

CONTOVERSIA VIII.

Quid iuris sit, si Arrharum nomine aliquid datum fuerit.

SUMMARIUM.

Dplex modus adjiciendi Arrham Venditioni. 35. Si adjiciatur post contractum ante traditionem, an contrahentes possint rescire. 36. Intellectus legis 17. C. de fide instrum. eod. An emptio sine scriptis celebrata, possit esse imperfecta. 37. An arrha computetur in pretium. 38.

35. **P**otest Arrha dupliciter adjici Venditioni. (sive dectur ab Emptore, quod communius est, sive à Venditore) Primò, antequam contractus est perfectus & absolutus, v. g. quia facta solum est reflexa promissio de emendo, vendendo, vel quando volunt contractum esse suspensum usque ad consecrationem scripturæ, vel taxationem pretii ab alio faciendam. Secundo modo adjici potest post contractum consensu quidem perfectum, sed necdum facta traditione.

Si primo modo tradita est Arrha, certi juris est (loquendo de iure communi) & praxis habet conformis communi hominù intentioni, tunc in arbitrio contrahentium esse, vel contractum perficere, & sic arrham recipere, aut in partem pretii computare, vel arrham amittendo penitere, & à contrahendo abstinere: adeoque si resiliat, qui arrham dedit, amittet arrham, & eam alter qui accepit, lucrabitur: si verò resiliat, qui arrham accepit, & arrham acceptam restituit, & tantundem de suis bonis superaddet, quod alter lucrabitur. Ità Imperator *pr. l. h. r.* [Donec enim aliquid deest ex his, penitentia locus est, & potest emptor vel venditor sine pœna recedere ab emptione & venditione. Ità tamen NB. Impunè eis recedere concedimus, nisi jam Arrharum nomine aliquid fuerit datum; hoc enim subsécuto, sive in scriptis, sive sine scriptis venditio celebrata sit, is qui recusat adimplere contractum, si quidem est emptor, perdit quod dedit: si verò venditor, duplum restituitur compellitur.] Idem *l. 17. C. de fide instrum.* [Illud etiam adiciendum, ut imposterum, si quæ arrhæ super faciendâ emptione ejusque rei datæ sunt, sive in scriptis, sive sine scriptis, licet non sit specialiter adjectum, quid super iisdem arrhis, non procedente contractu fieri oporteat; tamen & qui vendere pollicitus est, venditionem recusans in duplum eas reddere cogatur, & qui emere pactus est, ab emptione recedens datis à se arrhis cadat, repetitione earum denegandâ.] Si-

milo quid diximus de arrhis quæ sponfalibus adjiciuntur *ib. r. trall. 2.*

Controversia est, si Arrha secundò modo adjiciatur, quid tunc de iure communi dicendum sit. In quo puncto imprimis non debetò dissimulare lapsum Doctissimi Fachineti, qui libro 2. cap. 28. cum quibusdam alijs resolvit, quòd in hoc casu ne quidem contra resistentem de iure actio ad id quod interest, sed solum arrhæ data amittantur, aut duplum reddatur, ad quod probandum adducit textum Instit. paulò antè relatum. Verùm, luce clarius est, quòd ille textus non loquatur de casu quo contractus jam est perfectus, sed quo necdum est perfectus: ut legenti & fideliter consideranti liquet. Sed et si ille textus eludi posset, adhuc stat firmus textus ex Codice adductus, ubi expressè sermo est, de pollicitatione contrahendi, quæ utique non est contractus. De reliquo

Prima sententia est, posse contrahentes adhuc rescire & penitere, dummodo traditio non sit facta mercis, & pretii. Ità Treudlerus secutus Scharidum ad *cit. l. 17. C. de fide instrum.* Eandem sententiam auxplexa est Facultas Lipsiensis, ut refert & approbat Berchius in suis Decisionibus (quas ipse *arrhas* vocat) *decis. 45.*

36. Contraria sententia est communis & verior, loquendo de iure communi, quòd sequitur in hoc puncto Ius Bavar. *L. R. tit. 6. a. 3.* Probatur imprimis per argumentum à sensu contrario; nam in textibus antè allatis solum hac penitentia conceditur, si necdum est perfectus contractus, sed adhuc partes in tractibus vertantur: ergo omnibus absolutis non licebit, ne quidem cum amissionis arrharum, se ab obligatione liberare.

Probatur. 2. Quando Arrhæ adduntur contractu jam perfecto, solum adduntur in eum finem, ut fortius obligentur contrahentes, & ut contractus facilius probari possit in Iudicio. Ergo si non adjectis arrhis, non liceret penitere (quòd certum est) utique multò minus licebit, arrhis superadditis: alioquin redderetur per has contractus aliquo modo vacillans, ut patet.

Confirmatur: à fortiori ex lege *6. C. de Rescindendâ vendit.* [Non est probabilis causa propter quam rescindi consensu factam venditionem desideras. Quamvis enim duplum offeras pretium emptori, tamen in viuis ad rescindendam venditionem argeri non debet.] Atqui arrhæ utique non adæquant pretium: ergo harum solutione multò minus licebit rescire.

Aliquibus scriptulum movent illa verba textus *pr. Instit. sive in scriptis, sive sine scriptis venditio celebrata est.* Ex quibus videtur colligi, quòd Imperator loquatur de contractu jam perfecto. Imò putant aliqui, non posse contractum sine scriptis celebratum esse imperfectum, quia solum consensu perficitur. Ad hunc tamen scriptulum

CONTOVERSIA IX.

Ad quem pertineat periculum rei periclitæ, & absolute Venditæ ante traditionem.

SUMMARIUM.

Si Venditor nullam specialis custodia curam in se suscepit rei venditæ, nec est in mora tradendi, & res perit, cuius sit damnus. 39. An venditor veneatur cadere levem culpam. eod. An conclusio posita in solis Institutionibus committatur, ut vult Cusacius & Vultei. eod. Quanam sit Conclusio ratio. 40. Si culpa venditoris periret, non peritura eodem modo apud emptorem, periculum ad venditorem spectat. 41.

Intellectus illius vulgaris: unaquæque res Domino suo perit. 42. Intellectus legis 33. ff. locati. 43. Interpretatio Antonii Fabri. 44. An semper Venditor liberetur, quando actiones cedunt. 45.

Interpretatio Arnoldi Rath. eod. Intellectus legis 12. & 13. ff. de periculo & commodò rei venditæ. 46.

Intellectus legis 15. §. 1. ff. eod. 47. Intellectus legis 39. §. 1. ff. de solutionibus. eod. Intellectus legis fin. ff. de condit. ca. datâ ca. non secutâ. eod.

Cujus periculo res pereat ante conditionem impleram. 48.

Quid sit solum minuitur, an deterioratur, & postea purificatur conditio. 49.

Quid sit res vendita ad futuram explorationem. eod. Penes quem sit periculum si res ad avertionem vendatur. 50.

Si vendatur ex certo corpore aliqua portio. 51.

Fuit sententia singularis Hugonis Grotii apud Henricum Hahn ad *tit. ff. de periculo & commodò rei vend.* Merum Iuris civilis commentum esse, & Iuri naturali contrarium, quòd periculum & commodum ad emptorem pertineat, antequam dominium in eum transferatur: cuius argumenta postea solvenda sunt; nunc autem quid de iure constitutum sit, videndum. Deinde est etiam singularis sententia Cusacii, & Vultei *h. t. n. 71.* quòd quando res vendita perit, Emptori detur ex æquitate Actio ad interest. Contra hos

39. **D**ICENDUM est. Si Venditor certæ speciei, seu individui (ut Philosophi accipiunt, v. g. Bucephali, fundi Semproniani) nullam specialis custodia curam in se suscepit rei venditæ, nec est in mora tradendi, & preterea diligentem custodiam aliorum patrumfam. adhibuit, & tamen rem venditam amisit, tenetur quidem Emptori cedere actiones, si quas ha-

rum eximendam, ponderanda est lex 17. C. de fide instrum. paulò antè relata, ubi leguntur hæc verba: *Faciendâ emptione. Non procedente contractu. Pollicitus est. Emere Pactus est.* quæ verba ne per violentiam quidem possunt aliter intelligi, quàm de contractu imperfecto, & inchoato.

Quare cum Arnoldo Rath. *th. 35. n. 3.* fatendum est, in Institutionibus Imperatorem aliquantò pinguius locutum fuisse, & nomine Emptionis celebratæ intellexisse emptionem, quæ adhuc est in fieri, & super quâ tractatur, adeoque verbum celebrari in textu Inst. accipi defacto ut in *l. consilio ff. de curatorib. sur. dand.* & de ipso partium tractatu.

37. Quod autem dicunt adversarii, Emptionem sine scriptis celebratam, non posse esse imperfectam, falsum est, & in contrariu est quotidiana praxis litigationum, dum de pretio non statim convenitur: potest ergo emptorius arrham dare, quâ vendenti astringatur, ut si postmodum in pretium oblatum consentiat, compellatur ad emendum, & contra vendens obligetur, ut si emens in pretium petatum consentiat, vendens compelli possit. [Finge casum, inquit *cit. Author.* quod studiosus veniat ad Stationariam live publicam venditricem, vulgò *Furlegerin*, & pro libro licitato viginti florenis, offerat quatuordecim, atque etiam Stationaria, quousque libri Dominum certiorer faciat pretii oblato, num eo vendere velit, exigenti interim arrhas v. g. in annulo tradat: certè si postmodum Domino contento studiosus oblato 14. florenis persolvere derederet, amittet arrhas ex tacita conventionoe.] Ità ille

38. Quod si verò Contractus postmodum absolvatur, si arrha fuit data in pecunia, illa computatur in pretium: arg. legis *ult. ff. de Lege commiss.* ex qua lege etiam constat, posse arrham etiam perfectæ venditioni addi, cum pacto, ut si non satisfiat obligationi, in quam conventum est, arrha amittantur, & res inempta sit. [Mulier fundos Gaii Scio vendidit, & accepit arrham nomine certis pecuniis, statuta sunt tempora solutionis reliquæ pecuniæ. (Ecce: quod sit pars pretii.) quibus si non paruisset, emptor pactus est, ut arrham perderet, & inempta vixisset.] Ecce: pactum amittendæ arrhæ cum rescissione emptionis! Vnde possumus concludere cum *Catd. de Lugo.* in hoc puncto, qualis fuerit intentio contrahentium, totum pendere ex consuetudine, quæ intentionem contrahentium manifestat.

bet, de reliquo est emptoris damnum, ut non modo non competat illi actio ad interesse, sed & pretium non minus solvere teneatur, quam si res illi tradita fuisset. Habetur in lege 34. §. 4. ff. h. t. [Si res vendita per furtum petierit, prius animadvertendum erit, quid inter eos de custodia rei conveniat. Si nihil appareat convenisse, talis custodia desideranda est à venditore, qualis bonus paterfamilias suis rebus adhibet; quã si præstiterit, & tamen rem perdidit, securus esse debet, ut tamen scilicet vindicationem rei, & conditionem exhibeat emptori.

