. pro socia*, cum *l. omnes 19. ff. de exception.* pag.185.col.1.& 2

Conciliatio *l. in huiusmodi 12. ff. de contrah. empt.* cum *l. immò eum 16. §. vlt. ff. de liber. caus.* pag.240.col.2.& 241. col.1.& 2

Conciliatio *l. quid tamen 14.* cum *l. cùm ab eo 4. §. 1. ff. de contrah. empt.* pag. 242.col.1

Conciliatio *l. eius, qui in prouincia, 41. versic. quas verò pecunias. D. de rebus cred.* cum *l. etsi consensum 15. §. sivem meam D. de contrah. empt.* pag.244.col. 1.& 2.

Conciliatio *l. quid tamen 14.* cum *l. cùm ab eo 41. §. mensam D. de contrah. empt.* pag.283.col.1.& 2

Conciliatio *l. ea quæ 43. versic. quædã etiam D. de contrah. empt.* cum *l. apud Celsum 5. §. item Labeo scribit 5. D. de dol. mal. except.* pag.284.col.2.

Conciliatio *l. venditor 21. versic. & si vi deiectus. D. de hered. vel act. vendit.* cum *l. quod sæpe 35. §. si res. D. de contrah. empt. & l. eum qui 14. in princ. D. de furt.* pag.390.col.1

Conciliatio *l. si vnus 27. §. sed si stipulatus. D. de pact.* cum *l si emptio 4. D. de rescind. vend.* pag.399.& 400

Conciliatio *l. 2. D. de leg. Commiss.* cum *l. si vina 6. D. de peric. & commod. rei vend.* pag.420.col.2

Conciliatio *l. seruus 16. D. de peric. & com. rei vend.* cum *l. Iulianus 13. §. possessionem 21. D de act. empt.* pag.431.col.2

Conciliatio *l. sed etsi quid 25. §. 1. vers. quid ergo si amisso. D. de vsufru.* cum *l. si seruus 24. D. de act. empt.* pag.505.col. 2.& 506.col.1.& 2

Conciliatio *l. quicquid 27.* cum *l. pen. §. vlt. D. de act. empt.* pag.508.col.1. & 2

Conciliatio *l. seruus 31. §. si sciens D. de act. empt.* cum *l. si plus vel minus 74. §. mota quæstione D. de euict. & l. 3. Cod. eod. tit.* pag.513.col.1.& 2

Conciliatio *l. si venditor 38.* cum *l. vlt. §. vlt. D. de act. empt. & l. comprehensum 6. D. de contrah. empt.* pag.518.col.2

Conciliatio *l. creditor 52. §. 1. D. de act. empt.* cum *l. Mœuia 49. D. solut. matri* pag.533.col.2

Conciliatio *l. si in lege 24. §. 2. D. locat.* cum *l. 1. §. si pensio. D. de migrand.* pag.577.col.1.& 2

Conciliatio *l. centum Capuæ. D. de eo quod cert. loc.* cum *l. quæro 54. D. locat.* pag.616.col.1.& 2

Conciliatio *l. 1. §. vlt. D. de rer. permut.* cum *l. naturalis 5. §. 1. vers. non vt reddas. D. de præscr. verb.* pag.648.col.

Conciliatio *l. Iuri gentium 7. §. 2. D. de pact.* cum *l. naturalis 5. §. 2. in fin. de præscript. verb.* pag. 652. col. 2. & 653. col.1

Condemnatus.

Plus est condemnatum esse, quàm obligatum pag.103.col.2

Condemnatus per contumaciam habet regressum contra suum auctorem, si probet iustam fuisse causam euincentis, nec aliud pronunciaturum fuisse iudicem, si auctor ille liti adfuisset pag.473.col.2

Condicere.

Pretium pro iudicando fieri solutum condici non potest, si modo nullus dolus interuenerit iudicantis, aut si nulla de eo lex specialis in contrarium facta sit pag.668.col.1.& 2

Conditio, emptio.

Condicionalis emptio ita ante euentum condicionis perfecta est, vt ab ea alter ex contrahentibus recedere non possit pag.234.col.2

Condicio, implere.

Condicio quelibet pro impleta habetur in præiudicium eius, per quem stat quominus impleatur pag.288. col.1.& 2

Condicio.

An Condiciones potestatiuæ, seu promiscuæ, hoc proprium & singulare ius habeãt, quod ad tempus cõtractus retrotrahantur, vel non sint aliæ casuales, vel mixtæ? pag.37.col.1

Nullæ conditiones retrotrahuntur pag.37.col.1

Quid faciat euentus condicionis? pag.37.col.1

Differentia inter condiciones potestatiuas & casuales pag.37.col.1

Nullæ sunt magis præcisæ condiciones quàm quæ certam diem admixtam habent pag.170.col.2

Verba condicionalia non disponunt pag.207.col.2.in fi.

Condiciones sunt personales, nec proinde egredi debent personam in condicione designatam pag.211. col.1

Condicio propriè non est, quæ in præteritum tempus, non in futurum confertur pag.212.col.2

Condiciones contractuum postea existentes non retrotrahuntur ad tempus contractus pag.231.col.1.in fi.

De effectu & potestate condicionis pag.232.col.1.& 2

Cur spes contractus condicionalis transmittatur ad heredes ante condicionis euentum, secus legati condicionalis? pag.231.& 232.col.1

Condicio ad personam alicuius restricta non potest ad eius heredes protrahi pag.233.col.2

Condicio, quæ tacitè inest nunquam facit actum condicionalem pag.234. col.2

Condicio tacita, sicut & expressa habetur pro impleta in præiudicium eius, per quem stat quominus impleatur pag.235.col.1

Condicio possessionis etiam non domino competit pag.271.col.2

Condiciones omnes odiosæ sunt, quia dispositionem, quæ alioqui pura esset, suspendunt, & si deficiant, destruunt pag.278.col.1

Condicio quælibet, siue ad perficiẽdum contractum adhibeatur, siue ad resoluendum sui natura indiuidua est pag.291.col.1

Condicio est quid extrinsecum, quæ ideò nũquam nisi ex magna causa suppletur pag.317.col.1

BIU Cujas

Condiciones, quas Interpretes vocant potestatiuas, Prudentes longè elegantius promiscuas vocant pag. 337. col. 2

Condiciones possunt esse personales & reales pag. 345. col. 1

Condiciones negatiuæ in eo differunt ab affirmatiuis, quod implentur ipso non facto statim atque desit fieri posse id quod faciendum erat ad extinguendam condicionem pag. 353. col. 1

Omnis condicio sui natura indiuidua est, nisi quid extrinsecum faciat eam diuiduam pag. 391. col. 2. in fi.

Omnes condiciones sunt odiosæ, tanquam quæ actus puritatem impediant, eiúsque validitatem suspendant pag. 416. col. 2

Condiciones quandocunque existentes retrotrahuntur ad tempus cõtractus pag. 422. col. 2

Stipulationes & legata condicionalia currunt, si res in stipulationem deducta, vel legata ante conditionis euentum perierit pag. 423. col. 2

Conditiones potestatiuæ non retrotrahuntur pag. 412. col. 1

Condicio tacita non facit actum condicionalem pag. 618. col. 2

Condicio ante omnia est implenda, tum quoque cùm tacitè inest pag. 624. in fi.

Condictio, fideiussor.

Fideiussor soluens rem optimam, cùm vilissima deberetur, an habeat condictionem indebiti aduersus creditorem, an aduersus debitorem principalem? pag. 111. & 112. col. 1. & 2

Condictio.

Condictio furtiua nascitur ex delicto pag. 160. col. 1

Condictio sine causa competit, non solùm, si quid datum aut promissum sit sine causa, sed etiam si causa propter quam datum, vel promissum fuerat, finita sit pag. 197. col. 1

An & quomodo in tempus etiam præsens, vel præteritum referri possit? pag. 276. col. 2

Condictio ob causam non habet locum in contractibus innominatis pa. 470. col. 2

Condictio causa data causa non secuta competit, non solùm, si res data non sit, quæ dari debuerat, sed etiam si data sit, & postea euicta pag. 640. column. 2

Conducens.

Conducens rem suam à non domino siue sciens siue ignorans conduxerit, non idcirco rei suæ dominium amittit pag. 604. col. 2

Conducere, emere.

Aliud est fundum conducere, aliud fundi fructus emere pag. 483. col. 1

Conducere.

Conducens mulierem vehendam naui non potest petere pensionem pro infante quem mulier in naui peperit pag. 570. col. 1. & 2

Conductio, venditio.

Conductio vno nummo facta nulla est quia donationis instar obtinet pag. 608. col. 1. & 2 vno casu excepto, idemque est in venditione col. 2

Conductio.

Cõductio toties est alicuius rei, quoties materia in qua alij quid præstatur in eodem statu eiusdem manet p. 301. col. 1. in fi.

Conductio neque dominium neque possessionem transfert in conductorem pag. 432. col. 2

An conductio in scriptis contracta finito tempore per taciturnitatem locatoris sine scriptis de nouo iudicatur pag. 587. col. 2. quid si per stipulationem contracta sit? pag. 558

Fructibus pro parte vel in totũ consumptis propter incẽdium vel propter aliquem casum fortuitum locator remissionem mercedis facere tenetur si fundum colonus coluerit pag. 560. col. 1. & 2

In venditione pactio de pensionibus rei locatæ debitis eisdemque emptori præstandis non continet nisi pẽsiones debitas venditori pag. 625. col. 1. & 2

Conductor, arbitrium.

An conductor conueniri possit actione ex locato ad præstandam mercedem quæ in alicuius arbitrium collata erat si ille non fuerit arbitratus pag. 580. col. 1. & 2

Conductor, culpa.

Conductor tribus modis culpã committere potest, si non fecerit quod diligens paterfamilias facere debuisset, si contra pactionem, si denique in mora fuerit pag. 549. in fi. & 550

Conductor, emphyteuta.

Conductor simplex propter non solutam mercedem expelli potest à locatore propria authoritate, Emphyteuta non nisi auctoritate iudicis pag. 633. col. 2

Conductor, magister.

Conductor puerum docendum conducens tenetur actione legis Aquiliæ & ex locato si nimia sæuitia puerũ ita coerceat vt oculũ effodiat, licet habeat modicæ castigationis facultatem pag. 583. col. 1. & 2. sed non tenetur actione iniuriarum ibid.

Conductor, fullo.

Fullo vestimenta polienda accipiẽs tenetur actione ex locato si mures ea roserint, itemque si pallium vnius alteri ignoranter dederit pag. 554. col. 1. & 2

Conductor.

Conductor re conducta vti prohibitus agit actione ex conducto non ad mercedem tantum, sed etiam ad interesse pag. 543. & 544

Conductor impensas in re fructuaria locata non potest mortuo fructuario repetere pag. 546. col. 1

Nisi tanquam dominus non tanquam fructuarius locator locauerit ib. col. 2

Conductor casus fortuitos in se recipere potest pag. 546. col. 1. & 2

Conductor rei conductæ factus dominus non tenetur pro pensione, nisi pro debita antequam fieret dominus pag. 548. & 549

Conductor tenetur locatori de aliis secum habitantibus si in culpa fuerit malos homines inducendo in domum p. 549. col. 1. & 2

Conductor rem conductam reddens locatori deteriorem tenetur actione ex locato pa. 550. col. 1. & 2

Conductor ignem habere prohibitus tenetur de incendio etiam fortuito contingere pag. 549. secus si non sit prohibitus ibid. & p. 550. col. 1

Conductor.

Conductor si neque moram neque culpã admiserit, non tenetur ex locato si non reddat locatori rem locatam, secus si admiserit licet per sequestrationem fuerit impeditus pag. 550. col. 1. & 2

Cõductor de incẽdio tenetur si ipse sit in culpa etiam leuissima pag. 551. col. 2

Conductor tenetur de damno ob culpam etiam leuissimam pag. 551. & 552. per tot.

Conductor tenetur locatori si quid contra cõuentionem fecerit, & postea quid rei locatæ fortuito acciderit pag. 551. col. 1. & 2

Conductor idemque aurifex gemmam includendam aut insculpendam accipiens an actione ex locato & quomodo teneatur si eam frangat? pag. 553. col. 1. & 2

Conductor exercitum venientem timens & migrans tenetur ex locato si domino nõ denũciauit, & si non restitit cùm resistere potuerit pag. 554. col. 1. & 2

Conductor tenetur pro mẽsuris iniquis quas frangi magistratus iussit si sciuerit iniquas secus si ignorauit pag. 554. & 555

Conductor impleto tempore conductionis in conductione videtur remanere, & pignora videntur durare obligata pa. 555. & 556

Conductor finito tempore conductionis siue rerum priuatarum siue reipublicæ remanens in conductione silentibus locatoribus videtur reconduxisse pag. 556. col. 2

Locatore mortuo reconductio fieri intelligitur si cõductor maneat in cõductione sciente & patiente herede aut curatore furioso pag. 558. col. 1. & 2

Conductori competit actio ex conducto pag. 558. col. 1. & 559. per tot.

Conductor re conducta prohibitus frui sine culpa locatoris remissionem tantum mercedis consequi potest, si verò sit culpa locatoris, quicquid interest pag. 562. & 563

Conductor aut inquilinus aliquid in re conducta bona fide ædificans & impensas in ea re factas actione ex conducto repere potest pag. 568. & 569

Non debetur pensio à conductore nisi pro fruitione quam ei præstare locator debet pag. 569. col. 2

Conductor actione ex conducto mercedem ante tempus solutam repetere potest si re conducta per totum tempus frui prohibeatur pag. 569. & 570. Cur verò non habeat condictionem indebiti pag. 570. col. 1

Conductor soluens mercedem ampliorem quàm soluere teneretur si ignorans soluerit solutum repetere potest non actione ex conducto, sed condictione indebiti pag. 570. col. 2

Locatione contracta inter venditorem & emptorem rei venditæ donec precium venditionis solutum sit pro portione eius temporis quo pecunia soluta non fuit, conductor idemque emptor mercedem soluere tenetur pag. 572. & 573 col. 1. & 2

An res sub conductoris priori locatori sint obligatæ? pag. 575. & 576 col. 1. & 2

Fructus rei conductæ secundo conductori remanere in causa taciti pignoris & taciti obligati primo locatori pag. 576 col. 1. & 2. per tot.

Illata & inuecta à secundo conductore an tacitè sint obligata primo locatori? & quid in prædio rustico, quid in vrbano? pag. 575. & 576

Conductor totam mercedem rei conductæ præstare tenetur & eius temporis quo fruitus non est si per cum

eum steterit quominus frueretur pag. 576. & 577

Cõductor habitationem vltrò deserens ante tempus tenetur ad mercedem integram, & ante tempus totum elapsum cõueniri ad solutionem mercedis potest pag. 576. & 577. col. 1. & 2

Conductor aliquo tempore frui prohibitus potest agere ex conducto pro toto tempore conductionis pag. 578. col. 1. & 2. deducendo videlicet interusurium medij temporis & quanto minus percepisset locator, si suis temporibus solutæ pensiones fuissent ibid. col. 2

Conductori datur actio ex conducto aduersus locatorem siue locator ipse frui cum prohibeat siue extraneus, quem tamen locator prohibere posset si vellet pag. 579. col. 2

Conductor idémq; legatarius locatoris habet aduersus heredem actionem ex conducto, & ex testamento, diuersis respectibus p. 579. col. 1. & 2

Conductor re cõducta frui prohibitus ab emptore venditorem eundémque locatorem potest conuenire actione ex conducto ad id quod interest p. 580. & 581. col. 1. & 2

Conductor propter habitationem aliquo damno affectam potest à conductione discedere & mercedem tenetur pro rata temporis quo re conducta fruitus est, præstare p. 581. col. & 2. & 582 col. 1. & 2

Cõductor locatori tenetur ex damno propter eius inimicitias contingẽte, quæ inimicitiæ culpa eius adnumerantur pag. 582. col. 1. & 2

Conductor omnia secundum legem conductionis seruare debet pag. 582. col. 1. & ante omnia curare debet vt opera rustica suo tempore faciat ibid. col. 1. & 2

Conductor arbores sine iussu locatoris excidens tenetur actionibus ex locato legis Aquiliæ arborum furtim cæsarũ, & interdicto quod vi aut clam pag. 582. & 583

An conductor ob fructus rei locatæ vi maiore deperditos remissionem consequi possit? p. 583. & 584

Cur periculum rei venditæ pertineat ad emptorem, non etiam fructum rei locatæ ad conductorem pa. 583. & 584. c. 1. & 2

Conductori non remittitur penſio pro modico damno sicut nec tempus augetur locatori pro immodico conductoris lucro pag. 583. & 584. & 585

Quando conductor de culpa lata & leui tantum teneatur? quando de leuissima? pag. 585. col. 1. & 2

Conductori rei conductæ perditæque precium locatori soluenti cedenda est à domino vindicatio & cõdictio pag. 586. col. 1. & 2

Conductor propter modicam incõmoditatem remissionem mercedis petere non potest pag. 587. col. 1. & 2

In locatione si quid aduersarium contingat propter quod dominum aliquid demoliri oporteat conductor aliquam partem paruulam incommodi sustinere debet, modo eam partem cœnaculi dominus non aperiat in qua magnam partem vsus habitator habeat pag. 587. col. 1. & 2

Conductor habitationem deserens propter timorem an remissionẽ mercedis petere possit si nullum periculum secutum sit pa. 587. & 588. col. 1. & 2

Conductor aut inquilinus habitationem vltro deserens & sine causa, non solùm ad integram mercedis solutionem tenetur, sed etiam ad id quod interest esse desertam habitationem pag. 588. col. 2

Conductor iustam causam emigrandi habens nec migrans mercedem integram præstare tenetur p. 588. & 589

Conductor iustam habens migrandi causam, si migrauerit, nec voluerit aliã habitationem æquè commodam à locatore recipere, tenetur integrã mercedem præstare pag. 589. col. 1. & 2

Conductor in re conducta quid facere prohibitus à domino néve sinere vt quid fiat, nec potest facere, nec permittere debet si possit vt fiat, & curare debet ne fiat pag. 589. & 590

Conductor nõ prohibetur aliis sublocare nisi aliud conuenit p. 590. col. 1

Multi sunt casus ex quibus conductor remissionem mercedis petere potest, ob non fruitionem rei conductæ, pauci vero in quibus non sit cogendus locator mercedem remittere conductori qui quaqua de causa fruitus non est dum ne facto culpáve ipsius id acciderit pag. 591. col. 1. & 2

Conductor animal conductum grauiori pondere onerans tenetur actione ex locato, & legis Aquiliæ p. 591 col. 1. & 2

Conductor in conductione casus violentos excipiens tenetur propter casus violentos suos vel suorum pag. 592. col. 1. & 2

Conductor mercedem quæ pro opere præstanda est ad mensuram præstare tenetur pro rata operis etiam imperfecti 592. col. 1. & 2. nisi totum opus vna mercede locatum sit ibid. col. 2

Conductor vi maiore prohibitus frui re locata, si vim locator impedire non potuerit, remissionem tantùm mercedis consequi potest, si verò potuerit, consequi potest id quod interest pag. 599. col. 1

Opus auersione locatum donec approbetur, conductoris periculo est, pag. 601. col. 1. Si verò ita conductum sit vt in pedes mensuráve præstetur, quando conductoris periculo sit, si admensum non sit, quando conductoris ibid. col. 1. & 2

Periculum conducti operis pertinet ad conductorem, quousque vel approbatum, vel admensum sit, vel vi maiore deperditum, vel nisi locator fuerit in mora approbandi aut admetiendi, vel aliter dictum sit pag. 601. col. 1. & 2 & 602. col. 1

Conductor rem sibi locatam subripiens, tenetur actione ex locato, & actione furti pag. 605. col. 1. & 2

Conductor seruum conductum vulnerans, tenetur ex locato, & legis Aquiliæ, sed locator vnam exercendo, aliam exercere non potest pag. 605. & 606

Conductor non tam sibi possidet, quàm locatori pag. 610. col. 1

Conductores hodie differentes rei locatæ, restitutionem ad definitiuam vsque sententiam condemnandi sunt in duplum, id est, vt præter ipsius rei locatæ restitutionem, etiam æstimationem eius præstent, ex Zenonis constitutione pag. 611. col. 2

Tutor vel curator ante redditas rationes prædia Cæsaris conducens, punitur vt falsarius p. 611. & 612. c. 1. & 2

Promissio locatoris de non expellendo conductore intra certum tempus tacitam habet condicionem, si colonus in solutione pensionis non cessauerit pag. 618. col. 1. & 2

Conductor impensas omnes, etiam ædificiorum causa necessariò factas, à locatore reperere potest pag. 620. & 621. ac etiam impensas vtiles, si non malo animo factæ sint ibid. vel contra legem contractus pag. 621 col. 1. & 2

Conductorem conductam deserens ante tempus sine causa, tenetur locatori ad id quod interest pag. 621. col. 1. & 2

Conductoribus non apparentibus, nec intra biennium soluentibus, possunt facere locatores domos & horrea aperire, & quæ ibi erant, per publicas personas describere videlicet auctoritate iudiciali, pag. 621. & 622

Conductor rei conductæ damnum inferens per appositionem terræ, aut alicuius alterius rei, non alia actione quàm ex locato tenetur pag. 622. & 623. col. 1. & 2

Conductor faciendi operis si partem tantùm fecerit, ne quidem pro ea parte liberat⁹ est, sed remanet debitor totius operis faciendi, si modò auersione opus locatum sit, non in singulos pedes, aut mensuras pag. 625 col. 2

Ad quem pertineat casus contingens in parte operis facta, an ad locatorem, an ad conductorem? pag. 625 & 626

Conductor qui domum habitare non potest, vel alij sublocare, remissionem mercedis petere potest, nisi aliæ æquè commoda præstetur pag. 626. col. 1. & 2

Condictio furtiua fructuum rei conductæ ante perceptionem competit non conductori, sed locatori, qui tamen actione ex conducto conductori tenetur totum id restituere, quod condictione furtiua consecutus est pag. 629. col. 1. & 2 & pag 630

Quomodo ex furto rei conductæ, seu potius fructuum rei conductæ conductori consulatur pag. 629. & 630. col 1. & 2

Quando casus fortuitus in re locata occurrit culpa conductoris integra, nihilominus merces locatori debetur pag. 634. col. 1. & 2. secus si culpa locatoris ibid.

Conductum.

Actio ex conducto dari potest, etiam vt conductor liberetur pag. 549. col. 1. & 2

Ex quibus causis actio ex conducto competat? pag. 558. col. 2

Actio ex conducto transit ad heredes pag. 570. col. 1. & 2

Actio ex conducto non datur, nisi ei cuius interest, tum quoque cùm non ad id quod interest datur, sed ad mercedis remissionem pag. 591. col. 2

Coniunctum.

Nihil refert, an quid ante, vel post fiat in iis præsertim quæ sunt coniuncta pag. 43. col. 1

Consilium.

Nemo ex consilio suo nisi fraudulento obligatur pag. 2. col. 1. & 2. pag. 5. col. 1. & 2

Quando consilium fraudulentum dicatur? pag. 5. col. 1

Quando quis ex consilio suo in delictis, ad quid & cui teneatur? pag. 5. col. 2

Ex consilio non fraudulento neque mandati neque alia actio vlla nascitur pag. 28. col. 1

BIU Cujas

Consequens.

Qui vult consequens vult & antecedens p.459. in princ. & è contrà ib.

Consequentiæ.

Consequentiæ in iure nostro attendit solent pag.73.col.1

Consuetudo.

Consuetudo regionis tunc obseruanda est cùm nihil in contrarium dictum vel actum est pag.308. col.1

Contestatio.

Ante litem contestatam nec agere nec petere dicitur is qui aduersarium conuenit, sed tantùm velle agere & petere pag.456.col.2

Contractus, actio.

Quomodo ex contractu do vt facias dari possit actio de dolo, cùm ex eo contractu dentur actiones præscriptis verbis & condictio ad repetendum quod datum est? pag.51 col.2

Ex contractibus innominatis do vt des, do vt facias competit actio præscriptis verbis ad id quod interest, an autem competat condictio ad repetendum id quod datum est pag. 680. col.2

Ex contractu do vt facias si tale factum sit quod locari soleat, & res non pecunia pro faciẽdo data sit, competit actio præscriptis verbis ad id quod interest factum esse quod fieri debuit neque factum est sicuti ex contractu do vt des pag.650. per tot. & 651

Ex cõtractu innominato do vt facias non datur actio de dolo facienti contra dantem licet scienter aut ignoranter dederit rem quę erat aliena, & postea euicta, sed tãtum actio ciuilis præscriptis verbis quæ æque datur contra scientem atque contra ignorantem pag.652. col.2. & 653

In contractu do vt facias si detur res quæ postea sit euicta, datur actio præscriptis verbis in dantem ad id quod interest eius cui res euicta est pag. 653. col.2

Ex contractu facio vt des nulla competit actio tacenti contra non dantem præter actionem de dolo pag. 654.col.1 & 2

Ex contractu facio vt facias datur actio præscriptis verbis similis actioni mandati pag. 655. & 656. idque iure contractus ibid.

Ex contractu facio vt facias datur actio præscriptis verbis incerti, id est ad id quod interest pag.656.col.1.& 2

Ex contractu do vt facio datur actio præscriptis verbis danti ad id quod interest aut condictio si nihil interest pag.659.col.1.& 2

Contractus, Arbitrium.

Approbatio alicuius rei ex contractu locationis potest in arbitrium alicuius ex contrahentibus vel tertij conferri, sed non approbatio contractus, aut substantiæ contractus pag. 580. col.1

Contractus, consensus.

In contractibus inspicitur consensus vel dissensus contrahentium, non autem eorum quibus acquiritur pag. 240.col.1.& 2

Contractus, damnum.

In bonæ fidei iudiciis modici damni ratio haberi non potest pag. 579. col.1

Contractus, filiusfamilias.

In contractibus conditionalibus filijfamilias inspici solet tempus contractus, non autem euenientis conditionis pag.36.col.1

Contractus, factum.

In contractib⁹ innominatis datur locus pœnitentiæ si incipiãt à datione, secus si à facto, quia facta pro infectis haberi non possunt quantacumq; sequatur pœnitentia pa. 659. col.1. in fi. & col.2

Contractus, interpretatio.

In contractu societatis nunquã disputatur quomodo in cæteris omnibus contractibus, contra quem ex contrahentibus fieri debeat interpretatio pag.137. col.2

Contractus, legatum.

In contractibus condicionalibus si dubitetur cui ex contrahentibus actio acquiratur, inspiciendum est tempus contractus, nõ autem euenientis conditionis, secus in legatis pag. 231.col.1

Contractus, lex.

Actus cui lex resistit ratione substantiæ non valet factus tempore prohibito si in tempus non prohibitum conferatur, secus actus cui lex resistit ratione effectus pag.439.c.1.& 2

Contractus, pactum.

In contractibus nominatis stricti iuris pactum appositum non potest informare actionem strictam ex eo cõtractu proficiscentem, quoniam actionis strictæ natura non patitur, vt extendi possit ad id quod in pactionem deductum est pag.664.col.1

Contractus, pignus.

Assidua est in omnibus fere contractibus pignorum obligatio & præsentium & futurorum pag.128.col.2

Contractus, terminus.

In bonæ fidei contractibus breuitas termini non viciat contractum, sed arbitrio viri boni terminus cõmittitur pag.623 & 624.col.1.& 2

Contractus.

Omnes contractus ex ineundi ratione estimandi sunt pag.2.col.2

Contractus in alterius persona claudicare non debet, nisi vno casu pag. 6 col.1

In diiudicandis contractibus initium semper est inspiciendum pag. 9.col.2

Consentio dat legem & formam contractui pag.11.col.1.in fi.

Vniuscuiusquè contractus initium spectandum est & causa pag. 14 col. 1.& 2

Vbi duo sunt contractus etiam diuersi, primus est inspiciendus pag. 15. col.1

In contractibus omnibus initium inspiciendum est pag.26.col.1

In omnibus contractibus præsertim qui sunt bonæ fidei, adeoque in stipulationib. inspiciendum præcipuè est quid actum sit pag.38 col.2

An contractus ipso iure nullus rescindi debeat? pag.470. col.1

Omnes contractus nominati ab initio sunt voluntatis ex postfacto necessitatis pag.61.col.1

Qui contractus morte finiantur? pag.63. col.1

In contractibus bonæ fidei vltrò citróque obligatoriis æquitas & æqualitas quantum fieri potest seruari debet pag.102.col.1

In contractibus omnibus etiam conditionalibus multo magis in puris inspiciendum est tempus contractus pag.132.col.1

In contractibus bonæ fidei faciendæ semper est interpretatio, ita vt contractus valeat potiùs quam pereat, nec tam spectandũ est quod dictum quam quod actum est pag.140.col.1

In contractibus omnibus præsertim qui sunt bonæ fidei sequimur id quod actum est pag.167.col.1

Contractus condicionalis perfectus non est antequam condicio exiitat, ideóque nec obligationem parit nec actionem pag.170.col.2

Contractus omnes sunt facti, ideoque seruus contrahere potest pag.177. in fi.

Contractus cur sic dicti? pag.183. col.1.

In omnibus contractibus & conuentionibus ferè subintelligitur clausula illa vulgaris, *rebus sic stantibus* pag. 198.col.2

Condicionales contractus ita deficiente condicione corruunt vt nec inchoati vnquam fuisse videantur pag. 212.col.1

Quoties id agitur inter cõtrahentes vt aliquid fiat quod sit contra naturam contractus, necesse est transire negotium in aliud genus contractus pag.323.col.2

Contractus innominati sunt stricti iuris pag.223.col.2

Contractus qui præter consensum requirunt traditionem, possunt fieri per literas & per nuncium pag. 225. col.2

Contractus quomodo in scriptis fieri dicatur? pag.227.col.2

In contractibus bonæ fidei potius id quod actum quam quod dictum sit, sequendum est pag.229.col.2

Ex contractu condicionali ante cõdicionis euentum nulla actio esse potest pag.231.col.1.& 2

Contractus qui ab initio valuit ex euentu infirmari non debet pag. 233. col.2

In omnibus contractibus inspiciendum est non tam tempus contractus, quàm illud in quod collatum mandatum est pag.270.col.2

Nullus bonæ fidei contractus donationis causa fieri potest pag. 275. col.2

In bonæ fidei iudiciis venire solent ea quæ moris & consuetudinis sunt, & pro expressis haberi, etiãsi expressa non sint pag.307.col.2

Contractus innominati sicuti certã naturam non habent ita facilius possunt fieri similes contractui nominato pag.323.col.1

In omnibus contractibus non modo inspiciendum illud est quænam lex dicta sit, sed etiã cui & cuius gratia. pag.350.col.1

In contractibus omnibus, sed maximè in stipulationibus id tempus maximè inspiciendum est, quo contrahimus etiam in condicionalibus, multò magis in puris, & ad præsens tempus relatis pag.385.col.2

Contractus & conuentiones omnes tacitam habent illam clausulam, si res in eodem statu maneat pag.407.col.1

In contractibus omnibus interpretandis semper inspiciendum est quid actum sit pag.408.col.1

In contractibus nominatis datur etiam locus pœnitentiæ quando venit aliquod

BIU Cujas

aliquod ius quærendum tertio pag. 438 col.1.&2

Conuentiones omnes in contractibus bonæ fidei appositæ valent, si non sint contra leges, aut contra bonos mores pag.493.col.2

Contractus bonæ fidei non est in quo æqualitas non obseruatur pag. 495.col.1

Contractus claudicare potest ex vna tantum parte, quoties alteri imputari quid potest pag.500.col.2

Conuentionem diuidere & pro parte eam probare, & pro parte improbare vni ex contrahentibus non licet pag.521.col.1

Contractus omnes ex initio suo æstimandi sunt p.542.col.1

In contractibus bonæ fidei licebat olim recedere à persona pag.580. col.2

Contractus nominati ab initio sunt voluntatis ex post facto necessitatis pag.581.col.2

In contractibus bonæ fidei, sicut exceptiones doli & pacti, ita & reputationes omnes insunt, quas ex bona fide fieri æquum est pag.582.col.1

Contractus initium inspiciendum est, præsertim cum quæritur de nomine ac iure contractus pag.681.col.1

Omnes contractus, quamuis innominati similes venditioni, aut locationi, aut mandato æquè bonæ fidei sunt, vt eorum naturam induant, easdémque præstationes admittant pag. 601.col.2

In contractibus bonæ fidei conuentiones dant legem contractui, cui nihil tam congruit quàm ea seruari, quæ inter contrahentes placuerunt pag. 602.col.1

Nihil refert, an quid specialiter in contractu expressum sit, an verò per relationem ad aliud pag.616.col.1

Agens ex contractu vltro, citróque obligatorio debet prior ex parte sua implere pag.624.col.1

In cõtractibus nominatis, nunquam est locus pœnitentiæ, est enim hoc ius proprium contractuum innominatorum pag.629.col.1. Nisi dolus contractui nominato causam dederit ibid.

Contractus emphyteuticus, vulgò contractus meliorationis appellatur pag.633.col.2

Contractus innominati, in quibus obligatio contrahitur ad aliud, nõ tám re vestiri dicuntur quàm interuentu rei, secus contractus nominati qui dicuntur re vestiri pa.640 col.1

Quot sint species contractuum innominatorum? pag.646.& 647.& 661. col.1

Datio pecuniæ, vt res detur, id est, vt dominium transferatur, facit contractum innominatum, do vt des pag. 647.col.1

Contractus innominati sunt iurisgentium pag.647.col.2

In contractibus bonæ fidei contra scientem agi potest ex contractu ante euictionem, secus in strictis pag.653.c. 1.in fin.

Ex eo cõtractu nascitur συμβλαζεια ex quo euenit, vt ab vno ex contrahẽtibus aliquid in alium transeat pag. 654.col.1

In contractu facio vt des, nullum ciuile negotium geritur, quia nihil trãsfertur in eum qui cessat dare pagina 654.col.2

Contractus facio vt facias, est similis mandato pag.655.col.1

An contractus innominati magis iudicari debeant secundum modum implendi, quàm secundum modum ineundi, an è contra? pagin.656 col.2

Contractus facio vt facias, est mandatum non gratuitum pag.656.col.2

Nullus est quasi contractus innominatus pag 662.col.2

Vbi res ad meliorandum traditur, vt quod melioratur diuidatur, an sit contractus mandati? an societatis? an venditionis? & quæ actio ex eo contractu detur pag.665.col.1.& 2

Conuentio per quam quid permittitur accipi, vt quid aliud fiat, an contractus sit innominatus, do vt facias, an facio vt des, an facio vt facias, & quæ actio ex eo contractu proficiscatur? pag.670.col.1.& 2

Contractus innominati, licet stricti iuris sint, imitantur tamen naturam contractuum nominatorum ad quorum similitudinem accedunt, quod pertinet ad præstationem doli & culpæ, præterquam in iis quæ ex bonæ fidei & stricti iuris differentiis proficiscuntur pag.673.col.2

Contractus est innominatus quoties aliud datur, vt aliud reddatur pag.684.col.1.& 2

Contractus innominati sunt iurisgentium, & tamen actiones ex eo proficiscentes sunt ciuiles pag.684.col.2

Contrahens.

Credendi sunt contrahentes, non aliter fuisse contracturi pag.451.col.1

Contrahere.

Initium & modus contrahendi inspici semper debet pag.11.col.1

Ex contractu inito per collusionem, potest agi ad hoc, vt sciatur, an contrahens, vel is pro quo contractum est contractui stare velit pag.494.col 1. & 2

Contrahens non punitur, qui ignorat qualitatem personæ, si cum eo cõtrahat tanquam cum quolibet pag. 612.in fi.& pag.613.col.1

Contraria.

Contrariorum eadem esse debet ratio pag.525.col.1

Contumax.

Aduersus contumaces omnia iura clamant pag.173.col.2

Conuentio, condicio.

Conuentio duabus condicionibus alternatiuis & contradictoriis inita, licet condicionalis sit, perfecta tamen est, & pro pura haberi debet pag. 424.col.2

Conuentio.

Omnis conuentio semper seruanda est, dummodo non sit contra leges, aut contra bonos mores pag.84.col.2

Conuentiones dant legem contractibus pag.90.col.1. & pag. 116. col.1

Conuentio in vnius ex contrahentibus arbitrium collata non valet pag. 140.col.1

Omnes conuentiones appositæ in contractu bonæ fidei recipere debent interpretationem ex bona fide pag. 158.col.2

Conuentiones etiam generales, & verbis generalibus conceptæ nunquã trahuntur ad incogitata pag.280.columna 2

Conuentiones quantumuis generales nunquam trahuntur ad incogitata & ad ea quæ iam apparent referri debere, non ad futura, quæ aliquando apparere poterunt pag.317.co.1

Conuentio, venditor.

Conuentio generalis apposita in fauorem venditoris restringi debet ad ea quæ ignorauit pag.464.col.2

Inspiciendum semper est, pro quo interposita sit conuentio, & cui, ac contra quem lex dicta sit pag. 613. in fin.

In duabus conuentionibus, quarum prior sit possibilis, posterior impossibilis, prior retinetur, posterior reiicitur, in duabus verò, quarum prior sit impossibilis, posterior possibilis, vtraque reiicitur pag.624.col.2

Correus, debitor.

Quoties plures sunt correi debendi, possunt singuli in solidum conuenire, nec habent beneficium diuisionis secundùm ius Pandectarum, quod non nisi fideiussoribus & mãdatoribus competebat ex Epistola D. Hadriani pag.609.col.1

C R

Creditor, euictio.

Creditor qui rem sibi pignoratam vendidit, iure creditoris non tenetur de euictione pag.474.& 475. nisi sciuerit rem quam iure creditoris vẽdebat, non fuisse debitoris, sed alterius ibid. & pag.475.col.2

Creditor, gratificatio.

An inter creditores sit locus gratificationi? pag.595.col.1.& 2

Creditor, occupare.

Inter eos quibus ex eadem causa debetur, melior solet esse condicio occupantis pag.187.col.1

Creditor, pignus.

Creditor pignoratitius vendens pignus iure creditoris, debet præstare se creditorem, & quidem pignoratitium adeóque potiorem & anteriorem pag. 374.col.1

Creditor.

Melior est condicio creditoris, qui diligentior fuit pag.594.col.1

Creditor improbus est qui vult idem bis consequi, etiam à diuersis debitoribus pag.72.col.2

Decretum iudicis pro debitore non præiudicat creditori absenti in actione competenti contra mandatorem, nisi consenserit, secus præsenti, & non protestanti pag.121.col.1.& 2

An decretum prætoris creditoribus priuilegiariis absentibus nocere possit? pag.122.in princ.

Creditor ex causa refectionis insulæ, duplex habet priuilegium, vnum tacitè hypothecæ contra creditores, cæteros personales & chirographarios, alterum prælationis, etiam contra hypothecarios pag.169.col.1

Creditor facit fructus suos quos ex pignore percepit, nec tamen eos lucratur, quia imputare illos cogitur in sortem pag.488.col.2

Anterior creditor præfertur cuilibet posteriori, etiam fisco pag 531. col.2

Creditor plures habens debitores correos, eum priùs conuenire debet, qui pecuniam accepit tanquam qui principalis debitoris loco habeatur pag.628.col.2

Credulitas.

Nimia credulitas fideiussoris non

BIU Cujas

debet reum damno afficere p.66.col.2

Correus.

Obligatus tanquam correus non tenetur, nisi pro virili de iure nouo, nisi expressim conuenerit, vt in solidum teneatur, secus de iure veteri pag.124. col.2

C V

Curator, mandatum.

Curatore bonorum venditionem aliquam faciente, pecuniam autem creditoribus non soluente, quæ actio competat creditoribus præsentibus, quæ absentibus contra eundem curatorem, quæ contra creditores præsentes pag.60.& 61

Curator, Tutor.

Cur tutoris & curatoris officium debeat esse gratuitum? p.2. col.2.in fi.

Culpa.

Lata culpa dolo æquiparatur extra vnum casum pag.28.in fin.

Culpa est si quis non prospiciat quod potuit prospicere, & debuit, euenire posse pag.546.col.1

Quando lata culpa dolo proxima non sit? pag.74.col.2

Culpa in consilio esse potest, in euentu nunquam pag.552.col.2

Custodia.

Plus est præstare custodiam, quàm diligentiam omnem, etiam exactissimam pag.165.col.2.in fin.

Qui custodiam debet, de illo periculo tenetur quod per custodiam potuit impediri, secus si non potuit pag. 513.col.1

Mercedem accipiens pro custodia ad maiorem & grauiorem custodiam obligatur, tunc quoque cùm ex natura contractus tenetur ad præstandam custodiam pag.604.col.2

Nulla custodia potest quis assequi, ne damnum rei custoditæ detur ab alio per vim, vel iniuriam pag.604. col.1

An damnum iniuria illatum rei custodiendæ à custodiente præstari debeat? pag.604.& 605

Qui recipit in se custodiam, periculum quoque in se recipit, etiam casu fortuito, non autem vi maiore contingens pag.619 & 620

Custodiam debens simpliciter, non tam strictè obligatur, nec ea omnia pericula suscipere tenetur, quàm custodiens debens accepta mercede pag.619.& 620

Custodiam debens, licet exactissimam, vim maiorem nunquam præstare cogendus est pag.674.col.2

D A

Damnum.

Periculum eius esse debet, cuius & damnum pag.90.col.1

Damnum participare debet, qui lucrum participat pag.367.col.1

Item, quid si seruum cum peculio exceperit? ibid.& pag.369.370

Stipulatio damni infecti onus ædium est, quæ ruinam minantur, & quarum nomine cauere cogitur is qui earum dominus est, aut ipsis cauere pag.370.col.1

Longe aliud est damnum non sentire, & lucrum sentire pag.564.col.2

Qui damni occasionem dat, damnum dedisse videtur p.666.col.2.in fi.

Dare.

Dandi verbum, etiam *reddendi* significationem continet pag.101.col.2

Verbum *dandi* plerunque in conuentionibus accipitur impropriè pro *tradendi* pag.684.in fin.

Datio, factum.

Datio quæ ordinatur ad factum pro facto accipienda est, & factum quod ordinatur ad dationem, datio est pag. 670.col.1

Dator.

Resoluto iure datoris resoluitur ius acceptoris, scilicet cùm resolutio fit ex causa anteriore, & quæ dationem præcesserit pag.331.col.1

D E

Debitor, correus.

Correus debendi iure veteri in solidum soluere coactus erat, nec aliud remedium habebat, quàm vt creditor actiones quas aduersus alios correos habebat, ei cedere ac præstare cogeretur pag.609.col.2.

Debitor, emptio.

Debitor non potest rem suam redimere à creditore, cùm rei suæ emptio subsistere non possit pag.277.col.1.& 2

Debitor, genus.

Debitor generis, nec quod in eo genere optimum est, dare cogitur, nec audiendus est, si quod pessimum est, dare velit, sed ex mediocribus pag.111. col.1

Debitor, liberatio.

In rebus quæ pondere, numero, & mensura consistunt, debitor dando pessimam liberatur, si nihil aliud conuenerit, secus in rebus, quæ consistunt in specie pag.92.col.2

Debitor, mandatum.

An debitor pro quo inuito quis mandauit vt fideiuberetur, obligetur mandanti, an fideiubenti, an vtrique? pag.112.& 113

Debitor, oblatio.

Debitoris oblatio verbalis, non sufficit ad impediendam venditionem, & subhastationem pignorum, nisi oblationem solemnis obsignatio & depositio sequatur pag.406.col.1

Debitor obligatio.

Obligatio simul in fauorem duorum contracta, simul vtrique præstanda est si in dando, aut in quantitate quod idem est consistat, secus si in faciendo: tunc enim priori creditori prius est satisfaciendum pag.586.col. 1.& 2

Debitor, venditor.

Debitorem venditor certæ summæ detrahens, in eam summam tenetur: licèt aliàs non tenetur ad aliud quàm vt illum præstaret debitorem sine exceptione pag.375.col.2

Venditor distrahens debitorem incertæ summæ, tenetur emptori, quanti interfit pag.375.& 376

Debitor.

Debitor ante susceptum iudicium soluens, pudori suo parcere dicitur: oneratur enim pudor, & pulsatur verecundia eius, qui recusat soluere quousque conueniatur pag.31.col.1.& 2

Bona debitoris citra expressam conuentionem non obligantur, nisi in casibus in quibus pignus vel hypotheca tacitè contrahitur pag.132.col.2

Debitor generis, plurium rerum debitor est, ita tamen vt præstari vnam sufficiat, si modò sit idonea pag.297. col.1

Debitor in diem non est in mora, si non habeat cui soluat pag.353.& 354. col.1.& 2

Plus præstat quàm debet, qui offert ante diem quod ad diem debuit pag. 411.col.2

Ex duobus in solidum obligatis, prior conueniri debet, qui certat de lucro captando, quàm qui de damno vitando pag.628.col.2

Debitum, contractus.

Debitum ex contractu peti potest etiam mutata, postea contractus condicione, dummodo ex voluntate contrahentium pag.628.col.1.& 2

Debitum.

Oneratur pudor & pulsatur verecundia, cùm denegatur solutio eius quod debetur, quamuis naturaliter tantùm debeatur pag.105.col.1

Deceptio, captio.

Deceptionis nomine prudentes nostri plerumque non tam dolum personalem intelligunt, quàm qui sit in re ipsa, quę & captio appellatur pag. 298.col.2

Deceptio.

In contractibus bonæ fidei deceptio non debet remanere impunita pag. 229.in princ.

Deceptus.

Deceptis ab alio succurritur non deceptis à seipso pag.131.col.1

Deductio.

Deductio vim solutionis habet pag.150.col.2

Degustatio.

Degustationi dies præstitutus meliorem emptoris condicionem facere non potest pag.418.col.1

Delegatio, mandatum.

Delegatio debitoris ita demum liberat delegantem, si nomen debitoris delegati creditor secutus sit, secus si periculo tantùm delegantis pag.102. col.1. quia tum contra delegantem agere mandati potest ibid.

Delegatio est species nouationis pag.54.col.2

Delegatio semper vim solutionis obtinet pag.64.col.1.nisi periculo delegantis admissa fit delegatio ibid.

Quo casu delegatio debitoris inopis non habeat vim solutionis? pag. 64.col.2

Delegatio fit per stipulationem non mandatum pag.102.in fin.

Delictum, acquisitio.

Nihil habet commune delictum cum causa acquisitionis pag.506.col.2

Denunciatio.

Denunciatio facta ab eo qui denũciandi & impediendi ius non habet nullius est momenti pag.80.col.1.secus si ab eo qui denunciandi ius aliquod habet & cuius interest ibid.

Denunciatio iudicialis excusat debitorem secus extraiudicialis nisi iusta causa fuerit denunciandi & inhibendi pag.357.col.2

Deperditum, diminutum.

Differentia inter deperditum & diminutum pag.365.col.2

Deportatio.

De effectu deportationis pag.57. col.1.& 2

Deportatus.

An actionibus ciuilibus vti liceat deportato? pag.57.col.2

Differentia inter seruos & deportato

BIU Cujas

tatos pag.113.col.2
Deportatus amittit ciuitatem & ea omnia quæ sunt iuris ciuilis, retinet autem libertatem & ea omnia quæ sunt iuris gentium p.198.col.1.& 2.in fin.
An deportatus pro mortuo habeatur? pag.199.col.1

Depositum.

Depositum sequestrarium non fit nisi cum ambo de re aliqua contendentes eam deponunt penes tertium aliquem, vt reddat victori pag.677. col.1

Depositarius.

Depositarius priuilegio depositi renunciat si pecuniæ depositæ vsuras recipiat pag.356.col.2
Quibus actionibus à victore conueniri possit depositarius apud quem depositum est aliquid sponsionis causa si victori reddere recuset depositum? pag.675.col.1.& 2

Destinatio.

Patrisfamilias destinatio aliam atque aliam rem facit pag.497.col.2

D I

Dies, debitum.

Debitum in diem ante diem neque deduci neque in compensationem venire potest pag.150.col.2

Dies, liberatio.

An dies adiecta causa limitandæ obligationis liberet debitorem morosum pag.126.& 127

Dies, mora.

Quod intra diem certam fieri debuit post eam diem præstari non potest si cœperit interesse pag.624.col.1

Dies, soluere.

Quod in diem debetur, ante diem potest solui, licet peti non possit pag. 54. col.1. modo solutio alteri non noceat ibid.

Dies.

Plus præstat qui ante diem facit quod post diem facere debuit pag.46. col.2
Dies adiecta in stipulatione pars est stipulationis pag.93.col.1
An adiectio diei in permittendo inducat prohibitionem post eum diem p.124.col.1.& 2
Promittere in diem, & ad diem sæpè confunduntur pag.126.col.1
Dies incertus parum distat à condicione siue in stipulationibus siue in testamentis pag.150.col.1.& 2

Difficultas.

Difficultas præstationis non liberat debitorem pag. 539.col.1

Discussio.

Beneficium non factæ discussionis emptori rei pignori obligatæ competens toti Iurisprudentiæ veteri incognitum à Iustiniano introductum pa. 304.col 2

Dispositio.

Dispositio quælibet nõ tam ex eo tempore æstimanda est quo fit quàm ex eo in quod confertur pag.263.col.1

Dissensus.

Dissensus dissoluit contractus omnes, licet vel consensu vel re, verbis, vel literis perficiantur, non autem iudicia pag.236.col.1.& 2

Dissimulatio.

Omnis dissimulatio parientiam habet, sed non contra pag.9.col.1
Dissimulatio dolus est nisi iustam & honestam aliquam causam habeat pag. 285.col.2
Dissimulatio callida propior dolo est quàm temeraria affirmatio pa. 430 col.2

Diu.

Diu, quod tempus contineat pag. 94.col.2
Dictio, *Diu*, in locatione, est duorum annorum, in aliis verò decem pag.622.col.2

Diuinare.

Imputare nihil potest ei qui non diuinauit pag.19.col.2

Diuisio.

Diuisio quædam permutatio est p. 223.col.2

Dolus, contractus.

In contractibus bonæ fidei actiones doli insunt non minus quàm exceptiones pag.629.col.1.& 2

Dolus, emptor.

Casus, in quibus dolus venditoris noceat emptori pag.517.col.2

Dolus, error.

Error iuris, multo magis facti, excusat à dolo pag.119.col.2

Dolus, mora.

Non est in dolo neque in mora qui iustam aliquam habet causam retinendi pag.21.col.1

Dolus, scientia.

Quando scientia dolum inducat, quando non? pag.379.col.1.& 2

Dolus.

Actio de dolo non competit ei cui alia actione etiam extraordinaria cõsultum esse potest pag.14.col.1.in fin.
Doli replicatio aut exceptio non infamat sicut actio de dolo, quamuis suggillet æstimationem apud bonos & graues viros pag.14.col.2
Deceptus per dolum aduersarij vel procuratoris, qua actione decipientem aduersarium, vel procuratorem possit conuenire? pag.15.col.1
Dolus est si quis non faciat id quod possit & facere debeat pag.20.col.2
Doli præsumptio odiosa est & improbabilis pag.21.col.1
Magis aduersatur bonæ fidei dolus quàm culpa pag.23.col.2
Exceptio doli iudiciis omnibus bonæ fidei inest pag.64.col.2.& pag.71 col.2
Exceptio doli delegationi inesse nõ potest pag.64.& 65
Qui non vult facere quod debet si possit, in dolo est pag.98.col.1.& 2
Ab omni concessione siue depositione quantumlibet generali dolus semper excluſus intelligi debet pag. 131.col.1
Quantum interfit an dolus causam dederit contractui an inciderit in contractum? pag.138.col.1.& 2
Dolus quomodo probetur pag. 162. col.2
Dolus est, quando quis facere non vult quod facere potest & debet pa. 170.c.1.
Dolus omnem honorem & reuerentiam excludit quoties allegari & probari potest pag.187.col.2
Priuilegium habẽs ne in plus quàm facere possit conueniatur, hoc posse facere dicitur, quod dolo fecit quominus posset pag.187.& 188
Dolus in vna re admissus in ea tantùm puniendus est non etiam in alia in qua admissus non sit pag. 193.col.2
In dolo est qui per dissimulationẽ aut omnino tacet verum, aut in vero dicendo obscurè loquitur pag. 285 col.2
Dolus est non tantum si quis loquendo fallat, sed etiam si obscurè loquendo aut dissimulando pag.303 col.2
Dolus pro possessione semper est & in omnibus non solùm vt qui dolo desiit possidere, perinde habeatur ac si possideret, sed etiã vt quod dolo malo quis fecit ne inciperet possidere, perinde sit ac si possideretur pag.364 col.1
Quomodo quis facere dicatur dolo malo aliquid ad se non peruenisse? pag.364.& 365. per tot.
Quod contra bonam fidem fit, dolo fit pag.451.col.1
In bonæ fidei iudiciis non tantùm exceptiones doli ipso iure insunt, sed etiam actiones doli pag.463.col.2
Dolus vnius alteri non nocet, quia delictum est quod personam delinquentis non egreditur pag.517.col.1
Dolus auctoris nocet successori lucratiuam causam habenti non etiam onerosam pag.533.col.2
Dolus contractum strictum non facit ipso iure nullum, sed annullandum pag. 652. col.1.secus contractum bonæ fidei
Sola scientia quæ dolum inducit, non inducit actionem de dolo, nisi cùm adest etiam necessitas concedendæ eiusmodi actionis alia qualibet siue ordinaria siue extraordinaria, adeóque subsidiaria deficiente pag.652.col.2

Dominium.

Dominium sine possessione ex contractu acquiri non potest pag.59. in fin.
An dominium sine possessione trãsferri possit? pag.135.col.2
Dominium penes duos dominos vnius rei duplex esse potest, bonitarium & quiritiarium pag.406.col.2. hodie nullum dominium est nudum & quiritiarium, id est à bonitario separatum.
Dominium transferri non potest in tempus futurum, quia nonnisi per traditionem transfertur pag.639.c.2

Dominus, custodia.

Dominus horreorum locatorum de effractura non tenetur, nisi custodiam eorum receperit, custodes tamen exhibere tenetur pag.619.& 620.col. 1.& 2

Dominus.

Dominus dicitur aliquando quis eius rei quam antea habebat pag.57. col.1
Nemo ex pluribus causis dominus eiusdem rei esse potest, quamuis ex pluribus causis eandem rem possidere possit pag.108.col.1
Quibus casibus dominus pro seruo non teneatur actione de peculio? pag. 114.col.2
Dominus ex contractu serui, etiam inuitus tenetur actione de peculio, vel de in rem verso, si aliquid in rem domini versum sit, licet seruum contrahere prohibuerit pag.631.col.1

Donare, miles.

Miles focariæ suæ donare non po-

BIU Cujas

test pag.41.col.2

Donare.

Qui donat inter viuos, simpliciter & absolutè donare dicitur pa.33.col.2

Procurator cum libera, donare non potest pag.131.col.2

An dominus seruo donare possit 487.col.1.& 2

Donare videtur qui in alieno solo sciens ædificat pag.568.col.1.si scilicet mala fide ædificet, secus si bona fide, ibid. & c.2 & pag 569. col.1.& 2

Donatio, præsumptio.

Donationis præsumptio regulariter odiosa est & improbabilis pag. 38. col.2. admittitur tamen ratione pietatis vel affectionis ibid.

Donatio, venditio.

Donatio hypothecæ in contractu venditionis simpliciter apposita ad modicam pluris valentiam pertinet, nec excludit remedium legis 2. *C. de rescind. vend.* pag.277.col.2

Donatio.

Donationes causa mortis capiuntur ad instar legatorum, & ad eorum naturam proximi accedunt pa.33.c.1

Donatio remuneratoria non est simpliciter & absolutè donatio, sed secundùm quid & potius species quædam permutationis pag.33.col.2

Donationes inter viuos plerunque bene merentibus amicis fiunt, sed non facilè præsumuntur fieri animo remunerandi. pag.33. col.2

In bonæ fidei contractibus donatio non deputatur pag.41.col.2

An ex mortis causa donatione dominium in donatarium statim transferri possit pag.46.col.1

Ex vna donatione alia præsumitur pag.193.col.1

Donatio facta viro ab vxore dignitatis adipiscendæ gratia, eatenus rata est quatenus dignitati supplendæ opus est pag.211.col.2

Donatio non præsumitur, nisi præsumptio aliqua vrgeat tacitæ donationis pag 122. col.2

Qui mandato alterius stipulatur, non videtur in dubio adhibitus animo donandi pag. 122. col.1.& 2

Donatio inter patrem & filiumfamilias subsistere non potest p.225.co.2

Donationes inter virum & vxorem omnes moribus populi Romani prohibitæ sunt, ex quibus locupletior fit is qui accipit & pauperior qui donat pag.277.col.1

Donatio vna facilè efficit vt alia præsumi possit & debeat pa.244.col.2

Donationes omnes inter coniuges prohibitæ sunt, ex quibus fit vnus locupletior, alius verò pauperior pag. 608.col.2

Donatio inter viuos est contractus nominatus pag.642.col.1 & 2

Donatio ob causam non est donatio propriè, sed contractus innominatus do vt facias pag.642.col 1.& 2

In donatione propria non est locus pœnitentiæ, nec condictioni, secus in donatione ob causam, & impropria pag.642.col.2

Donatio per Iustiniani constitutionem nudo pacto perfici potest pag. 671.in princ.

Donator.

Donator ex donatione æs alienum deducere potest pag.186.col.1

Donec

Dictio *donec* in conuentione apposita, est discretiua & distributiua temporis pag.573.col.1

Dos, donatio.

An præsumptio vnius donationis inferendę ex alia locum habeat in dote? pag.38.col.2

Dos, emptor.

Maritus, qui prædium æstimatum in dotem accepit emptoris loco habendus est pag. 533 col.1

Fundo æstimato in dotem tradito postea euicto, pater filiæ de euictione tenetur actione ex empto, quasi venditor, si eo tempore superstes sit, & si prædecesserit filius eius, qui in solidũ patris hereditatem retinuerit, filia heres ex semisse bonis patris se abstinuerit pag.533.col.1.& 2

Dos, societas.

Societate vniuersorum bonorum contracta, an onus dotandæ filiæ vnius ex sociis ad societatem pertineat pag. 216.& 217

Dos.

Persona quælibet, quæ dotem dat mulieris nomine, potest quam vult legem initio dotis dãdæ dicere, etiam citra personam mulieris pag.27.c.2

Maligna interpretatio est, per quam mulier indotata cõstituitur p.28.col.1

Causa dotis sẽper onerosa est, quãtum ad maritum, licet quantum ad mulierem ipsam, lucratiua esse possit pag.104.col.2

Dos abesse videtur eo ipso quod maritus sustinet onera matrimonij pag. 104.col.2

Fideiussores & mandatores dotium dari non possunt ex parte viri, secus ex parte mulieris pag.129.col.2

Dotis fructus omnes ad maritum pertinent, pro ferendis oneribus matrimonij pag.130.col.1

Dotis vsuræ ad maritum pertinent, nisi eas remiserit pag.130.col.1

Pater nuptui tradens filiam, eius alendæ onus olim plerumque suscipiebat pag.130.col.1

Maritus alens vxorem iure mariti habet dotis vsuras, alens verò ex mandato, habet vsuras alimentorum pag. 130.col.1.& 2

Differentia inter acquisitionem & lucrum dotis pag.201.col.1

Quomodo dos lucrari olim & hodie possit? pag.201.col.2

Dos ex societate primo marito data, secundo dari non potest sine nouo consensu societatis pag.217.& 218

Dos à patre, aut à societate profecta soluto matrimonio ad patrem, aut ad societatem reuerti debet pa.217.col.2 & 218 col.2

Reipublicæ interest ex quo filia dotem habere cœpit, ei conseruari ne maneat indotata pag.218.col.1

An dos primo matrimonio destinata ad secũdũ porrigi debeat p.218.col.1

Dos inter donationes, cur olim numeraretur pag.533.col.2

Dotare.

Officium patris est dotare filiam, nec tantùm patris, sed etiam quod magis est patrimonij paterni, ita vt transeat ad heredem pag.216.col.2

E D

Edictum.

Quid sit edictum perpetuum? pag. 134.col.1

E L

Electio, mandator.

Iure nouo, creditor mandatorem eligere non potest, nisi excusso prius reo principali, secus iure veteri pag. 117.in princ.

Electio, optio.

Facultas eligendi & optandi, prima electione & optione consumitur pag. 352.col.1.& 2. maximè quando electio & optio est inter contraria ibid.

Electio.

Iure veteri electione rei fideiussor liberabatur & contra pag.55.col.1

Electione rei mandatores, non liberabantur etiam iure veteri pagin.72. col.1

Electione fideiussoris sola liberabatur reus, etiamsi nihil præstitum esset, & contra electione rei fideiussor, adeóque vnius ex fideiussoribus cæteri omnes, ipse quoq; principalis liberabatur ante Iustinianum pag.72.col.1

Facultas necessariæ electionis non est beneficium proprię electionis pag. 88.col.2

Qui electionem habet, si semel elegerit, variare non potest pag.503.co.1

Mala electio in culpa est, facitque, vt quis insolidum teneatur, etiam citra conuentionem, qui alioqui non teneretur pag 549.col.2

Mala electio culpæ adnumeratur pag.631.in fi.

E M

Emancipatio, mandatum.

Pater soluens post emancipationem filij qui ante mandatum susceperat, habet actionem negotiorum gestorum pag. 37. col.2

Emancipatio.

Emancipatio filij facit vt pro extraneo habeatur pag.36.col.1

De effectu emancipationis pag.36 col.2.& pag.37.col.2

De effectib. emãcipationis p.132.c.1

De emancipatione liberorum quæ trina venditione perficiebatur pag. 292.col.1

Emendatio.

Emendatio *l. ob hæc verba* 20. *D. de his qui not. infam.* pag.1.col.2

Emendatio *l. deniq;* 10. *§. si procurator vers. quod si non exercuit pecuniam D. mand.* pag.25.col.2

Emendatio *l. idémq;* 10. *§. generaliter* 12. *D. mandat.* pag.31.col.1

Emendatio *l. cùm reus* 14. *D. de fideiussor.* pag.32.col.1

Emẽdatio *l. vlt. in fin. D. de solut.* pag. 46 col.1

Emẽdatio textus Pauli in lib. 2. *tit.* 15. *de mandat.* pag .62.col.2

Emendatio *l. inter causas* 26. *§. sed cum seruus* 7. *vers. si tamen D. mandat.* pag.67 col.2

Emendatio *l. Stichum* 95. *§ si mandatu vers. & huc pertinet D. de solut.* pag.72.col.1

Emendatio *l. si fideiussor.* 29. *§. in omnibus* 5. *D. mandat* pag. 78. col.2

Emendatio *l. dolus* 44. *D. mandat.* pag.98.col.1

Emendatio *l. si mandatu* 45. *§. quod mihi, versic. quamuis D. mand.* p.102.c.2

Emendatio *l. si is* 50. *vers. fideiussor. D mand.* pag.109.col.2

Emendatio *l. mãdatum* 57. *D. mand.* pag.119.col.2

Emendatio *l. si mandatu.* 59. *§. creditor. vers. ex hoc D. mand.* p.126.in princ.

Emendatio *l. si mandatu* 59. *§. ille illi D. mand.* 127. *col.2*

Emendatio *l. vlt. § fin. D. mandat.* pag 133.col.2.in fin.

Emendatio *l. ex contrario* 22. *in fin. D. pro socio* pag.147.col.2

Emendatio *l. cùm duobus* 52. *§. vtrum ergo* 2. *D. pro socio* pag.164.col.2

Emenda-

BIU Cujas

Emendatio *l. cum duobus* 52. *§. idem respondit* 10. *D. pro socio* pag. 169. col. 1
Emendatio *l. actione* 65. *D. pro socio* pag. 191. col. 2
Emendatio *l.* 69. *D. pro socio* pa. 205 col. 1. & 2
Emendatio *l.* 1. *D. de penu. legat.* pag. 207. col. 2
Emendatio *l. si socius* 81. *D. pro socio* pag. 210. col. 1
Emendatio *l. quid enim* 80. *D. pro socio* pag 215. col. 2
Emendatio *l. vers. verum in proposito D. pro socio* pag. 218. col. 2
Emendatio *l.* 2. *si sterilis* 21. *§. quamuis D. de act. empt.* pag. 239. col. 1. & 2
Emendatio *l. si sciens* 26. *D. de contrahen. constit.* pag. 256. col. 1
Emendatio Cuiaciana *l. si in emptione* 34. *D. de contrah. empt. reprobata* pag. 262. col. 1. & 2
Emendatio *l. domum* 57. *de contrah. empt.* pag. 294. col. 2
Emendatio *l. alienatio* 67. *D. de contrah. empt.* pag. 304. col. 2
Emendatio *l. quod si vno* 13. *in fin. D. de in diem addict.* pag. 340. col. 2
Emendatio *l. fundo penult. D. de in diem addict.* pag. 347. col. 2. in fin.
Emendatio *l. qui filiifamilias* 14. *D. de hered. vel act. vend.* pag. 380. col. 2
Emendatio *l.* 1. *D. de resind. vend.* pag. 395. & 396
Emendatio *l. si quis vina* 4. *§. si auersione D. de peric. & commod. rei vend.* pag. 418. col. 1
Emendatio *l. si vsusfructus* 4. *D. de nouat.* pag. 425. col. 2
Emendatio *l. ex empto* 11. *§. idem ait* 9. *D. de act. empt.* pag. 471. col. 1
Emendatio *l. Iulianus* 13. *§. si in locatis* 10. *D. de act. empt.* pag. 483. col. 1
Emendatio *l. liues* 15. *D. de actio. empt.* pag. 496. col. 1
Emendatio *l. cui res* 29. *D. de act. empt.* pag. 511. col. 2
Emendatio *l. si ea res* 31. *§.* 1. *D. de act. empt.* pag. 514. col. 2. pag. 515. col. 1
Emendatio *l. si duorum* 42. *in fin. D. de act. empt.* pag. 522. col. 2
Emendatio *l. si seruus* 54. *versic. quid si hoc D. de act. empt.* pag. 537. c. 2
Emendatio *l. si quis domum* 9. *§. si colonis* 3. *D. locat. & cond.* pag. 547 col. 2
Emendatio *l. videamus* 11. *§. fin. D. locat.* pag. 551. col. 1
Emendatio *l.* 1. *§. si pensio D. de migrand.* pag. 577. col. 1. & 2
Emendatio *l. qui insulam* 30. *§. colonus* 1. *D. locat.* pag. 592. col. 2
Emendatio *l. In naue Saufey* 31. *vers. quod si separatum D. locat.* pa. 594. col. 2
Emendatio *l.* 1. *D. de æstimat. act.* pag. 635. col. 1
Emendatio *l. naturalis* 5. *§. at cum do* 2. *in fin. D. de præscript. verb.* pag. 652 col. 2
Emendatio *l. si dominus* 8. *D. de præscript. verb.* pag. 660. col. 2

Emens.

Emens à non domino præfertur interdum ementi à domino pag. 515 colum. 2
Emens arbores in fundo stantes nõ potest vindicare tanquam suas donec à solo separentur, sed actione ex empto venditorem potest conuenire pa. 520. col. 1. & 2

Emens, pignus.

Fideiussor rem iure pignoris obligatam à creditore emens cogitur oblatam à debitore, aut eius herede pecuniam cũ vsuris accipere & rem quam emit cum fructibus restituere pag. 122. & 123. & 124. secus emptor extraneus ibid.

Emere.

Nemo potest rem suam emere pag. 55. col. 1
Emere quis dicitur aliquando rem suam, & quomodo? pag. 57. col. 1
An quis partem suam cum tota re emere possit? pag. 85. colum. 1. & 86 colum. 1
Emens à creditore iure pignoris distrahente quamuis emat à non domino, sit tamen dominus adeo, vt de proprietate vinci nõ possit, quia emit ex domini voluntate pag. 122. in fin. nisi sit secundus creditor aut fideiussor pag. 123. col. 1
Emitur plerunq; res propter accessiones sine quibus emptio non sequeretur pag. 279. in fin.
Nec emere nec vendere inuitus quisquam cogi potest pagin. 290 colum. 1
Magistratus non possunt in sua prouincia emere bona ne quidem paterna si ab alio quàm à fisco distrahantur, secus si à fisco pagin. 297. & 298 col. 1. &

Emphyteuta.

Emphyteusi aliqua constituta liberatur emphyteuta si tota res pereat non etiam si ex parte pagin. 423. in fin.
Emphyteuta ob pensionem non solutam expulsus siue ecclesiæ siue priuati sit emphyteuta, impẽsas repetere non potest pag. 633. col. 1. & 2

Emptio, donatio.

Emptio rei propriæ non valet, nec eius traditio facta iussu emptoris vel à venditore alicui, vel ab alio pag. 243 & 244. sicut nec donatio ibid. col. 2

Emptio, exceptio.

In emptione vinorum cum exceptione acidorum & mucidorum non venerit acida & mucida quæ excepta sunt pag. 429. & 420. col. 1. & 2

Emptio, ignorantia.

In emptione ignorantia probabilis prodest emptori, secus ignorantia supina & crassa pag. 243. col. 1. & 2

Emptio, legatum.

In venditionibus & legatis id potissimum inspicere debemus quod actũ est à contrahentibus vel à testatore pag. 496. col. 2

Emptio, locatio.

Quælibet conuentio ab vno facta vt ex substantia, & materia alterius aliquod opus fiat, facit emptionem, si verò ex substantia, & materia eius cui fit opus, locatio est pag. 248. & 249 col. 1. & 2
Emptionis & venditionis nomine veteres promiscuè vtebantur pag. 498. & 499. sicut & locationis & conductionis nomine pag. 499. col. 1. & 2

Emptio, mandatum.

Emptionis & mandati causa indiuidua est pag. 56. in fin.

Emptio, scientia.

In emptione vel venditione à filio suo nomine facta licet patre præsẽte, scientia vel ignorantia filij non patris attenditur pag. 240. 241. col. 1. & 2

Emptio, stipulatio.

Tertia persona ab emente aut stipulante in emptione aut stipulatione apposita inutiliter adiecta esse videtur pag. 4. col. 1
Emptio aut stipulatio liberi hominis aut rei sacræ nulla est si collata sit in tempus quo liber aut sacra res esse desierit pag. 228. col. 1. & 2

Emptio, venditio.

In venditionibus & emptionibus consensus intercedere debet pag. 235 & 236

Emptio.

Emptio non valet si incerto precio facta sit pag. 5. col. 1
Obligatio empti & venditi transit in heredem etiamsi emptio sub condicione contracta sit dummodo post alterius vel etiam vtriusq; mortem condicio extiterit pag. 85. col. 2
De origine emptionis & venditionis pag. 221. col. & 2
Differentia & similitudo inter emptionem & permutationem pag 223. col. 1. & 2
Emptio est iuris gentium pag. 224. col. 1
Emptio consensu perficitur, inter absentes, & per epistolam contrahi potest pag. 224. & 225
Emptionis contractus est quoties in aliquo instrumento legimus factam mentionem precij si modo nihil aliud repugnet pag. 227. col. 1
Emptio purè & sub conditione cõhi potest pag. 227. col. 1
Emptio sub condicione contrahi & resolui potest pag. 227. col. 1. & 2
Emptio & venditio toties valere dicitur quoties nascuntur ex ea obligationes personales empti & venditi quamuis dominij translatio nulla sequatur neque sequi possit pag. 228 col. 1
Emptio liberi hominis vel rei sacræ aut religiosæ ignoranter facta valet, licet earum rerum dominium transferri non possit pa. 227. & 228. col. 1. & 2
Emptio rei prohibitæ alienari scienter facta nulla est pag. 228. & 229
Contractus emptionis & venditionis est vltro citroque obligatorius pag. 229. col. 1
Actio ex empto siue ex vendito etiam ad distrahendam emptionem dari potest pag. 230. col. 1. nequidem ex rescripto Principis ibid.
Emptio solo consensu & contrahi & distrahi potest pag. 230. col. 1. & 2. si scilicet omnia sint integra ibid.
Emptio ea condicione & eo precio facta quanti venditor emerit, vel quantum precij in arca habeat emptor sustinetur pag. 233. col. 1. & 2
Emptio contracta pro precio centũ & quanto pluris vendi potuit valet pag. 233 & 234.
Emptio sine re quę veneat, contrahi non potest pag. 234. col. 1. & 2
Quomodo in emptionibus & venditionibus liceat contrahentibus sese decipere? pag. 235. col. 1. & 2
An & quomodo emptio ex dissensu dissoluatur? pag. 235. & 236. col. 1. & 2
Emptio aleæ condicionalis non est, sed pura, secus emptio partus & fructus futuri pag. 234. col. 2
Emptio iactus retis condicionalis non est, secus emptio piscium qui capientur pag. 235. col. 1
Emptio fructuum nascturorum nõ valet si non nascantur pag. 235. col. 1
Ex venditione & emptione fructuum

BIU Cujas

nascitorum nascitur actio, si per venditorem steterit quominus nascantur, secus si per eum non steterit pag.235.col.1.& 2
Emptio per errorem nominis non vitiatur, si de corpore constet pag. 236. & 237
Error in tota materia vitiat emptionem, secus error in parte materiæ pag. 237. col. 1.& 2.& 238
Emptio quæ pro parte valet, in totum valere debet, cùm sit indiuidua pag.238.col.1.& 2
An emptio & venditio per errorem in qualitate dissoluatur pag.238.& 239 col. 1. & 2
An emptio mulieris valeat, licet virginem emere emptor putauisset pag. 238. col. 2. & 239.col.1.& 2.& 240. col. 1. & 2
Emptio rei propriæ nullam parit obligationem, nec dat actionem vllã aduersus venditorem nequidem decipientem pag. 245.col.2
Emptionis rei propriæ precium soluti indebiti condictione repeti potest pag. 244. & 245
Emptio rei ad emptorem ratione vsusfructus tantum pertinentis valet quo ad proprietatem pag.245.colum. 1.& 2
Emptio rei propriæ non valet ne quidem actione possessionis pag. 245 col.1. & 2
Ex emptione rei cuius vsusfructus ad emptorem pertinebat, officio iudicis precium minuitur pag. 246. col. 1.& 2
Emptio rei communis scienter facta valet, ignoranter verò facta valet ratione partis pag. 246.col.1.& 2
Emptio rei quæ pro parte extra bona nostra est, valet, siue id dictũ sit quod non veneat quod veniri non potest, siue non, nõ valet autem si tota res extra bona nostra est pag. 250 col.1.& 2. & 251. col.1.& 2
Emptio valet & parit actionem quotiescunque exceptus est modicus locus sacer vel religiosus, siue etiam non sit exceptus, secus si totus locus sit sacer vel publicus siue exceptus sit, siue non pagin. 251. & 252
Emptionis nomine alienatio quælibet plerumque continetur pag. 253 in fin.
In actione ex empto nunquam iuratur in litem pag.254.col. 1
Differentia inter emptionem liberi hominis & rei alienæ pag.257 col.1. & 2
Cur emptio rei alienæ sustineatur pag.257. col. 1
An emptio & venditio in fraudem tertij fieri possit? pag. 257. colum. 1 & 2
Emptio loci publici valet si eius vsus ad venditorem, pertineat pag. 260.& 261
An emptio rei furtiuæ obligationẽ pareat? pag.264.col.1
Emptio rei propriæ valet ratione possessionis si modo possessio nulla alia actione possit vocari pag. 265 col. 1. & 2
Actio ex empto potest competere ad implendam & ad resoluendam venditionem pag.282. col.2
Contractus emptionis & venditionis bonæ fidei est pag. 285.col. 1
In emptione duorum pariter vno precio seruorum si alter ante venditionem mortuus sit, in altero emptio consistere non potest pag. 285.& 286
Vnitas precij rebus pluribus pariter constituti vnam emptionem facit. pag. 285. col. 2
Emptio vestimentorum interpolatorum pro nouis facta ignoranter valet, sed emptori competit actio ad id quod suæ interest consequendum pag. 286. col. 1
Actio ex empto competit etiam cum venditio non valet pag. 286.colum.2
Magistratibus tam vrbanis quàm prouincialibus emptiones interdictæ erant, ac etiam procuratori Cæsaris, nisi specialiter quibusdam concessum esset, secus hodie, quia magistratus sunt perpetui pag. 287.colum. 1.& 2
Ex emptionẽ condicionali datur ex vendito actio, & præscriptis verbis si per emptorem steterit quominus condicio impleatur pag.288.& 289
An ex contractu pignoratitio & fœneratitio sub nomine emptionis facto alienatio sequi possit pag 292 col. 2
Emptio domus contemplatione ædificij facta nulla est, si tempore emptionis ædificia corruerint licet area remanserit pag. 293. & 294
Emptio fundi contemplatione arborum facta non valet si arbores vento deiectę vel igne absumptæ erant p. 295. col.1 & 2
Emptio vini ante degustationem non est perfecta pag.299.col.1.& 2
Emptio est quoties materia, in qua aliquid præstatur, immutatur & alienatur pag.301.col.1 in fi.
Emptio liberi hominis, siue scienter, siue ignoranter facta, valet, dummodo ab emptore ignoranter facta sit, tunc enim nulla. si scienter emerit pagin. 307.col 1.& 2
Non licet ab emptione discedere rebus omnib. non integris, nisi retroactis omnibus, quæ prius acta essent pag. 309.col.1
Emptio loci, in quo ædes sacra terræ motu diruta est, non valet, quia locus semper sacer remanet pag. 311. & 312
Emptio valet locorum, quæ circa sepulchra sunt pag.312.col.1.& 2
Clauibus ex causa emptionis traditis, tradita est possessio rerum venditarum sub clauibus contentarum pag. 312.& 313.idcò statim fiunt emptoris, si res venditæ erant venditoris, secus vsucapio inchoatur pagin.313.colum. 1.& 2
Valet emptio eius rei cuius possessio est penes emptorem pag. 321. & 322
Emptio pura cum adiectione in diẽ facta, nullum ius tribuit secundo emptori aut creditori primi emptoris, si prior emptio postea resoluatur, & dominium rei sic emptæ redit ad primũ venditorem, non quidem ipso iure, sed per retrotraditionem ab emptore inuito faciendam pag.331.col.1.& 2
In emptione datur actio ex empto, licet contractus non teneat, nisi ex vno tantùm latere pag.343.co.1
In emptis & vẽditis sequimur quod actum est, maximè cùm quæritur quid & quantum venditum sit pag.361 col.2
Emptio hereditatis consistere non potest, nisi sit reuera hereditas pagin. 376.& 377
Emptio non potest consistere sine re, nisi cùm iactus retis vel alea emitur pag.377.col.1
Emptio valet etiam solius spei pag. 378. col. 1. nec precium restitui oportet, etiamsi nihil sit in re ibid.
Ab emptione recedi potest re integra etiam nudo pacto pag.377.col.1. & 2. si re non integra ibid col.2
Emptio & venditio sicut nudo consensu contrahitur, ita & contrario cõsensu resoluitur pag.397.& 398
Emptione sic contracta togæ, putà, aut lancis per pactum appositum, ne alterutrius emptio maneat, an tota emptio resoluatur? pag.399.& 400
Actio ex empto datur etiam ad resoluendam & distrahendam venditionem pag.402.col.2
Emptio à pupillo cum tutoris authoritate facta, non potest per posteriorem sine tutore factam confirmari aut infirmari pag.403.col.1.& 2
Actio ex empto datur vbi non præstatur modus in emptione dictus pag. 452.col.1.& 2
Cur contractus emptionis frequentius quàm venditionis dicatur, & cur actio empti frequentius quàm venditi dicatur? pag.433.col.1
Actio empti sicut & venditi bonæ fidei est pag.451.col.1
Fructus rei venditæ, qui ex stipulatione vacuam possessionem tradit, nõ sunt præstandi, actione tamẽ ex empto præstandi sunt pag.454.col.1
In venditione precium loci, in traditione dicti venit attendendum pag. 457.col.2
Emptione areæ ita contracta, vt in ea insula ædificetur, & postea pars insulæ retrotrahatur, competit ex empto & ex vendito actio, liberatur autem emptor, si ante traditionem combusta sit pag.460.& 461
Actio ex empto datur contra venditorem, qui vas vendidit minoris, vel mensuræ, vel ponderis, vel valoris quàm affirmauerit pag.461.& 462
Actio ex empto contra venditorem competere non potest, si emptor rei venditæ dominus fieri non possit, modò acquisitionis impedimentum non ex persona & facto venditoris, sed emptoris proficiscatur pag.462. col.1 & 2
Actione ex empto dolus quilibet venditoris vindicari & potest, & debet, etiamsi conuentum nõ fuerit dolum malum à venditore abesse abfuturúmque esse pag.463.& 464
Actione ex empto is qui emit vtitur pag.467.col.1
Actione ex empto id præstandum est quod præstari conuenit pag.467. col. 1. & 2. & si nihil conuenit, ea demum præstanda sunt, quæ naturaliter sunt in vnius actionis potestate. ibid. col.2
Contractus emptionis est vltrò citróque obligatorius pag.468.col.1
Actio ex empto eadem est, quæ datur ad rem tradendam cum ea quæ datur de euictione pag.468.col.2
Post resolutionem perfectæ venditionis, competit actio ex empto vt arthæ restituantur pag.469.& 470
Differentia inter emptionem iactus retis, & emptionem piscium, qui capientur pag.478.col.2
Differentia emptionis serui furis, & serui fugitiui pag.479.col.1.& 2.& ad quid te-

BIU Cujas

quid teneatur venditor furis, ad quid venditor fugitiui? ibid.

In precio emptionis & venditionis licet contrahentibus sese decipere, sed non circa ea quæ rem possunt facere, aut precioſiorem aut viliorem pag.480. col.1. sed eâ deceptione licet se decipere quæ dolo careat ibidem col.2

Emptio & venditio fit gratia vtriusque pag.486. col.1.

Dissensus in qualitate impedit aliquando emptionem, licèt in corpore consensum sit pag.500. col.1

In emptione deceptus ex falsis mẽsuris actione ex empto regressum habet contra decipientem pag.515. col.1.& 2

De singulis rebus vna emptione vẽditis ex empto & vendito agi potest pag.515. & 516

Valet pactio inter venditorem & emptorem, ne habitatorem & inquilinos expellere emptor possit pag.536. col.1

In emptione datur actio ex empto contra venditorem ad id omne quod emptoris interest, si nolit vẽditor rem tradere, nec permittitur emptori precium quod dedit, etiam si id malit repetere pag.640.col.2

Si ex vna parte detur res & pecunia, ex altera vero res tantùm, an emptio sit, an permutatio? pag.641.col.2

Emptio non consistit sine pecunia numerata, sed pecunia numerata non semper facit emptionem pag.647. col.1

Datio pecuniæ, vt res accipiatur, facit emptionem, sed non ea vt detur, quia sic obligaretur venditor ad transferendum dominium, non in primo casu pag.647.col.1

Emptione perfecta, si venditor emptori non permittat rem emptam tolli, quibus actionibus emptori teneatur pag.670.col.2.& p.671

Emptor, actio.

Emptor futurus rem vendendam eandémque inspiciendam accipiens, si ea ante emptionem displiceat, & casu fortuito pereat, non tenetur nisi de dolo & culpa, & actione præscriptis verbis pag.679.& 680

Emptor, euictio.

Emptor, qui se per contumaciam vinci passus est de proprietate rei vẽditæ, actionem ex empto de venditione contra venditorem haberenon potest, nisi paratus sit probare malam causam venditoris fuisse pagin.106. col.1

Emptor, hereditas.

Ex hereditate vendita, quid ad emptorem possit peruenire pag.361. & 362.col.2. quid ad venditorem? ibid. & pag.363.col.1.& 2

Emptor, locator.

Pactio siue ambigua, siue obscura nocet venditori, aut locatori, potius quàm emptori aut conductori pag. 249.col.1.& 2

Emptor ob rem venditam euictam non cogitur aliam rem æquè commodam capere, secus conductor ob rem conductam euictam pag.544.col.2

Emptor, mora.

Mora ab emptore & venditore simul contracta magis nocet emptori quàm venditori pag.457.col.1. modo non sit posterior ibid.col.2

Emptor, resolutio.

Resolutio venditionis facit, non solùm vt emptor dominus esse desinat, sed etiam, vt nec dominus vnquam fuisse existimetur pag.334.col.2

Emptor, venditio.

In venditione condicionali emptor non potest vsucapere, nec fructus, quasi suos percipere pag.329.col.1.& 2

Emptor non constituitur in mora per lapsum termini appositi ad degustandum, si per venditorem stetit, nec in eum transfertur periculum, sed ad venditorem pertinet, nec emptio resoluitur pag.416.col.1

Emptor.

Emptor contra venditorem de euictione agere potest, etiamsi in lite à domino mota nolit iurare de calumnia, cum sciat rem ad actorem pertinere pag.106.col.2

Exceptio rei iudicatæ transit à venditore in emptorem pag.144.col.1

Dominium rei venditæ in emptorem transire non potest, nisi numerato demum precio, aut si de eo venditor fidem habuerit, aut aliter ei satisfactum sit pag.226.col.2.

Emptor malæ fidei est, qui rem alienari prohibitam emit, ideo nec eam acquirere, nec vsucapere potest pag. 229.col.1

Emptor rei suæ non est iuuandus, si scienter emerit pag.245.col.1

Emptor rei venditæ precium præcisè tradere cogitur, non autem venditor rem venditam pag.253.& 254

Emens à domino, quem neque lex, neque prætor vendere prohibuerat, si contra bonam fidem precium soluerit venditori perdituro, fit dominus rei emptæ, non statim, sed tantùm per vsucapionem, emens verò à prohibito, neque statim fit dominus, neque per vsucapionem pag.255.256.& 257

Emptor malæ fidei dici non potest, qui rem alienam ignorans, à non domino emit pag.257.col.1.& 2.& 258

Emptor malæ fidei est qui scienter à pupillo, vel à falso tutore emit pag. 258 col.1.& 2

Emptor ex emptione serui qui peculium secum tulit condictione furtiua, potest conueniri si aliquid peruenerit pag.259.col.1.& 2

Propter furtum à seruo factum emptor serui potest conueniri, si aliquid peruenerit, & ad exhibendum, & ex vendito pag.259.& 260

In alternatiua venditione vtraque re simul extructa, precium ab emptore debetur, cuius periculo alterutrum viuere necesse fuit pag.267.col.1 & 2

In alternatiua emptione re in arbitrio emptoris posita pereunte, non annullatur emptio pag.267.col.2

In iudicio redhibitorio si conuenerit, vt nisi res placuerit, redhibeatur: sine vlla tamen temporis præfinitione, actio in factum emptori accommodatur intra dies sexaginta, non vltra pag.279.col.2

Vendito fundo seges ex stipula nata pertinet ad emptorem, si aliud non sit dictum pag.280.& 281

Vendito fundo fistulæ & canales aquæductus debentur emptori, licèt nullus sit aquæductus pag.288.col.1. & 2

Vendito prædio cui seruitus aquæductus debetur, etiam aquæductum in emptorem transire necesse est tacito iure pag.287.& 288.col.1.& 2. secus aquæductus qui prædio nondum debebatur pag.288.col.2

Circunstantiæ agri quæ non sunt iuris priuati non computantur in modum agri, nisi ita conuentum sit, quia nullius sunt pag.289.col.1.& 2

Dominium rei emptæ transit ad emptorem, etiamsi non soluerit precium, sed aut fideiussorem dederit, aut aliter venditori satisfecerit pag.290.& 291

Emens rem sacram vel religiosam ignoranter, habet actionem aduersus venditorem ad interesse pag.298.& 299

Periculum rei per auersionem venditæ transit in emptorem, etiam ante assignationem pag.299.col.1.& 2.

In emptione ab emptore sibi & Titio facta, tota res ad emptorem pertinet pag.301.col.1.& 2

Emptor ruta cæsa, vel aliud quidlibet quod non sit venditum prætextu venditionis inuadens, si nolit restituere, tenetur venditori quanti iurauerit in litem pag.303. col.2.

Res vendita melioris est condicionis penes emptorem, quàm futura esset penes venditorem pag.304.col.2

Emptor aduersus venditorem non habet iusiurandum in litem, ob id quòd res vendita non tradatur siue dolo malo venditoris id fiat, siue non pag.306. col.1

Quæ actio, & ad quid competat emptori contra venditorem qui dolo rem venditam non tradit pag.305.& 306.col.1.& 2

Emptor non habet regressum aduersus venditorem, si aliqua exceptione se tueri potuisset, eáque iusta pag. 315 col.2

Actiones & exceptiones venditori competentes, etiam emptori competunt pag.315.& 316

Coheres emptoris totum emptionis precium soluens, partem suam retinere potest, iudicio familiæ erciscundæ pag.318.col.1.& 2

Dominium rei venditæ, nec sine traditione, nec cum traditione transferri potest in emptorem ante solutionem precij, aut satisfactionem pag.318. col.2

Emptor emens pure sub pacto addictionis in diem, habet interim actiones competentes ratione rei quas cedere tenetur pag.332.& 333. secus emens sub condicione ibid.

Emptor prior in pari causa cæteris præferendus est, &, si vinci se à posteriore patiatur, restitui in integrum potest, si modo eius interfit, non solùm quòd fortè res pluris sit, sed etiamsi non nisi ratione affectionis pag.336. col.2

Venditione sub pacto in diem addictionis resoluta, prior emptor non habet actionem aduersus secundum pag.348.col.1.& 2

Emptor re empta fruens pretij non soluti vsuras pondere tenetur pag.351. in fin.

An emptor à potestate legis commissoriæ liberetur per obsignationem aut per protestationem, aut per denunciationem, aut per oblationem pag.356.& 357.col.1.& 2

Emptori præstare tenetur venditor hereditatis, vel heres eius, etiam

BIU Cujas

quicquid ad eos dolo malo non peruenit pag 363. & 364

Ad emptorem hereditatis omne lucrum & damnum hereditatis pertinet pag.367.col.1 & 2

Emptor hereditatis venditorem indemnem præstare debet pag.368. col.1. & 2

Emptor hereditatis amissas seruitutes restituere tenetur pag.373.col.1. & 2

Condictio soluti pretij sæpe danda est emptori denegata ei contra venditorem, aut ad rem tradendam, aut ad id quod interest actione pag.391. col.1

Emptor ante solutionem totius precij venditorem actione ex empto conuenire non potest pagin.391. col.2

Emptor qui fideiussorem accepit à venditore, non potest agere ex empto contra venditorem, postquam nudo pacto conuenit, vt ab emptione discederetur pag.398.col.1

Emptione perfecta rei venditæ periculum ad emptorem pertinet etiam ante traditionem pagin. 401.col.1. & 2

Emptor posterior priori præfertur, si modo ei prius possessio tradita sit pag.402.col.1

Emptor serui, si eum conductum rogauerit donec pretium soluerit, nihil per eum seruum acquirere potest pag.431.col.1.& 2

Emptor rem & precium habere non potest pag.434.in fi.

Quæstione dominij mota emptor pretium soluere non cogitur, nisi fideiussores idonei à venditore eius dictionis nomine offerantur siue dominium rei venditæ in emptorem translatum sit, siue non pag.434.& 435

Emptor in soluendo rei emptæ precio moram faciens, quas vsuras & quãtas præstare venditori teneatur pag. 435 & 436.col.1.& 2

Emptor ad pretij solutionem obligatus non potest cogi ad præstationem eius quod venditoris interest, sed tantum ad pretij solutionem cum vsuris pag 449.col.2

Venditor emptori tenetur actione ex empto ob qualitatem alatam, & antequam res euincatur, postea verò tenetur euictione pag.457 & 458

An venditor ex venditione agri teneatur emptori, si modus minor agri inueniatur? & quomodo æstimari debeat quod deficit in mensura pag.458. col.1 & 2

Emptor deceptus à venditore ex empto agere potest siue per ignorantiam, siue per calliditatem venditoris deceptus sit pag.460.col.1.& 2

Venditori fundum, vt seruientem vendenti & liberum tradenti competit actio aduersus emptorem, vt seruitutem fundo imponi patiatur, sicut & emptori competit aduersus venditorem, qui vendidit vt liberum, tradidit autem seruum vt seruitutem remittat pag.465.col.1.& 2

Emptor rem emptam tollere cogitur actione ex vendito pag.466.col.1 & 2

Ad quid & quibus actionibus teneatur venditor, qui venditori alteri heres extitit, ad quid emptor, qui alteri emptori? pag.466.& 467

Venditor rei venditæ dominum emptorem facere non tenetur, emptor autem venditorem pretij dominum facere debet, & ratio diuersitatis pag.468.col.1.& 2

Emptor emens mulierem à venditore sciente cùm putaret se virginem emere, habet actionem ex empto aduersus venditorem ad resoluendam emptionem pag.469.col.1.& 2

Emptor noxali actione conuentus minorem obligationis partem eligere cogitur, si enim durtiorem eligat, actione ex empto potest à venditore conueniri pag.472 & 473

Venditor emptorem facere debet potiorem in causa possessionis, aliqui ex empto, vt præstet quanti emptoris interest, non in causa dominij, nisi cùm ipse dominus est pagin. 473. col.1.& 2

Emptor non defendens in iudicio rem emptam agere potest aduersus venditorem, siue eum defenderit quoties malam causam habet pag. 473.col.1.& 2

Emptor agens stipulatione duplæ non potest postea pro reliquis ex empto agere pagina 474.columna 1. & 2

Bona fides non patitur emptorem re à precio carere pagin. 476. & 477. col.1

Emptor partem precij offerens contra venditorem agere non potest actione ex empto ne quidem vt partem tradat pag.482.col.1.& 2

Emptor qui partem precij soluit post euictionem rei venditæ, partem tantum solutam repetere potest pag. 483. col.1.& 2

In emptione fundi, cuius fructus iam maturi sunt fructus emptori cedunt, si nihil aliud dictum sit pagin. 483.col.1.& 2

Quicquid ex serui venditi operis, vel vecturis iumentorum vel nauium quæsitum est, emptori præstari debet, modo ex re venditoris acquisitum non sit pag.484.col.1.& 2

Venditor alieni fundi tenetur actione ex empto, licet emptoris postea fiat ex causa lucrativa pag.485. col.1.& 2

Idque propter dolum, qui per alluuionem non purgatur ibid.

Nihil interest an emptor fallatur calliditate, an ignorantia venditoris pag 485.col.2

Donatione facta seruo vẽdito à domino ante traditionem emptori præstari debet pagina 487. & 488. columna 1

Venditione serui perfecta quicquid lucratur seruus venditus etiam ante traditionem pertinet ad emptorem pag.487.& 488

An & quomodo vsuras pretij emptor præstare teneatur? pag.489.col. 1.& 2

Emptor ad vsuras precij ex die possessionis etiam precariæ tenetur pag. 489.& 490.col.1.& 2

Procuratore collusorie vendente emptor contra dominum agere potest actione ex empto, aut vt stet venditioni, aut vt discedat pag 494.col.1. & 2. & cur ita? ibid.col.2

Venditore habitationem aut decem excipiente in annos singulos, an & cur emptor habeat electionem vnius præstandi? pagina 503. col. 1.& 2

Condictio competit aduersus emptorem ignoranter rem meam ementem, sed quicquid in eam impendit, repetere etiam ipse potest pag. 506. col.1.& 2

Emptor à venditore prohibitus re sua vti habet actionem ad exhibendum & iniuriarum aduersus venditorem pag.507.col.2

legatarius rem sibi sub cõditione legatam, ignoranter emens euenientе condicione actione ex empto pretium consequi potest pagina 510.& 511. columna.1.& 2

Emptor serui cum peculio qui pecuniam venditoris furto subtractam ignorans furtiuam, sed credens peculiarem conditione sine causa conueniri à venditore potest, vt restituat pag.512.col.2

Emptor posterior à domino emens si fiat possessor rei emptæ præfertur anteriori emptori non possidenti pag. 514.col.1

Ex duobus emptoribus à diuersis venditoribus eandem rem ementibus ille præfertur qui emit à domino siue fuerit posterior emptor, siue non; siue possideat rem emptam, siue non pag.514.col.1.& 2

Bonæ fidei emptori, neque venditoris, neque alterius dolus nocere debet pagina 517. columna 1 & 2. & pag.518

An emptor qui seruum fideicommisso relictum emit ab herede quem fideicommissarius manumittere debuerat si fideicommissum agnouisset (si emptorem à quo est manumissus patronum habere nolit) possit habere actionem ex empto post manumissionem, & per eam actionem aliquid consequi à venditore? pagin. 523. & 524

In venditione pactum appositum ne emptor habitatores expellere possit, non afficit venditorem eundémque habitatorem pag.536.col.1. Itémque nec habitatores gratuitos, nisi generaliter habitationem habitatoribus exceperit ibidem columna.2

An emptor contra venditorem agere possit ad repetendas impensas in eruditione seruorum factas quorum ius patronatus sibi euictum est pag. 524.columna.2. & pagin. 525. columna 1.& 2

Emptor rei alienæ ignoranis impensas omnes in re factas à domino vindicante rem suam repetere potest pagina 525. columna. 1. sed pro iis contra dominum nulla actio competit, sed tantum retentio, competit autem actio contra venditorem ibid.col.2

Emptor & pœnam & precium petere potest, licet non possit petere rem & pœnam pagina 528. columna.2

Emptor beneficio alicuius legis precium emptionis debere desinens, non potest venditorem compellere, vt rem suam tradat, & precium perdat pag. 530.col.1.& 2

Emptor actionum vtiles suo nomine citra cessionem habet ex rescripto D. Pij pag.534.col.1

Pluris interest emptoris ob rem venditam euictam, quàm locatoris ob rem locatam euictam pag.544.col.2

Emptum.

BIU Cujas

Emptum.

Si fundo vendito in qualitate iugerum captio est, ex empto actio erit pag.516.col.1.& 2

Euicta seruitute cui agatur ex empto, non de euictione? pag.516.col.1. & 2

Actio de euictione ex empto actio est pag.516.col 2

In actione ex empto nunquam iuratur in litem, ne dominus inuitus rem suam vendere cogatur pag.610.col.1

E R

Errare.

Stulti sunt qui in iure errant pag. 112.col.1

Nemo errans, rem suam amittit pag.246.col.1

Error, ignorantia.

Error semper habet ignorantiam,& ignorantia errorem pag.107.col.1

Error, nomen.

Error nominis impositiij non vitiat actum,si de corpore constet, secus error nominis naturalis pag.236.col.1. & 2

Error, venditio.

Venditio vitiatur per errorem in materia & substantia rei venditæ,licèt consensum sit in corpore pag.239.col. 1.& 2

An error contrahentium vitiet emptionem aut venditionem, si in materia aut qualitate erratum sit, sicut error vnius ex contrahentibus? pag. 242.co.1. & 2

Error.

Error in corpore semper vitiat, etiamsi agatur de matrimonio pag. 236.col.2

An & quibus dispositionibus error in materia & dissensus vitient actum, non minus quàm error in corpore pag. 237.col.1.& 2

Error qui in contrahendo interuenit, non ex aliorum persona æstimari potest, quàm eorum qui contraxerunt pag.240 & 241

Error facti alieni semper est probabilis, maximè si cum vulgi opinione concurrat pag.404.col.2

Error iuris quamuis prodesse nunquam possit,tamen nocere non debet, quoties non de lucro captando certatur,sed de damno vitando pag.404. col.2

E V

Euenire.

Quicquid euenire potest,omnimodo euenturum putabat Paulus pag. 546.col.1

Euentus.

Expectandum illud non est cuius euentus nihil operatur pagin. 109. col.2

Euentus rei sunt inspiciendi pag. 125.col.2

Non est expectandus euentus qui nihil operari potest pag.128.col.1

Euictio, actio.

Euicta re quæ data fuerat, non ex causa permutationis, sed ob quam aliam causam putà ob factum aliquod secutum,datur actio præscriptis verbis ad id quod interest,quamuis detur etiam condictio,si tale sit id de quo agitur vt condici possit pag.652.col.1

Euictio, feudum.

Feudo euicto æquiualens dari potest inuito pag.545.col.2

Euictio, venditio.

Ex venditione vniuersitatis re aliqua singulari euicta, euictio non debetur sicut neque ex venditione hereditatis, re aliqua singulari euicta. pagin.380.in fin.

Euictio, venditor.

Pactum, ne venditor de euictione teneatur,non valet pag.302.col.1

Euictio.

Pronunciatio ingenuitatis est species quædam euictionis pagin.17. col.1

Venditor fidem suam simpliciter adstringens,tenetur de euictione,etiamsi de ea nihil dictum sit specialiter pag.107.col.1

Quem de euictione tenet actio, eundem agentem & vindicantem repellit doli exceptio pagin. 107. col.1

An creditor qui pignus vendidit iure creditoris,de euictione teneatur? pag.125.col.1

Tot sunt actiones de euictione, quot sunt res emptæ, licèt vnum duntaxat sit emptionis instrumentum p. 285.col.1

Nemo euictionis nomine tenetur pro eo iure quod tacitè solet accedere pag.302.col.2

Pactum in venditione appositum ne quis de euictione teneatur, non pendet ei qui sciuit causam ex qua res euinceretur,& tacuit pag.464.col.1. & 2

Venditor promittens per se, & per heredem suum habere licere simpliciter,id est, nulla adiecta dictione taxatiua,nec adiecto eo, & per omnes,non tenetur, si extraneus euincat, neque ex stipulatione,si ea interposita sit,neque ex empto, si nulla stipulatio interuenerit pag.476.col.1.& 2

Conuentio specialis non valet,vt euicta re vendita emptor rem amittat & venditor precium rei retineat p. 477.col.2

In contractu do vt des, vel do vt facias,non datur actio prescriptis verbis ob euictionem antequàm res euicta sit,sicuti datur in contractu emptionis actio etiam antequam res euicta sit, pag.652.col.2

Euictum.

Datum non videtur, licèt traditum sit quod euictum est, quia erat alienum pag.652.col.2

E X

Exactio.

Exactio compensationem actionum inducere non potest, nisi ad concurrentem vsque quantitatem pag.5 col.1.& 2

Exceptio, dolus.

Exceptio doli nullam patitur replicationem,nequidem doli pagin.15. col.1

Exceptio.

Omnis exceptio quæ vel minimum quid iniquitatis habet, elidi per replicationem potest pag.15.col.1

De exceptionibus minus honestis, & an exceptio, quod quisque iuris, quam interpretes stellionatus exceptionem vocant pag.32.col.1.& 2

An exceptio excussionis sit dilatoria,an peremptoria. pag.77.col.2.& pag.78

Exceptio doli est fauorabilis pag.79 col.1

Omnes exceptiones rei non personæ cohærentes, quæ dantur debitori, dantur etiam fideiussori pagin.121 col.1

Exceptiones doli & pacti, omnibus bonæ fidei iudiciis insunt pag.127. col.1

Ius excipiendi transit contra singularem successorem pagin.144.col.1. & 2

De exceptione cedendarum actionum,& vnde nascatur? pagin.271. col. 2

Exceptio est quidem de regula, sed regulam destruere non debet pag. 251.col.2

Exceptio non prodest, si res excepta non reperiatur pag.311.col.1.& 2

Exceptio de iure tertij potest esse ipso iure exclusiua iuris agentis, & tamen ita demum,si tertius velit pag. 351.col.1

Exceptiones non applicantur ad obligationes, sed tantùm ad actiones pag.398.col.2

Exceptio quæ non reperitur, non diminuit pag.465.in princ.

Omnes exceptiones maximè verò doli pendent ex æqualitate pag.606. col.2

De exceptione cedendarum actionum,& eius effectu pag.609.in fin.

Exceptiones, quæ contra actiones stricti iuris, specialiter ac nominatim opponendæ sunt, bonæ fidei iudiciis insunt pag.617.col.2

Omnes exceptiones insunt bonæ fidei iudiciis ipso iure, non etiam strictis pag.664.col.1.& 2

Excussio.

Qui habent beneficium ordinis à lege,id est, ne priore loco conueniantur, non sunt cogendi sumptus vllos offerre, ac subministrare actori, vt aduersus alios experiatur, sed cogitur actor eos suis sumptibus conuenire,qui prius sunt conueniendi, secus illi qui habent beneficium ex iudicis tantùm arbitrio & æquitate pag.628.col.2

Existimatio.

Existimatio apud bonos & graues viros nulla mercede æstimari potest pag.106.col.2

Expressum.

Expressum facit, vt cesset tacitum pag.112.col.1

Expressio eorum quæ tacitè insunt, nihil operatur, ideóque superuacua est pag.250.col.1

Expressa plerunque nocent, quæ non expressa non nocerent pag.477. col.2

BIU Cujas

Exprimere.

Nihil interest, an quis expresso consensu & verbis, an facto voluntatem suam declaret pag.190.col.1

Expromissor, fideiussor.

Expromissor obligatur solus pro alio, non obligato, fideiussor verò pro alio etiam obligato pag.101.col.1

Expromissor.

Expromissor statim eum liberat pro quo expromittit, si iam erat obligatus pag.101.col.1

Expromissor propriè ille dicitur, qui solus obligatur, & pro non obligato pag.491.col.1

Extra, extrinsecum.

Eius quod extra rem est, nunquam habetur ratio pag.501.col.2

F A

Facere.

Aliud est, plus facere quàm quis debeat, aliud verò aliam rem facere pag.6.col.2

Per alium sæpe quis facere aliquid potest, quod per seipsum non potest pag.59.col.2

In non faciendo culpa lata etiam contrahi potest pag.74.col.2

Quomodo intelligendum sit brocardicum illud, Quod vna via fieri prohibetur, non debet alia permitti & per indirectum pag.318.col.2

Quicquid in faciendo consistit, incertum est pag.459.in fi.

Quis facere videtur quod per alium fieri patitur pag.590.col.2

Factum.

Ad factum nemo præcisè cogitur, & ratio pag.21.col.2

Quæ sunt facti, non transeunt à filio ad patrem, nec à seruo ad dominum, sed ea tantùm quæ sunt iuris pag.34.col.1

Facta omnia personalia sunt, & personalissima pag.136.col.2

In omnibus causis pro facto habetur id quod per aliquem mora fit, quominus fiat pag.288.col.2.in fi.

Quod per aliquem non stetit, quo minus id faceret, pro facto haberi debet, quantum ad eius commodum pertinet pag.571.col.1.

Factum ab eo videtur, quod in eius odium ab alio fit pag.582.in fi.

F I

Fides.

Nemo prohibetur bonam fidem agnoscere pag.31.col.1

Frangenti fidem, fides frangatur eidem pag.618.col.1

Fictio.

Plus operari non debet fictio in casu ficto, quàm veritas in casu vero pag. 64.col.1

Fictiones iuris debent veritati respondere, quantum fieri potest pag. 64.col.1

Fictio ad id porrigi debet, quod per rerum naturam non est impossibile pag.136.col.1

Fictio legis non ad aliud se porrigit quàm ad id ad quod se porrigit lex naturæ pag.558.col.2.

Fideiubere.

Fideiuberi non potest animo no-uandi pag.100.col.2

Qui pro aliquo contractu simpliciter fideiubet, in omnem causam fideiubere intelligitur, quæ ex eo contractu nasci potest pag.616.col.1

Fideiussor, conductio.

Fideiussores etiam magistratuum in pœnam vel mulctam quam non spopondissent, conueniri ex constitutionibus non possunt, neque fideiussores conductionis vectigalium in vsuras quas non promisissent, si modò non in omnem conductionis causam, vel simpliciter obligati essent p.617.col.1

Fideiussor, conductor.

Fideiussor pro conductore conductoris principali domino non tenetur pag. 615.col.1.& 2

Fideiussor, defensor.

Priuilegium personale competens reo non competit eius fideiussori pag. 185.col.1.& 2 secus defensori, & quæ sit differentia inter fideiussorem & defensorem ibid.col.2

Fideiussor, liberatio.

Fideiussor non aliam rem à reo potest repetere, quàm qua pessima liberarè se iure potuit, quando scilicet sine adiectione bonitatis rei pro altero spopondit pag.110.col.1.& pag.111. col.1.& 2

Non est æquum in perpetua obligatione retineri eum qui amici officium exhibuit, à qua obligatione possit amicus eum liberare pag.94.col.2

Quibus casibus qui pro alieno debito, vel se, vel bona sua obligauit, possit ante solutionem consequi indemnitatem, quibus casibus possit consequi liberationem? pag.94.& 95

Fideiussor, mandator.

Differentia inter fideiussorem & mandatorem pag.82.col.2

Fideiussor, mandatum.

Fideiussor ex debitoris substantia soluens quem ignorabat liberatum, non tenetur actione mandati pag.19. col.2

Fideiussor in maiorem quantitatem condemnatus quàm deberi ratio exigebat auxilium appellationis omittens, quo casu possit debitorem actione contraria mandati conuenire pag. 19.& 20

Fideiussor exceptionem minus honestam omittens, habet actionem mandati pag.31.& 32

Fideiussor omittens exceptiones aliquas quibus reus vti potuit, vel non vti, an & quatenus actionem mandati habere possit? pag.31.& 32

Fideiussor per donationem inter viuos, vel causa mortis, vel per legatum animo remunerandi factum, à creditore habet aduersus reum actionem mandati, secus si ex mera liberalitate, & non animo remunerandi pag.32.33. & 34

An filiofamilias, vel seruo fideiussore per donationem liberato, pater vel dominus habeat aduersus reum actionem mandati? pag.34.col.1.& 2

Fideiussor pro quo aliquis donandi animo, quamuis non remunerandi pecuniam creditori eius soluerit, habet contra reum mandati actionem, secus si ab ipso creditore hoc modo esset liberatus ibid.

An filiusfamilias fideiussor ab alio liberatus habeat contra reum actionem mandati quam pater habere non potuit pag.34.col.2

Fideiussor qui præcedente mandato pro debitore se in diem obligauit, siue per errorem, siue prudens, & sciens soluerit pecuniam ante diem, mandati actionem cum reo non habet pag. 46.col.1

Fideiubens pro absente an habeat actionem mandati, an negotiorum gestorum, sicut & soluens pro debitore pag.52.col.1.& 2

Fideiussor soluens procuratori creditoris, habet actionem mandati contra reum si verus erat procurator, quòd si non erat, habet actionem contra procuratorem tantùm pag.65.& 66

Fideiussor soluens pro debitore ignorans exceptiones debitori competentes, habet actionem mandati, secus si non ignorauit pag.73.& 74

Fideiussor soluens cùm ignoraret se inutiliter obligatum, si tamen aliquo modo sit obligatus, an & quomodo habeat mandati actionem? pag.74. & 75

Fideiussor ignoranter soluens pecuniam iam à debitore solutam habet actionem mandati contra debitorem pag.76.col.2

Fideiussor solus tempore liberatus, si soluerit creditori contrariam mandati actionem aduersus reum habet pag.79.& 80

Fideiussor recuperare volens mandati iudicio quod soluerit pro reo, debet paratus esse reum defendere aduersus creditorem pag.80.col.1.& 2

Rogatus fideiubere, si in maiorem summam fideiusserit quàm rogatus esset, an habeat aduersus mandatorem mandati actionem quatenus rogatus esset? pag.83.col.1.& 2

An fideiussor mãdato debitoris obligatus cõtra eundem debitorem agere possit prius etiam quàm soluat, vt ipse liberetur? pag.93.& 94

Fideiussor priusquam soluerit quod promisit, mandati agere regulariter non potest pag.99.col.2

Fideiussor soluens aliquid vile, vt principalem ab obligatione liberaret, mandati actionem habet, si ob eam solutionem principalis fit obligatus pag.103.& 104

Fideiussor qui accepit in dotem ab vxore id quod ipsi vxori debebat tanquam fideiussor alicuius, neque soluit quicquam vxori, neque ei condemnatus est, agere tamen mandati potest contra principalem pag.104.col.1.& 2

An fideiussor vsuras pecuniæ creditę soluens pro reo qui in iudicio conuentus recusat, nec denegare vult sub vsuris creditam pecuniam fuisse, possit agere mandati contra reum ad ipsas repetendas? pag.105.col.1.& 2

Fideiussor qui minori 25. annis pecuniam in iure obtulit, & propter ætatem minoris metu restitutionis obsignauit, ac publicè deposuit, habet actionem mandati pag.117.col.1

Fideiussor, solutio.

Fideiussor soluens ignoranter quod debitor ante iam soluerat, habet actionem mandati contra debitorem, & condictionem contra creditorem pag. 78.col.2

Fideiussor, venditor.

Fideiussor venditoris liberatur ipso iure

BIU Cujas

iure per pactum appositum, licet obligatio venditoris non tollatur ipso iure pag.399.col.1

Fideiussor, constitutor.

Differentia inter constitutorem & fideiussorem pag.43.col.1

Fideiussor.

Quæ actio competat fideiussori iudicatum solui, qui vltro ad fideiussionem accessit? quæ actio ei qui pacta mercede, quæ verò ei qui pacta tantùm mercede, vel ei qui suo etiam periculo, quæ etiam ei qui non suo periculo, quæ item ei qui pacta mercede subdole & callide, non tantùm ad fideiussionem, sed etiam ad litis redemptionem accessit? pag.12.per tot.

Si de iure obligationis pignorum actum fuit, fideiussores non liberantur pag.20.in fin.

An præsentia debitoris non prouocantis, excuset fideiussorem iniquè condemnatum, non prouocantem ita, vt possit fideiussor debitorem conuenire? pag.20.col.2

Per pactum de non petendo, liberatio contingens fideiussori non prodest reo pag.31.col.2

Omnes exceptiones fideiussori ex proprio capite competentes, non competunt principali debitori pag.32.col.1

Fideiussor creditoris heres factus, facit vt tanto minus sit in bonis fideiussoris condemnati pag.33.col.2

Fideiussoria obligatio principalem antecedere potest ordine temporis, sed tamen sequi debet causam & condicionem principalis obligationis p.37 in princ.

Fideiussorem indemnem seruare cogitur debitor principalis ex causa fideiussionis, dummodò nihil sit quod imputari fideiussori possit pag.76.col.2

Fideiussor soluens debitum, nec certiorem faciens reum cùm possit, repellitur exceptione doli, si reus ignoranter idem debitum soluerit creditori, & ab ipso fideiussore conueniatur pag.76.col.1.& 2.& 77.col.1

Fideiussori soluenti ignoranter quod à debitore antea solutum erat, cedendæ sunt actiones contra creditorem qui duplicem solutionem accepit, sicut & debitori ipsi soluenti quod à fideiussore solutum erat pag.76.& 77

Fideiussori, nec bonæ fidei debitori congruit de apicibus iuris disputare pag.77.col.2

Fideiussor neglectis exceptionibus dilatoriis & procuratoriis scienter vel ignoranter soluens, an fraude careat, & reum possit conuenire? pag.77.& 78

Valet argumentum à fideiussore ad mandatorem negatiuè pag 82.col.1. in fin.

Fideiussor qui post denunciationem sibi à debitore factam vt recusaret, ac solutionem denegaret, si sciat verè debitum esse quod petitur, habet actionem contra reum si soluat pag.105.& 106.col.1.& 2

Fideiussor debitum in diem ante diem soluēs, nec habet repetitionem contra creditorem, nec actionem contra debitorem, antequam dies cesserit pag.111.col.1.& 2

Beneficium diuisionis amittit, qui negat se fideiussorem pag.203 col.2

Fideiussoris datio pro qualibet satisfactione aliquando accipitur, siue expromissore dato, siue pignore satisfactum sit pag.290.& 291

Fideiussor debitorem cogere potest, etiam priusquàm dies veniat, qui solutioni præstitutus fuit, vel vt soluat, vel vt bona aliqua præstet fideiussori ex quorum venditione colligi possit pecunia soluenda creditori, ne condemnationem, & carceres, aut bonorū distractionem patiatur pag.324.col.2

Datio fideiussoris non semper in expedito est pag.334.col.2

Fideiussor liberatur reo principali liberato pag.398.col.2

Reus principalis dicitur conuenire per mediam personam fideiussoris p. 472.col.2

Fideiussoribus prioribus datis, nec existentibus idoneis, possunt alij non minus idonei dari pag.545.col.2

Fideiussor serui ad omnia ea tenetur ad quæ fideiussor liberi hominis pag.506.col.1.& 2

Fideiussor ad certam quantitatem obligatus, non tenetur ad vsuras, nec ad id quod interest, nisi etiam in omnem causam sit obligatus pag.615.& 616.

