

TITULUS VIGESIMUS PRIMUS.
DE FIDEJUSSORIBUS.

Dig. Lib. 46. Tit. 2. C. Lib. 8. Tit. 41. Nov. 4.

Continuatio, & argumentum tituli.

Obligatur quisque aut proprio nomine, sive principaliter, aut nomine alieno, sive accessorio, dum scilicet pro alieno debito se ita obstringit, ut ei accedat, manente principali obligato. Eorum, qui sic obligantur, tres sunt species, mandatores, pecunie constitutores rei, fidejussores. Mandator est, cuius mandatum quae pecuniam credit certae personae, §. *tu tantum* 6. *inf. de mand.* Pecunie constitutor reus, qui pecuniam debitam se solummodo constituit nudo pacto, §. *de constituta* 9. *inf. de actio.* Fidejussor, qui quod alius debet, fide sua esse jubet, interposita stipulatione. Coniunguntur hi tres, in *l. ult. C. de const. pecun. & Nov. 43.* atque in peritque eodem jure habentur. Hoc loco agitur de fidejussoribus: qui titulus tractationis de verborum obligationibus ideo subicitur, quia fidejussores citra verba & stipulationem non constituuntur, *l. 5. §. 2. de verb. obl. l. Blanditus. 12. C. hoc sit.* Inducitur hic primus obligatio fidejussoris finis, deinde obiectum, doceturque, quibus obligationibus fidejussor adhiberi possit, & porro permittit, quatenus obligetur, quaque forma constituitur.

TEXTUS.

Cur accipiuntur.

Pro eo, qui promittit, solent alii obligari: qui fidejussores appellantur: quos homines accipere solent, dum curant, ut diligentius sibi cautum sit.

NOTE.

Solent alii obligari] Accessoriet videl. seu reo principali manente obligato: qualis est is, cuius mandatum pecunia creditur certae personae, §. 6. *inf. de mand.* item qui pecuniam debitam se solummodo constituit nudo pacto, §. 9. *inf. de act.* & maxime qui, quod alius debet, fide sua esse jubet, interposita stipulatione, de quibus solis hic agitur: conjungatur *l. ult. C. de const. pec.*

COMMENTARIUS.

- 1 Fidejussoris obligationem esse accessionem principalem.
- 2 Fidejussor idem qui & adpromissor, exprimissor alius.
- 3 Sponsores, praedes, vnaes.

tum de Thales loquens, sic ait. Spondero qui nos, noxa quia praesit, verat. Idem Scalgier apud Varonem §. de ling. sic legendum existimat: itaque praesit qui a magistratu interrogatus in publicum an praesit, a quo, & cum respondet dicitur praesit. Vnde autem dicitur, auctore Varone d. loc. qui pro alio vadimonium promittimus. Id est, si tunc iudicio aliquem sistenti. Et si fides Antonio, vnaes appellati, qui dabantur in rebus criminalibus; praedes, qui in causis civilibus. Sic enim ille in monofylak. l. 1. §. 12.

quis subit in pecunia capitali iudicio? Praesit.

quis si fuerit nummaria, quis dabitur? Praesit. Sed tamen quicumque pro altero vadimonium promittebat etiam in re pecuniaria vadem appellatum constat. Vid. Hering, de fidejussor. cap. 3. n. 43. & *in val. clarif. Salmat. lib. de mod. usur. c. 16.*

Ut diligentius sibi cautum sit] Fidejussores & pignora ipsis sunt vincula & firmamenta, *l. 9. in fin. de sup. leg. Senec. de benef. 7. 14.*

TEXTUS.

In quibus obligationibus.

In omnibus autem obligationibus adsumi possunt, id est, sive re, sive verbis, sive litteris, sive consensu contractae fuerint. At nec illud quidem interest, utrum civilis an naturalis sit obligatio, cui adicitur fidejussor: adeo quidem, ut pro servo quoque obligetur, sive extraneus sit, qui fidejussorem a servo accipiat, sive ipse dominus in id, quod sibi naturaliter debetur.

NOTE.

In omnibus obligationibus] *l. 1. l. 2. l. 8. §. 1. l. 10. §. 3. b. 7.* etiam obligatio ex delicto oritur *d. 1. 8. §. 1. §. 6. n. 1. l. 70. §. ult. utique si agatur civiliter: nam si criminaliter agatur ad coercionem corporalem, fidejussio inutilis est, arg. *l. 13. ad leg. Ag. l. 22. C. de pan.* Textus autem in *l. 1.* cum sequitur *de cast. reor.* accipiendi de fidejussoribus, qui caveant de reo sistenti, non qui poenam suscipiant delicti.*

An naturalis] *l. 6. in fin. l. 7. l. 16. §. 3. b. 7.* ut ut aereus hoc calu astringitur fidejussor, quam res, add. Theoph.

COMMENTARIUS.

- 1 Fidejussorem pro omni obligatione ex contractu recte intervenire, excepta causa doli.
- 2 Item pro obligatione ex delicto, quando civiliter agitur.
- 3 Quatenus in criminalibus recipiatur fidejussor?
- 4 Pro qua obligatione naturalis interveniens obligatur?
- 5 Quis si obligatio sit merè civilis?

Objectum fidejussionis seu materia, circa quam. Cum fidejussoris obligatio fit accessio alterius obligationis, necesse est itaui aliquam obligationem, cui fidejussoria accedat, alioqui & haec non tenet. *l. 6. in fin. l. fidejussor. l. 16. §. 1. sub. 2. §. 1. qui. 37. & pass. hoc tit. l. 6. de verb. obl. unde quoque est, quod is, qui solutionis gratia adjectus est, nullo modo recipere non potest, scilicet quia reum principalem obligatum esse debet. *l. 7. §. 1. sub. 2. §. 1. qui. 37. & pass. hoc tit. l. 6. de verb. obl. unde quoque est, quod is, qui solutionis gratia adjectus est, nullo modo recipere non potest, scilicet quia reum principalem obligatum esse debet.**

l. 7. §. 1. sub. 2. §. 1. qui. 37. & pass. hoc tit. l. 6. de verb. obl. unde quoque est, quod is, qui solutionis gratia adjectus est, nullo modo recipere non potest, scilicet quia reum principalem obligatum esse debet. Ceterum dum aliqua fit obligatio, non in totum improbat iure civili aut praetorio, cum iuramento ea generis fit, tenet fidejussor, *l. 1. l. 2. l. 6. §. ult. l. 7. l. 8. §. 1. & seq. l. 16. §. 3. ad. C. Primus earum obligationum, quae ex contractu aut quasi ex contractu nascuntur, fidejussorem recte accipi, nemini dubium esse potest; quippe cum ex hac pecunia debeat, aut res pecunia estimabilis. Una tantum species hic excipitur, obligatio, qua tenetur maritus ad dotem soluto matrimonio uxori restituendam: pro qua obligatione fidejussorem exigi aut accipi constitutiones vetant, ne causa peritiae in conjugio generetur, *l. 1. §. 2. C. de fidej. dot. dent. l. 1. C. Theod. de fidej. dot. quavis recentiorum nonnulli fidejussorem a marito eo nomine ulro contractu obligari contendunt. Vid. Fachin 8. *entur. 76. Gail. 2. obs. 84. Ant. Fab. C. *us. d. sit. def. n. Ant. Merend. 6. contr. 13. Christin. vol. 3. decis. 147. VINN.* Nolim tamen ergo hic auctoribus assentiri, cum non modo rubrica tituli *C. de fidej. dot. dent.* prohibitionem insolvat, verum etiam *l. un. C. Th. de fidej. dot. ex qua l. 1. C. Justin. eod. delumpta est, dissentit omnium sponsores vel fidejussorum in cavenda doli sponsione promissione, utinceps absolvent. Accedit quod ratio hanc fidejussionem prohibendi etiam in marito ulro fidejussore tandem cadat, ac in eos, qui invit dederint. Eadem enim abundantia, eadem turpido, idem fides ac amoris conjugalium contemptus hinc versatur, ut recte monuit Harprecht. *ad h. §. 2. n. 11.* Potest tamen pigus a marito pro dote dari, *l. 7. §. 6. ff. de d. int. vir. & ux. quia hic alienam fidem uxor non sequitur, sed mariti. Potest & fidejussor accipi pro dote ab uxore promissa, ab alio expromissa *l. 5. ff. de iure dot.* Potest denique satisfactio exigi de solutione doli post certum tempus *l. 24. §. 2. ff. solut. matr.* Quemadmodum enim illo casu maritus non uxoris, sed tertii fidem in dubium vocat; ita hoc non de constante, sed de soluto matrimonio agitur. HEN. Sed est ex delicto oritur actio, nihilominus fidejussor interveniens obligatur, *l. 8. §. sed & §. l. §. qui. 56. §. ult. l. §. 1. reo. 70. §. ult. hoc tit. utique si ex hoc civiliter agatur, & ad poenam pecuniariam: nam si agatur criminaliter & ad coercionem corporalem, inutilis est fidejussio: quoniam ejus poena nemo succedaneus est, cuius nulla potest fieri reparatio, & ubi quod solus fovit aut sustinet, nulla actione repeti, aut in priorem futurum******

appellatur: competitque non fidejussoribus tantum, sed ceteris quoque accessioibus, puta pluribus, quorum aut mandatu eadem pecunia credita est, aut qui pro alio idem se soluturos constituerunt, l. ult. C. de pec. const. Vim beneficii maxime explicabimus. Novissime & aliud beneficium fidejussoribus tributum constitutione Justiniani Nov. 4. c. 1. unde *ambrosius praesens. C. hoc tit.* quod tale est, ut si unus five plures sint fidejussores, reus principalis prius conveniri atque excuti debeat, quam ad fidejussores perveniant, nec ante cum his efficaciter agi possit, quam si suum creditor ad debitorum consequi nequeat. Id autem accidit duobus causis, si vel abis reus, vel non sit solvendo. Ceterum placet nihilominus priore casu fidejussori postulantii spatium temporis ad iudicari dari, intra quod reum abientem evocet: eo vero spatio elapso, si non venerit reus, lis contra fidejussorem peragitur. Posteriori casu si reus praesens sit, aut evocatus venerit, tum si in solvendo non erit, quatenus solvendo non est fidejussor recte convenitur. Verum cum de eo prius constare debeat, reus ipse primum conveniendus & condemnandus est: deinde facultates ejus excutiendae, bonaque, quae erant, vendenda sunt. Haez Justinian. d. Nov. 4. c. 1. Quod si debitor notorie non sit solvendo, excussio non est necessaria, secundum Myrtil. *cont. 2. obs. 15. Gail. d. obs. 17. n. 14. Menoch. consil. 662. n. 20. Valer. illust. quest. 9. l. 1. §. 40. n. 2.* ubi communem dicit. Beneficium autem hoc humanitatis causa, ut superius fidejussoribus, item reliquis accessioibus datur, contra conditionem obligationis iurisque veteris constitutionem, quo jure liberum fuisse creditori constat, omisso principali reo fidejussorem convenire, l. 2. l. 5. C. hoc tit. Appellatur hoc beneficium aliis *ordibus*, aliis *excussioibus*. Ordinis propter ordinem conveniendi: excussioibus, quia bona rei excutiuntur, ut sciatur, an solvendo sit, nec ne. An huic beneficium locus fit in foro mercatorio, vid. Fachin. 8. cont. 53. Ant. Fab. C. suo, hoc tit. *def. 3.* Suprema apud nos curia aliquando censuit, non esse, *decis. 13.* An ei competeret, qui fidejussor simul se debitorum principalem constituit, Gail. d. lib. 2. obs. 28. Schneid. ad hunc §. n. 11. Christin. vol. 5. *decis. 14. num. 46.* Illud constat, fidejussoribus iudicio sisti, & iudicatum solvi exceptione ordinis non habere; quippe huiusmodi stipulationes ex auctoritate praetoris interponuntur, ut iudicium ratum sit, l. 1. de *sup. praes.* contra cuius mentem foret, differri executionem iudicatis, arg. l. in *conventionalibus. 52. de verb. obl.* Ant. Fab. C. suo *def. 5. hoc tit. Christin. vol. 2. decis. 145. n. 7. & vol. 4. de *isf. 179. n. 25.* Sed nec ille, qui pro naturaliter tantum obligato intervenit hoc beneficium uti poterit Gail. d. obs. 27. n. 20. Consulto porro de beneficio ordinis DD. in *ambrosio praesens. C. hoc tit. Gomez. 2. resol. 13. n. 14. Gail. 2. obs. 27. & seq. Hering. de *isf. 179. c. 2. par. 1. Christin. vol. 5. decis. 2. n. 14.***