Dixi: *Si diligentem, &c.* Non enim sufficit communem custodiam adhibuisse, sed debet adhibere majorem, quã etiam levis culpa vitetur, per legem 3. ff. de periculo, & commodum rei vend. [Custodiam autem venditor talem præstare debet, quam præstant hi, quibus res commodata est: ut diligentiam præstet exactiorem, quã in suis rebus adhiberet.] Præterea lege 5. §. 2. ff. de Rescind. vend. dicitur. [Mortuo autem homine perinde habenda est venditio acti traditus fuisset: utpote cum venditor liberetur, & emptori homo pereat: quare nisi iusta conventio interveniat, actiones ex empto vendito manebunt.] Idem habetur l. 7. §. 8. & 11. ff. de Periculo & commodum rei vend.

Ex his textibus Digestorum agnoscere licet, quã parùm luridicè dixerint Cujacius & Vultei, Conclusionem in foliis Institutionibus haberi: cum tota Digestorum doctrina elegantissimè continetur in §. 3. [Cum autem emptio & venditio contracta sit (quod effici diximus, simul atque de pretio conveniret, cum sine scriptura res agitur) periculum rei venditæ statim ad emptorem pertinet, tamen adhuc ea res emptori tradita non sit. Itaque si homo mortuus sit, vel aliqua parte corporis laesus fuerit, aut ædes totæ vel aliqua ex parte incendio consumptæ fuerint, aut fundus vi fluminis totus vel aliqua ex parte ablatus sit, five etiam inundatione aquæ, aut arboribus turbine dejectis longè minor, aut deterior esse cœperit, emptoris damnum est; cui necesse est, licet rem non fuerit nactus, pretium solvere. Quidquid enim sine dolo & culpa venditoris accidit, in eo venditor securus est. Sed & si post Emptionem fundo aliquid per alluvionem accesserit, ad emptoris commodum pertinet. Nam & commodum ejus esse debet, cujus periculum est. Quodsi fugerit homo, qui venit, aut surreptus fuerit, ita ut neque dolus, neque culpa venditoris intervenierit, animadvertendum erit, an custodiam ejus usque ad traditionem venditor suscepit. Sanè enim si suscepit, ad ipsius periculum is casus pertinet: si non suscepit, securus est. Idem etiam in cæteris animalibus, cæterisque rebus intelligimus. Vtique tamen vindicationem rei, & conditionem exhibere debet emptori: quia sanè, qui nondum rem emptori tradidit, adhuc ipse Do-

minus est. Idem etiam est de furti, & de damni injuria actione.]

Qui textus cum sit accuratissimè conceptus, & ob doctrinam necessariam notitiam tyronibus à Lustiniano, tam enucleatè prepositus, illi prius insistentium est, nec recedendum ob difficultatem quorundam jurium obscuriorum, in specie pignantium, quæ postea referentur, ac proinde non est admittenda conciliatio Cujacii, Vultei & quorundam aliorum, qui hunc textum dicunt spectare ad apices juris, alios verò ad æquum & bonum: sed, ut nunc alia taceam, non est verisimile, (ut optimè notat Ludw.) Imperatorem hic tyronibus Juris ea proponere voluisse, quæ deinde facti adultiores iterum deducere cogerentur, & loco doctrinæ in textu adeo inculcatæ hanc Cujacii & Vultei supponere. *Emptor pretium restituere, vel solum repetere potest, non tamen potest venditorem ad interesse venire.*

Sed & Iure Codicis idem habetur paucis verbis. l. 4. C. de periculo & com. rei vend. [Cum inter emptorem & venditorem contractu sine scriptis initio de pretio convenit, moratque venditoris in traditione non intercessit, periculo emptoris rem distractam esse in dubium non venit.] & leges. [Cum speciem venditam per violentiam ignis absumptam dicas, si venditionem nulla conditio suspenderit, amissæ rei periculum te non adstringit.] Sed quæso, quomodo non adstringeret periculum Venditorem, si & rem perdetet, & pretio carendum esset? etiam non teneretur ad interesse?

Accedit, quòd lege ult. ff. de condit. ca. d. a. ea. non sec. (quam jam supra retuli) expressè constituitur hæc differentia inter Venditionem & Contractum innominatum *De pecunia, ut des Stichum*, quòd in hoc posteriore pecunia data, Stichus mortuus & non tradito, repeti possit.

40. Rationem Conclusionis reddunt Iuriste hanc; quia Venditor certæ speciei (nam de hac solum procedit Conclusio) debitor est, atqui debitor certæ speciei liberatur ab obligatione, si sine ejus culpa pereat res debita. l. 23. ff. de V. O. [Si ex legati causa aut ex stipulatu hominem certum mihi debeas, non aliter post mortem ejus tenearis mihi, quã si per te steterit, quominus vivo eum mihi dares: quod ita fit, si aut interpellatus non dedisti, aut occidisti eum.] Ergo tamen hæc rationem (si quidem est ratio, & non potius legis auctoritas) nunquam judicare potui efficacem, quia adversarii facillè respondebunt, eam procedere (conformiter legi adductæ) quando res debetur titulo lucrativo, quo casu non potest conquiri fidei ius, ut consideranti patet: sed quando debetur titulo oneroso, sanè gravatur creditor, si ipse nihil consecutus debet pretium

solvere. hoc enim est, quod Cujacius judicat iniquum, & propter quod ab apertis juribus recedit.

Ratio ergo est, quam reddit Card. de Lugo d. 26. n. 216. Quia quamvis dominium rei venditæ ante traditionem non transferatur in Emptorem, est tamen naturali rationi congruum, quòd Emptor volens habere commodum, fructus, aliisque accessiones rei venditæ etiam non traditæ, etiam consentiat in incommodum & periculum, ita ut sicut vult rem sibi, quasi esset dominus, fructificare, ita etiam velit sibi perire. Ratio ulterior est, quia Venditor tenetur solum actione personalis, & itidem Emptor, si pretium nondum tradidit, etiam tenetur Venditori tantum actione personali. Ergo si Venditor redditur impossibilis traditio, extinguitur obligatio: quia verò manet emptori possibilis solutio pretii, hæc non extinguuntur: sicut non extingueretur, si res vendita ex alio titulo debita periret, emptor verò pecuniam ex alio titulo deberet.

41. Ex posita Conclusionem & juribus adductis infertur facillè, quòd periculum ad venditorem pertineret, si res ipsius culpa aut morâ periret, dummodo non esset eodem modo peritura apud emptorem, aut nisi etiam Emptoris culpa aut mora causam dederit. arg. legis 17. ff. de Peric. & com. rei vend. ubi hoc subtiliter dicitur à Pomponio. [Illud sciendum est, cum moram emptor adhibere capit, jam non culpam, sed dolum malum tantum præstandum à venditore. Quodsi per venditorem & Emptorem mora fuerit, Labeo quidem scribit, Emptori potius nocere, quã venditori moram adhibitam. Sed videndum est, ne posterior mora damnosa ei sit: quid enim si interpellavero Venditorem, & non dederit id quod emeram: deinde posteriore offerente illo ego non acceperim? sanè hoc casu nocere mihi deberet. Sed si per emptorem mora fuisset, deinde cum omnia in integro essent, Venditor moram adhibuerit, cum posset se exsolvere, æquum est, posteriorem moram Venditori nocere.]

Quòd autem, si eodem modo peritura fuisset res apud emptorem, adhuc emptori periret, constat tum ex disputatis 10. l. 1. v. 2. tum per argumentum à contrario sensu, ex lege 47. §. 6. ff. de legatis 1. Item si fundus chasmate perierit, Labeo ait, nisi estimationem non deberi (legatario ab hærede) quod NB. ita verum est, si non post moram factam id evenerit: potuit enim (si per moram evenit) eum acceptum legatarius vendere, ergo si vendere non potuit, adeoque eodem modo apud ipsum periturus fuisset fundus, æstimatio non deberetur.

Restant nunc solvenda Objectiones, quæ ab Adversariis fieri solent. Itaque

42. Obijciunt. i. Illud Vulgare. Vnaquæque res domino suo perit. Atqui Venditor

est rei venditæ dominus ante traditionem: ut ex juribus adductis palam est: ergo illi periret. Distinguendo majorem, perit domino suo, nisi ipse sit obligatus tradere dominium alteri, à quo possit avocari ad libitum, exhibitio pretio, concedo, sed casus nego. Ratio est, quia in ordine ad commodam & incommodam fingitur à Iure dominus esse Emptor, secundum ea quæ pro Conclusionem dicta sunt. Opponitur ergo in illo vulgari Effato dominus v. g. depositarius, creditori tenenti pignus, habenti usum rei &c. apud quos si res pereat, non talium periculo perit, sed periculo Domini, v. g. debitoris, ut habetur in l. 9. C. de Pign. act. Pignus in bonis debitoris permanere, ideoque ipsi perire in dubium non venit. At verò in potestate Emptoris est, oblatio pretio dominium acquirere, quare licet non ad omnes effectus, ad effectus tamen commodi, & incommodi fisione Juris est Dominus.

43. Obijciunt 2. & paulò difficiliùs ex lege 33. ff. Locati. ubi dicitur. [Nam & si venderis mihi fundum, isque prius, quã vacuum traderetur, publicatus fuerit, tenearis ex empto, quod hætenus verum erit, ut pretium restituas: non ut etiam id præstes, si quid pluris meâ interest, eum vacuum mihi tradi.] Circa hunc textum multæ responsiones excogitatae sunt. Prima est P. Molinae d. 366. n. 15. quem in formalibus sequitur Lugo, qui dicitur, hic esse positum casum exceptum à Regula & Conclusionem. Nempe periculum & jacturam rei tunc ad venditorem spectare aiant, quando res vendita ob delictum confiscatur; quasi idem sit in adducta lege, *publicari & confiscari*. Adde Molina, Iure Lusitanie idem esse, si res vendita, antequam tradatur, accipiat à Rege, necessitate aliqua.

Hæc Responso non quadrat textui: ubi non supponitur confiscatio ob culpam & delictum venditoris. Nam si hoc esset, teneretur Venditor etiam ad Interesse, & non tantum ad reddendum pretium. Loquitur ibi Iure consultus de vi majore, & potentia, ut legenti totum contextum liquet: dicitur enim: *quamvis per te non sit, quominus id præstet*, & expressè concludit, quòd venditor ad interesse non tenetur.

Dices: Ideo Venditorem non teneri ad interesse, quia delictum quod fuit causa confiscationis, non tendit directè ad impediendam traditionem, sicut mora, aut alienatio facta à venditore. Ità non omnino improbabiler responderi posset cum Bartolo & Jacchovio. Ceterum, non satisfacit hæc responso. Nam si damnum esset datum in re vendita ab inimico, quem venditor sua culpa ad inimicitiam provocasset, talis culpa etiam non retenderet directè ad impediendam traditionem, & tamen tunc venditor teneretur ad interesse arg. legis 25. §. 4. ff. locati. Ergo distinctio inter culpam directè & indirectè impediendam traditionem, non est in Iure fundata.

sed arbitrariè confecta. Textus sic habet. *Culpæ autem ipsius & illud adnumeratur, si propter inimicitias ejus vicinus arbores exciderit.* Item arg. l. 92. §. 18. ff. pro Socio. ubi cum quæreretur, an Socius omnium bonorum, si quid ob injuriarum actionem damnatus præsterit, ex communi consequatur ut præter, responsum est. *Si injuria Judicis damnatus sit, consequatur: si NB. ob maleficium suum, ipsam tantum damnationem sentire debere.* Ecce: hic delictum non tendit directè ad damnationem bonorum communium, & tamen solus delinquens damnatus sentit. Ergo etiam in casu venditionis si bona venditoris ob ejus culpam confiscantur, ipse solus damnationem sentire debet, & non emptor. atqui emptor etiam sentiret, si illi venditor non teneretur ad interesse. Ergo teneretur, si ob culpam fundus venditus confiscatus esset.

