

eam deceptam non esse. Idem juris est, si hominem liberum pro servo emerit.

COMMENTARIUS.

1 Quorum rerum venditio recte fiat, aut secus?
2 Quid juris si uterque aut alienator qualitatem rei ignoraverit?

Sine re, quae veniat, emptio intelligi non potest, *l. 8. b. t.* Res haec ut plurimum certa est: nonnumquam tamen & incerta, ut cum fructus futuri aut frumetes in herbis emanantur, *d. l. 8. §. 1. h. t. §. ult. eod.* cui non ab similibus est quasi alieno emptio, veluti cum captus piscium, vel avium, vel ferarum in venatione emitur. In quo genere quod capitur, emptoris commodum est, etiam si decuplo pluris fit, quam pretium constitutum: si nihil incidit, emptor pretium constitutum nihilominus praestare cogitur, quia spei emptio est, *d. l. 8. §. 1. h. t. §. ult. eod.* *de act. empt.* Omnium autem rerum, quas quis habere, vel possidere, vel persequi potest, venditio recte fit: quas vero natura vel gentium jus, vel mores civitatis commercio exemerunt, earum rerum nulla venditio est, *l. si in emptioe. 34.* *§. 1. h. t.* Ratio periculosa est, quoniam in venditione hoc agitur, ut dominium transferatur, *l. cum manu. 80. §. ult. eod.* & utique saltem ad hoc obligatur venditor, ut praestet, rem habere licere, atque ut uti capiendi conditionem in emptorem transferat, quorum nihil in res commercio exemptas cadit. Est autem hic quoque locus omnium contractuum communis: nam quae commercio exempta sunt, in obligationem non magis recte deducuntur, quam quae non sunt in rerum natura, nec esse possunt, *§. 2. sup. de inst. §. 2.*

2 Frustra quis scitis emit.] Si uterque contractum qualitatem rei non ignoret, aut si solus emptor sciat rem, quae venit; non esse in commercio, emptio plane nulla est, *l. 6. l. si in*

emptioe. 34. §. 1. l. liberi. 70. b. t. Sed & talis emptio liberi hominis improbat est, cum servus erit: quamvis enim res future emi possunt, tamen facta non est iustitiam calus expectari, *d. l. 34. §. 2. vid. sub. h. §. 2. de inst. §. 1.* Illud quaeritur, an si emptor sciverit qualitatem rei, venditor ignoraverit, pretium solum condici potest? Bartolus in *l. cum lex 46. de fideiuss. putat*; condici potest, *arg. l. 11. §. ult. de act. empt.* quod etiam placet Gomez. 2. *resol. num. 50.* contra Angel. & Fabian. de Monte. Quid juris sit, si res vendita aut pars ejus sit consumpta, puta domus vel tota vel ex parte combusta, docet Jurisconsultus in *l. domum 57. per tot. h. t.*

Deceptus à venditore, etc.] Si locus facer, religiosus, publicus, aliave res, cuius commercium non est, pro profana aut privata ignoranti vendatur, placet, emptioem contrahi, *l. 4. eod.* si venditor quoque conditionem rei ignoret si ve ille sciat, emptor ignoret solus, *l. liberi 70. eod.* Ceterum explicandum hoc est ex Modestino in *l. qui off. cit. 62. §. 1. eod. et hoc text.* nimirum in proposito non ita tenere emptioem, ut res ipsa debeatur, aut emptor possit agere ex emptio, ut eam habere tenere liceat, cum res, quae extra commercium est, haberi, possideri nequeat: sed haecenus tantum, ut si venditor sciverit qualitatem rei, emptor ignorans possit adversus venditorem ex emptio experiri, ut consequatur quod sua interest, deceptum non esse: ut perinde hic esse dolo suo venditor obligetur, ac si rem, quae in commercio sit, vendidisset, doloque fecisset, quoniam eam tradere possit; neque enim actio de dolo hic desideratur, cum sufficiat ex emptio: quippe quia cum res ipsa praestari nequit, emptor in id quod sua interest, experiri potest, *l. 1. l. 11. §. idem aut. 9. de act. empt.* Quod si nec venditor qualitatem rei sciverit, aequum est, haecenus saltem eum teneri ut pretium, quod accepit, restituat, *arg. d. l. 11. §. ult. de act. empt. l. si fundus. 33. locat.*

TITULUS VIGESIMUS QUINTUS.

DE LOCATIONE ET CONDUCTIONE.

Dig. Lib. 29. Tit. 2. C. Lib. 4. Tit. 65. & Lib. 11. Tit. 70.

Continuatio. Quid si locatio in quibus diffirat ab emptioe? Quotuplex sit, tum quae res aut facta locationem recipiant.

Secunda species contractuum, quae solo consensu perficiantur, est locatio conductio. Habet hic contractus magnam affinitatem cum emptioe & venditione, ac pene totus hic titulus consumitur in explicandis utriusque contractus similitudinibus & dif-

ferentibus. Locatio conductio est contractus, quo id agitur, ut pro usu alicujus rei aut opera personae certa merces praestetur. Itaque inter emptioem & locationem haec differentia est, & quidem principalis, quod in emptioe id agitur, ut dominium transferatur, id est, ut res tota cum

DE LOCATIONE ET CONDUCTIONE.

