

CAPUT XI.

DE

RELIQUIS CONTRACTIBUS INNOMINATIS.

Expeditis hactenus Contractibus Famosioribus, & accuratior tractatione dignis, restant illi, quos Interpretes & DD. sub titulo Innominatorum complectuntur; & quamvis plurimi putent, eos adæquate dividi in quatuor species: Do ut des. Do ut facias. Facio ut des. Facio ut facias. Alii tamen his adnumerant Permutationem & estimatorium. Cambium etiam, & Transactionem communiter innominatos dicunt, quia ad unam ex dictis speciebus revocari possunt. sed inter hos & sub hoc titulo nemo est, qui eos tractaverit, & merito, quia ob speciales difficultates, quas patiuntur, & ob affinitatem cum contractibus nominatis, specialem quoque locum merebantur.

CONTROVERSIA I.

De Contractibus Innominatis in quatuor genera divisus, eorumque ab aliis & inter se differentia.

SUMMARIUM.

Definitio Contractuum Innominatorum communium. 1043.
 Si unus dedit ex contractu, Do ut des, alter non dedit absque culpa, cujus periculo sit res danda. 1042.
 Intellectus legis fin. ff. de condict. ca. da. eod.
 Quid sit res danda ex culpa perisset. 1043.
 Ex contractu do ut facias, si res data evincatur, qua actio detur illi qui fecit. 1044.
 Qua actio detur facienti, si alter non det. 1045.
 Ad quod genus vocetur contractus, quo pactior rem ad usum tradendam, ut alter det pecuniam. 1046.
 Quomodo discernas contractus Do ut facias: à Facio ut des. 1047.

Quomodo revocentur contractus de non facienda. 1048.
 Quo pertineant mixti. eod.
 In dubio qualis presumatur, an nominatus vel innominatus. 1049.

1041. **Q**uatuor recensitis generibus contractuum innominatorum, maximè proprie accommodatur communis definitio contractuum innominatorum, nempe: qui proprio ac speciali contractus nomine carent, adeoque nomē quo exprimuntur, etiam aliis nominatis contractibus est applicabile. Sic enim Do ut des est applicabile contractui emptionis venditionis, ubi datur pretium, ut detur merx. Do ut facias: Est applicabile locationi conductioni, ubi datur merces, ut laboretur in vinea. Facio ut des, est eidem applicabile, ut consideranti patet. Facio ut facias: est applicabile contractui societatis, quo reciproca opera conferuntur.

Quia verò potest fieri talis conventio, quibus hæc vocabula conveniunt, & tamen ad nullum ex nominatis contractibus pertinere potest, ideo talis conventio erit contractus innominatus, seu communi nomine contentus, & pro quo necdum speciale vocabulum institutum ac à Iure approbatum est. Sic si tibi dem equum, ut mihi des bovem, non erit emptio venditio, quia non intercedit pretium, quod in sola pecunia verificatur. Item si tibi dem equum, ut labores in vinea, non erit locatio, quia ad hanc requiritur merces, quæ debet in re fungibili consistere, imò, ut aliqui volunt, in pecunia numerata. Pari modo si darem pecuniam ut manumissum servum, non erit locatio, quia manumissio non est factum locabile, ut notat P. Molina. Item si ædificem tibi domum Ingolfstadii, ut causam meam agas Monachii, non erit societas.

Prædicta quatuor Genera explicantur ordine in Digestis l. 19. tit. 5. à §. 1. De præscriptis verbis.

1042. QUÆ.

1042. **Q**UÆRITUR nunc circa primum genus. Do ut des. Si Petrus dedit, quod debebat, v. g. equum, Paulus autem necdum dedit bovem, quem dare debebat, sed non fuit in mora aut culpa, bos autem pereat, cujus periculo pereat, an Petri, cui debetur, an Pauli qui debet. Quomodo in venditione, periculum rei venditæ ad emptorem spectat, etiam si necdum sit illi tradita merx, ita periculum in casu posito spectare ad Petrum. Ita habetur l. 5. §. 1. in fine. ff. de præscr. verb. Si scyphos tibi dedi, ut Stichum mihi dares, periculo meo Stichus erit, ac tu duntaxat, culpam præstare debes.

Objici tamen possit. Petrus habet actionem adversus Paulum, qua repetere potest equum datum, nempe conditionem causâ datâ, causâ non secutâ: ergo non illius periculo perit bos apud Paulum. Antecedens probo ex lege fin. ff. de condict. caus. da. ibi. Si mortuus est Stichus, repetere possunt, quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares. Respondet Corasius in hoc casu eum qui Stichum dare debebat, fuisse in mora. Quæ responsio mihi divinatoria videtur, & contra contextum illius legis, quæ expressè vult assignare discrimen inter emptionem, & contractum innominatum, nec periculum rei reddendæ in eodem rigore spectare ad eum cui Stichus dandus est, sicut ad emptorem spectat periculum mercis, qui nec pretium repetere potest, si merx sine mora & culpa pereat. [Dedi tibi, (inquit Celsus in d. l.) pecuniam, ut mihi Stichum dares, utrum id contractus genus pro portione emptionis & venditionis est: an nulla hic alia obligatio est, quam ob rem dati te non secutâ? in quod proclivior sum: (Ecce Celsus putat ex intentione contrahentium fuisse contractum innominatum, unde sic inferi) & ideo (nempe quia non est venditio) si mortuus est Stichus, &c.]

Magis ergo mihi placet Responsio Collegii Basiliensis in hesib. de contr. innom. th. 12. Stichum etiam dictâ lege fuisse periculo illius qui pecuniam dedit, non obstantè quod pecuniam repetere psetur, quia fortè Stichus plurius erat, quàm quod ego dedi, nec tamen estimationem ejus petere possum, sed unice id quod dedi ob causam non secutam. Et ita etiam respondet Donellus & V Vesenbecius.