44. Aliam responsionem ad dictam legem. 33. excogitavit Antonius Faber lib. 2. *Constitutur. c. 4.* distinguendo inter modos quo res vendita perire potest, & traditio reddi impossibilis venditori. Aliquando enim ita perit, ut omnino physice desinat esse in rerum natura, adeoque per naturam amplius præstari non possit: in hoc casu ait damnum spectare ad emptorem, & de hoc solo casu seu modo desinendi vult procedere Conclusionem, & communem doctrinam. Aliquando verò res amittitur salvo corpore, v. g. cum furto auferatur, adeoque per causam extrinsecam impeditur traditio; & hoc casu vult damnum spectare ad venditorem, hac ratione, ut si habeat aliquas actiones, eas obligetur cedere emptori: si verò nullas habeat actiones (prout nullas habet, si fundus publicetur) amittat pretium, quia non præstat illam rem, quam saltem per rerum naturam præstare posset. Et de hoc casu vult intelligendam legem 33. Hanc responsionem amplectitur Harpprecht, qui tamen addit, eam rejici à Bocero & Vincentio Cabotio, quia tamen, ipsi hand meliorem responsionem afferunt, illam retinendam putat.

45. Ego verò in venio hanc Fabri responsionem aliter rejectam, & meliorem responsionem substitutam ab Arnoldo Rath, in hoc puncto subtilitate superante Fabrum, quem ipse pro sua modestia *subtilissimum* vocat. Rejicit, inquam, quia leges à nobis adductæ indistinctè volunt, venditorem non teneri de eo, quod in re vendita ante traditionem accidit, si modò eam diligentiam adhibuerit, quam debent homines fugi, & diligentes præstare: hoc & non plus requiritur à venditore, ut damnum ad eum non pertineat. l. 11. ff. de peric. rei vend. ibi. [Quamobrem, si venditor eam diligentiam adhibuisset in Insula custodienda, quam debent homines fugi, & diligentes præstare, si quid accidisset, nihil NB. ad eum pertinebit.] Contra verò statuunt generaliter, venditorem absolute teneri de

dolo suo, lata & levi culpa, ut patet ex Foribus supra allatis. Gratis ergo fingitur discrimen in modo rem perendi, quia sola culpa, vel absentia culpæ in considerationem venit.

Præterea, ut idem Auctor advertit, Faber assumit falsum: nempe quòd indistinctè venditor liberetur, si actiones cedat. hoc enim solum procedit, quando res sine culpa amittitur, ut est textus apertus in lege 80. ff. de furtis. [Si vendidero, neque tradidero servum, & is NB. sine culpa mea subripiatur, magis est, ut mihi furti competat actio. & mea videtur interesse, quia dominium apud me fuit. vel quoniam NB. ad præstandas actiones teneor.] scilicet: Emptori. Quod si culpa intervenit, tenebitur ad interesse non minus quam Commodatarius, &c.

Meliorum ergo, & expeditam responsionem & legis 33. interpretationem, exhibet laudatus Arnoldus Rath ib. 59. ex differentia sola inter periculum Facti & Juris: ut periculum facti in ipsius emptoris, Juris verò in venditoris incommodum cedat: si ve clarioris, quòd damnus fortuiti interitus, & extorsionis injustæ, quales sunt furtum & rapina, ad emptorem, periculum verò evictionis (quod est periculum Juris) ad venditorem pertineat; sed hoc iterum cum discrimine: nempe si evictio sine ejus culpa acciderit, solummodo quoad pretii amissionem pertineat, nullo interesse emptori refundendo. De hujusmodi evictione Juris, & absque culpa venditoris accedente, loquitur lex 33. nempe quando fundus publicatur à Principe, hoc est, sit publicus seu publici Juris, excitando munitionem in illo, quod Princeps facere potest bono publico id exigente, modò Domino fundi æstimatio refundatur. Cum igitur Princeps, rem privatam publicam faciens, Jure suo utatur, bono publico ita suadente, ac proinde venditor nullum Jus in re vendita retineat, quod emptori tradere possit, merito hoc Juris damnus ad eum eatenus pertinet, ut pretium ab emptore non possit exigere, acceptum verò restitueretur teneatur, quia non potest (ut debet) rem venditam ita tradere, ut non possit Jure evinci.

Porro, illam publicationem à Principe factam, vocari evictionem, habetur in lege 11. ff. de Evictionibus. [Lucius Titius prædium in Germania trans Rhenum emit, & partem pretii inultit, cum in residuum quantitatem heres emptoris conveniretur, quæstionem retulit dicens, has possessiones ex præcepto principali partim distractas, partim veteranis in premia designatas: quæro an hujus rei periculum ad venditorem pertineat possit. Paulus respondit NB. futuros casus evictionis post contractam emptionem ad venditorem non pertinere, & ideo secundum ea, quæ proponuntur, pretium prædiorum perisse.] Quare autem in hoc casu pretium perisse possit, non obstante evictione, ratio est quia prædium jam erat traditum.

Breviffi-

Breviffimè ergo respondetur, quòd quando impotentia tradendi rem emptam provenit à Jure (ut quando evincitur à Domino rei venditæ) vel à Principe, quando evincitur ob necessitatem boni publici) damnus pertineat ad venditorem, quando verò provenit ex aliquo facto, aut casu fortuito, pertineat ad emptorem.

46. Obijciunt 3. ex lege 12. ff. de peric. & com. rei vend. ubi videtur dici, quòd tunc primum periculum ad emptorem spectet, quando res jam tradita perit, aut emptor in mora fuit. 2. Hoc quidem dici in lege 12. & 14. sed ex textu constare, quòd venditor culpam commiserit, non adhibendo debitam custodiam. Leges audiamus. [Lectos emptos ædilis cum in via publica positi essent, concedit, si traditi essent emptori, aut per eum steterit, quominus traderentur, emptoris periculum esse placet: eumque cum ædili, si id non Jure fecisset habiturum actionem legis Aquilæ, aut certè cum venditore ex empto agendum esse, ut ei actiones suas, quas cum ædili habuisset, ei præstaret. Quod si neque traditi essent, neque emptor in mora fuisset, quominus traderentur, venditoris periculum erit.] Cur? quia posuit lectos in via publica: atqui culpa est, & quidem lata, rem alteri obligatam exponere injuriis in via publica.

Dices eum Bocero: Ædilis commisit injuriam confcendendo lectos: ergo venditor non est in culpa. Ineptæ proflus consequentia, perinde ac si diceret: Depositoris rem depositam relinquit in cubiculo januis apertis, & nemine præsentis, & fur auferendo facit injuriam: ergo Depositarii nullam culpam commisit.

47. Obijciunt 4. Ex lege 15. §. 1. eod. Sed lex non est ad propositum, quia non loquitur de re vendita in specie, sed de genere vendito, nempe de trabibus venditis in genere: quia verò emptor ex cumulo trabium aliquas trabes signaverit, lex inserit fuisse traditas. [Materia empti si furto periisset, postquam tradita esset, emptoris esse periculum respondit, si minus, venditoris: videri autem trabes traditas, quas Emptor signasset.] Porro glossa notat, in hac lege per Materiam intelligi Calcem, que in genere emptæ erat. quando autem genus emptum perit, periculum ad venditorem spectare dicitur leg. Conclusio.

Obijciunt 5. ex lege 39. §. 1. ff. de solutionibus, ubi à regula generali, quòd periculum pertineat ad venditorem, excipitur casus, nempe quòd tunc pertineat ad emptorem, quando merx deposita fuit apud eum, quem emptor elegerit, & hoc ideo, quia sibi imputare debet, quòd talem elegerit. atqui exceptio firmat regulam in casibus non exceptis. 2. Hanc legem admodum imperitè ab adversariis adduci, quandoquidem potius aperte nostram sententiam continet, & non de mercis, sed de pretii periculo loquitur.

Christ. Haun. de Just. Tom. IV.

culo loquatur, cum recurrit ad electionem personæ apud quam deponetur. Textus ita habet. [His consequens esse puto, ut, etiam si & emptor nummos, & venditor mercem, quòd invicem parum fidei haberent, deposuerint, & nummi emptoris periculo sint, NB. utique si ipse eum, apud quem deponetur, elegerit, & nihilominus merx quoque: NB. quia emptio perfecta est.] Ecce: in hoc casu periculum tam pretii, quam mercis est penes emptorem, sed ex diversis causis: pretii, quia elegerit, mercis verò etiam ideo, quia contractus est perfectus.

Obijciunt ultimò. Si periculum pertineat ad emptorem etiam post solum pretium, tunc etiam periculum pertinet ad eum, qui ex contractu innominato *Do ut des*, solvit, & postea perit quod alter debet. consequens est contra legem l. fin. ff. de condit. ca. da. ca. non fec: ibi. *Et ideo si mortuus est Stichus, repetere possum quod tibi dedi, ut mihi Stichum dares.* 2. Hunc textum loqui de casu quo Stichus tempore celebrati contractus erat mortuus, & ideo contractus erat nullus. Ità quidem Harpprecht respondet. Glossa tamen & alii volunt, in hac lege constitui disparitatem inter Venditionem & contractum innominatum, quòd in isto non amittatur res tradita sicut in priore. & hæc responsio est conformior textui. Nam Celsus in fert posse repeti quòd datum est, ex eo, quia non est perfectum, sed contractus innominatus, qui non pariat aliam actionem, quam *Conditio nem causâ datâ causâ non fecit*.

48. DICENDUM. 2. Quando contractus est conditionatus, si pereat res vendita ante conditionem impletam, perit periculo Venditoris. Ratio est, quia Contractus necdum est perfectus, sed adhuc in suspensio.

49. DICENDUM. 3. Si verò pendente conditione non perita tota res vendita, sed deterioratur, aut minuitur tantum, & postea purificatur conditio, tunc contractus valet, & retrahitur ad tempus conventionis, & damnus est emptoris, quia perinde est, ac si jam tunc fuisset ita constituta seu deteriorata. l. 8. pr. ff. de peric. & com. ibi. [Quod si sub conditione res venierit, si quidem defecerit conditio, nulla est emptio. quòd si exstiterit, Proculus & Octavianus emptoris esse periculum aiunt, idem Pomponius l. 9. probat.] Ex qua lege colligunt Rebellus, Molina & Palao, quòd Emptor non possit ullam pretii diminutionem facere, alioquin contractus mutaretur.

Hinc consequenter Jure constitutum est, ut si aliquid venderetur ad futuram explorationem, v. g. gustationem vini, probationem equi &c: tunc ante positam explorationem (dummodo emptor non sit in mora) contractum non esse perfectum, quia censetur esse conditionalis, adeoque periculum ad Venditorem spe-

C 2

habit.

