



Dissertatio juridica inauguralis continens adnotationem ad loca selecta tituli Digestorum de actionibus emti venditi

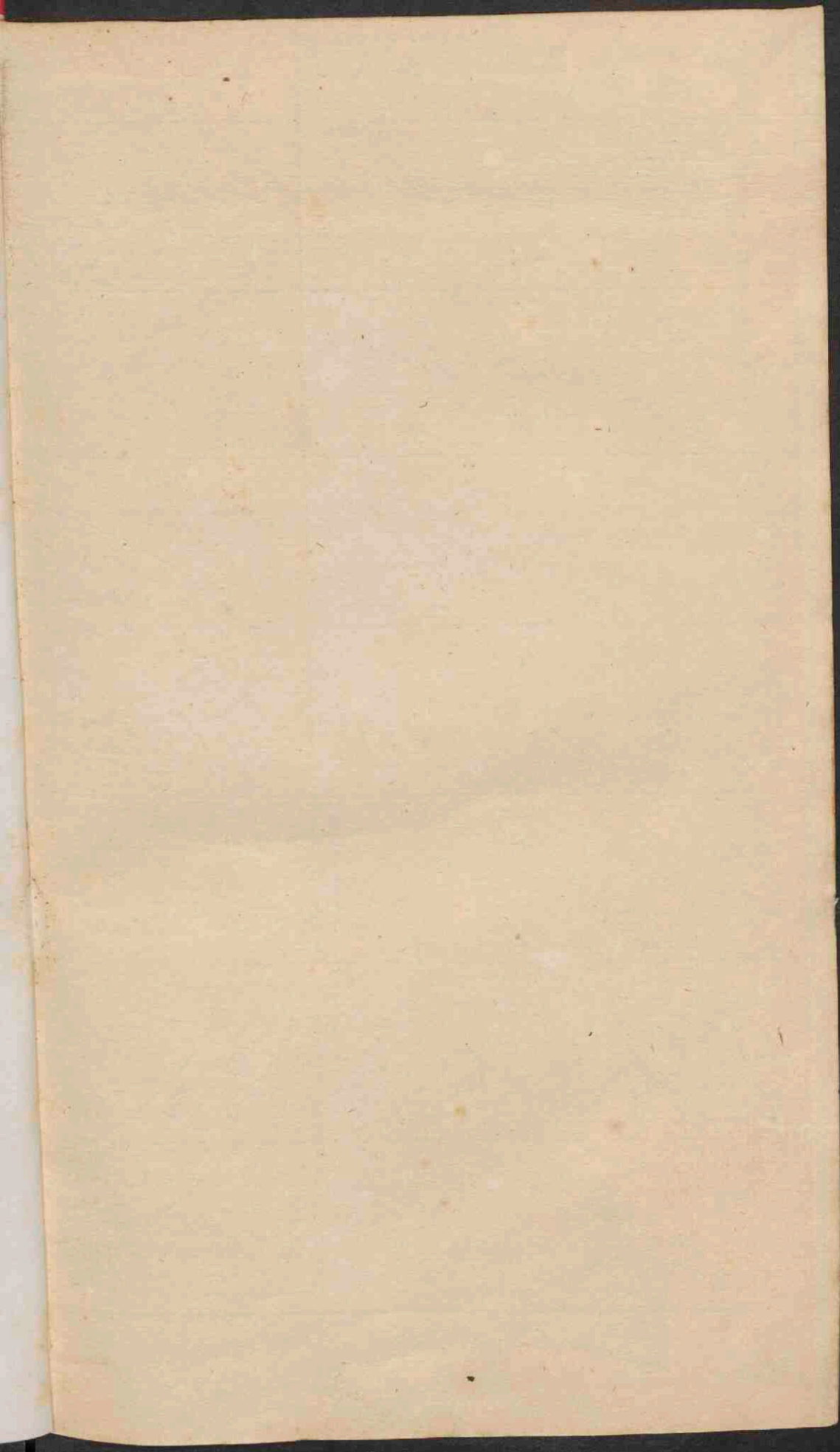
<https://hdl.handle.net/1874/321375>



Doctrina Miscell.
Quarto No. 192.

1. Dixereene, J. Adnotatio ad loca se-
lecta tituli Digestorum de
actionibus ex tunc vendite.
2. Saxius, J. H. C. De iudice delegato
ad quaestiones criminales.
3. Baeker, C. H. De poena mulctae
pecunariae.
4. Roock, L. J. de. De lichene Tolan.
dico.
5. Bueren, R. Lammerts Jan. Observatio-
nes microscopicae de lacte.
6. Lespinasse, G. J. de. Quaedam
de paralysis nervi facialis, praes.
in uno casu, in Nosocomio academico
observato.
7. Taats, J. P. Historia pectus praes.
maturi, arte provocati, in femina
prima vice gravida.
8. Keyzer, G. Spec. exhibens casum
Meningitidis, febrim biliosam
Mentifae, in Nosocomio academico
observatum.
9. Haer, G. J. ten. De tabulis status
civilis secundum artic. 13. C. C. N.
10. Lenting, L. C. De Casparo Pagelio.
11. Sandbrink, C. A. De advocatorum,
qui in Belgio Septentrionali flo-
ruerunt, iuribus ac doctrina.
12. Breggen, G. C. van der. Theses iur. inaug.
13. Haffmans, Leop. id.
14. Leclercq, L. N. M. id.
15. Cats, D. Heringa id.

16. Lambrechtsen, N.C. Theses jur. inaug.
17. Thooft, Jac. id.
18. Wieling, G.A. id.
19. Rombout, O. d'Aumale van. id.
20. Foest, J.G. id.
21. Henry, W.A. id.
22. Verhelloum, G.A. id.
23. Steel, C.D.A. Moerkerk van. id.
24. Kock, G. J. H. de. id.
25. Delden, J. H. van. id.



DISSERTATIO JURIDICA INAUGURALIS

CONTINENS

ADNOTATIONEM

AD

LOCA SELECTA TITULI DIGESTORUM
DE ACTIONIBUS EMTI VENDITI.

THE
LIBRARY OF THE
MUSEUM OF NATURAL HISTORY
OF THE
SMITHSONIAN INSTITUTION
WASHINGTON, D. C.

1881
NOV 10 1881
RECEIVED
FROM THE
LIBRARY OF THE
MUSEUM OF NATURAL HISTORY
OF THE
SMITHSONIAN INSTITUTION
WASHINGTON, D. C.

1881
NOV 10 1881
RECEIVED
FROM THE
LIBRARY OF THE
MUSEUM OF NATURAL HISTORY
OF THE
SMITHSONIAN INSTITUTION
WASHINGTON, D. C.

DISSERTATIO JURIDICA INAUGURALIS

CONTINENS

ADNOTATIONEM

AD

LOCA SELECTA TITULI DIGESTORUM
DE ACTIONIBUS EMTI VENDITI,

QUAM,

ANNUENTE SUMMO NUMINE,

EX AUCTORITATE RECTORIS MAGNIFICI,

HERMANNI JOHANNIS ROYAARDS,

THEOL. DOCT. ET PROF. ORD.,

NEC NON

AMPLISSIMI SENATUS ACADEMICI CONSENSU

ET

NOBILISSIMAE FACULTATIS JURIDICAE DECRETO,

PRO GRADU DOCTORATUS,

SUMMISQUE IN JURE ROMANO ET HODIERNO

HONORIBUS AC PRIVILEGIIS,

In Academia Rheno-Trajectina,

RITE ET LEGITIME CONSEQUENDIS,

PUBLICO AC SOLEMNI EXAMINI SUBMITTIT

ISAÄCUS VIZÉVENE,

SCHIEDAMENSIS.

DIE XXVI M. APRILIS. ANNI MDCCCXLIX, HORA I.

