

traseo nempe, non pro marito: nam si pro marito intercesserit, et si saepius intercessionem repetit, tamen intercessio inutilis est, *auth. si qua mulier C. cod. 9.* si beneficio senatusconsulti renuntiaverit, quod citra controversiam receptum est in duabus causis; in tutela liberorum a matre aut avia suscepta, *auth. matri & avia C. gaund. nu. tut. item si pro eo.* pro quo mulier intercessit, parata sit iudicium accipere, ejus liberandi causa. *l. ult. §. pen. ff. ad Senat. Vell.* quorum alterum rei necessitas expressit; recepta scilicet matris & avia tutela, alterum juris, quippe quod admittit solatione omnino consequens fuit. *l. solutio 23. ff. de solut.* Illud autem quaeritur, an mulier etiam ex quavis alia causa extra praedictas efficaciter renuntiet senatusconsulto, non quidem in foro, ubi sententia numerari solent, sed in Aedemis ubi veritas exquiritur. In foro recepta dicitur haec sententia, tanquam communis, mulierem ex quavis causa etiam extra iudicium renuntiantem senatusconsulto ex intercessione sua obligari, utique si de jure sibi competentem, et si senatusconsulti probe edocta sit: quamquam nec ubique hoc receptum videtur, & dubium est, an haec sit communis opinio, ut patet ex iis, quae traduntur a Gomeſio *lib. 2. var. resol. e. 13. num. 17.* Christin. *vol. 3. de off. 36.* & aliis. Sed ut haec sit communis & recepta usu forensi sententia, ego tamen cum Alberico, Bart. Bald. Caſtr. Salic. Alciat. Gomeſ. *ubi sup. & aliis ibid.* & apud Soar. *in addit. citatis*, veritorem esse iudico sententiam contrariam, nimirum mulierem extra causas memoratas, quarum propria, ut diximus, ratio est, renuntiantem senatusconsulto ex intercessione non magis obligari, quam si intercesserit sine renuntiatione. Hoc enim omnino consequens est, amplissimi ordinis providentiae totam intercessionem improbantem, idque etiam publice honestatis causa, quod intercedere civile & virile officium videtur. *l. 1. l. 2. §. 1. l. 16. §. 1. ff. ad Senat. Vell. l. 1. ff. de reg. jur.* Et alioqui admittenda contraria opinio levi momento prudens senatusconsultum eludi atque inutile reddi poterit: quippe cum eadem fragilitate & levitate qua mulier intercedit, etiam renuntiantura sit: nempe ubi nullum praesens damnum est, tam facile se induci patietur, ut renuntiet, quam ut intercedat. Quid quod ipsa renuntiatio vel maxime intercessio est, utpote qua intercessionis confirmatio gratia interponitur? Nihil in contrarium facit, quod mulierem de jure suo certiorari volunt: quoniam certiorari neque aequum, neque minuire obligationem potest, neque sufficere ea rebus ad interbellum & captivibus suppositum lexum deterrendum ab intercessione, ubi

nullum praesens periculum metuitur. Cumque finis certiorationis sit cognitio auxilii, nihilominus tamen mulieres ut maxime juris sui consensio sint senatusconsulto juvari constat: & temper hic militat ratio ducta a causa tum impellere exceptionem non usuram. Sed inquam necessitas juris in hoc casu renuntiationem admittit vel potius extorrit. Etenim hoc admisso, quod mulier pro debitor recte solvit, *l. 4. C. cod. consequens omnino est, ut ei liceat & iudicium pro debitor accipere liberandi ejus causa, quoniam & hoc pro solutione est.* & unicuique licet etiam debitor invito, *l. solutio 23. ff. de solut.* Nimirum si velle solvere mulier, audiretur: nunc idem facere vult, sed prius postulat de debito sibi liquere per iudicem & aperit equum postulat, dimmodo de solutione futura certus reddatur actor: & ideo ne ille decipiant, non alia conditione mulierem iudicium pro alio suscipientem audiri recte placuit, quam si caveat se, si condemnatur, auxilio senatusconsulti non usuram, idque in iure apud praetorem sive magistratum, cuius auctoritas eludi non debet. Indignant hoc non obscure extrema *d. l. ult. §. pen. verba & sic ad iudicem ire* r. post renuntiationem in iure apud praetorem factam ire ad eum iudicem quem praetor dedisset, ex usitato & ordinario more iudiciorum. Fallitur vereris ordinis iudicium ignorantia, Fachinus *lib. 2. cont. 59.* dum hunc locum etiam de cautione extra iudicium five non in iure facta accipi posse putat. Neque enim protinus ad iudicem ibatur: sed praetor prius adendum erat iudicii constituendi gratia, quo demum constituto & facta litigandi potestate, ibatur ad iudicem, quem praetor dederat iudicii constituendi & contendendi causa. qua de re consulti antiquitatis indagatores, Brissonius, Hotomannus, Sigonius.

pen. ff. ad Senat. Vell. ubi Jurisconsultus ait, si mulier pro eo; pro quo intercessit, parata sit iudicium accipere, ut non in veterem debito rem actio detur, eam cavere debere, se senatusconsulti exceptione non usuram. Sed inquam necessitas juris in hoc casu renuntiationem admittit vel potius extorrit. Etenim hoc admisso, quod mulier pro debitor recte solvit, *l. 4. C. cod. consequens omnino est, ut ei liceat & iudicium pro debitor accipere liberandi ejus causa, quoniam & hoc pro solutione est.* & unicuique licet etiam debitor invito, *l. solutio 23. ff. de solut.* Nimirum si velle solvere mulier, audiretur: nunc idem facere vult, sed prius postulat de debito sibi liquere per iudicem & aperit equum postulat, dimmodo de solutione futura certus reddatur actor: & ideo ne ille decipiant, non alia conditione mulierem iudicium pro alio suscipientem audiri recte placuit, quam si caveat se, si condemnatur, auxilio senatusconsulti non usuram, idque in iure apud praetorem sive magistratum, cuius auctoritas eludi non debet. Indignant hoc non obscure extrema *d. l. ult. §. pen. verba & sic ad iudicem ire* r. post renuntiationem in iure apud praetorem factam ire ad eum iudicem quem praetor dedisset, ex usitato & ordinario more iudiciorum. Fallitur vereris ordinis iudicium ignorantia, Fachinus *lib. 2. cont. 59.* dum hunc locum etiam de cautione extra iudicium five non in iure facta accipi posse putat. Neque enim protinus ad iudicem ibatur: sed praetor prius adendum erat iudicii constituendi gratia, quo demum constituto & facta litigandi potestate, ibatur ad iudicem, quem praetor dederat iudicii constituendi & contendendi causa. qua de re consulti antiquitatis indagatores, Brissonius, Hotomannus, Sigonius.

tem compensationis sit locus, exigitur ut quantitas fidei pecunia utriusque debeat. Omnino enim probamus sententiam vulgo receptam, neque speciem rei debitam cum pecunia ab eo petita, nec pecuniam illi debitam cum specie ab eo petita compensari posse, multoque minus speciem cum specie. Idque vel eymlogie verbi satis confirmat, quod nihil aliud, quam debitae invicem pecunie contributio significatur; nisi forte quis abusive loquatur, eoque verbo intelligat retentionem, quod fecisse videtur Jurisconsultus in *l. in rebus 18. §. ult. ff. commod. l. 7. §. ob donationes 5. ff. solut. matrim.* Uti que non potest dici aequa praestatio ac tantumdem reddi nisi cum res quantitate constantes eadem quantitate redduntur vel mutuo imputantur. Quod si in aliis rebus, quam quae functionem in genere suo recipiunt, compensatio admittatur, aliud cum alio compensari poterit: quod non magis licere debet quam aliquid pro alio invito creditore solvere, *arg. l. 2. C. de compens. facti. l. 2. §. 1. ff. de reb. cred.* Non inquam magis, quam ut quis cogatur rem suam vendere, aut alienam emere, aut suam cum aliena permutare, & factum hoc textus in *l. si convenit 18. praef. ff. de pign. act. l. 4. l. si debeat 22. ff. de compens. l. 4. C. cod. Paul. 2. sm. 5. Mercet. 1. opin. 14. Zaager. de except. p. 3. c. 8. n. 108. hatē Schifordig. lib. 1. ad Ant. Faber. tract. 2. quaest. 2. pag. Donell. ad §. 30. Inst. de act. num. 12. & lib. 16. comm. c. 15. Tulden. in C. de compens. n. 3. itaque quod dicitur in omnibus actionibus compensationem opponi posse, sic intelligendum est, si res debita non impeniat, & ponendi termini habiles, scilicet cum utriusque pecunia debeat; alias enim opus est mutua peritione rei reconventione, ut nunc loquuntur, *l. 14. & auth. & consequenter C. de sent. & interloc.* Ceterum haec missa facio, & ad quaestionem propositam accedo. Cum compensatio sit debiti & crediti mutua contributio, quaesitum est, an cuiusvis debiti nomine compensationem uti liceat, & nominatim an debitor conventus a creditore suo, qui vicissim est obligatus est, sed naturaliter tantum, naturale hoc debium cum alio naturali & civili simul compensari possit. Quin debium, quod cum effectu peti potest compensari cum alio quae, nulla dubitatio est, sicut ex converso, quod summo iure debium per exceptionem perperam potest moveri, puta pacti conventi, rei indicatae, iurisiurandi, &c. ad compensationem non pertinere in confesso est, *l. quacunque 12. ff. de compens. utpote cuius etiam per errorem soluti revertitur datur, l. si non fortem 26 §. 3. l. 3. l. qui exceptionem 40. ff. de cond. indub. cum siml.* Tantum quaeritur debito naturali, an id etiam in compensatio*

CAPUT XLIX.

An etiam id, quod natura debetur, in compensationem veniat?