COMMENTARIUS.

- 1 Communia emptiois & locationis.
- 2 In locatione emptio diverso respectu eundem & locatorem alicui & conductorem.
- 3 Circa locationem agrorum quaedam singularia apud Hollaros consuetudina: & an dispositio *l. pen. C. hoc tit. in praxi hodierna servatur.*

Locatio & conductio finitima est emptioe & venditioni, eisdem fere Juris regulis continetur, *l. 2. h. t.* Nam ut sine re, quae veniat, nulla est emptio, ita sine re, quae locetur, nulla intelligitur locatio: ut emptio solo communi consensu de re & pretio interveniente perficitur, ita locatio perfecta habetur, si de usu rei & mercede convenierit. Merces respondet pretio, facultas utendi rei dominio. Quomodum pretium rei venditae certum esse debet saltem per relationem, ita & merces locationis. Sicut pretium emptiois in pecunia numerata constituit, ita & merces rei aut operae conductio. Ut nulla venditio est, quae donationis causa fit, aut cum dicis gratia res venditur uno nummo, ita nec ulla conductio est, quae donationis instar inducit, *l. si quis 46. h. t.* Ulic, ita etiam hoc ex bona fide omnia exquiruntur, nec dubitandum est, quin beneficio *l. 2. C. de ref. vend.* etiam locus sit in locatione & conductione DD. comm. in *d. l. 2.* Denique interdum propter similitudinem vix emptio & locatio inter se fieri possunt. Quae omnia certius postea intelliguntur.

Si merces constituta sit] Duplex hic indicatur convenientia locationis & conductionis cum emptioe & venditione. Prima est, quod conveniunt causa efficiente, id est, quod nulla consentientium voluntate contrahuntur, nec aut littera; aut rei alicujus praestatio ad consentientiam obligationem desideratur, *l. 1. h. t.* Altera, quod ex parte conveniunt in materia: nam ut in emptioe pretium constitui oportet, ita in locatione mercedem: inter quae non alia differentia est, quam quod aestimatio totius rei, quae fit in emptioe, pretium dicitur; aestimatio usus rei, quae in locatione fit, merces: quae tamen quoniam nihil aliud est quam pretium usus, & ipsa saepe pretium appellatur, *l. quod si. 28. §. 2. l. en lege. 51. §. 1. l. infulam. 58. pr. b. t. l. ut. de leg. Rhod. l. 10. in fine. de acq. poss.* In locatione rerum immobilium etiam speciale nomen habet, & pensio dicitur, *l. ex conducto. 15. §. 4. l. sed addes. 19. §. 1. §. si quis 6. l. quaro. 54. h. t.* Utrum autem ut pretium rei venditae, ita & merces locationis in pecunia numerata consistere debeat, an in aliis quoque rebus consistere possit, dicam inferius sub *§. 2. hoc tit.*

TEXTUS.

Collatio emptiois, & locationis.
De mercedis conventionione.

Locatio & conductio proxima est emptiois & venditioni, iisdemque juris regulis constituitur. Nam ut emptio & venditio ita contrahitur, si de pretio convenierit; sic & locatio & conductio ita contrahi intelligitur, si merces constituta sit. Et competit locatori quidem locati actio, conductori vero conducti.

C c c c c

ducti amba directe. In contractu emptiois facile discerni potest, uter emptor, uter venditor sit. In contractu autem locationis interdum dubites, uter locator, uter conductor dicendus. In locatione rerum res certa est; nam is semper hic locator est & dicitur, qui rem utendam dat; conductor, qui utendam accipit, & mercedem præstat. At in locatione operarum non tam facile id discerni potest. Interdum enim qui operas præstat, & mercedem accipit, locator dicitur, is, cui præstantur operæ, & cui mercedem dat, conductor, l. sed addes. 1. §. pen. l. item si 22. §. 2. l. qui operas. 38. h. t. l. 1. de assim. ad. Interdum contra locator is dicitur, cui mercedem danti operæ præstantur; conductor, qui accepta mercede operam præstat, l. 11. §. pen. l. 13. §. 1. 2. & 3. d. l. sed addes. 1. §. si quis. 7. d. item si 22. §. 2. l. si merces. 21. §. pen. & pass. h. t. Sed dicendum est, in hac specie locationis diverso respectu eundem & locatorem & conductorem videri. Nam qui operam locare dicitur, ille idem dicitur conducere opus faciendum; & ex contrario, qui operam dicitur conducere, idem dicitur locare aliquid faciendum, ut conductor operis idem sit operæ locator; & locator operis idem operæ conductor; quam distinctionem subministrat d. l. item si 13. §. 2. h. t. & d. l. 1. de assim. ad. Per opus autem intelligo quævis fructum operæ, v. c. si quis se erudiendum locet magistrum ut artificem, vel vehendum artem. Edium conductor specialiter inquilinus, argi colonus, operis rector vechigalis publicanus vel mancepis vedemptor, vechigalis publicanus vel mancepis vedemptor dicitur. VINN. Sæpe quis locator, quoque conductor fit, ex eo iudicandum, à quo contractus incipiat; quippe qui locare dicitur, vid. l. 19. §. 9. junct. l. 22. ff. h. t. Cujas observ. lib. 2. cap. 28. Si ne sic quidem res ad liquidum perduci potest, actione præscriptis verbis expediendum l. 1. §. 1. ff. præscr. verb. HEIN. Apud nos locatio agrorum non procedit sine interveniu instrumenti aut publici aut privati, nec absque instrumento locationis ullo colonus jus est agro conducto frui. Extat de ea re constitutio Caroli Principis edicta an. 1515. confirmata arr. 30. ord. pol. Præterea scribit D. Grotius, lib. 3. manduic. ad Jurispr. Bar. c. 19. instrumentum super locatione fundi non confecto, locationem non tantum nullus esse momenti, verum etiam colonum, heredemve ejus aut conductorem, in jus vocatos. & contra domini voluntatem manentes in detentione & fruitione rei, usque dum his consentiat, præterquam quod rem ipsam domino restituere, impensas refundere, dampnum omne sarcire compellantur, etiam multari in dimidia parte pretii rei conductæ, quamvis postea parati sint dominum admittere. Quod si in detentione perniciter perseverent usque ad sententiam definitivam, tunc suæ quasi invasionis hæc pœnam pati, ut post restitutionem rei, dampnum omnis & impensarum restitutionem, in totius insuper rei æstimationem damnentur. Quæ quidem omnia etiam arr. 33. de ord.