De fideiussore contractus, & ad quid teneatur? pag.616.col.1.& 2

Obligatio fideiussoris non potest augeri per moram principalis debitoris, quando ea obligatio facta sit per verba præsentis temporis, secus si per verba quæ etiam futurum tempus cōprehendere possunt pag.617.col.1

Fideiussoris obligatio in futurum concipi potest pag.617.col.1

De variis fideiussoribus, & ad quid singuli teneantur? pag.617.col.1.& 2

Fideiussor indemnitatis fauorabilior est cæteris, nec vnquam, nisi posterior conuenitur, nec nisi de eo tantùm quod à principali debitore seruari non potuerit qui discutiendus erat, etiam ante accommodatum fideiussoribus beneficium non factæ discussionis pag.617.col.2

Filius.

Filij matris qui patri heredes extiterunt, si à matre aliove mariti herede conueniantur, in id tantùm quod facere possunt, debent conueniri pag.186 col.1.& 2.in princ.

Per patrem filiofamilias nihil acquiri potest, quia sibi ipsi adquireret, licèt patri per filium acquiratur pag.396.col.2

Filiusfamilias.

Omnis obligatio filifamilias per emancipationem intercidit pag.36.col.2.& 37.col.2

In castrensi peculio filiusfamilias habetur pro patrefamilias pag.168.col.2

Filiusfamilias etiam olim acquisitionis capax erat, si modò nollet pater sibi per filium acquiri pag.225.col.2

Filiusfamilias in peculio quasi castrensi vel castrensi ex constitutionibus pro patrefamilias habetur pag.226.col.2

Quibus casibus filiusfamilias sine patris consensu obligari possit, vel non? pag.463.col.1.& 2.

Finitum.

Finiri propriè non dicitur quod initium nunquam habuit pag.332.col.2

Fiscus, venditio.

Exceptio loci sacri aut religiosi, aut publici, in venditione appositi non comprehendit res fisci pag.311.col.1.& 2.

Fiscus.

Fiscalis hastæ fides facilè connelli non debet pag.405.col.1.

Fiscus semper & in omnibus contractibus suis habet priuilegium tacitæ hypothecæ pag.612.col.1

De priuilegiis fisci pag.611.& 612. col.1.& 2

F R

Fraternitas.

Fraternitas ex contractu descendēs, seu voluntaria fauorabilior est, & potentior, quàm fraternitas naturalis pag.184.col.1.in fin.

Fraus, dolus.

Differentia inter dolum & fraudem pag.138.col.2

Fructus, actio.

Ad factum pro facto accipienda est actio fructibus arborū in fundum vicini decidentibus: an & quomodo dominus fundi vicini, & qua actione teneatur si eos consumpserit, vel eius domestici? pag.667.& 668

Fructus.

Fructus quo iure percipiantur, etiam à bonæ fidei possessore? pag.23.in fin.

Fructus quinam intelligantur? pag.30.col.2.

In fructibus percipiendis nullum damnum esse potest, nisi impensarum quæ ad colligendos fructus fiunt pag.152.col.2

Fructus pendentes pars fundi esse videntur pag.281.col.1

Quicquid tale est, vt renascatur in fructu est pag.281.col.2

Fructuum appellatione & arundinetum, & sylua cædua continetur pag.281.col.1.& 2

Fructus non iure seminis percipiuntur, sed iure soli, & dominij pag.454. col.1

Fructus siue maturi & pendentes, siue immaturi, censentur pars fundi pag.483.col.2

Frui.

Species fruitionis est, posse alium in suo loco collocare pag.626.col.1

Frumentum.

Frumenta sine semine nasci non solent pag.280.col.1

F V

Fugitiuarius.

Qui sint fugitiuarij, & eorum officium? pag.676.col.2

Fundus, dos.

Fundus æstimatus propriè non est dotalis, sed is duntaxat qui datus sit non æstimatus, nisi datus sit æstimatus ea lege, vt soluto matrimonio idem fundus eodem precio reddatur pag.533.col.1

Fundus.

Fundi appellatione quæ contineātur? pag.496.& 497. & quæ legato fundi contineantur? pag.498.col.1.& 2

In venditione vel legato fundi quid contineatur? pag.497.col.1.& 2

Confiscato fundo quæ veniant in confiscationem? pag.498.col.1

De denominationibus instrumentorum fundi pag.567.per tot.

Funus.

Funeris impensa pietatis causam continet pag.372.col.1

Fur.

Contra furem competit actio furti

BIU Cujas

ad exhibendum & condictio furtiua pag.673. col. 2. An autem actio præscriptis verbis ibid.

Furiosus.

Furiosus neque sentire, neque consentire videtur pag.558.col.2

Furtum, conductor.

Conductor id quod ex furto rei conductæ consecutus est, non tenetur locatori restituere pag.543. col.1.& 2. sicut nec commodatarius ibid.

Furtum, noxa.

Actio noxalis competit ex causa furti, etiamsi interuenerit culpa eius, qui furtum factum est pag. 67.c.1

Furtum.

Furtum est, si quis ex alieno largiatur aliquid vt sibi acquirat beneficij debitorem pag.29.c.1

Furtum rei suæ regulariter nemo facit extra vnum casum pagin.58. col.2

An & quando rei communis furtum fieri possit? pag.159.col.1.& 2

Furtum licet solo animo non committatur, attamen sine animo & affectu furandi non committitur pagin. 605.col 2

Quid sit furtum? pag.675. col.2.& quibus competat actio furti? ibid. & pag.676.col.1

GE

Generale.

In generali sermone excipitur persona loquentis pag.336.col.1

GR

Gratificatio.

Casus in quo est locus gratificationi pag.594.col.1

HA

Habitatio.

An habitatio dari commodato & precario possit? pag.671.& 672

Habitator.

Habitatorum appellatione continentur etiam illi, quibus habitatio gratis, & ex donatione concessa est pag.536.col.2

HE

Hereditas, emptor.

Emptor hereditatis, funeris impensam venditori restituere tenetur pag. 372.col.1.& 2

Hereditas.

Pactio de hereditate viuentis nulla est pag.359.col.2

Qui non vult hereditatem etiam lucrosam adire, non cogitur dicere causam cur nolit adire pag.39.c.2

Hereditas videtur soluendo esse quæ inuenit heredem, licet soluendo non sit pag. 64.col.1

Hereditas quamuis lucrosa, etiam à prudentissimis varias ob causas interdum recusatur pag.82.col.1

An hereditas adita & acquisita possit esse damnosa pag.83.col.2

Quæ sit iusta hereditas pag. 137. col.1.& 2

Quibus hereditates & legata acquirantur? pag.141.col.2

Hereditas cur appellatione quæstus non contineatur? pag.141 & 142

Hereditates parentum liberis debentur, adeóque hereditates libertorum patronis pag.141.& 142

Hereditas testamento, duntaxat extraneis dari potest, non autem pacto vllo vel contractu pag.168.in fi.

Venditor hereditatis si aliquid per iniuriam iudicis condemnatus præstiterit, illud ab emptore repetere potest pag.173.col.1.&2

Hereditas iacens personam defuncti sustinet, & loco personæ est pag. 344.col.1 in iis scilicet quæ iuris sunt, non quæ facti ibid.

Petitionem hereditatis amittit heres, qui pretium rei hereditariæ venditæ consequi maluit, quàm rem ipsam petens pag.356.col.2

Quid sit hereditas? vnde dicta? & hereditatis appellatione quid contineatur? pag.358.col.1.& 2

Cur viuentis hereditas esse non possit? pag.358.& 359

Hereditariarum actionum loco interdum habentur eæ quæ incipiunt ab herede, si modo per occasionem hereditatis ei acquisitæ sint pag.367 col.1.

Onera omnia hereditaria sequuntur emptorem hereditatis pag.371 col.2

Hereditas potest esse vbi nihil est, non tamen vbi nihil esse potest pag. 377.col.2

Hereditas etiam verè dicitur, quæ damnosa est, plúsque habet damni & incommodi, quàm lucri pag.376. in fin.

Aliud est hereditas, aliud res hereditariæ pag.380.col.1

Nomen iuris est significans vniuersalem successionem, siue lucrosa illa sit, siue damnosa, ac proinde accessionem habet, & decessionem pag.380 col.2

Hereditate restituta multa remanent ex hereditate penes heredem pag.381. col.1.& 2

Per additionem hereditatis cum creditoribus hereditariis, quasi contrahitur pag.662.col.2

Heres, obligatio.

Cur obligationes personales transeant in heredem? pag.324.col.2

Heres, socius.

Fauorabilior est causa sociorum, quàm heredum qui in communionem incidunt pag.187.col.2

Heres, venditor.

An heres debitoris, idémque venditor hereditatis possit contra emptorem hereditatis agere pristina actione quæ ipsi contra defunctum competebat pag.372.& 373

Heres vendere damnatus, tenetur ea omnia præstare, quæ venditionem consequuntur pag.458.& 459.col.1

Heres falsò existimans se damnatum vendere, si per errorem facti vendiderit, licèt eo nomine teneatur actione ex empto, tamen emptorem exceptione doli repellere potest pag. 459.col.1

Heres, creditor.

Pactum factum cum herede à maiore parte creditorum iis etiam nocet qui absentes fuerunt pag.121.col.1

Heres.

Heres futurus sciri non potest, cùm sit incertus pag.47.col.1

Heredis eadem censetur esse persona quæ defuncti pag.47 col.1

Futurus heres semper est incertus pag.70.col.1.

Inter coheredes quibus hereditario iure communis res est communi diuidundo iudicio agi potest non pro socio pag.154.col.2

Plus iuris habet heres post additionem hereditatis, quàm haberet hereditas iacens ante additionem in iis quæ sunt facti, non autem in iis quæ sunt iuris pag.345.col.2

Heredem vetteres pro domino dicebant pag.356.col.1

Filiusfamilias cur dicatur suus heres? pag.359.col.1

Heres priuatus hereditate tanquam indignus, iura tamen sepulchrorum retinet pag.372.col.1. sicut & heres grauatus onere restituendi ibid.col. 1.& 2

Nemo heres inuitus fit, nec inuitus adit hereditatem pag.373.col 1

Emptor hereditatis vicem heredis obtinet pag.374.col.1

Heres heredis est heres testatoris pag.363.col.1

Heres nullus esse potest, vbi nulla est hereditas pag.379.col.1

Heres plus iuris habet in hereditate, quàm fideicommissarius pag.381.col. 1.& 2

Onus æris alieni diuiditur per legem duodecim tabularum inter coheredes omnes pro hereditariis portionibus pag.382.col.1

Si ex pluribus debitoris heredibus vnus partem simplicis debiti defuncti soluerit, se liberat, nec pro coheredum portionibus vrgeri potest, secus si partem debiti sub pœna, vel sub pignore pag.382.col.1

Heres vnus soluens totum defuncti debitum, cæteros habet sibi obligatos actione negotiorum gestorum, non familiæ erciscundæ, quia potuit ita partem suam soluere, vt aliorum partes soluere non cogeretur pagin.382. col.1

Heres censetur eadem persona quæ defuncti in iis quæ sunt iuris, non in iis quæ sunt facti pag.438.col.2

Quoties agitur de dominio rerum testatoris ex ipsius pactione transferendo in alium sub condicione aliqua quæ viuo testatore non extiterit, ita vt earum rerum dominium ante condicionis euentum ad heredem peruenerit, voluntas heredis exquirenda est pag.438.col.2

Defuncto in eadem voluntate perseuerante, heredis voluntas non est requirenda pag.438.& 439

Heredi in dubio parcendum est, & fauendum pag.458.col.1

Heres vendere damnatus, non censetur oneratus, vt vendat nisi iusto precio, præterquàm si certo precio quantulumcunque illud sit, vendere damnatus fuerit pag.459.col.1

Heres possidentis alieno nomine, pro herede vsucapere non potest pag. 627.col.2

BIU Cujas

INDEX.

Heres per abstentionem postea non potest desinere esse heres pag. 565 col. 1. licet apud prætorem loco heredis non habeatur ibid.

Honestas.

Publicæ honestatis ratio semper habenda est tum quoque cùm bonæ fidei ratio cessat pag. 57. in fin.

Honestum, donatio.

Donationes affectionis gratia factæ valent siue honestæ sint siue inhoneste, puta erga meretrices pag. 41. col. 2

Honestum.

Fieri non posse creditur quod honestè fieri non potest pag. 32. col. 1

Non omne quod iure licet, honestum est pag. 41. col. 2

In bonæ fidei contractibus quod contra honestum est, non est obligatorium pag 41. col. 2

Honorarium, salarium.

Salarium in procuratore, est honorarium in aduocato pag. 13. col. 1

Honoraria & salaria quomodo peti possint? pag. 13. col. 1. & 2

Honorarium.

Honorarium aduocato promissum peti potest, modo non excedat summam centum aureorum pag. 13. col. 2

I A

Iactare.

Qui effuso sermone sese iactat, in promptum incidit sui periculum pa. 284. col. 1

I G

Ignorantia, venditor.

Ignorantia nō excusat venditorem qui scire debet condicionem rei quā vendit, emptorem autem excusat pag. 228. col. 1. & 2

Ignorantia.

Alieni facti ignorantia semper tolerabilis est pag. 49. col. 1

Ignorantia facti nocere numquam debet vt rem suam quis amittat pag. 49. col. 2

Ignorantia mutatę voluntatis facit voluntatem non mutatam si ignorans sit in damno, secus si damnum nullum patiatur pag. 49. col. 2

Ignorantia iuris neminem excusat si modo potuerint consuli peritiores pag. 75. in princip.

Cur ignorantia iuris non excuset, secus ignorantia facti pag. 75. col. 2

Ignorantia facti proprij non vacat culpa pag. 554. col. 2

Ignorantia non excusat à culpa in iis quæ facilè sciri potuerunt pag. 567 col. 2

Ignorantia iusta esse creditur, quæ ignoranti non est damnosa pag. 613 col. 1

Ignorare, errare.

Ignorantis & errantis nulla voluntas nullúsque consensus pag. 81. col. 1

I M

Impensa.

Eius est impensam præstare impedimento tollendo necessariam qui impedimentum attulit pag. 569. col. 2

Impensa, possessor.

Malæ fidei possessor voluptarias impensas repetere non potest pag. 30 col. 2. nisi abinitio bonę fidei emptor fuerit ibid.

Bonæ fidei possessor volūtarias quoque impensas per doli exceptionē reputat, & habet ius retinendæ rei pag. 30. col. 1

Impensa, procurator.

An procurator impensas voluptarias citra mandatum factas repetere possit? pag. 30. col. 1. & 2. & pag. 31. col. 1. & 2

Impensa.

Impensæ appellatione precium rei non continetur, sed si quid præter precium impensum sit pag. 39. col. 2

Impensæ necessariæ dantur eæ quæ si non fierent, res aut peritura, aut deterior futura esset pag. 202. in fin.

Differentia inter impensas necessarias & vtiles pag. 202. & 203

Impensæ omnes necessariæ & vtiles non malo animo factæ siue restituendæ impendenti etiam prædoni pag. 621. col. 1. & 2

Impensæ in rebus dotalibus factæ non aliter olim exigi poterant quàm si ex voluntate mulieris factæ essent pag. 621. col. 2

Imperitia.

Imperitia culpæ adnumeratur, sed non dolo pag. 28. col. 2

Imperitia in eo qui se alicuius artificij peritum profitetur culpæ adnumeratur pag. 548. col. 1. & 2

Impossibilitas.

Impossibilitas etiam in contractib. bonæ fidei vitiat contractum excepta impossibilitate termini, qui committitur arbitrio viri boni pag. 624. col. 2

Improbus.

Improbus est & contra bonam fidem facit qui bis idem consequitur pag. 583. col. 1

I N

Dictio *In* pro valde, vt imprudens pro valde prudens pag. 165. col. 1

Dictio, in, malè dicitur habere vtrumque significatum & negandi & augendi pag. 584. col. 1

Inæstimabilis.

Res inæstimabiles non reddunt quemquam locupletiorem p. 658. co. 2

Incendium.

Incendium sine culpa fieri non potest pag. 427. col. 1. & quando ibid.

Incertitudo, mandatum.

Incertitudo quæ alios contractus viciare solet, mandatum tamen non viciat pag. 4. colum. 2. & pag. 5. colu. 1 in fin.

Incertitudo.

Incertitudo viciat quamlibet pollicitationem & promissionem etiam dotis pag. 118. col. 1. & 2

Incertum.

Incertum non est quod ex alio certificari potest pag. 233. col. 1

Incertum quid sit pag. 378. col. 2

Incerti certa fieri potest æstimatio pag. 478. col. 2

Inconstans.

Inconstans non est qui mutat voluntatem quam ex pacto mutare potest pag. 503. col. 2

Inconstantia.

Inconstantia in iure nostro non laudabilis pag. 503. col. 1

Indefinitum.

An indefinitum æquipolleat vniuersali? pag. 136. col. 2

Indefinita æquipollet vniuersali siue in contractibus siue in testamentis pa. 250. col. 2

Industria.

Industria futuri heredis eligi non potest pag. 154. col. 1

Infinitas, nimietas.

Infinitas & nimietas vitanda sunt pag. 317. col. 2

Ingratitudo.

Ingratitudo maior excogitari non potest quàm inobseruantia pactorum pag. 670. col. 2

Ingratus, inuitus.

Ingratus id est, inuitus pag. 90. c. 2

Inhabilitas.

Inhabilitas personæ facit ne actus sustineatur licet conferatur in tempus permissum pag. 439. col. 2

Iniectio, emptio.

Ex pacto manus iniectionis in contractu venditionis appositio actor ex facto sui successoris incedit in pœnam contractus pag. 445. & 446 col. 1. & 2

Iniectio, pignus.

Pactum iniectionis manus est pactū in rem cuius excussio proinde in præiudicium cuiuslibet tertij fieri potest non minus quam pignoris persecutio contra tertium quemlibet possessorē licet cum eo contractum non sit pag. 446. col. 2

Iniectio.

Manus iniectio non competit in personam liberam, sed tantum in seruam pag. 446. col. 2

Inimicitiæ.

Damnum propter inimicitias alicuius contingens culpa sua contingere dicitur pag. 582. col. 1. & 2

Iniuria.

Iniuria facta emptori aut fideiussori non debet in venditorem, aut seruum transferri pag. 173. col. 1

Inopia.

An inopia debitoris sit modus tollendæ obligationis? pag. 14. col. 2

Inquilinus, conductor.

Inquilinus vt habeat iustam causam emigrandi, iustum metum & timorem esse sufficit periculi futuri, etiāsi presens periculum nullum sit, ac multò magis si periculum quidem sit, sed euentus periculi non sequatur pag. 588. col. 1. & 2

Inspector.

De inspectoribus pag. 673. col. 1

Inspectori etiam furti actio dari potest si res inspicienda ei furto subtracta sit pag. 673. in fin.

Differentia inter inspectorem & commodatarium pag. 673. col. 1

An inspector cui aliqua res inspiciēda data est, teneatur de dolo & culpa etiam leui, an autem de leuissima? pag. 573. col. 1

Inspicere.

Inspicienda res ea dari solet de qua vel vendenda, vel permutanda, vel aliter alienanda, aut obliganda cogitatur pag. 673. col. 1

Institor.

Quando quis actione quasi institoria, seu vtili teneatur? pag. 26. & 27

Institor qui affirmauit mihi, rectè me suis operariis credere, tenetur eo nomine ex locato, licet malè credidérim pag. 42. col. 2

Instrumenta.

Instrumenta fundi legati vel per fideiussum relicti heres exhibere tenetur, sed sibi retinere potest pag. 529 col. 1. & 2

Intellectus.

Intellectus *l. ita autē 5. §. quòd si quis tutelam. D. de admin. tutor.* pag. 4. col. 1

Intellectus *l. tutori 20. C. de neg. gest.* pag. 7. col. 1

Intellectus *l. 1. §. Celsus ait de except. rei iud.* pag. 7. col. 2

Intellectus *l. sed etsi 20. D. de fideiuss.* pag. 35. col. 2

Intellectus tituli *de Capit. minut. & cur inter titulos de in integr. restitution.* pag. 36

Intellectus *l. si filiusfamilias 78. de verb. ob.* pag. 37. col. 1

BIU Cujas

Intellectus *l. non videtur* 32. *D. de mort. cauſſ. donat.* pag.46.col.1
Intellectus *l. ſi pater* 40. *de manum. vind.* pag.49.col.2
Intellectus *l. cotem* 11. *§. eam rem de public. & vectig.* p.57.col.1
Intellectus *l. promittendo* 4. *§. ſi à debitore, D. de vir. dot.* pag.64.col.2
Intellectus *l. ſi plures* 38. *§. vlt. D. de admin. tut.* pag.77.col.2
Intellectus *l. ſi pro ea* 10. *C. mandat.* & *l. fideiuſſor pro venditore* 45. *D. de fideiuſſor.* pag.94.col.2
Intellectus *l. quod attinet* 32. *de regul. iur.* pag.113.col.2
Intellectus *l. emptione* 3. *C. plus valere quod ag.* pag.123.col.1
Intellectus *§. item ſi de dote* 37. *inſtit. de action.* pag.186.col.2
Intellectus *l. ſi Titius* 9. *de verb. obli.* pag.208.col.1
Intellectus *l. qui Romæ* 122. *§. Flauius de verb. oblig.* pag.208.col.2
Intellectus *l. ſi quis cùm ſciret* 8. *D. pro emptor.* pag.256.col.1.& 2
Intellectus *l. commiſſoria* 4. *C. de pact. inter empt. & vendit.* pagin.358. col.2
Intellectus *l. pen. C. de ædilit. actione* pag.402.col.2
Intellectus *l. qui Romæ* 122. *§. Flauius D. de verb. obl.* pag.444.col.1
Intellectus *l. obligationum ferè* 24. *§. vlt. D. de verb. oblig.* pag.510.co.1
Intellectus *l. Lucius* 21. *D. de euiction.* pag.597.col.2
Intellectus *l. cùm precibus* 4. *C. de rerum permutat.* pag.640.in fin.& 641. col.1
Intellectus *l. 1. in prima parte C. de rer. permut.* pag.641.col.2
Intellectus *l. cum mota* 6. *C. de tranſact.* pag.645.col.1
Intellectus *l. Senatus* 35. *§. ergo qui mortis D. de mort. ca. donat.* pag.646. col.2.& 647.col.1
Intellectus *l. cùm proponas* 3. *Cod. de dolo* pag.654.col.2

Intereſſe, adfectio.

An & quo caſu in æſtimando eo quod intereſt etiam ratio adfectionis habeatur? pag.442.col.1.& 2

Intereſſe, lucrum.

In eo quod intereſt etiam lucrum continetur pag.40.col.1

Intereſſe, vindicta.

An in eo quod intereſt vindictæ ratio habeatur pag.442.& 443.col.2

Intereſſe.

Pecuniarium commodum ſemper eſt inſpiciendum cùm quæritur ad quem negocium pertineat pag. 4. col.1
In eo quod intereſt, non tantum cõtinetur quod abeſt, ſed & quod actor lucrari potuit pag.203.col.2
Intereſſe plerumque iuſtum rei precium excedit pag.377.col.2
Intereſſe non tantum damni emergentis, ſed etiam lucri ceſſantis rationem continet pag.435.col.1
Taxatio intereſſe etiam ratione temporis difficilis eſt & incerta pag. 435.in fi.
Id quod intereſt, non debet creſcere in infinitum pag.480.col.1
Intereſſe emptoris ob non traditam rem emptam, non debet excedere duplum pag.450.col.1.& 2
Intereſſe triplex eſt, commune, concentum, & ſingulare pag.450.c.2
Id quod intereſt quomodo & propter quid veniat in contractibus ſtricti iuris pag.454.col.2.circa fin.
In eo quod intereſt, lucrum quidem venit, ſed non lucrum quod eſt extra rem pag.501.col.1
An in æſtimando eo quod intereſt lucra attendi debeant? pag.501. col.2
Id quod intereſt in caſibus incertis duplum excedere poteſt, in caſibus verò certis non poteſt p.525.col.1
Id quod intereſt, conſiſtit in pecunia pag.544.col.2
Id quod intereſt duplicem habet rationem, & eius quod abeſt ei qui petit quod ſua intereſt, & eius quod ipſe lucrari potuit pa.564.col.1
In eo quod intereſt pupilli etiam lucrum amiſſum continetur pag.566. col.2
Appellatione eius quod intereſt & lucrum ceſſans & damnum emergens continetur pag.598.col 2
Intereſt contractum impletum eſſe pag.683.col.2
In eo quod intereſt, æſtimatio non continetur formaliter, ſed tantum eminenter, quoniam id quod intereſt, excedit plerumque iuſtam rei æſtimationem pag.683.col.2

Interpellare.

In pœnalibus dies interpellat pro homine pag.353.col.2

Interpellatio.

Interpellatio non congruo loco & tempore facta non prodeſt ad inducendam moram pa.62.col.2

Interpretatio, pactum.

Semper inſpiciendum eſt, cuius gratia pactum interuenerit, ne vnquã contra ipſum pacti interpretatio fieri poſſit pag.116.col.2

Interpretatio.

Interpretatio maligna eſt per quam fit vt actus deſtruatur pag.232.co.1

Inuentarium.

Liberis prætextu hereditatis maternæ, non licet bona paterna per longum tempus occupare ſine inuentario pag.622.col.2
Per deſcriptionem & inuentarium ſecreta patrimonij panduntur pag. 622.col.1

Iudex, actio.

In omnibus bonæ fidei iudiciis iudex arbitrium habet æſtimandi omnia ex bono & æquo pag.94.col.1
In omnibus bonæ fidei iudiciis iudex ex bono & æquo æſtimare poteſt ex officio quantum actore reſtitui debeat p.24.c.2

Iudex, factum.

Omnis quæſtio quæ in facto magis quàm in iure conſiſtit in iudicis æſtimatione & arbitrio eſt pag.94.c.1

Iudex.

Ad officium iudicis, non pertinet futuri poſt condemnationem temporis tractatus pag.174.c.1
Facilior iudex eſt & eſſe debet ad ea concedenda, quæ ſine vllo aduerſarij incommodo ac diſpendio futura ſunt pag.628.col.2

Iudicatum.

Appellatio extinguit iudicatum p. 20.col.2
Iudicati vigor in executione conſiſtit pag.50.col.1. & etiam in inuitum executio iudicati fit ibid.
Res iudicata tranſire ſolet à perſona authoris & vẽditoris in perſonam emptoris pag.366,col.2

Iudicium.

Iudiciũ redditur in inuitum p.50.c.1 & pag.171.col.2

Iurare.

In interdictis nunquam iuratur in litem, nec ob res immobiles p.611.c.2
In quibus actionibus iuretur in litem pag.651.col.2
Nunquam iuratur in litem, niſi cùm per contumaciam poſſeſſoris, accidit vt dominus inuitus re ſua carere cogeretur, quod eſſet iniquum p.652.c.1

Iuriſconſulti.

De IC. qui notas ad alios ſcripſerunt pag.126.col.1

Iuſiurandum, venditor.

Quo caſu locus eſſe poſſit iuriiurãdo in litem contra venditorem emptori rem venditam tradere nolentem? pag.306.col.2

Iuſiurandum.

Iuſiurandum non eſt obligatorium quod eſt contra leges & contra bonos mores, ſecus ſi contra leges tantum pag.169.col.1.& 2
Iuſiurandum in litem ſoli ferè domino, non etiam ei cuius ex alia quàm dominij cauſa interſit, deferri ſolet & debet pag.389.col.2
Iuſiurandum in litem in quibus actionibus locum habeat pag.610.col. 1.& 2.& 611.col.1.& 2

Ius, voluntas.

Quod ſubiicitur voluntati & poteſtati alicuius, non ſubiicitur etiam iuris neceſſitati pag.414.col.2

Ius.

Vbi eadem in omnibus iuris & æquitatis ratio eſt, idem ius eſt conſtituendum pag.30.col.2
Iuris executio non habet iniuriam pag.54.c.1
Non licet ab ea forma recedere, quæ iure publico conſtituta & inducta eſt pag.307.col.1
Nemo iure ſuo vti cogitur p.350.c.2
Non poteſt iuris authoritas in agẽtis arbitrio eſſe, quæ nec eſt in arbitrio iudicantis pag.356.col.1
Dolo non facit, qui iure communi vtitur p.522.c.1

Iuſtum.

Iuſtum dicitur à iure p.137.col.1

L A

Lacus, ſtagnum.

Lacus & ſtagna, neque acceſſionem, neque deceſſionem admittunt pagin. 307.col.1.& 2

Læſio.

Læſio enormis eſt vltra dimidiam partem iuſti precij pag.291.c.2

L E

Legatarius.

Legatarius eſt ſucceſſor ſingularis non iuris pag.595.in fin.

Legatum, donatio.

Legatum & donatio beneficia ſunt, & ideò pleniorem recipiunt interpretationem pag.189.col.2

Legatum, fideicommiſſum.

An valeat legatum aut fideicommiſſum, ſi plus oneris & incommodi habeat quàm commodi? p.83.c.1.& 2

Legatum, heres.

Legatum condicionale interim pleno iure eſt heredis p.510.in fi.

Legatum, pœna.

Legatum purum, an per adiectionem pœnæ cenſeatur ademptum pag. 206.in fin.207.col.1.& 2

BIU Cujas

Legatum.

Legatum animo remunerandi factum esse præsumitur pag. 33. colum. 2

Legatum simplex nunquam est damnosum pag. 82. col. 2

Legatum quadrigæ equo vno postea mortuo ita demum perit, si equus ille mortuus sit qui quadrigam demonstrabat pag. 179. col. 2

Legatum donatio quædam est, nec facilè debet ac sine causa à donatione separari pag. 189. col. 1

Cur falsa demõstratio, vel falsa causa non vitiet legatum? pagin. 276. colum. 1

Alimentis legatis cibaria, & vestitus & habitatio debetur pagin. 279. colum. 2

Legato fundo ad quem legatarius nullum aditum habeat, cogitur heres eum redimere ac præstare legatario pag. 279. col. 2. in fin.

Legatum marmorum & eorum quæ ædibus iuncta sunt prohibitum, nisi ad opus reipublicæ faciendum tale quid factum sit pag. 290. col. 1

Legata & fideicommissa condicionalia non transeunt in heredem ante condicionis euentum pagin. 345. colum. 1

Dominium rei legatæ recta via transit à testatore in legatarium ipso iure, & tamen non transit nisi legatarius sibi acquisitum esse velit pag. 341. col. 2

Legatum purè datum si sub conditione adimatur, sub contraria condicione datum intelligitur pagin. 402 colum. 2

Legatum condicionale existente quandocunque condicione non solùm fit exinde legatarij, sed ita vt iam inde à die mortis testatoris ipsius fuisse retrofingatur pagin. 511. colum. 1

Dominium rei legatæ quamuis transeat à testatore in legatarium recta via, non aliter tamen acquiritur irreuocabiliter quàm si legatũ agnoscatur pag. 526. col. 1

Leges.

Leges extra proprium titulum positæ vocantur à Cuiacio & ab auctore fugitiuæ pag. 123. col. 2

Leges legibus concordare promptum est si vna secundum aliam intelligatur pag. 648. col. 1

Leges nouæ in libris nostris dicuntur omnes quotquot secutæ sunt legem duodecim tabularum pagin. 636 colum. 1

Lex commissoria.

Lex commissoria non est vna ex legibus Romanis à populo rogatis, nec veteribus fuit dicta fiducia pagin. 350. col. 2

In venditione lex commissoria non habet locum vbi emptor non soluerit intra diem dictam si venditor fideiussorem dare tenebatur, nec dederit intra dictam diem pagin. 407. & 408

Lex, Ius.

Omnis lex ac iuris dispositio intelligenda est de ea actione quæ ex natura & qualitate negotij propositi iuris rationi magis conueniat pag. 346. col. 2

Lex, princeps.

Beneficium legis aut principis nemini debet esse captiosum sicut nec rescriptum pag. 530. col. 1

Lex.

Lex est vnus & præcipuus ex modis lex acquirendi iure quiritium dominij etiam citra vllam traditionem pa. 169. col. 2

In lege Cornelia nihil interest an quis occidat, an mortis causam præbeat pag. 667. col. 2

L I

Libellus.

In omnibus actionibus hodie necessaria est oblatio libelli cur ita? pag. 644. col. 2

Liberalis.

Nemo in necessitatibus præsumitur liberalis pag. 277. col. 2

Liberalitas.

Liberalitatem captiosam interpretatio prudentum fregit pagin. 131 colum. 2

Liberare.

Locupletior fit qui se liberat à debitore pag. 46. col. 1. éstque hæc vna & certissima species acquirendi ibidem.

Qui soluit suo nomine non debitoris non liberat debitorem pagin. 72. col. 1

Quisquis pro alio soluit etiam inuito eum liberat pag. 72. col. 1

Qui culpæ actione tenetur præstando actionem non liberatur pag. 148. col. 2

Liberatio, mandatum.

Debitor soluens procuratori creditoris sciens, reuocatum mandatum, ita demum liberatur si pecunia postea ad creditorem peruenerit pagin. 45 col. 1. & 2

Debitore mandante seruo creditoris, vt solueret domino ei creditori, an si pecunia mutuo data sit seruo debitor liberetur, & an detur domino actio mandati? pag. 59. col. 12

Liberatio.

Fit locupletior quisquis à creditore liberatur pag. 10. col. 1

Quoties nummos suos accipit creditor, toties non contingit liberatio debitori pag. 18. col. 1

Quisquis ob hoc solum obligatus est quod actionem habeat, ipsam cedendo liberatur pagin. 22 colum. 2

An & quomodo liberatio quæ solutionis tempore non contingit, possit postea ex eadem solutione contingere pag. 45. col. 1 & 2

Quoties suos nummos creditor accipit, nisi sciens à debitore, non contingit liberatio debitori pagin. 59. col. 1

An debitor pupilli liberetur si pupillus tutorem conueniat eo quod ille debitorem non conuenerit? pagin. 72. col. 2

Mandatarius emens seruum ex pecunia peculiari non liberatur ex ea solutione, nisi dominus eam tanquam peculiarem acceperit pag. 115. colum. 1. & 2

Quod creditor percepit ex venditione pignoris, an & quomodo liberet debitorem & mandatorem? pag. 125 col. 1. & 2. & pag. 126

Liberi.

Liberi prioris matrimonij præferuntur liberis ex posteriore matrimonio procreatis maternam dotẽ repetentibus pag. 587. col. 2

Libertas.

Reuocatio tacita non impedit manumissionem, & libertatis dationem pag. 81. col. 1. secus expressa ibid.

Libertas ab vno ex sociis seruo relicta sustinetur iure nouo secus iure veteri pag. 189. col. 2

Libertas inæstimabilis res est, ideóque cæteris rebus omnibus fauorabilior pag. 437. col. 2

Libertas data reuocari non potest nequidem beneficio restitutionis in integrum pag. 438. col. 1

Nullum priuilegium est libertatis debitæ, sed tantum competentis, quia quę semel competiit, nunquam retractatur pagin. 438. colum. 2. in princip.

Libertas.

Libertas nullo pecuniario commodo æstimari potest pag. 656. in fi.

Libertas quæ semel competiit, reuocari non potest pag. 657. col. 1

Libertas, venditor.

An & quomodo mutata venditoris voluntate libertas in venditionis contractu data competere possit? pag. 444. & 445. col. 1. & 2

Libertus.

Nemo locupletior fit ex eo solo quod libertum habeat pag. 524. col. 1

Cuius esse debeat libertus qui patronum emptorem habere nolit quem potest recusare? pag. 525. & 526

Limitatum.

Limitata dispositio limitatum parere & producere effectum debet pag. 437. col. 2

Lis, mandatum.

Pactum de quota litis priuat procuratorem actione mandati quia prohibitum est pag. 12. col. 2

Lis, procurator.

Procurator sicut in cæteris omnibus negotiis gerendis, ita & in litibus ex bona fide rationem reddere debet neque lucrum vllum ex litis victoria retinere 13. col. 2

Lis.

Nec aduocatis nec procuratoribus de quota litis paciſci licet, nec euentum litium maioris pecuniæ præmio redimere pag. 13. col. 2

Ius superueniens pendente iudicio ex causa de præterito prodest actori ad extorquendam condemnationem licet is primum male egerit pag. 50. col. 2

Iustum est desiderium eius qui lites execratur pag. 99. col. 1

Litera.

An literæ generales credentiæ obligent? pag. 2. col. 2

L O

Locare.

Agro locato pensiones agri locanti cedant pag. 483. & 484

Facta locari solita sunt quæ habent tractum successiuum, non locari solita quæ sunt momentanea pag. 651. col. 1

Seruitus vsusfructus locari potest pag. 606. col. 2. sed non ius vsusfructus pag. 607. col. 1

BIU Cujas

Locare seruitutem nemo potest pag. 606. & 607

Locatio, æstimatio.

In locatione fundi instrumentum datum colono æstimatum censetur potius venditum quàm locatum pag. 542. col.1 & 2

Æstimatio facere solet emptionẽ nec minus in locatione quàm in cæteris rebus pag.619.col. 1

Locatio, Arbitrium.

Locatio & conductio contrahitur mercede generaliter alieno arbitrio promissa pag. 580. col.1. sed cùm in arbitrium alicuius specialiter collata est, ea demum valet si ille arbitratus sit, sicut & cæteri alij contractus pag. 580. col.1. & 2

Locatio, colonus.

Colonus à locatione expulsus propter non solutas pensiones expensas in re locata factas repetere potest pag. 633. col.1

Locatio, conductio.

Remissio mercedis à domino facta vnius anni ob sterilitatem si sequentibus annis contingat vbertas non obest domino & cum aliis compensatur pag. 560.a 561. nec si donauerit, ad eam remissionem tenetur vltimo anno, si superiores fuerint vberes ibid.

Locatio, debitor.

Ex contractu locationis possunt constitui duo rei debendi, & an habeant beneficium diuisionis, an in solidum possint conueniri? & an necessariò facienda sit cessio agenti in solidum contra vnum ex debitoribus pag.608. & 609. &. 610

Locatio, emptio.

In actione ex locato potest in litem iurari pag. 610. 611. secus in actione ex empto ibid.

Locatio, solutio.

Locatio in mercede pecuniaria cõtracta propter subsequentem conuentionem prestari potest in alia re quàm in pecunia, sed officio iudicis æstimatur quanti conductoris vel locatoris interfit in alia re potiùs quàm in pecunia mercedem soluere vsque ad mercedis portionem pagin. 568. colum.1. & 2

Locatio.

Locatio non finitur morte pagin. 242. col.1

Quæ sint necessaria ad locationem? pag.149.col.1

Locatio est naturalis & gentium omnium pag.540.col.1

Solo consensu perficitur ibid. col.2

In quibus conueniant locatio & emptio pag. 540. & 541. col.1. & 2

Locatio & conductio, itémque emptio & venditio tantam familiaritatem habent, vt in quibusdam quæri soleat, vtrum emptio & venditio sit, an locatio & conductio pagin. 541 col.1. & 2

Locatio & conductio in dubio potius censenda est quàm emptio & venditio pag.541.col.2

Quomodo dignosci possit locatio & discerni à venditione pagin. 541 col.2

Locationis tria sunt substantialia, consensus, merces seu pensio, & id quod locatur siue res sit aliqua corporalis, siue factum pagin. 541. in final.

Locatio facta quandiu quis vellet morte eius finitur pagin. 542. colum.1 & 2

Contracta locatio eáque perfecta non resoluitur postea per remissionem pensionis pag.542.col.1. & 2

Locatio fructuarij morte eius dissoluitur pag.545.col.1

Locatione sine culpa locatoris dissoluta conductor tenetur ad pensionem pro rata temporis quo conductio tenuit pag.545.col.1. & 2

Locatio facta prædij rustici in plures annos vnica locatio est, ideóque vbertas annorum aliquorum compensanda est cum sterilitate aliorum pag. 551.col.2

Pacta in contractu locationis apposita faciunt partem mercedis pag. 555.col.1. & 2

Duo rei locationis in solidum esse possunt pag.555.col.1. & 2

Locatione per taciturnitatem continuata pignora alicuius tertij data non censentur iterum obligata, nec eorum obligationem durare sine nouo consensu illius tertij pag.556.col.2

prædiorũ locationes olim erant quinquennij pag.556.col.2

Pro fructuum exiguitate vel vinearum vetustate non conceditur remissio pignoris in locatione pagin. 561 & 562

Differentia inter venditionem & locationem quantum ad hoc vt periculum rei venditæ & locatæ in emptorem & conductorem transferatur pag.563.col.1

Actiones locati & conducti transeunt in heredes siue locatoris, siue conductoris non minus actiuæ quam passiuæ, vt cæteræ actiones quæ ex contractu nascuntur pagin. 564 in fin.

Locatio sub condicione fieri potest pag.571. & 572

An locatio donationis causa contrahi possit? pag.571. & 572

Locatio est quoties faciendum aliquid datur pag.573.col.1. & 2

Casus in quo per locationem dominium transfertur pag. 573. & 574 col.1. & 2

Locatio in arbitrio domini posita, in arbitrio boni viri censetur posita pag.574.col.1. & 2. & 575.col.1. & 2

In locationibus & conductionibus licet contrahentibus in mercede sese inuicem decipere pag.574.col. 1. & 2

Locatio rescindi non potest prætextu minoris locationis si nullus dolus aduersarij probari possit pag.574.col. 1. & 2

Locatio fundi venditioni fructuum malè comparatur pag. 584. col.2. fructuum scilicet nascturorum

Conuentio certæ mercedis ad eum rei statum referenda est, in quo res erat tempore initæ locationis pag.587 col.1

Locatio nauis an & quomodo trãsferat dominium rei locatæ in conductorem pag.593. & 594.col.1

An & quomodo ex vno eodémque contractu locationis actio ex locato & ex conducto eidem personæ competere possit pag.599. & 600

Ex locatione inter socios eiusdem rei contracta, alternis annis datur vni eidémque personæ actio ex locato & ex conducto diuersis respectibus pag. 599. & 600. col.1. & 2

Ad quem spectet periculum operis locati, an ad locatorem, an ad conductorem, cum opus faciendum locatum est? pag.601.col.1. & 2

An periculũ operis faciendi & approbandi in aliqua sui parte consumpti pertineat ad conductorem, an ad locatorem? pag.603.col.1. & 2

Locatio dominium mutare non solet pag.603.col.1. & 2

Et quando mutare soleat? pag.604 col.1. & 2

Locatio rei alienæ valet pag. 604 col.2

Locatio prodest ad translationem dominij quando adest titulus ad trãsferendum dominium siue qui locationem præcedat, siue sequatur pag. 604.col.2

Locatione ea lege contracta, vt in certis casibus relocare liceret, & quod minoris relocaretur, hoc à primo conductore præstaretur, si pluris locatio facta sit, hoc ipsum prestari non debet, si aliud nihil dictum sit pag. 613.col.1 & 2

In locatione tacitè & silẽtio videtur conueniisse in id omne quod actum est pag.613.col.2

Ex locatione cum milite ignoranter contracta tanquam cum pagano competit actio ex locato pagin. 612 & 613

Locatione contracta si error in quãtitate mercedis interueniat, cuius voluntati stari debeat, an locatoris? an conductoris? pag.614. & 615

Locatio rei propriè non consistit pag. 620. col.1.

Permutatio operis facta volente & consentiente locatore mercedis petitionem non impedit pag. 628. col.1. & 2

Seruus ex locatione dominum obligat ex locato, de peculio & de in rem verso pag.631.col.1

An periculum rerum in horreis reconditarum ad locatorem spectet eundémq; dominum horreorũ, an verò ad conductorem eundémque dominum rerum illatarum pag. 632, & 633

In locatione operis quoties opus vitio suo perit, damnum est conductoris, si modo perierit antequam à locatore esset approbatum, secus si post approbationem; vel si vicio soli aut vi maiore, aut naturali opus perierit, quia tunc damnum est locatoris pag.634.col.1. & 2

Locator.

Locator qui alienam rem vel alij obligatam locat, quamuis bona fide, tenetur ad id omne quod conductoris interest frui re conducta, nec liberari potest, tametsi mercedẽ totam remittere paratus sit pag.544.col.1

Exustis ædibus locator mercedem exigere potest pro tempore quo ædificium stetit pagin. 546. colum.2

An casus fortuiti vel in rebus vel in operis solis, vel in rebus simul & operis periculum transeat in locatorem an in conductorem? pagin. 563. colum.1. & 2

An & quomodo teneatur locator de casu fortuito etiam in persona sua contingente pag. 563. colum.1. & 2. pag.564

Cur loca-

BIU Cujas

Cur locator vasis, aut dolij vicioſi teneatur ad intereſſe conductoris quamuis ignorauerit, in aliis autem rebus ſi ignorauerit, tantùm teneatur ad mercedem? pag.566.& 567

Locator fundi ſi nihil de inſtrumento dixerit, tenetur actione ex conducto, vt inſtrumentum quoque fundi præſtet, eáque omnia quæ inſtrumenti appellatione continentur pag.567.col.1.& 2

Locator.

Locator tenetur ex conducto, itémque ad exhibendum, ſi vel ſciens, vel ignorans illatam à conductore arcam cameratam aditum ædium coangustauerit pag.569.col.1.& 2

Locator tenetur præſtare commoditatem inquilino ad aſportandas res quas ipſe induxit in domum, ſi commodè aſportari poſſint ſine detrimento domini pag.569.col.1.& 2

An locator operarum ſuarum mercedem petere poſſit, ſi operas non præſtet, modò per eum non ſtetterit, quominus præſtaret pag.570.& 571.col.1. & 2.

Locator operarum ſuarum ſalarium reſidui temporis quod mortem legati ſubſecutum eſt, cui operas ſuas locauerat, petere poteſt, modò ſi non poſtea alij eodem tempore operas ſuas locauerit pagin.571.column.1 & 2.

Venditor rem venditam locans emptori quoad precium ſoluerit non tenetur ex conducto, obligat autem conductorem actione ex locato pag. 572.col.1.& 2

Locator habitationem à priore conductore, vltro ante tempus derelictam alij iterum locans non poteſt mercedem exigere pro tempore quo alij locata eſt, niſi antequam locaſſet, totam mercedem iam exegiſſet: tunc enim duplicem à duobus conductoribus habere non prohibetur pag.577. col.1.& 2

Locatori tot competunt actiones ex locato, quot ſunt res quæ ab inquilino vel colono diuerſis temporibus præſtari debent, etiam ex vno contractu locationis pag.577.col.1.& 2.& 578.col.1.& 2

Locator poteſt agere ex locato ad mercedem, & actione pœnali ad pœnam conſequendam, ſi ea mercedem excedat pag.583.col.2

Locator operarum ſuarum tanquam artifex tenetur de damno contingenti, ex culpa etiam leuiſſima pag.585.col.1.& 2

Nihil intereſt locatoris poſtquam ei ſatisfactum eſt pag.586.col.1

Locator duobus operas ſimul promittens, illi prius præſtare debet, cui prius promiſit pag.586.& 587

Locator etiam inuito conductore domum locatam reficere poteſt: nec eum prohibere inquilinus debet, modò ea ex mera neceſſitate, non ex voluntate reficiatur pag.587.col.2.

Locator propter refectionem neceſſariam rei locatæ, tenetur remittere mercedem pro rata, propter voluntariam autem tenetur ad intereſſe p. 590.& 591

An locator qui domum facere tenetur, antequam tota perfecta ſit, mercedem totam, vel pro rata petere poſſit? pag.592.col.2

Locator conductori tenetur ad mercedem, ſi ille ſine culpa locatoris re conducta frui prohibeatur, aliàs ſi adſit culpa, tenetur ad id quod intereſt pag.596.& 597.col.1.

Locator alienam rem vel ſuam, ſed alij obligatam ſcienter locando tenetur conductori, non tantùm ad mercedem, ſed etiam ad id quod intereſt pag.599.col.2

Locator impropriè dicitur qui locat operas, cùm idem ille ſit, qui mercedem accipit, quod conductori magis conuenit quàm locatori pag.601. col.1

Locator operarum debet habere mercedem totius temporis, ſi per eum non ſtetit, quominus operas præſtaret, pag.603.col.1.& 2

Periculum operis faciendi locati, pertinet ad locatorem, ſi antequam approbaretur, vi aliqua conſumptum ſit, ſi tale opus erat quod probari deberet, ſecus ſi non deberet probari p. 603.col.1.& 2

Locator, cuius ſerui damnum conductori dederunt, tenetur conductori, non actione ex conducto, ſed noxali pag.607.col.1.& 2

Locator ſerui vicioſi qui furtum conductori fecit, non tenetur ex conducto, ſed noxali actione, ſi vicium ignorauerit, ſecus ſi ſciuerit pag.607. & 608

Locator operarum ſuarum, vt certum opus faceret, tenetur de operis vitio, ſiue vna penſio, ſiue in ſingulos dies præſtita fuerit, ſi autem operas ſuas ſingulis diebus locat, nec ad certum tempus ſe adſtringit, de vitio operis non tenetur pag.614.col.1.& 2

Locator conductorem & inquilinum poteſt expellere domus reficiendæ gratia, adeóque ſi neceſſe ſit domum locatam demoliri, vt reficere illam poſſit pag.626.col.1

Locator habet actionem ex locato aduerſus conductorem dolo malo, vel lata culpa mentitum, qui renunciauit ædificium poſſe conſtrui vna ſumma, quod non niſi maiore ſumma poſſe fieri poſtea locator comperit ad pecuniam iam prorogatam repetendam, ſi prohibeat fieri quod fieri mandauerat pag.628.& 629.col.1.& 2

Locator proſcribens & proponens ſe nolle res aliquas conductoris in domum locatam ſuo periculo inferri, ſi paſſus ſit eas inferri, an periculum earum in ſe ſuſcipere videatur? pag.630 & 631

Locator nihil niſi dolum & culpam ſuam, eámque leuem duntaxat, non etiam leuiſſimam præſtare regulariter debet pag.631.col.2

Locator ſerui, cuius culpa vel dolo quid detrimenti conductor paſſus eſt, non tenetur actione ex locato, ſi nulla culpa, neque dolus locatoris interuenerit pag.631.col.1.& 2

Locator in locatione ſerui incerti certum tradens, tenetur de culpa & dolo ipſius ſerui, nec tantùm de peculio, aut in rem verſo, ſed etiam in ſolidum pag.631.& 632

In dubio facienda eſt interpretatio contra locatorem qui potuit legem apertius dicere pag.632.col.1

Locator vehiculi portorium vehiculi occaſione debitum ſoluere tenetur, niſi aliud dictum ſit; non autem debet portorium occaſione rerum in vehiculo poſitarum quæ ſunt conductoris pag.632.col.1.& 2

Locatum.

Semper in locatis & conductis, ſicut in emptis & venditis ſequimur id, quod actum eſt pag.567.col.2

Locatarum rerum duo ſunt genera, vnum earum quæ ita locarentur, vt eædem redderentur, alterũ earum quæ ſic locarentur, vt eiuſdem generis redderentur pag.594.col.1

Locatum, conductor.

Quibus caſibus periculum operis locati faciendi tranſeat in conductorem? pag.602.col.1.& 2

Locuples.

Pro locuplete habetur quiſquis ſemel eſt approbatus pag.64.col.1

Lucrum, damnum.

Lucrum dicitur deducto damno, & damnum deducto lucro pag.152.col.1 & 2.

Qui participat lucrum eius, & damnum participare debet pag.174.col.1

Lucrum, factum.

Nemo alteri poteſt imputare factũ ex quo ipſe lucrum ſenſerit pag.89. col.1.

Lucrum.

Bona fides non patitur vt quis ex alieno lucrum conſequatur pag.29. col.1

Species lucri eſt ex alieno largiri, & acquirere ſibi beneficij debitorem p. 181.col.1

Latius patet ratio lucri & compendij, quàm vſuratum pag.82.col.1

M A

Magiſtratus, præſumptio.

In dubio pro magiſtratu ſemper præſumendum eſt ad vitandam præſumptionem delicti, factæque iniuriæ p. 555. col.1. vt & in priuato quolibet ibid.col.2

Magiſtratus.

Magiſtratuum perſona propter dignitatem & poteſtatem terribilis eſt ſi quando forte minorem fauorem ſuum exhibere velint pag.287.col.1

Magiſtratus iniuriam facere poteſt, quæ nec impunita eſſe debet pag.428 in fin.

Quod iuſſu magiſtratus aliquis facit, vel fieri patitur, neque doli, neque vllius culpæ cõſcius videri poteſt, cùm parere habeat neceſſe pag.554.in fin.

Maior.

In maiore ſumma minor ineſt pag. 83.col.1

Manceps.

Manceps eſt qui prędia publica, aut ſalinas publicas, aut vectigal octauarũ à populo emit, conducítve, & qui eadem prędia publica colono locat pag. 615.col.1

Mancipatio, emptio.

Emptio ſub cõdicione contrahi poteſt p.85.col.1. ſecus mancipatio ib.

Mandans.

Mandatario rem mandantis minoris vendente quàm præſcriptum ſit, poteſt nihilominus mandans rem ab emptore vindicare pag.7.col.1.& 2

Mandantis intereſt potius habere actionem mandati quàm negotiorum geſtorum pag.9.col.2

Periculum rei à procuratore ex mãdato acceptę pertinet ad mandantem, non ad procuratorem, niſi ſit procurator in culpa pag.11.col.1

BIU Cujas

Mandans creditori vt debitorem expectet, si post nomen non sit idoneum, an ad mandatorem, & à quo tempore nominis periculum transeat? pag.43. & 44.

Mandantis condicio melior quidem fieri potest, sed non deterior pag.5. col.1.& 2

Mandatarius, vsucapere.

Serui ab heredibus mandatarij per errorem lapsis, vendentibus non animo furandi quod defunctus curæ suæ fecerat, ab emptoribus vsucapi possunt pag.119.col.1.& 2

Mandatarius.

Mandatarius negotia mandantis gerenda suscipiens, an actione negotiorum gestorum, an verò mandati teneatur pag.8.& 9 col.1.& 2

Mandatarius omnem culpam, id est etiam leuissimam præstare tenetur, etiam cùm mandatum gratia tantùm mandantis fuit factum pag.3.col.2

An & quomodo salarium mandatario constitui possit? pag.13. col.1.& 2

Liber homo bona fide seruiens, si mandet vt redimatur, & pretium eo nomine dederit, qua actione mandatarium, eundémque bonæ fidei possessorem & venditorem possit conuenire pag.17.col.1.& 2.

Itémque qua actione secundus emptor primum, & contrà primus secundum ibid.& pag.18

Mandatarius iniquè condemnatus non prouocans non potest mandatorem contraria mandati actione conuenire, nisi præsens condemnationi fuerit ipse mandator, vel mandatarius inopia fuerit impeditus pag.20.col.1. & 2.

Quarum rerum nomine mandatarius habet contrariam mandati actionem, multo magis retentionem habere debet pag.21.col.1

Mandatarius rem ex mandato emptam mandatori restituere tenetur p. 21.col.2

An & quomodo mandatarius rem ex mandato emptam restituens, de proprio facto cauere debeat? pag.22. col.1.& 2

Mandatarius rem ex mandato emptam restituens, non tenetur efficere, vt venditor eo nomine de euictione caueat, sed sufficit vt hac actione mandatori rem restituendo cedat p. 22.col.2

Mandatarius tenetur mandatori de omni culpa, etiam leuissima pag.22. col.1.

Durius obligatur mãdatarius, quàm depositarius pag.22.col.1

Mandatarius rem mandatoris sine dolo & culpa amittens, cauere debet de ea restituenda, si in eius manus postea iterum peruenerit pag.22. col.1.& 2

Mandatarius vt nihil ex pecunia ex mandato credita percipere sibi potest, ita nec damnum pati debet, si exigere fœneratam pecuniam non potuit, quam non suo periculo fœnori dedit pag 25.col.1

An condictione certi ex mutuo sit obligatus mandatarius cui mandatum est, vt ab actoribus mandatoris mutuam pecuniam acciperet, an vero actione mandati? pag.26.col.1. & 2.

Mandatarius qui actione ex mutuo tenetur, non tenetur ad vluras, secus qui actione mandati pagin. 26.col.1. & 2.

Mandatarius habet ius retentionis & reputationum in re mandata pro sumptibus in ea factis pagin.30. col.1

Mandatarius rem ex mandato emptam retinere nolens, si eam mandator recipere nolit, non cogitur causam dicere cur eam nolit pagin 39. col.2

Sumptus à mandatario bona fide facti in restitutionem venire debent, etiamsi propter eos sumptus multiplicata sit summa pag.39. column.2. in fin.

An mandatarium negotium suum gerens possit habere contrariam actionem mandati? pag.49.& 50

An mandatarius habeat interim actionem mandati, si purè fideiusserit & soluerit, cui mandatum erat vt in diem fideiuberet? pag.53.column.1. & 2.

An mandatarius habeat interim actionem mandati, si debitore in diem mandante vt in diem fideiubeat, fideiusserit quidem in diem, sed ante diem soluerit? pag 54.col.1.& 2

Mandatarius culpam leuem præstare tenetur pag.62.col.1

Mandatarius carere debet omni culpa saltem leui, vt per contrariam mandati actionem consequi indemnitatem possit pag.68.col.1

Mandatarius etsi de omni culpa teneatur, etiam de leuissima, casum tamen fortuitum non præstat, nisi ex conuentione pag.95.col.1.& 2

Mandatarius mandatorem decipiens, actione mandati tenetur pag. 96.& 97

Mandatarius res non inclusæ subtrahens, sed traditas non reddens, actione mandati tenetur, non autem furti pag.116.col.1.& 2

Mandator.

Plures mandatores qui pro alio tenentur, an ex mandato teneantur in solidum? pag.124.col.1.& 2

Condemnatis vna eademque sententia pluribus mandatoribus, an detur contra quemlibet actio in solidum an pro parte? pag.124.& 125

Mandatum, æstimatio.

In actione mandati æstimatio ad quod tempus referenda sit, an quo impletum est, an quo agitur? pag.91.col.1 & 2

Mandatum, consilium.

Quando quis ex consilio suo teneatur mandati? pag.5.col.1.& 2

Quomodo differat consilium à mandato? pag.5.col.2

Mandatum, creditor.

Permittitur creditori iure communi eligere debitorem ante distracta pignora, & postea distracta, ad mandatorem redire pag.116.col.1

Mandatum, creditum.

An pecunia ex mandari causa debita possit à mandatario per conuentionem crediti nomine retineri? pag.83. & 84. & an vsuræ eo nomine citra stipulationem peti possint? ibid.& pag.84.col.1.& 2.

Mandatum, delegare.

An creditor habeat actionem mandati contra debitorem qui periculo suo debitorem suum creditori delegauit? pag.54.& 55.col.1.& 2

Mandatum, depositum.

Mandatarius & depositarius possunt ex conuentione se adstringere ad præstandum periculum mandati, & depositi pag.95.col.1.& 2

Mandatum, emere.

Qui certo precio rem communem emerit ex mandato, si aliarum partium nomine commodè negocium gesserit, & vilius emerit, partem suam pro eo precio tradere non cogitur, sed quantum interfit cõsequi potest, dummodo intra precium mandato contentum pag.89.col.1.& 2

Qui rei communis partes aliorum ex mandato emit vilius certo precio à mandatore cõstituto, non potest suam mandatori vendere vsque ad totum precium, nisi tanti sua interfit pag. 89.col.2

Mandatum, emptio.

An mandator qui heredi ex parte mandauit, vt totum fundum hereditarium emeret, habeat contra mandatarium actionem mandati, an ex empto? & quantum interfit, vt actionem ex empto potius habeat, quàm mandati? pag.85.86.& 87

Mandatarius suscipiens mandatum rei communis emendæ certo precio, ita constitit mandatum etiam pro ea parte quæ est mandatarij, vt redemptis condiuisorum suorum partibus suam quoque partem præstare teneatur pag.87.col.1

Mandatarius suscipiens mandatum rei communis emendæ certo precio, redemptis condiuisorum suorum partibus suam partem pro residuo precij præstare cogitur, nullo autem precio constituto, eam boni viri arbitratu æstimato precio tradere compellitur pag.87.& 88.col.1.& 2

Mandatarius fundi qui per partes venit mandatum suscipiens, mandatorem contraria mandati actione conuenire non potest, si aliquas partes emerit, nisi totum emerit, sed eas inuitus retinere cogitur, si scilicet mandator dixerit se nolle aliter teneri, secus si nihil dixerit pagin.90.& 91

An liber homo bona fide seruiens, mandans se redimi, si hoc munus emptoris factum sit, contraria mandati actione teneatur? pag.115.col.1. & 2.

Mandans seruos distrahi post mortem mandatarij, si ab eius heredibus errore lapsis venditi sint, & vsucapti ab emptore, potest tamen etiam post vsucapionem eos repetere actione publicana pagina 119. column.1.& pag.120

Mandatum, expromissor.

Mandatarius promittens aliquem iudicio sisti, nec exhibens, potest, antequam præster, mandati agere vt liberetur pagin.100. column.1.& 2

Idem in expromissore pagin.101. col.1

Mandatum, fideiussor.

Fideiussor pro debitore soluens, quo casu possit debitorem actione contraria mandati conuenire pag.19.col.2.

An fideiussor heres factus eius cui ex causa fideiussoria condemnatus fuerat, habeat actionem mandati contra reum pagina 33. column.1. & 2.

An fideiussor

BIU Cujas

An fideiussor per acceptilationem à creditore liberatus, habeat actionem mandati contra reum? pag.32 & 33

Seruo fideiussore soluente, an dominus contra reum habeat actionem mandati? pag.35.col.1.& 2

Rogatus fideiubere in maiorem summam, si in minorem fideiusserit, an habeat actionem mandati contrariam aduersus mandatorem? pag.83. col.1.& 2

Mandator & reus principalis ad id omne tenentur, ad quod obligatio creuit, licèt plus solutum & impensum sit à mandatario & fideiussore, quàm ipsi impendissent pagin.102 col.1.

Actio mandati datur fideiussori contra reum, non statim atque fideiussor electus est, sed postquam est condemnatus. & ratio. pagin.103 col.1

Fideiussor habet actionem mandati contra reum, si negotiorum gestor pro eo soluerit, etiam antequam gestori pecuniam restituerit, modò tamen eam solutionem ratam habuerit pag. 109.& 110

Qui patitur ab alio mandari, vt pro se fideiubeatur, an obligetur mandatori, an fideiussori, an vtrique pagin. 112.

Mandatum, filiusfamilias.

Filiusfamilias mandatum suscipiens vt solueret, & emancipatus soluens, an habeat in factum actionem post emancipationem, & an ipse post eandem emancipationem possit ob mandatum neglectum conueniri? pag.36 col.1.& 2.& 37.col.1.& 2

Mandatum, furtum.

An & quomodo actio furti cum actione mandati possit concurrere? p. 58.col.1

Mandatum, impensæ.

An mandatarius impensas factas ob causam quæ casibus magis, quàm mandato imputari potest, actione mãdati contraria consequi possit? pagin. 66.

Mandatum, inuitus.

Qui pro alio inuito fideiubet, mandati actionem non habet pagin.9.& pag.10. qui verò citra mandatum habet actionem negotiorum gestorum pag.10.col.2

Mandatum, lucrum.

Mandatarius affirmans idoneum esse debitorem, & ita fecit, vt mandator ei crederet, an actione mandati teneatur? pag.97.col.2, & qua actione ei quoque, qui nullo præcedente mandato affirmauit, lucri causa teneatur? ibid.

Mandatum, procurator.

In mandato generali non continetur, vt transigere procurator possit diminuendi gratia pagin.133.columna 2

Mandatum, pupillus.

Plenior est & vtilior pupillo mandati actio quàm tutelæ pagin.44. col.1

Mandatum, seruus.

An actio mandati, aut ex empto possit acquiri per seruum qui in fuga est? pag.59.& 60

Mandatum, stipulatio.

Differentia inter mandatum & stipulationem pag.36.col.2

Mandatum, vsura.

Mandatarius & procurator, pecuniam mandantis, & domini habentes, vsuras à die moræ præstare tenentur pag.24.col.1.& 2

An & quibus casibus mandatarius vsuras sumptuum consequi possit actione mandati contraria? pag.40. col.1.& 2

Quantum intersit, an vsuræ ex causa mandati debeantur obligationis iure, id est, quia promissæ sunt, an duntaxat propter moram? pag.127. col.1.& 2

Mandatum.

Mandatum in consensu contrahentium consistit pag.1. col.1.& 2

Interdum sola patientia inducit mãdatum ibid.col.2

De verbis idoneis ad inducendam obligationem mandari pag.1.& 2

Mandatum in diem differri, & sub condicione contrahi potest pag.2. col.1.& 2

An mandatum nullum sit, nisi gratuitum? pag.2. col.1.& 2.& pag.3 col.1 & 2

An mandatum gratia tantum mandantis factum sit obligatorium? pag.3. col.1.& 2

Actio mandati est personalis, nullo modo priuilegiata pagin. 3. col.2

Quot sint species mandati? pag.3. col.1.& 2

Mandatum gratia tantùm mandatarij factum non est obligatorium? pag.3.col.1.& 2.pag.5.col.1.& 2

Quarum rerum mandatum consistat? pag.3.col.2

An mandatum aliena tantùm gratia factum, non autem mandantis, aut mandatarij sit obligatorium? pagin.3 & 4.

An mandatum mandantis & aliena gratia factum sit obligatorium? pag. 4.col.1.& 2

Mandatum mandantis & mandatarij gratia factum est obligatorium, item & mandatarij, & aliena gratia factum pag.4.& 5

Mandatum ex officio & amicitia originem trahit pag.5.col.2

Excedens mandatum, etiam in vtilitatem mandantis, an & quomodo habeat actionem mandantis, & ad quid? pag.6.col.1.& 2

Diligenter fines mandati custodiendi sunt pag.6.col.1

An ex mandato suscepto non impleto quis teneatur? pag.6.& pag.7. col.1.& 2

Datum remunerationis causa non impedit actionem mandati pag.8. col.1.& 2

Mandati fines excedi possunt, vt condicio mandantis fiat melior, vel non deterior, sed non vt fiat deterior pag.8.col.1.& 2

Qui patitur quem pro se fideiubere, vel aliàs intercedere, tenetur actione mandati pag.9.col.1.

Mandans quod sua non interest, an & quomodo habeat actionem mandati aduersus mandatarium? pagin.10. & 11.

Mandante aliquo, vt certam summam sumat mandatarius periculo suo ea lege, vt certas vsuras domino penderet, an ex causa mandati, an mutui procurator pecuniam accepisse videatur? pag.11.col.1.& 2. & differentia inter mandatum generale, & speciale ibid. & procuratorem generalem & specialem in exigendo datum ibid.

Non est mandatum interueniente mercede, sed actio præscriptis verbis pag.12.col.1

Quomodo mandatum debeat esse gratuitum? pag.13.col.1

Mandatum susceptum deserere non licet, nisi iusta causa interueniente pag.15.col.2

An actione mandati teneatur mandatarius aduersus secundum mandantem, an aduersus primum? pag.15.col. 1.& 2

Mandatarius qui mandatum sibi à mandante alij mandat, qua actione, & quomodo aduersus mandantem teneatur? pag.16.col.2

Tutores vni ex contutoribus mandantes, aliquid pro pupillo fieri, eo non faciente quomodo pupillo tutores, quomodo tutoribus contutor teneatur? pag.16.& 17

Quando mandati actio competere incipiat, & quando desinat pag.18. & 19.

Quibus casibus mandati actio, nec directa, nec contraria competat quamuis intersit? pagin.18.col.1.& pag.19

Nunquam damno affici debet is qui mandatum suscipit pag.19.col.1

Procurator nullum lucrum ex mandato retinere debet pag.24.col.2

Procurator fructus perceptos ex re ex mandato empta, iudicis officio, non iure actionis mandatori restituere tenetur pag.23.& 24.col.1.& 2

An mandatarius pecuniam ex mandato fœnori tradens vsuras ex ea perceptas mandatori restituere teneatur pag.24.col.2

Fideiussori qui pro mandatario fideiussit, & condemnandus soluit, actio vtilis & quasi institoria contra mandantem danda est, non actio mandati, pag.26.col.1.& 2

Quando locum habeat actio mandati? pag.26.col.2

An mandatarius ab aliquo stipulatus antequam mandatori ius sibi quæsitum cesserit, possit ab eo mandati actione conueniri, vt debitorem liberet, vel sibi mandatori ipsum debitorem deleget? pag.27.col.1

Casus in quibus mandati actio competit, non vt aliquid detur, sed vt aliquid fiat pag.27.col.2

Mater pro filia dans dotem, an ea mandante stipulata teneatur actione mandati, vel ad actionem quam ex stipulatione acquisiuit filiæ præstandam, vel ad liberandum maritum, si hoc filia velit, vel ad eum ipsi filiæ, aut alij ea volente delegandum? pag.27.& 28

Qui alienis negotiis interuenit iuxta formam mandati, mandatum quoque agnoscere & sequi videtur pag. 28.col.1

Procurator cui mandatum est, vt pecunias alicui sine vsuris crederet, si eum vsuris crediderit, easdem vsuras mandatori restituere tenetur pag.29. col.1. nisi periculo suo crediderit, ibid.col.1.& 2

Qui affectionem amicabilem ex mandato promisit in monendis procuratoribus mandatoris non tenetur

BIU Cujas

actione mandati, si res malè gesta sit, sed actione de dolo, si dolus interuenerit. pag.28.col.1.& 2.

Actio mandati siue directa, siue contraria, extendi non debet vltra quàm mandatum est pag.29.col.1. & ratio pag.30.col.1

Cur, & ad quid comparata sit contraria mandati actio? pag.30.col.1

Fideiussores & mandatores si sine iudicio soluerint, an habeant mandati actionem? pag.31.col.1.& 2

Mandati actio non datur fideiussori, nisi ad id quod ipsius interest, & quod ipsi abest pag.32.col.1

Mandati actio nunquam datur, nisi ei cuius interest, & quatenus interest pag.35.col.1

An & quomodo pater habeat actionem mandati contra reum, si filius fideiusserit? pag.35.col.1.& 2

Sufficit ad inducendam actionem mandati, siue directam, siue contrariam, vt aliquid contemplatione mandati factum sit, etiam ab eo cui nihil mandatum fuerit pag.36.col.1.& 2

An pater actionem habeat mandati, si filio mandatum sit vt solueret, & soluit aut pater ipse, aut filius pag. 35.& 36

Ex mandato quantumuis puro, nulla nascitur actio antequam neglectum sit pag.36.col.2

An mandatario contraria mandati actio danda sit? pag.38.col.1.& 2

An seruus ex domini mandato rem emptam accipiens, partem precij iussu domini soluram contraria mandati actione repetere possit? pag.38.col.1. & 2

Contractus mandati bonæ fidei est pag.39.col.1.

Contrario mandati iudicio qui possint experiri? pag.39.col.1

An mandatarius soluram pecuniam propriam vltra mandatoris nummos, & citra mandatum repetere possit? pag.39.col.1.& 2

Differentia inter debitum mandatoris quod debet ex mandato, & quod debet debitor qui à mandatario pecuniam mutuam accepit pag.72.col.1. & 2

Mandator debitoris soluens, ipso iure non liberat debitorem, si propter mandatum, & suo nomine soluerit, sed tantùm per exceptionem doli, secus, si nomine debitoris pagin.72. & 73

Mandatore debitoris soluente non aliter liberatur debitor, quàm si mandatoris actiones ipsi debitori cessæ sint pag.72.& 73.col.1.& 2

Mandatum reuocari potest ad nutum & arbitrium mandantis, re integra pag.80.col.1

Mandatum quantumuis generale non continet ea de quibus mandator non cogitasse credendus est pag.80. col.2

An mandatarius qui mandatum domini per procuratorem generalem reuocatum impleuit, possit à domino conueniri pag.80.& 81

Mandatarius qui intra annum tenebatur in quadruplum mandatori, post annum verò in simplum, etsi post annum, mandati actione conuentus fuerit, quadruplum tamen præstare tenetur pag.81.& 82

Heres hereditatem ex mandato adiens, an habeat actionem mandati cõtra mandatorem? pag.82.col.1.& 2

Qui agnoscit legatum ex mandato an habeat actionem mandati contra mandatorem? pag.82.& 83

Herede ex parte prædium hereditarium mandatori emente certo precio, pro coheredum partibus mandatori competit actio mandati, ac etiam pro parte heredis pag.85.col.1.& pag.87 col.2.

Procuratore in rem suam constituto, mandatum morte mandantis non finitur pag.87.col.2

An & quando, & quantum absit mandatario ex causa mandati, cùm rem promissam soluit? pag.91.col.1. & 2

Cur in mandato detur actio directa mandatori, & ad quid, cur contraria mandatario, & ad quid? pag.96.col.1. & 2

In mandato potest actio ex vna tantùm parte consistere pagin.96. col.1

Mandatarius qui mandatum rei exercendæ suscepit, si eam minor esse mandatori retulerit, quàm reuera esset, & ita minoris emerit, tenetur actione mandati pag.96.& 97

Mandatarius qui pecunias in diem ex mandato collocauit, conueniri potest actione mandati, vt cum dilatione temporis actionibus cedat pag.97. & 98

Mandatarius post emptionem ex mandato potest agere contra mandatorem, etiam antequam precium rei emptæ soluerit pag.99.col.1.& 2

An mandatarius susceptum ex mãdato iudicium transferre possit in mandatorem, & antequam perfectum sit, possit agere mandati? pagin.99 & 100

Mandatarius promittens aliquid creditoribus mandatoris, etiam antequam soluat, potest agere mandati, vt mandator obligationem suscipiat, vel sibi caueat do defendendo pag.100. col.1.& 2

Mandatarius ex mandato promittens soluere pro mandatore, si ex ea promissione fuerit condemnatus, an habeat actionem antequam soluerit? pag.101.col.1 & 2

Non prius danda mandatario est mandati actio contraria, quàm mandatum impleuerit & perfecerit pag.101. col.1

Mandatarius ante soluram pecuniam agens mandati, mandatorem ad faciendum, non ad dandum obligat pag.101.& 102

Creditor mandato fideiussoris cum reo agens, an habeat actionem mandati contra fideiussorem? pag.102. & 103

Recedi à forma mandati non debet, quoties ea certa est, & mandatum certum, si verò incertum vel plurium causarum, ab ea recedi potest pag.103. col.1.& 2

Mandatum est validum quod sit in rem mandatarij, ita tamen vt ad mandantis quoque vtilitatem pertineat, pag.106.col.1. secus si solùm ad vtilitatem mandatarij, ibid.col.2. si modò non aliter mandatarius facturus fuisset, quàm si mandator mandasset, ibid.in fin.

Seruus mandans se emendum emptione non secuta, mandatum nullum est pag.113.col.1.& 2. ea autem secuta mandatum reconualescit ibid.

Actio mandati plenior est quàm actio ex vendito pag.114.col.1

Actio mandati ad quid competat? pagin.114. columna 1.

Seruum ex mandato de suis nummis mandatarius emens, non habet actionem contra dominum pag.114. col.2

Mandatum finitur reuertente domino, & si fuerit reuocatum debitum ex primo, non deuoluitur in secundo pag.117.& 118

Mandatum rei distrahendæ defuncto mandatario corruit pagin.119. col.1

Mandatarius extinctum per mortem mandantis mandatum implens, habet tamen actionem mandati pag.120 col.1

Mandatum morte non finitur, cùm res integra esse desiit pag.122.col.1

Qui mandatu alterius stipulatur, vel aliquid exigit, actiones suas & exactiones heredibus mandatoris præstare debet pag.122.col.1.& 2

Adiectio diei in mandato facere non potest, ne post eum diem actio mandati competat pag.124.col.1.& 2

An mandatum tempore limitatum post moram sit perpetuum? pag.126. & 127

Mandati actio non competit ei qui conditioni mandato adscriptę non paruit pag.128.col.1

Pluribus mandatariis constitutis, an singuli in solidum, an pro parte mandati actione teneantur? pag.129. & 130

Mandatum quod fit propter mandatorem non parit actionem contra tertium pag.129.col.1.& 2

Mandatum omne quantumlibet generale non extenditur ad incogitata pag 131.col.2

Ex mandato à filiofamilias suscepto post emancipationem impleto, quomodo pater mandans conueniri debeat? pag.131.col.1.& 2

Mandatarius fideiubere iussus, mandatorem se, non fideiussorem præbens perinde actionem mandati habet, ac si fideiussisset pag.133.col.2

Contractus mandati re integra non est obligatorius pag.163.col.2

Mandatum non gratuitum actionem mandati non parit, sed tantùm actionem præscriptis verbis pag.656 col.1

Actio mandati nunquam competit mandatario, nisi ad id quod abest pag. 677.col.2

Mandatarius rem ex mandato emptam retinere non cogitur, si eam mandator recipere nolit, sed habet contrariam mandati actionem, vt quanti ex ea causa interest mandatarij, tantum mandator præstare teneatur pag.39.col.2

Nullum ex mandato lucrum procurator retinere debet, nec damnum sentire pag.40.col.1

Mandatarius pecuniam à mandatore acceptam, vt mandatoris creditori daret, si non faciat, tenetur mandatori ad eas vsuras quas ipse creditori tenebatur pag.40.col.1.& 2

Luxuriosus adolescens mandans vt pro meretrice mandatarius fideiubeat non obligatur, scienti scilicet mandatario, pag.40.& 41.col.1.& 2

Ex mandato vt filiofamilias pecunia credatur, competit actio mandati iis casibus quibus filiofamilias pecunia credi potest pag.42.col.1.& 2

Mandati obligatio accessoria est, nec sine principali subsistere potest, pag.42.col.1.& 2

BIU Cujas

Creditor dubitans filiofamilias pecuniam rectè posse credi persuasus vt periculo mandatoris crederet, habet actionem contra mandatorem, secus si sciret non posse credi pag.42.& 43

Mandatum post rem quæ gesta est interueniens, neque valet, neque mãdati actionem parere potest pag.43. col.1

An extincto mandato, mandati actio exstincta sit? pag.44.col.2

An mandatum sola mandantis voluntate extinguatur? pagin.44.col.1. & 2

Qui funeris mandatoris curam accepit, si accepta ab herede pecunia funus non duxerit, qua actione possit ab herede conueniri, an mandati, an de dolo? pag.45.col.2

An mandatum in tempus collatum quo mandator mortuus erit, morte mandatoris reuocetur? pag.45.col.1 & 2.& pag.46

An mandati contractus sit vltrò citróque obligatorius,& quomodo, p. 44.col.1.& 45.col.1

Mandatore iubẽte debitorem suum alicui post mortem suam soluere, an solutio rectè fiat mãdatario post mortem mandatoris pag.46.col.1

Actiones mandato competentes mandatario etiam heredi eius competunt pag.47.col.1

Mandante aliquo monumentum sibi post mortem fieri, heres eius actione mandati agere potest, si à mandatario monumentum non fiat pag.45 col.1.& 2

Mandator mandans sibi monumentum post mortem suam fieri nunquam potest agere mandati contra mandatarium, mandatarius verò contra mandatorem statim pag.46.col.1.& 2. sed quo casu? pag.47.col.1

Durior est mandati extinctio quæ per reuocationem & voluntatis mutationem contingit, quàm quæ per mortem mandatoris pag.49.col.2

Actio mandati contraria dari non potest mandatario ad lucrum captandum, sed tantùm ad damnum vitandum pag.49.col.2

Mandatarius plus in rem suam impendens ex mandato quàm consequi possit, an actione mandati contraria quod sibi abest consequi possit à mandatore pag.49.& 50

Mandatore agente aduersus mandatarium ante exactam ex mandato pecuniam, si ante rem iudicatam exegerit mandatarius, mandatori rectè condemnatur pag.50.col.1.& 2

An qui patitur ab alio mandari vt sibi credatur, mandare intelligatur? p. 50.col.1.& 2

An ex mandato serui de seipso vendendo & redimendo dominus obligari possit vt eum vendat aut redimat? pag.51.col.1.& 2

An mandatarius aliquod ex mandato lucrum possit retinere, saltem iure remunerationis? pag.51.col.1.& 2

An mandatarius aliquod ex mandato damnum sentire possit? pag.52. col.1.& 2

Mandatum alienum secutus pro tertio non habet actionem mandati contra tertium pag.52.col.1.& 2. secus si mandatum vtriusque secutus sit pag. 53.col.1.& 2

An creditor habeat actionem mandati contra fideiussorem qui mandauerat, vt cum reo experiretur, si totum non sit consequutus? pag.55.col.1.& 2

Creditor an habeat actionem mandati contra debitorem? pag.55.& 56

An mandatum sit obligatorium de emenda re quæ sit mandatarij, & quomodo? pag.56.col.1.& 2

Mandati vt à se res sua comparetur, actio mandati non datur pagin.56. col.2

An & quomodo ex mandato gratia ipsius mandatarij competat actio mãdati? pag.54.col.1.& 2.& 56.col.1

Is cuius bona publicata sunt, mandare vtiliter potest, vt ea emat pag. 57.col.1.& 2

Mandatarius accepta pecunia vt eam alicui daret, si non dederit, tenetur mandati & furti pag.58.col.1

Mandatum rei turpis est inutile p. 57.in fin.

Ex mandato rei turpis eadem pœna punitur mandans, qua mandatarius pag.58.col.1

Mandatarius percepta pecunia vt eam cui vellet daret, tenetur actione mandati si retinuerit pag.58.col.2

Vbi non competit liberatio debitori ex mandato, ibi non mandatario actio mandati pag.59.col.2

An mandatarius vltro susceptum mandatum adimplere teneatur, & quomodo deferre illud possit? pag. 61.& 62

Mandatarius non potest intempestiuè mandatori nunciare pag.62. col.2. casus in quibus hæc regula fallit ibid.

An mandato per mortem extincto, mandati obligatio durare possit? pag. 63.col.1.& 2

Quando mandatum morte mandantis finiatur? pag.63.col.1.& 2

Reuocatio mandati quæ fit per mutationem voluntatis, interdum potentior est, quàm quæ per mortem pag. 63..col.1

An debitor ex mandato creditoris soluens ignoranter tertio post mortem creditoris, liberationem consequatur? pag.63.& 64

Fideiussor qui debitorem etiam inopem creditori delegauit, habet actionem mandati contra rem principalem, licèt à delegato creditor nihil sit consecutus pag.64.col.1.& 2

An mandatarius plus possit ex mandato consequi, quàm quod soluit? pag. 65.col.1.& 2

Actio mandati competit fideiussori contra reum, si creditor donandi animo eius creditorem, eiusdémque ipsius creditoris debitorem liberauerit pag.65.col.1.& 2

An mandatarius habeat actionem contra mandatorem, cuius mandatu seruum emerat qui furtum fecit mandatori pag.66.& 67

An & quomodo faber mandatarius seruum à se ex mandato emptum & edoctum vendens, habeat actionem contra mandatorem, si actione redhibitoria damnatus sit ad restitutionem pretij ipsi emptori? pagin.67. & 68. per totum.

Creditor ex mandato debitorem suum liberans, habet actionem mandati contra mandatorem pag.68.& 69.col.1.& 2

An mandatum per mutationem voluntatis reuocari possit? pagin.69. col.2

An mandatum morte mandatarij finiatur? pag.70.col.1

Mandatum semel susceptum, aut implendum omnino est, & quidem iuxta formam præscriptam, aut re integra renunciandum pag.69.& 70. col.1. & 2. nisi iusta sit aliqua causa quæ impediat, ne aut impleri, aut renunciari tempestiuè possit pagin.70. col.1

An heres mandatarij habeat actionem mandati, an negotiorum gestorum contra mandatorem, si per mortem ipsius mandatarij reuocatum mãdatum impleuerit? pag.70.col.2.

Actio mandati præstationes vtrimque recipit ex bono,& æquo pag.71. col.1

Mandato contineri intelliguntur ea omnia sine quibus mandatum expediri non potest pag.71.col.1

An impensæ à mandatario factæ in mandato debeant restitui, si bona fide factæ sint maiores quàm ipse mandator fecisset? pag.71.col.1.& 2

Creditor qui pecuniam debitori ex mandato creditam ab ipso debitore non potuit totam percipere, potest reliquum à mandatore consequi pag. 71.& 72.col.2.

Creditor ob pecuniam ex mandato creditam non aliter mandatorem conuenire potest actione mandati, quàm si actiones suas aduersus debitorem cesserit ipsi mandatori pag.71.& 72. col.1.

Maritus, dos.

Maritus cui fundus dotalis æstimatus euictus est, habet electionem, an malit agere contra patrem patrísve heredem de euictione, an verò contra se agentem mulierem exceptione doli summouere pag.533.col.2

Mater, dos.

Mater filiæ nomine dans dotem, si ab initio legem doti tanquam rei suæ quam voluit, non dixerit, non potest postea legem ex postfacto dicere, nisi volente & consentiente filia pag.27. col.2

Mater quæ nomine filiæ dotem marito dedit, donandi animo dedisse intelligitur, cùm dotandi officium non sit maternum pag.27.col.2.

Manumissio.

Manumissio liberi hominis non solùm libertati non officit, sed nec indemnitati pag.17.col.1

Manumissio morti comparatur quantum ad substrahendum domino seruum pagin.444.col.1.& pagin.657. col.1

Manumittere, mandatum.

An mandatarius seruum ex mandato manumittere possit alienum? pag. 69.col.1.& 2

Manumittere.

Procurator alienum seruum manumittere non potest pag.69.col.2.& 85 col.2

Maximè.

Dictio *maximè* sumitur comparatiuè pag.308.col.2

M B

Medicus.

An medicus qui curandum equum conduxit certa mercede, & ita curauerit, vt æger ille recidiuam fecerit,

BIU Cujas

nouam mercedem petere possit, an priore contētus esse debeat, vt iterum curare cogatur, quasi prior curatio veluti vicio operis corruerit pag. 626. col.2

Mendacium, emptio.

Mendacium venditoris non dat actionem ex empto aduersus venditorem, nisi interfit emptoris pag. 464. col.1.& 2

Mendacium.

Mendacium semper dolum comitem & annexum habet, ideóque semper punitur pag.464.col.1

Mendacium annexum dolo inducit condemnationem ad id omne quod interest aduersarij pag.480.col.2

Merces, conductor.

Remissio mercedis fieri debet pro rata temporis, quo conductor, nec fruitus est re conducta nec frui potuit p. 626.col.2

Merces, locatio.

Posita mercede non sequitur esse locationem, potest enim esse merces sine locatione, sed non contra pag. 637.col.1

Merces.

Remissio mercedis fit propter sterilitatem, sed non propter fructuum viciositatem pag.559.co.2

Merces non minus quàm pretium consistere debet in pecunia numerata pag.608.col.1

Fructuum exiguitas remissionem mercedis inducere non potest pag. 627.col.1.secus sterilitas ibid.c.2

Metus.

Metum præsentem esse oportet, nō solum suspicionem eius inferendi p. 534.col.1.

M I

Miles, seruus.

Miles legans seruo sine libertate libertatem dedisse videtur pag.189. col.2

Minor, contractus.

Qui timet contractum à minore initum rescindi, potest vltro agere & petere vt contractus approbetur, vel reprobetur, &, si semel sit approbatus, non potest amplius minor petere restitutionem pag.494.col.1.& 2

Minor, manumittere.

Minor 20. annis manumittere prohibitus non potest manumittere, licet manumissionem conferat in tempus quo viginti annos expleret pag.439. col.1.& 2

Minor.

Quę negotia irrita sint quę à minoribus geruntur pag.41.col.1

Contractus minoris tenet, tum quoque cùm læsus est, præsertim si non nisi de eo ex contractu obligando tractetur pag.41.col.1

Minori in integrum restitutio necessaria est, si non modo minorem se, sed etiam læsum & captum probet pag.41.col.1

Minori perdituro malè soluitur p. 41.col.2

Qui pecuniam minori perdituro credit, eam à maiore repetere non potest pag.41.col.1.& 2

Minor semper restituēdus est etiam in iis quæ tanquam procurator gessit, si euentu damnum passurus sit pag. 107.col.2

M O

Modicum.

De modicis & paruis impendiis & incommodis non valdè curandum est pag.570.col.1

Modus, contractus.

Modus adiectus contractui contractum non suspendit, & actione ex eo contracta quis modum implere cogitur, secus in condicione p.282.c.1.& 2

Modus, condicio.

Differentia inter condicionem & modum pag.282.col.1.& 2. in vltimis voluntatibus modus pro condicione obseruatur ibid.

Modus à condicione parum differt in vltimis voluntatibus, secus in contractibus pag.618.c.2

Modus.

Modus non suspendit actum, ideóque postea impleri potest, datúrque actio ad modum implendum pag.625. col.1

Modus fit per vt, & ad, p.625.c.1

Moneta.

Quæ sit qualitas extrinseca, quæ intrinseca monetæ? pag.222.col.2

Monumentum.

Monumentum differt à sepulchro pag.45.col.2

Mora, emptor.

Posterior mora ei debet nocere, qui illam admisit, siue emptor ille sit, siue venditor pag.433.c.2

Mora quomodo contrahatur? pag. 457.colum.1. & quomodo ab emptore? ibid.col.2.

Mora per emptorem & venditorem contracta perinde est, ac si per emptorem solùm stetisset pag.531.col.1.& 2

Mora emptoris postea purgata magis nocet venditori mora sua, quamuis posterior, quàm emptori prior pag. 531.col.2

Mora.

Non est in mora, qui iusta exceptione aliqua se tueri potest pag.21.col.1

Quando mora contrahi videatur? pag.24.col.1

Potentior est mora, quæ contrahitur per adiectionem & lapsum diei pag. 93.col.1

Mora perpetuat obligationem etiam rei peremptæ pag.127.col.1

Mora vt regulariter solo temporis lapsu inducitur, ita & prior purgatur per posteriorem pag.416.col.1

Morę primus ac præcipuus effectus est vt transferat periculum in moratorem pag.419.c.2

Moræ proprius effectus ille est, vt semper transferat periculum in eam personam, quæ in mora est, etiam si de dote agatur pag.433.col.2

Effectus moræ est circa accessiones tantum vel augendas vel minuendas, non autem circa obligationem principalem, nisi ad transferendum rei debitæ periculum in moratorem pag. 456.col.2

In bonæ fidei iudiciis ex mora non tantum fructus & vsuræ debentur, sed etiam accessiones cæteræ, vt id quod interest pag.501.col.2

Æstimatio rei venditæ propter moram crescere potest p.501.& 502

Obligatio principalis per moram augeri non potest, secus obligatio accessoria p.501.& 502

Mora purgari potest vsque ad litem contestatam pag.509.col.2

Moræ purgatio non admittitur si stipulatoris aut alterius creditoris cœperit interesse pag.509.c.2

Precij sorte, licet post moram solutæ vsuræ peti non possunt pag.529.& 530. si videlicet officio iudicis tantum debeantur, secus si iure obligationis ibid.

Posterior mora semper nocet, nisi dolo alicuius contracta sit pag.531. in fin.& 532

Mora purgari non potest postquam eius qui moram passus est, cœpit interesse pag.578.col.1

Mora modici temporis magnum damnum afferre non potest pag.579. col.1

Mora contracta, siue per vēditorem, siue per emptorem periculum omne ad eum transfert, qui moram contraxit pag.597.c.2

Mortuus.

Qui defensionem hominis suscipit iam mortui, nihil agit, & iudiciū pro eo susceptum nullum est pagin. 120. col.2

M V

Mulier.

Mulier maior quinquaginta annis parere non solet pag.499.c.1.& 2

Mulieribus non licet bona mariti, prætextu generalis hypothecæ inuadere sine inuentario pag 622.col.2

N A

Naturaliter.

Quid sit naturaliter quid fieri pag. 333.col.1

Nauta, actio.

Merces nautæ traditæ, aut ita traduntur, vt continuò eius fiant, & reddi debeant in genere, aut vt eædem restitui debeant, priore casu non est locus actioni oneris auersi, si eas alij quàm vero domino restituat, secundo verò nec illa competit, sed actio furti, si eas alij quàm vero domino & inuito reddat pag.593.594.& 595

Nauta.

Nauta totum frumentum alicuius, quod in naue fuit confusum vni ex vectoribus totum dare potest pagin. 593.& 594

N E

Necare.

Non minus necare videtur, qui vestimenta tollit quàm qui alimenta negat pag.666.in fi.

Necessitas.

Necessitas est vis contraria voluntati pag.599.col.1

Negligentia, culpa.

Dissoluta negligentia, id est lata culpa prope dolum est pag.73.in fin. & 74.col.2

Negotium, fideiussor.

Qui pro alio inuito & contradicente fide-

BIU Cujas

te fideiubet, an habeat actionem contra eum saltem vtilem? pag.95.& 96

Negotium, mandatum.

Negotiorum gestor finem administrationis propria voluntate facere potest, secus mandatarius pag. 100. col. 1

Negotium.

Quando locum habeat actio negotiorum gestorum pag.26.in fi.

Actio negotiorum gestorum est subsidiaria, nec habet locum nisi contractu mandati nullo intercedente pag. 37.col.2

An negotiorū gestor possit aliquod lucrum ex negotiorum gestione saltem iure remunerationis retinere p. 51.col.1.& 2

Negotiorum gestor susceptum negotium deserere potest, secus mandatarius pag.62.col.1

Negotia mortui ignoranter gerens quam actionem habeat? & contra quem pag.120.col.1.& 2

Actioni negotiorum gestorum locus tunc est, cùm quis alij negotium gerere voluit, non sibimet errauit p. 129.col.1

NO

Nolle.

Differentia inter nolle & non velle pag.140.col.1.& 2

Nomen, mandatum.

Qui impedit exactionem iusti debiti, siue mandando, siue quo alio modo transfert in se periculum omne temporis, nec minus præteriti quàm futuri, si scilicet creditor probet tempore impedimenti fuisse nomen idoneum pag.431.col.2

Nomen, venditor.

Nominis venditor debitorem sine exceptione præstare debet pag.375. col.1

Nominis venditor debitorem præstare tenetur, non autem præstare debet locupletem pag.374.& 375

Nomen.

Nomina quomodo fiant deteriora pag.43.col.2

Bonum nomen facit quisquis admittit debitorem delegatum, quamuis inopem & non soluendo pag.64. col.1

Cessio nominis etiam citra delegationem facta vim habet solutionis siue sciens creditor inopem debitorem, siue non p.64. col.1.& 2

Cur nomina debitorum veniant in iudicium familiæ erciscundæ, non autem in societatem? pag.136.col.2

Nouatio.

Quid sit nouatio pag.54.in fi.

Ad inducendam quasi nouationem sufficere potest ita ius esse, vt non liceat actori vtrumque petere & id quod principaliter conuenit, & pœnam pag.510.col.1

Nouum.

Non est nouum id quod aliquando tantum contingit, non regulariter p. 466.col.1

Noxa.

Quisquis noxali actione conuenitur electionem habet ex lege duodecim tabularum, an damnum decidere, id est litis æstimationem præstare malit, an verò seruum noxæ dedere pagin. 472.col.1

Noxæ dedendi facultatem non habet is qui in culpa est pag.668.col.2

NV

Nummus.

Cur introductus fuerit vsus nummorum, & ad quid, & quæ nummorum origo pag.221.& 222

Nuncius.

Nuncius pro contractu sufficiens, non alius intelligitur quàm qui destinatus & missus est ad eam voluntatem declarandam, non qui fortuitò interuenerit pag.225.col.2

OB

Oblatio.

Oblatio verbalis non prodest, nisi sit vera & realis pag.406.col.2

Obligare, Fideiussor.

Qui pro aliis obligantur, si in duriorem causam accepti sint, nullo modo obligantur pag.53.col.2

Obligare, genus.

Obligatur durius qui certum hominem debet quàm qui incertum, cùm hic electionem habeat dandi quem velit, dum ne pessimum det, ille verò non possit eligere, nec alium pro alio dare pag.631.col.2

Obligatio, actio.

Obligationes aliæ sunt dandi, aliæ sunt faciendi, sed actiones faciendi nullæ sunt pag.587.col.1

Obligatio, priuilegium.

In obligationibus & actionibus personalibus priuilegia, non ex tempore, sed ex causa æstimantur pag.586.c.1

Obligatio.

Omnes obligationes, quæ solo consensu contrahuntur etiam per nuncium aut per epistolam contrahi possunt pag.1.col.2

An obligationes ex contractu proficiscentes possint in diem differri, & sub conditione contrahi? pagin. 2. col.1.& 2

Obligatio maior & plenior semper tollit minorem pag.26.col.2

Obligatio etiam tacitè induci potest extra id quod agitur p.38.c.2

Obligationi naturali etiam ciuilis potest accedere quæ pariat actionem pag.42.c.2

Quænam obligationes accessoriæ principalem antecedere ordine temporis possint? quæ non? pag.43. columna 1

Obligationes morte non finiuntur pag.63.col.1

Omnes obligationes à lege duodecim tabularum perpetuantur, & in heredes transferuntur pag.63.col.1

In contractu venditionis, aut in alio qui sit bonæ fidei obligatio bonorum habenda non est pro adiecta pagin. 353.col.2

In simplici bonorum obligatione futura non continebantur ante Iustiniani constitutionem pag.353.c.2

In obligationibus faciendi, si non fiat id quod promissum est, succedit obligatio & præstatio eius quod interest pag.437.c.2. & pag.448. c.2

Obligatio potest esse ad rem & condemnatio obligati ad æstimationem rei pag.449.col.1

Duæ obligationes vnius & eiusdem rei in vna persona possunt consistere pag.466.col.1.& 2

Obligatio quælibet semel commissa nunquam resoluitur pag.578.c.2

In obligationibus strictis id tantùm præstari debet quod verbis obligationis comprehensum est, in bonæ fidei iudiciis verò multa ex officio iudicis, quæ nullo modo sunt in obligatione 615.col.2

An in obligationibus dandi fiat cōdemnatio ad id quod interest, an ad præcisam dominij translationem sicut in obligationibus faciendi pagina 649.col.1

In obligationibus faciendi semper succedit præstatio eius quod interest pag.656.col.1.in fi.

Non solum inspiciendum est quid sit in obligatione, sed etiam quid in solutione pag.568.col.1

Quicquid est in obligatione, nec aliud peti potest pag.568.col.1

Obligatio tacita nasci potest, etiam extra id quod agitur pag.676.col.1

Obligatio iure gentium contrahi potest vt aliud detur, aliud reddatur pag.683.in textu, & p.684.col.1

Obligatus.

Debet quis id facere ad quod naturaliter est obligatus ne ingratus videatur pag.13.col.1

Abesse videtur id in quo quis obligatus est pag.100.col.1

Obligatus ad insolita non tenetur ad solita, nec contra pag.320.c.2

Obligato abesse intelligitur id in quo est obligatus pag.368.c.2

Obligatus ad rem tradendam non debet interrogari tempore sententiæ an velit rem tradere, vt si nolle se dixerit, damnetur ad interesse, sed satis est vt in ius vocetur, vt rem tradat & super eo litem contestetur, quia tunc per nouationem incipit teneri ad id quod interest pag.449.col.1

Obligatus ad rem tradendam non potest conueniri ad id quod interest, quousque sit in mora rem tradendi p. 449.col.1

Obligatus ad rem tradendam, si non tradat, condemnari debet quanti interfit eo tempore quo res tradi posse desinit pag.449.col.1

Obligatus ad rem tradendam, si in prima instantia fuerit condemnatus ad id quod interest & appellauerit in causa appellationis rem tradendo non liberatur pag.449.col.2

Obsignatio.

Obsignatio vim habet solutionis pag.64.col.2

Obsignatio ritè ac solemniter facta, & in iure vim habet solutionis p. 94.col.2

Obsignatio, cui competat, cur, & ad quid introducta p.117.c.2

Obsignatio tunc habet vim solutionis cùm facta est post recusatam sine causa solutionem à creditore pag. 357.col.1

Obsignatio impedit potestatem legis commissoriæ pag.357.col.1

OD

Odium, fauor.

Odia restringenda, fauores ampliandi pag.40.col.1.

BIU Cujas

Odium.

Nemo debet alieno odio prægrauari pa.582.col.1.in fin.

OF

Officium, tutela.

Officium ex necessitate gestum non videtur tacitè renouatum, licet in eo iam finito quasi remaneat tutela pag. 557.col.2

Officium.

De officio iudicis mercenario & nobili, & quid sit? pag.29.col.2

Officium præsertim gratuitò & per amicitiam susceptum nocere non debet suscipienti pag.49.col.1

OM

Omnia.

Qui omnia dicit, nihil excipit pag. 172.col.1

Omnis.

Dictio *omnis*, est nota generalitatis non specialitatis pag.136.col.1

OP

Operari.

Inducta ad vnum effectum non debent contrarium operari pag.613.c.2

Opus, reficere.

Is cui promissa est pecunia ad reficiendum etiam priusquam refecerit, & modum impleuerit, pecuniam petere potest p.624. & 625. sed satisdare cogendus est se in refectionem impensurum col.2

PA

Paciſci.

Non tantum nobis, sed etiam heredibus nostris paciscimur pag.63.col.1

Pactio, contractus.

Pactio non valet, quæ in alterius cõtrahentium voluntatem confert resolutionem contractus, sicut nec ab initio contractus ipse in voluntatem alterius contrahentium conferri potest pag.387.col.2

Pactio.

Pactio contra bonam fidem quodammodo fieri dicitur, quæ fit contra ea quæ sunt moris & consuetudinis pag.307.in fi.

Dubia pactio contra quem interpretetur pag.249.col.1

Pactum, commissum.

Differentia inter pactum addictionis in diem & pactum commissorium & in quo conueniant pag.349.col.1. & 2.

Pactum commissorium nunquam facit venditionem condicionalem, sed semper puram & semper sub conditione resolubilem pag.349.col.1.& 2

Pactum, contractus.

Quoties aliquid traditur vel datur certa lege, id est certo pacto in ipsa datione vel traditione adhibito, iam non pactum vestitum coherentia contractus, sed contractus ipse est pagin. 683.col.2

Pactum, exceptio, dolus.

Exceptiones pacti insunt bonæ fidei iudiciis, & quidem ipso iure, id est sola potestate iudicij & bonæ fidei ratione, quamuis in prætoris formula expressæ non sint, sicut & exceptiones doli pag.398.col.1

Pactum, lis.

Pactum de quota litis valet post peractam litem, dum ne excedat probabilem quantitatem, licet palmarij nomine promissa sit quantitas pagin.12. col.2

Pactum, pœna.

Pactum de seruo ab Italia exportando ad alias prouincias porrigi non debet, nisi specialiter id dictum sit p. 437.col.1.& 2

Pactum pœnale & odiosum ad euitandam absurditatem recipit interpretationem etiam extensiuam pag. 440.col.1.& 2

Pactum, stipulatio.

Ex pacto incontinenti apposito post contractum bonæ fidei, non agitur ad pœnam, nisi interfit stipulatoris, & differentia inter hoc pactum & stipulationem pœnalem p.443.col.2

Pactum, venditio.

Pacta omnia quæ in ipsa venditione, aut statim & incontinenti apponuntur, faciunt partem precij pa.334. col.2

Pactum in venditione appositum, siue initio venditionis, siue incontinenti post venditionem non solùm inest contractui, sed etiam informat contractum & actionem ex contractu descendentem, & consequenter partem contractus constituit pag. 436. col.1. & 2

Pactum.

Pactum est duorum pluriúmve in idem placitum & consensus p.1. c.1

Quando pactum videatur incontinenti appositum pag.84.col.2

Pacta contra leges, & contra ius posita nullius sunt momenti pagin. 95. col.1

Pactum nudum conualescit si subsecuta sit stipulatio, aut si subsecutus fuerit contractus innominatus pag. 113.col.2

Pactum dubitationis tollendæ causa appositum quid operetur pag. 116.col.1. & 2.& p.117.col.1.& 2

Pactum de futura hereditate hominis incerti, non autem certi communicanda valet pag.137.& 138.col.1. & 2

Commune pactum & æquale esse oportet, vt sit æquum pag.216.col.1

Pacta quæ contra substantiam contractus fiunt, vel destruunt cõtractum, vel destruuntur pag.275.col.1

Pacta quæ substantiam contractus afficiunt, siue incontinenti, siue ex interuallo apposita omnino valent pag. 308.309. siue per adiectionem, siue per diminutionem facta sint ibid.

Pacta accidentalia quæ ad contractus adminicula pertinent, si sint adiicientia & incontinenti apposita, insunt contractui bonæ fidei pag.309 col.1. & ita insunt vt actionem ex eo contractu descendentem forment, ibidem

Pacta accidentalia in contractibus bonæ fidei incontinenti apposita ita insunt contractui vt formẽt actionem ex eo descendentem, pacta verò illa in contractu stricto appositi, licet pariant actionem veterem, tamen ex eo contractu non informant, sed nouam producunt pag.309.col.1. ex interuallo verò apposita tantùm prosunt ad excipiendum ibid.col.2.

Pacta accidentalia quæ detrahunt, siue incontinenti, siue ex interuallo apposita sint, insunt contractui, nec tamen pariunt actionem, sed tantum exceptionem pag.309.col.2.

Pacta accidentalia adiicientia non continentur contractu nec ei insunt ne quidem ex parte rei, quia nec pro reo interponuntur, sed contra reum ad augendam eius obligationem non ad minuendam pag.310.col.1

Pacta substantialia, siue adiicientia, siue detrahentia sint, siue incontinenti, siue ex interuallo apposita mutant contractum pag.310.col.2

Pacta conuenta quæ fiunt in contractibus bonæ fidei, siue ab initio & ipso tempore contractus, siue incontinenti post contractum non solum insunt cõtractui ex parte actoris, vt prosint ad agendum, & pariant actionem præscriptis verbis, quomodo in pactis incontinẽti post contractum strictum adhibitis, sed & informant actionẽ ex ipso contractu descendentem p.314. col.1

An pactum simile legis commissoriæ quod reprobatur inter creditorem & debitorem, reprobetur inter debitorem & tertium? pa.324.col.2

An valeat pactum nudum vestitum coherentia contractus? pag.426.col.2

In pactis omnibus maximè inspiciendum est quid cuius gratia fiat p. 446.col.2

Pacta contra naturalia contractus, secus contra substantialia pagin.468. col.2

Pacta incontinenti facta aut etiam initio contractus, non tantum insunt iudiciis bonæ fidei, sed etiam ita insunt vt forment actionem pagin.491. col.1 & 2

In traditionibus rerum quodcunque pactum appositum valet, etiam quod alioqui non valeret, ne alioqui decipiatur is qui rem suam aliter traditurus non fuit pag.536.col.1

Ex pacto nudo, neque ciuilis, neque prætoria actio nasci potest pag. 660. col.1. exceptis pactis hypothecæ & constitutæ pecuniæ ibid.

Pactum nudum non dicitur interuenisse quoties certa lege datum aliquid probatur pag.660.col.1

Pars.

Partes rei communis, licet iuris intellectu magis quàm diuisione corporum consistant, reuera tamen ita distinctæ sunt, vt pars vnius nunquam sit pars alterius pag.184.col.2

Partus, fructus.

Partus nondum editi & fructus futuri vendi, emi, pignorari, legari, & per stipulationem promitti possunt pag. 234.col.1.& 2

Pater.

Quibus ex causis patri nomine filij agere permittatur pag.34.& 36

Patientia, consensus.

Quando & quibus casibus patientia pro consensu habeatur? & quando cor-

BIU Cujas

consentiens pati quando agere videatur? pag.50.col.1.& 2.

Patientia, traditio.

Patientia vice traditionis fungitur in iuribus & rebus incorporalibus cõstituendis, non autem in iuribus constitutis transferendis pag.425.col.2

Patientia.

Patientia non est sine consensu, nisi cùm dissimulationem habet, quæ dissimulantem in alterius iniuriam non minus obligat, quàm patientia pag.1. col.2.

Omnis patientia consensum habet, vel verum, vel fictum, quem verius dissimulationis nomine appellamus pag.9.col.1

Patientia cùm scientiam semper adnexam habeat, pro consensu plerũque est, ne alioqui decipiatur is qui patientiam pro consensu accepit pag. 630.col.1. quæ hoc casu pro dissimulatione est ibid.

Patronatus.

Multa sunt & magna iura patronatus pag.658.col.1.& 2

Pauper.

Aliud est pauperiorem fieri, aliud non fieri locupletiorem pag.32.col.2

Paupertas.

In delictis paupertas nunquam prodest, secus in ciuilibus pag.20. col.2

Paupertas afficit personam, non res quæ debentur pag.20.col.2

Paupertas licèt non sit modus tollendæ obligationis, excusat tamen à dolo pag.20.col.2

P E

Peculium.

Peculium patris magis est quàm filij pag.35.col.2

Pecunia, refectio.

Pecunia pro refectione promissa dari non debet, antequam necessitas immineat refectionis pag.625.col.2

Pecunia.

Pecunię proprium est res omnes æstimare non æstimari pag.91.in fin.

Res ex pecunia aut furtiua, aut pignorata, aut dotali comparata non est furtiua, aut pignorata, aut dotalis pag. 202.col.2.

Pecunia res est fragilis & lubrica, & quæ facilè perit pag.457.col.1

Pecunia mercedis nomine promissa ante finitum tempus peti non potest, secus pecunia ad reficiendum promissa pag.625.col.1.& 2

Non omnis pecunia facit emptionem, sed ea tantùm quæ precij loco datur pag.641.col.2

Pecuniæ vsus nullus est, nisi in abusu pag.25.col.1

Periculum, conductor.

Periculum operis quod ex ipsius operis initio potest accidere, pertinet ad conductorem, siue totum opus factum fuerit, siue pro parte tantùm, periculum verò quod potest contingere vi naturali, pertinet ad locatorem, si nulla conductoris culpa interuenerit pag.625.col.1.& 2

Periculum, contractus.

In contractu innominato *do vt des* ad quem pertineat periculum rei dandæ? pag.650.col.1.& 2

Periculum, custodia.

Non valet argumentum à periculo ad custodiam, nec eius est periculum cuius est custodia pag.417.col.1

Periculum, emptor.

Periculum fundi ad mensuram venditi inundatione aquarum, aut chasmate, alióve casu perempti, pertinet ad emptorem, etiam ante mensurationem pag.426.& 427

Periculum.

Periculum sufficit quod subest, ne quid horum quis fecerit quæ facere potuit pag.22.in fin.

Periculum pecuniæ fœnori collatæ pertinet ad eum qui nomen facit, non ad eum cuius pecunia est pag.24. col.2

Quisquis in se periculum suscipit, periculum præstare debet, quia periculi sui rem fecit pag.42.col.2

Qui mercedem pro custodia accipit, an periculum in se recipere videatur? pag.604.col.1.& 2

Periculum rei venditæ ante perfectam venditionem est venditoris, post perfectam emptoris pag.409.col.1. & 2.

Periculum rei traditæ trasiit in accipientem qui sit in dolo, vel culpa lata, si fauore tradentis traditio facta sit, transit etiam si sit in culpa etiam leuissima, si gratia accipientis, si verò vtriusque, non transit nisi propter culpam leuem pag.672.col.1.& 2

Qui suscipit in se periculum, etiam casum fortuitum in se suscipit pag. 602.col.1

Periculum præstari debet ab eo qui rogat pag.674.col.1

Periculum rei vendendæ roganti traditæ domini est, non rogantis cui tradita est, & qui diligentiam & custodiam præstare tenetur, si vi maiore perierit, secus si iam erat vendita pag. 674.col.1.& 2

Permissio.

Permissio quæ ordinatur ad dationem, aut ad factum, datio quodammodo est, aut factum pag.670.col.1

Permissio concessa pro pecunia accepta, venditio quædam est, & ex ea agitur ex vendito pag.670.col.1

Permutans.

Permutans debet cauere de viciis & morbis, sicut vendens pag.642. col.1

Permutatio.

Differentia inter emptionem ac venditionem, & permutationem, circa denominationem pag.638.col.1.& 2 & 639.col.1.

Differentia inter emptionem & permutationem, circa præstationes cõtractuum emptionis, & permutationis pag.639.col.1

Quæ actiones competant ex permutatione? & differentia inter permutationem & emptionem ratione actionum ex vtroque contractu proficiscẽtium pag.639.col.1.& 2

Differentia permutationis ab emptione ex primordio ineundi contractus, siue emptionis, siue permutationis pag.639.col.2

Permutatio nudo consensu, non contrahitur pag.639.col.2

Permutatio est contractus innominatus, cur ita? pag.639.in fin.& 640.

Dicitur iustitia commutatiua ibid.

In quo differat permutatio à contractibus nominatis, qui re contrahuntur? pag.640.col.1

In permutatione actor habet electionem, si iam ex parte sua contractum impleuit, an malit rem quam dedit repetere condictione ob causam dati causa non secuta, an verò agere præscriptis verbis ad id quod interest ob non impletum contractum pag. 640.col.2

Quando detur actio præscriptis verbis ex contractu permutationis? pag. 640.col.2.& 641.col.1.& 2

Quando in permutatione non sit locus pœnitentiæ? pag.641.col.2

In quibus conueniant permutatio & emptio, & in quibus differant? pag. 641.col.1.& 2

Contractus innominatus permutationis est bonæ fidei pag.642.col.1

Ex causa permutationis fructus, aliæque accessiones à die moræ præstantur, ac proinde etiam vsuræ pecuniæ pag.642.col.2

Quæ sit propria permutatio, quæ impropria? pag.641.& 642.per totum.

Permutatio differt à contractu *do vt des* pag.647.col.2.

Quæ actio, & ad quid competat ex contractu permutationis, siue perfectæ, siue imperfectæ? pag.648.col.2.

Contractus permutationis nullus est ante rem mutuo & vtrimque traditam, sed tantummodò placitum permutandi, ex quo nulla ciuilis actio nasci potest, nisi mutua traditione sumpserit effectum pag.648.col.1

Differentia inter permutationem & contractum innominatum *do vt des* pag.648.col.2.& 649.col.1

In permutatione si res data euincatur quæ tradita fuit, qui alienam rem permutauit, tenetur actione præscriptis verbis in id omne quod alterius interest cui res euicta fuit pag.653. col.2

Perpetuum.

Perpetuum quid significet? pag. 134.col.1.

Persona, mutatio.

Mutatione personæ mutatur condicio bonorum. pag.259.col.1

Persona.

In contractibus omnibus & conuentionibus, non minus quàm in stipulationibus, persona nunquam supplenda est, sed expressam eam esse oportet pag.211.col.1.

Petere.

Non est audiendus id petens quod in contrarium euentum non fuerat postulaturus pag.613.col.1

P I

Pietas, condictio.

Pietatis causa repetitionem impedire solet pag.372.col.1

Pignus, fideiussor.

Mandatarius & fideiussor conuenire possunt, vt etiam prius quàm libe-

BIU Cujas

satum esset pignus, vel debitor principalis, liceat agere ad liberationem consequendam pag.94.col.1

Datio pignoris & fideiussoris pro alieno debito pari passu ambulant pag. 94.col.1

Pignus, fideiussor, liberatio.

Quibus casibus, qui se vel pignus pro alio obligauit, possit agere antequam soluat vt liberetur pag.94.col.1 & 2

Pignus, locare.

An pignorationis factum locari possit pag.678.col.1.& 2

Pignus, mandatum.

An debitor cogi possit vt fundum communem pignori datum luat, aut vt socio præstet quanti eius interfit, lui partem quam permittendo mandasse videbatur socio vt obligaret pa. 93.& 94

Pignus.

Creditor rei pignori datæ vendendæ ius habet pag.56.col.1

Emptor pignoris qui ad pignus emendum suppositus fuit à debitore ipsi debitori pignus emere non potest, sed tantùm sibi pag.56.col.2

Valet pignus etiam rei alienæ, aut communis, si constitutum sit domino vel socio consentiente pag.93.col.1

Pignus semel constitutum liberari non aliter potest quàm si solutum sit debitum aut aliter eo nomine satisfactum pag.93.col.1

An obligatio pignorum in contractibus omissa pro expressa habeatur pag.128.col.2

Pignus & hypotheca suas habet leges & conditiones, si debitum solutum fuerit vel aliter eo nomine satisfactum pag.331.col.1. adeò vt etiam post sublatam & extinctam confusionem, aut quo alio modo personalem obligationem, pignus tamen duret pag.331.col.1

Omne pignus parit retentionem etiam ob chirographariam pecuniam pag.392.col.2

Generalis conuentio pignoris sufficit ad inducendum ius retentionis p. 596.col.1

P L

Pluris.

Dictio *pluris* cùm certam quantitatem non contineat, nihil releuat, nisi certificetur per aliud pag.234.col.2

P O

Pœna, stipulatio.

An stipulatio pœnalis præcedentem obligationem innouet pag.157.& 158

Pœna.