Quod si obiter quæras, ex quo fundamentum poterit resolvere Celsus, in dicto casu non fuisse emptionem, respondens, quia ad venditionem non requiritur actualis traditio, sed sufficit venditorem possessionem vacuum dare, & de evictione teneri: quod in dicto casu contrahentes non intendebant, aut certè dubium esse poterat: in dubio autem præsumitur contractus innominatus ex plurium sententia.

1043. **Q**UÆRITUR 2. Si verò res ex mora aut culpa alia perisset, quæ actio conveniret Petro adversus Paulum in casu primi quæstio-

ne. Competere actionem ad interesse, nisi malina re meâ reddita contentus esse, l. 5. §. 1. ff. de præscript. verb. ibi. [Dubium non est, nasci civilem obligationem: in qua actione id veniat, non ut reddas quod accepceris, sed ut damneris mihi, quanti interest meâ, illud de quo convenit, accipere: vel si meum recipere velim, repetatur quod datum est, quasi ob rem data, te non secutâ.] Vnde inferit glossa Gothofredi, quod Petrus possit eligere, utrum datum condicere malit, an verò agere ad id quod interest.

1044. **Q**UÆRITUR 3. Circa Contractum Do ut facias. Si v. g. servum tibi dem, ut servum tuum manumiteres; si manumissisti, & is quem dedi postea evincatur, quàm tibi actionem adversum me succurratur. Ad hoc quæsitum habetur responsio discretis verbis (ut mirum sit Donellum, & V Vesenbecium aliter sentire) in lege cit. §. 2. in fine. [Sed si dedi tibi servum, ut servum tuum manumiteres, & manumissisti, & is, quem dedi, evictus est, si sciens dedit de dolo in me dandam actionem Iulianus scribit, si ignorans, in factum civilem.] Nempe in factum incerti præscriptis verbis, ut dicitur in lege Iurigenium §. 1. ff. de Pactis. de qua actione plura inferius.

1045. **Q**UÆRITUR 4. Circa Contractum Facio ut des. Si ego feci quod debebam, tu autem non des, quod debes, quæ actione à me conveniri possit. Quam quæstionem putavit Paulus de Castro esse de summis Jurisapicibus, & si l. Cui reviviscerent, non possent Iura ab omni antinomia vindicare. Dixi aliquid de quæstione hac tract. & à n. 50. quibus nunc aliqua addam.

Imprimis certum est non dari Conditionem ejus quod factum est, nam cum factum in se factum fieri nequit, quomodo conditione repetetur? Ad quæsitum igitur respondet Paulus in lege cit. §. 3. Quodsi faciam ut des, & postea quam feci, cesses dare, nulla erit civilis actio, & ideo de dolo dabitur. Quibus verbis statim primâ fronte videtur Paulus negare, quod detur actio præscriptis verbis: nam hæc est civilis: hoc autem est adversum alios Iuris, quibus actio præscriptis verbis conceditur, lege 15. in fine ff. de Præscript. verb. mox referendâ.

Respondent ergo aliqui cum Corasio, & Duareno, actionem præscriptis verbis tunc solum non dari, quando dolo intervenit, quia tunc datur actio de dolo, & hoc solum negari in adducta lege §. 3. at verò quando nullus dolo intervenit, dari actionem præscriptis verbis. Et hinc interpretationi non obscurè favet lex 15. ubi ad eandem causam in fine sic respondetur. [Ergo civilis actio oriri potest, id est, præscriptis verbis, nisi si quis & in hac specie de dolo actionem competere dicat, NE ubi dolus aliquis arguatur.]

CONF.

Confirmari posset hæc Responso, quia, ut habet regula generalis, nunquam datur actio de dolo, quando adest actio civilis. Ergo dum Ictus dicit, in casu posito dari actionem de dolo, negat dari actionem civilem præscriptis verbis: ergo quando datur actio præscriptis verbis, supponitur, dolum non intervenisse.

Collegium Basilicense aliter respondet, & docet, in casu quaesiti, etiam quando dolum intervenit, dari actionem præscriptis verbis, quæ agitur, ut alter impleat contractum; neque hanc negari à Paulo Ictro, sed negari solum actionem civilem ad repetendam factum, qualis nulla est: & huius loco substitui actionem de dolo. Verum, huic responsioni ob stare videtur, quia sic non salvatur regula, quæ habetur l. 1. §. 1. ff. de dolo. *Quæ dolo malo facta esse dicuntur, si de his rebus alia actio non erit; iudicium dabo.* Admittit enim hæc responso actionem civilem unâ cum actione de dolo. Ad hoc tamen respondeatur, actionem de dolo non admitti ad petendam impletionem contractus, ad quam tendit actio præscriptis verbis, sed ad rescindendum contractum, ad quam rescissionem, quia non potest dari actio civilis ad repetendum factum, quia factum infectum fieri nequit, ideo substituitur actio de dolo. Aliter respondet Ant. Perez n. 7. dari actionem præscriptis verbis, sed prætoriam solum, non civilem, & tunc solum, quando dolum abest, cuius rationem dat, quia iste contractus nulli contractui nominato similis est, & ideo ex eo non datur actio civilis. Idem tenet Henricus Zofus, & hæc ratione videtur iura melius conciliari. Sed prior responsio rationi conformior est.

1046. QUÆRITUR 7. Ad quem ex contractibus innominatis spectet, quando unus paciscitur non merum factum, sed alicui rei traditionem, non quidem translativam dominii, sed usus concessionem, ut alter det pecuniam, v. g. do tibi meum equum utendum, ut mihi tantum des mercedis loco, quantum postea inter nos convenit. R. Non esse contractum *Do, ut des.* quia in contractu debet per dationem intelligi translatio dominii. Neque esse locationem, quia non convenitur à principio de certo pretio: sed esse contractum innominatum *Facio ut des.* nam & traditio est aliquid factum. Et colligitur ex §. 1. *Inst. de locat.* ibi. [Si ulloni polienda curandave vestimenta quis dederit, nullâ statim mercede constiturâ, sed postea tantum daturus, quantum inter eos convenit, non propriè locatio & conductio contrahi intelligitur, sed eo nomine actio præscriptis verbis datur.] idem habetur lege 22. ff. h. r.