politi. continentur. Sed in desuetudinem jam dudum abiisse asserit Groenew. de ll. abrog. ad l. pen. C. de locat. Constitutio quoque Caroli hujus pœnæ non meminit, sed jubet, in casu propositi conductores severiter arbitrio iudicis pœnam multari; habita ratione qualitatibus personæ & facti. A Zenone sanè in genere constitutum est, ut conductores qui finito tempore conductiois contra domini voluntatem usum rei conductæ retinent, atque in jus vocati rem domino petenti ante sententiam definitivam non restitunt, cogantur præter rem ipsam etiam æstimationem rei victori domino tanquam invasores præstare. Ceterum in præxi Gallie, & supremæ Curie Mechiniensis hoc non observari, conductoremque hoc casu teneri dumtaxat ad damna & intercessit, notat Christin. vni. 3. decis. 109. n. 2. & decis. 118. n. 4. & segg. & Aurum, ad d. l. pen. C. de locat. quævis insuper etiam iudicis arbitrio multari possit.

TEXTUS.

De mercede collata in arbitrium alienum.
 2. *Et que supra diximus, si alieno arbitrio pretium permillum fuerit, eadem de locatione & conductione dicta esse intelligimus, si alieno arbitrio merces permilla fuerit. Qua de causa si fulloni polienda curandave, aut sarcinatori sarcienda vestimenta quis dederit, nulla statim mercede constituta, sed postea tantum daturus, quantum inter eos convenerit, non propriè locatio & conductio contrahi intelligitur, sed eo nomine actio præscriptis verbis datur.*

NOTÆ.

1. *Fulloni polienda*] Gloss. vet. λέκυσσός, σαρτρία. Officium fullonis esse potire, curare, lavare. l. 31. h. t. l. 48. §. 4. l. 82. de succ. l. 2. de cond. sin. ca. Plin. 37. c. 17.
 Non proprie locatio] Sed novum negotium à locatione separatim proprium nomen non habens, & ideo hic recurrendum ad actionem præscriptis verbis, l. 1. l. 2. & 3. junct. l. 22. de præscr. verb.

COMMENTARIUS.

1. *Actio præscriptis verbis unde dicta?*
 Si alieno arbitrio pretium] Emptio & locatio in hoc quoque conveniunt, quod uti in illa pretium, ita in hac merces in arbitrium certe personæ, puta L. Titii, confertur potest; hoc scilicet effectum, ut si quidem Titius mercedem definiiverit, contractus ratus habeatur, sin minus, nullius momenti sit, l. si merces. 25. pr. h. t. l. ult. C. de contr. empt. Huc accommodanda sunt, quæ notamus sub §. 1. præc. it.

Nulla statim mercede constituta] Quemadmodum ad contrahendam emptioem opus est, ut pretium statim suo initio contractus constituitur, & quidem certum saltem per relationem; ita quoque ad contrahendam locationem necesse est, ut pretium constituitur certa merces: mercede initio non constituta, quasi deficiente parte hujus contractus essentiali, in aliud negotium res incidit. Et siquidem gratis usus rei concedatur, commodatum est; si gratis suscipiatur operæ, mandati obligatio: si neutrum gratis fiat, sed ex mercede, quæ postea constituetur, contractus inominatus, Factio ut des. Et ideo præscriptis verbis agendum est, l. si tribi. 22. de præscr. verb. §. 2. in fin. sup. quib. mod. re contr. obl. §. ult. inf. de mand.