Compensatio est debiti & crediti inter se contributio. *l. 1. de compens. verbi causa*, tu mihi debes centum ex causa mutui: ego vicissim tibi debeo tantundem ex causa emptionis: agis mecum & petis centum illa, quae tibi debeo ex causa emptionis: ego peto, ut compensatio fiat ejus pecuniae, quam ego tibi debeo, cum ea pecunia, quam tu mihi debes ex causa mutui. Haec contributio dicitur compensatio. Ut au-

nem deduci possit. Et puto posse: nam cum hujus debiti, licet per errorem soluti, non sit repetitio, consequens est posse hoc ipsum & cum alio quovis debito compensari. Ratio est, quia compensatio non alia de causa debitorem liberat, quam quod & ipsa numerationem quandam brevi manu continet, & pro solutione ipso jure habetur, l. 4. C. de compens. l. 10. ff. cod. l. 4. ff. qui pot. in sign. Et secundum hoc differre ab Ulpiano responsum est, etiam id, quod naturaliter debetur, in compensationem venire l. 6. ff. de compens. Nimirum compensatio species quadam est defensionis, & quodammodo exceptionis paritque retentionis, qui unus est ex effectibus naturalis obligationis, l. 4. l. ob negotium ff. cod. Et toto errant iudicio, qui compensationem referunt ad merum jus civile, cum ea potius metra nitatur aequitate, unde aequitas compensationis, l. in rem. 18. ff. l. 1. §. C. cod. l. inter 36. ff. de admin. tut. Non desunt tamen, qui simpliciter negant naturale debitum compensari posse cum eo quod naturaliter & civiliter simul debetur. Sed utitur illi exemplis a statu controverfiae alienis & inficit admodum argumentantur. Erenim naturale debitum hic intelligi oportet non quodvis, quod natura debetur; non quod in totum aut quoad effectus principales desititur juris civilis auxilio, quale est mulieris intercedentis, prodigi promittentis, filiam, mutuum pecuniam accipientis, pupilli sine auctoritate tutoris contrahentis, quod oritur ex voluntate testatoris minus solemnem, &c. cuiusmodi obligationum naturalium exempla illi proferunt (debitus, an bona fide, quia nemini unquam in mentem venit ex obligatione naturali facti delicta jure civili, ut etiam quod ex ea per errorem solutum est, possit repeti, & admittere compensationem,) sed tale, quod ex conventiono descendens eisdem effectus etiam jure civili habet, quos habet naturale & civile debitum simul, una actione excepta: & adeo cuius nec per errorem soluti repetitio est: quale scilicet debitum seu naturalem obligationem auctores juris passim intelligunt, cum aiunt aut negant aliquid naturaliter obligari, l. naturaliter 13. l. Hispana 19. l. frater & frater 38. l. quod pupillus 21. l. ff. quod 94. ff. de cond. indeb. l. naturaliter 10. l. pupillus 94. ff. de oblig. & act. l. §. 2. ff. de solut. & simili. Finge igitur ut usus tenoris pecunie pacto promissas, hoc est exigi non possunt, solute tamen non reputantur, quoniam naturaliter ex conventiono debentur l. 3. C. de usur. ac proinde etiam cum alio debito compensari poterunt. Finge patrem pecuniam credidisse filio, quem in potestate habebat, vel fratrem fratri committente, hic neque filius patri, neque frater fratri civiliter obliga-

tur, sed naturaliter duntaxat, l. frater & frater 38. ff. de cond. indeb. si tamen is filius potestatis civilis cum patre aut fratre contrahendo esse civiliter obligaverit, & debitum petat, recte pater aut frater compensabunt pecuniam in e credidit propter obligationem naturalem, d. l. §. ff. de compens. Similia exempla peti possunt ex l. 6. §. fecit autem 4. ff. de prec. leg. l. naturaliter 13. ff. de cond. indeb. l. servus 14. de oblig. & act. Nihil plane pro contraria sententia facit, quod Javolenus respondet in compensationem non venire, quae per exceptionem perimi possunt, l. quaecumque 14. ff. de compens. Nam quae (malum) hac argumentatio est: Quod per exceptionem perimi potest, in compensationem non venit, ergo nec quod natura debetur. Si hoc procedit, etiam illud procedet: Quod per exceptionem perimi potest, ejus per errorem soluti est repetitio, l. qui exceptionem, 40. l. ex his 54. ff. de cond. indeb. ergo & debiti naturalis, quae unquam tanto auditur procedere argumentum a vero indebito, eoque quod vi ipsa nullo jure debetur, l. 2. §. 1. ff. de cons. pec. l. nihil 112. ff. de reg. ad debitum verum & naturale, ad quod solvendum jure gentium adstringimur, l. cum amplius 84. §. 1. ff. de reg. jur. Licet jure civili exigi nequeat, desinat a remotione iniqui ad remotionem aequi? Sic dicam, debitum civile tantum non potest constitui, d. l. §. 1. de cons. pec. ergo nec debitum naturale, contra textum expressum in l. 1. §. debitum 7. cod. tit. Denique quid tam ridiculum, dicam aut fultum, quam sic argumentari? Si id quod natura non debetur, non potest compensari, ergo nec id compensari potest, quod natura debetur? Haec tamen eorum collectio est. Praeterea naturale debitum vi exceptionis non perimitur, sed ob defectum actionis non petitur: longaeque aliud est debitum, quod peti non potest, non tam jure deficiente, quam actione: alium quod peti quidem summo jure potest, sed non cum effectu propter exceptionem. Illud enim vere debetur, & sine exceptione, quamvis exigere jure civili non possit: hoc autem vi ipsa pro non debito est l. Marcellus 66. l. nihil 112. ff. de reg. jur. Quod vero aiunt, naturale debitum per exceptionem utique latè dicam, quae facti & intentionis interpretibus vocetur, perimi oppido quam indoctum est. Nam allegationes illae reorum, quae vulgò exceptiones facti dicuntur, nihil aliud sunt, quam insinuationes conjunctae cum novis facti affirmatione, veluti si quis iudicio conventus ex ea causa, ex qua actio jure competit, neget se debere, propterea quod actio illa ipso jure sublata sit, puta solutione, acceptatione, rei interitus: cuiusmodi affirmatio cum in iudicio deduca-

tur, ac proinde a debitore probanda sit l. 1. C. de prob. prope abest a natura exceptionis Nemini autem interpretum vel per somnium unquam in mentem venit, ut putaverit idem locum habere etiam in debito naturali, in quo qui se fundat, nec habet actionem, nec unquam habuit, & quo casu debitor de facto convensus, nihil sit affirmaturus, nihil in iudicium deducitur nec probaturus, sed ad defensionem suam simpliciter usumque insinuatione, id est, negaturus ut iam actori proditam actionem de eo quod petitur. Quid quodridicule juberet prætor de eo apud iudicem queri, quod sibi exploratum & apud partes confessum est? Verus debitor, inquit, etiam si sententia iudicis absolutus sit, naturaliter tamen obligatus manet, & ideo si neglecta rei iudicatae exceptione solverit, non repetiturum: quae verum est, l. Julianus 60. ff. de cond. indeb. addunt, nec cum eo, quod ex alia causa naturaliter & civiliter debet, compensari, quod quidem non capio. Quid enim hoc monstrari est, debitor quod naturaliter tantum debet, non compensari cum eo, quod ex alia causa naturaliter & civiliter debet? An debitor ipse secum pensat, aut ansis, qui naturaliter debet, pensat cum alio? Nemo sanus hoc dixerit: sed is, cui naturaliter debetur, iudicio convensus potest hoc debitum pensare cum eo quod ipse civiliter petitori debet, & sic naturalis debitor patitur compensationem perinde in l. 1. C. de compens. illic enim non agitur de debitore absoluto, qui & iudicem fecerat, negaturque hunc ab eodem creditore ex alia causa conventum compensare posse, quae qui ex hac causa solvit, non indubitum, sed debitum solvit, cuius soluti nulla repetitio est, ut ibidem significatur. Et hæc tamen verum est quod aiunt, quod solutum non repetitur, id in compensationem deduci non posse: nullum enim verum debitum, quod semel solutum est, aut repetitur, aut in compensationem deducitur. Qui ex causa iudicati quod debet, solvit, is nec repetere solutum, nec ex alia causa a creditore conventus compensationem uti potest: ceterum si ante solutionem iudicati conveniatur, compensationem pecuniam sibi ex alia causa debite implorare non prohibetur d. l. 2. C. de compens. Quòd si hæc eorum sententia est cuius debiti soluti cessat repetitio, ejus nondum soluti necessitate compensari cum alio poterit, quia nullius veri debiti soluti repetitio est. Eiusdem commatis est & hæc eorumdem argumentatio. Pax naturali obligatione nulla nascitur actio; at qui com-

penatione utitur, agere videtur & mutuo petere, l. amplius 15. ff. rat. rem hab. l. 6. de compens. ergo debitum naturale cum alio debito compensationem potest. Perinde enim hoc est ac si hoc modo colligerem. Qui non potest agere, non potest excipere; quia qui exceptione utitur, agere videtur, l. 1. ff. de except. d. l. amplius. Ex naturali obligatione nulla nascitur actio, ergo nec solutum ex naturali obligatione accipi & retineri potest, quia qui solutum, licet sine iudicio accipit, petere videtur. Item qui non potest agere, non potest deducere, quia qui deductione utitur, petere videtur d. l. amplius. Qui hæc aut familia non explodit? Querit Jurisconsultus in d. l. amplius quando stipulatio hæc, amplius non peti, commissa intelligatur? Et ait eam committi non tantum cum res iudicio petita est, sed etiam cum sine iudicio, fortè ab ignorante, pecunia soluta est: ubi tamen revera nulla petitio intervenit: nempè quia qui promissit amplius non peti vi ipsa contracta stipulationem facit pecuniam accipiendo: eandemque rationem esse ait ejus, qui compensationem aut deductione utitur, quia & is petere videtur, quantum retinendo aut excipiendo: idque probat exemplo hæredis damnati non petere. Minime verò novum est, ut ei qui iudicio agere aut petere non potest, actione ab alio instructa ex æquitate officio iudicis succurratur, & tantum consequatur per exceptionem, aliamve defensionem aut retentionem, quantum consequeretur instituta, si quam habebat, actione, l. plano, 38. ff. de hered. pet. l. sumptus, 48. ff. de rei vind. l. ex quibus 31. ff. de cond. ind. l. Paulus 15. ff. de dol. mal. exo. l. hæres 21. ff. ad jent. Trebell. l. 4. C. de usur. In compensationem autem est defensio & retentio, l. 4. l. ob negotium 20. ff. de compens. Nec melior hinc argumentis est eorum responso ad locum Ulpiani in l. 6. ff. cod. ubi aperte & rotundè iurisconsultus pronuntiat, etiam quod natura debetur, in compensationem venire. Aiunt enim locum istum restringendum esse ad casum specialem, quo naturale debitum etiam ultra peti, & invito extorqueri potest, quale fit pupilli locupletioris facti ex contractu sine tutoris auctoritate inito, arg. l. 5. pr. de auct. tut. Quasi vero Ulpianus sic generaliter definitus, de hoc tantum casu somnia fecit, aut ex quo Divus Pius etiam actionem in pupillum dedit, in quantum locupletior factus est, non simul civilis esse coepit hæc pupilli obligatio, arg. pr. & §. 1. l. est de oblig. §. 3. Inst. de act. l. 6. ff. de pact. aut ante Divum Pium locupletior factus naturaliter obligatus non fuerit, aut non ita, ut pati debeat compensationem: cum tamen propter summam hujus naturalis

