

babilitur à Bachovio disputatur, verior tamen mihi videtur sententia Cujacii, Bussi, in d. l. 7. Donelli in d. l. lecta. 40. & in l. 13. C. de pact. qui etiam stipulationem hinc remouent. Neque enim frustra est, quod ubi pro regula traditur, pacta in continenti facta ex parte aëoris inesse, nominatim additur in *bona fidei iudiciis*, d. l. 7. §. *quintimo*. s. d. l. 13. de pact. Quorundam enim hac adfectio in *bona fidei iudiciis*, nisi ut intelligamus, in strictis iudiciis non idem iuris esse? Sic cum dicitur, in bonæ fidei contractibus usuras ex mora deberi, l. *mora*. 22. §. 2. de usur hoc significatur, deberi in bonæ fidei, non in stricti iuris iudiciis, l. 3. C. de usur. Similiter cum dicitur, exceptiones inesse bonæ fidei iudiciis, l. 2. de *resc. vend.* hoc dicit intelligimus, in his solum inesse, non etiam in strictis iudiciis; nam in strictis non veniunt exceptiones, nisi nominatim contestatæ, l. 9. l. ult. C. de except. Et certè ineptum esset ac supervacuum, de bonæ fidei iudiciis nominatim addere, si pacta in continenti facta pariter inessent omnibus contractibus, quibus subiunguntur. Nec ullum in libris nostris locum reperio, quo probari possit, pactum stipulationi appropinquatum actionem parere aut legem stipulationi dare, actionemve ex stipula formate, ita stipulationi inessent ad id, quod pactum comprehendit, esse, ex stipula agi possit, pactum augere, informare, extendere verborum obligationem. Paulus autem in d. l. lecta. 40. cum pactum subiectionis stipulationi inesse dicit, non significat, id actionem parere, cum in casu illic proposito non id pactum agatur, ut quid datur, quod prius dari non debuit; sed ut de eo, quod datum oportuit, aliquid remittatur; quale pactum ex parte creditoris valere ad agendum natura sua non potest. Alii nec mutuum hinc remouendum putant, quorum sententiam latè tueretur Gœdd. de *cont. stipul.* c. 8. *concl. 2.* Nos sulsus hac exequimur in eo, quem modo dicebamus, tractatu de pactis, c. 9. §. *seqq.* VINN. Sed rem tamen clarissimam puto, si leges conferas. Hæc distinguunt utram in continenti adjectam pactum contractui stricti iuris, an ex intervallo, nempe, addante obligationi, an detrahat. Si in continenti adjectum obligationi detrahit, inest contractui ex parte rei, ut plus ab eo peti nequeat, e. g. si decem dedi, & novem debeas, non nisi novem debebis l. 11. §. 1. ff. de *reb. cred.* Sin in continenti adjectum addit obligationi, tunc non inest ex parte actoris, nec actionem parit; e. g. si decem dem, ut viginti debeatur, tunc non nisi decem debentur, l. 17. ff. de *pact.* Pacta ex intervallo adjecta five addant, five detrahant obligationi, non inest contractui stricti iuris, nec ipso jure tollant obligationem quamvis exceptionem producant. Conf. V. C. Ger. Noad. de *pact. & transact.* cap. 12. HERN. Conventio non nuda five vestita est, que puri placitæ fines egreditur, quod ex duabus notis cognoscitur, si proprium nomen sortita est, vel si præter conventionem alia obligandi causa fuerit, id est, si negotium civile gestum sit, d. l. 7. §. 2.

de pact. Hac conventionis species uno verbo appellatur contractus. Et igitur contractum sic definitio: Contractus est conventio habens nomen speciale, aut eo deficiente civilem obligandi causam. Definitio tantum non iudem verbi propria d. l. 7. §. 1. & 2. Itaque duo sunt harum conventionum genera: unum earum, que speciale nomen habent, ex quo genere sunt emptio, venditio, locatio, conductio, societas, mandatum, depositum, commodatum, pignus, & similes contractus, qui quod certum nomen habent, dicuntur contractus *nominati*; & obligationem actionemque certo jure producant, non utique propter nomen; quod extrinsecum quod est atque accidens, sed propter utilitatem commercii, cuius indicium est, quod certo ac proprio nomine appellantur; vel potius quia hæc conventiones ob frequentiore usum talem accipere vim ac naturam, que etiam si nihil specialiter dictum sit, ex ipso nomine satis intelligatur, 2. Grot. 2. de *jur. bell. & pac.* 12. n. 3. Alterum genus est earum conventionum, que nomine quidem proprio careant, sed quibus præter consensum subest causa, ut hoc exprimit Jurisconsultus d. l. 7. §. 2. Et hæc quoque conventiones obligationem & actionem parant. Causam definitio dationem vel factum certa lege, puta si quid tibi dedi, aut feci ea lege, ut vicillim mihi aliquid dares aut faceres, uti & Jurisconsultus d. l. 7. §. 2. ipse hoc explicat, & innumeris locis significatur, l. 5. *per tot.* l. 8. l. 19. de *prescr. verb.* l. 7. l. si pro *profundo*. 33. C. de *transact.* l. 6. C. de *rer. form.* & *simil.* alias negotium dicitur, d. l. 15. de *prescr. verb.* & negotium civile, l. 21. de *ajim. nã.* id est, tale quod consistit *mutuam pec.* unde obligatio & actio civilis, ne quis hic somniet de causa impellente aut finali, que paciscentes movit, nam talis causa etiam in nudis pactis est: ut dabo tibi Stichum, tu mihi Pamphilum: dabo tibi equum, tu mihi infulam factas: dabo tibi partem bonorum ut à lite discedas, l. 21. C. de *pact.* l. 28. C. de *transact.* Videamus autem ne definitio contractus à nobis proposita nimis lata sit. Nam Labeo in l. 19. de *verb. sign.* contractum sic definit, ut dicat esse ultro citroque obligationem, id est, negotium, unde ultro citroque obligatio nascitur: at nostra definitio etiam ea negotia complectitur, ex quibus unus tantum obligatur, qualia sunt mutuum & stipulatio, que Labeo d. loc. expressè à contractu distinguit. Sed animadvertendum est, Labeonem eo loco non definire generaliter, quid sit contractus, aut que sit propria hujus verbi significatio, sed quid præter eo verbo significet, cum hæc tria finitime significationis in edicto conjungit, actum, contractum, gestum. Nam cum hæc singula per se posita & vi tua generalia sint, apparet, Labeonem ea non ex propria significatione, sed ex sententia prætoris illa conjungentis distinguendo ad certas species referre, verbumque contractus ad eas species traducere contractum, que mutuum obligationem pariunt. Nos verò hoc certo tenemus, subtiliter

tiam contractus in eo non consistere, ut ultro citroque obliget, sed non minus proprie si unus tantum alteri, quam si invicem contrahentes inter se ex conventionibus obligentur, contractum dici obligationem, & negotium ipsum appellari & esse contractum: id quod satis offendit verus & recepta contractuum divisio, hoc *text.* & in l. 1. *cod.* proposita, *item* in l. 1. §. *pen. de pact.* Apparet itaque ex disputatione Ulpiani, in d. l. 7. §. 1. 2. de *pact.* unde nostra contractus definitio sumpta esse, neque pacta legitima, neque ea, que contractibus adjectivum, contractus esse, aut cum contractibus confundenda, sed esse & manere pacta nuda: quamvis enim communem vim obligandi cum contractibus habeant: tamen neque in proprium nomen transeunt, nec causam, cur dare aut facere debeas, ullam habent præter conventionem; utique si per se spectentur illa sine admittulo legis, hæc sejuncta à contractu, in quo sunt. Cæterum DD. hæc etiam pacta vestiverunt, alterum vestimento *assistentia legis*, alterum *coherenti contractus*: quippe qui nuda ea pacta sola appellant, que efficaciam obligandi non habent, & in terminis jure gentium manserunt. Quod est ratione non caret, tamen veteres omnem conventionem extra contractum non alio nomine, quam nudum pactum simpliciter appellare solent, etiam que obligandi efficacitatem habet, l. 6. l. 7. §. 1. de *pact.* l. 10. l. 13. C. *cod.* l. *etiam*. 30. de *usur.* l. 11. C. *cod.* l. 6. C. de *jur. dot.* Ulu jam pridem receptum esse constat, ut etiam ex nudo & simplici pacto actio detur, ita ut pacti nunc eadem vis sit, que stipulationis. Tantum meminimus distinguendas esse promissiones serias, meditates & utiles, & inconsideratas, temerariis atque inutilibus, cum quis non dispositivè, ut loquuntur, nec ferit, sed vel narrativè, vel per jocum & aliud gens aliquid pronuntiat, ut ex illis tantum, non ex his obligatio & actio nascatur. Et hoc etiam jure Canonico satis expressè cautum est, l. 1. & c. 1. de *pact.* & videmus, pluraque etiam alia ad simplicitatem juris gentium hodie redacta Conanus vir eruditione nimis vulgari prædictus existimat, ne jure quidem gentium ex nuda conventionem obligationem oriri, *lib. 5. comm. c. 1.* sed ei occurratur à D. Grot. *lib. 2. de jur. belli & pac.* c. 11.