Quabit. *l. 2. ff. de peric. & com. rei ven.* [Si vinum venditum (subintelligit ad corpus, ut infra explicabitur) acuerit, vel quid aliud vitii sustinuerit, emptoris erit damnnum: quemadmodum si vinum esset effusum &c. Sed si venditor se periculo subiicit, in id tempus periculum sustinebit, quoad se subiecit, quod si non designavit tempus, eatenus periculum sustinere debet, quoad degustetur vinum, videlicet, quasi tunc plenissime veneat, cum fuerit degustatum &c: sed si nondum sunt degustata vina, signata tamen ab Emptore vasa, vel dolia, consequenter dicitur, adhuc periculum esse venditoris, nisi fit aliud convenit.] Ex qua lege videtur quidem posse, hanc conditionem degustationis perferri subintelligi, etiam si non fuerit in contractu expressa. Verum hoc magis declarat in lege 4. §. 1. eod. ibi [Ex hoc apparet, si non ita vinum venit, ut degustaretur, neque acorem neque mucorem venditorem prestare debere, sed omne periculum ad emptorem pertinere: difficile autem est, ut quisquam sic emat, ut ne degustet. quare si dies gustationis adiectus non erit, quandoque degustare emptor poterit, & quoad degustaverit, periculum acoris & mucoris ad venditorem pertinet, dies enim gustationis (hic videtur omnia particula Non, ut notat Gottfredus) præstituta, meliorem conditionem emptoris facit.] Itaque præsumitur emptor voluisse suspendere contractum in tempus proximè commodum degustandi, vel quando fuerit monitus à venditore.

50. DICENDUM 4. Si res, quæ numero, pondere vel mensurâ constare dicuntur, vendantur per *aversionem*, ut iura loquuntur, vulgò *Iberhaupt*. v. g. integrum vini dolium, totus grex ovium, totus ille acervus tritici, &c: periculum est penes emptorem postquam contractus est perfectus, independens ab aliqua conditione expressa, vel tacite subintellecta. Constat ex iuribus adductis. Quod si quæras, cur talis emendi modus dicatur per *aversionem*: aliqui respondent, quia emptor videtur inattentus & non satis consideratè agere, alii melius dicunt inde desumi, quòd Venditor omne periculum à se in emptorem avertat.

51. DICENDUM 5. Si vendatur v. g. ex certo & designato dolo solummodo aliqua portio. v. g. duæ urnæ, ex determinato grege decem oves, ex designato acervo sex modii, pro pretio certo singularum urnarum, ovium, modiorum, periculum manet penes venditorem, quoadiu non fuerint urnæ mensurate, oves tradite &c: Ratio est, quia in his contractus non est absolutus, nec perfectus, sed suspensus donec res vendita fuerit adnumerata, admensa, appensa &c. *l. 35. §. 1. ff. de contr. empt.* [In his quæ pondere, numero, mensurave constant, modò ea servantur, quæ in

caeteris, ut simul atque de pretio convenerit, perfecta venditio: modò ut etiam si de pretio convenerit, non tamen aliter videatur perfecta venditio, quam si appensa, admensa, adnumerata sint.] *l. 2. C. de peric. & com. rei ven.* [Cum convenit, ut singula amphore vini certo pretio veneant, antequam tradantur, imperfecta etiam tunc venditio periculum venditori mutati emptoris, qui moram mensuræ faciendæ non interposuit, non fuit.] *l. 35. cit. §. 7. ff. de contr. empt.* [Sed & si ex dolario pars vini venierit, velut metretæ 100. verissimum est, antequam admetiatur, omne periculum ad venditorem pertinere. nec interest unum pretium omnium 100. metretarum, an semel dictum sit, an in singulos eos.]

CONTROVERSIA X.

Quandam censetur res constans numero, pondere aut mensurâ, esse vendita ad Corpus, vel ad Quantitatem, & quid in utroque casu Iuris quoad rei periculum.

SUMMARIUM.

Quandam namque venditio ad corpus vel ad mensuram. 52.

Alia ejusdem diversitatis explicatio. 53.

Triplex difficultas ex hac diversitate resolvenda proponitur. 54.

Qualis præsumenda intentio, quando venditio incipit à corpore. 55.

Quid sit constet, quantitatem fuisse adjectam per modum demonstrationis absque restrictione. 56.

Quid sit quantitatis expressio facta à venditore, sive emptori causa emendi pro tanto pretio. 57.

Intellectus legis 13. §. 14. ff. de actionibus. eod.

Quid sit in venditione per aversionem quantitatis expressio minor est, quam que reverà inest corpori. 59.

Quid sit excessus non faceret, ut res vendita superaret justum pretium. 60.

Quid sit in venditione alicujus totius corporis constituitur certum pretium in singulas partes. 61.

Intellectus legis 34. §. 6. ff. de contrah. empt. 62.

52. **R**es constans numero, pondere aut mensurâ, tota simul vendi potest, cum expressione aliqua quantitatis adjecta. & hoc duplici modo: nempe vel ad Corpus, vel ad Quantitatem seu ad mensuram. Tunc sit venditio talis rei cum adjecta expressione quantitatis ad Corpus potius, quam ad mensuram, quando ex verbis contrahentium colligitur, quòd quantitatis seu mensuræ adjectio, solummodo facta sit demonstrativè, seu causâ demonstrandi, & distinguendi, seu discernendi corpus venditum ab alijs

alijs corporibus, & non animo taxandi ipsam substantiam corporis. v. g. si quis dicat: [vendo tibi prædium Tusulanum, quod est 100. jugerum, vel virgarum. Vendo tibi hoc dolium vini, quod est decem unarum &c:] Quo casu quia quantitas non est apposita restrictivè, quasi venditoris intentio esset, non plura jugera quam centum vendere, sed demonstrativè, quasi per modum discernendi, ideo censetur prædium venditum, sive major sive minor numerus in veniat, & dicitur venditum ad Corpus, seu per *aversionem*.

Econtra, quando Quantitas exprimitur tanquam Restrictiva & taxativa, dicitur res vendita ad Mensuram v. g. *Vendo tibi ex tali agro decem jugera*, decem urnas hujus dolii: Quo casu si inveniantur plura jugera aut urnæ, non censetur excessus venditus.

53. Hunc duplicem vendendi modum Iuristæ paulò alijs verbis declarant & ab invicem distinguunt. Ad Corpus, inquit, sive speciem res vendi dicitur, si conventio à corpore sive specie incipiat, & unum pretium pro ipso corpore sive specie exprimitur, etiam si postea quantitas adiciatur. v. g. [Vendo tibi Fundû Tusulanum storeris mille, qui est jugerum centû.] Ad Quantitatem verò dicunt rem vendi, si conventio à Quantitate, vel pondere, numero seu mensurâ, incipiat, & pro singulis ponderibus, numeris vel mensuris singula pretia exprimitur. Itâ Bocerus. Alii tamen non requirunt, ut singularum mensurarum pretia exprimitur, dummodo à Quantitate incipiat venditio. v. g. *vendo tibi 100. jugera hujus fundi.* Verum, benè monet P. VVadingus, in his casibus judicandis Iudicem debere esse doctum & prudentem, ut ex verbis præsumere possit mentem contrahentium, nec præcisè attendat ad materiale collocationem verborum, sed ad sensum, qui etiam ex transpositis verbis aliquando colligi potest. Quantum enim interlit, an Venditio facta sit ad Corpus vel ad Quantitatem, constabit ex dicendis. Quare potius ad intentionem contrahentium respiciendum est, an taxativè, vel tantum demonstrativè adjecta sit Quantitas, ut communiter explicant Theologi. Molina, Lugo, VVadingus, & alii.

54. Ut ergo utilitas & necessitas hujus diversi modi vendendi plenè percipiatur, triplex difficultas ex hoc discrimine resolvenda erit. Prima est, an & quando censetur vendita res tota prout à parte rei se habet, vel non tota, quia v. g. major est æger, quam 100. jugerum, ac proinde an & quando possit venditor excessum sibi reservare. Secunda, an si res sit major vel minor, quam fuerat per adjectam quantitatem expressa, si tamen unum pretium fuit à principio constitutum, postea pretium sit variandum, augendum, vel minuendum. Tertia & præcipua

difficultas est, ad quem spectet periculum, si peccat, antequam sit dimensa res vendita, præsertim si tota res quidem vendita est, v. g. totus æger, sed pretium fuit constitutum in singulas partes mensuratas, v. g. in singula jugera. Harum inquam difficultatum resolutio pendet ex eo, an venditio fuerit facta ad Corpus, an ad Quantitatem, spectatâ intentione contrahentium.

55. **QUÆRITUR** ergo 1. Qualis præsumenda sit fuisse intentio contrahentium, quando venditio incipit à corpore, sed statim fuit adjecta quantitas, & constitutum pretium unum in totum corpus, v. g. dicendo: *vendo tibi fundum inter talia confinia constitutum, habentem 100. jugera*, pro 100. fl. an inquam præsumendum sit, quòd quantitas fuerit adjecta demonstrationis causâ, adeoque venditio sit ad corpus, vel an præsumendum sit, quòd fuerit adjecta quantitas cum restrictione ad illam, ita ut si plura jugera essent, non nisi decem tamen vendita censerentur. Communis est sententia, præsumi venditionem factam esse ad Corpus, & totum agrum esse venditum, nec posse sibi venditorem aliqua jugera retinere. Et si aliqua jugera evincerentur, teneretur de evictione, etiam si relinqueret decem jugera. An autem pretium sit augendum, est alia questio. Itaque

56. **DICO** 1. Si constaret, quantitatem fuisse purè putè per modum demonstrationis adjectam, & absque omni restrictione ad quantitatem, tunc qualiscunque excessus vel defectus in quantitate reperiretur, esset solvendum pretium à principio constitutum (intellige nisi lesio esset ultra dimidium justî pretii, de quo infra) & nec minuendum ob defectum, v. g. si tantum essent 9. jugera, nec augendum, si excederet. Itâ P. Molina *diff. 367. n. 9.* alios non cito, quia Iuristæ plerique satis obscure loquuntur, & distinguenda non satis distinguunt, ut idem Author notat in fine numeri 4. Dixi: *si constaret*. Nam censet verum esse quòd tradit P. Molina lo. cit. quòd contrahentes vix unquam soleant quantitatem merè ad demonstrandam rem adjicere, cum sint alii faciliores modi designandi individuum rei venditæ, adeoque potius censeri debent adjicere eum aliqua alligacione, quæ tamen alligatio non inferat venditionem ad mensuram, sed stet cum venditione per *aversionem* seu ad corpus, ut ex dicendis constabit.

Conclusio probatur, quia talis adjectio quantitatis est impertinens, ut supponitur, & perinde factus esset contractus, etiam si nulla quantitas fuisset expressa, sed fundus alijs signis demonstratus: ergo non est ratio, cur pretium varietur, etiam si in quantitate sit erratum. modò non sit erratum in corpore, adeoque contractus subsistat.