1047. QUÆRITUR 6. Quomodo possit iudicari, an potius sit contractus *facio ut des:* quam, *do ut facias:* quando quidem eadem videatur esse utriusque reciproci negotium. R. hoc esse iudicandum ex initio executionis. si e-

nim incipiat à facto, erit contractus *facio ut des.* & tunc altero non dante dabitur actio de dolo, ut dictum. contra si incipiat à datione, erit *do ut facias,* & conveniet actio præscriptis verbis, *Conditio, &c.* de quibus paulò pòst.

1048. QUÆRITUR 7. Quomodo ad hæc contractuum genera revocentur illi contractus, in quibus quis se obligat ad non agendum: v. g. desisto ab accusatione ut mihi des equum, vel contra: do equum ut desistas, &c. Revocari ad affirmativos, *facio ut des,* & contra.

QUÆRITUR 8. Quò pertineant mixti, v. g. do equum & laboro per decem dies in vinea, ut des bovem, & redices mihi domum. R. Resolvi in simplices, qui continentur.

1049. QUÆRITUR 9. Quando dubium est, an Contractus sit nominatus vel innominatus, qualis esse præsumatur. R. Præsumi in nominatum, l. 1. §. 1. ff. de præscript. verb. [Domino mercum in magistrum navis, si sit incertum, utrum navem conduxerit, an merces vendendas locaverit, civilem actionem in factum esse dandam *Labeo scribit.*] & l. 1. ff. de estimator. ad. ibi. [Quoties enim de nomine contractus alicuius ambigeretur, convenit tamen aliquam actionem dari, dandam estimatoriam præscriptis verbis actionem.] Et ratio fecit præsumendi videtur esse. Quia sicut non præsumitur obligatio simpliciter, quando non probatur, ita non præsumitur gravior præ minus gravi, quando non probatur nisi obligatio in genere. Atqui obligatio ex contractu innominato est minus gravis & firma, quam quæ ex contractu nominato convenit, ut constat ab ex dicendis. Ergo, &c.

CONTROVERSIA II.

Quomodo in Contractibus innominatis liceat Penitere.

SUMMARIUM.

Quo sensu re adhuc integrâ liceat utrique penitere.

1050. Intellectus legis §. ff. de Condit. ca. data. eod.

Quando nascatur obligatio naturalis. 1051.

Quomodo possit celebrari contractus, ut neuter obligetur ad incipiendum. 1052.

Quomodo præsumantur celebrasse, si non expresserint. 1053.

Certum est, quòd quando unus implevit, & alter est in mora, nec velle contractum implere quando debet, ille qui implevit possit bona conscientia penitere, ac à contractu rescire, & quod ex parte sua dedit, repetere. Ratio est, quia fidem non servantis fides non debet servari, ob

Contr. II. Quando liceat penitere.

ob tacitam conditionem quæ subest. Difficultas ergo est, quando alter non est in mora, item quando res adhuc est integra, an liceat penitere. Et quidem procedit Quaestio tam de foro externo (in quo est minor difficultas, & res satis decisa in Iure Civili) quam de foro interno, in quo est specialis difficultas, an liceat penitere re adhuc integrâ, vel antequam alter implevit: nascitur autem difficultas ex eo, quòd videtur tali penitentia ob stare obligatio naturalis.

Ob hanc rationem P. Molina post quosdam quos ipse citat disp. 258. n. 7. ponit hanc conclusionem. *Quamdiu alter, qui nondum implevit, non est in mora, paratusque est ex sua parte implere, nec de iure Canonico ne in foro conscientie fas est ei qui implevit penitere & repetere quod dedit: si verò repetat, ipsique in seculari foro adjudicetur, tenetur id restituere atque stare contractui.* Ita Molina: cui ex parte ad stipulatur P. Dicalillo n. 43. sed n. 48. breviter indicat limitationem, quæ non videtur esse ad mentem Molinae, mihi tamen verissima videtur. Ut ergo Controversia distinctius examinetur

1050. DICO 1. De Iure Civili licitum est unicuique contractum penitere re adhuc integrâ hoc sensu, quòd contra nolentem implere contractum, non datur alteri actio in foro externo. Item illi qui ex sua parte implevit, licet penitere, & datum repetere, antequam alter impleverit, etiam si non fuerit in mora, dummodo in demum servetur, & ad repetendum datur actio civilis, nempe *condictio causa data causa non secuta.* contra quam non admittitur in Iure exceptio. In hac conclusione conveniunt DD. & quidem prioris membri ratio fundatur in eo, quòd ex pacto nudo non datur Iure civili actio, etiam si obligatio naturalis nata esset. Secunda pars habetur in toto titulo Digestorum: *de Conditio causa data, &c.* Habetur, inquam, valde discretè in lege 5. [Si pecuniam ideo accepit, ut Capuan eas, deinde parato tibi ad proficiendum conditio temporis vel valetudinis impedimento fuerit, quominus proficereceris, an condici possit, videndum, & cum per te non steterit, potest dici repetitionem cessare. Sed NB. cum liceat penitere ei qui dedit, proculdubio repetitur id quod datum est, nisi forte tuâ interit, non accipit se ob hanc causam pecuniam, nam si ita res se habeat, ut licet nondum profectus sis, ita tamen rem composueris, ut necesse habeas proficisci, vel lumpus, qui necessarij fuerunt ad protectionem, jam fecisti: ut manifestum sit te plus forte, quam accepisti, erogasse, condictio cessabit: sed si minus erogatum sit, condictio locum habebit, ita tamen ut indemnitati tibi præstetur ejus quod ex eo disti.]

Dices, hæc legem posse intelligi, quòd ideo datur repetitio, quia iam est elapsum tempus, quo eundem erat, & quia jam non amplius

potest iri ad eum finem quem intendit ille qui pecuniam dedit.

Sed contra. Quia lex non se fundat in defectu conditionis, vel quasi contractus factus est in certum diem, sed in Iure penitendi, adeoque etiam tunc, quando adhuc possit ex altera parte impleri.