Compellatur creditor a singulis? Etiam si fidejussoribus accipiendis convenit, ut singuli in

solidum tenerentur. Quippe haec conventio conditionem iuris & constitutionem non mutat, postquam iure hoc fiat, ut inter fidejussores actio dividatur, l. 3. in *fin. C. hoc tit.* secundum quod Paulus iudicatum refert Papon. lib. 10. tit. 4. *ar. ref. 23.* Ceterum in hac divisione hoc primum notandum est, dividi obligationem inter plures fidejussores non ipso iure, sed per exceptionem dumtaxat, l. inter. 26. *ead. inter* quae multum inter est, si singuli partes tantum viriles ipso iure deberent, in solidum nemo eorum conveniri posset, quantumvis forte alicui non essent idonei. Quin et quis solidum solvisset, partem condicere, tantumvis debito solum, non prohiberetur: quod utrumque secus se habere, ostendit hielocus & d. l. inter. 26. l. *si testamento. 4. §. 1. in *fin. eod.** Deinde non aliter pluribus fidejussoribus auxilium divisionis indulgeri, quam si confidejussores sint, id est, si ut eisdem fumme, & eisdem quoque debitoris sint fidejussores: inter plures diversorum debitorum, licet eisdem fumme fidejussores actionem non dividi, l. *si de Titio. 43. l. *si plures. 27. §. ult. eod.** Postremo hoc beneficium pluribus fidejussoribus eorum creditorum tantum dari, qui ipsi conventionem sua plures fidejussores acceperunt: pluribus confidejussoribus tunc aut curatorum non competere, l. ult. *rem *sup. solvo. for. ubi & ratio additur.**

Solvendo sunt litis contestata tempore? Duae sunt conditiones, quibus quibus beneficium divisionis fidejussoribus datur. Una est, si fidejussores non negent, se fidejussores esse. Insufficientibus auxilium divisionis dari non placuit, l. 10. §. 1. *hoc tit. Altera*, cujus hic fit mentio, est, si omnes fidejussores idonei, hoc est, solvendo sint, quo tempore lis contestatur, hoc *text. l. inter. 51. §. 1. eod.* Quod placet, in hac re spectari tempus litis contestatae, id eo pertinet, primum ut sciamus, si quis est fidejussoribus eo tempore solvendo non sit, licet antea solvendo fuerit, id ceteris, qui solvendo sunt, non prodesse, sed, ut in textu dicitur, ceteros onerare. Deinde si omnes proponant tempore litis contestatae solvendo fuisse, & postea aliqui minus idonei esse coeperint, quamvis ante sententiam, eam rem ad onus ejus qui solvendo est, non pertinere, d. l. inter. 51. §. *pen.* Illud hic quaeritum est, quando exceptio divisionis opponenda sit, postulantiumque, ut actio dividatur. Sed expressè rescriptum ab Alexandro est, id postulari solere ante condemnationem, l. 10. §. 1. *C. hoc tit.* Quolo loco manifestè & illi reselluntur, qui negant, hanc exceptionem posse objici post litem contestatam, ut qui ajunt, opponi posse etiam post sententiam, ut vid. *Salic. in d. l. 10. §. 1. n. 5. Richard. n. 10. & seq. Don. n. 2. & seq. Ordinis vero & excussioibus exceptio, cum sit dilatoria, ante litem contestatam opponenda est, vid. Ant. Fab. C. suo *hoc tit. d. *sup. 38. Fachin. 8. cont. 53. Christin. vol. 5. decis. 214. & *ibi citat.** Dissentit tamen Gail. 2. obs. 27. *num. 3.* contendens, opponi eam posse utque ad concili-**

T E X T U S.

In quam summam obligatur fidejussor.

5. Fidejussores ita obligari non possunt, at plus debeant, quam debet is, pro quo obligantur. Nam eorum obligatio accessio est principalis obligationis: nec plus in accessione potest esse, quam in principali re. At ex diverso, ut minus debeant, obligari possunt. Itaque si reus decem aureos promiserit, fidejussor in quocumque rectè obligatur e contra verò obligari non potest. Item si ille purè promiserit, fidejussor sub conditione promittere potest: contra verò non potest. Non solum autem in quantitate, sed etiam in tempore minus aut plus intelligitur. Plus enim est, statim aliquid dare: minus est, post tempus dare.

N O T E.

Ut minus debeant, obligari possunt? Vel in minorem summam, quam quæ debetur à reo principali, vel alias in causam levioerem, d. l. 8. §. 7. & seq. l. 34. h. t. cum similibus.

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

- 1 Fidejussorem arctius, quam reum principalem obligari posse: arctius non posse.
- 2 Acceptum in majorem quantitate, quam quæ debetur, na in debitam quidem obligari.
- 3 Transpositione Haloandri in l. 8. §. illud 7. hoc tit. everti sententiam Ulpiani, falsamque esse ejus definitionem.
- 4 Explicatur l. rogatus. 23. mandat.
- 5 Constitui et fidejussoribus quomodo dissimilis sit ratio.
- 6 Removetur obiaculum ex l. 1. §. stipulanti 4. de verb. obl.
- 7 Media Bachovii sententia non improbabilis, & quid hodie ad quaestiones propostam respondendum.

Cum fidejussores accipiantur firmam principalis obligationis causa, nihil prohibet, quominus efficacius obligentur, fortiorque vinculo contrahantur, quam reus principalis veluti per instrumentum garantiarum lege paratæ executionis per hypotheam, per jurandum, per poenæ adjectionem, cum reus obligatus est simpliciter, Jo. Fab. lib. 5. Gomez. 2. resol. 13. num. 2. adeoque pro eo, qui naturaliter tantum obligatus est, fidejussorem rectè intervenire placet, quamvis hoc casu cum solo fidejussore iudicio agi possit, cum reo non possit, §. 1. *sup. eod.* In causam

sionem in causa; quamquam fateatur, omissem esse officio à iudice suppleri non posse, add. D. Jo. à Sande lib. 1. *ror. iud. tit. 7. def. 2.*
 Si ab uno fidejussore creditor totum, &c. Si unus ex pluribus fidejussoribus omnia exceptione beneficii divisionis solidum solverit, is quidem à debitor, quod solvit, actione mandati repetere potest, §. *si quis. 6. inf. eod.* Ceterum si debitor solvendo non sit, sibi imputet, quod beneficium usus non sit: neque enim vel à creditore partem repetere potest, quia solidum ipso iure debuit, & humanitatem beneficii contempnit: neque ullam actionem habet adversus confidejussores: denique nec pignora persequi potest, quæ creditori obligata erant, l. *ut fidejussor. 30. hoc tit. l. 9. n. 11. C. eod.* Planè potest fidejussor conventus desiderare, ut à creditore sibi cedantur actiones adversus confidejussores & possessores pignorum: sed tunc cum solvit, aut si ea lege solverit, ut sibi postea cedantur. Semel autem pecunia soluta, si in solvendo de cedendis actionibus nihil cautum sit, agere, ut cedantur, non potest, l. *fidejussoribus. 17. l. cum si. 36. l. ut fidejussor. 39. hoc tit. l. 2. l. 11. l. mandati. 14. C. eod. l. Modestinus. 76. de solut.* Quamquam sunt, qui & post solutionem cessionem rectè fieri volunt: & ita ferè nunc obtinerent. Sande de *est. off. c. 7. n. 11. & seq. Groenew. de *il. abrog. ad d. l. 11. C. hoc tit.** Dissimilis est causa mandatoris, quem etiam postquam solvit, placet, agere posse adversus creditorem, ut sibi actiones suas cedat adversus debitorem & ceteros ejusdem obligationis reos, l. *Paulin. 28. mand.* quippe mandator mandati actionem habet adversus creditorem, fidejussor non habet. Quod autem tutori, qui solvit, adversus contutores pro eorum parte utilis actio datur, id singulariter in tutoribus constitutum est favore pupillorum, l. 1. §. *et si forte. 13. de tut. & rat. dir. ar. ac proinde non est producendum ad consequentiam. Enim verò exceptio cedendarum actionum etiam postquam unus ex fidejussoribus in solidum condemnatus est ab eo opponi potest, l. *si fidejussor. 41. §. 1. hoc tit.* quod ideo receptum, quia hæc exceptio non oppugnat sententiam, neque minuit vis victoris. Richard. ad l. 10. C. hoc tit. *n. utr.* De exceptione hujus beneficii vide citatos apud Christin. vol. 4. *de *isf. 179. n. 10. & seq. vol. 5. decis. 214. n. 5. & seq.** Illud postremo sciendum est, hæc fidejussorum beneficium, ut alia omnia, jure ita tributa esse, nisi his fidejussoribus expressè renuntiaverint; renuncians, ut fere hodie fit, amitti. Licet enim unicuique iure pro se introducto renuntiare, l. *pen. C. de *isf. 179. n. 10. & seq. vol. 5. decis. 214. n. 5. & seq.** Hinc cautio consultorum creditorum notariis in instrumentis fidejussioibus, ut qui fidejussores accipiuntur, renuncient beneficiis ordinis, excussioibus, & divisionis, quo liberum fit creditor, quem velit, & quatenus velit, convenire.*

verò duriorum accipi non potest, id est, ita accipi, ut fidejussor vel re, vel tempore, aut causa plus debeat, quam reus principalis *hoc tenet l. 8. §. illud. 7. eod. quod DD. non ineleganter sic breviter exprimunt: Fidejussor in senfio obligari potest, extra senfio non potest.* Cæterum de illo non fatigiter interpretes convenit, utrum fidejussor in majorem summam acceptus, quam debet reus principalis, prolius non obligetur, an factum obligetur in summam concurrentem. Glofa & Bart. in *d. l. 8. §. illud. 7.* omnesque fere interpretes veteres sentiunt, fidejussorem ita acceptum planè non obligari, quorum sententiam sequuntur & defendunt Conan 6. *omn. s. Hocom. Bachov in hunc s. Pachin. 8. contrav. 51. Goid. e. d. de contr. sup. concl. 4. num. 65. et segg. Timæ. Fab. disp. 23. At major pars neotericorum & ex veteribus Petrus & Cynus, contra differunt, atque in proposito fidejussorem obligari volunt saltem usque ad debitam quantitatem. Caritunc. Baro. Mynd. Welfem. Gifan. hic Gomez. 1. 70. l. 13. n. 2. Duar. ad tit. de fidejuss. c. 3. Valq. l. 11. §. 40. Bronch. 4. cent. 53. Hering. de fidejuss. c. 24. n. 52. et segg. quibus etiam accedit Diod. Talden. *comm. hic. c. 1.* Prior sententia de jure mihi verior videtur. Sic enim in univertum de his, qui pro aliis fidejübendo interveniunt; definit Ulpian. *d. l. 8. §. illud. 7. hoc tit. eos, si in duriorum causam adhiberi fuerint omnino non obligari, ut habent Codices vulgati omnes & ipsum exemplar Florentinum Latinis autem omnino non idem valet quod neutriquam, plane, prolius, potius non: nisi cavillatur. Neque alio sensu à nostris usurpatur ipse Ulpian. *l. si non forem. 2. §. in debitorum. 3. de cond. ind. l. §. 2. in fin. de adm. tut. l. 4. §. sed enim. 3. rem pup. serv. for. Quod si cum Haloandro pro omnino non restituras, non omnino: aut omnino non, dictam putes, pro non omnino, quasi dixisset Jurisconsultus, fidejussorem in duriorum causam acceptum teneri in eo tantum & quatenus reus ipse obligatus est; evertitur sententia illius loci, que generalis est; fallaque efficitur Jurisconsulti definitio in fidejussoribus omnibus in duriorum causam acceptis extra causam propositam. Nam certum utique est, fidejussoribus planè non obligari, qui in duriorum causam accipiuntur, extra quam si in majorem summam accepti fuerint, puta si parè spondiderint, quod reus sub conditione aut in diebus debeat, vel si pure reus interrogatus fidejussor cum adjectione loci acceptus sit, five quod aliud adjectum, quo conditio fidejussoris dicitur, Neque enim alia ratio est, cur Jurisconsulti passim tam sollicitè querantur, & quando fidejussor in duriorum causam adhibitus videatur, quam quod eo casu, quo ita acceptus est, prolius non obligetur: ut & simpliciter ubique respondent, eum non obligari, *d. l. 8. §. illud. 7. cum segg. l. 16. §. 1. l. hi qui. 32. l. si testamentum. 4. §. 2. si à reo. 70. §. 2. hoc tit. Accedit, quod Justinianus hoc loco omnes istas species cum ea, de qua queritur, comparat, & eodem jure cenlere videtur; maxime verò quod responsum est, fidejussorem in duriorum causam acceptum contra****