Aut re contrahitur aut verbis, etc. ¶ *mutuam pec.* primæ speciei, id est, cum obligationum, que sunt ex contractu sumpta à causis obligationem ex contractu proximè consequentibus: nam contractus quidam re perficitur, quidam verbis, quidam literis: id est, obligationem tum demum producant, cum vel res, vel certa verba, vel scriptura intervenierit, quidam consensu sunt, id est, præter consensum quomodocumque declaratum ad sui perfectionem nihil desiderant. Itaque proposita divisio non sic accipienda est, quali in ea obligationes, que consensu dicuntur contrahi, opponantur obligationibus, que non contrahuntur consensu: nullis enim contractibus, nullave obligatio ex contractu sine consensu esse potest, l. 1. §. *pen. de pact.* sed ita, ut obligationibus, que non solo consensu sunt; sed præter consensum rem, verba aut literas requirunt, oppositam intelligamus eam speciem, quam solo consensu contrahitur nihil amplius ad constitutionem obligationis desiderant. Denominatæ enim sunt hæc species ab eo, quod cuiusque proprium est, & in unaquaque eminet.

Aut literis ¶ Hanc speciem obligationis videntur veteres comprehensisse sub ea, que re contrahitur; quoniam ex litterarum obligatione qui agit, pecuniam petit ut mutuum. Certe plurimum, que ex contractu sunt, illi non meminerunt, quam harum trium, re, verbis, consensu, l. 1. §. 1. l. 4. hoc *tit.* l. 1. §. 3. de *pact.* l. 8. §. 1. de *idejuss.* l. 1. §. 1. de *novat.* Et tamen hanc obligationem jam tum in usu fuisse constat ex *tit. C. de non num. pec.* VINN. Immo multo certius hoc genus contractus jam sæculo Chrieto 2. in usu fuisse, constat ex Gaji *inst. lib. 11. tit. 9. §. 12.* Alia hujus contractus vestigia in ipsis Digestisprehendit Galvan. de *usur.* ipsi & observat, veteres illos qui species contractuum nominatorum recentiores litterarum obligationem omiserunt, eandem sui verborum obligationibus comprehendisse. Et sanè multo verosimilior est hæc Galvani, quam Vinnii nostri sententia, quia & in hac olim verba Iolemia intercessisse, ex Theophilo *ad tit. Inst. de lit. obl. patet.* HEIN.

TITULUS DECIMUS QUINTUS. QUBUS MODIS RE CONTRAHITUR OBLIGATIO.

Dig. Lib. 12. Tit. 2. Lib. 13. Tit. 6. & 7. Lib. 16. Tit. 3. C. Lib. 4. Tit. 1. 23. 24. 34.

Continuatio. Quando obligatio dicatur re contrahi & qua obligationes huc pertineant?

Hoc titulo exponitur prima species obligationum, que non ex solo consensu nascuntur, sed demum cum aliquis ad conventionem accessit, illa nimirum, que nascuntur ex contractibus, qui præter consensum, rei interventum ad perfectionem sui requirunt; que obligationes ob id re contrahi dicuntur. Quid sit re obligationem contrahi, nulla certa definitione, fed exemplis ostenditur. Rectius fecissent Compositores, si

primam comoda aliqua definitione rem declararent, ac tum singulas enumerarent species: nam utrumque ad genus aliquod & species ejus generis cognoscendas esse necessarium. Nunc & insufficientes videtur enumeratio specierum, & difficultis est omnia investigatio. Possit autem hæc obligatio sic describi. Obligatio re contrahitur, cum datum aliquod aut factum ad consensum accedens obligationem inducit. Rem enim sic generaliter accipimus, ut & facta comprehendat. Neque verò obligationis illi sola hæc pertinent, quæ ex contractibus nominatis, qui sic memorantur, mutuo, commodato, deposito, pignore, nascuntur; sed etiam quæ ex contractibus innominatis: ex quibus omnibus obligationem non nasci constat, nisi datum aliquod aut factum ad conventionem accesserit, l. 1. §. 2. de rer. perm. l. 3. C. cod. l. 7. §. 2. de pact. l. 5. & pass. de præscr. verb. diserteque Paulus in d. l. 1. §. 2. de rer. perm. hac nota permutationem distinguit ab iis contractibus, qui nudo consensu perficiuntur, quod in permutatione res tradita demum initium obligationi præbet. Videri tamen possunt veteres propriè & in specie tunc obligationem re contrahi dixisse, cum res tradita vel in genere vel in specie reddenda est: ideoque solummodo, quatuor illis hujus generis contractus nominatos, quorum id proprium est, mutuum, quod id agitur, ut res ejusdem generis, commodatum, depositum, pignus, quibus agitur, ut eadem species restituatur, huc retulisse, l. 1. §. 2. cum §. seq. de obl. & act. quod & Justinianus secutus sit. Conventio restituendi titulo & nomine contractus inclusa est.

T E X T U S.

De mutuo,

Re contrahitur obligatio, veluti mutui datione, Mutui autem datio in iis rebus consistit, quæ pondere, numero, mensurave constant; veluti vino, oleo, frumento, pecunia numerata, ære, argento, auro, quas res aut numerando, aut metiendo, aut appendendo in hoc damus, ut accipientium fiant. Et quoniam nobis non eadem res, sed alia ejusdem naturæ & qualitatis redduntur, inde etiam mutuum appellatum est: quia ita te mihi datur, ut ex meo tuum fiat; & ex eo contractu nascitur actio, quæ vocatur certi conditio.

N O T E.

Re contrahitur [Ex Gajo, l. 1. de obl. & act. Re contrahi obligatio dicitur, cum datio aliqua aut factum ad consensum accedens obligationem inducit, l. 2. §. 3. de reb. cred. l. 1. §. 2. de rer. perm. l. 5. §. 2. & seqq. l. 8. in fin. de præscr. verb. & propriè, cum res tradita vel in genere, ut in

mutuo, vel in specie, ut in commodato, deposito, pignore, reddenda est. *Pondera, numero, &c.*] Quoniam hæc res ita comparate sunt, ut alia aliarum vice fungantur, & mutuo tantumdem præsent; quod non item contingit in aliis: quibus ideo in creditum item non possumus, quia aliud pro alio in viro creditor solvi non potest, l. 2. §. 1. de reb. cred.

Certi conditio] Mutuum contractus est, ut dicitur, cum solum obligans, qui mutuum accipit, ac proinde una tantum hinc nascitur actio, quæ appellatur certi conditio. Si stipulatio numerationi adjecta, non ex numeratione, sed ex stipulatione nascitur, l. 6. & 7. de novat. ejusdem tamen nature actio est, idemque nomen obtinet, inf. tit. prox. in pr. l. 9. l. 24. de reb. cred.

C O M M E N T A R I U S.

- 1 Definitio mutui, & ejusque definitionis per partes explicatio.
- 2 Materia mutui, & an panes ad numerum mutuo res dantur?
- 3 Cur mutui datio dumtaxat consistat in rebus consumptibilibus?
- 4 Emendationem D. Salmastii in l. 2. §. 2. de reb. cred. non rideri necessariam.
- 5 Forma hujus contractus propria.
- 6 Singularia quæ hic recepta.
- 7 Finis & effectus, cum consequentia.
- 8 Debitorem non prohiberi eandem rem, quam accepit, in specie reddere.
- 9 Commodum afirmationis aucte & in commodum demittit ad creditorem pertinere.
- 10 In afirmatione inveniunda, si debitor in eam demandatus, cujus temporis aut loci ratio habeatur?
- 11 Speciale esse, quod nummi mutuo accipiunt in alia forma & materia reddi possunt.
- 12 Aucto aut demittit numerorum valore, ut reddi oportere ea afirmatione, quæ est, cum solvuntur, secundam comm.
- 13 Esse quidem de natura mutui, ut eadem bonitate res reddantur, de substantia non esse.
- 14 Etypon mutui.
- 15 Duplex sit, an una generalis certi conditio?