Actio præscriptis verbis] Ad quam confugere necesse est, quoties deficiunt vulgaris atque usitata actionum nomina, aut contractus existunt, quorum nulla certa appellatio iure civili prodita, l. 1. & 3. segg. de præscr. verb. Dicta est actio præscriptis verbis, ut multis doctis vixis placere video, ex eo, quod præscriptis verbis rem gestam demonstrat, & eadem demonstratione vice nominis, quo caret, utatur. Quod & verissimum esse intelligi potest etiam rescripto Alexandri, quod est in l. 6. C. de transact. ubi Jurisconsultissimus Imperator hac ipsa circumlocatione actionem hanc describit: *Aut enim, inquit, stipulatio conventi- ni subjecta est, et ex stipulatio actio competit; aut si omnia verborum obligatio est, utilis actio, quæ præscriptis verbis rem gestam demonstrat, danda est.* Eo eadem quoque causam hæc actio dicitur in factum, l. 1. & pass. de præscr. verb. Et interdum plena oratione præscriptis verbis in factum, l. Titius. 24. d. tit. Alia Francisci Hotomanni conjectura est. VINN. Contractus nominati habebat certum nomen, certamque causam. Unde non opus erat, ex iis acturis, factum, quod inter contrahentes intercesserat, proluxe enarrare: sed sufficiebat, modo genus contractus nominaretur; e. g. *AIO TE MIHI EX MUTUO DARE CENTUM OPORTERE.* Prætori enim jam notum erat, quale illud factum sit, quod inter creditorem & debitorem intercedere solerat. Aut in contractibus inominatis factum erat enarrandum, e. g. *AIO TE MIHI MERCEDEM, DE QUÀ INTER NOS CONVENERIT, OB POLITA VESTIMENTA TUA DARE OPORTERE.* Hinc dicitur actio incerta, l. 6. C. de rer. permitt. incerti, l. 7. §. 2. ff. de præscr. verb. & quia formulæ hujusmodi actionum à Jicis præscribi solebant, præscriptis verbis. Vid. Val. Max. lib. 7. cap. 2. & antiqu. nostras Rom. lib. 4. tit. 6. §. 32. HEIN.

TEXTUS.

In quibus rebus merces consistat.
 2. *Præterea sicut vulgo quærebatur, an permittatis rebus emptio & venditio contra-*

heretur, ita quæri solebat de locatione & conductione, si forte rem aliquam utendam, sive fruendam tibi aliquis dederit, & invicem à te utendam sive fruendam aliam rem acciperit. Et placuit, non esse locationem & conductionem, sed proprium genus contractus. Veluti si cum unum bovem quis haberet, & vicinus ejus item unum, placuerit inter eos, ut per denos dies invicem boves commodarent, ut opus facerent, & apud alterum alterius bos perierit, neque locati, neque conducti, neque commodati competit actio: quia non fuit commodatum gratuitum, verum præscriptis verbis agendum est.

NOTÆ.

2. *Placuerit inter eos*] Et unus à sua parte conventionem impleverit, id est, bovem suum per denos dies commodaverit: nam si conventio placuit tantum sine fecit, nudum pactum est, ex quo jure nostro actio non datur, l. 7. §. 2. & 4. de part. l. 27. C. de locat. l. 3. C. de rer. permitt. præscriptis verbis agendum] d. l. 17. §. 3. de præscr. verb. Ex quatuor autem generibus contractuum inominatorum, quæ recentel Paul. l. 5. d. 1. Do, ut des; Do, ut facias; Factio, ut des; Factio, ut facias, ad postremum videatur species proposita pertinere.

COMMENTARIUS.

1. *Non magis pretium seu mercedem locationis quam pretium emptiois in alia re consistere quam in pecunia numerata.*
 2. *Ad l. si olei. 21. C. hoc tit.*
 Etiam hic locus pertinet ad ostendendam æffinitatem, quæ locationi cum emptioe intercedit. Quærebatur olim, an rerum permutatione emptio & venditio contraheretur, & pari de causa an mutuo rerum usu ad tempus concessio contraheretur locatio & conductio? Placuit autem, nec illic emptioem esse, quia pretium non intervenit; nec hic esse conductionem, quia non intercedit merces, l. si convenerit 23. comm. d. vni. l. si gratuitum am. 17. §. 3. de præscr. verb. Atque omnimodo credible est, ob eandem rationem, ob quam illic negatur intervenire pretium, negari hic intercedere mercedem; nimirum quia nec pretium emptiois, nec merces locationis in alia re consistere potest, quam in pecunia numerata. Id quod efficit mihi videtur pretii & mercedis similitudo, atque eadem planè utriusque ratio. Utrumque enim æstimatum est, alterum rei totius, alterum temporanei usus: quæ tamen æstimatio & ipsa revera nihil aliud est quam pretium, eoque nomine etiam frequenter à nostris appellatur, ut superius demonstravimus. Jam vero constat, res omnes æsti-