Quod pœnæ nomine à debitore exactum est, lucro debet cedere creditoris pag.158.col.1

Agenti ad pœnam & ad sortem consequendam pœna in sortem computatur pag.158.col.1.& 2

Pœna suos sequitur authores pag. 173.col.1

Pœna dominis irrogata ob venditionem ædificiorum demoliendi aut diruendi causa factam, etiam extenditur ad non dominos pag.290.col.2

Pœna nudo pacto promissa non potest exigi, nisi intersit, secus si per stipulationem pag.443.col.1

In quolibet pecuniario debito pœna vltra legitimum modum vsurarum promissa non debetur pag.493.col.1

Stipulatus pœnam si factum non esset id de quo cõuenerat, & rem ipsam quæ promissa fuerat & pœnam consequi non potest pag.510.col.2

Pœna ex contractu debita quod factum non sit quid fieri debuit, transit ad heredes, non autem ea quæ ex delicto proficiscitur pag.527.& 528

Pœna quæ peti potuisset ob non factum id quod fieri debuerat intra terminum, si possibile fuisset, perinde peti potest, si non factum sit in termino prorogato, siue prorogatio fiat per legem, siue per hominem, licet in prorogatione nihil de pœna dictum sit p. 624.col.2

Pollicitatio.

Salarium incertæ pollicitationis peti non potest pag.118.col.1.& 2

Possidens.

Possidens alieno nomine, non intelligitur possidere, sed tantum esse in possessione pag.627.col.1

Possidere, seruus.

An dominus possit per seruum, qui in fuga est, possidere pag.59.col.1.& 2

Possidere.

Aliud est possidere, aliud esse in prædio, & aliud est possidere, aliud alieno nomine possidere pag 314.c.2

Possessio, præscriptio.

Possessio auctoris & successoris iunguntur ad præscriptionem implendam pag.316.col.2

Possessio.

Magnum est commodum adeptæ possessionis pag.365.c.1

Quid sit vacua possessio p.452.c.2

Alienatio nulla est in nuda possessionis amissione pag.318.col.1

Nemo potest mutare sibi causam possessionis pag.605.col.1

Possessor, emptor.

Emptor malæ fidei melioramenta repetere non potest pag.633.c.1

Possessor, fructus.

Fructus etiam ad alium possunt pertinere quàm ad eum qui possideat & naturaliter & ciuiliter p.431. in fin. & 432

Possessor, hereditas.

In hereditatis petitione nullum ex hereditate lucrum penes possessorem remanere debet, siue bonæ fidei possessor sit, siue prædo pag.51.col.2

Possessor.

Malæ fidei possessor videri non potest, qui etiam dominus est p.24.c.1

Plusquam bonæ fidei possessor est, qui etiam dominus est pa.41.c.1.& 2

Bonæ fidei possessor facit fructus suos omnes sola perceptione, lucratíque saltem eos quos consumpsit pag.123.col.1

Qui emit à domino, non potest videri malæ fidei possessor, nisi emerit contra legis prohibitionem pag.123. col.2

Priuilegium possessionis amittit, qui se negat possessorem p.188.c.1

Bonæ fidei possessor, suos quidem fructus facit sola perceptione, sed non eos lucratur, nisi vel illos consumpserit vel vsuceperit pag.201.col.2

Malæ fidei possessor est, qui contra leges mercatur pag.256.col.2

Bonæ fidei possessor sibi acquirit, & suos facit fructus omnes sola perceptione, nec tamen eos lucratur, nisi vsucapione vel consumptione pag.448. col.2

Præsumitur quisque possidere ex titulo præcedente pag.514.c.1

Posterius.

Posteriora tunc derogant prioribus, quando vtilia sunt & efficacia, non autem si nullius sint momenti pagin. 402.col.2. exceptis iis, quæ à nuda voluntate vnius pendent, vt legata & fideicommissa ibid.

Postliminium.

Fictionem postliminij Papinianus iuris suspensi, constitutionem appellat pag.539.col.1

P R

Prædium, confines.

In vrbanis prædiis vicinos magis quàm confines dicimus p.300.c.1

Prædo.

Non debet quis ex aliena iactura etiam prædonis fieri locupletior p.9.c.2

Præscriptio, scientia.

Scientia filij non patris inspicienda est circa tempora petendæ bonorum possessionis, quæ nonnisi scienti currunt, quamuis emolumentum bonorum possessionis per filium acquisitæ filio ipsi non acquiratur, sed patri p. 240.c.2

Præscriptio.

Præscriptio 30. annorum ab Imperatoribus primũ introducta fuit Pauli temporibus incognita p.279.c.2

Præses, iudex.

Cur præsidi aut iudici non liceat quicquam ex bonis litigantium retinere pag.51.col.2

Præstatio.

Difficultas præstationis, licet non impediat obligationem, excusat tamen à culpa plerumque, semper autem à dolo pag.352.col.1

BIU Cujas

Præsumptio, magistratus.

Præsumptio semper est pro magistratu, vt nihil nisi tanquam magistratus, & ex iusta causa fecisse existimetur pag.428.col.2

Præsumptio, pater.

Non facilè præsumendus est pater id quod fecit nomine filij fecisse, maximè verò in ea re in qua filio prodesse iure prohibente non potuit pag. 396.col.1

Præsumptio.

Contra præsumptionem iuris & de iure non admittitur probatio in contrarium, & ratio pag 21.col.1.in fin.

Præsumptio iuris & de iure non admittit probationem in contrarium pag.162.col.2

Præsumptio iuris sufficit ad transferendum onus probandi in aduersarium & cui standum est, donec probatione contraria superetur pagin.427 colum.2

Prætor.

De modicis & minimis non curat prætor pag.251 col.1. in fin.

Prætor licet legem facere non possit, ius tamen pro suo imperio & propter vim imperij facere potest pag. 255.col.1. & 2

Prætor non curat de minimis pag. 291.col.1

De authoritate prætoris circa ius supplendum pag.663.col.1.& 2

Precium, emptor.

Augentur plerumque rerum precia ex stultitia emptoris animosioris quã par sit ad acquisitionem pagin. 90. col.1

Precium, venditio.

Precium formale venditionis ex postea contingentibus immutari non potest pag.434.col.1.& 2 nisi ab initio aliud conuenit ibidem col.2

Precium.

Precia rerum non ex singulorum affectione sed ex communi opinione æstimanda sunt pagin. 114. columna 1

In iudiciis vniuersalibus precium succedit loco rei non in singularibus pag. 361. col.1

Qui rem habet eius precium saltem eminenter habere videtur pagin. 385.col.1

Precium rei venditæ non ex re propter negotiationem percipitur pag. 384.& 386.col.1.& 387.col.1

Differentia inter precium rei & precium actionis pag.389.col.1

Primum.

Primum est in vnoquoque genere id quod à nullo alio anteuertitur pag. 397.col.2

Primus, heres.

Quæ transire debent ad heredes facis est ad primum heredem transire pag.205.col.1.& 2

& generali sermone primus actus significatur ibid.col.2

Principalis, excussio.

Conuentus ex facto alterius principaliter delinquentis potest petere, vt priùs principalis conueniatur, vel contra ipsum actiones sibi cedantur, quod in arbitrio iudicis est pag.627 & 628.col.1.& 2

Principalis.

Qui principaliter delinquit sicut accusari prius debet criminaliter quã alius ex eo delicto conueniatur ciuiliter, ita & ciuiliter conueniri prior debet pag.628.col.2

Priuatio.

Priuatio præsupponit habitum pag. 227.col.1

Priuatus.

Priuatorum conuentiones legum authoritate non censentur pag.169 colum.1

Priuilegium.

Priuilegia personalia non transeunt in heredem pag.185.col.2

Probatio, error.

Error facti proprij difficilis est probationis pag.465.col.1

P R

Probatio, pignus.

Quisquis iure pignoris nititur, ante omnia probare debet eam rem cùm obligaretur in bonis debitoris fuisse pag.576.col.2

Probatio.

Difficillima probatio est eorum quę in animo consistunt pag.155.col.2 nisi quatenus verbis aut factis animus ille declaratur ibid.

Fallacia & dolus difficillimæ probationis est pag.162.col.1

Procurator, appellare.

An dolo faciat procurator qui contra iniquum iudicis iudicatum non prouocat? pag.20.col.1.& 2

Procurator, magistratus.

Procurator cũ libera magistratu fũctus si fiat debitor bona domini nec ipsum dominum obligare non potest pag.131.& 132. col.1.& 2

Procurator, mandatum.

Procurator mandatum ad prouocationem extendere debet quamuis mandati fines diligenter custodiendi sint pag.20.col.1

Procurator dolo, vel culpa lata rem aliquam emere negligens tenetur actione mandati, vt mandatori damnum resarciat pag.22.col.1

Procurator, vsure, negotiorum gestor, mandatarius.

An procurator vsuras præstare teneatur quæ in regione frequentantur, siue pecuniam exercuerit siue eam in suos vsus conuerterit? pag.25.col.1

Item & mandatarius & negotiorum gestor ibid.

Procurator.

Procuratores etiam aduocati & patroni dici possunt? pagin. 13. colum.2

Procurator cui instrumenta causæ data sunt, qua actione ad ea reddenda teneatur? pag.13.& 14

Aduersario mandantis per collusionem & dolum procuratoris absoluto procurator mandati iudicio tenetur pag.14.col.1

Et aduersarius actione de dolo si procurator non sit soluendo ibid. col.2

Verus procurator domini loco esse dicitur etiam quod ad causam acquirendi dominij, & ad liberandum debitorem pag.14. col.1

Procuratoris nomen non meretur procurator, vt loco & vi rem domini esse videatur, cùm dominũ spoliat, sed cùm eius negotia rectè & ex bona fide administrat pagin. 14. colum.1

Procurator inchoatam litem licèt iniustam deserere non potest pag. 15 colum.2

Procurator ante litem contestatam facere ac substituere alium procuratorem non potest pagin.16.colum.1

Si scilicet sit procurator ad lites, secus si procurator ad negotia ibidem.

Procurator bonam fidem præstare debet in omni eo quod mandatum est pag.21.col.2

An procurator nihil amplius quàm bonam fidem præstare debeat? pagin. 23.col.1.& 2

Procurator non dolum duntaxat, sed etiam culpam omnem adeóque leuissimam præstare debet solo casu fortuito excepto. pagin.23.colum.1 & 2

Procurator cuius culpa accidit ne actionibus cedere potuerit quæ domino cedendæ erant, condemnari debet quanti domini interest pag. 23 col.2

Quicquid à vero procuratore factum est, perinde haberi debet, ac si ab ipso domino mandante factum esset pag. 24 col.1

An procurator generalis ex iusta causa possit ea reuocare quæ dominus alij specialiter reuocauerit? pagin. 80.& 81.col.1. & 2

Differentia inter procuratorem cum libera administratione & procuratorem generalem totorum bonorum cui non est concessa libera administratio pag.131.col.1

Procurator cum libera nihil dolo facere potest pagin. 131. colum. 1 & 2

Procurator in omni contractu mandati bonam fidem præstare tenetur pag.366.col.1

Per procuratorem & possessio & dominium per possessionem acquiri potest pag.492.col.1

Prodesse.

Quod alicui prodest nec alij nocet, facilè permittitur pag.27.col.1

Quod alicui prodest & nemini nocet facilè conceditur pag.72.col.1

Prohibere.

Quod vna via prohibetur non de-

BIU Cujas

bet alia permitti pag.57.col.1
Qui tenetur non ſinere vel non permittere quod aliquid fiat, tenetur non ſolùm prohibere quem facientem ſi poteſt, ſed etiam curare ne ipſo ignorante fiat pag.589. & 590 col.1.& 2

Promittere, incertum.

Maiorem diligentiam adhibere debet qui rem incertã promittit quàm ille qui certam pag.632.col.1

Promiſſio.

Iterata eiuſdem rei promiſſio fieri poteſt, ſi ſecunda nouandæ prioris animo facta ſit pagin. 102. colum.2
Promiſſio de aliquo non exheredando tacitam habet condicionem ſi iuſta cauſa exheredandi non interueniat pag.618.in fin.

Propoſitum.

Propoſitum in mente retentum, parti non expreſſum nil releuat pag. 630.& 631
Propoſitum pro antepoſito & proſcripto pag.631.col.1

Proteſtatio.

Proteſtatio ſuperuacua eſt quæ non eſt ad tollendam dubitationem pag. 554.in princip.
Proteſtatio contraria actui nullius eſt momenti ſiue incontinenti fiat ſiue ex interuallo pag.630.col.1
Proteſtatio contra certam aliquam perſonam facienda contra præſentem & ſcientem fieri debet, niſi cùm fit propter metum eius quo præſente & ſciente non auderet quis proteſtari, ſecus ſi contrà perſonam incertam fieri debeat pag. 621.col.1.& 2

Proxeneta.

Proxeneta interuenientes faciendi nominis an quaſi mandator teneatur? pag.2.col.1.& 2

P V.

Publicatio, confiſcatio.

Confiſcatio pro publicatione, & publicatio pro confiſcatione pag. 311. c. 1

Publicatio, fiſcus.

Publicatis bonis & fiſco addictis quod poſtea acquiritur condemnato, non ſequitur fiſcum, ſed remanet penes condemnatum pagin. 57. colum.1

Publicatio.

Publicationis bonorum pœna non debet irrogari niſi ex delicto pag.57 colum.1
Publicatio præſentia tantum bona adimit, non etiam futura pagin. 57 colum.1

Publicum.

Communis cauſa ſemper & generaliter priuatæ præferenda eſt pagin. 195.colum.1

Pudor, ſolutio.

Qui ſoluit antequam cogatur, parcit pudori ſuo pag.94.col.2
Eique ignoſcendum eſt qui parcit dicto pudori ſuo ibid.

Pupillus, locatio.

Pupillus reſtitutus vt adeat, an agere poſſit vt à locatione defuncti liberetur ſi res alij locata erat? & an contra tutorem regreſſum habeat ſi abſtinere non debuiſſet? pag. 564. & 565 & 566

Pupillus, locator.

Locator cum tutore pupilli colludens tenetur pupillo actione ex conducto, & tutor actione tutelæ pag.566 col.1.& 2

Pupillus.

Non eſt onerandus pupillus mancipiis, nec animalibus quæ mori ac perire facilè poſſunt pag.16.col.2
Pupillus nomen debitoris mandato tutoris malè ſuſcipiens habet contra tutorem & actionem tutelæ & actionem mandati, ſed vtiliorem pag. 44.col.1.& 2
Pupillus in actione tutelæ malè cõtracti nominis periculum recuſare non aliter poteſt ſi velit tutor quàm ſi omnia nomina, & bona & mala recuſet pag.44.col.2
Cauendum eſt quoties de pupillari aliquo negotio tractatio eſt ne dũ nimia ſubtilitate vtimur circa res pupillorum in eorum perniciem & diſpendium ius retorqueamus pag.318 col.1
An pupillus ſine tutoris authoritate contrahens naturaliter obligetur pag. 343. col.1
Conuentio cum pupillo ignoranter inita non nocet contrahenti ſi pupillaris ætas ignorabat pag. 404 col.1.& 2
Pupillus qui ex dolo tutoris venditoris locupletior factus non eſt, non ad aliud tenetur quàm vt ei qui à tutore deceptus eſt, præſtet actiones quas ipſe contra tutorem habeat, tametſi tutor ſoluendo ſit pa.482.c.2. poſt pubertatem transferuntur in pupillum omnia quæ à tutore ſine dolo facta ſunt pag. 482.col.2
Pupillus emens vel vendens obligat ſibi emptorem, nec tamen obligatur emptori 494.& 495
Pupillus ſine tutoris authoritate contrahens ciuiliter obligari non poteſt niſi ſit factus locupletior, pag. 495 colum.2
De priuilegiis pupillorum aduerſus tutorem qui diuerſis temporibus diuerſorum pupillorum tutelas ſuſceperit pag.587.col.1.& 2
Pupillus iam olim habebat priuilegium in bonis tutoris, & minor in bonis curatoris, ſed inter perſonales alios creditores, quomodo & in bonis protutoris, adeóque negotiorum geſtoris pa.612.col.1.ſed poſt fiſcum ibid.
An pupillus in bonis tutoris habeat priuilegium tacitæ hypotheçe pag.612 col.1.& 2

Q V

Quæſtus.

Quæſtus quid ſit? & quid appellatione quæſtus contineatur? pag. 141 col.1.& 2
Quæſtus vnde dictus? pag. 141. col.1 & 2
Differentia inter quæſtum & lucrum pag. 141. col.2 & 142.col.1.& 2
Appellatione quæſtus quæ contineantur? quæ non pag. 141. col.1.& 2

Qui.

Relatiuum qui, quæ, quod iunctum verbo futuri temporis facit condicionem pag.233.col.2

R A

Ratihabitio.

Ratihabitio ſemper ſubſequitur pa. 43.col.1

Ratio.

Vbi eadem eſt ratio, ibi idem ius eſt ſtatuendum pag.666.col.1

R E

Reconductio.

Reconductio tacita per ſilentium locatoris contingens tantum pro rata temporis ſilentij facta videri debet 556.& 557.col.1
Quid iuris tamen in prædiis vrbanis? quid in ruſticis? quid in rebus mobilibus? quid in immobilibus? ibid. col.2.

Reddere.

Verbum *reddere* plerunque pro *dare* pag.131.in princ.

Redemptor.

Redemptores qui ſuis cæmentis ædificant, ſtatim cæmenta faciunt eorum in quorum ſolo ædificant pag. 573.col.1

Redhibitio.

Redhibitio empti iudicio continetur pag.468.& 469

Redire.

Verbum *redire* pro *prouenire* ac *pertinere* pag.130.in fin.

Reditus.

Facilis eſt cuiuſque rei ad ſuam naturam reditus pag.498.col.2

Relatiuum, condicio.

Relatiuum iunctum verbo futuri temporis facit condicionem pag.37. col.1.& pag.212.col.1
Relatiuum iunctum verbo præteriti temporis vel præſentis facit demonſtrationem, futuri verò condicionem pag.278.col.2

Religio, ſacer.

Ædes ſacra ab hoſtibus capta deſinit eſſe ſacra, ſed poſtea liberata priſtino ſtatui reſtituitur pag.312.col.2

Religio.

Summa ratio eſt quæ pro religione facit pag.156.col.1.in fin.

Remedium.

Iuſtius eſt ab initio iura intacta ſeruare, quàm poſt vulneratam cauſam remedium fruſtra quærere pag. 94 col.2

Remuneratio.

Locupletior fit qui remunerationem accipit quatenus accipit pag. 32 colum.2
Remuneratio eſt veluti quoddam genus permutationis pag.33.col.1

Renunciare.

Renunciare cuilibet licet iuri in ſui fauorem introducto pag. 436.& 437
Non poteſt quis videri renunciaſſe iuri quod ignorauit ſibi competere pag.561.col.2
Renunciare poteſt pacto prohibitorio is cuius fauore fuit introductum pag.436.& 437

Renunciatio.

Renunciatio intempeſtiuè facta perinde habetur ac ſi facta non eſſet pa. 62.col.1
Renunciatio facta poſt terminum conuentionalem nullius eſt momenti pag. 279. col.2. ita vt nec reſcripto principis remitti conuentio poſſit ibid.

In con

BIU Cujas

In conuentione de renunciando, si nihil aliud expresse actum est per vniuersalem renunciationem satisfit termino pag.279.col.2

Repetitio.

In omnibus casibus, in quibus creditor vel non numeratam pecuniam accipit, vel numeratam bis accipit, repetitio soluenti competit pag.78.col.1. & 2.

Repetitio nulla est ab eo qui suum recipit pag.186.col.1

Reputatio.

Reputationis nomine quid significetur? pag.582.col.1.& 2

Res, nomen.

Fugienda est rerum & nominum fœda confusio pag.683.col.2

Resolutio, venditio.

Resoluta venditione ob allatam meliorem conditionem dominium quidem discedit ab emptore, sed non ideò recurrit ad venditorem sine retrotraditione pag.334.col.2

Resolutio.

Resolutio contractus semper est odiosa pag.227.col.2

Resolutio contractus quæ fit potestate pacti additionis in diem, aut legis commissoriæ, fit ipso iure, si modo per verba directa pactum conceptum sit, non per obliqua pag.327.col.2

Respublica, absens.

Absens reipublicæ causa potest renunciare societati, olim matrimonio, hodie sponsalibus pag.143.& 144

Restituere.

Dolo facere videtur, qui id quod potest restituere, non restituit pagin. 21.col.1.

Restitutio.

Restitutio præsupponit contractum valere pag.138.col.2

Restitutio pupilli in integrum an fiat iure suo, an ædili potestate? p. pag.565.col.2

Retentio.

Retentio facilius plerumque datur quàm actio pag.512.col.1

Reuenire.

Reuenire, est redire & recurrere p. 354.col.2

R O

Rogo.

Verbum *rogo* ex numero eorum est, ex quibus mandati actio nascitur, est etiam verbum *fideicommittendi* pag. 41.in fin. & pag.42.col.2

Roma.

Roma communis omnium patria esse dicitur pag.440.col.1

S A

Salarium, aduocatus.

Qui in lite sua gratis aduocatum habuit, non ideò prohibetur quominus salarium, aut potius honorarium aduocati petat, quia nimirum aduocatus ei pro quo non contra quem postulauit, gratificari voluit p.589.col.2

Salarium, procurator.

An & quomodo salarium procuratori constitutum peti possit p.13.col.1

Salarium.

Salarium incertæ pollicitationis, an peti possit? pag.13.col.1

Nulla est differentia inter aduocatum & procuratorem in danda vtrique actione ad exigendum salarium pag. 13.col.2

Errarunt omnes Interpretes veteres in ea quæstione, quænam actio dãda sit pro salario, vel honorario consequendo pag.13.c.2

Salarium olim nonnisi per actionem extraordinariam petebatur pag. 534.col.2

Sata.

Satorum appellatione arbores & vites continentur pag.321.c.2

Satisfactio.

Satisfactio, licet solutio non sit, tamen pro solutione est pagina 248. col.1

S C

Scientia.

Scientia vel ignorantia vnius non debet aliis prodesse vel nocere pag. 240.col.1

Scientia malam fidem inducit quam plerumque excludit ignorantia pag. 525.col.2

S E

Sententia, repetitio.

An ex condemnatione soluta pecunia, quæ non debebatur, repeti possit? pag.78.& 79

Sententia.

Quibus casibus contra sententiam condemnato succurratur? p.79.c.1.& 2

Sententia non tribuit ius, sed quod est, declarat pag.124.col.2

Sententia non est modus acquirendi dominij pag. 170.col.2

Sentire.

Nemo credendus est id dixisse, aut scripsisse quod non senserit pag.2.c.2

Sequestrum.

Remedium sequestrationis, & depositi sequestrarij, & actionis sequestrariæ, introductum est, ne ad rixas & arma deueniretur pag.550.c.1

Seruitus.

Seruitutes prædiorum nihil aliud sunt quàm ipsa prædia qualiter se habentia pag.302.c.2

Seruitutes prædiorum sic dictę sunt, quia & prædiis & à prædiis debentur, nec sine prædiis esse possunt p.606.c.1

Qui seruitutem acquirit, non tantùm prædij possessionem, sed etiam dominium habere debet p.606.c.1

An seruitutes reales oppignerari possit p.606.c.2

Seruus, vendere.

Seruus fugitiuus antequam deprehensus sit, neque vendi neque alienari potest, postea verò potest pagin. 270.col.1.& 2

Dominus, neque per se, neque per procuratorem seruos vendere potest, saltem criminosos, vt cum bestiis pugnent pag.283.col.1.& 2. & qua pœna teneantur, & procurator & dominus qui ita eos vendidit ibid.

Seruus, venditio.

Seruus venditus aut aliter alienatus cum peculio non censetur alienatus, nisi probetur pag.259.col.1.& 2

Seruus.

Quo casu seruus dominum obligare possit p.51.col.2

An seruus contrahere possit? pag. 113.col.1

Seruus nihil proprium habere potest, qui nec seipsum habet pag.115. col.2

Serui in iure nostro non tam pro mortuis quàm pro nullis habentur p. 178.c.2

Seruus heres vel tutor institutus liber est p.188.c.1

Quicquid per seruum communem vni tantum ex dominis acquiritur, necessariò totum ei acquiritur p.188.c.1

Seruo proprio inutiliter antea sine libertate legabatur, secus cum libertate p.189.c.2

Quicquid acquirit seruus id domino etiam inuito & prohibenti acquirit p.260.col.1

Differentia inter seruum proprium & alienum p.343.c.2

Seruus etiam sine manumissione ad libertatem peruenire potest pagina 438.col.1

Seruus ita venditus, vt intra certum tempus manumittatur, etsi non sit manumissus, fit liber sine manumissione pa.437.& 438. si modo venditor in eadem voluntate perseuerauerit pag. 438 col.1.& 2

An & quibus casibus seruus intra certum tempus manumittendus, si nõ non sit manumissus, libertatem ipso iure consequatur? p.444.col.1.& 2

Vbi seruus in fuga est, ibi morari non videtur p.446.c.1

Seruus domino suo auferre se non potest, nec suam possessionem magis quàm aliarum rerum interuertere pa. 446.col.1.

Quantum interest in promissione facta de seruo eum non esse furem & eum esse furtis, noxáque solutum pa. 479.in fin.

Seruus fructuarius durante vsufructu acquirit ei, cuius erat pecunia pro precio acquisitionis soluta, soluto vero vsufructu acquirit domino, licet ex pecunia vsufructuatij solutio facta esset pag.505.& 506

Impensæ cibariorum ad eum pertinent, qui seruo vtitur pagina 518. column.2

BIU Cujas

SI

Signatio, traditio.

Signatio quando traditionis loco habeatur? pag.430.col.1.& 2

Signatio, venditio.

Signatio dolij venditi neque degustationis loco est, neque traditionis, ideóque non impedit, quin periculum sit venditoris pag.412.col.1.& 2

Simulata venditio.

An,& quomodo simulata venditio dominium transferre possit pag.292. col.2

Simulatio, venditio.

Ad simulationem contractus venditionis quid requiratur p.314.col.2

Simul.

In iis quæ simul & coniunctim fiunt nullus ordo est, nec prius quicquam, est aut posterius pag.586.col.1

SO

Societas, cautio.

In contractu societatis,sicut & in aliis bonæ fidei iudiciis possunt cautiones interponi pro debito condicionali etiam ante condicionis euentum pag.150.col.2

Societas, communio.

Differētia inter societatem & communionem pag.153.col.1

Nulla societate contracta, ne quidem ea cōmunicāda, quæ ex fructibus aut ex preciis bonorum communium, si quæ vendita sunt, acquisita fuerunt pag.167.col.2

Societas, dos.

An pactum sociorum de dotanda vnius ex sociis filia ex bonis communibus, sic interpretandum sit, vt dos ad patrem reuersa post solutum diuortio filiæ matrimonium, aut etiam morte mariti, eidem filiæ reddenda sit, ne maneat indotata? p.218.col.1 & 2.

Societas, mandatum.

Veniens contra mandatum, non potest conueniri,secus si contra societatem pag.163.col.1.& 2

Societas, minor.

Minor societatem contrahere, neque curatore auctore, neque prætore authore potest pag.157.col. 2. neque etiam ad diuisionem prouocari iis auctoribus potest,sicut nec pupillus ibi.

Societas.

Sociorum heredes, licet socij non sint,si tamē animum habeant ineundę societatis, nouam inter se ineunt societatem pagin.155.col.1.& 2

Contractus societatis morte finitur pag.63.col.1

Quomodo finita societate actio durare possit pag.63.col.2

An societas in æternum, an & quomodo in perpetuum possit contrahi? pag.134.col.1

An ad tēpus vel ex tempore societas coiri possit? pag.134.col.1.& 2

An sub conditione societas contrahi possit pag.134.col.2.& 135

An & quomodo ex contractu societatis omnium bonorum, res omnes quæ coeuntium sunt ipso iure fiant communes pag.135.col.1.& 2

An societati tacita quædam mancipatio insit? pag.135.col.2

Contracta societate bonorum omnium, an debitorum nomina sicut & cætera bona omnia in societatem vniuersalem veniant p.136.col.1.& 2

Contracta specialiter omnium bonorum societate, hereditas, legatum, donatio, & quaqua ratione acquisitū com munioni acquiritur p.136.& 137

Contracta expressim societate, vt si qua iusta hereditas alterutri obuenisset ea communis esset, an legitima tātum,an etiam testamentaria fiat communis? pag. 137.col.1

Societas,& re & verbis, & per nuntium contrahi potest p.138.c.1.& 2

Contractus societatis dolo initus, nullius est momenti p.138.col.1. & 2

Quomodo societas contrahatur? quomodo distrahatur? p.138.& 139

Quarum rerum societas contrahatur p.139.col.1.& 2.& p.140

Societas contrahi potest inter eos qui non sunt æquis facultatibus pag. 139.& 140

Donationis causa societas rectè non contrahitur pag.140.col.1.& 2

Contracta societas inter virum & vxorem non valent p.140.col.2

Societas ea conditione contracta, vt alter ex sociis partes societatis cōstitueret, ad boni viri arbitrium redigenda pag.140.col.1

Societas bonorum simpliciter & absolutè contracta,omnium bonorum contracta est p.140.& 141

Æs alienum quod pendet ex quęstu, venit in societatem, secus quod non pendet pag.142.col.1.& 2

Coita societate quęstus,licet adiecta sit mentio lucri non de alio tamen lucro sensisse contrahentes videri debent quàm quod ex quæstu venit pa. 142.col.1.& 2

Differentia inter communionem & societatem p.142.c.1.& 143.c.1

Distracta societate res tamen communes remanere possunt p.143.c.1.& 2

An valeat conuentio,si in contrahēda societate cōuenerit ne à societate abeatur intra certū tēpus p.143.c.1.& 2

Contracta societate cum pacto de non diuidendo', potest alter ex sociis vendere quidem, sed nonnisi cum onere per pactum adiecto p.144.c.1.& 2

Socius qui contra pactionem commisit alienando,societatis aut comuni diuidundo iudicio tenetur p.144.& 145

Vno ex sociis absente socio renunciante societati, nō potest prius videri dissoluta societas in prejudiciū absentis quàm is sciuerit renunciationem pag.145.col.1.& 2

In societate coeunda, si conueneric, vt societati renunciari non possit, inutile pactum est p.145.& 146

An seruus cōtractæ societati renunciare possit pag.146.col.1.& 2

Societas cōsensu perficitur p.146.c.1

Vnus ex sociis aliquem in societatē admittens sibi soli socium facit, & de eius facto aliis tenetur,& cum eo ipse solus communicat, & quod ab eo consequitur,aliis communicare debet p. 146.& 147.col.1.& 2

Societate ab vno ex sociis cum aliquo contracta,potest vna manente altera dissolui pag.147.col.2

An damnum quod ex socij assumpti culpa societati contigit, compensari debeat cū lucro quod ex eiusdem persona societati obuenerit p.148.col.1

Omnia societatis lucra inter socios communicanda sunt tanquam ex industria acquisita, sed non damna quæ vnius ex sociis culpa contigerunt p. 148.col.1

Omne æs alienum quod manente societate contractum est, de communi soluendum est p.149.col.1.& 2

Debitum manente societate cōtractum etiam post distractam societatē de cōmuni solui debet pa.149. & 150

Debitum condicionale manēte societate contractum de communi solui debet, licet distracta iam societate condicio extiterit p.150.col.1

Omnes socij debent diuidere & cauere cùm dies venerit defensurum in socium debitorem p.150.col.1.& 2

Contracta sine partibus societas, pro partibus æqualibus contracta esse intelligitur pag.150.& 151

In contractu societatis ex vtroque latere vna tantum actio pro socio proficiscitur,eáque directa p.151.c.1. & 2

Societas ex partibus inæqualibus coiri potest p.151.c.1.& 2

Societas ita contrahi potest,vt nullam partem damni alter sentiat, lucrum verò commune sit p.151.c.1.& 2

Extinctis rebus, de quibus coita erat societas, ipsa quoque societas extinguitur p.151.c.2

Societas leonina per quam conuenitur, vt quis lucrum, alter damnum sentiat nulla est p.151.& 152

Leonina societate contracta, per quam agitur,vt quis totum lucrum,alter damnum percipiat, quam partem lucri perceptūrus est,qui dānum sentire tantum debebat p.152.col.1.& 2

An societas ita coiri possit, vt quis maiorem partem damni & minorem lucri ferat? p.152.col.1.& 2

Actio pro socio non habet locum, nisi societas intercedat, licet res communis sit 152.& 153.c.1.& 2

Societas quando contracta dicatur? p.153.c.1.& 2

Quibus casibus societas non est,sed tantum communio sine societate pa. 153.per tot.& 154.c.1

Societas ex conuentione, licet expressa ad heredem nō transit videlicet in priuatis negotiis, secus in publicis p.154.c.1. & 2.& p.155.c.1

Animus contrahendæ societatis facit, vt contractus alius etiam qui non sit societas, si modo accedat prope ad societatem degeneret in contractum societatis p.159.c.1.& 2

In contractu societatis bona fides non tātùm adesse debet, sed etiam exuberare, quia ius habet fraternitatis p.164.c.2

Societas ita coiri potest, vt alter operam & industriam tantùm, alter pecuniam conferat p.164.c.2

Societas bonorum paternorum aut maternorum etiam tacitè contrahi potest,secus societas vniuersorum p. 167.c.1.& 2

Actio pro socio datur etiam vt obseruetur pactum societatis p.167.co.1. & 2.& p.168.c.1.& 2

Contracta societate vniuersorum bonorum inter fratres omnia communicanda erunt, etiam quæ ad Castrensis peculij causam pertinent pag. 168.c.1.& 2

Contractus societatis non potest vltra mortem,nè quidem expressa conuentione porrigi p.168.c.1

Societas ita coiri non potest, vt illa transeat in certum aliquem vnius socij heredem, quia libera testandi facultas impeditur per indirectum pa. 168.c.1.& 2.& 169

BIU Cujas

Societas ita contrahi non potest, vt post mortem alicuius socij continuetur in Titium tanquam agnatum eius futurum heredem ab intestato pag. 169.col.1

Contracta ad emendum societate competit actio pro socio, si vel alicuius dolo vel culpa emptio secuta non sit pagin.170.col.1. secus si in diem collata emptio sit, & dies sine culpa præterierit ibid.col.2

Conuentio facta in societate de ædificando communi pariete ad onera vtriusque sustinenda parit actionem pro socio, si vnus ex sociis alterum in parietem inædificatum immittere tignum non patiatur pag.171.col.1.& 2

Pluribus societatibus inter easdem personas initis vna actio pro socio sufficit pag.171.col.1.& 2

Socius propter societatem profectus,omnes sumptus societati imputare potest,qui in eam rem impensi sunt pag.171.& 172

Societate vniuersorum bonorum contracta quæ conferri debeant? quæ non? pag.172.col.1.& 2

Contracta omnium bonorum societate, an lucrum vel damnum ob iniuriam vni ex sociis factam contingens conferri debeat? p.172.& 173

Delictorum nulla societas est pag. 173.col.1

Lucrorum ex maleficiis quæsitorum iniri societas non potest p.173.col.1

Contracta rei honestæ societate lucrum ex causis prohibitis acquisitum communicari & restitui debet,secus si contracta rei inhonestæ societate p. 175.col.1. & 2

Contracta societate equorum quadrigæ, an vno moriente societas extinguatur? pag.175.& 176

Cõtracta societate pecorum, quamuis vacca, verbi gratia, cuius societas contracta est,moriatur,nihilominus in vitulo ex ea nato societas durat pag. 176.col.2

Ante contractam societatem, eámque perfectam damnum quod vni ex sociis contingit ipsius proprium fit, post verò contractam fit commune pag.176.col.1.& 2

Destinatio pecuniæ causa societatis ante contractam societatem perditæ, an trãsferat periculum in societatem, an in dominum pecuniæ p.176.col.2

Societas cum filiofamilias contracta per emancipationem non extinguitur p.176.& 177

Societate cum filiofamilias contracta quæ actio & contra quem post emancipationem dari possit? pag. 176. & 177

An seruo societatem contrahente alienato post alienationem societas extincta sit p.177.& 178

Quæ sit differentia inter societatem rei priuatæ,& vectigalium pag. 178.col.1.& 2

Quæ sit voluntaria societas? quæ hereditaria?pag.178.col.1.& 2.p.179.c.2

Societatem nemo heredi suo sic parare potest, vt ipse heres socius sit pag.178.col.1.& 2

An & quomodo societas publica, putà vectigalium maneat post mortem alicuius ex sociis p.178.179.& 180

Societas potest transire in heredem, si quis societatem pro se & suis heredibus adhibito iureiurando inierit pa. 180.col.1

An societas voluntaria distinguatur à societate vectigalium, & à societate priuata p.180.col.1.& 2

In societate vniuersorum bonorum quod in alea aut adulterio vnus ex sociis perdiderit, de communi id ferre non debet p.180.& 181

Societas nihil aliud est quàm lucri & damni communicatio p.181.col.1

Socius ob moram & vsum pecuniarum, quas ex societate lucrifecit, vsuras præstare tenetur p.181 col.1.& 2

Societas voluntaria, aliter consortium voluntarium p.184.col 2

Societas quælibet non modo vniuersorum bonorum, sed etiam si sit vnius rei vel negotiationis ius quodammodo fraternitatis in se cõtinet, in ea scilicet re vel negociatione, cuius societas contracta est pa.184.col.1.& 2

In societate communicari non debet quod vnus ex sociis, non propter societatem, sed propter suam partem acquisiuit pag.188.col.2

An quod ab vno ex dominis seruo communi sine libertate legatum est, acquiri vni ex dominis, an omnibus, aut etiam heredibus vnius ex dominis debeat p.188.& 189

Quibus modis societas dissoluatur? pag.189.& 190

An capitis diminutione societas soluatur? pa.190.col.1.& 2

An obligatio ex causa societatis nata extinguatur per maximam aut mediam capitis diminutionem? pagina 190.col.2.in princ.

An & quomodo mutata condicione rerum societas dissoluatur? p.190.c.2

An sola voluntate & renunciatione societas distrahatur pa.190.col.2

Societas dissoluitur, quando ad hoc agit socius vt distrahatur pag.190.& 191.col.2

Societas distrahitur bonis vnius socij à creditoribus distractis p.191.& 192

Societas tam expresso consensu quã facto vtriusque socij potest distrahi p. 190.col.1 & 2

Societas per stipulationem,siue nouandi,siue etiam delegandi animo interpositam,& per litis contestationem dissoluitur pag.190.& 191.col.1

Societas vni ex sociis inopia superueniente dissoluitur pag.191.in fi.

An & quomodo societas dissensu dissoluatur? pag.192.col.1.& 2

Lucrum aut damnum contingens ob ea, quæ post mortem socij gesta sunt,non fit commune heredum, secus si ex antegesto contigerit pag.192.c. 1.& 2

Socius renuncians societati lucrum tempore renunciationis perceptum communicare debet, non autem lucrum post renunciationem perceptum pag.193.col.1.& 2

Socius qui societati contractæ ad aliquam rem emendam, ideò renunciat quod res ei displiceat, quamuis alius socius postmodum eam emerit,actione tamen pro socio non tenetur pag.193.col.1.& 2. secus si dolo renunciauerit ibid.

An intempestiuè societati renunciari possit sine dolo aut culpa? pag. 194.col.1.& 2

Pactũ de recedendo intempestiuè à societate, an & quomodo sustineatur? pag.195.col.2

Societati in tempus contractę ante tempus renuncians socium à se, non se à socio liberat p.195.col.1.& 2

Societas per procuratorem distrahi potest pag.195.& 196

Societas etiam procuratori generali socij renunciare potest pagin.196. col.1

Societas inter plures cõtracta morte vnius dissoluitur, licet alij supersint pag.197.c.1. sed non obligatio societatis,neque actio pro socio c.2.ibid.

Societas morte vnius ex sociis ita dissoluitur,si ab alio sciatur,qui postea in societate perseuerauerit,secus si ab eo ignoretur p.197.col.1.& 2

Societas nec ad heredem, nec ad adrogatorem socij transit pag.197. & 198

Societas propter deportationem dissoluitur p.198.& 199

An & quomodo societas publicatione dissoluatur pa.198.& 199

Impensæ post distractam societatem in rem communem factæ communi diuidundo iudicio, non actione pro socio repeti possunt p.199.c.1.& 2

Manente societate actio pro socio interdum dari potest pagin.200. col.1.& 2

Societate manente matrimonio distracta socius maritus dotem percipere debet, soluto verò matrimonio, tunc eam percipere debet cum restituere heredibus mulieris tenetur pa. 200.col.1.& 2

Contracta societate dos quam vnus ex sociis lucratur debet communicari p.200.& 201.col.1.& 2

Societas per emancipationem dissolui non potest p.198.c.2

An societas sit odiosa? p.198.c.1

An per adrogationem societas dissoluatur? p.198.col.1.& 2

An socius adrogati impunè societati renunciare possit intempestiuè pag. 198.col.2

Societate ad emendum contracta socij ad nundinas missi contra eum qui promiserat se nundinarias epulas præstaturum,habent actionem pro socio,& ex vendito p.204.& 205

Nulla societatis in æternum coitio est p.205.col.1.& 2

An societas, & quomodo per stipulationem subsecutam nouari possit? 205.& 206

Inita à duobus collibertis societate lucri quæstus & compendij, neque hereditas in qua vnus ex iis est institutus, neque legatum alteri datum in commune conferri debet pagin.210. col.1.& 2

Societate vniuersarum fortunarum coita hereditates sociis postea delatæ communicantur p.211

Contracta vniuersorum bonorum societate,quæ in honorem alterius liberorum erogata sunt,vtrisque imputantur p.211.col.1.& 2

Societas in arbitrium alicuius collata pro constituendis partibus societatis, eo ante partium constitutionem mortuo dissoluitur pagin.212.col.1. & 2

Societate in arbitrium alicuius collata eo arbitrante,non aliter eius arbitrio standum est quàm si ex compromisso ad arbitrium itum est pag. 212. & 213

Societas in alicuius arbitrium collata pro partium constitutione, an & quomodo ab ea discedere liceat? pag. 212.213.& 214 col.1.& 2

Societas simpliciter contracta vniuersorum bonorum esse præsumitur pag.216.col.2

BIU Cujas

Socius pro filia dotem promittens, & priusquam solueret, ea herede relicta decedens, an si pro socio filia agat, dotis quantitatem à socio præcipere debeat pag.216. & 217. & 218

Societatis iure per socium ære alieno socius non obligatur, nisi in communem arcam pecuniæ versæ sint p. 219.col.2

In societatibus ferè omnibus solet procurator constitui, qui solus omnium nomine societatem exerceat, quem sciant socij maioris, esse vel diligentiæ vel gratiæ vel industriæ pag. 219.col.2

An detur societas casualis? pagin. 220.col 2

Societas per filiumfamilias, siue à patre, siue ab extraneo constitui potest p.220.c.2

Societate iussu alicuius, vel cum filio eius, vel cum extraneo contracta cum persona illius agi potest, cuius iussu contracta est pag.220.column. 1.& 2

In societate, si in vna causa, puta in lucro vel in damno certa pars fuerit expressa, in altera verò sit omissa, in eo quoque quod prætermissum est eadem pars seruatur pag.613.col.1

Nemo societatem contrahendo rei suæ dominus esse desinit, ne quidem pro parte, & licet societate durante etiam vniuersorum bonorum, & in perpetuum, ea tamen dissoluta recurrit ipso iure dominium totum ad eum cuius antea totum fuerat pag.665. col.1.& 2

Socius, mortuus.

Qui mortuum in rem communem infert sepeliendum, qua actione conueniri possit, siue sit socius siue non? p.156.& 157

Socius, priuilegium.

Priuilegium socio competens, ne in plus, qua facere possit, conueniatur, à tempore rei iudicatæ tantum debet æstimari pag.187.col.2

Priuilegium socio competens in id quod facere potest, non habet locum, si neget se socium pag.203.col.2

Socius, prohibere.

In pari sociorũ iure melior est causa prohibentis p.162.c.2

Socius.

Vnus ex sociis aliquid de suo in causam societatis impendens habet ius retentionis & reputationum pagina 30.col.2

Socius postquam renunciationem sciuit, aliquid communi nomine gerens, illud communicare tenetur actione communi diuidundo, non pro socio pag.145.col.2

Socius admissus solius admittentis socius est pag.146.col.1.& 2

Socius socij mei socius meus non est pag.146.col.1.& 2

An vnus ex sociis aliquem insciis sociis admittens eius factum præstare teneatur? an verò cedendo cæteris actionem quam contra eum habet, liberetur? pag.147. & 148.column. 1.& 2

Ex mala negotiatione serui à sociis præpositi dominus sociis non obligatur, licet actione de peculio iisdem teneatur, pagin.148. & 149.col.1.& 2

Actio pro socio contra heredem socij dari potest pag.155.co.1.& 2

Socij heres, licet socius non sit, succedit tamen in emolumento & damno quod defunctus habuit p.155.c.1.& 2

Stipulatus pœnam à socio non potest agere pro socio, si tantumdem in pœna sit, quantum eius interfuit pa. 157.& 158

Actio pro socio in quo sit plenior actione communi diuidundo, in quo minus plena? pag.158.col.1.& 2

Socius agens actione pro socio, si postea communi diuidundo iudicio agere velit, hoc minus ex ea actione consequi debet quod ex priore consecutus est. pag.158.& 159

Socius rei communis nomine & actione pro socio, & furti teneri potest p.159.col.2

Actio pro socio bonæ fidei est, & nascitur ex bono & æquo pag.160.c.1

Actio pro socio, licet per actionem furti non tollatur, tollitur tamen per condictionem furtiuam, nisi pluris interfit actoris pag.160.col.1.& 2

Socius rei communis dominus est pro ea parte quam in re communi habet pag.191.col.2

Socius damnum in rem communem inferens actione legis Aquiliæ, & pro socio tenetur pag.161 col.1.& 2

Actione legis Aquiliæ cum actione pro socio concurrente vna per alteram non tollitur pag.161.c.1.& 2

Socius re communi vtens iure suo vti potius quàm dolo quid facere credendus est pag.162.col.1.& 2

Crimen publicum socius admittens actione publici criminis etiam puniri potest pag.162. & 163.c.1.& 2

Socij inter se non tantum dolum, sed & culpam præstare debent etiam leuem non tamen leuissimam p.164. c.1.& 2.per tot.

Socius socio diligentiam diligentem, non autem diligentissimam præstare debet pag.164.col.1

Deterior est condicio socij quàm depositarij in præstanda culpa pag. 164.col.1

Socius damna fatalia socio præstare non tenetur pag.165.col.1

An socius ad comparandas merces profectus in damnum fatale incidens possit à socio consequi partem totius damni susceptí, ac impensarum, & quæ sit in eo differentia inter socium & mandatarium? pagin. 166. col. 1. & 2

Socij lucra & damna omnia inter se communicare debent, quæ ad eam negociationem pertinent super qua contracta est societas pag.166.& 167. secus ea lucra & dãna quæ aliũde quæsita sunt ibid. p.167.col.1.& 2

Iniuria vni ex sociis facta omnes afficit pag.173.col.1.& 2

Socius quod ex maleficio contulit, non aliter recipere debet quàm si damnatus sit pag.174.col.1.& 2

An & quo casu socius delinquens furti pœnam quam meruit de communi præstare debeat pag.174. col. 1.& 2

Luero delicti in medium collato, sciente & consentiente socio, si quando postea condemnatio secuta sit, reddi debet non solum quod ex delicto perceptum est, sed etiam delicti pœna pecuniaria, secus si ignorante pagin. 174.& 175

Socius ob moram tenetur ex pecunia socij, non tenetur autem ex pecunia communi ob moram solam sine vsu, pag.181.col.2.& pag. 182.col.1.& 2. secus eius heres p.182.col.2

An socius repetere possit nõ solùm quod in societatem impendit, sed & quod causa & occasione societatis? p. 182.& 183

Socius vendens res communes tanquam suas, aut cum eo quem socium esse credebat, non tenetur vero socio actione pro socio pag.183.& 184

Socius siue vniuersorum bonorum, siue vnius rei, in id tantum quod facere potest, conueniri potest pag.184. & 185

Socius in id quod facere potest, cõdemnatus non potest deducere æs alienum, nisi ob causam societatis contractum pag.186.col.1.& 2

Socius ab vno ex sociis partem consecutus tenetur actione pro socio aduersus alios socios, qui suas partes non habuerunt integras, vt omnium portiones exequentur pa.186.& 187. col.1.& 2

An & quomodo in heredem socij pro socio actio competat p.188.c.1.& 2

Quando rei communis nomine cum socio furti agi possit p.162.col.2

Socius rem etiam æstimatam fato deperditam, socio præstare non debet, secus si furto subtracta sit, & eius custodiam habeat p.165.col.1.& 2

Socius cessantis, cessantiúmque portiones insulæ restituens quam actionem habeat contra socios, aut in rem ipsam pag.169.& 170

Priuilegium competens socio, ne vltra quàm facere possit, conueniatur, non competit eius fideiussori pag. 185. col.1.& 2. neque patri neque domino neque successori ibid.& 186

Socius qui dolo malo renunciauit societati, vt suum lucrũ faceret quod commune esse debuerat, tenetur actione pro socio pag.193.col.1

In actionem pro socio dolus & culpa veniunt pag.194.col.1

Socius præmaturè societati renuncians, tenetur actione pro socio, si videlicet interfit societatis non dirimi societatem p.194.c.1.& 2.& pag.195. col.1.& 2

Ex pluribus sociis is solus ab aliis potest conueniri vt quod eis abest, restituat qui habet penes se pecuniam communem pag.199.col.1.& 2

Socio rem communem sociorum consensu vendenti, cæteri socij cauere ei debent de eo aduersus emptorem defendendo p.201.col.1.& 2

Sociorum qui soluendo non sunt omnes ad cæteros etiam qui soluendo sunt, pertinere debet pagin.201. & 202

Socius non vniuersorum bonorum pecuniam, licet communem suo tantum non societatis nomine fœnerans periculi sui rem facit, nec vsuras ex fœnore perceptas, communicare tenetur p.202.col.1.& 2

Socius pecuniam in rem communem necessariò impensam cum vsuris repetere potest p.202.& 203

Socius occasione acquirendi non vtens in fraudem futuræ actionis, an priuilegium sibi competens amittat pag.204.col.1.& 2

Socius emens aliquid sibi emit, sed societatis iudicio cogitur communicare, si videlicet vniuersorum bonorum societas contracta sit pag.211. & 212.

BIU Cujas

Socius socio de culpa tenetur, non tamen diligentiam exactissimam præstare tenetur pag.210. & 211

Socius sentire debet aliquando onus proueniens, non ex societate, sed ex facto socij pag.217.col.1

Soluens.

Soluenti æstimationem litis, cedenda est actio contra possessorem rei pag.585. & 586.col.1. & 2

Soluere, debitor.

Ignoscendum est debitori, qui neglectis exceptionibus dilatoriis soluens debitum parcit pudori suo pag.77.col.2

Soluere, fideiubere.

Pro alio inuito nedum ignorante, soluere, aut fideiubere licet pag.9. col.1. & 2

Soluere.

Quod soluitur alicui ex voluntate serui, non acquiritur domino, nec liberat soluentem pag.60.col.1

Quilibet suo nomine potiùs quàm alieno soluere credendus est pag.72 col.1

In omnibus contractuum generibus aliud pro alio solui volenti creditori potest pag.226.col.1

Soluens ante tempus & coactè, deducere potest interusurium medij temporis, id est, quantò minus soluisse videretur, si non nisi suo tempore soluisset pag.577.col.2

Solutio, contractus.

Quoties solutio fit in consequentiam, & ex necessitate præcedentis obligationis inspici solet tempus contractæ obligationis, non autem solutionis pag.36.col.1

Solutio, debere.

Qui præstat plusquàm debeat, hoc ipso præstat quod debet pagin.70. col.2.

Solutio, mandatum.

Solutio quæ non parit liberationem debitori, non parit actionem mandati nisi postea reconcilietur pag.104. col.1. & 2

Solutio, negotium.

Soluens pro fideiussore, licet ex ea solutione, & reum, & fideiussorem liberauerit, non habet tamen actionem contra reum, sed tantùm contra fideiussorem pag.109.col.1

Solutio, repetitio.

Negotiorum gestor soluens rem optimam cùm vilissima tantùm à debitore deberetur, non habet actionem contra debitorem supra rei vilissimæ æstimationem, secus & mandatarius, & ratio differentiæ pag.110. & 111.

Solutio.

Commodum debitoris ex prorogatione solutionis pag.54.col.2

Præmatura solutio alij nocere non potest pag.54

Solutio naturalis modus est tollendæ obligationis pag.105.col.2

Solutio ex euentu confirmari potest pag.105.col.2

Soluens pro alio non habet actionem mandati, si ratam non habuerit ille, alius solutionem, sed tantùm negotiorum gestorum p.109.c.2. & 110.c.2

Non benè tutóque soluitur minori, nisi interueniente, vel curatoris, vel iudicis authoritate pag.117.col.1

Sibi soluere intelligitur quisquis hereditatem debitoris sui adit, licèt damnosam pag.404.col.1

Solutio licèt tollat omnem obligationem, non potest tamen parere liberationem, quandiu res soluta potest auocari, licèt nondum auocata sit pag. 453.col.2

Nec oblatio, nec interpellatio vim habent solutionis, nisi secuta obsignatione pag.456.col.2

S P

Specialiter.

Quid sit aliquid fieri specialiter? pag.136.col.1. & 2

Species.

Promissor speciei interitu eius citra moram & culpam contingente liberatur pag.385.col.2

Spes.

Spes vendi potest, quoniam aliquid est, & paulò plus quàm nihil pag. 234.col.1.

Spes futurum tempus respicit pag. 578.col.1.

Spes donari & vendi potest pag. 478.col.1

S T

Stellionatus.

Quid sit stellionatus? pag.79.col.2

Sterilitas.

Sterilitas ea dici debet, quæ seminis quoque, & quidem totius damnum colono attulerit pag.562.col.1

Sterilitas est, cùm ne quidem semen percipitur, aut nihil nisi semen, & quæ ad seminandum impensa facta est p. 84.col.1

Stipulari, cedere.

Actio quæsita per stipulationem ex mandato initam tota est stipulantis ante cessionem, non autem mandantis ne quidem vtilis, nisi mandante præsente mandatarius sit stipulatus pag. 27.col.1

Stipulari, contrahere.

An & quomodo aliter stipulari, aut aliter contrahere nemo possit? pag. 438.col.1

Stipulari.

Stipulanti fundum dare promittens tenetur præcisè fundum dare pag.254 col.2

Qua ratione cogi possit fundi promissor, vt faciat dominium stipulatoris, cùm neque cogi possit vt tradat, neque sine traditione dominium transferre possit? pag.254.col.2

Stipulatio, dies.

Dies in stipulatione adiecta hanc habet vim, vt perinde esse debeat, acsi in stipulationem deducta esset, vt illius diei æstimatio incipi oporteat pag.93.col.1

Stipulatio, emptio.

Emptio aut stipulatio rei sacræ, aut liberi hominis nulla est, licèt conferatur in tempus quo aut res sacra, aut liber homo esse desinet pag.263. col.1. & 2.

Stipulatio & emptio rei propriæ si conferatur in tempus, quæ propria esse desinet pag.263.col.1. & 2

Stipulatio & emptio rei suæ sub cõditione facta valet, modò tẽpore euenientis conditionis sua non sit pag. 297.col.1. & 2

Stipulatio à stipulatore sibi & Seio facta valet pro parte stipulatoris tantùm, emptio verò ita facta valet in totum, eáque emptoris est pag.301.col.1. & 2.

Stipulatio duplæ nouat actionem ex empto, nec vna vnquam potest cum altera concurrere pagin.474 col.2

Stipulatio, liber.

Stipulatio rei sacræ aut religiosæ, aut liberi hominis, licèt ignoranter facta, nulla est, secus emptio, & ratio diuersitatis pag.228.col.1. & 2

Stipulatio, venditio.

Stipulatio incontinenti apposita post contractam venditionem de ea ipsa re quæ in actionem ex vendito veniret, non nouat actionem ex vendito quæ nulla est, sed sola stipulatio tenet pag.509.col.1

Stipulatio.

Stipulatio quæ semel commissa est, nunquam resoluitur, licèt interesse desinat pag.18.col.2

In stipulationibus tempus illud inspiciendum est quo contrahimus, licèt sub conditione contractum sit pag. 36.col.1

An ex stipulatione condicionali obligatio, aut actio aliqua nascatur ante condicionis euentum? pag.36. col.2

In stipulationibus sub potestatiua quoque condicione contractis inspiciendum est tempus contractus, etiam cùm quæritur an ex eiusmodi stipulationibus filio ac patri actio quæratur? pag.37.col.1

Fructus veniunt in stipulationem propter diei adiectionem, qui alioqui non venirẽt, adeóque id quod interest pag.93.col.1

Ex condicionali stipulatione debitum transmittitur ad heredem stipulatoris mortui ante condicionis euentum pag.150.col.1

An per stipulationem pœnalem nouetur societas, & alius contractus? pagin.206. columna 2. & 207. & 208. & 209.

An stipulatio pura per subsequentem pœnalem nouetur? pag.206.207. & 208. & 209

Ex stipulatione pœnali adiecta in eo contractu, an & quomodo ad pœnam, & ad rem agi possit? pagin.209.columna.2

Per stipulationem pœnalem nouatur stipulatio pura, tum demum cùm stipulationis pœnalis condicio extitit pag.209.col.2

Differentia inter stipulationem pœnalem & condicionalem nouandi animo interpositam pagin.209.col.2 in fin.

An & quomodo per stipulationem à condicione, aut à promissione incipientem res & pecunia peti possit? pag.208. & 209. per tot.

BIU Cujas

In ſtipulationibus quot ſunt res, tot quoque ſtipulationes eſſe creduntur pagin.285.col.1. Imò etiam in ſtipulatione duplæ quæ in emptionibus olim interponi ſolebat ibid.

Stipulationes cautionales priorem actionem nouant, eius tamen naturam induunt, & vicem repræſentant pag.382.col.2

Ex ſtipulatione pœnali etiam agere poteſt is cuius nihil intereſt pag.441 col.2

Stipulatio pœnalis prohibitiua alicuius facti quod ſi factũ eſſet, pro infecto haberetur, ſi committatur, nulla eo nomine pœna irrogari poteſt pag. 441.col.1.&2

Stipulatio pœnalis ea demum committi poteſt quæ tenet pagin.441. col.1

Stipulatio ſemel commiſſa reſolui non poteſt pag.444.col.2

Stipulatio rem tradi, vel vacuam poſſeſſionem tradi ad fructus rei tradendæ non porrigitur pagin.453.& 454.

Differentia inter ſtipulationem rem tradi, & ſtipulationem vacuam poſſeſſionem tradi pagin.454. columnn.2

Stipulatio ſine cauſa facta valet ipſo iure, ſed exceptione doli eliditur pag.459 col.2

An & quomodo ſtipulatio annua licèt in plures annos facta, vnica tantùm ſit? pag.503.col.2

Stipulatio pœnalis ſeipſam committit hoc ipſo quòd factum id non ſit quod fieri debuit pagin.509.columnn.2

Stipulatio pœnalis in contractu venditionis appoſita, non nouat præcedentem obligationem & actionem, ſed ea commiſſa, ſi pœnam conſequi velit æqualem ei quod intereſt, vel id quod intereſt alia præcedente actione petere velit vno obtento, aliud obtinere non poteſt pagin.508.509. & 510. ſed vna tollitur ipſo iure, non altera, ſed tantùm ope exceptionis pag.510.col.2

Quo caſu per ſtipulationem pœnalem præcedens obligatio nouari poſſit pag.510.col.1.& 2

Stipulationes omnes etiam pœnales pendent ex negocio geſto pag. 618.col.1.

S V

Subſcribere.

Qui ſubſcripſit contractui, quæ contractu continentur, omnia intelligitur approbare perinde acſi ipſe contraxiſſet pag.404.col.1

Subſcriptio.

Subſcriptione non cenſentur approbata, quæ ignorabantur pag.404 col.2

Subrogatum.

Subrogatum induit naturam eius in cuius locum ſubrogatum eſt pag. 253.col.1

Succeſſio.

Pactum de futura ſucceſſione tertij non valet, ſi ille non conſentiat, & pactum primo & principaliter ſit factum, ſecus ſi per occaſionem, & in conſequentiam alicuius præcedentis pagin.504.col.2

Succeſſor, obligatio.

Obligatio perſonalis non ſolet tranſire in ſingularem ſucceſſorem pagin.292.column.2

Cur obligatio perſonalis non ſequatur ſingularem ſucceſſorem? pag. 324.col.2. nec fundi poſſeſſorem ibid. & pagin.325.col.1.& 2

Succeſſor.

Sublata eſt differentia inter ſucceſſorem ex cauſa lucratiua, & ſucceſſorem ex cauſa oneroſa pagin.316 col.2

Succeſſor ſingularis tenetur ſtare colono, ſi locator omnia bona ſua obligauerit conductori pro contractus obligatione, licèt non ſit ſpecialis hypotheca in bonis conductis quæſita pag.596.col.1.

Succeſſores facultatum non ſunt ſemper ſucceſſores amicitiarum pag. 63.col.1

Suppoſitio, ſimulatio.

Quæcunque per ſuppoſitam perſonam fiunt, pro ſimulatis & infectis habenda ſunt, præſertim verò in venditione pignoris pag.56.col.1

Sumptus, adminiſtrator.

Quis debeat eſſe modus ſumptuum ab adminiſtratore rei alienæ in re aliena factorum pag.30.col.2

Suſpectum.

Suſpectum eſt quod clam fit, & per ſuppoſitionem pag.12.col.2

Suum.

Semper cauendum eſt ei qui nihil niſi ſuum recepit pag.184.col.1

T A

Taciturnitas.

Taciturnitas in pleriſque pro conſenſu eſt facto interueniente pag.556 col.1

Taxatum.

Taxatum dicitur, quod neque augeri amplius, neque minui poteſt pag. 278.col.2

T E

Tempus.

In contractibus, læſione, & teſtamentis initium ſpectari oportet pag. 307.col.2

Non tam inſpiciendum eſt quo tempore fiat aliqua diſpoſitio, quàm in quod tempus conferatur, quia eo ipſo tempore in quod collata eſt, facta eſſe intelligitur pag.439.col.1

Terminus.

Semper ſupponendi ſunt termini habiles pag.170.col.2

Supponendi ſemper ſunt termini habiles, etiamſi verba non ſuffragentur, modò non repugnent p.410.col.2

Semper ſupponendi ſunt termini habiles, ne alioqui abſurdum aliquod ſequatur pag.507.col.2

Teſtamentum.

An patris & filij vnum ſit teſtamentum, an duo, quando pater pro filio teſtatur? pag.360.& 361

Teſtari.

Non poteſt libera teſtandi facultas, etiam indirectè per pactum impediri pag.168.col.1.& 2

Teſtator.

Effectum ſuum habere debet teſtatoris voluntas, nec debet circumueniri pag.459.col.1

T I

Titulus.

A primordio tituli poſterior formatur euentus pag.199.col.1

T R

Tradere, durare.

Non poteſt videri tradita res, quæ non durat tradita pag.453.col.1

Traditio, tranſlatio.

An traditio & tranſlatio dominij & poſſeſſionis poſſit fieri ſub conditione? pag.134.& 135.col.1.& 2

Traditio, pactum.

In traditionibus rerum quodcunque pactum adhibitum ſit valet, etiam quod alioqui non valeret pag.327 col.2

Traditio.

In incorporalibus, patientia loco traditionis habetur pag.454.& 455

In traditionibus rerum quodcunque pactum in re ſcilicet tradenda appoſitum valet pag.648.col.2

Tranſactio, communio.

Qui litis euentum communicare debet an emolumentum ex inſecuta tranſactione perceptum communicare teneatur? pag.132.& 133.col.1.& 2

Tranſactio, hereditas.

Quod quis habet ex tranſactione interpoſita ſuper lite mota de hereditate non tam ex hereditate habuiſſe videtur, quàm ex litis deciſione pag.1 32.col.1

Tranſactio.

Ex contractu tranſactionis ſi agi poſſit ad id quod intereſt actione præſcriptis verbis, nunquam tamen competit condictio ob cauſam odio litium quas nunquam reſuſcitari publicè intereſt pag.652.col.1

Transferre.

Nemo plus iuris in alium transferre poteſt, quàm ipſe habeat pag.259. col.2

Tranſlatio.

Qui ſint modi transferendi dominij iure quiritium? pag.135.col.1.

Quoties dominiũ alicuius rei transfertur ab vno in alium, tranfertur cum ſua cauſa, id eſt, cum ſuo onere p.304 .col.1

Tribonianus.

BIU Cujas

Tribonianus.

Tribonianiſmus in *l. cùm apparebit 47 ff. locat.* pag.608.& 609
Tribonianiſmus apertiſſimus in *l. ſi merces 25. ff. locat.* pag.580.col.1

T V

Turpe

Rei turpis nullum mandatum eſt, nulla emptio, nulla ſocietas, nulla ſtipulatio pag.10.col.1.& 2
Quod ex ſcelere & maleficio quæſitum eſt, an magis honeſtè retineri, quàm peti poſſit? pag.173.col.2.
Rei turpis nulla ſocietas, nullum mandatum, nulla venditio pag.269 columna 1.in fin.

Tutela.

Actio tutelæ non aliter naſci pupillo poteſt, quàm ſi interſit pag.16.columna 2.
Tutela finitur pubertate, ſed tutelæ officium non item, niſi acceptis curatoribus pag.44.col.2
Actio tutelæ non niſi ſemel, & quidem finita tutela dari poteſt pag.100. col 1.& 2
Tutela iure hereditario in heredem tranſire non poteſt pag.154.col.2 licet actio tutelæ in heredem tranſire poſſit pag.155.col.2

Tutela, actio.

Actio tutelæ non niſi ſemel competit actiones ex contractu ſæpè pag. 578.col.1.& 2

Tutor, conductor.

Tutoribus aut curatoribus non licet aliquid de Cęſaris patrimonio conductum habere, aut ex fiſci vectigalibus & tributis, ſcilicet ante rationes reddtas pag.611.& 612.col.1

Tutor, excutere.

Ex pluribus tutoribus vel curatoribus is prior eſt conueniendus, qui geſſit, alij verò non niſi acceſſoriè pag. 628.col.1

Tutor, periculum.

Periculum nominum paternorum ita demùm pertinet ad tutorem, ſi pupillus probet illa fuiſſe tempore ſuſceptæ adminiſtrationis idonea pag.43. col.2

Tutor, pupillus.

Tutoris dolus pupillo nocere non debet ſiue ſoluendo ſit, ſiue non pag. 482.col.1. niſi pupillus ex eo dolo factus ſit locupletior ibid.

Tutor, ſocius.

Heres ſocij licèt ſocius non ſit, ea tamen quæ per defunctum inchoata ſunt, explicare tenetur pag.157.col.1. & 2. ſicut & heres tutoris ibid.

Tutor.

Tutori ſalarium interdum conſtitui poteſt pag.3.in princ.
Omnia à tutore malè contracta nomina ad tutoris periculum pertinent, non tantùm ſi ſibi ipſi ſtipulatus ſit, ſed etſi pupillo pag.44.col.1
Finita tutela, officium tutoris aliquando durat pag.63 col.2
An & quomodo tutor bona pupilli emere poſſit? pag.267.& 268
An & quomodo tutores vel curatores eſſe poſſint, qui ſunt debitores aut creditores pag.318 in fin.
Tutor tenetur præſtare in ſua perſona id omne quod aduerſus aliũ quemlibet tanquam tutor præſtare teneretur pag.407.col.2
Tutor aduerſus alios experiri ſine actione non poteſt, aduerſus ſe poteſt pag.407.col.2
Tutor ante redditas tutelæ rationes ita demum cum fiſco contrahere prohibetur, ſi adhuc viuat is cuius tutela adminiſtrata eſt, nam ſi pupillus deceſſerit, licèt heredi eius ratio reddita non ſit, iure contrahit pag.612.col.2
Debitor Cæſaris vel Reipublicæ, ad tutelam vel curam accedere prohibetur pag.612.col.2

V A

Variare.

Papinianus, & Voluſius Marianus ſententiam ſuam mutarunt. pagin. 442.columna.2.

V E

Venalitiarius.

Qui ſint venalitiarij? pag.120.col.1

Vendere, euictio.

Qui vendit rem ſuam tanquam alienam, & tanquam procurator, non poteſt poſtea eam euincere tanquam propriam, cùm ipſe quoque de euictione teneatur, tanquam procurator, ſed habet actionem mandati contra dominum pag.106.107.& 108
Heres qui fundum vendidit quem ad ſe pertinere putabat iure hereditario, cuius tamen antea reuera dominus erat, an & quomodo habeat actionem contra eum qui fundum teſtatori vendiderat? & ad quid? pagin.108.& 109.

Vendere, ſubſtitutus.

Subſtitutus pupillariter vendens hereditatem patris, an hereditatem quoque pupilli vendidiſſe videatur? pag. 360.& 361

Vendere.

Seruo rem domini minoris vendente certa ſumma traditam, poteſt eam dominus vindicare, niſi indemnitas ei præſtetur pag.7.& 8
Vendens rem ſuam viliori precio coactus vrgentibus oneribus, rem ſuam abiicere & proiicere dicitur p. 89.col.1
In emendo & vendendo licet contrahentibus naturaliter ſe decipere, & venditori quantò poteſt cariùs vendere, emptori autem quantò vilius poteſt emere pag.89.col.2
Qui venditioni conſenſerunt, perinde eſt, acſi vendidiſſent, hactenus ſaltem vt petere non poſſint quanti eorum intereſt venditionem factam non fuiſſe pag.201.col.2.
Vendito ad menſuram fundo ſi plus fuerit inuentum quàm fuerit dictum pro toto debetur precium pagin. 280. columna.1. & 2.
Nihil intereſt, an quis fundum liberum vendat, an vendat fundum vti optimus maximúſque eſt pagin.296. col.1
Vendere per auerſionem eſt vniuerſaliter & in ſolle vno precio vendere pag.299.col.1.& 2
Nemo vendere aut emere cogitur abſolutè, adeóque nec iuſto, nec iniuſto precio, neque ſi aut menſura quantumuis æqua, aut precium quantumlibet iuſtum diſpliceat pag.307.& 308 col.1.& 2
Vendito nomine pignoratitio, pignoris quoque perſecutio vendita intelligitur pag.376.col.1
Vendita hereditate, etiam vendita ſunt pignora, quæ non ſolùm hereditati, ſed etiam quæ ipſi heredi data ſunt, ſi modò occaſione hereditatis data ſint pag.376.col.1.& 2
Actio vel nomen condicionale, etiam ante euentum condicionis vendi poteſt pag.381.col.1.& 2
Syndicus propria authoritate fundos priuatorum vendere non poteſt pro tributis pag.532.col.2
In vendendo & emendo naturaliter conceſſum eſt, quod pluris eſt minoris emere, quod minoris ſit pluris vendere, & inuicem ſe circumſcribere ſcilicet in precio, ſed non in re vendita pag.574.col.1.& 2

Venditio, alternatiuum.

In alternatiua venditione vna re perempta quæ ſupereſt danda eſt, & ideo prioris periculum ad venditorem poſterioris ad emptorem reſpicit pag. 266.& 267

Venditio, approbare.

Satis approbat venditionem, qui precium venditionis exigit pag.68 col.1.

Venditio, arbitrium.

Venditio in alterius ex contrahentibus arbitrium collata, in arbitrium boni viri collata intelligitur pag.231 & 232.col.1.& 2

Venditio certa.

Venditio certæ perſonæ facienda à mandatario nulla eſt, ſi alij quàm deſignatæ facta ſit pag.317

Venditio, condicio.

Quando dicatur melior condicio afferri in venditione pagin.333. & 334.

Venditio, conſequens.

In venditione principali, omnia acceſſoria continentur, & qui vendit ea quæ in conſequentiam veniunt, vendit etiam antecedentia pag.317.col.1 & 2.

Venditio, contractus.

Contracta venditione vt in certum caſum, & ſub aliqua condicione venditio reſoluatur, ſi condicio impleta non ſit, non alia quàm ex contractu ipſo quærenda eſt ad venditionem reſoluendam pag.229.& 230

Venditio, demonſtratio.

Venditio non poteſt ex ſubſecuta

BIU Cujas

confinium demonstratione, siue per errorem, siue per dolum alterius facta immutari, nec aliquid talis demonstratio adiicit pag.247.col.1.& 2

Venditio, emptor.

Ex venditione facta sub pacto addictionis in diem purè emptor acquirit fructus rei venditæ, & periculum rei ad eum pertinet pag.327.& 328. col.1.& 2. secus ex venditione condicionali pag.328.col.2

Venditio facta cum pacto addictionis in diem, oblata meliore condicione, siue ab alio, siue ab ipso emptore resoluitur, nec fructus percepti remanent penes emptorem, siue alius, siue ipse meliorem conditionem obtulerit pag 335.& 336

An venditione sub lege commissoria facta fructus sint interim emptoris? pag.354.col.1.& 2& pag.355

Venditio, euictio.

Pars quodammodo venditionis est, vt caueat venditor de euictione rei venditæ, vt si fortè euincetur, habeat emptor actionem ex empto ob euictionem pag.22.col.2

Venditio, fideiussor.

Debitor fideiussorem dando & ei remittendo pro eius indemnitate bona quædam ea conditione, vt vendita ei sint, si non ipse intra certum tempus fideiussorem liberaret, post tempus acquiritur ex ea venditione pag.323.& 324.

Venditio, filius.

An ex conuentione facta inter patrem & emptorem, absente filio, ad resoluendam venditionem rei peculiaris à filio factam, liberentur pater & emptor, aut filius pag.395.396.& 397

Venditio, hereditas.

In venditione hereditatis quæ quantitas spectanda sit, an quæ fuit mortis tempore? an quæ fuit tempore venditionis? an quæ fuit tempore additionis? pag.360.col.1.& 2

Venditio, locatio.

Venditione per euentum condicionis legis commissoriæ dissoluta, venditor actionem habet ex locato contra emptorem pro rata temporis quo venditio stetit pagin.573.col.1. & 2.

Venditio aut locatio vno nummo facta valet tanquam donatio pag.608 col.2

Venditio, mandatum.

Non videtur ex mandato res vendita, cùm forma mandati seruata non est pag.8.col.2

Venditio, pactum.

Venditioni appositum pactum afficiens rem venditam transit in secundum, tertium, & vlteriorem emptorem, si per plurium personas emptio cucurrerit & ambulauerit per multas possessio. pag.293

Pacta quæ fiunt, siue initio venditionis, siue ipso contractus tempore, siue denique incontinenti insunt contractui, & ideo sicut partem contractus faciunt, ita & partem precij pag. 321.col.1

Venditio, periculum.

Ad eum pertinet periculum peremptionis rei venditæ ad quem pertinet periculum deteriorationis pag.273. col.1

In condicionali venditione periculum rei venditæ, etiam ante condicionis euentum, pertinet ad emptorem, si postea condicio extiterit pag. 422.col.1.& 2

Venditio, pignus.

Venditione sub pacto de retrouendendo facta, si emptor factus per traditionem dominus rem venditam creditori obligauerit, postea venditori suo retrouendiderit, an pignus ipso iure extinguatur? pag.332.col.1.& 2

Venditio pignoris à creditore facta tantæ potestatis est, etiam ad transferendum dominium, quantæ si à domino ipso facta esset pag.338.col.1

Venditio, scriptum.

Venditio in scriptis, & sine scriptis fieri potest pag.227.col.1.& 2

Venditio, seruus.

An valeat pactum in contractu venditionis appositum, quòd seruus venditus emptore mortuo fiat liber, & an eo mortuo libertatem seruus ipso iure consequatur? pagin.446.in fin.& 447. columna. 1. & 2.

Venditio, tributum.

Venditio fundi tributarij fieri potest propter tributa soluta pag.532 col.2

Venditio, tutor.

Tutor quomodo rem sibi à patre pupilli venditam, & non traditã, sibi ipsi propria authoritate tradere possit? pag.317.& 318. col.1.& 2

Venditio, vsucapio.

Pura venditio facta sub pacto addictionis in diem prodest ad vsucapionem, si modò concurrant cætera necessaria, id est, possessio & bona fides. secus si sit condicionalis pag.327.col.1

Venditio.

Venditio ab aliquo facta alij quàm cui dominus rei venditæ voluit venditam, non valet pag.8 col.2

Ex natura venditionis est, vt venditor caueat de sanitate rei venditæ, sicut & de euictione pag.23.col.1

Venditionem impedit, qui carius vendere vult, quàm res sit pagin.90. col.2

Venditio rei alienæ, an & quomodo subsistere possit? pagina 203. col.1.& 2.

Differentia inter venditionem & societatem pag.225.col.1

An & quomodo inter patrem & filium venditio contrahi possit? pag. 225.& 226

Venditio sine precio nulla est pag. 226.col.1.& 2

Venditionis substantia consistit in precio pag.226.col.1

Translatio dominij rei venditæ non tam ad substantiam, quàm ad naturam & implementum venditionis pertinet pag.226.col.2

Venditionis substantia non in pecunia actu numerata consistit, sed in pecunia numeranda, licèt generaliter dicatur pecunia numerata pag.226. col.2

Venditio sine precio conuento, licèt non numerato, nulla est pag.226. col.1.& 2.& 227.col.1

Ad probandam venditionem non sufficit factam esse mentionem venditionis in instrumento, nisi & precij mentio facta sit pagin.227.columna.1

Venditio nullis etiam instrumentis interuenientibus facta valet, dummodo aliunde probetur pag.227.col.2 nisi in scriptis venditio sit ibid.

Venditione ipso iure resoluta rei vendicationem exercere venditor non potest, sed actione personali ex vendito agere cogitur pagin.230. col.2

Ex venditione per conuentionem resoluta, competit actio ex vendito, secus si per aliam causam extrinsecam pag.230.col.2.

Quando in venditione obligatio de euictione nascatur pagin.235. col.2

Creditor pignoratitius meliorem allatam condicionem abiicere non potest in venditione pignoris facta cum pacto addictionis in diem, si modò melior illa condicio ab inope emptore non offeratur, secus ipse venditor, denique dominus pagina 338. col.1.& 2

An in venditione sub pacto addictionis in diem facta, meliorem condicionem offerenti, res addici sub eodem pacto possit? pagina 338.& 339.

In venditione, res à pluribus facta diuersis pretijs cum pacto addictionis in diem, potest per alios pactum exerceri aliis nolentibus, secus si vno pretio venditæ sint omnes omnium partes, quia tunc per contradictionem vnius, alij impediuntur pagina 339. & 340.

Ante venditionem perempta res venditionem facit nullam, secus post venditionem pag.243.col.1.& 2

In venditione & emptione venditæ res & traditæ non aliter emptori acquiri possunt, quàm si is precium venditori soluerit, aut aliter eo nomine satisfecerit, veluti expromissore, aut pignore dato, aut denique fidem ei de precio habuerit pag.247.& 248 & ratio, ibid.

An & quomodo alienæ rei venditio valeat? pag.253.col.2.

Actio ex vendito ad quid competere possit? pag.260.col.2

Dissensus in accessorio non vitiat emptionem, si in principali consensus adsit pag.262.col.2

Quarum rerum venditio permittatur, vel non? pag.263.col.1.& 2

Rei furtiuæ emptio non valet, si ab vtroque sciatur furtiua, vel ab emptore, secus si à venditore tantùm pag. 264.& 265

Perfecta venditio non est rei quæ degustari, aut mensurari debuit ex conuentione ante gustum, aut mensuram

BIU Cujas

ſuram pag.265.& 266
Inter quas perſonas venditio prohibeatur? pag.267.& 268
Venditio aut precij conuentio in arbitrium alterutrius contrahentium conferri non poteſt pagin.269.col.1. & 2.
An & quomodo venditio veneni ſuſtineatur? pag.269.& 270
Ad quem pertineat periculum rei venditæ quæ in ſpecie conſiſtat, ad quem rei quæ pondere, numero, menſura conſiſtat? pag.272.& 273
Ante perfectam venditionem periculum rei venditæ pertinet ad venditorem, poſtea verò ad emptorem pag. 272.& 273.col.1.& 2
Venditio non eſt vbi in contractu venditionis apponitur precij donatio pag.274.& 275.col.1.& 2
Venditio etiam perficitur, licèt precio non ſoluto pag.275.col.1
Venditio facta eo precio quo ab alio empta antea fuerat, nulla eſt, ſi ea non empta, ſed donata, aut aliter acquiſita fuit pag.275.col.1.& 2
Vniuerſa venditio donationis cauſa facta non valet, facta autem donationis cauſa pro parte valet pag.276 col.1.& 2
An venditio viliore precio inter virum & vxorem donationis cauſa facta valeat pag.277.col.1.& 2.
Remedium reſcindendæ venditionis iure veteri fuit incognitum pag. 277.col.2
In venditione fructus oliuæ pendentis, ſi venditor eſt ſtipulatus decem pondo olei, ſi quinque tantùm nata ſunt, venditio & precij conſtitutio in quinque tantùm conſiſtit pag.277. & 278.col.1.& 2
In venditione fundi cum aqua etiam venit aquæ iter, licèt de eo nihil dictum ſit pag.279.col.1.& 2
In venditionibus id maximè ſpectandum eſt quod actum eſt, ſi verba interpretationem aliquam patiantur, ſin minus id ſequi oportet quod dictum eſt pag.280.col.2
In venditione fundi, ſi nihil exceptum ſit ex natura contractus, etiam manuſata ad emptorem pertinent p. 281.col.1
In venditione fundi cum omnibus acceſſoriis, etiam quod ſeruus ex peculio acquiſiuerat venit pag.281.col.1 & 2.
In venditione ædificij rota quoque per quam aqua trahitur, venit pag. 281.col.1.&2
Venditio menſæ argento coopertæ pro ſolida ignoranti, emptori non valet pag.282.& 283
Venditionis cauſa non minus indiuiſa eſt, quàm precij pag.285.col.2.
Venditio ædificiorum ac villarum demoliendi cauſa, aut deſtruèdi prohibita eſt pag.289.& 290. niſi ad opus reipublicæ facta ſit ibid.pag.290 col.1
Qua pœna puniantur emptor & venditor ex venditione ædificiorum deſtruendi cauſa facta? pag.290.col.1. & 2.
Venditio bona fide contracta ex minima cauſa reſcindi non debet p. 291.col.1.& 2. licèt à minore facta eſſet ibid.col.2
Venditio vno numino facta nulla eſt pag.291.col.1
Nuda & imaginaria venditio nulla eſt pag.292.col.1.& 2
Imaginaria venditio licèt ad alienationem inutilis ſit, non eſt tamen ſine effectu pag.292.col.2
An venditio rei quæ non ſupereſt tempore venditionis nulla ſit, ſi in totum, aut pro parte ſupereſſe deſierit pag.293.& 294
In contractu venditionis veniunt omnia quæ ſunt ex natura contractus, & licèt non dicantur, ipſi tamen contractui conſequentia ſunt pag.302 col.1
In venditione fundi ruta cæſa non veniunt, niſi expreſsè dictum ſit pag. 303.col.1.& 2
Actio ex vendito datur, etiam ad id quod deuenit in pacto incontinenti appoſito pag.313.314.& 315
In venditione horreorum veniunt dolia in horreis defoſſa, id eſt, ſolo affixa & infixa, ſi non ſint nominatim in venditione excepta, ſecus ſi non ſint defoſſa pag.315.col.1.& 2
In venditione facta cum exceptione alicuius rei, ea res non pertinet ad venditorem, ſi tempore venditionis non ſit, licet poſtea eſſe cœperit pag. 316.& 317
In venditione facta fundi cum exceptione manuſatorum non continentur arbores, neque vites pag.321 col.1.& 2. non enim ea manuſata continentur, quæ in perpetuum ſata ſunt ibid.
Venditio non eſt quoties id agitur, ne dominium rei ad emptorem tranſeat: ſed aut locatio, aut aliud genus contractus pag.323.col.1.& 2.& 324. col.1.& 2
In venditione conditionali non transfertur dominium rei venditæ ante condicionis euentum, non minus quàm poſſeſſio, licèt traditio ſecuta ſit pag.326.col.2 ibid.
Reſoluta venditione per euentum condicionis ſub qua reſolui eam placuit, deſinit eſſe pignus ab emptore conſtitutum, & ipſo iure intercidit p. 332.col.1
Fundus venditus & in diem addictus computatur in bonis, & familia venditoris, non emptoris pagin.332 in fin. ſi ſcilicet ſub condicione venditus ſit, non autem ſi purè ibid.& 333. col.1.& 2
Reſoluta venditione quæ fuerat facta cum pacto addictionis in diem ob allatam ab alio emptore meliorem condicionem, & ſecuta retrotraditione, fructus omnes, tam percipiendi quàm percepti, licèt conſumpti ſunt reſtituendi pagin.334.& 335.col.1. & 2.
An & quomodo valeat venditio aceti pro vino? pag.238.col.2
In venditione ſub pacto addictionis à pluribus contracta poteſt vnus ex venditoribus meliorem afferre condicionem pag.340.col.1.& 2
An venditio facta ſub pacto addictionis reſoluta ſit per oblationem melioris condicionis per ſecundum emptorem licèt inopem, etiam dolo prioris emptoris factam? pag.341. col.1.& 2
Melior eſt condicio quam venditor approbauit in venditione pag.342. col.2
In venditione facta ſub pacto addictionis in diem, ſi pupillus ſine tutoris authoritate, vel ſeruus alienus volēte vēditore adiiciat, & licitetur, reſoluitur prior venditio per poſteriorem pagina 342. & 343.
Venditio valet, ſi venditor obligetur emptori, licèt emptor non obligetur venditori pagin.342. & 343.col.1. & 2.
In venditione facta ſecundo emptori qui meliorem attulit condicionem, nihil ſequitur emptorem præter corpus rei venditæ pag.343.& 344. col.1.& 2.
Venditio ſub pacto addictionis in diem contracta non reſoluitur per ſecundum emptorem pretium tantumdem offerentem, licèt melior venditoris condicio fieri videatur, qui lucraretur eo caſu fructus à primo emptore perceptos pag.344.col.1.& 2
In venditione ſub pacto addictionis in diem contracta mortuo ante diem venditore iacenti hereditati melior conditio afferri non poteſt, ſecus ſi intra diem addictionis heres exiſtat p. 344.& 345.col.1.& 2
Venditio ſub pacto addictionis facta non reſoluitur per ſecundum emptorem plus offerentem ratione alicuius rei quæ poſtea acceſſerit, quæ non minoris ſit, vel ratione longioris temporis pretij ſoluendi cauſa dati p. 345.col.1.& 2
In venditione ſub pacto addictionis in diem contracta, ſicut prior emptor oblata meliore condicione fructus reſtituere tenetur, ita & ipſi ſumptus, & ea quæ in rem venditam erogauit, reſtitui debent pag.345.& 346
Ex contractu emptionis & venditionis non alia naſci poteſt actio, quàm ex empto ex parte emptoris & vendito, ex parte venditoris & præſcriptis verbis ad id quod conuentū expreſsè & dictum eſt, nunquam tamen præſcriptis verbis ad id quod actum eſt p. 346.col.2
Venditio duarum rerum duobus facta cum pacto addictionis in diem nō reſoluitur per adiectionem precij pro vna re factam ſi non appareat quæ ex duabus illa ſit, quod ſi conſtet de ea, reſoluitur pro ea parte venditio pag. 346.& 347.col.1.& 2
Venditio cum duobus ſociis vnius rei contracta reſoluitur ab vno ex ſociis meliorem condicionem offerente, ſi ſub pacto addictionis in diem facta fuit pag.347.col.1
Venditio poſterior valet fundi in diem addicti, ſi poſtea precium adiectum eſt, & venditor alio fundo applicato eum ipſum fundum poſteriori emptori, ſine dolo malo addixerit, nec priori emptori venditor remanet obligatus pag.347.& 348
Ex venditione per legem commiſſoriam reſoluta, competit venditori actio ex vendito, vt fructus & deteriorationes conſequatur, item ex venditione ſub pacto addictionis in diem reſoluta pag.351.col.1.& 2
Venditione per legem commiſſoriam reſoluta, id inter emptorem & venditorem actum intelligitur, vt quicquid ab emptore, ſiue arrhæ, ſiue alio nomine, putà pro precio datum eſſet, id penes venditorem remaneret pag.352.col.2
Venditione per legem commiſſoriam reſoluta, emptor lucratur fructus ſi partem precij ſoluerit pag.351.& 352.
Lex venditionis committitur nulla interpellatione præcedente pag.353. col.1.& 2

BIU Cujas

Lege venditionis commissa, si ea venditor vti velit, & venditio resoluitur, & id quod arrhæ, vel alio nomine datum est, ad venditorem pertinet p. 355.col.1.& 2

Venditione per legem commissoriam resoluta & res vendita inempta est, & id quod accedit, non pertinet ad emptorem pag.355.col.1.& 2

Non potest videri emptor in legem venditionis commisisse, etiam si pecuniam precij intra diem non soluerit, si modo statuto die paratus fuerit pecuniam offerre pag.356.& 357

Venditione per legem commissoriam resoluta vindicari potest res vendita non solùm ipso iure, sed etiam sine metu exceptionis rei venditæ quidem, sed nunquam traditæ pag.357 & 358. si modò traditio facta non fuisset ibid.

Venditio rei alienæ rem venditam non afficit, sed tantum personas contrahentes pag.259.col.1

Cur alienæ rei venditio valeat, oppigneratio autem non valeat pagin. 258.& 259

Venditio hereditatis viuentis, cur non valeat? pag.358.& 359

Ex hereditatis emptione actiones non solùm hæreditariæ pertinent ad emptorem, sed etiam eæ quæ hereditatis occasione quæsitæ erant heredi pag.367.col.1. & 2

Venditio hoc modo concepta, si qua sit hereditas, est sibi empta, valet pag.378.col.1.& 2. nisi sciēs ad se non pertinere vendiderit ibid. & pa. 379.

Hereditate vendita, etsi non conuenerit, vt quicquid iuris haberet venditor, emptor haberet, venditor tamen heredem se esse præstare debet pag. 379.col.1

Vendita spe hereditatis defuncti liberator venditor, etiam si nihil ad eum peruenerit, si modo sine dolo venditio contracta sit pagin.379. col.2

Vendens nomen filijfamilias etiam actiones, quas de peculio contra patrem habet, præstare debet, nisi aliud actum sit pagina 379. & 380.col.1. & 2

Vendita hereditate etiam res hereditarias venditor tradere debet pag. 380.col.1.& 2

Venditio conditionalis obligationis purè contrahi potest, & ex ea actio ex vendito statim competere pagin. 383.col.1.& 2

Venditio quæ fit accepta litis æstimatione, necessaria est, non volūtaria, ideóque dignior est venditor cui faueatur pag.389.col.2

Accretione vel diminutione precij venditio mutatur pa.397.col.1

An venditio nudo consensu dissolui possit vbi venditor fideiussorem accepit de soluendo precio ab emptore vel emptor à venditore siue traditionis nomine, siue euictionis pag. 398. col.1.& 2.& 399 col.1.& 2

Venditio per acceptilationem dissolui potest, sicut & per pactum pag. 400.col.1.& 2

Donatio precij à venditore facta emptori remissio debiti, non autem venditionis resolutio est pagin. 401. col.1

Venditio sub condicione resolubilis, valet statim tanquam pura quousque resolutionis conditio extiterit p. 401.& 402.col.1.& 2

Venditio pura per conditionalem tolli non potest, nec in conditionalem conuerti pag.402.col.1

Venditio semiplena & imperfecta resolui ac renouari potest per plenam & perfectam non contra pagina 403. col.1

Venditioni consentiens non tenetur actione ex empto vendito, nec ex stipulatione ob eam causam interposita, sed tantùm venditor pagin.404. col.1.& 2

Venditio facta sincera fide ac iusto precio solemniter & nulla fraude interueniente ob cessationem collationum, vel reliqua tributorum aut vectigalium conuelli non debet nisi per sordes, vel per gratiam facta proponatur pag.405.col.1

In venditione bonorum siue absentis siue minoris subhastationum solemnitas interuenire debet pag. 405.col 2

Venditio etiam quæ pro vectigalis solutione per procuratorem fisci aut instante alio quolibet creditore facta sit, rescinditur, si vel omnino prætermissa & neglecta sit subhastationum solemnitas vel ea minus exactè ac diligenter facta, nisi per sordes aut gratiam maioris pretij viliore pretio distracta sit p.405.c.2

Venditio etiam sub nomine subhastationis publicæ facta, rescinditur ob læsionem pagina 406. columna 1.

Venditione rescissa tanquam mala fide facta fructus cum re vendita sunt restituendi p.406.c.1

Venditio fundi facta, lege dicta, vt si ad diem non sit soluta pecunia res inempta fiat, nulla est si emptor tutor datus pupillis venditoris intra dictam diem contutoribus non soluerit p.407.col.1.&2

Venditio earum rerum quæ numero, pondere, ac mensura consistunt vno pretio facta, sicut cæterarum rerum statim perfecta est, atque de precio conuenit: aut, est facta in numeros, pondera, & mensuras, & tunc non est perfecta ante pondus, numerationem aut mensuram pagina 409. columna 2

Venditio ad mensuram facta quodammodo condicionalis est & imperfecta, ideò periculum & custodia pertinet ad venditorem, hactenus scilicet vt vēditor precium quod accepit reddere debeat, non etiam præstare id quod emptoris interest pagina 410. 411.& 412

Venditionis vini per auersionem, & in globo factæ, ad quem transeat periculum ante vel post degustationem pag.417.& 418

An venditione vini in qua nihil de degustatione dictum est, omne periculum, siue qualitatis, siue substantiæ ad emptorem omnimodo pertineat dum ne qua mora in vino tradendo per venditorem facta sit, si modo vinum in specie aut per auersionem venditum sit, non in genere ad mensuram & precio in singulas mensuras constituto pagina 417. colum. 1. & 2

Quando vini per auersionem venditi finis custodiæ sit? auehendi tempus pagina 418. columna 1. siue tempus adiectum sit, siue non ibid. col. 1. & 2

Ex venditione rerum quæ pondere, numero, mensuráve consistunt, periculum rei venditæ ante mensuram, pondus, aut numerum est venditoris pag.419.col.1.& 2

Venditæ rei præstatio fieri non debet à venditore, nisi quod dolo malo eius interceptum esset, si per emptorem steterit, quo minus ad diem res vendita tolleretur pagina 419. col. 1.& 2

Contracta venditione quod rei venditæ per alluuionem accessit vel decessit ad emptorem pertinet pag. 420.col.1.& 2

In venditione fundi, veniunt etiam ea quæ cedunt in modum fundi, si aliter conuentum non sit, quæ verò non cedunt in modum fundi, vt sunt loca publica, non veniunt nisi id actum sit pagina 420. columna 1. & 2

Venditione perfecta, periculum rei venditæ pertinet ad emptorem pagina 421. columna 1. & 2. etiam ante traditionem ibid.

Quando venditio perfecta esse videatur? 421.& 422

Ex venditione conditionali emptor & venditor, ac eius heredes obligantur, licet ante condicionis euētum contrahentes decesserint pag. 422 col.2

Venditio condicionalis extincta re vendita ante condicionis euentum euanescit pag.423 col.1.& 2

Venditio conditionalis non corruit, ne quidem pro parte, si ante condicionis euentum res fiat deterior, modo non perierit in totum pagina 423.col.2

Venditio condicionalis, neque pura neque perfecta est ante impletam condicionem pagina 424. columna 1

Venditio vsusfructus extinguitur morte venditoris non emptoris, si vsusfructus ab vsufructuario venditus sit, extinguitur verò morte emptoris, non venditoris, si à proprietario vsusfructus venditus sit pagina 424. & 425

In venditione fundi arbores vi deiectæ non continentur, si eas vi deiectas emptor sciebat, secus si ignorabat & venditor sciebat pagin. 425. & 426.col.1.& 2

Venditio rerum mobilium ad mensuram facta, non potest dici perfecta ante mensurationem, secus venditio rerum immobilium pagina 426. & 427

In venditione insulæ, quæ postea incendio perierit, cui perierit, an venditori, an emptori? pagina 427. col. 1. & 2

Periculum vinorum quæ in doliis erant venditorum, pertinet ad emptorem, si ea antequam ab illo tollerentur suâ naturâ corrupta fuerint, siue ea non degustauerit, siue malè degustauerit, modò venditor nihil de bonitate eorum affirmauerit pag.430.col.1 & 2

Pactum in venditione appositum facit partem precij pagin.434.columna.1.

Actio ex vendito datur, etiam pro eo quod venit per pactum in venditione appositum, siue in dando, siue in faciendo illud consistat pagin.460. col.1

Quomodo pactum in venditione appo-

BIU Cujas

appositum faciat partem precij? pag. 460.col.2

An filiusfamilias venditionis sit capax? pag.463.col.1.& 2

Actio ex vendito datur venditori quoties ipsius interest id fieri quod promissum est pag.466.col.1

Cur alienæ rei venditio permittatur pag.468.col.1

Venditæ rei vacua possessio non videtur tradita à venditore, si ea possessio, vel impediri ab aliquo, vel auocari possit pag.473.col.1

Præstationes faciendæ ratione rei venditæ principaliter, etiam faciendæ sunt in re qualibet accessoriè vendita, nisi hactenus vt dupla eo nomine nunquam præstetur pagin.475. & 476.

In venditione dolus & culpa præstari debet, tam circa rem venditam, quàm circa accessoria pag.486.col.1 & 2.

Actio ex vendito competit venditori ad ea consequenda, quæ ei ab emptore præstari oportet pag.488. col.1.& 2

In actionem ex vendito veniunt pretium quanti res venit, & vsuræ precij post diem traditionis pag.488.& 489.col.1.& 2

Per actionem ex vendito sumptus facti in re vendita repetuntur ante traditionem rei pagin.490.column.1. & 2.

Actio ex vendito competit venditori ad consequenda omnia quæ emptorem venditori præstare æquum est pag.490.col.2

An ex venditione procuratoris dominus obligetur, & sibi actio quæratur? pag.492.col.1.& 2

Acta omnia in contractu venditionis, aut incontinenti appositæ partem precij facere intelliguntur pag.502 col.1.& 2

Venditio recta contrahitur ea lege, vt emptor rem emptam nemini vendere possit, quàm venditori pag.502.col.1 & 2.

Stipulatione pœnali in venditionis contractu appositæ & commissa, si id quod interest pœnam excedat, & pœna peti potest, & id quod excedit pœnam actione ex empto pagin 528. col.2

Vendita domo, etiam quod extra domum est, si domui iunctum sit, vel domui vsibus & commodis destinatum, venit in venditionem pag.534. col.1.& 2

Venditio valet serui qui apud hostes sit, & eius præstatio differtur, donec redeat pag.538.& 539

Beneficium *l.2.Cod.de rescind.vend.* toti veteri Iurisprudentiæ incognitum pagin.514.col.1.& 2

Ex traditione alicuius rei certo precio vendendæ, vt quo pluris venderetur, superfluum venditor lucraretur, competit actio præscriptis verbis incerti pagin.664.& 665. neque enim emptio, neque mandatum, neque societas est ibid.

Venditor, æstimatio.

In æstimanda re vendita si venditor traditioni moram fecerit quod tempus inspiciendum sit, an litis contestatæ, an moræ, an condemnationis? pagin.455.column.1.& 2. & pagin.456. column.1.& 2.

Venditor, debitor.

Debitor aut venditor aliquid de suo fundo præstare obligatus, non transfert obligationem in fundi possessorem pag.324.& 325.column.1.& 2

Venditor, emptor.

Dominus alienare prohibitus non potest vendere, nec emptor eius rei venditæ dominium nanciscì, nequidem per vsucapionem pag.255.& 256 siue sciens, siue ignorans emptor emerit 256.col.1

Venditor, euictio.

Venditor de euictione liberatus per conuentionem tenetur, tamen ad precij restitutionem tenetur, sed non ad interesse pag.476.col.2. etiamsi apertè conuentum sit, ne ad precij restitutionem teneatur ibid.& pag.477 col.1

Venditor, heres.

Venditor coheres portionis hereditariæ, si totum defuncti debitum pœnale, aut pignoratitium soluerit, habet subsidiariam actionem ex stipulatu aut ex vendito contra emptorem vt solutum consequatur pagin.381.& 382.

Venditor vinum venditum effundere potest, si diem ad metiendum præstituit, nec intra diem admensum est, heres verò vinum legatum effundere non potest congrua interpellatione facta pagina 412. & 413. columna 1.

Venditor, locator.

An duriùs obligetur venditor locatore, an locator venditore pag.597.& 598.col.1

Venditor, stipulator.

In alternatiuis emptionibus electio est venditoris, non tam quasi venditoris, quàm quasi debitoris pag.266. col.1.& 2. sicut & stipulatoris ibid.

Venditor, vsucapio.

Venditor rei alienæ, vel etiam alij obligatæ post longi temporis præscriptionem, vel vsucapionem desinit emptori de euictione teneri pagin. 105. col.2

Venditor.

Vendens quomodo rem venditam tradere teneatur? pag.21.col.2

Venditor rei suæ precium constituere non potest, nisi in iureiurando in litem propter contumaciam eius qui rem alienam reddere non vult p. 88.col.2

Tutor vel curator, tanquam tutor vel curator vendens, nõ tenetur finita administratione, nisi proprio nomine se obligauerit pag.107.col.2. secus procurator, & ratio diuersitatis ibid.

Venditor cuius culpa venditio non subsistit, tenetur emptori in id omne quod ex ea causa interierit emptoris pag.235.col.2

Venditor ex venditione rei deterioris, quam tamen scienter pro bona vendiderat, tenetur emptori ex empto, quanti emptoris interest ob eam causam pag.237.col.1

In alternatiuis ratione rei venditæ, electio est venditoris, non emptoris: ratione verò pretij est emptoris pag. 252.& 253

An cogendus sit venditor, vt dominium rei venditæ transferat in emptorem? pag.253.& 254

Vtrum venditor ad rem tradendam cogi præcisè possit pagina 254.columnn.1

Vendito seruo sine peculio quicquid peculio postea accedit, id totum venditori adcrescit pagin.260.col.1. & 2.

In contractu venditionis verba quæ possunt intelligi actiuè & passiuè in præiudicium venditoris actiuè aut passiuè intelligi possunt, non in præiudicium emptoris pagina 261.column.1 & 2.

Venditor in dubio nihil aliud videtur vendere, quàm ius quod in re vendita habet pag.261.col.2

Venditor possessionis debet præstare se possessorem potiorem, sicut & venditor iure creditoris debet præstare se creditorem potiorem pag.265. col.2.

Venditor tenetur præstare custodiam in re vendita, si tamen sine culpa sua perierit, non tenetur pag.270. & 271.

Venditor emptori præstare tenetur quod sine incommodo & dispendio ipsius venditoris futurum est pag.271 col.1

Venditor post venditionem actiones, & quicquid ob rem venditam consecutus est emptor: cedere & restituere tenetur pag.271. col.1.& 2 periculo tamen emptoris p.272 col.1

Venditor ex eo quod commendandi gratia dixit, non obligatur, nisi decipiendi emptoris gratia commendatio facta sit de iis quæ non apparent, si verò de iis quæ apparent, non obligatur pagina 283. & 284. columna 1. & 2.

Venditori semper præstandum illud est, propter quod vendidit vilius, & emptori id propter quod emit carius pag.284 col.2

Venditoris promissio generalis non refertur ad id quod emptor sciebat p. 283.& 284 col.1.& 2

Venditor omnimodo præstare debet dolum malum à se abesse, etiamsi de eo nihil dictum sit pagin.285.col.1 & 2.

Venditor ex venditione vasis aurichalci pro auro tenetur, vt aurum quod vendidit, præstet pagin.286. col.2

Iniquum est non permitti venditori quod inuitus emptor accipere non cogeretur p.295.in fi.

Venditor fundi, si non dicat vti optimus, maximúsque est, non vendit liberum, sed qualis est, siue vrbanum sit prædium, siue rusticum pa.295. & 296.col.1.& 2

Venditor in venditione sexaginta doliorum, si tantùm sexaginta habeat, ea integra emptori præstare non tenetur, si verò centum habeat, electionem habet sexaginta ex centum, modò deteriora non eligat pagin.296.& 297

BIU Cujas

Venditor demonstratione fundi facta & confines & vicinos nominare non tenetur, sed si nominet, non debet eum celare, quem si emptor sciuisset, non emisset pag. 300. col. 1. & 2

Venditor pro euictione tenetur, & precium restituere & emptori præstare quanti eius interest euictam rem non esse pag. 302. col. 1

Venditor etiam pro euictione vsufructus tenetur emptori, licet nihil dictum sit pag. 302. col. 1 & 2

Venditor non tenetur pro euictione seruitutum, siue rusticorum prædiorum, siue vrbanorum, nisi expresse tales seruitutes accessuras esse fundo vendito promiserit pag. 302. col. 2 & pag. 303. col. 1. & 2

Venditor seruitutem prædiis venditis debitam dolosè reticens emptori, si emptor non vtendo per statutum tempus, eâ seruitutem amiserit, tenetur emptori ex empto ob dolum pag. 303. col. 1. & 2

Venditor dolum malum à se abesse præstare debet, p. 305. col. 1. & 2. & hoc solebat apponi in contractibus omnibus ibid.

Venditor promittens emptori se daturum quicquid mercedis nomine à conductore suo exegisset propter rem venditam, non tantùm dolum, sed & diligentiam in exigendo tenetur præstare pagin. 305. columna 1. & 2.

Vendita sylua cædua glandes, quæ ex arboribus decidunt priusquam cæsa sit, sunt venditoris, postea verò emptoris pag. 312. col. 1. & 2

Venditor prætextu exceptionis totã rem venditam retinere non potest p. 317. col. 2

Venditor fundi partem dimidiam, ea lege vendens, vt emptor alteram partem annis decem certa pecunia in annos singulos à se conductam haberet, habet actionem ex vendito contra emptorem, vt is alteram partem conducat pag. 320. col. 1

Venditor allata meliore condicione posteriori emptori addicere potest pag. 336. col. 1. & 2

Venditor rem suam dolo malo vendere duobus prohibetur, quod si contrà fecerit, incidit in crimen stellionatus, adeóque in crimen falsi pagin. 336. col. 1

Venditor allata meliore condicione priorem emptorem certiorem facere debet, vt si quid alius adiicit, ipse quoque adiicere possit pag. 336. & 337.

Venditor in pacto addictionis meliorem oblatam condicionem abiicere potest, sequique primam quasi meliorem pag. 337. col. 1 nisi aliter conuentum sit ibid. col. 2

In venditione facta sub pacto addictionis, si res secundo emptori addicatur, qui plus non obtulit, prima venditio non rescinditur, & venditor primo & secundo emptori remanet obligatus pagina 340. 341. columna 1.

Quicquid ad vtilitatem venditoris pertinet, pro meliore conditione haberi debet pag. 344. col. 1

Lege venditionis commissa venditor eligere debet, an commissoriam exercere velit, an precium petere, & vno electo aliud petere postea non potest p. 352. col. 1. & 2.

Conuentio valet in lege commissoria apposita vt si venditor post commissam legem & resolutam venditionem eundem fundum alij vēderet, quanto minoris vendidisset, id à priore emptore exigeret pagin. 352. & 353. col. 1. & 2

An venditor nulla conuentione apposita in lege commissoria post resolutam venditionem possit exigere à primo emptore quod à posteriore minus consequi possit pagina 353. col. 1. & 2

Venditor legi commissoriæ renunciat, qui post diem commissoriæ legi præstitutum precium petit vel accipit pag. 358. col. 1. & 2

Venditor affirmans aliquid esse de hereditate, quod reuera non erat, tenetur de euictione pagina 359. columna 2

Venditor hereditatis de euictione satisdare non debet, de qua nec cauere quidem cogitur p. 359. col. 1. & 2

Venditor hereditatis emptori de facto suo satisdare tenetur pagina 359. & 360

Venditor hereditatis antequam corpora hereditaria nactus fuerit actiones duntaxat sibi competentes emptori tradere tenetur pag. 361. & 362

Venditor hereditatis dolum & latam culpam præstare tenetur, sed non leuem p. 365. c. 1. & 2

Venditor hereditatis emptori præstare tenetur quicquid actione de peculio ex contractu filijfamilias vel serui præstare debuisset creditori p. 365. & 366

Venditor hereditatis lucrum illicitum emptori præstare non tenetur, & quod indebitè exegerit, reddere, & quod indebitè soluerit aliis, ab eodem emptore repetere non potest pagin. 366. c. 1. & 2

Venditor hereditatis iniquè condemnatus quicquid ex ea condemnatione sine dolo soluerit ab emptore repetere potest p. 366. col. 2

Venditor hereditatis, si aliquid præstiterit ex venditione alicuius rei hereditariæ, ab emptore repetere non potest, cùm vt venditor, sed non vt heres præstiterit pag. 367. & 368. col. 1. & 2. nisi rei venditæ precium emptori hereditario restituerit ibid.

In venditione hereditatis excepto seruo sine peculio quod ab emptore consequi possit venditor conuentus actione de peculio? pag. 368. & 369. col. 1. & 2

An venditor hereditatis ædes sibi excipiens damni infecti stipulationis onus sustinere debeat pagina 370. col. 1

An venditor hereditatis Titij ab emptore institutus, postea heres, si eam hereditatem Seio vendiderit, ex priori venditione hereditatis, cum Seio agere possit? p. 370. & 371

Vēditor hereditatis actione ex venditore, consequi quod promisit, licet nondum præstiterit, ab emptore potest p. 371. col. 1. & 2

Periculum rei quæ in numero consistit, transit ad venditorem, si nondum numerata sit pagina 273. & 274

Venditor in vendendo prædio confinem vel vicinos aliquos celans, tenetur emptori ad id omne quod ex ea causa potest interesse pagina 274. columna 1. & 2

Venditor hereditatis exactam pecuniam sine dolo malo vel culpa perdens, non tenetur emptori pag. 374. col. 1. & 2

Vendita hereditate, quæ ad emptorem postea non peruenerit quantum emptori præstari debeat à venditore p. 377. c. 1. & 2

Vendito omni iure quod haberet venditor super hereditate, an valeat venditio, si nullum ius haberet, & ad quid teneatur emptori, si sciret nullum ius in hereditate sibi competere? p. 377. & 378. col. 1. & 2

Venditor hereditatis tenetur emptori quanti interest, si vendiderit tanquam heres, cùm esset tantùm fideicommissarius pag. 380. & 381

Venditor hereditatis Titij, debitoris eiusdem heres postea factus, tenetur emptori actione ex empto pag. 383. & 384

Venditor hereditatis sui creditoris tenetur emptori debitum præstare p. 384. c. 1. & 2

Venditor hereditatis interposita stipulatione rem hereditariam alij vendens, non committitur bis stipulatio vt rem & precium præstare debeat, sed tantùm vnum p. 384. & 385

Venditor hereditatis rem hereditariam persecutus, alij vendens interposita ante venditionem stipulatione rem præstare debet, precium autem interposita stipulatione post venditionem p. 385. c. 1. & 2

Venditor hereditatis, si precium aliquam hereditatis alij vendiderit, & species intererit, an emptori hereditario teneatur ad precium rei venditę licet peremptæ? p. 385. & 386

Venditor hereditatis alij rem aliquam hereditariam vendens, tam negotium emptoris hereditatis gerit quàm ipsius hereditatis pagina 386. col. 1

An venditor qui ante traditionē rei vni venditæ, alij postea vendiderit, & ab eo precium acceperit, primo emptori precium à secundo acceptum restituere teneatur, si res perierit, ante traditionem? pag. 386. 387. 388. & pag. 389. col. 1

In venditione hereditatis hoc agitur tacitè, vt si quid tanquam heres venditor fecerit, id præstet emptori, quasi illius negotium agat pagin. 387. col. 1

Venditor fundi, quamuis fructus quos percepit ex fundo vendito, nec dum tradito restituere cogatur emptori à quo precium accepit, si tamen fundum neglexerit, id est, nec eum coluerit, nec proinde fructus ex eo vllos perceperit, nullos tamen præstare cogendus est, nisi si culpa ipsius aliqua præcessisse cogatur pag. 387. col. 1. & 2. & 388

Venditor qui rem venditam ab alio possessam petiit, & litis æstimationem accepit, vtrum precium rei, an rem ad actionem, an quod acceperit à possessore, siue res extet, siue perierit, emptori restituere teneatur? pag. 388. 389. & 390

Venditor ad traditionem rei tenetur vbi fuit in culpa, vbi verò non fuit, tenetur ad cedendum pagin. 390. columna 1

Venditor vi deiectus à possessione fundi venditi, aut furtum rei venditæ passus, si duplum à fure per iudicem accepe-

BIU Cujas

acceperit, & tamen rem ipsam quoque recuperauerit, quid emptori reddere teneatur pag.390.col.1.& 2
Venditor qui sine culpa rei venditæ possessionē amisit sicuti rem ipsam emptori præstare non tenetur, ita nec æstimationem pag.391.col.1
Venditor vendita domo combusta aream præstare debet, si ante venditionem combusta non erat, secus si erat combusta, & ratio differentiæ pa. 391.col.2
Venditor pretio rei venditæ non soluto rem venditam iure pignoris retinere potest pag. 391.col.1.& 2
Licet emptor partem precij soluerit ibid.
Venditor rem venditam traditam & ab alio possessam persequi iure pignoris non potest ad precium consequendum nisi per specialem conuentionem sibi prospexit pag. 392. col.1
Venditor hereditatis pro precio non soluto vel in parte tantum soluto corpora hereditaria iure pignoris retinere potest pag.391.& 392
Venditor actionis quam aduersus ipsum principalem reum habet, omne ius quod ex ea causa ei competit tam aduersus ipsum reum quàm aduersus fideiussores cedere debet, nisi aliud actum sit pag.392 col.1.& 2
Venditor nominis quicquid vel cōpensatione, vel exactione fuerit consecutus, integrum emptori restituere compellitur pag.392.& 393
Venditor hereditatis, legatarij heres factus legatum ab emptore consequi potest actione ex vendito, si nondum legatario solutum fuerat. pag. 393. col.1. & 2
Venditor hereditatis præstare emptori debet id omne quod ex hereditate ad eum peruenit nisi si quid nominatim exceperit, adeóque quod nomine & occasione fundi excepti acquisitum est pag. 393. & 394
Contra fideiussorem venditoris actio ex empto competere nunquam potest, sed tantum ex stipulatu pag. 398.col.2
Venditio rerum quæ degustari possunt, vel est facta cum conuentione, vt degustentur, vel non, priore casu periculum pertinet ad venditorem ante degustationem, postea ad emptorem, secundo casu ad quem transeat periculum, an ad emptorem, an ad vēditorem pag 409.& 410
Venditor actione ex vendito emptorem conuenire potest, vt præstet id omne quod interest, si rem venditam intra diem præstitutam non repetat pag.412.& 413.col.2
Vēditor vini mensurandi etiam nulla præstituta die potest per corbem mensuram facere & effundere congrua interpellatione facta vel mercedem doliorum exigere si non effuderit pag.413.& 414
sed quo casu hoc verum sit ibid. & pag.415
Venditor rei venditæ custodiam ita præstare debet ante admetiendi diem, vt tamen fatale damnum vel vis magna eum excuset pag. 415. colum. 1.& 2
Diligentiam autem & custodiam qualem præstare debeat? ibid. & pag. 416.col.1.& 2
Venditor vini auersione venditi custodiam tantùm debet præstare pag. 417.& 418
Venditione perfecta venditor non potest eandem rem alij vendere quin crimen falsi incurrat pag.421.col.1
nisi emptor in mora fuerit soluendi precij ibid.
Periculū rei venditæ potest ad venditorem pertinere, si ita conuentum sit pag.426.col.1.& 2
Venditor maiorem diligentiam in re vendita præstare tenetur quàm in suis pag. 427. & 428.col.1
An periculum rei venditæ pertineat ad venditorem ante traditionem pag.428.col.1. & 2. & 429.col.1.& 2
Venditor est dominus rei venditæ ante traditionem, imò & post traditionem quandiu solutum non est precium aut aliter eo nomine satisfactum pag.429.col.1
Periculum rei venditæ licet ad emptorem spectet ante traditionem, custodiam tamen præstare venditor debet ad traditionem vsque, & periculum per negligentiam custodiæ contingens pertinet ad venditorem pag. 429.col.1.& 2
Dominium rei venditæ spectat ad venditorem etiam soluto precio aut habita de eo fide, aut si aliter ei satisfactum sit quousque traditio secuta sit pag. 432.col. 2
Venditore & emptore simul ac eodem tempore moram contrahent bus magis emptori quàm venditori mora nocet, diuersis verò temporibus adhibita mora posterior nocet morosо pa. 433.col.1.& 2
Emptoris mora facit vt venditor exinde non culpam, sed tantùm dolum præstare debeat pag. 433 & 434
Vēditio serui ea lege facta vt intra certum tēpus manumitta ur, si manumissus non fuerit, venditori actio ex vendito non datur ad pœnam ratione affectionis pag.444.col.1
Venditor ad traditionem rei venditæ obligatus si eam non tradat cogitur præstare quanti emptoris interest, nec præcisè rem illam tradere compellitur pag.448 & 449
Venditor rem venditam præcisè tradere non cogitur si malit quā i emptoris interest, persoluere pagin. 449 col.2
Venditor celans emptori id quod si sciuisset, vel nullo modo vel minoris empturus fuisset, tenetur emptori actione ex empto pag 450.& 451
Quæ traditio rei venditæ à venditore requiratur pagin. 452.& 453 col.1. & 2
Venditor non tantum rei venditæ possessionem transferre in emptorem debet, sed etiam ita transferre vt sit vacua, id est, quæ sit talis, vt neque auocari ei possit possessio, neque superior quisquā esse in causa possessionis pag 452.colu.1. & 2.& pag. 453.colum.1 & 2
Venditor rei incorporalis & pātientiam pro traditione præstare debet & cauere per se non fieri quominus emptor iure empto vtatur pagin. 454.col.2 & 455.col.2
Venditor sine causa obligatus non tantum doli exceptionem aduersus emptorem quandocunque ex empto agentem habet, sed etiam condictionem incerti per quam condicat obligationem empti 459 col.2
Venditor actione ex ēpto tenetur si rem venditam faciat deteriorem antequam tradat pagin. 461. colum. & 2
Venditor aut locator vasis viciosi, licet ignorauerit vitium vasis, tenetur si res in vase appositа aut effundatur aut corrumpatur, secus commodator pag.462.col.1.& 2
Venditor fundi actione ex empto tenetur non solum si nullum iter debeatur quod accessurum dixerit, sed etiamsi aliquod debebatur, quod tamē debitum fuisse venditor non dixerit pag.462.& 463
Venditor & dolum & culpam præstare debet etiam leuem pag. 464.col. 1.& 2.in princip.
Venditor fundi qui vsumfructum ad alium pertinere dicit, non potest actione ex empto conueniri licet ipse vsumfructum sibi retineat, nec ad alium pertineat quandiu videlicet ille alius viuet pag.464.& 465
Venditor fundum tanquam seruiētem vendens si liberum tradiderit, habet actionem ex vendito & condictionem indebiti aduersus emptorem pag.465.col.1
Venditor animaliū cauere debet ea sana præstari pag.469. col.1.& 2
Venditor serui fugitiuum non esse emptori omni modo præstare debet pag.470.& 471
Venditor ob non traditam rem venditam & ob id quod de euictione satisdare aut repromittere recusat, duplici præstatione non est onerandus, sed tantum præstatione eius quod plurimum interest pagin. 471. & 472
Venditor ob non præstitum quod in vendtione debuit præstare ad quid emptori teneatur 472. col.1.& 2
Venditor rem venditam non tradens quanti emptoris interfit condemnari debet pagin. 471. colum. 1 & 2
Venditor non satisdans condemnandus est quanti plurimi emptorem acturum de euictione periclitari oportet pag 471.col.1.& 2
Venditor non cogitur de euictione, sed tantum cauere nuda repromissione, id est, per stipulationem, sed sine fideiussore pag. 471. col. 1. & 2
Venditor alieni serui eum furtis noxisque solutum prestare debet pag 471 col.1.& 2
Venditor conueniri dicitur per mediam personam emptoris pagin 472 col.2
Venditor rei alienæ si conuenerit ne de euictione teneatur, tenetur si sciens vendiderit, secus si ignorans pa. 474.col.1.& 2.& 477. col.2
Ex venditione iactus retis venditor actione ex empto conueniri potest si rete iactare noluerit pa. 478.col.1.& 2 & quid & quantum præstare hoc casu teneatur? ibid.
Venditor rei viciosæ tenetur in id omne quod emptoris interest si sciens vendiderit, si verò ignorans tenetur tantum quantò minoris emptor emisset si vicium sciuisset pag.478.& 479
Venditor propter dolum obligatus ad id quod interest emptoris tenetur etiam ad interesse extrinsecum pag. 480.col.1.& 2
Venditor licet ignorans rei venditæ vitium si eam vicio carere adseuerauerit actione ex empto tenetur pag. 480.col.1.& 2
Venditor qui dolosè mentitur circa ea quæ faciunt rem venditam preciosiorem aut viliorē tenetur ex empto, sicut & emptor qui dolosè persuadet venditori rem venditam esse minimā vt minoris emat pagin 480.& 481

BIU Cujas

Venditor rei quæ pluribus municipiis legata debet, si ipse vni tantùm municipio debere dixerit, & posteà generaliter conuenerit emptorem præstare debere, si qua aut vectigalis, aut tributorum nomine prestari oporteat, tenetur emptori ad id omne quod interest pagin.481.columna 1. & 2.