Mutuum est contractus, quo res, que ponere, numero, mensura constant, aliquid dantur, ut ejus fiant ea lege, ut in quandoque potestenti creditori tantumdem ex eodem genere reddat. Constituitur mutuum non solo ac nudo consensu, sed rem intervenire ac tradi oportet, puta pecuniam numerari, &c. quod Paulus sic expressit, mutuum non pot. si esse, nisi pecunia proficiatur, l. 2. §. 3. de reb. cred. Atque in tantum hoc obtinet, ut nec ultra quam datum est obligatio contrahi possit, veluti si tibi dederim decem, undecim reddas, non amplius quam decem condici poterunt, l. 11. §. 1. eod. tit. l. si tibi, 17. de pact. Quod si simpliciter convenierit ut,

QUIBUS MODIS RE CONTRAHITUR OBLIGATIO.

et si certam pecuniam summam mutuo darem, hæc conventio mutuum non est, sed nuda pactio, nec nomen, nec *mutuum* esse habens, ac proinde nec eum, qui de datum promittit, extra stipulationem jure civili obligat, per *quibus*. Planè si pecunia apud aliquem jam sit, verbi gratia ex causa depositi, potest ea nuda voluntate transferri, & converti in causam mutui fideiotebris manus, l. 9. §. ult. de reb. cred. In hoc igitur causam efficientem & simul rei gerendæ formam communem cernere licet. Illud notandum, mutuum non semper accipi pro ipso contractu, sed sæpè etiam pro re mutuo data: quod etiam accidit deposito, commodato, pignore.

Quo pondere, numero, mensura] Materia mutui sunt res, quæ pondere, numero, mensura constant, id est, quæ ex certo pondere, numero, mensura æstimantur, & hoc modo sunt in commercio, ut vinum, oleum, framentum, pecunia numerata. Non autem res omnes, quæ appendi, numerari, &c. possunt, alioqui nihil fore esset, in quo mutuum non consisteret. Aliud scilicet est, pondus numerum mensuram habere; aliud, ex pondere, &c. constare. Glossa in l. 2. §. 1. de reb. cred. negat, panes ad numerum mutuo dari posse, quod alii contra simpliciter affirmant, sed rectè Bart. in d. l. 2. §. 1. sic distinguendum censet, ut si panes limitati in civitate quantitatem habeant, id est, definitum pondus, possit in his mutuum consistere ad numerum: sin minus, non nisi ad pondus. Ideo autem in his rebus dumtaxat mutui datio consistit, quoniam earum datione possumus in creditum ire, eo quod functionem eandem in genere, recipiunt per solutionem, quam in specie; id est, quoniam hæc res natura ita comparate sunt, ut alia aliarum vice fungantur, ita ut re ejusdem generis soluta non aliud sed idem, quod creditum est, videatur redditum: quod secus est in cæteris rebus.

Nullæ enim aliæ res tam sunt æqualis æstimationis, ut in suo genere solute, alia aliarum vice fungantur. Et mutuo tantumdem præsent: ideoque si non eadem res, quæ accepta est, sed alia ejusdem generis reddatur, aliud pro alio solveretur, quod non licet invito creditori. Ad hunc modum dist. putat Paulus, d. l. 2. §. 1. de reb. cred. Doctissimus Salmastius lib. de iur. c. 1. textum emendat, & pro functionem recipiunt, responit, *sufficitatem recipiunt*: ne bis idem dici videatur, *sufficitatem recipiunt*, ut ait, solutio, quod functio. In quo viro clarissimo assentiri non possum. Primum quia functionis verbum latius patet quam solutionis, & ad omnia refertur, quæ vice mutui tantumdem præstant, aut quorum alterum alterius vicem explet, l. 6. de reb. cred. etiam ubi nulla intervenit solutio: veluti cum pignoribus fungi dicimur in vicem satisfactionis, l. 7. de præscr. vel nota dedicatione fungi, l. liber homo, 37. §. 1. ad leg. Aquil. §. 2. in fin. de voc. act. Deinde quia Jurisconsultus ita ut tibi loquatur, loqui non potest, nisi & quod acceptum in specie redditur, rectè dicatur sufficere. Sed in his non sunt positæ opes Græciæ. Forma hujus contractus propria consistit in ipsa mutui datione,

sive domini rerum in accipientem translatione. Idque adeo mutui proprium esse creditum est, ut etiam nomen ab eo acciperet, *quod de meo tuum fit*, d. l. 2. §. 2. de reb. cred. Ex hoc autem intelligimus, & eum, qui credit, dominum esse oportere, & eo animo rem tradi accipere, ut is qui accipit dominus fiat, d. l. 2. §. pen. l. in omnibus, 55. l. de obl. & act. junct. l. §. ego, 18. §. 1. de reb. cred. Enim verò si debitorem meum jussero tibi dare pecuniam, aut si inter nos convenierit, ut pecuniam ex mandati causa debitam crediti nomine retineas, obligaberis mihi, quamvis meos nummos non acciperis. Item si lancem tibi vendendam dederim, ut nummis uteris, perinde mihi obligaberis, ac si vendidisses ipse, pretiumque tibi tradidisses. Admissa enim est in his omnibus fictio brevis manuum, auctore Ulpiano in l. 11. & l. 15. de reb. cred. Quamquam diffidit videtur Africanus in l. qui negat, 24. mand. vid. Cuiac. tract. 8. ad African. Illud quoque utilitatis causa receptum, ut si v. e. nummi alieni crediti fuerint, si bona fide consumptis mutuum confirmetur, & conditio nascatur: & generaliter, ut quod numeranti, præstat pecuniam translatione, hoc ea ab initio non translata, præstet consumptio, l. 1. in fin. & 2. l. segg. l. 19. §. 1. de reb. cred. l. 17. de solut. Finis est, ut is qui rem mutuo accepit, pro commo dato ea uti, eamque consumere possit, atque ut aliquanto post rem ex eodem genere, & tantumdem (quo quæ bonam quorum intelligimus) creditori reddat, d. l. 2. in pr. de reb. cred. l. 1. §. 2. de obl. & act. quod ipsum natum obligationis mutui continetur, licet de eo nihil nominatim convenierit, l. 3. de reb. cred. Ad effectum quod attinet, transit rei mutuo datione dominium in debitorem cum obligatione restituendi rem ejusdem generis. Unde est, quod rei, cum mutuo accepit, interitum non liberatur, §. 2. hoc rit. l. 1. §. 4. de obl. & act. nimirum duplici de causa: tum quia regulare est, ut res pereat fluo domino, l. 9. C. de pig. act. tum quia mutui debitor, generis debitor est, genus autem nunquam perit, l. 1. C. si ver. per. Creditori hoc nomine acquiritur actio, quæ vocatur certi conditio, hoc text. in fin.

Numerando, metiendo, &c.] Quod si v. e. obligatæ dentur custodiendæ: naturam cujusque corporis imitantur, & demum depositum est.

Ut accipientium fiant] Quæ res mutuo dantur, in hoc dantur, ut accipientis fiant, l. 1. §. 2. de obl. & act. l. 2. de reb. cred. Cujus rei ratio est, quia nisi ea lege darentur, ne uti quidem illis liceret, quoniam usus earum sine consumptione planè nullus est.

Non eadem res] In mutuo non hoc agitur, ut res eadem numero, quæ data est, reddatur, sicuti in commodato, deposito, pignore, sed alia ejusdem generis; seu, ut veteres loquuntur, mutuum damus non recepturi eandem speciem, sed idem genus, d. l. 2. de reb. cred. alioqui ex causa mutui nulla fieret alienatio. Secundum quod Ulpianus respondet, non alienari nummos, quod si dantur, ut restituatur, l. qui sic, 55. de solut. Quod tamen

concludere debeo, quia mihi legata, ut actio speciem future litis demonstret, arg. l. 3. C. de edend. Zal. ad d. l. 9. de reb. cred. n. 9. & seq. Don. ibid. n. 4. & seq. Gred. de contr. stipulat. c. 1. conclusio. 2. VINN. Recte quidem dicitur conditionem certi esse actionem generalem, que ex omnibus causis, unde certum debetur, competit. Sed tamen cum mutuum sit contractus nominatus, cuius natura est, ut actionem producat cognominem; genium actionis ex hoc contractu natis nomen est *actio mutui*. l. 5. C. quib. non obij. lang. temp. præfer. quemadmodum ex stipulatione *actio ex stipulata*, quamvis illa ad obligationis qualitate *conditio certi*, hinc modo *certi*, modo *incerti* cognominetur. HEIN.

TEXTUS.

De indebito soluto.

1. Is quoque, qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem solvit, re obligatur, daturque agenti contra eum propter repetitionem condictionis actio. Nam perinde ei condici potest, si apparet, eum dare oportere, ac si mutuum accepisset. Unde pupillus, si ei sine tutoris auctoritate indebitum per errorem datum est, non tenetur indebiti conditione, non magis quam mutui datione. Sed hæc species obligationis non videtur ex contractu consistere, cum is, qui solvendi animo dat, magis voluerit negotium distrahere, quam contrahere.

NOTÆ.