1051. DICO 2. Si contractus innominatus fuerit ita factus, ut saltem unus illorum se obligaverit, v. g. ad dandum, etiam si tunc alter necdum det, adeoque ad contractum ex parte sua implendum, & sic ad incipiendam executionem, in tali casu nascitur obligatio naturalis ad ponendum quod promissum est, & si accederet stipulatio, daretur actio civilis ex stipulato. Constat conclusio ex alibi disputatis, & est extra controversiam. Nulla enim lex resistit huiusmodi pacto, quo minus inducat obligationem naturalem.

1052. DICO 3. Potest tamen Contractus ita celebrari, ut neuter contractum absolute & simpliciter tenetur incipere executionem contractus, quia possunt se solum velle obligare conditionate, hoc modo. Si tu mihi dederis equum, & eum acceperero, ero tibi obligatus dare bovem. & contra alter eodem modo se obligat ad dandum equum, si sibi fuerit datus bos, & acceptatus. Quo casu unicuique est integrum incipere contractum, & casu quo alter accepit datum, inducere in alterum obligationem absolutam. Cum hoc tamen stat, quòd neuter tenetur dare absolute, incipendo executionem, adeoque neuter habet ullam obligationem naturalem incipiendi, sed utriusque re integrâ est licitum penitere, etiam in foro conscientie.

Item, is qui liberè incipit, & alter acceptat, habet quidem alterum sibi obligatum, sed necdum est alteri ullo modo obligatus, adeoque potest etiam in foro conscientie penitere, & repetere, quod dedit. Ratio est, quia dando voluit quidem alterum obligare consentientem per acceptationem, sed non hoc ipso voluit obligari ad non repetendum, antequam alter impleat contractum: quia voluit solum obligari, ad non repetendum, si alter etiam dederit, & ipse accepit. Res est clara consideranti, nec potest in hoc contrahendi modo ulla repugnantia vel iniquitas ostendi. Hæc mihi videtur esse mens P. Dicalillo n. 48. circa medium dicentis. Tertiò, aliquando ita contractum nonnulli, ut ex verbis & modo contrahendi satis constat, illos noluisse se obligare ante impletionem contractus: in quo casu secundam severitatem Iuris naturalis licitum est eulibet illorum recedere.

1053. DICO 4. Nisi expressè se voluerint contrahentes obligare eo modo, quòd dictum est in secunda conclusione, præsumendum est, quòd celebraverint contractum juxta tertiam conclusionem: & hæc ratione optime defenditur Ius civile, ut nihil præiudicet Iuri naturali, aut Canonico, quando admittit penitentiam, &

negat

CONTROVERSIA III.

De Actionibus, quæ ex Contractibus innominatis dantur, & an sint Stricti Iuris.

SUMMARIUM.

Datur ex his Contractibus actio Præscriptis verbis. 1054.

Hæc actio supponit reciprocam obligationem. eod. Ex quibus obligationibus datur Conditio ex lege. eod.

Quando datur Conditio ob causam causæ non secuta. 1055.

Intellectus legis §. 3. ff. de Condit. ca. dat.

Intellectus legis penult. C. de Condit. ob causam datorum. eod.

An actio Præscriptis verbis sit stricti Iuris. 1056. C. leg.

Intellectus §. 28. Inst. de act. 1058.

1054. **D**ICENDUM 1. Dari actionem præscriptis verbis, de qua existat titulus tam in Digestis, quam Codice de Permutatione & præscr. verb. quæ is qui contractum ex sua parte implevit, reculantem impletionem ex altera parte convenit ad hoc, ut impleat contractum. l. 1. ff. h. t. [In quam (præscriptis verbis actionem) necesse est confingere, quoties contractus existunt, quorum actiones nullæ iure civili prodite sunt.]

Dices: ex hoc videtur inferri posse, quod etiam ex donationis contractu daretur actio præscriptis verbis, quod samen falsum est. Sequela probatur. Quia nulla actio specialis in iure constituta est pro Donatione. 2. Actionem præscriptis verbis supponere negotium & reciprocam obligationem, qualis non est in donatione: ex qua, ut suo loco dictum est, datur Conditio ex lege.

Replicabis. Ergo etiam pro Contractibus innominatis sufficeret Conditio ex lege; nam hæc toties datur, quoties non sunt iure civili prodite actiones. 2. Negando sequelam. Nam Conditio ex lege solum datur ex illis obligationibus, quæ à iure civili rationem contractus & vim obligationis accipiunt. Contractus autem innominati ex iure gentium descendunt.

1055. **D**ICENDUM 2. Si ille, qui contractum implevit, velit pænitere, quando pænitere potest, datur illi Conditio dati ob causam causæ non secuta, quæ repetit, quod dedit, & sic agit ad rescindendum contractum. Constat ex titulo Digestorum de cond. et. ca. data. ca. non secuta. & Codicis, de Condit. ob causam datorum. & ex dictis Contr. præcedente.

Obijci tamen potest ex lege §. 3. ff. de Condit. ca. da. ubi dicitur. Sed si Stichus decefferit, an re-

an repeti quod datum est, possit (quod inquam, datum est, ut manumitteretur) Proculus ait, si post id temporis decefferit, quo manumitti potuit, repetitio nem esse; si minus, cessare. Ergo saltem quando nulla culpa est ex parte alterius, quominus impleat contractum, non potest repeti, quod datum est. Respondeo, in hoc casu Stichum fuisse periculo alterius, nam ita fuerat conventum, ut Stichus servaretur, & non venderetur, usque ad tempus, quo manumitti posset, adeoque dum illum alter non vendidit, iam contractum ex parte implevit, sicque res non fuit amplius integra.

Obijci posset 2. ex lege penult. Codicis de Condit. ob causam datorum. ubi expressè dicitur, ut non sit repetitio dati, quando casus fortuitus impletionem contractus impedit. [Pecuniam à te datam, si hæc causa pro qua data est, non culpa accipientis, sed fortuito casu non est secuta, minimè repeti posse certum est.]