HAGAE COMITIS,
APUD J. ROERING.
MDCCCXLIX.



DISSERTATIO JURIDICA FACULTATIS

AD

ADNOTATIONEM

AD

LOCA SELECTA TITULI DIGESTORUM
DE ACTIONIBUS ERIT VERENTI.

DE

ANNUNTIIS SUII

DE AUCTORITATE REIPUBLICAE

HERMANNI JOHANNIS ROYALDUS

DE

DE

DE

DE

PRO GRADU DOCTORATUS

IN IURE ROMANO ET MODERNO

IN

DE

DE

DE

DE

DE

DE



DE

DE

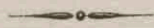
DE

MATRI
OPTIMAE, CARISSIMAE
SACRUM.

Et nescio, quid magis dignum sit, quod admiremur, diligentiamne
Jurisconsultorum Romanorum in accurate excolendis singulis juris
civilis partibus sive argumentis, an illarum partium ad universam
quamdam doctrinam admirabilem consonantiam.

C. A. DEN TEX.

I N D E X.



	Pag.
INTRODUCTIO	1.
LEX 21. §. 5. <i>Paulus. Lib. 33. ad Edictum</i>	6.
LEX 24. pr. <i>Julianus. Lib. XV. Digestorum</i>	12.
LEX 29. <i>Idem. Lib. IV. Ex Minicio</i>	19.
LEX 30. pr. <i>Africanus. Lib. VIII. Quaestionum</i>	23.
LEX 31. §. 2. <i>Neratius. Lib. III. Membranarum</i>	28.
LEX 43. <i>Paulus. Lib. V. Quaestionum</i>	39.
LEX 44. <i>Africanus. Lib. VIII. Quaestionum</i>	41.
LEX 45. <i>Paulus. Lib. V. Quaestionum</i>	42.



INDEX

1	INTRODUCTION
6	Law 27. §. 6. Pöbeln. Lib. 33. no. 1. 1797
12	Law 28. §. 1. no. 1. Lib. 33. no. 2. 1797
13	Law 29. §. 1. no. 1. Lib. 33. no. 3. 1797
22	Law 30. §. 1. no. 1. Lib. 33. no. 4. 1797
28	Law 31. §. 1. no. 1. Lib. 33. no. 5. 1797
30	Law 32. §. 1. no. 1. Lib. 33. no. 6. 1797
41	Law 33. §. 1. no. 1. Lib. 33. no. 7. 1797
42	Law 34. §. 1. no. 1. Lib. 33. no. 8. 1797

INTRODUCTIO.

Fragmenta, quae nobis tractanda proposuimus, omnia fere spectant emti venditi actionem, quamobrem pauca quaedam de hujus actionis natura praemittere abs re non videbitur. Actio emti venditi (1) quid sit si quaeritur, dicendum, esse jus persequendi id, quod sive emtori sive venditori debetur: oritur ex obligatione, utpote ipsius matre, ex ipso contractu emtionis venditionis oriunda. Actio autem est duplex et verbis probe distinguenda, nimirum in actionem emti emtori competentem ad rem consequendam; et in actionem venditi (2) quae est venditoris ad pretium solvendum tendens. Utraque actio, quippe quae descendit ex contractu bonae fidei eoque bilaterali et nominato, est personalis, circa quam ex aequo et bono judicari licet.

Quaeri potest, an utriusque actionis propriis appellationibus hisce promiscue uti Jureconsulto liceat. Respondemus, secundum Gajum in lege 19. Dig. h. t. licere videri. « Veteres,

(1) De qua agit tum Digestorum libri XIX titulus 1, tum Codicis libri IV titulus 49.

(2) Actio venditi etiam actio *pretii* dicitur, vid. l. 7 Cod. de act. emti vend. et l. 9. Cod. de contr. emt. Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandecten §. 1040, p. 211 nota 5, ad tit. de act. emt. vend. (quam in sequentibus indicabimus per verba *hoc titulo*).

ibi ait, in emtione venditioneque, appellationibus promiscue utebantur: » Ex quibus verbis sequitur, veteres emtionis venditionis contractum significare volentes, dicere solere promiscue modo *emtio* modo *venditio*, dum nonnumquam etiam dicebant *emtio venditio*, argumento sit lex 2. §. 1. Dig. de contrah. emt. in qua sic Ulpianus: « sine pretio nulla *venditio* est. Non autem pretii numeratio, sed conventio perficit sine scriptis habitam *emptionem*. » (1) Ratio simplex est: contractus emtionis venditionis item locationis conductionis est bilateralis, quum uterque contrahens reciproce principaliterque unus alteri obligatus sit, et sicuti neque emtor sine venditore, neque venditor sine emtore cogitari potest, ita quoque nulla emtio sine venditione atque ex diverso nulla venditio sine emtione. Hinc qui *emtio* significat, per se simul quoque *venditionem* complectitur, quique nominat *venditionem*, per se et *emtio* comprehendit simul, denique, sicuti per vocabulum *emtio* contractus tam emtionis, quam venditionis significatur, ita etiam per vocabulum *venditio*. (2) Interdum nomen venditionis ad emtorem refertur emtorque dicitur adimplere *venditionem*, pro adimplere *emtio*, quod minus recte dictum possit videri, quia qui emit, non potest obstrictus esse ad solvendum pretium ex contractu, ex quo venditor se ad traditionem obligavit, sed adimplere contractum tenetur, ex quo ipse se ad pretium solvendum obligavit. (3) Nec mirum videtur, dici posse de emtore: adimplere *venditionem*, pro *emtio*, et contra de venditore: adimplere *emtio* pro *venditionem*, nam in emtione venditione emtor se ad pretii solutionem obstringit, venditor ad mercis traditionem, si emtor non solvit, non tradit venditor, una obligatio per alteram substantiam capit, alia alii correlativa est, alia sine alia

(1) Addantur omnino l. 7. §. 1 et 2. l. 8. §. 1. l. 9. in f. juncta lege seq. l. 13. pr. l. 33. §. 5. l. 44. l. 54. l. 64. Dig. de contrah. emt. l. 25. §. 1. et l. 56. de Aed. Edict.

(2) Vid. l. 1. §. ult. l. 2. pr. l. 3 et 4. l. 9. l. 2. §. 1. l. 7. pr. et alibi passim. Dig. de contrah. emt.

(3) Vid. L. 25. l. 44. Dig. eod. Averanius Interpret. Juris. Tom. I. l. 2. c. 2. n.º 20 et 21. p. 164.

cogitari nequit. (1) Haec autem de appellationibus ipsius contractus dicta sufficiant. Quaestio, an actionum ex contractu emtionis venditionis profluentium appellationibus promiscue uti quoque solerent veteres, non minus facilis est. Etsi certe Gajus in lege 19. h. t. appellationum ipsius contractus tantum mentionem faciat, nihilominus tamen recte lex ab eo relicta ad appellationes contractus dicti actionibus proprias ex analogia referri potest. Profecto fatendum est, actiones emti et venditi inter se separatas dissimillimasque actiones esse, emtor enim agendo ex emto, ad mercem consequendam agit, venditor ex vendito agendo, ad pretium consequendum, quapropter si dicimus, emtorem ex *vendito* agere pro ex *emto*, potius significare videmur, eum ad pretium consequendum agere, quam ad mercem consequendam, quod idem ex diverso de venditore valet. Verum res expedita est. Si Romani dictis vocabulis utuntur, haud adeo sub his cogitant illud, quod petitur, quam quidem causam ob quam petitur, et sic idem apparet, utrum proponatur emtor ex vendito, an ex emto agere, quum causa semper eadem maneat. Veteres emtionis venditionis naturam simpliciter exprimebant vocabulo Graeco *συνάλλαγμα*. Apparet, jam appellationes *actio emti*, *venditi*, *ex emto*, *ex vendito*, per quas *causa* cogitatur, ob quam petitur, (nequaquam illud, quod petitur), promiscue uti Jeto licere. Averanius vero l. 1. statuit, harum actionum nomina raro admodum confundi, quum altera cum altera nihil commune habeat, contra in ipsius contractus appellationibus non necesse esse, certam regulam vocabulis utendi observare Jureconsultum. Averanii praeceptum temerarium non agnoscimus. Primum notandum est, indistincte dici actionem *emti* vel *ex emto*, actionem *venditi* vel *ex vendito*, (2) nonnumquam etiam pro

(1) Vid. Gluck. o. 1. de contrah. emt. §. 972. p. 6 not. 9. Verborum conceptio, qua interrogat stipulator ac promissor interroganti respondet, interdum stipulationis verbo, interdum sponsionis nomine denotatur, teste lege 5. §. 1. dig. de verb. oblig. et l. 7. Dig. de verb. significat.