1. Per errorem] Rectè per errorem; nam qui sciens se non debere solvit, non reperit. l. 1. §. 1. l. 26. §. 3. de cond. ind. propterea quod donasse censetur, l. 3. de reg. jur. Errorem an facti dumtaxat intelligere debeamus, an etiam juris, v. inf. de obi. quæ ex contr. §. 6.
Ac si mutuum accepisset] Quod Gajus sic expressit, eadem actione tenetur, qua debitorum creditoribus. l. 5. §. 3. de obi. & auct. Unde Cujac. 8. obs. 34. & par. C. de cond. ind. solutionem indebiti factam in is, quæ pondere, numero, &c. constant, promittunt vocat. Quod si alie res solvantur, quibus in creditum non itur, promittunt non est: & agendum sola conditione indebiti.
Non videtur ex contractu] Vid. inf. de obi. quæ ex contr. §. 6.

COMMENTARIUS.

PER occasionem disputationis de mutuo subjicitur hic aliquid de indebito per errorem soluto, ut ex textu apparet. Habet enim solutio indebiti multa cum mutui datione communia, quæ congesti Cujacius 8. observ. 34. Duo hic referuntur, ut statim videbimus. Ceteroquin non est hu-

jus loci proprium tractare de obligatione ejus, qui indebitam pecuniam quasi à debitore accepit: quippe quæ obligatio non est ex vero contractu, sed quasi ex contractu oritur, ut demonstrabitur suo loco. Planè si quis dubitans nominatim hæc lege solverit, ut si postea apparet esse indebitum, redderetur, hoc casu magis est, ut ex vero contractu accipiens obligetur.

Re obligatur] Requiritur enim ad hæc obligationem producendam, ut quid solutum sit, five naturaliter datum & præstitum solutionis causa, tanquam debitum.

Conditio actio] Id est, conditio indebiti. Actio enim condictionis idem valet, quod conditio, l. si quis. 24. de reb. cred. l. 7. de cond. c. dat. §. 24. & seq. inf. de act.

Perinde ac si mutuum] Prima convenientia indebiti soluti cum mutuo ex duabus, quarum hæc sit mentio. Sic Gajus in l. 5. §. 3. de obi. & auct. scribit, eum, qui non debitum accepit, eadem actione teneri, qua debitorum creditoribus; ubi debitorum & creditorum nomen stricte ad mutui dumtaxat causam refertur. Enim vero & qui indebitum accepit, & qui mutuum, tenentur quidem eadem actione, quod artinet ad idem actionis genus: uterque enim tenetur *conditio certi*: ceterum pro causæ petendi diversitate sunt etiam hæc diversæ species condictionis certi, *conditio ex mutuo*, & *conditio indebiti*: differunt enim mutuum & solutio indebiti ratione objecti; siquidem mutuum earum tantum rerum est, quæ pondere, numero, mensura constant: solvi autem per errorem quasi debita etiam quævis alia possunt, & soluta condici, quibus in creditum non itur. Quamobrem non satis causa video, cur solutionem indebiti *promittuntur* Cujac. vocet.

Unde pupillus, &c.] Altera indebiti soluti cum mutuo similitudo. Ut pupillus mutuum pecuniam sine tutoris auctoritate accipiendo non obligatur, l. 59. de obi. act. ita nec accipiendo pecuniam indebitam; nisi solutione factus sit locupletior, l. 13. §. 1. de cond. ind. quod generale est, l. 5. de auct. tut. l. 4. §. 4. de del. nec. Non videtur ex contractu] Ideoque melius à Gajo collocatur in earum classe, quæ quasi ex contractu nascuntur, l. 1. §. 3. de obi. & auct. Sed & à Justiniano ob hæc causam infra in eodem ordine repetita est, tit. 8. hujus lib. ubi non etiam accuratius de ea disputamus.

TEXTUS.

De commodato.

2. Item is, cui res aliqua utenda datur, id est, commodatur, re obligatur, & tenetur commodari actione. Sed is ab eo, qui mutuum accepit, longè distat: namque non ita res datur, ut ejus sit; & ob id de ea res ipsa restituenda tenetur: Et is quidem, qui mutuum accepit, si quolibet fortuito casu

QUIBUS MODIS RE CONTRAHITUR OBLIGATIO.

amiserit, quod accepit, veluti incendio, ruina, naufragio, aut latronum hostiumve incurfu, nihilominus obligatus manet. At is, qui utendum accepit, sanè quidem exactam diligentiam custodiendæ rei præstare tenetur, nec sufficit ei, tantam diligentiam adhibuisse, quantum suis rebus adhibere solitus est, si modo alius diligentior poterat eam rem custodire. Sed propter majorem vim, majorve casus non tenetur, si modo non ipsius culpa is casus intervenerit: alioqui si id, quod tibi commodatum est domi, peregre tecum ferre malueris, & vel incurfu hostium prædorumve, vel naufragio amiseris; dubium non est, quin de restituendâ ea re tenearis. Commodata autem res tunc proprie intelligitur, si nulla mercede accepta vel confisuta res tibi utenda data est: alioqui mercede interveniente locatus tibi usus rei videtur; gratuitum enim debet esse commodatum.

NOTÆ.

2. Item is, cui res, &c.] Ex Gajo l. 1. §. 3. de obi. & auct.
Re ipsa restituenda] Quoniam qui commodato dat, rei proprietatem retinet, l. 8. & 9. commod. qui mutuo, rem facit accipientis.
Qui mutuum accepit, si fortuito casu, &c.] Tum quia res regulariter perit suo domino, l. 9. C. de sign. auct. tum quia mutui debitor, generis debitor est, quod perire non potest, l. 11. C. si certi. per. nam genus non est quid materiale, sed intellectuale, quod passionem non recipit.
Modo alius diligentior] Continet hic locus descriptionem diligentie summæ, cui opponitur culpa levissima, id est, cum quis aliis mediocriter diligens in eo peccat, quod vir diligentissimus vitare potuisset. In summa commodataria præstat & dolus & omnem culpam. Excipe species in d. l. 5. §. 10. & d. l. 18. in fin. præc. commod.

Nulla mercede] Commodare enim officii est & humanitatis, l. 17. §. 3. commod. Petron. Sive ergo nobis vendis, quid peto, mercator paratus est: sive quod humanius est, commodas, officio, ut beneficium debeam. Mercede interveniente tollitur beneficium, tollitur gratia, quæ sunt vincula amicitie, l. 1. §. ult. mand.

COMMENTARIUS.

1. Quis sit commodare, & quid commodatum distinetur à precario? 2. Commodatum quomodo esse uno modoque, quomodo amovetur, alio modo generis. 3. Notatur duplex differentia inter commodatum & mutuum.

4. Dolum in omnibus contractibus præstari, casum fortuitum in nullo, & quid utrumque? tum an periculi nomine semper casus veniat?
5. Inter casus fortuitos non numerari, qui cum culpa conjuncti esse solent; & qui isti casus?
6. Quibus ex causis esse regula de casibus fortuitis non præstantis?
7. Culpæ quid & quomplex? plenius quam vulgo.
8. Quid culpa lata, qua & dolo proxima?
9. Quid culpa levis?
10. Quid levissima? ubi & alia minus trita.
11. Latam culpam non minus, quam dolam, in omnibus contractibus præstari, rejecta Zafsi distinctione.
12. Qui contractus dolum dumtaxat recipiant? qui vero & culpam? Tum in quibus negotiis etiam officii debitor culpam præstet, & diligentiam?
13. Positivus, exactus, diligens, sæpe pro superlativis, exactissimus, diligentissimus, in hæc dispositione ponit, & contra.
14. Quam culpam præstet commodatarius?
15. Quando culpa à commodatario absolute intelligatur?
16. Commodatum propriè nullum nisi gratuitum.

SECUNDA species obligationis, quæ re contrahitur, ex quatuor, quæ hæc sūt, recensetur, est obligatio commodati. Commodare est rem alicui gratis certo modo utendum dare. Est rem utendam dare: proinde non tantum res mobilis, sed etiam soli commodari potest, veluti fundus, ædes: nam & habitationem commodari posse placuit, l. 1. §. 1. commod. 17. in pr. de præfer. verb. Quod autem utendum datur, ejus rei non dominium transfertur, sed usus tantum accipienti ad tempus conceditur salva rei substantia & non tantum proprietatem rei commodata, sed etiam possessionem retinetur, l. 8. ff. h. t. Ex quo intelligimus id quod usu consumitur, commodari non posse, nisi forte facis causa ad pompam vel ostentationem, l. 3. §. ult. l. 4. commod. Quamquam auctores aliquando etiam in istiusmodi rebus hoc verbum usurpant, pro mutuo dare seilicet. Cicero Verrin. 5. commodasti tricrici modios sexaginta. Ut & mutuari pro commodato accipere, D. Salmat. cap. 7. de usur. Deinde etiam hoc, commodatarium eam ipsam rem, quam accepit, finito usu restituere debere. Adjecimus gratis, quia nisi gratuito res utenda concedatur, commodatum non est, sed alii genus contractus, hoc text. in fin. Denique consulo aditus, certo modo, ut hæc nota commodatum (quod quidam etiam sic dictum putant, quasi cum modo datur) discernemus à precario quod idem & ipsa res utenda datur & gratis, sed simpliciter, & ad certum usum, cujus rei hic effectus est, ut precarium statim cum videtur, revocare liceat, etiam tunc cum ad certum tempus datum est; commodatum non licet, nisi finito tempore utendi præscripto, l. 1. l. 2. l. 12. de precar. junct. l. in commodato. l. 7. §. 3. commod. Et quia precarium nunquam transit