2. Eodem modo, casum fortuitum supervenisse, postquam iam alter fecit, quod potuit, & debuit, v. g. debuit mittere equum, & misit quidem, sed in itinere fulmine interit. Item, debebat exhibere comediam, & omnia paravit, sed tempestate vel morte actorum, vel alio casu fuit impedita ultima exhibitio, non repetitur quod datum est, nisi plus datum sit, quam alter expendit, ut iam supra dictum est.

1056. **D**UBITATUR, an actio præscriptis verbis, quæ datur ex istis innominatis contractibus, sit actio stricti Iuris, an bonæ fidei, & per consequens, an hi ipsi contractus sint stricti Iuris, an bonæ fidei. Propter hoc dubium nolui contractus Innominatos numerare inter contractus stricti Iuris, sed ad hunc locum reservavi, quia, ut ingenue fatear, nunquam potui plenè acquiescere communi admodum persuasioni Interpetrum, quod sint stricti Iuris, & non nisi sola auctoritas me movere potest ad ita sentiendum, quamvis contrarium etiam suis auctoribus non careat, inter quos est Hotomannus, Giphanius, Heigius, Cisnerus, & Besoldus, relati ab Harpprecht.

Communis sententiæ fundamentum unicum est, quod in Institutionibus tit. de actionibus §. 28. enumerentur accurate actiones bonæ fidei, & inter illas non enumeratur actio præscriptis verbis, quæ datur ex contractibus innominatis, sed solum dux, quæ scilicet datur ex permutatione, & de æstimato. (de quibus in seqq. controver.) sic enim habet. [Bonæ fidei sunt hæc, ex empto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, Mandati, Depositi, Pro socio, Tutelæ, Commodati, Pignoratiæ, Familiæ herciscundæ, communi dividundo, Præscriptis verbis, quæ de æstimato proponitur, & quæ ex permutatione competit, & hæreditatis petitio.] Hinc autem sic arguit. Quando Legislatoris intentio est species alicuius generis enumerare, tunc inclu-

Christ. Haun. de Just. Tom. IV.

sio unius est alterius exclusio. atqui solæ dictæ duæ actiones speciales Præscriptis verbis includuntur, ergo illa quæ datur ex contractibus innominatis, excluditur.

1057. Ex adverso quod actio hæc sit bonæ fidei, non caret plausibili fundamento. Quando enim ex adversariis queritur, cur actio Præscriptis verbis ex Permutatione & æstimato sint bonæ fidei, respondent, & in terminis Harpprecht ait rationem esse in promptu, quia sunt simillimi contractui Emptionis, & Locationis. Subsumo. Atqui contractus Do ut des est non minus simillimus emptioni, adeo ut communior opinio dicat, eum profus esse idem cum Permutatione, & rideant commentum Glossatorum, distinguendum ut videbimus; item Do ut facias est simillimus Locationi. quæ ergo, quæ ratio non merè arbitraria, sed ex natura rei petita potuisset esse, ut illæ duæ essent bonæ fidei, & non etiam illa de qua disputamus? ego ne quidem umbram diversitatis videre possum.

Accedit, quod in rei veritate omnis contractus innominatus illarum quatuor specierum sit aliquo modo permutatio vel rei cum re, vel rei cum facto, vel facti cum facto, quidni ergo Imperatori sufficere potuit, expressisse illam actionem quæ ex permutatione datur, ut per consequentiam quivis inferre possit idem de actione Præscriptis verbis? alioquin nobis exprorari poterit, quod Christus Apostolis: adhuc & vos sine intellectu estis? Et hæc posset esse prima responsio ad argumentum communis sententiæ.

1058. Restant tamen insuper & aliæ responsiones non incommode: & quidem Hotomannus dicit, quod duæ species actionum Præscriptis verbis referantur non ad restringendum, sed potius ad explicandum ac dilatandum genus. hanc tamen responsionem non probat, quia facilius dixisset Imperator: omnes actiones præscriptis verbis.

Aliter & melius respondet Giphanius (quam & ego pridem animo conceperam) ideò duas illas referri, quia sunt celeberrimæ, habentes duos speciales titulos in Digestis, non item alia, sicut nec actio Præscriptis verbis ex precario.

Heigius respondet, primò generaliter omnes actiones Præscriptis verbis comprehendendi illà voce: Præscriptis verbis & deinde subiungi duas species. Verùm hac ratione Imperator sine fructu, & ad meram confusionem duas species adiecit, si prius genus posuisset, hinc enim ansam præbuisset præfenti perplexitati, quam omnem sustulisset, si illas omisisset. Melius quis diceret, quod vocabulorum generale possum sit ad significandum speciem actionis ex contractibus penitus innominatis, qualis non est permutatio, & æstimato, quæ habent sua specialia nomina ex usu hominum: & hoc videtur colligi

Tt 2

ex

ex interpunctione quæ ponitur post vocabulum præscriptis verbis.

Verum, non vacat huic rei diutius immorari, nam auctoritas prævalens, ut pro actione stricti iuris haberetur, excepta illa quæ datur ex Contractu *Do ut des*: si iste non distinguitur à Contractu permutationis.

CONTROVERSIA IV.

De Contractu innominato PERMUTATIONIS.

SUMMARIUM.

Definitio Permutationis. 1059.
An sit distinctus contractus à *Do ut des*. 1060.
An possit celebrari per traditionem rei aliena. 1061.

Que actiones dentur illi qui implevit. 1062.
An sit permutatio, si una cum re detur pecunia. 1063.
An ius penitentiæ transmittatur ad heredem. 1064.