(2) Vid. §. 1. Inst. de emt. l. 11. pr. et 15 §. 19. l. 43 Dig. h. t. et in eod. tit. passim.

actione *emti* sive *ex emto*, nec non pro actione *venditi* sive *ex vendito*, actio *emti venditi*, vel *ex emto vendito*, (1) deinde a veteribus dici actionem *venditi* pro *emti*, (2) vel *ex vendito* pro *ex emto*, actionem *emti* vel *ex emto*, pro *venditi* seu *ex vendito*. (3) Neque haec omnia, quae de quaestione proposita praecedunt, solum valent de emtione venditione, sed etiam secundum eundem Gajum in lege 20 h. t. de locatione conductione. «Idem est, inquit, (et) in locatione, et conductione.» (4)

At Cujacius Tom. 7 ad h. l. conjungens Gaji utramque legem, uno tenore, unaque saliva legit: «Veteres in emtione, venditioneque appellationibus promiscue utebantur, id est (et) in locatione et conductione, ut lex 20 legis 19 interpretatio sit, scilicet: veteres promiscue usos esse emtionis venditionisque appellationibus etiam in locatione et conductione, conductorem illos vocasse emtorem, conductionem vocasse emtionem, locationem autem venditionem, locatorem vero venditorem, conductorem denique emtorem, unde concludit, utramque legem pertinere ad publicanos, qui sunt conductores publicorum, publicanos veteres redemptores vel emtores publicos appellasse. Deinde putat, nusquam nos inventuros esse, veteres emtionem pro venditione vel contra posuisse, nusquam locationem pro conductione, vel contra, quas propter rationes reponendum esse ei placet pro *idem est* in lege 20, *id est*, quod genus mendii frequentissime invenitur. Hanc Cujacii observationem probat Janus a Costa ad. §. 3. Inst. de locat. cond. et Schulting, Theses controv. Dec. 68, §. 2. qui tamen dubitat in notis ad Pand. ad. h. l.

(1) Vid. omnino l. 16. Dig. de in diem addict. l. 19. Dig. de hered. vel. act. vend. Varro de re rustica l. 2. Cap. 11. «nec non, ait, emptor potest ex emto vendito illum damnare.»

(2) Vid. l. 26. l. 66. §. 2. Dig. de evict. l. 11. Cod. de pactis. l. 1. Cod. sine censu vel reliquis etc.

(3) Vid. l. unica Cod. Si servus se extero emi mand. l. 15. §. 25. h. t. l. 7. pr. Dig. de dolo. Add. Cujacius in Paratitl. ad tit. Cod. emti vend. Tom. 2. p. 285.

(4) Argumento sunt legg. ult. §. 1. Dig. ad leg. Rhod. l. 15. §. ult. l. 19. §. 2. l. 55. §. ult. Dig. locati.

Equidem lubenter concedo Cujacio et Schultingio, olim multa fuisse, quae promiscue dicerentur vendi et locari v. c. vectigalia, decimae et similia, imo censorum locationes olim venditiones esse dictas, ut Festus voc. *venditiones* docet, sed quaero, an haec argumenta adeo sanam rationem in se contineant, ut habeamus, Gaji leges eo referri debere, Pandectarumque Compilatores ea mente eas in hunc Titulum inseruisse? Non credo, quodque etiam magis mirum excitat, Cujacius ait, « nusquam invenies veteres emtionem pro venditione vel contra posuisse » quum modo, de harum appellationum usu apud veteres agentes legum legionem laudaverimus ad probandam thesin, promiscue dictis appellationibus usos esse veteres Ipse quoque Cujacius in Paratitl. ad. h. t. Cod. l. 1. leges ostendit, ex quibus nobis persuadere possumus saltem appellationibus *actio emti* seu *ex emto* et *actio venditi* seu *ex vendito* promiscue uti solere veteres. Ut ut est, perseveramus in sententia modo hac de re prolata, ac finem volentes facere huic nostrae Introductioni, de Cujacii emendatione dicimus cum Gluckio o. l. tit. de contrah. emt. §. 972. p. 6. not. 9. « Die Veränderung der Lescart in der lex 20 dig. wo » Cujaz die Worte *idem est in id est* verwandeln will; wenn sie » auch gleich von Jan. a Costa in comm. ad §. 3. Inst. de » locat. et cond. gebilligt worden, ist daher offenbar unnütz und » mit recht von Anton Faber, in Rational. ad. l. 20 dig. h. t. » Wieling in Lectionibus Juris Civilis l. 1. c. 10. p. 36 ver- » worfen worden. » (1)

(1) Add. Leoninus Emendat. 1. 18. num. 7. Rad. Forner. Rer. Quotid. 4. 9. in Thes. Otton. Tom. II. p. 235.

Lex. 21. §. 5. Paulus. Lib. 33. ad Edictum.

*Sed etsi ita fundum tibi vendidero, UT NULLI ALII
EUM, QUAM MIHI VENDERES, actio eo nomine ex ven-
dito est, si alii vendideris.*

Conditio in hoc §. emtioni venditioni adjecta in se promissionem emendi vendendi continet, de qua quaedam ex industria exponere tam propter materiae gravitatem, quam ob ejus vagam in jure notionem hic non impar videbitur.

Notio promissionis vel vendendi, vel emendi maxime potest ex comparatione instituta inter hunc contractum atque emtionem venditionem. Emtio venditio exstat, si de merce atque de pretio idoneus consensus inter emtorem et venditorem intercedit. Est contractus bilateralis, quum utrimque contrahentes sibi invicem obligationes praestare teneantur, ita ut, nisi tradat mercem venditor, non solvere pretium teneatur a sua parte emtor, Porro, si emtio venditio perfecta est, periculum et commodum, ut notum est, rei venditae emtorem sequitur, quamvis merx penes venditorem sit.

Promissio vendendi emendive est contractus unilateralis, quo is, qui promittit se venditurum aut emturum esse, se obligat tantum ei, qui promissionem accipit quum hic contra, quia accipit, ex hac causa non obligatus sit promissori; verbo: qui ita promittit, se quidem obligat, is vero, cui promittitur, a sua parte nihil se obligat. Qui se venditurum aut emturum esse promisit, nondum vendidit, nondum emit, sed vendet, emet, si is,

cui promisit, petit. Promissor itaque rem non debet, at modo factum, factum nempe aliquando consentiendi cum emtore vel venditore futuro de merce, deque pretio. Eo ipso, quod non debet promissor vendendi mercem, subit commodum et periculum rei, quae ejus periculo est, quoniam non vendidit. Promissor emendi contra commodum et periculum rei non patitur, quia nondum emit.

Haec de notione, jam de effectu promissionis vendendi emendive videamus.