obligationis æquitate solum condicere non poterit, *l. naturaliter 13. §. 1. cum l. seq. de cond. indeb. cui omnino consequens, ut & compensationem admittere debuerit, per ea que allegata superius. Unum adhuc removendum fuisse, quod ferè præterieram, nempe quod ex eo, quod compensatio definitur debiti & crediti contritio, inferunt æquale utrinque debitum & creditum intelligi oportere. Hoc, inquam, non plus ponderis, habet. Nam æquale debitum haberi debet, quod æquali jure cum debito naturali & civili simul, in causa, de qua agitur censetur, ut hic in causa compensationis. Sic in causis constituta pecunie, conditionis indebiti, fidejussionis, &c. nihil interest naturale sit debitum tantum, an & civile, *l. 1. §. pen. de constit. pec. l. naturaliter 13. ff. de cond. ind. l. 6. §. 2. & l. 7. ff. de fidejuss. & creditorum loco habentur etiam, quibus natura tantum debetur, etiam si non idem sit in aliis causis, veluti ut mitti possint in possessionem, & bona debitoris possidere sine metu calumnie, quo pertinet *l. creditoribus 10. ff. de verb. sign. ut bene Cujacius & alii in Comment. ad d. locum, observaverunt. Quare non obstat D. D. axioma, quod determinatio respiciens plura determinabilia æqualiter determinet, *arg. l. 4. §. 2. ff. de vol. & pup. l. ult.* Hoc enim tunc procedit, quando determinatio communis in uno unum tantum effectum, in altero plura vel diversa producere potest, in alias oriatur absurdum *per acced. d. d. l. 1. ut in specie d. l. 4. §. 2. quod non fit in casu nostro, ubi utriusque eadem vis & par effectus est.****

CAPUT L.

An reus compensationem ex causa non liquida, per modum exceptionis, initio litis opponens, non audiendus sit?

Utrum cujuscumque debiti ad quodcumque five liquidum five non liquidum jure veteri admitti fuerit compensatio, ut vult Donellus *ad §. in bona 30. l. ff. de off. in. 7. an aliquid duntaxat cum liquido, ut Cujacius lib. 8. obs. c. 16. & lib. 15. c. 11. super vacuum est disputare, cum certum sit hodie ex constitutione Justinianæ duntaxat compensationem admitti, que ex causa liquida obijciuntur, *l. ult. C. de compens. d. §. in bona l. ff. de off. sed nimirum hoc est etiam ut opposita ipso jure actiones minuant, ut iisdem do-**

cis expressum est; & pro soluto retro habeantur, *l. 4. C. od. tit. ac consequenter, ut quovis tempore opponi possint etiam post rem judicatam in executione sententiæ, d. l. ult. jure d. l. 1. C. od. Causam liquidam interpretamur, cum appetitum est jus debitoris, qui sibi vicissim quid deberi intendit, & compensationem implorat, *d. §. in bona l. ff. de off. ut autem ita fit, si causa debendi & justa est & vera & adesse vel in præsentia constet confessione talem fieri, vel celeriter & expedite probari possit. Zanger, p. 3. de except. c. 8. n. 95. & seqq. Cacher. decis. 139. n. 13. Menoch. 2. arb. q. cent. 1. cas. 14. ubi in hac re judicis arbitrio tribuendum existimat: in quo illi facile assentior. Liquidum debitum est illud exillimandum, quod juris tantum questionem habet, veluti si queratur an in contractibus bona fidei usura debeantur ex mora? Hæc enim questio certo jure definita est, *l. mora. 32. §. 1. ff. de usur. l. 2. C. de pof. Non liquidi autem cum liquido compensationem non admittit Justinianus; sed tum alii judicio rem reservari jubet, ne scilicet creditori fiat injuria, si debitori qui initio ta-cuit, jam convicto aut pene convicto concedatur, ut confugiat ad defensionem compensationis ex causa, de qua non liquet, & que altiorum requirit indaginem, *d. l. ult. §. 1. vers. hoc itaque C. de compens. videlicet Chiffon. vol. 1. decis. 231. & vol. 3. decis. 98. Zanger. ubi sup. num. 101. & seqq. Illud autem queritur, an reus audiendus sit compensationem ex causa, quamvis non liquida obijcens, si eam per modum exceptionis initio litis opponat, eamque contestetur? nam ad hunc casum non videtur pertinere Justiniani constitutio. Quippe Justinianus loquitur de compensationibus, que sunt ipso jure. Sic enim initio cavet: compensationes ex omnibus actionibus ipso jure fieri sancimus. Atque ad hanc ipsam constitutionem temperandam perinet, quod subijci de causa liquida, nempe in hujusmodi compensationibus, quas vult fieri ipso jure, id est, tunc cum ab initio litis non opposita & contestata compensationis exceptione, postea inter moras iudicii intentione adversus jam probata obijciuntur compensatio, exigere se, ut causa, ex qua obijciuntur, sit liquida. Sed & in eo temperamento nominatim eam compensationem, que non fit ex causa liquida, ideo repudiat, quia post multa forte certamina & res jam pene convicto demum opponitur: unde licet rectè colligi videtur, si quis initio litis & ante omnem disceptionem utatur exceptione compensationis, licet ex causa non liquida, constitutionem cessare, eamque non perferre ad compensationes, que in exordio litis opponuntur, actionemque non ipso jure, sed per exceptio-****

nem minuunt, *arg. l. 1. pr. ff. de offic. ejus, cui mand. jurisd.* Et vulgò quidem Accursio id admittunt interpretes, si debitor à creditore conventus statim debitum agnoscat dicatque sibi vicissim tantumdem à creditore deberi, atque hac defensione adversus intentionem creditoris utatur. Sed quid si reus initio neget se debere, & tamen dum de eo dubitat, utatur simul exceptione compensationis, ut dicat eisi deberet, tamen si tantumdem ex hac aut illa causa vicissim ab actore deberi, eamque exceptionem contestetur; an hic si actor probaverit sibi pecuniam quam petit, deberi, nihilominus reus jam post longa tertia certamina convictus, redire poterit ad exceptionem compensationis, quam initio contestatus est, & eam probandam admittetur, quamvis causa, ex qua compensatio obijciuntur, non sit liquida? Adhuc dicimus audiendum esse, & ad probationem admittendum. Atque hæc sententia multis argumentis probari potest. Nam primo, constat olim ex relictio D. Marci compensationes admitti fuisse opposita doli mali exceptione. Hoc quidem jus hæcenus mutat Justinianus; ut actionem quamcumque ipso jure minuat compensatio: si aperto jure nitatur: non autem si fiat ex causa non aperta nec liquida: igitur hoc casu intelligitur velle manere jus antiquum, *arg. l. præcipimus 12. C. de appellat.* Ac certum est jure veteri exceptionem initio contestatam licuisse intra quodvis tempus, dummodo idoneum probare, *l. si quidem 9. C. de except.* Secundo, non rejicit Justinianus compensationem debiti non liquidi simpliciter, sed ita si post multa certamina longamque disceptionem à debitore jam convicto, ut pene convicto opponatur: ergo ex contrario, si in id tempus objectionem compensationis non dilulit, sed statim initio litis eam opposuit, quamvis ex causa minimè liquida, adhuc audiendus postea erit. Tertio idem evincitur ex verbis constitutionis, quibus Just. jubet; ut iudices stricto jure utantur adversus eos debitores, qui jam convicti aut pene convicti compensationem debiti non liquido opponunt. At stricto juris ratio nihil amplius exigit, quam ut exceptio initio litis contestetur, si quis eam postquam actor intentionem suam probavit, ante sententiam ad disceptionem velit opponere & probare, *l. 9. C. de presc. long. temp. l. 8. l. ult. C. de except.* Quarto, si alia exceptione debitor conventus utatur, puta pacti conventi, jurisjurandi, rei judicate, &c. convenit inter omnes, si eam initio oppulerit audiendum eum esse intra quodcumque tempus eam probet: neque distinguitur utrum initio confessus fuerit se debere, & acceptionem solummodo oppulerit,

an debere se negaverit, & tamen si convinceretur debere, exceptionem aliquam obijcerit, *l. in exceptionibus 10. ff. de probation. jurat. d. l. 9. C. de except.* idem ergo dicendum, si utatur exceptione compensationis, quæ est iustissima. Quinto & postremo si it, qui conventus negat se debere, & tamen dicit, si debet, se solvise, etiam postquam convictus est, auditur solutionem probare volens, quamvis solutio non sit liquida, *l. 1. C. de probat. & ibi Richard. post alios num. 3.* idem etiam in compensatione initio opposita admittendum, eisi debitor primo neget se debere: quoniam compensatio pro solutione est, *l. 4. C. de compens. l. 4. ff. qui pot. in pign.* Ita Donell. *ad l. ult. C. de compens. & ad §. in bona 30. l. ff. de off. n. 5. Mudæ. ibid. num. 15. Zanger. de except. p. 3. c. 8. num. 104. & seqq. & facit hoc textus in l. 8. ff. de compens. Unum obijci, quod tot & tam efficacibus argumentis obijciuntur, nempe Justinianum sanxisse, ut omnis compensatio ipso jure actionem minuat: quod tamen factum esse aperit liquet ex his que ex tenore ipsius constitutionis Justiniani, atque ex verbis, *§. in bona 30. l. ff. de actionib. alieniis.* Ad argumenta autem ipsa nihil solidi, aut quod consultatione dignum sit, respondetur.*

CAPUT LI.

An depositarius propter impensas necessarias retinere depositum possit.