1059. **D**E hoc exstat tam in Digestis quam Codice titulus specialis de *rerum permutatione*. Est contractus iuris gentium, bonæ fidei, & re perficitur, dum unus aliquid dat, ut aliud accipiat. De quo

QUÆRITUR 1. Quare adnumeretur contractus innominatus, cum reverà nomen habeat, & quidem speciale. Ad hoc respondetur, habere quidem nomen sed admodum generale, sicut est nomen: *Commercium negotium*, applicabile aliis contractibus, habentibus adhuc ulterius speciale nomen à Iure impositum. Certè nomen commutationis adeo est universale, ut Iusticia observanda in Contractibus antonomasticè vocetur: *Iustitia Commutativa*. Quando tamen specialiter huic contractui applicatur, non significat quamcumque permutationem, sed specialem quæ res cum re commutatur, & ideo inscribitur: *de rerum permutatione*. Quamvis non dubitem, quin rerum incorporalium seu Iurium permutatio, v. g. Beneficiorum, etiam huic spectet.

1060. **QUÆRITUR 2.** An permutatio sit distinctus contractus à contractu: *Do ut des*. Affirmat glossa, & cum ea plures insignes DD. VV. Eusebius, Vulreus, Treutlerus & alii. Ponunt autem hanc differentiam. Quando datur una species infima pro alia, v. g. equus pro bove, ager pro domo, vestis pro libro, &c. volunt esse contractum permutationis: quando verò datur Genus pro genere, vel pro specie, v. g. frumentum pro oleo, vel pro domo, volunt esse contractum: *do ut des*.

Contraria tamen sententia, non distincta, pugnat hos contractus, & communior inter Recentiores, & Iuri conformior est. Probatur. 1. ex lege §. 1. ff. de præser. verb. ubi hoc clarissime supponitur, dum dicitur, quòd quando datur res pro re, non sit venditio, sed *Permutatio*, & quòd hæc permutatio sit contractus *Do ut des* statim subiungitur his verbis. Explicitus est articulus *Do ut des*.

Probatur. 2. Quia in lege 7. C. de rerum permutat. inter permutationes exempli loco ponitur datio frumenti pro oleo.

Hinc fatetur DD. in specie Hunnius in Treutl. vol. 1. disp. 30. quòd contractus *Do ut des* sit bonæ fidei, & sic corrumpit præcipuum fundamentum adversariorum: nam cætera, quæ benè dissolvit Hunnius, nullius momenti sunt, quia supponunt falsa principia, vel committunt petitionem principii manifestam, ac proinde nec referri merentur.

1061. **QUÆRITUR 3.** An possit contractus permutationis celebrari per traditionem rei alienæ, sicut potest venditio venditione rei alienæ, cum obligatione præstandi evictionem. Negativè l. 1. §. 3. ff. de rer. permut. ubi Ictus ex eo quòd iste contractus non solo consensu, sed re perficitur, infert: [Ideoque Padius ait, alienam rem dantem nullam contrahere permutationem.] Ratio desumitur ex ipso nomine, quòd est impositum ad significandam translationem domini.

Itaque contractus iste nec incipere potest traditione rei alienæ, nec absolvi. Nam si is qui incipit, tradit rem alienam, nulla à parte nascitur in altero obligatio, sed solum apparet, & ex errore, quòd putet, rei dominium in se translatum esse. Quodsi contractus fuit inceptus traditione rei suæ, adeoque verè translatus dominium, tunc in accipiente nascitur obligatio etiam tradendi rem suam, & dominium transferendi. quodsi tradat rem alienam, non satisficit obligationi, nec absolvitur contractus, sed alteri competit actio in factum, ut re aliena evicta satisfaciat tradendo rem propriam, nisi malit pœnitere, & rem à se traditam repetere, condictionem jam supra explicata.

Itaque qui inceptus contractum dando rem alienam, & necdum usucaptam, eà evicta non habet actionem Præscriptis verbis, quæ petit ab altero contractum impleri, cum ille non impleverit ex sua parte, ut jam dictum est, habet tamen conditionem, ad repetendum alienum quod dedit, ut habetur §. 4. l. un. ff. h. t. [Igitur ex altera parte traditione facta (rei se. alienæ) si alter nolit rem tradere, non in hoc agemus, ut interest nos, à illam rem accipisse, de qua convenit, sed ut res nobis contra reddatur, condictionis locus est, quasi re non secuta.]

1062. QUÆRITUR

Contr. V. De actione ex æstimato.

CONTROVERSIA V.

De Contractu Æstimatorio, & Actione de æstimato.

SUMMARIUM.

Definitio æstimatorii, & ratio introducendi. 1065.
Ad quem spectet periculum rei tradite. 1066.
Intellectus legis 17. §. 1. ff. de Præscript. verb. Si res pluri vendatur, quàm fuerit æstimata, cuius est excessus. 1067.

1065. **D**E hoc est titulus Digestorum lib. 19. tertius de æstimatoria actione inscriptus. Est autem contractus bonæ fidei innominatus, ex quo nascitur actio præscriptis verbis, illi competens, qui rem aliquam alteri vendendam committit æstimatam, hac lege, ut vel rem ipsam incorruptam, vel ejus æstimationem restituat.

Ratio introducendi hanc actionem fuit, dubitatio & incertitudo, quæ nam alia actio competere. Dubitari enim poterat, an daretur actio ex vendito, an ex locato, an ex mandato. Cum ergo regula generalis sit, ut detur actio præscriptis verbis, quando certum est dari actionem, sed incertum quanam illa sit, ideo actio æstimatoria præscriptis verbis introducia est.

Rationes autem dubitandi, aliasque actiones denegandi, non deerant. Nam quòd non non daretur actio ex vendito, ratio est, quia qui rem vendendam accipit, non est, sicut emptor, obligatus determinatè restituere pretium, sed integrum illi est rem ipsam restituere, & sic se liberare. Quòd non daretur actio ex locato, ratio est, quia non conducitur alter mercede ad vendendum determinatè, cum possit rem ipsam restituendo satisfacere obligationi. Quòd denique non daretur actio mandati, ratio est eadem, quia rem restituendo liberatur, non liberaretur autem, si mandato teneretur vendere.

1066. **QUÆRITUR 1.** Ad quem spectet periculum & casus fortuitus rei tradite. Ad hoc habetur quidem clara responsio in lege 2. ff. h. t. [Æstimatio autem periculum facit ejus qui suscipit: aut igitur ipsam rem debet incorruptam reddere, aut æstimationem de qua convenerit.]