Promissoris aut vendendi aut emendi, quod se ad factum obligavit, obligatio non in dando, sed in faciendo consistit. Jam vero promissor, qui v. c. vendere mihi recusat, non potest praecise a me cogi ad factum promissum perficiendum, i. e. non potest cogi promissor, ut consentiat mecum de merce atque de pretio, quia principium generale est, *neminem praecise ad factum cogi posse.*

Sequitur inde secundum regulam, obligationes, quae in faciendo consistunt, resolvi in praestatione ejus quod interest, promissorem talem ad id, quod interest, praestandum mihi, condemnandum esse, nisi vendat. Objici vero solet, factum vendendi, aut emendi ex rei natura proprie non esse factum, ad quod regula, *nemo praecise cogitur ad factum*, applicari non potest, quoniam consentire venditioni emtionive est factum morale sive internum personae venditoris emtorisque, minime corporale sive externum. Quid ergo! neque ad factum cogi potest promissor, neque ad id quod interest condemnari. Quomodo nunc satisfaciet obligationi, quam a sua parte erga me contraxit? Quaestio ita solvitur.

Petere debeo a iudice, ut condemnet promissorem ad vendendam mihi rem, quo non facto, ut Judicis sententia valeat emtio venditio et deinde, ut mihi hujus sententiae vi facultas competat petendi a Praetore, ut me in possessionem rei vendendae mittat.

Eadem dicenda sunt de promissore emendi. Judicis sententiam condemnatur ille ad emendum, quo non facto, ea valet tamquam emtio venditio, cujus vi facultas ipso jure competet ei, cui promissum est, exigendi, ut pretium solvatur.

Oriuntur ex supra dictis quaestiones. Quaeri potest, an necesse

sit, ut in promissione vendendi vel emendi prius de pretio constet? De merce in promissione constare debere, non potest dubitari, quoniam caeteroquin, si ea de re consensus non interpositus fuerit, contractus esset promissio objecto prorsus destituta, qualis in jure cogitari nequit, ut vero de pretio inter partes convenerit non requiritur, quum nihilominus consistere possit promissio; partibus relinqui potest, qui judicent de pretio, et si dissentiant, Arbitri decidunt, aut merx habetur tanti valere, quanti similes res die emtionis venditionis contrahendae valent. Fingamus, pretium in promissione sive vendendi sive emendi, inter partes definitum fuisse, num manet jam promissio tantum, an vero ipsa emtio venditio est? Manet sola promissio, utrum distinguamus, promissionem factam fuisse vendendi intra certum tempus, nec ne. Priori casu promissum est, demum nascituram esse emtionem venditionem, si tempus adsit, ante tempus definitum non est emtio venditio, mercis periculum et commodum promissoris intermedio tempore sunt, conventio ad illud tempus suspensa videtur. Posteriori casu aequae minus est emtio venditio, nam, quamvis tempus, quo ineunda est, non expresse definitum sit, nihilo secius exstat, quod suspendit eam, nempe tempus, quo petet is, cui promissio facta est, ut vendatur vel ematur, recte enim tenendum est, quod supra significavi, promissorem tantum emtionem venditionem contrahere, si is, cui promissum est, petit: *« Il y a une grande différence, sic Pothier Oeuvres, par M. Bugnet. »* Paris 1845. contrat de vente n.º 476, in f., *entre la promesse de vendre et la vente même, celui qui vous promet de vous vendre une chose, ne la vend pas encore; il contracte seulement l'obligation de vous la vendre, LORSQUE VOUS LE REQUERREZ. »*

Tempus illud petendi statim tum cedit atque venit ac promissio facta est, sicuti fit in omnibus pure contractis conventionibus. Tandiu promissori periculum commodumque rei currit, quamdiu is, cui promissum est, non petit ut vendatur atque ematur, et hoc est summum Criterium promissionis vendendi emendive et ipsius emtionis venditionis jam contractae, quale Criterium commoditatem praebet emtoribus futuris, qui per quoddam tempus periculum rei metuentes subire nolunt, et venditori-

bus, quos etiamnum per aliquod tempus re, quam vendere volunt, uti frui lubet.

Quae hucusque de materia tradidimus, majorem partem ex Pothierio (1) petimus, dum quasdam observationes addidimus, quia prorsus illius doctrinae favemus, favemus, inquam, omnino, atque ex eo ipso statim effici potest, nobis displicere legislatoris Francici doctrinam in art. 1589. Cod. Civilis, adoptantis opinionem illorum Juris Doctorum, qui assimilarunt vendendi emendive promissionem ipsi emtioni venditioni. Legimus scilicet in eo articulo: *La promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix*, ex quibus verbis non sequitur, velle legislatorem Francicum in casu, quo deficit ille mutus consensus, tantum promissionem vendendi adesse, sed e contrario rejicere illum qualemcumque vendendi promissionem, ea vero excepta, cui accessit mutua partium conventio de merce ac de pretio, quo casu hanc promissionem ipsi emtioni venditioni vult assimilari. Sic enim Merlin, Répertoire voc. *vente* hunc articulum intelligit, qui, relata Pothierii de promissione dicta doctrina, eo sensu scribit. « *Telle n'est encore la doctrine de Pothier n.º 481. mais elle ne peut plus se soutenir. La promesse de vendre équipollent à une vente, ne peut plus être obligatoire, que dans les cas où la vente elle même le serait. Elle est donc nulle à défaut de convention sur le prix, comme le serait une vente, dont le prix ne serait pas réglé entre les parties, ou remis à l'arbitrage d'un tiers.* »

Quamvis proprie ad materiam nostrae dissertationis non directe pertineat de jure hodierno disserere, tamen non plane aliena hic videbitur observatio, mirum facere, legislatorem Francicum hac in re illius praeclarissimi Pothierii, quem maxime in Codice Civili constituendo tamquam ducem fidelem secutus est, (2) doctrinam rejecisse, doctrinam, quam immerito improbatam esse duco, nam ex notione modo exposita patet, summum disci-

(1) o. l. Traité du contrat de vente, n.º 476, usque ad n.º 496.

(2) Argumento sit Titulus Cod. civ. Franc. de obligationibus, qui fere verbotenus ex auctore nostro excerptus est.

men existere inter promissionem vendendi vel emendi et ipsum emtionis venditionis contractum. Etenim contracta rite emtione venditione non amplius licet utriusque contrahentium recedere a conventionem, quod tamen licere ei, cui promissio facta est, apparet ex juris naturalis principio, *quisque juri suo renunciare potest*; quod principium semper applicari potest, si modo is, qui eo utitur, renunciando suo juri non laedit eum, quem sibi obligatum tenet, quod in promissione vendendi et emendi non fieri, exemplis hisce clarius fiet.

Vendo tibi fundum centum, contracta est emtio venditio; si vis renunciare juri tuo exigendi a me fundum, non poteris nisi mihi praestes centum. Juri enim tuo exigendi fundum obnoxia est obligatio praestandi centum mihi, qua obligatione te nunquam liberare poteris desistendo a jure tuo exigendi.

Quodsi tibi promisi fundum vendere centum, emtio venditio nondum est contracta, nascitur est aliquando, tu me obligatum tibi tenes ut vendam, si quando tibi placet, fundum. Ego te non obligatum teneo mihi, intercedit inter nos contractus unilateralis, quum contra emtio venditio contractus sit bilateralis, si tu non vis emere, te cogere non possum, nam mihi non promisi, ut emerem, tantum ego tibi promisi, ut venderem. Si igitur juri tuo exigendi, ut vendam, renuncias, me non laedis, quia ab una parte tantum obligatorius contractus est inter nos. (1)

Quod si ego tibi promisi, ut venderem fundum, tu mihi promisti, ut emerem, nequaquam emtioni venditioni ipsi haec promissio aequiparari potest, quum nihilominus essenziale discrimen inter utrumque contractum consistat, nempe, periculum et commodum fundi mihi domino currit, non tibi, donec ipsa emtio venditio non contracta sit. Haec de legislatore Francico sufficiant, convertamus nos ad Neerlandicum.