57. **DICO** 2. Si quantitatis expressio facta à venditore fuerit emptori causa emendi pro tanto pretio, (in quem finem communiter adicitur,

cur, & ita potius presumetur adjecta, diciturque adjecta esse tanquam *Modus rei vendite*: tunc si minor quantitas reperitur, venditor teneretur minuere pretium cum debita proportione, non obstante, quod in hoc casu adhuc venditio sit per averseionem, & ad corpus, quatenus unum pretium est constitutum, & venditio incepta corpore, sicutque intentio vendendi & emendi totum corpus, quæcunque sit ejus quantitas, major an minor illa, quæ fuit adjecta. adhuc, inquam, esset venditio ad corpus in ordine scilicet ad alium iuris effectum, nempe quoad periculum, ut patet ex supra dictis præced. Contr. Concl. 4. Probatur. Et quidem si venditor scivit esse minorem quantitatem illam, quam ipse finxit, jam dolus dedit causam contractui, & ideo est rescindibilis ad instantiam læsi: vel si dolus tantum est incitans, eo quod nihilominus emisit, adhuc tamen remittendum est pretium, quia emptor non tanto, sed minore pretio emisit. Quod si venditor nescivit, adhuc tamen tenetur remittere de pretio, quia intentio fuit. Illigare tantum pretium tantæ quantitatis, & quod minus pretium adiecit, si scivisset minorem esse quantitatem: & quotidiana experientia hoc docet. Exemplum obviunt, & frequens est in emptione chordarum, nam solet unum ligamen seu fasciculus vendi ad averseionem uno Imperiali, & talis fasciculus dicitur continere 100. particulas quodsi venditoribus demonstratur, esse pauciores, sine ulla replica diminuunt pretium. Ergo agnoscunt se ex vi contractus, & intentionis ad hoc obligari. Idem sæpe contingit in emptione imaginum, Rosatorum, &c.

Confirmatur ex lege 13. §. 14. ff. de actionibus empti, qui sic habet. [Si Titius fundum in quo nonaginta jugera erant, vendiderit, & in lege emptionis dictum est, in fundo centum esse jugera, & antequam modus manifestetur, decem jugera alluvione accreverint, placet mihi (inquit Ulpianus) Neratii sententia, existimantis, ut siquidem sciens vendidit, ex emptio actio competat ad versus eum, quamvis decem jugera accreverint, quia dolo fecit, nec dolo purgatur: si vero ignorans vendidit, ex emptio actionem non competit.] Qui textus tamen si videtur posse esse contrarius conclusioni, cum tamen P. Molina subtiliter interpretatur in favorem conclusionis, nempe quod Jurisconsultus ex æquitate judicaverit, venditorem non posse ad minuendum pretium conveniri, quia decem jugera accreverunt. Ergo, si non accrevissent, posset conveniri. Neque potest sustineri interpretatio Bartoli & glossæ, quasi textus loquatur de venditione facta ad mensuram. Nam si hoc esset, venditor nequidem ratione doli conveniri posset, quia defectum compensaret per incrementum ex alluvione, quod ad ipsum spectaret.

Ceterum, negare non possum, quin & Molina interpretatio divinatoria videri posset, nam in textu nullum verbum est, quod dicat, ex æqui-

tate tantum, & propter alluvionem negari actionem. Verum, nisi hæc interpretatio admittatur, pugnat textus cum aliis statim referendis. Certè hoc textu non utuntur ad versatarii, ut videre licet apud Fachineum, qui eorum argumenta refert c. 27. lib. 2.

§8. Confirmatur deinde Conclusio ex lege 4. §. 1. ff. de act. Empti. Si modus agri minor invenitur, pro numero jugerum Auctor (id est venditor) obligatus est: quia ubi modus minor innuitur, non potest estimari bonitas loci, &c. ideoque his casibus pro bonitate loci fiet estimatio.

Confirmatur 3. ex lege 42. ff. eod. ubi casus aptus refertur. [Si duorum fundorum venditor separatim de modo cujusque pronuntia verit, & ita utrumque uno pretio tradiderit, & alteri aliquid desit, quamvis in altero exsuperet, forte si dixit, unum centum jugera, alterum ducenta habere, non poterit ei, quod in altero ducenta decem inveniuntur, si in altero decem desint.] In eadem lege sequuntur alia verba idem clarè confirmantia, quæ commodius postea referam.

19. DICO 3. Quando in venditione per averseionem quantitas expressa minor est, quam quæ revera inest corpori, & quidem est excessus tam notabilis, ut superet propterea fundus v. g. venditus illud pretium, quo venditus est, tunc emptor tenetur augendo pretium reducere ad æqualitatem, ut pretium sit justum, & hoc saltem in conscientia, ut constabit ex dicendis infra, de læsione partium ex venditione.

60. DICO 4. Si tamen excessus ille non faceret, ut fundus superaret justum pretium, nempe quia adhuc infimo pretio posset sic emi, tunc probabilis mihi est, quod cum pluribus contra multos (quibus faver VVadingus) docet Fachineus, nempe Emptorem non posse conveniri ad augendum pretium. Probatur. Si esset aliqua ratio, cur teneretur, esset hæc, quod hoc videatur exigere æqualitas servanda inter venditorem & emptorem. atqui ut paulò antè dictum est, venditor tenetur minuere pretium, si minor est quantitas, quam quæ fuit indicata: ergo contra Emptor debet augere pretium, si major sit quantitas, quam quæ est indicata. Verum hæc ratio non obstat, tum ob leges mox referendas, tum ob disparem conditionem inter venditorem & Emptorem. Venditor enim hoc ipso quod non curat in vigilare diligentius in quantitatem, & ideo erret, non censetur hunc errorem curare, nec inde induci ad tale pretium taxandum, sed eodem pretio contentus futurus, si major sit quantitas, dummodo pretium adhuc sit justum. Econtra Emptor allectus est quantitate adjecta: ergo si est minor, iure petit remissionem in pretio, quia in tantum pretium non consentit, nisi conditionate: si tanta sit quantitas.

Probatur nunc Conclusio Iustibus apertis, in quibus hæc ipsa disparitas inter Emptorem, &

Ven-

Venditorem indicatur. Primò in lege 42. cit. ibi. [Nec enim hic, quod amplius in modo invenitur, quam alioquin dictum est, ad compendium Venditoris, sed NB. ad emptoris pertinet: & tunc NB. tenetur Venditor cum minor modus invenitur.] Deinde habetur in l. 38. ff. eod. Si venditor hominis dixit, pecudium eum habere decem, nec quemquam adempturum (ex quibus verbis colligitur, quod fiat venditio per averseionem & ad corpus) nisi plus habet, totum præstet, (nisi hoc actum est, ut dumtaxat decem præstaret) si minus est, præstet esse decem.

Restat tertia difficultas examinanda de periculo, ad quem pertineat; seu, quod idem est, sine Venditio ad corpus, (adeoque periculum pertineat ad emptorem) vel potius ad mensuram, (adeoque periculum pertineat ad venditorem) si in Venditione alicuius corporis totius, v. g. totius gregis, totius dolii, totius acervi, constituitur certum pretium in singulas oves, urnas aut amphoras, modios, &c. adeoque si ante traditionem & mensurationem, vel pereat, vel diminuat, sine culpa Venditoris, damnum spectet ad Emptorem, an ad Venditorem.

Prima sententia vult esse Venditionem ad Corpus, ac proinde damnum esse Emptoris. Ita Baldus & Castrensis. Sed Contraria est longè communior, non tamen indubitabilis, ut dixit Molina. Ex Iustis expressius eam tenent Covarr. Lopez & Arnoldus Rath. th. 61. Bocerus. n. 21. & seq. Pinellus. c. 2.

61. DICO cum hac secunda Opinio, & Iuri & Rationi eam esse conformem, ut tunc periculum ad Venditorem spectet, ed quod Venditio ad mensuram facta censetur. Probatur imprimis ex Iure. l. 2. C. de periculo & com. rei vend. [Cum convenit, ut singula amphora Vini certo pretio veneant, antequam tradantur, imperfecta etiam tunc venditione, periculum vini mutari emptoris, qui moram mensuræ faciende non interposuit, non fuit. Cum autem univertum quod in horreis erat positum, venide sine mensura, & claves Emptoribus traditas alleges, post perfectam venditionem quod vinum mutato damnum accidit, ad emptorem pertinet.]

Probatur. 2. Ratione. Nam adjectione pretii in singulas partes, præsumitur facta Venditio sub conditione, si numeratio, admensio, vel ponderatio intercesserit: ut satis clarè dicitur lege 36. §. 5. & 6. ff. de contr. empt. ibi. [Quodsi vinum ita venierit, ut in singulas amphoras item oleum, ut in singulas metretas: item frumentum ut in singulos modios: item argentum ut in singulas libras certum pretium diceretur: queritur, quando videatur emptio perfici, quod similiter scilicet queritur, & de his quæ Numero constant, si pro numero corporum pretium fuerit statutum. Sabinus & Cassius tunc perfici Emptionem existimant, cum adnume-

rata, adpensa, admensa sint. quia NB. Venditio quasi sub hac conditione videtur fieri, ut in singulas metretas, aut in singulos modios, quosve admensus eris: aut in singulas libras quas appenderis, aut in singulas libras quas appenderis, aut in singula corpora quæ adnumeaveris. §. 6. Ergo & si grex venierit, si quidem univertaliter uno pretio, perfecta videtur, postquam de pretio convenierit, si vero in singula corpora certo pretio, eadem erunt, quæ proximè tractavimus.]

62. Obijci posset cum Card. de Lugo, Casus qui habetur in lege 34. §. 6. ff. b. t. [Si emptio ita facta fuerit: est mihi emptus Stichus aut Pamphilus: in potestate est venditoris quem velit dare: sicut in stipulationibus: est uno mortuo, qui superest, dandus est, & ideo prioris periculum ad venditorem, posterioris ad emptorem respicit: sed & si pariter decesserit, pretium debebitur, unus enim utique periculo emptoris vixit.] Ergo etiam idem dicendum esset, quando emerit decem pecora ex Grege Petri, ut si totus Grex perierit, periculum esset Emptoris, & pretium solvere deberet: quia videntur enim disjunctum, hæc decem, vel illa, vel illa decem: ergo sicut si perierit omnia usque ad decem, hæc decem deberentur, ita si hæc etiam ultimò perierit ante traditionem, periculum emptoris esset non venditoris. Respondet ipse Cardinalis, & ex eo Arnoldus Rath (vocans hanc objectionem *subtilem, insignem, & infestam*; in quo sanè hic Turisconsultus, per totam Germaniam famosissimus, specialiter estimandus est, & revera estimatur, quod non abhorreat, aliorum more, à læsione subtiliorum Theologorum) respondet, inquam Lugo, discrimen esse, quod quando disjunctum emitur servus alter ex duobus, absolute emitur, quare ultimus superstes absolute jam & determinatè emptus est. Quando verò emitur res ad mensuram, vel numerationem, non emitur absolute (ut jam dictum) sed sub conditione: si numeretur vel mensuretur: quare ante numerationem venditori soli perit.

Ex dictis patet, in hac intricatissima materia, pleraque pendere ex præsumpta intentione Contrahentium, quibus proinde, si velint securi esse, consulendum est, ut in contractu ipsorum suam intentionem bene declarent, & ea in partem deducant, quæ sibi possent periculum creare, si in partem deducta non essent.



CONTROVERSIA XI.

Quid iuris circa fructus rei venditæ.

SUMMARIUM.

VT dominium rei venditæ transferatur in emptorem, quid requiratur. 63.

Fructus tempore perfecti contractus pendentes, sunt emptoris. 64.

Varie illationes ex posita assertione. eod.