juris formam acceptum intelligi, *d. l. si testamentum. 4. §. 2. in fin. ut proinde nulla in parte fidejussio, quacunque ratione deterior illa sit obligatione principalis, valere possit. Nihil admodum pro contraria sententia facit l. rogatus. 33. mand. Nam 4. rectè Gloff. & Bart. in *d. l. 8. §. illud. 7.* respondent, non queritur illo loco, an & quatenus creditor obligetur fidejussor acceptus in majorem summam, quam reus principalis debebat; sed an & quatenus actionem mandati habeat, qui in majorem summam, quam rogatus erat, fidejussor, propterea quod videtur potest, finis mandati excessisse, & de quo in *§. hi qui. 8. inf. de mandat.* Neque in illum in *d. l. rogatus. 33.* verbum proponitur, ex quo colligere possis, in ampliorum summam, quam colligere debeatur, mandatarium intervenisse. Sed & responderi potest, dissimilem esse causam fidejussoris, qui precedit obligationem de quo in *d. l. rogatus. 33.* agitur, & jus, qui post constitutum obligationem intervenit. Nam antecedit fidejussio in suspensio est, eamque interpretatur & pro arbitrio limitat subsequens obligatio sic, ut ad illum quidem nihil possit addere, & detrachere autem de ea aliquid aut diminueri valeat. Est enim precedens fidejussio mandato non abfissimilis, in quo hoc evenit, ut si, verbi causa, mandaverim tibi, ut ducenta crederes Titio, & tu centum tantum credideris, saltem in id, quod numeratum est, actionem mandati adversus me habes, eo quod nihil à te factum est contra legem mandati, cum feceris conditionem meam meliorem, *l. si ultra. 22. C. mand. et ubi Saiti. de fidejuss.* Non obstat, *l. habentus. 11. §. 1. de pec. const.* Nam in constituto nuda tantum æquitas spectatur, neque in eo admittitur, quod fidejussoris obligatio respicitur veluti quod necesse non est, eam, qui constituitur, creditorem esse, *d. l. §. 2. d. tit. quod aliud, quam quod debetur, constitui potest, & quod debetur constitui in ceteriore diem, l. 1. §. non potest. §. 1. 4. eod. quorum nihil admittit fidejussor, d. l. 8. §. illud. 7. et segg. l. 16. pr. l. si ita. 42. hoc tit.* Unde apparet, à constituto ad fidejussorem firmum argumentum duci non posse. Illud majoris momenti est, quod in majori summa ipsa & potestate inesse & minor intelligitur, *l. 1. §. si stipulanti. 4. l. inter. 83. §. 3. de verb. obl. & quod ob hanc causam placet, si quis de decem interrogatus viginè respondeat, obligationem saltem in decem contractam esse, qua licet hæc non congruenter interrogati responsum sit, *d. l. 1. §. 4.* Jam verò si majore summa promissa, pro ea quantitate, que in interrogatione deducta est, utilis est stipulatio principalis, quasi hæc non aptè responsum sit, nulla ratio dari posse videtur, cur ob eandem causam in totum vitari debeat accessoria fidejussoris. Resp. Non ideo dicimus in totum vitari obligationem fidejussoris majorem summam stipulanti creditor promittentis, quam reus debet, qui in totum ad interrogationem creditoris non aptè respondit; sed quia durius eum creditor obligari voluit contra naturam obligationis fidejussoris,**

quæ pro forma quodammodo requirit, ut ne durius obligetur fidejussor, quam principalis reus. *l. si testamentum. 4. §. in fin. hoc tit. VINN. hæcenus Vinnius probasse sibi vitus est, fidejussorem in duriorum causam obligatum omnino nihil debere. Quæ etiam sententia fuit Joannis Boffiani ex primis Glossographis, & postea ipsius Cujacii in Reus. ad lib. 11. Resp. Papinian. in l. 9. ff. de usur. Sed is ipse hanc sententiam deseruit in Nois secundis ad inst. b. §. 5. & in Reus. ad lib. 4. Jul. et Marc. in l. 33. ff. mand. ubi fidejussorem in duriorum causam datum, saltem in minoribus obligari docet. Id quod sanè principis juris magis consentaneum videtur, partim ob l. 33. ff. mand. et l. 11. §. 1. ff. de pec. const. quibus non ulquequaque satisfactum videtur à Vinnio, partim quia fidejussio est stipulatio, cuius ea natura est, ut qui stipulanti decem, viginè promiserit, decem debeat, *l. 1. §. 4. ff. de V. O. Accedit axioma illud generale, quod utile non debeat per id quod inutile est, vitari. l. 9. ff. de usur. l. 1. §. 4. de V. O. l. 35. §. ult. C. de donat. Nec aliter græci videtur docuisse. In Basilicis enim in l. 8. §. 7. de fidejuss. & mand. pro omnino non legimus *ut dicit, non omnino, id est, non in totam summam majorem, in quam datus est. Conf. Em. Merill. Variant ex Cujac. 7. lib. 1. cap. 1. 199. HEIN. D. Bachov. eximitat interesse, utrum creditor majorem summam à fidejussore stipulatus sit, quam reus debebat, an eandem, & fidejussor majorem promiserit: veluti si eum decem reus reuera deberet, ereditor quoque non amplius, quam decem stipulatus sit à fidejussore, & is viginè fidei sua esse iussit; illo casu in totum vitari fidejussorem, quoniam aliter & durius, fidejussorem adstringere creator voluit; hoc casu consistere pro quantitate debita. Quæ sententia rationem habet, quoniam cum creditor nihil amplius à fidejussore stipulatur, quam quantum reus debet, non potest propriè dici, fidejussorem adhibitum esse in duriorum causam. Planè nunc in consulendo & judicando sequeretur sententiam posteriorum, non ob id solum, quod eam æquitas commendat; sed quia pactorum & stipulationum jura consuta sunt, hodieque tam nudo pacto, quam stipulatione fidejussor constituitur potest, ut nulla planè nunc sit stipulationis & constituti differentia. Gomez. 2. var. resol. cap. 13. n. 2. Autum. Confer. de Drois hic.***

Accessio est principalis obligationis] Hinc fit, ut & ab initio nulla sit fidejussio, si nulla subest obligatio principalis, & ut sublata obligatione principali tollatur & accessoria fidejussoris, ex comam scilicet natura omnium accessionum, *l. in omnibus. 43. de solut. l. hereditas. 1. §. de no. rat. l. cum principalis. 178. de reg. jur.* Deinde etiam hoc, quod hic docemur, ut eam si subest obligatio principalis, fidejussor tamen accipi non possit in plus, quam principali obligatione continetur: si quidem quod amplius fo-

ret in obligatione fidejussoris, id esset accessio sine principali.

Nec plus in accessione] Si hoc axioma restrictum ad subjectam materiam, id est, ad obligationem accessiorum, verum est in univertum in iis, qui pro aliis obligantur. At extra hanc causam nihil impedit, quominus plus pretii fit in accessione, quam in principali re, *§. si iamen. 26. sup. de ver. div. l. cum aurum. 19. §. porroveniamus. 13. et segg. de aur. arg. leg. l. si in emptione. 34. de const. emp.*

Ut minus debeat, obligari possunt] Fidejussor in leviori causam obligari potest, veluti in minore summam, quam ea fit, quæ debetur; aut pro reo pure accepto, ex die vel sub conditione, *d. l. 8. §. illud. 7. hoc tit.* aut si qua alia ratione levior fiat conditio fidejussoris. Exempla in *d. l. 8. §. antep. et pen. l. hi qui. 34. eod.*

Non solum in quantitate] Plus non modo ex quantitate æstimatur, sed etiam ex tempore; item ex loco adjecto & ea causa: quod pluribus atque ex professo explicatur, *§. si quis agens. 33. inf. de actionibus.*

TEXTUS.

De actione fidejussoris adversus reum.

6. Si quid autem fidejussor pro reo solverit, ejus recuperandi causa habet eum eo mandati judicium.

NOTÆ.

6. Mandati judicium] l. 10. §. 11. mand. nempe si mandatum vel expressè vel tacite intervenit: alias negotiorum gestorum, veluti si pro absente fidejussit, *l. 6. §. 2. l. 18. l. 20. §. 1. d. t. l. 6. C. eod.*

COMMENTARIUS.

Fidejussor ejus nomine, quod pro reo solvit, l. mandati actionem eum eo habet, *l. 10. §. fidejussoris. 11. mandati.* Sed enim hoc ita, si precesserit mandatum, id est, si rogatus à reo sit, ut fidejuberet, *l. ex mandato. 20. §. 1. d. tit.* aut cum reus prelorens esset; passus fit pro se fidejuberi, vel mandari ab alio, ut si creditur. Nam & is, qui prelorens hoc fieri patitur, mandare intelligitur, *l. 6. §. 2. l. qui patitur. 18. mandati. l. 6. C. eod.* Quod si vero pro reo absente quis fidejussit, ei non potest competere actio mandati: sed si ut negotium gerens intercesserit, negotiorum gestorum dabitur, *d. l. 6. §. 2. d. l. ex mandato. 20. §. 1. eod.* Itaque fidejussor nunc mandati, nunc negotiorum gestorum actionem habet, *l. 4. hoc tit.* Quis si pro invitato aut verandè domandive animo intervenit? Placet, hoc casu ne utilem quidem actionem ei dari, *d. l. 6. §. 2. l. si pro te. 40. mandati.*

TEXTUS.

Si fidejussor Græcè accipiatur.

7. Græcè etiam fidejussor ita accipitur, ut in eam actio non sit. Sed & si dixerit, Οἴλω, sive βέβαια, sed & φάσι, pro eo erit, ac si dixerit, ἄνωγα.

COMMENTARIUS.

Etiam Græcè fidejussor accipi potest, postquam placuit, non minus Græca aliave qualibet lingua, quam Latina stipulationem recedè fieri, §. 1. sup. de verb. obl. l. 1. §. ult. eod. Delcriptus hic §. ex et l. 8. pr. hoc tit. ubi concinnius legitur: Græcè fidejussor ita accipitur, ut in eam actio non sit, nisi si dixerit, Οἴλω, & si φάσι dixerit, pro eo erit ac si dixerit, ἄνωγα. Arque ita etiam hic locus restituendus videtur, Sanè & ἄνωγα præcessisse, arguit subsequens interpretatio, φ. qui per idem verbum & ἄνωγα.

TEXTUS.

Si scriptum sit, aliquid fidejussisse.

8. In stipulationibus fidejussorum sciendum est, hoc generaliter accipi, ut quodcumque scriptum sit quasi actum, videtur

TITULUS VIGESIMUS SECUNDUS. DE LITTERARUM OBLIGATIONIBUS.

C. Lib. 4. Tit. 30.

TEXTUS.

Olim scriptura fiebat obligatio, quæ nominibus fieri dicebatur: quæ nomina hodie non sunt in usu. Planè se quis debere se scripsit, quod sibi numeratum non est, de pecunia minimè numerata post multum temporis exceptionem opponere non potest. Hoc enim suspensimè constitutum est. Sic fit, ut & hodie, dum queri non potest, scriptura obliget, & ex ea nascatur conditio, cessante scilicet verborum obligatione. Multum autem tempus in hac exceptione antea quidem ex principalibus constitutionibus usque ad quinque annum procedebat: sed ne creditores diutius possint suis pecuniis forsitan defraudari, per constitutionem nostram tempus coarctatum est, ut ultra biennii metas hujusmodi exceptio minimè extendatur.

etiam actum. Ideoque constat, si quis scripserit se fidejussisse, videri omnia solemniter acta.

NOTÆ.

8. videri solemniter acta §. l. 30. de verb. obl. nempe partes præsentem fuisse, & stipulationem rite interpositam citra quam fidejussor non constituitur, l. 5. §. 3. d. tit. l. 12. C. hoc tit. fac. §. 11. & 16. tit. præc.

COMMENTARIUS.

Cum fidejussisse aliquid scriptum est, omnino rite acta creduntur, l. sciendum, 30. de verb. obl. nimirum ut pro instrumento præsumptum est, verum esse, quod in eo scriptum est, §. item verborum. 11. sup. tit. præc. ita etiam si de re aliqua, ad cuius substantiam certæ solemnitates juris requiruntur, scriptum sit eam intervenisse, etiam expressum non sit, solemnitates illas esse adhibitas; tamen omnia solemniter acta esse intelliguntur: veluti si scriptum sit, promississe aliquem, creditur is ad interrogationem præsentem respondisse, §. si scriptum, 16. tit. præc. Eademque ratio si scriptum fuerit, fidejussisse aliquid præsumitur id factum, adhibita à creditore præsentè stipulatione: quoniam de essentia fidejussionis hoc est, ut stipulatio interveniat, l. 5. §. facit, 3. de verb. obl. l. 12. C. hoc tit.

NOTÆ.

Quæ nominibus fieri dicebatur] Nomen faciebat creditor, qui in tabulas suas accepti & expensii nomen illius, cui pecuniam debebat mutuum, præscribebat. Id fiebat præsentè debitori, qui & ipse quoque in suas tabulas referere, quod deberet: quæ tabulæ prolatae in iudicio fidem faciebant debiti Cic. pro Rosc. Comad. cap. 3. & Salmast. de usur. c. c. & ad Jus. Arto. c. 29.