Legislator noster in Cod. Civili articulum 1589 C. Civ. Franc. non recepit, quapropter quaestio se offert, an secundum jus hodiernum nostrum doctrina de promissione vendendi vel emendi

(1) Promissio vendendi vel emendi igitur effectu non distat a commutato, mutuo, deposito, cact.

admitti possit, quod articulus ille, qui qualemcumque promissionem vel vendendi vel emendi excludit, a nostratibus non receptus est? Apparet quaestionis solutionem sitam esse in ratione, cur articulus non receptus sit. Quae autem in opere Voorduinii (1) legitur, haec est. Articulus 1589 missus est, quod solummodo in Francico Jure, quod distinctionem inter jus in re et ad rem non admittit, idoneum locum invenit, itaque quoniam apud nos principium adoptatum est, tantum *traditione* dominium transferri, articulus in nostra legislatione supervacuus foret. Apud Asserum (2) aliud quid legitur. *« Men heeft (ita auctor) de ware strekking dezer bepaling niet kunnen vatten, daar toch, wanneer deze beide vereischten aanwezig zijn, zulks geene BELOFTE van koop en verkoop, maar dat contract zelf te weeg brengt, omdat daaraan volgens de definitie niets ontbreekt. »*

Priorem rationem non intelligimus, quum de distinctione agatur, quae ad rem nihil attinet, de posteriori haec animadvertimus. Mirum videri, articuli sensum a nostratibus non perceptum esse, quia ex iis, quae supra ostendimus, satis constat, legislatorem Francicum per art. exclusisse prorsus doctrinam memoratam, deinde non possumus concedere, emtionem venditionem adesse, si quis promisit alii, se venditurum esse rem quamdam certo pretio. Nimirum procul dubio aliquid emtionis contractui deest secundum definitionem Juris Doctorum, deficit essentiale hujus contractus requisitum, videlicet mutuus consensus statim de merce ac de pretio interpositus, minime posthac interponendus, ut fit in promissione vendendi pro certo pretio. Etenim tu, qui mihi, te venditurum esse, promisisti, propterea non haberi potes jam mihi vendidisse, neque ego, qui tibi promisi me emturum esse librum v. c. decem, praesumi possum jam emisse a te, mercis profecto periculum et commodum tibi domino adhuc currit, non mihi, quum, si tu mihi ita promisisti, demum

(1) Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche Wetboeken, dl. 5, pag. 144 en 145.

(2) Het Ned. Burg. Wetboek vergeleken met het Wetboek Napolcon, §. 749, p. 513.

emtio venditio ipsa effecta sit per istam promissionem, si ego peti-
ero, si quando mihi placebit tecum contrahere, semper ea lege, ne
renunciam, ut modo pluribus demonstratum est. Porro posito,
argumentum ex Asseri opere laudato, propter quod articulus non
receptus est, recte accipi posse, tum e contrario argumentando
concludere possumus, doctrinam in jure nostro admitti, si modo
de pretio mercis nihil in promissione constat.

Ad rem vero: mens legislatoris Francici in articulo non recte
ab illis, qui eum non receperunt, intellectus est, noluit enim
in eo indicare, talem promissionem, in qua de pretio mercis jam
constabat, similem esse ipsi emtioni venditioni, sed, quod summe
notandum, voluit equiparanda hujuscemodi promissione emti-
oni venditioni jam contractae excludere totam promissionis vel
vendendi vel emendi doctrinam.

Ergo causa, quare nostrates articulum non receperint, non
spectat exclusionem generalem doctrinae, atqui eatenus admit-
tenda est, quatenus non spectat promissionem vendendi pretio
dicto, haec enim nostro legislatori similis videtur emtioni vendi-
tioni ipsi, mihi vero generaliter placet admitti doctrinam, quoniam
jure meritoque dici possit, discrimen summum inter promissionem
cum dicto pretio et ipsam emtionem venditionem, in qua
mutuus consensus jam de tota negotiatione interpositus est,
adesse.

Lex 24. pr. Julianus. Lib. XV. (1) Digestorum.

*Si servus, in quo ususfructus tuus erat, fundum
emerit, et antequam pecunia numeraretur, capite
minutus fueris: quamvis pretium solveris, actionem*

(1) Ital. lib. XXXV.

ex emto non habebis, propter talem capitis deminutionem; sed indebiti actionem (1) adversus venditorem habebis. ante capitis autem minutionem (2) nihil interest, tu solvas, an servus ex eo peculio, quod ad te pertinet. nam utroque casu actionem ex emto (3) habebis.

Hujus legis principii summa huc redit.

Titius minor viginti quinque annis servi usumfructum habet. Ille servus fundum emit a Maevio. Pretio nondum soluto, emancipatione capitis deminutionem patitur Titius, proptereaque in eo servo amittit usumfructum. Postea Titius Maevio fundi pretium exsolvit de suo, qui bona fide accipit, at fundum illi tradere recusat, quaeritur jam, utrum Titio competat actio emti adversus Maevium, quippe sibi per servum usumfructuarium ante capitis deminutionem acquisita, ut cogat eum ad fundi traditionem, an vero condictio indebiti tantum ad recuperandum pretium post capitis deminutionem solutum?

Haec autem est quaestio principalis, de qua hujus legis principio agitur, de cujus quaestionis solutione agemus, si paucis generaliter de capitis deminutione praemissis, indagaverimus causam, ob quam Titius in casu capite deminutus esse dici possit.

Capitis deminutio est status civilis mutatio in societate. Triplex Romanis fuit status civilis, status libertatis, civitatis et familiae, triplex capitis deminutio, maxima, media, et minima.

Julianus autem ponit, Titium capitis deminutionem esse passum, *quam* vero non indicat, quamvis ad rectam legis intelligentiam scire intersit. Sed, quum is iudicet, Titio, si pretium post capitis deminutionem solverit, competere adversus Maevium indebiti conductionem, inde concludere possumus, illum minimam tantum subiisse. Sic enim ratiocinamur: quodsi servus fuisset factus,

(1) Hal. *conductionem*.

(2) Hal. *deminutionem*.

(3) Vulg. inserit: *adversus venditorem*.

civiliter mortuus fuisset Titius, peregrinus si factus, non potuisset frui juribus, quae solis Romanis civibus propria sunt. (1) Jam vero, si minimam passum esse Titium statuimus, quaestio et superest. Ob triplicem enim causam quis capitis deminutionem minimam subire potest, videlicet: arrogatione, adoptione, et emancipatione. Quenam igitur causa Titii capitis deminutionis fuit? Ponamus fuisse arrogationem, tunc sibi non constat Julianus, nam indebiti condictionem tribuit Titio, qui ad eam exercendam probare tenetur, se per errorem solvisse, (2) quod probare nequit, quia arrogandus interrogari solet, an auctor fieret et in hanc arrogationem consentiret. (3) Titius, qui consentit arrogationi, hujus status mutationis ignorantiam asserre non potest, atqui ei non competit indebiti conditio, quam tamen instituere illum posse, expresse statuit Julianus. Ponamus rursus, fuisse emancipationem: jam cardo quaestionis est, an Titius emancipationis suae ignarus fuerit, adeo, ut per errorem pretium solvisse dici debeat, quod negamus, quoniam et jure antiquo, (4) et Justiniano, (5) filius in emancipationem consentire debebat. Ex Heineccii (6) verbis vero « *Hodie* (id est Jure Justiniano) *emancipari non potest invitus, sed consentiens*, » dubium videtur, an jure antiquo filii consensus in emancipationis actu requireretur; *videtur*, inquam, quum ex ipsa emancipationis natura, uti jure antiquo fieri solebat, appareat, nunquam filium, puberem scilicet, ignarum hujus actus esse potuisse. Etenim emancipatio fiebat per trinam imaginariam venditionem, in qua filii praesentia certe necessaria erat. (7) Quodsi itaque non potest

(1) Cf. Vir clar. Holtius Historiae Juris Rom. lineamenta. Cap. 5. n.º 50. p. 20 et Gajus Com. 1. §. 14 et 15.