13 *Exactam diligentiam*] Quoniam commodatum solum utiliter continet ejus, qui commodatum accipit, consequens est distinctioni d. l. 5. §. 2. *commod.* quod & eodem loco expressum est, à commodatario & culpam præstari & diligentiam, id est, in commodato venire culpam non modo levem, sed etiam levissimam: siquidem, ut supra demonstravimus, diligentie verbo culpæ opposito in usu juris plerumque exactissima significatur. Gajus l. in rebus 18. eod. In rebus commodatis, inquit, talis diligentia præstanda est qualem diligentissimus quisque paraverit. rebus suis adhibet: Idem alibi ait: eum qui usendam accepit, exactissimam diligentiam custodiendam rei præstare compelli, l. 1. §. 4. de obl. & act. Justinianus exactam diligentiam dixit, sed eodem planè sensu, ut apparet ex eo, quod mox subijcit, non sufficere tantam diligentiam adhibere commodatarius rebus commodatis, quantum suis rebus adhibet, modo res ab alio diligentius custodiri poterit. Sic Constantinus in l. 21. C. mand. exactum officium dixit, pro exactissimo. Ulpianus diligentem custodiam pro diligentissima, d. l. 5. §. casuistiam. §. commod. Paulus diligentem patremfam. pro diligentissimo, l. bares 21. §. non tantum. 16. fam. etc. Quemadmodum vice versa superlativus nonnunquam pro positivo ponitur; quod æstimandum ex natura contractus. Jurisconsulti enim non semper eodem modo loquuntur. Quod si proponas, aliquem sua dimittat gratia, quod interdum fit, commodatæ sponse forte vel uxori, quo honestius culta ad se deducetur, dolus solus præstabitur, ut in deposito, d. l. 5. §. interdum. 10. commod. Quod si sua & commodatarii gratia, quod item fieri potest, culpa æstimatur, ut in pignore, dote, &c. d. l. in rebus. 18. in fin. pr. eod.

14 *si modo alius diligentior*] Hinc tria elicimus 1. & si commodatarius ad communem modum diligens in rebus suis eadem diligentia tradaverit res alienas, hoc tamen non sufficere ad eum excusandum, cum alius diligentior tunc custodire poterit. 2. Si commodatarius ipse sit summè diligens: nihil amplius ab eo exigi quam ut eadem diligentiam, quam suis rebus præstat, etiam adhibeat commodatis. Quippe cum major ab alio expectari non possit. 3. Si commodatarius ad communem modum diligens non sit, sed natura in suis rebus ignavior, licet aliquando diligentius versetur in rebus commodatis, quam in suis, non eo tamen minus teneri eum actione commodati, si alius diligentius curando rem servare poterit.

Majoreve casus non tenetur] Casus fortuiti nullo in contractu præstatur, l. contractus. 23. de reg. jur. l. 23. de verb. obl. nec si solus debitoris utilitatem continet: quale est commodatum, l. 5. §. 4. l. in rebus. 18. commod. l. 1. §. 4. de obl. & act. De commodato tamen ob prædictam causam dubitari potuit: & videtur ad removendum istam dubitationem pertinere, quod præsumitur est l. 6. G. de pign. ad casus fortuitos nullo bonæ fidei ju-

dicio præstari; nimirum ut intelligamus, nec commodatum hic excipi.

si non ipsius culpa] Culpa abesse intelligitur, si si re commodata usus sit juxta præscriptum in utendo modum. Itaque si alicui in hoc res commodata sit, ut eam peregrè fecum ferret, itque incurfu hostium aut latronum vel naufragio rem amiserit, non tenebitur. At si cui, exempli gratia, quali amico ad cenam invituro argentum commodavero, iis si id peregrè fecum portaverit, calum naufragii, impetum hostium, latronum, piratarum, præstare debet, l. 1. §. 1. 18. commod. d. l. 1. §. 4. de obl. & act. Si res commodata usu deterior facta sit, ita commodatarius non tenetur, si ea usus sit in eam rem, in qua usendam accepit, nec ulla culpa intervenerit, veluti si equus usque ad certum locum utendus datus in ipso itinere deterior factus sit sine culpa commodatarii, l. 10. l. ult. commod.

si nulla mercede] Commodatum nisi gratuito non contrahitur. Commodare enim officii est & liberalitatis, l. in commodato 17. §. 3. d. tit. ubi Paulus beneficium illud appellat. Mercede interveniente tollitur beneficium, tollitur gratia, quam sunt vincula amicitie, l. 1. §. ult. mand. Cùm tunc merces pro usu rei datur, aut constituitur, non commodatum, fed locatio est: aut si non statim merces constituitur, nec tamen gratia res usenda datur, sed eo animo, ut tantum mercedis nomine præstetur quantum postea definiri poterit, contractus in nominati genus est, §. 2. inf. locat. l. si potenda. 22. de præscr. verb.

TEXTUS.

De deposito.

3. *Præterea & is, apud quem res aliqua deponitur, re obligatur, teneturque actione depositi: quia & ipse de ea re, quam accepit restituenda tenetur. Sed is ex eo solo tenetur, si quid dolo commiserit: culpæ autem nomine, id est, desidie ac negligentia, non tenetur. Cuius securus est, qui parum diligentem custodiam rem furto amiserit: quia qui negligentia amico rem custodiendam tradit, non ei, sed sua facilitati id imputare debet.*

NOTE.

3. *Actione depositi*] Directa: nam contrarium judicium depositario datur ad consequendam indemnitatem, d. l. 5. pr.

Culpa, &c. ac negligentia non tenetur] Extra quam li conveniret, ut culpa quoque præstetur, aut ultro se deposito obtulerit, l. 1. §. 6. & 31. de pos. quoties autem culpa aut negligentia simpliciter mentio fit, levis culpa significatur, l. 5. §. 2. commod. l. 23. de reg. jur. l. 1. §. 5. de obl. & act. l. 72. pro soc. cum siml.

A. A. Pagenstech. Sivilim. part. 11. §. 92. p. 182. HEIN.

COMMENTARIUS.

- 1 *Quid sit depositum, & an etiam consistat in re immobilis?*
- 2 *An quemadmodum deponens quovis tempore rem repetere, ita & depositarius eam pro arbitrio restituere possit?*
- 3 *Ad quid depositarius tenetur?*

1 *Terria species obligationis, quæ re contrahitur, est ex deposito.* Deponere est, rem alii, qui gratis hanc operam suscipiat, custodiendam dare, l. 1. de pos. In eodem significato utitur & verbo commendare, l. Lucius. 24. eod. l. commendare. 186. de verb. sign. Rem hic intelligimus, sive ea certa species sit, sive quantitas, puta pecunia numerata, §. l. Lucius. 24. & seq. §. 1. eod. In quo depositum differt à commendato, l. 3. §. ult. commod. An verò quemadmodum commendatum etiam rerum immobilium est, l. 3. §. ult. di. tit. ita & depositum in his consistere possit, quaeritur. DD. comm. id negant, argumento sumpto an etymologia nominis, quod à ponendo dictum aicit. l. 1. de pos. tum quod nullum depositi rei immobilis exemplum in jure nostro extet: postremo quod cura rei immobilis in specie mandati transeat, argum. l. 5. §. sed p. a. de præscr. verb. Intelligunt autem depositum non in genere, sed in specie dictum: nam in sequelationem quæ depositi quoque in genere sumpti species est, l. 5. & seq. l. licet. 17. de pos. quin etiam res immobiles veniant, nemo dubitat, l. 7. d. ult. qui f. test. arg. l. un. C. de probol. seq. p. e. cap. 1. de sequestr. Clement. un. eod. quod ipsum tamen superiora argumenta elevare videntur. Nam si res immobilis, de qua controversia est, rethè deponi dicitur, cum ea à litigantibus aut iudice sequestrari solentur, atque ex ea deponitione ei, qui vicem, actio depositi sequeltraria competeit, cur non similiter res immobilis non litigiosa deponi dicatur, cum ea à domino alicui custodienda traditur, ut hic quoque in eum, qui id recipit, actio depositi deuri, utut fortassis ea res depositi communis modum exeat, legemque mandati annexam habeat? argum. d. l. 5. §. 4. de præscr. verb. l. Lucius. 24. de pos. Addidi, qui gratis hanc operam suscipiant. Nam ut commodatum, ita quoque & depositum gratarium esse debet: illic dans officium præstat, hic accipiens. Si merces promissa sit, depositum esse definit, & aut locatio est, aut incerti contractus genus, l. 1. §. si vestimenta. 8. & §. seq. de pos. VINN. Immo videtur rei immobilis commendatio modo mandatum, modo depositum esse, aliquando utrumque simul. Præcipua hic inspectio est, utrum man. o commendatio custodiz, an custodiz comm. adationis mandatum, de suscipienda administratione accesserit. Hujusmodi enim contractus qui mixtam causam habent ex principali, à quo incipiunt, judicantur, l. 1. §. 13. ff. de pos. vel contra. Conf. V. C. Vintusius in insitius.