Non sunt in usu] Nam posterior ætas syngraphis uti cepit, id est, cautionibus utriusque contrahentis manu subscriptis. Horum. Post multum temporis] Post quinque annum, hodie post biennium, ut infra.

Dum queri non potest] Vel conventus excipere de pecunia non numerata, l. 8. & 2. segg. l. 24. de non num. pec.

Per constitutionem nostram] d. l. 14. C. de non num. pec. Ut ultra biennii metas] Intra biennium autem tria remedia ad retractandam confessionem prodita, conditio cautionis sive chirographi; l. 7. C. eod. l. ult. C. de cond. ex leg. querela

feu denuntiatio aut protestatio de non facta numeratione, l. 8. l. 9. de non num. pec. quàm in scriptis fieri oportet, ut exceptionem perpetuam debitor consequatur, d. l. 14. §. ult. & auth. seq. exceptio non numeratæ pecunie adversus creditorem intra biennium agentem, l. 3. l. 5. d. l. 8. d. l. 14. C. eod. quæ præter naturam aliarum onus probandi transfert in creditorem, l. 3. l. 10. C. eod. ubi ratio. Exacto autem biennio confessus, qui beneficio juris usus non est, necessitate solvendi adstringitur, d. l. 8. d. l. 14.

COMMENTARIUS.

- 1. Cautiones & confessiones debiti inutiles.
- 2. Quæ cautiones ad probationem tantum valent.
- 3. Cautionem pecunie credita post biennium valere ad obligationem, antè ne ad probationem quidem.
- 4. Remedia ad cautionem intra biennium retractanda: & cur excipiens de pecunia non numerata levetur probatio?
- 5. Recedè non obligatio hic proposita dicatur litterarum, cum veteres eam numeraverint inter eas, quæ retractantur? & alia quadam.
- 6. Obligationem, quæ nominibus fieri dicebatur, observasse: qualis illa? & alia quadam.
- 7. Confessum post biennium scriptura obligari, ut etiam postea probare velit, pecuniam sibi numeratam non esse, non auidatur.
- 8. Quibus argumentis Bartholus & DD. vulgo adducti dissentiant?
- 9. Consultatio prioris opinionis.
- 10. Consultatur argumenta in contrarium prolata.
- 11. A quo tempore biennium currere incipiat? & alia notabilia.
- 12. Utis circa hanc exceptionem bodierius.

Iterdum litteræ ad conventionem accedentes obligationem pariunt, quæ species obligationis tertio loco posita est in divisione earum, quæ nascuntur ex contractu, §. ult. l. sup. de ob. litterarum obligatio est, cum quis scripto alteri mutuo consensu tradito confessus est, se ab eo certam summam mutuum accepisse, quam non accepit, nec intra biennium confessionem retractavit. Ut res hæc perfectius intelligatur, partes definitionis evolvemus. Exigimus, ut quis scripto confessus sit; remotis litteris huic obligationi non est locus: quippe quæ alteri recitè non diceretur litterarum. Cæterum nihil refert, utrum quis chirographo confessus sit, an alio instrumento professionem debiti continente, etiam si id à tabulario confectum sit, Gloss. in l. 3. C. de non num. pecun. Richard. ibid. num. 8. Don. num. 12. cautio passim à nostris & præsertim in hoc argumento dicitur, l. 1. & 3. segg. l. 8. C. d. tit. l. emptor, §. ult. de pact. Exigimus, ut scriptum mutuo consensu traditum sit creditori: nam sine conventionem nulla ex contractu obligatio, l. 1. §. 3. de pact. Exigimus

professionem debiti, non cuiusvis, sed mutui accepti: quod ut facilius intelligi possit, sciendum est, non cuiuslibet chirographi aut cautionis hanc vim esse, ut consistentem obliget, tunc enim quedam cautiones & confessiones debiti planè inutiles, quales sunt, quæ causam debendi non continent, quæ indifferenter vocant, cum scilicet quis confessus est, fe debere, nulla nominatim expressa causa propter quam debeatur, cum de indebito, 25. in fin. de prob. l. generaliter, 13. C. de non num. pec. C. si cautio 4. de fid. inst. vid. D. Andr. Gall. 2. obs. 13. Damhouth. præc. tit. l. cap. 175. n. 24. ubi notat, in emptoris inter mercatores ex consuetudine etiam ob obligationem non causata jus reddi solere, ad Groenw. de ll. abrog. ad l. 1. §. ult. de probat. Cæteræ, quæ certam debendi causam continent, utiles quidem sunt, sed non omnium una est vis idemque effectus. Etenim harum quedam ad probationem tantum & fidem rei gestæ valent; ad obligationem nunquam: quedam vim habent obligationis, nunquam probationis solius. Ad solam probationem valent confessiones debiti omnino, quæ non sunt de pecunia mutua. Placet hæc scripturas valere ad probationem; & merito placet, cum nihil æquius sit, quàm unumquemque proprio testimonio acquiescere, confessionem stare sine confessioni, d. l. cum indebito, 25. in fin. de probat. d. l. generaliter, 13. C. de non num. pec. l. 11. §. 1. de interrogat. in jur. fac. Sed enim probationem tantum habent, obligationem nunquam inducunt: argumento est, quod confessus ex chirographo suo conventus contra confessionem suam venire potest; placetque audiendum esse, si (quæ facultas nullis terminis definitur,) paratus sit ostendere, se falso confessum, inque eam rem proferat idonea instrumenta: nam testes in hac probatione mutui visum est admitti non debere propter metum falsi, d. l. cum de indebito, 25. & d. l. retractaverit, 13. Sed cautio & confessio pecunie creditæ & numeratæ obligationem inducit; contra verbò ad probationem sola nunquam valet, ut ex iis, quæ sequuntur, perspicuum fiet. Pecunie autem appellatio etiam ceteras res intelligimus, in quibus mutuum consistit, l. in contractibus, 14. prin. C. de non num. pec. Postremo exigimus, ut cautio emissa silentio biennii confirmata sit; non enim continuo, ut quis scripto confessus est se pecuniam mutuum accepisse, aut sibi numeratam esse, litteris obligatur: sed cautio in biennium, ex quo emissa est, ne ad probationem quidem, ne dum ad obligationem valet, l. 3. l. 10. C. d. tit. At si intra id tempus confessionem non retractaverit, jam in eam summam, quam confessus est, planè obligatur, hoc text. & passim d. tit. C. de non num. pec. Remedia ad retractandam intra biennium confessionem tria consistenti sunt prodita. 1. Conditio sine causa, qua ob causam dati, causa non secuta ad repetitionem chirographi, l. 7. C. d. tit. l. ult. C. de cond. ex leg. 2. Querela seu denunciatio & protestatio de numeratione non facta: quæ denunciatio scripto faciendâ, ut

causae exceptionem perpetuam debitor confecturatur, l. 8. *et seq. in contrahibus*. 14. §. ult. *et auct. seq. C. de non num. pro. 3.* exceptio non numeratae pecuniae adversus creditorem intra biennium agentem, l. 3. *l. 5. d. l. 8. C. eod.* quae exceptio praeter naturam aliarum omnium onus probandi transfert in creditorem, d. l. 3. Ratio differentiae significatur in l. 10. *C. eod.* quod facultate negandi reo concessa non debuerit ad eo exigere probatio, propterea quod negotio facti per rerum naturam directo probari non potest, *l. labor 23. C. de probas.* Ad quam rationem accedit praesumptio pro confidente, ducta ex eo, quod frequenter accidit, scilicet cautionem expositam fuisse ante numerationem: cuiusmodi praesumptio in ceteris causis cessat; quippe cautiones pecuniae numeratae & chirographa plerumque traduntur ante factam numerationem & spe numerationis futurae, qua se frustrantur, qui pecunia indigent, nihil non facere solent ad nutum creditoris. Rebuff. *ad consil. reg. de chirogr. & cedul. art. 2. num. 18.* Christin. *vol. 3. decis. 37. num. 1.* Adjuvata est exceptio non numeratae pecuniae generalis exceptio doli mali, l. 3. *C. de non num. pecun. vel in factum detracti doli mentione*, l. 9. *C. eod.* atque huius remediis confessum ut posse etiam adversus instrumentum garengiarum, censet Gomez. 2. *resol. 6. n. 3.* quamvis in contrarium proclivior sit Christin. *d. decis. num. 13.* Exacto vero biennio convertitur vis cautionis in contrarium, omninoque confessus, qui beneficio juris usus non est, necessitate solvendi adstringitur, *hoc text. l. 8. l. 14. C. d. iij.* Haec ergo obligatio recte dicitur literis, seu ex literis nasci, si quidem post biennium non amplius quaeritur, an pecunia confessa numerata sit, nec ne; sed scriptura auctoritate juris pro veritate habeatur, sicut res iudicata & iusjurandum, ut non tantum probet, sed etiam obliget consentientem. Plane veteres nullam litterarum formam scripturae, ut causae alicuius obligationis, mentionem faciunt, ac ne his quidem locis, ubi ex professo causae & genera obligationis recentior, l. 1. §. 3. *de pact. l. 1. §. 1. l. obligatur. §. 2. de oblig. et act. §. 1. de fideiuss. l. 1. de novat.* Ideo opinor, eos hanc obligationem relictam inter eas quae ex re nascuntur, propterea quod quae ex ea agitur, pecuniam quasi creditam petit, & condicit tanquam ex mutuo, l. 5. *C. de non num. pecun. et hoc text.* Rectius autem ex litteris haec obligatio esse dicitur: nam est in cautione adjecta causa, nempe mutui accepti, & pecunia quasi credita petitur, tamen re nequit dici quis obligatus, nisi quatenus ei numeratum est, l. 2. §. 3. l. 11. §. 1. *de reb. cred. ut proinde & quoniam nulla alia lubet causa obligationis praeter litteras seu scripturam emissam, recte dicitur literis obligatus: neque enim si sine scriptura confessus esset, similiter obligaretur.* Donell. *ad d. l. 3. num. 34. C. de non num. pec. Guidelin. lib. 2. de iure noviss. cap. 6.* Caveat autem quique, ne temere inficiatur chirographum suum aut numerationem confessam: nam mendacii convicto poenam dupli & amissionis cae-

rarum defensionum novissima Justiniani constitutio imponit, *auct. contra qui. C. d. iij.* Nimirum haec obligatio civili quadam aequitate, quae boni publici finem, ac iudiciorum expediendorum facilitatem maxime spectat: eademque sententia defenditur, qua ulucapio & praescriptiones temporales, l. 1. *de ius. l. iij. pro suo l. 1. l. 3. C. de annal. except.*

Quae nominibus veri dicebatur] Rome olim & moris fuit, ut unusquisque patetiam, singulos domi haberet, in quibus quicquid per tabulas doli vel acciperet vel expenderet, percribatur, ut Cicero in ea *pro Cluven. cap. 14.* demonstrat. De harum tabularum fide centesimo quinto quoque annos cives ad iusturandum adigebant, teste Dionisi. Halicarn. *l. 4.* Atque hinc fides in iudiciis facere solent, ut ex oratione pro Q. Roscio ostendit Hotomannus. Alconius autem Pædianns, in *Pro. titio* 3. scribit nomina in tabulis doli confectis seu artibus debitorum. Itaque nomina debitorum contrahentibus, cum in tabulis suis obligatio contraheretur, aliquem alicui certam pecuniam debere in rebus, neque aliud erat nomina facere, quam in tabulas referre, aliquid alicui deberi, quod in tabulis fiebat, cum pecunia praesens non numerabatur. Atque hinc est, quod obligationes fide debita appellatur nomina. Refertur autem solent non tantum in tabulas creditoris, verum etiam in aliorum quorundam; quae tabule dicitur in iudicium interdum afferbantur. Latius haec explicat, & veterum testimonios, praeterim Ciceronis, & confirmat Hotomannus Ego vero non puto huiusmodi scripturam valuisse absolute ad obligationem, sed vim duntaxat habuisse probationis. Illud ex iis, quae diximus, intelligitur, non tantum haec peritiosae scripturae mensae argentariae, verum etiam privatorum codicum accepti & expensivi. Majorem locum expectamus a D. Salmatio in libro, quem per manus habet, de uturis Justinianis. Vix ista quidem vulgo litterarum obligationem veteres explicant. Sed ita non quadrat descriptio *Gei Inst. lib. 2. §. 9. §. 12.* ubi litteris obligatus dicitur aut a re in personam, aut a persona in personam. Inde enim apparet, hanc obligationem novationis speciem fuisse, & recte eam definiri a Theophilo *h. t. de novat. §. 12. ubi non dicitur peritiosae scripturae mensae argentariae, sicut in rebus creditum per solennia verba & solennia litteras transformatio.* Nimirum, si quis mihi ex locatione vel alia causa deberet centum, egoque mallem eum ex litteris obligatum habere, verba proferret: CENTUM AUREOS, QUOS MIHI EX CAUSA LOCATIONIS DEBES, EXPENSOS TIBI TULI: simulque eadem inferret tabulis. Respondebat alter EXPENSOS MIHI TULISTI, eademque referebat in tabulas, addito procul dubio nomine, Eo facta prior obligatio exstinguebatur, & nova nascebatur, quae ex litteris solis substantiam capiebat. Ita fiebat litterarum obligatio a re in personam

sonam. Unde facile intelligitur, quo pacto a persona in personam facta sit. Plura V. C. Ant. Schulting. *Jurispr. antejus. p. 163.* & nos in *Antiqu. Rom. h. t. §. 3. et 4. HEIN.*