Qui rem aliquam depositi, hoc est alteri custodiendam dedit, si eam rem quovis tempore repetere potest, & reddenda est etiam ante tempus constitutum repetenti, *l. 1. §. pen. & propon. ff. de pos. Natæ* cum totum hoc negotium ex utilitate deponens est auxiliatur, etiam ad voluntatem ejus dirigendum est, quam sine incommodo depositarius mutat, si rem ante tempus definitum repetat; & ne ulla mora interponeret reddendi depositi, ne compensationis quidem nomine actioni depositi, quicquam obijci voluit Justinianus, licet in cæteris actionibus defensionem compensationis debiteque & creditæ inter se quantitates contributionem admittat, *l. ult. C. de compens. §. in bona 30. l. ff. de off. Cæterum si quid depositario per causam & occasionem rei, quam custodiendam acceptat, abesse contigerit, poterit id conseci contrario iudicio depositi, quo ultra de indemnitate*

ius cum deponente ei experiri licet, l. 5. ff. de pos. Sed quod si depositarius impensas in rem depositam fecerit, poterit ob hanc causam depositum retinere, donec refundatur, & siquidem utiles tantum fecerit impensas, vix id admittitur; cum ad officium depositarii non pertinet huiusmodi sumptus facere: nec potest esse in contrario iudicio has impensas petere, arg. l. un. §. tunc, q. vers. sed nec ob impensas, C. de rei ux. act. Caverum si necessarias fecerit, id est, tales, quæ nisi factæ essent, res aut interitura fuisset, aut deterior futura, propter huiusmodi impensas concedendam esse depositario retractationem rei depositæ affirmat Placentinus, Cynus, Bald. Salic. Castr. in l. 11. C. de pos. quibus assensior. Moveor non una ratione. Primò inter omnes constat posse depositarium impensas necessarias petere & consequi, iudicio contrario vice contraria postea actione. Quequid autem contrario iudicio peti & obtineri potest, id etiam per retentionem servare potest, qui directo iudicio convenitur, l. in rebus 38. §. ultim. ff. commod. l. 15. §. 2. l. si quis qui 59. ff. de furt. Ac constare creditur, l. ult. C. de comm. ubi Imperator negat pretextu debiti restitutionem commodati reculare posse: nam si hoc verum est, multò minus reculari ob eandem causam poterit restitutum depositi, arg. l. 11. C. de pos. l. ult. C. de compens. Sed nos non dicimus rem commodatam aut depositam, pretextu debiti ex diversâ causâ nati, posse retineri: verbi gratia, si commodatam aut qui deposuit, decem ex causâ mutui debeat commodatario aut depositario, posse eos obtentu huius debiti restitutionem corporis commodati aut depositi reculare, quod veram Imperatoris in d. l. ult. C. de comm. quippe quo casu nec locus est contrario accommodati aut depositi iudicio: & generaliter tenendum est, non posse creditorem, cui sine pignore pecunia debetur rem debitoris pro eo, quod sibi debetur, retinere, l. arg. C. etiam et christo. pec. Donell. in d. l. ult. n. 3. et seqq. Casp. in not. ad l. in bona 30. Inst. de act. qui tamen alibi pro commodati in d. l. ult. vult reponi commodati, lib. 9. obs. 378. quoniam perperam, quod nunc omitto, vide Gilbert. Reg. lib. 5. opin. c. 14. Sed hoc dicimus, posse commodatarium, aut depositarium, id quod contrario iudicio consequi possunt, (possunt autem eo iudicio consequi quod occasione eisdem contractus ius abest, & vel maxime impensas necessarias) etiam posse per retentionem rei, quasi que pignoris loco sit, servare l. 17. in fin. ff. de furt. l. si quis rem, 20. & ibi Gothofr. ff. de acq. poss. Deinde cessat hinc plane ratio, ob quam Iustinianus compensationem & retentionem in causâ depositi

prohibet, scilicet suspicio & præsumptio perfidie, quæ nulla esse potest, ubi necessariæ impensæ factæ sunt. Quid quod tacite id actum videtur debet, ut depositarius has impensas faciat, cumque ius futurum sit ut res pereat? Denique, impensas necessarias quodammodo pariter se constituant, & tantum de re, in quam sunt, detrahere videntur, quantum in eam impensum est, ut proinde & jus aliquod in re tribuant facienti, sed etiam ut reddat sine ulla exceptione aut defensione, quæ ad compensationem vel retentionem spectet. Nam textus illi accipiendi sunt de compensatione vel retentione, quæ sit ex diversâ causa, & ad illos casus pertinent, in quibus depositarius ius in rem non est adeptus, quibus sequitur per impensas necessarias, quæ causâ suspignor loci res esse incipit, l. creditoris 15. §. 2. ff. de furt. Differt. Donell. in d. l. 11. n. 9. C. de pos.

CAPUT LII.

An præter dolum etiam culpam, & quam culpam præseti procurator seu mandatarius?

Qui negotia aliena mandata domini gratis gerenda suscepit, is in iure nostro & apud bonos auctores procurator appellatur: si ve negotia illa sint forensia & judicialia, si ve quavis alia extrajudicialia, tit. ff. C. de procur. & de mand. vel cond. Interpretes vulgo etiam mandatarium vocant, præsertim tunc, qui negotia ad ministrat extrajudicialia: procuratoris autem nomine eum ferè intelligunt, cui commissæ lites & negotia forensia, Cuius rei causam esse puto, quod iam à multis annis procuratores appellari cœperint si soli, qui mandatum ad agendum & lites exercendas habent. Cæterum nomen mandatarii non memini me vel apud nostros vel apud alios auctores legisse. Non idè tamè ambigebat eo nomine, sed utroque uti promiscue, ne nimia verborum curiositas mihi obiciatur. Neque verò etiam omnem qui mandatum suscepit, velim procuratorem appellare, verbi causa non eum qui mandatum meo pro me fideiussor est in l. a procurator 13. C. de mand. a pro-

Vinnii Quæst.

folet circa obligationem procuratoris si ve mandatarii de dolo, culpa & diligentia, quid horum in mandato exequendo & rerum receptarum administratione mandatarius præstare debeat?

Dolo & lata culpa non dubitatur. Nullus enim contractus est, qui dolum malum non recipiat, si ve in quo non præstatur dolum, lib. 5. §. 2. ff. commod. l. contractus 23. ff. de reg. jur. & sicut dolum in omnibus contractibus præstatur, ita placet & latam culpam in omni contractu præstari, quia dolo & fraude proxima est, & juris interpretatione dolum repræsentat, l. si fideiussor, 29. ff. mandat. l. quod Nerva 32. ff. de pos. l. 7. §. 1. ff. de suspect. tut. l. 1. §. is quoque 5. ff. de oblig. & act. cum similibus. Unde est, quod quotiescunque contractus dolum recipere dicitur, verbo doli etiam lata culpa intelligatur, etiam si in lege lata culpa mentio non fiat, adeoque est doli notetur particulis taxativis, solum, tantum, duntaxat, ut in d. l. 5. §. 1. ff. commod. l. 1. §. ult. ff. de pos. & d. l. 23. ff. de reg. jur. ubi depositum & precarium dicitur dolum duntaxat recipere, non idèco tamen lata culpa excluditur, dist. l. quod Nerva 29. ff. de pos. l. 1. C. cod. l. 8. §. 3. ff. de precar. Omissis igitur controversiis hinc est de culpa levi, & maxime de culpa levissima, quæ passim in iure nostro per oppositum indicatur, nempe verbo diligentia, quæ summa significatur & exactissima, d. l. 5. §. 1. ff. commod. l. 1. §. s. 35. ff. de pos. d. l. 23. ff. de reg. jur. Dixeris præter præstationem doli & culpæ late si ve dolo proxime nihil à procuratore exigendum videri, secundum primam definitionem Ulpiani, d. l. 5. §. 5. commod. esse enim procuratorem similem depositario, seu ei qui rem gratis custodiendam accepit: utrumque esse enim beneficii debitorem, & contemplatione alterius, illum rem gerendam, hunc custodiendam suscipere, & quod deponenti imputari potest, quod negligenti amico rem custodiendam tradidit, l. 1. §. is quoque 5. ff. de oblig. & act. idem imputari posse & mandatari, quod negligenti amico rem gerendam commisit. Ad depositarium præter dolum & culpam latioram nihil præstare. Cæterum hanc definitionem in mandato sequi non licet propter eos locos, quibus expresse traditum est, mandatarium, non tantum de dolo, sed etiam culpæ nomine teneri, l. 8. §. ult. ff. mand. l. 11. Cod. cod. l. 23. ff. de reg. jur. & apud Licin. Rufinum in collat. leg. Mediol. & Roman. tit. de de pos. hæc verba Modestini referuntur: In mandati iudicio dolum & culpam præstatur. Certum autem est, verbo culpæ absolute posito aut dolo opposito significari culpam levem. Plus dicimus, etiam culpam levissimam in iudicio mandati venire: sic enim discretè scriptum est in l. a procurator 13. C. de mand. a pro-

curatore dolum & omnem culpam præstandam esse, solum culpam improvilum non præstandam. Ac ne quis putet, hoc pertinere duntaxat ad procuratores forenses, non ad alios aut quemvis mandatarium & omnem procuratorem pertinere, quod traditur in l. in re mandata C. de aliena negotia ex actu officio geri, neque quom in eorum administratione neglectum ac declinatum culpa vacuum esse. Qui similis est locus apud Ciceronem in eo pro Roscio Amerino, ubi de iudicio mandati differens, ait in minimis etiam rebus teneri, qui res mandatas non modò malitiosus, verum etiam negligentius gesserit. Alitè hæc causa est, cur Ulpianus in d. l. 5. §. 2. ff. commod. ad declarandam primam regulam exemplo depositi, non etiam mandatarius, & facti hoc etiam, l. si mater 24. C. de usur. Cur ergo in mandato recedimus à regula, quam in deposito servari placet. Nimirum idè, quoniam cum in negotio gerendo opus sit diligentia atque industria, & is qui mandat, diligentiam rei gerendæ convenientem exigit, & qui suscipit mandatum, hoc ipso industria & diligentiam ad rem exequendam necessariam in se futuram recipere videtur, quod non convenit deposito: nam ad aliquod custodiendum non diligentia aut industria, sed fide duntaxat opus est. Ex quo jam intelligimus, mandatarium non esse comparandum cum quovis depositario, sed cum eo depositario solum rectè comparari mandatarium, qui ultra se depositum obtulit, quod placet omnem culpam præstare, & summam reicustodiendæ adhibere diligentiam, non aliam de causâ quam quod ultra se deposito offerendo de diligentia sua & solerti custodia promittere videatur, l. 1. §. s. s. 35. ff. de pos.

Sunt qui de his præstationibus statuendum arbitrantur pro varia conditione mandati quæ modò mandatantis, modò mandatarii sui procuratoris, modò utriusque utilitatem respicit: proterea quod hæc distinctio in commodato probata est l. 5. §. 2. vers. commodatum autem iunct. §. inter dolum 10. l. in rebus 18. in fin. pr. commod. Nempe ergo, si his credimus, ubi mandatum solius procuratoris gratia intervenit, dolum duntaxat & culpa lata præstatur: ubi utriusque gratia, etiam culpa levis: ubi solius mandatarii, etiam levissima. Sed præter hoc talis distinctio in mandato cadere non potest; neque quicquam mandato cum commodato hinc commune est. Et cum mandatum solius mandatarii contemplatione interpositum est mandantem obligat, si dolum eius intervenit, §. tua tantum 6. Inst. de man. dist. mandatarium tamen non obligat ullo modo: quippe cuius nulla obligatio esse potest, nisi quatenus negotium quod gerendum suscepit, (N)

ad alium perinet, *d. §. 6. & l. 2. §. ult. ff. cod. ut poindé de obligatione mandatarii circa predictas praestationes quaeritur, mandatarium tantum considerari debeat, utrem alienam gerens, quomodo etiam consideratur in l. in re mandata 21. C. cod. Plané in iis, quae negotium commissum consequuntur, bonam fidem praestare, culpaque & fraude carere sufficit: uti & cum non administratione commissa, sed negotium mandatum quod indutrium non requirit, veluti fideiussio per l. §. ult. l. 10. pr. l. si fideiussor. 29. §. quaedam tamen 4. ff. cod.*

CAPUT LIII.