Ad quem pertineant fructus, qui primum exorti sunt post contractum perfectum, necdum translato dominio. 65.

Quousque iuris fitione emptor sit Dominus rei emptæ. eod.

An fructus pendentes tempore contractus immaturi, si postmodum matureverint, quoad totum valorem pertineant ad emptorem. 66.

Ponderatio legis 13. §. 19. & 20. ff. de act. empti. & legis 5. C. eod. eorumque conciliatio. 68.

Ad quem spectet thesaurus, si inveniat in fundo venditoris in fundo vendito, sed necdum tradito. 69.

Discrimen inter dominium mariti & emptoris civile. 70.

63. **P**ramittendum est, Venditorem manere Dominum rei venditæ etiam post perfectam contractum, adeo, ut ad dominii translationem ne quidem nuda traditio sufficiat, sed requiratur insuper unum ex sequentibus, nempe, ut vel emptor pretium solverit, vel illud de presenti offerat, vel cautionem fidejussoriam aut pignoratitiam præstet, vel venditor fidem emptoris sequatur, quocunque horum deficiente non est translatum dominium, quia traditio facta processit ex intentione conditionata: si aliquid ex his præstitum fuerit. §. 42. l. de R. D. [Venditæ verò res & traditæ non aliter emptori acquiruntur, quam si is venditori pretium solverit, vel alio modo illi satisfecerit: veluti ex promissione, aut pignore dato: sed si is qui vendidit, fidem emptoris secutus fuerit, dicendum est, statim rem emptoris fieri.] Item l. 5. §. 18. ff. de tributor. act. ibi. *Quia res venditæ non alias desinunt esse meæ, quamvis vendidero, nisi ere soluto, vel fidejussore dato, vel aliis satisfacto.* Suspicio, in hoc textu pro vendidero: legendum esse: tradidero, alioquin idem reperitur. Hoc supposito

64. **Q**uamvis aliquin sit Regula generalis, quòd unaquæque res fructificet Domino suo, in Contractu tamen emptionis est in hoc puncto aliquin speciale. Et imprimis est Regula, quòd si post emptionem fundo aliquid per alluvionem accesserit, ad emptoris commodum pertinet. Nam & commodum ejus esse debet, cujus periculum est. §. 3. l. h. t. Quoad fructus autem est distinguendum. Et quidem si inter contrahentes convenisset, cujus vellent esse fructus, sive pendentes, sive nascituros, conventioni standum est, ut patebit ex l. i. §. 10. ff. de act. empti. Nulla facta conventio, ne.

Regula est. Fructus tempore perfecti contractus pendentes, tam maturi, quam immaturi, sunt emptoris, eique cum re ipsa tradendi. l. 13. §. 10. ff. de act. empti. Si fructibus jam maturis ager distractus sit, etiam fructus emptori cedere, nisi aliud convenit, exploratum est. l. 13. C. eod. [Fructus post perfectum iure contractum emptoris spectare personam convenit, ad quem & functionum gravamen pertinet. Venditor quoque pretium tantum, ac, si mora intercessisse probetur, usuras officio Iudicis exigere potest.] Quodsi tamen venditor post perfectum contractum fecisset aliquas expensas in commodum fructuum, refundendæ sunt. l. 16. eod. [Post perfectam venditionem, factus quidem pecorum emptori, venditori verò sumptus, si quos bonâ fide fecerit, restitui debere, nonnullum est.]

Ratio reddi solet. Quia fructus pendentes censentur pars fundi. l. 44. ff. de rei vindic. Fructus pendentes pars fundi videntur. Ergo empto fundo censentur & fructus empti. Ex hac tamen ratione licet inferre, quòd quidquid non est pars rei venditæ, non pertinet ad emptorem: nam contrarium constabit ex dicendis.

Illud tamen ex ratione posita bene inferitur contra Angelum & Sylvestrum, fructus pendentes pertinere ad emptorem, etiam si pretium ipse necdum persolverit, nec venditor ejus fidem secutus fuerit.

Deinde inferitur 2. quòd vinea pendens fructibus pluris æstimari possit, quam postquam fructus collectos sunt.

Inferitur 3. Si vinea fuit postea pendens ubi vis, dominium autem fuerit primum translatum post fructus collectos, & absolutam vindemiam, si illos non est consecutus emptor, sed venditor, detrahendum esse de pretio constituto, quanti fructus tempore contractus pendentes æstimabantur.

Inferitur 4. Si domus, priusquam venderetur, fuit alteri pro pensione elocata, & tempus necdum est elapsum, tunc pro temporis portione dividenda est pensio inter venditorem & emptorem, nam quæ respondet temporis jam elapso ante contractum, ad venditorem spectat, sicut fructus percepti ante contractum; quæ verò respondet temporis residuo, ad emptorem spectat: quia jam illi debetur usus domus, & fructus inde provenientes. Pensio enim respondet fructibus.

Quodsi vinea locata fuisset, tempore autem venditionis necdum fuisset tempus percipiendi fructus, adeo que conductor necdum fructus ullos percepisset, tunc equidem temporis elapsi nulla haberetur ratio, sed tota pensio pro fructibus solvenda ad emptorem spectaret. Quodsi partim fructus percepti fuissent, partim non, pro fructuum proportione (quomodocunque se habeat

tempus elapsum ad tempus residuum) pensio inter venditorem & emptorem dividenda erit. Porro, actio exigendi pensione, competit venditori, tanquam locatori, qui tamen postea emptori, quod ad ipsum spectat, restituet.

65. **C**ontroverfia magna est, tam inter Legistas, quam inter Theologos, ad quem pertineant fructus, qui primum nati sunt aut exorti post contractum perfectum quidem, sed necdum translato dominio. Pertinere ad venditorem tenent communiter Juriste, quos sequitur Molina, & ex Molina supponit Lugo. Unde inferunt (& quidem consequenter, si eorum sententia vera sit) iustum esse contractum, ab omni ulcere labe immunem, si venditor rei venditæ dominium in emptorem transferat per traditionem, adjecto pacto, ut dum moram traxerit solvendi pretium, vel partem pretii, restituat æstimationem perceptorum fructuum secundum proportionem pretii non soluti, deductis tamen expensis. Ratio est, quia cum secundum horum opinionem fructus postea nati ad venditorem spectarent, si dominium non transferretur rei venditæ, potest eorum æstimationem in pactum deducere, si pretium non solvatur. Eandem sententiam tenet in terminis Rebellus, quem P. Laym. malè citat pro contraria sententia. l. 9. q. 16. §. 1. n. 5. eandem tenet Bonacina hic, qui tamen malè citat (sicut & Dicastillo) Lessium, nam Lessius expressè contrarium docet. Ex Juristis eam maxime propugnat (qui etiam Theologos induxit) Covarruvias var. res. c. 15. n. 2. & alibi. Anton. Gomez c. 2. n. 11. eandem supponit, sed non disputat. Fachineus c. 31.

Contrariam sententiam, quòd omnes illi fructus ad emptorem pertineant, tenent ex Theologis Lessius, post Rosellam, Armillam, Lopez, Petrum Navar. item tenet P. Dicastillo d. 1. dub. 2. n. 135. ubi plures alios citat. Sed hic Author est satis ambiguus. Item eandem tenent Layman & Palao. Ex RR. Juristis eam in terminis tenet Jo: Harprecht §. 1. h. t. n. 25. & supponit Arnoldus Rath th. 63. quod colligo ex ijs que disputat de thesauro tunc temporis invento, quem vult esse Emptoris, ut infra dicam.

Hæc secunda sententia, quam video Recentioribus magis placere, & clarioribus Iuribus firmari, mihi quoque probabilior videtur, & etiam rationi conformior. Probatum autem i. ex lege 13. §. 18. ff. de actionib. Empti. ubi dicitur, ad Emptorem pertinere, quidquid servus ante traditionem ex operis suis acquisivit, vel alio modo. [Si quid servus distracto venditor donavit ante traditionem, hoc quoque restitui debet: hereditates quoque per servum acquisite, & legata omnia: nec distinguendum est NB. cujus respectu ista sint relicta. Item quod ex operis servus præstitit venditori, emptori restituum est, nisi si deo dies traditionis pacto prorogatus est, ut ad

venditorem opera pertinerent.] Deinde lex 13. C. eod. sine ullo discrimine inter fructus natos, & nascituros loquitur, & rationem etiam decisionis pulchre insinuat. [Fructus post perfectum iure contractum emptoris spectare personam convenit, ad quem NB. & functionum gravamen pertinet. Venditor quoque pretium tantum, ac si mora intercessisse probetur, usuras officio Iudicis exigere potest.] Eodem modo lex penultima eodem titulo loquitur indifferenter de fructibus pecorum venditorum, sive jam fuerint tunc concepti, cum contraheretur, sive postea.

Confirmatur etiam à paritate aliorum elementorum, quæ licet fructus non sint, cum fructibus tamen comparantur, quatenus ad eum pertinent, ad quem fructus pertinent, v. g. quod fundo pro alluvionem accedit ante translationem dominii, emptoris commodum cedit, ut patet ex Iuribus supra allatis, & fatetur ipse Molina ibidem adductus: ergo si paritatem rationis, & doctrinæ consequentiam tenere velimus, idem de fructibus postea natis dicendum erit.

Ratio Conclusionis est aperta. Nam ut supra sæpius inculcant, sicut ad Emptorem spectat periculum rei emptæ, & ejusdem deterioratio, ita & debent spectare commoda & accessiones: alioquin non servatur æqualitas.

Obijciunt adversarii 1. Vnaquæque Res fructificat suo Domino. Atqui Venditor adhuc est Dominus: ergo res ei fructificat. Ad hoc argumentum jam supra in simili responsum est, quòd emptor quoad hos effectus fit Dominus Iuris fitione, ut tradit Arnoldus Rath, quia res est illi debita, ita ut periculum & deterioratio non aliter ad ipsum spectet, quam si esset ipsa Dominus. Deinde argumentum retorquetur in incrementum. Nam sicut res dicitur suo Domino fructificare, ita etiam dicitur suo Domino crescere. Et tamen incrementum rei ad Emptorem pertinet: alioquin, si quis vitulum, vel pulum equinum emeret, isque crederet in bovem, aut equum, antequam Dominum in emptorem transferretur, incrementum ad venditorem pertineret, quod nemo dixerit.

66. **E**x hac instantia (ut hoc obiter dicam) impugnari potest etiam alia doctrina singularis P. Molinae n. 18. (quam Lugo non rectè tribuit Lessio n. 100. ut attentè consideranti, & totum legenti manifestum est) qui docet, quòd si fructus pendentes tempore contractus sint immaturi, adeoque minus valeant, si postmodum matureverint ante traditionem, non propterea pertinent ad Emptorem, secundum totum suum valorem, sed solummodo secundum valorem quem habebant, cum vinea emeretur. Quam doctrinam recipit etiam Lugo n. 210. sed cum formidine, nam illi obijcit instantiam paulò ante allatam de incremento pecorum emptorum, quæ crescunt ab intrinseco, sicut crescunt & maturantur fructus. Conatur tamen Lugo assignare dispa-

ritatem, nempe quia maturatio fructuum est ipsius vineæ fructus, at verò incrementum pulli equini non est fructus alicujus rei. Sed hæc est disparitas merè materialis, & Physicâ potiùs, quàm morali æstimatione digna. Et sanè mihi ex terminis inconueniens videtur, quòd ad Emp-torem pertinet totum periculum tempestatis, pruinæ, grandinis, &c. quæ superuenire possunt, antequam fructus maturescant, & ad eum non pertineat valor incrementi, & maturationis. Censeo ergo doctrinam hanc Molinæ esse subtilitatem, quæ seruire possit publicæ concentrationibus, ad impugnandum, non ad persuadendum.