Hodie non sunt in usu] Aetate Justiniani nomina in usu non erant: quippe, translato Constantinopolim imperio conluetudo Graecorum recepta est, qui syngraphis utebantur, hoc est, cautionibus utriusque contrahentis manu subscriptis atque obligatis. Posterior tamen aetas non *rescriptas* sed *rescriptas* appellavit: Latini *instrumenta* & *cautiones*, voce generali ad chirographa quoque producta: qua de re consule doctiss. Salmat. *lib. de mod. iust. c. 10.*

Dum quæri non potest, scriptura obligatur] Si confessus post biennium scriptura obligatur, consequens omnino est, eum necessitate rei solvendi jam adstringi, ut solutionem nullo modo evitare possit. Est enim hic certissimus obligationis effectus, ut qui secundum formam juris obligatus est, non alter liberetur facto suo, quam si solvat aut satisfaciat creditor, *insf. quib. mod. res. obli. l. 6. §. 5. de pign. act.* Atque hoc etiam expresse rescriptum est in specie debiti proposita l. 8. *C. de non num. pec.* Quid ergo etiam debitor post biennium paratus sit probare, pecuniam sibi numeratam non esse, anne sic quidem audiendus erit? Accurrit de quorundam veterum sententia putat audiendum esse: quod & Bartolo & comm. DD. visum in l. 3. *et l. 14. C. d. iij.* Gomez. 2. *resol. 6. num. 7.* Moz. *de contr. tit. de mutuo. n. 9.* Baroni, Schneid. Bachov. Corvin. in *enclir. hic. D. Bronchorstio. 2. assert.*

Ant. Perez. in d. iij. C. n. 14. Moventur, quod exceptiones natura sua perpetuae sunt, l. 5. §. ult. *de dol. mal. except.* & quod cum exceptione pecuniae non numeratae concurrat exceptio doli mali, l. 3. *C. d. iij.* quæ cum sine dubio perpetua sit, d. l. §. ult. utique etiam post biennium competere debeat; etiam si cessare dicamus exceptionem non numeratae pecuniae. Ad hæc non sunt admittenda, ajunt, illicitæ exactiones, *l. 6. de off. pref. Illicita verò & iniqua exactio est, si reus, probare volens, pecuniam sibi numeratam non esse, non audiat.* Postremo non potest biennii lapsus debitori adimere, nisi quod prius ex biennio habuit; ac biennium solummodo tribuit debitori immunitatem probationis, l. 10. *C. eod.* ergo nec lapsus biennii est amplius adimere potest. Sed procul dubio verus est, debitor nec probationem ultra offerentem post biennium adici. Etenim postea obligationem, id est, necessitate solvendi, quae ex litteris, non ex re aut numeratione nascitur, omnino consequens est, eum debitorem audiendum non esse, qui chirographum quidem suum, seu causam obligationis agnoscit, ceterum numerationem, quae jam huc non pertinet, intervenisse negat. quantumvis ejus rei offerat probationem. Quod si probatio contra cautionem post biennium admitteretur, jam nec scriptura ad obligationem valeret, sed tantum ad probationem, nec novum

hoc esset obligationis genus, quod ex litteris nasceretur, sed ex re: quod nec nihil haberet cautio pecuniae mutuae, quod non est in ceteris, quæ non sunt de pecunia muræ, præter immunitatem probandæ exceptionis intra biennium oppositæ; qua parte etiam major vis est ceterarum cautionum, quam pecuniae creditæ; ex quibus tamen obligationem litterarum non nasci, inter omnes convenit. In summa, nulla esset revera litterarum obligatio, nisi effectus scripturae, nisi in probatione & fide faciendâ, ut uni ante biennium incumberet probatio, post illud tempus alteri; & consequenter expungenda esset hæc obligatio & catalogo verarum obligationum; cum verè debitor appellari non possit, qui exceptionem perpetuam habeat, l. 66. l. 112. *de reg. jur.* Loci juris in eadem sententiam manifesti sunt. In l. *assertio. 10. C. de num. pec. traditur*, querelam legi exceptionem non numeratae pecuniae definitio legibus tempore non propositam evanescere: quod ad immunitatem probationis minime restringi potest. In l. 8. *C. eod.* scriptum est, eum, qui cautionem exposuit, si intra biennium questus non est, omnimodo debitum solvere compelli. Idem expressum est in l. 14. *pr. C. eod.* ubi veritas differentissimæ cævetur, ut post biennium nulla ullo modo querela de pecunia non numerata introducat: ergo ne tunc quidem, cum res probationem pecuniae non numeratae in se suscipit: quomodo & Graeci hoc accipiunt. Harmenop. *lib. 2. tit. de excep. num. 4. ubi in d. §. 12. ubi dicitur, si non sit, dicitur à iure, ubi dicitur, si non sit, dicitur à iure, ubi dicitur, si non sit, dicitur à iure.* Hoc amplius in d. l. 14. §. 3. illud nominatim observari jubetur, ut ne licet debitori, qui questus non est, post biennium creditori agenti offerre iusjurandum; cum tamen alius recusatio jurisjurandici judicialis adversus recusantem, qui iustam recusandam causam non habet, pro manifestâ confessione & probatione habeatur, l. *manifesta. 38. de iurejur.* adeoque facilius admittenda sit jurisjurandici delatio, qua auctor tellis & iudex in sua causa constituitur, ut rem uno verbo transigere possit, quam proluxæ & adversus invitum suscipere probationes, *arg. l. 1. et l. 2. d. iij.* His accedit & textus in l. ult. *C. de cond. ex leg.* ubi nominatim cævetur, ne cautio post statutum tempus condicatur. Jam verò si cautio oblata probatione pecuniae numeratae post statutum tempus condici non potest, nulla ratio est, cur exceptio pecuniae non numeratae oblata probatione admitti debeat. Postremo uno tantum modo legitimæ exceptionem pecuniae non numeratae perpetuam fieri, mota scilicet intra biennium querela, facta protestatione, d. l. 14. §. ult. Argumenta, quæ in contrarium asseruntur, infirmiora sunt, quam ut hanc sententiam convellere possint. Nam quod exceptiones dicuntur esse perpetuae, id ad eas non pertinet, quæ etiam ulro a debitore per modum

actionis prohi possunt. Exceptio verbò doli, quæ cum illa pecunie non numeratæ concurrat, non est exceptio doli specialis, quæ adversus eum, à quo dolo decepti fumus, ut promitteremus, perpetua est; sed generalis, quæ cum aliis exceptionibus concurrat illarum naturam & conditionem semper sequitur, l. 2. §. & generaliter. §. de dol. mal. exc. Planè si debitor dolo se inducitur dicat, aut vi coactum ut constitueretur, ut dicitur tantum causa numerationem intervenisse, cum aliud ageretur, aliud simularetur, etiam post biennium ex his causis exceptionem eum habere, nemo est qui ambigat. Don. ad l. 8. C. de non num. pec. Ant. Fab. Cod. suo cod. tit. de fin. 2. Porro non est iniqua exactio, ubi debitum petitur; nec iniquum, si rationem civilem spectamus, eum, qui proprio chirographo se debere confessus est, post silentium totius biennii hanc quasi contempti beneficii juris peram luere, ut confessioni suæ literis testate omnimodo stare, & confessam pecuniam solvere cogatur. Quod ad tertium contrarie opinionis argumentum responsum est. Postquam in eos ipsos, qui illud asserunt, retroquebimus modo. Quod biennium debitori tribuit, id lapsus biennii totum admittit: at biennium debitor non solum immutatum tribuit probationis, sed maxime exceptionem non numeratæ pecunie l. 3. C. de rit. ergo lapsus biennii utrumque admittit: quod & expressum est in d. l. 8. l. 9. & d. l. 14. C. eod. Hanc nostram sententiam jam olim amplexus est Jo. Fab. hic. alique nonnulli citati à Fachin. 2. consrov. 18. eaque nunc notericis fere probatur. Duar. ad d. tit. C. cap. 4. Don. ad d. l. 8. n. 21. & segg. Fachin. d. loc. Wesemb. hic Gudelin. lib. 2. de jur. noviss. cap. 6. Talden. in comment. hic cap. 3.

Cessante verborum obligatione] Si cautio interveniret, & simul interposita sit stipulatio, non nascetur quidem obligatio ex literis, sed ex stipulata: cæterum eandem vim & pro reo & contra eum habebit, quæ futura esset sine stipulatione, l. 9. C. de non num. pecun. §. 2. inf. de except.

11 Ne ultra biennii metas] Tempus, intra quod exceptio pecunie non numeratæ opponenda, antea quinquennium fuit: pro quo Justinianus substituit biennium continuum, quod ceterum incipiat à tempore emisse cautionis ita tamen, ut hæc præscriptio non currat minoribus 25. annis, & majores, qui per justam absentiam querelam movere non poterunt, adversus exceptionem amissam in integrum possint restitui, d. l. 14. C. de non num. pec. junct. l. 2. C. in quib. ca. in instr. rest. nec. non est. l. 1. in fin. ex quib. ca. maj. In tempore proponenda querelæ seu exceptionis dotis non numeratæ, quæ species exceptionis non numeratæ pecunie, diversum nonnulli statutum, l. ult. & ant. sup. C. de dot. can. non num. Datur querelæ & exceptio seu replicatio potius non numeratæ pecunie

etiam creditori, quibuscumque ex causis solute dicitur, sed tantum intra triginta dies, d. l. 14. §. 2. Exactoribus autem tributorum, vengalium, aliarumque publicarum functionum contra apochas factas à collatoribus solutionis prioris non datur d. l. 14. §. 1.

Moribus nunc fere receptum est, ut exceptio non numeratæ pecunie intra biennium tunc debitorum sine probatione, & creditor, qui intendit numeratam esse, intentionem probare cogatur: post biennium verbò audiat adhuc debitor eadem exceptione utens, cæterum hæc conditio, ut ipse exceptionem probet, secundum sententiam Accursii, Bartoli & aliorum, quos superius allegavimus. Ant. Fab. Cod. suo de non num. defn. 1. Christin. vol. 3. decif. 37. Zang. de exc. p. 3. c. 12. n. 24. Grot. 3. manu. dicit. e. §. In Gallia receptum, ut debitor post biennium etiam jurjurandum creditori desistere possit. Autumn. & Mornac. in d. l. 14. C. de non num. pec. Secundum quod & Curiam Hollandiæ aliquando judicasse refert Groenew. de ll. abrog. ad rubr. C. de rit. Eadem conditio auditur & creditor post triginta dies adverte apocham seu professionem pecunie solute, Ant. Fab. d. tit. de fin. ult. Apud Gallos, quæ conditio est cæterarum cautionum, ut scilicet statim fidem faciant, transferantque onus contrarie probationis in eum, qui cautionem exposuit, eadem est & cautionis pecunie creditæ, testibus Imbert. 1. inst. forens. 35. Rebuff. ad conf. reg. de chirogr. & cedul. recogn. art. 2. num. 28. & 68. Idem de universo Belgio testatur Gudelin. 3. de jur. noviss. cap. 6. in fin. sed procul dubio errat. Apud nos sanè idem quod in Gallia observatur: sed in nonnullis aliis harum regionum provinciis beneficiis exceptionis, quod intra biennium ex causa mutui confessi iure communi competit, adhuc in usu esse, vel illud argumento est, quod huic beneficio, & exceptioni non numeratæ pecunie plerumque in instrumentis & cautionibus pecunie creditæ renunciari solet: quam renunciationem huic effectum habere volunt, ut creditor necessitate probandæ numerationis in totum exoneretur, sed non ut non possit adhuc objici exceptio, sed non ut objecta etiam intra biennium sit sine privilegio: ita post Glossam in l. 3. C. de non num. pec. D. Joan. à Sande, lib. 3. var. judic. num. 2. defn. 1. D. Deck. lib. 1. dissert. 6. n. 4. qui etiam refert, Curiam Brabantie judicasse, locum non esse exceptioni pecunie non numeratæ contra instrumentum publicum, neque etiam inter mercatores, inter quos summa vigere debet requitas: licet quoad hoc dissentiat Stracha de mercat. tit. quomod. in caus. merc. pract. num. 9. Farin. contr. jur. lib. 2. cap. 86. quorum sententia de jure veteri videtur Christin. d. vol. 3. Assif. 37. num. 16. quævis contraria obineat, Groenew. d. loc. & ibi citi. Notetur obiter D. Grotii ad hunc tit. præscriptis

d. lib. 3. cap. 5. Merul. l. 4. dist. 4. sect. 3. rit. 1. cap. 2. num. 3. Illud hic monere non est extra propositum, ne diu frustrentur creditores, apud nos & in Gallia usu fori receptum est, ut debitoris initio litis cautiones suas vel agnoscere, vel negare cogatur; agnoscentes ut mox solvant & pecuniam consignent, (quod nampisare & nampisement vulgo appellant) recepturi postea, si nihil deberi constiterit; negantes, si mendacii convincantur, penam dupli fubeant, juxta auth. contra qui C. de non num. pecun.

aut penam arbitrarium expectent, quod nunc magis in judicis observari notat Rebuff. ad procem. confit. reg. g. off. 5. num. 6. & post eum Christin. d. decif. 37. num. 12. & conservandi juris fiscalis gratia traditur obligatio five cautio procuratori generali, Merul. d. loc. Vide curia hanc materiam Imbert. lib. 1. inst. forens. cap. 35. & seg. Rebuff. ad conf. reg. de chirogr. & cedul. recogn. in prefat. num. 44. & segg. & DD. in auth. modo citata.