Venditione contracta pensiones prædij venditi ad venditorem pertinent pro rata temporis quod præcessit venditionem, ad emptorem verò pro rata temporis quod subsecutum est pag.483.& 484.col.2

Venditione perfecta quicquid accidit, accidit emptori, & quamuis actio venditori acquiratur tanquam domino, id omne tamen quod consequitur præstare & restituere debet emptori, quia non tam venditori quàm rei venditæ accidit pag.484.col.2

Alluuio superueniens ante traditionem rei venditæ ad mensuram prodest venditori, qui ignoranter mensuram vendidit, secus si sciuit minorem mensurã, quæ per alluuionem postea accreuerit pagin.485.column. 1.& 2

Venditor fundi communis si ante rei venditæ traditionem à socio conueniatur iudicio communi diuidundo ad quid teneatur emptori, si socio fundus adiudicatus sit, ad quid, si totus fundus sibi adiudicetur pagin.486.& 487.

Venditor in casum non soluti precij duplum stipulari non debet pag. 492.& 493. & ea stipulatio inutilis est in eo quod legitimarum vsurarum modum excedit pagin. 493.columna 1.& 2

Venditor habitationem excipiens, vt inquilino liceat habitare, vel colono, actione ex vendito contra emptorem agere potest, si inquilinus in habitatione turbetur, sed si non agat, tenetur inquilino, nec cedendo actiones contra emptorem liberatur pag.495. col.1.& 2

Venditor habitationem excipiens, vt inquilino liceat habitare, actione ex empto potest conueniri, si damnum dederit inquilinus, vt agat aduersus inquilinum, & quicquid ea actione consecutus fuerit, emptori restituere debet pagina 496. columna 1. & 2.

Venditor fundi tributarij tenetur ad totale interesse emptoris, si sciens taceat tributum, secus si ignorans: tunc enim tenetur ad interesse, sed non ad interesse pag.499.& 500

Venditor ob moram rei venditæ tradendæ non tenetur ad interesse extrinsecũ, sicut nec emptor ob moram non soluti precij pagina 500.& 501. col.1.

Venditor in qualitate rei venditæ, non in modo & mensura tenetur emptori pagin.503.& 504. secus si in qualitate mentitus sit in vtilitatem emptoris pag.504.col.2

Venditor serui qui ante traditionem eum alienauit, ad quid, & quantum emptori teneatur? pag.504.col.1 & 2.

Contra venditorem, qui rem venditam tradidit, si eam postea euincere ex quacunque causa velit, comparata est exceptio rei venditæ, & traditæ p. 507.col.1

Contra venditorem agentem ad precium ante rem traditam datur emptori exceptio rei non traditæ, & actio ex empto ad rem tradendam pag.507 col.1

Venditor ante solutionem precij habet ius retentionis rei venditæ, veluti cuiusdam taciti pignoris pag.507 col.2

In emptione rei principalis cum accessoriis venditor obligatur emptori, si nulla sint accessoria, & venditio sustinetur pagin.507.& 508.column.1. & 2.

Quicquid venditor accessurum dixit, id integrum, & sanum tradi oportet pag.508.col.1.& 2

Dominus idémque venditor serui cum peculio ante traditionem eius habet retentionem peculij serui venditi pro furto ante traditionem facto, & peculium ipso iure minuitur, in residuum autem noxalis actio competit pag.511.512.col.1.& 2

Venditor rei alienæ, si sciens vendiderit, actione ex empto conueniri potest propter dolum, etiam antequam res vendita euincatur, secus si ignorans pag.512.& 513

Venditor cui res vendita ante traditionem adempta est vi, non ad aliud emptori tenetur, quàm vt præstet actiones quas eius rei persequendæ gratia habet aduersus eum qui vim fecit pag.513.col.1

Venditor ante traditionem domus venditæ tenetur ad custodiam, propter etiam damni infecti stipulationem interponere debet, quæ pars custodiæ est pag.517.col.1.& 2

Venditor priusquam emptor in mora sit, tenetur etiam de culpa, si quid facere potuit pro conseruanda re vendita, & non fecit pagin.517. col.2

Venditor serui cum peculio addens in peculio esse decem, si sint tantùm quinque, decem tenetur præstare, sed si sint quindecim, non potest quinque adimere pag.518.columna 1. & 2.

Impensæ cibariorum serui venditi ante traditionem factæ venditori, restituendæ sunt officio iudicis pag.518 & 519

Venditor aliquid emptoris circumueniendi causa faciens actione ex empto conueniri potest, licèt cautione quantumlibet generali sibi prospexerit pag.519.& 520

Venditor emptorem celans onus aliquod rei venditæ impositum, tenetur emptori pro eo quod interest pag. 520.& 521

Venditor emptori præstare debet quicquid in vendendo dixit & affirmauit, nec tam facilis esse debuit ad temerariam & falsam adfirmationem pag.521.col.1

Venditor mensuram aliquam vnius rei maiorem ignoranter affirmans, quàm esset, & aliam minorem quàm esset, an quod excedit in vna compensari debeat cum eo quod deest in alia? pag.521.& 522

Venditor alienæ rei ante traditionem, eius dominus factus, tenetur venditionem implere, & dominium rei venditæ in emptorem transferre pag.526.& 527

Venditor alienæ rei post traditionem factus dominus, non cogitur iterum tradere, vt secunda traditione dominium transferat pag.526.col.2.& 527. siue dominium ex causa de præterito, siue ex causa noua fuerit consecutus pag.527.col.2

Venditor siue dominus rei venditæ, siue non, nunquam cogitur præcisè rem venditam tradere actione præcisa, sed tantùm recusatiua pag.527 col.2

Venditoris heres in pœnam commissam & vsuras potest conueniri p. 527.& 528

Venditor fundi hereditarij instrumenta & confines exhibere tenetur, sed non tradere pagina 528. & 529.

Venditor circumueniendi emptoris causa, colonum aliquem supponens, vt ipse interim fundo vendito frueretur, & alterum colonum emptor quærere prohiberetur, tenetur actione ex empto pagin.529.columna 1. & 2.

Venditor rem traditam ab emptore per legem aliquam à solutione precij liberato vindicare potest, licèt fidem habuerit de precio pag.530.col.2.& 531.col.1.& 2

Venditor tenetur exhibere instrumenta fundi venditi pagin.532.col.1. & 2.

Creditor iure creditoris rei venditæ onera soluta, & solutionis instrumenta emptori exhibere tenetur pag.532. col.1.& 2.

Venditor militiæ actiones, etiam extraordinarias, emptori tenetur cedere pag.533.& 534.col.1.& 2

Venditor rei cum mercede debita intelligit in dubio de debita ipsi venditori pag.534.& 535

Vendito fundo in quo erat sepulchrum venditum, non intelligitur sepulchrum, licèt neque nominatim exceptum sit, neque aditum habeat ex publico, sed tamen non tenetur emptor pati fundo suo seruitutem imponi prætextu sepulchri quod exceptum non fuit pag.535.col.1.& 2.& 536.col.1 & 2.

Venditor ante traditionem rei venditæ ea aburens, si quid periculi in ea contingat, periculum præstare debet tanquam sua culpa contingens, nisi eo modo vtatur ante traditionem quo vtebatur ante venditionem pag.537 col.1.& 2

Venditor certæ rei ad numerum, si maior sit numerus, habet electionem ex eo numero quid voluerit, modò numerum promissum & rem integram præstet pagina 538.col.1.& 2.

Venditor ob euictam rem alienam non liberatur remittendo precium, sed in id omne condemnari debet quod interest emptoris pag.544.col.1 in fin.

Venditor propter venditionem fundi qui ante traditionem publicatus est, tenetur ad precij restitutionem p. 597.col.1.& 2

Venditum.

Vendita res pluris esse in dubio non præsumitur, quàm quanti vendita sit pag.405.col.1

Actio ex vendito contra emptorem, si conuenerit vt locuples ab emptore reus detur, competit vt id fiat pag.491 col.1.& 2

Actio ex vendito datur venditori contra emptorem, vt partem eius consequatur, quo pluris fundum vendiderit, si ea conditione venditus sit pag.491.& 492

An actio

BIU Cujas

An actio ex vendito per stipulationem nouari possit pag.509.col.1

Verba.

Cùm in verbis nulla est ambiguitas, non est admittenda quæstio voluntatis pag.232.col.1

In dubio verba sunt demonstratiuè potius quàm conditionaliter accipienda pag. 278.col.1

Verba quæ actum reiterabilem significant, de primo tantum actu intelligi debent pa.453.col.1

Verba generalia generaliter & indistinctè sunt interpretanda pagina 519.in fin.

Verba sunt accipienda & improprianda potius secundùm naturam contractus & subiectam materiam p. 561.col.1

Verba generalia, siue in contractibus, siue in testamentis, siue in legibus prolata sint, generaliter sunt intelligenda pag.575.col.1

Verba semper ita interpretanda sunt, vt aliquid operentur, nec sint superuacua pag.590.col.2

Verba intelligi debent ex natura & qualitate contractus p.590.col 2

Improprianda sunt verba secundùm subiectam materiam pagina 658. col.2

Verbum, emptor.

Verba ambigua contra emptorem proferentem, sunt interpretanda, qui legem dixit, secus si venditor protulerit pag.262.col.1.& 2

Verbum, Ne.

Verbum, *Ne*, siue *Néve*, importat non solum ne quis faciat, sed etiam vt curet, ne per alium faciat pag.590. col.1

Verbum.

In toto iure nostro verba quantumlibet generalia, restringi semper debent ad casus habiles & idoneos, ne quid alioquin absurdi sequatur pag. 2.col.1

Quoties plura vocabula adiiciuntur & miscentur, quorum alterum generis, alterum speciei denotationem habeat, siue priore, siue posteriore loco species generi subiecta sit, ea restringuntur ad speciem pagina 210. col.2

Verba omnia quæ actum reiterabilem significant, de primo actu sunt intelligenda pag.218.col.1

In generali sermone non continetur persona loquentis pag.592.col.2

Victus.

Victus appellatione vestis quoque continetur pag.667.col.1

Vigilans.

Ius nostrum vigilantibus scriptum est, & diligentibus, non autem dormientibus pag.187.col.1

Vigilantia.

Ius ciuile vigilantibus, non dormientibus scriptum est, vt et seteraliqua inter desides & diligentes differentia pag.243.col.1

Vir.

Inter virum & vxorem plura specialia sunt introducta, quæ inter alias personas non similiter obtinent pag. 664.col.2

Virgo.

Virgines mulieres dici possunt, quia sexus fœminini sunt pag.239. col. 2. circa fin.

Virgo appellatione mulieris interdum continetur pag. 469. columna 1

Vis.

Vis maior Græcè vocatur θεοβία, id est, vis diuina p.583.c.1

Vis est necessitas voluntati contraria, & cui succumbimus inuiti p.599. col.1

Visio.

Quid sit visio? p.78.c.1

Voluntas, mors.

Voluntas finitur morte, nec transit in heredem p.70.c.1

Voluntas.

Non tam facilè, neque tam citò voluntatis mutatio præsumenda est pag.28.col.1. nec in contractibus magis quàm in vltimis voluntatibus ibidem

Voluntas hominis est ambulatoria & mutabilis vsque ad mortem pag. 44.col.2

Ex actu nullo etiam declaratur voluntas p.115.c.2

Credendus quisque est id sensisse quod dixit p.232.c.1

Voluntas inutilis & superuacua est, cui lex non assistit pagina 396. columna.1

Voluntas mutari non potest in præiudicium tertij p.444.& 445

Quod in alicuius voluntatem expressim cõfertur, condicionem quandam iniicit, quæ volentis personam nunquam egreditur pagina 542. col 2

Voluntas morte finitur pagina 542.col.2

Vsucapio, solutio.

Solutio rei alienæ, licet ab initio inutilis sit, tamen ex postfacto per vsucapionem, & conualescit & liberationem parit pagin.105.col.1.& 2

Vsucapio, venditio.

In condicionali venditione emptor rem emptam vsucapere non potest p. 422.& 423

Vsucapio, venditor.

An in venditione condicionali rei alienæ condicione deficiente venditor vtetur accessione possessionis ex persona emptoris ad complendam aut continuandam vsucapionem alienæ rei venditæ pagina 319.col.1.& 2

Vsucapio.

Vsucapio locum habere non potest in re iam acquisita p.327.c.1

Quæ requirantur ad vsucapionem? p.422.& 423

Vsura, mandatum.

Differentia inter contrariam mandati actionem, & contrariam negotiorum gestorum actionem in percipiendis vsuris sumptuum p.40.col.2

Vsura.

Cur vsuræ sint odiosæ, & quomodo, & cur debeantur? p.4.& 5

Differentia inter vsuras & fructus in modo percipiendi p.24.c.1

Vsuræ ex nudo pacto, quamuis incontinenti appositio præstari non debent p.24.c.1

Vsuræ non tam propter lucrum petentium quàm propter moram non soluentium infliguntur pagina 24. col.1

Cur in bonæ fidei iudiciis vsuræ non minus quàm fructus ex die moræ debeantur p.24.col.1

Tutor aut magistratus pecuniam alienam in suos vsus conuertens ad vsuras centesimas tenetur, non ad eas quæ in regione frequentantur pag. 25.col.1.&2

Parum refert, an quis sortem alienæ pecuniæ in suos vsus conuerterit, an sortis vsuras pagina 25. col. 2. in fin.

An quis vsuras alienæ sortis in vsus suos conuertens, ad vsurarum vsuras, & ad quas teneatur pag.25.col.2

Vsuræ vsurarum, an & quomodo permittantur? p.25.c.2

Vsurę in condictionem certi ex mutuo non veniunt, si in stipulationem deductæ non sunt, sicut nec in alias condictiones, nec si de iis præstandis per pactum nudum, quamuis incontinenti appositum conuenerit pagin. 26.col.1.& 2

Pecunia grauioribus vsuris quàm quincũcibus alicui credita à procuratore, quod vltra quincunces excurret procuratoris lucro cedet, cuius & periculo nummi fuerunt pagina 29. col.2

Vsuræ non tam natura quàm iure percipiuntur p.40.c.1

In omnibus bonæ fidei iudiciis vsuræ veniunt ex die moræ pagin.40. col.2

In omnibus bonæ fidei iudiciis vsuræ veniunt, non iure obligationis & actionis, sed tantùm officio iudicis p. 65.col.1

Vsuræ ex æquitate iudicij debitæ non indigent conuentione ad inducendam necessitatem earum præstandarum, sed tantùm ad modum statuendum pagin.84.in fin.& 85.columna.1

In contractibus bonæ fidei non est speciale vt admittant præstationem vsurarum ex pacto incontinenti appositio p.84.c.1

Moram non exigunt vsuræ, quæ ex conuentione debentur pagin.84. circa fin.

In omnibus bonæ fidei iudiciis vsuræ ex die moræ debentur p.127.c.1

Semel contractam esse moram, sufficit vt perpetuò vsuræ debeantur p. 127.col.1

Vsuræ interdum conuertuntur in sortem p.181.c.1

In bonæ fidei iudiciis vsuræ & fru-

BIU Cujas

ctus debentur à die moræ pagina 455. in fin.

Vsuræ iure Canonico, etiam intra certum modum prohibitæ sunt pag. 493. col. 2

Vsuræ in bonæ fidei iudiciis, non tam ex obligatione proficiscuntur, quàm ex officio Iudicis pagina 617. col. 2

Vsuræ debentur ex pacto incontinenti post bonæ fidei contractum apposito pag. 682. col. 2

An vsuræ ex contractu innominato peti possint per actionem præscriptis verbis? pag. 682. in fin. & 683

Vsuræ pecuniæ creditæ citra stipulationem non debentur pag. 682. in textu.

Vsufructuarius.

Proprietarius non tenetur reficere villam, si fortè corruerit vt ea fructuarius possit frui pag. 559. col. 1

Vsusfructus.

Vsusfructus plerumque est pars dominij pag. 245. col. 1. & 2

Vsusfructus in iure, non in parte consistit pag. 302. col. 1

Vsufructuario cedente commoditatem vsusfructus in cuius persona vsusfructus extinguatur, aut cui acquiri, & quomodo possit? pagina 425. col. 1. & 2.

Differentia inter vsumfructum causalem, & formalem pag. 425. col. 1

Differentia inter vsumfructum vendere, & cedere pag. 425. col. 1

Vsusfructus, locatus, venditus, aut in dotem datus, morte vsufructuarij finitur pag. 545. col. 1

Vsusfructus semel constituturus quotidiè constituitur & legatur pagina 578. col. 1

Ius vsusfructus alienari non potest pag. 607. col. 1. & 2

Vtile.

Vtile per inutile non vitiatur, præsertim in iis quæ toto genere ac iure differunt p. 252. col. 2

In diuiduis vtile per inutile non vitiatur, secus in indiuiduis pagina 493. col. 1

Vtilitas.

Totum fundi vel alicuius rei emolumentum in fructu, non in proprietate consistit p. 29. col. 2

Publica vtilitas priuatæ semper præferenda est p. 290. col. 1.

FINIS.



BIU Cujas

BIU Cujas

BIU Cujas

ANTONII FABRI

I.C. SEBVSIANI, SERENISS. SABAVDIÆ DVCIS CONSILIARII AB INTIMIS, ET IN SVPREMO SABAVDIÆ SENATV Præsidis Primarij

RATIONALIVM IN TITVLOS NONNVLLOS & vtilissimos, QVARTÆ & QVINTÆ partis Pandectarum

APPENDIX,

Nunc primùm edita.

GENEVÆ,
Apud Heredes Petri de la Rouiere.

M. DC. XXXI.

BIU Cujas



Typographus Lectori S.

QVanto omnium applauſu Antonij Fabri Præſtantiſſimi hac ætate Iuriſconſulti, cùm cætera ſcripta, tum maximè Rationalium libri excepti fuerint, norunt omnes: iuſtiſſimo omnibus deſiderio relicto, totum opus Rationalium in totas Pandectas, ab eadem manu & ingenio ad finem perductum videre: ne hæc fortè Apellis in quibuſdam Pandectarum membris & partibus adumbratio, ſecutorem tam facilè non reperiret. Neque enim quælibet ætas alterum Antonium Fabrum ferre poſſit, qui tam acutum cernat in exprimenda Legum anima, quíve ſaltem hoc ingens opus ſuum quodammodo feciſſe velit. Quare idem ipſe cùm poſt primam & ſecundam Pandectarum partes editas guſtum orbi literato mouiſſet, inter tot publicas curas, in ipſo & medio rerum actu, indefeſſo ſtudio ad tertiam Pandectarum partem, quâ vtiliſſima *Contractuum* materia continetur, animum adiecit: quam haud ita pridem ab ipſo acceptam in publicum emiſimus. Interea dum pars hæc editur, eodem ſemper tenore ad reliqua animum contulit. Verùm dum in eo eſt, è viuis ereptus hanc Venerem imperfectã reliquit. Nihilominùs quod vel in tenuiſſimis præſtantium pictorum lineamentis aſſolet, vt omni ope conquirantur, idem deſiderium me quoque cepit conquirendorum quæ ſub manu eius verſabantur, quamlibet ad vmbilicum nondum perducta eſſent: certus, non minore cum voluptate ea excipienda quàm ſuperiora, vtpote quæ in ſe conſiderata ab eodem genio & ingenio profecta non poſſunt non eiuſdem meriti cenſeri. Et verò bonâ ſceuâ Rationalia hæc in manus meas perlata, quibus vtiliſſimos *de Pignoribus*, item *Qui teſtamenta facere poſſunt* titulos, tum etiam titulum *de Liberis & poſthumis* illuſtrauit. Quicquid iſtud eſt, non tam mole, quàm vtilitate æſtimandum tibi nunc exhibemus, Lector: conquiſituri deinceps in rem tuam quicquid huius ſcriptoris in ſcriniis adhuc ineditum latere poteſt. Hoc interim fruere.

ANT.

BIU Cujas

ANTONII FABRI
I. C. SEBVSIANI, SERENISS. SABAVDIÆ DVCIS CONSILIARII AB INTIMIS, ET IN SVPREMO SABAVDIÆ SENATV Præsidis Primarij

RATIONALIA
IN QVARTAM PARTEM PANDECTARVM
Ad libr. XX. TIT. I.

De pignorib. & hypothecis.

PAPINIANVS libro secundo Responsorum.

CONVENTIO generalis in pignore dando bonorum, vel postea quæsitorum, recepta est. in speciem autem alienæ rei collata conuentione [a], si non fuerit ei, qui pignus dabat, debita [b]: postea debitori dominio quæsito, difficilius creditori, qui non ignorauit alienum [c], vtilis actio dabitur: sed facilior erit creditori possidenti retentio [d].

Ad l. 1. Conuentio generalis.

RAT. DVB. Vt quasi Seruiana actio, quam hypothecariam vocant, exerceri possit, non solùm ante omnia probandum est, quòd inter agentem & debitorem conuenerit, vt res de qua quæritur, pignori hypothecæve sit: sed & illud quoque implere, id est, plenè probare actor debet, rem illam ad debitorem pertinuisse eo tempore quo conuênit de pignore, aut quo hypotheca ex alicuius voluntate data est *l. ante omnia 23. infr. de probat. l. & quæ nondum 15. §. quod dicitur hoc tit.* Conuentio enim pignoris rem ipsam pignoratam afficit, & obligat, ita vt creditor pignoratitius vel hypothecarius non tantùm ius ad rem habeat, sed etiam in re, & ad rem *l. pignoris 17. hoc tit. l. pignoris 15. Cod. eod. l. plus cautionis 25. de regul. iur. §. vnde constat Instit. de oblig. quæ ex delict. nascun.* Fieri autem nequit vt qui rei dominus non est, nec in ea ius vllum habet, rem ipsam afficiat & obliget in præiudicium domini *l. 2. supr. de pignor. act.* cùm alteri per alterum iniuria inferri non possit *l. non debet 74. de regul. iur.* In eóque differt pignus à venditione. Etsi enim dici solet eas res omnes, quæ emptionem & venditionem recipiunt, etiam oppignorationem recipere *l. sed & quod 9. §. 1 hoc tit.* valet tamen alienæ rei venditio, cuius pignus non valeret, quia nimirum venditio rem non afficit neque obligat, sed personam tantùm venditoris *l. rem alienam 28. supr. de contr. empt.* Ergo conuentio generalis bonorum futurorum ac posteà quæsitorũ recipi non debuit.

DEC. Postquàm vtilitas pignorum irrepsit, vt loquitur Vlpianus in *l. qui autem 14. §. 1. supr. de pecun. constit.* multa in pignoribus vtilitatis publicæ causa recepta sunt, quæ alioqui ex summa iuris ratione recipi non debuissent *leg. sed an viæ 12. in fin. l. si Titio 22. hoc tit.* Inter cætera verò hoc vnum est, vt etiam futurorum debitoris bonorum obligatio recepta sit, quia nihil frequentius est, quàm vt debitores bona sua omnia præsentia & futura obligent, *dict. §. quod dicitur l. vlt. infr. qui potior. in pignor. hab. l. si qui mihi 28. de iur. fisc.* Ita enim fit, vt etiam illi qui minùs locupletes existimantur, facilius inueniant creditorem, si modò pro diligentibus patribusfamilias habeantur, quos sperari possit aliquid posteà sibi acquisituros, vt benè semper de ciuibus suis le-

BIU Cujas

giſlator ciuilis ſperare ſolet *l. in bello* 12. *in princip. de captiu. & poſtlim. l. de hereditate* 19. §. *filius familias in fin. de caſtrenſ. pecul.* Nec quicquam repugnat quominus verba generalia recipiant interpretationem paſſiuam habentem tractum temporis in futurum tempus, quam verba ſpecialia & ad præſens tempus relata non admitterent. Ideóq; alienum mihi ſemper ab huius loci ſententia viſum eſt quod interpretes vulgo exiſtimant poſſe Papinianum in hoc loco ita intelligi, vt qui generaliter bona ſua omnia pignori obligauit, hoc ipſo etiam futura obligaſſe credendus ſit: numquam enim id toto Pandectarum iure receptum eſt, primúſq; Iuſtinianus fuit qui hoc ius induxit in *l. vltim. in fin. C. quæres pignor. oblig. poſſ.* Vt ſi debitor ſe res ſuas ſupponere dixerit etiam non adiectis illis verbis quæ addi ſolebant *tam præſentes quàm futuras*, ius tamen generalis hypothecæ etiam ad futuras res producatur, non alio vtique rationis colore, quàm quod ea generalis bonorum omnium tam futurorum quàm præſentium obligatio ſolita eſſet ac quotidiana *d. §. quod dicitur & l. vltim. Cod. de remiſſ. pignor.* Fuit enim hæc ratio familiaris & acceptiſſima Iuſtiniano, vt conſtat ex *leg. vltim. Cod. de fideiuſſ. & mandat.* Nam ſi verborum vim & poteſtatem attendimus, certum eſt eum qui dicit *bona ſua vel mea*, non niſi præſentia ſignificare *l. ſi ita* 7. *infr. de aur. & argent. legat.* Vnde eſt quod & interpretes omnes fatentur, generali donatione bonorum omnium præſentia duntaxat, non etiam futura contineri, vt intelligamus quod contrà in pignoribus hodie obtinet, non iuris recepti eſſe, de quo ſolo Papinianus hîc loquitur, ſed conſtituti, cuius non ſemper bona ratio reddi poteſt *leg. non omnium* 20. *ſupr. de legib.* Vt verò etiam futura bona quæ nondum debitoris ſunt, obligari tamen ab eo poſſint, idcirco iam olim placuit, quia minùs offendi in eo iuris ratio videtur, cùm in iis bonis poſteà quæſitis vinculum pignoris non priùs incipiat, quàm eorum dominium acquiſitum ſit debitori *dict. leg. vltim. infr. qui potior. in pign. hab. dict. leg. ſi qui mihi* 28. *de iur. fiſc.* Fit enim vtrumque in eodem inſtanti, quia fit poteſtate legis quæ operatur in inſtanti *leg. vlt. infr. de condic. inſtit. l. ventre* 84. *de acquir. hered. leg. ſi filius* 16. *de liber. & poſthum.* quamuis ordine naturæ & intellectus acquiſitio dominij ſemper præcedat conſtitutionem vinculi pignoris. Obligantur ergo bona futura ſub tacita illa quodammodo condicione & neceſſario ſubintelligenda ſi quandoq; fient debitoris, cùm niſi fiant debitoris, nunquam ſint futura, ſicuti nec fructus qui ex fundo Corneliano naſcentur, ſi nulli vnquam naſcantur, licèt his caſibus magis mora quàm condicione obligatio ſuſpendatur *leg. nec emptio* 8. *ſupr. de contr. empt. leg. interdum* 73. *de verb. oblig. l. heres meus* 79. *de condic. & demonſtr.* Sequitur,

a *In ſpeciem autem alienæ rei collata conuentione.* RAT. DVB. Semper ſpecialia generalibus inſunt *leg. ſemper ſpecialia* 147. *de regul. iur.* Atqui valet obligatio generalis pignorum, vt etiam futura bona in ea expreſſim comprehendantur, quæ tamen neceſſe omnino eſt conuentionis tempore eſſe aliena. Ergo etſi aliqua res aliena ſpecialiter obligata & pignori data ſit, dicendum eſt æquè conuentionem valere, & ex ea quaſi Seruianam actionem ad perſequendam hypothecam competere.

DEC. Aliud iuris eſt ſi quid tacitè contineatur, aliud verò ſi verbis exprimatur *leg. ſi ita legatum* 65. §. 1. *de legat.* 1. Expreſſa enim nocent, quæ non expreſſa non nocent, vt habet iuris regula 195. *de regul. iur. l. nonnunquam* 52. *de condic. & demonſtr.* Multùm ergo refert an res aliena ſpecialiter detur pignori, an verò generaliter ſub nomine bonorum futurorum. Priore caſu non poteſt valere conuentio ad rem obligandam vt eo nomine detur hypothecaria *leg. quæ prædium* 6. *Cod. ſi alien. res pignor. dat. ſit.* nec ſi debitor eius rei dominus eſſe poſteà cœperit, quia verum eſt obligationem ab initio non conſtitiſſe, nec conſtare potuiſſe, niſi poneres contractam eam fuiſſe ſub condicione, ſi res quandoque fieret debitoris *leg. ſi fundus* 16. §. *aliena res hoc tit.* Planè ſi dominus eam obligationem ratam habeat, non dubitatur quin perinde valitura ſit acſi ab initio ex voluntate domini contracta fuiſſet, cùm ratihabitio etiam in hoc, vt in cæteris ferè omnibus mandato æquiparetur, *dict. l. ſi fundus* §. 1. *infr. leg. alienare res* 20. *ſupr. de pignor. act. leg. vltim. Cod. de SC. Macedon.* Sed quod dicimus non poſſe creditorem hoc caſu agere hypothecaria in rem alienam ſpecialiter obligatam, quamuis poſteà factam debitoris, tum obtinet, cùm à ſciente vel ignorante debitore pignorata eſt creditori ſcienti eſſe alienam. Si enim creditor ignorauerit, eámque bona fide pignori acceperit cùm putaret eſſe debitoris, magis eſt, vt pignoratitia, id eſt, hypothecaria vtilis dãda ſit creditori qui alioquin ex mẽdacio debitoris, ſiue doloſo ſiue nõ doloſo deciperetur *l. rẽ alienã* 41. *ſup. de pign. act.* Directa enim hoc caſu cõpetere nõ poteſt, cùm pignoris obligatio ſtricto iure non teneat, ſed datur vtilis ex æquitate, vt in aliis caſibus euenit in quibus non deficit æquitas deficiente ſummo iure *leg. quia actionum* 11. *l. quoties* 21. *ſupr. tit. prox. leg.* 2. §. *item Varus in fin. de aqua & aquæ pluu. arcend.* Et quod ait Papinianus, dominio poſteà debitori quæſito difficiliùs creditori, qui non ignorauit alienum, dandam eſſe vtilem actionem, non ita debet accipi quomodo accipit Accurſius, quaſi creditor etiam ſciens habere debeat vtilem hypothecariam contra debitorem ipſum non item contra cæteros. Eo namque verbo *difficiliùs* abſolutè denegat Papinianus actionem vtilem contra debitorem non minùs quàm contra cæteros, ſed modeſtè vt ſolet, non vt Accurſius ait, tẽperate, vt ex eo apparet, quod ſtatim ſequentibus verbis dat creditori poſſidenti retentionem quam vtique certum eſt contra debitorem potiſſimùm exerceri poſſe, in eóque verſari antitheſim quam conſtituit Papinianus inter actionem vtilem & retentionem, vt quamuis debitor eam rem alienam à ſe obligatam ſcienti creditori non poſſit eo nomine conueniri vtili hypothecaria, poſſit tamen creditor eandem rem poſſidens per retentionem ſibi proſpicere, cùm ſit hoc ex iuris ratione, vt pactio quantumlibet nuda ſicuti parit exceptionem ita etiam pariat retentionem, quæ ſemper faciliùs conceditur, quàm actio *leg. ſi in area* 33. *ſupr. de condict. indeb. leg. in hoc iudicium* 14. §. 1. *ſupr. commun. diuid. l. heres* 21. *infr. ad SC. Trebell.* At cùm bonorum omnium etiam futurorum & poſteà quæſitorum obligatio expreſſa eſt, dicimus in ea contineri res quoque illas quæ conuentionis tempore alienæ fuerunt, quia ex iuris neceſſitate differtur vinculum pignoris in id vſque tempus quo erit dominium debitori acquiſitum, vt ſuprà diximus. Ait Papinianus,

b *Si non fuerit ei, qui pignus dabat, debita.* RAT. DVB. Res mihi debita non eſt mea, alioquin nec deberi mihi poſſet, cùm id quod iam meum eſt magis

meum

BIU Cujas

meum fieri non possit *leg. non vt ex pluribus* 159. *de regul. iur. leg. nemo rem suam* 82. *de verb. oblig. §. sic itaque Instit. de action.* Ergo cùm res mihi debita non minùs sit aliena quàm si debita non esset, consequens videtur, vt non magis pignori specialiter dari possit quàm si debita mihi non fuisset.

Dec. Debitum illud dicitur, quod dari tandem debet. Est enim obligatio iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius rei dandę & soluendæ, vt Iustinianus definit in *Institut. tit. de obligat.* Dari autem & solui quid, nihil aliud est quàm dominium eius in accipientem transferri *leg. vbi autem* 75. *§. vltim. de verb. oblig. l. non videntur data* 167. *de regul. iur.* Ergo res mihi debita, quia probabili spe futura est mea, perinde pignorari à me potest, atque si iam esset mea. Nec admittendum puto, quod Bartolus vult, interim obligatum mihi duntaxat esse ius illud ex quo res mihi debita est, non rem ipsam, nisi à quo tempore dominium mihi quæsitũ fuit, vel superficiaria vel quam possim petere per Publicianam. nihil enim Papinianus hîc exigit, nisi vt res quæ debita est, specialiter sit obligata, nec ponit obligationem pignoris generalem interuenisse, in qua etiam ius illud ex quo res debita est, comprehendi possit, vt & in *leg. 3. §. cùm ex causa inf. qui potior. in pignor. hab.* Illud sanè extra dubitationem est, si in re ipsa quæ à me pignori data est, ius aliquod habeam, quod nostri reale vocant, puta pignoris aut superficiei aut quasi dominij, tanto magis posse rem ipsam quamuis alienam obligari vt in *leg. grege* 13. *§. cùm pignori & seq. leg. si ab eo* 18. *hoc tit.* Siue quòd ius illud duntaxat quod in illa re habeo, videat obligasse potiùs quàm rem ipsam *l. qui tabernas* 32. *de contr. empt. leg. si domus* 71. *§. vltim. de legat.* 1. *leg. si conuenerit* 18. *supr. de pignor. act. leg.* 4. *C. quæ res pignor. oblig. poss.* Siue quòd res posteà ex eo iure quæsita facilius subrogari possit in locum iuris anteà obligati, & perinde haberi acsi ab initio fuisset obligata. Propter quam causam requirit Bartolus, vt plenum & perfectum rei dominium ex eo iure quod obligatum fuit, ad me peruenerit, vt in *leg. cùm in fundo* 78. *§. si fundus infr. de iur. dot.* ita vt si dominium ex alia causa prorsus diuersa & separata acquisiuerim, non putet Bartolus valere eius rei oppignorationem. In quo tamen iudicio meo fallitur. Nam si sufficit rem debitam esse vt possit obligari licet ius illud debiti non sit obligatum, vt modò diximus, quanto magis sufficiet, obligatum fuisse ius reale quod in eo fundo habui, vt dominio posteà vndecunque & quomodocunque quæsito res ipsa maneat vtiliter obligata? Plus enim est habere me in illa re ius aliquod reale quàm personalem actionem ad rem ipsam. Proinde si actio personalis sufficit ad obligationem pignoris in ea re constituendam, multo magis proficiet habere debitorem ius aliquod in re ad pignus vtiliter constituendum, quod & ipsum nihil aliud est quàm ius in re vt diximus.

c *Creditori, qui non ignorauit alienum.* His verbis significatur creditor qui pignus bona fide possidet. Quãuis enim creditor quilibet sciat se pro alieno possidere, ideóque nec vllo temporis spacio possit vsucapere *l. pignori* 13. *infr. de vsucap.* quia nec rei propriæ pignus potest consistere *leg. neque pignus* 45. *de regul. iur.* id tamen ad causam dominij pertinet non ad causam pignoris, cuius ratione bonæ fidei creditor pignoratitius ille dicitur qui ignorat rem sibi datam pignori alienam esse aut alteri obligatam, sed putat esse illã debitoris sui & alij nemini obligatam *leg. qui balneum* 9. *§. vlt. infr. qui potior. in pignor hab.* Ex quo etiam loco probatur, plus iuris habere in pignore creditorem posteriorem, cui debitor rem iam effectam suam obligauit, quàm habeat anterior cui eadem res pignori data est priusquàm aut debitoris propria esset, aut ipsi debita. Nam si iam tum cùm pignus primum contrahebatur, fuerit debita, prioris creditoris causa potior erit, vt Papinianus noster scribit in *dict. leg. 3. §. cùm ex causa eod. tit. & in hoc loco.* Cæterùm probat etiam hic locus quod iam ex Bartolo diximus, si bonæ fidei possessor fuerit creditor pignoratitius, id est, si bona fide pignus acceperit, cùm ignoraret alienam esse rem quæ pignori data est, eáque res posteà sit effecta debitoris, adeò pignus conualescere, vt hypothecaria vtilis creditori danda sit *d. leg. rem alienam* 41. *supr. de pignor. act.* Quod intelligendum est quantum ad debitorem ipsum duntaxat pertinet, non quantum ad tertios eiusdem pignoris possessores, qui vtique non aliàs per hypothecariam siue directam siue vtilem inquietari possunt, quàm si creditor agens probet rem specialiter obligatam in bonis debitoris fuisse eo tempore, quo conueniebat de pignore, vt docuimus ad *dict. leg. rem alienam.*

d *Sed facilior erit creditori possidenti retentio.* Rat. dvb. Cùm viciosè vel inutiliter contractus pignoris interceſſit, retentioni non magis locus esse potest quàm actioni, nec si bona ad fiscum pertineant *leg. cùm viciosè* 25. *infr. hoc tit.* quamuis fisci causa in plerisque minùs fauorabilis existimetur, quàm cæterorum creditorum *leg. non puto* 10. *infr. de iur. fisc.* Atqui viciosè aut saltem inutiliter contrahitur speciale pignus rei alienæ, vt suprà diximus. Ergo nec ius retentionis præbere potest creditori, præsertim qui mala fide pignus acceperit sciens alienam rem eam esse quæ pignori data est.

Dec. Cùm aliena res pignori datur scienti creditori siue à sciente siue ab ignorante debitore [nihil enim refert, vt diximus ad *dict. leg. rem alienam* 41. *supr. de pignor. act.*] si quod vicium interuenit, totum in eo est quod aliena res pignori datur quæ ex mera iuris ratione dari non potuit. Atqui vicium hoc purgatur, vt loquitur Bartolus, aut potiùs emendatur cùm eadem res efficitur debitoris. Mirum igitur non est dari ex hac causa retentionem quæ non daretur, si duraret ratio quæ pignus ab initio inutile fuerat. Dices, non ideo purgatam esse malam fidem creditoris qui rem alienam non ignorauit. Fateor. Ideóque nimirum non habet hic creditor pignoratitiam vtilem, ne quidem contra debitorem, sed habet tamen retentionem, quia facilius est, vt is quoque qui actionem non habet, retentionem tamen habere possit *dict. leg. si in area* 33. *deposit. leg.* 1. *in princip. infr. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit. leg.* 1. *Cod. si alien. res pignor. dat. sit leg. vnic. Cod. etiam ob chirogr. pecun. leg.* 1. *§. id quoque infr. ad leg. falcid.* Sed cur non habet omni casu creditor vtilem hypothecariam contra debitorem, cùm non possit debitor referre quæstionem dominij? *leg.* 1. *§. si prædo supr. deposit. leg. ita vt si fur* 16. *commod. leg. si quis locationis* 25. *Cod. de locat.* Respondet Bartolus nec malè, toties id locum habere quoties aliqua personali actione conuenitur debitor, non etiam cùm actione aliqua in rem, qualis est hypothecaria, quod & nos ad supradictos locos adnotauimus.

BIU Cujas

1 ¶ Seruo pignori dato, peculium eius creditor, citra conuentionem specialiter super eo conceptam, frustra distrahit. nec interest, quando seruus domino peculium acquisierit.

Ad §. 1. Seruo.

RAT. DVB. Peculium serui proprium ipsius patrimonium esse intelligitur, quia illud habet ex domini voluntate, & veluti conniuentibus oculis *leg. hinc quæritur* 19. §. 1. *leg. quoties* 47. §. *vltim. supr. de pecul. leg.* 4. *infr. de manumiss.* Nam & peculium ex eo dictum est, quòd sit quasi pusillum patrimonium *leg. depositi* 5. §. *penult. eod.* Ergo si dominus seruum suum peculiatum pignori dederit, etiam peculium, quod seruus præsertim iam eo tempore quæsitum habuit, pignori dedisse credendus est. Nam vt in venditionibus quædam tacitè sequuntur, licèt dicta non sint *l. pen. infr. de euict.* ita & in pignoribus *l.* 3. *Cod. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacit. contr. leg.* 2. 3. & 4. *infr. ill. tit. leg. Paulus* 29. §. 1. *infr. hoc tit.* & plus est habere obligatum seruum, quàm serui peculium, vt sunt personæ semper digniores rebus, nec rerum condicionem sequi solent, non personæ rerum *leg. vltim. Cod. de inoffic. testam. leg. per curatorem* 90. §. 1. *de acquir. hered.*

DEC. Nihil habet commune seruus cum peculio, quia nec peculium serui est propriè, sed domini *dict. leg.* 4 *de manumiss. leg.* 3. §. *vltim. de condict. caus. dat.* nec minùs habet dominus seruum ipsum in matrimonio, quàm peculium serui *leg. si is qui ducenta* 13. §. 1. *infr. de reb. dub.* Non igitur bona consecutio est, vt quisquis seruum suum pignori dedit, etiam peculium serui pignoratsse intelligatur, quod vt plurimum longè pluris est quàm seruus ipse, cuius æstimatio frequentior non erat olim nisi aureorum viginti, aut triginta ad summum, si neque notarij erant, neque medici *leg.* 1. §. *ne autem Cod. de commun. seruo manumiss.* Vnde est quod nec is qui seruum vendit, peculium quoque ipsius vendere intelligitur *l. quoties* 29. vbi diximus *supr. de contr. empt.* nisi expressè vendiderit cum peculio vt in *leg. seruus quem* 30. *leg. si venditor* 38. *in princip. de action. empt.* Eadem namque venditionis & pignorationis ratio esse solet *leg. sed & quod* 9. §. 1. *hoc tit.* Proinde si creditor cui seruus pignori datus est, nulla speciali facta peculij mentione, peculium iure creditoris distraxerit, quomodo potest creditor quilibet rem sibi pignoratam iure creditoris distrahere, frustrà nullóque iure id faciet, quia prius est, vt quid sit datum pignori, quàm vt quasi pignus iure creditoris distrahi possit. Nec igitur distinguemus quando seruus domino peculium adquisiuerit, id est, vtrum antè an postquàm seruus ipse pignori datus est. Nam si peculium, quod seruus acquisitum iam habebat eo tempore quo ipse pignori dabatur, obligatum non intelligitur, nec illud sanè obligatum erit, quod posteà acquisitum est.

2 Cum prædium pignori daretur: nominatim, vt fructus quoque pignori essent, conuenit. eos consumptos bona fide emptor vtili Seruiana restituere non cogetur[a]. etenim pignoris causſam nec vsucapione perimi placuit[b]: quoniam quæstio pignoris ab intentione dominij separatur. quod in fructibus dissimile est, qui nunquam debitoris fuerunt.

Ad §. 2. Cùm prædium.

RAT. DVB. Fructus prædiorum pignori datorum etiamsi apertè id expressum nō sit, ipsi quoque pignori tacita quadam pactione inesse creduntur *leg.* 3. *Cod. in quib. caus. pign. vel hyp. tacit. contr.* Expressio autem eorum quæ tacitè insunt, nihil operatur *vulg. leg.* 3. *sup. de reb. credit.* Ergo frustra est quod Papinianus hîc ponit, cùm prædium pignori daretur, conuenisse nominatim vt fructus quoque pignori essent.

DEC. Plerunq; aliud iuris est si quid tacitè contineatur, aliud verò si verbis exprimatur *leg. si ita legatum* 65. §. 1. *de legat.* 3. In proposito autem maior dubitandi ratio subesse videbatur ex eo quod de fructibus prædij obligati nominatim conuenerat, vt ipsi quoque pignori essent. Tacita enim conuentio de iis quoque obligandis interpretationem illam recipere faciliùs poterat, vt ita demum pignori obligati viderentur, si à debitore ipso eodémque domino percepti essent, de quibus procul dubio loquitur *dict. l.* 3. At non tam facilè conuentio expressa, cùm non eo minùs possit quis bonorum suorum fructus, expressa conuentione obligare quod alius eos perceperit aut percepturus sit, quādoquidem fructus non tam iure seminis, quàm iure soli percipiuntur, ideóque dominij ius & causſam sequuntur *leg. qui scit* 25. §. 1. *infr. de vsur.* Non ergo frustrà ponit Papinianus, obligati prædij fructus expressa conuentione obligatos fuisse, ne dubitari posset quin iure obligati fuissent etiam illi quos bonæ fidei emptor ex eo percepisset. Malè autem Accursius, & alij citant in hanc rem quod scriptum est in *leg. in prædiis* 7. *in princip. infr. In quib. caus. pign. vel hypoth. tacit. contr. & leg. si in lege* 24. §. 1. *supr. locat.* Ibi enim agitur de fructibus prædij locati à conductore perceptis, quos placuit tacitè domino esse obligatos pro pensione conductionis, nos verò hîc cum Papiniano tractamus de fructibus à domino ipso simul cum prædio alij obligatis de quibus & in *dict. leg.* 3. *C. in quib. caus. pign. tacit. contr.* Sequitur,

a *Eos consumptos bona fide emptor vtili Seruiana restituere non cogetur.* RAT. DVB. Consumptio fructuum à bonæ fidei possessore perceptorum, & consumptorum nihil aliud facit, nisi quod eorum dominium irreuocabiliter bonę fidei possessori acquiritur, cùm ante consumptionem acquisiti non essent nisi interim, vt loquitur *l. bonæ fidei* 48. *infr. de acquir. rer. domin.* id est, donec vel consumpti essent vel vsucapti *leg. quæsitum* 40. *in fin. eod. tit. leg.* 4. §. *post litem supr. fin. regund. leg.* 4. §. *lana infr. de vsucap.* Atqui quæstio pignoris nihil habet commune cum quæstione dominij, vt Papinianus hîc scribit, & pignoris persecutio nulla dominij societate coniungitur, quomodo idem Papinianus loquitur in *l. iusto*

BIU Cujas

l. iusto errore 44. *§. non mutat infr. de vsucap.* Ergo non potest cõsumptio eorum fructuum facere quominùs creditori vtili Seruiana agenti, eos restituere bonæ fidei possessor teneatur, ne plus possit consumptio quàm vsucapio, quæ vtique ius & persecutionem pignoris non extinguit *leg. vsucapio* 7. *C. hoc tit.* Nam dominum quidem esse oportet eum qui dat rem pignori, & quidem eo tempore quo pignus constituitur, vt diximus ad initium huius legis, sed vbi semel ritè constitutum est, nihil creditoris pignoratitij interest ad quem pignus transeat, quia nec alienari potest nisi cum sua causa *l. distractis* 14. *& sequent. Cod. hoc tit. leg. vnic. Cod. rem alien. gerent. non interd. rer. suar. alienat. leg. alienatio* 67. *supr. de contr. empt.*

DEC. Bonorum futurorum obligatio tacitam eam condicionem habet, si ad dominium debitoris quandoque peruenerint. Tunc enim obligari incipiunt cùm debitori incipiunt acquiri, quamuis conuentio de iis obligandis longo antè tempore præcesserit *leg. & quæ nondum* 15. *in princip. & §. quod dicitur hoc tit. leg. vltim. infr. qui potior. in pignor. hab. leg. si qui mihi* 28. *de iur. fisc.* At qui fructus prædij obligati de quibus hîc Papinianus tractat, numquam debitoris fuerunt. Ponimus enim & perceptos eos fuisse à bonæ fidei possessore, cuius fiunt sola etiam separatione, quisquis ille fuerit qui eos à solo separauerit *leg. si fructuarius messem* 13. *in fin. supr. quib. mod. vsusfr. amitt.* nec tantùm perceptos, sed etiam consumptos fuisse ante propositam quasi Seruianam actionem. Si enim extarent, vtique posset creditor eos pignoris iure persequi, quoniam & dominus idémque debitor qui eos obligauit, eorum vindicandorum ius haberet tanquam dominus, cùm non absolutè ac simpliciter per separationem, aut perceptionem fiant bonæ fidei possessoris, sed interim vt diximus ex *dict. leg. bonæ fidei*, id est, quousque vel vsucapti sint vel consumpti, vel à domino ipso vindicentur *§. etsi in rem Instit. de offic. iudic.* Vindicari autem non possunt, nisi quandiu extant *leg. certum est* 22. *Cod. de rei vindic.* Ergo nullam eorum fructuum postquàm consumpti sunt, persecutionem habere creditor potest, quasi defecta condicione sub qua fuerant pignorati, cùm numquam fuerint debitoris. Quod enim dicimus acquisitione dominij ius pignoris non extingui tum obtinet, cùm idem fuit aliquando debitor & dominus rei obligatæ & pignoris dominus esse desiit priusquàm debitor esse desierit. Quod hîc non contingit: neque enim potuit desinere dominus esse is, qui numquam fuit, nec quòd hi fructus pars fundi fuerint, & consequenter debitoris antequàm perciperentur *leg. fructus pendentes* 44. *sup. de rei vindic.* ad rem facit. Fuerunt enim equidē debitoris quandiu & quatenus fundi pars fuerunt, sed non quatenus fructus, cùm non cœperint esse fructus nisi ex quo separati à solo fuerunt à bonæ fidei possessore, vt subtiliter hîc docet Bartolus post Accursium, qui benè idcirco hunc §. intelligit, de fructibus ab emptore. satis non à venditore. Simile est quod ex Paulo scribitur in *leg. Paulus* 32. *§. si mancipia infr. hoc tit.*

b *Etenim pignoris causam nec vsucapione perimi placuit.* RAT. DVB. Pignoris persecutio tollitur & excluditur per præscriptionem longi temporis, id est, decennij inter præsentes & vicennij inter absentes si modò concurrat iustus aliquis titulus acquisitionis cum bona fide *leg. 1. & 2. Cod. si aduers. credit. præscript. oppon. leg. vltim. Cod. de oblig. & action. l. creditor* 12. *infr. de diuers. tempor. præscript.* Ergo & multo magis vsucapione, cùm vsucapio sit in eo potentior, quàm longi temporis possessio quod & dominium tribuit *leg. 3. & pass. infr. de vsucap. leg. traditionibus* 20. *Cod. de pact.* & consequenter directam rei vindicationem *leg. in rem* 23. *& tot. tit. supr. de rei vindic. leg. 1. de Public. in rem act.* At possessio longi temporis nihil nisi exceptionem parit, vnde & præscriptio appellatur. *Tot. tit. de long. temp. præscript.* Augetur dubitatio ex eo quod hodie vsucapio transformata est in longi temporis possessionem & longi temporis possessio in vsucapionem à Iustiniano nostro in *leg. vnic. Cod. de vsucap. transform.* Quidni ergo verum erit hodie dicere, vsucapione perimi pignoris persecutionem? Ob eam nimirum causam placet Accursio & interpretibus cæteris restringi hunc §. & quod scriptum est in *dict. leg. vsucapio* 7. *Cod. hoc tit.* ad vsucapionem rerum mobilium, quæ triennio concluditur *dict. l. vnic.* nec ad vsucapionem rerum immobilium pertinere. Quod mihi falsum & ridiculum videtur. Explicandus enim est Papinianus, ex eo iure, quod ipsius temporibus obtinebat, & quo res immobiles biennio vsucapiebantur ex *l. 12. tabul.* sic concepta, *Vsus auctoritas fundi biennium esto, cæterarum rerum vsus annuus esto.* Eoque iure certum erat vsucapione non perimi persecutionem pignoris, quæ tamen longi temporis præscriptione, id est, exceptione perimebatur. Longior enim possessio priuilegium hoc mereri videbatur, vt bonæ fidei possessor, qui iusto præcedente titulo ac bona fide, id est, ignorãs rem alij obligatam possedisset, quamuis non ideò sibi dominium acquirere posset, exceptionem tamen sibi acquireret ad summouendum creditorem agentem vtili Seruiana *dict. leg. 1. Cod. si aduers. credit. præscript. oppon.* Nec aliud erat si idem bonæ fidei possessor vsucepisset rem obligatam eiusque dominium sibi acquisiuisset. Non enim ob id minùs supererat hypothecaria creditori ante finitum tempus longæ possessionis: quia vt Papinianus dicebat, quæstio pignoris nihil commune habebat cum intentione dominij. Hodie verò postquàm eadem facta sunt tempora vsucapionis & longæ possessionis, dubitandum non est, quin vsucapione rei immobilis extinguatur pignoris persecutio, non minùs quàm olim præscriptione longi temporis. Nec enim eo minus iuris habere debet is, qui bona fide longo tempore possedit, quòd per eam possessionem etiam dominium sibi adquisierit, quemadmodum in eo qui rem mobilem per triennium possedisset, deinde per decennium integrum, iam olim Ioannes apud Accursium respondit & rectè, ex *leg. in bello* 12. *§. si quis seruum infr. de captiu. & postlim.* Sed tamen illud ex vetere iure remansit, quod non vsucapioni hoc ius tribuitur, sed longæ possessioni, neque ipso iure pignus extinguitur, sed exceptione tantùm, vt olim, à persequendo pignore summouetur creditor non propter acquisitum possessori dominium rei obligatæ, sed propter diuturnum debitoris silentium. Ex quo fit, vt separanda hodie sit vsucapio rerum mobilium hac parte ab vsucapione immobilium, quia cùm triennio concludatur hodie rerum mobilium vsucapio, non potest habere adminiculum longæ possessionis quod habet vsucapio immobilium. Ideóque quamuis pariat vindicationem, exceptionem tamen nullam parere potest aduersus persecutionem pignoris. Plus dico, si bonæ fidei possessor à debitore, eodémque domino

BIU Cujas

rem obligatam emerit, quamuis non possit videri malæ fidei possessor is qui à domino emit, cùm etiam dominus factus sit, *leg. si quis cùm sciret 8. infr. pro emptor.* [ponimus enim debitorem qui vendidit alienandi potestatem habuisse, ne obstet quod scriptum est in *leg. si ab eo 12. de vsucap.*] Si tamen eam rem alij obligatam esse sciuit, non habiturum eum aduersus hypothecariam præscriptionem longi temporis, quia quod ad hypothecariam pertinet malæ fidei possessor etiam is intelligitur, qui à domino emit si rem alij obligatam esse non ignorauit, *leg qui balneum 9. § vltim. infr. qui potior. in pignor. hab.* Vt intelligamus tanto magis verum esse quod Papinianus dicebat, Causam pignoris nulla dominij societate coniungi *dict. leg. iusto 44. § non mutat de vsucap.* Longéque alia causa est mutati dominij, alia verò extinctæ & peremptæ rei obligatę de qua *in leg. sicut 8. in princip. infr. quib. mod. pign. vel hypoth. solu.* E contrario autem si quis rem mihi à vero domino ritè obligatam emerit bona fide à non domino, eámque longo tempore possederit, nesciens alienam, nec alij obligatam, vsucapere quidem non poterit, si emerit à malæ fidei possessore, nec tueri se longi temporis præscriptione sed tantùm longissimi ex Iustiniani constitutione *Nouell. 119. vt sponsalit. largit. sit special. contr. cap. 7. § rursus sancimus* vnde sumpta est *authent malæ fidei C. de præscript. long. tempor.* Nec eo minùs tamen longi temporis præscriptionem habebit, si à creditore pignoratitio hypothecaria conueniatur. Nec enim existimandum est præscriptionem illam decennalem quæ contra hypothecariam olim dabatur, sublatam esse à Iustiniano *d. Nouell. 119.* & transfusam eo casu in tricenariam. Nihil siquidem commune habet vindicatio dominij cum pignoris vindicatione, vt quod vno casu à Iustiniano constitutum est, in alio quoque constitutum existimetur. Hìc verò quærit opportunè Accursius, cùm creditor bonæ fidei possessori rem obligatam creditoris iure euicerit post completam vsucapionem, an permittendum sit debitori vt pignus à creditore luat, quod ab vsucaptore luere ipse non potuisset. Et respondet rectè, luendi eum ius habere actione pignoratitia, quia creditor ex contractu obligatus recusare non potest quominùs soluta sibi à debitore pecunia rem restituat debitori *leg. si rem alienam 9. §. omnis pecunia & pass. supr. de pignor. act. leg. rescriptum 12. §. 1. infr. de distract. pignor.* Neque hoc magnam habet dubitationem. Sed difficiliot illa quæstio est, an vbi luerit pignus à creditore, permittendum sit vsucaptori eam rem à debitore ipso vindicare. Respõdet verò idem Accursius nec malè, permittendum, quia negari non potest, quin per vsucapionem factus sit dominus. Potest autem quilibet vindicare eam rem cuius dominus est, & quam suam potest dicere *dict. leg. in rem, & leg. Quintus 27. § argento infr. de aur. & argent legat.* Nec quod creditor iure creditoris rem vsucaptam vsucaptori euicerit, videri potest dominium ei abstulisse. Euictio namque possessionem semper aufert, sed non semper dominium *leg. si mancipium 34. § vltim. & leg. sequent. infr. de euict.* Quidni ergo saluam habere poterit vindicationem? An fortè ideo dominus esse desiit quod creditor ei pignoris iure rem euicerit? Dominia siquidem non nisi certis modis amittuntur, inter quos non est euictio. Subinde quærit Accursius, itémque Bartolus, an aliquo remedio fieri possit, vt debitor postquàm pignus luerit, à creditore illud ipsum sibi retineat aduersus vsucaptorem ne rem illam quam vsucepit possit vindicare. Et tentat an possit dici posse illum cogere creditorem ad cedendas sibi actiones quas habuit contra vsucaptorem ex *leg. mulier 19. infr. qui potior. in pignor. hab. leg. in creditore 38. de euict.* Respondet verò, non posse consilium hoc prodesse, nec cessionem valere, ab eo factam qui post acceptam solutionem nullas amplius actiones habuerit, ex *leg. Modestinus 76. infr. de solut.* cùm sublata principali obligatione per solutionem debiti nulla pignoris siue persecutio siue retentio possit competere creditori, vt idem Papinianus noster ait in *leg. debitor 40. §. vltim. supr. de pignor. act.* Bartolus tamen putat imò posse hanc cessionem valere ad dandam debitori retentionem, quia non sit nouum, vt sublata etiam principali obligatione duret nihilominùs hypothecaria saltem ad effectum retentionis ex *leg. debitor 59. infr. ad SC. Trebell. leg. penult. §. 1. de except. rei iudic. leg. 2. Cod. de luit. pignor. leg. vltim. §. licentiam Cod. dè iur. delib. leg. 1. Cod si antiq. credit. pignor vendid.* Sed malè qui non videt multum interesse, an personalis actio sublata sit per plenam solutionem debiti aliam satisfactionem, quæ solutionis loco sit, an autem quo alio modo ex iis de quibus in supradictis legibus. Priore casu nulla superesse potest hypothecaria neque ad persecutionem neque ad retentionem pignoris, cùm habeat perpetuam illam legem & condicionem, si debitum solutum non sit aut aliter eo nomine satisfactum *leg. grege 13. §. etiam hoc tit. dict. leg. debitor 59. ad SC. Trebell. dict. leg. penult. §. 1. de except. rei iudic.* Alioqui nulla prorsus superesset ratio tollendæ prorsus & extinguendæ hypothecariæ, si neque solutione neque satisfactione vlla extingui posset *leg. si rem 9. §. omnis pecunia & dict. leg. debitor 40. §. vltim. de pignor. act.* Aliis verò casibus id obtinere potest quod vult Bartolus, vt etiam post submotam actionem personalem hypothecaria tamen duret, ac sola sine principali obligatione cedi possit. Et verò quasnam obsecro actiones debitori præstare creditor posset ad impediendam vsucaptoris vindicationem, cùm in ea re nullum ius creditor habuerit nisi pignoris quod vsucaptor ipse tanquam possessor alius quilibet luere potuisset si debitum offerre creditori voluisset? *leg. Paulus respondit 12. §. vltim. infr. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit.* Quod si feciſſet, an non obsecro actionem negotiorum gestorum habuisset aduersus debitorem, quem pecunia sua liberasset? *leg. mater tua 3. Cod. de rei vindic.* nec eo minùs tamen rem à se vsucaptam retinuisset? Ergo perinde dicendum est, si pignus luere noluerit, rémque sibi à creditore euinci maluerit, saluam tamen ei manere vindicationem aduersus debitorem qui à creditore rem non amplius suam recuperauerit; non alio vtique iure quàm si ab initio rem alienam pignori dedisset, aut suam quidem, sed quæ postmodum sua esse desiisset. Quibus casibus non dubitaretur, quin ei pignoratitia æquè competeret, sicut & commodati, & depositi daretur si quis alienam rem vel commodasset vel deposuisset *leg. si rem alienam 9. §. is quoque sup. de pignor. act. leg. ita vt 16. eum leg. præced. supr. commod. leg. 1. § si prædo depos.* Nec proinde ad aliud prodesse debitori potest, quòd ipse non vsucaptor creditori soluerit, quàm vt ne amplius metuendum habeat ne ab vsucaptore quandoque pignoratitia negotiorum gestorum actione, aut ab alio vllo conueniatur. Quare magis probat Accursius, vt rem à se pi-

pignoratam, & ab alio vsucaptam dimittat creditori pro debito, aut potiùs pro eo quod res valet, vt si pluris sit quàm debeatur, superfluum ipsi debitori reddatur, non vsucaptori ex *dict. leg rescriptum* 12. §. 1. *de distract. pignor.* Bartolus tamen consilium hoc probare non facilè potest, quòd ea datio in solutum, nihil nisi alienæ rei venditio futura sit *leg. vltim. infr. quib. ex caus. in possess. eat. leg. 3. pro emptor.* Vnde oporteat euenire, vt vsucaptor precium totum repetere possit à debitore vtili saltem actione negotiorum gestorum. Neque enim æquum est debitorem sibi liberationem acquirere à suo creditore, per solutionem à se factam rei alienæ. Respondet tamen, actionem negotiorum gestorum non competere in specie *dict. leg. mater*, nisi cùm dominus rem suam vindicare prohibetur ob id solùm quòd ea res vel perempta sit vel vsucapta vel præscripta, debuerat addere, vel consentiente domino vendita, qui casus est dictæ *leg. mater.* In proposito autem, non prohiberi dominum rem suam vindicare nisi propter ius pignoris, quod dominij sui causam aut euertit, ideóque nec actionem negotiorum gestorum ei dandam esse, sed si tum quoque, cùm dominus venditioni consensit, habet nihilominùs actionem negotiorum gestorum de precio, vt in *dict. leg. mater.* Quanto magis habebit vsucaptor quem ponimus non consensisse venditioni, sed passum duntaxat fuisse, vt pignus à creditore euinceretur, fortè quod non haberet pecuniam in numerato ad pignus luendum, cuius luendi potestatem & habebat ante dationem in solutum, & habet postea? Nam si post datum anteriori creditori pignus in solutum permittitur posteriori offerre debitum ad pignus suum confirmandum *dict. leg. 1. Cod. si antiq. credit. pign. vendid.* quidni multo magis licebit vsucaptori, qui non creditor sed dominus est, offerre creditori, si nunc malit rem tanquam suam etiam à creditore vindicare, & soluere? Nihil siquidem est, quod facere possit, vt vindicando rem à se vsucaptam, iámque per creditorem euictam debeat exceptione pignoris summoueri quàm quia pignus durat quandiu creditori solutum aut aliter satisfactum non est. Qua igitur fronte potest debitor petere, vt quod plus est in precio rei datæ in solutum quàm in debito, sibi restituatur pignoratitia actione, potiùs quàm vsucaptori, cuius etiam hodie tota res est quæ in solutum creditori data fuisse proponitur, quíque si pecuniam creditori pro debitore soluisset, haberet hodie cum vindicatione etiam negotiorum gestorum actionem? Concludamus igitur nullum auxilium superesse debitori per quod possit vindicantem vsucaptorem summouere, aut rei vsucaptæ in solutum datæ precium sibi aut in totum, aut pro parte acquirere: cùm necesse sit minus eum habere iuris, quàm creditorem in eo quod ipse debitor quoque est, quódque contra eum completa est vsucapio, quæ proinde nocere ipsi omnimodo debet, cùm tamen creditori nocere non potuerit, ante completa tempora præscriptionis longi temporis. Illud certè ferri non potest, quod vult Bartolus, posse creditorem à debitore cogi vt vendat alicui pignus, hoc acto vt ad illum emptorem transeat ius retentionis vigore illius obligationis ex *dict. leg. 1. Cod. si antiq. credit. pign. vendid.* Etsi enim fateor emptorem quisquis ille sit, extra debitorem habiturum ius retētionis quod haberet ipse creditor contra vsucaptorem vindicantem nec pecuniam debitam offerentem, hoc tamen semper verum est non posse emptorem hūc recusare quominùs oblatam ab vsucaptore pecuniam accipiat, neque debitorem, quominus etiam postquàm rem suam vindicauerit, eam pecuniam actione negotiorum gestorum vsucaptori restituere teneatur. Retentionem enim absolutè habere non potest qui eam habet iure pignoris, nec magis rei obligatæ restitutionem accepta solutáque pecunia, quàm pecuniæ debitæ solutionem recusare *dict. leg. debitor* 40. *§. vltim. de pignor. act.*

3 ¶ Pacto placuit, vt ad diem vsuris non solutis, fructus hypothecarum vsuris compensaret fini legitimæ vsuræ. quamuis exordio minores in stipulatum venerint, non esse tamen irritam conuentionem placuit: cum ad diem minore fœnore non soluto, legitimæ maiores vsuræ stipulanti rectè promitti potuerunt.

Ad §. 3. Pacto placuit.

RAT. DVB. Conuentio illa inter creditorem pignoratitium & debitorem facta, vt non solutis ad diem vsuris de quibus infra legitimum modum conuenerat, fructus pignoris compensarentur vsuris ad finem vsque & modum legitimæ vsuræ, id est, dum ne centesimam vsuram excederent, potest videri pœnalis & facta in fraudem vsurarum minorum, de quibus anteà conuenerat, proinde non videtur admittenda, odio scilicet fœnoris, quasi sufficere debeat creditoti aut eas vsuras habere de quibus conuenit infra legitimam & centesimam vsuram, aut de fructibus pignoris compensandis ad concurrentem quantitatem cum vsuris iisdem conuentis.

DEC. Valet conuentio vt non solutis ad diem minoribus vsuris, maiores præstari debeant, licèt per modum pœnæ id factum sit. Non enim pœna quælibet in stipulatione vsurarum adiecta in fraudem legitimarum vsurarum facta intelligitur, sed ea demùm quæ legitimæ vsurę modum excedit *leg. pecuniæ 9. in princip. & §. 1. Leg. Seia 12. infr. de vsur. leg. Iulianus* 13. *§. ibidem Papinianus* 26. *supr. de act. empt.* Ergo quamuis in exordio contractus, id est, in prima parte stipulationis vsurarum de minoribus vsuris conuenerit, [minoribus in quam, in comparatione vsuræ centesimæ, non autem fructuum ex pignore percipiendorum, vt Accursius interpretabatur, quamuis fructibus quoque minores vsuras fuisse necessariò ponendum sit] non tamen ideo irrita videri debet conuentio de vsuris minoribus cum fructibus quanticunque precij dummodò infra vsuram legitimam compensandis. Quid enim refert an ob nō solutas minores vsuras conueniat de maioribus vsuris præstandis, an verò de vsuris compensandis cum fructibus, dum ne legitimæ vsuræ modus excedatur? Obseruandum autem est vi-

BIU Cujas

cioſam eſſe vulgatam huius §. lectionem, in illis verbis, *niſi legitimæ vſuræ ſua quæque die ſoluantur*, pro quibus legendum eſt, vt in Pandectis Florent. *ſini legitima vſura* reiectis cæteris, indéque factum eſſe, vt loci huius interpretationē aſſequi nec Azo nec Accurſius potuerint. Vſuras enim legitimas Azo interpretatur eas, quæ promiſſæ fuerant, quas tamen ponit Papinianus minores fuiſſe legitimis, & minores vſuras accepit Accurſius ex comparatione fructuum, non autem quomodo Papinianus intellexit proculdubio ex comparatione maiorum, quæ ad centeſimas vſque aſcenderent. Senſus tamen vtriuſque lectionis idem ferè eſt, vt in effectu paria hæc ſint, paciſci de maioribus vſuris ſoluendis ſi minores promiſſæ ad diem non ſoluerentur, & paciſci de facienda fructuum compenſatione cum vſuris, licèt modum conuentarum vſurarum excedant. Vtramque enim conuentionem valere, dummodò legitimę vſuræ finibus coerceatur. Hoc enim neceſſariò addendum eſt vulgatæ lectioni, & ſupplendum ex Florentina. Interpretatio verò ſecunda Accurſij quæ illa eſt, vt primò conuenerit de minoribus vſuris ſoluendis, deinde vt ſi minores non ſoluerentur, maiores præſtarentur, poſtremò vt pro maioribus fructus compenſarentur, ideò mihi non probatur, quòd de certis maioribus vſuris nihil conuenerat, ſed tantùm vt vice vſurarum minorum de quibus conuenerat, fructus compenſarentur in vicem maiorum, de quibus nihil aliud dictum fuerat, quàm vt legitimum modum excedere non poſſent, quod eleganter more ſuo Papinianus noſter expreſſit tribus illis verbis *ſini legitimæ vſuræ*, vt & *ſini peculij* in *leg. debitor* 19. *de compenſat.* quæ verba à vulgaribus interpretibus non intellecta, mendo cauſam proculdubio dederunt. Aliud verò eſt conueniſſe de præſtanda centeſima vſura, aliud verò de compenſandis fructibus non vltra centeſimam. Si enim accideret, vt non plus eſſet in collectis ex pignore fructibus, quàm in vſuris minoribus de quibus conuenerat ab initio, inutilis nulliuſque effectus eſſet conuentio poſterior. Nec proinde quicquam facit maiorum vſurarum conuentio quoties adiicitur, vt vice vſurarum fructus percipiantur, quæ perceptio nihil niſi fructuum cum vſuris compenſatio eſt.

4 ¶ Cum prædium vxor viro donaſſet, ídque prædium vir pignori dediſſet: poſt diuortium mulier poſſeſſionem ſui prædij recuperauit, & idem prædium ob debitum viri pignori dedit. in ea duntaxat pecunia rectè pignus à muliere contractum apparuit, quam offerre viro debuit, meliore prædio facto: ſcilicet ſi maiores ſumptus, quàm fructus, fuiſſent, quos vir ex prædio percepit. etenim in ea quantitate proprium mulier negocium geſſiſſe, non alienum ſuſcepiſſe videtur.

Ad §. vlt. Cùm prædium vxor.

RAT. DVB. Mulier quæ ob debitum viri prædium ſuum pignori dedit, pro viro vtique interceſſit. Nam & pignoris datio facit interceſſionem *l. quamuis* 8. *in princip. ſup. ad SC. Velleian.* ſicut & fideiuſſoris *leg. ſi fideiuſſores* 6. *& paſſ. eod.* Ergo per SC. Velleianum quod de mulierum interceſſionibus factum eſt, datio illa pignoris impedietur, ac proinde liberum eſſe debebit mulieri pignus illud recuperare à mariti creditore, nulla debiti facta oblatione. Nec ad rem pertinet quòd vxor idem prædium viro antè donauerat. Fuerat enim illa donatio moribus populi Romani inter virum & vxorem prohibita *leg.* 1. 2. 3. *& paſſ. infr. de donat int. vir. & vxor.* Nec proinde dominium ex ea transferri in virum potuerat, nec ſi traditio millies ſecuta eſſet, quia fuerat nuda traditio, nullo iuſto titulo præcedente *leg. nunquam nuda* 31. *infr. de acquir. rer. domin.* Et conſequenter nec pignus tenuerat quod maritus creditori ſuo tanquam dominus dederat *leg.* 4. *aliàs leg. ſi ex duobus* §. *ſed & Marcellus ſupr. de in diem addict. l. g. lex vectigali* 31. *hoc tit.*

DEC. Sumptus à marito facti ad meliorandum prædium quod ſibi ab vxore donatum fuerat, omnimodo reddendi ſunt marito, nec priùs audienda mulier fundum à ſe donatum vindicans quàm eos ſumptus marito obtulerit & reſtituerit, non ſolùm quoniam alioqui locupletaretur mulier ex iactura mariti contra naturalem æquitatem *leg. planè* 38. *ſup. de her. ed. petit.* ſed etiam quia quamuis maritus in re vxoris ſibi donata malæ fidei poſſeſſor eſſe intelligatur, quia ſcit aut ſcire debet ſe alienum poſſidere *leg. ſi vxor filio* 19. *de donat. int. vir. & vxor.* Attamen quod aliis malæ fidei poſſeſſoribus obiici ſolet, videri eos donaſſe ſumptus quos in rem alienam ſcientes feçerint *leg. adiò* 7. §. *ex diuerſo infr. de acquir. rer. domin. leg. ſi ſeruus ſeruum* 27. § *ſi oliuam ſupr. ad leg. Aquil. leg. ſi is contra quem* 5. *Cod. de ædific. priuat.* ad hunc caſum pertinere non poteſt, in quo nec volens maritus quicquam donare vxori poteſt, ex quo fiat ipſe pauperior, & illa locupletior *leg. ſi ſponſus* 5. § *conceſſa & paſſ. ill. tit. de donat. int. vir. & vxor.* Ergo cùm mulier eorum ſumptuum debitrix fuerit, conſequens eſt vt dando poſteà pignori illud ipſum prædium pro debito viri non pro ſuo, valere tamen pignus debeat ad concurrentem vſque eorum ſumptuum quantitatem, quaſi mulier eatenus non tam pro viro interceſſerit, quàm proprium ſuum negotium geſſerit. Quo caſu Velleiano locus eſſe non poteſt *leg. ſi pro aliquo* 21. *leg. bona fide* 27. §. *vltim. ad SC. Velleian.* Ita enim fecit vt ſe à marito & à debito illo ſumptuum liberauerit, atque ita hoc ipſo locupletior facta ſit *leg. ſi pupilli* 66. *infr. de ſolut.* Quod ſufficit ne iuuari Velleiano poſſit. Sed quod dicimus valere pignus quod mulier pro debito viri dedit ad concurrentem vſque eius pecuniæ quantitatem quam pro ſumptibus in prædium donatum factis marito debuit, ita accipiendum eſſe Papinianus monet, ſi ſumptus illi excedant quantitatem fructuum quos maritus ex prædio perceperit, & quatenus duntaxat excedunt. Prius enim compenſatio facienda eſt eorum fructuum cum ſumptibus, quia nec abeſſe marito quicquam aliud videtur ratione eorum ſumptuū quàm quod plus eſt in ſumptibus quàm in fructibus. Atqui, dicat aliquis, ma-

ritus

BIU Cujas

ritus quamuis malæ fidei possessor sit, vt diximus, in eo tamen melioris condicionis est quàm cæteri malæ fidei possessores, quòd fructus suos facit quos ex re donata percipit suis operis veluti serendo, id est, fructus industriales, vt scriptum est in *leg. fructus 45. infr. de vsur.* Non ergo cogendus est eos compensare. Sed neganda consecutio est. Nam & bonæ fidei possessores qui etiam citra perceptionem sola fructuum separatione à solo suos eos faciunt *leg. si fructuarius messem 13. in fin. supr. quib. mod. vsusfr. amitt.* & quod ad fructus etiam naturales pertinet, dominorum loco habentur *leg. bonæ fidei 48. de acquir. rer. domin.* eam tamen sumptuum cum fructibus ante litem contestatam perceptis compensationem pati coguntur, ex perpetua Papiniani nostri sententia quæ extat in *leg. sumptus 48. leg. emptor 65. supr. de rei vindic. leg. in insulam 42. §. 1. infr. solut. matrim.* quibus locis hic quoque coniungendus est. Fructus enim omnes bonæ fidei possessor suos quidem facit, sed non lucratur nisi consumptos vel vsucaptos *leg. 4. §. post litem supr. fin. regund. leg. 4. §. lana de vsucap.* Consumpti autem non videtur qui in corpore patrimonij retinentur *leg. idem seruandum 72. de leg. 2.* aut quod in corpus patrimonij versum est *leg. pater 23. inf. de adim. legat.* quomodo versa intelligitur æstimatio fructuum in sumptus necessarios vel vtiles impensa. Nam & loci illi omnes Papiniani sunt, & cum hoc nostro mirificè congruunt.

2. IDEM lib. 3. Responsorum.

FIdeiussor, qui pignora vel hypothecas suscepit, atque ita pecunias soluit: si mandati agat, vel cum eo agatur: exemplo creditoris etiam culpam æstimari oportet. cæterum iudicio, quod de pignore dato proponitur[a], conueniri non potest.

Ad l. Fideiussor 2.

RAT. DVB. Cùm fideiussor debitoris pro eo soluit pecuniam debitam, atque ita pignora vel hypothecas quas debitor dederat, emptionis titulo suscipit, siue officio iudicis id adsecutus sit vt in *leg. 2. infr. de distract. pignor.* siue ex conuentione sic facta inter eum & pignoratitium creditorem vt in *leg. si mandatu 59. §. 1. supr. mandat.* [potest enim hæc lex vtramque interpretationem recipere, vt & *l. 3. Cod. plus valer. quod agit.* quæ ad hunc casum proculdubio referenda est] non nisi ex iuris necessitate fieri intelligitur *dict. leg. 2. de distract. pignor.* & in consequentiam fideiussionis *dict. leg. si mandatu §. 1.* Ponimus autem fideiussionis officium gratuitum fuisse siue pro absente & ignorante quis fideiusserit, siue ex mandato debitoris vt in *leg. ex mandato 20. §. 1. eod. tit.* Nam & mandatum gratuitum esse debet *leg. 1. §. vltim. eod.* Ergo dignus est fideiussor cum quo mitiùs agatur, vt nihil nisi dolum præstare debeat, non etiam culpam leuem exemplo creditoris, cùm pignoratitius contractus vtriusque contrahentium gratia fiat *leg. si vt certo 5. §. nunc videndum 1. supr. commod.* Contractus verò fideiussionis non fit nisi propter debitorem, potestque fideiussor iustissimè allegare non fuisse se incommodum hoc subiturum solutionis pro debitore faciendæ, & transferendi in se pignoris, si non pro debitore fideiussisset *leg. si seruus 61. §. quod verò infr. de furt.*

DEC. Fideiussor qui pignora vel hypothecas à creditore suscipit, licèt hoc ex necessitate iuris faciat, creditoris tamen loco se constituit. Nemo enim cogebat eum pignora vel hypothecas à creditore suscipere si personali actione mandati contentus esse maluisset. Recusare igitur non debet, quominùs leuem quoque culpam in seruando pignore præstare debeat, quam creditor ipse præstare teneretur, vt eadem causa sit emptoris, quæ futura erat venditoris *leg. inuitus 156. §. plerunque iunct. leg. quod ipsis 143. de reg. iur.* Non enim debet fieri deterior causa debitoris in pignore ob id solùm quòd fideiussor in ius creditoris successerit, quamuis ex iuris necessitate id factum sit.

a *Cæterùm iudicio quod de pignore dato redditur.* Pignoratitiam actionem intelligit, quæ datur debitori contra creditorem de pignore dato reddendo post solutam pecuniam. Sic enim idem Papinianus noster eam vocat in *leg. penultim. supr. de pignor. act.*

RAT. DVB Fideiussor qui soluta pecunia suscepit pignora vel hypothecas, & emit à creditore quamuis ex necessitate iuris, succedit tamen in ius & locum creditoris, ideóque tenetur etiam de leui culpa sicut & creditor, cùm tamen quasi fideiussor non nisi de dolo teneri debere videretur, vt suprà diximus. Atqui creditor si pignus hodie teneret, vtique pignoratitia conueniri posset *dict. leg. pen. leg. si rem 9. §. omnis pecunia & tot. tit. de pignor. act.* Ergo & fideiussor qui à creditore pignora vel hypothecas suscepit, pignoratitia actione conueniri poterit vt pignus reddat.

DEC. Actio pignoratitia personalis est, & ex contractu pignoris vel hypothecæ nascitur *leg. 1. §. creditor quoque infr. de oblig. & action.* Atqui personales actiones, quæ ex contractu nascuntur, non aduersus aliũ dari possunt quàm aduersus eum ipsum qui contraxit, eiúsve heredem *leg. vltim. & tot. tit. C. de hereditar. act.* Non enim potest actio personalis sequi singularem successorem *leg. vltim. §. 1. supr. de contr. empt. leg. 1. §. si heres infr. ad SC. Trebell. leg. æris alieni 15. Cod. de donat.* Fideiussor autem neque ipse contraxit de pignore neque in creditoris qui contraxit locum iure hereditario successit. Ergo pignoratitia conueniri non potest, sed tantùm actione mandati, initio scilicet inspecto si mandatum intercesserit *dict. leg. si mandatu 59. §. 1. mandat.* Nam si mandatum nullum interuenerit, sed fideiusor sola vrgẽte amicitia pro debitore absente ac ignorante, vt plerunque fieri solet, fideiuserit, cùm mandati actio locum habere non possit, ad actionem negotiorum gestorum necessariò recurrendum est *dict. leg. ex mandato 20. §. 1. eod. tit.* Cui tamen locus interdum esse potest etiam interueniente mandato, si fortè fideiusor imperitia lapsus alterius quoque contractus qui personam eius non contingebat, pignora vel hypothecas susceperit, & vtramque pecuniam creditori soluerit, existimans indemnitati suæ confusis prædiis consuli posse, vt elegantèr

BIU Cujas

idem Papinianus noster respondit in *leg. fideiussor 32. supr. de negot. gest.* Haberet tamen vtilem Seruianam si quo fortè casu possessionem rei pignoratæ & à creditore sibi venditæ possessionem amisisset *leg. si creditor 28. in princip. supr. de pignor. act.* cùm in creditoris pignoratitij locum & ius successerit *leg. pen. infr. de distract. pignor.* Ergo si pignora citra emptionem pecunia sua liberauerit, vtilem illam Seruianam non habebit, sed tantùm si ipse possideat doli exceptione defendetur *leg. 1. in princip. infr. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit.* Planè illo etiam casu quo fideiussor pignora vel hypothecas contractus qui eum non contingebat, susceperit, non ideo tamen pro iis pignoribus casum quoque præstabit, sed culpam duntaxat exemplo creditoris, vt & in specie huius legis, quia fideiussor prædo non videtur, vt eleganter Papinianus respondit in *dict. leg. fideiussor.* An non verò tenebitur de omni culpa etiam leuissima, de qua etiam procurator tenetur, *leg. à procuratore 13. Cod. mandat.* Ita videtur innuere Papinianus in *dict. leg. fideiussor*, quia licèt prædo non sit fideiussor, ne quidem eorum pignorum nomine quæ contractum eius non contingebant. Est tamen quod ei possit imputari cur ea quoque susceperit, quamuis imperitia lapsus id fecerit. Non enim diligentissimus paterfamilias id feçisset. Nec imputare mandato hoc potest, quod extra mandati causam fecit. Aliud sanè iuris est in pignoribus quæ fideiussorium contractum contingebant. Satis enim debitori esse debet quod fideiussor eam duntaxat culpam præstet quam creditor præstare debuisset, id est, leuem non leuissimam. Quod enim in cæteris procuratoribus obtinet, vt omnem culpam, id est, etiam leuissimam extra casum fortuitum præstare debeant *dict. leg. à procuratore* ad fideiussorem non pertinet etiam qui ex mandato debitoris fideiusserit, quia mandatum impleuit fideiubendo & soluendo ei licèt pro alieno debito fideiusserit, suo tamen nomine fideiussit, non alieno, quamuis noceat ei quòd fideiusserit ne extranei emptoris loco habendus sit, quòd in toto illi contractu mandati bonam fidem præstare debeat vt scriptum est in *dict. leg. si mandatu 59. §. 1 mandat.* Sed non potest ea res facere vt deterioris condicionis esse debeat fideiussor qui ex debitoris mandato fideiussit, quàm qui sine mãdato, in cuius tamẽ persona ratio dubitandi nulla esset, propter quã de leuissima quoq; culpa teneri debere videretur.

3. IDEM lib. 20. Quæstionum.

SI superatus sit debitor, qui rem suam vindicabat, quòd suam non probaret: æquè seruanda erit creditori actio Seruiana, probanti rem eo tempore, quo pignus contrahebatur, in bonis illius fuisse. sed & si victus sit debitor vindicans hæreditatem: iudex actionis Seruianæ, neglecta de hæreditate dicta sententia, pignoris causſam inspicere debebit. atquin aliud in legatis & libertatibus dictum est: cum secundùm eum, qui legitimam hæreditatem vindicabat, sententia dicta est. sed creditor non bene legatariis per omnia comparatur: cùm legata quidem aliter valere non possint, quàm si testamentum ratum esse constet. enimuero fieri potest, vt & pignus rectè sit acceptum, nec tamen ab eo lis bene instituta.

Ad l. Si superatus 3.

RAT. DVB. Non potest creditor plus iuris habere ex persona debitoris, quàm debitor ipse habeat. Ex regula *leg. nemo plus iuris 54. de regul. iur. iunct. leg. quod ipsis 143. eod.* Atqui debitor qui cùm rem à se pignori datam vindicaret, victus est, quòd rem suam esse non probauerit, hoc ipso probatur nõ esse dominus cùm res iudicata pro veritate habeatur *l. ingenuum 25. supr de stat. homin. l. res iudicata 207. de reg. iur.* Ergo creditori quoque postea in eandem rem vtili Seruiana agenti, nocere debet ea sententia, cùm non aliter possit vincere quàm si probet rem sibi obligatam in dominio aut saltem in bonis debitoris fuisse eo tempore quo pignus contrahebatur, *l. & quæ nondum 15. § quod dicitur infr. hoc tit. l. quæ prædium 6. Cod. si alien. res pign. dat. sit l. ante omnia 23. infr. de probat.* Ergo exceptionem rei contra debitorem iudicatæ creditori nocere necesse est, vt & in *l. sæpe 63. infr. de re iudic.* ne alioqui facilè contingat, vt diuersa pronuncientur, quod absurdum esset *l. singulis 6. de except. rei iudic.* cùm vna tantùm sit veritas, quam res iudicata repræsentat.

DEC. Res iudicata inter alios aliis nocere nec potest nec debet *l. 1. de except. rei iudic. l. 1. & tot. tit. C. quib. res iudic. non nocet l. 1. & tot. tit. Cod. int. alios act. vel iudic. aliis non nocer.* quoniam alteri per alterum iniqua condicio inferri nunquam debet *l. non debet alteri 74. de regul. iur.* nec cuiquam licet facto suo alij actionem adimere aut exceptionem *l. Granius 71. §. penult. infr. de fideiuss. l. vlt. supr. de pact.* Atqui alia persona est debitoris, alia verò creditoris, nec quod creditor à debitore ipso causam habeat, nocere ipsi debet quasi in locum victi successisse videatur, cùm pignoris conuentio sententiam aduersus debitorem latam præcesserit, vt eleganter idem Papinianus noster respondit in *l. iudicata 29. in fin. de except. rei iudic.* Et fieri facilè potest, vt debitor etiam citra collusionem victus sit defectu probationum, scilicet quòd non probauerit dominium rei suæ vt in *l. vltim. Cod. de rei vindic.* cuius probatio plerunque difficillima est §. *commodum Instit. de interd.* aut aliter litem malè instituerit. creditor autem pignus rectè acceperit & possit vincere probando rem in bonis debitoris fuisse, siue quòd meliores habeat probationes, siue quòd facilior sit probatio dominij bonitarij, quàm quiritiarij *l rem in bonis 52. infr. de acquir. rer. domin.* Præsertim verò cùm alia sit quæstio quæ de dominio tractatur in rei vindicatione directa, alia verò quæ in

vtili

vtili Seruiana, quamuis & ipsa vindicatio pignoris dicatur in *l. si fundus 16. §. in vindicatione hoc tit.* quia nimirum in rem quoque actio est *l. pignoris 17. eod. l. pignoris 15. Cod. eod.* Nam in dominij vindicatione de dominio principaliter agitur, cuius præcisa probatio sanè perdifficilis est. In pignoris autem vindicatione non nisi incidenter, & quasi in antecedens necessarium, ideóque leuiores probationes debent sufficere *arg. l. 1. Cod. de offic. Rect. prouinc. l. 1. Cod. de ordin. iudic.* Ergo sententia in dominij vindicatione contra debitorem lata creditori pignus persequenti nocere non debet, cùm pignoris conuentio præcessit sententiam, vt diximus: alioqui nocebit certè, quia creditor in ius victi successisse videbitur *dict. l. iudicatæ in fin. & §. prox. infr.* Nec aliud iuris esse puto in creditore, qui pendente iam lite de proprietate contra debitorem pignus ab eo acceperit. Nihil enim facere potest pendente lite reus in præiudicium actoris, & quicquid ab eo factum est pro eo haberi debet acsi factum non fuisset *l. quamquam 4. §. 1. infr. de aqua & aquæ pluu. arcend.* Nec distinguo, an eam litem creditor sciuerit, an ignorauerit. Nam neque cùm de vitio litigiosi quærimus, quod multo grauius & odiosius est, distinctio hæc adhibetur *l. vlt. Cod. de litig.* neque tam creditoris, qui pignus accipit quàm debitoris, qui pendente lite rem litigiosam dat pignori, ius hoc constituitur. Planè in creditore sciente litem de proprietate institutam, longè minor dubitatio est, quin nocere illi debeat sententia contra debitorem reddita, si eum solum litigare & vinci passus sit, etiamsi nulla debitoris collusio proponatur *l. sæpe 63. de re iudic.* Tum enim de collusione quærendum est, cùm sententia inter alios lata noceret aliis, si collusio nulla probaretur, & nisi ab ea sententia appellaretur, vt in *l. si perlusorio 14. infr. de appell. l. si suspecta 29. supr. de inoffic. testam. l. si seruus plurium 50. §. 1. de legat. 1. l. Præses 5. Cod. hoc tit.*

a *Atquin aliud in legatis & libertatibus dictum est.* Occurrit Papinianus obiectioni, quæ fieri poterat ex eo quod in libertatibus & legatis ita obtinet, vt sententia secundum eum qui legitimam hereditatem vindicabat, & contra heredem scriptum reddita etiam libertatibus & legatariis nocere debeat. Quidni ergo etiam contra debitorem lata sententia nocebit creditori? Sed respondet, non benè per omnia creditorem legatariis comparari, cùm legata quidem aliter valere non possint quã si testamentum ratum esse constet. Enimuerò fieri possit vt & pignus rectè acceptũ sit, hoc est, ab eo, qui dominus fuerit, & pignoris dandi ius habuerit, & tamen lis de dominio malè à debitore fuerit instituta. RAT. DVB. Res inter alios iudicatæ nullum aliis præiudicium faciunt, vt suprà diximus. Ergo quamuis pro herede legitimo pronunciatum sit ruptum vel irritum aut non iustum esse testamentum in quo libertates & legata relicta sunt, nõ debet tamen ea res nocere libertatibus & legatariis, quibus absentibus & insciis contra heredem scriptum pronunciatum est. Atque ita scribit Vlpianus in *l. 1. infr. de except. rei iudic. & in l. si seruus plurium 50. §. 1. de legat. 1.* vbi ait, non tantùm si hereditatis iudex pronunciauerit contra scriptum heredem vel non agentem causam, vel lusoriè agentem, nihil eam rem nocere legatariis: sed etsi per iniuriam fuerit pronunciatum, nec iis obesse debere iniuriam scripto heredi factam, tametsi heres scriptus prouocare potuerit, nec tamen prouocauerit. Nec alia videtur fuisse sententia Pomponij, itémque Quinti Mucij & Aristonis quos ille refert in *l. statuliberi à cæteris 29. §. Quintus infr. de statulib.* vbi non dubitat, quin à legitimo herede, qui scriptum vicerit, etiam per iniuriam iudicis, libertas debeatur & competat ipso iure ei qui liber esse iussus fuerat sub ea condicione si heredi decem dedisset. Et sanè generale est, vt iniuria vni facta non debeat alium contingere *l. si per imprudentiam 51. in princip. infr. de euict.* Manere enim illam penes eum cui facta fuit, æquius sanè est quàm ad alium transferri *l. exceptione 67. infr. de fideiuss.* Sunt tamen qui contrà putent, Sententiam pro herede legitimo cõtra scriptum heredem latam, quamuis per iniuriam, nihilominùs nocere legatariis debere, inter quos est vir doctissimus Iacobus Cuiacius qui *lib. 2. Obseruat. cap. 7. & libr. 16. cap. 32.* defendit mordicùs tollendam negationem quæ est in *dict. l. si seruus plurium §. 1.* in illis verbis *iniuria ei facta non nocebit legatariis.* Motus primùm ex eo quod alioqui nulla differentia erit inter creditores & legatarios, quæ tamen apertè ponitur à Papiniano in hac lege. Item ex ratione illa quam Papinianus adfert, quod legata non aliter valere possint, quàm si testamentum in quo relicta sunt ratum esse constet. Quod porrò non aliter ratum esse potest quàm si ex eo adeatur hereditas. Adita enim demùm hereditate omnis defuncti voluntas rata constituitur, vt idem Papinianus noster dicebat in *l. si patroni 55. §. qui fideicommissam infr. ad SC. Trebell.* Rursum non potest adiri hereditas ex eo testamento quod vel ruptum, vel irritum, vel nullius momenti esse pronunciatum est. Prius enim à lege confirmatum esse testamentum necesse est, quàm vt per aditionem ratum fieri possit. Sufficit ergo pronunciatum esse quomodocunque contra testamentum, id est, absentibus quoque, & insciis legatariis, & per iniuriam iudicis. Mihi tamen aliud iudicium est, qui video Papinianum in primo isto legis huius responso non eum casum tractare quo victus sit per iniuriam heres scriptus, quomodo in *§. prox.* ponit per iniuriam iudicis victum fuisse eum, qui rem quam petierat, posteà pignori obligauerit, sed illum è contrario, quo debitor victus fuerit ob litem malè institutam. Iustè igitur, non per iniuriam aut per imprudentiã iudicis. Nec certè vlla vel iuris vel æquitatis ratio patitur, vt iniuria quæ vni facta est aliis nocere debeat. Quî enim fieri posset, vt iuris effectum vllum haberet id quod per iniuriam, id est, non iure factum esset? Non magis vtique quàm vt iuris executio iniuriam aliquam habere videatur *l. iniuriarum 13. §. 1. infr. de iniur.* Et quicquid contra iuris rationem fit, licèt non per iniuriam, sed quod longè tolerabilius est, per errorem fiat, numquam producendum est ad consequentias *l. quod verò 14. l. quod non ratione 39. supr. de legib.* maximè verò in odium & necem alterius, quàm cui iniuriam factam voluit is qui fecit *dict. l. si per imprudentiam, & dict. l. exceptione.* Sed neque alium Vlpiani sensum esse in *dict. l. si seruus plurium §. 1.* ex eo apparet, quod in alia specie, quam tractat, de substituto secundum quem pronunciatum sit per iniuriam & gratiam contra scriptum heredem, & ad propositam quæstionem, an ille legatariis teneatur. Respondet teneri eum debere non minùs legatariis quàm creditoribus, non aliam suæ sententiæ rationem adfert, quòd non nisi valde improbè causari possit secundum se iudicatum fuisse per gratiam, quoniam eo modo

BIU Cujas

non tantùm iudicis, sed etiam propriam suam turpitudinem allegaret. Ita innuens aliud se responsurum fuisse, si substitutus gratiam & iniuriam iudicis allegans audiendus esset. Nam si eo casu quo sententia pro substituto per gratiam & iniuriam lata esset, non deberet prodesse legatariis, quanto minùs nocere iis debebit sententia pro legitimo herede contra scriptum heredem per iniuriam iudicis reddita? Dices pro Cuiacio, Quænam ergo erit hac parte differentia inter legatarium & creditorem? Nec enim negari potest quin à Papiniano apertè ea constituatur in hac lege. Quę tamen nulla erit siue sic intelligatur, vt duobus tantùm casib. sententia lata cõtra heredem scriptum non noceat legatariis, nempe si heres vel omnino non responderit vel litem colluſoriè egerit vt in *dict. l. si seruus §. 1. in princip. l. à sententia* 5. §. 1. *l. si perluſorio* 14. *in princip. & §. 1. de appellat. l. qui repudiantis* 17. §. 1. *& l. seq. l. si ſuſpecta* 29. *ſup. de inoffic. teſtam.* Nam & in creditore idem iuris est, si ei opponatur exceptio rei contra debitorem iudicatæ *dict. l. ſi Præſes* 5. *Cod. hoc tit.* vbi duo hi tantùm casus excipiũtur. Nec rursum si Papinianum sic accipiamus, vt ita demum noceat legatariis res pro legitimo herede contra testamentarium iudicata si iustè iudicatum sit. Cur enim hoc casu non noceat ipsis sententia, quæ si contra testamentarium heredem nondum esset reddita, etiam hodie contra legatarios reddi deberet? Vt ergo aliqua differentia sit inter creditorem & legatarios, ponendum videtur latam esse sententiam per iniuriam contra heredem, vt deterioris condicionis sint legatarij quàm creditores, noceátque legatariis iniustè lata contra scriptum heredem sententia, non noceat autem creditori iniustè lata sententia contra debitorem. Sed respondendum est, nullam quidem esse differentiam primo illo casu: quo qui condemnatus est siue heres scriptus ille sit siue debitor, causam non egerit. Certum enim est hoc casu non fieri ius ex sententia nisi contra illum ipsum qui liti adesse neglexit *dict. l. si perluſorio* §. 1. *de appellat.* Idque à Diuis fratribus ita constitutum esse Paulus refert in *dict. l. qui repudiantis* §. 1. *& l. ſeq. ſupr. de inoffic. teſtam.* Si verò condemnatus liti quidem adfuerit & responderit, sed causam colluſoriè egerit, atque ita se condemnari passus sit, separandus est creditor à legatariis. Creditori enim non nocebit sententia contra debitorem lata non magis quàm si debitor omnino non respondisset *dict. l. Præſes*, vbi duo hi casus æquiparantur in persona debitoris quod pertinet ad ius creditoris integrum conseruandum. Nocebit autem legatariis sententia contra scriptum heredem pro herede legitimo, quamuis colluſoriè lata, nisi hactenus vt permittatur eis appellare *dict. l. ſi perluſorio in princip. & dict. l. à ſententia* §. 1. *de appellat.* allegata scilicet & probata collusione. Alioqui nec appellare iis licebit. Est enim quod eis imputetur, cur si suspectam heredis fidem habebant, non venerint ipsi ad iudicium & testamenti causam melius defenderint *l. ſi ſuſpecta* 29. *de inoff. teſtam. dict. l. ſi perluſorio in fine principij, dict. l. a ſententia §. 1. verſic. idem reſcripſit* vbi dictionem *appellationis* abundare existimo, vt is versiculus de causa principali & prima instantia non de appellationis causa intelligatur. An non enim iam satis dixerat Marcianus legatarios causam appellationis agere posse, cùm dixerat posse illos appellare? Quis verò appellationis causam potest & debet agere nisi ille ipse qui appellauit? Nec certè alius Marciani sensus est in *dict. l. à ſententia* §. 1. quàm qui Vlpiani in *d. l. ſi perluſorio*, vt scilicet moneat, & appellare legatarios posse à sententia colluſoriè lata, & ante sententiam si malint causam principalem agere ne in eorum necem colludatur audiendos eos esse. Et ratio diuersitatis inter hos casus illa est, quod ius legatariorum pendet ex iure testamenti, vt Papinianus hîc scribit, non etiam ius creditoris ex iure & dominio debitoris, cùm si debitor dominium rei suæ ex postfacto amisisset, non noceret ea res creditori *dict. l. §. cùm prædium pignori ſupr. l. vſucapio* 7. *l. debitorem* 15. *Cod. hoc tit.* Cur ergo nocebit sententia præsertim per collusionem reddita? Et verò legitimo herede contra testamentarium hereditatem vindicante, non alius certè quàm scriptus heres legitimus contradictor est, cùm ius legatorum ex iure testamenti pendeat *l. Papinianus* 8. §. *vltim. ſupr. de inoffic. teſtam. l. ea quam* 14. *Cod. de fideic.* Nec imputari potest heredi legitimo cur legatarios non conuenerit in quæstione de hereditate, quæ ad legatarios nil pertinet. Proinde mirum non est sententiam pro eo latam afficere legatarios, quamuis inauditos, per consequentias necessarias. Sufficit enim redditam eam esse cum legitimo contradictore. Non est autem debitor legitimus contradictor in quæstione de pignore, sed tantùm in quæstione de dominio, cuius causa nihil habet cum iure dominij commune. Maximè verò si agat debitor, & rem à se obligatam quasi dominus vindicet à possessore. Contradictor enim ille est qui conuenitur, non qui agit *dict. l. Papinianus §. ſi filius de inoffic. teſtam.* In eum verò qui conuenitur numquam cadit periculum malè institutæ actionis, sed in actorem solùm qui & instituendam actionem malè potest eligere, & electam etiam benè, attamen malè instituere. Qua vna ratione mouetur hîc Papinianus, vt sententiam contra debitorem latam etiam citra collusionem debitoris & iniuriam iudicis creditori obesse nolit. Itaque quod scriptum est in *dict. l. ſi ſeruus plurium* §. 1. Si hereditatis iudex contra scriptum heredem pronunciauerit, non agentem causam vel luſoriè agentem, nihil hoc nocere legatariis, non sic accipi debet quasi nulla omnino sit inter hos casus differentia, quomodo vulgo creditum esse video. Sed vt neutro quidem casu in effectu noceat, sed alia tamen atque alia ratione. Nam si heres scriptus non adfuerit idcirco, nõ nocet sententia legatariis, sed ei tantùm qui iudicio adesse neglexit, quia cum nullo contradictore reddita est, nedum cum legitimo *l. cum non iuſto* 3. *infr. de colluſ. deteg.* Cùm verò adfuit, & causam quidem egit, sed colluſoriè, ideò non nocet legatariis, quia permissum iis est appellare, atque ita per appellationem sententiam extinguere *l. furti* 6. §. 1. *ſup. de his qui notant. infam. l. 1. §. vltim. ad SC. Turpill.* ad quam tamen appellationem admittendi non essent si eos sententia non afficeret, sicuti nec cùm scriptus heres adesse noluit, quia nihil eius interesse videri potest. Non sunt autem appellantes audiendi nisi quorum interest *l. 1. infr. quor. appell. non recip.* Nisi cùm quis à sententia contra falsum procuratorem reddita appellauit, quoniam eiusmodi appellatio tacitam ratihabitionem includit eorum omnium quæ à falso procuratore gesta sunt vt ita fiat ex falso verus *l. 3. §. falſus procurator infr. rat. rem haber.* quod in proposita specie non potest contingere in qua scriptus heres fuit contumax & condemnatus non legatariorum

BIU Cujas

riorum nomine, sed suo. Eodémque modo accipi debet quod scriptum est in *dict. l. si seruus plurium* 50. §. *penult. de legat.* 1. Heredem qui collusoriè de hereditate litigauit, non se exonerare quominùs legatariis teneatur etiamsi condemnatus sit, nimirum quia probata collusione futurum est, vt nihilominùs condemnari debeat rescissa per appellationem sententia. Non ergo simpliciter & absolutè, sed ex suppositione, & vt pragmatici nostri loquuntur, *per modos per quos.* Tertius & nouus casus est, si neque per contumaciam, neque per collusionem, sed per iniuriam iudicis heres scriptus condemnatus proponatur. In quo nullam ego differentiam constituo inter creditores & legatarios, aut inter heredem scriptum & creditorem. Numquam enim æquum est iniuriam vni factam alium contingere, ne quidem per consequentias *dict. l. si per imprudentiam* 51. *infr. de euict. dict. l. exceptione* 67. *de fideiuss. dict. l. si seruus plurium*, retenta scilicet negatione quam Cuiacius malè tollit. Nec repugnat Papinianus in hoc loco, vbi non illum casum tractat quo per iniuriam iudicis condemnatus sit heres scriptus aut debitor, de quo in §. *prox. sequen.* sed illum è contrario quo is qui victus est, iniustæ damnationis causam præbuerit ob litem vel malè institutam, vel malè defensam. Iusta enim condemnatio est ex parte iudicis quem secundum allegata & probata iudicare necesse fuit, quamuis iniusta sit inspecto iure, quod per collusionem obscuratum fuit & ipsi iudici incognitum. Quid ergo si neque per contumaciam, neque per collusionem, neque per iniuriam iudicis contra heredem scriptum pro legitimo herede iudicatum probetur? Exceptio rei iudicatæ nocebit vtique legatariis etiam ignorantibus & inauditis, quia verum erit rirè iudicatum fuisse & cum legitimo cõtradictore, ita vt nec permittendum sit illis appellare, vno enim illo tantùm casu appellare & possunt & debent quo per collusionem heredis scripti contra ipsum pronunciatum probent *dict. l. à sententia* 5. §. 1. *& dict. l. si per lusorio* 14. *in princip.* Sanè omni casu possunt & ipsi causam agere cum scripto herede aduersus legitimum si velint, quoniam ad hoc sufficit vt suspectam heredis scripti fidem habeant licèt suspicionis rationes nullas habeant, nullásque probationes. Et hoc quidem extra omnem dubitationem est, si res iudicata fit indubitata nec vllo remedio attentari possit vt Vlpianus loquitur in *l. eleganter* 23. §. 1. *supr. de condict. indeb.* id est, ne quidem per appellationem. Sed si appellari possit, an cogi poterit à legatariis heres scriptus vt appellet? Minimè. Cur enim appellare cogatur is qui sciat, aut saltem credat se iustè condemnatum? An ergo saltem hoc casu quo scriptus heres appellare possit, nec velit, permittetur legatariis appellare? Ne hoc quidem, cùm non sint ipsi condemnati, nec ius vllum prætendant in hereditate de qua pronunciatum est cum legitimo contradictore non conquerente. Nam nec si per iudicis iniuriam heres scriptus condemnatus sit, & is cùm posset appellare noluerit, legatariis tamen eo magis appellare permittitur, quia nec ipsorum interest, cùm iis res iudicata non noceat, vt diximus. Nam si noceret, quomodo putat Cuiacius, planè non video cur non licere iis deberet appellare. Vix enim est, vt non collusoriè faciat heres scriptus qui sciens se per iniuriam condemnatum, & ab ea iniuria appellare posse, tamen appellare non vult. Neque hoc, vt puto, Vlpianus prætermisisset in *dict. l. si seruus plurium* §. 1. si sententiam contra heredem scriptum latam à iudice per iniuriam, legatariis nocere debere cum Cuiacio credidisset. Mihíque videtur fortissimum hoc aduersus Cuiacij emendationem argumentum. Planè si heres scriptus bona fide credat se iustè ac meritò condemnatum, legatarij verò contendant id per iniuriam iudicis factum esse, non est dubitandum quin audiendi sint legatarij si iniuriam probare velint, ne alioqui sit in heredis scripti potestate iniuriam non tantùm sibi, sed etiam legatariis per consequentias factam dissimulatione sua extinguere, atque ita nouam in eos iniuriam comminisci. Idque probari videtur ex *dict. l. statuliberi à cæteris* 29. §. *Quintus versic. Labeo de statulib.* in illis verbis, *hoc ita putat verum esse si re vera lege ab intestato heres fuit is qui vicit. Nam si iniuria iudicis victus esset verus heres scriptus ex testamento, nihilominùs eum paruisse condicioni ei dando & liberum fore.* Ex quibus verbis apparet, vt hoc quoque obiter adnotemus, non dubitasse Labeonem nec Pomponium, quin facta heredi scripto iniuria libertatibus & legatariis nocere non deberet: quamuis concludat Pomponius ex Aristonis sententia, siue iustè siue iniustè pro legitimo herede iudicatum esset, potuisse statuliberum dando pecuniam etiam heredi legitimo peruenire ad libertatem. Idq; propter legem duodecim tabularum quæ fauore libertatis induxit, vt condicio statulibero iuncta impleri ab eo possit in persona cuiuscumque noui domini, quisquis ille sit qui in heredis scripti ius & locum successerit *l. si statulibera* 6. §. *statuliber parendo & sequ. eod. tit.* Quamquam dici possit de eo tantùm casu legem duodecim tabularum sensisse, quo data esset libertas in eo testamento, quod valeret ratúmque esset, vt Papinianus hîc loquitur, non quod ruptum vel irritum vel nullius momenti pronunciatum fuisset *d. l. Papinianus* 8. §. *vlt. supr. de inoff. testam.* Nisi poneres à legitimo quoque herede repetitas fuisse libertates vt in *l. generaliter* 24. §. *ex testamento infr. de fideic. libert. l. 1. C. eod.* Quod ab Aristone & Põponio non fuisse obseruatum miror, vt facilè mihi persuadeam Triboniani esse potiùs quicquid in eo §. scriptum est ab illis verbis *Sed verissimum est* vsque ad finem legis. Prius enim est, vt supponamus testamentum valere, in quo data est libertas præsertim directa, quàm vt quæramus an in persona legitimi heredis qui testamentarium vicit, impleri condicio datæ libertatis possit: absurdúmque sanè est de vi & potestate condicionis tractare cum Cuiacio eo casu quo libertas ipsa sub condicione data interciderit, testamenti causâ per sententiam & pronunciationem iudicis in irritum deductâ. Standum igitur est sententiæ Labeonis qui huic quæstioni, & Quinti Mucij sententiæ non aliter locum esse putabat, quàm si iustè legitimus heres vicisset, non etiam si per iniuriam iudicis. Quo casu æquius sanè est non nocere sententiam libertati, quamuis heredi scripto nocere debeat, vt nimirum libertatis causa salua sit, & perueniat statuliber ad libertatem implendo condicionem in persona heredis scripti, qui tamen pecuniam quam à statulibero acceperit, legitimo heredi tanquam victori restituere tanquam victus teneatur. Nisi quis malit sententiam Aristonis ad eum casum restringere quo scriptus heres per iniuriam victus probetur, vt eo tantùm casu, non etiam alio, sic salua sit libertas legatario, cui nocere non debeat iniuria scripto heredi facta,

BIU Cujas

vt tamen condicio in persona legitimi heredis qui vicit, impleri debeat, cui etiam scriptus heres si pecuniam à statulibero quamuis bona fide & ante sententiam accepisset, restituere illam teneretur. Et hæc mihi interpretatio longè probabilior videtur, & æquissimum habere temperamentum, quo & libertatis ius integrum legatario conseruatur, & rei iudicatæ authoritas quantum ad personam heredis scripti, cui iniuria facta est, retinetur, si nolit heres condemnatus prouocare cùm possit, vt in *d.l. si seruus plurium* §.1. qui locus cum supradicto Pomponij & Labeonis responso mirè conuenit, prorsusque conuellit emendationem viri doctissimi, qui tamen ad notam illam Labeonis quasi nec viderit, nihil respondet. Cùm igitur sententia contra scriptum heredē per iniuriā iudicis lata nocere legatariis non debeat, consequēs est, vt ab ea prouocare nec debeāt legatarij, nec si velint possint, tanquā quib. aut nullomodo nocere sententia debeat si iniuria probetur, aut omnimodo si probetur. Apud quē ergo iudicē de iniquitate ac iniuria prioris iudicis queri oportebit, si appellare ex hac causa nō conceditur? Nam apud eum ipsum iudicem qui iniuriam fecisse dicitur, eam quęstionem tractari non modò periculosum, sed etiā iniuriosum esset. Nouum igitur iudicem à Prætore impetrari oportebit, nouúmque iudicium dictari, in quo non de viribus sententiæ quæretur, sed de hoc solo, an per iniuriam nécne iudicatum sit, vt quamuis iniuria probetur, sententia nihilominùs teneat contra scriptum heredem condemnatum, qui ab ea non appellauerit, sed tamen legatariis non noceat quamuis ab ea non appellauerint. Dices: Quænam ergo erit differentia inter legatarios legatum petentes post sententiam pro legitimo herede contra scriptum redditam, & creditorem vindicantem pignus à possessore qui debitorem ipsum à dominij vindicatione summouerit? Aliquam enim esse differentiam fatendum est si Papiniano nostro credimus. Atqui siue iniuriā iudicis iudicatum probetur, nulla esse differentia videbitur, cùm eo casu non magis noceat legatariis sententia contra scriptum heredem reddita, quàm creditori ea quæ contra debitorem lata fuit, siue nulla iudicis iniuria probetur, quia scriptus heres iustè condemnatus fuerit, an non æquè verum est debitore iustè victo, qui in causa vindicationis dominij succubuerit, condemnandum similiter creditorem, qui rem sibi obligatam probare velit in dominio fuisse debitoris? Hoc enim est quod potissimùm explicatione indiget. Hic siquidem locus præcipuè est, qui Cuiacium fefellit. Dico autem differentiam quam quærimus, vtroque casu reperiri in eo quod tum quoque cùm scriptus heres per iniuriam iudicis victus est, exceptio tamen rei iudicatæ nocet libertatibus & legatariis, nisi allegent & probent per iniuriam iudicatum esse. Præsumptio namque pro iudice est & pro sententia, non pro iniuria, non tantùm vt vitetur suspicio & præsumptio delicti *l. meritò 51. pro socio*, sed etiam quia eius est probare qui dicit non qui negat *l. 2. l. in exceptionibus 19.* §. *1. infr. de probat. l. nec magistratibus 32. infr. de iniur.* At sententia lata contra debitorem siue iustè siue iniustè non parit exceptionem rei iudicatæ contra creditorem qui proinde nihil curandum habet, an iustè an iniustè condemnatus sit debitor. Cùm verò nihil factum est per iniuriam, aperta differentia est quam suprà iam diximus, quòd sententia contra debitorem lata nullo casu nocet creditori nisi à debitore iam condemnato pignus acceperit, quo casu etiāsi per iniuriam condemnatus debitor esset, noceret tamen sententia creditori, vt dicemus in *§. prox. sequent.* Sententia verò contra scriptum heredem lata nocet omnino legatariis, tum quoque cùm per collusionem reddita est, nisi quod hoc posteriore casu non etiam priore, appellare ipsis permittitur, vt docuimus. Creditor verò à sententia contra debitorem lata, cùm pignoris conuentio sententiam præcessit, appellare nec cogitur vnquam, nec potest. Quod igitur scriptum est in *dict. l. 1. de except. rei iudic.* non sic accipiendum est, vt si fortè pronunciatum sit contra heredem scriptum, esse ruptum, vel irritum, vel nullius momenti testamentum, nihilominùs legata & libertates debeantur, sed vt quamuis ruptum vel irritum vel nullius momenti testamentum dicatur, à legitimo herede nihilominùs & legata & libertates peti possint quandiu de iure testamenti contra scriptum heredem pronunciatum non est, si modò scriptus heres iam adierit hereditatem, ne alioqui prætextu litis futuræ quæ timetur, mora fiat libertatibus & legatariis, quòd si contra legatarium pronunciatum sit, non tamen debere eam rem nocere libertatibus, cùm res inter alios iudicatæ nullum aliis præiudicium faciant. Quæ vna est ex Accursij nostri interpretationibus ad *dict. l. Papinianus* §. *vltim. de inoffic. testam.* à Cuiacio quoque probata, ac si apertiùs & inuerso verborum ordine scriptum esset, si de legato agatur ex eo testamento, quod ruptum vel irritum vel nullius momenti esse dicitur, & in quo libertas quoque data est, & superatus sit legatarius, non fieri præiudicium libertati, cùm res inter alios iudicatæ nullum aliis præiudicium faciant. An verò rescisso testamento cum herede scripto, noceat ea sententia libertatibus & legatariis, licèt absentibus & inauditis, alia quæstio est, de qua nihil eo loco Vlpianus. Non enim sicut legata pendent ex testamento, ita & libertates ex legatis.