An pactum de inaequalibus lucrí & damni partibus inter socios valeat, ubi aequalis est opera & pecuniae collatio?

IN coëquanda societate facile admittitur haec conventio, ut ad unum duae partes & damni & lucri pertineant, ad alterum tertia, idque propter analogiam inaequalitatis partium, tam in damno, quam in lucro, §. 1. *Inst. de societ.* Imo vix inaequalitate habere videtur talis conventio: quomam incertum est, lucrum, an dampnum ex communi negotiatione pervernturum sit: neque enim semper favente Mercurio negotia procedunt. Illud vero difficile admissum est, ut partes lucrí & damni dispariter constituerentur, veluti si conveniret ut unus lucrí partes duas, damni unam tantum, alter duas damni: tertiam lucrí ferret. Nam Quanto Mucio haec conventio displicuit, ut naturae societatis, quae aequalitatem desiderat, contraria: sed à Servio Sulpitio admittitur: cuius sententia praevaluit, teste Justiniano §. 2. *Inst. de soc.* Caeterum Sulpitius non tam improbabile videtur sententiam Mucii, quam temperatissimè & nimirum, quod Mucius simpliciter dicebat, iniquum esse hanc passionem, naturaeque societatis contrariam, ut alter plus lucrí, alter plus damni sentiat, id Servium exitimasse verum non esse in omni societate: inquam quidem eam conventionem videri in simplicí & aequali collatione rerum vel pecuniae, quod etiam forsolum consideravit Mucius: at iniquum non esse, ubi unus pecuniam tantum, alter operam simul cum pecunia conferat: imo iustum esse hunc meliore conditione in societatem admitti, *d. §. 2. Inst. de societ.* Igitur ne quidem ex sententia Servii pactum de inaequalibus lucrí partibus valebit, ubi aequalis est operarum & fortis collatio; sed

tunc demum ratum est, cum inaequalis est collatio, & is quem plus lucrí ferre placet, etiam plus societatis conferat, sive pecuniam, sive operam: quam distinctionem & Ulpianum probaverit, videtur argui responsum eius in l. si non fuerint 29. ff. *pro soc.* Atque ita olim contra Iamnam Azo disputavit, cuius sententiam Interpreteres comm. ad *d. §. 2. & ad d. l. 19.* secuti sunt, Donell. ad l. 1. C. *pro soc.* n. 23. Gomet. 2. *vid. resol. §. n. 3.* Mantica lib. 6. *de tac. & ambig. conv. tit. 4. n. 9. & seq.* Christm. vol. 3. *decis.* 11.

Sed ut verum lateat, non possum huic sententiae acquiescere. Nam primum rationis esse videtur, ut expressa conventio aliquid operetur praeter naturam ordinariam contractus, l. contractus, 23. ff. *de reg. jur.* modo ne nimia inducatur inaequalitas, & quae sapienter communionem leoniam,

Deinde quia aperte Aizon sententia refragatur, quod generaliter definit Justinianus in §. 1. *Inst. de societ.* si partes expressae fuerint, has servari debere: hoc enim & de partibus inaequalibus in collatione aequali accipiendum esse argumentum est, quod in collatione inaequali, etiam si de partibus nihil conveniret, partes inaequales tacite constitutae intelligantur, nempe pro rata eius, quod quilibet contulit, per l. 6. l. Mucius 30. l. quid enim ff. *pro societ.* secundum quod Aristoteles lib. 8. *Etic.* ad Nicom. in fin. *νν χρηματων κοινον*, inquit, *πλεονεκεια ομοιοσιν αναδιδωται πλεον*. Esti vero haec ratione inducitur aliqua inaequalitas: non video tamen cur non possit expressis conventionem id effici, cum non plane tollatur lucrí communio, in qua consistit societas substantia. Et quamvis in totum donationis causa societatis non rectè contrahatur, l. 5. §. 2. ff. *cod. dubitantium* tamen non est quin non minus ex parte donationis causa contrahi possit, quam emptio, venditio, l. si quis 38. *de contr. empt. quod* & Mantica ubi *supr.* n. 19. videtur admittere. Quapropter existimandum potius est Servium in reddenda ratione hanc sententiae respicere ad id quod pierumque evenit, ut scilicet utrius opera sit pretiosior, & plus societati proficit, quam alterius: de quo tamen in singulari personis inquirendum non sit, cum ad aequitatem pacti quod contra Mucium admittit, defendendum, iustitiam id evincere posse, & frequenter etiam eventum neque aliam fuisse mentem Ulpiani tunc enim nimiam duntaxat improbabile inaequalitatem in *d. l. si non fuerint 29. ff. pro soc.* Ut ut verò sit, usus huiusmodi conventiones sustinet, ut post Angeolum Porcium & alios testatur Welembecus ad §. 2. l. ff. *de soc. & in part. ff. cod. numer. 7. add.* Menoch. 2. *arb. iud. quesi. cas.* 125.

CAPUT LIV.

An uno pecuniam, altero operam conferente, pecunia communis fiat, & cuius periculo sit?

ETiam uno pecuniam, altero operam conferente societatem contrahi posse obvinuit, l. 1. C. *pro soc.* & ita quidem, ut Justinianus ait in §. 2. *Inst. cod.* ut lucrum inter eos commune sit; quoniam saepe opera alicujus tanti est, quanti pecunia, iuxta illud Plauti in *Ast.*

Par pari datum iustimentum est, opera pro pecunia.

Quod autem de opera dicitur, idem & de labore ac periculo navigationis & similibus intelligi debet, l. si non fuerint 29. §. 2. ff. *cod.* Possunt igitur duo societatem sic coire, ut unus pecuniam conferat, undè merces emanatur, & negotiatio exerceatur, alter operam duntaxat, qui proficiat ac merces emendas, emat, vendat, ut sic demum lucrum commune sit. In quo genere societatis questum est, an etiam fors seu pecunia quam alter contulit, communis fiat, & finita societate cum altero, qui solum operam praestitit, sit dividenda? An verò si quis contulit, eam percipere debeat, & id solum, quod superest, inter socios dividat? Et Cynus, Baldus, Castrensis, Richard. Donell. & comm. DD. in l. 1. C. *pro soc.* Fachin. lib. 2. *contro. c.* 94. Perez ad tit. C. *pro soc.* n. 8. & seqq. Gaill. lib. 2. *obj.* 14. n. 6. Tulden. ad *Inst. de societ.* c. 3. respondent pecuniam hanc minimè communicari, ideoque totam ad eum redire debere, qui eam contulit, & solum lucrí, quod factum est inter socios divisionem fieri. Rationem hanc afferunt, quod in proposita specie non ea videtur esse mens societatem coëduntium, ut pecunia collata proprietas communicetur, sed ut usus operae cum usu pecuniae compendatur, & lucrum ex utroque percipiendum commune sit: sufficere enim debere socio operanti, quod lucrum capere ex negotiatione, quod lucrum facturus non esset sine pecunia socii. Et quod alias summa inter socios extinguitur inaequalitas, eo quod is qui pecuniam contulit, si forte finita societate praeter sortem nihil superfit, duplici incommodo afficeretur, scilicet, quod & dimidium sortis collata amitteret, & nullum ex pecunia sua fructum, quem alias consequi potuisset, perciperet. Porro pro firmitate huius sententiae afferuntur duo loci. Primus est Ulpiani in l. cum duobus 2. §. 2. *vers. si in coëquanda ff. pro socio.* Ubi cum unus & socius pecuniam alteri patendum, vel agrum colendam de-

disset in commune quaerendis fructibus, perus vel ager non communicatur, sed ejus manet, cuius antea fuerat: ex eo enim quod in *fin. d. §. 2.* subicitur, locum quoque cultam praestare debere, si rei communi nocuit, rectè colligitur, prius actum fuisse de re non communi. Alter locus est Justiniani in §. 2. *Inst. de societ.* ubi ait ipso coëdri societatem, ut alter pecuniam conferat, alter non conferat, & tamen lucrum inter eos commune sit, quia saepe opera alicujus pro pecunia valet. Ecce hic pecunia collata non sit communis, sed lucrum tantum, quod ex negotiatione secuta factum est, communicatur, neque hinc sententiae, quod simpliciter scriptum est in l. 1. C. *pro socio*, uno pecuniam, altero operam conferente societatem posse contrahi: nam & pecuniae collatio, & operae cum ea comparatio ad usum duntaxat pecuniae, & utilitatem quae non modò ex pecunia, sed etiam ex opera & industria percipi potest, referenda sunt. Perez. Donell. ubi *supr.*

Ex hac autem questione nata est & altera: utrum in huiusmodi specie locata estis damnum pecuniae amissa commune sit, an ad eum solum hoc damnum pertinet, qui contulit pecuniam. Et superioris sententiae omnino consequens est, damnum hoc ad eum ex quoque pertinere tantum, qui pecuniam contulit. Nam si pecunia collata non sit communis, sed dominium ejus apud conferentem maneat, iuxta sententiam superiorum, etiam periculum amissionis pecuniae ad eum solum pertinet: cum utique res percat suo domino, l. pignus 9. C. *de pign. act.* & qui operam conferat, non intelligitur se obligare voluisse ad damnum sortis, cum sufficere, eum dampnum sustinere operarum: cumque sortis nullum sentiat commodum, nec incommodum sentire debeat. Ad haec, si dicamus damnum debere esse commune, magna induceretur inaequalitas: quippe qui operam conferat, duplici afficeretur incommodo, quod & operam amitteret, & praeterea sentiret partem damni in pecunia amissa: alter vero non totam sortem amitteret, sed partem solummodo. Quibus & hoc accedit, quod, posito dampnum commune esse, si qui pecuniam conferat, nullum periculum subiret foris in totum amittenda quod genus societatis prope abesse creditur à honore & utilitaria praerogativa; per C. plerique 14. *quest.* 3. *Enorm. in C. per visuras de donat. in ult.* Ita possit Accurs. Cyn. Bald. Angel. Castrensis. Faenimeus l. 2. *controvert.* cap. 95.