TITULUS VIGESIMUS TERTIUS. DE OBLIGATIONIBUS EX CONSENSU.

Continuatio.

Sequitur postrema obligationum ex contractu species, obligatio ex consensu: quippe quæ ex quatuor propositis adhuc supersit. Habent quidem etiam cæteræ obligationes, quæ aut re, aut verbis, aut literis contrahantur, in se consensum, utpote qui communis est omnium contractuum spiritus, l. 1. §. 2. de pact. sed hoc amplius requirit ad perfectionem contractus, & obligationis substantiam, ut res, aut verba, aut litteræ cum consensu concurrant: obligationes autem, de quibus deinceps dicturi sumus, ex consensu esse ideo dicuntur, quia consensu solo perficiuntur & constant, nihilque desiderant præter mutuum contrahentium voluntatem. Solo consensu obligationem pariunt conventiones & contractus juris gentium quoties, emptio venditio, locatio conductio, locatæ, mandatæ: quæ singulari singulari titulæ exhibebantur. VINN. Quibus quatuor speciebus hodie quinta accedit, Emphyteuticus contractus, qui cum olim inter emptionem venditionem, & locationem conductio nem fluctuaret, singulari contractus naturam sortitus est à Zenone Imp. l. 1. C. de jur. emp.

et, cum alioqui in verborum obligationibus alius stipulatur, alius promittat.

COMMENTARIUS.

1. Quibus modis consensus declaratur?
2. Obligatio ex consensu pinguiorem esse naturam quam obligationis verborum.

Neque scriptura] Hoc dicit ad differentiam obligationis literarum, ad quam constituendum scriptura requiritur. Cæterum nec obligationes, quæ re aut verbis contrahantur, magis scripturam desiderant, quam ea, quæ consensu. Quod verb in his etiam scriptura sæpe adhibetur. ideo fit, ut facilius probari possit quod actum est: non quod ad substantiam contractus, obligationis constitutionem scriptura pertinet, l. 4. de fid. inst. l. 4. de pige. Totus hic locus ad verbum descriptus est ex Gajo, l. 2. de obl. & ad.

Neque presentia] Ut in conficienda stipulatione: nam quæ obligationes re aut literis contrahantur, similiter partium præsentiam non desiderant.

Ac nec dari quicquam necesse est] Ut in mutuo, commodato, cæterisque contractibus, in quibus res tradita demum initium obligationis præbet.

Sed sufficit, &c. consentire] Declaratur consensus aut certis indicis, aut ex re factove alioquo colligitur. Indicia sunt, veluti verba, litteræ, l. 2. de pact. l. 4. pro fide. item nutus, nam & nutu conveniri posse, argumento est: quod fidei commissum nutu relinquere possunt, quamvis non relinquatur nisi ex voluntate, l. nutu 21. de legat. 3. Facta intelligimus ea omnia, quibus intervenientibus, præcedens conventio non potest videri non placere. Exemplum hoc ideo: vendidit aliquis prædium meum me præsentem, nec tamen aperte consentiente: si pretium ex ea causa accepero, videbor ipse vendidisse, l. 12. de evict. Similia exempla habemus in l. 6. §. 2. l. qui paritur. 18. mandat.

TEXTUS.

Consensu fiunt obligationes in emptionibus, venditionibus, locationibus, conductio nibus, societatis, mandatis. Ideo autem istis modis obligatio dicitur consensu contrahi, quia neque scriptura, neque presentia omnimodo opus est; ac nec dari quicquam necesse est, ut substantiam capiat obligatio, sed sufficit, eos, qui negotia gerunt, consentire: unde inter absentes quoque talia negotia contrahantur, veluti per epistolam vel per nuntium. Item in his contractibus alter alteri obligatur in id, quod alteri ex bono & æquo prestare oportet.

Unde inter absentes quoque] Quoniam ad constituendam obligationem ex consensu præter conventionem & nudum contrahentium consensum nihil requiritur; ex eo colligitur Iustinianus cum Gajo, d. l. 2. de obl. & act. huiusmodi negotia & obligationes etiam inter absentes contrahi posse, puta per epistolam & nuntium. Est verò hoc intelligendum de nuda & simpliciter epistola nuntioque solo; alioqui & re contrahi obligatio per nuntium potest, veluti mutui, commodati, missa per eum pecunia, aut re. Similis collectio est in l. 1. pr. mandata. l. 1. §. ult. de contr. emp.

Alter alteri obligatur in id, quod ex bono & æquo] His verbis indicatur alia proprietates contractuum, qui solo consensu perficiuntur, quod obligationem producant pleniorum & pinguiorem, quam ea est, quæ nascitur ex stipulatu: nimirum quod in istis contractibus alter alteri obligetur, non in id modo, de quo convenit, aut dictum est, sed etiam in id omne, quo ex

TITULUS VIGESIMUS QUARTUS. DE EMPTIONE ET VENDITIONE.

Dig. Lib. 28. & 19. Tit. 1. C. Lib. 4. Tit. 38. & 40.

- 1 Ratio ordinis. Emptionis origo & utilitas.
- 2 Emptionis definitio, cum explanatione singularium partium.
- 3 Summa huius tituli.

Explicatur ordine contractus, qui solo consensu perficiuntur, orditur ab emptione & venditione, specie huius generis contractuum nobilissima, & ad vitæ communis usum maximè necessaria, teste Paulo, l. 1. hoc tit. ubi scripsit, originem emendi vendendique à permutationibus cœpisse: significans, ut ipse se declarat, difficultatem permutationis, & indigentiam humanam, cui permutationis rerum necessitas, causam esse, quod nummus ægrè succurritur, etiam introducta sit: quod etiam docet Arist. §. Ethic. §. ubi nummum ait hominum infinito factum esse necessarium, quasi ipsorum futuræ indigentie. Emptio & venditio est contractus, quo id agitur, ut pro certa pecunia uni danda alter rem accipiat. Appellatur hic contractus emptio & venditio, quia duobus hęc factis sive partibus constat, emptione & venditione, quæ junctæ unum contractum constituent. Factum ejus à quo pecunia est, emptio dicitur, ille emptor: ejus, à quo res proficitur, venditio, ille venditor. Notandum autem est, sic hæc partes esse unius contractus, ut tamen partes sint inter se distinctæ ac separate, ut una non possit esse altera; aliudque semper sit emere, illud vendere, aliud emptor, aliud venditor,

fide bona seu bono & æquo alterum alteri prestare oportet, quamvis de eo nihil cautum sit; cum ex stipulatione obligatio eateus tantum nascatur, quatenus lingua nuncupatum est, l. quicquid. §. de verb. oblig. Non est vero hoc contractum, qui consensu fiunt, proprium quarto modo, sed ad cætera quoque judicia fidei pertinet: nam in omnibus his placet tantum valere officium judicis ex bono & æquo, quantum in stipulatione nominatim facta rei interrogatio, l. 7. de neg. gest. l. Lucius. 24. de pos. §. in bona. 30. infr. de action. quamquam hoc loco & apud Gajum dicitur. lib. 2. de obl. & act. videri potest per excellentiam quandam hæc qualitas solis tribui contractibus, qui consensu perficiuntur, eademque ratione his oppositi stipulari. De natura & differentiis judiciorum bonæ fidei & stricti juris dicemus ex professo infra sub §. actionum. 28. de action.

Qui recusat adimplere contractum] Hoc est, qui reculat emptionem perficere, aut itare placito emptionis & venditionis future, d. l. 17. d. vers. Cum enim contractus perfectus est, & semel constituta obligatio, nullo modo alter invito altero recedere potest, l. 1. C. de oblig. & act. l. 3. C. de resc. vend. l. 1. & 2. C. quando lic. ab emp. disp.

TEXTUS.

De emptione pura. De pretii conventionem, arrhis & scriptura.

Emptio & venditio contrahitur simul atque de pretio convenitur, quamvis nondum pretium numeratum sit, ac nec arrha quidem data fuerit: nam quod arrha nomine datur, argumentum est emptionis & venditionis contractæ. Sed hoc quidem de emptionibus & venditionibus, quæ sine scriptura consistunt, obtinere oportet: nam nihil à nobis in huiusmodi emptionibus & venditionibus innovatum est. In iis autem, quæ scriptura conscribuntur, non aliter perfectam esse venditionem & emptionem constituimus, nisi & instrumenta emptionis fuerint conscripta, vel manu propria contrahentium, vel ab alio quidem scripta, à contrahentibus autem subscripta: & si per tabellionem fiunt, nisi & completiones acciperint, & fuerint partibus absoluta. Donec enim aliquid deest ex his, & parientie locus est, & potest emptor vel venditor sine pœna recedere ab emptione & venditione.

Ita tamen impune recedere concedimus, nisi jam arrharum nomine aliquid fuerit datum: hoc enim subsecuto, sive in scriptis, sive sine scriptis venditio celebrata est: is, qui recusat adimplere contractum, si quidem est emptor, perdit quod dedit: si verò venditor, duplum restituere compellitur, licet super arrhis nihil expressum sit.

NOTE.

Simul atque de pretio convenitur] l. 2. §. 1. hoc tit. l. 1. §. 2. de ver. perm. nisi aut conditionalis sit emptio, l. 7. hoc tit. l. 8. de per. & com. rei vend. aut eam in scriptis fieri placuerit, ut infra. Nisi & instrumenta emptionis &c.] Si privata sit scriptura, sufficit, instrumentum propria contrahentium manu scriptum esse, aut si scriptum ab alio, manu eorum confirmatum: si publica, non aliter instrumentum completum intelligitur, quam si à tabellione exceptum, partibus prælesum atque ab ipsis approbatum fuerit, d. l. 17.

Qui recusat adimplere contractum] Hoc est, qui reculat emptionem perficere, aut itare placito emptionis & venditionis future, d. l. 17. d. vers. Cum enim contractus perfectus est, & semel constituta obligatio, nullo modo alter invito altero recedere potest, l. 1. C. de oblig. & act. l. 3. C. de resc. vend. l. 1. & 2. C. quando lic. ab emp. disp.

COMMENTARIUS.

- 1 Quando emptio contracta intelligatur, & quid intersit inter perfectionem contractus & consummationem?
- 2 Re certa vendita, diversam esse emptoris & venditoris præstationem, genero vendito, non item.
- 3 Esse qui negent, venditorem licet facultatem tradendi habeat, præciè teneri rem tradere, sed præstando id, quod interest, deservi.
- 4 Præcipua huius sententia firmamenta.
- 5 Veritas est, venditorem præciè casu præciè teneri tradere.
- 6 Huius sententia parissima fundamenta.
- 7 Respondetur ad argumenta pro contraria opinione adducta.
- 8 Arrham dari vel ut symbolum, vel ut cedat in partem pretii: & essetia utriusque.
- 9 Quando res in hoc contractu desinat esse integra: & duplex DD. error notatur.
- 10 Quando inter contrahentes actum intelligatur, ut contractus in scriptis fiat?
- 11 Quando negotium, quod scriptura fieri placuit, pro perfectio habeatur?
- 12 A contractu perfecto sine communi consensu recedi non posse, licet arrha intervenierint.
- 13 Accurata contraria opinio confutata.