mari pecunia; & extra pecuniam rem unam estimationem aut pretium alterius non esse, ac ne fungibilem quidem, ac proinde eum in utroque contractu aliquid estimandum veniat, in emptione res ipsa, in locatione usus rei, ratio exigere videtur, ut non minus in hac, quam in illa, pretium nummarium intervenire oporteat; quod etiam multis auctoritatibus confirmari potest. Ulpianus in l. si convenierit. 2. §. comm. div. scribit, si inter socios convenierit, ut alteris annis fructum perciperent, locationem non esse, propterea quod nulla merces intercesseret. Idem in l. 1. §. si quis. 9. de pos. negat, locationem esse ubi pecunia non datur, in l. §. 2. de praeser. verb. emptio & locatio in eo convenire dicuntur, quod in utroque contractu pecunia intervenit. Facit hoc, l. si merces. 25. §. vis major. 6. hoc tit. junct. l. si apes. 26. §. 1. de furr. Quibus locis colonus partiaris opponitur colono vero, qui ad pecuniam numeratam conduit. Postremo hic faciunt loci, in quibus simpliciter pecuniae, numerorum, pretii mentio fit. Ut in l. quod si. 28. §. 2. l. si quis. 46. l. si decem. 5. l. insulam. 5. 8. & pass. hoc tit. l. 1. in fin. mand. Neque hic excipere qui potest, omnibus istis locis appellatio pecuniae res quasvis, aut certe fungibiles etiam significari: nam pecuniae verbum in dubio numeratam & signatam pecuniam designat. l. 7. §. 3. de senat. missal. Et cum rebus aliis opponitur, semper pro summis accipitur: apparatusque ex universa disputatione Jurisconsultorum, ideo eos mercedem pecuniarum in locatione exigere, ut habeat hic contractus propriam & distinctam a contractibus innominatis naturam. Unus maxime locus est, qui Corasium lib. 2. misc. 11. Panell. ad l. 2. c. de res. vend. part. 2. rubr. cap. 3. num. 29. alioquin recentiores movit, ut putarent, mercedem locationis in quasvis re consumptibili consistere posse, videlicet l. si olei. 21. C. hoc tit. Sed dupliciter responderi potest; primum cum Saliceto proponi in d. l. 21. calum, quo fundus locatus est certa quantitate fructuum in eo fundo nascentium, olivetum scilicet certa ponderatione olei. Esti autem tale negotium a natura locationis, quae pecuniam numeratam desiderat, nonnihil recedit; tamen ex aequitate & communi contrahentium usu receptum videtur, ut si res fructuum ferens pro certa quantitate fructuum, quos ea res producit, tanquam mercede, utenda data sit, hujusmodi contractus pro locatione & conductione habeatur: & sunt hoc genus coloni non sibilimes coloni partiaris, excepto eo quod coloni partiaris incertam quantitatem, puta tertiam aut quartam partem fructuum solvunt, & quasi societatis jus cum domino fundi habent, l. si merces. 25. §. vis major. 6. hoc tit. Deinde responderi potest, vice pecuniae seu mercedis aut pretii in pecunia constituti fructus vel aliam quantitatem ex pacto praestari posse falso contractu, l. 9. C. de res. vend. l. sed ad delo. 19. §. 3. l. & hoc 33. in fin. hoc tit. Atque ad ejusmodi calum A. l. si olei. 21. pertinere. Esti

enim fundus is proponitur locatus certa ponderatione olei, ex eo tamen non efficitur, necessario mercedem initio non fuisse constitutum in pecunia numerata. Quippe non est novum, ut, quod postremo placuit, solum exprimitur, quasi quod maxime spectatum fuit. Idem responsum esto ad l. §. et ad d. l. excepto. 17. e. cod. Ita sentiunt Glossa, Bart. & comm. DD. in d. l. 5. §. 2. de praeser. verb. & d. l. si olei. 21. C. hoc tit. Gomez. 2. resol. 3. num. 3. Fachin. 1. contror. 82. Christin. vol. 3. desol. 109. num. 11. ubi etiam arrepto supreme Curie Mechlin. hanc sententiam confirmatam refert. D. Tuldenus comm. hic cap. 4. cum D. Busio ad l. 2. hoc tit. diffingit inter locationem operarum & rerum, quasi illic merces in pecunia tantum, hic etiam in alia re constitui possit: quod etiam ante eos tentavit Greg. Lopez. 1. animadvers. 15. distinguens inter locationem fruenti & faciendi. Sed haec distinctio duplici vitio laborat, 1. quod juxta eam etiam pro mercede domus locatae res fungibiles locari possit, 2. quod pro mercede fundi locati, etiam alterius generis fructus. Et cur igitur non item pro locatis operis aliquid quam pecunia?

Sed proprium genus contractus? Si convenire tantum, ut res ultro citroque utentia darentur, nudum hoc pactum est simile pacto permutationis: ex eujusmodi pactis nemini iure civili actio datur. Sed ubi causa laesive crepit, id est, ubi unus a sua parte conventionem implevit, cum alter non esse incipit seu contractus, & alter efficaciter obligatur, l. iuris gentium. 9. §. 2. & §. 4. de pact. l. 3. C. de rer. permut. quoniam in eodem proposito si unus bovem suum per denos dies secundum conventionem ad opus faciendum concesserit. Accedit hic contractus prope ad locationem & commodatum propter usum rei, qui in his omnibus conceditur: sed tamen neque locatio est, quia merces non intervenit; neque commodatum, quia placuit mutuum usum praestari: commodatum aut debet esse gratuitum. §. 2. in fin. sup. quib. mod. re contr. oblig. verum est species contractus innominati, ex quo civilis incerti actio, id est, praescriptis verbis competit, l. si gratuitum. 17. §. 3. de praeser. verb. Ex quatuor autem generibus contractuum innominatorum, quae recenset Paulus, l. §. d. rit. Do, ut des; Do, ut facias; Facio, ut des; Facio, ut facias; ad posterum videtur species proposita pertinere.