Caeterum, est haec magna vis speciem habent, non tamen ita simpliciter ad superiores questionibus respondendum videtur: in omnibus enim negotiis primum incipiendum est, quid actum sit, l. semper 34. ff. *de reg. jur.* l. 3. ff. *de reb. cred.* Et si quidem nominatim in coëquanda socie-

tate cautum fuerit, ut lucri tantum, quod ex quaestu pecunie & opere mutuo collatae descenderet, communio esset, certum est pecunie ab uno collate non induci communionem, ut in specie, *l. cum duobus 51. §. 2. vers. fin. coeunda. ff. pro socio*, sicut ex contrario non dubitat, quin si expresse convenit, ut pecunia communicaretur, ea communis quoque fiat. Quid si de eo dubitetur, inspiciendum erit, quid tacite & verisimiliter actum videatur. Non uno enim modo pecunie & opere collatio fit, sed duplici. Nam aut comparatur opera cum solo pecunie collata usu: quo casu verum est forem dominio perire; & si salva est, domino salvam esse: aut opera conferuntur cum ipso dominio pecunie: quo casu qui operam impendit, participans fit fortis. In prima specie comparatur cum opera non fors, sed periculum amittendae fortis, & lucrum quod probabiliter ex ea sperari poterat. In altera opere pretium habendum quasi fortis adiectum, & pro eo quod valet, in ipsa sorte partem habere debet qui operam praestat. Atque hinc jam ad superiores questiones quid respondendum fit, facile intelligitur. Fingamus itaque unius operam atque industriam tantumdem valere, quantum alterius pecunia, ut non usum tantum pecunie collatae respondeat, sed etiam dominio: nullaque alia conventionem interposita casu factum, ut finita societate, praeter sortem ab uno collatam, nihil superest: dico hinc eum, qui operam aequivalentem forti impendit & perdidit, in partem fortis admitti debere, quasi id tacite actum sit: ne aliqui unus & duobus qui paria contulerunt, totum quod contulissent; alter salvum habeat, & spe lucri tantum frustretur. Fac. *l. si id quod 58. pr. & §. 1. l. cum duobus 12. §. quidam sagariam 4. ff. pro soc. & ita cape Glossam in l. 1. C. eod. tit. quam Bartolus commendat, licet plerique improbant. At ex contrario, si opera unius tantum respondeat usui pecunie ab altero collata, id actum videri debet, ut dominium pecunie collatae in solidum apud conferentem maneat, & lucri solius, quod ex usu pecunie unius & industria atque opera alterius speratur, communio fit: ac proinde hoc casu etiam damnus pecunie amittit totum ad conferentem pertinet, per ea quae supra. Priore autem casu, cum pecunia communis fiat, & pretium operae quasi forem videatur, periculum hoc utrumque speculare videtur, & utriusque partem petere cum pecunie tum opere. Ita post Petrum à Perusio qui iudicis prudentiam hic desiderat, Covar. *lib. 2. variarium respicit. cap. 1. num. 2. quem laudat & sequitur Grotius lib. 2. de jur. bell. & pac. c. 12. n. 14.**

CAPUT LV.

An in emptorem hereditatis transeat jus accrescendi?

NON tantum corporis emptio est, sed etiam juris, puta hereditatis, actionis seu nominis debitoris, *lib. ff. & C. de hered. vel acti. vend.* Et emptori jus etiam ante confessionem datur utilis actio in rem, si hereditas vel actio vendita sit, *l. cum emptore 16. ff. de pub. l. ult. C. de hered. vel acti. vend.* quamvis emptori corporis ante traditionem nulla fit in rem actio. Et licet venditor corporis teneatur de evicitione, venditor tamen hereditatis aut nominis evicitionem non praestat: sed satis est, si praestet hereditatem esse; nomen esse quale quale *l. 4. l. qui filium. 14. §. 1. ff. de hered. vend. l. si plus 74. §. ult. ff. de evict.* Cui consequens est, nec remedium, *l. 2. C. de reso. vend. in venditione hereditatis aut nominis esse locum.* Cum autem emptor hereditatis vicem heredis obtineat, eique restituendum sit, non solum quod jam ad heredem ex ea hereditate pervenit, sed & quod quandoque pervenerit, *l. 2. §. non tantum 4. & §. cum quis 18. ff. de hered. vend. quatum est, an in emptorem hereditatis etiam transeat jus accrescendi.* Ponamus *L. Titium* legitimum pro trite *L. Titio* delatam, eumque hanc suam hereditatis partem vendidisse *Gajo, Sejo*. Quamvis si coheredes *L. Titii* portionem suam repudiaverint aut alia deseruerint, portio defuncta ad *L. Titium* iure accrescendi pertinet, an ad *Gajum, Sejum*, emptorem hereditatis *L. Titio* pro parte tertia delatae, & ab eo venditae. Duplex autem hic questio moveri potest, quae tanquam una consulum à plerisque tractatur, an ipso jure & recta deficientium portiones accrescant emptori; sin minus, an non saltem venditor, quod sibi accepit emptori praestare teneatur actione ex emptio. Quantum attinet ad questionem priorem, plene negandum est emptori quicquam dicitur accrescere. Quippe juri accrescendi tantum locus est inter coheredes, sive heredes ejusdem hereditatis, ut constat ex omnibus locis, qui de hoc jure loquuntur: ac emptor hereditatis neque à testatore, neque à lege ad partem aliquam hereditatis vocatur, neque fit heres; sed venditor heres manet, *l. ei qui 88. in fin. ff. de heret. instit.* Et quod notandum est, ut soli ei

qui ex parte aliqua heres extitit, sive ex testamento, sive lege ab intestato, deficientium portiones accrescant, ita & invito accrescunt & ignorantii, & denique tempore cum onere suo, æris videlicet alieni & legatorum; quod omnis vendendo vitari non potest, *l. heredi 31. l. ex duobus 53. §. 1. ff. de acquir. hered. l. 9. ff. de jus & leg. hered. l. un. §. his ita definitis 10. C. de cad. toll.* Nec videri putandum est emptorem hereditatis similem esse ei, cui ex *Trebelliano* senatusconsulto pars hereditatis restituta est: hic enim ex voluntate testatoris venit, emptor non item. Quid quod nec in fideicommissarium *Trebellianum*, quamvis juris successor sit, jus accrescendi transit. Nam si heres rogatus semissem, ex quo institutus est, restituere, portionem suam sponte adit & restituit, deficientis postea coheredis portio non fideicommissario, sed heredi fiducia accrescit, ut recte *Cujac. lib. 12. obi. 12. & 13. Ant. Fab. dec. 50. err. 4. censent.* Est enim fideicommissarius *Trebellianus* juris successor dicitur & heredis loco esse respectu testatoris, propterea quod ad exemplum heredis succedit in omnia jura defuncti, & que à defuncto in heredem sunt translata, non tamen succedit in jus omne ipsius heredis, non in id jus, quod beneficio legis potius, quam ex voluntate defuncti heres habet, quale est jus accrescendi, quippe quod habiturus esset etiam testatore invito: alias fideicommissarius non loco heredis, sed heres heredis esset. Non offendit *L. Papinianus 43. ff. ad Senat. Trebell.* quia loquitur de eo qui compulsus adit, non qui ultro & sua sponte. Nec tamen dicit portionem deficientis accrescere fideicommissario, sed heredi: ad non manere apud heredem. Constat autem eum qui coactus adit, & quantum in se fuit irritam fecit voluntatem defuncti, perinde habendum ac si irritam fecisset eique lucrum omne auferri, quod vel haberet vel potuerit non tantum ex testamento, sed etiam occasione testamenti, hanc locum ac si hereditatem non adisset, *l. ita tamen 27. §. 2. & §. si præcipit 14. ff. ad Senat. Trebell.* Et licet post restitutionem nihilominus heres ipse jure maneat heredi, tamen, quia periculo & commode alieno adit & id agit, ne heres esset, *l. 4. ff. eod. tit. in iis, quæ ad ipsius commodum spectant, non non herede habetur, ut proinde commodi nihil apud eum remaneat, quod laturus non fuisset si hereditatem non adisset. Quod si hic heres ex parte scriptus portio, non coactus hereditatem amplexus esset, haud dubie aliud *Papinianus*, & *Ulpianus in dist. l. 43. ad Senat. Trebell.* respondissent, nempe portionem deficientem non modo accrescere heredi, sed etiam apud eum manere, cum nihil obset quominus*

maneat. Et est heres, qui compulsus adit, respectu emolumentum non assimilis ei cui tanquam indigno eripitur hereditas eo quod tacite cavet hereditatem restitutum incapaci, qui plane commodum omne, quod alias ex testamento occasione testamenti confecturus fuisset, amittit, & consequenter etiam jus accrescendi; *l. si totam 83. ff. de acquir. heredi.* Ut autem emptorem hereditatis reverentur, unum est quod maxime pro eo urgeat dicitur, nempe restitutum *Papinianum in l. si Titio 33. §. 1. in fin. ff. de usufruct.* ubi *Papinianus* Juliani sententiam refert & probat, dicentis, portionem fundi, velut alluvionem portioni, postquam fructum accrescere: unde dicendum videtur deficientium heredum portiones non heredi, qui suam portionem vendidit, sed emptori, qui eam habet, accrescere debere. Respondet non simpliciter *Papinianum* aut *Julianum* jus accrescendi attribueri portioni, quasi portioni, competat, eamque sequatur, apud quemcumque ea sit, sed personae ejus, sive hereditis, sive legatarie, qui portionem suam agnovit & obtinuit ex voluntate testatoris aut differentiam sibi est ejus, cui conjunctum cum alio usufructus ejusdem heredi legatus est, qui etiam jus accrescendi habet, quamvis partem suam non agnovit, *l. 1. §. 3. ff. de usufruct. accret.* Nulla autem ratio dari potest, cur magis heres vendita portione hereditatis sibi acquisitæ jus accrescendi amittat, quam unus à legatarie ejusdem heredi vendita parte sui. Sunt, qui respondent heredem hoc ipso, quod pretium confectus est, videri adhuc portionem ipsam habere, pretiumque in locum rei succedere, & portionem venditam representantem, per *l. 4. ff. si quis omisit. ca. test. l. si usufructus 35. §. 2. ff. de usufruct.* Sed quia hæc responsio non tollit totam difficultatem, (quid enim, si heres partem suam alteri non vendidit, sed donaverit, an quia pretium non habet, ideo donatario potius quam ipsi jus accrescendi tribuendum erit?) malim dicere cum *Ant. Fabro dec. 50. err. 5. Bachov. ad Trebell. dispus. de empt. & vend.* illud ipsum jus, quod etiam vendita hereditate penes heredem manet, loco portiois fungi, nisi & hoc ipsum vitietur, & heres ex causa privetur omni commodo, quod alias beneficio legis aut ultimæ voluntatis confecturus fuisset, quod contingit tum ei qui coactus alieno periculo adit, *l. 4. ff. ad Senat. Trebell.* tum cui, ut indigno, hereditas auferatur. Atque hæc vera & adæquata ratio est, cur in specie *l. si totam 83. ff. de acquir. heredi.* heredi qui clam fidem suam accommodavit, ut incapaci hereditatem restitueret, nihil debebat accrescere, id est, ita accrescere, ut apud eum maneat: quoniam & illud quod accretit, ei tanquam

mihiro fraudanda legis aufertur, & fisco vindicatur, l. 1. l. 3. §. Imperator 43. ff. de jur. fisco. l. 1. C. de delator. Illa autem ratio quam Ulpianus in d. l. si totum, assert, quia rem non videtur habere, minus accurata est, nec ad omnes pertinet casus, non ad eam hereditatis vendit, aut restituta capax ab eo, qui sponte adit. Nec verò semper & que ad casus omnes, etiam de quibus fortè non cogitatum, accommodari possunt, utuntur. Et alioqui sequeretur necessarium neque enim heredem, cuius portio legatis exhausta est, integre legata solventem, ut plenior officio fidei fungatur, ius accrescenti habere: quod tamen nemo, ut opinor, dixerit.