Re obligatur] L. 1. §. is quoque s. de obl. & act. Sola quippe conventio depositum non facit, sed rem poni apud alium oportet, & que tradita inustum obligationi præbet.

Teneturque actione depositi] Adionis nimirum depositi datur. Nam contrarium judicium depositario datur ad consequendum, quod sibi per causam & occasionem rei acceptæ abest, l. 5. de pos. Potest verò is, qui depositum, quovis tempore rem depositam repetere, & repetenti etiam ante tempus constitutum reddenda est, l. 1. §. prope. & penult. eod. At ex contrario depositarius ante tempus statutum rem restituere volens officio suo non liberatur, nisi iustissima causa interveniat, l. 5. §. 2. eod. ut bene Castr. in di. l. 1. §. prope. & penult. & Collat. ibid. Vitiola enim est quorundam in hac re deponentis & depositarii comparatio. Etenim cum 2 torum hoc negotium ex utilitate deponens æstimetur, etiam ad voluntatem ejus dirigendum est: quam sine incommodo depositarii mutat, si rem ante tempus definitum repetat. At non sine incommodo deponens futurum est, si depositario permittamus officium, quod semel fuit per, contra legem contractus deponere. Ita ex adverso commodatum pro libitu quidem accipiens reddi, sed pro arbitrio dantis repeti non potest, l. in commodato 17. §. 3. commod.

Dè ea restituenda] In specie, qui enim rem custodiendam dat, nihil in alium transfert, sed apertè hoc agit, ut res sibi custodiatur, restituaturque reposcitur. Quare etiam si nummi deponantur, eadem corpora restitui oportet: nisi forte nominatim conveniret, ut depositarius, si opus haberet, pecunia uteretur, & redderet tantumdem: que res non res depositi terminos exceditur, l. Lucius. 24. cum li. §. si faculum. 29. §. 1. de pos.

Si quis dolo] In deposito nullum commodatum est depositarii, quin onus ponendi rem alienam gratis custodire: ac proinde secundum regulam de eo solo tenetur, si quid dolo ejus perierit, l. 5. §. 2. commod. l. 1. §. ultim. l. sine. 20. de pos. l. 1. §. si quoque. §. de obl. & act. l. contractus. 23. de reg. jur. Qui autem dolum dicit, latam culpam non excusat: quia ex pro dolo habetur, ut superius demonstravi. Itaque estis doli hic tantum mentio fit, sciendum tamen est, etiam latam culpam in depositum judicium venire, l. quod Nerua. 32. de pos. l. 1. §. is quoque. §. de obl. & act. l. 1. C. de pos.

Culpa nomine, id est, desidie ac negligentia] Quoties culpæ aut negligentia simpliciter mentio fit, levem culpam sive negligentiam his nominibus significari, §. præced. probatum est: quod hic locus confirmat, & unde desumptus est, l. 1. §. 5. de obl. & act. l. 72. pro soc. & §. ult. inf. de leg. Igitur depositarius aut negligentiam leviorum non

præstat, extra quam si in deposito convenit, ut ea quoque præstetur, l. 1. §. si convenierit. 6. de pos. aut si ultro de deposito obtulerit, d. l. 1. §. sapa. 35. eod.

Furtum amiserit] Furtum plerumque cum culpa patris, rem suam non bene custodientis conjunctum est: ideoque focus & venditor & creditor periculum furti præstant, l. cum duobus. 52. §. 3. pro soc. l. 24. §. 1. de per. & eom. rei vend. nisi doceant, culpam omnem abelle, quod aliquando fieri potest l. 14. §. idem 6. de furt.

Sua facilitati id imputare] Hæc quoque ratio est, cur depositarius negligentie nomine non teneatur, quia qui negligentis amico rem custodiendam committit, de se queri debet, d. l. 1. §. 5. de obl. & ad. & se ipsum acculare, qui homini adeo dissoluto & supino, ut ne mediocriter quidem diligens in curandis rebus propriis utatur, rem suam commisit. Scholasticè ad Hæmep. lib. 6. tit. 2. Utique ut ad suum saltem modum depositarius rem depositam curet, merito exigitur, l. quod Nerua. 33. de pos. Adde omnino quæ nos ad §. ult. inf. de sociat.

TEXTUS.

De pignore.

4. Creditor quoque, quæ pignus accepit, re obligatur: quia & ipse de ea re, quam accepit, restituenda tenetur actione pignoratitia. Sed quia pignus utriusque gratia datur, & debitoris, quo magis pecunia ei credatur, & creditoris, quo magis ei tuto sit creditum: placuit sufficere, si ad eam rem custodiendam exactam diligentiam adhibeat: quam si præstiterit, & aliquo fortuito casu rem amiserit, securum esse, nec impediri creditum petere.

NOTÆ.

Exactam diligentiam] Exactam diligentiam hoc loco positam pro ea, quam vulgo homines frugi suis rebus adhibent, & que præstari solet in contractibus, qui utriusque gratia sunt, arguit ipsa Justiniani illatio. Translitteratum autem est, in eademmodi negotiis non levissimam culpam: ut in commodato, sed levem dumtaxat præstari, l. 5. §. 1. l. 18. in fin. pr. commod. l. 31. in fin. locat.

Fortuito casu] L. 6. C. de pign. ad. Exclusionem casus fortuiti non includit semper culpa levissimam: sed sæpè & hæc ipsa simul cum illo, ad quem proximè accedit, includit intelligitur, l. 1. inf. de locat. l. 23. C. de locat. l. 3. C. de peric. tut.

COMMENTARIUS.

1 Pignoris varia significatio.

2 Etiam sola conventionione pignus contrahi, sed ut nascatur obligatio pignoratitia, traditionem interveniri oportere.

3 Quando actio pignoratitia nascatur, & quid ea differat ab hypothecaria?

4 Ad quid creditor pignoratitius tenetur?

5 In actione pignoratitia levem dumtaxat culpam, non etiam levissimam venire, cum accurata remotione contrarium.

Quartæ & postrema species obligationum, quæ re contrahuntur, ex pignore est. Pignus in iure nostro triplicem fere significatorem habet. Nam & rem significat pro debito creditori obligatam, §. item Serviana. 7. inf. de act. rit. & C. de dist. pign. & per creditor in ea re constitutum, rit. qui jus in pign. & quib. mod. pign. vel hyp. solv. & denique contractum, quo jus illud constituitur, l. 1. §. ult. de pact. l. 5. §. 2. commod. Contrahitur autem pignus non sola traditione, sed etiam nuda conventionione, quamvis traditum non sit, l. 1. de pign. ad. hoc est, jus in rem creditori queritur simul ac placuit eam pignori obligatam esse, licet possessionem non acciperit: ebulge juris persequendi causa actionem in rem iure pretorio constitutam habet Servianam aut quasi Servianam, quæ etiam hypothecaria dicitur, l. Pignoris. 17. de pign. §. Serviana. 7. inf. de act. Ceterum ut obligatio pignoratitia constituatur, unde debitori actio sit adversus creditorem ad pignus soluto debito repetendum, rem prius tradi necesse est atque hæc consideranda pignus est contractus realis. Hinc intelligere licet, non agi hic de pignore legali, nec de pignore pretorio, ut judiciali, nec de eo, quod testamento constituitur: sed de conventionali dumtaxat: adeoque de pignore proprie dicto non de hypotheca: nam pignus & hypotheca fere distingui solent, ut pignus dicatur, cum possessio transiit in creditorem; hypotheca, cum res apud debitorem manet, l. 9. §. 2. de pign. ad.

Re obligatur] Obligatio pignoratitia non constitutio pignoris, sed acceptio causam præbet. Necesse quidem non est, ut res pignori obligetur, eam pignoris causa tradere creditori: potest enim pignus vel nudo consensu constitui, l. 1. de pign. ad. At verò ut ex pignore obligetur creditor, id non efficitur, nisi re tradita acceptaque, l. 1. §. creditor. 6. de obl. & act. Cum enim hæc obligatio eo pertinet, ut res eadem, quæ pignori obligata est, restituatur, traditam esse prius oportet creditori, quam restituere possit.