Sed huic responsioni videtur adversa lex 17. §. 1. ff. de præscriptis verbis, in qua distinctio adhibetur. [Si Margarita tibi æstimata dederit, ut aut eadem mihi adferret, aut pretium eorum, deinde hæc perierint ante venditionem, cuius periculum sit. Et ait Labeo, quod & Pomponius scripsit, si quidem ego te venditor rogavi, meum esse periculum: si tu me, tuum: si nemo

Tt 3

1062. **QUÆRITUR 4.** Quæ actiones dentur ex hoc contractu illi qui ex sua parte implevit. Dari actionem Præscriptis verbis, quæ petit contractum impleri, quodsi verò malit pœnitere, tunc datur conditio ex capite pœnitentiæ. l. 4. C. h. t. ibi [Si verò nulla stipulatio intercessit, præscriptis verbis actio est, ut vel fides placiti tibi servetur, vel quod alterius fundi accipiendi gratia dedisti, causa non secuta restituatur.] Obiter autem hic adverto, Antonium Perez n. 2. dicere, quòd is qui contractum implevit, non possit alterum cogere ad implendum, quia alter potest pœnitere. hoc sanè falsum est, ut patet ex supra dictis, & citat duas leges quæ de hoc nihil habent: nec hoc, quòd sciam, ullus alius dixit, nam solus ille qui ex parte sua implevit potest pœnitere, quando jam implevit, & utique, quando res est integra.

1063. **QUÆRITUR 5.** Quando unus contrahentium vel ambo dant præter rem etiam pecuniam, quaritur, an sit contractus permutationis, vel emptionis. Ad hoc quæstum jam satis alibi responsum est supra. Breviter ergo §. 1. Si pecunia (summa est respectu rei adjunctæ notabilis, & partes expresserunt se velle contractum emptionis celebrare, vel permutationis, talis erit & iudicabitur, qualem expresserunt. §. 2. Si verò non expresserunt, hoc ipso quæstus est dubius, ex supra dictis & probatis liquet, præsumi innominatum.

1064. **QUÆRITUR 6.** An in hoc & præcedentibus innominatis contractibus, ius penitentiæ transmittatur ad heredem. Negat VVidman, ex eo fundamento, quia pœnitentia est retractatio prioris voluntatis: hæres autem cum habeat aliam voluntatem à defuncto, non potest illius voluntatem retractare. Mihi tamen indubitatè est, hoc jus transmitti ad heredem, sicut alia iura: Constat ex eo, quòd re adhuc integrè possit alter contrahens pœnitere, cui utique hoc jus non est ablatum per mortem alterius: atqui hæres alterius non debet esse peioris conditionis, ergo & ille debet posse pœnitere. Ergo pœnitentia non est talis retractatio, qualis negatur heredi, v. g. retractatio legati, donationis mortis causa. Argumentum allatum ab adversario nimium probat, nempe quòd ne quidem mutuo consensu possit contractum rescindere. Accedit, quòd defunctus fortè nunquam habuerit voluntatem non penitendi; quo casu non fiet ulla retractatio. Denique hæc pœnitentia est aliquo modo cessio iuris quod heredi competit, quatenus potest agere ad complendum contractum: nihil autem obstat, quominus huic iuri cedere possit, & uti altero iure agendi ad rescindendum contractum.

ter nostrum, sed duntaxat consensus, teneri haecenus, ut dolum & culpam mihi praestes.] quibus ultimis verbis satis clarè videtur negari, quòd casus fortuitus sit accipienti praestandus, per verbum, *haecenus*. quo planè restringitur obligatio ad culpam levem, ut non videam, quomodo Hunnius poterit dicere, per hæc verba non excludi casum fortuitum.

Pro conciliatione legum dicendum videtur, quòd totum pendeat ex intentione contractuentium, & quidem si se non satis declararunt, tunc ex verbis praesumptio formanda erit: si enim alter promissit, se vel rem vel aestimationem restitutum, verba significant, quòd periculum in se recipiat, si ipse rogavit: si verò non rogavit, potius praesumitur solam operam promississe & communem diligentiam, non casum fortuitum. Sed in hoc confuendo, quæ à stationariis observatur, consulenda est.

1067. QUÆRITUR 2. Si plures vendat accipiens, quam res fuerit aestimata, & non convenit, ad quem excessus spectet, cuius lucro sit: Ad hoc eodem ferè modo ex praesumptione intentionis procedendum est. Si enim accipiens etiam periculum in se recipit, utique

æquum est, ut lucrum ipse habeat. Quin, etiam si periculum in se non receperit, si se solùm obligasset ad rem vel aestimationem restitutam, satisfaceret obligationi. Aliud dicendum esset, si intentio dantis & aestimantis fuisset, ut non venderetur infra aestimationem, de reliquo teneretur sicut mandatarius; nam ut in loco dictum est, mandatarius tenetur etiam excessum restituere. Universum tamen credo, quòd dans velit contentus esse aestimatione.

QUÆRITUR 3. An accipiens possit rem sibi emptam retinere, & aestimationem restituere. Aliqui hoc negant. Sed mirum est, hoc potuisse negari, cum non interfit dantis, quòd aestimationem habeat ab alio tercio emptore. Et licet dando dicatur, ut res vendatur tanto pretio, vel restituatur, hoc tamen accipiendum est in sensu & ex mente dantis, quæ alia non est, quam ut vel res ipsa, vel aestimatio restituatur, quæ disjunctio observatur utique, si ipse accipiens sibi servet, & pretium reddat. Et hæc de his Contractibus innominatis, quorum in Iure mentio fit.



CAPUT XII.

DE

CONTRACTIBUS, QUIBUS FORTUNA ADMISCETUR.

CONTROVERSIA I.

De Ludo.

SUMMARIUM.

Ludi definitio. 1068.
Conditiones ad Iustitiam Ludi requisitæ quatuor. eod.