At hoc jam positò, portione deficientium heredum non emptori hereditatis, fed heredi, qui suam portionem agnovit & vendidit, accrescere, amplius adhuc queri potest, an non saltem heredem idem venditor, quod ei postea accrevit, emptori actione emptio teneatur restituere. Hæc enim inter se non pugnant, non accrescere emptori, & nihilominus quod venditori accrevit, emptorem ex contractu posse petere: si enim licet actiones directæ penes venditorem maneant, quicquid tamen exegit venditor, id emptori debet restituere. Et cum quasi per averfionem jus omne quod heres habet, venditum videatur, quo comoda & incommoda omnia continentur, non omnino sine ratione colligat aliquis etiam jus accrescenti ea venditionis comprehensum. Denique cum emptor periculum sustinet nonnum hereditarium, non inique vicissim sibi afferere videtur lucrum accretionis. Cæterum licet hæc, nec sine specie, disputari possint, ego tamen ne illud quidem emptori hereditatis concedendum putò, ut commodum quod occasione juris accrescenti ad heredem postea pervenit, ei extorquere possit. Et enim cardo totius hujus questionis in eo potissimum vertitur, an hoc inter contrahentes actum intelligi debeat, ut etiam commodum hoc accretionis ad emptorem transiret, utique enim si hoc actum non sit, non transibat, cum actus agentium non extendantur ultra eorum intentionem, l. non omnis 19. ff. de reb. cred. l. semper. 34. ff. de reg. jur. Jam verò non est credibile de eo cogitatum aut inter contrahentes actum esse, quod ad venditorem perventurum aliquando esset, & venditor & emptor ignorabant: sed non nisi pars jam actu quaesita venditæ conferri debet, nec alia quaerit illa ipsa & sola, ex qua heres infitatus venditor fuit, & quam additione acquiritur; id, inquam, solum, quod tempore venditionis jam heredi competeat, ut & discretè responsum est in l. 2. §. 1. ff. de her. vend. Et quæso, cum pretium

rei venditæ æquæ proportionè constituit solent, l. pretia rerum 93. ff. ad leg. Falcid. an non absurdum & iniquum videri debeat, si heres lestatariæ aut quadrante, ex quo institutus est, venditor, idque pretio valori rei æquæ five proportionè respondentem, cogeretur partem longè majorem, & fortè triplo aut quadruplo accrescentem, postea ad emptorem transferretur illa autem que passim in d. l. 2. ff. de hered. vel ad. vend. occurrit, quod venditorem intelligatur jus omne hereditatis; quod ad emptorem transeat, quantum penes venditorem est, vel quandoque ad eum perventurum est; quod emptor vicem hereditatis, de qua sola inter contrahentes actum est. Hæc in effectu & factis & Ripæ in l. re non junct. 89. ff. de legat. 3. & Salic. in l. an. C. quod non pet. part. & Gomef. 1. var. resp. l. 10. n. 44. & Fachin. 5. contr. c. ult. sententia est, Dist. Bar. in d. l. re confancti Duar. lib. 2. de jure accresc. c. 5. & Papillon. in trah. de jur. accresc.

CAPUT LVII.

An beneficium l. 2. C. de resc. vend. competat venditori non ignorantem valorem rei venditæ?

Quamvis in pretio rei venditæ naturaliter liceat contrahentibus se invicem circumvenire, dummodo absit dolus malus, l. in causa 16. §. idem Pomponius 4. ff. de minorib. l. item ff. pretio 22. §. ult. ff. locat. est tamen hujus regulæ exceptio in l. 2. C. de resc. vend. ubi ea sic restringitur, ut non procedat, si læsio excedat dimidium iusti pretii, tunc enim placet rescindi venditionem, etiamsi nullus dolus intervenisset, quippe cum non ex quantitate pretii, sed ex qualitate facti dolus æstimetur, l. dolus emptoris 8. C. eod. tit. Igitur si quis v. e. fundum vendidit centum aureis, qui tempore contractus communis allimatione valebat ducentos & vigenti aureis, is oblata pretii quod accepit, restitutionem petere potest, ut venditor recindatur, & res vendita sibi restituatur: aut si malit emptor rem retinere, ut suppletur quod iusto pretio deest d. l. 2. C. de resc. vend. Quæsiem vero est, an id beneficium etiam ei dandum sit, qui valorem rei sue scivit, in qua questione assentior Bartolo, Baldo, Saliceto, Castrensi, in d. l. 2. Memoch. conf. 565. Diod. Taldense ad C. de resc. vend. num. 4. negantibus dandum esse, contra Alberti

cum de Rolate in d. l. 2. num. 12. Pinellum p. 1. c. 1. num. 10. Fachin. 2. contr. c. 20. Rationes hujus assertionis nostre hæc sunt. Quia nemo lædi nisi injuria alicui intelligitur, qui scit & contenti, l. nemo 145. ff. de reg. jur. l. venditor 11. C. de resc. vend. l. si minor 9. C. de act. emp. 2. Quia videtur donationis causa minoris vendidisse, nam ubi errore interveniente daretur respectu, ibi quod consilio & à sciente fit, donari intelligitur, l. cuius per errorem 53. ff. de reg. jur. junct. l. si quis 38. ff. de contr. emp. l. cum donationis 34. C. de transfact. 3. quia qui scit & vult, similis est ei, qui jus & actiones suas remittit, l. 1. in fin. de act. emp. Postremò à parte hujus sententia fiat textus rotundus in l. 1. C. si maior fact. alien fact. sine decr. rat. hab. ubi expressè ei demum, qui inconsulto errore lapsus est, in hac læsione luccurrendum ad consultationem Licinia restituit Imperator Gordianus.

Rationes, in quibus in contrarium moventur Pinellus & Fachinus, hæc sunt. 1. Quia Imperatores in d. l. 2. C. de resc. vend. beneficium hoc venditori supra dimidium veri pretii læso concedentes non distinguunt, seiverit, an ignoraverit pretium rei sue: at quam distinctionem lex non agnovit, eam nec nos admittere oportere vulgatum est. 2. Quia hæc distinctione admissa eluderetur beneficium legis; quippe quod ratio admodum locum habere: quoniam venditor presumitur nosse vires & merita rei sue; etiam præditi longè distici l. quisquis 15. C. eod. tit. 3. Quia beneficium legis non fundatur in dolo vel errore, sed in nimia inaequalitate, que unquam societatem vitiat, absque discrimine scientiæ vel ignorantie, l. si non fuerit 19. §. ult. ff. pro. 4. Quia fieri potest, ut venditor necessitate rei familiaris urgente vel sciens tantò minoris rem vendat. Sed hæc rationes non efficiunt, ut à priori sententia, que & communis est, recedendum videatur. Nam primam quod attinet, præterquam quod jam produximus locum, in quo aliteris verbis, distinctio ista agnovit, tempore l. 1. C. si maior fact. alien fact. sine decr. rat. hab. etiam ipsa l. 2. C. de resc. vend. eandem distinctionem non obicere suppeditat; quoniam nemo sciens & volens lædi videtur: que regula utique etiam in venditione obtinet, l. ea qua commendandi 43. ff. de contr. emp. At humanitati d. l. 2. casum lædi iniquitas læsionis. Acque hinc simul removetur & tertia ratio: nam est d. l. 2. non fundatur in dolo vel errore, fundatur tamen in injuria five iniquitate, que nulla est adionem sciens & contententem, l. nemo 145. ff. de reg. jur. Quod verò regeant, hoc tantum pertinere ad tollendam actionem de dolo, vel injuriam, id cum locis supra citatis tam manifestè

pugnat, ut vel tyro id animadvertere queat: nihil præditi habent in exemplo quod assensu societatis leonina; id est, ex qua quis damnum tantum, non etiam lucrum, aut partem lucri expectat: nam lucrum communio ita naturalis est societati, ut sine ea nequeat societatem consistere. Quòd si fortè putaverit, ne valere quidem conventionem de inæqualibus lucris partibus in sociorum aequali collatione, allucinatus sunt; cumque in foretore confutavimus supra c. 52. Ac tamen in societate id placet propter naturam societatis, que æqualitatem desiderat, & jus quodammodo fratemitatis in se habet, l. verum 63. pr. ff. pro. sic. non continet id trahendum esset ad venditionem aut alios contractus: alioqui ipso jure nulla esset venditio, quando pretium non per omnia proportionè responderet rei venditæ: nec unquam liceret contrahentibus, quod plus est, minoris emere; quod minoris, plus vendere, & ita naturaliter in vicem se circumferre, contra l. item ff. 22. §. ult. ff. locat. l. in causa 16. §. idem Pomponius 4. ff. de minorib. Quod secundo loco allegant, admissa nostra eademque communi sententia futurum, ut rarissime huic beneficio sit locus, eo quod venditos præsumatur non ignorare pretium sue, ex l. quisquis 15. C. de resc. vend. malè hoc accommodatur: quia ea lex discretè loquitur de venditione paulo viliori pretio facta; neque hoc dicit præsumi scire venditorem, sed debere scire vires & merita rei familiaris: cuius tamen ignorantie ignoscitur, si ultra dimidium læsus est. Postremò nec in necessitate venditoris rem suam urgente debito contrahentes contraria opinio fundari potest: id enim repugnat aperto textui in l. non idcirco 12. C. de resc. vend.