67. Obijciunt adversarij duas leges. Prima est lex 13. §. 19. & 20. ff. de act. empti. ubi dicitur. [Ex venditio actio venditori competit ad ea consequenda, quæ ei ab Emp-tore præstari oportet. Veniunt autem in hoc Iudicium infra scripta. Imprimis pretium, quanti res venit: item usura pretij post diem traditionis. nam cum re emptor fruatur, æquissimum est, cum usuras pretij pendere.] Ex qua lege diversimodè argumentantur. Aliqui à sensu contrario. Ergo inferunt, ante traditionem emptor non fruatur, & sic fructus non facit suos. Respondet Harprecht, argumentum à sensu contrario non habere vim, quando sunt lura aperta, quibus contrarium statuitur, qualia lura stant pro nostra sententia. Addi possit, legem non dicere ullo verbo, quòd per traditionem fuerit translatum dominium; nam supra dixi, & est certi Juris, posse traditionem fieri, v. g. in hunc finem, ut Emp-tor possit fructus colligere, aut procurare, & tamen dominium non esse translatum, quia plura requiruntur ad translationem dominij, quàm traditio, quæ ibidem retuli, nempe, ut vel pretium sit solutum, vel cautio præstata, vel fides data, & acceptata. Et confirmatur ex lege 13. 19. citato, ubi dicitur, quòd etiam precaria possessio sufficit.

68. Alii fortius argumentantur, & dicunt, quòd usura ibi exigatur in compensationem fructuum: ergo fructus non lucratur Emp-tor. Antecedens probant; nam nisi hoc dicitur, non possunt illæ leges excusari ab iniquitate usuraria, non enim potest alius titulus ostendi, ex quo usura peti possint licitè, & sine labe usura. P. Rebellus & ex eo Palao dicunt, ideo non esse has leges usurarias, quia pretij lucrum conceditur in pœnam culpæ commissæ ab emp-tore, quod suo tempore debito pretium non solvert, cum fructus rei venditæ percipiat. Hanc pœnam posse excusare ab usura Theologica, dixi in tr. de usura. Huic responsioni fortiter restitit lex §. C. eod. ubi idipsum statuitur, (& hæc est altera lex, quam obijciunt adversarij) & ponitur expressè Parenthesis: licet nulla mora intercesserit. Lex ita habet. [Curabit Præses Pro-

vincia compellere emp-torem, qui nactus possessionem fructus percepit, partem pretij, quam penes se habet, cum usuris restituere: quas & perceptorum fructuum ratio, & minoris ætatis favor (erat enim minor qui venderat) licet nulla mora intercesserit, generavit.] Respondent tamen citati AA. illam parenthesisem esse intelligendam de alia mora ab ea, quam ipso Iure incurrit emp-tor pretium non solvens, cum rei venditæ possessionem accipiat: nam hæc est mora Juris communis, & sufficiens ad pœnam usurarum, etiam si nulla alia mora venditori incommoda intervenerit. Ceterum, ad exigendas usuras aliquam moram requiri, patet manifestè ex lege 13. eod. tit. *Venditor quoque pretium tantum, ac, si mora intercesserit, probetur, usuras officio Iudicis exigere potest.* Restat ergo difficultas illius parenthesis, quæ dicit: licet nulla. Mihi non occurrat alius conciliandi modus, quàm si dicatur, quòd illa parenthesis non sit referenda ad priorem causam adductam, nempe ad fructuum perceptionem, sed ad alteram causam, id est, ad favorem minoris ætatis. Nempe quia Minor læsus est, tradendo rem fruendam, vel quia non debebat tradere, & contractum absolvere, nisi accepto pretio, vel quia non deduxit in pactum, solutionem usurarum pro damno emergente, & lucro cessante, adeoque etiam si nulla mora theologice culpabilis intercesserit, modò materialis mora sit minori damnosa, Præses curabit, ut usurae solvantur proportionaliter ad fructuum perceptionem ex re à Minore vendita. Vnde tamen non potest in hoc Regula generalis pro aliis. Quod si tibi hæc non sufficiant, dicunt Laymann & Lessio, leges illas esse iniqvas, quatenus usuras illicitas admittunt.

Interpretationem Rebelli inveniò magnâ autoritate firmatam apud Fachineum lib. 2. c. 31. lit. B. ubi plurimos Juristas refert, asserentes, ex l. Curabit usuras deberi ob perfidiam Emp-toris, quòd cum rem acceperit, non exequatur id quod debet, & pretium non solvat. Vnde inferunt, quòd etiam deberet solvere usuras, etiam si res vendita esset sterilis, & nullos fructus emp-tor accepisset. Et confirmatur ex l. 2. C. de Usuris. [Usuras Emp-tor, cui possessio rei tradita est, si pretium venditori non obtulerit, quemvis pecuniarum obignatam in depositi causam habuerit, æquitas ratione præstare cogitur.] Ubi glossa supponit moram factam esse. Ceterum illatio horum Authorum difficilis est, & non satis conformis textui, qui perceptionem fructuum requirit. Quare nobis dicendum est, pœnam usurarium non imponi, nisi moroso emp-tori, qui tamen fructus percipit.

69. Ex hæctenus disputatis resolvi potest illa curiosa quæstio, ad quem spectet thesaurus (saltè quoad illam partem, quæ aliquando ad Dominium fundi spectat) si inveniatur v. g. à famulo venditoris in fundo vendito, sed necdum tradito.

tradito. Et pro Emp-tore pronuntiant Iuris periti, quos sequitur Arnoldus Rath, ex eo fundamento, quòd sicut periculum, ita & commodum & emolumentum, adeoque etiam thesaurus inventus spectare debeat ad eundem.

Necque oblat, quòd venditor adhuc sit Dominus. Nam, ut supra dixi, in ordine ad commodam & pericula, fictione Juris emp-tor est Dominus. Deinde venditor post rem venditam, sed non traditam, instar creditoris habetur, & rem venditam pignoris potiùs, quàm dominij Iure tenere dicitur. l. 13. §. 8. ff. de act. empti. *Venditor enim quasi pignus retinere potest eam rem, quam vendidit. & l. 31. §. 8. ff. de adilit. edicto & redhib. ibi. Nam venditor pignoris loco quod vendidit, retinet, quoad emp-tor satisfaciatur.* Ergo sicut thesaurus in loco pignoris inventus, creditori non cedit, ita nec venditori. Et hoc quidem ex constitutione Juris Civilis. Nam Iure gentium inventori cederet.

70. Obijci potest ex lege 7. §. 12. ff. soluto Matrimonio. ubi dicitur, quòd thesaurus inventus in fundo dotali fit uxori restituendus. Et tamen maritus est Dominus civilis seu fictione Juris: uxor autem retinet dominium naturale. Ergo etiam venditori esset restituendus, qui habet dominium naturale, emptor autem solùm civile. Textus. *Non magis quàm si thesaurus fuerit inventus: in fructum enim non computabitur: sed pars ejus dimidia restituatur quasi in alieno inventi.* &c. Esse grandem disparitatem inter dominium civile mariti & Emp-toris, item inter naturale uxoris & venditoris. Nam dominium venditoris est jam in eo, ut transferatur, & dominium civile mariti est in eo, ut expiret; e contra dominium civile Emp-toris est in eo, ut consolidetur cum dominio naturali, seu melius, ut in illud commutetur, & sic potiùs dominio uxoris, quàm dominio mariti æquiparandum est.

CONTROVERSIA XII.

Quid Juris, quando eadem res venditur in solidum successe de duobus.

SUMMARIUM.

RE duobus vendita, neutri traditâ, secunda vendita nullam habet vim. 71.

Si secundo traderetur, venditio non valet, sed esset peccaminosa. 72.

Prior tamen emp-tor haberet actionem ad interesse contra venditorem. 73.

Quid si secundo emp-tor esset conscius fraudis. 74.

Quid si prior Emp-tor constituit hypothecam, & promittat se alteri non venditurum. 75.

Quid si prior Emp-tor sit privilegiatus, ut dominium statim transferatur. 76.

Christ. Haun. de Just. Tom. IV.

Hujusmodi privilegium habent Ecclesie, Civitates, Hospitalia, & alia pia loca. eod.

Quæstio procedit de Venditione rei alicujus quoad speciem (Philosophis individuum) determinatâ. Nam si solùm quoad genus, & indeterminatâ vendita esset, utriusq; emp-tori quantum fieri potest, est satisfaciendum: servatis Regulis de Ordine restitutionis faciendæ, traditis tomo 1. tract. 2.

71. DICENDUM est 1. Si neutri Emp-tori res est tradita, Venditio facta Secundo, & posteriori Emp-tori, nullam habet vim, nullamque inducit obligationem ad tradendam rem secundo: sed tota obligatio manet tradendi primo emp-tori. Probatur. Non potest quis se obligare ad faciendam injuriam alicui tertio, atqui esset injuria primi emp-toris, si res ipsi vendita, & ex obligatione tradenda, traderetur alteri, ut dominium transferretur in secundum emp-torem: ergo secunda Venditio non potest inducere obligationem tradendi secundo. Ergo manet tota obligatio tradendi priori emp-tori. Hinc nata est regula Juris tam Canonici, quàm Civilis. Canonici quidem c. 54. Juris civilis verò 99. *Qui prior est tempore, prior est Iure.* Hinc merito Iura imponunt pœnam injusti modi Venditoribus. l. 21. ff. ad l. Corn. de falsis. *Qui duobus in solidum eandem diversis contrahibus vendidit, pœnâ solvens coercetur.*

Falsa est ergo sententia plurium Legistarum, jam supra ex hoc ipso fundamento rejecta, quòd pœnæ Venditorum sit Electio, an velit primo Emp-tori tradere rem, vel interesse: si enim hoc esset, posset impunè nolle tradere priori, sed solvere interesse, & sic posset se validè obligare secundo emp-tori: cur ergo puniretur falsi quæ est deportatio?

72. DICENDUM 2. Si Venditor secundo emp-tori rem ita venderet, ut simul in eum transferret dominium tradendo, & vel pretium accipiendo, vel fidem sequendo, vel cautionem accipiendo, valeret secunda Venditio, quæ tamen esset peccaminosa. l. 15. C. de Rei Vend. [Quoties duobus in solidum prædium Iure distrahatur, manifestè Iuris est, eum cui priori traditum est, in detinendo dominio esse potiorum.] Simile quid est in Matrimonio contracto cum secunda, post sponsalia cum alia prius contracta. valeret enim matrimonium, etsi graviter peccaminosum. Sicut etiam valeret revocatio testamenti facta contra juramentum de non revocando. Ratio ulterior est, quia Venditor adhuc post primam venditionem retinet dominium & Ius in re, sed cum obligatione personaliter transferendi in primum emp-torem: ergo potest hoc dominium & Ius in re validè transferre in alium, violando obligationem personalem, quod sexcentis aliis modis fieri potest, v. g. qui locavit operam suam alteri, potest violatâ

D 2

hac

hac obligatione personali, operam actu alteri præstare pro mercede, &c.