TEXTUS.

De Emphyteusi.

3. Adeo autem aliquam familiaritatem inter se videntur habere emptio & venditio, item locatio & conduction, ut in quibusdam causis vari soleat, utrum emptio & venditio contrahatur, an locatio & conduction; ut ecce de praedictis, quae perpetuo quibusdam fruentia traduntur, id est, ut quamdiu perito sive reditus pro his domino pra-

praestetur, neque ipsi conductori, neque haeredi eius, cuive conducto haresive ejus id praedictum vendiderit, aut donaverit, aut dotis nomine dederit, aliove quocumque modo alienaverit, auferre liceat. Sed talis contractus quia inter veteres dubitabatur, & a quibusdam locatio, à quibusdam venditio existimabatur, lex Zenoniana lata est, quae emphyteusos contractus propriam statuit naturam, neque ad locationem, neque ad venditionem inclinantem, sed suis passionibus fruendum; & siquidem aliquid pactum fuerit, hoc ita obtinere, ac se naturalis esset contractus: sin autem nihil de periculo rei fuerit pactum, tunc si quidem totius rei interiorius accesserit, ad dominum super hoc redundare periculum: sin autem particularis, ad emphyteuticarium hujusmodi damnum venire; quo jure utimur.

NOTE.

3. Perpetuo fruendo] Jus emphyteuticum natura sua perpetuarium, l. 1. C. de off. com. fac. pal. l. 1. & 3. C. de loc. praed. civ. lib. 11. ex conventionem tamen temporalium esse potest, l. ult. si ag. vit. modo ne ad modicum tempus constituitur, arg. l. 1. §. 3. de superfl.

Id praedictum vendiderit] Caterum cum vendere capit, domino prius offerre debet emendi praerogativam, juxta dispositionem l. 3. C. de jur. empty. alioqui iure suo cadit. In donatione autem idem postulari non nisi inique potest. Plane inducitur & honorarium (quod barbarè laudemium, in omni alienatione necessaria, d. l. 3. circa fin.)

Lex Zenoniana] Originem autem à Zenone non trahit. Vid. Horom.

Si quidem aliquid pactum] Passionem in emphyteuti servanda tam quae sunt circa ipsam emphyteum, quam quae circa personam emphyteute, ejusque reiectionem. l. 2. Codice eod. Si nihil aliud nominatim cautum, tum si emphyteute triennium integrum pensionem solvere cessarit, jus suum ei adimi potest, d. l. 2. In emphyteuti Ecclesiastica cessatione biennii jus amittitur, anth. qui rem, C. de SS. Ecclcs.

COMMENTARIUS.

1 Contractus emphyteuticus quid, & cur dubitatum olim, pro emptione venditione, an pro locatione conductionis habenda esset?

2 Origo hujus contractus & progressus, unde nomen emphyteusos, & utrum etiam in actibus constitui?

3 Jus emphyteuticum non ex tempore affirmari, sed ex eo, quod actum est.

4 Falli, qui in contractu emphyteutico solo censu jus praedicti transferri putant.

Vinnius in jurejur.

- 5 Praestationem canonis partem esse hujus contractus essentialem: & quanto tempore emphyteuta, non soluto canone, jure suo cadat? alioquin in proposita.
- 6 Quae conditione emphyteuta jus suum vendere, aut aliter alienare possit? Et quid hic juris apud Barrovi?
- 7 Contractum emphyteuticum esse vetustissimum, & quid à Zenone accepit?
- 8 An ad substantiam hujus contractus scriptura necessaria?
- 9 Contractus censuales & emphyteuticus quomodo differant?
- 10 An emphyteuta similis ver revisio canonis, ut conductori mercedes, in casu insolita sterilitatis praestanda?

Unt quaedam negotia, de quibus dubitatum fuit, utrum pro emptione, venditione, an pro locatione conductione habenda sint. Cujus generis duo Justinianus profert. Unum hoc §. alterum §. seq. Quod hoc §. proponitur, est contractus emphyteuticus, & tale: Dominus praedium suum aliquid habendum & fruendum in perpetuum tradidit, certa pensione in singulos annos constituta ea lege, ut quamdiu penio domino solveter, tamdiu neque ipsi colonus, neque is, qui in locum ejus successerunt, praedium auferri possit. Dixeris, hic esse venditionem, si species id quod agitur de re transferenda; hoc enim agitur ut plenissimum jus utenti, & veluti dominum quoddam in perpetuum transeat, quod & in haeredem & in alium quemvis liceat transferre: unde etiam ei, cui hoc jus constitutum esse, utilis in rem actio contra quemcumque possessorem competit, l. 1. §. 1. si ag. vet. Rursum dixeris, esse locationem, quia verum & directum dominium penes concedentem manet: item si species pensionem annuam; talis enim constituitur pro usu rei in locatione, cum in venditione unum pretium statuat semel solvendum. Sed Zeno hanc disputationem insulit, voluitque, hujusmodi conventionem propriam esse speciem contractus ab emptione & locatione distinctam.