1 ¶ Per iniuriam victus apud iudicium: rem, quam petierat, postea pignori obligauit. non plus habere creditor potest, quàm habebat, qui pignus dedit. ergo submouebitur rei iudicatæ exceptione: tametsi maximè nullam propriam, qui vicit, actionem exercere possit. non enim quod ille non habuit, sed quod in ea re, quæ pignori data est, debitor habuit, considerandum est.

Ad §. 1.

BIU Cujas

Ad §. 1. Per iniuriam.

RAT. DVB. Iniuria debitori facta non debet creditorem contingere *l. si per imprudentiam 51. infr. de euict.* quia manere illam penes debitorem æquius est, quàm in alium transferri *l. exceptione 67. de fideiuss.* Ergo si per iniuriam, non eius qui debitorem vicit, quomodo Ioannes interpretabatur, sed ipsius iudicis victus sit debitor vindicans à possessore tanquam suam eam rem quam post condemnationem dedit pignori, non debet ea res nocere creditori, non solùm tanquam res inter alios acta *tot. tit. Cod. int. alios act. vel iudic. aliis non nocer.* sed etiam quia nec legatariis nocet iniuria facta heredi *leg. si seruus plurium 50. §. 1. de legat. 1.* Cùm tamen melior causa creditoris esse debeat post rem contra debitorem iudicatam, quàm legatariorum condemnato herede, vt Papinianus noster proximè respondit, quandoquidem fieri potest, vt & pignus rectè acceptum sit, & malè condemnatus fuerit debitor, quomodo malè ac iniustè condemnatum eum esse ponimus, cùm victus sit per iniuriam. Non ergo potest contra creditorem pignus vindicantem locum habere exceptio rei aduersus debitorem iudicatæ, siue quòd alia sit persona quæ nũc agit, quàm quæ condemnata est, *l. cùm quæritur 12. & seqq. de except. rei iudic.* Siue quod per sententiam quæ debitorem summouit à rei suæ vindicatione nullum ius in ea re victori quæsitum sit, nisi quòd actor à petitione sua summotus est. Quæ res nullam victori actionem parit, sed tantùm exceptionem ne ex eadem causa conueniri ampliùs possit. Nam & fieri potest vt res quam debitor quasi suam vindicauit, nec debitoris sit, nec possessoris, cùm non sit bona consecutio, vt res sit possessoris quia non sit petitoris *l. si inter me 15. eod. tit.*

DEC. Non potest plus iuris habere creditor in re pignori sibi data, quã habuerit is, qui pignori dedit *vulg. l. nemo plus iuris 54. de regul iur.* Atqui nihil iuris habebat debitor eo tempore quo pignus dabat, quia iam contra eum de iure dominij pronunciatum erat, dominum scilicèt eum esse. Res enim iudicata pro veritate habetur *l. res iudicata 207. eod. l. ingenuum 25. supr. de stat. homin.* Ergo rei iudicatæ exceptio quæ debitori nocere deberet si eam rem vindicaret, creditori quoque nocere debet, cùm in ius condemnati successerit, ac proinde in eam quoque iniuriam quæ debitori à iudice facta fuit, multo magis verò si nulla debitori iniuria facta sit. Aliud iuris esset si pignoris conuentio sententiam præcessisset vt in superiore specie & in *l iudicata 29. §. 1. & l. exceptio 28. infr. de except. rei iudic.* Et quamuis nullum ius in ea re victor sibi per sententiam acquisiuerit, attamen non quid iuris in ea re possessor non habeat, sed quid debitor nõ habuerit, eo tempore quo pignus dabat, considerandum est, vt eleganter Papinianus hîc scribit. Ac tametsi sententia non sit modus amittendi dominij vt nec acquirendi secundum ea quæ in hanc rem pluribus disputauimus in postrema parte Chiliadis nostræ *de error. pragmat.* quia non tam ius dat, quàm ius quod est declarat *l. & ex diuerso 35. §. 1. supr. de rei vindic.* ideóque verum sit debitorem quamuis condemnatum adhuc dominum esse, & fuisse eo tempore quo pignus dedit. Sententia tamen contra eum lata ius facit vt exceptione rei iudicatę summoueri debeat, & quisquis ab eo posteriorem causam habet. Transit enim exceptio rei iudicatæ à persona authoris in successorem *l. si à te 9. §. vltim. l. si mater 11. §. penult. de except. rei iudic.* quia in rem non personalis exceptio est *l. exceptiones 7. §. 1. de except.* Porrò apparet ex hoc §. Papinianum in superiore specie diuersum casum tractasse quo debitor non per iniuriam victus sit, nec heres scriptus, sed iustè, vt pluribus docuimus.

4. CAIVS lib. singulari ad formulam hypothecariam.

Contrahitur hypotheca per pactum conuentum, cum quis paciscatur, vt res eius propter aliquam obligationem sint hypothecæ nomine obligatæ. nec ad rem pertinet, quibus fiat verbis: sicuti est in his obligationibus, quæ consensu contrahuntur. & ideo & sine scriptura si conuenit, vt hypothecæ sit, & probari poterit: res obligata erit, de qua conuenit. fiunt enim de his scripturæ, vt quod actum est, postea facilius probari possit. & sine his autem valet, quod actum est, si habeat probationem: sicuti & nuptiæ sunt, licet testationes in scriptis habitæ non sint.

Ad l. Contrahitur 4.

RAT. DVB. Inter pignus & hypothecam nominis tantùm sonus differt, vt scriptum est in *l. prox. seq. §. 1.* Atqui pignus non nudo pacto contrahitur, sed re tantum, id est, rei traditione *l. 1. §. creditor infr. de oblig. & action. §. vltim. Instit. quib. mod. re contr. oblig.* Ergo nec hypotheca.

DEC. Separanda est obligatio rei quæ datur pignori vel hypothecæ ab actione quæ datur ad pignoris vel hypothecæ persecutionem. Pignoris obligatio constituitur per rei, quæ obligatur, traditionem *dict. §. creditor.* Hypotheca verò etiam nudo pacto *l. 1. supr. de pignor. act.* Estque hic vnus ex casibus, in quibus dat actionem Prætor ex pacto *l. si tibi 17. §. de pignore supr. de pact.* vt & ex pacto constitutæ pecuniæ *l. 1. supr. de pecun. constit. §. de constituta Instit. de action.* quia vtrumque pactum hoc accedit ad aliam obligationem principalem *dict. l. 1. §. debitum de pecun. constit.* & probatur ex hac *l. & ex l. prox. seq.* Pignus propriè est rei mobilis quæ pugno teneri & tradi possit *l. si rem alienam 9. §. propriè supr. de pignor. act.* cùm & à pugno dictum sit *l. plebs est 238. §. pignus de verb. signific.* At hypotheca etiam rei immobilis esse potest, quamuis sit etiam rei mobilis *dict. §. propriè.* Et maximè propter res immobiles inducta videtur, quæ quoniam non ita præsentes semper sunt vt tradi possint, vix aliter quàm nudo pacto possunt obligari, maximè si vt quotidie fit, bona omnia & præsentia & futura obligentur *l. &*

BIU Cujas

quæ nondum 15. *in princip.* & §.1. *hoc tit.* quamuis iam olim non esset incognitus vsus clausulæ constituti *l. quod meo* 18. *de acquir. poss.* qua tamen hodie passim pragmatici nostri in eam rem abuntur, ad transferendam scilicet obligatarum rerum etiam quæ in bonis debitoris nondum sunt, adeóque nec in rerum natura, possessionem. Denique pignus propriè est, cùm possessio transit in creditorem, hypotheca verò cùm nec transit possessio *l. cùm & sortis* 35. §.1. *de pignor. act.* Sed tamen quod ad rei obligatæ persecutionem pertinet, nulla inter pignus & hypothecam differentia est, id est, quantum ad formulam hypothecariam: quæ enim ex hypotheca nascitur actio, ad eam persequendam dicitur hypothecaria & quasi Seruiana vel vtilis Seruiana vt à Papiniano in *leg.* 1. & 3. *supr.* §. *item Seruiana Instit. de action.* Itémque ea quæ datur pro pignore propriè sumpto, si possessionem eius creditor amiserit. Quandiu enim possidet, nulla indiget actione *l. si creditor* 28. *de pignor. act.* Illud autem & pignori & hypothecæ commune est, quod neque verborum neque scripturæ solemnitatem vllam exigunt, & quamuis de huiusmodi contractibus scripturæ passim fiant, non tamen ad solemnitatem fiunt, sed ad futuram rei gestæ memoriã & probationem *l.* 4. *inf. de fid. instrum. l. pactum quod bona fide* 17. *C. de pact. l. cùm res* 12. *C. de probat.* Aliud enim est contractum aliquẽ scribi, aliud verò in scriptis fieri *l. itẽ quæritur* 13. §. *vlt. in fin supr. locat. l. contractus* 17. *C. de fid. instrum.* Sic dicimus testamenta nuncupatiua quamuis passim in scripturam redigantur, differre tamen etiam hodie à testamentis in scriptis, & consuetudines feudorum non eo minùs esse ius non scriptum Longobardorum quòd scriptæ sint. Idque regulare est in cæteris quoque contractibus & negotiis, si quosdam casus excipias in quibus scriptura est de substantia actus. Quos omnes hîc Accursius noster congerit ex *dict. l. contractus* 17. *Cod. de fid. instrum. dict. l. item quæritur* 13. §. *vltim. in fin. locat. l.* 1. *Cod. de mandat. Princip. l.* 1. *Cod. de iur. emphyt. auth. offeratur Cod. de lit. contest. l. generaliter* 13. *Cod. de non numer. pecun. l.* 3. *Cod. si minor se maior. dixer. l. census* 10. *infr. de probat. l. vltim. Cod. arbitr. tutel. l. sancimus* 34. *Cod. de donat. Nouell.* 117. *vt lic. matr. & auiæ cap.* 2. 3. & 4. & *Nouell.* 18. *de trient. & semiss.* §. & *quod sæpe.* Planè quisquis dicit rem sibi obligatam, probare conuentionem ante omnia debet *l. ante omnia* 23. *infr. de probat. Nouell.* 136. *de argentar. contract. cap.* 5. §. *insuper.* Extra eos nimirum casus in quibus pignus vel hypotheca tacitè contrahitur, de quib. dicemus in *tit. seq.* Vt autem probet Caius conuentionem de pignore quam hypothecam vocamus, valere etiam sine scriptura dummodò probetur, adfert exemplum nuptiarum, quæ valent etiamsi testationes de iis inscriptis habitæ non sint, nec enim tabulæ faciunt matrimonium *l. donationes* 31. *in princip. infr. de donat.* vt neque concubitus, sed consensus *l. si vicinis* 9. *l. neque sine nuptiis* 13. *Cod. de nupt. l. nuptias* 30. *de regul. iur.* Excipe cum Accursio casum quo quis in dignitate constitutus libertam vxorem ducere velit: sunt enim hoc casu necessariæ instrumẽta dotalia ex Iustiniani *Nouell.* 78. *vt libert. de cæter. aureo non indig. annul.* vnde sumpta est *auth. sed nouo iure Cod. de nupt.* Item casum illum, quo quis legitimare velit liberos ex concubina susceptos quam posteà vxorem duxerit ex *l. cùm quis* 10. *Cod. de natur. liber.*

5. MARTIANVS lib. singulari ad formulam hypothecariam.

RES hypothecæ dari posse, sciendum est, pro quacunque obligatione: siue mutua pecunia datur, siue dos, siue emptio vel venditio contrahitur, vel etiam locatio & conductio, vel mandatum: & siue pura est obligatio, vel in diem, vel sub conditione: & siue in præsenti contractus est, siue etiam præcedat. sed & futuræ obligationis nomine dari possunt: & non solum soluendæ omnis pecuniæ causa, verum etiam de parte eius: & vel pro ciuili obligatione, vel honoraria, vel tantum naturali. sed in conditionali obligatione non aliàs obligamur, nisi conditio extiterit.

Ad l. Res hypotheca.

Lex hæc illarum ex numero est quas solent nostri Magistrales appellare, actorius ferè tractatus huius principia continet, ideóque nec vllam ferè dubitandi rationem admittit. Ex quo enim irrepsit vtilitas pignorum, vt loquitur Vlpianus in *l. qui autem* 14. §.1. *supr. de pecun. constit.* ad euitandam necessitatem dandi fideiussoris, quem inuenire plerunque difficile est *l.* 2. §. *vltim. supr. de iudic.* meritò placuit vt pro quacunque obligatione siue mutua pecunia detur siue dos siue emptio & venditio contrahatur [sic enim legendum hîc est vt sequentia demonstrant] siue locatio & conductio vel mandatum vel aliud denique quodlibet genus contractus, & siue pura sit obligatio siue in diem vel sub conditione pignus dari possit, & siue in præsenti contractus fiat, id est, eo tempore quo pignus datur, siue dationem pignoris præcedat, aut etiam subsequatur. Nam & futuræ obligationis nomine pignus dari potest, non minùs quàm fideiussor in quo eadem illa omnia obtinent, quæ nunc in pignore diximus §. *fideiussor Instit. de fideiuss. l.* 1. 2. & 4. *l. stipulatus sum* 6. §.1. & 2. & *seq. infr. eod. ill. tit.* Etsi enim tam pignoris quàm fideiussoris obligatio accessoria est, quæ proinde in necessarium antecedens supponit aliam præcedentem obligationem sine qua non posset subsistere *l. cùm principalis* 178. *de regul. iur.* sufficit tamen principalem illam præcedere ordine naturæ & intellectus, quamuis non ordine temporis. Illud apertius est quod sequitur, non solùm soluendæ omnis pecuniæ causa, verùm etiam de parte eius pignus dari posse. Quamuis enim pignoris iam constituti causa sit indiuidua, vt pro parte lui non possit *l. heredes* 25. §. *idem obseruatur supr. famil. erciſc. l. rem hereditariam* 65. *infr. de euict.* pecunia tamen pro qua pignus datur diuidua est, nec proinde quicquam vetat pro parte tantùm pecuniæ

BIU Cujas

cuniæ debitæ pignus dari *l. Pomponius 5. §. 1. infr. tit. prox.* Sequitur in hac lege, siue pro ciuili obligatione siue pro honoraria, id est, prætoria vel ædilitia, siue denique pro naturali tantùm dari pignus posse. Nam & in fideiussore idem est *d. l. 1. dict. l. stipulatus sum 6. §. vltim. & l. sequent. l. fideiussor obligari §. fideiussor & seqnent. infr. de fideiuss.* Cùm tamen maior dubitandi ratio sit in fideiussore quàm in pignore, quia fideiussor in duriorem causam accipi non potest quàm reus principalis *l. græcè 8. §. illud eod. tit.* Videtur autem in duriorem causam accipi fideiussor qui se obligat ciuiliter & ex stipulatione, vt conueniri etiam possit pro eo qui naturaliter tantùm obligatus est, & à quo peti nihil potest. Sed non ita est: obligatur enim hoc casu fideiussor non duriùs sed efficaciùs, quod longè diuersum est, vt alibi sæpe docuimus. In pignore autem ideò minor dubitatio est, quia pignus possidenti retentionem parit, quam parit etiam obligatio naturalis *l. 1. in princip. supr. hoc tit. l. naturales 10. de oblig. & action. l. 3. §. vltim. supr. quod quisq. iur.* licèt pignoris sola conuentio quæ hypothecam nudo pacto constituit, pariat etiam actionem, vt diximus ad legem præcedentem ex *l. 1. supr. de pign. act. §. item Seruiana Instit. de action.* Nec habet quod conqueratur is qui pro naturali obligatione pignus dat, cùm hoc ipso agnoscat vltro naturalem obligationem, ex qua iure gentium etiam dare illum oporteret, & soluere si qua iure gentium actio prodita esset *l. cùm amplius 184. §. in natura debet. de regul. iur.* Ergo si quando pignus datum sit pro obligatione, quę & naturalis simul fuerit & ciuilis, & ciuilis sola peremptа sit, quod aliquando accidit, remanente naturali, pignus tamen perseuerabit, quia nondum peruenit ad eum casum à quo incipere non potuerit *l. quæsitum 14. §. 1. hoc tit. l. debitor 59.* in illis verbis *remanet ergo propter pignus naturalis obligatio, infr. ad SC. Trebell.* si tamen versiculus ille interpretis non est potiùs quàm Pauli, vt in Coniecturarum libris ostendimus. Sed & propter vsuras quantumuis odiosas, & propter pœnam quoque tametsi odiosior sit, ita vt neque ex nudo pacto aut vsura pecuniæ fœnebris aut pœna peti possit, sed tantùm ex stipulatione *l. 3. C. de vsur. l. seruus ea lege 7. sup. de seruis export.* pignus dari posse constat *l. grege 13. §. vlt. inf. hoc tit.* Adeò scilicet fauorabilis est datio pignoris, quippe quæ impedit plerumque ne fideiussoris dandi necessitas irrogetur, quæ, vt diximus, longè durior est. Fideiussor enim extra domum quærendus est, pignus autem in proprio dantis patrimonio. Ex parte verò illius, qui pignus accipit, plus cautionis habet in re quàm in persona *l. plus cautionis 25. de regul. iur. §. vnde constat 13. Instit. de oblig. quæ ex delict. nascunt.* Quamuis non ideo satisdare dicatur qui pignus dat, sed is demùm qui dat fideiussorem *l. 1. supr. qui satisd. cogant.* Nempe quia nouum dat & adiicit debitorem, cuius etiam bona, vbi condemnatus fuerit, pignori capi poterunt, vt ibi diximus ex *l. à Diuo Pio 15. §. si pignora inf. de re iudic.* Planè quisquis idoneè cauere iussus est, nihil refert an pignora det an fideiussorem *l. si mandatu 59. §. vltim. supr. mandat. l. 4. §. addici infr. de fideic. libert. l. filio 7. in fin. infr. vt legat. seu fideic. seruand. cauf. caueat.* Sequitur,

2 *Sed in conditionali obligatione.* Ita legendum est, non vt vulgo *sed &.* Est enim hæc non ampliatio sed restrictio ad id quod paullo ante dictum fuit, posse pignus accipi pro obligatione qualibet non tantum quæ sit præsens & pura vel in diem, sed etiam pro condicionali. In qua dubitandi ratio maior illa suberat, quòd ex condicionali obligatione nihil debetur antequàm condicio extiterit *l. cedere diem 213. de verb. oblig.* Pignoris autem obligatio quæ non nisi accessoria est, non potest accedere obligationi quæ nulla adhuc sit. Sed hanc dubitandi rationem Marcianus diluit in hoc versiculo, cùm ait, pignus datum pro condicionali obligatione non aliter obligari quàm si condicio extiterit. Accessoriam enim obligationem licet quantum ad verba attinet, præsens & pura esse videatur, necesse tamen est suspendi eâdem condicione qua principalis suspenditur. Existens namque condicio facit, vt obligatio pura ab initio fuisse existimetur *l. potior 11. §. 1. infr. qui potior. in pignor. hab.* Sicut & deficiens facit, vt nulla penitus obligatio ne quidem de facto præcessisse intelligatur *l. pecuniam 36. supr. de reb. credit.* Sic dicimus, si quod sub condicione debetur, purè quis nouandi causa stipuletur, non statim nouationem fieri, licèt pura stipulatio aliquid egisse videatur, sed tum demum cùm condicio extiterit *l. si Stichum 8. §. 1. l. quoties 14. infr. de nouat.* Non valde dissimile est quod de fideiussore scribitur in *dict. l. fideiussor obligari 16. §. penult. de fideiuss.* Stipulatione in diem concepta si fideiussor sub condicione acceptus fuerit, ius ipsius in pendenti esse, vt si ante diem condicio impleta fuerit, nondum obligetur, sin dies & condicio concurrant, vel etiam diem condicio secuta fuerit, obligetur, nisi quòd ibi accipitur fideiussor sub condicione pro debitore in diem, hic verò datur pignus purè pro debito condicionali. Denique habet obligatio debitoris cum obligatione fideiussoris multa similia, quoniam vtraque obligatio accessoria est.

1 ¶ Inter pignus autem & hypothecam tantùm nominis sonus differt.

Ad §. 1. Inter pignus.

De huius §. sententia iam plenè scripsimus ad legem præcedentem. Illud tantùm addendum est, quod & alij ante nos obseruarunt, inscriptionem huius legis quæ est ex Marciani libro singulari ad formulam hypothecariam satis ostendere, quod hîc scriptum est, inter pignus & hypothecam nominis duntaxat sonum differre, non aliter accipi debere, quàm quomodo explicauimus, vt inter pignus & hypothecam nulla sit differentia quantum ad formulam hypothecariam & Seruianam vtilem instituendam sit, tamen magna & multiplex in cæteris quæ siue ad dominationem siue ad constitutionem, & naturam vtriusque contractus pertinent. Iunge quæ scripsimus ad *l. si rem alienam 9. §. propriè supr. de pignor. act. & §. item Seruiana Instit. de action.*

2 ¶ Dare autem quis hypothecam potest, siue pro sua obligatione, siue pro aliena.

BIU Cujas

Ad §. Vlt. Dare autem.

RAT. DVB. Pignoris obligatio accessoria est ad principalem obligationem, vt diximus ad initium huius legis. Ergo eius est pignus dare qui obligatus est, ne alioqui cùm quis pro aliena obligatione pignus dat, duæ principales obligationes duarum personarum constitui videantur, vt de duabus duarum personarum veluti hereditatibus ex sola bonorum diuersitate inducendis scriptum est in *l. si certarum* 17. §. 1. *infr. de testam. milit.*

DEC. Etiam alienæ obligationi accedere quis potest, puta fideiubendo pro alio, aut aliter intercedendo *l.* 3. 4. *& pass. infr. de fideiuss.* Cur non igitur & pignus dando? *l. quamuis* 8. *in princip. iunct. l. si fideiussores* 6. *cum seq. & pass. supr. ad SC. Velleian.* Sed cum hac differentia, quòd fideiubere pro seipso nemo potest *l. heres à debitore* 21. §. *seruo tuo de fideiuss.* At pignus pro seipso dare quilibet potest, cùm verò pignus dat quis pro alio, duæ quidem sunt obligationes, sed non duarum personarum, nec æquè principales, sed vna personæ, altera rei quæ obligatur, illa principalis, hæc accessoria, quæ porrò vt accessoria esse possit, satis est alteri obligationi eam accedere, siue altera illa obligatio propria sit, siue aliena.

6. VLPIANVS lib. 73. ad Edictum.

OBligatione generali rerum, quas quis habuit, habiturúsve est: ea non continebuntur, quæ verisimile est quenquam specialiter obligaturum non fuisse. vtputa supellex, item vestis relinquenda est debitori: & ex mancipiis, quæ in eo vsu habebat, vt certum sit, eum pignori daturum non fuisse. proinde de ministeriis eius perquàm ei necessariis, vel quæ ad affectionem eius pertinent.

7. PAVLVS lib. 74. ad Edictum.

VEl quæ in vsum quotidianum habentur: Seruiana non competit.

8. VLPIANVS lib. 73. ad Edictum.

DEnique concubinam, filios naturales, alumnos, constitit generali obligatione non contineri: & si qua alia sunt huiusmodi ministeria.

Ad l. Obligatione 6. & ad 7. & 8.

RAT. DVB. Qui generaliter bona sua omnia obligat, nihil prorsus excipit, neque distinguit inter necessaria & non necessaria. Ergo neque nos excipere quicquam debemus *l. testatorem* 68. *de legat.* 3. *l. de precio* 8. *supr. de public. in rem act. l. oratio* 4. *infr. si ingen. fil. dicet.* Sibi enim debet imputare is qui bona sua omnia generaliter obligauit, cur non exceperit nominatim si qua excepta volebat, cùm in eius arbitrio esset legem quam vellet, pignori quod dabat, dicere. Ideóque contra eum facienda interpretatio est ex regula *l. veteribus* 39. *supr. de pact. l. Labeo scribit* 21. *supr. de contr. empt.*

DEC. In contractibus omnibus, adeóque quod magis est, in stipulationibus, quæ cùm sint verborum obligationes, non nisi ex verbis æstimantur, semper tamen sequimur id quod actum potiùs quàm quod dictum est *l. semper in stipulationibus* 34. *de regul. iur.* Multo magis in contractibus, qui nudo consensu, & sola voluntate perficiuntur *l. sed Celsus* 6. §. 1. *supr. de contr. empt.* In quo numero sunt obligationes pignorum & hypothecarum *l.* 4. *supr. l.* 1. *de pignor. act.* Quid autem actum sit si manifestè non appareat ex eo quod verisimile est æstimari debet. Nascitur enim ex verisimilitudine præsumptio aliqua quæ onus probandi transfert in aduersarium *l. vltim. in princip. supr. quod met. caus.* Atqui non est verisimile quemquam esse tam stultum, vt specialiter obligaturus vnquam fuerit aut supellectilem suam, quæ nihil aliud est quàm domesticum patrisfamiliæ instrumentum quod neque argento auróve facto neque vesti adnumeretur *l. l. l. supellectilis* 6. *infr. de supellect. legat.* aut vestem propriam, aut mancipia quæ in vsu quotidiano habet, & quorum ministeria sint ei perquàm necessaria, vel quæ ad eius adfectionem maximè pertineant, puta concubinam, filios naturales quos in seruitute fortassis susceperit, necdum manumiserit, & alumnos, & si quid aliud est huius generis. Ersi enim horum omnium nihil est quod non obligari specialiter possit à domino si velit, non tamen facilè quisquam credendus est obligare quid istorum voluisse, quo carere sine magno incommodo, vel doloris sensu non possit. Idque est quod ex his legibus omnes notant, generali obligatione numquam comprehendi ea quæ non sit verisimile obligaturum quemquam fuisse specialiter. nam cùm semper specialia generalibus insint, vt ait iuris regula 147. *de regul. iur.* generalia verò semper apta sint admittere & recipere interpretationem, non potest sumi ea melior & commodior, quàm ex eorum quæ specialiùs exprimi potuerunt comparatione, vt quę quis specialiter obligaturus non fuerit, nec credendus sit generaliter obligare voluisse, *l. qui peculij* 46. *supr. de pecul. l. creditor* 60. §. *penult. mandat. l. filiusfamilias* 7. *infr. de donat. l. pen.* §. 1. *de reb. author. iudic. possid. aliàs de priuil. credit. l.* 1. *C. quæres pignor. oblig. poss.* Nec sanè verba generalia tam generaliter vnquam sunt intelligenda, vt quid absurdi vel iniqui contineant, sed ciuiliter & cum temperamento aliquo, ne conuentionis interpretatio plus damni adferat quàm conuentio *l. si cui simpliciùs* 9. *supr de seruit. l. quod dicimus* 105. *de solut. l. quo enim* 12. §. *Iulianus infr. rat. rem haber. l.* 1. § *vltim. infr. ad SC. Tertyll.* Obserua tamen multum interesse, an serui generaliter tantùm obligati sint, an etiam specialiter. Qui generaliter tantùm obligati sunt, manumitti nihilominùs possunt, at non etiam qui specialiter *leg. generaliter* 29. *in princip. infr. qui & à quib. manum. liber.*

non

BIU Cujas

non fiant leg. 3. Cod. de seruo pignor. dat. man. Sed frustra ad hunc locum id notatur, cùm tractemus hîc de seruis qui nullomodo sunt obligati, hoc est, ne quidem generaliter.

9. CAIVS lib. 10. ad Edictum Prouinciale.

SEd & quod ad eas res, quas eo tempore, quo paciscebatur, in bonis habuit, idem obseruari debet.

Ad l. Sed & quod 9.

RAT. DVB. Postquàm recepta est etiam futurorum generalis obligatio, vt diximus ad *leg. in princip. supr. hoc tit.* nihil interesse videtur, cùm de generali pignorum obligatione interpretanda quęrimus: An de iis bonis tractemus quæ iam debitor habebat eo tempore quo paciscebatur, an de iis quæ post conuentionem acquisierit. Omnium enim ratio eadem est *l. & quæ nondum 15. §. quod dicitur infr. hoc tit. & l. vltim. infr. qui potior. in pignor. hab.* Ergo nil erat necesse ad præcedentes leges adiici quod initio huius legis scriptum est, quod ad eas res attinet quas in bonis habebat debitor iam eo tempore quo paciscebatur, idem obseruari debere quod in aliis post pignoris conuentionem quæsitis, de quibus iam dictum fuerat, vt scilicet in ea generali obligatione bonorum omnium & præsentium & futurorum non contineantur ea quæ suprà diximus, debitorem verisimiliter non fuisse illum specialiter obligaturum.

DEC. Faciliùs videbatur, vt generalis illa bonorum omnium præsentium & futurorum obligatio hanc interpretationem reciperet, quantum ad bona futura, quàm quod ad præsentia, cùm futurorum obligatio in diem vsque acquisitionis pendeat, nec in iis ius creditoris tam citò tantáque ratione constitutum & stabilitum videri possit: è contrario autem videatur magis imputari posse debitori, cur à generali obligatione ea non exceperit, quæ specialiter obligare noluisset, cùm eas res iam haberet, nec proinde ignorare posset quantum sibi essent necessariæ aut ad vsum quotidianum, aut intuitu adfectionis. Ideo fuit conueniens monere nos non aliam interpretationem faciendam esse pro bonis iam acquisitis, quàm pro acquirendis: eâdem in omnibus vrgente iuris ac voluntatis præsumptione.

1 ¶ Quod emptionem venditionémque recipit, etiam pignorationem potest recipere.

Ad §. 1. Quod emptionem.

RAT. DVB. Venditionis & pignoris qualitates, ac præstationes omnino sunt differentes. Ex pignore enim nunquam transfertur dominium, sed tantùm possessio, ex hypotheca autem ne possessio quidem *l. cùm & sortis 35. §. 1. supr. de pignorat. act.* At ex venditione si venditor dominus fuit, adeò transfertur dominium, vt neque conuenire possit ne transferatur, alioqui non erit venditio, sed vel locatio vel aliud genus contractus *leg. penult. §. vltim. supr. de contr. empt.* Item pignoris & hypothecæ conuentio rem ipsam afficit quæ obligatur. Vnde est quod persecutio pignoris in rem esse dicitur, *l. pignoris 17. hoc tit. l. pignoris 15. Cod. eod.* Venditio autem non rem ipsam quæ venditur afficit & obligat, sed personam duntaxat venditoris, ex quo fit vt vendi etiam res aliena possit, pignori autem dari non possit *l. rem alienam 28. eod. l. 1. supr. & l. & quæ nondum 25. §. quod dicitur infr. hoc tit. l. 2. l. aliena res 20. supr. de pignor. act.* Ergo non est verum generaliter quod hic Caius generaliter scribit, id quod emptionem venditionémque recipit, etiam pignorationem recipere, præsertim cùm iura prædiorum vrbanorum nec pignori nec hypothecæ dari possint, quæ tamen vendi posse constat *leg. si is qui 11. §. vltim.* vbi dicemus *infr. hoc tit.*

DEC. Inutile pignus est quod vendi non potest *l. 4. supr. de pignorat. act.* vbi diximus, *leg. mulier 11. Cod. de distract. pignor.* Non enim aliam ob causam dantur pignora & accipiuntur, quàm vt ex eorum venditione ac precio satisfieri creditori possit *l. quandiu 6. & tot. dict. tit. de distract. pignor.* vt proinde alienatione generaliter prohibita etiam pignoris datio prohibita intelligatur *leg. vltim. Cod. de reb. alien. non alienand.* Meritò igitur scribit Caius, id quod emptionem venditionémque recipit etiam recipere oppignorationem. Quamuis hoc negatiuè procedat, vt scilicet ea quæ venditionem non recipiunt ea nec oppignerationem recipiant, non autem affirmatiuè, vt omnia quæ vendi possunt etiam pignorari possint *l. si conuenerit 18. §. vltim. supr. de pignorat. act.* Latiùs enim patet vendendi potestas quàm pignorandi, quamquam id commune est vtrique contractui, quòd neque vendi neque oppignorari possunt nisi ea quæ sunt in hominum commercio *leg. 1. §. eam rem infr. quæ res pignor. oblig. poss. l. qui filios 6. Cod. eod.* Vide hîc glossam Gotthofredi quæ omnes ferè eas res complectitur de quibus quæri solet, an pignori dari possint: singulos enim hîc persequi nimis longum & extra rem esset.

10. VLPIANVS lib. 73. ad Edictum.

SI debitor res suas duobus simul pignori obligauit, ita vt vtrique in solidum obligatæ essent: singuli in solidum aduersus extraneos Seruiana vtentur: inter ipsos autem si quæstio moueatur, possidentis melior est conditio. dabitur enim possidenti hæc exceptio, *Si non conuenit, vt eadem res mihi quoque pi-*

BIU Cujas

gnori esset. si autem id actum fuerit, vt pro partibus res obligarentur[b]: vtilem actionem competere, & inter ipsos, & aduersus extraneos, per quam dimidiam partem possessionis adprehendant singuli, in confesso est.

Ad l. Si debitor 10.

RAT. DVB. Pignus datur ea mente, vt si creditori non satisfiat, non solum distrahi possit, sed etiam addici creditori & dominij iure ei acquiri si nullus emptor extraneus inueniatur *l. vltim. & tot. tit. Cod. de iur. domin. impetr. l. à Diuo Pio* 15. *§. si pignora infr. de re iudic. l. 2. Cod. si in caus. iudic. pign. capt. sit.* Atqui non possunt esse duo eiusdem rei domini in solidum *l. si vt certo* 5. *§. vltim. supr. commod.* non magis quàm duo eiusdem rei in solidum possessores *l. duo in solidum* 19. *infr. de precar.* ne alioqui inducatur penetratio dimensionum *l. 3. §. ex contrario de acquir. possess.* Ergo non magis potest pignus dari duobus simul in solidum ita vt vtrique in solidum sit obligatum, quàm rei obligatæ dominium simul in vtrumque in solidum transferri.

DEC. Alia ratio est dominij, alia pignoris. Pignus enim nihil nisi obligationem inducit, quam duobus simul & in solidum acquiri nihil prohibet, non solùm si ex pignoris venditione ac precio satisfieri vtrique possit, sed etiamsi minùs idoneum sit pignus, quàm vt vtrique creditori satisfacere queat, & possunt fieri plures correi credendi per contractum pignoris vt & per alium contractum quemlibet *l. eandem 9. infr. de duob. reis* quod si factum non sit, & tamen pluribus simul pignus datum sit, in viriles partes singulis datum intelligetur *l. reos 11. §. cùm tabulis eod. tit.* Ideo autem ponimus pluribus simul datam esse rem pignori, quia si separatim & diuersis temporibus ac contractibus id factum esset, stellionatum debitor committeret qui rem vni iam obligatam alij rursum obligasset *l. 3. §. 1. infr. de crimin. stellion. l. tutor* 16. *§. 1. sup. de pignor. act.* nisi eius precij sit pignus vt ex eo satisfieri vtrique creditori possit *l. si quis in pignore* 36. *§. 1. eod.* aut nisi prædixerit esse rem illam alij obligatam, vt secundo creditori sola hyperocha obligata intelligatur *l. & quæ nondum* 15. *§. qui res suas hoc tit. l. quærebatur* 20. *infr. qui potior. in pignor. hab.* Aut denique nisi priori creditori debitor soluerit, atque ita eius pignus extinxerit vt in *leg. 4. infr. qui potior. in pign. hab.* Ergo verum est quod hîc Vlpianus scribit, si duobus simul res suas debitor pignori obligauerit ita vt vtrisque in solidum obligatæ essent, singulos aduersus extraneum quemlibet possessorem in solidum Seruiana actione vsuros. Ac proinde vt Accursius benè notat, occupantis meliorem fore condicionem vt in *l. pluribus* 52. *supr. de procurat. l. si quis à multis* 14. *supr. de noxal. action. l. si Titius & Seius* 9. *infr. de verb. oblig.* Neque verò quicquam interest possessoris an ei pignus auferatur ab vno ex creditoribus an ab vtroque, cùm nonnisi semel pignus ei possit euinci, sitque in eius potestate & arbitrio liberare se ab ea molestia, si modò vtrumque debitum offerre paratus sit siue bonæ siue malæ fidei possessor esse proponatur *leg. Paulus respondit* 12. *§. 1. infr. quib. mod. pign. vel hypoth. solui.*

a *inter ipsos autem si quæstio moueatur.* RAT. DVB. Is debet vincere qui plus iuris habet. Quæ enim alia vincendi causa esse potest? Atqui ponimus parem esse causam vtriusque creditoris, cùm vtrique simul eadem res in solidum sit obligata. Ergo neuter debet vincere, aut si alteruter vincere debeat, ille vincet qui creditor erit ex causa fauorabiliore, & magis priuilegiata, quia priuilegia quæ non possunt æstimari ex tempore, æstimanda sunt ex causa *l. priuilegia* 32. *de reb. author. iudic. possid. alias l. 17. de priuil. credit.*

DEC. In pari iure melior debet esse condicio possidentis *l. penult. supr. de condict. ob turp. caus. l. 2. C. eod. l. in pari causa* 128. *de regul. iur.* Plus enim iuris habet qui possidet hoc ipso quod possidet, quàm qui non possidet *l. 2. infr. vti possid.* Ergo inter plures de eodem pignore simul & in solidum accepto contendentes necesse est possidentis meliorem esse condicionem, non quasi actor nullo iure agat, sed quia possidenti danda est hæc exceptio, *Si non conuenerit vt eadem res mihi quoque pignori esset*, nec quod is qui non possidet, fauorabiliorem crediti causam habeat, nocebit possidenti, quoniã inter hypothecarios creditores priuilegia semper æstimantur ex tempore, numquam ex causa nisi in iis casibus in quibus posteriorem creditorem pignoratitium nihilominùs potiorem esse placuit, aut quia saluam fecerit pignoris causam, aut quia ex qua alia ratione lex ei priuilegium hoc dederit *leg. interdum 5. & seqq.* vbi dicemus *infr. qui potior. in pigno. hab.* quod enim scriptum est in *dict. l. priuilegia*, non ad pignoratitios & hypothecarios creditores pertinet, sed tantùm ad personales & chirographarios, vt alibi sæpe monuimus, nec est contrarium, quod scriptum est in *l. vltim. infr. de Saluian. interd.* Si in fundum communem duorum pignora sint ab aliquo inuecta descendendum eis esse ad Seruianum iudicium non sufficiente Saluiano interdicto. Id enim sic accipi debet, vt tamen possessor vincere debeat, quomodo in eadem lege scriptum est, quod & Accursius benè docet, & nos fusius tractauimus cum cæteris quæ ad Saluianum interdictum siue directum siue vtile pertinent in tertia parte Chiliadis nostræ *de error. pragmat. & libr. 2. Coniect. cap.* 18.

b *Si autem id actum fuerit vt pro partibus res obligarentur.* RAT. DVB. Causa pignoris indiuidua est *l. rem hereditariam* 65. *infr. de euict.* Ergo etiamsi id actum fuerit vt pro partibus res obligarentur, vtrumque tamen in solidum & pro suo quemque debita agere posse dicendum est.

DEC. Pignoris constituti causa quidem indiuidua est, sed non æquè pignoris constituendi, cùm & ex parte creditoris possit ei constitui pignus pro parte debiti & ex parte rei quæ datur pignori ita vt non nisi pro parte obligetur *l. res hypothecæ* 5. vbi diximus *supr. hoc tit. l. Pomponius* 5. *§. 1. infr. tit. prox.* Nihil ergo vetat ita constitui pignus pluribus simul, vt tamen non nisi pro parte singulis sit obligatum. Conuentio enim illa est quæ obligat, ac proinde quæ ex arbitrio & voluntate contrahentium metienda est. Quid ergo si non appareat quid actum sit? An in dubio dicemus pro virilibus portionibus constitutum pignus fuisse, vt cùm plures personæ simul obligantur *l. reos* 11. *§. cùm tabulis infr. de duob. reis* an potiùs in solidum propter naturam & condicionem pignoris quæ indiuidua est, vt diximus?

BIU Cujas

ximus. Et hoc posterius magis probatur à Marciano in *leg. si fundus 16. §. si duo hoc tit.* Vt scilicet pro quantitate sui debiti vnusquisque pignus habeat obligatum in solidum si pariter & simul de hypotheca conuenerint, non etiam si separatim, vt ibi dicemus. Ergo vtilis actio hoc casu competet singulis creditoribus & inter ipsos & aduersus extraneos, per quam actionem vtilem dimidiam partem rei obligatæ singuli adprehendere possint, vt Vlpianus hic scribit. Erit ergo indiuisum pignus pro parte cuique obligata, sed non pro re solida quæ obligatur. Sed cur vtilem duntaxat Seruianam dat in hac specie Vlpianus, non directam? Nimirum vt puto, quia pars quæ obligata fuit, indiuisa est, nec in ea portio vlla est quæ ita sit obligata vt non verum sit eius portionem aliam esse quæ obligata non sit, sicut dici solet: Eius rei quæ inter nos sit communis, nullam partem ita esse meam vt nō sit etiam tua *l. Mœuius 66. §. duorum de leg. 2. iunct. l. serui electione 6. §. 1. & vltim. de legat. 1. l. illud 45. de rit. nupt.* Nam in constituendo pignore certū est causam pignoris sequi ius & causam dominij, licèt postquàm constitutum est, nihil habeat commune quæstio dominij cum intentione pignoris nec vlla ei societate dominij coniungatur *leg. 1. §. cùm prædium supr. leg. iusto 44. §. non mutat infr. de vsuc ap. l. vsucapio 7. C. hoc tit.*

II. MARTIANVS lib. singulari ad formulam hypothecariam.

SI is, qui bona reipublicæ iure administrat, mutuam pecuniam pro ea accipiat: potest rem eius obligare.

Ad l. Si is qui 11.

RAT. DVB. Non valet pignus nisi quod à domino constitutum est & ab eo qui saltem in bonis rem habeat *l. 1. supr. l. & quæ nondum 15. §. quod dicitur infr. hoc tit. l. 2. l. aliena 20. supr. de pignorat. act.* Atqui administrator ciuitatis & reipublicæ dominus non est bonorum vniuersitatis. Ergo non est ei permittendum vt res ciuitatis & reipublicæ obliget.

DEC. Vtilitatis causa receptum est & recipi necesse fuit, vt administrator & curator ciuitatis & reipublicæ omnia facere possit vniuersitatis & reipublicæ nomine quæ ad vtilitatem eius pertinent, ne alioqui magno incommodo afficiantur vniuersitates omnes & commercio eis quodammodo interdicatur, si nemo sit qui pro iis contrahere possit, cùm municipes ipsi singuli nihil per se facere possint vniuersitatis nomine, quia vni consentire non possunt *l. 3. §. vltim. & l. 4. infr. de acquir. possess.* Quamuis enim vniuersitas ex singulis municipibus constituatur, quod tamen vniuersitati debetur, singulis non debetur, sicuti nec quod vniuersitas debet singuli debent *leg. sicut municipum 7. §. 1. & tot. tit. supr. quod cuiusq. vniuersit. nomin. l. 2. & tot. tit. de admin. rer. ad ciuit. pertin.* Ergo permittendum est ei qui bona reipublicæ iure administrat, vt res & bona reipublicæ perinde obligare possit ac si esset dominus, alioqui nec ei permittendum erit vt mutuam pecuniam possit accipere, cùm pauci creditores inueniantur qui velint credere præsertim reipublicæ qui non velint sibi cautum esse datis fideiussoribus aut pignoribus *leg. si mandatu 59. §. vltim. supr. mandat. l. 4. §. addici infr. de fideic. libert.* Atqui ciuitas mutui datione obligari potest si modò pecuniæ in eius vtilitatem versæ sint, vt scriptum est in *l. ciuitas 27. supr. de reb. credit.* Ergo & pignoris datione tanquam in necessarium antecedens *l. ad rem mobilem 56. l. ad legatum 62. supr. de procurat.* Sed ita tamen vt in eum duntaxat casum pignora vtiliter data esse videantur, quo & ciuitas ipsa in persona administratoris conueniri vtiliter possit, quomodo Papinianus loquitur in *dict. l. 2. §. vltim. de administr. rer. ad ciuit. pertin.* id est, quo in vtilitatem reipublicæ versa sit pecunia credita, vt & benè Accursius noster interpretatur. Idem est si tutor rem pupilli vel curator rem adulti obligauerit *leg. curator 3. Cod. si alien. res pignor. dat. sit.* Itémque si Prælatus rem ecclesiæ pignori dederit *Auth. hoc ius porrectum in fin. Cod. de sacros. eccles.* Nec enim isti omnes dominorum loco habentur nisi cum rectè & ex bona fide rem administrant *l. qui fundum 7. §. si tutor infr. pro emptor. iunct. l. is qui in puteū 11. §. an ignoscitur infr. quod vi aut clam.*

1 ¶ Si ἀντίχρησις facta sit, & in fundum, aut in ædes aliquis inducatur: eò vsque retinet possessionem pignoris loco, donec illi pecunia soluatur: cum in vsuras fructus percipiat, aut locando, aut ipse percipiendo, habitandóque. itaque si amiserit possessionem, solet in factum actione vti.

Ad §. 1. Si antichresis.

Suauis est Accursius qui in hoc §. pro *antichresis* legit *antiphona.* Sed suauior Bartolus qui ridiculam illam lectionem defendere conatur ex eo quod sicut antiphona dicitur id quod canitur ante Psalmos, ita missio in possessionem ex primo decreto de qua hunc §. vulgo intelligunt, illa sit quę ius prętorij pignoris in bonis debitoris constituit antequàm ad secundum decretum perueniatur. Cùm tamen Marcianus hîc loquatur de antichresi quæ nihil aliud est quàm species quædam pignoris ita constituti, vt mutuum pignoris vsum creditor habeat non pro credito, vt in hoc §. interpres quidam malus explicauit, sed pro vsuris crediti & inuicem vsurarum, vt iam diximus ad *l. si pecuniam 33. quæ eiusdem Marciani est, supr. de pignor. act.* Quod vel sola ipsa Græci verbi significatio apertè docet. Nihil enim aliud est ἀντίχρησις quàm contrafruitio, vt quemadmodum debitor fruitur pecunia non creditoris, vt malè quidam loquuntur, sed sibi à creditore credita & per creditum facta debitoris, ita & vicissim creditor fruatur pignore siue fructus percipiendo per seipsum siue locando siue etiam habitando vt in *l. si ea pactione 14. l. si ea lege 17. Cod. de vsur. l. si seruus 6. Cod. quod cum eo, qui in alien. potest.* Est enim pactio hæc licita iure ciuili, nec censetur facta in fraudem vsurarum, quamuis aliquando accidat vt fructus

BIU Cujas

excedant legitimũ modũ vsurarũ,idq; propter incertũ precium fructuũ qui aliquãdo pluris sũt, aliquando minoris:vt quemadmodũ ea incerti precij ratio suasit frumẽti vel hordei vel olei mutuò dati accessiones etiam ex nudo pacto præstari *l.frumenti 17.iunct.l.oleo 23.Cod.de vsur.* contrà quàm in vsuris pecuniariis obseruari soleat *leg. 3.eod.tit.* Ita & speciem hanc pignoris quam antichresim expressam vocamus, induxerit, quamuis iuri canonico non solum incognitam,sed etiam penitus improbatam, eâdem ratione qua nec vsuræ vllæ pecuniæ fœnebris eo iure permittuntur. Loquimur autem hîc de antichresi expressa, quoniam est etiam antichresis quædam tacita,si Cuiacio credimus,quæ seruat legitimum modum vsuratum,de qua dicemus ad *leg. cùm debitor 8.infr.tit.prox.* Cùm verò ἀνύπαρκτος sit species pignoris, vt diximus, dubitari non oportet, quin si creditor antichresticus [sic enim nominare soleo ad differentiam aliorum pignoratitiorum] in possessionem fundi vel ædium obligatarum inductus sit vice traditionis quę rerum immobilium fieri aliter non solet *l.2.Cod.de acquir.poss.* ius habeat retentionis,tandiúque retinendæ possessionis pignoris loco donec illi pecunia soluatur, cùm in vsuras, id est, in vicem & locum vsurarum fructus percipiat,nulla imputatione faciendain sortem,id est,ne pro ea quidem fructuũ parte quæ legitimum modum vsurarum excedit, quod in cæteris creditoribus siue tacitam quoque siue nullam antichresim habentibus diuersum est *d.l.cùm debitor l.1.& 2. Cod. de pignor.act.* Planè si debitor pecuniam pro qua antichresim dedit, creditori obtulerit, quamuis non obsignauerit, soluetur antichresis, nec fructuum exinde lucrandorum ius vllum habet *leg.ex prædiis 11.Cod. de vsur.* quamuis non eo minùs debeat vsuras de quibus per stipulationem conuẽnit si pecuniam oblatam non obsignauerit *l.si creditori 6.l.si per te non stat 9.l. acceptam 19. eod.tit.* Nec est contrarium,quod nulla quoque contracta antichresi creditor nihilominùs non modò percipiendorum fructuum ius habet, sed ita etiam vt eos suos faciat. Alioqui non extenuarent quantitatem debiti, nec pignoris obligationem soluerent ipso iure vt in *d.l. 1.& 2. Cod. de pignorat.act.* Aliud enim longè est fructus suos facere, aliud verò lucrari. Facit creditor suos fructus etiam quos in sortem imputat,sed non lucratur nisi quos fecit suos citra vllum onus imputationis. Quomodo dicimus bonæ fidei possessorem fructus omnes, quos ex re aliena percipit,bona fide suos interim facere *l. bonæ fidei 48.infr. de acquir.rer.domin.* nec tantùm perceptione, sed etiam si alius quilibet eos à solo separauerit *l.si fructuarius messem 13 §.1.supr.quib.mod.vsusfr.amitt.* Nec tamen alios lucrari quàm quos vel consumpserit, vel vsuceperit *leg.4 §.post litem supr.fin.regund.l.4.§.lana de vsucap.* Cæteros enim nondum consumptos sed extantes adhuc, nec vsucaptos, domino rem suam vindicanti restituere officio iudicis cogitur *l.certum 22.Cod.de rei vindic.§.1.Instit.de offic.iudic.* Ergo vix vlla ad hunc §. dubitandi ratio videtur adferri posse. Nam cùm antichresis sit species quædam pignoris, vt diximus ex *dict.leg si pecuniam 33.supr. de pignor.act.* Quis dubitat quin pro pecunia antichrestica debeat creditor habere retentionem quam haberet etiam ex chirographaria *l.vnic.Cod.etiam ob chirogr. pecun.pign.retin poss.l.1.in princip.supr hoc tit.* Nisi fortè dubitandi rationem sumere quis ex eo velit quod videatur potiùs hæc pactio personalis ad obligandum debitorem creditori quàm ad inducendum reale ius pignoris vt in *l.vltim. §.1.supr.de contr. empt.* Pactio namque & conuentio personalis, nihil nisi personalem actionem parere potest, non etiam retentionem. Sed cùm sit conuentio facta in pignore,supponit procul dubio ius dati pignoris: ideóq; non tam ex conuentione illa quàm ex iure communi retentionem pignoris habere creditor debet vt in *l.1. Cod. de pact.pignor.* quoadusque pecunia debita vel soluta sit, vel saltem legitimè oblata, vt hîc scriptum est & in *dict. l.ex prædiis.* Sed nec illud dubitationem vllam habet, quod Marcianus hîc scribit fructus percipere creditorem non tantùm per se percipiendo, sed etiam locando habitandóque.Locando quidem,quoniam is qui locat fruitur per conductorem à quo mercedem accipit *l.non vtitur 38. & seq. supr.de vsufr.* Habitando autem quia æquè de suo fuerat habitationem conducturus, vt notat Accursius ex *l.sed etsi 25. §.quid autem supr.de hered.petit.* cùm sine habitatione possit nemo viuere *l.legatis 6.infr.de alim.& cibar.legat.* Vnde dicimus esse donationem,si cui gratis in aliena domo habitare permittatur *l.in ædibus 9.& l.Aquilius 27.infr.de donat.l.si vir vxoris 18.de donat.int.vir.& vxor.* Sed illud difficilius est quod Marcianus noster hîc subiicit,si creditor antichresticus amiserit possessionem solere illum actione in factum vti. Cùm enim ad actiones in factum recurrere non soleamus nisi aliis omnibus deficientibus *leg. quia actionum 11. supr.tit. prox.* videtur hoc ipso Marcianus innuere,hypothecariam igitur actionem hoc casu non competere. Ideò fortasse quòd antichresis non est hypotheca, cùm hypotheca ea demùm sit, cuius nec possessio transit ad creditorem *l. cùm & sortis 35.§.1.supr.de pignor.act.* antichresis autem non aliter constitui possit, quàm si creditor in possessionem rei obligatæ inducatur vt in hoc §. scriptum est. Quomodo enim fieri aliter posset vt creditor fructus perciperet? Sed tamen dubitationem in contrarium illud facit, quod antichresis species quædam pignoris est *leg si pecuniam 33. eod.* vbi hanc ob causam idem Marcianus noster dat debitori pignoratitiam soluta antichresi. Atqui creditor verè pignoratitius,id est,cui pignus non tantùm obligatum,sed etiam traditum fuit, si eius possessionem amiserit,Seruiana actione scilicet vtili quæ & hypothecaria vocatur,eam possessionem repetere potest *l.si creditor 28. eod.tit.l.si fundus 16.§.in vindicatione infr.hoc tit.* Ergo etiam hypothecaria & quasi Seruiana creditori antichresticopost amissam possessionem danda erit, cùm inter pignus & hypothecam nihil nisi nominis sonus differat quod pertinet ad formulam actionis hypothecariæ *l. 5. §. 1. supr.* Atque ita iam olim Azo credidit, cuius sententiam Cuiacius quoque probat *lib. 3. obseruat. cap. 35.* Sed tamen non eo minùs verum est, actionem quoque in factum hoc casu locum habere posse, non quasi omnino necessariam,quomodo contingeret si hypothecariam non competere certum esset, sed ad euitandum periculum malè electæ actionis, cùm possit dubitari an hypothecaria & quasi Seruiana actio locum habere debeat. Non ob id tantùm quod antichresis pignus sit non hypotheca, sed etiam & potissimùm ob id quod ita sit pignus, vt hypotheca esse nunquam possit. Quod in cæteris pignoribus & hypothecis diuersum est. Vix enim vlla res est quæ non possit obligari & traditione & nuda conuentione, prout contrahentes elegerint & consenserint *leg.1.*

supr.de

BIU Cujas

supr. de pignor. act. At antichresis sola ita pignus est vt hypotheca esse nunquam possit, neque conuentione nuda tantùm, sed traditione quoque contrahi: cætera pignora possunt esse hypothecæ aut saltem conuerti in hypothecas reddita debitori possessione. At antichresis neque actu neque potentia hypotheca est, ergo nec ad eam videbatur hypothecaria pertinere. Faciléque mouet me authoritas huius §. vt pro antichresi non putem dandam creditori hypothecariam, sed in factum duntaxat actionem. Aliáque ratio est actionis pignoratitiæ de qua in *dict. l. si pecuniam*, quia cùm dicta sit à pignore & antichresis verè pignus sit, ratio facit, vt non minùs pro antichresi quàm pro alio quolibet pignore pignoratitia dari possit. Accurs. noster sicuti quid antichresis sit non intellexit, ita neque actionem hanc in factum quænam illa sit percipere potuit. Eam namque interpretatur esse actionem in factum quæ à Prætore datur ex edicto *ne vis fiat ei qui in possess. miss. est ex l. 3. §. constituturum & l. vltim. ill. tit. ne vis fiat ei qui in possess.* quæ tamen non datur nisi pro pignore prætorio, quod per missionem in possessionem contrahitur *leg. non est mirum 26. §. 1. supr. de pignorat. act.* Antichresis verò pignus est non prætorium, sed conuentionale. Debet ergo intelligi de actione in factum subsidiaria in locum hypothecariæ danda. Illud non nego creditorem qui iure prætorij pignoris in possessionem missus fuit fructus quoque posse percipere & suos facere, sed ita tamen vt eos vendere vel locare teneatur, nisi iam antè venditi fuerint vel locati à debitore *l. in venditionem 8. §. 1. de reb. author. iudic. possid.*

2. ¶ Vsusfructus an possit pignori hypothecæve dari, quæsitum est. & scribit Papinianus libro vndecimo responsorum: siue dominus proprietatis conuenit, siue ille, qui solum vsumfructum habet: tuendum creditorem. & si velit cum creditore proprietarius agere, *Non esse ei ius vti frui inuito se*: tali exceptione eum prætor tuebitur, *si non inter creditorem & eum, ad quem vsusfructus pertinet, conuenerit, vt vsusfructus pignori sit.* nam cum & emptorem vsusfructus tuetur prætor: cur non & creditorem tuebitur? eadem ratione & debitori obiicietur exceptio.

Ad §. 2. Vsusfructus.

Duo sunt quæ in hoc §. Marcianus scribit. Primum est, posse dominum proprietatis plenæ & in qua nemo alius vsumfructū habeat, vsumfructum dare pignori creditori, id est, vsumfructum ei constituere pignoris iure. Alterum est, posse etiam vsufructuarium pignori dare vsumfructum inuito etiã proprietario. Prior sententia illam habet dubitandi rationem nec insubtilem, quam adfert Bartolus, quòd non videatur posse pignus consistere vsusfructus datum à proprietario, quia, inquit, per eam pignoris dationem aut formalis quem vocant vsusfructus constituitur, id est, qui sit à proprietate separatus aut non. Priore casu non potest pignus valere, cùm nemini res sua possit esse obligata *l. neque pignus 45. de regul. iur.* Posteriore verò casu dicendum est non posse obligari pignori eam rem quæ in rerum natura necdum est nec vnquam erit *l. & quæ nondum 15. in princip. infr. hoc tit. l. nec emptio 8. supr. de contr. empt.*

Dec. Quodcunque recipit venditionem, recipit etiam oppignerationem, si nihil aliud sit quod impediat *l. sed & quod 9. §. 1. supr. hoc tit.* Atqui potest dominus quilibet plenæ proprietatis vsumfructum rei suæ alij vendere, & quamuis nemo re sua vtatur fruatur, etiam id quod suum nõ est, in alium transferre *l. quod nostrum non est 63. supr. de vsufr. iunct. l. vti frui 5. supr. si vsusfr. petat.* Quidni ergo etiam oppignorare poterit? Alioqui nec vsumfructum causalem plenè habere videretur, cùm fructus rei sit vel pignori dare licere *l. vltim. infr. de vsur.* Differentia tamen hæc esse videtur, quòd per venditionem vsusfructus formalis constituitur, quia per venditionem vsusfructus à proprietate separatur, & per separationem illam nascitur vsusfructus formalis, qui anteà non erat. Per vsusfructus verò oppignorationem nulla fit talis separatio, quia remanet debitor dominus plenæ proprietatis, cùm nihil penitus ex proprietate per viam pignoris in creditorem transferri possit *leg. cùm & sortis 35. §. 1. supr. de pignor. act. leg. pignus 9. Cod. eod.* Quid ergo est quod per vsusfructus oppignoratio transferatur in creditorem? Facultas, &, vt Bartolus loquitur, cõmoditas vtendi fruendi quæ ab vsufructu formali realiter non differt, id est, materiâ, sed formâ tantùm & ratione. Est tamen in pignore vsusfructus præter facultatem illam & commoditatem vtendi fruendi, etiam ius distrahendi vsumfructum iure communi creditorum omnium, per quam distractionem fiet, vt formalis quoque vsusfructus licèt neque debitoris fuerit, neque creditoris, in emptorem nihilominùs transferatur, quemadmodum in cæteris pignorib. proprietas rei obligatæ & à creditore venditæ transferretur in emptorem *leg. non est nouum 46. infr. de acquir. rer. domin.* Eáque maximè ratio est, quæ pignorationem vsusfructus suasisse videtur, quod per eam peruenire possit ad venditionem, per quam satisfieri creditori possit. Nihil enim refert ad liberandum pignus, an debitor distrahat an creditor, dummodò creditori satisfiat. Cùm ergo etiam emptorem vsusfructus tueatur Prætor, cur non & creditorem tuebitur? quomodo hîc Marcianus argumentatur. Necest quod quis dicat, neque per venditionem transferri posse vsumfructum formalem, adeóque nec cedi posse extraneo *l. si vsusfructus 66. infr. de iur. dot.* Id enim de vsufructu quidem formali iam constituto rectè dicitur, si eum alienare vsufructuarius velit, sed non de vsufructu qui per venditionem constituitur formalis in persona emptoris *dict. leg. quod nostrum 63. de vsufr.* Quamquam illud quoq; verum est, vsumfructum formalem in persona fructuarij iam constitutum vendi posse, sed ita vt ius ipsum vtendi fruendi ex persona non emptoris sed venditoris æstimetur *leg. necessariò 8. §. vltim.* vbi diximus *supr. de peric. & com-*

BIU Cujas

mod. rei vendit. leg. arboribus 12. §. *vsufructuarius supr. de vsufr.* §. *finitur Instit. eod. tit.* Posterior Marciani in hoc §. sententia est, ipsum quoque vsufructuarium posse vsumfructum, quem in re aliena habet, dare pignori. Dubitandi ratio est, quia non alius pignori dare potest, quàm qui dominus est, aut saltem in bonis rem habet *leg.* 1. *supr. leg. & quæ nondum* 15. §. *quod dicitur infr. hoc tit.* Atqui non est dominus is qui vsumfructum habet, quia rectè dicimus eam rem totam nostram esse etiam cuius vsusfructus alienus est *leg. rectè dicimus* 25. *de verb. signific.* Ergo nec pignoris obligatio constitui ab eo potest.

Dec. Vsufructuarius licèt dominus non sit rei fructuariæ, dominus tamen est vsusfructus cuius & vindicationem habet *l.* 1. *& tot. tit. supr. si vsufr. petat.* Ergo nihil prohibet, quominus vsumfructum fructuarius pignori dare possit. Nam & fructus rei est, vt iam diximus, pignori dare licere *leg. vltim. infr. de vsur.* Et consequenter si proprietarius velit prohibere creditorem vsufructuarij ne inuito se vtatur fruatur, quasi non habeat ius vtendi fruendi, quia creditor fructuarij non sit fructuarius, tueri tamen eum debebit Prætor exceptione illa, *Si non inter creditorem, & eum ad quem vsusfructus pertinet, conuenerit, vt vsusfructus pignori sit.* quomodo & eum cui nomen debitoris pignori datum est, tuetur Prætor data ei non tantùm exceptione, sed etiam actione vtili contra debitorem *leg. si conuenerit* 18. *supr. de pignor. act.* Itémque emptorem nominis vel hereditatis *leg. emptor* 5. *leg. postquàm* 7. *& seq. Cod. de hered. vel act. vendit.* & cùm pignus pignori datum est *leg. grege* 13. §. *cùm pignori hoc tit. & l.* 1. *& 2. Cod. si pignus pignor. dat. sit.* Subiicit Marcianus, eâdem ratione obiiciendam esse exceptionem debitori, hoc est, ipsi vsufructuario, si vsumfructum vindicare velit. Etsi enim datum quoque pignori vsumfructum adhuc vindicare tanquam suum summo iure potest, cùm pignoris datio dominium ei non ademerit, exceptione tamen pacti adeóque doli repellendus est, qui resistit improbè, quominùs creditor pignore fruatur quod ipse debitor dederit, vt ex mendacio suo arguatur, quomodo Paulus loquitur in *leg. rem alienam* 41. *in fin. supr. de pignorat. act.* Aliud iuris est si vsufructuarius non vsumfructum quem habet, sed proprietatem ipsam, cuius vsumfructum duntaxat habet, pignori dederit. Non enim valebit oppignoratio, cùm nihil iuris in proprietate fructuarius habeat *leg. interest* 6. *Cod. de vsufr.* nec permisceri debeant causæ proprietatis & vsusfructus, sicuti nec proprietatis & possessionis *leg. penult. infr. de acquir. poss.* quamuis interdum vsusfructus etiam partis dominij instar obtineat *leg.* 4. *l. si Titio fructus* 33. §. 1. *supr. de vsufr. leg. qui vsumfructum* 58. *infr. de verbor. oblig.* In iure namque magis consistit quàm in parte, licèt emolumentum rei contineat *leg. Mœuius* 66. §. *fundo legato leg. cùm filius* 76. §. *dominus de legat.* 2. *leg. si à reo* 70. §. *si reo infr. de fideiuss.* In quo errauit Accursius, qui oppignorationem ab vsufructuario factam ideò valere putat, quòd fructuarius sit quasi dominus, eo quòd vsusfructus in multis casibus pars dominij sit *dict. leg.* 4. *de vsufr.* cùm tamen non alio iure valeat oppignoratio, quàm quia vsufructuarius dominus sit vsusfructus. Vnde & vsumfructum potest creditor fructuarij vendere, vt & aliud pignus quodlibet, non tamen proprietatem neque in totum neque pro parte *leg.* 1. *Cod. si pignus pignor. dat. sit.* Non idem in vsuario iuris est, quia nudum vsum non etiam fructum habet, vt Cuiacius docet *libr.* 15. *Obseruat. cap.* 6. Quid ergo si proprietarius ipse eam rem, cuius vsusfructus alienus est, pignori dederit? Tuebitur creditorem Prætor aduersus proprietarium, sed non etiam aduersus vsufructuarium, cui neque pignorando neque aliud quicquam faciendo nocere proprietarius potest *leg. sed si quid* 15. §. *proprietatis dominus supr. de vsufruct.*

Hactenus manuscriptus.

BIU Cujas

BIU Cujas

BIU Cujas



ANTONII FABRI

I.C. SEBVSIANI, SERENISS. SABAVDIÆ DVCIS CONSILIARII AB INTIMIS, ET IN SVPREMO SABAVDIÆ SENATV Præsidis Primarij

RATIONALIA

IN QVINTAM PARTEM PANDECTARVM

Ad libr. XXVIII. TIT. I.

Qui testamenta facere possunt.

1. MODESTINVS libro 2. Pandectarum.

TESTAMENTVM est voluntatis nostræ iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit.

Ad leg. 1. Testamentum.

RAT. DVB. Non tam inspiciendum est, quo tempore facta sit aliqua dispositio, quàm in quod tempus collata sit, cùm eo ipso tempore in quod collata, est facta esse intelligatur *leg. quod sponsæ 4. Cod. de donat. ant. nupt. leg. Stichus infr. de manum. testam.* Atqui impossibile est, vt homo iam mortuus de rebus suis disponat, non solùm quia is qui iam mortuus est, nullus est, vnde Orcinus libertus quia defuncti libertus est, nullius libertus esse dicitur *l. 4. infr. de bon. libert.* sed etiam quòd defuncto patrefamilias res hereditariæ incipiunt esse in bonis nullius, *l. 1. versic. quod autem sup. de rer. diuis.* Ideóq; possent fieri iure gentiũ primi occupantis, nisi lex obstitisset inducta fictione hereditatis quæ defuncti personam repræsentaret, & domini loco esset, *leg. non minus 31. §. 1. infr. de hered. inst. l. hereditas 34. & l. hereditas in multis 61. de acquir. rer. dom.* Ergo tam absurdum & ridiculum est dicere testamentum esse voluntatis nostræ iustam sententiam de eo quod quis post mortem fieri velit, quàm si quis diceret testamentum esse mortui hominis dispositionem, præsertim, cùm voluntas cuiuslibet hominis morte finiatur, nec vltra mortem extendi possit, *l. si ita legatum 65. §. 1. de leg. 1.*

DEC. Legislator ciuilis cùm testamenti factionem actiuam, vt nostri loquuntur, inducere ac confirmare vellet, constituit ante omnia vt legis vim haberet, verbis illis legis duodecim tabularum, *paterfamilias vti super pecunia tutelave rei suæ legassit ita ius esto leg. verbis legis 120. & l. obuenire 130. de verb. sig.* nihil enim aliud verbo illo *legassit* significare voluit quàm si dixisset legem fecerit. Vnde & legatum nomen sumpsit, quia legis modo imperatiuè relinquitur, vt Vlpianus definit in fragmentis Institutionum, vt nimirum faceret, ne moriente testatore testamentum interciderit, sola enim lex in republica est immortalis siue Deo Optimo Maximo accepta referatur, cuius donum illam esse dicebat Demosthenes apud Marcianum in *leg. 2. supr. de legib.* siue quòd legislatorem habeat populum qui nunquam moritur. Idem enim populus est qui ante mille annos fuit, licet nemo supersit ex illis omnibus qui tum viuebant *leg. proponebatur 76. supr. de iudic.* Atque ita effectum est, vt testa-

BIU Cujas

menta valere potuerint & debuerint etiam mortuo testatore, imò vt nec prius valere irreuocabiliter & confirmari incipiant quàm testator decesserit. Quò etiam pertinet vulgare illud verbum desumptum ex Iustiniani *Nouella 22.de nuptiis* Disponat testator & erit lex. Disponit enim viuus sed erit lex eo demum mortuo. Dicitur autem testamentum *voluntatis nostræ iusta sententia*, vt intelligamus, testamentorum iura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio dependere *l. illa institutio 32. in princip. l. captatorias 70. & seq.* vbi dicemus *infr. de hered. instit. l. 1. in princip.* Additur etiam in definitione, *Iusta sententia*, vt intelligamus supremam voluntatem quæ testamento declaratur iustam esse debere, id est, iuri & legibus consentaneam, solemnem & legitimam, ad differentiam nimirum testamenti militaris, in quo non iustam, sed nudam militis voluntatem intuemur, quia voluntas quæque militis testamentum est, nec vllas solemnitates exigit, postquam militibus permissum est ex constitutionibus Imperatorum, vt testamenta faciant quomodo velint, & quomodo possint *l. 1 l. Diuus Traianus 24. l. eius militis 34. in fin infr. de testam. milit.* Itaque includit hæc dictio *iusta*, omnes solemnitates quibus paganorum testamenta obstringuntur, de quibus postea suis locis videbimus, & quas omnes Iustinianus congerit in Institutionibus in titulo de testamentis ordinandis. Inter quas præcipua solemnitas illa est, vt testamentum ab heredis institutione incipere oporteat, tanquam à quo potissimum pendeat *l. quod per manus 10. infr. de iur. codicill.* Est enim heredis institutio caput & fundamentum testamenti §. *ante heredis Inst. de legat.* Nam neque aliam potissimum ob causam fuit inductus vsus testamentorum à legislatore ciuili, quàm vt cuique patrifamilias liberum esset, fortunarum & facultatum suarum quẽ vellet successorem eligere, vt eo veluti præmio inuitati ciues Romani diligentiores fierent ad acquirendum. Nec ad rem pertinet quod aliæ pleræq; sint species vltimæ voluntatis extra institutionem heredis, puta legata & fideicommissa quæ in codicillis vel in epistola relinquuntur, itémque donationes causa mortis, quæ ad exemplum legatorum capiuntur *l. illud 37 & l. Marcellus 15. infr. de donat. caus. mort. l. & in epistola 22 Cod. de fideicom. l. 1. & passim infr. de iur. codicill.* Nihil enim commune habent cum iure testamentorum, nisi quod legata in testamento tantum relinqui possunt, aut quod effectu idem est, in codicillis testamento confirmatis *l. 2. § codicillorum & l. vltim. infr. de iur. codicill.* Nec rursum vllus fuit vsus istiusmodi vltimarum voluntatum, nisi post inductum vsum testamentorum, vt proinde totum ius nostrum circa species vltimæ voluntatis, à lege duodecim tabularum subsistere dicit possit, licet lex duodecim tabularum neque fideicommissa, neque codicillos, neque donationes causa mortis agnouerit, vt suis locis ostendemus. Postremò adduntur in definitione testamenti verba illa *de eo quod quis post mortem suam fieri velit*, quoniam suprema cuiusque hominis voluntas deambulatoria est & reuocabilis vsque ad mortem *l. cùm hic status 32. § pœnitentiam sup. de donat. inter vir. & vxor. l. 4. infr. de admend. leg.* nec potest quisquam testator legem sibi dicere ne à testamento suo possit recedere *l. si quis in principio 22. de leg. 3.* non magis quàm facere ne leges in suo testamento locum habeant *l. nemo potest 55. de leg. 1.* Obseruandum autem est, legem duodecim tabularum, cùm permisit patrifamilias ciui Romano testari de sua pecunia, appellatione pecuniæ tanquam generali apprehendisse quæ in patrimonio nostro sunt & esse possunt, vt in *l. pecuniæ 178. de verb. sig.* adeóque totum ipsum patrimonium, nec tamen dedisse potestatem testandi legémque faciendi nisi de pecunia tutelâve rei suæ, vt omnes intelligerent de bonis suis testandum cuique esse non de alienis *l. conficiuntur 8. § si post factum in fin. infr. de iur. codicill.* nisi quod etiam res aliena, præsertim verò heredis, legari potest per damnationem & per fideicommissum relinqui, si modò testator alienam esse sciuerit eam, quæ nec ipsius esset nec heredis *l. cùm alienam 10. Cod. de legat.* nempe quia hoc casu non tam rei quàm æstimationis legatum vel fideicommissum datum esse intelligitur, si dominus tem suam iusto precio nolit vendere *l. non dubium 14. § 1. de leg. 3.* Atque ita non nisi de re sua testatur etiam is, qui rem alienam per legatum vel fideicommissum relinquit. In re verò quę sit heredis non eadem distinctio admittitur *l. vnum ex familia 67. § si rem de legat. 2.* vbi ratio diuersitatis redditur. Quod autem hîc additur de morte, intellige cum Accursio de morte naturali non etiam de ciuili, quæ per deportationem, aut maximam capitis diminutionem potest contingere: nam & deportatio morti æquiparatur, cùm successerit in locum aquæ & igneis interdictionis *l. 1. § penult. D. de bonor. possess. contr. tabul. l. Gallus 29. § & quid si tantum*, vbi dicemus *infr. tit. prox. l. 4. § si deportatus de bon. libert. l. penult. § vltim. de extraord. cognit.* Sed tamen habet eosdem effectus quos haberet mors naturalis, quia deportatus quandiu viuit, in ciuitatem restitui potest spe non improbabili, cùm retineat libertatem & ea omnia quia sunt iuris gentium, amittat verò solam ciuitatem *l. deportatus 15. de interdict. & relegat. l. intercidit 59. de condict. & dem.* vbi additur aliam esse rationem eius qui etiam libertatem amisit, quia seruitutem morti comparamus, vt habet iuris regula in *leg. seruitutem 209. de reg. iur.* licet seruus quoque non minus quàm deportatus restitui in ciuitatem possit, sed rarius & difficiliùs *l. frustra 8. iuncta l. 2. Cod. de sentent. pass. & restit.* Ergo si quo casu mors ciuilis eundem effectum habeat quem naturalis, dicendum erit cum Bartolo etiam ciuilem mortem posse sufficere, vt testamentum possit irreuocabiliter confirmari, vt in exemplo quod affert, si quis ingrediatur religionem Franciscanorũ, qui cùm sint acquisitionis omnino incapaces, nec minus in communi, vt loquuntur, quàm in particulari, pro mortuis omninò habendi sunt *clem. exiui de paradiso de verb. sig.* Cætera quæ hic Accursius & Bartolus tractant de testamento in quo filius suus heres exheredatus est aliena sunt ab hac lege & suis locis commodiùs tractanda: illud duntaxat addendum est, quod Iustinianus *in Instit. de testam. ordin.* scripsit, testamẽtum ab eo dictum esse quòd sit testatio mentis, neque descriptionem, neque definitionem testamenti esse sed allusionem ab etymologia, ex qua nihil inferri affirmatiuè potest, sed tantum negatiue: nec enim statim atque testatio mentis aliqua est testamentum dici potest, sed vbi testatio mentis nulla est, nec testamentum erit, quamuis non desint qui hanc allusionem & etymologiam rideant perinde ac si quis diceret, calceamentum esse calceationem mentis.

BIU Cujas

2. LABEO libr. 1. posteriorum Iauoleno Epitomatorum.

IN eo, qui testatur, eius temporis, quo testamentum facit, integritas mentis, non corporis sanitas exigenda est.

Ad leg. 2. In eo.

RAT. DVB. Humana fragilitas mortis cogitatione perturbata non tam facilè plures res memoria consequi & retinere potest, vt Imperator Iustinus ait *l. hac consultissima §. at cum humana fragilitas Cod. qui testam. facer. poss.* Atqui nihil est quod mortis cogitatione tantam animo perturbationem iniiciat, quantam infirmitas corporis, præsertim quæ sit ad mortẽ. Vt ergo quis certo iudicio testari possit, exigenda in eo esset non minùs sanitas corporis, quàm integritas mentis. Quicquid autem in rerum natura est, quod certo iudicio fieri debeat, in eo certè genere testamentum est, cùm qui testatur, faciat legem, vt diximus ad legem præcedentem.

DEC. Nihil vetat in infirmo corpore sanam & integram esse mentem ad suprema ordinanda, nisi corporis infirmitas talis sit, vt etiam iudicij aciem aut retundat prorsus aut minuat. Et verò nihil esset iniquius, quàm si vsu testamenti interdiceretur ægrotantibus & infirmis: cùm eo potissimum tempore de testamentis ordinandis consilium capiant qui antea vix de eo cogitauerint. Quanquam fatendum est multò melius fore, si ad factionem testamenti accederetur eo tempore quo integrę sunt non minus corporis quàm animi vires. Inde namque tam frequentes de falsitatibus circa testamenta emergentibus querelæ & suspiciones, quarum excludendarum gratia tam multas solemnitates in testamentis ordinandis adhiberi necesse fuit, vt habet *l. iubemus 29. Cod. de testam.* Requiritur autem integritas mentis in testatore eo tempore quo facit testamentum, non etiam quo moritur, quia licet testamentum vltima vitæ hora factum esse intelligatur, suprema tamen iudicij dispositio fit eo tempore quo testamentum conditur. Ideóque non minus valet testamentum, quòd testator postea vel mutus, vel furiosus, vel prodigus factus sit *leg. si mutus 7. iuncto §. 1. leg. præced. & l. eius qui 8. infr. hoc tit.* Et è contrario si in aduersa corporis valetudine constitutus quis mente captus sit, testamentum eo tẽpore facere non potest, nec si fecerit, valet, quamuis sanæ mentis effectus decesserit *leg. in aduersa 17. infr. hoc tit.* Ergo multò minùs senium ætatis impediet, ne quis testamentum facere possit *l. senium 3. Cod. qui testam. fac. poss.* quamuis senectus ipsa morbus sit. Imò quod magis est, etiam furiosus si dilucida habeat interualla, eo tempore testari potest quo furere non deprehenditur *l. furiosum 9 Cod. eod.* Nec sanè maior ratio fuit, vt infirmitas corporis obstaret testamentis quàm transactionibus, quibus vtique non obstat *leg. sanũ mente 27. Cod. de transact.* Alia quæstio est de capacitate testatoris, vt testari possit. debet enim capax esse factionis testamenti actiuæ, vt nostri loquuntur, duob. temporibus, testamenti & mortis, alioqui nec valet testamentum *l. 1. §. exiit infr. de bonor. possess. sec. tab. l. qui liberis 11. §. testamentum eod. tit.* quamuis non noceat quod post testamentum factum testator vel furore vel bonorum interdictione vel quo alio casu testamenti factionem amiserit *dict. l. 1. §. si quis autem eod. tit. de bon. possess. sec. tab.* In herede verò requirimus, vt habeat testamenti factionem passiuam tribus temporibus, testamenti, mortis & traditionis *l. si alienum 49. §. in extraneis*, vbi dicemus *infr. de hered. inst.*

3. PAPINIANVS lib. 14. Quæstionum.

TEstamenti factio non priuati, sed publici iuris est.

Ad leg. 3. Testamenti.

RAT. DVB. Vsus testamentorum iam multis ante constitutam Rempublicam Romanam sæculis apud omnes ferè gentes receptus fuit, vt & sacrę Scripturæ & antiquiorum historiarum monumenta testantur. Atqui quod apud omnes gentes perquè obseruatur, iuris gentium non iuris ciuilis esse creditur *leg. 1. §. ius gentium & l. omnes populi de iust. & iur.* Ergo testamenti factio non est iuris publici, id est, ciuilis, sed gentium. Ius enim ciuile dicimus quod est proprium Romanorum, vt docet Iustinianus in *tit. Inst. de iur. nat. gent. & ciuil.*

DEC. Ius ciuile distinguendum est à iure gentium, non tam ex vsu quàm ex ratione quæ ius induxit. Ius enim ciuile æstimatur ex ratione ciuili, quæ legislatorem mouerit vt ita constitueret, ius verò gentium, ratione naturali omnibus hominibus communi, in quo conuenit cum iure naturali. Vtrumque enim habet pro forma rationem naturalem, nec nisi in materia differunt, quia ius naturale versatur circa eas tantum res quas natura docuit omnia animalia, & quæ etiam brutis animantibus cum hominibus sunt communes, si modò tales sint, quas bruta faciant solo instinctu & impetu naturæ, homines verò cum ratione. Ius verò gentium circa eas tantùm res, quæ solis hominibus sunt communes, non etiam brutis animantibus. Vnde fit vt ius naturale & ius gentium aliquando confundantur: quoniam quorum vna eadémque forma est, eadem quoque illa videri possunt, cùm forma det esse rei *l. Iulianus 9. §. sed si quis rem 3. supr. ad exhib.* Atqui ius gentium differt à ciuili in forma tantùm, non in materia, cùm forma iuris gentium sit ratio naturalis, vt diximus, forma autem iuris ciuilis ratio ciuilis. Cæterùm vtrumq; ius ciuile & gentium versatur circa res solis hominibus communes, cùm neque naturalis neque ciuilis ratio aliis quàm hominibus conueniat. Porrò quemadmodum rationem naturalem æstimamus ex eo sensu quem omnibus hominibus natura primum indidit, ita ciuilem ex publica vtilitate, ad quam solet ciuilis legislator referre omnia ex prima illa & omnium generalissima lege duodecim tabularum, quæ nullam prorsus exceptionem patitur, *Salus populi suprema lex esto*: & ad quam omnino referendum quicquid iuris ciuilis dici potest. Iam verò si de ratione, quæ vsum testamentorum induxit, agatur, apparebit facilè ciuilem totam esse non naturalẽ. Nam cùm testamentũ nihil aliud sit

BIU Cujas

quàm iusta sententia de eo quod quis post mortem suam fieri velit, vt scriptum est in *l.1.supr.hoc tit.* quis non videt iuri naturali non solùm non conuenire, sed etiam omnino repugnare, vt quis per testamentum rerum suarum dominium transferat in alium eo tempore quo dominus ipse amplius non erit? Annon enim id perinde ridiculum est, ac si librum nunc meum tibi donarem, sed collata tamen donatione in id tempus quo meus esse desiisset? Fateor nihil tam esse conueniens rationi naturali quàm voluntatem domini rem suam in alium transferre volentis ratam haberi, *l.qua ratione §.hæ quoque res infr.de acquir.rer.dom.* Sed hoc contendo voluntatem illam eo tempore interuenire debere, quo translatio fieri possit à domino in non dominum. Quæ autem fit ex testamento, fit ab eo qui iam dominus per mortem esse desiit. Cuius absurdi vitandi gratia lex duodecim tabularum primáque iurisp udentia induxerat primam illam speciem testamentorum quæ dicebantur fieri per æs & libram, adhibito libripende & familiæ emptore, vt per imaginariam illam venditionem dominium bonorum testatoris ad familiæ emptorem posset transire, mox ab eo in heredem, vt ex Vlpiani & Caij Institutionibus videre est. nam & familiam dicebant veteres *pro* hereditatem, & familiam erciscere pro diuidere *tot.tit.supr.famil. erciscun.* Quæ testandi forma licet antiquata sit, multas tamen testamentorum solennitates induxit, quas etiamnum hodie retinemus, vt ex iis quæ ad pleraſque huius tituli leges dicemus, apparebit. Nec tamē prius antiquata est, quàm mira prudentum veterum subtilitate fictio hereditatis excogitata est, quæ primo statim instanti post mortem testatoris esse inciperet: & quamuis persona ficta, veram tamen defuncti personam repræsentaret in id vsque tempus, quo heres aliquis fieret per aditionem hereditatis, ne scilicet medio tempore res hereditariæ, quæ reuera interim nullius essent, primi occupantis fieri iure gentium possent, vt diximus ad *leg.1.supr.* Dicebant enim veteres heredem pro domino & hereditatem pro dominio §. *vlt.Instit.de hered. qualit.& differ.* vt proinde non possit defendi quod quidam volunt, testamentum esse quidem iuris ciuilis quantum ad solemnitatem, sed iuris gentium quantum ad substātiam & originem. Nam imò testamēta esse omninò iuris ciuilis, nec minus origine quàm ex solemnitate, non solùm ex iis apparet quæ diximus, sed etiam ex eo quod non alij possunt facere testamentum, quàm quibus à lege permissum est. Est enim hoc ius ex genere permissorum, in q o genere est regula: Quæcunque non sunt permissa, censeantur prohibita: sicut è contrario, ex g nere prohibitorum regula est: Omnia quę non sunt prohibita, censeri permissa *l.mutus 43. §.1. supr de procurat.* Vnde titulus Institutionum sic conceptus est: *Quibus non est permissum facere testamentum.* Neque verò alia ratio est propter quam filiusfamilias testari iure ciuili non possit, quàm quia non fuerit hoc ei permissum per legem duodecim tabularum, quæ de solo patrefamilias locuta est: quemadmodum & lex Cornelia quæ postea de testamentis captiuorum confirmandis facta est, de qua in *l.lege Cornelia 12.infr.l lex Cornelia 28. ante fin. de valg & pup. l pater 10. §. infr. de captiu. & postl. reuers.* Alioquin dicendum esset filiumfamilias posse testari, cum in iis quæ ad ius publicum pertinent, filiusfamilias non sequatur ius patriæ potestatis *l.nam quod 14.in princ.iuncto §.vlt.l.præced.in fr. ad SC.Trebell.* Quæ obiectio mirum est quantas interpretibus nostris difficultates attulerit, non aduertentibus ad id quod diximus, eos testari posse quibus lex permisit. At ne quis putet ea ratione cōstitutum id olim fuisse, quòd filiusfamilias omnia patri acquireret, nihilque proprium habere posset inuito patre ante legem Constantini in *l. 1. Cod.de bon.matern.* extat Iustiniani constitutio in *l.pen.Cod. qui test.fac.poss.* qua constituit nolle se vt filiifamilias quantūuis capaces acquisitionis nō modò bonorū maternorum ex d.Constantini lege, sed etiam aduentitiorum omniū, ex *l.cùm oportet 6.& l. vltim.C. de bon. quæ liber.* testandi tamèn licentiam ideo sibi audeant arrogare. Inde verò etiam fit, vt deportati quibus ciuitas adempta est, cùm ciues Romani esse desierint, testamenti factionem neque actiuam neque passiuam habeant *l.1.§.deportatos de leg.3.l.1.Cod. de hered.inst.* tanquam qui non sint ciues Romani, licèt omnia retineant quæ sunt iuris gentium *dict. l.deportatus 15.infr.de interd.& releg.* Lex enim duodecim tabularum solis scripta erat Romanis ciuibus non peregrinis, vt & lex Falcidia, cuius verba extant in *l.1.infr.ad leg. falcid.* Et quæ liberam illam testandi facultatem ciuibus Romanis restituit, quam lex duodecim tabularum induxerat, leges verò Furia & Voconia postea secutæ valdè restrinxerant, vt ad eum locum fauente Deo dicemus. Hinc etiam est quòd solemus dicere, neminē posse facere, quin leges in suo testamento locum habeant *l.nemo potest 55.de leg.1.* Nempe quia priuatorum cautiones legum authoritate censeri non debent, vt eleganter Papinianus dicebat in *l.vltim.infr.de suis & legit. hered.* nec rursus eam sibi legem quisquam dicere, ne possit à priore testamento & voluntate recedere *l.si quis in principio 22.de leg.3.l. Diui 6.§.licet infr. de iur. codicill.* Denique vt solemnitatibus testamentorum nemo addere quicquam possit vel detrahere siue pauciores forte siue plures testes adhibere voluerit *l.heredes palam in princ. hoc tit.infr.* nec hereditatem aliter quàm testamento dare *l. hereditas 5.C.de pact. con.* aut pactione aliqua libertatem testandi constringere *l.cùm duobus alias l.si fratres 52. §.societatem supr.pro soc.* multò minus auferre. Sunt enim huiusmodi pacta non modò contra leges, sed etiam contra bonos mores, quę liberam testandi facultatem vel restringunt, *l.stipulatio hoc modo concepta 61.infr.de verb.oblig. l. ex eo C.de inutil.stipul.* Dedit enim lex duodecim tabularum non tantum liberam, sed etiam latissimam pro arbitrio testandi facultatem verbis illis, quæ suprà retulimus, *Paterfamiliàs vti super pecunia tutelāve rei suæ legassit, ita ius esto.dict.l.verbis legis.* Nec quicquam est, quod magis homini debeatur quàm vt testandi liber sit stylus, & licitum quod iterum non redit arbitrium, vt inquit *l.1.Cod.de sacros.Eccles.* Quæ omnia in contractibus & hominum conuentionibus, quæ inter viuos dicuntur, longè diuersa sunt. Pacta enim priuatorum dant legem contractibus *l. 1.§.si conuenerit supr.depos.l.in conuentionibus 52.infr.de verb.obl.& l.contractus 23.& l.nec ex prætorio 27.de reg.iur.* Dummodo tamen pacta illa neque sint contra leges, neq; contra bonos mores *d.l.1.§ illud non probabis depositi l.iuris gentium 7.§.ait prætor 7.supr.de pact.l.pacta quæ contra 6.Cod.eod.*

BIU Cujas

IIII. CAIVS.

SI quæramus, an valeat testamentum : inprimis animaduertere debemus, an is, qui fecit testamentum, habuerit testamenti factionem. deinde si habuerit : requiremus, an secundum regulas iuris ciuilis testatus sit.

Ad leg. Si quæramus 4.

Hæc lex habet hoc simile & commune cum plerisque aliis huius tituli, vt contineant principia potissima huius tractatus de testamentis, ideóque dubitandi rationes vix vllæ occurrunt, decidendi paucæ. Principia enim iuris nostri omnia nisi quæ sunt subalternata, tam aperta veritate suffulta sunt, vt neque luce, neque probatione maiore indigeant. Huiusmodi verò est quod in hac lege Caius scribit, si quæramus, an testamentum valeat, inspici ante omnia debere, an testator testamenti factionem habuerit, actiuam scilicet, id est, testamenti faciendi facultatem, vt loquitur lex *si filiusfamilias* 19. *infr. eod.* Nam cùm priùs quærendum sit de personis quàm de rebus *leg. quidam referunt* 14. *infr. de iur. codicill.* quis non videt testamentum nullum valere posse, cuius faciendi ius & potestatem testator non habuerit? Quanquam nec hoc satis est, etiam quantum ad personas pertinet, si non etiam is instituatur heres, qui æquè testamenti factionem passiuam habuerit, id est, qui institui iure potuerit, cùm testamentum sumat vires ab institutione heredis *leg. quod per manus* 10. *eod. tit.* Nam nec nisi per additionem hereditatis testamentum confirmari & rata fieri testatoris voluntas potest *leg. si patroni* 55. §. *qui fideicommissam infr. ad SC. Trebell.* Non potest autem hereditas adiri nisi ab instituto herede qui capax fuerit acquirendæ hereditatis, & quidem tribus temporibus, testamenti, mortis, & additionis *leg. si seruum* 49. §. *in extraneis infr. de hered. instit.* Finge deportatum fuisse heredem institutum, non poterit adire, vt in *leg.* 1. *Cod. de hered. instit.* Nam cùm ciuitatem amiserit, incapax est eorum omnium iurium quæ sunt ciuitatis propria & ciuium Romanorum *leg. sunt quidam* 13. *infr. de pœn.* vbi dicuntur isti στόλιδες, id est, sine ciuitate & extorres *leg. deportatus* 15. *infrà de interdict. & releg.* Inter quæ ius esse faciendi testamenti diximus in præcedentibus. Latiùs tamen patet testamenti factio passiua quàm actiua, cùm multi heredes institui possint, qui tamen testamentum facere non possint *leg. filiusfamilias* 16. *hoc tit.* Nec sanè potest dici valere testamentum ex quo nunquam adiri potest hereditas §. *posteriore Instit. quib. mod. testam. infirm.* cùm nec delata dici possit hereditas, nisi quam quis possit adeundo consequi *leg. delata* 151. *de verbor. sig.* Etsi nihil vetat testamentum ab initio valere, nec tamen ex eo postea hereditatem adiri posse, propter aliquam mutationem, quæ in persona vel heredis vel testatoris superuenerit, vt ex iis constabit quæ dicemus ad *tit. de iniust. rupt. testam. infr.* Verùm in hac lege id tantum Caius agit, vt tractet quæ sint necessaria ad hoc vt testamentum ab initio valeat, ac à lege confirmetur, prima scilicet confirmatione, quæ licet sit reuocabilis, attamen tanti momenti est, vt ab éa cæteræ confirmationes pendeant. Tres enim testamenti confirmationes fieri necesse est à lege, primam eo tempore quo fit testamentum, quia tunc hereditatem homo defert, & nisi eam delationem lex eodem tempore confirmaret, nunquam posset eadem lex hereditatem deferre mortuo testatore. Quod tamen fieri necesse est, vt hereditas adiri postea ex eo testamento possit *l. lege obuenire* 130. *de verb. sig. l.* 1. 2. *& 3. supr. de hered. petit.* facto siquidem testamento lex subsequitur voluntatem hominis *leg. verbis legis* 120. *de verb. sig.* Quemadmodum è contrario quisquis moritur intestatus, subsequitur voluntatem legis, & iis demum personis voluntatem suam deferre tacitè intelligitur, quibus lex delatura est *l.* 3. §. 1. *l. conficiuntur* 8. §. 1. *infr. de iur. codicill. l. ab exheredati* 126. *de leg.* 1. Secunda igitur legis confirmatio est, quę fit eo instanti quo testator moritur. Quo demum tępore certum esse incipit testatorem, cuius voluntas quandiu vixit, fuit ambulatoria, mutari amplius non posse. Nec enim potest fieri testamentum aut reuocari in instanti, vt neque aliud quicquam quod facti sit, si non per alium impleri possit *l. vlt. infr. de condic. instit.* Dicitúrque hæc secunda confirmatio irreuocabilis, quia statim atque confirmatum est à lege testamentum vltimo instanti vitæ, eadem lex primo statim instanti post mortem & inducit fictionem hereditatis, & hereditatem defert ex testamento confirmato, ac proinde illi ipsi cui testator dedit. Verùm nec quicquam prosunt duæ istæ confirmationes, nisi accedat tertia quæ fit per additionem hereditatis. Nam quemadmodum semel adita hereditate omnis defuncti voluntas rata constituitur *dict. leg. si patroni* §. *qui fideicommissum ad SC. Trebell.* ita è contrario non adita hereditate necesse est omnia corruere quæ testamento continentur, totámque testamenti vim dissolui *leg. si nemo subiit* 181. *de reg. iur. l. nemo* 9. *de testam. tut. l. ea quam* 14. *C. de fideicom.* Sed confirmatio hæc postrema non tam fit à lege quàm ab homine, id est, ab herede instituto, in cuius potestate est si velit hereditatem sibi delatam repudiando, testatoris sui simúlque legis voluntatem eludere. Illud igitur ad primam testamenti factionem omnino pertinet, vt sciamus an eo tempore quo factum est testamẽtum, faciendi eius potestatem testator habuerit, nec tamen dicamus cum Accursio, facultatem illam habere omnes qui non sunt prohibiti. Nam vti docuimus in superioribus, testamenti faciendi ius est ex genere permissorum non prohibitorum, quod vel titulus ipse Institutionum ostẽdit, qui sic conceptus est, Quibus non est permissum facere testamentum. Alioqui debuerat sic concipi, Quibus prohibitum est facere testamentũ. Et verò quamuis nulla ferè gens sit quæ non vtatur testamentis, vt proinde possit quis non malè dicere hoc iure hodie nos vti, vt testamenta sint iuris gẽtium, quomodo de acceptilatione Vlpianus scribit in *l. an inutilis* 8. §. *vltim. infr. de acceptil.* quamuis constet acceptilationem non posse fieri nisi per stipulationem, quam tamen nemo vnquam dixit esse iuris gentium, aut negauit esse iuris ciuilis *leg.* 1. *& tot. tit. de verb. obl.* §. *de constituta. Instit. de action.* non desunt tamen etiam ætate nostra nationes apud quas heredis institutio nõ est permissa, vt apud Parisienses in quorum consuetudinib. *l'Institution d'heritier n'a point de lieu.* Non quia prohibita, sed quia non

BIU Cujas

permissa. Nec proinde testamentum, quod ex heredis institutione, vt diximus, æstimatur *dict. l. quod per manus de vir. codicill.* §. *ante heredis instit. de legat.* Et sanè ex tredecim personis quas enumerat Accursius tanquam quibus prohibitum sit facere testamentum filiifamilias, impuberis, furiosi, prodigi, muti, surdi, cæci, damnati ad mortem: obsidis, incerti de suo statu, eius cui à lege interdictum est, serui & monachi, nulla persona est cui testari lex prohibeat, imo verò nonnullis tandem lex permisit, vt surdo, muto, cæco, in *l. hac consultissima* 8. *l. discretis* 10. *Cod. qui testam. fac. poss.* Itémque furioso habenti dilucida interualla *l. furiosum* 9. *eod.* Sequitur in hac lege, *Deinde si habuerit, requiremus.* Secundum est quod lex requirit, vt testamentum valere possit & à lege confirmari eo ipso instanti quo factum est vt scilicet ritè factum sit, id est, secundum ritum & morem legibus Romanis præscriptum. Aliud enim est ritè testari, aliud rectè, non quasi possit rectè testari qui non ritè testatur, sed quia fieri è contrario potest, vt quis ritè testetur, nec tamen rectè, vt euenit in patre filium exheredante sine causa, atque ita testante contra officium pietatis, de quo in *l. 1. & 2. & tot. tit. supr. de inoff. testam.* Iuris autem regulas ferè omnes Accursius hîc congerit secundum quas fieri testamentum debet, vt valeat, nimirum vt adsint septem testes masculi, puberes, ciues Romani rogati, & vno contextu in testaméto faciendo adhibiti, qui testatore præsente subscripserint & sigillauerint, si testamentum in scriptis fuit testatore ipso aut alio in eius vicem in heredis nomen scribente, aut qui heredis nuncupationem lingua & voce factam audiuerint, vt testamentum nuncupatiuum proponatur. De quibus tamen singulis hîc non est dicendi locus, suis enim locis omnia commodius tractabuntur.

V. VLPIANVS.

QVa ætate testamentum vel masculi vel fœminæ facere possint, videamus. & verius est, in masculis quidem quartumdecimum annum spectandum, in fœminis verò duodecimum completum. vtrum autem excessisse debeat quis decimumquartum annum, vt testamentum facere possit: an sufficiat complesse? propone aliquem Calendis Ianuariis natum, testamentum ipso natali suo fecisse decimoquarto anno: an valeat testamentum? dico valere. plus arbitror, etiam si pridie Calendarum fecerit post sextam horam noctis: valere testamentum. Iam enim complesse videtur annum quartumdecimum, vt Martiano videtur.

Ad leg. Qua ætate 5.

RAT. DVB. Vbi lex non distinguit neque nos distinguere debemus, vulgata *l. de precio* 8. *supr. de public. in rem act.* Atqui lex duodecim tabularum permisit patrifamilias generaliter testamentum facere, verbis illis generalibus, *paterfamilias vti super pecunia tutelâve rei suæ legassit, ita ius esto l. verbis legis* 120. *de verbor. sig.* nec distrinxit an paterfamilias impubes esset an pubes, nec dubitatur, quin pupillus amisso patre sit paterfamilias & ciuis Romanus perinde ac si pubes esset, adeo vt & olim legitimus tutor esse posset, quousque à Iustiniano ius illud abrogatum fuit in *leg. vltim. Cod. de legit. tut.* Ergo etiam impuberi permittendum est vt testamentum facere possit, dummodo & sit paterfamilias & ciuis Romanus, præsertim cum lex fauorabilis, qualis hæc est, quæ ius testamentorum & facultatem testandi induxit, amplianda sit potiùs quàm restringenda *leg. cum quidam* 19. *infr. tit. prox. l. hoc modo* 164. *infr. de cond. & de.*

DEC. Latissima illa potestas testandi quam lex duodecim tabularum induxit & heredis instituendi, & legata & libertates dandi, tutelas quoque constituendi, postea coangustata est vel interpretatione legum auctoritate iura constituentium, vt scriptum est *dict. l. verbis legis.* Ita enim fieri necesse fuit ne lex alioquin vtilissima, & in reipublicæ vtilitatem introducta in eiusdem perniciem retorqueretur. Inter cæteras autem prudentium interpretationes, illa fuit omnium iustissima & ad sensum ac rationem legis accommodata, ne pupillis & impuberibus quamuis patribusfamilias testamenti factio cõcessa videretur, quia cùm lex duodecim tabularum supradictis verbis permittat testatori legem facere, vt diximus ad *leg. 1. supr.* Non nisi magno autem certóque iudicio lex fieri possit & debeat, consequens omnino est, vt impuberes ab eo legis beneficio arceantur, tanquam qui per ætatem non possint tanto pollere iudicio quanto opus est ad legem faciendam. Cúmq; primis temporibus ita inualuisset, vt testamenta ciuium Romanorum non nisi in calatis comitiis fieri oporteret, ne dubitari posset quin legis iure ac potestate censeri deberent, conueniens erat, vt nec ad testamentum faciendum eius ætatis ciues admitterentur, cùm ætas illa ignoret etiam illa quæ videt *l. 1. Cod de fals. monet.* nec agendarum rerum causam rationémq; intelligat. *l. more* 8. *& l. sequent. inf de acquir. vel omitt. hered.* Parum enim distat pupillus à furioso, quod ad iudicij defectum attinet, *leg. Fulcinius* 7. §. *planè interdum infr. quib. ex caus. in poss. eat.* nisi quod in pupillo certum est, aut saltem sperari probabiliter potest, ætatem allaturam esse iudicium, quod in furioso diuersum est, vnde etiam fit, vt pupilli iudicium suppleri possit per tutorem, non etiam furiosi per curatorem, ideóque possit omnia pupillus agere tutore authore, furiosus autem curatore authore nihil *leg. in negotiis* 5. *de reg. iur.* Adeo autem pupillis permissum non est facere testamẽtum, vt nec adhiberi in testamento possint testes, quia nec vllis ipsis ad comitia patebat accessus quoties facienda lex erat, vt rogarentur quemadmodum cæteri, an placeret legem ita ferri néne. Ita in hoc veteres omnes prudentes consenserunt, at non æquè in eo, vt scitetur à qua ætate & puberes fieri

BIU Cujas

es fieri & testandi ius nanciscì posse viderentur. Proculiani enim ex anno decimo quarto complebo pubertatem æstimabant, quod in eo anno fieret mutatio per septenarium, nam & infans dicitur qui minor est septem annis *l. si infanti 7. Cod. de iur. deliber.* Sabiniani verò ex habitu potissimum corporis in masculis diiudicari pubertatem volebant, non tamen etiam in fœminis propter sexus verecundiam & publicam honestatem. Sed Proculianorum sententia obtinuit tanquam honestior, quam & Iustinianus noster à se confirmatam gloriatur in *Institit. tit. quib. mod. tut. f.* Qua sententia admissa quę & iam olim magis recepta fuit, vt ex hac lege apparet aliisque innumeris, quæ non minùs decimi quarti anni spatio masculorum pubertatem concludũt quàm fœminarum duodecimi, illa tantùm dubitatio superfuit, an ad testandum decimum quartum annum in masculis & duodecimũ in fœminis compleuisse sufficeret, an verò excessisse oporteret. Placuit autem vt hîc Vlpianus scribit sufficere compleuisse, quoniam nimirum sufficit eum qui testatus est impuberem non fuisse, cùm à testandi beneficio non alij propter ætatem remoueri debuerint quàm qui essent impuberes, non sunt autem impuberes qui annum decimum quartum compleuerunt, licet non sint maiores annis, quatuordecim, quemadmodum dicimus legem Æliam Sentiam non permisisse maiori viginti annis manumittere, sed prohibuisse minori viginti annis ne manumitteret *leg. 1. infr. de manumit.* Vbi ob hanc causam Vlpianus ait eum qui Kalen. Ianuariis natus sit, posse manumittere post sextam noctis horam, pridie Kalendas, quasi annum iam vicesimum cõpleuerit, cùm non possit dici minor viginti annis qui iam diem supremum anni vicesimi. Similiter igitur & in proposito dicendum est, si quis Kalendis Ianuariis natus testamentum fecerit, non solum ipso natalis sui die quarto decimo anno, sed etiam pridie Kalendarum post sextam horam noctis testamentum valere, scilicet non tanquam factum à iam pubere, sed tanquam factum à non impubere. Itaq; habetur hoc casu dies cœptus pro completo, vt alias solet in fauorabilibus, in quibus annus ciuiliter computatur, id est, ad dies trecentos sexaginta quinque, quorum vltimus tantum cœptus sit non exactus, quomodo exactum esse oporteret in anno naturaliter sumpto, non autem de momento in momentum *leg. anniculus 134. de verb. sig. l. qui filium 74. §. 1. infr. ad SC. Trebell.* Contra quàm obseruetur in restitutione in integrum minorum, vbi tempora computanda sunt de momento in momentum *l. 3. §. minorem supr. de minorib.* sed & in honoribus quod magis est, non tantum dies sed etiam annus habetur pro completo, sed hoc constituto iure fauoris causa, vt scriptum est in *l. ad rem publicam 8. infr. de muner. & honor.* Nec tamen possum hoc intelligere quod quidam notant testamentorum annum cœptum haberi pro completo, non enim de primo sed tantum de vltimo die anni decimiquarti Vlpianus hic loquitur.

VI. CAIVS.

QVi in potestate parentis est, testamenti faciendi ius non habet: adeo, vt quamuis pater ei permittat, nihilomagis tamen iure testari possit.

Ad leg. Qui in potestate 6.