Actione pignoratitia] Directa scilicet, quæ datur debitori adversus creditorem, ut rem pignoratam, cujus possessio apud eum fuit, una cum fructibus restituatur, l. debitor. 40. §. ult.

de pign. act. l. 1. cum 2. leg. C. eod. & demum debito omni exsoluto intenuari potest, d. l. 9. §. 3. eod. Creditori verò & hæc contraria competit adversus debitorem, si forte is pignus recuperavit, aut in conventionione creditorem deceptum, l. 3. d. l. 9. pr. eod. aut si creditor in rem pignoratam necessarias impensas fecit, l. 8. eod. Ab actione igitur hæc pignoratitia toto genere differt actio, quæ hypothecaria dicitur: quippe hypothecaria in rem est, daturque creditori ad pignus persequendum contra quemcumque possessorem, d. l. Serviana. 7. inf. de act. l. Pignoris. 17. de pign. ad. pignoratitia est in personam, competitque debitori adversus creditorem, & adversus hunc solum. Hypothecaria iure pignoris soluto expirat: pignoratitia tunc demum efficax est. Illa occasione juris creditori in re constituiti à prætorè datur: hæc ex contractu nascitur re pignoris causa tradita acceptaque. Veteres tamen abusive hypothecariam quoque pignoratitiam interdum appellant, l. 3. §. 3. ad exhib. l. 13. de cond. ind. l. rem alienam. 41. de pign. ad. & aliis locis.

4. Sufficere si exactam diligentiam] Supra §. 2. hujus tit. hæc Regulam ex Ulpiano l. 5. §. 3. commod. tradidimus, in contractibus, qui utriusque contrahentis gratia sunt, & dolum præstari & culpam. Culpam ex usu auctorum juris interpretari sumus levem dumtaxat, non etiam levissimam. Et verò nec ratio juris patitur, ut in negotiis, quæ ex utilitate utriusque contrahuntur, eadem à debitore diligentiam requiramus, quam præstare, si ejus solius commodum aperitur: sed quemadmodum plus præstari, quam ille, cujus nulla velatur utilitas, sit minus ab eo exigendum quam verbi causa à commodatario, qui beneficium accepit. Quamobrem etiam Ulpianus hæc tam diligenter distinguit, eoque contractus, qui utriusque utilitatem continent, modis facit inter depositum, quod tantum dolum, & commodatum, quod etiam culpam levissimam recipit. Ex quo vel uno intelligimus, ubi veritur utriusque utilitas, esse quidem quod præter dolum, cujus appellatio etiam lata culpa venit, præstetur, quod tamen non sit culpa levissima: levis igitur tantum sit necesse est. Hoc idem planè confirmat Gajus, l. in rebus. 18. in fin. pr. commod. ubi discretè scribit, culpam in contractibus, qui utriusque gratia sunt, non estimari, sicut regulariter estimatur in commodato. Ex numero contractuum, qui utriusque commodum spectant, & pignus est: eoque expressè refertur, & ab Ulpiano, d. l. 5. §. 2. commod. & à Justiniano hoc ipso in loco, addito insuper quæ in re utriusque utilitas versetur, nimirum creditor in eo quod pecunia ei cautior est, debitoris, quod ei creditur, cum abique eo foret, ut non crederetur. Itaque sciamus, prædictam regulam ad contractum pignoris quoque pertinere, & secundum eam definiendum, quid in actione pignoratitia veniat: venire nimirum &

dolum & culpam, d. l. 5. 2. commod. l. 9. §. 3. præterea. 5. de reb. aut. jud. poss. Hoc autem modo cum nostri simpliciter loquantur, sub dolo latam culpam comprehendunt, culpæ nemine levem dumtaxat intelligunt, ut superius abundè probatum est. Culpæ igitur in pignore adhibenda faciendi non est, ut in commodato, ut etiam culpam levissimam, quæ summa diligentia opponitur creditori pignoratitius præstare compellatur, sed ut in emptio, locato, dote, ceterisque ejusdem nature contractibus, ut levem tantum, d. l. 5. §. 2. d. l. in rebus. 18. in fin. pr. commod. Quod etiam non obscure hic indicat Justinianus, cum ex eo, quod pignus utriusque gratia contrahitur, inferat, sufficere, si creditor exactam rei custodiendæ diligentiam adhibeat. Hæc enim illatio arguit, Justinianum pignus considerare ut contractum medium inter commodatum quod solius commodatarii, & depositum, quod solius deponentis utilitatem continet; ac proinde velle, ut etiam in præstationibus medium teneatur, & à creditore exigatur plus quidem, quam à depositario; minus autem, quam ab eo, qui utendum accepit, juxta receptam distinctionem, d. l. 5. §. 2. d. l. 18. circa fin. pr. commod. Negotium tamen fecerit, quod hic scripsit esse de exacta diligentia, tum quod tantum excluditur casus fortuitus, ut etiam in l. 13. §. ult. de pign. act. l. 19. C. de pign. Quid quod iidem locis traditum est, creditorem pignoris præter culpam & custodiam debere, atque adeo, quod exprimitur in d. l. 13. §. ult. in actione pignoratitia culpam venire, ut in commodato? Respondeo, ex his, quæ relata sunt, satis patet, plus præstandum esse in commodato, quam in pignore: & ideo hoc loco exactam diligentiam contra mentem Imperatoris non esse accipiendam pro exactissima, qualis à commodatario exigetur, quæ pene modum excedit, & quem diligentissimum aliquis & unus forte è multis, suis rebus adhibet: sed secundum hujus contractus naturam pro diligentia fiata, id est, ea, quam in suis rebus plerumque præstare solent diligentes & frugi patresfam. nihil enim amplius à creditore Paulus exigit, l. 14. de pign. act. Quamquam fatendum est, in commodato hæc speciem diligentia exactam à Justiniano appellari, quod vim superlativam habet: consistit enim in medietate, non excedens modum quem hominum natura, quæ mediocritus contenta est, desiderat. Quod autem tantum casus fortuiti excluduntur, ex eo non continuo sequitur, summam atque exactissimam diligentiam à creditore præstandam esse, seu eum etiam levissimæ culpæ nomine teneri. Nam levissima culpa, quoniam, quod verbum ipsum indicat, vix culpa est, sepe non consideratur, & cum casibus foruiti, ad quos proximè accedit, & ipsa exclusi intelligitur, ut in l. 5. C. de pign. ad. l. in iudicio. 28. C. de locat. l. 4. C. de peric. tut. Unde etiam est, quod aliquando duo contractus,

quorum in altero dolus & culpa levis, in altero etiam culpa levissima praestatur, sic conjungantur, quasi utriusque eadem essent praestations, ut in d. l. 13. §. ult. de pign. act. l. contractus. 23. de reg. jur. Sed neque diligentia aut custodia culpae opposita semper significat diligentiam summam aut custodiam plenam, qualem praestat commodatarius, sed interduo mediam, ut culpa levis in non faciendo ad verberum respondeat, l. quod saepe. 35. §. si res. 4. de cons. emp. l. 10. §. 1. commod. d. l. 28. C. de locat. eodemque modo custodia, accipiendi in d. l. 13. ultim. de pign. act. & d. l. 19. C. de

pignor. VINN. Immo omnes legis. 13. §. ult. ff. de pign. act. tenebras discussisse videtur V. C. Ger. Noort. Probab. lib. 1. cap. 4. ubi una litterula & interpunctionibus leviter immutatis legit: Venit autem in hac actione & dolus & culpa; at in commodato venit & custodia; vis major non venit. HEIN.

Alique fortuito casu.] Nam casus fortuiti a nemine praestantur, d. l. contractus. 33. de reg. jur. l. qui fortuitus. 6. C. de pign. act. nisi culpa aut mora casum praecellerit, aut nominatim placuerit, casum quoque praestari: de quo jam explicatur est sup. §. 2.

TITULUS DECIMUS SEXTUS. DE VERBORUM OBLIGATIONIBUS.

Dig. Lib. 45. Tit. 2. C. Lib. 8. Tit. 38.

- 1 Continuatio. 2. An verborum obligationis plus res causa, quam stipulatio?
3 Pomptiana stipulationis definitio explicata: ubi et alia.
4 Usus stipulationum quomodo variis iure civili?
5 Stipulationum non habere certum & determinatum nam: nam: & quid inde?