CAPUT LVIII.

An locus sit beneficium l. 2. C. de resc. vend. in transfactione.

Beneficium quod venditori, qui rem minoris dimidia iusti pretii vendidit, tributur, l. 2. C. de resc. vend. ex adverso actum emptori, qui duplo plus dedit, quam accepit, dandum esse, factè admiserim cum interpretibus contra Cajacium lib. 19. obj. 18. Quin etiam ad alios contractus venditionis similes humanitatem constitutionem transferendam esse, veluti locationem, permutationem, familiæ aut rerum divisionem, si quis duplo plus dederit, quam accepit, aut duplo minus accepit, quam dedit. Neque enim

personæ beneficium est, sed causa, hoc est, non tribuitur personæ venditoris, sed læsioni: quia læsus, non quia venditor. Quibus autem in causis eadem planè ratio est, in his idem jus statui oportet, esseque hæc communis ususque forensi recepta sententia. Ancepta autem & necdum communi consensu terminata quæstio est, an legis huius beneficium ob enormem læsionem producendum sit ad transactionem? puta si quis dicat se duplo minus ex causa transactionis accepisse, quam ei debebatur, aut quam in petitione deduxerat: Non una autem ratio me impellit, ut in eorum inclinem sententiam, qui id negandum putant. Primum illud me movet, quod transactio comparata est ad lites finiendas, *l. fratres 12. C. transact.* sicut & iurandum; cui transactio equiparatur, *l. 1. C. de iur. jur.* Undè consequens est, ut quemadmodum dato iurjurando non aliud quantur, quam an iuratum sit, omnia quæstione, an debeatur, *l. 5. §. 2. ff. de iur. jur.* Ita quoque lite transactione bona fide optata, nihil amplius queri debeat, quam an transactio sit: ne alioquin remedium frigidissimis comparatum, earundem fiat seminarium; in quam rem & textus est notabilis in *c. 1. ex. de transact.* Nec aliam rationem habere credo; quod placuit ne principali quidem rescritto litem transactione legitimam finitam resciscitari oportere, *l. causas 16. C. de transact.* Sed nec minorem auctoritatem habet transactio, quam res iudicata, *l. non minorem 20. C. de transact.* At verò res iudicata prætextu læsionis, licet immodice non rescinditur, *l. 4. C. de re iud. Et* porro sicut ex causa iudicati solutum non repetitur conditione indebiti, *l. 1. C. de cond. indeb.* ita nec solutum ex causa transactionis, est debitum non fieri. *l. in summa 61. §. 2. ff. de cond. indeb. l. 6. C. de tur. & iust. ign.* quid quod pecunia, que transactionis causa datur, non datur tanquam in præteritum debita; sed ob causam futuram, ne aliquid sequatur, *l. nec intentio 23. C. de transact.* quod apprime notandum est. Et magna satis causa iustaque est, cur detur, nempe ut à lite discedatur, *d. l. in summa §. 1. ff. de cond. indeb.* Gallorum proverbium est. *Il gagne assez qui se met hors de procès.* Ad hæc nec ob reperta postea instrumenta transactionis rescinditur, *l. sub prætextu 19. C. de transact.* At que iustior causa læsionis, aut que gravior læsio? Potest enim instrumentum ostendere jus integrum & liquidum, quod fortè accepta decima parte remissum sit. In *l. Lucius Titius 78. §. ult. ff. ad senat. Trebell.* proponitur casus à Scævola quo reperta sunt instrumenta, ex quibus apparuit quadruplo amplius in hereditate fuisse, quam hæres fiduciarius ex causa fideicommissi restitue-

rat: Et tamen asgat Scævola, si transactio intervenit, amplius fideicommissi nomine peti posse. Non potest hic locus intelligi de transactione interposita postquam iam instrumenta reperta essent, quomodo à nonnullis accipitur; alioquin non transactio ea, sed gratuita pactio & liquidum juris remissio esset. Ponamus verò postea transactum esse, an ideo minus audiendus, qui causabitur enormem læsionem? Adde quod apud Scævola non illud queritur, an rescindenda sit transactio propter instrumenta postea reperta, ex quibus apparuit quadruplo amplius in hereditate fuisse, quam restitutum erat: sed illud tantum, an in reliquum fideicommissi nomine hæres conveniri queat? Undè intelligimus tantò minus transactionem bona fide interpositam prætextu læsionis rescindi oportere, cum me id quidem Scævola admittat, ut si transactionem sit, in reliquum fideicommissi nomine hæres conveniatur. Etiam transactione rescissa omnia in primum statum restituantur; secus verò est, cum in reliquum duntaxat actio conceditur.

Unus locus est, qui huic sententiæ obijci solet, nempe *l. si superfluo 5. C. de dol. ubi* filie emancipatæ, que cum patre super causa gestæ tutela bona fide transigerat, ob immodicam læsionem actio in factum adversus patrem datur. Ego verò non video, que ratione ex isto loco colligi possit, transactionem bona fide ad utraque parte interpositam solo læsionis prætextu posse rescindi. Ajunt Imperatores, si filia introducta læsa fuerit ex liberatione, que transactionem secuta sit, novatione & acceptilatione solvuntur interposita, ei non quidem actionem de dolo adio causa accipi non potest, quia non locum de actio causa accipi non potest, quia non immodica illa læsio intervenient dolo patris, per fratum liberatione filie expressa, & nimirum quo casu si adversus extraneum ageretur, de dolo competeret actio. Dolum legibus vindicari nemo negat, ceterum & illud in confesso est de dolo agi non posse, nisi cum eo, in cuius persona dolum arguitur. Nam cum hæc actio sit in personam simpliciter, non in rem scripta, atque aded famosa (quam ob causam nec inter extraneos competit, si de ea re alia sit actio, *l. 1. §. pen. C. de iur. ff. de dol. mal. nec inter patrem & liberos, etiam si alia actio non sit, l. non debet 11. ff. eod.*) non aliter dari potest, quam si persona designetur, cuius dolo malo factum sit, *l. sed & 15. §. ult. tit. eod.* nunquam alio colore, aut læsionis quantumque obnoxio. Nam quod enormissima, ut à pragmaticis vocatur, læsio; verbi gratia, que ultra bellum sit, dolum re ipsa inducat paremque

cum dolo ex proposito vim habeat, commentum est interpretum in *l. si quis 36. ff. de verb. oblig. sed Anton. Fab. Cod. suo forensi. tit. de transact. defn.* Cur igitur constitutio obijcta requirit læsionem immodicam? Respondetur, id non debet interpretationem recipere ex *l. 2. C. de rege. vend.* quippe cum dolum non ex quantitate damni, sed ex qualitate facti æstimetur, *l. idem 10. C. eod. tit.* nec unquam esse possit *non recipio per. l. 1. §. 1. ff. de dol. mal.* sed ideo adjectum est, quoniam si modica tantum læsio interveniret, non facile adversus patrem actio illa in factum subsidiaria actionis de dolo daretur: quemadmodum nec dari solet ipsa actio de dolo ob modicam lammam adversus alium quemlibet, *l. si quis 9. §. ult. cum l. seg. ff. de dol. mal. ut bene. Ant. Fab. dec. 8. err. 10. Schiefelg. lib. 2. tract. 25.* forè per tot. Porro ratio cur actori qui transigit, beneficium hoc concedendum non sit, sita est in dubio litis eventu. Quia enim si forè ei non debebatur, quod petebat, Et dato debitum fuisse, quod petebatur, forè tamen probare non poterat: aut propter impetiam dubium litis eventum, noluit existimatio? Que dubia sunt, ea certam æstimationem non recipere ait Ulpianus in *l. quemadmodum 29. §. 3. ff. ad leg. Aquil.* Imò vix est ut ratione comprehendi queat certa dubii litis eventus æstimatione. Fatetur dubium eventum æstimari posse, *l. propter 23. ff. famil. ercisc. l. si factum 12. ff. de ad. emp. l. 12. ff. de hered. vend.* sed negamus dubii eventus certam posse constitui æstimationem, *d. l. quemadmodum §. 3. l. quod debetur 31. ff. de pecun. ut promissè nec certa læsio dici possit, que ex hujusmodi eventus dubii æstimatione inducatur; cum tamen certam esse læsionem oporteat, & quidem inspecto præcisè tempore contractus, ut huic remedio sit locus.*

Atque hanc eandem ob causam rectè defenditur nec locum habere idem remedium in venditione hereditatis aut nominis, cum nec evictio hic præstetur, *l. 8. §. 1. ff. de contr. emp. l. 2. §. 3. l. 4. l. 11. l. qui filius 14. §. 1. ff. de her. vend. l. ff. plus 74. §. ult. ff. de evict. l. 1. C. eod.* In reo autem transigente prima facie videtur potest omnino non esse locum huic quæstioni: quippe cum nemo plus dare solet, quam ab eo petitur: sed tamen & in reo transigente potest locum habere: nam etsi nemo plus solvit, quam ab eo petitur: tamen dicere potest, se nihil aut duplo minus quam dedit debuisse, & nihilominus ad vitandam litem, tantam se summam dedidisse. Ceterum nec reo hoc casu remedium, *d. l. 2. C. de rege. vend.* tribuendum erit. Nam cum eodem casu cesset conditio indebiti; *l. in summa 61. §. 2. ff. de cond. ind. l. 2. C. eod. l. 6. C. de jur. & fact. ign.* que & ipsa ex humanitate, bonoque & æquo introducta est, *l. pen. ff. de cond. indeb.* utique & cessare debet remedium, *d. l. 2. Non me latet Pinellum ad d. l. 2. p. 1. c. 3. n. 5.* bonamque cum eo patrem interpretum beneficium, *d. l. 2.* porrigere ad quoscunque contractus, etiam stricti juris, atque aded ad ipsam quoque transactionem. Sed profectò beneficium contra communes regulas juris in bona fidei contractibus ex humanitate concessum, haud temerè ad stricti juris iudicia producendum est: utique ad transactionem nequaquam, que ad liberationem & lites sopiendas comparata est: quamvis id quoque faciat idem Pinellus, *ibid. n. 10.* auctori sanè ut mihi videtur, interpretatione, & multarum litium femina continente, vid. Andr. Gail. 2. obs. 70. Damhous. proz. cis. c. 200. n. 6. & Jegg. Fachin. 2. contr. 26. Diad. Tulden. ad tit. C. de rege. vend. n. 5. Ant. Fab. dec. 8. err. pragm. 10. Don. ind. l. 2. C. de rege. vend. n. 22. Perez. ad d. tit. C. n. 14.