Non est animus disputare quaestiones in numeras quas movent Theologi circa ludum, sed quæ omnes ad alias virtutes, ut Religionis, Charitatis, Temperantiæ, &c. spectant, & apud eodem videri possunt, sed illas solùm, quæ ad Iustitiam commutativam pertinent.

1068. Definitur Ludus, quòd sit contractus (utique innominatus, nam eius nomen non à Iure scribitur, sed gentium introductum est), quo victori certaminis res ab utroque exposita tribuitur. Sunt autem duplicis generis, aliqui enim plus de arte & industria habent, quam de fortuna, alii plus de fortuna.

Ut autem Ludus non sit contra Iustitiam, quatuor conditiones observandæ, & examinandæ sunt. Prima: ut ludens habeat liberam dis-

positionem de illa re, quam ludo & fortuna exponit. Secunda, ut absque fraude & dolo aut metu inductus uterque ad ludendum accedat. Tertia, ut non interveniat fraus contra leges ludis. Quarta, ut sit utriusque ludentis æqualis conditio.

§ I.

Prima conditio: Libera dispositio de Ludi materia.

SUMMARIUM.

Prima conditio est, liberè disponendi potestas. 1069.

Quid si res aliena exposita evincatur apud eum qui lucratus est, an qui perdidit, teneatur de evictione. 1070.

An qui exponens rem alienam ab altero lucratur, possit lucrum retinere. 1071.

Quid si res usum consumptibilis aliena exponatur & perdat. 1072.

An qui collusori furatur pecuniam, & cum ea lucratur, possit lucrum retinere. 1073.

Solvuntur argumenta contraria. eod.

1069. **R**egula est, quòd ludens debeat habere, vel dominium, vel liberam dispositionem & administrationem illius rei quam ludo, & fortunæ exponit. Nam absque hac non potest alter colludens lucrari, quia non potest acquirere dominium. Quæ regula attendenda est illis personarum generibus, quarum administratio est restricta, ut sunt Servi, filisfam. Pupilli, Minores, Coniuges.

1070. QUÆRITUR 1. An qui ludo exponit rem alienam, non consumptibilem usum, si apud illum qui lucratus est, evincatur, huic teneatur de evictione. In negativam inclinat Salas dub. 8. n. 1. Respondendum tamen est cum distinctione. Vel enim ludus erat unus ex prohibitis à Iure, (de quibus forè infra) & tunc non tenetur de evictione, quia nec tenebatur solvere perditum, adeoque re evicta perinde habendus est, ac si nunquam fuisset. arg. legis 2. §. 2. ff. quarum rerum actio non datur. Si in alea rem vendam, ut ludam, & evicta re conveniar, exceptione summovebitur Emptor, nempe collusor. Vel ludus erat honestus & licitus, & tunc tenebitur de evictione, quia alter, licet nihil solverit, habet tamen rem ex contractu oneroso, & ideo habet ius petendi valorem rei. Quod si sciat rem esse alienam, tenetur eam restituere Domino, vel si malit, reddere lusori, ut ejus valorem accipiat.

1071. QUÆRITUR 2. An is qui rem alienam exponens ab altero lucratus est, possit lucrum retinere. Si lucus est Iure pro-

hibitus, & consequenter nullus est contractus, debet totum lucrum restituere, quemadmodum alter teneretur, si lucratus fuisset. Si verò ludus fuisset licitus, tunc quia contractus fuit validus, non tenetur restituere, nisi alterum expoluerit periculo nihil lucrandi, ob periculum evictionis, & quòd re evicta incurrisset ob alterius impotentiam aut noluntatem solvendi pretium rei alienæ expositæ. Nam pro aestimatione periculi deberet restituere. Quod si uterque scivisset rem esse alienam, totum lucrum deberet restituere, quia contractus fuisset nullus, (ut observat P. Molina) si res fuit usum non consumptibilis.

1072. QUÆRITUR 3. Quid dicendum sit, si rem alienam usum consumptibilem ludens exponeret, & perderet. Ex communè doctrina: vel ludens habet in suo patrimonio unde possit refarcire & compensare rem alienam perditam per lusum, vel non habet. Si non habet, vel hoc scit alter colludens, vel nescit. Si scit, contractus est nullus, & tenetur eam restituere Domino, quia tenetur ex prima radice restitutionis, nempe re accepta. Si nescit, tunc contractus valet extensus, ut re illa evicta teneatur illi alter de evictione. Si verò habeat, unde compenset, lucrator non tenetur restituere, quia fur potuit illam rem sibi applicare, aliam suam substituendo.

1073. QUÆRITUR 4. Si unus ludentium omnem praesentem suam pecuniam perdidit, & ut possit ludere ulterius, furatur collusori pecuniam, & lucratur, an possit lucrum retinere, restituendo pecuniam furto ablatam. Negant Ledesma & Salas. Sanchez & Lugo affirmant, si habuit, unde restituere, etiam si etiam ablatam perderet, & hoc mihi verius videtur. Ratio est, quia non est re ipsa differentia ab eo casu, quo luserit pecunia alteri tercio sublatam: at qui tunc non tenetur restituere, ut fatentur adversarii. Ergo, &c.

Obijcitur 1. Ludus est alteri involuntarius, quia non luderet, si sciret pecuniam sibi furto sublatam esse. Ergo deest consensus. Antecedens non esse certum, forè enim luderet detecto furto, & dando pecunias collusori mutuas. Est quòd non luderet, non sequitur tamen hinc, quòd actus sit simpliciter involuntarius, adeoque ludus nullus, sicut ipsi adversarii fatentur, actum valere, si alteri tercio pecunia ablata esset, esto non luderet, si sciret, pecuniam esse alienam.

Obijcitur 2. Interventit fraus & injuria, ac dolo quo obtinetur nullus: contractus autem fraude obtentus est nullus, vel saltem rescindendus ad placitum læsi. Negando quòd in tali casu fraus det causam primario, ut alter ludat, luderet enim, si fur haberet pecuniam propriam: ergo tota injuria consistit in furto, & lusus est alteri secundum se simpliciter voluntarius, & principa-