RAT. DVB. Filiusfamilias licet sit in patris potestate, habet tamen personam integram cùm habeat caput in ciuitate, nec minus sit ciuis Romanus quàm pater. nam ciuium Romanorum summa diuisio illa est, quod alij sint patresfamilias, alij filiifamilias, aliæ matresfamilias, aliæ filiæfamilias *leg. natu ciuium 4. supr. de stat. hom.* In quo differt filiusfamilias à seruo qui quoniam caput nullum in ciuitate habere intelligitur pro nullo habetur *l. 3. §. vltim. & leg. 4. supr. de capit. minut. l. quod attinet 32. de reg. iur.* Nec minus iure prætorio quàm ciuili *l. qui testamento 20. §. seruus infr. hoc tit. l. nullo modo 7. infr. ad leg. Cornel. de falsi.* adeo vt etiam quadrupedibus æquiparentur in *l. 2. supr. ad leg. Aquil.* Ergo etiam filiofamilias non minus quàm patri permittenda est testandi facultas, tanquam quæ pro ciuibus Romanis inducta fuit: nec dici potest, ideo denegatam fuisse & denegandam: quod filiusfamilias nihil proprium habere possit, *arg. l. verbis legis 110. de verb. oblig. & l. lex Cornelia 28. de vulg. & pupill.* de quo testetur, non magis quàm seruus, cũ omnia acquirat patri, & seruus domino, ita vt ne momento quidem temporis in persona filij consistere intelligatur *l. 1. infr. si à parent. quis manum. sit l. placet 79. infr. de acquir. hered.* Etsi enim verum est potuisse omnia per filium acquiri patri, illud tamen etiam verum est filiũfamilias fuisse acquisitionis capacem quoties nolebat pater sibi per filium acquiri, vt probare soleo ex *l. 4. §. sed & filiusfamilias supr. de edend. l. nec is 13. §. vltim. infr. de acquir. hered. l. cogi 16. §. si pater filio & l. Imperator 50. ad SC. Trebell. l. 1. Cod. qui admitt ad bonor. possess. poss.* Quod diuersum erat in seruo qui nec domino consentiente poterat sibi quicquam acquirere: nisi quod conniuentibus domini oculis peculium suum quasi proprium patrimonium habere credebatur vt Vlpianus loquitur in *l. 4. §. 1. infr. de manum.* Ideóque nimirum acquirebat domino etiam inuito *l. etiam de acquir. rer. dom. l. seruus vetante 62. de verb. ob.* Nisi si quando talis esset acquisitio quæ dominum æri alieno obligare potuisset, cuiusmodi erat acquisitio hereditatis, siue directæ siue fideicommissariæ *leg. qui in aliena 6. de acquir. hered. l. seruo inuito 65. ad SC. Trebell.* Melior enim conditio per seruum fieri poterat, deterior non poterat *l. melior 133. de reg. iur.* At de filiofamilias nihil vnquam tale proditum est, vt inuito patri quicquam acquirat. Cùmque omnia iura ciuium Romanorum in his tribus consistere videantur, vt habeant libertatem, ciuitatem, & familiam, apparet filiofamilias non minùs quam patri, tria ista conuenire: habet enim non modo libertatem & ciuitatem, sed etiam familiam, ita vt filiusfamilias appelletur, non minus quam pater eius paterfamilias, sola adiecta nota patris & filij, vt genitor à genito distinguatur, quomodo eleganter scriptum est in *l. in suis 11. infr. de li. & posth.* vbi addit Paulus filiumfamilias etiam viuente patre, quodammodo esse dominum rerum paternarum, quamuis non habeat liberam earum administrationem, nec appareat dominus nisi mortuo demũ patre, quod Græci δεσπότην dicunt

BIU Cujas

nostri extare, apparere, & existere *l. vlt. §. sin verò perpetuò C. de curat. furios.* Quidni ergo testamenti factionem perinde actiuam habebit acsi esset paterfamilias ? DEC. Testamenti factionem actiuam alius habere non potest, quàm cui à lege duodecim tabularum data est, cùm sit iuris publici *leg. 3. supr. hoc tit.* Atqui lex duodecim tabularum soli patrifamilias testandi facultatem concessit *d. l. verbis legis*, siue quod filiifamilias primis illis temporibus bona nulla regulariter haberent, quamuis habere possent, lex autem non nisi de proprio patrimonio testandi facultatem cuiquã dederit *d. l. verbis legis & l. conficiuntur 8. § si post factũ infr. de iur. codicill.* siue potius, quòd absurdum videretur, filiumf. prius habere ius testandi quã bonorum administrationẽ, quæ scilicet tota est patris quandiu pater viuit *d. l. in suis 11. infr. tit. prox.* Ergo non potest filiusfa. facere testamentum, non quia prohibitum ei sit, sed quia non permissum. Idq; adeò verũ est, vt quamuis hodie filiifam. etiam inuitis parentib. sint capaces acquisitionis bonorum non modò maternorum ex lege Constantini in *l. 1. Cod. de bon. matern.* sed etiam omnium ex lucris nuptialib. prouenientium ex *l. 1. C. de bon. quæ liber.* & aduentitiorum quorumlibet ex Iustiniani constitutionib. in *l. cùm oportet 6. & l. vlt. eod. tit.* nihilomagis tamen de his bonis testari possit. Quam in rem lata est expressa Iustiniani constitutio in *l. penult. C. qui testam. fac. poss.* Ex qua lege apparet quod tandem ab eodem Iustiniano constitutum est fauore filiorumfamilias, quibus aliquid à matre vel auia, aliisve parentib. relictũ est ea lege, vt nullum in ea re pater vsumfructum neque aliud quicquam iuris habeat, possint filijfamilias quoquomodo voluerint de eo disponere, *Nouell. 117. vt lic. matr. & aui. ca. 1.* non ita accipi debere, vt de his bonis testari quoq; filiũfam. possint, sed & alio quouis modo præterquàm testamento. Quod & Accursius noster ad hanc legẽ docet. Testandi namq; facultatẽ ea ipsa constitutione indulgere Iustinianus debuerat, si id agebat, vt legem duodecim tabularum hac parte emendaret. Nec sanè vnquam generales illæ clausulæ sic accipi debẽt, vt etiã testamenti factionem includant, quod ea sit maioris solemnitatis voluntas, de qua nec legislator cogitasse credendus est, nec testator quoq; si fortè cùm codicillos faceret adhibitis omnib. solemnitatib. quæ ad testamentum sufficere poterant, dixerit velle se vt codicilli illi valerẽt iure cuiuscunq; vltimæ voluntatis: valebunt enim iure donationis causa mortis aut fideicommissi, si aliud nihil obstabit, sed nõ iure testamenti, vt Bart. docet ad *l. 1. inf. de iur. codicill.* Planè permissum est filiof. testari de bonis castrẽsibus & quasi castrensib. *l. 1. & tot. tit. infr. de testam. mil. l. vlt. ad SC. Tertyll. l. vlt. C. de inoff. testam.* Non quia sint bona illa in filiifamilias patrimonio, sed quia in iis pro patrefamilias habeatur *l. 2. inf. de SC. Maced.* vt proinde hac parte conueniant ei verba duodecim tabularum, quæ de solo patref. loquuta est. a *Adeò vt quamuis pater ei permittat.* RAT. DVB. Filiusfam. iam olim erat capax acquisitionis volente patre, vt suprà diximus & probauimus. Ergo & volente patre testari potest, præsertim cùm etiam de rebus alienis possit testari, dummodo ex voluntate & consensu domini id faciat, aut si dominus ratum habeat, vt euenit, cùm testator legat rem heredis *l. vnum ex familia 67. §. si rem de leg. 2. l. cum alienam 10. C. de legat.* DEC. Ius publicum priuatorum pactionibus tolli aut immutari non potest *l. ius publicum 38 sup. de pact.* Nec proinde ex arbitrio & voluntate pendet *leg. 1. §. 1. infr. ad SC. Tertyll. l. ordine infr. ad municipal.* Atqui testamenti factio est iuris publici *l. 3. sup.* quia vt docuimus introducta est à lege duodecim tabularum, quæ porrò nõ nisi patrifamilias facultatem dedit. Ergo ex patris arbitrio pẽdere non potest, an filiusf. testari possit, ne alioqui priuatorũ cautiones & voluntates legũ autoritate censeantur, contra *legem vlt. infr. de suis & legit.* non magis quàm sola patris voluntate fieri illud potest, vt filiusf. sit paterfam. Nec enim patria potestas soluitur nisi certis & legitimis modis, de quib. in titulo Institutionum *quib. modis patria potestas soluitur.* Inter quos nõ est nuda patris aut filiifam. voluntas. Tantũ enim erat vinculũ patriæ potestatis, vt nec patre & filio consentientib. dissolui aliter posset, quàm si pater filium ter vendidisset, quod vtiq; facere pro suo iure olim poterat, cùm in eum haberet vitæ & necis potestatẽ *l. in suis 11. infr. tit. prox. l. vlt. C. de pat. potest. & in tit. C. de patrib. qui filios distraxerunt.* Vnde tres illæ imaginariæ venditiones in emancipationib. interuenire solitę, de quib. in *l. vlt. C. de emancip. liber.* Id tamen notat Accurs. filiumfam. quãuis testamentũ facere non possit, ne quidẽ patre permittente, in quo omnes consentiunt, posse tamẽ donare causa mortis si pater velit, ex *l. tam is 25. §. filiusfamil. infr. de mort. caus. donat.* vbi tam apertè hoc scribitur, vt nihil scribi potuerit apertiùs. Mihi tamen in hoc errare interpretes nostri sẽper visi sunt, cùm donatio causa mortis sit species vltimæ volũtatis *l. vlt. C. de mort. caus. donat.* quandoquidẽ donationes causa mortis capiuntur ad instar legatorum *l. Marcellus 15. infr. l. illud 37. eod. illo tit.* nullius autẽ vltimæ voluntatis condendæ potestas data est à lege duodecim tabularum nisi patrifamilias *dict. leg. verbis legis.* Ex quo fieri fatendum est, vt cui non est permissum facere testamentũ, nec licere possit donare causa mortis, quomodo scriptũ est in *l. 1. § 1. inf. de tutel. & rat. distrab.* non magis quã codicillos facere vel aliter fideicommissum relinquere *l. Diui 6. §. codicillos l. 1. § hi quib. de leg. 3.* Longéq; alia ratio est donationis inter viuos, de qua nemo dubitat, quin fieri possit à filiofam. etiã de bonis paternis si pater consentiat *l. filiusf 7. inf. de donat* Quid ergo respondebimus ad *d. l. tam is §. filiusf. de mort. caus. donat.* ? Nimirum intelligendũ illum locũ de donatione quã filiusf. fecit de re ad peculiũ profectiũ pertinente, quam si filiusfam. donet mortis causa patre cõsentiente perinde haberi debeat acsi pater ipse mortis causa filij donasset, quomodo posse illũ donare nõ ambigitur *l. mortis causa filij. eod. tit.* Itaq; eo casu donatio causa mortis cẽsetur quidẽ iure vltimę volũtatis, sed patris nõ filij, adeo vt mortuo quoq; filio, nõ minùs possit pater eã donationem mortis causa reuocare quã si ipse donasset, vt plurib. probauimus in *decad. 43. de error. pragmat.* vbi totã quæstionẽ hãc latius tractauimus. Facitq. valde pro hac nostra sentẽtia quod Vlpi. cuius est *dict. lex tã is* scribit in *l. filiusfam. § pari ratione infr. de donat.* pari ratione prohibitũ esse filiofam. ne mortis causa possit donare, qua prohibitũ ei est ne donet simpliciter & absolutè, nẽpe ne patrisfam. ius lædat, cuius peculiũ profectitiũ est magis quã filij *l. patri 27. supr. de minorib. iuncta l. 3. § sed vtrum. eod.* Quod vtiq; falsũ esset si filio familias prohibitũ esset donare mortis causa, ne decederet cũ vltima voluntate: neq; enim ea ratio donationi simplici & inter viuos factę cõueniret, q̃ toto genere differt à specie qualibet vlt. volũtatis

§. *aliæ*

§. alia Instit. de donat. Communis autem ratio, quæ prohibet, ne filius familias possit donare ex peculio profectitio siue mortis causa siue inter viuos, etiam si liberam ei pater administrationem concesserit, nõ alia est quàm quæ affertur in *d. l. filius familias in pr.* quòd donare sit perdere. Cætera quæ ad hunc tractatum pertinent peti possunt ex *dict. Decad. 43. de error. pragmatic.* Superioribus autem consequens est vt quemadmodum interpretes errant in eo quod volunt posse filium familias donare peculium aduentitiũ causa mortis consentiente patre, ita & in eo errent, quod volunt consensum illum esse necessarium non tam propter præiudicium quod ex illa donatione fit patri quàm ad solemnitatem & validitatem actus, &, vt loquuntur, ad integrandam filij personam, quasi possit pater præstando authoritatem filio donandi causa mortis capacem eum facere decedendi cum hac specie vltimæ voluntatis, qui alioqui capax non esset. Quod certè non ita est. Nam sicuti non potest authoritas patris facere filium familias capacem donandi causa mortis ea specie donationis quæ sit vltima voluntas filij non magis quàm testandi, ita cum filio familias pater consentit, vt mortis causa donet ex peculio profectitio, de quo solo agitur in *dict. leg. filius familias & dict. l. tam is.* fatendum est non alia de causa patris consensum esse necessarium, quàm ne inuito & ignoranti patri fiat iniuria, quæ non fit volenti *leg. in diem 9. §. 1. de aqua & aqu. pluu. arcend.*

1 ¶ Surdus & mutus testamentum facere non possunt. sed si quis post testamentum factum[a] valetudine, aut quolibet alio casu mutus aut surdus esse cœperit: ratum nihilominus permanet testamentum.

Ad §. Surdus.

RAT. DVB. Surdus & mutus non eo minus sunt ciues Romani & patresfamilias. Ergo perinde testamenti factionem actiuam habere possunt atque cæteri quibus lex duodecim tabularum indulsit, cùm neque iudicio careant vt impuberes. Tractamus enim de muto aut surdo pubere.

DEC. Testamenti factio actiua duobus modis intelligi potest, vno modo de ea quæ sit iuris & quidem publici, de qua in *leg. 3. supr.* altero autem de ea quæ magis ex facto quàm ex iure pendeat. Priore sensu habent etiam mutus & surdus testamenti factionem, si nihil nisi legem duodecim tabularum intueare, quæ ciuibus Romanis & patribus familias testari permisit: sed posteriore sensu non habent, non tam propter incapacitatem personæ, quàm propter solemnitates in testamentis adhibendas, quæ in eorum testamentis adhiberi non possunt. Id enim est quod Vlpianus in fragmentis docet, mutum non posse testamentum facere, quia nuncupationis verba proferre non potest, quæ illa erant olim solemnia, Vos Quirites testimonium perhibetote. Surdum verò, quia verba emptoris familiæ, & libripendis exaudire non poterat. Quamuis enim posterior hæc ratio non videatur locum habere potuisse, nisi in testamento quod fieret per æs & libram, quæ fuit vetutissima forma testamentorum, vt monuimus ad *leg. 1. supr.* retentæ tamen sunt pleræque solemnitates ex iis quæ tum inductę fuerant. Nec tamen valdè dissimilis ratio est quam adfert Cuiacius, quod neque mutus accire & rogare testes, neque surdus audire eos testimonium sibi perhibentes potest. Et certè totum ius hoc non tam ex incapacitate personæ, quàm ex defectu solemnitatum proficisci, ex eo apparet, quod & surdus & mutus testari possunt iure militari *l. iure militari 4. infr. de testam. milit. §. quinimo Instit. eod.* Non alia vtique ratione, quàm quia in militum tastamentis nullæ solemnitates requiruntur: non autem quasi ex constitutionibus permissum sit aliis testari iure militari, quàm quibus permissum est à lege duodecim tabularum. Qua de causa Iustinianus in *§. item surdus Instit. quib. non est permiss. fac. testam.* non ait simpliciter interdictam esse muto & surdo testamenti factionem, sed hoc tantum, non semper eos testamentum facere posse, vt intelligamus ad facti potiùs quàm ad iuris impedimentum referri id debere. Quod impedimentum facti attendi non debet cùm de personæ capacitate & incapacitate tractamus, vt omnium apertissimè & elegantissimè probat Paulus in *l. conficiuntur 8. §. codicilli infr. de iur. Codic.* vbi postquam dixit codicillos toties valere quoties testamentum quoque quis facere possit, statim explicat, non tamen hoc ita intelligi debere, vt intelligamus potuisse codicillantem eo tempore quo scribebat codicillos, testamentum facere: (quid enim, inquit, si sufficientium testium facultatem in tempore non habuit?) sed si iure testamenti factionem habuerit. Itaq; idem Iustinianus noster etiam surdo qui non sit mutus, & muto qui non sit etiam surdus si literas sciat, testari permisit in *l. discretis 10. Cod. qui testam. fac. poss.* Retento tamen hoc ex iure vetere, vt qui vtroque morbo simul laborat, id est, vt neque audire neque loqui possit, & hoc à natura habet, non solum testari non possit, sed neque codicillos facere, neque donationem causa mortis celebrate, neque fideicommissum aut libertatem relinquere, mera facti impossibilitate nos ad hoc ius adigente.

a *Sed si quis post testamentum factum.* RAT. DVB. Non aliter valet testamentum quàm si testator testamenti factionem actiuam habeat vtroque tempore & testamenti & mortis, vt diximus ex *leg. 1. §. exigit infr. de bon. poss. sec. tab.* Atqui surdus & mutus testamentum facere non possunt, vt proximè diximus. Ergo nec quod ante fecerint valere potest, si postea valetudine aut quo alio casu testator mutus aut surdus esse cœpit.

DEC. Testamenti factio actiua duobus quidem illis temporib. requiritur, testamenti & mortis, sed ea tantum quæ iuris sit, non quæ facti. Atqui mutus & surdus non tam iuris, quàm facti impedimento prohibentur ne testari possint, vt probauimus. Ergo non minus eorum testamenta rata esse debent, quod postea testandi facultatem de facto amiserint. Alioqui omnia hominum testamẽta irrita fierent, cùm vix quisquam sit qui non incipiat esse mutus & surdus eo instanti quo moritur. Certè nemo est, qui eo mortis instanti testamentum possit condere, quod nec sanus homo eo instanti facere posse. In eóque videtur erasse Cuiacius, qui existi-

BIU Cujas

mauit sufficere, vt testator factionem actiuam habuerit tempore testamenti, nō etiam tempore mortis, confundens nimirum testamenti factionem actiuam quæ sit iuris, cum eā quæ sit facti: itémque factionem testamenti quæ sit iuris & à capacitate personæ pendeat, cum ea quæ sit quidem iuris, sed tamen non tam à persona quàm à solemnitatibus impediatur. nam ad personæ capacitatem hæc tantum tria requiri videntur, vt testator sit paterfamilias & sui iuris, & iudicium habeat. Quæ tria certè duobus illis temporibus requiruntur: cætera pertinent ad solemnitates quæ vbi semel interuenerūt, eo tempore quo testamentum condebatur, nihil necesse est, vt mortis quoque tempore interuenire possint, vt constat ex hoc § *& ex dict. leg.* 1. §. *si quis autem, de bonor. poss. sec. tab.* Nec meliùs idem Cuiac. cùm ab ea propositione, quam ille nobiscum admittit, vt testatorem oporteat & patrēfamilias esse & sui iuris vtroque tempore & testamenti & mortis Excipe casum legis Corneliæ de captiuis, ex qua lege confirmantur testamenta eorum qui apud hostes decesserunt *l. lege Cornelia* 12. *hoc tit.* cùm tamen nec patresfamilias nec sui iuris moriantur qui capti ab hostibus & eorum serui decedunt: non enim confirmantur eorum testamenta tanquam captiuorum, & inspecto eo statu quo & ciuitatem & libertatem amiserunt, sed tanquam ciuium Romanorum qui in ipso instanti captiuitatis decesserint. Coniungit enim lex Cornelia instans mortis cum instanti captiuitatis *leg. iusto errore* 44. §. *vltim. infr. de vsucap.* sicut & fictio postliminij instans captiuitatis cum instanti reditus, vt totius temporis quo quis apud hostes fuit, memoria obliteretur. Denique lex Cornelia in confirmandis captiuorum testamentis eius duntaxat personam testatoris demonstrauit qui testamenti factionem habuisset, vt Papinianus ait in *l. pater* 10. §. 1. *infr. de capt. & postlim.* Nam nec alia testamenta confirmauit quàm quæ à ciue Romano facta essent in ciuitate ante captiuitatem. Neque huic versiculo contrarium est quod iactari solet, irrita fieri ea quæ ad illum casum peruenerunt à quo incipere non potuerint *l. quia in eum casum* 16. *supr. ad leg. Aquil. l. existimo* 98. *de verb. obl.* Nam præter id quod ea regula non omnibus prudentibus placuit, maximè autem Papiniano, vt constat ex *l. verbis legati* 5. *infr. ad leg. Falcid.* §. *ex contrario* 14. *Inst. de leg.* illud sanè constat non fuisse regulam illam perpetuam ne quidem apud eos qui eam approbarūt, vt constat ex *leg. in ambiguis* 85. §. 1. *de reg. iur.* quæ est Pauli *iuncta l. debitor* 82. quæ eiusdem quoq; Pauli est *de leg.* 2. *l. plurib.* 140. § *vltim. de verb. ob.* Nec enim habere locum debere in iis quæ statum suum perfectum & vtilem aliquando habuerunt, apparet ex legibus suprà citatis: nam & vulgare verbum est, multa durare facta quæ fieri prohibentur *leg. patre furioso* 8. *supr. de his qui sui vel alien. iur. sunt.*

7. ÆMILIVS MACER. lib. 1. ad legem vicensimam hereditarium.

SI mutus aut surdus, vt liceret sibi testamentum facere, à principe impetrauerit: valet eius testamentum.

Ad leg. Si mutus 7.

RAT. DVB. Rescripta Principis contra ius elicita nullius sunt momenti *leg. vltim. & tot. tit. Cod. si contra ius vel vtil. publ.* præsertim verò si priuatam legem faciant & à lege publica ac communi abhorrentem: fuit enim vetus illa lex duodecim tabularum, *Priuilegia ne irroganto.* vt scilicet ciues intelligerent publicis legibus viuendum sibi esse, non priuatis, nam nec ipsi Principes dedignantur profiteri se, quamuis legibus soluti sint, legibus tamen velle viuere *leg. princeps* 31. *supr. de legib. l. digna vox Cod. eod.* Hoc verò si vsurpari vnquam verè potest, maximè locum habere debet, cùm de factione testamenti agitur: nec enim decet Romanum Principem qui iura tuetur, totam obseruationem testamentorum tam multis vigiliis excogitatam euertere, *leg. si quando* 25. *in princ. Cod. de inoff. testam.* Atqui non potest muto vel surdo cōcedi factio testamenti, quin testamentorum solemnitates euertantur, cum non alia ratione nō sit iis permissum testari, quàm quia testamentorū solemnitates adhibere non possunt, vt scripsimus ad legem præcedentem. Ergo nec à principe impetrari potest, vt mutus vel surdus testamentum faciat.

DEC. Princeps non tantùm legibus solutus est, sed etiam supra leges constitutus per legem regiam, quæ omne ius populi omnémque potestatem principi & in principem transtulit *leg. 1. supr. de constit. princip.* Est igitur in potestate & arbitrio principis, vt leges ciuiles & quicquid per eas inductum est, tollat & abroget siue generali constitutione id facere velit, siue per priuilegium certæ personæ concessum, quam non egrediatur *dict. leg. 1. & 2. de constit. princip.* Nam si quod Principi placuit legis habet vigorem, vt scriptum est in *dict. leg. 1.* consequens est, vt quemadmodum lex quantumuis iusta per contrariam legem abrogari potest, ita & possit per constitutionem principis. Ergo nec dubitandum est quin liceat principi factionem testamenti & muto & surdo concedere, quemadmodum & permittere potest patrifamilias, vt filiofamilias muto quamuis puberi facere testamentum possit quasi pupillare *leg. ex facto* 43. *infr. de vulg. & pupill.* itémque vt fœmina tutrix esse possit, quamuis tutela sit officium virile *leg. vltim. infr. de tutel.* & vt possit adrogare, quamuis fœminæ non habeant liberos in potestate *l. mulieres* 5. *Cod. de adopt.* Nec aliud in testamentis obtinet. Quamuis enim non sit credendus in dubio princeps velle omnes testamentorum solemnitates euertere, si quando det alicui liberam testandi facultatem, quæ species est *dictæ leg. si quando.* potest tamen quoties vult & quas vult solemnitates remittere, cùm sint omnes iuris ciuilis, si alia rescripti principalis & priuilegij interpretatio fieri non possit *leg. etiam* 3. §. 1. *infr. de bon. libert.* Porrò cùm princeps permittit muto vel surdo testamentum facere ex priuilegio, non alium sensum habere priuilegium potest, quàm vt eæ testamentorum solemnitates remissæ intelligantur, quæ in huiusmodi personarum testamentis adhiberi non possunt, quoniam alioqui priuilegium esse inutile. Idque apparet euidentius in testamentis militum quibus permissum est ex generali priuilegio militibus concesso, vt quamuis muti sint & surdi, nihilominus testari possint iure militari, nulla

alia

BIU Cujas

alia speciali permissione impetrata *leg. iure militari 4. infr. de milit. testam.* Adeò autem verum est posse principem testandi priuilegium muto vel surdo dare, vt placeat interpretibus, etiam ius quod alicui iam quæsitum sit per actus ciuiles tollere, non etiam illud quod sit quæsitum ex iure gentium: sic enim nostri distinguunt ad *dict. leg. vltim. Cod. si contra ius vel vtil. pub.* nec malè, quia non sicut princeps est supra ius ciuile, ita etiam supra ius gentium, quod & naturale est, constitutus videri potest. Atqui totum ius testamentorum siue quantum ad facultatem ipsam testandi siue quantum ad solemnitates totum est ex lege duodecim tabularum & ex adhibita prudentum ad eam interpretatione *l. verbis legis 120. de verb. sig.* Ergo multò magis permittendum est surdo vel muto, vt testandi ius vel facultatem impetret à principe antequam in his bonis ius vllum alteri sit quæsitum, facilius siquidem est vt iuri quærendo, quàm vt quæsito derogetur. Sed hoc tamen quod in hac lege IC. scribit de muto & surdo, de eo certè accipiendum est, qui mutus tantum sit aut tantum surdus, non etiam de eo qui & mutus simul & surdus sit à natura. Hunc enim nec generalis ipsa Iustiniani constitutio testamenti faciendi capacem reddere potuit in *l. discretis 10. Cod. qui testam. fac. poss.* Certum enim est priuilegia principum non aliter valere posse, quàm si & ius & naturam recipiant, vt de confessionibus in iure factis scribit Iauolenus in *leg. si is cuius 14 supr. de interrog. in iur. fac.* & Paulus in *l. confessionib. 13. eod.* Cæterum eo quoque casu quo princeps muto vel surdo testamenti factionem dederit, sic tamen intelligi priuilegium oportebit, vt extra eas solemnitates quas adhibere mutus vel surdus non potest, cæteræ adhibendæ sint, quæ non minus à muto & surdo quàm ab aliis testatoribus adhiberi possunt, qualis illa est, vt heredem illum instituant cum quo sit testamenti factio passiua, aut suum heredem si quem habeant in potestate, vt bene hîc Accursius notat: non enim alias solemnitates remisisse princeps credendus est, quàm quas à muto vel surdo adhiberi impossibile est.

8. CAIVS libro 17. ad Edictum Prouinciale.

EIus, qui apud hostes est, testamentum, quod ibi fecit, non valet, quamuis redierit.

Ad leg. Eius qui apud 8.

RAT. DVB. Fictio postliminij facit, vt ciuis Romanus captus ab hostibus si postea quandocunque redeat, semper in ciuitate fuisse intelligatur *l. retro creditur 16. infr. de capt. & postlim.* adeo vt & ipse etiam quod magis est, ipsius seruus institui heres possit *l. illa institutio 32. §. 1. inf. de hered. instit.* vbi dicitur hãc fictionem facere, vt iura omnia ciuitatis in captiui personam non abrumpantur, sed in suspenso retineantur. Vnde est quod eleganter Papinianus eam vocat suspensi iuris constitutionem in *l. penult. infr. de suis & legit.* Ergo & testamentum quod apud hostes fecit, conualescere debet perinde ac si in ciuitate factum esset.

RAT. DECID. Quisquis est seruus siue iure gentium, siue ciuili incapax est faciendi testamenti, quia lex 12. tabul. ciuibus tantum hoc permisit & quidem iis qui sui iuris essent non alieni *l. verbis legis 120. de verbor. signific. l. 1. D. ad l. Falcid.* Atqui ciuis Romanus captus ab hostibus fit seruus hostium §. *seruus autem & seqq. Instit. de iur. person. l. 4. & 5. de iustit. & iur.* & quidẽ iure gentium quod nulla ciuili lege tolli potest. Ergo non potest eo tempore testamenti factionem habere non magis quàm si nunquam liber aut numquam ciuis Romanus factus fuisset, cùm testamenti factio sit iuris publici *l. 3. supr.* cuius omnino incapaces sunt serui *l. qui testamento 20. & l. nullo modo 7. infr. de leg. Cornel. de falsi. l. quod attinet 32. de R. I.* nec coniungitur cum instanti captiuitatis *l. iusto 44. §. vlt. infr. de vsucap.* ita vt toto illo tempore quo ciuis Romanus apud hostes fuit, ne quidem in hominum natura fuisse existimetur, ac proinde testamentum quod ibi factum est, à mortuo factum videatur: delet enim fictio postliminij totam memoriam captiuitatis & consequenter totius illius temporis quo captiuitas durauit. Et hæc vera est ratio huius legis, non quam affert Accursius, quod ciuis Romanus factus hostium seruus propter captiuitatem, nihil proprium habere possit. Etsi enim verum est eum qui bona nulla habet nec habere potest, testari non posse *l. lex Cornelia 28. infr. de vulg. & pupill.* non est tamen bona & germana ratio, cùm fieri possit, vt quis bona aliqua possit habere, & tamen conditione personæ suæ impediatur ne testari possit, quemadmodum in filiofamilias diximus ad *leg. qui in potestate 6 supr.* Cúmque seruus ideo nihil habere possit, quia seruus est, debet ex persona non ex bonis ipsius peti ratio huius iuris. Et verò fieri potest, vt qui captus est ab hostibus, licet interim verè seruus sit hostium, non idcirco tamen sine bonis moriatur. nam si apud hostes decedat, fingitur mortuus prima hora captiuitatis, & fictione legis Corneliæ. atque ita & bona & heredem habere poterit *l. lege Cornelia 12. infr.* Neque tamen eo magis testamentum ipsius valebit, tanquam factum ab eo qui retro fingatur iam mortuus. Et longè alia ratio est captiui huius qui ab alio ciue Romano institutus sit heres durante captiuitate. Nam si redeat ab hostibus, valebit institutio, & ex ea poterit adire hereditatem propter ius postliminij, nec poterit videri institutus homo mortuus, quia, quod dicimus, totum illud tempus quo captiuitas durauit, deleri per fictionem postliminij, ad ea pertinet quæ ab ipso captiuo gesta sunt in captiuitate, non quæ ab aliis fauore captiui in ciuitate: nam fictio postliminij quæ ad istos in ciuitate manentes non pertinet, facere non potest vt ea quę ab iis facta sunt, pro infectis habeantur. Illud magis mirum est quod Triphoninus scribit in *leg. in bello 12. §. codicilli infr. de capt. & postlim.* valere codicillos quos captiuus apud hostes fecerit si confirmati sint testamento quod in ciuitate factum sit ante captiuitatem. Quomodo enim valere possunt si facti sint in captiuitate & eo tẽpore quo is qui fecit, habebatur pro mortuo? Sed præter id quod Triphoninus supradicto loco fatetur, magis hoc ex humanitate quàm ex ratione iuris dici, cum non possint valere codicilli ab eo facti qui testamenti factionem eo tempore

BIU Cujas

iure non habuit *l. conficiuntur* 8. § *codicilli infr. de iur. codicill.* Dici etiam potest codicillorum testamento confirmatorum singulare ius esse, vt quæcunque in iis scripta sunt, perinde habeantur ac si in testamento scripta essent *l.* 2. § *codicillorum eod.* Ita enim fit vt quamuis apud hostes facti sint, eodem tamen iure censeri debeant ac si facti essent in ciuitate vbi factum est testamentum. Adeo autem verum est, hũc qui ab hostibus captus est, testamentum facere nõ posse, vt nec quod fecerit valere possit iure militari *l. facere* 10. *infr. de testam. milit.* quia nec miles esse potest qui seruus est. Planè si testamentum aliquod in ciuitate fecerat is qui postea ab hostibus captus est, valebit vtique testamentum, siue testator ab hostibus redierit, siue apud eos decesserit §. *vltim. Instit. quib. non est permiss. facer. testam.* quia si redierit, confirmatur iure postliminij: si autem apud hostes decesserit, confirmatur authoritate legis Corneliæ de captiuis, quòd priore casu testamentum quod per maximam capitis diminutionem interciderat, potestate fictionis postliminij redintegretur, nec vnquam irritum factum esse videatur, quasi captiuus nunquam captiuus fuerit, sed semper in ciuitate manserit, posteriore autem casu fingatur testator per legem Corneliam mortuus ciuis Romanus & in instanti captiuitatis *dict. leg lege Cornelia infr.*

1 ¶ Si cui aqua & igni interdictum sit: eius nec illud testamentum valet, quod antè fecit, nec id, quod postea. bona quoque, quæ tunc habuit, cum damnaretur, publicabuntur: aut si non videantur lucrosa[a], creditoribus concedentur. ¶ In insulam deportati in eadem causa sunt. ¶ Sed relegati in insulam, & quibus terra Italica & sua prouincia interdicitur, testamenti faciendi ius retinent. ¶ Hi verò, qui ad ferrum, aut ad bestias, aut in metallum damnantur, libertatem perdunt, bonáque eorum publicantur. vnde apparet, amittere eos testamenti factionem.

Ad §. 1. Si cui aqua, & seqq.

RAT. DVB. Is cui aqua & igni interdictum est, quamuis patiatur mediam & minimam capitis diminutionem, quarum vna in amissione ciuitatis, altera in amissione familiæ consistit *Instit. de cap. dimin.* maximam tamen non patitur, quia retinet libertatem, & quod magis est, remanet capax acquirendi ex omnib. contractibus qui sunt iuris gentiũ *l. deportatus* 15. *infr. de interd. & releg.* quamuis ab eo tempore testamentum facere non possit, quia ciuis Romanus esse desiit: videtur tamen testamentum quod antè fecerat, valere debere, cùm eo tempore capax fuisset faciendi testamenti, exemplo eius quod Vlpian. scribit in *l. is cui* 18. *infr. hoc tit.* eum cui lege bonis interdictum est, testamentum quidem facere non posse, & si fecerit, iure ipso non valere, sed tantum si quod interdictione vetustius habuerit, hoc valiturum, quemadmodum & iam diximus *ad leg. qui in potestate* 6 § 1. *supr.* surdum quidem & mutum testamentum facere non posse, sed tantum si quod antea fecerint valere debere.

RAT. DECID. Non potest valere testamentum ab eo factum qui non habuerit testamenti factionem actiuam vtroque tempore & testamenti & mortis, vt diximus ad *l.* 6. § *surdus supr. ex l.* 1. § *exigit infr. de bonor. possess. secundum tabulas.* Atqui is cui aqua & igni interdictum est, licet libertatem retinuerit, cùm tantùm ciuitatem amiserit, testamenti factionem iure habere non potest, quia iuris publici est & propria ciuium Romanorum. Ergo non solùm testamentum facere non potest, sed nec illud valere quod antè fecerit. Omnia enim testamenta quocumque tempore facta sint, sic haberi debent ac si hora ipsa mortis facta essent. Parum ergo est quod quis testamentum fecerit eo tempore quo facere potuit, si ante mortem testamenti factionem illam actiuam quæ iuris non facti est, amiserit. Longéque diuersa ratio est muti vel surdi qui testamentum facere non tam prohibentur propter incapacitatem personæ, quàm impediuntur ob id quòd necessarias testamentorum solemnitates adhibere non possint, vt diximus ad *d.* §. Quod autem ad prodigum pertinet cui bonis interdictum est à lege, habet ille casus propriam rationem nec insubtilem, quòd interdictio siue legis, siue prætoris extinguatur eo instanti quo prodigus moritur, quia & eo instanti prodigus esse desinit, cùm exinde alienare nihil possit: neque enim alienatio fieri potest in instanti. Proinde factionem testamenti quam ob interdictionem amiserat, recuperat eo ipso instanti mortis. Et quamuis non possit eo instanti facere testamentum de facto, quia testamentum in instanti fieri non potest, sufficit tamen ad validitatem testamenti quod ante interdictionem factum est, vt testandi capacitatem, quæ tota iuris non facti est, recuperet. Eadémque ratio furiosi est, quæ prodigi, vt dicemus ad *leg. filiusfamilias* 16. *& seq. infr.* Obseruandum autem hunc §. licet de eo loquatur cui aqua & igni interdictum est, ad eum tamen quoque pertinere, qui deportatus est. Sublata enim fuit iampridem aquæ & ignis interdictio, & in eius locum substituta deportatio *leg.* 20. §. 1. *infr. de pœn.* Idque est quod in hoc §. subiicitur in insulam deportatos in eadem causa esse, vt neque testamentum facere possint, neque valere quod antè fecerint cũ æquè sint, id est, ἄπολιδες. i. extorres nec testamenti faciendi ius habeant *l.* 1. § *si quib. & seq. de leg.* 3. *l.* 3 *ad l. Iul. pecul.* Item & bona eorum quæ tunc habuerant cùm damnarentur, publicentur, id est, ad fiscum & ad publicum redigantur, non tamen illa etiam quæ postea acquisierint ex aliquo contractu & alio modo qui sit iuris gentium *dict. leg. deportatus*, vbi dicitur posse deportatum emere, vendere, locare, conducere, permutare, fœnus exercere, & postea quæsita pignori dare, nisi in fraudem fisci qui ei successurus est, ea obliger. Sed tamen non eo magis de his bonis postea quæsitis testari deportatus potest. Nã & ea post mortem deportati publicantur *l.* 2. *C. de bon. proscript. l. cum ratio* 7. § *vlt. infr. de*

BIU Cujas

infr. de bonis damn. Ex quo tamen tanto apertiùs intelligimus quàm verum sit quod suprà diximus quoties quæritur, an aliquis iure testari possit, non tam inspiciendum esse an bona habeat, quàm vtrum personam legitimam, quam lex faciat capacem testandi.

a *Aut si non videantur lucrosa.* RAT. DVB. Secundùm naturam est cuiusque rei commoda eum sequi quem sequuntur incommoda *l. secundùm naturam* 10. *de* R.I. *l. si id quod* 7. §. 1. *supr. de peric. & commod. rei vendit.* At qui bona deportati aut eius cui aqua & igni interdictum est si lucrosa sint, ad fiscum pertinent. Ergo & si damnosa fuerint, ad eum pertinere debent vt cogatur omnibus damnati creditoribus satisfacere.

RAT. DECID. Non dicuntur bona nisi quæ supersunt deducto ære alieno *l. subsignatum* 39. §. 1. *de verb. signif. l. non possunt* 11. *de iur. fisc.* Ergo si bona non sint soluendo, nihil est quod ad fiscum peruenire possit. Idque conueniens est edicto prætoris quo iubet prætor ita bona vænire si ex iis fisco nihil acquiri possit, id est, si soluendo non sint, vt contra Labeonem Callistratus disputat in *l.* 1. §. *an bona eod. tit. de iur. fisc.* Neque enim bona fisco deferuntur, tanquam hereditas aut successio aliqua quæ diuidi certè non posset, sed tanquam bona vacantia quæ nullius esse creduntur, cùm alium dominum nullum habeant, vt in *l. habere licere* 57. *supr. de euict. l.* 1. §. *idem Pomponius quærit si apud te* 14. *sup. depos.* Sanè quod sequitur in vers. *In insulam deportati in eadem causa sunt*, malè Accursius noster restringit ad bona deportati, debet enim referri primùm & præcipuè ad personas deportatorum, vt in eadem causa sint, in qua & illi quibus aqua & igni interdictum est, id est, vt testamenti faciendi ius non habeant, vt suprà explicauimus. Alia ratio est relegatorũ in insulam & eorũ quib. terra Italica & sua prouincia interdictum est, quos faciendi testamenti ius retinere Caius subiungit. Quod intellige cũ Accursio siue in perpetuum siue ad tempus sint relegati, cùm non modò libertatem retineant, sed etiam ciuitatem, adeóque bona sua omnia si non eis per sententiam relegationis adempta sint *l. relegatorum* 10. §. *siue ad tempus infr. de interd. & releg. l. deportatorum* 8 *Cod. de pœn.* Etsi autem quod hîc dicitur de publicandis bonis deportatorum, correctum videtur per *Nouell.* 134. *vt nulli iudicum cap. vltim.* §. *quia verò nos oportet in fin.* quæ confiscationis pœnam sustulit, illud tantum incorrectum mansit, quòd testamenti factionem non habent, vt bene Accursius hîc notat. Idémque iuris multo magis est in illis de quibus Caius hic subiicit qui ad ferrum, aut ad bestias aut in metallum damnantur: hi enim omnes statim post sententiam, & ciuitatem & libertatem amittunt vt & cæteri quotquot vltimo supplicio damnantur *l. qui vltimo* 29. *infr. de pœn.* Etsi autẽ Iustinianus hoc quoque emendauit *Nouell.* 22. *de nupt. cap.* 8. *quod autem* vbi constituit vt nemo bene natus hodie ex supplicio fiat seruus pœnæ. *Auth. sed hodie*, quæ inde sumpta est *Cod. de donat. inter vir. & vxor.* hoc tantum remansit ex iure vetere vt testari huiusmodi personæ non possint. Sufficit enim ad impediendam testamenti factionem non modò actiuam, sed etiam passiuam vt ciuitatem amittant quamuis libertatem retineant *dict. leg. sunt quidam* 17. *in princip. de pœn. leg. si quis à latronibus* 13. *hoc tit. l. si quis filio* 6. §. *irritum infr. de iniust. rupt. & irrit. fact. testam.* Idem ergo iuris est de iis qui damnati sunt ad bestias aut ad ferrum aut ad metallum aut ad gladium de quibus in *l. quamuis* 32. *C. ad leg. Iul. de adulter. l. quicumque* 8. *infr. de leg. Cornel. de falsi. l. sacrilegij* 6. *in princip. & §. vltim. infr. ad l. Iul. pecul.*

9. VLPIANVS libro 45. ad Edictum.

SI quis post accusationem in custodia fuerit defunctus indemnatus: testamentum eius valebit.

Ad l. Si quis post 9.

RAT. DVBIT. Qui de statu suo incertus est, testamentum facere non potest, siue dubitet siue erret, *l. de statu suo* 15. *hoc tit.* At qui is qui accusatus est de crimine, vel sanguinis vel seruitutis, vel deportationis pœnam ingerente, & ex ea causa iam in carceres & custodiam coniectus est, nõ potest non dubitare de suo statu, quamuis nondum sit condemnatus, cum in eo sit, vt aliquam ex supradictis pœnis pati possit, quarum minima testamenti factionem adimat, secundùm ea quæ ad l. proximè præcedentem scripsimus. Ergo interea testamenti factionem habere non potest.

RAT. DECID. Qui de innocentia sua certus est, de statu suo non dubitat, quamuis ex euentu condemnari per iniuriam iudicis possit *l. cum falsum* 46. *infr. de acquir. hered.* Quis enim erit innocens si sufficiat accusare, vt ille dicebat? Ergo non potest sola accusatio testamenti factionem adimere ei qui pendente accusatione & ante accusationem decessit. Sola enim sententia hoc facere potest, non accusatio *leg. infamem* 7. *infr. de public. iud. d. l. si quis filio* 6. §. *eius qui vers. proinde infr. de iniust. rupt.* Quare nec si adsint certissimæ criminis probationes aliud erit, quia necdum sententia lata est, & fieri posset, vt nocens etiamsi viueret, absolueretur, cùm & in dubio melius sit nocentem absoluere quàm innocentem damnare *l. absentem* 5. *infr. de pœn.* Idque adeo verum est, vt etiamsi condẽnatus quis fuerit, si tamen à condemnatione appellauerit & pendente appellatione decesserit, testari nihilominus possit *l. qui à latronibus* 13. §. 1. *hoc tit.* nimirum quia appellatio extinguit rem iudicatam & reducit causam ad terminos litis contestatæ *l. furti* 6. §. 1 *supr. de iis qui not. infam. l.* 1. §. *vltim. infr. ad SC. Turpil.* Idemque est si quis condemnatus sit illicitè & non ritè, puta ab incompetente iudice, cùm sententia eum non tenuerit licet ab eo non prouocauerit qui nec prouocare habuit necesse *dict. leg. si quis filio* §. *quod si quis de iniust. rupt.* Excipiendi tamen sunt quidam casus. Primus est, si accusatus mortem sibi consciuerit *dict. vers. proinde & l. defunctis* 5. *Cod. si reus vel accus. mort. fuerit.* nam hoc ipso quòd mortem sibi consciuit, intestabilem se fecit *leg.* 2. *&* 3. *& tot. tit. infr. de bon. eor. qui ante sentent. mort. sib. consciu.* Item qui reus est criminis læsæ maiestatis *leg. donationes* 31. §. *vltim. infr. de donat.* Licet is locus non de testamento loquatur, sed de donatione, vt & *lex post contractum* 15. *eod. tit.* quam & ad propositum nostrum

BIU Cujas

Accursius noster adduxit, & cuius tamen longè alia sententia & ratio est, vt *lib. 7. ca. 20.* coniecturarũ explicauimus. Sed satis est in hanc rem adferre quod Modestinus scribit in *leg. ex iudiciorum 20. infr. de accusat.* vbi ait crimina repetundarum & læsæ maiestatis etiam mortuis reis, cum quibus nondum actum sit, adhuc contra eorum heredes exerceri posse, & ex quo quis aliquod ex his causis crimen contraxerit, nihil eum ex bonis suis alienare, at nec seruos suos manumittere posse, quod in aliis criminibus diuersum est, ex quibus necesse est litem esse contestatam cum defuncto, vt contra heredem persequi accusationem quis possit. Iunge *legem reo criminis 41. infr. de solut. & leg. vltim. infr. ad l. Iul. maiest.*

10. PAVLVS libro 3. Sententiarum.

QVi manus amisit, testamentum facere potest, quamuis scribere non possit.

Ad l. Qui manus 10.

RAT. DVB. Cùm duo sint testamentorum genera, quorum vnum in scriptis dicitur, alterum nuncupatiuum, de quo dicemus in *leg. heredes palam 21. infr. hoc tit.* certum est testamentum in scriptis ita appellatum, quod scripturam omnimodo exigat, nec sit contentum nuncupatione heredis quomodo nuncupatiuum, à quo differt in hoc maximè, quòd quamuis testamenta nuncupatiua scribi possint & hodie ferè semper scribantur ad futuram rei gestæ memoriam, nunquam tamen ex scriptura vim & essentiam suam capiunt, sed tantùm probationem vt in *leg. 4. supr. de fid. instrum. & leg. contrahitur 4. supr. de pignor.* At testamenta in scriptis non tantum probationem, sed etiam substantiam ipsam capiunt à scriptura eáque perfecta & completa, *leg. ex ea scriptura 29. infr hoc tit.* Atqui is qui manus amisit, testamentum scribere non potest, adeóque nec nomen ipsum heredis ex cuius institutione potissimum testamentum vires accipit. Ergo videtur testamentum in scriptis facere non posse, de quo tamen testamenti genere non solùm hæc lex accipienda est, sed etiam cæteræ omnes quotquot de testamentis loquuntur nisi de nuncupatiuo expressim tractent, adeò erant olim frequentia testamenta in scriptis, perrara autem ea quæ fiebant per nuncupationem, & quæ magis propria videbantur militum quàm paganorum, siue quod plerique testatores ac ferè omnes cupiant secretas esse & manere supremas suas voluntates, quòd facto per nuncupationem testamento esse non potest, siue quòd facilius sit, vt intercidant probationes testamenti nuncupatiui quàm in scriptis mortuo fortè vno ex testibus, cùm in testamento in scriptis signa testium etiam mortuorum manere & recognosci sufficiat, vt dicemus ad *tit. quemadm. testam. aper.*

DECID. Etiam cùm fit testamentum in scriptis licet sit scriptura necessaria, non tamen necesse est vt testator literas sciat & ipse manu sua scribat, sed sufficit, vt aliena manu testamentum scribatur adeóque ab alio etiam quàm ab ipso testatore dictetur, vt constat ex *leg. dictantibus 22. Cod. de testam.* Primúsque Iustinianus fuit qui constituit, vt testatori necesse sit nomen heredis propria manu scribere, aut si non possit propria saltem voce nuncupare tum quoque cùm in scriptis testatur *leg. iubemus 29. eod. tit.* Quod tamen quia nimis incommodum esse tandem apparuit & pleraque testamenta in scriptis ex eo corruebant, idem ipse Iustinianus posteà correxit. *Nouell. 119. vt sponsaliția largitas cap. 9. quia verò*, vnde sumpta est Authentic. *& non obseruato eo Cod. de testam.* restituto scilicet iure vetere quo sufficiebat vt testator vel per se vel per alium nomina heredum scriberet, qua de causa inductum olim fuerat ex SC. Liboniano ne iis qui aliorum testamenta scriberent, liceret quicquam sibi adscribere sub pœna falsi, non solum quod ad hereditatem pertineret, sed nec quantum ad legatum vel fideicommissum aliúdve quidlibet *leg. si quis legatum 6. l. Diuus Claudius 15. & pass. infr. de l. Cornel. de fals. l. 1. & tot. tit. Cod. de iis qui sibi adscribunt.* Ergo nihil vetat etiam eum qui manus amisit, testamentum facere etiam in scriptis. Nam quin per nuncupationem testari possit dubitatio minor aut potius nulla est, cùm ad eius essentiam scriptura nullomodo requiratur, nec integritas corporis, sed tantùm integritas mentis in eo qui testatur necessaria sit *leg. 2. supr. hoc tit.*

11. VLPIANVS libro 10. ad Sabinum.

OBsides testari non possunt, nisi eis permittatur.

Ad leg. Obsides 11.

RAT. DVBIT. Obsides dati hostibus à populo Romano non desinunt esse ciues Romani neque fiunt serui hostium, nec enim capti sunt ab hostibus licet sint apud hostes: magis enim sunt pro Republica quàm contra Remp. Ergo testamenti faciendi ius amittere non debent.

DECID. Ius testamenti faciendi non omnibus ciuibus Romanis datum est à lege 12. tabular. sed tantum iis qui essent sui iuris & suæ potestatis, vt videre est in filiis familias qui licet ciues Romani sint, quia tamen sui iuris non sunt, sed in patria potestate testamenta facere non possunt *leg. qui in potestate 6. hoc tit.* Atqui obsides dati à populo Romano sunt in potestate hostium licet ciues Romani esse non desinant, ideóque & eorum bona in fiscum rediguntur sicut & captiuorum, nisi à principe vsum togæ Romanæ impetrauerint & apud hostes sic egerint quasi ciues Romani, quo casu retinẽt iura omnia & priuilegia ciuitatis *l. Diuus Cõmodus 31. & seq. inf. de iur. fisc.* vt scilicet possint heredes instituí & habeãt testamẽti factionẽ passiuam, non tamen actiuam, cùm sint apud hostes ex *l. eius qui 8. in princip. supr. hoc tit.* Ergo generaliter verum est obsides etiam à populo Romano datos testamenti faciendi

BIU Cujas

faciendi ius nõ habere. Nam quod pertinet ad obsides populo Romano daros ab hostibus, de quib. quoque hanc legem intelligi posse interpretes nostri volunt, alia ratio est quæ impedit ne testari possint, nempè quia licet sint Romæ, ciues tamen Romani non sunt, sed hostes ciuitatis. Plane vt habeant obsides testamenti factionem etiam passiuam, impetrandum est necessariò à principe, cuius in eam rem voluntas vel expressa esse debet vel tacita, puta concessio vsu togæ vt in *dict. leg. 32. de iur. fisc.* In quo mirum est deteriorem esse conditionem obsidum quàm captiuorum qui nullo principis beneficio indigent, vt heredes instituí à ciuibus Romanis possint, quamuis deterioris conditionis sint quàm obsides in eo quòd sunt serui hostium. Sed dicendum est hoc contingere, quia ciues Romani capti ab hostibus habent duplex priuilegium & beneficium fictionis, aut legis Corneliæ aut postliminij, cuius fictionis beneficio id consequuntur, vt siue apud hostes decedant, siue ab hostibus in ciuitatem redeant, nunquam in hostium potestate fuisse videantur, proinde nihil prohibet, quin medio tempore instituí possint in ciuitate, dummodo ab hostibus redeant, aut instituti fuerint ante captiuitatem. At ij qui obsides sunt apud hostes, neutram fictionem habent neque legis Corneliæ neque postliminij, cùm non sint serui hostium nec capti ab hostibus. Indigent ergo beneficio principis, vt obtineant ex priuilegio quod iure communi habere non possunt. Neque tamen consequens est, vt testamenti factionem actiuam iis concedere princeps possit, vt apud hostes testari possint sit velint. Etsi enim princeps Romanus est supra leges populi Romani, nullam tamen penitus habet potestatem in eos qui in hostium potestate sunt non magis quàm in hostes ipsos nisi quam virtute bellica possit exercere. Cùm autem concedit testamenti factionem passiuam non tam obsidi qui apud hostes est, ius dicit, quàm ciui Romano in fauorẽ obsidis testaturo. Cuiacius tamen hanc legem intelligit de solis obsidibus datis populo Romano, & qui Romæ bona habeant quæ in fiscum redigi possint vt captiuorum, atque ita etiam intelligendam esse legem *Diuus* cum *leg. seq.* Quod si quis velit admittere, tanto facilior erit huius legis sententia & interpretatio, neque ego valdè repugnabo.

12. IVLIANVS libr. 42. Digestorum.

LEge Cornelia testamenta eorum, qui in hostium potestate decesserunt, perinde confirmantur, ac si hi, qui ea fecissent, in hostium potestatem non peruenissent: & hereditas ex his eodem modo ad vnumquemque pertinet[a]. Quare seruus heres scriptus ab eo, qui in hostium potestate decesserit: & liber & hæres erit, seu velit, seu nolit: licet minùs propriè necessarius hæres dicatur. Nam & filius eius, qui in hostium potestate decessit, inuitus hæreditati obligatur: quamuis suus hæres dici non possit, qui in potestate morientis non fuit.

Ad l. Lege Corneliæ 12.

RAT. DVBIT. Lex 12. tabularum illa est per quam & testamenta confirmantur, & testamentariæ hereditates non minùs quàm legitimæ successiones *l. lege conuenire 130. infr. de verb. signif.* Ergo nihil fuit necesse induci per legem Corneliam de captiuis, vt testamenta eorum qui apud hostes decessissent, confirmarentur.

DECID. Ad alios pertinet lex 12. tabularum, ad alios verò lex Cornelia. Illa enim pertinet ad ciues Romanos tantùm, hæc verò ad captiuos, qui proinde cum ab hostibus capti sint, & iure gentium serui eorum effecti ciues esse procul dubio desierunt. Ideóque cùm eorum testamenta confirmari per legem 12. tabularum non possent, necessarium fuit auxilium legis Corneliæ ad tollendum impedimentum seruitutis inducta fictione, vt ciuis Romanus captus ab hostibus & apud eos defunctus, nihilominus ciuis Romanus & in ciuitate decessisse retro fingeretur comiuncto instanti mortis cum instanti captiuitatis, vt ait lex *iusto errore 44. §. vltim. infr. de vsucap.* Idque adeo verum est, vt si huic captiuo filius nascatur in ciuitate post patris captiuitatem, licet patre adhuc apud hostes viuo, habendus sit pro posthumo ac si post patris mortẽ natus esset. Vnde & posthumus Cornelianus appellatur de quo in *l. qui vxorem 15.* vbi dicemus *infr. de iniust. rupt. & irrit. fact. testam.* Est autem hæc fictio tota ciuilis cùm à lege ciuili sit inducta: in eóq; differt inter cætera à fictione postliminij quæ iuris gentium constitutio est, *leg. postliminium 19. infr. de capt. & postlim.* quæ in contrarium casum induxit, vt ciuis Romanus quandocunque reuersus ab hostibus, semper retro in ciuitate fuisse videatur *dict. leg. postliminium & l. retro 16. & pass. eod. tit.* Erant autem hæ duæ fictiones inductæ ex magna ratione & vtilitate Reip. ne ciues Romani deterrerentur à subeundis militiæ periculis & laboribus metu amittendæ libertatis & ciuitatis quã habebant vita ipsa chariorem, vt pluribus à nobis tractatum est in iurisprudentiæ Papinianeæ scientia ad *tit. quib. mod. ius patriæ potestatis tollit. & ad l. eius 8. supr. hoc tit.* Ideo autem visum est legi Corneliæ satis esse si instans mortis cũ instanti captiuitatis iungeretur, quod ita fiat, vt captus ab hostibus ciuis Romanus decessisse existimetur, quia iam captus non capitur, sed is demum qui captus non est. Itaque instans captiuitatis computatur libertati, quemadmodum instans mortis tribuitur vitæ, non morti, quia nec mortuus quisquam moritur non viuus *leg. qui duos 18. §. 1. infr. de manumiss. test. leg. vltim. de condic. instit.* Sequitur in hac lege

a *Et hereditas ex his eodem modo ad vnumquemque pertinet.* Sensus est, post legem Corneliam de captiuorum testamentis confirmandis pertinere hereditatem testamentariam captiui ad vnumquemque heredem ad quem pertinuisset si captiuus ille in ci-

BIU Cujas

uitate decessisset, & quidem eodem modo, id est, eadem heredis qualitate seruata, vt qui mortuo in ciuitate testatore futurus ei erat suus heres & necessarius vt filius, vel necessarius tantùm vt seruus, vel voluntarius duntaxat vt extraneus heres institutus, idem talis remaneat illo etiam casu quo testamentum lege Cornelia confirmatum sit: nihil enim aliud fecit lex Cornelia, nisi quod captiuorum testamenta & hereditates quæ per legem 12. tabularum confirmari non poterant, confirmauit, vt modò diximus: sed in eorum hereditate & condicione nihil immutauit, quin nec immutare necesse fuit reddita captiuo ciuitate. Atque ita bene hunc locum explicat Cuiacius, ac multo meliùs quàm Accursius qui hæc verba refert ad agnatum & cognatum, cùm tamen hæc lex non nisi de testamentariis hereditatibus loquatur, quamuis verum sit hereditates quoque legitimas captiuorum non minùs quàm testamentarias confirmari *leg. 1. in princip. infr. de suis & legit.* Idque est quod Iulianus hîc iungit, seruum heredem scriptum ab eo qui in hostium potestate decesserit liberũ & heredem fore, siue velit, siue nolit, quamuis non possit verè dici heres necessarius qui in testatoris morientis potestate nõ fuit: nõ enim aliũ in sua potestate habere potest qui non est ipse suæ potestatis *l. sic eueniet 21. infr. ad leg. Iuliam de adulter.* In potestate hostium autem est testator captiuus, qui & eorum seruus est *l. 3. §. 1. infr. de verb. signif.* vbi additur nec hereditatem aliquam dici posse huius captiui, quippe qui nec personam nec caput habeat in ciuitate si rei veritatem inspicimus. Ob eámque nimirum causam necesse fuit induci fictionem legis Corneliæ, vt & hereditatem facere posset & heredem quomodo scriptum est in *leg. filiusfamilias 18. infr. ad leg. falcid.* Eadémque ratio facit, vt nec filius captiui verè & propriè dici possit ei suus heres & necessarius, quia suus heres is demum dicitur qui in potestate est, primúmque in familia quod ad causam succedendi attinet, gradum & locum obtinet *l. scripto 7. infr. vnd. liber.* aliàs *si testam. tab null. ext. vnd. liber. l si filiusfamilias 33. infr. de testam. milit.* Pater autem captus ab hostibus neque potestatem habet in filium neque familiam, quia seruus reuera est, & tamen quamuis propriè non sit suus heres & necessarius, eodem tamen modo succedit patri per legem Corneliam ac si suus heres esset & necessarius, ita vt etiam inuitus & ignorans hereditati paternæ obligetur neque vlla indigeat aditione non magis quã si pater in ciuitate decessisset *leg. 1. §. si qui sunt in potestate infr. si quis omiss. caus. testam. leg. in suis 14. infr. de suis & legit.* Cùm ergo dicimus eos, qui captiui testamento heredis instituti sunt, succedere eodem iure quo succederent si testator captus non fuisset ad effectum duntaxat, vt diximus, non etiam ad vim & potestatem iuris pertinet.

13 MARTIANVS libro 4. Institutionum.

QVi à latronibus capti sunt, cùm liberi manent, possunt facere testamentum. ¶ Item qui apud exteros legatione funguntur [a], possunt facere testamentum.

Ad l. Qui à latronibus 13.

RAT. DVB. Qui à latronibus & piratis capti sunt, in eorum à quibus capti sunt potestate esse videntur. Atqui is qui suæ potestatis non est, testari non potest, vt ex iis apparet quæ suprà diximus. Ergo nec ei qui à latronibus aut piratis captus est, testamenti factio competere potest.

DEC. Non eo minùs & liberi & ciues Romani manent qui à latronibus aut piratis capti sunt, vt in hac lege scriptum est & in *leg. postliminium 19. §. à piratis infr. de capt. & postlim.* Et quamuis sint in latronum aut piratarum potestate, non est tamen ea potestas legitima siue gentium iure siue ciuili, cùm ius ciuile nullam agnoscat nisi patriam potestatem & dominicam in eos qui serui facti sunt iure ciuili: ius autem gentium nullam nisi dominicam, quæ per captiuitatem in bello acquisita est à victoribus in victos & captos. Hostes autem non sunt nisi quibus à populo Romano bellum publicè indictum & decretum est *l. hostes ij sunt 118. de verb. signif.* vel qui populo Romano bellum priores decreuerunt *leg. hostes sunt 24. de capt. & postlimin.* cæteri verò latrunculi dicuntur vel prædones, quorum scelera legibus non bello vindicanda sunt. Ergo testamenti factionem nullus amittit ob id quod à latronibus, prædonib. aut piratis captus sit. Planè si incertus sit is qui captiuus est, an à latronib. an ab hostib. captus sit, testamentum facere non poterit, sed noua ratione quia de statu suo dubitat & incertus est *leg. in princ. infr. de legg. 3. & legg. duab. proximè seqq. hoc tit.* Caue tamẽ ne rationem quæ hîc ponitur in illis verbis, *Cum liberi maneant* sic intelligas quasi sufficiat quem liberum esse, vt testamenti factionem actiuam habeat. Nam ea ratione etiam filiusfamilias testari posset quod falsum est *leg. qui in potestate 6. supr. hoc tit. l. tam is 25. §. filiusfamilias de mort. caus. donat.* Itémque deportatus qui amissa licet ciuitate retinet tamen libertatem, vt diximus ad *leg. eius qui 8. §. 1. vt sup.* Sed ita supplenda est hæc ratio, vt qui à latronibus capti sunt, ideo testari possint quòd & liberi maneant, & ciues & sui iuris. Videbantur enim omnia ista amisisse exemplo eorum qui capti sunt ab hostibus. Si quando tamen contingat, vt bellum publicum etiam piratis aut latronib. inducere necesse sit, vt olim decretum aliquando fuit aduersus Spartacum à Pompeio tandẽ deuictum, vix est vt non eodem iure censeri ob bellum debeat, quo bella cætera, vt qui in eo capti sunt, indigeant duplici illa fictione & legis Corneliæ, & postliminij de qua diximus ad *l. præcedentem.* Iam enim hostes ij sunt non latrones tantùm aut piratæ.

a *Item qui apud exteros legatione funguntur.* RAT. DVB. Qui apud exteros eósque hostes populi Romani legatione funguntur, parum distant à captiuis, cùm ipsorum vita quoque sit in hostium potestate. Ergo non videtur relinquenda eis testamenti factio.

DEC. Iure gentium ita comparatum est, vt legati omnes sancti esse credantur, siue ad hostes missi sint siue iis iam in legatione constitutis bellum cœperit *leg. vltim. infr. de legation.* Proinde cùm & liberi & ciues Romani & sui iuris maneãt, nihil causæ est cur testari etiam apud hostes non possint, necsi

BIU Cujas

Nec si de facto ab hostibus capti sint, aliud erit. cùm capi non potuerint nec debuerint, vt bene notat hîc Accursius ex *dict. leg. final.* Quod enim iure fieri non potest, id nec absolutè fieri posse credendum est *leg. filius 15. infr. de condic. instit.*

1 ¶ Si quis in capitali crimine damnatus appellauerit, & medio tempore pendente appellatione fecerit testamentum, & ita decesserit: valet eius testamentum.

Ad §. 1. Si quis in capitali.

RAT. DVBIT. Qui capitali crimine damnatus est ad vltimum puta supplicium, hoc ipso amittit libertatem, fitque seruus pœnæ inspecto iure Pandectarum, ideóque nec testari potest *l. eius qui* 8. §. *vltim.* vbi diximus *supr. hoc tit. ex l. qui vltimo. 29. infr. de pœnis.* Ergo etiam si ab ea sententia appellauerit, non ideo tamen testamenti factionem, quam amiserat, recuperare videri potest, cùm non sit habenda ratio appellationis, quam frustrationis tantùm gratia interpositam esse postea apparuit *l. 41. in princip. infr. de vsurp.* & ad impediendam duntaxat iudicati executionem, vt à plerisque condemnatis fieri solet *leg. si quis filio 6. §. quid tamen in fin. infr. de iniust. rupt.* maximè verò cùm vix fieri possit, vt non de statu suo dubitet & incertus sit is qui à condemnatione capitali prouocauit propter incertum iudicij euentum *leg. quod debetur 51. sup. de pecul. l. posthumus 6. §. 1. de inoffic. testam.* Qui autem de statu suo dubitat, testamentum interim facere non potest, vt suprà diximus *ex leg. prox. & seq. infr. dict. leg. 1. de leg. 3.*

DEC. Appellatio non tantum suspendit, sed etiam extinguit iudicatum *leg. furti 6. §. 1. supr. de iis qui not. infam. leg. 1. §. vltim. infr. ad SC. Turpill.* Ergo capitis diminutio maxima, quæ per sententiam capitalem interuenisse videbatur, beneficio appellationis rescinditur, & condemnatus in eo statu quo ante condemnationem fuerat, retinetur. Nec idcirco videtur de conditione sua statúque dubitare, cùm de sua innocentia certus esse possit *dict. §. quid tamen & leg. cum falsum 46. infr. de acquir. hered.* Planè si tale crimen proponatur ex quo memoria appellantis etiam post eius mortem condemnari possit, vt euenit in criminibus læsæ maiestatis, repetundarum, peculatûs, & de residuis *leg. vltim. inf. ad l. Iul. pecul. §. per contrarium 5. Instit. de hered. quæ ab intest. defer. l. donationes 31. §. 1. infr. de donat. l. ex iudiciorum 20. infr. de accusat.* & condemnatio contra eum secuta sit in causa appellationis, certum erit testamentum eius valere non posse, vt bene hîc Accursius notat, addens alium casum quem nos nec prætermisimus ad *leg. si quis 9. supr. hoc tit.* si accusatus ex conscientia criminis mortem sibi consciuerit *dict. leg. si quis filio 6. §. eius qui 7. de iniust. rupt. l. 1. inf. de bon. eor. qui ante sentent. mort. sib. consc. leg. 2. qui testam. facer. poss.* Extra hos casus testamentum pendente appellatione factum valet omnimodo, si appellans ita decesserit, vt hæc lex loquitur, id est, pendente appellatione, quippe ex qua ferri sententia contra iam defunctum amplius non possit, ratione scilicet pœnæ capitalis, quæ regulariter finitur morte, nec vmquam transire in heredem potest *leg. si pœna 21. infr. de pœn.* Si per sententiam à qua prouocatum est, bona specialiter condemnato adempta sint, etiam post mortem ipsius ferri sententia ex appellatione poterit ratione bonorum *leg. vltim. Cod. si reus vel accus. mortuus fuerit leg. vltim. infr. ad leg. Iul. pecul.* cum post litem contestatam pœnæ omnes pecuniariæ contra heredem transeant *leg. constitutionis 33. infr. de oblig. & action.* Appellatio autem non extinguit litis contestationem, sed sententiam duntaxat, quia reducit rem ad terminos litis contestatæ non contestandę. Sed hoc ita si de bonis principaliter quæratur, non autem in consequentiam duntaxat criminis, quomodo eleganter distinguitur in *l. 3 Cod. si mors pend. lit. interu. & dict. leg. vltim. ad leg. Iul. pecul. leg. vnic. versic. nã si ademptis. infr. si pendent. appell. mors interuen.* Interim ergo testamentũ non valebit, nec erit in pendenti, quomodo putat Accursius, quousque de bonis pronunciatum sit, nec si bona omnia per sententiam adempta sint, quia eo casu bona heredibus adimentur, vt scriptum est in *dict. l. 3. Cod. si pend. appell. mors interu.* non autem testatori de cuius crimine post ipsius mortem amplius non quæretur. Ita fiet, vt is qui heres reuera fuit, heres esse desinat vt in *dict. §. per contrarium l. institutione 31. infr. de vulg. & pupill substit.* non autem vt non semper verum sit & testamentum valuisse, & heredem illum ex eo testamento fuisse, quomodo subtiliter Bartolus contra Accursium disputat. Si pars tantùm bonorum adempta fuerit, tanto certius erit testamentum valere etiam iuxta opinionem Accursij, quoniam in ea parte bonorum quæ adempta non fuerit, testamentum vires suas habere & exerere poterit. Generale autem est vt in quæstionibus capitalium criminum qui nominati & delati sunt, non tantùm libertatem & ciuitatem retineant quandiu finita causa nõ est, sed etiam pristinam dignitatem, quamuis ad nouos honores interim admittendi non sint *leg. libertus licet §. in quæstionibus infr. ad municip.* Quod certè obtinet etiam in eo qui iam damnatus est si modò prouocauerit, quia necdum damnatus videtur *dict. l. 2. §. vltim. infr. de pœn.* Iunge *l. vlt. infr. de requir. reis l. 2. Cod. de dignit.*

14. PAVLVS libro 2. Regularum.

QVi testamento domini manumissus est, si ignoret dominum decessisse, aditámque esse eius hæreditatem: testamentum facere non potest, licet iam paterfamilias, & sui iuris est. nam qui incertus de statu suo est, certam legem testamento dicere non potest.

Ad leg. Qui in testamento 14.

RAT. DVB. Seruus qui ex domini sui testamento libertatem directam accepit, factus est & liber & ciuis Romanus & sui iuris statim atque ex eo testamento adita fuit hereditas, licet aditam heredi-

BIU Cujas

tatem ignorauerit: competit enim libertas directa ipso iure statim ab instanti aditæ hereditatis *tot.tit. de manumiss. testam.* Et quemadmodum cætera acquiruntur legatariis etiam ignorantibus tam citò quàm hereditas ipsa heredi *leg. legatum* 80. *de leg.* 2. *l. à Titio* 64. *infr. de furt.* ita & multo magis libertates directæ quæ cæteris omnibus legatis sunt fauorabiliores *l. cum pater* 77. §. *cum existimaret de leg.* 2. nec vbi semel competierunt, retractari vnquam possunt §. *si is qui Inst. de eo cui libert. cauf. bon. addi.* Ergo si faciat testamentum antequam rescierit hereditatem domini sui aditam esse, non eo minùs testamentum valere debet, cum non eo minùs liber sit & ciuis Romanus quòd se liberum & ciuem Romanum esse nesciat. Est namque hic casus ex eorum numero, in quibus plus valere debet quod in veritate est quàm quod in opinione §. *si quis rem suam* 11. *Instit. de leg. l.* 2. §. *si à pupillo infr. pro empt.*

RAT. DECID. Quisquis facit testamentum, facit legem, vt diximus ad *l.* 1. *supr. hoc tit.* Lex autem semper certa esse debet *l.* 2. *infr. de iur. & fact. ignor.* cùm sit virorum prudentum consultũ *l.* 13. *sup. de leg.* Atqui quisquis de suo statu dubitat & incerus est, certam legem de bonis suis dicere non potest. Ergò nec testamentum facere, vt scriptum est in *leg. proximè sequenti*, quæ cum hac ita coniungenda est, vt huius rationem cõtinere videatur. Porrò de statu suo incertus est quisquis dubitat, an liber sit & ciuis Romanus, an seruus, licet reuera sit & liber & ciuis Romanus. Dubitat autem is qui ex domini testamento liber institutus est, licèt hoc ipsum sciat quandiu nescit an adita sit necne domini hereditas, quia non sicut cæterorum legatorum purè relictorum dies cedit à morte testatoris *l.* 1. *& tot. tit. quand. dies leg. cedat. infr. & Cod. eod.* ita & libertatis purè relictæ dies statim cedit, sed ab adita demum hereditate *l. nam cum libertas* 8. *infr. eod. illo tit. quand. dies legat. cedat l. vnica* §. *in nouiss. iunct.* §. *libertatibus C. de caduc. toll.* Et ratio diuersitatis est, quia licèt libertates cæteris legatis pecuniariis sint fauorabiliores, vt diximus, ob hoc ipsum tamen necesse est eas esse deterioris hac parte condicionis, quia, cùm ex quo semel cõpetierunt, numquam reuocari possint *d.* §. *is qui l.* 1. 2. *& 3. Cod. si aduers. libert.* euenire, vt si à die mortis competerent, nec tamen postea hereditas adiretur, nihilominus saluæ manerent, quod esset contra iuris regulam, quæ non patitur, vt nulla adita ex testamento hereditate quidquam valeat eorum omnium quæ testamento data sunt *l. si nemo* 9. *supr. de testam. tutel. l. si nemo subiit* 181. *de regul. iur. l. generaliter* 24. §. *ex testamento* 11. *infr. de fideicom. libert. l. ea quam* 14. *Cod. de fideicom.* Ergo quandiu seruus hic testamento domini manumissus ignorat, an hereditas adita sit necne, quamuis sciat & datam sibi libertatem & dominum mortuum, necesse tamen est dubitet, an liber iam sit, an adhuc seruus, ac proinde, vt de suo statu incertus sit. Aditio enim hereditatis illa est, per quam omnis defuncti voluntas rata cõstituitur & testamentum irreuocabiliter confirmatur *l. si patroni* 55. §. *qui fideicommissam infr. ad SC. Trebell.* Consequens igitur est, vt testamentum interim facere non possit. In iis enim quæ in animo consistunt & scientiam certam exigunt, plus valet quod in opinione est quàm quod in veritate *l. is qui putat* 15. *inf. de acquir. hered. Authent. sed hodie Cod. de repud.* tametsi non requiramus scientiam aditæ hereditatis vt dies libertatis cedat, sed vt se liberum esse seruus sciat *leg.* 3. §. 1. *infr. de fideicomm. libert.* Excipi tamen solet ab Interpretibus miles, qui si testatus sit nesciens fortè patrem suum decessisse, qui reuera decesserat, nec proinde, an filiusfamilias sit, an sui iuris, vtiliter tamen testatus esse videbitur, sed quod ad bona castrensia duntaxat, non quantum ad paterna *l. ex militari* 11. §. *vlt. cum duab. seqq. inf. de testam. milit.* Nempe quia quod ad bona castrensia pertinet, non fuit hic filius familias incertus de iure suo, neq; errans, cùm sciret se, siue pater siue filiusfamilias esset, ius habere testandi de castrensibus, tanquam in quibus paterfamilias esse censeatur *l.* 2. *supr. ad SC. Maced.* Idem iuris est in veterano *l. Aristo* 9 *infr. de iur. codicill.* iunge *l.* 2. §. *penult. infr. vnd. legit. l.* 1. *in princip. de leg.* 3. Sic & de statu suo certus esse debet quisquis vult adire sibi delatam hereditatem *dict. l. is qui putat* 15. *cum duabus sequent. l. heres institit.* 32. *infr. de acquir. hered.* sicut & qui hereditatem repudiare vult aut legatum *l. in repudianda* 23. *eod. tit.*

15. VLPIANVS libro 12. ad Edictum.

DE statu suo dubitantes vel errantes, testamentum facere non possunt, vt Diuus Pius rescripsit.

Ad l. De statu suo 15.

Hæc lex continet rationem legis præcedentis: lex autem præcedens rationem huius rationis. Nam si quæramus, cur seruus, qui libertatem accepit ex testamento domini, cuius tamen hereditatem nescit esse aditam, testari non possit, ratio alia adferri non potest, quàm quia de statu suo dubitet: de statu autem suo dubitantes facere testamentũ non possunt. Sed si pergamus quærere, cur de suo statu dubitantes facere testamentum non possint, petenda erit ratio ex eo quod scriptum est in lege præcedenti, testatorem quemlibet non nisi certo iudicio testari debere, certum autem esse non posse iudicium eius qui de suo statu incertus est. Possunt autem varij esse casus in quibus de suo statu quis dubitet & variæ causæ incertitudinis quas hìc Iacobus Cuiacius congerit, puta si quis incertus sit an hostes an latrones sint ij à quibus captus est, vt in *l.* 1. *in princip. de legat.* 3. aut si filiusfamilias paganus dubitet an pater eius decesserit, nécne: sic enim incertus est an sui iuris sit an alieni. Item qui testamento domini liber factus necdum tamen scit aditam fuisse illius hereditatem vt in *l. praced.* Item filius eius qui apud hostes est, de quo nesciri potest an apud hostes moriturus sit, an ab iis rediturus *l. penult. infr. de suis & legit. l. illa institutio* 32. §. 1. *infr. de hered. instit. l.* 2. §. *vltim. infr. vnd. legit.* Quot autem sunt casus incertitudinis, tot possunt esse errores, si is qui testari vult, credat rem aliter se habere quàm se habeat, puta decessisse patrem, qui adhuc viuat, aut rediisse ab hostibus eum qui apud eos mortuus sit. Item si quis relegatus putet se ex ea causa ciuitatem amisisse, quæ tamen non nisi per maximam

& me-

BIU Cujas

& mediam capitis diminutionem amittitur. Miror verò Iacobū Cuiacium addere alium casum de filio emancipato, cuius emancipatio tacita aliqua conditione suspendatur: nam cùm emancipatio sit actus legitimus, certum est eam fieri non posse sub conditione vlla siue expressa siue tacita *l. actus legitimi 77. de regul. iur.* quia nimirum lex nihil facit sub condicione, sicut nec natura, quam imitari lex solet in omnibus quantum facere potest. Quænam autem differentia sit inter dubitantem, errantem, ignorantem & nescientem, satis apertè hîc explicat Accursius.

16. POMPONIVS libro singulari Regularum.

FIliusfamilias, & seruus alienus, & posthumus, & surdus testamenti factionem habere dicuntur. licet enim testamentum facere non possunt, attamen ex testamēto sibi vel aliis acquirere possunt. ¶ *Marcellus notat:* furiosus quoque testamenti factionem habet, licet testamentum facere non possit. ideo autem testamenti factionem habet, quia potest sibi adquirere legatum vel fideicommissum. nam etiam compotibus mentis personales actiones vel ignorantibus adquiruntur.

Ad l. Filiusfamilias 16.

RAT. DVB. Is demum testamenti factionem habet qui & ciuis Romanus & sui iuris est, & iudicium habet ad testandum *l. qui in potestate 6.* vbi diximus *in princ. & §. 1. sup. hoc tit.* Atqui nec filiusfamilias nec seruus est sui iuris, posthumus verò licet & sit ciuis Romanus & sui iuris, tamē iudicio caret, surdus verò vel mutus testamenti solemnitates adhibere non potest. Ergo & testamenti factionem habere huiusmodi personæ non possunt.

DECID. Duplex testamenti factio. Actiua vna, passiua altera. Et actiuam quidem supradictæ personæ non habent, sed passiuam, vt scilicet & hereditates & legata, & fideicommissa illis relinqui possint, sed tamen cum aliqua distinctione. Nam filiusfamilias quidem & posthumus & surdus testamenti factionem habent ex propria persona cùm sint ciues Romani, seruus autem alienus non habet nisi ex persona domini, cum sit iuri ciuili & Prætorio omnino incognitus *l. non minus 31. in princip. infr. de hered. instit.* Quod autem is dicit de posthumo, intelligе de posthumo suo non de alieno. Posthumus enim suus instituі olim poterat, alienus verò nō poterat *l. placet 4. & l. Gallus 29.* vbi dicemus *inf. tit. prox.* quamuis hodie possit ex Iustiniani institutione *§. posthumo instit. de legat.* Superiorib. similis est furiosus vt ex Marcelli ad Pomponium nota hîc subiicitur. Etsi enim furiosus testamentum facere non potest, quia iudicio caret, vt diximus ad *l. 2. sup.* & dicemus ad *l. prox. infr. hoc tit.* testamenti tamen factionem passiuam habet, vt scilicet acquirere sibi possit legatum vel fideicōmissum, & si quid aliud est quod acquiri possit ignoranti. Iuris enim regula est, ex quibus causis homini sano & ignoranti acquiritur, ex iisdem etiam à furioso acquiri posse *l. si à furioso 24.* quæ est eiusdem Pōponij *lib. singular. regular. infr. de oblig. & act.* Atqui legata & fideicōmissa omnia etiam ignorantibus nobis acquiruntur *l. cum pater 77. §. surdo de legat. 2. l. magis puto 5. §. fundum supr. de reb. eor. qui sub tutel. vel cur. sunt l. si partem 19. supr. quem adm. seruit. amitt. l. legatum 80. de leg. 2. l. à Titio 64. de furtis.* Quidni ergo etiam furioso acquirentur? non enim potest deterioris conditionis esse furiosus, quàm vt pro absente & omnino ignorante habeatur *l. vbi non voce 124. §. 1. de regul. iur.* Alia igitur est ratio hereditatis quæ nemini vmquam ignoranti acquiritur non magis quàm inuito, sed scienti tantùm, & volenti extra causam necessariorum heredum quos lex inuitos hereditati obstringit, siue hereditarij tantum sint siue sui & necessarij *Instit. tit. de hered qual. & differ.* Et ratio diuersitatis euidens est, quia hereditas æri alieno obligat *l. qui in aliena 6. infr. de acquir. hered. l. non enim 38. infr. ad Trebell.* & potest esse damnosa, legatum verò & fideicommissum non item *l. hereditatem 32. supr. mandat. l. 4. infr. ad SC. Trebell. l. nec emere 16. Cod. de iur. deliber.* Hoc tamen Cuiacius concoquere non potest, vt legatum & fideicommissum etiam ignoranti acquiratur: & quod supradictis locis ita scriptum legimus, sic interpretatur, vt ad actiones personales quę pro legatis & fideicommissis competunt, restringi id debeat, non autem extēdi ad acquisitionem dominij rerum legatarum vel fideicommissarum, quasi non malè dici possit acquisitum alicui id esse cuius habendi gratia actionem sibi acquisiuerit ex *l. is quī actionem 15. de regul. iur.* Mouetur autem in hanc sententiam vir doctissimus Cuiacius, primùm ex hoc textu, qui de personalibus tantum actionibus disertè loquitur, ad differētiam, vt ille putat, realium quæ non nisi domino competūt. Item ex eo quòd si legatum vel fideicommissum acquirèretur ignoranti, consequēs esset, vt ab eo postea repudiari nō possit, cùm post acquisitionem non nisi sera possit esse repudiatio *l. 1. §. decretalis inf. de succes. edict. l. Titia cum testamento 34. §. Lucia Titia de leg. 2.* Sed quod ad hanc posteriorē rationē pertinet, errat in eo Cuiacius, quòd non distinguit duplicem acquisitionem legati, quam tamen Bartolus bene vidit, & de qua diximus ad *l. 1. supr. hoc tit.* vnam reuocabilem quæ fit sola legis potestate sine vlla voluntate factóve hominis, alteram irreuocabilem, quæ impedit & excludit repudiandi facultatem de qua in *l. ei qui ita 13 infr. de condic. instit.* quæ fit interueniente voluntate legatarij legatum agnoscentis. Nam vbi semel agnouit, certum est eum repudiare amplius non posse. Ante agnitionem verò adeo potest repudiare, vt si repudiet, numquam acquisitum legatum ei fuisse videatur *l. si tibi homo 86. §. cum seruus iunct. l. legatarius 38. §. 1. de leg. 1. l. quædam 15. infr. de reb. dub.* Lex enim defert quidem inuito non tantum legatum & fideicommissum, sed etiam hereditatem: sed tamen numquam acquirit inuito extra causam necessariorum heredum, vt diximus. Itaque non est bona consecutio illa qua vtitur Cuiacius, vt legatum non acquiratur ignoranti, quod ab eo postea

BIU Cujas

repudiari possit: nihil enim cõcludit hæc ratio, nisi quòd pertinet ad actionem irreuocabilem. Cæterùm ignoranti acquiri etiam legatum, id est, dominium rei legatæ ex eo apparet, quod si per vindicationem legatum sit (de hoc enim solo legato loquimur, non de eo quod per damnationem aut sinendi modo fuerit relictum.) potest legatarius fundum vindicare etiam non expectata heredis voluntate, dummodo adita sit hereditas, vt Caius scribit in Institutionibus *tit. de leg.* vindicatio enim cùm in rem actio sit non competit nisi domino *l. in rem 23. & pass. sup de rei vind.* & ei qui rem suam possit dicere *l. Quintus 27. §. argento. infr. de aur. & arg. l.* Item ex eo quòd si legatarius etiam ignorans datum sibi legatum decesserit, transmittit ad heredem non tantum actionem personalem ex testamento, sed etiam vindicationem rei legatæ, tanquam cuius dominium in legatarij hereditate inuenerit *arg. d. l. legatarius 38. in princip. de leg 1.* neque enim legatarij heres legatarius est. Quod verò idem Cuiacius obiicit ex hac lege, quæ de actionibus tantum personalib. loquitur, deceptus videtur mendosa huius loci lectione, quam sic restituendam esse semper credidi, vt pro verbo *personalis*, legamus *person.* id est, *personis tales*, vt generaliter possit lex intelligi de omnibus actionibus quæ pro legato competunt tam realibus quàm personalibus: nam & præcedentia illa *compotibus mentis* requirebant adiectionem dictionis *personis*, nec loquebatur Marcellus de personalibus actionibus legatorum aut fideicommissorum, sed de legatis ipsis & fideicommissis, quibus nominibus significantur res ipsæ per legatum aut per fideicommissum relictæ vt in *d. l. à Titio 64. in fin.* non autem actiones siue personales siue reales, earum rerum nomine competentes, de quo tamen vide quæ scripsi plurib. *lib. 8. Coniecturarum cap. 19.* Quod tamen hîc scriptũ est de fideicommissis, intellige de singularibus quæ fere per omnia iam erant exæquata legatis *l. 1. de leg. 1.* præsertim verò quantum ad deductionem Falcidiæ, vt Cuiacius bene interpretatus est. hodie verò omnino in omnibus per Iustiniani constitutionem in *l. 1. C. comm. de leg.* non autem de fideicommissis vniuersalibus quorum scilicet dominium non potest acquiri fideicommissario vniuersali, nequidem bonitarium, nisi facta demum hereditatis fideicõmissariæ restitutione *l. facta 63. in princ. infr. ad SC. Trebell.* Quamquam fatendum est, nec dominium rerum singularium per fideicommissum relictarum transferri in fideicommissarũ olim potuisse, cùm fideicommissa essent iuri & legibus incognita, nec nisi prætoris, qui ob eam causam fideicommissarius dicebatur, tuitione subsisterent *Instit. de codicill. in princip.* adeo, vt nec facta per heredem traditione, dominium tamen quiritiarium transire posset ad fideicommissarium *l. 3. supr. si vsufruct. pet.* sed tantùm bonitarium de quo solo accipienda procul dubio est lex *Herennius 42. infr. de vsur.* quamuis traditio esset vnus ex modis sex acquirendi iure Quiritiũ dominij, vt Vlpian. refert in *fragm. tit. 20 de dom. & acquis. rer.* Quia hoc nõ de qualibet traditione intelligi debet, sed de ea tantũ quæ non sit nuda, id est, quæ causam aliquam habeat & quidem iustam iure nimirum ciuili cognitam & approbatam *l. numquam nuda traditio 31. infr. de acquir. rer. domin.* Cuiusmodi non est, vt diximus, causa fideicommissi. Cæterum in furioso alia & specialior ratio est propter quam non potest ei acquiri hereditas fideicommissaria, vt neque directa, nempe quòd ex eius acquisitione obligaretur æri alieno, cùm hereditatis fideicommissariæ restitutio etiam successio sit, vt iam diximus ex *l. non enim 38 ad SC. Trebell.* Propter quam causam, nec compotibus mentis personis hereditas vlla ignorantibus acquiritur, id est, siue directa siue fideicommissaria nequidem per filios familias & seruos *dict. leg qui in aliena in princip. infr. de acquir. hered. l. seruo inuito 65. ad SC. Trebell.* tametsi soleat dici, quod & verum est, per seruos acquiri dominis non tantum ignorantibus, sed etiam inuitis *l. etiam 32. de acquir rer. domin. l. seruus vetante 62. de verbor. obligat.* Ideóque bene adiectum est in *dict. leg. etiam, Penè ex omnibus causis*, ad excludendam scilicet cautam hereditatis. Iunge *leg. cum heres 52. & leg. furiosus 63.*

17. PAVLVS libro 3. Sententiarum.

IN aduersa corporis valetudine mente captus, eo tempore testamentum facere non potest.

Ad l. In aduersa 17.

Huius legis sententia eadem est, quæ legis secundæ *supr. hoc tit.* Itaque possunt ad hunc locum sufficere quæ ad legem illam annotauimus, nisi quod obseruandum est legem hanc, tametsi de mente capto generaliter loquatur, quo nomine tã demens quàm furiosus significatur, commodius tamen intelligendam videri de furioso, quàm de demente, propterea quòd distinctio illa quæ cadit in furiosum, an dilucida habeat interualla sanitatis & furoris de quo in *leg. furiosus 9. cod. qui test facer. poss.* vix cadit in dementem, qui cùm mente careat vix vnquam mentis compos fieri potest nec resipiscentiam sperare. Et tamen verba huius legis quæ negant mente captum testari posse eo tempore quo demens mente captus est, ostendunt manifestè Paulum de eo tractare qui non omni tempore fuerit mente captus, non quòd ei qui semper mente captus est, facilius permittẽda sit testamenti factio, quæ tanto magis deneganda est, sed vt in demente nulla adhibeatur distinctio, quæ tamen necessariò in furioso adhibenda est.

18. VLPIANVS lib. 1. ad Sabinum.

IS, cui lege bonis interdictum est, testamentum facere non potest: & si fecerit, ipso iure non valet. quod tamen interdictione vetustius habuerit testamentum [a], hoc valebit. merito ergo nec testis ad testamentum adhiberi poterit [b], cum neque testamenti factionem habeat.

Ad l. Si

BIU Cujas

Ad l. Is qui lege 18.

RAT. DVB. Prodigus, cui bonis interdictum est tam à lege 12. tabularum quàm à prætore, non eo minùs manet & liber & ciuis Romanus & sui iuris, cùm in nullius sit potestate, nisi fortè ponas eum habere curatorem: quo tamen casu non ideo videtur impediendus testari, sicut nec minor annis 25. tametsi curatorem habeat, testari prohibetur. Dantur enim eis curatores ob bonorum administrationem, quæ sit inter viuos, & quæ nihil habet commune cum iure testandi *leg. verba contraxerunt 20. de verb. signif.* Ergo nihil obstat, quominus hic prodigus testari possit.

DEC. Vt testari quis possit non satis est eum esse ciuem Romanum & sui iuris, sed illud præterea requiritur, vt certum iudicium habeat sine quo fieri certè nequit, vt certam legem testamento suo dicat *l. 1. & proxima & l. qui in testamento 14. supr.* Atqui prodigus iudicio prorsus carere intelligitur qui neque modum neque finem vllum expensarum habet, vt scriptum est in *l. 1. supr. tit. prox.* quique quod ad bona ipsius pertinet, furiosi exitum facit, vt ait lex *his qui 12. §. vltim. in fin. supr. de tutor. vel curat. dat. ab his*, quasi non plus iudicij habeant quàm furiosus, quem proximè diximus testamenti faciendi ius ob hanc causam non habere, in eóque nimirum differt curator qui datur prodigo à curatore qui datur minori 25. annis. Hic enim bonis tantùm datur, nullomodo personæ, nequidem per consequentias. At curator prodigi datur personæ primò & principaliter, sicut & curator furiosi, non minùs quàm tutor personæ pupilli, bonis verò nõ nisi per consequentias *dict. leg. 1. supr. tit. prox.* Cùm ergo non sit sui iuris, sed in curatoris potestate, non magis permittendum est ei, vt testetur quàm furioso vel pupillo. Lex enim 12. tab. ita dixerat, *Agnatorum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto.* Adeo autem sui iuris non est prodigus cui bonis interdictum fuit, vt nec naturaliter obligetur si quid promittat, nec fideiussorem dare possit, quasi nulla subsistente obligatione cui fideiussoria possit accedere *leg. is cui bonis 6. infr. de verb. oblig.* Quod in pupillo diuersum est, qui sicut obligari naturaliter sine tutoris authoritate potest, ita & eius obligationis fideiussorẽ dare, vt ciuiliter obligetur *l. si pupillus 127. de verb. oblig. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis de solut.* Loquimur autem non de prodigo quolibet, sed de eo cui bonis interdictum sit. Non enim sufficit quem reuera prodigum esse & dignum, cui bonis interdicatur, ad hoc, ne testamentũ eius valeat, aut si quid aliud inter viuos gesserit, sed interdictionem factam esse necesse est, quæ porro licèt fiat ipso iure per legem 12. tab. non prius tamen vires suas exerit quàm prætor eam sua iurisdictione comprobauerit, non quasi potestas vel authoritas prætoris aliquid possit addere ad authoritatem legis, sed quia an prodigus quis sit nécne facti quæstio est, quæ proinde causæ cognitionem requirit, an nimirum talis persona sit quæ nec modum nec finem expensarum habeat. Causæ autem cognitio adhiberi à solo prætore potest qui viua vox est iuris ciuilis *leg. nam & ipsum 8. de Iustit. & iur.* non autem à lege. Eaque sententia & ratio est *dict. l. 1. supr. tit. prox.* Itaque quoties loquimur de eo cui bonis lege interdictum sit, de eo semper intelligimus cui etiam interdictum sit à prætore. Est enim hic casus ex eorum numero in quibus ipso iure fieri dicitur quod fit legis potestate, sed ita tamen, si, vt nostri loquũtur, declaratoria præcedat, vt còm dicimus excommunicatum quem esse ipso iure, aut alicuius bona esse confiscata ipso iure, sic intelligere debemus, si tamẽ id fecerit propter quod excommunicatio aut cõfiscatio locum habere debeat. Sic & in furioso quem lex 12. tabul. ipso iure constituit in potestate agnatorum gentiliumque, sed ita demum tamen si constat eum esse furiosum, quod ipsum quoque in facti quęstione & causę cognitione positum est §. *furiosi Instit. de curat. iunct. §. item prodigus Inst. quibus non est permiss. facer. testam.* Vide *l. tres tutores 55. §. vltim. supr. de administ. tutor.*

a *Quod tamen interdictione vtiustius habuerit testamentum.* RAT. DVB. Non valet testamentum nisi testator habuerit factionem testamenti, & cùm facit testamentum, & mortis tempore, vt sæpius suprà diximus *ex l. 1. §. exigit l. qui ex liberis 11. §. testamento infr. de bonor. possess. secund. tab.* Atqui prodigus cui lege bonis interdictum est, non habet testamenti factionem actiuam, vt modò diximus. Ergo nec testamentum quod antè fecerit valere potest.

RAT. DECID. Testamenti factio actiua duplex est, vna iuris, altera facti, vt diximus ad *l. qui in potestate 6. §. surdus sup. hoc tit.* Prodigus autem, cui lege bonis interdictum est, etsi testamenti factionem iuris non habeat quandiu prodigus est, quia si non mente, saltem iudicio carere intelligitur: eam tamen recuperat statim atque prodigus esse desinit *leg. 1. in fin. supr. tit. prox.* Tunc autem recuperat cùm incipit finem & modum expensarum habere *d. leg. 1.* Modum verò & finem expensarum mors facit. Proinde fieri non potest, vt non desinat esse prodigus eo instanti quo moritur, quemadmodum & desinit esse furiosus, saltem in instanti mortis, vt diximus ad *dict. §. surdus.* Ergo verum est dicere prodigum testamenti factionem actiuam habere tempore mortis, ita vt testari etiam posset si testamentum in instanti posset fieri. Quod ergo testamentum facere nõ potest, fit impedimento facti potius quàm iuris, quemadmodum si eo tẽpore sufficientem testium numerum non haberet, vt in *leg. conficiuntur 8. §. codicilli infr. de iur. codicill.* Cùm ergo testamenti factionem, quæ iuris est, habeat vtroque tempore eo scilicet quo testamentum fecerit ante interdictionem, & eo tempore quo moritur, consequens est, testamentum valeat quod factum est ante interdictionem. Et ita accipi debet quod generaliter scriptum est in *dict. l. 1. §. si quis autem de bonor. possess. secund. tab.* valere testamenta eorum qui postea testamenti factionem ante mortem amiserunt, vt scilicet non comprehendantur testamenta eorum qui ante mortem vel ciues Romani vel sui iuris esse desierunt.

b *Merito ergo nec testis ad testamentum adhiberi poterit.* RAT. DVB. Filiusfamilias testamentum facere non potest, vt diximus ad *l. qui in potestate 6. in princip. sup.* & dicemus in *lege sequenti.* Atqui testis adhiberi ad testamentum potest etiam filiusfamilias non minùs quàm paterfam. *leg. ad testium 22. hoc tit. §. pater. Instit. de testam. ordin.* Ergo non est bona consequutio, vt prodigus, quia testamentum facere non potest, nec adhiberi testis possit ad alterius testamentum.

DEC. Prodigus ex lege 12. tabul. intestabilis est, quo nomine significatur is qui nec testamentum facere, nec adhiberi testis potest: sicut & is qui ob famosum carmen damnatus est, de quo in *§. sequen.*

BIU Cujas

Vterque enim testamenti factionem amisit ob malos mores suos, &, vt Cuiacius loquitur, ob suam nequitiam: quod in filiofam. dissimile est. Merito igitur ab vtroque iure arcetur & faciendi testamenti & dicendi testimonij, & cùm iudicio carere intelligatur, vt diximus, non magis ei permittendum est, vt testimonium dicat quàm vt testetur. Nam & quisquis testimonium dicit iureiurando etiam proprio confirmare attestationem suam debet. Iusiurandum autem tres comites habere, iudicium, veritatem, & iustitiam, vt solent Canonistæ dicere ex *capit. quanto. extr. de iureiur.* Est igitur bona consequutio in prodigo, quia testamentū facere nō potest, nec testis adhiberi potest. Quò pertinet vetus illa formula, qua prætores bonis olim interdicebant, à Paulo relata *lib. 3. sententiarū tit. 4. §. 6. Quando bona tua paterna auitáque nequitia tua dissipadis, liberósque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi ea re commercióque interdico.* Vnde & rationem sumpsit Vlpianus in fragmentis *tit. 2. §. 12.* propter quam non possit prodigus testari, quia, inquit, ob interdictionem familiam suam mancipare non potest. Alludens nimirum, vt apparet, ad vetus illud genus testamentorum quę fiebant per æs & libram, adhibito libripende & familiæ emptore cui testator familiam suam mancipabat. Sed non faceret hæc ratio, vt prodigus testis adhiberi prohiberetur, quia in testimonio dicendo neque alienatio vlla neque commerciis species aliqua versatur. Ex qua apparet rationem illam Vlpiani minùs propriam & germanam esse. Planè nemo dubitat quin si prodigus ad sanos mores redierit, vtrumque ius recuperet, & testimonij dicendi & testamenti faciendi, vt Paulus scribit *dict. lib. 3. sentent. tit. 4. § prodigus* 11. Testamenti tamē factionem passiuam retinet, vt constat ex *l. mutuum* 5. *§. 1. infr. de acquir. hered.* Sed nec prætermittendum illud est, Imperatorem Leonem *Nouell.* 39. cui titulus est *Vt prodigus quæ ex re ipsius sint facere possit*, huic iuri veteri valdè derogasse & constituisse, vt prodigus etiam post interdictionem, & testamentum facere & contrahere vtiliter possit, dummodo sic testetur & contrahat, quomodo sani iudicij homo & contraheret & testaretur. Sed non est in vsu ea Nouell. vt nec ea quæ sequitur quæ 40. *Vt captiui testamenti factionem habeant.* Miror verò Accursium ad hunc locum eam rationem afferre ob quam testimonium prodigi admitti non debeat, quòd non aliud testimonium admittendum sit quàm quod homo integræ frontis dixerit ex *l. quæsitum* 13. *supr. de test.* Nec enim prodigus ob id minùs integræ frontis est, quòd ei bonis interdictum sit, si cum Cuiacio legem illam sine metaphora intelligas. Soli enim calumniatores erant & calumniæ damnati qui non integræ frontis dici poterant, propterea quòd ex lege Remmia frons iis inurebatur. Sed tamen nec malè quis dixerit per metaphoram, integræ frontis nec eos esse, quia aliqua iuris infamia laborent, & quibus exprobrari delictum aliquod possit: nam & sola facti infamia apud bonos & graues viros sufficit ad suggillandam existimationem *leg. 4. §. aduersus, infr. de dol. mal. except.*

1 ¶ Si quis ob carmen famosum damnetur: senatusconsulto expressum est, vt intestabilis sit. ergo nec testamentum facere poterit, nec ad testamentum adhiberi testis.

Ad §. 1. Si quis ob carmen.

RAT. DVB. Qui damnatus est ob carmen famosum, neque ciuitatem amittit neque familiam. Ergo cum & ciuis Romanus & sui iuris remaneat, testamenti factionem retinet.

DEC. Ex lege Cornelia de iniuriis de qua in *l. 5. infr. de iniur.* & ex SC. quod ad eam legem factum est, intestabilis fieri iubetur qui carmen famosum fecisse dicitur, aut librum ad infamiam alicuius pertinētem scripsisse, composuisse, edidisse dolóve malo fecisse, quo quid eorum fieret, etiamsi alterius nomine ediderit, aut sine nomine, *dict. l. 5. §. si quis librum 9. & seq. de iniur. l. ob carmen 21. in princip. supr. de testib.* Ergo nec testamentum facere potest, nec ad testimonium admitti, sicut nec prodigus, de quo proximè diximus, nec cæteri omnes qui lege aliqua intestabiles esse iubentur *l. cum lege 26. hoc tit.* Placet tamen quod Azo putabat posse hunc capere ex testamento exemplo prodigi, quia numquam bona est consequutio, vt quis testamenti factionem passiuam amittat qui actiuā amiserit, & nisi in casibus quibus hoc ipsum lege expressum est, vt in hæreticis *l. Manichæos 4. Cod. de hæret. & Manich.* perduellionibus, & ex lege maiestatis reis *leg. vltim. C. ad leg. Iuliam. maiest.* & si qui sunt similes. Placet etiam quod Bartolus notat, infames quoque ex alio quolibet crimine nihilominus facere testamentum posse, nec tantum eos qui notantur infamia facti, sed illos etiam qui infamia iuris, si modò neque libertatem amittant neque ciuitatem, neque vlla lege intestabiles fiant ex *l. eius qui 8. §. relegati supr. hoc tit.* vbi scriptum est etiam testamenta relegatorum valere, quamuis nemo nisi ex causa criminis relegetur, nec sine aliqua nota infamiæ *l. penult. §. minuitur infr. de extraord. cognit.* Itémque ex *§. vltim. dict. leg. eius qui*, vbi scriptum est eorum qui ad ferrum aut ad bestias aut in metallum damnati sunt, testamenta adeo tantum nō valere, quòd libertatem amittant & consequenter etiam ciuitatem.

19. MODESTINVS libro 5. Pandectarum.

SI filiusfamilias, aut pupillus, aut seruus tabulas testamenti fecerit, signauerit: secundùm eas bonorum possessio dari non potest: licèt filiusfamilia sui iuris, aut pupillus pubes, aut seruus liber factus decesserit: quia nullæ sunt tabulæ testamenti, quas is fecit qui faciendi facultatem non habuerit.

Ad l. Si

BIU Cujas

Ad l. Si filiusfamilias 19.

RAT. DVB. Quemadmodum pleriſque prudentibus olim placuit tanquam pro regula, ea quæ ab initio valuerunt, ex poſtfacto irrita fieri, ſi in eum caſum perueniant à quo incipere non potuerunt *l. quia in eum caſum 16. ſupr. ad leg. Aquil. l. debitor 82. de leg. 2. l. exiſtimo 98. & l. penult. §. vltim. infr. de verb. oblig.* ita conſequens è contrario videtur, vt ea valere debeant etiam quæ ab initio non conſtiterunt, ſi modò ad eum caſum perueniant à quo potuerunt incipere, vt contrariorum eadem ratio ſit, præſertim fauore teſtamentorum quorum cauſa fauorabilior eſſe ſolet quàm ipſorum etiam liberorum *leg. ſi pars 10. ſupr. de inoffic. teſtam.* cùm ſupremas hominum voluntates exitum habere non tantùm teſtatorum interſit, ſed etiam Reip. *l. vel negare 5. inf. quemadmod. teſtam. aper. l. 1. Cod. de ſacroſ. Eccleſ.* Ergo cùm filiusfamilias, aut pupillus aut ſeruus tabulas teſtamenti fecit, licet eo tempore quo fecit, teſtamenti factionem non habuerit, ſi tamen poſtea moriatur factus paterfamilias aut pubes aut ciuis Romanus, dicendum videtur teſtamentum valere, cùm in eum ſtatum teſtator peruenerit, vt iã habeat liberam teſtamenti factionem. Quid enim aliud eſt teſtamentum quàm ſuprema hominis voluntas & ad mortem vſq; deambulatoria *l. 1. ſup. hoc tit. l. 4. inf. de adim. l.* quæ proinde quandocumq; facta ſit, perinde haberi debeat ac ſi vltimo vitæ inſtanti facta eſſet? Multo magis autem admittẽdum videtur quod hæc lex negat, vt poſſit ſecundùm eas tabulas peti bonorum poſſeſſio, cùm ad dandam eam bonorum poſſeſſionem facillimus ſit prætor, nec aliud quidquã exigere videatur, quàm vt tabulæ ſint ſeptẽ teſtium ſignis ſignatæ *l. 1. §. ſufficit inf. de bonor. poſſeſſ. ſecund. tab.* Ideo fortaſſe quòd non omnis bonorum poſſeſſio ſecundùm tabulas ſit cum re & effectu, ſed poſſit interdum etiam eſſe ſine re & effectu, vt Vlpianus tractat in Fragmentis *tit. de bonor. poſſeſſ.*

DEC. Teſtamentum aliter valere non poteſt, quàm ſi teſtator vtroque tempore & teſtamenti & mortis teſtamenti factionem iuris actiuam habuerit: quam porrò non aliter habere poteſt quàm ſi vtroque illo tempore & ciuis Romanus & ſui iuris, & ſui denique iudicij fuerit, vt ſæpius docuimus in præced. Nec aliud obtinet iure prætorio, vt ſolet prætor ferè in omnibus quantum poteſt ſubſequi authoritatẽ iuris ciuilis, hactenus ſaltem, vt ſi quid præter leges faciat, nihil tamen faciat contra leges *leg. nec non 28. §. quoad eius ſupr. ex quib. cauſ. maior. leg. cum ſponſus 12. §. ſi res ſupr. de public. in rem action.* Ergo etiam iure prætorio neceſſarium eſt, vt teſtator duobus his temporibus & teſtamenti & mortis teſtamenti factionem iuris actiuam habuerit, alioqui non magis permittit heredi Prætor petere bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas quàm adire iure ciuili hereditatem *l. 1. §. exigit de bonor. poſſ. ſſ. ſecund. tabul.* Et quamuis inter aditionem hereditatis & agnitionem bonorum poſſeſſionis ſecundùm tabulas, differentia illa ſit, quòd hereditatis aditio ſi valeat, nunquam ſine re & effectu eſſe poteſt, bonorum autem poſſeſſio ſecundùm tabulas etiam à prætore data poteſt eſſe ſine re (in quo differt etiam à cæteris omnibus bonorum poſſeſſionibus quæ ſemper ſunt cum re,) nunquam tamen prætor dat bonorum poſſeſſionẽ ſecundùm tabulas, quin poſſit illa ſaltem aliquo caſu eſſe cum re & effectu ne nihil agere videatur, vt dicemus ad *l. filio præterito 17. infr. de iniuſt. rupt. irrit. fact. teſt.* numquam enim prætor fruſtra quidquam facit, ſicut neque lex, non magis quàm natura. Atqui bonorum poſſeſſio ſi qua daretur ex teſtamento quod à filiofamilias, vel à pupillo vel ſeruo factum eſſet, numquam poſſet eſſe cum re, quia nec fieri poſſet, vt petita videretur ex teſtamento illius qui teſtamenti factionem actiuam vtroque tempore habuiſſet. Ergo concludendum eſt huiuſmodi teſtamentum nec iure prætorio nec ciuili valere, nec ſecundùm huiuſmodi teſtamenti tabulas peti poſſe bonorum poſſeſſionem, quia licèt tabularum nomine lignum ex quo fiebant potiùs quam teſtatoris voluntas ſignificetur *leg. quod vulgo 19. infr. de bonor. poſſeſſ. contr. tabul.* attamen tabularum nomen nõ merentur eæ quæ factæ ſunt à teſtatore qui alterutro dumtaxat tẽpore teſtamenti factionem habuerit, quamuis ſeptẽ teſtium ſignis ſint ſignatæ, vt hæc lex ait, nec enim tabulæ ſolæ faciunt teſtamentum, ſicut nec matrimonium, vt Papinianus dicebat in *l. donationes 31. in princip. inf. de donat.* Et certè ſi poſſet ſufficere quod teſtator alterutro tempore teſtamenti faciendi ius habuiſſet, lõgè iuſtius eſſet tempus illud obſeruari quo teſtamentum feciſſet quàm quo deceſſiſſet: in vnoquoque enim actu maximè tempus illud inſpiciendum eſt quo fit, non quo effectum ſortitur. Propter quam cauſam plerique veterum prudentum probare non potuerunt quod aliis placebat irrita fieri ea quæ ab initio conſtiterunt ſi ad eum caſum peruenerint à quo incipere non potuerint, inter quos potiſſimus fuit Papinianus, qui eam ſiue regulam ſiue opinionem aliorum improbauit vt conſtat ex *dict. leg. donationes in princip. & leg. verbis legati 5. infr. ad l. falcid. §. ex contrario Inſtit. de leg.* Facit etiam pro huius legis ſententia quod habet vulgata iuris ciuilis & Pontificij regula, id quod initio vitioſum eſt, non poſſe tractu temporis conualeſcere *leg. quod ab initio 29. de reg iur.* quæ regula maximè in inſtitutionibus locum obtinet, *leg. penult. eod. titul.* Iunge *leg. 1. §. certè ſupr. ad SC. Macedon.*

20. VLPIANVS lib. 1. ad Sabinum.

QVi teſtamento heres inſtituitur, in eodem teſtamento teſtis eſſe non poteſt. Quod in legatario, & in eo, qui tutor ſcriptus eſt, contrà habetur. hi enim teſtes poſſunt adhiberi, ſi aliud eos nihil impediat: vtputa ſi impubes, ſi in poteſtate ſit teſtatoris.

Ad l. Qui teſtamento 20.

RAT. DVB. Nullus in re ſua teſtis idoneus eſſe intelligitur *l. nullus 10. ſup. de teſtib. l. omnibus 10. Cod. eod.* Atqui non poteſt legatarius adhiberi teſtis in teſtamento quin adhibeatur in re propria ad teſti-

BIU Cujas

monium dicendum, cùm non aliter valere legata possint, quàm si testamentum in quo relicta sunt, valeat & ratum sit, vt Papinianus loquitur in *l.3.in princip. supr.de pignor. l.Papinianus* 8. §.*penultim.supr.de inoffic.testam.l.ea quam* 14. *Cod.de fideicom.* Ergo non magis adhiberi testis in testamento legatarius quã heres ipse potest: aut si testis adhiberi legatarius potest, nihil causæ est cur non etiam heres adhibeatur, maximè verò in testamento solemni quod nos in scriptis appellamus, quippe cuius substantia non ex fide testiũ, vt nũcupatiui, sed ex scriptura ipsa pendeat: fieri enim potest, & fit quotidie, vt facto solemni testamento, neque heres neque legatarij sciant quid in eo contineatur. Adhibentur namque in eo testes, vt hoc solum probari possit eam scripturam, cui subscriptiones suas & signa testes adhibuerunt, illam ipsam esse quam testator testamentum suũ esse dixerit. In tutore verò etsi aliquid dissimule est & diuersum ab herede: quia non propter suam, sed propter pupilli vtilitatem tutor fit, eadem tamen ratio facere videtur ne testis adhiberi debeat in eo testamento quo tutela ei mandatur, cùm per tutelam acquirat ipse sibi ius & potestatem in caput liberum, id est, in personam & facultates pupilli *leg.* 1. *supr.de tutel.* quæ potestas tutoris cum sit vicaria patriæ potestatis pęnè inæstimabilis res est *l.filiusfamilias* 114. § *sed si liberos de leg.*1. præsertim quod per eam tutor quasi dominus bonorum pupilli constituatur *l.qui fundum* 7. §. *tutor infr.pro emptor l.is qui in puteum* 10. §. *an ignoscitur infr.quod vi aut clam.*

RAT.DECID. Magna hac parte differentia est inter heredem & legatarios: heres enim iuris successor est & quidem vniuersi quod defunctus habuit *l.cum heres* 11. *infr.de diuers. & tempor.præscript.l.nihil aliud est hereditas* 24. *de verb.signif.* ita vt eadem cũ defuncto persona esse existimetur *l.heres & hereditas* 22. *infr.de vsurp.& vsuc.& Nouell.*48. *de iureiur.à morient.præstit.in princ.* At legatarij nõ sunt iuris scilicet vniuersi successores, sed singulares tantũ *l.quædã* 9. §.1. *nihil interest supr.de edend.* §. *legatariis Instit.de testam. ordin.* Et præterea testamentum æstimatur & vires accipit ex heredis institutione *l. quod per manus* 10. *infr. de iur. codicill.* non etiam ex legatis quæ si in testamento nulla relicta sint, non eo minùs testamentum valet, adeò vt nec legari olim posset ante heredis institutionem §. *ante heredis Instit.de leg.iunct. l.1.de hered.instit.* quæ ait validum fieri posse testamentum tribus verbis, *Lucius heres esto*; imò duobus, *Lucius heres.* Atqui nihil interest legatariorum quisnam heres sit, an Titius an Sempronius, nec si Titio aut Sempronio testimonium dicant, rem suam agunt, sed rem heredis quisquis ille sit. Merito igitur placuit legatarios in testamẽto testes adhiberi posse, adeóque illos qui testamentum dictant aut dictante testatore scribunt, dum ne sibi legatum adscribant *l.dictantibus* 22. *Cod. de testam.* heredem verò non posse. Nec ad rem facit quod ex testamenti validitate, & probatione legatorum quoque validitas & probatio pendeat. Id enim non fit principaliter, sed tantùm per consequentias quæ in iure nostro, vel rarò vel numquam attenduntur *l.1.l.quod dicitur* 7. *supr.de author.tutor.* nec rursum tam ad probandam voluntatem testatoris quàm ad probandam testamenti validitatem testes in testamento adhibentur: aliud enim est probare voluntatem, aliud verò voluntatis solemnitatem, ita vt quamuis volũtas testatoris non nisi per septẽ testes probari possit, sufficiat tamen probari per duos testes, septem testes interfuisse, vt nostri vulgò notant ad *l.2.C.de bonor.possess.secund.tabul.* De tutore autẽ minor dubitatio est, quin testis adhiberi possit in testamento eius qui eum tutorem dedit, cùm officium eius nõ tam priuatum sit, quàm publicum, plúsque habeat honoris & oneris quàm vtilitatis, publicéque interfit dari pupillo tutorem, qui paternæ non minùs pietatis, quam potestatis partibus fungatur. Rectè autem subiungit Vlpianus ita demum legatarios posse adhiberi testes in testamẽto si aliud nihil impediat. Quid enim si quidam ex ipsis impubes sit, vel in potestate testatoris, puta filiusfamilias, constat non posse hos esse testes, impuberẽ quidem, quia iudicio caret, ob eámq; causam nec comitiorum olim ius habebat, vt de ferenda lege cum aliis ciuibus rogari posset. Iam autem sæpiùs diximus testatorem, cùm testamentum facit, legẽ facere, quæ etiam ratio est propter quam mulieres in testamẽto adhiberi testes non possunt §. *mulier infr.hac leg.* quamuis in codicillis adhiberi possint §. *vltim. Instit. de codicill.* Nempe quia nec mulieres comitiorum ius habebant ad faciendam legem quæ per testamentum dumtaxat non etiam per codicillos fieri intelligitur Filius autem familias, qui in patris eiusdémque testatoris potestate est, ideo testis adhiberi in patris testamento non potest, non solùm quòd generaliter verum sit idoneos testes illos nõ esse, quib. imperari potest, vt testes fiant *l.idonei* 6. *supr.de testib.* sed etiam quia sicuti testatoris & heredis, ita patris & filij vna eadémque persona esse intelligitur *l.ne cum filiofamilias* 16. *iuns.de furt.l.vltim. Cod.de impub.& aliis subst.* Debent autem & naturaliter & ciuiliter distinctæ esse personæ testis, & eius pro quo testis adhibetur. Obseruandum autem est, exceptionem hanc de non adhibendis testibus illis, qui sunt in testatoris potestate, ad seruos non pertinere, quippe qui alia ratione excluſi sint à dicendo testimonio, nimirum quod & ciuili & prætorio iure sint incogniti, §. *seruus infr.& l.nullo modo* 7. *infr.de leg. Cornel.de falſ.* cùm nullam penitus iuris ciuilis, aut prætorij participationem habeant *leg. quod attinet* 32. *de reg.iur.* sicut neque ad comitia adhibebantur quæ propria erant ciuium Romanorum.

1 ¶ Potestatis autem verbum non solùm ad liberos, qui sunt in potestate, referendum est: verumetiam ad eum, quem redemit ab hostibus. quamuis placeat, hunc seruum non esse: sed vinculo quodam retineri, donec pretium soluat.

Ad §. 1. Potestatis.

RAT.DVB. Liber homo captus ab hostibus & seruus eorum factus si redemptus sit, nõ ideo fit seruus redimentis, sed tantùm vinculo quodam pignoris retinetur donec pretium pro se datum reddiderit,

BIU Cujas

diderit, vt scriptum est in hocipso §. *& in leg. Senatus* 43. §. *vltim. de legat 1. leg. 2. Cod. de postlim. reuers. leg. si patre* 15. *& pass. infr. de capt. & postlim. & de redempt.* Ergo non est in potestate redimentis, cùm ius ciuile non aliam agnoscat quàm vel patriam vel dominicam potestatem.

RAT. DECID. Quisquis redemptus est, etiamsi seruus non fiat redimentis, si ante captiuitatem liber homo fuerat (nam in eo qui seruus fuisset, aliud esset *leg. in bello* 12. §. *si qui seruum eod. tit. de capt.*) attamen tanto pignoris vinculo tenetur, vt non priùs sui iuris factus videri possit, & postliminio ciuitatem recuperasse, quàm se ipsum luerit, atque ita vinculum illud pignoris dissoluerit, vt in medio quodam statu neque liberæ omnino neque seruilis conditionis cõstitutus esse videatur. Ergo cùm nõ sit omnino sui iuris, fatendum videri adhuc eum esse in redimentis potestate. Quo admisso consequens est ex antecedentib., vt nec testis esse possit in testamento redimentis, non magis quàm si seruus eius esset.

2 ¶ Per contrarium quæri potest, an pater eius, qui de castrensi peculio potest testari, adhiberi ab eo ad testamentum testis possit? & Marcellus libro decimo digestorum scribit, posse. & frater ergo poterit.

Ad §. 2. Per contrarium.

RAT. DVB. Eadem relatorũ quæ correlatiuorum ratio esse solet *l. 1. C. de cupress. lib. 11. tit. vlt.* Atqui filiusfamilias non potest esse testis in testamento patris, vt proximè diximus, eo quòd patris & filij vna eadémque persona esse existimetur. Ergo nec pater in testamento filij licèt diuitis, & de peculio castrensi testantis testis adhiberi poterit.