UT primum de re & pretio convenit, emptio perfecta intelligitur, quamvis nec res tradita, nec pretium numeratum, nec arrha data sit, l. 2. §. 1. hoc tit. l. 1. §. 2. de ver. perm. l. 8. de peric. & comm. rei vend. & hoc text. Itaque in contractibus, qui consensu perficiuntur, distinguenda perfectio contractus à consummatione sive implemento. Emptionem & venditionem perfecti solus consensus de re & pretio: conlummat: rei traditio & pretii numeratio, qui extremus est contrahentium finis. Simul atque autem emptio perfecta est, nascitur utrique obligatio, teneturque emptor actione ex vendito: ut nummos, quos pretii nomine pro re vendita promissit, solvat; venditor actione ex empto, ut rem venditam tradat emptori, sit. & C. de act. emp. Est verò præstatio hæc emptoris & venditoris nonnulli diversa. Emptor enim nummos, quos pretii nomine præstat, venditoris facere cogitur: venditor verò tantum vacuum rei possessionem tradere: quæ res, si venditor dominus fuit, facit & emptorem dominum: si non fuit, evictionis tantum nomine vendentem obligat:

neque enim cogitur venditor dominium rei in emptorem transferre, sed satisfaci obligationi, si praestet, habere licere, l. 11. §. 2. l. servus 30. §. 1. de act. emp. l. si ita 25. §. 1. hoc tit. l. 1. de rer. perm. Hoc ideo tam variè, ut credible est, ne usus hujus contractus impediatur. Nam est venditor non praecise obligatur ad dominium rei vendit in emptorem transferendum, tantumdem tamen consequitur emptor tradita rei vacuae possessione, & evictione, re-evicta praestita. At verò pretii, quod in pecunia numerata constituit, nullus est usus, nisi accipientis fiat. Adde, quod pretium non specie, sed in genere constituitur: generis autem debitoris constitut non liberari, nisi rem ex eo genere perfectè faciant accipientis, l. si de substituto. 45. §. 1. de leg. 1. l. qui concubinam. 29. §. pen. de legat. 3. l. bares. 48. de evict. Quam ob causam & in venditore generis idem probandum crediderim, puta si quis in genere vendidit bovem aut equum, cum Bartolo in l. 2. §. cert. per. num. 7. Illud non satis expeditum est, utrum venditor, si potestatem tradendi habeat, rem praecise tradere teneatur, an offerendo solutionem ejus quod emptoris interest, desungi possit. Joannes Bulgarius, Azo, Hugolinus, (teste Saliceto in l. 4. C. de act. emp.) censuerunt, venditorem etiam cum facultate tradendi habet, non posse praecise compelli, ut tradat, sed solvendo interesse liberari. Consentunt Alciat. ad l. un. C. de sent. qua pro eo quod inter. Duar. de in lit. jur. n. 22. Don. ad d. l. 4. C. de act. emp. Fachin. 2. contr. 30. Graed. de contr. stip. cap. 9. num. 67. & seq. Atque eo quoque inclinant Covar. 2. var. resol. cap. 19. n. 1. Bachov. in Treult. vol. 1. disp. 28. thes. 2. Gadelin. 4. de jur. nov. c. 7. Christin. vol. 3. decis. 54. num. 6. & decis. 61. n. 2. item decis. 75. n. 5. ubi refert, etiam magnum Senatuum Mechliniensem secundum hanc sententiam saepe pronuntiasse. Firmamenta hujus sententiae praecipua haec sunt. 1. In obligationibus faciendis ita in universum jus est, ut debitor liberetur, solvendo id, quod interest, l. si quis 13. §. ult. de re jud. l. stipulationes 72. pr. ver. Callis de verb. obl. at talis est obligatio, qua tenetur venditor, arg. l. si rem. 28. d. l. stipulationes. 72. eod. tit. 2. Non uno in loco traditum legitimus, si res vendita non tradatur, in id quod interest, agit, venditorem non tradentem, quanti interest, condemnari, l. 1. l. 11. §. idem agit. 9. l. 11. de act. emp. l. 10. quib. mod. pign. solv. 3. Hoc amplius distendit scriptum est in l. 4. C. de act. emp. etiam venditorem, quanti emptoris interest, condemnandum, cum prociacia ejus fit, quominus res tradatur. Atqui nulla prociacia, nulla contumacia in eo est, qui facultatem tradendi non habet. 4. Non obscurè electio venditori tribuitur, utrum contractum perficere, hoc est, venditionem implere, & rem tradere velit, an emptori, quod interest, perolvere, l. contractus. 17. C. de fid. instr. Ceterum contraria opinio

tandem non ubique in praxi recepta est, pluresque habet auctores. quibus & meum calculum addo, nimirum, venditorem, cui potestas tradendi sit, teneri actione & ex emptio, ut rem ipsam tradat, nec solvendo emptori id, quod ejus interest, obligationi satisfacere. Cyn. & Bart. in d. l. stipulationes. 72. de verb. obl. item Bart. & Caltr. ad d. l. 1. de act. emp. Bald. in d. l. contractus 17. C. de fid. instr. num. 14. Salic. in d. l. 4. C. de act. emp. Alex. Dec. Jas. ad l. 9. §. cert. per. ex modernis Gomez. 2. resol. 10. n. 22. Oldend. class. 4. act. 1. Moz. col. 4. de nat. emp. n. 26. & seq. Ant. Fab. 6. consil. 17. qui tamen, ut est inconstans, in alteram partem transit, decis. 85. error. 4. fed in Cod. Jois. de pat. desin. 11. refert, Senatuum Sabaudicorum hanc posteriorem sententiam judicasse. Ita quoque decidunt Rot. Genuesi. decis. 214. Soar. in thesib. recept. sent. lit. v. venditor, §. facultatem. Pinell. in l. 1. C. de bon. matern. pari. 3. num. 25. Fundamenta hujus sententiae possimilia sunt. 1. Rei aequitas, cui minime convenient videatur, ut emptor praecise teneatur pretium solvere, venditor autem contra non teneatur rem tradere, ut emptor rei periculum sustineat, rem tamen consequi non possit: denique ut propter fraudem venditoris, fidem conventionis adimplere, cum potest, reculant, emptor probationi difficillimae ejus, quod interest, quod & ad exiguum summam plerumque deducitur, l. ult. de stip. prat. adstringatur. 2. Quod responsum est, cum non posse agi, ut venditor rem tradat, cum, quod multis modis accidere potest, tradendi facultatem non habet, l. si non fundum 68. §. 1. hoc tit. Hinc enim à contrario rectè colligitur, ut tradat, 3. Rescriptum Impp. in l. 6. C. de resc. vend. Unde sic rectè inferunt: Si emptor duplo pretii oblato ab emptore recedere non cogitur; igitur nec oblata praestione ejus, quod interest, ut pote cujus adimatio in venditionibus duplum excedere non potest, l. un. C. de sent. qua pro eo quod inter. proff. 4. Probat hae sententia omnibus iis juris locis, in quibus traditur, venditorem oportere in primis ipsam rem praestare, obligatum esse, ut praestet, rem habere licere: quod abique traditione possessionis fieri non potest, l. 1. l. 2. l. 3. l. 11. §. 2. l. servus. 30. in fin. de act. emp. l. Labo. 45. in fin. hoc tit. l. 8. de evict. 46. Adhuc apertius l. bona fides. 50. & l. si quis. 46. de act. emp. quarum in altera scriptum est, venditorem compelli rem tradere; in altera, cogi venditionem implere. Aliud autem est implere contractum, aliud, id, quod interest, praestare, l. contractus. 17. C. de fid. instr. 6. Aperitissimè loco Pauli, 1. sent. 1. 13. ubi sic scribit: Si id, quod emptum est, neque tradatur, neque mancipietur, venditor cogi potest, ut tradat, aut mancipietur. Idem confirmat textus in §. 1. hoc tit. ubi Justinianus expressè ait, emptione perfecta & pretium omnimodo solvendum & rem tradendam esse

Item alter in §. 2. sup. de donat. ubi eandem traditionis necessitatem quae incumbit venditori, ad hujus exemplum donatori quoque imponit, ut fatendum sit, aut ei, qui donavit, necessitatem traditionis non incumbere, aut si facerem incumbere, fateamur & incumbere ei, qui vendidit. 8. Postremo non potest venditor, si jure publico ei concessum esset, rem venditam, quam tradere potest, non tradere, modo pati velit se condemnari in id, quod emptoris interest, non tradens aut facultatem tradendi sibi adimens, dici frangere, rumpere contractus fidem, ut in l. 6. C. de her. vend. l. 10. C. de act. emp. Ad argumenta dissentientium non queram operas responsiones. Fesellit eos primum, quod putaverunt, omnes obligationes faciendi esse ejusdem naturae, factaque nuda & simplicia, seu quae in meris faciendi finibus consistunt, qualia sunt, exempli gratia, Romanæ ire, tabulam pingere, insulam fieri, fossam fodere, similia esse iis, quae in rei alicujus praestatione & juris possessionive translatione consistunt, quale est ejus, qui tenetur ex causa venditionis rem tradere: inter quae multum interesse alii rectè docent, arg. l. in conventionalibus. 52. §. 1. de verb. obl. l. qui res. 98. §. mibi. 6. de solut. Nam prioris generis facta sunt ejusmodi, quae ut quis faciat cogi non possint sine vi & impresseione: & ideo, ne homini libero vis fiat, placet, in his debitorem non praecise ad faciendum, quod promissit, obligari, immo factum hæctenus tantum esse in obligatione, ut faciendi debitor liberetur, peti nunquam possit, fed id solum, quod interest: neque id flatum, sed tum demum, cum transierit tempus, intra quod fieri potuit quod promissum est, ut hic post moram, quasi per speciem quamdam novationis, in locum prioris obligationis succedat obligatio in id, quod interest, cujus nam praestandi necessitatem debitor evitare, & faciendi se liberare non potest, nisi ante litem contestatam, l. 14. stipulationes. 72. l. si insulam. 82. l. servum. 64. §. 3. de verb. obl. At cum res aliqua tradenda est, non tam illud agitur, ut tradens factum alicuius interveniat, quam ut in idem factum, quod res tradi debet, possessio transferatur; quod si factu ejus ipsius, qui ad tradendum obligatus est, non judicis auctoritate poterit debitor advocari, atque in eum, qui res tradi debuerat, transferri, per l. qui resistere 6. de rei vind. Dissimilitudo clarius apparet ex paucis, quae subjunctimus. Obligationes, in quibus nudi facti praestatio versatur incerte sunt, l. ubi autem 75. quid id 7. de verb. obl. utpote in quibus dumtaxat, quod interest, (quod vel esse ipsa pronuntiatio apparet incertum esse,) ita venit ut cum effecta peti possit, ut paulo ante demonstratum Obligatio autem venditoris certa est, quia non continet nudum factum, sed causam bonorum, l. 52. §. 1. d. rit. id est, certae rei praestacionem cum translatione domini aut juris usufruapiendi, l. 80. §. 3.

hoc tit. l. 3. l. 11. §. 2. l. servus. 30. §. 1. de act. emp. Ponamus ergo, rem aliquam mihi purè venditam esse: hic dubium non est, quin eam ipsam rem quam emi, petere à venditore possim, & vel confestim, vel etiamnum post moram: ex quo porro efficitur, etiam judicem in eadem rem venditorem victum condemnare debere, non in satisfactionem ut sententia sit conformis libello, juxta l. ult. C. de fidei. libers. At ex mera faciendi obligatione nec itam agi potest: neque ad facti praestacionem, licet post moram, sed in id solum quod interest, quamvis promissor faciendum ante litem contestatam liberetur, l. si insulam 82. de verb. obl. Quomobrem non minus verè, quam eleganter mihi scribere videatur Fayus in supplem. ad Comm. l. 7. cap. ult. si factum, quod in conventionem deductum est, in rei alicujus praestacione consistat, sive ad dationem dominiae aut juris alicujus translationem ordinetur, id magis pro datione, quam factu habendum esse, arg. l. in conventionalibus. 52. §. 1. junct. l. ubi 75. §. ult. de verb. obl. ut ex contrario dario ad factum ordinata pro factu magis habenda, veluti si ancilla procuratori in rem suam confutuo manumittenda detur. Non obstant, textus in l. 72. pr. l. 57. §. 7. de verb. obl. ubi fundum tradere cum aliis iisque puris factis conjungitur. Nam ex eo quod facta omnia in eo conveniunt, quod per le divisionem non recipiant, aut quod per le nudè considerata incerta sint, non rectè inferitur absolutam conventionem. Deinde & causa consideranda: potest enim & qui commutato aut precario regat, rem sibi tradi stipulari, & à quovis possessore. Denique & retinere factum est & tradere ex causa donationis, dotis, permutationis, &c. Secundo in eo decepti sunt contrariae sententiae auctores, quod existimaverunt, obligationem, qua tenetur venditor esse alternativam, in qua constat, electionem esse debitoris, arg. l. contractus 17. C. de fid. instr. Nam obligatio venditoris non est alternativa à principio, sed successiva, ut scilicet teneatur in id, quod emptoris interest, si contractu impleto, id est, rem tradere nequeat. Nam profecto si alternativa esset, & consequenter venditoris in ea electio, non peccaret, non frangeret fidem venditor, facultatem tradendi sibi adimens eandem rem alteri vendendo. Cur igitur qui hoc facit, crimen falsi committere dicitur? l. qui duobus. 21. ad leg. Corn. de fals. aut certe heilitorum, si non dixerit mercem liberam esse? l. 3. §. 1. felleonati. Planè si dolo aut frustratione venditoris fiat, quominus res tradatur, potest emptor ultro omnia petitione rei agere, ut consequatur quod sua interest, taxandum non jurejurando actoris in litem, sed arbitrario judicis. Quo pertinet species, l. 4. C. de act. emp. & in hanc quoque sententiam tandem concessit Bachov. not. in paratit. Wolemb. tit. de act. emp. VINN. Quae hic proluxè admodum dilputat Vinnius, Maximè