De praedictis, quae traduntur perpetuo fruenda] Contractus emphyteuticus originem traxisse videtur ab incultis & sterilibus agris, qui, quod colonus non reperirent, propter sumptuos quos in illorum cultura atque initione, seu, ut nunc loquuntur, melioratione, fieri necessesse erat, in perpetuum, aut certe ad longissimum tempus locari ceperunt, ut agri illi colerentur, & confereretur, idque modica pensione, quae veri domini memoriae conservaret, quamquam postea etiam agri cultissimi & fertillissimi eadem conditione locari ceperunt. Hi agri emphyteutici appellati sunt, & jus, quod coloni habent, jus emphyteuticum, atque uno nomine emphyteutis; à verbo Graeco *εμψυτεω*, quod Latinis est, *in sero*, implanio. Dicuntur & agri vectigales, à vectigali, id est, pensione seu canone, qui à possidenda.

D d d d

in loc. ab emphyteusi ad cens. Clar. §. emphyteusis. q. 1. n. 2. Grot. introd. 46. Baro. 1. comm. hic part. ult. Ac si naturalis esset contractus [Id est, haud fecus ac quilibet alius contractus propriam ac distinctam naturam habens: ut enim ceteri contractus ex conventionem legem accipiunt, l. 23. de reg. jur. ita & contractus emphyteuticus suis pactionibus fulcitur potest, ut hic loquitur Iustinianus: non tantum circa praestationem periculi, sed etiam circa durationem & caducitatem, id est, intra quod tempus emphyteuta canonem non solvens sua sum amittere debeat, l. 2. C. de jur. empht. Cujac. Ferret & Hotom. legunt, ac si natura talis esset contractus: quomodo & Theop. legisse ex paraphrasi apparet: & recte fandum, in quo ob id non est de praestatione fieri dicitur nisi, nonnulli perit. Theod. Hermop. in l. 23. de reg. jur.

Significum totius rei inferius. Nisi quid aliud nominatim cautum sit, rei totius interitus ad dominum pertinet, partis vero rei ad emphyteutam, qui hoc casu nihilominus integram pensionem recipere tenetur, l. 1. C. eod. Quia propter nec obsterilitatem remissionem pensionis petere poterit. Neque est contrarium, quod eo casu locatione penio remittenda est, l. ex condito. 15. §. 2. & seq. locat. Nam in locatione merces pro modo & quantitate fructuum qui ex fundo percipi solent, constituitur: in emphyteuti autem canon non pro fructibus, sed in recognitionem domini praestatur. Plane si etiam penio emphyteuta impolita tanta sit ut proportionem fructibus respondeat, pato, ei succurrendum esse, & tam ob sterilitatem pensionem remittendam, quam ob interitum partis rei misquendum arbitrio boni viri, quasi quadam potius locatio, iusta mercede facta sit, quam initus contractus emphyteuticus. Nec movere non debet, quod verba contractus non sonent locationem. Semper enim in omnibus contractibus sequimur id quod actum est: nec tam nomen conventionis inspiciendum, quam naturam. Conditio negotii quod geritur Clar. §. emphyteusis. q. 2. n. 7. & seq. Gall. 2. obs. 22. Ant. Fab. C. de iur. empht. de fin. 36. Diff. Fachin. 1. contr. 29. D. Tuld. in C. de iur. empht. num. 4.

TEXTUS.

De forma alicui faciendi ab artifice.

4. Item quaeritur, si cum aurifice Titius convenierit, ut is ex auro suo certi ponderis certaeque formae annulos ei faceret, & acciperet, verbi gratia, decem aureos, utrum emptio & venditio, an locatio & conductio contracti videatur. Cassius ait, materiae quidem emptionem & venditionem contracti, operae autem locationem & conductionem. Sed placuit tantum emptionem & venditionem contracti. Quod si suam aurum Titius dederit, mercede pro opera constituta, dubium non est, quin locatio & conductio sit.

TEXTUS.

Quid praestare debet conductor.

5. Conductor omnia secundum legem conductionis facere debet. Et si quid in lege praetermissum fuerit, id ex bono & aequo praestare. Qui pro usu aut vestimentorum, aut argenti, aut iumentorum, aut de dedit aut promissit, ab eo custodia talis desideratur, qualem diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet; quam si praestiterit, & aliquo casu fortuito eam rem amiserit, de restituenda ea non tenebitur.

NOTAE.

1. Ex bono & aequo praestare. Est enim hic contractus bonae fidei, in quo multa, quae non dicta nec cogitata forte sunt, praestare equum est, §. 30. infra, de act. & sup. de obl. ex conf. add. l. 25. §. 3. l. 24. pr. hoc tit. l. 2. l. 17. C. eod.

COMMENTARIUS.