RAT. DECID. Filiusfamilias miles quamuis non exeat propter militiam de patria potestate, attamen in peculio castrensi pro patrefam. habetur ex Imperatorum constitutionib. *l. 2. infr. de SC. Maced. leg. vltim. §. 1. infr. ad SC. Tertil.* Longè ergo hac parte diuersa ratio est patris & filij, quia licet filiusfamilias habeatur pro patrefamilias in peculio castrensi, non ideo tamen eius pater habetur pro filiofamilias: ac proinde cùm duo cẽseantur esse patresfamilias, vnius & eiusdem personæ iure censeri non possunt. Sanè multum interest, an filiusfam. de castrensi peculio testetur ante missionem, an post: si etiam ante missionem, id obtinet, quod Vlpianus in hoc loco scribit, non etiam si post missionem, cùm eo tempore testandum habeat filius, non iure communi, sed iure militari, quamuis testamentum, quod ante missionem iure militari fecerat, valeat etiam eo iure intra annũ missionis, vt dicemus ad *tit. de testam. milit.* iure autem communi domesticum testimonium reprobatur *§. in testibus vers. sed si filiusfam. Instit. de testam. ordin. leg. 3. & leg. eos testes* 5. *Cod. de testam. & leg. testis idoneus* 9. *supr. eod. illo tit.* Est ergo hoc priuilegium non tam militis aut peculij castrensis, quàm testamenti militaris: testamentum enim militis iure communi factum iuris communis regulis obstrictum est. In quo tamen difficultatem illud facit, quòd in dicto *versic. sed si filiusfamilias*, Iustinianus non distinguit, an filiusfamilias de peculio castrensi testetur iure militari, an communi. Item quòd tum quoq; cùm filiusfamilias post missionem testatur de peculio castrensi, non eo minùs habetur pro patrefamilias in castrensi peculio, alioqui nec de eo testari posset: nisi dicamus filiumfamilias, quandiu militat ac in numeris & expeditione est, non posse dici domesticam personam patris, nec patrem filij, sed tunc tantùm cùm militia missus in domum patris rediit. Vera igitur & generalior ad hunc §. decidendi ratio est, quòd non sit domesticum testimonium patris qui testis adhibitus fuit in testamento filiifamilias militis de peculio castrensi testantis ante missionem & iure militari. Porrò quo casu pater potest esse testis in testamento filij, eodem casu & frater poterit qui in eiusdem patris potestate est, quia in vtriusque persona eadem ratio est vel admittendi vel repellendi testimonium. Placet autem quod ad hanc legem Cuiacius notat, aliam olim fuisse rationem testamenti quod per æs & libram fieri dicebatur, in quo scilicet heres scriptus adhiberi testis poterat, non etiam familiæ emptor §. *sed neque Instit. de testam. ordin.* Hîc enim agitur de testamento quòd fit per scripturam & iure mixto tam ex ciuili quàm prætorio & constitutionibus. Nam ex constitutionibus inductus est numerus septem testium adhibendorũ, cùm antea quinque sufficerent ex lege Constantini *in l. 1. C. Theodosiano de test.* Prætores autem addiderunt subscriptiones & signa testium, cætera verò omnia sunt ex iure ciuili, vt Iustinianus noster latiùs persequitur in Institutionibus *tit. de test. ordin.* & idem Cuiacius in *l. 1. supr.* In hoc porrò testamentorum genere, quo hodie vtimur, numquam heres testis esse potest, quia negotium, quod olim gerebatur inter testatorem & familię emptorem, hodie inter testatorem & heredem ipsum geri intelligitur. Nec existimandum est hoc ius à Iustiniano primum inductum fuisse, vt quidam putant ex *dict. §. sed neque* cuius certè non alius sensus est, quàm vt Iustinianus noluerit in suum Codicem referri eas constitutiones quę heredem quoque ad testamentum testem adhiberi permittebant: non quòd pertinerent ad ius testandi per æs & libram dumtaxat, quod iam fuerat sublatum à Constantino in *leg. quoniam* 15. *Cod. de testam.* in illis verbis, *ademptis iis quorum imaginarius vsus est*, quod & Cuiacius noster hîc bene docet.

3 ¶ Quæ autem in testamento diximus super perhibendis testimoniis eorum, qui in potestate sunt: in omnibus testimoniis accipias, vbi aliquid negotij geritur, per quod adquiratur.

BIU Cujas

Ad §. 3. Quæ autem.

RAT. DVB. Non videtur bona comparatio testamenti, & alterius cuiuslibet negotij per quod patri acquiratur, cùm per testamentum nihil vmquam acquiratur testatori nisi ius habendi heredis ex testamento. Quæ species acquisitionis honorifica est magis quàm lucrosa, nec enim fit locupletior qui testatur, sed hoc tantùm acquirit, vt si bona eius ad dimittendos creditores distrahi necesse sit, sub nomine heredis non sub suo distrahantur: qua ratione fit vt euitet auctionis infamiam, quæ defuncti cineribus inuri credebatur, si quando bona eius publicè sub hasta vendi cõtingeret, vt diximus in Iurisprudentia nostra & Papinianæa scientia ad *tit. quib. manumitt. licet vel non.*

DECID. Quoties negotium tale est, per quod aliquid acquiratur patri, non potest admitti testimonium patris pro filio aut filij pro patre, quin hoc ipso alteruter constituatur testis in re propria contra *leg. nullus* 10. *infr. de testibus & l. omnibus* 10. *Cod. eod.* cùm etiam eorum omnium quæ patri acquiruntur siue per filium siue aliũde, filius ipse simul cum patre & pater cum filio dominus in solidum existimetur *leg. suis* 11. *infr. tit. prox. l.* 1. *§. largius infr. de succes. edict. leg. vltim. de bonis damnatorum.* Quòd si pater in testamento filij aut filius in testamento patris testis esse non potest secundùm ea quæ suprà diximus, quia domesticum testimonium est §. *in testibus Instit. de testam. ordin. & leg.* 3. *Cod. de test.* licèt nihil eo casu patri per filium aut filio per patrem acquiratur, quanto magis dicendum est in iis negotiis quæ ita geruntur, vt aliquid acquiratur, neque patrem filio neque filium patri testem esse posse, cùm hoc casu duplex obstet ratio? Prima illa, quòd domesticum sit testimonium, altera, quòd in re propria. Fecit ferè difficilem interpretibus nostris huius §. sententiam, quæ tam clara est, diuersitas lectionis, cùm in quibusdam libris legeretur *prohibendis testimoniis*, in aliis *adhibendis*, in aliis denique *perhibendis*. Inde enim factum est, vt dubitauerint an ad proximiora, an ad remotiora referri hic §. deberet. Sequenda autem omnino est lectio Florentina, quæ habet *super perhibendis testimoniis*, id est, ferendis. Errori autem causam dedit quod librarius Florentinus more suo scripserat, SUPERhibendis petita posterioris dictionis prima syllaba ex vltima prioris. Cúmq; non intelligerent cæteri librarij quid sibi vellet manca illa dictio *hibendis* formarunt eam adiecta propositione *pro* vel *in* vt scriberent *prohibendis* & *inhibendis*. Hîc verò Bart. longam post Accursium disputationem facit, in quibus casibus pater filio aut filius patri testis esse possit, aut mater pro filio, aut frater pro fratre, aut vir pro vxore, aut denique coniunctus pro coniuncto. De quibus tamen omnibus conuenientius fuit dicere ad *leg. pater & filius* 17. *suprà de testibus.*

4 ¶ Ne furiosus quidem testis adhiberi potest, cùm compos mentis non sit. sed si habet intermissionem, eo tempore adhiberi potest. testamentum quoque, quod ante furorem consummauit, valebit: & bonorum possessio ex eo testamento competet.

Ad §. 4. Ne furiosus quidem.

RAT. DVB. Furiosus ideo testamentum facere non potest quòd iudicio careat, vt diximus iuxta *leg. 2. & l. in aduersa* 17. *supr. hoc tit.* Atqui vt quis in testamento testis adhibeatur, non tanto iudicio opus est, cùm ipsius tantùm præsentia exigi videatur. Ergo quamuis furiosus testamentum facere nõ possit, non tamen bona consecutio est, vt nec testis adhiberi ad alterius testamentum possit.

DEC. Testes in testamento adhibendi, sicut rogati esse debent à testatore, ita & rogationi consentire: nemo enim testis inuitus esse cogitur: eáq; nuncupatio testamenti dicebatur apud Vlpianum in *fragmentis tit. de test.* Atqui furiosus cùm non tantùm iudicio, sed etiam mente careat consentire nõ potest qui nequidem sentire intelligitur, vt eleganter scriptum est in *l. si tibi* 8. *§. vnius infr. de opt. leg.* Ergo non magis ad testamentum testis adhiberi, quàm testamentum ipse facere potest. Sed hoc de eo furioso accipi debet qui continuo & perpetuo furore torqueatur. Nam si habeat dilucida interualla, nõ solùm testis adhiberi eo tempore poterit, sed etiam facere testamentum, vt in præcedentibus diximus ex *leg. furiosum* 9. *Cod. qui testam. facer. poss. §. præterea & §. item surdus versic. sed & si quis Instit. quib. non est permiss. facere testam.* Multo magis valebit testamentum quod ante furorẽ fecerit, quamuis postea in furore decedat, quemadmodum de prodigi testamento diximus in *leg.* 18. *supr.* ex eóque testamento non solum adiri hereditas iure ciuili poterit, sed etiam peti possessio secundùm tabulas iure prætorio *l.* 1. *§. si quis infr. de bonor. possess. secund. tab.* nec tantùm secundùm tabulas, sed etiam contra tabulas, si fortè ex eo testamento præteritus sit aliquis ex liberis, quia testamentum iure communi tenet tam ciuili quàm prætorio.

5 ¶ Eum, qui lege repetundarum damnatus est, ad testamentum adhiberi non posse existimo: quoniam in iudicium testis esse vetatur.

Ad §. 5. Eum qui lege.

RAT. DVB. Qui lege Iulia repetundarum damnatus est, in iudicio testis esse vetatur, vt Vlpianus hîc scribit, id est, publicè testimonium dicere, vt loquitur Venuleius *in l. eadẽ* 6. *§.* 1. *de l. Iul. repetundarum inf.* vbi additur, nec iudicem eum esse posse nec postulare. Ergo nõ est prohibẽdus testimoniũ dicere in testamento, quia priuatim testimonium illud

BIU Cujas

illud dicitur non publicè, exemplo eius quod Vlpianus scribit in §. *sequent.* mulierem, quamuis non possit adhiberi testis ad testamentum, posse tamen in causis criminalibus testem esse: idque probat ex eo quod in ea tantùm muliere, quæ adulterij damnata est, ita constitutum est, vt in causa criminali testimonium dicere prohibeatur, vt incluſio vnius sit excluſio alterius *leg. ex eo* 18. *supr. de testib. l. cum prætor* 12. *supr. de iudic.* nam & constat in genere prohibitorum, cuiusmodi est hoc, de quo quærimus, censeri permissa omnia, quæ non sunt prohibita *leg. mutus* 43. §. 1. *supr. de curat. iunct. leg.* 1 *supr. de testib.*

RAT. DECID. Cui non licet quod minus est, nec licere debet quod plus est, quemadmodum è contrario, cui licet quod plus est, non debet ei non licere quod est minus *leg. non debet* 21. *de reg. iur.* nec debet vti maioribus qui caret minoribus, vt Papinianus dicebat in *leg. qui pacto* 5. *supr. de seru. export.* Atqui plus est adhiberi testem in testamento quàm in iudicio, vt Cuiacius hîc notat, vel ea ratione quòd adhibeatur ad faciendam legem quæ omnium maximi est momenti. Ergo cùm ex lege Iulia repetundarum damnatus in iudicio testimonium dicere & publicè non possit, multo minùs ad testamentum adhiberi testis poterit: nam & testamenti causa publica esse creditur *leg. vel negare* 5. *inf. quemadm. testam. aper.* atque ita expressim scriptum est à Paulo in *leg. repetundarum* 15. *in princip. supr. de test.* Quæ tamen si non esset, facilè probaret Florentinam huius §. lectionem, secundum quam scribit Vlpianus se existimare hunc qui lege Iulia repetundarum damnatus est, posse ad testamentum adhiberi ratione illa quam affert, quòd per legem Iuliam non nisi publicè, & in iudicio testis esse prohibeatur: non ergo in actibus priuatorum, qualis certè est actus testamenti, cuius præterea tantus fauor est, vt in dubio non sit arctanda facultas ferendi in testamento testimonium, cùm aliquando accidat, vt testari quis non possit ob id solum quòd sufficientem numerum testium habere nequeat vt in *leg. conficiuntur* 8. §. *codicilli infr. de iur. codicill. leg. vlt. Cod. de testam.* Nec me valdè moueret authoritas Pauli, cuius est dicta *lex repetundarum*, quem video in aliis multis tam facilem esse ad dissentiendum ab Vlpiano, qui porrò cùm in hoc §. non tam aliorum prudentum, quàm suam sententiam exponit, satis innuit non fuisse hoc expressum verbis legis Iuliæ repetundarum: quod & colligi facilè potest ex *leg. eadem* §. 1. *de leg. Iulia repetundarum*, vt proinde liberum fuisse videatur prudentibus hac parte aliter atque aliter interpretari, & quod consequens est, in ipsa interpretatione inuicem dissentire, vt sanè primus fecit Azo, qui hanc negationem in suo libro addidit, vt Accursius refert, nec alia ratione motus quàm supradictorum locorum authoritate. Me etiam illud mouet, vt cum Vlpiano sentiam, quod video Iustinianum in *leg. quoniam* 21. *in fin. Cod. de hæretic. & Manich.* expressim constituisse, vt hæreticorum testimonia testamentaria & quæ in vltimis elogiis & contractibus consistunt propter vtilitatem necessarij vsus eis sine vlla distinctione permittantur, ne probationum facultas angustetur, cùm tamen hæreticis omnibus testamenti factio & actiua & passiua interdicta sit *leg. Manichæos* 4. *eod. tit.* Videtur tamen hæc sententia Vlpiani potiùs fuisse quàm aliorum prudentum, cùm ita loquitur, *ad testamentum adhiberi posse existimo.* Liberum ergo sit cuique vel cum Vlpiano vel cum Paulo sentire.

6 ¶ Mulier testimonium dicere in testamento quidem non poterit. aliàs autem posse testem esse mulierem, argumento est lex Iulia de adulteriis, quæ adulterij damnatam testem produci, vel dicere testimonium vetat.

Ad §. 6. Mulier.

RAT. DVBIT. Mulier potest regulariter esse testis etiam in causis criminalibus, præterquam si adulterij damnata sit, ex leg. Iulia de adulteriis, quæ ita sanxit, vt argumentatur Paulus ex *leg. ex eo* 18. *supr. de testib.* & præterea potest facere testamentum: nam lex 12. tabul. licèt sit locuta de patresfamilias tantùm, attamen tracta est ad matresfamilias per interpretationem prudentum, de quibus ideo fortassis loquuta non est, quòd olim vxores ferè omnes ita nubere solerent, vt in manum viri conuenirent, atque ita potestatis mariti esse dicerentur eique suæ heredes fierent, ac proinde non magis, quàm filiæfamilias testamenti faciendi ius haberent, vt videre est ex iis quæ tractat Vlpian. *in fragmentis tit.* 21. Ergo multò magis ad testamentum adhiberi testis mulier potest, maximè cùm id fauor testamentorum exigere videatur, ne penuriâ testium testamenti factio aliquando impediatur. Quam ob causam proximè diximus ad §. præcedentem hæreticos, licèt testamenti vtraque factione careant, testes tamen ad testamenta adhiberi posse ex *leg.* 4. *& l. quoniam in fin. Cod. de hæret. & Manich.*

RAT. DECID. Quisque testator facere legem creditur, & idipsum quod populus faceret in calatis aut centuriatis comitiis, vt diximus ad *l.* 1. *supra.* Atqui mulieres non habebant olim ius comitiorum, id est, comitiis adesse non poterant. Ergo neque ad testamentum testes adhiberi. Nec possis eadem ratione concludere interdicendam mulieribus æquè testamenti factionem actiuam: nam persona, quæ testatur, siue masculus sit, siue fœmina, populum vniuersum repræsentat in facienda lege quam solus populus facere potest: sed non item qui ad testamentum tanquam testis adhibetur. Et hæc vera huius §. ratio est: non quam adfert Accursius, quòd mulieres sint fragiles & corruptibiles: alioqui, cùm sit hæc generalis ratio, facere deberet ne vnquam testes esse possent, quod tamen dici nequit, cùm possint esse testes non tantùm in criminalibus causis, vt diximus ex *d. l. ex eo.* sed etiam in codicillis, vt Accur. hîc concludit & post eum Bart. & cæteri, quia hoc nulla lege prohibitum est, quod sufficit, vt habet *lex* 1. *supr. de test. iunct. l. vlt. in fin. C. de codicill.* quæ habet codicillos nullam iuris ordinationem & solemnitatem desiderare, & in eis quoscunque testes admitti, & etiam fortuitos dum ne pauciores quàm quinq;. Sed mirum non est rationem huius §. quæ petenda est ex Romana historia, Accursio & Bartolo incognitam fuisse.

BIU Cujas

7 ¶ Seruus quoque meritò ad solemnia adhiberi non potest : cùm iuris ciuilis communionem non habeat in totum, sed ne prætoris quidem edicti.

Ad §. 7. Seruus quoque.

RAT. DVBIT. Seruus eorum omnium capax est quæ sunt facti, adeò vt nec ea acquirat domino *leg. nec seruus 41. supr. de pecul.* quia quæ sunt facti, non transeunt à seruo in dominum *l. qui heredi 44. infr. de condit. & demonstr.* sicut neque à filio in patrem *leg. quo dicitur 130. de verb. oblig.* Atqui testem esse facti est. Quid enim aliud est quàm præsentiam suam accommodare ? Ergo nihil vetat seruum etiam adhiberi testem in testamento, cùm naturaliter & reuera perinde homo sit, atque ij qui sunt ciues Romani: nam quod ad ius naturale attinet, nulla est inter seruos & ciues Romanos differentia *leg. quod attinet 32. de reg. iur. iunct. l. seruitutem 209. eod. tit.*

RAT. DECID. Quod ad ius ciuile attinet, serui non tantùm pro mortuis, sed etiam pro nullis habentur *dict. leg. quod attinet.* In qua propositione ius ciuile generaliter accipimus, vt etiam ius prætorium comprehendat, tanquam quod constituat partem vnam iuris ciuilis *leg. ius ciuile 7. de iustit. & iur.* Atqui testes adhiberi ad testamentum pertinet ad solemnitates testamentorum, quæ omnes sunt iuris ciuilis aut prætorij. Ergo non magis ad testamentum adhiberi seruus testis potest, quàm comitiis populi Romani adesse, longéque aliud est præsentem esse quem, aliud verò esse testem. Quisquis enim testis est, præsens quidem est, sed non è contrario, quicunque præsens est etiam testis est. Et verò vulgaris nuncupandorum testamentorum formula vetus erat, *Vos Quirites, testimonium perhibetote*, vt intelligerent, qui testes adhibebantur, se Quirites & ciues Romanos esse oportere. Cùm ergo serui nullâ prorsus iuris ciuilis & prætorij communionem habeant, vt hîc scriptum est & in *leg. de pupillo 5. §. 1. inf. de oper. non. nunciat. l. 1. de iur. delib.* adeóque nec extra ordinem computentur, vt ait lex *nullo modo 7. infr. de leg. Cornel. de falsi.* mirum non est adhiberi eos ad testamenti solemnia non posse, siue testamentum ipsum iuris ciuilis esse nobis consentias, siue cum Cuiacio post Theophilum dicas esse iuris gentium origine : omnes enim fatentur esse saltem iuris ciuilis quantum ad solemnitates.

8 ¶ Et veteres putauerunt, eos, qui propter solemnia testamenti adhibentur, durare debere, donec suprema contestatio peragatur.

Ad §. Et veteres putauerunt 8.

RAT. DVB. Actus testamenti est indiuiduus, non solùm quia vnico contextu fieri debet *l. prox. §. vltim infr. hoc tit.* sed etiam quia non potest fieri vt pro parte valeat, & pro parte non valeat, non magis quàm, vt quis in paganis decedat pro parte testatus pro parte non testatus *leg. ius nostrum 7. de reg. iur.* nisi ex postfacto in casu rescili per inofficiosi querelam testamenti *leg. circa 24. supr. de inoffic. testam.* Ergo sufficit, vt adhibitus quis sit in principio vel in fine testamenti. Nec enim verendum est, vt eo casu pro parte tantùm testamenti testis fuisse videatur.

DEC. Multæ solemnitates testamentorum, quibus hodie vtimur, ex iis sunt, quas antiquitas introduxerat in vsu testamentorum, quæ fiebant per æs & libram, vt iam suprà alio loco monuimus. Quorum testamentorum duæ potissimum erant partes, prima, quæ familiæ mancipatio dicebatur, secunda, quæ nuncupatio, vt Vlpianus scribit in *fragmentis tit. 20. de testam. §. in testamento* vbi ait nuncupationem fieri solitam in hunc modum, vt testator tabulas testamenti tenens ita diceret, *Hæc vti his tabulis cerisve scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor. Itaque vos Quirites testimonium perhibetote.* Eâq; nuncupatio etiam testatio dicebatur, vt ibidem Vlpianus scribit, aut, vt idem Vlpianus hîc ait, contestatio, quia fiebat simul adhibitis, rogatis & conuocatis omnibus testibus, nisi testamentum fiat tempore pestis, quo casu necessitas sociandorum testium remissa est, non etiam solemnitas conuocandi solemnis numeri, vt scriptum est in *leg. casus 8. Cod. de testam.* licet hodie passim hoc iure vtamur, vt in testamento condito tempore pestis quinque sufficiant, exemplo eius quod in testamentis ruri factis propter difficultatem habendorum testium, Iustinianus constituit in *leg. vltim. Cod. eod. tit. de testam.* Ergo non poterat videri testis fuisse nisi qui & in familiæ mancipatione & in ea nuncupatione testamenti testis fuerat. Id enim est quod dici solet, nihil actum videri quandiu aliquid supereſt agendum *leg penult. in fin. Cod. de iis quib. vt indig.* cùm vniuscuiusque rei perfectio ex fine & implemento pendeat. Ob eámque causam loquitur hîc Vlpianus de veteribus, vt significet eos authores qui de vetere illo testamenti per æs & libram vsu scripserunt, quomodo bene Cuiac. explicat. Et certè quemadmodum circa testamentum nunquam debet induci diuisio voluntatis *leg. eum qui 18. in fin. infr. de his quæ vt indign. inf.* ita & circa solemnitates testamentorum nulla diuisio admittenda est, neque ex parte solemnitatum neque ex parte testium, sed omnes solemnitates adhibitas esse necesse est, & testes interueniſse in toto actu testamenti, vt testamentum vel in totum valeat vel nulla ex parte.

9 ¶ Non tamen intelligentiam sermonis exigimus. hoc enim Diuus Marcus Didio Iuliano in teste, qui Latinè non nouerat, rescripsit. nam si vel sensu percipiat quis, cui rei adhibitus sit, sufficere.

Ad §. 9. Non tamen intelligentiam.

RAT. DVB. Paria sunt non adesse testamento, & non intelligere sermonem, quo fit testamentum, quemadmodum solemus dicere, non sufficere

sufficere, vt quis domi sit præsens corpore, si alienus sit mente *l. nihil interest 26 infr. de capt. & postlim.* Nec alia de causa videtur furiosus prohiberi, ne sit testis in testamento, aut pupillus, quàm quia non intelligit quod dicitur *argum. leg. pupillus 9. infr. de acquir. hered. leg. si tibi 8. §. vnius de option. leg.* Ergo si testamentum latinè fiat, absurdum videtur adhiberi testem qui latinè nesciat.

DECID. Testes ad testamentum in scriptis adhibentur, non tam ad probandam voluntatem quàm ad probandam solemnitatem: ignorant enim quid tabulis contineatur. Quæ potissima decidendi ratio est ad *leg. Caius 39. supr. de pignor. act.* Ergo sufficit vt testis vel sensu percipiat cui rei testis adhibeatur, id est, an faciendo testamento an alij negotio, quod ipsum scire potest, etiamsi testatoris linguam non intelligat. Videtur autem Vlpianus hoc monere quoniam ipsius temporibus & ante Theodosium ita ius erat, vt testamenta omnia Romanorum, Latina & Romana lingua fieri oporteret, eratque hæc vna quoque ex solemnitatibus, vt & Cuiacius obseruauit, addens ex fragmentis quibusdam regularum Modestini, quod summopere notandum est, valere testamentum etiam quod neque diem habeat, neque consulem, quod & de cautione scriptum est in *leg. cum tabernam 34. infr. de pignor.* Ideo autem furiosus & pupillus ad testimonium adhiberi non possunt, non tam quòd ignorent quod dicatur, quàm quòd nescire possint quid agatur *dict. leg. pupillus dict. l. si tibi §. vnius & l. 1. Cod. de falf. monet.* Ex hoc autem intelligimus locum hunc, non nisi de testamento in scriptis accipiendum esse, non etiam de testamento nuncupatiuo, quia cùm voluntas testatoris in nuncupatiuo testamento probanda sit per testes testamentarios, apparet non posse testem de voluntate testimonium dicere, si nec verba quibus voluntas expressa fuit, intelligat. Nec minùs hodie id locum habere debet quàm olim, tametsi vsu receptum sit contra rectam iuris rationem, vt testamenta nuncupatiua hodie non solum scribantur à notario, sed etiam per solam notarij subscriptionem probentur, si modo scribat septem testes adfuisse. Nec contrarium est quod suprà diximus, etiam in testamento in scriptis, nuncupationem fieri solitam fuisse: erat enim illa testamenti nuncupatio non heredis. Testamentum autem nuncupatiuum sic appellatur ex heredis nuncupatione, quæ in eo facienda est, vt dicemus ad *l. sequ.* Iunge *Paul. lib. 3. Sententiarum tit. 4. de testam. §. ex iis qui 13.*

1 ¶ Sed si detenti sint inuiti ibi testes: putant, non valere testamentum.

Ad §. Vlt. Sed si detenti.

RAT. DVBIT. Non eo minùs verum est testem esse præsentem & rogatum, & intelligere quid agatur, quòd inuitus detineatur in eo loco in quo fit testamentum. Ergo non eo minùs testis adhiberi potest, cùm testem esse sit meri facti non iuris, vt in præcedentibus diximus, nec nisi in quibusdam personis ita constitutum sit, vt inuiti testimonium dicere non cogantur, puta senes, valetudinarij, vel milites, vel qui cum magistratu Reip. causa absunt, vel quibus venire non licet, vt scriptum est in *leg. inuiti 8. supr. de testib.*

DECID. Aliud est testem adhiberi ad aliquem actum, aliud verò testimonium dicere. Quisquis enim testis fuit, is & testimonium dicere cogitur, præterquam si sit ex iis personis de quibus in *dict. leg. inuiti.* Et extat in eam rem titulus in *Decret. de testib. cog.* sed tamen testis esse nemo cogitur, multòque minùs detineri quisquam inuitus potest, vt testis sit in testamento, quia testis officium voluntarium est, adeò vt nec bonus testis esset cui posset imperari, vt testis fieret *leg. idonei 6. eod. tit. de testib.* Maximè verò in testibus testamentariis hoc obtinere debet, quos constat debere esse ciues Romanos & Quirites, ac proinde liberos pleniffima libertate, quæ tamen aliqua ex parte constringi videretur si quis inuitus detineri posset, vt testis esset *l. Titio centum 71. §. 1. & sequentib. infr. de condit. & demonstr.* Sic & si tutor inuitus sit retentus per vim, vt præstet authoritatem pupillo, non valet quod agitur, cùm præsentia corporis non sufficiat, non magis quàm si tutor somno aut morbo comitiali occupatus tacuisset *leg. 1. §. vltim. infr. de author. tutor.* Aliud est si quis coram aliquo quid facere iussus sit, sufficit enim, vt faciat eo præsente & intelligente licèt inuito *leg. coram Titio 209. de verb. signif.*

21. IDEM lib. 2. ad Sabinum.

HEredes palàm, ita vt exaudiri possint, nuncupandi sint. Licebit ergo testanti vel nuncupare heredes, vel scribere. sed, si nuncupat, palam debet. Quid est palam? non vtique in publicum: sed vt exaudiri possit. exaudiri autem non ab omnibus, sed à testibus. &, si plures fuerint testes adhibiti, sufficit solemnem numerum exaudire.

Ad leg. Heredes palam 21.

RAT. DVB. Testamentum in scriptis, de quo hucusque diximus, valet, etiamsi testes in eo adhibiti nesciant nomen heredis dummodo sciant se adhibitos testamento faciendo, vt diximus ad *§. vltim. legis proximè præcedentis.* Ergo nec in testamento nuncupatiuo necesse est heredem palam nominari, vt testes sciant & intelligant, quis ille sit, vtroque enim casu interest testatoris nesciri quod ille disposuerit, & secreta suæ voluntatis non diuulgari, quod ea res plerumque inuidiæ & odij materiam præbeat, nonnunquam etiam notam captandæ mortis inducat, si is fortè qui se scit institutum nimia habendæ hereditatis auiditate vrgeatur *§ sin autem quis ita Instit. de pupill. substit.*

DEC. Testamenta in scriptis & nuncupatiua si non toto genere, quia conueniunt in genere & nomine testamenti, saltem specie differunt, quia

BIU Cujas

licet ambo vim & substantiam, & formam intrinsecam capiant ex heredis institutione *l. quod per manus* 10. *infr. de iur. codicill.* attamen testamentum in scriptis vires sumit, & differentiam & formam extrinsecam à scriptura, nuncupatiuum autem à nuncupatione, quæ voce testatoris fieri debet: & ideo quemadmodum testamentum in scriptis non nisi per scripturam probari potest, ita nec testamentum nuncupatiuum nisi per testes, qui potrò non aliter possunt de validitate testamenti deponere, quàm si heredem in testamento nuncupatum nominent, nec rursus nominare nisi nuncupatum illum & nominatum à testatore audiuerint. Itaque in testamento in scriptis, vt diximus, non adhibentur testes, nisi ad probandam solemnitatem: in testamento autem nuncupatiuo adhiberi eos necesse est ad probandam voluntatem. In testamento in scriptis non probatur per testes nisi nuncupatio testamenti, in testamento autem nuncupatiuo probanda est nuncupatio, & nominatio heredis. Vnde & testamentum nuncupatiuum nomē sumpsit. Heredes igitur qui à testatore per nuncupationem testante nuncupantur, palam nuncupandi sunt, id est, non quidem publicè, vt aliis nostri iuris locis hæc dictio *palam* sumitur in *leg. palam* 43. §. 1. *de rit. nupt.* & *in l. palam* 33. *de verbor. signific.* sed ita vt exaudiri à testib. nomen heredis possit, à testib. inquam, non omnibus si fortè plures quàm septem adhibiti & rogati fuerint, sed ad numerum vsque sufficientem qui septenario concluditur, quod enim supra septenarium est, extra iuris necessitatem, & solemnitatem est, nec magis in testatoris arbitrio esse potest, vt testamenti solemnitates augeat quâ vt eas minuat, cùm testamenti factio sit iuris publici, id est, ex iure ciuili & legibus *l. 3. supr.* nec quisquam possit facere quin leges in suo testamēto locum habeant *l. nemo potest* 55. *de leg.* 1. alioquin priuatorum cautionibus iure publico derogaretur, contra legem *neque pignus* 45. §. 1. *de reg. iur.* & priuata omnis voluntas authoritate iuris censeretur, quod æquè absurdum esset *leg. vltim. infr. de suis & legit.* Ergo si cum fortè 10. aut 12. testes essent adhibiti & rogati à testatore, septem ex iis dumtaxat de nomine heredis nuncupati testificentur, sufficiet ad probationem tam voluntatis quàm solemnitatis, licèt alij negent se audiuisse, non tam ex eo quod dici solet, ex hoc loco probari plus credendum esse duobus testibus affirmantibus quàm mille negantibus, quàm quia satisfactum sit iuris solemnitati, si coram septem testibus qui audiuerint, heres nuncupatus sit, nec enim eorum fides dubia fieri potest ex aliorum negatione nisi non solùm negent se audiuisse, sed etiam contendant & affirment certo scire se nihil tale à testatore nuncupatum fuisse. Etsi enim hæc negatio est cuius probatio per rerum naturam non tantùm difficilis, sed etiam impossibilis esse creditur *l. affirmatio* 10. *Cod. de non numer. pecun.* tamen certo loco & tempore circumscripta est, non vaga & incerta, ideóq; etiam per testes qui eo loco & tempore adfuerunt, probari bene, & concludenter potest, quod & Bartolus ad hunc locum sentit. Quid ergo si testator per nuncupationem quidem testatus sit, sed tamen testamentum suum, vt hodie fieri solet, ad futuram rei gestæ memoriam, per notarium in scripturam redigi curauerit, in qua scriptura contineatur coram septem testibus heredem hunc vel illum nuncupatum fuisse addito etiam eorum testium nomine & cognomine, non tamen subscriptione quæ nec in testamentis nuncupatiuis necessaria est, an valebit testamentum iure nuncupatiui? Certum enim est valere non posse, tanquam testamentum in scriptis, quia in scriptis factum non est licèt scriptū proponatur vt ad *l.* præcedentem diximus. Fuit autem hæc quæstio iam olim inter Ioannem & Azonē magnis contentionibus disputata, Ioanne asserente huiusmodi testamentum valere tanquam nuncupatiuum, Azone verò negante. Et Azonis quidem sententiam plures de iure veriorem crediderunt, Ioannis verò de cōsuetudine quæ etiamnum viget. Nec enim aliter hodie testamenta nuncupatiua aut fiunt, aut probantur. Sed tamen nunquam dubitaui, quin Azonis sententia legitima sit, Ioannis autem falsissima, si vnius rationem iuris inspicimus. Est enim absurdum nimisque periculosum notarij subscriptioni totam testamenti non modò probationem, sed voluntatem quoq; ipsam testatoris credere, de quo videnda sunt quæ pluribus scripsimus in Chiliade nostra de *error. pragmat.* ne hîc repetamus. Alia fideicommissi ratio est de quo in *l. Pamphilo* 39. §. 1. *de leg.* 3. In fideicommissis enim nuda voluntas sufficit, non in testamentis *l. fideicommissa* 11. §. *item si quis* 19. *eod. tit. l. penult. de leg.* 1. Sed quęri hîc potest cum Bartolo, an testamentum nuncupatiuum ita fieri possit, vt tamen testator heredem non palam nuncuper propria voce, si modò scriptura notarij expressum sit nomen heredis? Et sanè si iuris communis rationem inspicimus, quæ ex hac potissimum lege probatur, fatendum est nō posse testamentum eiusmodi valere, cùm, vt diximus, nuncupatiua testamenta ab heredis nuncupatione æstimentur: nuncupatio autem nihil aliud sit quàm vocalis quædam heredis, vt ita dixerim, expressio. Sed tamen extat Iustiniani constitutio in *l. iubemus* 29. *C. de testam.* quæ permittit testatori etiam per scripturam testanti heredis nomen aut propria voce nuncupare aut scribere. Ex quo videtur inferri posse, nihil ergo referre ad validitatem testamenti, an scribatur nomen heredis, an voce nuncupetur. Atque ita sanè est in testamento in scriptis post illam legem quæ tamen à Iustiniano postmodum abrogata est *Nouell. 119. vt sponsalit. larg. ca. 9. §. quia verò.* vnde sumpta est Authent. *& non obseruato* posita in *dict leg. iubemus*, in eo scilicet quod constituerat Iustin. vt si nomina heredum, si non propria testatoris lingua & voce nuncupata essent, saltem ipsius manu scriberentur, ne qua falsitatis comminiscendæ materia superesset. Vult enim hodie sufficere, vt etiam alterius manu nomen heredis scribi possit, sed tamen non æquè constituit, vt in testamento nuncupatiuo heredis nomen scribi sufficiat. Imò verò in versiculo *quemadmodum* disertè scribit in elogio, quod sine scriptura conficitur necesse esse testatorem exprimere voce nomen heredum. Quare nec dubitandum meo iudicio est, quin hæc sententia verior sit, licèt contraria quæ fuit Accursij, receptior sit, vt Bart. testatur. Sanè postquam placuit testamenta nuncupatiua probari per scripturam notarij, non minùs quantum ad voluntatem quàm quod ad solemnitatem, vt diximus, illud quoque recipi & induci necesse fuit, vt sufficiat notarium scribere nuncupatum fuisse viua voce nomen heredis à testatore, licèt id neque per testes neq; aliter quàm per notariū probetur. Ex quo illud quoque paulatim factum est, vt credatur hodie valere testamentum nuncupatiuum, si

uum, si notarius scripserit nominatum fuisse heredem à testatore, licèt non adiecerit verba illà *propria voce* aut *ore proprio*, quæ peritiores notarij addere solent & debent, ne de testamenti fide & validitate ideo dubitare quisquam possit. Sed & quærit Accurs. ad hanc legem, an testamentum per scripturam factum valeat sine legatis? Quæ tamē quæstio mihi semper absurda visa, cùm testamentum siue in scriptis, siue per nuncupationem fiat, non nisi ab heredis institutione vires accipiat *d.l.quod per manus* 10. *D. de iur. codicill.* §. *ante heredis Inst. de leg. l.* 1. §. *cui neque &* §. *si autem infr. de hered. instit.* Ex quibus locis notat Accursius posse quemvis rite testari, etiamsi nihil sit legaturus.

1 ¶ Si quid post factum testamentum mutari placuit, omnia ex integro facienda sunt. Quod verò quis obscuriùs [a] in testamento vel nuncupat, vel scribit, an post solemnia explanari possit, quæritur. vt puta Stichum legauit, cùm plures haberet: nec declarauit, de quo sentiret. item Titio legauit, cùm multos Titios amicos haberet. errauerat in nomine, vel prænomine, vel cognomine, cùm in corpore non erraſſet. poterítne postea declarare, de quo senserit? & puto, posse. nihil enim nunc dat, sed datum significat. Sed & si notam [b] postea adiecerit legato, vel suæ voce, vel literis, vel summam, vel nomen legatarij, quod non scripserat, vel nummorum qualitatem: an rectè fecerit? & puto, etiam qualitatem nummorum posse postea addi. nam, etsi adiecta non fuisset, vtique placeret, coniectionem fieri eius, quod reliquit, vel ex vicinis scripturis, vel ex consuetudine patrisfamilias, vel regionis.

Ad §. 1. Si quid post.

RAT. DVB. Legata in testamento relicta non tantùm in codicillis adimi possunt §. 1. *Instit. de adempt. leg.* sed etiam nuda & tacita voluntate, puta ob inimicitias, quæ superuenerunt inter testatorem & legatarium non minùs quàm fideicommissa, nisi quòd legata tacitè adempta non desinunt deberi ipso iure, sed tantùm ope exceptionis, fideicommissa verò ipso iure *l.* 3. §. *vltim. & l.* 4. *infr. eod. illo tit. de adim. leg.* Atqui codicilli longè minorem solemnitatem desiderant quàm testamentum, imò pænè nullam, vt ait Iustin. §. 3. *Inst. de codicill.* Ergo verum non est quod hic Vlpian. scribit, testatorem, si quid post factum testamentum mutare velit, omnia in integrum facere debere, id est, easdem solemnitates facere debere, non quas fortè adhibuit in testamento si superuacuas adhibuerit, vt benè Bartol. notat, sed quę ex ratione & necessitate iuris adhibēdæ essent, si nunc primum fieret testamentum. Nec enim negari potest, quin mutet aliquid ex testamento is qui legatum, quod dederat, adimit siue in codicillis sine extra codicillos ademerit.

RAT. DEC. Testamentum vires accipit ex heredis institutione solâ, non etiam ex legatis aut fideicommissis, aut aliis quæ in testamento relinquuntur *l. quod per manus* 10. *D. iur. codicillorum* §. *ante heredu Inſtit. de leg.* Ergo si quid mutare testator velit circa heredum institutorum aut etiam substitutorum personas, necessariò aliud testamentum faciendum est, ac proinde eædem ex integro adhibendæ solemnitates. Sed quod ad legata vel fideicommissa pertinet, aliud est. Nam fideicommissa quidem sicuti nuda voluntate relinqui possunt *l. fideicommissa* 11. § *item si quis de leg.* 3. *l penultim de leg.* 1. ita nuda voluntate adimi possunt ex *reg. legis nihil tam naturale* 35. *de reg. iur.* Legata verò quamuis non nisi in testamento relinqui possint *leg. illud* 13. §. 1. & *leg. vltim. infr. de iur. codicill.* nec nisi verbis directis & imperatiuis, quandoquidē legatum ex eo dictum, quòd legis modo imperatiuè relinquatur, vt Vlpian. scribit in *Fragm. tit. de legat.* æquè tamen adimi possunt, & in codicillis & extra codicillos hactenus scilicet, vt si legatum petat legatarius, doli mali exceptione repelli possit tanquam qui per occasionem iuris ciuilis, & per occasionem testamenti ex testamento agat contra testatoris voluntatem *dict. leg.* 3. §. *vltim. de adim. leg. l* 1. §. 2. *D. de dol. mal. except.* Absurdum enim esset fieri contra voluntatem id quod ex voluntate proficiscitur. Neque tamen tollitur & extinguitur legatum ipso iure propter regulam *dict legis nihil tam naturale & l. prout* 80. *infr. de solut.* sed tantum ope exceptionis doli, vt scriptum est in *dict. leg.* 3. §. *vltim.* Ex quo loco intelligimus quam grauiter illi errent, qui Pyleum veterem glossatorem sequuti existimant legata in testamento valido relicta non posse adimi nisi in codicillis testamento confirmatis, quorum singulare ius est, vt quæcunq; in iis scripta sunt, in ipso quoque testamento scripta videantur *leg.* 2. §. *codicillorum infr. de iur. codicill.* Nam si possunt adimi etiam extra codicillos, nec tantùm expressa, sed tacita quoque voluntate *dict. leg.* 3. §. *vltim.* an non multo magis adimi possunt etiam in codicillis testamento confirmatis? Quidquid enim fieri potest tacita voluntate, multò magis fieri potest expressa qualibet, vt Accurs. post Ioann. argumentatur ex *l. qui ad certū* 14. *supr. locat.* Illūd planè fatendum est potentiorem fore ademptionem legatorum si fiat in codicillis testamento confirmatis, quia faciet, vt legata ipso iure non debeantur vt in *leg. si quis eum* 16. *infr. de vulg. & pupill. substit.* neque vlla futura sit necessaria exceptio doli, quæ alioqui necessaria esset *leg. alumni* 3. §. 1. *de adim. leg.* etiamsi ex testamento militis ageretur *leg. militis* 36. §. *veteranus infr. de testam. mil.* Eóque pertinent leges illæ omnes quas tam multas in hanc rem adducit Accurs. Quod autem diximus hunc §. ad institutiones heredū restringi debere, ita accipiendum est, vt etiam ad substitutiones directas pertineat, directas scilicet per quas directò hereditas datur. Regula enim iuris est hereditatem neque in codicillis neque alibi quàm in testamento aut dari aut adimi posse *l. quidam in suo* 27. §. 1. *infr. de condit. instit. l.* 2. §. *vltim. de iur. cod.*

BIU Cujas

cill. Proinde siue hereditatem testator alij dare velit, siue cui dederit, adimere, testamentum ei aliud faciendum est. Planè si qua scriptura extra testamentum testator heredes suos scriptos indignos nominauerit, & tanquam indignis hereditatem ademerit, nocebit vtique ea res heredibus non vt heredes scripti esse desinant, nec vt testamentum ita fiat irritum, quin ex eo adire hereditatem possint, sed vt cum adierint, atque ita hereditatem sibi ex testamento per additionem quæsiuerint, ea hereditas illis tanquam indignis per fiscum auferatur *l. cum quidam 12. l si scriptis 19. infr. de his quæ vt indign. l. hereditas 4. Cod. eod.*

a *Quod verò quis obscurius.* RAT. DVB. Quoties aliquid mutandum est in testamento iam ritè cõdito & perfecto, omnia ex integro agenda sunt, vt proximè diximus. Atqui cùm testator obscurius loquutus in testamento postea declarat apertiùs voluntatem, vt euenit in eo qui cùm haberet plures Stichos, legauit simpliciter Stichũ, nec aperuit de quo sentiret, negari non potest quin addat aliquid testamẽto, si quidem addidit declarationem illam voluntatis. Ergo cùm mutet aliquid, omnia ex integro agenda sunt. Idémque est si quis Titio legauerit amico suo, cùm multos haberet eiusdem nominis amicos, aut si errauerit in nomine, vel prænomine, vel cognomine, non tamen in corpore, nam si in corpore errasset, vtiq; nouum legatum esset, ac proinde omnia ex integro agenda essent *leg. quoties 9. infr. de hered. instit.*

DEC. Aliud est mutare voluntatem, aliud declarare, qui enim declarat, nihil nunc dat, sed id tãtùm quod dedit & quid vel cui dederit significat. Non ergo necesse est, vt ad declarandam voluntatem testamentum ex integro fiat. Nam etsi voluntatem suam non declarasset, tamen ex coniecturis, siue ex testamento siue extra testamentum capiendis posset fortasse cognosci de quo testator sensisset, eõque casu legatum valeret, quomodo scriptum est in fine huius §. Quod ergo per coniecturas elici & probari posset, cur non liceat testatoris apertis verbis declarare, vel ob hoc ipsum ne voluntatis quæstionem & litis materiã relinquat? Cùm enim nulla in verbis est ambiguitas, non est admittenda quæstio voluntatis *leg. ille aut ille 25. §. 1. leg. non aliter 63. de leg 3. leg. continuus 137. §. cum ita de verb. oblig.* Planè si neque testator voluntatem suam apertè declarasset, neque de coniecturis perspici posset de quo sensisset, fatendum esset vtique legatum non valere *leg. si fuerit 10. infr. de reb. dub.* Nec sanè tam facile in eam sententiam descendendum est, vt testamentum quod semel ritè factum est, ex integro faciendum sit, ne alioqui facilè eueniat, vt ex tot solemnitatibus, quæ in testamentis requiruntur, vel vnius omissio totum testamentum vitiet, atque ita neutrum valeat, prius quidem defectu voluntatis, posterius verò defectu potestatis. Sed tamen declaratio illa noua voluntatis, quæ extra testamentum fieri potest, non ita pendet ex voluntate testatoris quin duobus saltem testibus probari non possit, aut scriptura aliqua de cuius fide dubitari non posset *l. 1. §. assignare infr. de assign. liberti. iunct. l & in Epistola 22. Cod. de fideicomm.* Puto tamen separandos esse casus illos duos de quibus priore loco dictum est in hoc §. id est, cùm testator plures, Stichos habens Stichum legarit aut plures Titios amicos, legauit Titio, nec apparet de quo Sticho, vel de quo Titio senserit, à tertio casu quo testator in nomine tantùm vel prænomine, vel cognomine errauerit non etiam in corpore: nam cùm apparet de quo corpore testator senserit, partũ obest error in nomine vel prænomine, vel cognomine, & declaratio qlibet testatoris potest sufficere, etiãsi testes duos non habeat, quia nec ad aliud proficit, quã ad tollendam omnem omnino dubitationem, vt rectè putat Accurs. ex *l. si is qui 25. infr. hoc tit.* Sed prioribus casibus necesse est probari eam per duos testes, quoniam alioqui legatum non valeret *dict. l. si fuerit.* Vbi enim numerus testium lege definitus non est, duo sufficiunt *l. vbi numerus 12. supr. de test.* Quærit Accurs. an idem sit in iudice, id est, vt postquàm pronuntiauit, adhuc tamen sententiam suam declarare possit? Dubitationem facit, quia postquàm semel sententiam suam iudex dixit officio suo functus est siue bene siue malè, inquit *lex iudex postquam 55. infr. de re iudic. l. terminato 3. Cod. de fruct. & lit. expens. l ab executore 4. in princip. infr. de appellat.* Sed magis est, vt sententiam suam possit iudex declarare & interpretari dummodo eodem die *l. Paulus respondit 42. infr. de re iudic.* Quod tamen ita accipiendum videtur, si & eodem die & iudice adhuc sedente pro tribunali iudex aliquid supplere velit, quod circa condemnationem, vel absolutionem omiserat & eo iure vtimur ex *l. diuus 6. supr. de in integ. restit* Sed obseruandum est aliud esse supplere, aliud verò declarare & interpretari, qui enim supplet, addit aliquid quod omissum fuerat, qui verò declarat & interpretatur, nihil addit, sed tantùm quid senserit explicat. Itaque non videtur denegandum iudici, vt sententiam suam declaret & interpretetur non solùm si non amplius sedeat pro tribunali, sed & alio die saluo appellationis remedio, si iudex sententiam suam malè quandocunque interpretatus, iudicatur, vt constat ex *dict. l. ab executore.* Planè in testamentis res apertior est, quia pendent à solius testatoris voluntate, quæ etiam cùm minùs aperta est, in iudicis arbitrio & æstimatione est *l. voluntatis 7. Cod. de fideicom.* Iunge *legem si quis à filio 32. §. 1. de leg. 1.* quæ pugnare quodammodo videtur cum *dict. leg. si fuerit*, de quo latiùs fortasse ad eum locum dicemus & *l. filiæ 28. §. 1. infr. de condit. & demonstr.* Denique aliud est quid constitui, aliud verò constitutum declarari *leg. sicut 8. §. etsi quidem supr. si seruit. vindic.* Aliud quoque voluntatem priorem confirmare, aliud verò nouam inchoare, inquit lex *si donatæ 36. §. 1. infr. de donat. inter vir & vxor.*

b *Sed etsi notam.* RAT. DVB. Nota quæ adiicitur legato, siue summam contineat siue nomen legatarij quod scriptum non fuerat, siue qualitatem nummorum quam testator non expresserat, facit partem legati & quidem aliquãdo potissimam. Ergo quemadmodum si nouum legatum daretur, testamentum ex integro faciendum esset ad hoc, vt eiusmodi legatum valeret, ita & idem iuris statuendum videtur parte dumtaxat legati addita, vt eadem sit ratio partis quæ totius *vulg. l. quæ de tota 76 supr. de rei vindic.*

DEC. Qui notam adiicit legato, præsertim aliquã ex supradictis, nihil de nouo dat sed dumtaxat datum significat, nec aliud exprimit quàm quod etiamsi expressum non esset, pro expresso tamen haberi posset ex coniecturis voluntatis, siue ex vicinis scripturis coniectura caperetur, siue ex consuetudine patrisfamilias, vel regionis. Ex iis enim omnibus coniectura capi solet, præsertim cùm

de quæ-

BIU Cujas

de qualitate nummorum quæritur *leg. si seruus plurium* 50. §. *vlt. de leg.* 1. *l. nummi* 73. *de leg.* 3. vbi tamen additur, si non aliter appareat de voluntate testatoris exiguiores nummos videri legatos: Quò pertinet regula iuris, quæ est in *l. semper in obscuris* 9. *de reg. iur.* Quod ergo aliunde quàm ex ipso testamento & per solas coniecturas probari potest, cur non voce ipsa, aut literis testatoris apertius probari poterit? Iunge alias *ll.* quas in hanc rem congerit Accursius.

2 ¶ In testamentis, in quibus testes rogati adesse debent, vt testamentum fiat: alterius rei causa fortè rogatos, ad testandum non esse idoneos placet. quod sic accipiendum est: vt; licèt ad aliam rem sint rogati, vel collecti, si tamen ante testimonium certiorentur, ad testamentum se esse adhibitos; posse eos testimonium suum rectè perhibere.

Ad §. 2. In testamentis.

RAT. DVBIT. Testamentum fauorabilius est quàm codicillus & quàm aliæ quælibet species vltimæ voluntatis. Atqui in codicillis sufficiunt testes quilibet etiam fortuiti non rogati, sicut & in omnibus contractibus *leg. vltim. Cod. de codicill. l. ad fidem* 11. *sup. de testam.* Ergo & testamentum valere debet, etiamsi testes qui in eo adhibiti sunt, non fuerint rogati. Et quamuis æquum sit tanto maiorem solemnitatem in testamento adhiberi, quanto plenior voluntas est, quæ testamento declaratur, videtur tamen in hanc rem satis abundéque esse, quòd in codicillis aliisque voluntatibus minùs solemnibus quinque testes sufficiant *leg. vlt. Cod. de codicill. l. vltim. Cod. de donat. caus. mort.* in testamentis autem septem testes requirantur, alioqui facilè eueniet, vt propter hanc solemnitatem omissam pleraque testamenta subuertantur, quæ tamen valere vtilius est Reip. *Nouell.* 119. *vt sponsalit. larg. cap.* 9. §. *quia verò.*

RAT. DEC. Qui facit testamentum, facit legem, vt sæpiùs diximus, non etiam qui codicillos, aut aliam speciem vltimæ voluntatis. Atqui non fit lex sine rogatu: qui enim ferebat legem ad populum, rogabat singulos, qui comitiis aderant, an eis legem ita ferri placeret: cui respondebãt singuli, Vti rogas. Vnde & leges latæ & rogatæ dicebantur. Ergo meritò constitutum fuit, vt testes in testamento adhibitos rogatos esse oporteret, vt ex rogatu intelligerent, se ad rem seriam adhiberi, & in qua sicuti magnum periculum est comminiscendæ fallitatis, ita maior cautio adhibenda est ne qua falsitas possit incurrere *leg. iubemus* 29. *Cod. de testam.* Eadem ratio facit, vt hæc solemnitas conuocandorum & rogandorum testium adeo necessaria sit, vt nec militibus iure militari testantibus remittatur *leg. Diuus* 24. *infr. de testam. milit.* nec rursum in testamento quod pestis tempore factum sit *leg. casus* 8. *Cod. de testam.* Eadem ratio facit, vt testes qui in testamento adhibentur, non modò puberes, sed etiam & masculos & ciues Romanos esse oporteat §. *testis autem Instit. de testam. ordin.* Rectè tamen subiicit Vlpian. si testes rogati sint ad quam aliam rem faciendam, posse nihilominùs adhiberi eos ad testamentum, si modò antequam testator incipiat testari, admoneantur se ad testamentum, non ad alium actum adhiberi. Parum enim refert quòd ad alium actum vocati & adhibendi fuerant, si modò ad testamentum postea adhibeantur; cùm facilè possit fieri, vt qui nondum cogitabat de faciendo testamento, mox vrgente vi valetudinis, cogatur mutato consilio testari, Iunge *authent. rogati Cod. de testam.* Eadem ferè diuortij faciendi solemnitas fuit, vt constat ex *leg. nullum* 9. *supr. de diuort.*

3 ¶ Vno contextu actus testari oportet. est autem vno contextu, nullum actum alienum testamento intermiscere. quòd (si) aliquid pertinens ad testamentum faciat, testamentum non vitiatur.

Ad §. vltim. Vno contextu.

RAT. DVBIT. Testamentum constat ex pluribus partibus: potest enim continere institutiones, substitutiones siue directas siue fideicommissarias, legata, prælegata, fideicommissa, tutelas, assignationes libertorum & alia huiusmodi si qua sunt, quæ testamento fieri vel relinqui possunt. Ergo ad validitatem testamenti non necesse est, vt vnico contextu fiat, præsertim cùm possint ea quæ in illo testamento relicta sunt, alia valere, alia non valere prout diuersam ac separatam habent rationem, vt in *authent. ex causa Cod. de liber. præter. leg. vltim. infr. de hered. instit.*

RAT. DECID. Testamentum nihil aliud est quàm lex à priuato homine quasi vice totius populi facta. Atqui lex quælibet indiuidua est, quia vnica rogatione & totius populi sponsione concluditur *leg.* 1. *& 2. supr. de leg.* Ergo & actus testamenti indiuiduus est, vt sunt etiam secundùm Philosophos omnes substantiæ rerum, tantóque magis testamentum, quod vnius nuncupatione concluditur, quæ porrò non nisi in fine testamenti adhibetur, vt Vlpian. in fragmentis scribit, sed earum præsertim quæ in faciendo consistunt *leg. cum ex causa* 139 *infr. de verbor. oblig. iunct. leg. consilio* 7. §. *vltim. de curat. fur.* Et quamuis eorum quæ in testamento relinquuntur alia valere possint, alia non valere, ipsum tamen testamentum, vel totum valere, vel totum nullius momenti esse necesse est. Ac proinde fieri debet vno contextu, id est, nullo alio actu extraneo intermisto, vt Vlpianus hîc explicat, nisi ad testamenti causam pertineat: quomodo dicimus, continuum esse debere actum stipulandi & promittendi *leg. continuus* 137. *in prine. de verb. oblig.* item actũ per quem constituantur duo correi credendi vel debendi in *leg. duos* 6. §. *duo rei infr. de duob. reis.* vbi excipitur tantùm is actus, qui sit modicus nec contrarius constituendæ obligationi correorum. Illud sanè omnino requiritur, vt testator ad alia ne-

BIU Cujas

gotia non diuerterit, id est, quæ à testamento condendo sint aliena. Nam si quid extra causam testamenti faciendum sit, quod ad testatoris vel testium salutem pertineat, non impedit ea res validitatem testamenti, vt expresse Iustinianus constituit in *leg. eum antiquitas* 28. *Cod. de testam.* Vnde fit vt probare non possim quod Accursius ad hunc §. notat, & communiter interpretibus placet, posse etiam contractum quemlibet inter viuos, puta donationis aut venditionis fieri in testamento. Quid enim habet commune contractus cum testamento *leg. verba contraxerunt* 20. *de verb. sig.*? Nec potest negari quin ad aliud negotium diuertat qui testamentum faciendo in animum inducit, vt cum alio contrahat. Nec ad rem pertinet quod Accursius obiicit ex *leg. assignare 7. infr. de assignand. lib.* vbi scriptum est, assignationem liberti neque legatum esse neque fideicommissum, & ideò etiam per chirographum & extra testamentum fieri posse, de qua tamen nemo dubitauit, quin in testamento fieri posset: nam si assignatio liberti neque legatum neque fideicommissum est, multò minùs contractus est, cùm ex sola voluntate & liberalitate assignantis pendeat. Non est ergo bona consecutio ab assignatione liberti ad contractum, vt quemadmodum liberti assignatio, ita & contractus in testamento fieri possit, de quo videnda sunt quæ scripsimus in Chiliade nostra de *errorib. pragmat.* Itaque otiosa est quæstio, quam subinde agitant interpretes, An quemadmodum testamentum ritè factum per aliud testamentum rumpitur, ita & contractus in priore testamento factus simul cum testamento pereat, nisi quòd ex hac ipsa quæstione intelligimus magis contractum in testamento fieri nullomodo posse. Vtrumque enim absurdum est & reuocato testamento reuocatum intelligi contractum qui in testamento factus est, cùm omnes contractus ex postfacto sint necessitatis *leg. sicut* 5. *Cod. de obl. & act.* nec possit quisquam obligari sub hac conditione si velit *leg. sub hac conditione* 8. *eod. illo tit.* neq; rursus fieri possit, vt rescisso testamento maneat contractus, qui testamento comprehensus est. Illud difficilius est si testator in testamento suo dixerit ad exonerandam fortè conscientiam se à Titio centum accepisse mutua, aut solutionem eius quantitatis, quam Titius debebat, addito etiam, vt aliquando fit, iureiurando, an reuocato testamẽto ea quoque confessio reuocata censeri debeat, adeóque an expressa voluntate reuocari possit: nam si neque reuocata sit, neque mutatum testamentum, nemo dubitat quin eiusmodi confessioni standum sit *leg. cùm quis decedens* 37. §. *codicillis de legat.* 3. Sed tamen magis est, vt in testantis arbitrio esse debeat etiam animæ suæ periculo, si velit eam confessionem reuocare, non enim potest esse fortior quàm alia quæuis confessio facta parte absente & ante acceptationem reuocata, ex qua certum est nihil iuris acquiri absenti ne quidem ad liberationem ex iis quæ notant nostri post Bartol. ad *l. certum* 6. §. *si quis absente infr. de confess.* Nam & quod dici solet ex testamento etiam nullo probari voluntatem, & declarari *leg. vltim. supr. de reb. eorum qui sub. l. licet* 20. *infr. de adimend. leg.* aliud tamen est in testamento reuocato, in quo quicquid continetur, etiam reuocatum intelligitur *l. militis* 36. §. *veteranus infr. de milit. testam.*

22. IDEM lib. 39. ad Edictum.

AD testium numerum simul adhiberi possumus ego & pater: & plures, qui fuimus in eiusdem potestate.

Ad l. Ad testium 22.

RAT. DVB. Pater & filius eadem persona esse censentur non tantùm ciuili iure, sed etiam prætorio *leg. ne cum filiofamilias* 16. *infr. de furt. leg. vltim. Cod. de impub. & aliis subst.* Ergo non possunt pater & filius tanquam plures testes in vno testamento adhiberi. Idémque iuris est in pluribus fratribus in eiusdem patris potestate constitutis *leg. frater à fratre* 38. *supr. de cond. indeb.* nascitur enim vtrumque ex iure patriæ potestatis.

DEC. Ius patriæ potestatis sicuti non habet locum nisi inter patrem & liberos, ita neque facit, vt quantum ad tertios eiusdem personæ iure censeri possint: reuera enim sunt distinctæ non tantùm naturaliter, sed etiam ciuiliter, cùm filiusfamilias perinde caput habeat in ciuitate, & ciuis Romanus sit atque pater, perindéque constituat vnam ex differentiis ciuium Romanorum atque pater *l. nam ciuium* 4. *supr. de his qui sunt sui vel alien. iur.* Ergo nihil vetat quominùs pater & filij, pluréque fratres in extranei testamento testes adhibeantur §. *pater Instit. de testam. ord. pater* 17. *supr. de testib.*

1 ¶ Condicionem testium tunc inspicere debemus, cùm signarent, non mortis tempore. si igitur tunc, cùm signarent, tales fuerint, vt adhiberi possint: nihil nocet, si quid postea eis contigerit.

Ad §. 1. *Condicionem.*

RAT. DVB. Testamenta non confirmantur à lege, vt legis vim habeant nisi eo tempore quo testator moritur, cùm eo tempore certum esse incipiat testamentum mutari non posse, quod alioqui ad vltimum vsque vitæ spiritum mutari potest *leg. si quis in principio* 22. *de leg.* 3. *l. cùm hic status* 32. §. *pœnitentiam supr. de donat. inter vir. & vxor. l.* 4. *infr. de adim. leg.* Ergo quoties quæritur, an testes in testamento adhibiti sint idonei, inspicienda est ea testium condicio, quæ tempore mortis inuenitur, non quæ tempore testamenti. Nam & generaliter proditum est condicionem & qualitatem testis inspici debere eo tempore quo testificatur *leg.* 3. *in princip. supr. de testib.*

DECID. Multum interest, an testis adhibeatur ad solemnitatem actus, an verò ad probationem

BIU Cujas

bationem rei gestæ. Priore casu non potest inspici aliud tempus quàm eius actus in quo testis adhibitus fuit, quia actum quemlibet necesse est aut valere eo tempore, quo fit, aut nunquam, ob regulam legis *quod ab initio 29. de reg. iur.* sicut & actus qui ab initio constitit, nunquam ex postfacto irritus fieri debet, secundùm perpetuam Papiniani sententiam quæ extat in *l. verbis legati 5. infr. ad leg. falcid. & l. donationes 39. in princip. infr. de donat.* à Iustiniano nostro relatam & probatam in *§. ex contrario Instit. de legat.* At cùm agitur de probando eo quod in actu ipso cõtinetur, tempus testationis spectandum est, quo testimonium dicit, non quo in testem adhibitus fuit. Atqui testes in testamento adhibentur ad solemnitatem duntaxat non ad probationẽ voluntatis. Necesse igitur est condicionem & qualitatem attendi inspecto tempore testamenti, nam & tempus illud est in quo prima fit testamenti confirmatio, quamuis reuocabilis, nec enim posset mortis tempore subsequi secunda legis confirmatio eáque irreuocabilis, nisi prior testamenti tempore præcessisset, cùm ex testamento quod ab initio nullum fuit, nunquam lex deferat hereditatem, ideóque nimirum requiri, vt testamentum validum sit vtroque tempore. Ergo si vnus ex testibus tempore testamenti seruus fuerit, quem diximus ad *legem qui testamento in §. seruus*, ad solemnia testamenti adhiberi non posse, non eo magis valebit testamentum, quòd mortis tempore sui iuris reperiatur, & contrà si tempore quo adhibitus fuerit ad testamentum, libet, homo fuerit, non nocebit testamento quòd seruus factus postea sit *leg. notionem 99. §. instrumentorum de verb. sig. §. sed cùm aliquis Instit. de testam.* Sic & cùm quæritur quid & quantum sit in legato, testamenti tempus inspicere solemus non mortis, nisi verba ad tempus futurum extendantur *leg. si ita 8. & leg. vltim. in princip. de aur. & arg. leg.* Quid igitur si in testamento adhibitus testis sit seruus, qui tamen communi opinione liber putabatur? non eo minùs valebit testamentum, quia sufficit, vt sit habilis verè vel putatiuè, quomodo Accurs. loquitur ex *leg. 1. Cod. de testam. iuncta l. Barbarius 3. supr. de offic. prætor. l. 3. in princip. supr. ad SC. Maced.* Tempus autem quo testes adhibiti sunt in testamento, non aliud esse potest quàm quo signarunt testamentum, quomodo Vlpianus hîc loquitur, cùm dixerimus ad *§. vlt. leg. proximè præced.* vnico contextu fieri testamentum debere. Finis enim testamenti in scriptis de quo hîc agitur, subscriptiones sunt & signacula testium *leg. hac consultissima 21. versic. finem Cod. de testam.* Iunge *l. iniuriarum æstimatio 21. inf. de iniur. l. 1. infr. de pœn.* Et si autẽ hic §. loquitur de testamento in scriptis, placet tamen quod Cuiacius notat etiam ad testamentum nuncupatiuum extendi debere, vt scilicet testium condicionem eam inspici oporteat quæ fuit tempore testamenti, nempe ad testamenti solemnitatem. Sed si testatoris quoque voluntas probanda sit, difficilius est admittere, non illud etiam tempus inspiciendum esse, quo testes dicant testimonium ex *dict. leg. 3. de testib.* quamuis contra putet Cuiac. illa potissimum ratione, quòd testes ab initio idoneos fuisse sufficiat, & ego quoque fauore testamentorum probabilius id arbitror, ne tam facilè subuertantur. Generale enim est in quolibet instrumento, vt testes instrumentarij, & quorum fides semel admissa fuit, quos pragmatici vulgò affidatos vocant, reprobari postea non facilè possint, si de eo tanrùm interrogentur quod in instrumento scriptum est.

2 ¶ Si ab ipso testatore anulum accepero, & signauero: testamentum valet, quasi alieno signauerim.

Ad §. 2. Si ab ipso testatore.

RAT. DVB. Tot debent esse signacula testium quot sunt testes, cùm singuli testes & subscribere in testamento in scriptis, & signare, id est, signacula ponere debeant, vt constet de numero & diuersitate testium. Ergo debent esse distincti annuli & diuersi, & proprij singulorum testium, alioqui ex signaculis probari non poterit septem testes interfuisse, multo minùs verò, si vnus ex testibus annulo testatoris signasse proponatur. Ita enim posito iure, quid erit facilius quàm testatori, quot volet signacula quasi testium adhibere, quæ tamen proprio annulo insciis fortasse testibus scripserit?

DEC. Solemnitas adhibendorum in testamentis testium non tam à iure ciuili primùm introducta est, quo quinque testes sufficiebant in testamento per æs & libram condito, vt Vlpianus in fragmentis scribit, quàm ex iure prætorio quo pollicitus fuit prætor daturum se bonorum possessionem secũdùm tabulas testium septem signis signatas, vt Iustinianus refert in *§. sed prædicta Instit. de test. ord. l. 1. §. penult. & vltim. l. cùm tabula 7. & passim debonor. possess. secun. tab.* Prætor autem non expressit in edicto, vt singuli testes proprio annulo signare tabulas testamenti deberent. Meritò igitur placuit hanc nouam solemnitatem quasi ex abundanti introductam sic interpretari vt testãdi facultas quàm minimũ posset restringeretur, ac proinde, vt sufficere deberet signare testes quocunque annulo, siue suo, siue alieno. Alioquin vt Papinianus dicebat, quid si septem testium proprij annuli, vt ex facto posset contingere, eadem sculpturâ inuenirentur, vt Iustinianus refert in *§. possunt autem Instit. de testam.*? An non esset absurdum huiusmodi testamentum euerti, quasi non benè & ritè signatum, tametsi testes singuli proprios suos annulos non alienos adhibuissent? Quod si permissum est testibus etiam alieno annulo signare, quidni etiam annulo testatoris? An fortè eo minùs magísve alienus est quòd testatoris sit. Sed tamen ita hoc accipi debet, vt ex ipsorum quoque testium subscriptionibus apparere debeat, an proprio an alieno annulo signauerint, & rursum si alieno, cuius annulo, vt certò sciri possit diuersa esse septem signacula & quorum sint, ne de eo dubitari postea & inquiri necesse sit. Idque adeò verum est, vt etiam vnico annulo possint omnes testes signare *dict. §. possunt autem*, dum tamen annulus ille habeat characteres: *§. signum autem infr. hac leg.* Addit tamen Accursius necessarium esse vt proprio lino propriáq; cera signacula sua distinxerint, quod tamen probare non possum, quia neque autoritatem habet neq; rationem, cùm non possit nec debeat maior esse obseruatio & strictior in lino & in cera, quã in annulo. Nec ad rem facit quod Accursius obiicit ex *§. igitur*

Instit. de pupill. substit. vbi tractans Iustinianus de secundis tabulis, quas pater impuberi filio fecerit, ait debere illas patrem proprio lino propriáque cera consignare, ne scilicet dubitari possit, quin testamentum filij sit à patre factum. Sed nemo non videt non tantùm requiri solemnitatem in signaculis testium adhibendis, vt sunt illa minoris etiam momenti, vel ob id maximè quòd eorum fides munitur etiam testium subscriptionibus, quas in testamentis non minùs quàm signa esse adhibendas Imperatoribus placuit, vt refert Iustinianus in *dict. tit. de testam. ordin.* vt constat ex Theodosij & Valentiniani constitutione *leg. hac consultißima 21. vers. finem autem Cod. eod.*

3 ¶ Si signa turbata sint ab ipso testatore, non videtur signatum.

Ad §. 3. Si signa.

RAT. DVB. Possunt signa testium turbari à testatore vel ante, vel post perfectum testamentum: si ante perfectum, nemo dubitat, quin hoc ipso testamentum impediatur, ne valere possit, quasi testatorem pœniteat voluntatis quam habuit faciendi testamenti, quomodo Accursius hunc §. intelligit, nec Bartolus repugnat: si verò post perfectum testamentum, non videtur ea res, quamuis à testatore facta, posse facere, vt testamẽtum solemne ex tam multis constans solemnitatibus sola signorum aut signaculorum turbatione corrumpatur: nihil enim tam naturale est, quàm vnumquodque eo modo dissolui quo colligatum est, *leg. nihil tam naturale est 35. de reg. iur. l. prout 80. de solut.* Nam nec sufficeret testatorem dicere se nolle testamentum suum valere §. *ex eo. Instit. quib. mod. testam. infir.* nisi dixerit velle se decedere intestatum, & hoc approbauerint ij, qui ab intestato volunt succedere *leg. vltim. infr. de his quæ in testam. delent. & l. 1. §. penult. infr. vnd. liber.*

DEC. Testamentum licèt solemne esse debeat, attamen non tam ex solemnitate, quàm ex testatoris voluntate æstimatur *leg. 1. supr.* Atqui cùm testator post testamentum etiam perfectum turbat signa testium consultò, non aliam animum habere videri potest, quàm mutandæ voluntatis, perinde ac si tabulas incidisset aut deleuisset *dict. leg. vlt. & leg. 1. §. sed consulto infr. de his quæ in testam. delent. ex dict. leg. 1. §. penult. vnde. lib. & leg. cùm quidam 12. infr. de his quæ vt indig.* Ergo quamuis ea res non sufficiat ad testamentum ipso iure rumpendum, quia non nisi posteriore testamento solemniter perfecto prius rumpi ipso iure potest, vt aliis modis de quibus in *dict. tit. Instit. quomod. testam. infir.* non potest tamen haberi ratio voluntatis à qua testator recesserit. Imò verò nec videtur signatæ tabulæ, vt scriptũ est in hoc §. quia sicuti dicimus, non videri in rẽ versum quod non durat versum *l. si pro patre 10. §. versum supr. de in rem vers.* nec solutum quod non durat solutũ *l. si rem 20. l. si quis aliam 46. & l. qui res 98. de solut.* ita nec videtur signatum testamentum, quod non durat signatum, & consequenter non potest valere testamentum siue ciuili iure siue prætorio, non magis quàm si signatum nunquam fuisset. Longéq; alia ratio est testatoris incidẽtis tabulas, aut delentis, ita tamen, vt legi possint. His enim casibus non eo minùs valet testamentum, perinde ac si testator mutata voluntate aliud testamentum facere cœpisset, nec tamen perfecisset *dict. §. ex eo Inst. quib. mod. testam. infir.* potéstque mutatio voluntatis hoc dumtaxat facere, vt doli exceptione repellendi sint ij qui ex testamento petere aliquid volent, *dict. §. sed consulto, & leg militis 36. §. veteranus infr. de testam. mil.* & vt scriptis heredibus auocari hereditas possit, vel per legitimos heredes, si probetur testatorem intestatum decedere voluisse *dict. leg. vlt. de his quæ in testam. delent. in fine & dict. leg. 1. §. pen. vnd. lib.* aut per fiscum, si nihil aliud scriptis heredibus obiiciatur, quàm quòd indigni sint qui retineant hereditatem defuncti, cuius non retinuerunt voluntatem *dict. leg. cùm quidam de his quæ vt indig.* excepto casu *d. §. veteranus.* De cuius sententia vide quæ scripsi ad finem tertiæ partis de *errorib. pragmat.* Non enim quòd heres sit indignus facit, vt eo minùs valeat testamentum, nec vt ex eo adiri non possit hereditas, sed è contrario, vt tãquam adita & heredib. scriptis acquisita iis auferatur, quibus auferri non posset, si acquisita iis non esset. At cùm testator turbauit testium signa, testamentum perinde habetur, ac si nunquam fuisset signatum. Neque tam ex eo rumpitur, quàm nunquam valuisse demonstratur: non enim sufficit quod valuerit ab initio, nisi valeat in tempus vsq; mortis. Quare nec admittenda est distinctio Accursij, an ante, aut post perfectum testamentum testator signa turbauerit: omni enim casu si consultò turbauerit, infirmatur testamentum, vt rectè Cuiacius contra Accursium disputat, admittens tamen Accursij distinctionem, si inconsulto inductum vel deletum quid sit. Sed quod addit Cuiacius, vt legi non possit, non video quam habeat rationem, quia quod ita deletum est, vt legi nullo modo possit, siue ante siue post deletum testamentum id factum sit, fieri certè nequit vt valeat, nec si testamentum militis proponatur *leg. in fraudem 15. §. 1. infr. de testam. mil.* nisi ponas deletum aliquid fuisse, aut inductum, quod ad heredum institutiones nõ pertineat, sed ad legata duntaxat vel fideicommissa, vel alia eiusmodi sine quibus testamenti validitas possit consistere. Quod si non à testatore turbatio ista facta sit sed casu fortuito, vel ab alio quolibet inuito etiam aut ignorante testatore, certum est nihil eam rem obesse testamento *leg si vnus 12. l. nostram 30. C. hoc tit.* non magis quàm si à muribus tabulæ rosæ sint, vel linum aliter ruptum vetustate, vel situ, vel casu putrefactum vt in *l. 1. §. vlt. infr. de bon. poss. sec. tab.* vbi additur non eo minùs extare signatas tabulas quòd pars lini vel incisa vel rosa sit. Iunge *leg. hac consultißima 21. §. si quis autem Cod. de testam. & d. l. in fraudem §. 1. infr. de test. mil. & l. qui liberis 11. §. testamento infr. de bonor. possess. secun. tab.* Multum ergo interest, an turbata sint signa testiũ aut aliquid inductum, vel deletum. Prius enim ad solemnitatem iuris pertinet, posterius verò ad fidei & voluntatis quæstionem, vt eleganter est scriptum in *dict. leg. si vnus.*

4 ¶ Si

4 ¶ Si quis ex testibus nomen suum non adscripserit, verumtamen signauerit: pro eo est, atque si adhibitus non esset. sed & si (vt multi faciunt) adscripserit se, non tamen signauerit: adhuc idem dicemus.

Ad §. 4. Si quis ex testibus.

RAT. DVB. Neque signacula, neque testium subscriptiones ad alium finem requiruntur, nisi vt sciatur, quis cuius testamento tanquam testis interfuerit *leg. pen. infr. hoc tit.* Atqui possunt in eam rem signacula sine subscriptionibus, aut etiam subscriptiones sine signaculis sufficere, vt in aliis omnibus actibus obseruari videmus, in quibus alterutrum interuenire satis est, vt in *leg. sicut* 8. §. *non videtur leg. Titius* 9. §. 1. *infr. quib. mod. pign. vel hypoth. solu. leg. si non subscripsisti* 15. *Cod. de admin. tut. leg.* 2. *Cod. de reb. alien. non alienand. leg. si ita stipulatus* 136. §. *Chrysogonus infr. de verb. obl.* Ergo sufficit testes testamentarios vel subscripsisse vel signasse, præsertim cùm in vetustiore genere testamentorum quod fiebat per æs & libram, licèt quinq; testes adhiberentur, subscribere tamen aut signare necesse non erat.

DECID. Testamenta, quibus hodie vtimur, longè solemniora sunt, quàm quæ prioribus temporibus fiebant, propterea quòd maius periculum videretur subesse falsitatis alicuius comminiscendæ in testamentis *leg. iubemus* 29. *Cod. de testam. leg. vltim. Cod. de fideicom.* de quibus scilicet nunquam quæritur, nisi post mortem testatoris, ac proinde eo tempore, quo testator iam mortuus voluntatis suæ veritatem asserere non potest. Itaq; cùm olim quinque testes sufficerent, aucta est solemnitas duorum numero, vt septem adhiberi hodie necesse sit: itémque signaculis testium ex edicto prætoris, tandemque eorundem testium subscriptionibus ex Imperatorum constitutionibus, vt constat ex Iustiniani Institutionib. *tit. de test. ordin.* & ex Theodosij constitutione, *ex l. hac consultissima* 21. *vers. finem autem Cod. eod.* Cùm itaque tam ex edicto quàm ex constitutionibus vtrumque pro forma & solemnitate prescriptum sit, neutrum prætermitti potest, quin testamentum quasi minùs solemne corruat *dict. leg. penult. infr. hoc tit. & leg. si vnus & leg. nostram* 30. *Cod. eod.* Quoties enim aliquid à lege pro forma præscribitur id obseruari ad vnguem debet, ne alioqui vel minima omissione actus vitietur *l. cùm hi* 8. §. *si prætor aditius supr. de transact. l. magis puto* 5. §. *non passim supr. de reb. eor. qui sub. tut.*

5 ¶ Signum autem vtrùm anulo tantùm impressum adhibemus: an verò, & si non anulo, verùm alio quodam impresso? variè enim homines signant: & magis est, vt tantùm anulo quis possit signare: dum tamen habeat χαρακτῆρα, id est, *formam, insculptámque signi imaginem.*

Ad §. 5. Signum autem.

RAT. DVB. Parum in effectu videtur interesse, an testis adhibitus in testamento illud signauerit annulo siue suo siue alieno, an verò alio quodam impresso, cùm de eo annulo loquamur quem necesse sit habere characterē, vt scriptum est in *hoc* §.

DEC. Prætoris edictum, quod hanc solemnitatem signandi testamenti induxit, non de quolibet impresso locutum est, sed tātùm de annulo. Habebant enim veteres in vsu annulos ad eam rem maximè comparatos, quos ideo signatorios appellabant, & per quos longè meliùs ac tutiùs quàm per aliud quodlibet impressum dignosci poterat eius persona aut saltem familia quæ signasset. Nec enim omnes annuli erant signatorij, putà illi qui inter ornamenta muliebria computabantur, de quibus in *l. argumento* 25. §. *ornamenta infr. de aur. & argent. leg.* Illud verò obseruādum est, subscriptiones testium ita fieri solitas, vt ad obsignationem referrentur: erat enim hæc vulgaris subscriptionis formula, *Lucius Titius Caij Seij testamentum obsignauit*, vt colligi potest ex *dict. leg. penult. hoc tit.* Ex qua illud notandum est, differentiam hanc fuisse inter subscriptionem & obsignationem, quòd obsignare etiam annulo alieno quis poterat, vt diximus in §. *sin ab ipso.* aliena autem manu subscribere non licebat, sed proprio quisque chirographo: vnde fiebat vt imperiti literarum, & qui scribere nesciebant, testes adhiberi non possent nisi in testamento rure facto. Quod & Cuiacius hîc notat ex *leg. vltim. Cod. de testam.* Benè igitur Vlpianus concludit, non alio sigillo quamuis impresso testamentum signari posse, quàm annulo signatorio & habente characterem. Quem annulum Vopiscus sigillaricium vocat, de quo Cuiacius *lib. 14. obseruat. cap. 11.* Vbi & receptam huius §. lectionem defendit aduersus Hotomanum, qui in illis verbis, *vt tantùm annulo*, addendam credidit negationem, legendúmque, *vt non tantùm*: id est, formam aliquam insculptámque simul imaginem: quamuis in aliis actibus parum referat quod signum adhibeatur, adeò variè varij, atque interdum etiam iidem signare solent.

6 ¶ Posse & nocte signari testamentum, nulla dubitatio est.

Ad §. 6. Posse & nocte.

RAT. DVBIT. Magnus subest in testamentis condendis comminiscendæ falsitatis metus, magnúmque periculum, vt diximus, introductis ob eam maximè causam tot solemnitatibus *leg. iubemus* 29. *Cod. de testament.* Atqui noctis tenebræ multò in eam rem apriores sunt, id est, vt fraudibus comminiscendis & faciendis inseruiant, cùm, vt dici solet, quisquis malè agit, oderit lucem, & quemadmodum malum plerumque est, quod occultatur, ita faciliùs fiat malum, quod clam & in occulto fieri potest *leg. vltim. suprà de rit. nupt.*

BIU Cujas

DECID. Interest reipublicæ testamenti faciendi vsum & facultatem ampliari potiùs quàm restringi, & ingrauescens testatoris valetudo plerunque non patitur, vt testamenti factio in diem crastinum differatur. Meritò igitur ita ius inualuit & receptum est, etiam nocte testamentum fieri posse, adhibitis nimirum iisdem solemnitatibus, quas, si meridie testamentum fieret, adhiberi oporteret. Similis penè ratio adfertur ab Vlpiano circa necessitatem inducendæ actionis exercitoriæ *leg. 1. in princ. supr. de instit. act.* Sic dicimus etiam transactionem noctu fieri posse *leg. non minorem 20. Cod. de transact.* Vbi ratio redditur, quòd nullum tempus hominis sanæ mentis & maioris viginti quinque annis consensum repudiet. Quò etiam pertinere videtur *l. more 8. supr. de feriis.* Quæ ratio licèt generalis sit, hoc tamen ferè iure vtimur, ex vsu & stylo notariorum nostri temporis, vt exceptis testamentis, neque transactiones, neque alium vllum contractum noctu scribi & in stipulationem deduci patiantur. Quod sicuti in aliis ferè contractibus facilè ferendum est, ita & in transactionibus periculosum mihi semper visum fuit, quas sanè interest reipublicæ citius fieri & noctu quoque potiùs quàm dilato in diem crastinam negotio, mutandi consilij occasionem inde arripere, & transigendi animum abiicere, atq; ita litem litisve materiam retinere, à qua statim discedere, nec vnquā ad eam regredi melius fuisset, *l. commota 6. l. fratris 10. l. quamuis 39. & passim Cod. de transact.*

7 ¶ Signatas tabulas accipi oportet, & si linteo, quo tabulæ inuolutæ sunt, signa impressa fuerint.

Ad §. 7. Signatas.

RAT. DVBIT. Tabulas testamenti septem testium signis signatas esse oportet, vt possit videri satisfactum solemnitati iuris & ciuilis & prætorij *leg. 1. de bon. possess. sec. tab. l. hac consultissima 21. in princ. iuncta l. si vnus 12. Cod. de testam.* Atqui longè aliud sunt tabulæ, aliud verò linteum, quo sunt inuolutæ. Tabulæ enim vt plurimum erant ligneæ, vnde dicitur bonorum possessio, quæ datur contra tabulas, dari contra lignum in *leg. quod vulgò 19. de bon. poss. contr. tab.* aut ex qua alia dura materia: linteum verò quo inuoluebantur tabulæ, erat lineum. Ergo non potest valere testamentum, si testium signa impressa fuerint linteo tantùm, quo tabulæ sunt inuolutæ, non etiam ipsis tabulis.

DEC. Nihil interest, an signa impressa sint linteo, an tabulis, quæ in eo linteo sunt inuolutæ, cùm inuolutio & opertura tabularum, quæ habet signa testium impressa, non possit separari à tabulis, quin hoc ipso testamentum fieret irritum quasi signaculis & subscriptionibus testium destitutum. Atq; ita etiam hodie obseruatur, quoties testamentum fit in scriptis, vt subscriptiones & signacula testium adhibeantur in charta inuoluente testamentum, & in qua nihil aliud scriptum sit, sed nihilominùs ita filo ligata, vt nec filum mutari possit, aut alij chartæ superinduci, quin signacula testium corrumpantur, vt proinde nullus falsitatis metus possit occurrere.

23. IDEM lib. 4. Disputationum.

SI testamentum, quod resignauerit testator, iterum signatum fuerit septem testium signis, non erit imperfectum: sed vtroque iure valebit: tam ciuili, quàm prætorio.

Ad l. Si testamentum 23.

RAT. DVBIT. Testamentum, quod iam signatum fuit, non potest resignari, id est, aperiri, quin signa turbentur & corrumpantur. Atqui turbatio signorum corrumpit testamentum, vt proximè diximus, quasi nunquam fuerit signatum. Semper enim turbatio sumitur in malam partem & ad effectum destruendi, vt in *leg. non putauit 8. in princip. de bon. poss. contr. tab. l. 1. §. penult. de tabul. exhib.* Ergo & resignatio testamenti faciet imperfectum testamentum, quasi signatum nunquam fuerit, nec sufficiet iterum signari, nisi cæteræ omnes solemnitates ex integro fiant, vt in *leg. heredes palam 21. §. 1. supr. hoc titul.*

DECID. Longè aliud est testamenti signa turbari, aliud verò testamentum resignari, si modò iterum signatum sit septem testium signis ex integro repositis. Priore casu testamentum infirmatur, quia turbatio signorum destruit solemnitatē, tametsi non destrueret voluntatem, quam tamen necesse est destrui, destructa solemnitate. At posteriore casu nihil mutatur ex solemnibus, sed eadem solemnitas restituitur, quæ ab initio fuerat necessaria, vt bene hîc Cuiacius docet. Proinde valebit hoc testamentum vtroque iure & ciuili & prætorio, cuius effectus ille erit, vt & iure ciuili possit ex eo adiri hereditas, & iure prætorio peti bonorum possessio secundùm tabulas. *leg. liberorum 11. §. 1. de his qui notant. infam.* Sed hoc ita accipiendum, si in testamento resignato testator nihil mutauerit, nec induxerit, nec cancellauerit, alioqui recurrendum erit ad distinctiones istas, de quibus diximus in superioribus. Item necesse est, vt eadem signa & eorum testium reponantur, quæ prius fuerant adhibita, alioqui minima mutatione totum testamentum corrumpetur. Iunge *leg. nostram 30. Cod. de testam.* Placet autem quod Accursius hîc notat, facilius esse, vt quid renascatur, quàm vt de nouo, id est, nunc primum nascatur ex *leg. qui liberis 11. §. testamento infr. de bonor. possess. secund. tabul. leg. cùm hic status 32. §. pœnitentiam suprà de donat. inter vir. & vxor.* Est enim facilis cuiusque rei reditus ad suam naturam *leg. si vnus 21. §. pactus ne peteret de pactis.* Ideo autem Vlpianus monet, valere testamentum vtroque iure tam

BIU Cujas

tam ciuili quàm prætorio, quia testamenta quæ hodie fiunt, mixta sunt & esse debent ex vtroque iure propter numerum & signacula testium, quæ iuris prætorij solemnitates sunt, cæteræ verò omnes aut ex iure ciuili aut ex constitutionibus, vt diximus in præcedentib. ex Iustiniano in *tit. de test. ordin.*

24. FLORENTINVS libr. 10. Institutionum.

VNum testamentum pluribus exemplis consignare quis potest. idque interdum necessarium est si fortè nauigaturus, & secum ferre, & relinquere iudiciorum suorum testationem velit.

Ad l. Vnum testamentum 24.

RAT. DVB. Nemo potest cum pluribus testamentis decedere, excepto milite, qui hoc priuilegium habet inter cætera *leg. quærebatur 19. leg. miles si testamentum 35. infr. de testam. milit.* Ergo nec plura exemplaria vnius eiusdémque testamenti potest relinquere, cùm vtrumq; exemplar sit authenticum & originale: alioqui facilè eueniet, vt plus vel minus in vno exemplari scriptum inueniatur quàm in altero, quo casu nesciri posset, cui potiùs stari oporteret, existente vtroque eiusdem fidei & authoritatis, vt in *leg. Sempronius Proculo 47. de legat. 2.* Ponimus enim vtrumque esse exemplar, nisi alterum tantùm exemplar esset, alterum verò exemplum. Nulla dubitatio est, quin stādum esset exemplari. Exemplum enim nullam per se fidem facit, præsertim si ab exemplari & originali dissentiat, adeò vt nec ex eo peti possit bonorum possessio *l. 1. § sed si vnum de bonor. possess. secund. tab. cap. 1. extr. de fide instrument.* Ideóque benè Accursius hîc notat impropriè Florentinum IC. scripsisse *pluribus exemplis* pro eo quod scribere voluit & debuit, *pluribus exemplaribus.*

RAT. DECID. Plura exemplaria testamenti non faciunt plura testamenta, quia sicuti non necessaria verborum multiplicatio rei substantiam non mutat, vt scriptum est in *leg. pediculis 32. § Labeo infr. de aur. & arg. leg.* ita neque multiplicatio exemplarium eiusdem testamēti: vnum enim & idem nihilominus testamentum est, adeò vt etiamsi vnum ex exemplaribus incisum vel deletum sit à testatore, aut etiam omnino deperditum, perinde tamen ex eo quod supereſt, vel adiri possit hereditas vel bonorum possessio secundùm tabulas peti, atque si vtrumque extaret *leg. vlt. infr. de iis quæ in testament. delent. l. 1. § si quis in duob. de bonor. possess. secund. tab.* Nec parua iuris huius vtilitas est, cùm plerumque accidat, vt non modò expediat, sed etiam necessarium sit vnum & idem testamentum pluribus exemplaribus consignare, puta si quis nauigaturus fortè, & secum ferre & domi relinquere iudiciorum suorum contestationem velit, quemadmodum Florētinus in hac lege scribit, vel propter alias innumerabiles rationes quę humanis necessitatibus imminent, vt ait Iustinian. in *§. penult. Instit. de testam. ordin.* Quòd si plus minúsve in vno exemplari, quàm in altero scriptum inueniatur, si quidem sunt illa pugnantia & quæ simul stare non possint, ei standum erit, quo amplior voluntas continetur, cùm negari non possit, quin fundatam habeat & benè probatam intentionem quisquis ex eo exemplari agit: Quòd si stare simul possint, vtrumq; locum habebit, nec eo minùs semper verum erit vnum & idem esse testamentum, quamuis exemplaria sint & numero & sensu diuersa *d. l. vlt. infr. de iis quæ in testam delent.* Nec obstat quod contrà scriptum videtur in *d. l. Sempronius 47.* in postremis verbis *de legat. 2.* Est enim illius loci lectio mendosa sine dubio & eo modo restituenda quem docuimus *libr. 2. Coniect. c.* Hinc quærendi occasionem sumit Cuiacius, an quemadmodum vnius hominis possunt esse duo eiusdem testamenti exemplaria, ita possint duo homines in eodem codice iisdémq; tabulis suum quasi vnicum facere testamentum septem duntaxat signis obsignatum. Et respondet rectè, non posse ita fieri testamentum: solis enim coniugibus id permissum fuisse à Valentiniano Imperatore *Nouell. 1. de testam.* vt se vir & vxor in vna eadémque charta possint mutuo heredes scribere. Ex quo intelligimus, nec coniugibus licere in eadem charta testamentum facere si non se mutuo heredes scribant, sed alij alios sibi heredes eligant: ita enim fit, vt altero præmortuo necesse sit, vel prohiberi superstitem, ne aliud testamentum faciat, & ita ei adimi liberam testamenti facultatem, vel si liceat ei mutare testamentum, decipiatur ille ex coniugibus qui prior decessit, quíque iam mutare testamentum non potest, quod aliter facturus fortasse fuerat, si solus testatus fuisset. Vsu tamen obtinuit errore proculdubio ex supradicta Valentiniani Nouella inducto, vt huiusmodi coniugum testamenta indistinctè valeant. Quæ res ingentem litium & difficultatum materiam præbet, quoties superstes coniux aliud facit testamentum, si fortè ex pluribus fratribus vnus à patre solus institutus sit, in bonis paternis omnibus, alius verò in bonis maternis, nulla vel à patre vel à matre data filio non instituto legitima, eo prætextu, quòd pro legitima bonorum patris habeat filius à matre institutus totam hereditatem maternam, sicut à patre institutus pro legitima bonorum patris vniuersam patris successionem. Et certè vix est, vt non sint captatoriæ huiusmodi voluntates, cùm iudicium paternum causam habeat à iudicio materno, & contrà, fiátque testamentum vnius contemplatione testamenti alterius, quòd nec inter coniuges ante Valentiniani Nouellam licebat, quamuis captatorias institutiones non eas Senatus olim iam improbasset, quæ mutuis affectionibus iudicia prouocassent *leg. captatorias 70. infr. de hered. instit.* id est, si duo amici de se inuicē tam bene essent meriti, vt alter alterum heredē habere vellet (id.n. ita debet intelligi) si tamen duobus testamentis se inuicem heredes instituissent. Nos verò tractamus eum casum, quo vnum & idem testamentum reciprocum facere plures velint, quod mihi certè probari nunquam potuit, vt pluribus scripsi.

BIU Cujas

25. IAVOLENVS libro 5. Posteriorum Labeonis.

SI is, qui testamentum faceret, heredibus primis nuncupatis, priùs quàm secundos exprimeret heredes, obmutuisset: magis cœpisse eum testamentum facere, quàm fecisse, Varus digestorum libro primo Seruium respondisse scripsit. itaque primos heredes ex eo testamento non futuros. Labeo tum hoc verum esse existimat, si constaret, voluisse plures eum, qui testamentum fecisset, heredes pronuntiare. ego nec Seruium puto aliud sensisse.

Ad l. Si is qui testamentum 25.

RAT. DVB. Cùm ex pluribus heredibus, quos vel scribere vel nuncupare quis voluit, alios vel nuncupauit vel heredes scripsit, alios verò prætermisit, nulla ratio esse videtur, vt propter eos qui nec scripti sunt nec nuncupati, cæteris qui vel scripti vel nuncupati sunt, fiat iniuria, vt nec ipsi quoque instituti videantur, cùm melius illis sit & fauorabilius, vel nullos, vel pauciores quàm plures habere heredes. Et ita Iustinianus constituere videtur in *leg. iubemus* 29. §. *quod si non fuerit Cod. de testam.*

DEC. Aliud est testamentum fecisse, aliud verò cœpisse facere. Nam cùm testamentum ex heredis institutione æstimetur, vtréq; accipiat, vt sæpiùs diximus ex *l. quod per manus* 10. *D. de iur. codicill.* §. *ante heredis Instit. de legat.* apparet eum, qui cœpit heredes nominare vel scribere, si cùm alios addere vellet, priùs obmutuerit, quàm eos nominauerit, non tam testamentum fecisse, quàm voluisse & cœpisse facere, ac proinde imperfectum esse testamentum. Quandiu enim speratur addi aliquis heres iis, qui vel scripti vel nuncupati sunt, sicut non potest dici perfecta institutio, ita neque perfectum testamentum, quia nihil fecisse videtur qui partem duntaxat indiuidui fecit vt Bartolus hîc generaliter notat ex *leg. furiosum* 9. *Cod. qui testam. fac. poss.* Longéque aliud est in specie *dict. leg. iubemus*, vbi testator non solùm cœpit facere testamentum, sed etiam fecit & perfecit, omnibus nominatis heredibus quos volebat nominare, licèt non adhibitis in aliquorum ex ipsis persona debitis solemnitatibus, vt benè idem Bartol. explicat. Nec rursus contrarium est quod Accursius obiicit ex *leg. hac consultissima* 21. §. *ex imperfecto Cod. qui test. fac. poss.* ex imperfecto quoque testamento defendi voluntatem parentis inter liberos. Imperfectum enim testamentum eo loco intelligitur, quod suis solemnitatibus omnibus incompletum est, non autem quod sit imperfectum ratione voluntatis. Quod & illius legis contextus demonstrat. Præcedit namque in eadem lege, finem testamenti esse subscriptionem & signacula testium, non subscriptum autem à testibus vel non signatum testamentum pro imperfecto habendum esse, ex imperfecto autem testamento defuncti voluntatem, nisi inter liberos sustineri non posse. Quanquam nec existimandum est inter liberos defendi eam iure testamenti, sed tantùm ab intestato, iure tamen vltimæ voluntatis, vt constat ex §. *vltim. eiusdem legis & ex leg. vltim. Cod. famil. erciscun.* additis iis quæ hac de re scripsimus in secunda parte Chiliadis nostræ *de error. pragmatic.* Eodémque modo respondendum est ad *leg. in testamento* 38. *infr. de fideicomm. libert.* id est, vt intelligatur de testamento imperfecto ratione solemnitatis, non etiam voluntatis. Nunquam enim circa voluntatem imperfectam adhiberi certum iudicium potest, sed tamen in testamento faciendo & perficiendo semper necessarium est, vt testamentum vim legis habere possit. Etsi enim sint leges quædam imperfectæ, vt Caius initio Institutionum suarum scribit, alio tamen sensu dicuntur imperfectæ, scilicet non ratione sufficientis voluntatis aut solennitatis, sed quia fieri aliquid ita prohibent, vt tamen id quod contra factum est, non rescindant. Quale exemplum est, quod adfert Caius de lege Cynthia, quæ donationes vltra certum modum fieri prohibebat, sed vltra eum modum factas non rescindebat. Itaque hoc sensu potest accidere plerumque, vt aliqua lex imperfecta sit, non etiam vt testamentum, si neque voluntatis defectus vllus sit neque solemnitatis. Est igitur testamentum perfectum ratione voluntatis, quoties testator totam voluntatem suam declarauit, aut habuit pro tota declarata, exemplo eius quod de perfecto contractu nostri tractant ad *leg. contractus* 17. per illum textum *Cod. de fid. instrum.* Ex quo infert Bartolus nec perfectum videri posse instrumentum à notario receptum, si ex eo appareat, notarium aliquid amplius scribere voluisse, quod non scripserit, nec habuisse instrumentum pro completo, vt in exemplo, quod adfert, si scriptum sit, Titium vendidisse talem fundum Seio pro pretio centum aureorum, his pactis appositis *videlicet*, nec aliud quicquam. Nec enim potest videri notarius habuisse instrumentum pro completo & absoluto, quandiu voluit plus aliquid scribere nec scripsit *d. l. contractus & argum. l. inciuile* 24. *sup. de legib.* Et hoc est, quod vulgò iactari solet, nihil actum videri quandiu aliquid restat agendum *l. pen. in fin. C. de his quib. vt indig.* Nec simile est quod nostri tradunt post Bart. ad *l. Gallus* 29. §. 1. *infr. tit. prox.* non esse imperfectum instrumentum in quo notarius scripsit *& cætera*, cùm non eo minùs verum sit habuisse illum huiusmodi instrumentum pro absoluto, tanquam in quo nollet quid amplius scribere, sed tantùm sub illa nota *& cætera* eas clausulas intelligere, quæ communes essent aliorum quoque contractuum. Illud difficilius est de quo subinde Bart. quærit, si testator totã voluntatem suam in chartã scripserit, priùs tamen decesserit, quàm voluntatẽ suam coram notario & testib. publicauerit, an dici possit perfectum testamẽtum? Nec dubitat Bart. quin perfectum dici debeat ratione voluntatis, quãuis imperfectum sit ratione solẽnitatis, ex quo infert liberos ex eo successuros, at nõ etiã extraneos ex *d. §. ex imperfecto iuncta l. ex ea* 29. *hoc tit. & l. fideicõmissa* 11. *inf. de leg.* 3. Ego tamen probabilius arbitror talem voluntatẽ, quãuis perfecta sit, non posse tamẽ iure testamenti valere ne quidem inter liberos, sed tantùm ab intestato, vice cuiusdam diuisionis bonorum, vt in *d. l. vlt. C. famil. erciscun. & in d. l. hac consultissima* §. *vlt.* sicque intelligendam esse *Nou.* 107. *de testam. imperf.* vt plurib. tractauimus supra d. Chil. nostræ loco. Planè constat nec legata nec fideicommissa vlla deberi posse ex eiusmodi testamento imperfecto, vt tandem

concludit

concludit Accursius & post eum cæteri ex *leg. ea quam* 14. *Cod. de fideicomm. & dict. leg. ex ea* 29. *hoc tit.* Distinguentes tres casus voluntatis, scilicet perfectæ & non scriptæ, de qua in *leg. vltim. infr. de iur. codic.* & quam valere non dubitatur, voluntatis nec perfectæ nec scriptæ quam certum est non valere, & de qua in hac lege, item voluntatis perfectæ & scriptæ, sed cui tamen verbum aliquod deest errore notarij, qui fortè contentus scribere *Lucius Titius* omiserit addere *heres esto* de qua in *leg. errore Cod. de testam.* & de qua dubitare nemo potest, quin valeat etiam iure testamenti, cùm ea quæ scripta sunt iis quæ scribi debuerunt, congruant *leg. 1. infr. de hered. inst.* Plus enim dictum hoc casu & minus scriptum esse intelligitur *leg. vnum ex familia* 67. §. *si omissa de leg.* 2. *iuncta leg. cùm auus* 102. *inf. de cond. & demon.* Sed addit Bartol. & benè quartum casum voluntatis scriptæ & non perfectæ, quæ proculdubio non valet *dict. leg. ex ea hoc tit. & dict. leg. fideicommissa* §. 1. *de leg.* 1. Postremò quærit Accursius, si heredes, quos testator nominare voluit, nec nominauerit, incapaces fuerint obtinendæ hereditatis, an ea res facere possit imperfectum testamentum, vt nec ij qui nominati sunt, hereditatem ex eo adire possint, cùm etiamsi nominati fuissent, nihil tamen prodesse iis institutio posset, sed eorum portiones aliis heredibus iam nominatis accrescere *leg. vn. §. hac ita definitis Cod. de cad. toll.* Et alij quidem aliter in hac quæstione senserunt, sed tamen veritis est quod Accursio & Bartol. placet sufficere ad imperfectionem & inualiditatem testamenti, vt testator alios heredes nominare voluerit, qualescunque tandem illi fuerint siue capaces siue incapaces, cùm in hoc casu vera sit & locum habeat ratio illa Iauoleni, quòd videatur hic testator magis cœpisse testamentum facere quàm fecisse. Proinde nec intererit, an primi an secundi gradus heredes nominare testator voluerit, cùm obmutuit, id est, an institutos, vel substitutos vulgares, nec potuerit: nam nec substituti vulgares æquè sunt instituti, quamuis secundo loco & deficientibus prioribus institutis in ius & locum eorum succedant *leg. cùm ex filio* 39. §. *vltim. & leg. cùm heredi* 41. *in princip. & §. vltim. de vulg. & pup.* Quamuis Cuiac. locum hunc non de substitutis vellet intelligi, sed tantùm de coheredibus. Diuersum erit, si cum vellet legata & fideicommissa relinquere, obmutuerit: non enim eo minùs testamentum perfectum videri debebit, quippe quod non ex legatis vel fideicommissis, sed tantùm ex heredis institutione vires & substantiam accipiat, vt diximus. Certè non sufficiet ad imperfectionem & inualiditatem testamenti allegare testatorem alios heredes instituere voluisse, nisi idipsum apertè probetur, alioqui facilè testamenta pleraque hoc prætextu subuerterentur. Et hoc est, quod Labeo ad Seruium notauerat satis leuiter: nam nec aliud proculdubio Seruius senserat, vt Iauolenus hîc scribit.

26. GAIVS libro 22. ad Edictum Prouinciale.

CVm lege quis intestabilis iubetur esse: eò pertinet, ne eius testimonium recipiatur. & eo amplius, (vt quidam putant) néve ipsi dicatur testimonium.

Ad l. Cum lege 26.

Hæc lex pertinet ad explicationem dictionis *intestabilis*, qua pleræque leges veteres vsæ sunt ad pœnam statuendam in eos qui in legem commisissent, vt in *leg. ob carmen* 21. *in princip. supr. de testib.* Monet autem Caius ambiguam esse seu potiùs æquiuocam huius vocis significationem, posse enim sumi & actiuè & passiuè, actiuè quidem hoc sensu, vt qui lege aliqua intestabilis esse iussus est, testamentum facere non possit, neque pro alio publicè testimonium dicere, nec proinde in testamento alieno testis adhiberi: passiuè autem, vt nec ipsi testimonium dici possit. Quanquam posterior hæc interpretatio sanè durior est, & licèt placuerit quibusdam ex antiquis prudentibus, vt Caius hîc refert, non tamen placuit omnibus, etsi video placere eam magis communiter interpretibus, sed hoc sensu, vt huiusmodi personis intestabilibus testimonium dici non possit in testamento, quia nec testamentum facere possunt: extra testamentum verò ita demum si eadem lege qua intestabiles facti sunt, non tantùm ciuitatem, sed etiam libertatem amiserint. Alioquin si ciuitatem retinuerint, ac proinde illa etiam omnia quæ sunt iuris gentium, cùm adhuc possint contrahere, omni eo contractuum genere quod ex iure gentium sit, *l. sunt quidam* 17. §. 1. *infr. de pœn. l. deportatus* 15. *de interdict. & releg. l. si deportati* 7. *de leg.* 3. nulla ratio esse videtur cur iis licitè contrahentibus testimonium dici non possit. Et hoc postremum quidem verum esse arbitror, sed non illud æquè quod placet Bartolo, vt iis personis testimonium dici in testamento non possit, quia nec testandi habeant facultatem. Quinam enim locus quæstioni esse potest, an testis adhiberi quis possit in eius testamento qui testari ipse non possit? Verius igitur est quod Caius noster hîc insinuat, in iis omnib. quæ intestabili facere permittitur, testimonium ei dici posse, in aliis verò quæstioni locũ nullum esse. Ergo hęc dictio *intestabilis* actiuè tantum non passiuè accipienda est: & tamen in hoc sensu actiuo generaliter intelligenda, vt neque testandi, neque testimonium dicendi facultatem relinquat. Cùm enim originem sumat à testatione, nõ minùs commodè referri potest ad ius testandi, cùm testamentum à testatione mentis dictum sit, vt Iustinianus ait in *Instit. tit. de testam. ordin.* quã ad ius ferendi pro aliquo testimonij. Neq; sanè dubitatio vlla est, quin is qui testamentum facere sibi non potest, nec in alterius testamento adhiberi testis possit, si modò lege aliqua factus sit intestabilis, excepto eo quod in hæreticis fauore testamentorum aliter cõstitutum Iustinianus voluit in *l. quoniam* 21. *C. de hæret. & Manich.* De cuius sententia & ratione videnda sunt quæ diximus ad *l. qui testamento* 20. §. *eum qui lege & ad l. is cui leg.* 18. §. *vltim. supr. hoc tit.* Separandus enim est intestabilis ab eo qui simpliciter facere testamentum non potest, putà filiusfamilias, aut alij similes, qui licet testari non possint, testes tamen in testamẽto adhiberi possunt. Intestabiles enim non negatiuè accipimus, sed priuatiuè, solos illos quĩ testamenti factionem quam habuerant, amiserunt, non eos qui nunquam habuerunt. Inde verò nostri non inelegantèr quærunt, an infames quoque testes adhiberi in testamento possint. Et respondent rectè post Accursium posse adhiberi, nisi tam notoriè sint infames, vt de eorum infamia nemo dubitet, *arg. leg. 1. Cod. de testam.* putà si condemnati sint per sententiam ex ea causa, quæ infamiam irroget, scilicet ex publico aliquo iudicio, aut etiam ex priuato infamiam irrogante, ex *leg. in*

BIU Cujas

famem 7. infr. de public. iudic. Alioqui facti tantùm non etiam iuris infamia est, quæ licèt apud bonos & graues viros existimationem oneret ac suggillet *leg. 4. §. aduersus infr. de dol. mal. & met. except.* neminem tamen à testimonio repellit, licèt multum de fide testimonij detrahat, cùm non testimoniis credendum sit, sed testibus *l. 3. in princip. & §. 1. supr. de testib.* Constat certè infames non eo minùs facere testamentum posse, nisi præter infamiam etiam intestabiles facti sint. Cur non ergo & adhiberi testes poterunt?

27. CELSVS libr. 15. Digestorum.

DOmitius Labeo Celso suo salutem. Quæro, an testium numero habendus sit is, qui, cùm rogatus est ad testamentum scribendum, idem quoque, cùm tabulas scripsisset, signauerit? Iuuentius Celsus Labeoni suo salutem. Aut non intelligo, quid sit, de quo me consulis: aut valdè stulta est consultatio tua. plus enim quàm ridiculum est dubitare, an aliquis iure testis adhibitus sit, quoniam idem & tabulas testamenti scripserit.

Ad l. Domitius Labeo 27.

RAT. DVB. Difficile est, vt quis in eadem re duorum personas sustineat, vt scriptum est in *leg. maiorem 8. supr. de pact.* Ergo fieri nequit, vt qui adhibitus est & rogatus ad scribendum testamentum, testis adhibeatur in eodem testamẽto. Aliud enim est testamentum scribere, aliud verò in testamento testem esse, quemadmodum & aliud est testamentum scribere, aliud dictare *leg. dictantibus Cod. de testam.* Qui autem dictat testamentum, vix est vt in eodem testamento testis esse possit.

DECID. Quædam sunt, quæ sibi inuicem adminiculantur potiùs, quàm vt se impediant. In quo rerum genere nihil vetat, vnum & eundem hominem pluriũ personas sustinere, adeo vt vnus & idẽ libertus possit aliquo casu singulis patronis vno tempore diuersas operas in solidum edere *l. duorũ 49. infr. de oper. libert.* Vbi adfert Caius exemplum, si libertus hic librarius sit, & alij patrono librorum scribendorum operas edat, alter verò peregrè cum suis proficiscens operas custodiæ domus ei indixerit: nihil enim vetat, dum custodit domum, libros eum scribere. Atqui tale ferè est factum eius qui testamentum scribit, & nihilominùs testamento in testem adhibetur. Etsi enim aliud est scribere, aliud testem esse, vt diximus, nihil tamen prohibet, vtramque operam simul & eodem tempore eidem testatori præstare, cùm nec fieri possit, vt præsens non sit, & non intelligat quid agatur is qui testamentum scribit, neque rursus vt non sit rogatus. Quæ tamen tria cùm concurrant, testem faciunt. Celsus tamen, cui hæc quæstio à Labeone proposita fuerat, ridiculam esse quæstionem putauit, & quæ nullam responsionem mereretur, aut duram saltem, & rusticam, cùm omnis quæstio debeat esse de dubitabili *leg. quod Labeo 9. infr. de Carbon. edict.* quasi plusquam ridiculum sit dubitare, an is qui tabulas testamenti scripserit, testis adhiberi ad testamentum possit. Qua de causa plerique putant, nec eum fuisse Labeonis sensum in proponenda quæstione, sed illum potiùs, an is qui fuit adhibitus ad testamentum & ita rogatus vt scriberet testamentum, hoc ipso videri possit rogatus, vt sit testis, & in numero testium adhiberi debeat, quamuis de rogatu aliunde non appareat. Ita enim quæstionem format Bartol. & quasi ad eam Celsus non responderit, quòd non intelligeret, qua de re consultus esset. Respondet Bartol. videri eum esse testem rogatum, cùm dicantur rogati testes ad differentiam fortuitorum, & transeuntium. In quorum numero hic numerari non potest, qui adhibitus fuit ad scribendum testamentum, licèt scriptum non fit adhibitum eum esse in testem, *leg. heredes palam 21. §. penult. supr. hoc tit.* Ego puto vtramque interpretationem defendi posse, nec malè aut Celsum Labeoni, aut Bartolum respondisse. Nam siue Domitius Labeo quæstionem simpliciter conceperit, de scriptore testamenti, an scilicet rogari possit in testem, non abs re Celsus respondit, stultam videri consultationem, tanquam quæ sit de indubitabili, & cui ob eam causam etiam rusticè responderi potuerit. Si verò eo sensu proposita fuit quæstio, quem Bartolus sibi fingit, vt faciat eam dubitabiliorem, æquè admitto quod vult Bartolus scriptorem testamenti testem quoque hoc ipso esse, quòd rogatus scripserit, quamuis rogatus sit vt scriberet, nõ etiam vt testis esset, cùm & rogatus sit & præsens fuerit, & sciuerit adhiberi se ad testamentum, *dict. leg. heredes palam §. pen.* Etsi autem rogatos esse testes oportet, & probari rogatos, non præsumi, *auth. rogati Cod. de testib.* (in quo differt testis à notario qui semper rogatus præsumitur *§. nos autẽ Nouell. 44. de tabellion*). fallit tamen in teste siue subscribente, siue scribente. Parum enim refert, an quis testamentum ipse scribat, an verò subscribat *leg. fideiussor 26. §. pater infr. de pignorib. iuncta leg. Titius 9. §. 1. & l. sicut 8. §. non videtur quib. mod. pig. vel hyp. solu. l. si non subscripsisti 15. Cod. de admin. tut.* Difficilior illa quæstio est, quam tractat hîc Accursius, & post eum Bartolus, an notarius & tabellio in numero testium computetur? In quaquæstione placet receptior nostrorum distinctio, an instrumentum à notario & tabellione conscriptum tale sit, vt ad eius solemnitatem, non solùm certus testium numerus, sed etiam tabellionis opera & subscriptio requiratur, an non: vt priore casu non possit tabellio computari in numero testium, posteriore autem possit, imò etiam in priore, si non per instrumentum, sed per testes probandũ sit quod instrumento cõtinetur, ex *Nouell. 73. de instrum. cautel. & fid. §. sed si instrumenta & §. sed oportet.* Quod enim diximus de scriptore, idem dici de notario potest, quia notarius quilibet scriptor est, licet non è conuerso omnis scriptor sit notarius, scilicet quia adhiberi ad testamentum scribendum potest quilibet *l. hac consultissima 8. vers. at cùm humana fragilitas C. qui testam. facer. poss.* Notarius autem non est nisi cui publica

BIU Cujas

blica potestas conficiendi instrumenti à principe data est. Ideóque tabellionis præsentia & subscriptio solemnitatem instrumenti complet, non etiam scriptura alterius scriptoris cuiuslibet.

28. MODESTINVS libro 9. Regularum.

SEruus, licèt alienus, iussu testatoris testamentum scribere non prohibetur.

Ad leg. Seruus 28.

RAT. DVBIT. Seruus ad solemnia testamenti adhiberi non potest, siue proprius seruus sit testatoris, siue alienus, cùm nullam omnino iuris ciuilis communionem habeat, ac ne quidem prætorij, vt scriptum est in *l. qui testamento 20. §. seruus supr. hoc tit.* Ergo nec ad scribendum testamentum, cùm sit vna ex solemnitatibus testamenti in scriptis, vt fiat per scripturam: alioqui paulatim dicẽdum erit seruum hunc, qui iussu testatoris testamentum scripserit, etiam testem esse posse, cùm scriptor testamenti in testem quoque adhiberi possit, vt proxima lege diximus.

DECID. Est quidem vna ex solemnitatibus testamenti in scriptis & quidem pręcipua ac substantialis, vt fiat per scripturam, sed non vt huius vel illius manu scribatur: potest enim testator ipse vel scribere manu propria, vel cui velit scribendum mandare, *leg. hac consultißima 8. §. humana fragilitas Cod. qui testam. fac. poss. leg. hac consultißima 21. in princip. Cod. de testam.* Nec computatur scriptor in numero testium nisi & rogatus sit, & eius sit qualitatis & condicionis, vt in testem adhiberi possit. In quo numero non est seruus, siue proprius siue alienus, cùm testes omnes, qui in testamento adhibentur, ciues Romanos esse oporteat, vt tã sæpe diximus ex *dict. leg. hac consultißima 21. in princip. Cod. de testam. §. testes autem Instit. de testam. ordin.* Ergo nihil prohibet adhiberi seruum alienum ad scribendum testamentum. Ideo autem loquitur hæc lex de seruo alieno, quia in proprio minor suberat ratio dubitandi, cùm ei imperare posset dominus testamentum scribere, non etiam seruo alieno. Quod enim dici solet, non esse idoneos testes eos quibus imperari potest vt testes fiant *leg. idonei 6. supr. de testib.* ad scriptores non pertinet, qui licèt aliquo casu testes esse possint, si personæ suæ condicione non impediantur, nihil tamen necesse est, vt sint testes *dicta lege proximè præcedenti.* Quòd si testis seruus esse posset, de alieno tamen seruo id intelligi deberet, non proprio, quia domesticum testimonium etiam in testamentis est reprobatum *§. in testibus Instit. de testam. ordin. leg. etiam 3. Cod. de testib.* Sed non eo minùs licet seruo etiam proprio testamentum scribere, quod & dominus ipse scribere si vellet posset, *Auth. & non obseruato eo, Cod. de testam. & in corpore vnde sumitur.* Nec ad rem pertinet quòd seruus publicum instrumentum conficere non possit *leg. generali 3. Cod. de tabular. scribis & logograph. & censualibus lib. 10. tit. 69.* non enim testamentum in scripturam redactum hoc ipso publicum est, siue ipsius testatoris siue alterius manu scriptum sit sed tunc demum fit publicum, cùm mortuo testatore publicatur. De quo in *leg. publicati 2. Cod. de testam.*

29. PAVLVS libro 14. Responsorum.

EX ea scriptura, quæ ad testamentum faciendum parabatur, si nullo iure testamentum perfectum esset, nec ea, quæ fideicommissorum verba habent, peti posse.