(2) Vid. l. 1. §. 1. l. 26. §. 5. in f. Dig. de cond. indeb.

(3) Vid. l. 11. Dig. de his, qui sui etc.

(4) Vid. Paulus Recept. Sent. l. 2. T. 25. §. 5.

(5) Vid. l. 5. Cod. de emancip. liber.

(6) Recit. ad Inst. §. 197. p. 118.

(7) Ut patet ex lege XII tabb. *si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto. Endo liberis justis jus vitae necisque venum dandique potestas ei esto.* Vid. Gajus Comm. 1. §. 152 et Comm. 4. §. 79.

probare errorem suum Titius, non competit illi conditio indebiti, et tum constat, emancipationem causam capitis deminutionis non fuisse.

Nec hoc in loco silentio praetermittendum est, Cujacium (1) putare, emancipationem capitis deminutionis causam fuisse, «verum, inquit, ei competit in venditorem conditio pretii, quasi indebito venditori soluto, si per errorem solverit imprudens, forte ignarus capitis deminutionis veluti emancipationis suae, si absens emancipatus fuerit.» Modo vidimus, emancipatum ignarum esse non posse status mutationis, neque jam attinet dicere, agi hic de emancipatione, Titio absente facta; talis enim emancipatio jure Justiniano quidem admittebatur, non autem jure antiquo. (2) Porro auctor vult, speciem Juliani accipi de emancipatione, minime de adoptione, «alioquin, ait, non bene conveniet, si ponatur species de adoptione, quia, ut dixi, emancipatus potest esse ignarus emancipationis suae, non etiam adoptatus.» In adoptione quidem sufficit patris consensus, adsit vero, necesse est, praesentia filii, sicuti in emancipatione, quoniam item fiebat per trinam imaginariam venditionem, (3) ob quam praesentiam error afferri nequit.

Summa disputationis, ex nostra opinione, haec est: nihil ad rem facere, an causa capitis deminutionis fuerit adoptio, an emancipatio, (arrogationem hic mittamus, nam, quoniam arrogandus major 25 annis potest esse, dubia fit causa, quum, si major 25 annis fuerit Titius, ei non liceat jus ignorare), quia in casu distinguendum est inter errorem juris et facti. In facto Titius non erravit, sed in jure, quapropter ei competit conditio indebiti, quod punatur quidem contra regulam: *Juris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere,*

(1) Ad lib. 15. Juliani Digest. Tom. 6. pag. 96 seqq.

(2) Vid. l. pen. Cod. de emancip. liber.

(3) Emtor hac formula tum utebatur, *Hunc ego hominem meum esse ajo, est enim mihi emtus hoc aere hac aeneaque libra.* Vid. Heinecc. Antiq. Rom. ad Tit. 12. lib. 1. Inst. n.º 5 seqq. et Tit. 11. lib. ejusdem n.º 15.

verum in casu regula illa exceptionem patitur. Titius enim tam in emancipatione, quam in adoptione minor viginti quinque annis esse debuit et minoribus jus ignorare permissum est. (1) Praeterea aequitatis causa placet secundum principia in Dig. relata, in conditione indebiti juris ignorantiam non nocere, uti eleganter tradit Papinianus in lege 7. Dig. de juris et facti ign. «*Juris ignorantia non prodest acquirere volentibus, suum vero petentibus non nocet.*» (2)

Jam de quaestione ipsa videamus.

Justinianus in Inst. lib. 2, t. 9, docet, nos per alios *dominium* posse acquirere quinque modis.

- 1.^o per nosmet ipsos,
- 2.^o per eos, quos in potestate habemus, ut pater per filium, dominus per servum,
- 3.^o per servos, quos bona fide possidemus,
- 4.^o per homines liberos, i. e. procuratores,
- 5.^o per servos, in quibus *usumfructum habemus*.

Iisdem modis nobis etiam *obligationes* acquiri, Imperator docet in lib. 3. t. 29. (3) *Per eum quoque servum*, ita Justinianus, §. 2. t. 29. Inst. IN QUO USUMFRUCTUM USUMVE HABEMUS, *similiter ex duabus istis causis* (scilicet ex operis ipsius servi, vel ex re fructuarii) *nobis acquiritur obligatio.*

Idem quoque juris est jure Pandectarum. (4)

Lucide autem patet ex Juliani verbis, in casu non agi de jure in re sive dominio per servum usufructuarium acquisito Titio, verum de jure ad rem sive obligatione. Integro adhuc Titii statu rite contraxit servus emtionem cum Maevio. Aderat consensus, merx et pretium. Igitur Titio per servum obligatio vel potius

(1) Vid. Paulus in princip. leg. 9. Dig. de juris et facti. ignor.

(2) Quoad principium illud de juris et facti ignorantia legem 10 Cod. eod. magnam dissentientium turbam excitasse, docet Mühlenbruch, Doctr. Pand. T. 2. §. 578. not. 8.

(3) Vid. Vinnius, Comm. ad Inst. ad tit. modo laud. p. 255 seqq.

(4) Vid. l. 21. 26. 25. §. 5. Dig. de usufr. l. 10. §. 5. l. 45. §. ult. l. 37. §. pen. Dig. de acq. rer. dom. l. pen. et l. §. 2. 5 et 6. Dig. de stipul. serv.

emti actio acquisita videtur, per quam a Maevio exigere potest, ut fundum sibi tradat. Jam patitur Titius capitis deminutionem atque amittit in servo, per quem actio emti sibi acquisita esse videtur, usufructum. Nonne poterit retinere obligationem actionemve ex emto ante capitis deminutionem per servum sibi acquisitam? Non poterit, addit enim Julianus *antequam pecunia numeraretur*, quasi emtionis [contractus substantiam capiat datione sive facto, quasi emtio venditio contractus realis sit, quum revera consensu perficiatur, et proinde consensualis, non realis contractus sit.

Titius autem, quia pecuniam non numeraverat, ante usufructus amissionem nondum acquisivit per servum obligationem, itaque post capitis deminutionem non potuit retinere. Quod mirum, nam nihil refert, utrum post vel ante capitis deminutionem pretium fundi solvat Titius, quia pretii solutio spectat contractus executionem, non vero, uti ipsum pretium, substantiam contractus. Titio, quando adversus Maevium vult agere ad tradendum fundum, demum necesse erat pretium solvere, vel offerre, ne a Maevio exceptione nondum adimpleti contractus repellatur. (1) Secundum Julianum vero pretii solutio conditio est *sine qua non* emtionis per servum contractae respectu ejus, cui acquiritur. Quod si hanc conditionem aut servus, aut Titius ante capitis deminutionem seu ante usufructus amissionem non impleverit, nulla obligatio, nulla actio ex emto Titio acquisita est per servum. Inter Maevium et servum emtio venditio quidem perfecta est, sed obligationes ex illa conventionem oriundae Titio per servum nondum acquisitae sunt, quoniam pretium nondum solvit. Nec refert, si solvat, utrum servus ex peculio, quod ad Titium pertinet, an vero Titius ipse de suo solvat, si modo solvatur ante usufructus amissionem. Ratio dubitandi, ut videtur, in verbis *antequam pecunia numeraretur*, sita est, videamus, quid sibi velit Julianus iis verbis? Ponit servum fundum emisse, sed pretium nondum solvisse: jam, inquit, consistit quidem emtio venditio inter Maevium et servum, sed, quia pretium non solutum

(1) Vid. l. 15, §. 8. Dig. h. t. et l. 25. Dig. eod.

est ante capitis deminutionem, per servum obligationes Maevii ex venditionis contractu Titio non sunt acquisitae; — quid hoc! nonne emtio venditio recte consistit statim ac de pretio inter partes convenit? Negat Jureconsultus ex hac emtione venditione actionem ortam.