partem vera. sed supervacua sunt. Contraria enim sententia nititur præjudicata opinione, cum, qui factum nudum promittit, liberari, præstando id, quod interest, cum tamen l. 72. de P. O. l. 13. §. ult. de re jud. l. 71. §. 2. si de cond. & dem. l. 2. ff. de lib. hom. exhib. non dicant, propter sententiam in arbitrio esse, factumne an id, quod interest, prætere malit, sed stipulationem optinem habere, factum exigere, an id quod inter est, petere malit. Vid. Cujac. ad l. 72. ff. de P. O. Cotel. Misfeld. l. 11. cap. 3. Huber. Præloc. ad insi. b. t. §. 4. & quem honoris causa nominio, celeberrimus Thomastus Diss. Sing. an qui factum promittit, liberetur præstando id quod interest. HEIN. Argumentum est emptiois contractus.] Sape artha nomine aliquid dari ab emptore solet: Sed quod ita datur, datur firmandi contractus gratia, & quo facilius probari possit, inventio de pretio, non quod sine artharum convenisse emptio non perficatur, l. 2. quod saps. 35. pr. hoc 8. tit. Datur autem artha, vel simpliciter, ut sit argumentum dumtaxat, & probatio emptiois contractus: veluti si annulus datur; vel ut firma postea cedat in partem pretii detur; vel ut simul pecunia. l. 11. §. si qui vina. 6. de act. emp. l. ult. de leg. commiss. Cum artha tantum ut symbolum data est, impleta emptioe, id est, te tradita & pretio numerato, restituenda est emptori, utilisque in eam rem est actio ex empto, aut conditio sine causa, d. l. 11. §. 6. de act. emp. cum in certa pecunia, cedit in defalcationem pretii, nihilque repetitur; sed reliqua pecunia re tradita exsolvenda est, d. l. ult. de leg. commiss. Utroque autem casu hoc evenit, ut si postea placuerit emptioem esse irritam, id quod artharum nomine datum est, emptor repetere possit, vel actione ex empto, vel etiam conditioe sine causa, d. l. 11. §. 6. de act. emp. junct. l. 2. C. quand. lic. ab empt. disc. Et cum ergo utroque casu, etiam arthas intervenientibus solo communi consensu ab emptioe recedi possit, apparet, donatione artharum neutrubi rem destinare esse integram; constanter enim traditum est, solo consensu, licet mutuo ab emptioe & similibus contractibus recedi non posse nisi ad huc res sit integra, l. ab emptioe. 58. de pact. l. 1. §. l. 2. C. quand. lic. ab empt. disc. §. ult. inf. quib. mod. toll. obl. Quando igitur res integra esse definit, ut solo consensu ab emptioe recedi nequeat? Nimirum cum aliquid præstitum est eorum, quæ ex natura contractus præstari debent, ut expressum est in d. l. 58. de pact. puta si vel venditor rem aut partem rei tradiderit, vel emptor pretium aut partem pretii, d. l. 1. §. l. 2. C. quand. lic. ab empt. disc. §. 4. §. ult. inf. quib. mod. toll. obl. Ex quibus apparet, DD. vulgo duplici in errore versari: primum quod exultant in pretio arthæ dantur in nummis, qui postea in quantum impenduntur, rem non amplius æstimari integram: deinde quod artha data in argumentum contractus, res sic integra maneat, ut vel uni liceat invito altero

ab emptioe discedere, emptori cum amissione artharum, venditori cum duplicatarum restitutione. Quod per quam absurdum est, atque incertissima juris principia impingit. Sed de eo paulo post diligentius.

In his autem, quæ scriptura consuntur.] Potest contractus emptiois ex voluntate & conventionem partium aliam naturam adsciscere, quam est ea, quam ex jure communi & gentium habet, ut scilicet an vim & confirmationem obligationis scripturam intervenire necesse sit, cum absque tali conventionem foret, ut nudo & simplici consensu, ut alias sine scriptura, perficeretur: nam non in emptioe solum, sed etiam in aliis causis id usu venit, ut in permutatione, transactione, donatione, que non excedit 500. solidos, &c. l. contractus 17. C. de fid. instr. Quando autem id inter contrahentes actum intelligatur, diligenter observandum est. Etiam in scriptis contractum dicitur, non quoties de negotio in conventionem deducto scriptura confecta est, (quippe solent plerumque scriptura confici, non ut robur & substantiam eis contractus accipiat, sed faciliorem probationis gratia, & ad futurum rei memoriam, (verum tunc demum, cum id actum est, ut non aliter contractus valeat, quam si in scriptum redigatur. Id vero actum intelligitur ut rectè Placentinus & Azo, non tantum cum nominatum & expressè convenit, ut non valeat contractus, nisi in scripturam redactus esset: verum etiam si simpliciter convenit, ut in scriptis contraheretur, vel, quod idem valet, si ab initio placuerit, contractum in scriptis fieri: nam & hic non obscurè id agitur, ut contractus non nisi scriptus valeat, neque ad hoc expressionem conventionem requirit Justinianus in d. l. contractus. 17. Consentit Gloss. hic. Caltr. in d. l. contractus 17. Scharh. ibid. n. 5. Quia etiam ratione si partes aut in ipso actu contrahendi, aut paulo ante contractum petierit, ut calamus afferretur, ut accerteretur notarius contrahendi & consensendi instrumenti gratia, rem in scriptis geri, & sine scriptura nihil actum voluisse ceteri debent. Quæ sententia etiam rebus judicatis confirmata est, teste Ant. Fab. C. suo, de testibus. desin. 23. §. de fid. instr. desin. 14. quamquam dissentit Salic. in d. l. contractus. 17. & nonnulli alii quos allegat. Et ut cautus servari, probare videat D. Deker lib. 2. dissert. 13. n. 3. At vero si quod læpè sit, post contractum initum & conclusionem negotii, instrumentum de eo confectum fuerit, scriptus potius quam in scripturis initus, contractus dicitur. Sicui nec rectè quæ dixerit testamenta nuncupativa, quæ hodie frequentantur, per scripturam fieri, licet plerumque scribantur, quoniam, ut scribantur, ad substantiam eorum non pertinet, vid. sup. §. ult. de res. ord. Sed etiam in contractu inchoato convenit ut de eo instrumentum conficeretur, ne si quidem id actum intelligi debet, ut contractus in scriptis fieret, sed potius ut sine scrib

scriptura initus perfectissime ad futurum dumtaxat rei memoriam desideratur, Quippe in dubio, si non appareat quid actum sit, credendum est, ad probationem potius, quam ad validitatem actus, scripturam intervenire, cum actus talis est, qui sine scriptura prociit subsistere, l. 4. de pign. l. 4. de fid. instr. l. cum res. 12. C. de probat. Et ibi Bald. ut jure communi magis, quam specialiter contrahentes usi videantur, l. Imperator. 30. de reb. auct. jud. possid. l. 14. de priv. cred. Ant. Fab. d. l. loc. DD. comm. in d. l. contractus. 17. C. de fid. instr. Christin. vol. 3. desin. 29. n. 15. §. seq. Andr. Fachin. 2. contr. 97.

11. Nisi in instrumentis emptiois.] Quoties placet, negotium scriptura confici, non ante id pro perfectio habeatur, quam in scripturam redactum est, instrumentumque ejus negotii rite confectum. Si privata sit scriptura, sufficit ad completionem instrumenti, propria contrahentium manu id præscriptum esse: modo ne quod scriptum est pro prima scheda & delectitia, in qua partes aliquid addi aut detrahi & deleri voluerit, habitum sit: tum enim ad perfectionem contractus requiritur, ut scheda illa in mandum redigatur. Quod si instrumentum non ab ipsis contrahentibus, sed ab alia persona privata scriptum sit, id pro completo habeatur; cum utriusque contrahentis subscriptione confirmatum est. Si vero instrumentum sit publicum, puta consuetudum per tabellionem sive notarium, id non aliter completum intelligitur, neque vires ulla habet, quam si à notario exceptum perfectumque, & partibus prælectum fuerit, atque ab ipsis approbatum, hoc test. §. d. l. contractus. 17. De requisitis instrumenti publici, & que de more inseri soleant, vid. Covar. bras. q. 20. Welemb. parat. de fid. instr. Alchul. lib. 3. c. 42. num. 13. §. seq. cum ibi citari.

Donec aliquid desit, penitentia locus est.] Cum contractus in scriptis fieri placuit, scripta ad substantiam contractus pertinere incipit: & ideo quoad instrumentum perfectum non est, obligatio non nascitur, & nihil dum actum intelligitur, qua de causa interim etiam penitentia locus est, licetque alteruti à negotio, quod institutum est, sine pena discedere. Ceterum hoc ita, nisi quid artharum nomine datum sit. Quod cum factum est, placet quidem, adhuc sine mutuo consensu recedi posse, sed emptorem consilium mutantem, quod dedit, amittere; venditorem ejus, quod accepit, duplici restituere, d. l. contractus. 17. C. de fid. instr. & hoc nostris test.

12. Siue in scriptis siue sine scriptis venditio celebrata sit.] Id est, celebrari coepta sit; quam esse mentem Justiniani, ex eo intelligitur, quod ante dixit, penitentia locus esse, quoad aliquid desit ad perfectionem contractus. Hoc enim ipso aperte significat, cum contractus est perfectus, & nihil amplius ad conti-

tionem obligationis desideratur, penitentia locus non esse nec posse ullo modo ut in invito altero ab eo recedere. Ex ipsa constitutione Justiniani d. l. contractus. 17. Et elucet clarius verbis super facienda emptioe. Item non procedente contractus, item qui venditor pollicitus est, qui emare passus est. Quæ omnia manifestè ostendunt, nec arthas datus penitentia locus esse, nisi contractus adhuc imperfecto. Paraverit autem forte aliquis, hoc non convenire cum eo, quod arthas dicitur esse argumentum emptiois contractus: ex eo enim sequitur, arthas non dari, nisi contractum jam perfectio. Respond. Verum est, arthas plerumque quidem contractu demum perfectio dari solere: ceterum nihil prohibet quominus & ante contractum dentur super facienda emptioe ei, qui vendere pollicitus est, quæ sunt verba d. l. contractus. 17. Et in ipso actu contrahendi, quoad adhuc contractus aliquid desit, ut est in hoc text. neque id tantum cum in scriptis res geritur, verum etiam cum sine scriptis. Neque enim statim inter partes de pretio convenit; accessioem quoque & finium definitio saepe tractum tempore habet, & interim aliquid arthæ nomine dari potest ab eo, qui de re emenda tractare coepit; ne quis alius facile prævertat; nec venditori liceat impune recedere. Concedunt omnes, 13. si sine arthas emptio celebrata sit, recedi à negotio sine communi consensu non posse: ceterum si arthæ intervenierint, putant plerique, etiam tunc locum penitentia dari, cum contractus jam perfectus est, & posse adhuc ab eo discedi hac conditione, si emptor discedere volens arthas relinquit, venditor recedens reddat duplicatas. Quod minus ferendum est. Quid enim certius hac juris sententia, obligatiolem lemeli constituitur rennato invito adversario non licere? l. 5. C. de act. §. et act. Atque hoc vel maxime valet in contractu emptiois & venditionis, l. ab emptioe. 58. de pact. l. 1. §. 2. C. quand. lic. ab empt. disc. usque adeo ut consensum sit, nec ex re scripto Principis ab emptioe jure perfectæ recedi possit, l. 3. C. de resc. vendi. Non mutata hanc sententiam artharum post contractum perfectum intervenit, sed magis firmat: quoniam arthæ non dantur infirmamdem emptiois causa, sed confirmamdem: datur enim tunc in hoc, ut sine argumentum emptiois jam contractus, hoc test. §. l. quod saps. 35. eod. Jam vero absurdum est, id quod ad confirmationem contractus datur, ad eversioem ejus flecti: & omnino fallum est, quod per defensionem contractus sententia assertur, datione artharum hoc tacitè agi intelligi, ut liceat alteruti ab emptioe contracta recedere cum factura artharum aut duplicatarum restitutorie. Neque interpretis est, hujusmodi tacita pacta sine auctoritate legum, & contra mentem atque intentionem contrahentium introducere. Non obstat, quod is, qui nominatum in rem