Ad leg. Ex ea scriptura 29.

RAT. DVBIT. Fideicommissa etiam ab intestato relinqui & deberi possunt, & perinde valent, ac si de eis præstandis rogati essent illi qui ab intestato successuri sunt, *leg. conficiuntur 8. §. 1. infr. de iur. codicill. l. ab exheredati 126. de leg. 1.* vbi dicitur eum, qui cùm posset facere testamentum, mauult decedere intestatus, hoc ipso videri tacitè instituere heredes illos quos lex ei datura est successores. Ergo ex ea scriptura quæ ad testamentum parabatur, quamuis, si imperfecta manserit, neque hereditas neque legatum deberi possit, fideicommissa tamen deberi nihil prohibet, quandoquidem ab intestato quoque deberentur.

DECID. Aliud est velle facere, aut incipere facere testamentum, aliud verò facere *leg. si is qui 25. sup. hoc tit.* At qui is qui scripturam parauit ad faciendum testamentum nondum testatur, sed tantùm vult, & incipit testari. Ergo si testamentum non perfecerit, neque ciuili iure neque prætorio, id est, si neque signacula, neque subscriptiones testium adhibuerit, quia testamentũ imperfectum est, nihil ex eo deberi potest. Æstimatur enim cuiusque rei substantia ex vltima sui perfectione, nec quicquam actum videtur quandiu aliquid agendum supereſt ex eo quod agitur, *leg. pen. in fin. Cod. de his quib. vt indig.* Et quamuis fideicommissa etiam ab intestato relinqui & deberi possint, id tamen ita intelligitur, si rogati sunt illi qui ab intestato successuri sũt. Nec enim alius fideicommissum debere potest, quàm cuius fidei testator commisit, vt id præster, vt nomen ipsum fideicommissi sonat *l. Lucius 78. §. tres heredes in fin. ad SC. Trebell.* Implicat verò contradictionem, vt quis sit rogatus fideicommissum præstare, & tanquam ex testamento, & tanquam ab intestato, cùm non possint hæ duæ species concurrere, quandoquidem causa testati facit cessare causam intestati *leg. quandiu 39. infr. de acquir. hered. leg. quandiu 89. de reg. iur.* Ergo fideicommissa in eiusmodi testamento imperfecto relicta neque deberi possunt ex testamento, quoniam imperfectum est, neque ab intestato, quia legitimi heredes rogati non sunt, sed illi tantùm quos testator scribere destinauerat, aut cœperat in ea charta quæ ad testamentum parabatur *leg. fideicommissa 11. §. 1. de leg. 3.* nam

BIU Cujas

cum testator cogitauerit de faciendo testamento, ne scilicet intestatus decederet, ferri certè nequit, vt exemplar quod parabatur ad testamentum defendatur iure codicillorum ab intestato, *l. vlt. §. illud quoque Cod. de codicill. l si veritas 23. C. de fideicom. l. 1. inf. de iur. codicill.* Idque adeò verum est, vt nec libertates, quę omnium fauorabilissimę sunt, ex eiusmodi scriptura peti possint *l. si iure C. de testam. manum.*

1 ¶ Ex his verbis, quæ scriptura paterfamilias addidit, Ταύτην τὴν διαθήκην βέλομαι εἶ κυρίαν εἶναι πάσης ἐξουσίας, id est, *Hoc testamentum volo esse ratum, quacumque ratione poterit*, videri eum voluisse, omnimodo valere ea, quæ reliquit, etiam si intestatus decessisset.

Ad §. 1. Ex his verbis.

RAT. DVB. Non potest fieri vt succedatur testamento & ab intestato, cùm hæ succedendi viæ non tantùm sint contrariæ, sed etiam contradictoriæ: quandiu enim succedi potest ex testamento, nunquam succeditur ab intestato, vt suprà diximus ex *l. quandiu 39. de acquir. har. & leg. quandiu 89. de reg. iur.* Ergo fieri non potest, vt ab intestato debeantur fideicommissa quæ pater in testamento reliquit, quamuis adiecerit velle se vt testamentum ratum esset, quacunq; ratione posset. Nam si testamẽtum ratum est necesse est, vt quacunque in testamento relicta sunt, ex testamento debeantur, non ab intestato, si verò testamentum ratum non est, consequens sit vt nullo modo debeantur, neque ex testamento, quia non valet, neque ab intestato, cùm in testamento relicta sint.

DEC. Vltima voluntas cuiuslibet patrisfamilias duplicis generis esse potest, vna ex testamento, altera ab intestato. Ex testamento quidem si paterfamilias decesserit testatus & quidem vtiliter, & rectè, ab intestato autem siue testamentum nullum factum sit, siue factum quidem sit, sed minùs solemne, siue denique adita non sit ex eo hereditas *l. 1. de suis & legit.* Aditio enim hereditatis ex testamento illa est, per quam fit vt tota voluntas defuncti rata constituatur *leg. si patroni 55. §. si fideicommissam infr. ad SC. Trebell.* Et quãuis fieri nequeat, vt ab intestato simul & ex testamento succedatur, nihil tamen vetat vnam eandémque scripturam, quæ facta erat iure testamenti, si eo iure valere non possit, defendatur tamen iure voluntatis ab intestato. In eámque rem comparatus vsus formulæ & clausulæ, vt vocant, codicillaris, qua testator iubet, vt si fortè testamentum iure testamenti non valeat, valere tamen debeat iure codicillorum, non tanquam ex testamento, sed quasi ab intestato factorum, vt in *l. 1. infr. de iur. codicill. leg. vltim. Cod. eod. leg. coheredi 41. §. cùm filiæ infr. de vulg. & pupill. substl. leg. generaliter 24. §. ex testamento infr. de fideicom. libert. & leg. 1. Cod. eo. illo tit.* Habet enim semper clausula codicillaris condicionem illam siue expressam siue tacitam, *si testamentum non valeat iure testamenti.* Vnde fit vt si eo iure valere possit, siue ciuili iure siue prætorio, nullus sit effectus clausulæ codicillaris, tanquam cuius condicio defecerit, ac proinde necesse sit omnia quæ in testamẽto sunt relicta, vel ex testamento deberi vel nullo modo. Si autem è contrario testamentum valere iure testamenti non possit, sicuti necesse est rem totam recidere in causam intestati, ita & quæcunq; in testamento relicta sunt, necesse est deberi ab intestato, & iure codicillorum intestati, id est, perinde ac si testator nullum testamentum fecisset, sed tantum codicillos ab intestato. Codicilli enim non tantùm ex testamento fieri possunt, sed etiam ab intestato, si testamentum nullum extet ritè factum *leg. ab intestato 17. infr. de iur. codicill. l. non idcirco 4. Cod. eod.* Hoc verò cùm accidit, vt clausula codicillaris in testamento apposita sit, & effectum habeat, non est existimandum, quod tamen pragmatici nostri vulgò existimant per eam fieri, vt testamentum ipsum sustineatur (ita enim se ipsam destrueret, nec subsistente per eam testamento locus vllus fieri successioni ab intestato posset) sed vt voluntas quæ testamento declarata erat, & quæ iure testati effectum habere nõ potest, ab intestato sustineatur, Itaque separandum est hac parte testamentum à voluntate in testamẽto declarata. Clausula codicillaris nunquam conseruat testamentum, sed tamen conseruat voluntatem in testamento declaratam. Et ita in hoc §. sumi debet clausula illa quam lex proponit additam fuisse, *hoc meum testamentum ratum esse volo quacunque ratione poterit*, vt testatore intestati exitium faciente, rata quidem sit voluntas testatoris, quæ in testamento expressa fuerat, sed non ratum ipsum testamentum quod ponimus non valere. Est enim hæc clausula non quidem codicillaris, cùm nullam codicillorum mentionem faciat, sed tamen codicillari æquipollens, eundémque & sensum & effectum habens, quemadmodum & illa de qua in *l. Lucius 88. aliàs l. pen. §. vltim. de leg. 2.* vbi proponebatur testator ita locutus, *Lucius Titius hoc meum testamentum scripsi sine vllo Iurisperito, rationem animi mei potius secutus quàm ni-miam & miseram diligentiam, & si minùs legitimè aliquid minúsve peritè fecero, pro iure legitimo haberi debet sani hominis voluntas.* Ex quibus tamen verbis vult Paulus fideicommissa, quæ in eo testamento relicta fuerint, ab intestato deberi, cùm testamentum illud iure non valuisset. Ex quo loco credidit Cuiacius in omnibus testamentis subintelligendam esse clausulam codicillarem, licèt neque disertis neque æquipollentibus verbis expressa sit, quòd non sit dubitandum testatorum omnium eandem esse mentem, quæ fuit illius Lucij Titij in *dict. §. vltim.* Quotus enim quisque est, qui nolit voluntatem suam pro iure legitimo haberi & effectum suum saltẽ ab intestato habere? Nam & dici solet, neminem videri eam velle rationem testandi eligere, per quam iudicia sua impugnentur *leg. 3. infr. de testam. mil.* Sed tamen contraria opinio sicut apud interpretes receptior, ita & ex ratione iuris verior est, *dict. leg. 1. infr. de iur. cod. d. leg. vltim. Cod. eod. leg. 1. Cod. de fideicomm. libert. & leg. generaliter 24. §. ex testamento infr. eod. illo tit.* Nam cùm clausula codicillaris vicem codicillorum ab intestato factorum obtineat, non magis fieri potest, vt tacitè subintelligatur, cùm expressa non est, quàm vt codicilli qui ab intestato nulli facti sunt, facti tamen esse intelligantur. Excipitur tamen parentis testamẽ-

tum

tum inter liberos, in quo semper subintelligitur clausula codicillaris etiam quæ adiecta non sit, vt si voluntas patris iure testati valere nequeat valeat saltē iure intestati vt in *l. hac consultissima §. ex imperfecto & §. si quis autem C. de testam. l. vlt. Cod. famil. ercisc.* Item testamentum militis, in quo similiter placet clausulam codicillarem subintelligi, vt scilicet si testamentum quod miles fecit, non valeat iure communi, valeat iure militari *dict. leg. 3. infr. de testam. mil.* Quanquam non puto rectè dici hāc clausulam codicillarem, quæ in testamento militis subintelligitur: non enim facit, vt testamentum militis, quod iure communi valere nequit, valeat iure codicillorum ab intestato, sed vt valeat iure directo, & militari. Nam & codicilli à milite facti nisi dixerit eos se ab intestato facere, testamenti vim obtinent, quoniam voluntas quæque militis est testamentum *leg. eius militis 34. §. vltim.* vbi sic legendum est, non vt vulgò *voluntas quoque militis testamentum est infr. de testam. mil.* Vnde est quod subiicitur in *leg. sequen.* si miles testamentum imperfectum relinquat, scripturam tamen quæ profertur, perfecti testamenti potestatem obtinere, quoniam militis testamentum sola voluntate perficiatur. In quo maximè differt testamentum militis à testamento pagani, de quo in hac lege. Valdè tamen superioribus obstare videtur, quod scriptum est in *l. Titia suprà de inoffic. testam.* vbi dicitur clausulam codicillarem aut aliam æquipollentem adiectam in testamento, quod per inofficiosi querelam rescisum sit, facere non posse, vt fideicommissa in eo testamento relicta ab intestato debeātur. Sed facilis respōsio est, ideò id fieri, quòd fideicommissa in eiusmodi testamēto relicta sic habenda sint quasi à demente data, quia testamentum inofficiosum rescinditur eo colore quasi non sanæ mentis, sed demens fuerit testator, cū suprema ordinaret aduersus officia pietatis *l. 2. eod. tit.* Certum autem est furiosum & dementem, non magis posse relinquere fideicommissa ab intestato quàm ex testamento *leg. nec fideicommissa 36. de leg. 3.* Obiicitur etiam quod dicitur in *leg. vltim. infr. de iur. cod.* si palàm heres nuncupatus sit, legata autem in tabulas collata fuerint, non posse testamenti tabulas intelligi in quibus heres scriptus non sit, sed magis codicillos quàm testamentum existimari debere, cùm tamen nulla clausula codicillaris in tabulis adiecta proponeretur. Sed respondendum est, agi eo loco de codicillis testamentariis, qui etiamsi scripti sint, perinde tamen per testamentum nuncupatiuum confirmantur, ac si vel scripti non essent, vel post testamentum in scriptis facti essent. Testamentum autem nūcupatiuum, cùm sola heredis nuncupatione perficiatur, non ideo infirmari intelligitur, quòd legata in tabulis scribantur, quia nihil vetat testamentum esse nuncupatiuum, codicillos scriptos, & è contrario testamentum in scriptis conditum, & codicillos sine scriptura *leg. vltim. in fin. Cod. de codicill.* Cæterùm obseruandum est quod in hoc tractatu de clausula codicillari pauci obseruant, esse etiam clausulam aliquam codicillarem, quæ non ad intestati, sed ad testati causam & voluntatem deferatur, nimirum cùm quis facto iā ritè testamento aliud fecerit minùs solemne, & in eo cauet, vt si posterius testamentum non valeat, prioribus tamen scripti heredes censeantur rogati restituere iis hereditatem qui posterioribus scripti sunt, vt in *leg. quærebatur 19. infr. de testam. mil.* vbi dicitur videri testatorem hoc casu in causam fideicommissi, & codicillorum vim prioris testamenti conuertisse. Nam cùm prius testamentum non aliter rumpatur per posterius, quàm si posterius valeat *leg. si iure 18. de leg. 3. §. posteriore Instit. quib. mod. test. infirm.* necesse est posteriore inualido existente priori locum esse, atque ita ex testamento succedi non ab intestato, sed rogatos priores heredes intelligi de restituenda posterioribus hereditate. Quemadmodum clausula codicillaris, quæ ab intestato locum habet, efficit vt legitimi heredes ab intestato successuri censeantur rogati hereditatem iis restituere, qui in testamento inutili fuerant instituti. Denique clausula codicillaris, quæ ab intestato locum habet, ad legitimos heredes directa intelligitur, alia verò quæ in posteriore testamento adiicitur, ad testamentarios priore testamento institutos. Est autem receptissima nostrorum distinctio post Bartolum ad *leg. 1. infr. de iur. cod.* multum interesse, per quæ verba sit concepta clausula codicillaris, an per ea quæ sint præsentis tantùm temporis, hoc modo, si testamentum non valet iure testamēti, valeat iure codicillorū, an per ea quæ sint etiam futuri, id est, si non valet vel valebit, vt priore casu nullus sit effectus clausulæ, si testamentum valeat eo tempore quo fit, postea tamen rumpatur vel irritum fiat, vel rescindatur, quasi cuius condicio hoc casu defecerit: posteriore autem omnimodo sustineatur voluntas iure codicillorum quòd verba & præsentis & futuri temporis simul omnem casum, qui contingere potest, comprehendant. Sed nos distinctionem hāc refutauimus in prima parte Chiliadis nostræ *de error. pragmat.* cùm aliis multis rationibus tūm hac vnā maximè, quòd licèt testator verbis tātùm præsentis temporis vsus sit, non minùs tamen inspiciendum est tempus futurum, an scilicet valeat testamentum eo tempore quo moritur testator, cùm eo demum instanti testamentum à lege irretiocabiliter confirmetur. Sed de hoc alibi fortasse commodius. Illud tantùm hîc addendum est, interdum contingere, vt quamuis clausula codicillaris in testamento apposita non sit, fideicommissa tamen in eo testamento data præstanda sint ab intestato, fauore personarum & libertatis aut alterius piæ causæ, vt in eleganti specie *leg. in testamento 38. infr. de fideicom. libert.* vbi, cùm in testamento imperfecto testator libertatem alumnæ suæ reliquisset, nulla adiecta codicillari clausula, placet tamē ex decreto Imperatoris, quod Paulus ibi refert (nec enim ita respondere quisquam Iurisconsultus potuisset), deberi libertatem alumnæ, & pios filios, vt lex ait, quamuis ab intestato succedentes, manumittere tamē debere alumnam quam pater dilexisset. Nec pugnat quod suprà diximus, clausulam codicillarem in testamento patris, inter liberos subintelligendam esse: id enim debet intelligi, quantum ad ipsos liberos pertinet, non quantum ad extraneos, nisi proponatur testamentum patris holographum, id est, totum manu propria testatoris scriptum, hoc enim placet valere etiam quod ad extraneos ex *Nouell. 107. de testam. imperf.* si modo adsint duo saltem testes, secundùm Cuiacij sententiam, quam & pluribus consultationē prima. Nos tamen contra scripsimus in secunda parte Chiliadis.

BIU Cujas

30. IDEM lib. 3. Sententiarum.

SIngulos testes, qui in testamento adhibentur, proprio chirographo adnotare conuenit, quis, & cuius testamentum signauerit.

Ad l. Singulos 30.

RAT. DVB. & DECID. ad hanc legem eadem ferè est quæ ad *leg. ad testium 22. §. si quis ex testibus supr. hoc tit.* vbi scriptum est, non sufficere, vt testes in testamento in scriptis subscripserint, nisi etiam signauerint, nec rursus vt signauerint, nisi etiam proprio chirographo subscripserint, quis cuius testamentum signauerit. Videbatur enim alterutrum sufficere debere, scilicet vel signum testis, vel subscriptionem, vt ibi diximus. Sed aliter visum est ad euitandas falsitates, quæ in testamentis faciliùs quàm in aliis actibus committi possent *leg. vltim. C. de fideicomm.* vt vtraque solemnitas adhiberetur. Et quidem solemnitas signaculorum ex edicto prætoris, solemnitas verò subscriptionum ex Imperatorum constitutionibus, vt constat ex Iustiniano in *tit. de testam. ordin. & ex l. hac consultissima 21. C. de testam.* Obseruandum autem est, quod iam sæpiùs monuimus, has solemnitates requiri duntaxat in testamento in scriptis, non autem in testamento nuncupatiuo, de quo rectè Bartolus intelligit *leg. vltim. eod. tit. Cod. de test.* vbi Iustinianus certam formam præscribit testamento rustici rure facto, mixtam ex solemnitatibus partim testamenti in scriptis, partim nuncupatiui, de qua nunc non est proprius dicendi locus. Est autem hæc lex præcipuè notanda ad differentiam intelligendam, quæ est inter subscriptiones & signacula testium, quia subscriptiones proprio cuiusque testis chirographo fieri debent, signare verò quis potest annulo etiam alieno *dict. §. si quis ex testib.* vbi differentiæ huius rationem attulimus. Quo exemplo hinc quoque Baldus colligit, & rectè, subscriptionem notarij non posse alteri committi, ne quidem notario.

31. IDEM lib. 5. Sententiarum.

EIus bona, qui se Imperatorem facturum heredem esse iactauerat, à fisco occupari non possunt.

Ad l. Eius bona 31.

RAT. DVBIT. Qui iactat se Imperatorem facturum heredē, ferè est, vt hereditatem suam Imperatori polliceri videatur. Atqui ex nuda pollicitatione etiam reipublicæ tantùm, non Imperatori facta potest quis conueniri, si non præstet quod pollicitus est, quāuis pollicitatio nihil aliud sit quàm nuda offerentis promissio, ideóque minùs sit obligatoria quàm pactum, quod ex duorum consensu constat *leg. 1. l. 3. & passim infr. de pollicit.* ex pacto autem nudo regulariter non detur actio *leg. iuris gentium 7. §. quinimò supr. de pact.* Ergo multò magis dicendum est, eum, qui iactauerit se facturum Imperatorem heredē, pro eo haberi debere, ac si Imperatorem scripsisset, ne alioquin temerè ac impunè videatur Imperatori illusisse, præsertim cùm etiam regulare sit, vt in vltimis voluntatibus verba futuri temporis inducant dispositionem, vt Bart. hîc notat ex *l. Pamphilo 39. §. propositum est de leg. 3.*

DEC. Verba iactatoria, id est, iactantiæ causa prolata non sunt obligatoria, ita vt dispositionem aliquam inducant, ne quidem in vltimis voluntatibus, quia non tam seriò quàm iactādi animo prolata intelliguntur; nec si præsentis temporis verba proponantur, adeóque nec à milite prolata *l. Diuus Traianus 24. infr. de testam. mil.* Quòd si inter priuatos hæc obtinēt, multò magis contra Principem quem indecens & inuidiosum esset hereditates alienas tam facilè captare, & sibi velle acquirere, quemadmodum dicimus, nec litis causa heredem instituī Imperatorem posse, quod esset longè inuidiosius. Nec enim calumniæ facultatem ex Imperiali maiestate capi oportet, vt inquit *lex penult. inf. de hered. inst. iuncta l. res quæ 22. §. lites donatas infr. de iur. fisc.* Ergo nec permittendum est fisco Cæsaris, vt bona huius mortui occupet qui se Imperatorem instituturum iactauerat. Longéque alia species est de qua in *d. l. Pamphilo § propositum de leg. 3.* Ibi enim testator voluntatem suam declarauerat, licèt per verba futuri temporis accersitis & conuocatis amicis, ne dubitari posset, quin seriò rem ageret, nec tamē nisi de fideicommisso relinquēdo cogitabat, quod nuda voluntate relinqui potest. Neque verò idem respondisset IC. Scæuola si de heredis institutione proposita quæstio fuisset, quippe quam olim necesse erat fieri, per verba non tantùm præsentis temporis, sed etiam directa, ciuilia & imperatiua, ante constitutionem Imperatoris Constantini in *leg. quoniam indignum 15. Cod. de testam.* Itaque ad quæstionem quam proponit hîc Bart. an valeret testamentum, si quis coram septem testibus vocatis & rogatis diceret, Vellem habere Titium heredem, respondendum est intrepidè, non valituram eam voluntatem iure testamenti, quia desunt verba directa & imperatiua, pro quib. substitutum est verbum optatiuum. Cùm enim testator faciens testamentum faciat legem, vt sæpiùs diximus, certum est legis esse imperare & iubere, non optare. Quare nec aliud erit, etiamsi quis adhibitis quoq; septem testibus diceret seriò & consultò, Vellem habere Imperatorem heredē. Neq; rursus verum est verba ista iactatoria pro pollicitatione esse recipienda. Verba enim pollicitationis vt sint obligatoria, debent esse dispositiua, quanquam etsi pro pollicitatione accipienda essent, obligare tamen non possent, quia nec ad implendum promissum propriæ hereditatis pollicitatione quisquam adstringitur, vt scriptum est in *l. cùm donationis 34. Cod. de transact.* hereditas enim testamento duntaxat non contractu vel pollicitatione datur *leg. hereditas 5. C. de pact. conuent. tam supr. dot. quàm ant. nupt. don.*

ANT.

BIU Cujas

DE LIBERIS, ET POSTVMIS HEREDIBVS INSTITVENDIS, VEL EXHEREDANDIS.

TIT. II.

I. VLPIANVS libro I. ad Sabinum.

QVID sit nominatim exheredari, videamus. nomen, & prænomen, & cognomen eius dicendum est? an sufficit vel vnum ex his? & constat, sufficere.

Ad leg. 1. Quid sit nominatim.

HAEc lex totúsque hic titulus pertinet ad ea testamenta quæ fiunt à patre habente filium in potestate, vel ab auo paterno habente nepotem aut pronepotẽ. In quo testamẽtorum genere specialior solemnitas illa requiritur, vt filius à patre, vel nepos ab auo aut pronepos à proauo, in cuius est potestate, nominatim instituatur, vel exheredetur, alioqui testamentum ipso iure fit nullum, iniustum, & nullius momenti *leg. si filiusfamilias 7. leg. inter cætera 30. & sequ. infr. hoc tit.* Nominatim, inquã, id est, vt hæc lex explicat, adiecto proprio nomine vel prænomine, vel cognomine, vt certum sit, & extra omnem dubitationem, de qua persona instituenda, vel exheredanda testator senserit, ad differentiam aliorum, qui etiam inter cæteros exheredari possunt, vulgari scilicet illa formulã, quæ in omnibus ferè testamentis addi solebat ad agnatorum & extraneorum quorumcunq; exclusionem *l. Lucius 53. inf. de hered. inst. l. Titius 25. hoc tit.* Vbi tamen per illam clausulam, *cæteri omnes filij filiæque meæ exheredes sumto*, filius, quem vnicum pater habebat cum vnica filia nominatim exheredatus dicitur, siue propter adiectam dictionem illam *omnes*, vt putat Cuiac. siue potiùs, quòd cùm esset solus, non ad alium, quàm ad ipsum referri exheredatio cæterorum filiorum poterat. Sermo enim generalis qui non nisi in vno indiuiduo verificari potest, pro speciali & indiuiduo semper habendus est. Ideo autem solemnitas hæc instituendorum, vel exheredandorum liberorum in testatoris potestate existẽtium inducta esse videtur, quòd filiusfamilias aut nepos, qui in patris vel aui potestate esset, censeatur quodammodo dominus bonorum paternorum etiam viuo adhuc patre *l. in suis 11. infr. hoc tit.* propter ius patriæ potestatis, quod efficit, vt patris & filij vna eadémque persona esse existimetur *leg. ne cum filiofamilias 16. infr. de furt. l. vltim. Cod. de impub. & aliis substit.* Ita vt moriente patre filiusfamilias, non tam dominium, nouum quàm liberam veteris dominij administrationem nanciscí videatur, per cõtinuationem potiùs quàm per acquisitionem nouam dominij, adeò vt nec hereditas patris vlla videatur, vt scriptum est in *dict. leg. in suis.* Nec enim hereditas est, nisi quæ iacet & quæ domini loco habetur, vt defuncti personam per iuris fictionem repræsentet *leg. non minus 32. §. 2. infr. de hered. instit. leg. hereditas 34. de acquir. rer. dom.* qua fictione, & repræsentatione nihil opus est, cùm filiusfamilias patri superstes est, qui iam ante fuit dominus. Vnde est quod in iure nostro sui heredes appellantur, quasi non tam patri quàm sibi succedere existimentur, siquidem heredis nomine nihil nisi dominum veteres significabant, *§. vlt. de hered. qual. & diff. l. de hereditate 19. §. pater vers. non tam infr. de castr. pecul.* Liberi enim cùm parentibus succedunt non tam ad parentum, quam penè ad propria sua bona veniunt *l. 1. §. largius infr. de succeff. edict. leg. vltim. de bon. damnat.* ob idque nulla indigent aditione ad acquirendam patris hereditatem *leg. in suis 14. infr. de suis & legitt.* sed statim sunt heredes, siue ex testamento siue ab intestato, id est, ipso iure adeóque ignorantes, & inuiti licet ex prætoris edicto habeant beneficium abstinendi *leg. 1. §. qui sunt in potestate infr. si quis omiss. cau. testam. leg. cùm quasi 30. §. sed etsi ius de fideicom. libert.* nec tam heredes fieri videntur, quàm existere & apparere, quod Græci dicunt *διεφανεσθαι leg. vltim. §. sin perpetuo Cod. de curat. furios.* quia licèt sit dominus viuo patre, non tamen apparet dominus propterea, quòd non habeat liberam bonorum administrationem. Ex his nimirum fit, vt si pater filiũ in potestate testamento prætereat, aut quod effectu idem est, neque instituat eum neque exheredet nominatim, iniustum sit testamentum per quod scilicet filio aufert siue causa ea bona, quæ iam viuo adhuc patre filio quæsita censebantur, nihil enim aliud est excludere quàm

BIU Cujas

ex hereditate & dominio deiicere (quod vix vnquam citra iniuriam fieri potest). Et tamen tanta erat patris in filium authoritas ex vetustissimo iure duodecim tabularum, vt liberum ei esset filium etiam immerentẽ & pro arbitrio exheredare, cùm & occidere eum liceret *dict. leg. in suis* 11. *hoc tit.* quippe in quem haberet ius vitæ & necis *leg. vltim. Cod. de patr. pot.* Sed quemadmodum nimia illa potestas vitæ & necis coarctata tandẽ fuit, ne parentibus in liberos sine causa sæuire liceret, vt nec dominis in seruos *leg. 2. §. 1. supr. de his qui sui sunt vel alien. iur.* ita & media Iurisprudentia ius illud antiquius & durius ita temperauit, vt liceret quidem patri filium, quem in potestate habebat, exheredare si vellet, vt antea, sed non nisi adhibita illa solemnitate, vt nominatim exheredaretur: alioqui testamentum esset ipso iure nullum & nullius momenti tanquam iniustum. Aquo tempore etsi liberũ erat patri filium nominatim exheredando etiam sine causa satisfacere iuris solemnitati, cùm tamen passim eueniret, vt plerique parentum ea potestate abuterentur, & contra pietatis officia testarentur, induci necesse fuit remedium querelæ inofficiosi testamenti, per quam testamentum quamuis per se validum, attamen quasi à furioso & mẽte capto factũ rescinderetur, vt ab intestato nõ iustè exheredatus filius hereditatem paternam obtinere posset. Itaq; testamentum eiusmodi non iniustum appellamus, sed inofficiosum *leg. 1. 2. & passim supr. de inoff. testam.* quia pater iustè quidem testatus est, id est, secundùm iuris regulas, qui filium etiam immerẽtem exheredauit, sed non secundùm officia pietatis & naturæ, quibus cogebatur pater, vt filium vel institueret, vel saltem non sine causa exheredaret *leg. nam etsi* 15. *supr. eod. illo tit. de inoffic. test. leg. scripto* 7. §. 1. *inf. si tab. testam. null. extab. vnde lib.* Denique testatur ritè pater, qui filium nominatim exheredat, licèt sine causa, sed non rectè testatur. Ideóque testamentum inofficiosum non dicitur ab initio nullum, sed ex postfacto rescinditur *leg. circa 24. & passim de inoff. testam.* Fuit tamen hac parte ius singulare liberorum masculorum, itémque eorum qui essent primi gradus: nam in filiabus & nepotibus quoque in testatoris potestate constitutis ita ius erat, vt si testamento præteriti essent, non tamen illud ab initio nullum facerent, sed tantùm haberent ius accrescendi, hactenus vt scriptis heredibus adcrescerent, & quidem in virilem portionem si scripti erant liberi, in semissem verò si extranei, vt Vlpianus in *Instit.* refert. *tit.* 22. nempe ex iure ciuili, nam prætorio iure filiis primi gradus præteritis datur bonorum possessio contra tabulas in solidum, filiabus verò vel nepotibus pro virili aut semisse, prout heredes instituti erant, vel ex liberis vel ex extraneis, ex constitutione Antonini, de qua in *leg. vltim. Cod. de liber. præter.* Similiter poterat exheredari filia & nepos etiam inter cæteros, nec erat necesse, vt nominatim exheredarentur, dummodò inter cæteros exheredatis illis aliquid legaretur, vt idem Vlpianus refert *dict. tit.* 22. §. *posthumus & sequenti.* Huius autem iuris diuersitas, & diuersitatis ratio satis alioquin obscura & à paucis obseruata mihi videtur ex eo profecta esse, quòd quamuis filiæ nepotésque non minùs in potestate sint quàm masculi fratres, perinde que suorum heredum appellatione contineantur, minùs tamen arcto vinculo coniuncti videantur: filiæ quidem, quia per eas conseruari agnatio nõ potest, cuius tamẽ conseruandæ ratione præcipuam vetus legislator semper habuit ad amplificandam rempublicam ex amplificatione familiarum: (fœmina enim familiæ suæ caput & finis est *leg. 1. infr. de iur. immunit. l. pronunciatio* 195. §. *vltim. & leg. seq.* §. 1. *de verb. sig. & apud* Iustin. *tit. de agnat. success.* nepotes verò quia sunt remotiores in gradu. Nã & inde fiebat, vt cùm filius non posset exire de patria potestate, nisi per trinam mancipationem, vt scripsimus ad *leg. 2.* §. *vltim. supr. de cap. minut.* & alibi sæpè: filia tamen & nepos prima, eáque vnica mancipatione exirent, *l. verum est* 8. §. 1. *infr. tit. prox.* vbi ob hanc causam dicitur, filiam cùm emancipatur vel nepotem, non rumpere testamentum, quia vnica mancipatione exeũt de potestate, ad differentiam filij primi gradus qui etiam institutus, cùm emancipatur, rumpit patris testamentum quasi agnatione sui heredis, quia post primam mancipationem redit in potestatem patris, & is quodammodo agnascitur de nouo suus heres, vt ab eo iterum atq; iterum mãcipari & vendi possit. Lex enim duodecim tabularum, quæ hac parte de solo filio locuta fuerat, non aliter cum de familia & sacris patris exire permittebat, quàm si pater eum ter vendidisset, quasi tanta patris impietas hanc pœnam mereretur. Quo exemplo moti prudentes videntur, vt in filij emancipatione trinam mancipationem adhiberent, quamuis tres illæ mancipationes & venditiones, qnæ contracta fiducia in filij emancipatione fiebant, imaginarię tantùm essent, & nõ veræ, ne quid contra legem duodecim tabularum facere viderentur. Sed mansit ius hoc quidem incorrectum longo tempore quantum ad filias, & quousque Iustinianus filias filiis exæquauit in omni causa successionis, siue testamentariæ siue legitimæ *d. l. vltim. Cod. de lib præter Nouell.* 115. *vt cùm de appellat. cog.* §. *aliud quoque capitulum, & Nouell.* 118. *de hered. ab intest. veni.* Sed quantum ad nepotes, faciliùs visum est idem priuilegium ipsis concedere, quod filiis primi gradus, vt scilicet vel instituí deberent, vel exheredari nominatim. Quod Vlpianus supradicto loco iam suis temporibus obseruatum fuisse testatur, nempe, quia licet nepos sit in remotiore gradu, quàm filius, præmoriente tamen filio succedit in locum patris, & perinde fit suus heres auo, cùm incipiat obtinere primum locum & gradum in causa succedẽdi & sit in potestate. Quæ definitio est sui heredis in *dict. leg. scripto* 7. *in princip. vnd. lib. l. si filius-familias* 33. *infr. de testam. mil. l. Gallus* 29. §. *nunc de lege & §. videndum infr. hoc tit.* Nec minùs interest reipublicæ quàm nepotis, vt eadem ratio nepotis, quæ primi filij constituatur filio prædefuncto, cùm perinde tam per nepotem atque per filium conseruari familia & agnatio possit.

RAT. igitur DVB. ad hanc legem hæc est quòd cùm filij iã nati & in testatoris potestate sunt, nominati instituendi sint vel exheredãdi, nõ aliter videatur ei solemnitati posse satisfieri quàm si nomen ipsum filij exprimatur, non etiam si prænomen, aut cognomen.

DEC. Ratio est, quòd etiam ex prænomine aut cognomine sciri potest quísnam ille sit filius, qui vel institutus est vel exheredatus: hoc enim omnimodo requiritur, vt ex prænomine vel cognomine certo sciri possit, quænam persona illa sit, quæ vel est instituta vel exheredata, alioqui non posset videri nominatim facta institutio vel exheredatio *d. l. Titius* 25. *infr. hoc tit. l. certum* 6. *supr. si cert. pet.* Necesse enim est, vt constet de corpore, de quo testator

sensent

senserit *leg. quoties 9. in princip. infr. de heres instit.* Et hæc quidem de filiis iam natis dixisse satis sit: nam de filiis nascituris, id est, de posthumis, quæ alia pars est huius tituli, dicemus ad *leg. placet 4. hoc tit.* Non est autem huic legi contrarium quod Accursius obiicit ex *leg. cùm hi 8. §. si prætor aditus supr. de transact.* quoties certa solemnitas pro forma alicuius actus præscripta est, ex omissione vel minima vitiari solemnitatem. Id enim obtinet, cùm aliquid omissum est ex solemnibus. Hîc autem non alia fuit solemnitas necessaria, quàm vt filius nominatim institueretur, vel exheredaretur. Cui solemnitati perinde satisfit, expressione prænominis aut cognominis, atque ipsius nominis, dummodò, vt diximus, tale sit prænomen aut cognomen, vt nulla de corpore possit esse dubitatio, ex *leg. hac consultissima 8. Cod. qui testam. fac. poss. l. heredes palam 21. §. sed si notam. supr. tit prox. l. duo sunt Titij 30. supr. de testam. tut.* Ex quo Bartolus benè infert, nec in instrumentis ad eorum validitatem necesse esse poni prænomen vel cognomen contrahentis, dummodo ex nomine dignosci certò possit.

2. IDEM libro 6. Regularum.

NOminatim exheredatus filius & ita videtur. *Filius meus exheres esto*, si nec nomen eius expressum sit. si modò vnicus sit. nam si plures sunt filij, benigna interpretatione potiùs à plerisque respondetur, nullum exheredatum esse.

Ad leg. 2. Nominatim.

RAT. DVB. Non aliter videtur filius nominatim institutus vel exheredatus, quàm si expressum sit ipsius nomen, vel prænomen vel cognomen, vt dictum est in lege proximè precedenti. Atqui cùm pater ita loquitur, *Filius meus exheres esto*, neque nomen filij exprimitur, neque prænomen neque cognomen, sed tantùm filij nomen appellatiuum. Ergo non potest videri nominatim exheredatus.

DECID. Non requirimus expressionem nominis aut prænominis, aut cognominis, nisi vt per huiusmodi expressionē certa fiat designatio personæ institutæ, vel exheredatæ. Ergo si qua alia ratione talis designatio fiat de corpore, id est, vt pragmatici loquuntur, de identitate personę, de qua dubitari nullo modo possit, satisfactū solēnitati videtur. Nihil enim refert quid ex æquipollentibus fiat *leg. vltim. §. 1. supr. mand. leg. mulier 22. §. Brasidas infr. ad SC. Trebell. l. si in rem 6. de rei vind. l. 3. C. hoc tit.* Atqui per illam exheredationis formulam. *Filius meus exheres esto*, tam certò scitur quis sit exheredatus, cùm vnicus tantùm filius est, atque si nominatus esset. Hunc enim casum tractat hîc Vlpianus, quo testator vnicum duntaxat filium habuerit. Quid ergo si plures filij fuerint, nec nisi filium in singulari numero pater exheredauerit? An omnes exheredati nominatim videbuntur, quòd indefinita æquipolleat vniuersali *leg. si plures 98. de l. 3.* an verò nullus, quia nemo sit nominatim exheredatus?

RAT. DVB. est, quia solet esse fauorabilior causa testamenti quàm liberorum *leg. si pars 8. supr. de inoff. testam.* propterea quòd causa testamenti, non etiam liberorum fauorem publicum annexum habeat *leg. vel negare 5. infr. testam. quemad. ap.* Atqui si dicamus exheredatos non esse omnes liberos, consequens fiet, vt testamentum sit nullum, & iniustum. Melius ergo est, vt fauore testamenti exheredatos omnes intelligamus.

Sed RAT. DEC. est, quòd odiosa sit exheredatio, quippe quæ filium arceat à sibi debita patris hereditate *leg. si filius 12. infr. de vulg. & pup.* Deinde, quia impietatis notam inurit filio *leg. multi 18. hoc tit. leg. non patauit 8. infr. de bon. poss. con tab.* Proinde non est adiuuanda interpretatione, sed potiùs restringenda *l. cum quidam 19.* Tritum enim est quod habet regula iuris Pontificij, odia restringenda esse, fauores verò ampliandos *cap. odia de reg. iur. in 6. dict. leg. cùm quidam & leg. hoc modo 24. de cond. & dem. leg. si quis ita 16. §. si quis filio. de testam. tut. leg. qui filiabus 17. §. 1. de leg. 1. l. 2. de lib. leg. l. pluribus 6. de acceptil. leg. vltim. de const. Princip. l. si fuerit 10. infr. de reb. dub.* Et sanè videtur rationi huic consentaneum quod Vlpianus scribit, benigna interpretatione fieri, vt nullus ex filiis videri debeat exheredatus. Quanquam in libertate, quæ omnium rerum fauorabilissima est, *leg. libertas 122. de reg. iur.* idem ferè responsum video in *leg. cum ex plurib. 31. infr. de testam. manum.* vbi Paulus ait, cùm ex pluribus eodem nomine seruis vnus liber esse iussus est, si non appareat, quis ille sit, nullum esse liberum. Sed hoc ideo fit quoniam testator, qui vni duntaxat seruo libertatem dedit, aliis seruis denegasse videtur. Ideóque nulla ratio est, vt libertas, quæ vni tantùm data fuit, omnibus præstetur, nisi in casu legis *vnum ex familia 77. §. rogo de leg. 2.* Ergo & in proposita specie dicendum est non tantùm benigna interpretatione, sed etiam ex mera iuris ratione fieri, vt vno tantùm filio exheredato, cùm plures filij essent, nullus exheredatus censeatur, quia licèt appareat testatorem vnum ex filiis exheredare voluisse, nesciri tamen potest quis ille sit. Non entium autem, & non apparentium idem est iudicium *§. si aduersus Instit. de nupt. dict. leg. duo sunt Titij 30. de testam. tut.* Nec sanè salua voluntate dici potest, vno filio exheredato, de quo non constet quis ille sit, omnes ideò exheredatos intelligi. Nisi potius dicamus aliud respexisse Vlpianū, quòd si filius esset institutus numero singulari, omnes tamen filij instituti censerentur benigna interpretatione, quia pater instituendo filios non tam videtur de suo eis dare, quàm quod iam habent à naturali ratione, non adimere, quod in libertate diuersum est, quam non sufficeret non adimi si non daretur.

3. IDEM libr. 1. ad Sabinum.

ET si pepercerit filium dicere, ex Seia autem natum dixit: rectè exheredat. & si cum conuicio dixerit, *Non nominandus*, vel *Non filius meus*,

BIU Cujas

latro, gladiator: magis est, vt rectè exheredatus sit. sed & si ex adulterio natum dixerit.

Ad leg. 3. Et si pepercerit.

RAT. DVBIT. Non potest nominatim videri exheredatus filius, qui non solùm sine expressione nominis aut prænominis, aut cognominis exheredatus est, sed etiam sine nomine appellatiuo filij, puta si testator Seiam vxorem habebat, exheredauerit ex Seia natum. Ideo autem ponimus cum Accursio Seiam testatoris vxorem fuisse, quoniam alioquin ex Seia natus extraneus esset testatori, nec proinde nisi ineptè exheredari posset *leg. quidam cum filium 132. versic. in eo autem infr. de verb. oblig.* Ergo non videtur valere huiusmodi exheredatio, cùm filium nominatim exheredatum esse oporteat *l. 1. & 2. supr.*

DEC. Satis exheredatus nominatim videtur is cuius persona per aliquam qualitatem tam certò demonstrata est, quàm si eius nomen expressum fuisset. Cur enim expressionem nominis aut prænominis aut cognominis requirimus, nisi ne dubitari possit de corpore personæ exheredati *leg. quoties 9. in princip. infr. de hered. instit.*? Atqui testator qui plures habet filios, & inter eos vnum ex Seia matre, si ex Seia natum exheredet, tam certò demonstrat quem exheredatum velit, quàm si proprio nomine eũ designasset. Est igitur hoc satis ad hoc vt nominatim exheredatus esse videatur: non enim potest certior esse demonstratio quàm quæ ad personam matris refertur, cùm matris persona semper certa sit *leg. quia semper 5 infr. de in ius voc.* Parúmque refert, an testator filium proprio nomine demonstrauerit, an signo indubitabili, quod nihil pæne à nomine distet *dict. leg. quoties 9. §. si quis nomen 8. de hered. instit. & l. prox. supr.*

a *Etsi cum conuitio dixerit.* RAT. DVB. Exheredatio filij facta cum conuitio non tam certo iudicio quàm ab irato patre facta videtur. Quid enim tam contrarium iudicio & consilio quàm ira? Ergo non videtur ea exheredatio ferrenda esse, cùm satis magnam iniuriam inferat pater filio, cùm eum exheredat.

DEC. Exheredatio notat personam exheredati quasi fuerit impius, & de patre malè meritus *leg. multi non notæ 18. hoc tit.* Vnde est quod non putauit prætor liberos exheredatione notatos ad beneficium bonorum possessionis contra tabulas tanquam indignos admittendos *leg. non putauit 8. infr. de bonor. possess. contra tab.* Non ergo denegandum est patri filium exheredanti, vt quid faciat etiam cum conuitio, vt scilicet tanto apertiùs pater significet iustam se filij exheredandi causam habuisse. Nam & quod mirabilius est, permissæ sunt institutiones, & valent etiam cum maledicto, puta si pater ita scripserit, *filius meus impiissimus, & malè de me meritus heres esto leg. his verbis 48. §. 1. infr. de hered. instit.* Aliud iuris est in legatis, quæ si notandi magis quàm honorandi legatarij causa scribantur, vnde & turpia dicuntur, pro non scriptis habentur in odium scribentis *leg. turpia legata 54. de leg. 1.* Debent enim legata relinqui ob affectionem, aut meritum aliquod personæ *leg. nec adiecit 9. supr. pro soc. iunct. l. si quis inquilinos 112. §. penult. de leg. 1.* Quod & in extraneorum heredum institutionibus obtinet *leg. quoties 9. §. si quis nomen 8. infr. de hered. instit.* vt proinde non tam legata ab institutionibus hac parte separanda sint, quàm institutio filij ab extranei, ratione illa diuersitatis, quòd si filij institutio etiam cùm maledicto facta non defenderetur, testamentum ipso iure nullum esset, tanquam in quo filius neque vtiliter institutus, neque vllo modo exheredatus inueniretur *argum. leg. cum quidam 19. hoc tit.* Ergo etsi pater filium, quem exheredat, ex adulterio natum esse dixerit, æquè valebit exheredatio, quia licet videatur secum pugnare testator, qui eũ, quem ex adulterio natum esse dicit, exheredat, quasi filium, cogitur tamen ita loqui, quoniam præsumptione iuris, & de iure, vt nostri loquuntur, pater ille est quem nuptiæ demonstrant *dict. leg. quia semper 5. de in ius vocand. l. filium 6. supr. de iis qui sui vel alien. iur. sunt.* Fieri autem facilè potest, vt maritus non tam suspectos quàm perspectos habens vxoris mores sciat ex adulterio vxoris natum eum, qui ex matrimonio susceptus vulgò quæritur. Si tamen probaretur pater circa illã exheredationis causam errasse, id est, exheredatum non ex adulterio, sed ex legitimo matrimonio fuisse, non valeret exheredatio, quasi non esset filius exheredatus tanquam filius, non magis quàm si dixisset pater, *Tuius Sempronij filius exheres esto*, patrem ei adulterum per errorem assignans *leg. si posthumus 14. §. vltim. & leg. sequ. infr. hoc tit.* Sanè qui ita cum illo elogio exheredatus est, Carbonianam bonorum possessionem habere non potest *leg. 1. §. idem ait cùm quidam infr. de Carbonian. edict.* vbi ratio redditur, quia etiamsi absque elogio exheredatus esset, ad eam tamen bonorum possessionem admitti non posset tanquam exheredatus. Quòd si pater sciẽs eum, quem exheredat, filiũ suum esse, nihilominus ex maledicto illo exheredauerit quasi ex adulterio natũ, valebit omnimodo exheredatio, quasi non tam per errorem quàm conuitij animo facta, vt benè hîc notat Accursius. Est autem hic locus valdè obseruandus in eo quòd bonam interpretationem vocat eam quæ exheredationi nocet, quamuis viciet testamẽtum, non quia fauor testamenti minor sit, quàm fauor liberorum, sed quia fauor testamenti non debet procedere ex liberorum exheredatione, nec potest.

1 ¶ Purè autem autem filium exheredari Iulianus putat. qua sententia vtimur.

Ad §. 1. Purè autem.

RAT. DVBIT. Institutio potest fieri tam purè quàm sub condicione: nisi quòd filius primi gradus idémque suus heres non potest institui sub conditione casuali & mixta, sed tãtùm sub ea quæ est in eius potestate *l. suus quoque 4. infr. de hered. instit. l. vlt. inf. de condit. instit.* Ergo & exheredatio sub conditione fieri potuit vt eadem sit ratio contrariorum.

RAT. DEC IB. Parentum hereditates liberis iisdémque

BIU Cujas

démque suis heredibus ita addictæ sunt ex communi naturæ & parentam voto, vt ait lex *scripto 7. §. 1. infr. si tabul. testam. null. extab. vnde lib. iunct. leg. vltim. infr. de bon. damnat.* vt non nisi certo iudicio ab hereditate remoueri debeant *leg. sed sub conditione 18. infr. de bonor. possess. contra tab.* Non potest autem certum esse iudicium patris qui filium exheredat sub conditione casuali vel mixta, cùm exheredationis potestas eo casu pendeat ex euentu. Ergo meritò placuit exheredationem liberorum non nisi purè fieri posse. Excipiendus tamen est casus ille, quo filius primi gradus institutus sit sub conditione non potestatiua, sed quasi casuali vel mixta: nam cùm filius primi gradus sub huiusmodi conditione institutus non aliter heres esse possit quàm si conditio impleatur, necesse est vt sub contraria conditione, id est, si conditionem illam deficere contigerit, exheredetur, alioqui in defectum conditionis neque institutus videbitur neque exheredatus, sed præteritus, vt in *leg. si pater filium 4. Cod. de instit. & substit. leg. iam dubitari 86. infr. de hered. instit.* Extra hunc casum exheredatio sub conditione fieri non potest *dict. leg. sed si sub conditione & leg. si quis Sempronium 68. in fin. de hered. instit.* Sed hoc quantum ad filios iam natos: nam in posthumis aliud receptum est, vt scilicet sub conditione qualibet & instituí possint, & exheredari, vt Bartolus hîc docet ex *leg. cum posthumus 22. & leg. posthuma 24. hoc tit & leg. 1. §. sed etsi sub conditione 5. infr. de ventre. in possess. mitt.*

2 ¶ Filius inter medias quoque heredum institutiones rectè exheredatur, & erit à toto gradu summotus: nisi fortè ab vnius persona eum testator exheredauerit. nam, si hoc fecit, vitiosa erit exheredatio, quemadmodum si ita exheredauerit[a]: *Quisquis mihi erit filius, exheres esto.* nam (vt Iulianus scribit) huiusmodi exheredatio vitiosa est: quoniam post aditam hereditatem voluit eum summotum: quod est impossibile.

Ad §. 2. Filius inter.

RAT. DVB. Quemadmodum institutio heredis debet præcedere legata & cætera, quæ in testamento relinquuntur, si iuris veteris rationem inspicimus, nempe, quia sit caput & fundamentum testamenti §. *ante heredis Instit. de leg. l. quod per manus 10. infr. de iur. codicill.* ita & exheredatio videtur debere institutionem præcedere, vt remoueatur obstaculum, quo prohiberi videtur pater, ne alium heredem instituat. Nam cùm filius sit quodammodo dominus bonorum paternorum etiam viuo adhuc patre, vt diximus ad *leg. 1. supr. ex leg. in suis 11. hoc tit. leg. 1. §. largius infr. de succes. edict. leg. vltim. infr. de bon. damnat.* necesse est priùs eum ab hereditate paterna summoueri, quàm vt alij locus fieri possit per institutionem heredis, ne alioqui videatur pater velle duos sibi heredes facere in solidum aduersus iuris regulam *leg. quod contra 141 §. vni duo de reg. iur.* Ergo non videtur valere exheredatio, quæ fit inter medias institutiones, siue vnus tantùm sit gradus institutionis, puta si testator dixerit, cùm filium vnum dumtaxat haberet, *Titius heres esto, filius meus exheres esto, Sempronius heres esto*, siue plures institutionum gradus proponantur, puta si testator ita scripserit, *Titius heres esto, filius meus exheres esto: Si Titius heres non erit, Sempronius heres esto.* Quo casu duo sunt gradus heredum, primus Titij instituti, secundus verò Sempronij vulgariter substituti *leg. cùm in testamento 37. infr. de hered. instit. l. 1. l. coheredi 41. in princip. §. vltim. & pass. de vulg. & pupill. substit.* non magis quàm si filius exheredaretur in casum iam aditæ ab instituto hereditatis: quo casu nemo dubitaret, quin vitiosa esset exheredatio, vt à Iuliano scriptum est in *fin. huius §. & à Pōpon in leg. si quis Sempronium 68. in fin. infr. de hered. instit.* Ad quid enim institutio, nisi vt ex ea hereditas adeatur?

RAT. DECID. Exheredatio filij ea demum sufficit ad validitatem solemnitatis testamenti, per quam filius ab omnibus siue gradibus siue personis heredum institutorum exheredatur, alioqui non posset valere is gradus à quo non est exheredatus *leg. si primo 8. leg. si posthumus 14. infr. hoc tit.* Nec rursus institutio eius heredis à quo, id est, cuius ratione & respectu filius exheredatus non est, ob eam scilicet rationem, quam attigimus, quòd alioqui in portione hereditatis duo in solidū heredes cōstituerentur. Quā ob causam ita obseruari solebat, vt antè heredis institutionem exheredatio scriberetur, vt scilicet ab omnibus gradibus & personis institutorum filius exheredatus intelligeretur, vt scriptum est in §. *proximè sequent.* Atqui cùm filius inter medias heredum institutiones exheredatur, nihil est quod impediat, quo minùs ad præcedentes & ad sequentes omnes gradus & personas institutorum exheredatio referatur, quamquam subesse potest hoc casu quæstio voluntatis, an pater ab vnius tantum persona, aut ab vno tantum gradu, id est, à priore exheredatum filium voluerit, an verò à toto gradu: aut si plures sint gradus, an ab omnibus gradibus: priore námque casu vitiosa est exheredatio, tanquam quæ filium non summoueat à tota hereditate, *leg. non putauit 8. §. si ab vno de bon. possess. cont. tabul.* Inde siquidem fieri necesse est, vt extraneus, à quo filius fuit exheredatus, hereditariam portionem, ex qua institutus est, adire possit, non etiam alius, à quo filius non est exheredatus, quia pro ea parte filius præteritus esse intelligitur, & ita fieret vt pro parte exheredatus & pro parte præteritus videretur. In dubio tamen credendus est testator voluisse filium à toto gradu vel ab omnibus gradibus exheredare, ne alioqui videatur eam testandi rationem elegisse, per quam iudicia sua subuertantur, vt Castrensis hîc notat ex *leg. 3. infr. de testam. milit.* In quo tamen dubitandi ratio illa occurrebat, quòd in dubio ea potiùs interpretatio capienda sit per quam exheredatio tanquam prorsus odiosa excludatur, vt diximus ad *princip. huius legis.* Sed decidendi ratio fortior illa est, quòd

BIU Cujas

& præsumpta voluntas patris, & verborum quibus vsus est, significatio faciat contra exheredationem, id est, vt in dubio credendus sit filius à tota hereditate exheredatus, cùm inter medias institutiones exheredatio facta est, quia, vt Dinus dicebat, medium quodlibet se communiter habeat ad extrema. Quòd si post omnes heredes aut heredum gradus scriptos filius exheredatus sit, tanto magis dicendum est ab omnibus gradibus exheredatum esse *leg. 1. Cod. hoc tit. de liber. præterit.*

a *Quemadmodum si ita filium exheredauit.* RAT. DVB. Exheredatio filij non aliter valere potest quàm si hereditas fuerit adita, ne alioqui testamentum per omnia irritum ad solam exheredationis notam proficere videatur *l. filium 20. de bon. poss. ff. cont tabul.* Ergo non potest exheredationem vitiosam illud facere, quòd collata sit in tempus aditæ hereditatis, qualis illa est quæ fit per hæc verba, *quisquis mihi heres erit filius meus, exheres esto.*

DEC. Implicat contradictionem, vt exheredatio filij conferatur in tempus aditæ hereditatis, & ex eo testamento adiri possit hereditas. Nam priusquam hereditas adeatur, non potest videri filius exheredatus, cùm eius exheredatio in tempus aditæ hereditatis collata sit. Ergo interim est prætetitus, ac proinde testamentum est nullum, ex testamento autem nullo non potest adiri hereditas. Sera igitur est exheredatio & inutilis, quæ fit in casum & in tempus aditæ hereditatis *leg. si quis Sempronium 68. in fin. infr. de hered. inst.* vbi dicitur nocere exheredationi, si sit expressè collata in tempus aditæ hereditatis, quamuis non expresso eo expectandum sit tempus aditionis, vt exheredatio effectum habere possit: multum enim refert, an quid tacitè insit, an verò verbis exprimatur, vt in *leg. si ita legatum 65. §. 1. de leg. 1.* Expressa enim plerumque nocent, quæ non expressa non nocent, vt habet iuris regula in *leg. expressa 195. de reg. iur. leg. nonnumquam 52. de cond & demi.* Atqui cùm testator ita loquitur, *quisquis mihi heres erit filius meus exheres esto*, perinde est ac si diceret, *si quis mihi heres erit*, itémque, *cùm quis mihi heres erit*, ac proinde non potest videri exheredatus filius, quin priùs aliquis sit heres. Nemo autem fit heres nisi per aditionem, extra heredes necessarios: prius siquidem est, vt exheredationis condicio impleatur, quàm vt exheredatio locum habere possit. Dubitari porrò non potest, quin verba illa *quisquis mihi heres erit* faciant condicionem, quomodo facerent illa *si quis mihi heres erit*, quia pronomen relatiuum aut distributiuum iunctum verbo futuri temporis semper importat condicionem *leg. Stichum qui meus erit 6. de leg. 1. l. qui liberis in princip. leg. in substitutione 31. de vulg. & pupil.* Ergo verum est quod Vlpianus hîc scribit ex Iuliano huiusmodi exheredationem *quisquis mihi heres erit, filius exheres esto* vitiosam esse, quoniam pater non nisi post aditam hereditatem voluit summouere, quod est impossibile. Præter id quod diximus in §. præcedente, filij exheredatio purè fieri debet, quoties institutio pura est, non autem sub condicione, vt possit valere pura institutio, quæ non valeret si ab ea filius esset prætetitus. Ideóque datur hoc casu filio exheredato bonorum possessio contra tabulas, quæ tamen non datur exheredato, *l. sed si sub condicione 18. iuncta leg. non putauit 8. in princip. de bonor. possess. contr. tabul.* quia exheredatio vitiosa pro non exheredatione est. Nam nec sub condicione casuali scilicet vel mixta potest institui filius primi gradus, nisi in defectum condicionis exheredetur, ex *leg. suus quoque 4. & leg. iam dubitari 86. infr. de hered. instit.* nisi quod prætor dat ei interim bonorum possessionem secundùm tabulas futuram cum eo, si postea condicio institutionis existat, aut euasuram in bonorum possessionem contra tabulas, si condicio deficiat.

3 ¶ Ante heredis institutionem exheredatus, ab omnibus gradibus summotus est.

Ad §. 3. Ante heredis.

RAT. DVBIT. Institutio est caput & fundamentum testamenti ex *§. ante heredis Instit. de leg. l. quod per manus 10. infr. de iur. cod.* Ergo quemadmodum ob hanc causam olim non poterant relinqui legata ante heredis institutionem, ita videbatur dicendum neque exheredationem fieri posse, præsertim cùm testamenta fiant ea mente, vt hereditas detur, non vt adimatur, & præposterum videatur illi adimi priusquam alteri data sit. Nam & regula iuris est, hereditatem testamento adimi non posse *leg. si ita scriptum 13. §. regula infr. hoc tit.*

DEC. Suus heres ita heres est ipso iure, & consequenter dominus bonorum paternorum, etiam viuo adhuc patre, vt hereditatem ei adimi consentaneum sit priusquam alteri dari possit, ne alioquin vni duo heredes constituantur in solidum, quod fieri non potest *l. quod contra 144. §. vni duo de reg. iur.* Atqui hoc fieri non potest nisi per exheredationem. Ergo exheredationem etiam ante institutionem fieri posse rationis est, tantóq; commodius, quòd exheredatus ante institutionem filius, non solùm ab omnibus personis vnius gradus, sed etiam ab omnibus gradibus, si plures sint, exheredatus intelligitur vt in hoc §. scriptum est. Non enim potest videri, nisi generalis exheredatio, quæ sit ante omnes institutiones & substitutiones. Et ratio naturæ facit, vt præcedentia faciliùs influant in sequentia, quàm vt sequentia refluant in præcedentia. Quamuis placeat etiam exheredationem post omnes gradus factam non tantùm ad proximum, sed etiam ad omnes referri debere, ita vt ab omnibus gradibus & à tota hereditate filius summotus intelligatur, *leg. 1. Cod. de lib. præter.* non solùm vt faciliùs testamentum sustineatur, sed etiam quia hoc casu generalis quoque exheredatio esse intelligitur, cùm post omnes gradus adscripta sit. Extat tamen rescriptum Diui Adriani, quo hoc ipsum constitutum est vt possit filius etiam ante institutionem exheredari *leg. 1. in princip. infr. de hered. instit.* Vbi ob hanc causam dicitur testamentum plerumque ab heredis institutione incipere, quia, vt eadem lex ait, incipit interdum ab exheredatione.

4 ¶ Inter

BIU Cujas

4 ¶ Inter duos autem gradus exheredatus, ab vtroque remotus est, secundùm Scæuolæ sententiam, quam puto veram.

Ad §. 4. Inter duos.

RAT. DVB. Exheredatus inter duos gradus magis videtur exheredatus à primo quàm à secundo gradu, quia magis necessaria fuit exheredatio ad validandum primum gradum iam scriptum, quàm ad validandum secundum, qui nondum scriptus est. Priùs enim est, vt aliquid scriptum sit, quàm vt valeat, aut quæri possit an valeat. Secundus autem gradus nondum scriptus erat eo tempore quo filius exheredabatur. Ergo non potest videri exheredatus à secundo gradu si inter medios gradus exheredatio scripta sit.

DECID. In coniunctionibus, id est, in his quæ coniunctim fiunt, parum interest, vt priore aut posteriore loco scribatur *leg. quidam* 14. *infr. de pecul. leg.* Atqui testamentum fit vnico contextu *leg. heredes palam* §. *vltim. supr. tit. prox.* Potissimum verò institutiones & exheredationes coniunctim scribuntur, siue exheredatio præcedat heredis institutionem vt in §. *prox. præcedenti*, siue omnes gradus sequatur, vt in *leg.* 1. *Cod. de lib. præt.* siue denique inter medias personas institutorum, siue inter medios gradus institutorum & substitutorum. Ergo nihil refert quo loco scripta sit exheredatio. Quanquam fatendum est casum huius §. esse paulò dubitabiliorem, nec eandem fuisse prudentum omnium in hac parte sententiam, vt ex eo conijci potest quod Vlpianus hîc scribit, ita sensisse Scæuolam: & addit putare se sententiam ipsius veram, vt certè fauorabilior est testamento, & conuenientior verisimili voluntati patris, cui satis esse debet filium semel exheredasse, vt à tota hereditate eum summouisse videatur, præsertim cùm non alia possit esse ratio exheredandi filij ab vna persona magis quàm ab alia, aut ab vno gradu magis quàm ab alio. Planè si filius non à tota hereditate, sed à certis dumtaxat rebus exheredatus sit, constat exheredationem non valere *leg. cùm quidam* 19. vbi dicemus *hoc tit.* quia res singulæ licèt sint in hereditate, ipsam tamen hereditatem constituere non possunt, neque partem hereditatis, siquidem in iure consistit, res autem singulares in corpore. Et cùm hereditas sit quid totum homogeneum, eius partes quoque homogeneæ esse debent, ac proinde eius partes in iure, non in corpore consistere *leg. seruum meum* 50. §. *vltim. de hered. instit.* Itaque placet quod Accursius hîc notat ex iis, quæ de exheredatione huc vsque scripsimus, quinque esse necessaria, vt valeat exheredatio. Primum est, vt nominatim fiat, non inter cæteros *l.* 1. *& 2. supr.* Secundũ, vt purè nõ sub condicione §. 1. *hac lege* Tertiũ, vt à toto gradu non à persona certa, & ab omnibus gradibus, non ab vno duntaxat §. *filius supr.* Quartũ, vt à tota heredirate non à re certa *d. l. cùm quidam.* Quintum, est quod ait ille ex iure nouo, vt fiat adiecta & expressa aliqua causa ingratitudinis, & quidem ex iis quas Iustinianus enumerat in *Nouell.* 115. *vt cùm de appellat cog.* §. *aliud quoque capitulum, & sequentibus*, vnde sumpta est *authent. non licet Cod. de lib. præter.*

5 ¶ In eo, qui miscuit duos gradus, exheredationem valere, Mauricianus rectè putat: veluti, *Primus heres esto ex semisse. Si primus heres non erit, secundus ex semisse heres esto. Tertius ex alio semisse heres esto, & filius ex heres esto. Si tertius heres non erit, quartus heres esto.* nam ab vtroque gradu summotus est.

Ad §. 5. In eo qui.

RAT. DVB. & DECID. eadem ferè est ad hunc §. quæ ad proximè præcedentem: nam & hîc tractatur de exheredatione posita inter plures gradus, sed cum hac differentia, quòd hîc testator duos gradus miscuerat antequam exheredationem adiiceret, deinde post exheredationem ad primum gradum redierat, mox rursum ad secundum transierat, vt proinde verum esset, primum gradum institutorum sine exheredatione scriptum fuisse, cùm tamen in specie §. præcedentis posita esset exheredatio inter primum & secundum. Sed non facit ea res quin ab omnibus gradibus debeat filius videri exheredatus, quemadmodum si post omnes heredum institutorum & substitutorum gradus exheredatus esset. Quid enim refert, an post duos tantùm, an post tres aut quatuor gradus exheredatus sit, & quemadmodum sufficeret semel eum exheredatum fuisse, an ante omnes gradus exheredatus esset §. *ante hered. & sequenti supr.* nec rursus an post omnes omninò gradus, vt in *dict. leg. Cod. de lib. præt.* ita & sufficit inter medios gradus factam esse exheredationem, siue vnus tantùm gradus exheredationem præcesserit siue plures, postquam placuit nihil referre, an ante, an post scriberetur, ex *reg. d. leg. quidam* 14. *infr. de pet. leg.* Itaque in specie huius §. vt bene Accursius notat, filius exheredatus est à primo post omnes gradus præcedentes, à tertij autem persona (addamus & à secundi) exheredatus est inter gradus. Non obstat superioribus quod scriptum est in *leg. pen. infr. de iniust. rupt.* exheredatum ab instituto non censeri exheredatum à substituto, ita vt si heres institutus heres esse non possit aut non velit, atque ita faciat locum substituto, à quo filius exheredatus non est, testamentum rumpatur, vt ea lex ait. Tum enim id obtinet, cùm filius exheredatus est vt probant verba illa, *propter instituti personam à quo posthumus exheredatus est.* Hic autem §. procedit, cùm filius ex postfacto inuenitur exhe-

BIU Cujas

redatus, non tam à toto primo gradu, quàm à sola persona vnius ex institutis. Quod euenit cùm præmortuo vno ex institutis, ille, qui erat ipsi substitutus, & à quo posthumus non fuerat exheredatus, euadit ex substituto in institutum vt in *leg. cùm ex filio* 39. §. *vltim. de vulg. & pup.* Atq; ita efficit, vt incipiat verè dici nõ esse posthumum à toto primo gradu exheredatum, quamuis ab initio fuerit exheredatus à sola persona instituti tantùm, sed à toto gradu institutionis. Aliud enim est exheredari à gradu, aliud exheredari à persona, tum quoque cùm in eo gradu vna tantùm persona est: facilius enim est, vt exheredatio quæ afficit totum primum gradum, afficiat etiam secundum, quàm vt ea quæ afficit personam instituti afficiat etiam personam substituti, de quo tamen dicemus latiùs ad *d.l.pen.*

6 ¶ Si ita testatus sit paterfamilias, vt à primo quidem gradu filium præteriret, à secundo solo exheredaret: Sabinus, & Cassius, & Iulianus putant, perempto primo gradu, testamentum ab eo gradu exordium capere, vnde filius exheredatus est. quæ sententia comprobata est.

Ad §. vlt. Si ita testatus.

RAT. DVBIT. Testamentum est quid indiuiduum, ideóque vnico contextu fieri debet *leg. heredes palam* 21. §. *vltim. supr. tit. prox.* nec proinde potest pro parte valere, & pro parte non valere, vt in omnibus indiuiduis contingit, vtile per inutile vitiari *l. in hoc iudicio* 47. *supr. famil. erciscund. l. cùm ex causa* 139. *de verb. oblig.* Ergo si testator plures gradus heredum fecerit, & à primo gradu institutorum filium præterierit, à secũdo verò gradu, id est, substitutorum exheredauerit, dicendum videtur totum testamentum corruere, cùm incipiat à primo gradu qui nullus est ob vitium præteritionis, secundus autem gradus pendeat à primo, vt proinde nullo primo existente, nec secundus valere posse videatur, *leg. nam etsi* 5. *infr. tit. proxim.* vbi dicitur, si posthumus præteritus nascendo primum gradum rumpat, etiam sequẽtes omnes rumpi tanquam à priore dependentes.

RAT. DECID. Cùm primus gradus nullus est ob præteritionem filij, perinde habetur acsi nec scriptus esset, quia in toto iure nostro nihil refert an quid factum non sit, an verò malè & perperam factum sit *l. 2. supr. de autor. tut. leg. quoties* 6. *qui satisd. cog. leg. cùm vitiose* 25. *supr. de pignor.* Ergo non potest hoc casu testamentum incipere à primo gradu qui nullus est, & consequenter initium capit à secundo gradu tanquam qui & valeat propter exheredationem ab eo gradu nominatim factam, nec à primo gradu vllo modo pendeat. In quo obseruanda est elegans differentia inter præteritionem iam nati & posthumi: filius enim iam natus & in potestate (de illo enim semper hîc loquimur) cùm præteritus est, quemadmodum non patitur testamentum valere & consistere si in toto testamento sit præteritus, ita neque gradum illum in quo præteritus est, si in alio sit exheredatus, adeò vt etiam si viuo patre decedat, idem obtineat *l. si filius* 7. *hoc tit.* quia facit aut testamentum aut gradum illum ab initio nullum. At posthumus siue in vno tantùm gradu siue in toto testamento sit præteritus, totum testamentum valere patitur, ab initio, quia nec rumpit nisi nascatur, nec prius quàm nascatur, quia potest non nasci, quo casu non magis in rerum quàm in hominum natura fuisse videretur *leg. in falcidia* 9. §. 1. *infr. ad leg. falcid. leg. vltim. infr. de collat. iuncta leg.* 3. *ex his infr. tit. prox. leg. si primo* 8. *in fin. hoc tit.* Inde fit, vt quamuis posthumus sit præteritus in primo gradu & in secundo exheredatus, testamentum tamen non possit incipere à secundo gradu, cùm in eo sit, vt possit incipere à primo quandiu posthumus natus non est. Nec proinde subsistit per se hoc casu secundus gradus, sed omninò pendet à primo, qui si rumpatur agnatione posthumi, sequentes quoque omnes quotquot sunt, rumpi necesse est. Idque alia specialiori ratione, quia posthumus cùm rumpit primum gradum, hoc ipso succedit. Id enim est quod dicimus, eum & succedendo rumpere, & rumpendo succedere. Vbi verò successit rumpendo primum gradum, nihil ei nocere potest quòd à sequentibus gradibus sit exheredatus, *dict. leg. nam etsi* 5. *infr. tit. prox. & leg.* 3. *Cod. de posthum. her. instit.* Quod in filio iam nato diuersum est, quilicèt non patiatur iam inde ab initio primum gradum valere, non ideò tamen succedit, quia nullo ipsius facto contingit, vt primus ille gradus nullus sit, sed sola iuris potestate, quæ porrò nullum ei ad succedendum locum aperit, quandiu ex alio gradu qui iure subsistit, deferri hereditas & acquiri testamento possit. Verum igitur est quod ex Sabino, Cassio & Iuliano Vlpianus hîc scribit, si à primo gradu filius præteritus sit, à secundo autem solo exheredatus testamentum incipere à secundo gradu, qui primus inuenitur, quemadmodum è contrario potest incipere à primo gradu etiam perempto secundo, vt in specie *leg. pen. infr. tit. prox.* Iunge textum elegantem in *leg. ex facto* 48. §. *Lucius de vulg. & pupill. l. si filius* 75. *infr. de hered. instit. l. si is qui soluendo* 55. *eod. tit. leg. si miles* 7. *infr. tit. prox. leg. non putauit* 8. §. *à primo infr. de contr. tabul.* Ex quo loco notanda est differentia, quæ est hac parte inter ius ciuile & prætorium. Nam cùm pater filium in primo gradu præteriit, in secundo autem exheredauit, primus gradus non adeò est nullus iure prætorio, vt non possit ex eo peti bonorum possessio secundùm tabulas, si modò tabulæ septem testium signis signatæ sint, & pater vtroque tempore testamenti factionem habuerit & testamenti & mortis *l. 1. §. exigit, & §. pen. & vltim. infr. de bon. possess. sec. tabul.* Quæ bonorum possessio etsi futura est sine re, id est, sine effectu, si filius præteritus iure suo vti velit & testamentum nullum dicere, potest tamen aliquo casu esse cum re, vt Vlpianus loquitur in *fragmentis tit. de bonor. possess.* Nempe si filius præteritus malit approbare iudicia patris aut expresse aut tacitè, vt in *leg. filio præterito* 17. vbi dicemus *infr. tit. prox.* Vnde fit, vt filio præterito dari possit

ri possit bonorum possessio contra primum illum gradum, quamuis à secundo sit exheredatus, quia competit bonorum possessio contra tabulas, quoties tales sunt tabulæ, vt ex iis vel hereditas adiri vel bonorum possessio peti ab initio possit, licet neutrum eorum postea secutum sit vel sequi potuerit, vt eleganter, quãuis subobscurè scriptum est in *l. quod vulgo 19. iuncta l. illud 4. de bon. poss. contr. tabul.* Quod esse non posset, si testamentum inciperet à secundo gradu, in quo filius exheredatus inueniretur, cùm non putauerit prætor exheredatione notatos filios ad bonorum possessionem contra tabulas admittendos *dict. leg. non putauit in princip.* Sed hoc ita, si heredes in primo gradu instituti in rerum natura sint tempore mortis testatoris: nam si omnes prædecessissent, necesse esset primo gradu facto quasi caduco testamentum incipere à secundo, atque ita arceri filium à bonorum possessione contra tabulas propter exheredationem, *dict. §. à primo.*

4. IDEM libr. 3. ad Sabinum.

PLacet, omnem masculum posse posthumum heredem scribere, siue iam maritus sit, siue nondum vxorem duxerit. nam & maritus repudiare vxorem potest: & qui non duxit vxorem, postea maritus effici. nam & cùm maritus posthumum heredem scribit, non vtique is solus posthumus scriptus videtur, qui ex ea, quam habet vxorem, ei natus est, vel is, qui tunc in vtero est: verùm is quoque, qui ex quacumque vxore nascatur.

Ad leg. 4. Placet.

RAT. DVB. Incerta persona institui heres non potest, quia in personam incertam certum iudicium conferri non potest. Vnde fiebat olim vt incertis personis nihil relinqui posset, *§. incertis Instit. de leg.* Certum autem esse debet testantis iudicium, vt certam legem testamento dicere possit *leg. qui testamento 14. supr. tit. prox.* præsertim in herede eligendo *leg. qui liberis 8. §. hac verba, de vulg. & pupill.* Atqui persona posthumi etiam masculi est incerta, cùm incertum etiam sit an sit aliquando nasciturus, & cùm nascetur, quis & qualis futurus sit. Ergo posthumi masculi institutio iure ciuili non poterit valere, quamuis iure prætorio adiuuaretur per bonorum possessionem secundùm tabulas quibus institutus fuisset, vt Iustinianus scribit in *Instit.*

DEC. Fuit prudentibus antiquis curandum & laborandum, vt testamentorum validitati & securitati omnibus quibus fieri posset modis prospiceretur, cùm ad publicam vtilitatem spectaret, vt effectum haberent *leg. vel negare 5. infr. testam. quem adm. aper.* Atquin is qui ex sua vxore vel iam ducta vel ducenda liberos speraret, securè testari non posset, si posthumos quos ei vel post testamentum, vel post mortem agnasci contingeret, heredes scribere non posset, siquidem posthumi agnatione tanquam sui heredis rumperetur testamentum à posthumo qui se præteritum inueniret, quique rumpendo succederet ab intestato *leg. posthumorum 14. & passim infr. tit. prox. & leg. si posthumus 14. & leg. posthuma 24. leg. Gallus 29. & passim hoc tit.* Ergo ne agnatione posthumi rumperetur testamentum, necesse fuit induci à prudentibus, vt posthumus masculus quamuis persona eius incerta esset, institui tamen heres à patre posset, posthumus inquam qui nasciturus esset suus heres, id est, qui si viuo patre natus esset in eius potestate fuisset, primúmque in familia gradum & locum in causa succedendi obtinuisset. Hæc enim est posthumi sui definitio, sicut alienum posthumum è contrario dicimus eum, qui natus inter suos heredes testatori futurus non esset *§. posthumo quoque alieno. Instit. de legat. iuncta leg. scripto 7. vnd. lib. leg. si quis filio 6. in princip. infr. tit. prox. leg. si filiusfamilias 28. infr. de testam. mil.* Nam nec alij posthumi præteriti possunt rumpere, quàm qui nati inter suos heredes futuri sunt, & hoc significare videtur dictio *placet* qua Vlpianus hîc vtitur, & quam adhibere solent Iurisconsulti, quoties de ea re loquuntur, quæ contra iuris summi rationem prudentum auctoritate inducta est, cuiusmodi pleraque fuerunt circa ius & vsum testamentorum *leg. verbis legis 120. de verb. sig.* At ideo de masculo tantum hæc lex loquitur, quia soli masculi possunt habere suos heredes, non etiam fœminæ, *d. l. illud 4. §. ad testamenta de contr. tabul. leg. mulierem 5. C. de adopt.* Ac proinde nulla fuit necessitas permittendi fœminis, vt posthumos heredes scriberent ne quidem suos, quamuis verum sit, vt fœmina posthumum habere possit *leg. anniculus 132. §. 1. iuncta leg. etiam ea mulier 141. de verb. sig.* nisi Velleianum, id est, qui nascitur post testamentum ea viuente, de quo Vlpianus in *fragment. titul. 22. qui heredes instituí possint §. eos qui in vtero sunt*, vbi Cuiacius. Sed in posthumis præteritis non distinguimus masculos à fœminis, quia posthumæ fœminæ rumpunt testamentum perinde ac masculi posthumi, si non sint institutæ vel exheredatæ: poterant tamen inter cæteros exheredari, si modo aliquid eis legatum esset, ne per obliuionem præteritæ viderentur, vt Iustinianus ait in *§. posthumi Instit. de exher. lib. & leg. vltim. §. vltim. Cod. de lib. prat.* Quid ergo si mater posthumum præterierit, aut saltem qui sit posthumi loco? non eò minus testamentum valet, quia quælibet matris prætoritio habebatur olim pro exheredatione *§. mater cod. tit. de exhered. lib. & dict. leg. Gallus 29. §. nunc de lege infr. hoc tit.* siue filium natum prætereat mater, siue nasciturum extra casum singularem *leg. 3. Cod. de inoff. testam* vbi habetur præteritio matris pro institutione, vt rectè hîc notat Accur. Cæterùm in masculo instituente posthumum non distinguimus, an sit ille iam maritus, an verò vxorem nõdum duxerit. Nam, vt lex ait, nihil vetat eum qui sit maritus vxorem, suam repudiare, & è contrario eum, qui nondum vxorem duxerit,

BIU Cujas

maritum effici, vt ex ea vxore posthumum sperare possit. Neq; necesse est, vt posthumus sit in rerum natura, id est, iam conceptus in vtero, eo tempore quo instituitur vel exheredatur, dummodo in vtero sit eo tempore quo pater moritur. Et prudentis testatoris est præuidere omnes casus, qui possunt contingere, ne agnatione posthumi præteriti testamentum quandoque rumpatur. Vnde fit, vt etiam cùm maritus posthumum heredem instituit, non vtique eum solum posthumum scripsisse videatur, qui ex ea quam hodie habet vxorem nasciturus sit, aut qui iam tum sit in vtero, verùm etiam eum qui ex quacunque vxore ei nascetur, quamuis hoc maximè casu persona posthumi sit maximè incerta, fauore scilicet institutionis, & vt euitetur periculum rumpendi testamenti *leg. 3. §. pen. tit. prox.* Nam si in cæteris quoque actibus verum est eam capiēdam esse interpretationem per quam actus sustineatur potiùs quàm pereat *leg. quoties* 80. *de verbor. ob. leg. quoties* 12. *infr. de reb dub.* multò magis in testamento id obtinet cuius causa omnium fauorabilissima est *leg. cùm quidam* 19. *infr. hoc tit. & leg. 2. supr.* Proinde non est restringenda hæc posthumi institutio ad primum posthumum, sed extendenda ad quemcunque posthumum, qui testatori quandocunque nascetur, & ex quacunque vxore & ex quocunque matrimonio, quamuis in aliis plerisque solæ primæ nuptiæ designatæ videantur, vt in *leg. dotis promissio* 68. *supr. de iur dot. leg. matrimonij* 21. *infr. qui & à quib. manum. leg. boues* 89. §. *hoc sermone, de verbor. sig. leg. hæc conditio* 10. *iuncta leg. filia* §. *Attia infr. de cond. & dem. leg. cùm pater* 77. §. *pater de leg. 2. leg. in substitutione* 31. *infr. de vulg. & pupill.* Sed hoc ita intelligendum est, si generaliter quis posthumum heredem instituerit nulla facta restrictione nec ad personam vxoris, quæ iam grauida sit, nec ad posthumum, qui sit in vtero, vt bene hîc Bartolus notat ex *leg filius* 28. §. *si quis ex certa & leg commodissimè* 10 *infr. hoc tit.* Excipiendus tamen casus ille est, quo quis posthumum sibi heredem instituerit nasciturum ex ea muliere, quæ tum alij nupta sit. Est enim huiusmodi institutio turpis & contra publicam honestatem *leg. si quis posthumos* 9. *infr. hoc tit.* Obseruandum autem est posthumos duobus modis exheredari posse, aut bona aut mala mente. Sæpe enim olim accidebat, vt parentes liberos suos siue natos siue nascituros non notæ causa exheredarent, & vt ipsis nocerent, sed quo magis eis consulerent *leg. multi* 19. *hoc tit.* Putà rogato herede, vt filio exheredato postquam vicesimum aut alium ætatis suæ annū impleuisset, hereditatē restitueret. Quod faciebant parentes, vt lubrico tutelæ fideicommissum præferrent, quomodo Papinianus loquitur in *leg. 3. §. cum Pollidius de vsur. leg. Seius Saturninus* 46. *ad SC. Trebell.* vbi heres ita institutus & rogatus fiduciarius appellatur. At mala mente exheredantur liberi qui eo consilio & proposito exheredantur, vt ab hereditate in perpetuum remoueantur. Quæ species exheredationis licèt difficiliùs cadere posse videatur in posthumos, qui causam ingratitudinis committere nullam possunt, olim tamen recepta erat, vt scilicet vxores tanto maiore studio in pudicitia retinerentur verentes ne ipsarum odio posthumum, quem in vtero gestabant, exheredari à patre contingeret, si suspectam earum pudicitiam haberet, atque ita miserum partum ederent perpetua egestate laborantem. Ideóque posthumis mala mente exheredatis non minùs quàm filiis iam natis dabatur querela inofficiosi testamenti ad rescindendum patris testamentum, si nulla exheredationis causa fuisset, *leg. posthumus 6. supr. de inoff. testam.* Quod tamen ius tanquam iniquissimum à Iustiniano sublatum est, etiam in infante & alio quolibet filio quamcunque ætatem agente, in *leg. si quis suo testamento* 33. §. *legis autem veteris Cod. tit. de inoff. testam.* quòd iniquum sit alieno odio alium prægrauari, vt lex ait. Idem verò Iustinianus in *Nouell.* 115. *vt cum de appell. cog.* §. *aliud quoque capitulum generalius constituit*, vt liberos omnes non tantùm à patre & ab auo, sed etiam à matre & auia vel instituī vel nominatim exheredari necesse sit, sed ita tamen vt non aliter exheredari possint, quàm si aliquam ingratitudinis causam admiserint ex iis quæ Iustiniani Nouella illa recensentur, inter quas non est odium matris. Quæ porrò cùm in posthumum cadere nullo modo possint, consequens videtur, vt hodie exheredari posthumus nullo modo possit, ita vt nec ei vnquam sit necessaria querela inofficiosi testamenti. Et ita Cuiacius ad hanc legem putat, nec malè, meo iudicio, si de exheredatione quæ mala mente facta sit intelligat. Nec enim dubito, quin etiā hodie posthumus non minus quàm filius iam natus possit exheredari bona mente, nullāque penitus adiecta ingratitudinis causa, ne alioquin quod fauore filiorum à Iustiniano inductum est, in eorum odium retorqueatur contra *leg. iuris ratio* 25. *supr. de legib. leg. quod fauore* 6. *Cod. eod. leg. pen. Cod. ad SC. Trebell.* Sed tamen necesse esset apparere ex testamento bona mente, non autem notæ causa factam fuisse exheredationem, expressa per testatorem, si nō exheredationis, saltem consilij sui causa, vt in specie *dict. §. cùm Polydius.* In dubio enim præsumēdum est exheredationem notę causa potius, quàm bona mente factam fuisse. Et interest filij siue iam nati, siue posthumi, hereditatem habere suo iure & directo, potius quàm ex causa fideicommissi. Sanè post dictam Iustiniani Nouellam non possunt posthumi, vt olim, inter cæteros exheredari, nec si legatum aliquod eis relictum proponatur, cùm nominatim, & quidē inserta ingratitudinis causa, exheredandi sint, & honorabilior semper sit titulus institutionis, ex quo scilicet pleniore honore hereditates deferuntur *leg. filium* 5. §. *sed si portio de leg. præst.* Idcirco autē necesse erat legari aliquid posthumo inter cæteros exheredato, ne alioqui non tam exheredatus inter cæteros quàm per obliuionem præteritus videretur. Sic enim solet legislator de parentum erga liberos voluntate benignè præsumere, cùm posthumi conceptio facilè ignoretur *l. ventre præterito* 84. *infr. de acquir hered.* Quæ præsumptio in filium iam natum non æquè cadit.

5. IAVOLENVS lib. 1. ex Cassio.

IDeóque qui posthumum heredem instituit, si post testamentum factum mutauit matrimonium: is institutus videtur, qui ex posteriore matrimonio natus est.

Ad l. 5.

BIU Cujas

Ad l.5.Ideóque.

RAT. DVB. In testamentis & vltimis voluntatibus interpretandis certum est inspici maximè & potissimum debere quid testator censuerit: voluntas enim testatoris illa est, quæ totum facit *leg.si mihi & tibi* 12.§.*vltim.in fin.de leg.*1.*l. in conditionibus* 19.*de condit.& demonstrat.leg. verbis similibus* 7.*infr.de vulg.& pupill.substit.* Atqui testator qui vxorem habens instituit posthumum, non potest videri cogitare de posthumo, qui ex alia vxore nascitutus sit: prius enim necesse esset, vt de morte præsentis vxoris cogitaret & de alia vxore postea ducēda. Quod tamen est omnino improbabile, cum ea res sit plena mali ominis & tristis euentus *leg. cum tale* 72.*in princip.& §.1.infr.de condit. & demonstrat.l.vltim. Cod. de pact.* Ergo si contingat dissolui prius matrimonium aut morte aut diuortio, & ex alio matrimonio nasci posthumū, difficile est dicere, vt ille posthumus videatur institutus de quo testator non cogitauit *argum.l.sed si hoc specialiter* 62.*iunct.l.præced. inf. de condit.& demonstr.*

RAT. DECID. Posthumo simpliciter instituto videtur is omnis institutus qui posthumi appellatione contineri potest, vt institutio defendatur & testamentum hac ratione sustineatur *leg.cum quidam* 19.*infr.hoc tit.* Non aliter enim à propria verborum significatione recedere vnquam oportet, quàm si testatoris voluntas repugnet *leg.non aliter* 69.*de legat.*3. Atqui tam propriè posthumus est is qui post mortem testatoris nascitur ex posteriore matrimonio, quàm qui ex priore. Nihil ergo est quod impediat quo minùs perinde institutus videri debeat, ac si ex ea vxore, quæ tempore testamenti erat, susceptus fuisset. Sed hoc ita si posthumus simpliciter institutus proponatur nulla adiecta designatione matrimonij vel vxoris ex qua nasciturum eum testator sperauerit, alioqui specialis illa designatio faciet, vt non de alio posthumo instituendo cogitasse videri possit, quàm qui ex illa ipsa vxore nascetur, vt scripsimus ad *leg. præcedentem ex l filius* 28. *§ si quis infr.hoc tit.l.si ita* 8.*infr.de aur.& argent.leg.l. si seruitus* 23 *supr.vrban.prad.*

6. VLPIANVS libro 3. ad Sabinum.

SEd est quæsitum, an is, qui generare facilè non possit, posthumum heredem facere possit? & scribit Cassius, & Iauolenus, posse, nam & vxorem ducere, & adoptare potest. Spadonem quoq; posse posthumum heredem scribere, & Labeo, & Cassius scribunt. quoniā nec ætas, nec sterilitas ei rei impedimento est.

1 ¶ Sed si castratus sit: Iulianus Proculi opinionem secutus, non putat, posthumum heredem posse instituere, quo iure vtimur.

2 ¶ Hermaphroditus planè, si in eo virilia præualebunt, posthumum heredem instituere poterit.

Ad l 6. Sed est quæsitum 6.

RAT. DVB. Semper in legibus interpretandis supponendi sunt termini habiles *l.adigere* 6.*§.quamuis sup.de iur.patron.l.tutor* 35.*§.prodigus supr.de iureiur.* Ergo quod scriptum est in *l.placet* 4.*supr hoc tit.* masculum quemlibet posse heredem scribere, de eo masculo intelligi debet, qui posthumum sperare & generare facilè possit, non de eo qui generare facilè non possit. Nec enim leges fieri solent de iis quę non nisi rarò accidunt, & ad ea potiùs debent aptari quæ frequenter & facilè quàm ad ea quæ rarò eueniunt *l.nam ad ea & seq supr.de legibus.*

DEC. Prouidendum est quantum fieri potest securitati testamentorum ne intestati exitum faciat qui testatus decedere voluit, vt diximus ad *l.placet.* Atqui tam facilè agnatione posthumi præteriti rūperetur testamentum eius, qui non ita facilè posse generare crederetur, quàm alterius testatoris cuiuslibet, quia æquè verum vtrumque esset, & esse illum testatoris posthumum, & fuisse præteritum. Ergo etiam ei qui non tam facilè generare potest, permittenda fuit non minùs, quàm cæteris posthumi heredis institutio. Quod enim vix fit, tamen fit: nec auxilio & remedio carere debet, præsertim cū possit hic, de quo loquimur, & vxorem ducere *l.vlt. C.de nupt.l.si serua* 39.§.1.*supr.de iur.dot.* & filiū adoptare *l.2.§.1.sup.de adopt.* Vbi quod magis mirum est, loquitur Caius de iis qui generare non possunt, vt spadones, vt adoptare nihilominus possint. Ex quo tamen loco apparet potiùs non esse bonam adoptandi filij & instituendi posthumi comparationem, cùm hi qui genarare nullo modo possunt, nec posthumum heredē instituere possint, vt de castrato scribitur in §. *prox.huius leg.* Est enim facilius, vt permittatur adoptio iis qui valetudine aliqua, & corporali vitio impediuntur, ne potiùs creationi liberorum studere possint *l.si paterfamilias* 15.§.*in arrogationibus eod.tit.de adopt.* Quamuis alioqui dici soleat, adoptionem imitari naturam, & in iis demum personis locum habere, in quibus & natura habere potest *l. adoptio* 16. *eod.tit.* Obseruandum autem est cum Cuiacio, ad hanc legem quatuor esse species illorum qui generare non possunt, si in illorum numero illos computes qui generare quidem possunt, sed tam difficilè vt quasi generare non possint habeātur. Et hi primam istorum speciem constituunt, alij ætate impediuntur vt senes, alij naturali quodam morbo steriles sunt, quos magis proprio nomine spadones appellamus, alij deniq; arte tales fiunt quos castratos, aut, vt in constitutionibus Codicis, Eunuchos appellamus, quanquam hi quoque spadonum nomine significantur, vt in *l.spadonū* 128.*de verb.sig.l.si serua* 39.§.1.*de iur.dot l.3.§. idem Diuus infr. ad leg. Cornel. de falsi iuncto tit. de Eunuch. lib.4 C.& l.Eunuchis 5 qui testam.fac.poss.* Spadonum tamen magis propriè sumptorum tria esse genera refert Cuiac. Sunt enim Ectomię qui fiunt per exscisionem, Thlibiæ, qui per collisionē & Thladiæ aut Thlasiæ, qui per ruptionem *d.l. spadonum.* Sunt autem iure ciuili pleræque differentiæ inter castratos & eos, qui propriè spadones appellantur: inter quas Cuiac. has notat, quòd spado & vxorem ducere & matrimonij causa manumittere & adoptare potest, non etiā castratus. Castratio locū dat

BIU Cujas

redhibitioni, non etiam spadoni sterilitas. Denique spado posthumum heredem instituere potest, castratus non potest, vt hæc lex ait, nempe quia castratus natura impeditur ne generare & posthumum habere possit, quia ei pars illa corporis abest quæ ad generandum est necessaria, spado verò non natura, sed naturali tantùm quodam morbo prohibetur ne generare possit. Inde fit, vt si castratus posteriore testamento instituat heredem posthumum, nihil agat, nec prius testamentum rumpat. Quod in spadone diuersum est, *leg si quis posthumos 9. infr.* Est tamen vtrique hoc commune, quòd testamentum facere possunt, sed spado exemplo cæterorum, castratus autem non nisi post annum decimũ octauum, vt Paulus *lib. 3. sentent.* refert *tit. 4. de testam.* §. 1. vbi licet de spadonibus in genere loquatur, non videtur tamen intelligendus nisi de castratis, quibus ordinariam testamenti factionem Imperator Constantinus dedit in *dict. leg. Eunuchis 5. Cod. qui testam. fac. poss.* In quo tamen mirum videri potest, quod eunuchis & castratis tardiùs quàm cæteris testari licuerit, si verum est quod Phauorinus dicebat, Eunuchos sic dictos παρὰ τὸ εὖ νῦν ἔχειν, id est, bonæ mentis cõpotes esse, quòd rebus venereis abstineant, non autem, vt Accursius dictat, Castratos quasi casis natos. Nec enim castrati nascuntur, sed fiunt. Sed tamen Paulus suprà dicto loco Sententiarum innuere videtur id ea ratione comparatum esse, quòd non nisi à tempore pubertatis testandi facultatem concedendam esse prudentes voluerint, eunuchi autem nunquam pubescant. Ideóque præfiniendum illis fuit tempus, quo plerique cæterorum hominum solent pubescere, id est, post annum decimum octauum, quæ plena pubertas esse dicitur. Videtur autem hæc lex significare dissentionem fuisse olim hac in re inter Cassianos & Proculianos: & Cassianos spadonibus omnibus sumpto generaliter vocabulo permisisse posthumi heredis institutionem, Proculianos verò denegasse: sed Vlpianum adhibita distinctione sententiam Cassij in iis qui propriè spadones sunt, admisisse, quòd nec ætas, nec puerilitas institutioni posthumi impedimento sit: in castrato autem Proculi opinionem cum Iuliano magis probasse, quòd aliud sit impediri quem à natura ne generare possit, & impediri per accidens, *dict. leg si quis posthumos infr.* Alia causa est eius, qui cum vno testiculo natus: hic enim non minùs ad generandum aptus est, quàm qui cum duobus, ideóque etiam miles esse potest *l. qui cum vno 4. infr. de re mil.*

RAT. tamen DVBIT. ad hanc legem ex eo peti videbatur quod scriptum est in *leg. 4. supr.* omnem masculum posse posthumum heredem instituere. Nec enim spadones & castrati minùs sunt masculi quã cæteri. Sed lex illa quãuis generaliter locuta sit, tamẽ de iis tantùm masculis, qui liberos tollere possunt, accipiẽda est, vt in *l. adigere 6. §. quãuis de iur. patron.* Spadonib. & castratis proximi sunt hermaphroditi in quib. virilia prævalent, vt generare possint, ac proinde etiam posthumum heredem instituere. Tractamus enim in toto *hoc tit.* de posthumis, qui futuri sunt sui heredes, vel instituendis vel exheredandis. Fœminæ autem non habent suos heredes, vt diximus ad *leg. placet*, nec rursum posthumum, nisi Velleianum, vt in superioribus diximus ex Vlpiano in *fragment. tit. 22. qui hered. instit poss. nt* Quod Accursius ad hunc locum non videtur bene percepisse. Iunge *leg. quæritur 10. supr. de stat. hom. & leg. repetundarum 15. §. 1. de testib. §. sed & illud Instit. de adopt.*

7. PAVLVS libro 1. ad Sabinum.

SI filius, qui in potestate est, præteritus sit, & viuo patre decedat: testamentum non valet, nec superius rumpetur. & eo iure vtimur.

Ad leg. 7. Si filius.

RAT. DVB. Testamentum non confirmatur à lege irreuocabiliter nisi interueniente morte testatoris, quia nec potest dici suprema voluntas hominis qui adhuc viuit *leg. 1.* vbi diximus *supr. tit. prox. leg si quis in princip. 22. infr. de leg. 3. l. 4. de adim. leg.* Ergo quamuis testamentum, in quo filius in potestate præteritus est, ab initio nullũ esse videatur, quia tamen filius præteritus ante patrem mori potest, atque ita fieri, vt posterius illud testamentum tempore mortis patris à vitio præteritionis liberum & quodammodo purgatum sit, dicendum videtur valere debere hoc posterius testamentum, inspecto scilicet tempore mortis, quo confirmari irreuocabiliter debet potiùs quàm testamenti, quo nescitur adhuc quid euenturum & quis testatori heres futurus sit. Atque ita in posthumo præterito qui viuo patre decessit apertè scriptum est in *leg. posthumus infr. tit. prox.*

DEC. Quæ ab initio non valuit institutio, ex postfacto conualescere nunquam potest, non solùm ex vulgata iuris regula quæ extat in *leg. penult. de reg. iur.* sed etiam propter regulam Catonianam quæ definiuit, vt quo casu testamentum non valeret, si testator ipso testamenti tempore decessisset, eo casu non ob id magis valeat quòd testator diutiùs vixerit *l. 1. infr. de reg. Caton.* vbi fauente Deo dicemus. Atqui in testamento in quo filius in potestate prẽteritus est, institutio non valuit propter vitium præteritionis. Ergo quamuis filius præteritus viuo patre decesserit, non eo magis testamentum cõualescet quod ab initio nullum fuit. Nec alia ratio est posthumi præteriti, quod ad ius ciuile attinet etiamsi viuo patre decedat. Non enim idcirco conualescit testamentum, vt ex eo heredes scripti adire possint hereditatem, sed tantùm hactenus subuenit illis prætor, vt det iis bonorum possessionem secundùm tabulas, si modò septem testium signis signatæ sint, quemadmodum & filio iam nato præterito, atq; ita nullum faciente testamentum perinde daret prætor bonorum possessionem secundùm tabulas heredibus institutis, sed cum hac differentia, quòd illa bonorum possessio posset aliquo casu esse sine re, filio scilicet præterito legitimam hereditatem euincente, aut partem suam hereditariam à fratribus institutis auocante, vt in *leg. filio præterito 17. infr. tit. proxim.* At bonorum possessio secundùm tabulas, quæ datur heredibus scriptis in eo testamento, in quo præteritus sit posthumus, qui postea viuo patre decesserit, omnimodo futura est cum re *dict. leg. posthumus*, cùm nemo sit, qui hereditatem euincere legitimo iure possit.

BIU Cujas

possit. Quod enim in superiorib. diximus, posthumum in eo differre à filio iam nato, quòd & rumpendo succedit & succedendo rumpit *leg. nam etsi 5. in fin. infr. tit. prox.* ad hunc casum non pertinet, in quo posthumus viuo patre & natus & mortuus proponitur ac proinde eo tempore quo succedere nondum potuit in hereditate viuentis patris, quæ nulladum fuit *leg. 1. supr. de hered. vel act. vend. leg. 1. infr. pro hered.* Quanquam etiam in posthumo necessaria fuit constitutio Diui Adriani, non vt ea bonorum possessio secundùm tabulas daretur à prætore, quippe qui eam dare ex edicto pollicebatur, sed vt cum re omnimodo futura esset *dict. leg. posthumus.* In cóque videri potest fauorabilior fuisse conditio testamenti in quo posthumus præteritus est, quàm testamenti in quo filius iam natus, in aliquo verò durior, fauorabilior in eo quòd ex testamento in quo posthumus præteritus est, datur bonorum possessio secundùm tabulas omnimodo futura cum re, ex eo verò quod propter filij iam nati præteritionem nullum fuit, ita datur, vt possit quidem aliquo casu esse cum re, sed possit etiam aliquo casu esse sine re. Durior verò in eo quòd bonorum possessio secundùm tabulas ex testamento in quo præteritus est posthumus, qui viuo patre decessit, nullo casu posset esse cum re, nisi rescripto Diui Adriani, de quo in *dict. l. posthumus* inductum id fuisset, cùm tamen nullo rescripto opus fuerit, vt bonorum possessio secundùm tabulas, in quibus filius iam natus præteritus est, possit esse cum re. Sufficit enim vt filius præteritus iudicia patris expressè aut tacitè approbet, *dict. leg. filio præterito*, eo nimirum casu, quo filius iam natus præteritus post patrem decesserit: alioqui præmatura & inutilis esset approbatio iudiciorum patris adhuc viuentis. Et cùm filius iam natus præteritus viuo patre decedit, non ideo bonorum possessio cum re dari ex eo testamento potest, neque ex edicto prætoris, neque ex constitutione vlla Imperatorum, quæ hac de re nulla vnquam nata est. Et harum diuersitatum omnium ratio ex parte pendet ex eo, quòd testamentum, in quo posthumus præteritus est, ideò fauorabilius esse credatur, quòd ab initio valuerit, nec nisi agnatione posthumi ruptum sit: testamentum verò in quo filius iam natus præteritus est, minùs fauorabile videri debet, quòd ab initio non valuerit. Plus enim est vires aliquas habuisse testamentum ab initio quàm nullas. Ex alia verò parte fauorabilius esse potest, testamentum in quo filius iam natus præteritus est, quod approbari à filio potest, si malit ille contentus esse iudicio patris, quàm aut hereditatem totam ab extraneis, aut partem hereditariam à fratribus institutis heredibus auocare. Posthumus autem qui viuo patre decesserit, nihil tale præstare potest, cùm priùs decesserit quàm approbare potuerit, vt suprà diximus. Iunge *titul. Instit. de exhered. liber. in princip.*

a *Nec superius rumpetur.* RAT. DVB. Regula iuris est, posteriore testamento prius rumpi, cùm nemo in paganis possit decedere cum duobus testamentis, præsertim verò, cùm posterius aliquo casu effectum habere potest *leg. si quis priore 29. infr. ad SC. Trebell.* Atqui posterius testamentum etiam in quo filius præteritus est, effectū habere potest pluribus casibus: quorum alter est, si in eo instituti sint illi qui ab intestato venire possunt *leg. 2. infr. tit. prox. leg. hac consultissima 21. §. si quis autem Cod. de testam.* Alter est, si heres extraneus in eo testamento scriptus petierit bonorum possessionem secundùm tabulas, quæ, vt proximè diximus, potest esse cum re & effectu, si fortè contingat filium præteritum patris iudicia approbare, *dict. leg. filio præterito 17. infrà tit. prox.* Ergo dicendum est omnimodo & indistinctè prius testamentum, in quo filius sit præteritus vel exheredatus, rumpi omnimodo per posterius etiam in quo filius est præteritus.

DECID. Prius testamentum, quamuis solemniter & ritè factum, rumpitur quidem ipso iure per posterius, sed ita demùm si posterius quoque iure valeat, ita vt adiri ex eo hereditas iure ciuili possit *§. posteriore Instit. quib. mod. testam. infir.* Alioqui prius testamentum subsistere necesse est, non solum ex regula legis *nihil tam naturale 35. de reg. iur.* sed etiam ex voluntate testatoris qui posterius testamentum faciendo non idcirco videtur velle aliter à priori recedere, quàm si posterius valeat *leg. si iure 18. de leg. 3.* Atqui testamentum posterius in quo filius iam natus præteritus est, ita est nullum ab initio, vt certum sit adiri ex eo hereditatem iure ciuili nunquam posse, nec si filius præteritus viuo patre decedat, vt iam diximus. Etsi enim hoc quoque casu bonorum possessionem secundùm tabulas prætor daturus est, si petatur, est tamen illa omnimodo futura sine re, etiam iure prætorio, quia legitimi heredes quasi nullo facto testamento hereditatem vindicare possent, si prius testamentum non iure factum esset. Bonorum autem possessio secundùm tabulas, etiamsi cum re sit, acquisitio tantùm est bonorum non hereditatis, quæ iure ciuili adiri nunquam potest, quin effectum suum habeat aditio. Cùm verò in posteriore testamento instituti sunt venientes ab intestato, licèt placeat testamentum rumpi *d. l. 2. infr. tit. prox. dict. leg. hac consultissima 21. §. si quis autem.* non ideo tamen fit, vt qui in posteriore scripti sunt, adire possint hereditatem iure ciuili, quasi testamento posteriore ex eorum fauore & persona conualescente, quia facilius est, vt prius testamentum rumpatur, fauore successionis intestati, quàm vt posterius, in quo filius præteritus fuit, valeat, tametsi verum sit, ex hoc quoque testamento, in quo filius præteritus est, posse legitimos heredes institutos petere bonorum possessionem secundùm tabulas, & quidem cum re futuram, si malint iure prætorio succedere, quàm hereditatem ab intestato iure ciuili vindicare. Quis enim bona defuncti auferre iis posset? An fortè extranei in priori testamento heredes scripti, quibus legitimi heredes, si vellent ab intestato succedere, hereditatem euincere ipsi possent? Nec tamen per bonorum possessionem secundùm tabulas possunt iure prætorio aliter succedere posteriore testamento iniusto scripti heredes, qui ab intestato venire possent, quàm si filius præteritus nolit petere bonorum possessionem contra tabulas. Quæ sententia & ratio est *l. si ex duobus 12. §. si prius infr. de bonor. possess. contr. tabul.* vbi IC. ait, si prius testamentum extet iure factum in quo filius exheredatus est, posterius verò imperfectum in quo idem filius præteritus sit, ita demum posse filium præteritum bonorum possessionem contra tabulas petere, si reliquo quoque filio,

BIU Cujas

id est, aut tacente, aut expressim iudicia patris approbante, pauciores futuri sint in ea hereditate illi, qui posteriore testamento scripti sunt. Quod certè non aliter potest contingere, quàm si sint illi ipsi qui ab intestato venire possint, non quia filius præteritus contra tabulas petere non possit etiam quæ iure non valeant; si modò ex iis bonorum possessio peti aliquo casu potuerit, *leg. quod vulgò 19. eod. de contra tabul.* sed quia cùm præcedunt tabulæ in quibus præteritus fuit filius, quæ per posteriores imperfectas & minùs solemnes rumpi non potuerunt, necesse est rumpi eas per contra tabulas, vt commodum bonorum possessionis secundùm tabulas, quam priore testamento scripti accepissent, auferri eis possit per filium potiùs quàm per legitimos heredes in testamento scriptos, qui alioquin omnimodo essent rem habituri, ne aliter posito iure dicendum esset, filio necessariam esse duplicem bonorum possessionem contra tabulas, vnam contra priores, alterâ contra posteriores, quod esset ridiculum. Idcirco autem potior est causa filij petentis bonorum possessionem contra tabulas, quàm legitimorum heredum, qui ex posterioribus possent succedere, quia filius præteritus, cùm succedit per bonorum possessionem contra tabulas, succedit ex testamento §. *testamento Instit. de bonor. possess.* legitimi autem heredes non nisi ab intestato. Potior autem semper est causa testati quàm intestati *leg. quandiu 39. de acquir. her.* Et præterea ab intestato quoque potior est causa filij quàm agnatorum, quos non aliter lex duodecim tabularum ad successionem intestati vocat, quàm sub illa conditione, *si suus heres non erit.* Verum de illius loci sententia videnda sunt, quæ pluribus scripsimus tam in libris coniecturarum, quàm in Chiliade de *error. pragmat.* etsi quid aliud addemus si faciat Deus Optimus Maximus, vt ad illius tituli explicationem aliquando veniamus.

8. POMPONIVS libro I. ad Sabinum.

SI, primo herede instituto, filium exheredauero, à secundo autem substituto non exheredauero, &, dum id pendet, an prior aditurus sit, filius decesserit: secundùm Iuliani sententiam, qua vtimur, non erit secundus heres: quasi ab initio inutiliter institutus, cùm ab eo filius exheredatus non sit. sed & si in posthumo filio idem acciderit[a], vt natus viuo patre, à quo exheredatus sit, moriatur: eadem dicenda erunt de substituto: quoniam, cùm est natus filius, loco eius est, qui superstes est.

Ad l. 8. Si primo.

RAT. DVBIT. Cùm à primo herede, id est, instituto filius exheredatus est, à secundo autem herede, id est, à substituto non est exheredatus, negari non potest, quin primus gradus non valeat à quo scilicet filius præteritus non est. Ergo si primo herede deliberante filius hic decesserit, postea verò primus heres hereditatem omiserit & repudiauerit, nihil causæ esse videtur, quo minùs testamentum possit incipere à secundo gradu, quamuis non fuerit filius exheredatus à substituto, cùm prius decesserit filius quàm ad secundum gradum hereditas esset deuoluta, decessit enim pendente adhuc primo gradu, eo autem tempore quo secundus gradus locum habere incipit, filius in eo gradu præteritus iam mortuus inuenitur, &, proinde gradum illum iniustum facere amplius non possit.

DECID. Quemadmodum testamentum ab initio totum non valet in quo filius omninò præteritus est, ita & pluribus gradibus factis, in quorum primo filius exheredatus sit, in secundo autem præteritus, necesse est primum gradum ab initio nullum esse, id est, priùs etiam quàm ex eo gradu delata sit hereditas, quippe quam certum est ex eo gradu nũquam deferri posse. Ergo quamuis filius in secundo gradu præteritus decesserit pendente primo in quo fuerat exheredatus, nihilominus tamen substitutus admittetur. Ait autem Pomponius in hac lege fieri hoc secundùm sententiam qua vtimur. Quod Cuiac. intelligit de regula Catoniana, quæ & sententia dicitur in *leg. Iulianus noster 86. de cond. & dem.* sed malè vt arbitror, Substitutio enim de qua tractamus, & à qua ponimus filium esse præteritum, sicuti secunda ita & condicionalis institutio est, habet enim illam condicionẽ quã & quælibet alia vulgaris substitutio, *si primus heres non erit leg. 1. & passim de vulg. & pup. leg. 3. Cod. de hered. Instit.* Regula autem Catoniana non pertinet ad condicionales institutiones *l. pen. de reg. Caton.* Sententiam ergo qua vtimur, intellexit Pomponius eam quæ à prudentibus magis recepta erat. Sententiam enim simpliciter pro regula Catoniana, nunquam in libris nostris scriptam videas, sed cum adiectione illa, sententiam Catonianam, vt in *dict. leg. Iulianus noster.*

a *Sed & si in posthumo filio idem acciderit.* RAT. DVB. Potissima differentia illa est inter posthumum, & filium iam natum præteritum, de qua iam in superioribus diximus, quòd præteritio posthumi non facit testamentum ab initio nullum, vt præteritio filij iam nati, sed tantùm efficit, vt agnatione posthumi sui heredis rumpatur testamentum. Ergo, quod proximè dictum est, non valere secundum gradum à quo filius iam natus exheredatus non est, quamuis filius pendente adhuc primo gradu, à quo exheredatus erat, decesserit, quasi substituto ab initio inutiliter instituto, non videtur locum habere posse in hoc secundo casu, quo posthumus à secundo gradu præteritus decesserit, pendente primo à quo fuerit exheredatus, cùm ab initio gradus ille secundus valuerit, nec videatur posse rumpi per posthumum defunctum antequam secundo illi gradui locus esse possit.

DEC.

BIU Cujas

DEC. Licèt ab initio, id est, antequam natus sit posthumus, differentia sit filij iam nati & posthumi, attamen statim atque natus est posthumus, loco illius est qui iam tempore testamenti superstes est, nisi quòd nullo casu facit iniustum testamentum, sed rumpit. Ergo quemadmodum filius iam natus in secundo gradu præteritus, quamuis in primo exheredatus, non patitur valere secundum gradum, sed eum iniustum facit priùs etiam quàm secundo gradui locus esse cœperit, ita vt licèt primo herede deliberante decesserit, non eo magis tamen substitutus admitti possit: ita & in posthumo præterito dicendum est eum, cùm nascitur, statim rumpere non quidem totum testamentum nec primum gradum à quo exheredatus fuit, sed duntaxat secundum à quo fuit præteritus, ita vt quamuis primo herede deliberante decesserit, substituto tamen omnis via succedendi præcludatur, tanquam facto inutili & rupto primo gradu non quidem ab initio facti testamenti, sed à quo instanti posthumus natus est. Sufficit itaque natum eum esse etiam pendente primo gradu, vt eodem iure censeatur, quo filius iam natus ad secundum gradum euacuandum, & quo censeretur idem posthumus si hereditate iam ad secundum gradum deuoluta natus esset. Et hæc proculdubio in tota hac lege Pomponij sententia est, de qua tantis contentionibus iampridem in Gallia Iacobus Cuiacius & Ioannes Robertus decertarunt: dum vult Cuiacius in illis verbis, *vt natus viuo patre à quo exheredatus sit moriatur*, pro *Patre* legendum esse *Primo*; quod Robertus reprehendit. Ego verò ab vtroque dissentio, & totam illam clausulam, quam modo retulimus, delendam esse arbitror, velut irreptitiam ex causa alicuius imperiti interpretis non animaduertentis, ante legem Velleiam, de qua in hoc loco non agitur, non fuisse permissam institutionem, neque exheredationem posthumi qui viuo patre nasceretur, quia licet is quoque præteritus nascendo rumperet testamentum perinde ac si post mortem patris nasceretur, est tamen in potestate patris adhuc viuentis aliud testamentum facere, atque ita impedire ne decedat intestatus, vt dicemus ad *l. Gallus 29. §. nunc de lege Velleia hoc tit.* Cætera quæ ad huius legis interpretationem & emendationem nostram confirmandam afferri possent, latè docuimus *libr. 8. coniect. cap. vltim.* vbi vide. Iunge *leg. si posthumus 14. infr. hoc tit.*

9. PAVLVS libro 1. ad Sabinum.

SI quis postumos, quos per ætatem, aut valetudinem habere fortè non potest, heredes instituit: superius testamentum rumpitur. quòd natura magis in homine generandi, & consuetudo spectanda est, quàm temporale vitium, aut valetudo, propter quam abducatur homo à generandi facultate.

Ad l. 9. Si quis posthumos.

De huius legis sententia iam satis multa scripsimus ad *leg. sed est quæsitum 6. supr. hoc tit.* vnde rationes dubitandi & decidendi peti possunt. Est enim eadem ferè vtriusque loci sententia, vt qui ab aliquo accidenti impeditur generare, non impediatur etiam posthumum instituere, sed is demum qui à natura, quia vt Paulus hîc scribit, natura magis in homine generandi, & consuetudo spectanda sit, quàm temporale vitium, aut valetudo propter quam abducatur homo à generandi facultate. Ex quo infert Paulus, si quis posthumos heredes instituerit, quos propter ætatem, aut valetudinem habere fortè non possit, cùm aliud testamentum antea fecisset, superius testamentum rumpi, quamuis ex secundo nemo heres futurus sit, nullo scilicet nato posthumo. Nec enim ad rumpendum prius testamentum per posterius, necesse est ex posteriore aliquem heredem esse, sed sufficit, vt aliquo casu esse potuerit, *l. cùm in secundo 16. infr. tit. prox. §. posteriore Instit. quib. mod. testam. infir.* In proposito autem potuisset acquiri hereditas ex secundo testamento, si quis posthumus natus fuisset, cùm tamen si testamentum posterius, quo institutus fuit posthumus, ab eo factum esset, qui natura ipsa impediretur generare, prius non rumperetur per posterius, quia nec posterius valeret *dict. leg. sed est quæsitum vers. sed si castratus.*

Hactenus manuscriptus.

BIU Cujas