Ratio autem, quare obligationes ex venditione per servum, pretio ante ususfructus amissionem non soluto, Titio non acquisitae sint, simplex est. Modo vidimus Justinianum docere, in Lib. 3. t. 29. Inst. acquiri nobis per servos usufructuarios obligationes ex duabus causis, nempe ex servi operis, si sutor, pictor etc. sit, atque ex hujusmodi, aut simili opera alii praestito, aliquid paravit, mercedem scilicet operae; l. 26. Dig. de usufr. vel ex re fructuarii, i. e. si servus, cum fructuarius cum praeposuit commercio suo, rem aliquam comparat, aut rem fructuarii locat, pecuniam foenerat, etc.

Et, ut acquirere possimus jure per servos fructuarios, requiritur, ut, si v. gr. emit, pretium solverit ex peculio, quod ad fructuarium pertinet, vel ex pecunia fructuarii ipsius, aut rem quamdam in solutionem, aut in pretii securitatem rem pretiosam pignori dederit etc., non vero acquirere possumus, si satisdedit servus. (1)

In specie nostra neque servus, neque Titius, quoad pretium, ita egit, ut modo exposuimus, nulla igitur obligatio per servum Titio adversus Maevium acquisita, quod postea solvit et quidem post amissionem ususfructus in servo, illi non potest prodesse: per capitis deminutionem enim instrumentum, per quod acquirere poterat, amisit, statim post deminutionem deerat Titio jus utendi fruendi servo, atque pretii solutio facta inutilis est. Recte igitur Julianus denegat Titio ex emto actionem, sed, quia solvit per errorem post capitis deminutionem, dat ei indebiti conditionem. (2)

(1) Vid. l. 25. §. 18. Dig. de usufr.

(2) Vid. l. 43. §. ult. Dig. de acquir. rer. dom.

Lex 29. *Idem.* Lib. IV. *Ex Minicio.* (1)

Cui res sub conditione legata erat, is eam imprudens (2) ab herede emit: actione ex empto poterit consequi emptor pretium, quia non ex causa legati rem habet.

Duae quaestiones in hoc fragmento se offerunt, 1.^o An emti actione is, cui res sub conditione legata erat, quum eam imprudens i. e. ignarus legati ab herede emerit, pendente legati conditione, pretium solutum, postea cognito legato repetere possit? 2.^o An, si *sciens* legatam rem ab herede emit, legatarius pretium pro eâ re solutum repetere emti actione possit, si quando jus in legatum, conditione impleta vel existente, sibi acquisitum est?

Res sub conditione legata, neque heredis, neque legatarii est. Utrique jus in re conditionale est, dominium purum in pendenti est; si conditio a testatore imposita existat, acquirit rem legatarius, si non existat, heredis est. Jure meritoque de ea re et heres et legatarius emtionem venditionem contrahere poterant, quod sub conditione legata erat, contra, si pure fuisset legata, emtio venditio de ea inita non valeret, nam certe, si statim ab adita hereditate legati dominium ipso jure sine heredis facto legatario etiam ignoranti acquiritur, (3) suam ipsius rem emisset legatarius, qualis emtio secundum legem 16. Dig. de contrah. emt. nulla prorsus est.

Legatarius imprudens rem emisse proponitur, solvit pretium accepitque heres, jam existit legati conditio, cognoscit legatarius, an retinere pretium heredi venditori licet? Negamus. Possidere videtur rem non ex causa lucrativa i. e. legato, verum ex onerosa, nempe, emtione: *videtur*, inquam, possidere ex emtionis causa, nam revera ex causa legati rem possidet, quae antiquior seu prior

(1) Hal. *ex Minutio.*

(2) Basil. *ἐν ἀγνοίᾳ; in ignorations.*

(3) Vid. l. 24. Dig. de oblig. et act. l. 64. Dig. de furtis.

emtionis causa est, nec dubium; etsi quidem ejus legati, quod sub conditione relictum est, neque dies cedat, neque ulla acquisitio intelligatur, tamen conditioni, (1) si existat vel impleatur, inest vis retroactiva, ut ita dicitur, ad tempus, quo mortuus est testator, aliis verbis: conditionis existentia efficit, ut perinde debeat legatum, ac si purum ab herede relictum fuisset, nec ejus temporis, quo conditio exstitit, sed quo testator mortuus est, ratio tum habetur. (2) Emtio venditio de re sub conditione legata ipso jure quidem non nulla est, sed rescinditur per vim retroactivam conditionis, quae non solum efficit, ut legatarius suam ipsius rem emisse videatur, sed etiam, ut res ab emtore sub qualitate extranei quasi evicta esse dici debeat, et evictione secuta, emtor pretium emti actione a venditore repetere valeat. (3) Adest igitur in casu species evictionis, statim atque conditio legati impleta est, sicuti etiam adest in lege 13. §. 15. Dig. h. t. « *En voici la raison: (ait Pothier, contrat de vente n.º 96.) Lorsque, après avoir acheté de vous une chose, qui ne vous appartenait pas, ou qui ne vous appartenait pas pour toujours, je succède, à quelque titre que ce soit, à celui à qui elle appartient, c'est en vertu de ce nouveau titre, que je retiens désormais cette chose; ce n'est plus en vertu de la vente que vous m'en avez faite: vous cessez donc dès lors de remplir envers moi votre obligation, NON JAM PRAESTAS MIHI, REM HABERE LICERE; et par conséquent vous me devez rendre le prix, que vous avez reçu.* » (4)

(1) Vid. l. 45. §. 1. Dig. de legat. II. l. 42. Dig. de oblig. et act. l. 215. Dig. de verb. signif.

(2) Vid. l. 105. Dig. de cond. et demons.

(3) An et usuras? Negat Faber Cod. Sab. 6. 27. def. 16. « *Pretii vero usuras, inquit, si venditor ipse consequi nequit actione ex vendito, nisi mora interveniente l. 11. l. 49. §. 1. junct. l. 5. Cod. h. t., quanto minus consequetur emtor eas pretium repetens a venditore, nisi ab eo saltem die, quo venditor in restituendo pretio moram fecerit.* »

(4) Add. Cujacius ad lib. IV. Juliani ex Minicio Natali, Tom. 6. ad h. l. p. 465.

Obiter nota, thesin, emtorem, impleta legati conditione, rem ex causa legati possidere, atqui evictionem adesse, applicari quidem posse in emti actione, minime vero in ex stipulatu actione, quae, quum sit stricti juris, nullam aliam evictionem admittit, nisi, quae sequatur ex iudicis sententia. (1)

Opinionem autem, legatarium ex legati causa, haud emtionis rem possidere, probari posse nobis videtur argumento ex contrario, scilicet, quod legatario, si post impletam conditionem ex causa emtionis rem haberet, non competeret emti actio ad pretium repetendum, nam, re rite tradita, pretium jure retinere potest venditor atque agentem emtorem exceptione repellere, sed actio ex testamento adversus heredem, ad legatum consequendum, quod pugnat cum Juliani verbis: *actione ex emto poterit consequi pretium*. Quamobrem etiam placet nobis sententia Auctorum, Gothofredi, (in not.) Pothierii, (2) et Fabri (3) putantium, legendum esse in ea lege: pro *quia non, quia nunc ex causa legati rem habet*: displicet vero Gluckii (4) sententia existimantis sine ullo argumento vel ratione allata, hanc emendationem non necessariam esse. At, quamvis hanc Clarissimi Interpretis opinionem displicere contendamus, tamen eo significasse nobis nolimus videri, eam prorsus non defendi posse, modo ratio, ob quam emendationem dictam inutilem reputavit, haec fuerit, nec ulla alia.