- 1. Qua a conductore ex natura huius contractus praestanda?
- 2. Conductorem regulariter levem dumtaxat culpam, non etiam levissimam praestare.
- 3. Accurata ad ea, quae in contrarium disputantur, responso.
- 4. Exclusionem casus fortuiti non protinus induci praestationem culpa levissima.

Agitur hoc §. de praestationibus, quae conductori incumbunt, doceturque in hac re primum inspicere debere id, quod ut praestaret conductor, nominatim convenit; veluti si convenit, ut etiam si quid vi majore accidisset, praestaretur, hic enim pacto standum esse Julianus respondit, l. 9. §. Julianus. 2. hoc tit. Similia exempla occurrunt in l. 11. §. 1. et ult. eod. esseque hoc commune omnium iudiciorum bonae fidei l. 11. de act. emp. l. contractus. 23. de reg. iur. Quod si nihil convenit, tunc ea praestanda esse, quae naturaliter insunt huius iudicii potestate, in quod, cum sit bonae fidei, id omne venit, quod ex aequo & bono praestari oportet, etiam si de eo nihil dictum, aut forte nihil cogitatum sit, l. si in lege 24. et l. §. 3. hoc tit. §. in bona. 30. infra, de act. unde post mortem etiam usurae tardius illatarum pensionum a conductore praestanda, l. 4. quaro. 54. eod. l. praes. 17. C. eod.

Secundum legem conductionis. Id est, secundum pacta conventa conditionis adiecta, quae legem & formam contractui dant, l. 7. §. quin immo. 5. de pact. d. l. 23. de reg. iur. Nihil est apud juris auctores frequentius, quam ut legem contractus appellent formam, quam ex pactione adiecta contractus accipit, iplamque pactionem, l. qui suum. 40. l. comprehensum. 60. l. si cum fundum. 68. de contr.

emp. l. si in lege. 24. hoc tit. l. venditor. 23. comm. prae. cum similib.

Ex bono & aequo praestare. Ante omnia autem colonus curare debet, ut opera rustica recte valeant tempore fieri, ne intempera cultura fundum faciat deteriore. Praeterea villarum curam agere debet, ut eas incorruptas habeat, l. 25. §. 3. h. tit. Inquilinus, ut in domo locata recte verteretur, ex honesta non faciat culpationem, l. 3. C. eod. Uterque ut pensiones suo quoque tempore solvat, d. l. quaro. 54. §. 1. h. tit. Nihil in se gerat conductor, & pensionem praestet, imputare expelli potest, d. l. quaro. 54. §. 1. h. tit. Gaud. Plures alia casus, ob quos conductorem expellere jus est, refert Christin. 202. 2. decis. 115. quamquam non omnes hodie obtinent, ut idem ibidem annotat. Illud hic tenendum est, quibus casibus conductorem expelli posse dicitur, non nisi ex auctoritate magistratus eum expelli debere. Ant. Fab. C. iur. h. e. de fin. 11.

Qualem diligentissimus paterfamilias. Simile est, quod traditur in l. si merces. 25. §. pen. h. tit. At enim locatio & conductio est contractus ex eorum numero, qui utriusque contractus utilitatem continent: in eiusmodi contractibus dolus dumtaxat & culpa praestatur, iuxta regulam traditam in l. 5. §. 2. comm. ubi nominatim etiam locationis fit mentio. Cum autem culpa praestari dicitur, eo verbo in usu juris non alia quam levis culpa designatur, id est, ea, quae medietate diligentiae opponitur: quod multis auctoritatibus probavimus sub §. 2. sup. quib. mod. re. contr. ob. §. & de hac tantum culpa dictam regulam intelligi debere ex eo patet, quod in contractibus, in quibus solius accipientis utilitas versatur, quale plerumque est commodatum, Juriconsultus d. loco scribit, plus ab accipiente exigi, quam cum utriusque commodum veritur; nimirum in huiusmodi contractibus praeter culpam praestari & diligentiam, quo significat, in eo contractus, qui utriusque gratia sunt, & commodatum discrepare, quod in illis dumtaxat levis culpa praestatur, in hoc etiam levissima, quam more veteribus usitato contrariae rei praestatione indicat, diligentiae scilicet, intelligentis eo verbo diligentiam specialem seu exactissimam. Ipsa quoque ratio hoc iuggerit, levius agendum esse cum eo, qui in mercedem pro rei usu praestat, quam qui gratium usus utrumque habet. Quin ipsum etiam commodatarium placet culpam levem tantum praestare, secundum superiorum regulam, si quando commodatans quoque contemplatione res commodata sit, l. in rebus. 18. in fin. pr. comm. Ex quibus perspicue evincitur, conductorem regulariter levissimae culpe nomine non teneri, neque ab eo exigi extra specialem conventionem, ut in l. qui mercedem. 40. b. t. ut in re conducta summa & exactissimam diligentiam praestet, sed securum esse oportere, si adhiberit mercediam, id est, eam, quam communiter frugi praestant, suis rebus adhibere solent. Idem ex eo quoque confirmatur, quod passim nihil amplius quam culpam a conductore praestari legitimus.