Expofita est prima species obligationum, quae cum ex contractu fiat, solo tamen consensu non consistit, ille nimirum, ad quae constituendae praeter conventionem rem intervenire oportet. Reliquae sunt ejusdem generis adhae duae, quarum altera certis verbis, altera literis ad consensum accedentibus constituitur: unde illa verborum, haec literarum dicta. De verborum obligatione prius agitur, atque in ea explicanda & hic & proxime sequentes quinque tituli consumuntur. Litterarum obligatio breviter perstringitur, tit. 2. Verborum obligatio, in Gajo lib. 2. tit. 9. erodimus, duobus olim modis contrahatur, aut interrogatione precedente, eamque subsequente responfione; aut interrogatione non precedente, unoque tantum loquente, aut promittente: cujusmodi duo praest exempla, dictionem dotis, & jusjurandum liberi ad operas & alia patrono praestanda. Verum in corpore juris nostri uno tantum modo contrahi verborum obligatio legitimus, cum praecedat interrogatio, & sequitur congruens responfio, hoc tit. in pr. l. 1. §. verbis. 7. de obl. & act. l. obligatur. 52. §. 2. eod. tit. Neque alia causa hujus obligationis in toto hoc tractatu assignatur, quam stipulatio; quo nomine appellatur integra illa verborum conceptio, quae interrogatione & responfione constat. Igitur verborum obligatio est ea, quae nascitur ex stipulatione. Stipulatio est contractus constantis interrogatione & responfione certis verbis conceptus. Stipulationem contractum esse, abunde probavimus in

explicatione §. ult. sup. de oblig. LITVIN. Verum quidem in jure nostro unum occurrere contractuum verbalium genus, puta stipulationem. Sed ideo negandum non erat fuisse plura, imprimis dotis dictionem & jusjurandum liberi. Hi contractus olim & causam habuissent videtur, verba pura solemnia, & cognominis productivae actiones, v. g. conditionem certi vel incerti ex dotis dictione, & jurejurando. &c. Sed quia omnia pacta dotalia valida habebantur tempore Justiniani, hinc de dotis dictione nihil in Pandectis exitare passus est Tribonianus. Immo ibi quid existit, ibi leges mutavit, veluti l. 25. l. 44. §. 1. l. 46. §. 1. l. 57. l. 59. ff. de jur. dot. Jusjurandi a liberis praestiti passim in Pandectis fit mentio: sed nec illud tamen unum fore admodum frequens fuit, quia & stipulatio sufficiebat jam multo ante Justinianum l. 3. pr. l. 5. ff. de op. libere. l. 44. pr. ff. de libere. causis. HEIN. Est autem stipulatio tantummodo obligans respondentem. A Pomponio definitur verborum conceptio, quibus it, qui interrogatur, daturum scilicet dicit, l. quod interrogatus est, respondeo. l. 5. §. 1. hoc tit. Verum Jurisconsultus eo loco genus non expresse, quod nec semper necessarium. Formam tantum quo differenciam posuit: perinde enim hoc accipiendum est, quasi dixisset, stipulatio est contractus constantis conceptione verborum, &c. Verbis utitur in omnibus fere contractibus, sed excepta stipulatione ad substantiam contractus verba non pertinent. Deinde in ceteris contractibus sufficit quaevis verba, nuda etiam & vulgaria: stipulatio solemnia & certo modo concepta desiderat. Ex quo recte plerique colligunt, stipulationem esse contractum juris civilis. Nam est verborum usus omnium generum communis est, & cum ratione juris gentium optimè convenit, ut qui ex consensu verbis declarato obligetur; tamen a simpliciter dicitur stipulatio alienus est, ad substantiam alioquin actus

exigere certam conceptamve verborum lingua nuncupandorum formulam, quod etiam Paulus non obscure innuit l. 1. locat. facit item l. si ita. 130. §. 2. vers. superest de verb. obl. add. Joan. Goid. de contr. & comment. stip. cap. 2. concl. 1. Stipulationum usus jure civili maximus est: ne quis putet, hanc speciem conventionis frustra inductam esse. Quotiescumque enim, quod in multis causis est opus, sine re ac literis obligationem constitui volumus, necesse est ad obligandum promissorem stipulationem adhibere. Nimirum leges Romanae ex nuda conventionem neminem obligari voluerunt, ne quaecumque promissum & sermo saepe inconsumul magis, quam ex voluntate proficiscens necessitate juris promittentem obligaret, & litium quoque, ut opinor, praecedendarum causa: sed excogitata est conventio certo modo & forma conceptiva celebrandaque, quam deliberati animi certum signum esse voluerunt, & ex qua certo jure actio competet; quam conventionem stipulationem dixerunt. Itaque stipulationum usus non tantum utilis est, verum etiam necessarius in fideiussoribus constitutendis, inf. de fideiuss. obligationibus novandis, l. 1. & l. 2. de novis. interdum & in usufructu, quas nobis praestari volumus, ut in fideiussoribus, l. 3. C. de usufr. Sed & stipulationis vinculo ceterae quoque conventiones & obligationes firmanur. Quod videre est tum in pactationibus nudis, quae cum per se jure civili infirmæ sint ad producendum actionem, stipulatione minuendae sunt, l. divisionis. 45. de pact. l. patens. 27. C. eod. l. 3. & l. 4. C. de rer. perm. Paulus 2. sent. 22. Omnibus pactis, inquit, stipulatio subjici debet, ut ex stipulatu nasci possit: tum etiam in contractibus juris gentium, ex quibus licet actio jure civili competat, tamen his etiam stipulatio utiliter accedit, ut & firmitior sit obligatio, & certior rationes praestationum, l. 3. §. 1. de act. emp. l. 4. §. ult. de usufr. l. quicquid. 99. de verb. obl. Denique omnium fere negotiorum novissima parte subjici etiam stipulatio solet, l. vitia. 134. §. 1. de verb. obl. l. 7. §. quod fere. 12. de pact. Hinc fit, ut quae omnium obligationum sunt communia, ea lub rit. de verb. obl. tanquam in Pandectis, tractantur, & stipulationi attribuantur. Quod nonnulli tradiderunt, stipulationem non esse contractum, qui per se constat, sed alterius obligationis five civilis five naturalis accessorem & sui demum per l. 5. in pr. vers. conventionalis. h. t. id DID. commuliter sic exprimunt, ut dicatur, stipulationem non subsistere, quae causam nullam precedentem habet, propter quam adhibita fit. Est rectè. Nam cum stipulatio non habeat certam & determinatam naturam, ut contractus ceteri, sed ex variis causis, saepe etiam ex injussu interponatur, merito requiritur, ut si eam valore volumus, de causa, propter quam interposita sit, constet: quod ex eo solo intelligi non potest, quod quis simpliciter dicitur stipulantem promississe. Eamverò in causa donationis,

ut subsistat promissio, non est necesse antecedere aliquid actum donationis, sed satis est, stipulatione ipsa hoc agi, & promittentem votum liberalitatis habere, l. hoc jure. 29. de donat. Illud tamen addendum summo adhae jure est stipulatione sine causa nasci actionem, sed inefficacem eam reddi opposita doli mali exceptione, l. 2. §. 3. de dol. mal. exc. l. si quis. 36. hoc tit. Gloss. & Bart. in d. l. 2. §. 3. Gomez. 2. cons. resol. 11. num. 3. quem perperam reprehendit Suarez, in anno.

TEXTUS.

Summa.

Verbis obligatio contrahitur ex interrogatione & responfione, cum quid dari scribere nobis stipulamur: ex qua duae profiscuntur actiones, tam conditio certi, si certa sit stipulatio, quam ex stipulatu, si incerta sit: qua hoc nomine inde utitur, quod stipulum apud veteres firimum appellabatur, forte a stipite descendens.

NOTA.

Ex stipulatu.] Quae in specie & ratiocinatio est stipulatu dicitur, l. 24. de reb. cred. alibi actio incerti est stipulatu, l. 24. de usufr. Ceterum generaliter & quocumque etiam rem certam est stipulatu petentes, ex stipulatu agere dicuntur, l. 38. §. 6. de verb. obl. l. 42. pro soc. l. 28. de cons. emp. l. 14. C. de pact.

Si incerta sit.] Exempla incertae stipulationis pete ex l. 57. de verb. obl. Illa stipulatio incerta non est, triticum, quod in illo horreo est, dare spondet? d. l. 75. fac. l. 30. §. 4. ad leg. Falc. l. 7. §. 1. de cons. emp. Itaque non leviter hic errat Theoph. Quod si id, quod in obligationem deductum est, nullus certos fines habet, aut ad vilissimum deducti potest, stipulatio inutilis est, veluti si fundus sine demonstratione promissus, veluti si fundus sine demonstratione promissus, l. 69. §. 4. de jur. dot. vna tunc tunc sine designatione mensura, l. 94. & l. 115. pr. h. f. Thiel. ad l. 1. C. de dot. prom. Harm. lib. 4. tit. 8. §. 44.

Stipulamur apud veteres firimum.] Hanc nominis rationem reddidit & Paul. 5. sent. 7. & probat doctissimus Salmat. de usufr. c. 6.

COMMENTARIUS.

- 1 Verbo stipulationis non interrogatio tantum, sed etiam responfio, & ita totum contractum significari.
2 Etiam cum ex stipulatu agere dicit, qui certum ex stipulatu non petit: & quando incertitudo stipulationem vitiat?
3 Stipulationis vera origo.

Ex interrogatio & responfio.] Verborum obligatio nascitur ex interrogatione & responfione. Q 444 3