73. DICENDUM 3. In tali casu habet prior Empor Actionem personalem adversus Venditorem, non solum ad restituendam pretium si quod accepit, sed etiam ad solvendum interesse, quantum emptoris interest rem sibi traditam fuisse. *l. c. de hered. vel act. vend.* ubi etiam præcedens Conclusio firmatur. [Qui tibi hereditatem vendidit, antequam res hereditarias traderet, Dominus earum perseveravit, & ideo vendendo eas aliis dominium transferre potuit. Sed quoniam contractus fidem fregit, ex empto Actione conventus, quanti tuâ interest, præstare cogetur.] Alius casus habetur in lege 11. *C. de Actionibus Empti.* [Si ancillam tibi ex causa venditionis traditam venditor manumisit, libertatem alienæ factæ præstare non potuit. Quodsi post Venditionem ante traditionem manumisit, pleno iure Dominus constituitur, civem Romanam facere non prohibetur, tibi personali propter ruptam fidem contra Venditorem actione competente.]

74. DICENDUM 4. Si secundus Empor esset conficius fraudis, & quod res jam esset alteri personaliter obligata, quamvis per traditionem fuerit Dominus factus, potest tamen prior emptor (nisi malit agere ad interesse) intentare secundo Empor actionem in factum, & recuperare rem traditam. Quare dominium tale erit ob dolum commissum rescindibile, ut patet ex dictis tr. 8.

75. DICENDUM 5. Si venditor rem priori venditam, constituit eidem in hypothecam, adeoque ius in re, præsertim si alia bona simul hypotheca supponat pro merce ipsi tradenda, & promittat, se rem alteri non venditurum, tunc etiam si alteri vendat & tradat, non transfert dominium: arg. legis 7. §. 2. ff. de distract. pig. [Queritur, si pactum sit a creditore, ne liceat debitori hypothecam vendere vel pignus, quid iuris sit, & an pactio nulla sit talis, quasi contra ius sit posita, ideoque veniri possit: Et certum est, nullam esse venditionem, ut pactio stetur.] Neque credo quod requiratur aliqua specifica promissio de non vendendo, quidni enim sufficiat illa, quæ formaliter includitur in hoc, quod constituitur in re vendita hypotheca pro maiore securitate servandi prioris contractus.

76. DICENDUM 6. Si primus emptor sit privilegiatus, ut facta illi venditione statim acquirat dominium, tunc secundo emptori non acquiritur dominium, etiam si illi tradatur. Ratio est manifesta. Quia est Venditio rei alienæ: ergo priori emptori competit Rei Vindictio, & res alteri tradita est obnoxia evictioni.

Huiusmodi privilegium habent Ecclesiæ, Monasteria, Civitates, Hospitalia, alique pia

loca. Pro qua veritate citatur à P. Molina lex ultima *C. de Sacros. Ecclesiis.* Ex Molina, nisi fallor, eandem legem citant Layman, Lugo, & Palao. Sed in illa lege quantumvis longa, nec apex habetur de hoc privilegio. Citanda erat lex 23. §. 1. eod. *In his autem omnibus casibus non solum personales actiones damus, sed etiam in rem hypothecariam.* Hoc privilegium pessimè extenderunt aliqui ad privatas etiam Personas Ecclesiasticas: in his enim locum habet regula generalis, quod dominium ante traditionem non transferatur, solius rei spiritualis donatio (non venditio) habet hoc privilegium. arg. c. si tibi absentis. de Præbend. in c. sed hoc non pertinet.

CONTROVERSIA XIII.

De Fide habita Emptori, & Hypotheca rei vendita.

SUMMARIUM.

An hoc ipso quod fiat traditio, censetur habita fides, nisi expressè contrarium dicatur. 77.

An saltem censetur habita fides, si dies vel hora ad solvendum constituantur. 78.

An fide habita venditor ita fiat creditor, ut concurrat cum aliis creditoribus ad consequendam partem mercis actione tributoria. 79.

An ab hac regula excipiantur libri venditi, compacti, ut possint vindicari. eod.

An venditor constituitur in rebus venditis hypotheca, præsertim aliis creditoribus hypothecariis. 80.

An præferatur doti de iure communi vel Bavarico. 81.

Quomodo tam venditori quam emptori consuli possit, locando rem pro certa pensione. 82.

Suprà jam dictum est, nudâ traditione non præsumi in Venditore intentionem absolutam transferendi dominium, sed debere ad minimum fidem haberi Emptori, quod sit pretium suo tempore solutus. Et licet hoc de solo Venditore dicant Iura, Franciscus Connanus tamen ob rationis paritatem id etiam applicat Emptori, ut non censetur voluisse pretii soluti dominium translatum in Venditorem, nisi, & ille vel rem tradat, vel cautionem præstet, vel illi fides ab emptore habeatur. Quod ad hoc ultimum,

77. QUERITUR 1. An hoc ipso quod fiat traditio, censetur habita fides, nisi expressè contrarium dicatur. Affirmat P. Layman cum glossa in *l. quod vendidi ff. de con. empt.* & DD. alii. Sed communis & Iuri conformis alii negant. Quando enim Venditor rem tradit, vult satisfacere præcise suæ obligationi, ut possit exigere pretium, cum prius illud exigere

Contr. XIII. De Fide habita, & hypotheca Mercis.

gere non possit, atqui non est obligatus sequi fidem emptoris: ergo non præsumitur hoc ipso factum secutus esse. Deinde quando Venditor sequitur fidem Emptoris, hoc ipso consentit in dilationem solutionis: atqui ex natura contractus statim deberet solvi pretium: ergo ex traditione non potest colligi consensus in dilationem.

Confirmatur Imperat. Iustinianus in Instit. c. 40. de rer. divis. Regulam generalem posuisset, quod per traditionem dominia acquirantur, ne quis putaret, traditionem universim sufficere, & esse causam adæquatam, statim subiungit §. 41. Venditæ verò res & traditæ non aliter emptori acquiruntur, quam si is venditoris pretium solverit, vel alio modo satisfecerit, &c. sed si is qui vendidit fidem emptoris, secutus fuerit, &c. Supponit ergo Imperator, posse fieri traditionem, & tamen non haberi fidem emptori.

78. QUERITUR 2. An saltem censetur habita fides, si dies vel hora ad solvendum constituantur. Affirmat Hunnius q. 39. Sed id nullo iure probat, & contrarium verius est. Nam & hæc dilatio fieri potest relicto interitum dominio. Quarè Arnoldus Rath. *ib. 13. lit. D.* requirit ulteriorem saltem tacitam conventionem, v. g. si Mercator nomen illud in librum rationum suarum retulerit; si tempus longi intervalli constituerit. Certè, inquit, si res esset tradita, & convenisset, ut eodem die post unam horam aut alteram, aut die sequenti, vel intra biduum aut triduum solveretur pretium, durum foret asserere, hoc ipso fidem de pretio habitam, & dominium translatum esse: cum nec humanitatis ratio patiat, creditorem statim cum sacco paratum adesse.

79. QUERITUR 3. An fide habita Venditor ex Domino mercis ita fiat creditor, ut deinde, si merx adhuc existet, & Emptor non sit solvendo, Venditor concurrat cum aliis creditoribus, ad consequendam cum proportionem partem mercis, actione tributoria: de qua est titulus 4. Digest. lib. 14. diciturque à Iuristis vocari in *tributum.* Negavit Baldus, sed alii recentius affirmant, per textum expressum in lege 7. §. 18. ff. de tributoria act. [Sed si dedi mercem meam vendendam, & existat, videamus ne iniquum fit, in tributum me vocari, & si quidem in creditum ei abiiit, tributum locum habebit: enim verò si non abiiit: quia res venditæ non aliâ desinunt esse mæ, quamvis vendidero, nisi ere soluto, vel fideiussore dato, vel aliâ satisfactio, dicendum erit, vindicare me posse.] Vnde infert Arnoldus Rath, hoc etiam ad mercatorum extendendum esse, ut etiam inter eos quoad mercem adhuc exstantes debeant hi, qui eas fide de pretio habitâ vendiderunt, cum cæteris chirographariis creditoribus in concursu venire, & ex adverso hypothecariis post-

poni, quod etiam dixi tr. 2. n. 403. contra Rebell. & Lessl.

Excipit Berlichius apud Arn. Rath p. 1. *Concl. 46. n. 56.* ab hac regula, libros venditos compactos, nam hos putat posse vindicari à Bibliopola, etiam habitâ fide. sed sine iure & auctoritate, ut ostendit Rath. *ib. 14. lit. D.* in loco tamen quem citat, nihil tale habet Berlichius, nec alibi potui reperire. Conclusio 64. agit quidem de fide habita, sed de libris nil reperio.

80. QUERITUR 4. An, si Venditor sequens fidem Emptoris, constituit sibi hypothecam in re venditâ, præsertim aliis creditoribus hypothecariis. De iure Bavarico res est certa, quod præferatur. *C. P. tit. 2. a. 7.* ubi dicitur, huiusmodi Venditorum gaudere eodem prælationis privilegio, quo gaudet, ut aliis omnibus præferatur, qui in rem emendam, aut conservandam sub speciali ejusdem hypotheca creditur.

Ex quâ comparatione Arnoldus Rath argumentatur, ad probandum, quod hoc ipsum probabilius de iure communi dicendum videatur; quia non videtur ulla idonea esse differentia ratio, inter eum qui rem ejusmodi reservato pignore vendidit, & eum cuius pectunia res cum pignore constituto empta fuit, quoniam utriusque factio res sit in bonis debitoris, nec sine eo fuisset ad debitorem perventura, adeoque nec reliquis Creditoribus (qui proinde id venditori acceptum referre debeant) ullum in ea ius acquirendum. Vterius confirmat hoc ex alia instantia non ab simili. Nam ille qui ad aliquam rem conservandam aut restituendam nummos credidit, iure conventi tui privilegiati pignoris, reliquis creditoribus præferatur, ut habetur *l. 5. §. seq. ff. qui pot. in pig.* quas suo loco referemus, agentes, de *Pign. & hypoth. contr. ult.* Ergo multo magis præferendum est is, cuius res tota fuit propria, antequam ad debitorem perveniret: quod enim ejus, qui ad rem conservandam aut restituendam nummos dedit, conventum pignus ius prælationis habeat, id tæ ratione fit, quia hic fecit, ne res interiret, sed esse pergeret: atqui Venditor multo magis ad constitutionem & esse rei contulit, quam qui ad conservationem ejus credidit pecuniam. Ergo, &c.

Hæc argumentatio tota est desumpta à paritate, & ideo mihi tota suspecta est: nam in privilegiis non valet argumentum à paritate rationis. Paritas enim rationis in his solùm probat, quod legislator potuisset ab ea moveri ad idem privilegium alteri concedendum, absque lege tamen extendere non licet; prout hic ipse author in simili docet. *ib. 16. n. 7.*

Deinde argumentum similitum probat, & ideo omnibus vel est assignanda disparitas inter Venditorem, & mutuandam pecunias, ad