Conditione impleta, legatarius ex causa legati rem possidere praesumendus est, quia antiquior legati titulus quam emtionis est, revera vero ex emtionis causa possidet, nam quamdiu pretium legatario pro re abest, tamdiu dicendus est, non ex legati causa, quae lucrativa est, sed ex emtionis causa, quae onerosa est, possidere. Jure habet rem ex legati, facto ex emtionis causa, quia, dicimus cum Juliano, *non ex causa lucrativa facto rem habet legatarius, quamvis jure ita eam habeat*.

(1) Vid. Pothier l. l.

(2) Pand. Justin. l. t. n.º 41. not. g. et contrat de vente l. l.

(3) Conject. 5. 14.

(4) o. l. h. t. §. 1041. p. 221. not. 27.

Haec de priore, pauca de posteriore quaestione addamus.

Sunt Juris Interpretes, qui contendant, in fragmento nostro Juliani nihil interesse, utrum sciens, an ignorans rem sibi sub conditione legatam legatarius, pendente conditione, emerit, semper emti actione ad pretium repetendum emtori integra manente. Fabro (1) contra id minus probabile videtur et denegat legatario dictam actionem, provocans ad legem 53. Dig. de reg. Jur. *Cujus per errorem soluti repetitio est, ejus consulto dati donatio est.* Putat, Julianum alioquin frustra in hac lege de *imprudenti* locuturum fuisse, porro prudenti et scienti emtori praevidendum esse, fore, ut aliquando, si legati conditio existat, dominus rei ex causa lucrativa evadere possit, legatariumque, si pretium lubens solverit, nec quicquam sibi de ejus repetitione, casu, quo ad se perveniret legatum, caverit, revera donasse omnemque repetendi spem abjecisse videri. Fabro equidem assentiendum arbitror. Etenim legatarius, qui sciens volensque emit, certe praesumi potest futuro juri in legatum renuntiare voluisse, deinde, quia sciens emit, temere emisse non potest haberi, sed ideo emisse videtur, quod de rei dominio certius sibi prospectum voluit habere, quippe periculum faciens in conditione legato adjecta exspectanda, pro quo periculo magis sciens emtor pretium solvisse videtur, quam quidem pro ipso legato. Et quamquam res, si existit legati conditio, emtori etiam scienti quasi evicta videatur, tamen recte eo ipso, quod sciens emit, praesumi potest adversus heredem actioni de evictioni renunciasset secundum l. 27. Cod. de evict.

(1) Cod. Sab. VI. 27. Def. 16.

Lex 30. Pr. Africanus. Lib. VIII. (1) Quaestionum.

Servus, quem de me (2) cum peculio emisti, prius quam tibi traderetur, furtum mihi fecit. Quamvis ea res, quam subripuit, interierit, nihilominus retentionem eo nomine, ex peculio me habiturum ait: id est, ipso jure ob id factum minutum esse peculium; eo scilicet, quod debitor meus ex causa conditionis sit factus. Nam licet, si jam traditus furtum mihi fecisset: aut omnino conditionem eo nomine de peculio non haberem, aut eatenus haberem, quatenus ex re furtiva auctum peculium fuisset: tamen in proposito et retentionem me habiturum, et si omne peculium penes te sit, vel, (3) quasi plus debito solverim, posse me condicere. Secundum quae dicendum, (4) si nummos, quos servus iste mihi subripuerat, tu, ignorans furtivos esse, quasi peculiares ademeris, et consumseris, conditio eo nomine mihi adversus te competat, (5) quasi res mea ad te sine causa pervenerit.

Vendit Gajus Maevio servum cum peculio, servus, antequam tradatur, furtum facit Gajo, cum res subrepta interierit, quaeritur, quomodo consequatur Gajus id, quod servus furatus est?

Varie haec species ab Africano proponitur in ea lege, et prouti variat, varias quoque actiones instituere potest Gajus; scilicet: conditionem furtivam, indebiti, sine causa, utilem de

(1) Hal. lib. IX.

(2) Vulg. a me.

(3) *eo vel rectius abesse existimat Schulting. ad Pand., nisi sumatur pro etiam.*

(4) Hal. addit. est.

(5) Hal. *Conditionem e. n. m. a. t. competere. Vulg. conditio etc. competet.*

peculio furtivam, actionemque furti noxalem, de quibus omnibus agemus, si prius digito principia Instituti peculii apud Romanos tetigerimus, ut eo facilius intelligatur, non modo quid circa hanc materiam quoad nostram legem, sed etiam quid circa totam, quippe per universam fere Jurisprudentiam dispersam, juris sit.

Intelligitur nomen *peculii* praesertim quinque modis. 1.^o extenuandi causa, uti praediolum, viaticulum, (1) 2.^o significat id, quod praesidii causa seponitur, uti patresfamilias diligentes decet, aut res paraphernales mulieris, 3.^o quidquid filiusfamilias separatim a jure dominioque patris habet, unde nomina: peculium castrense, quasi castrense, profectitium, adventitium. Denique, quod servus domini permissa separatim a rationibus dominicis habet. (2) Quia hic tantum de *servi* peculio quaestio vertitur, solummodo in id nobis inquirendum est.

Servi autem peculium cum id complectitur, quod dominus servo concessit, tum quod is sua parsimonia paravit, vel officio meruit a quolibet sibi donari, nec non, quod quocumque alio modo, domino volente, acquisivit. Generaliter igitur in peculio dicitur esse, quidquid a domini rationibus est separatim; omnes autem res in eo possunt esse, (3) verum non est in peculio, quod dominus necessario servo praestare debet, quod servus inscio domino habet, neque quod subripuit, quod domino invito vel ex injusta causa servus habet. (4) Peculiam dicitur nasci, crescere, decrescere et mori. Nascitur, cum constituitur, scilicet a patrefamilias et domino, a possessore bonae fidei, a fructua-

(1) Vid. Brissonius in voc. «*Peculium*, discit Heinkecius o. l. p. 295. dicitur a *pecude*, in qua olim maximae veterum facultates consistebant.»

(2) Vid. l. 79. §. 1. Dig. de leg. 5. l. 9. §. 1. de jure dot., l. 51. §. 1. de donat., l. nit. pr. Cod. de inoffic. testam., l. 5. §. 4, l. 6. 7. pr. Dig. de peculio.

(3) Vid. l. 59. Dig. de pecul. l. 7. §. 4 et 6, l. 9. §. 1, l. 17. cod. l. 6. pr. Dig. de peculio leg. l. 5. Cod. de donat.

(4) Vid. l. 40. §. 1, l. 4. §. 2, l. 9. pr. Dig. eod.

rio atque usuario, (1) quo constituto tacite domini jus contrahendi servis permisisse intelliguntur, eum in finem ab illis datur, ut in eo servi negotientur. (2) Crescit, cum augetur, v. c. si alius pro servo solvat, quod is domino debet, aut dominus ei debitum remittat. Decrescit, cum minuitur v. gr. a domino, at potest etiam ignorante domino minui, si nempe servus delinquat adversus dominum. Quidquid denique servus ex quacumque causa domino debet, ipso jure minuit peculium, inde Justinianus §. 4. Inst. l. 4. t. 7. inquit: *cum autem quaeritur, quantum in peculio sit, ante deducitur, quicquid servus domino eive, qui in potestate ejus est, debet et quod superest, id solum peculium intelligitur.* Moritur i. e. evanescit, quum adimitur ab eo, qui constituit, (3) quod pro arbitrio facere potest.

Ad naturam peculii referri potest, illud servum venditum non sequi tanquam assessorium rem suam principalem, nisi expresse dictum sit, ideoque, utrum exceperit id venditor, necne, retinet peculium ipso jure, quam ob rem si res peculiaris servi furto ad emptorem pervenerit, condici potest et actione ad exhibendum peti. (4) Ex ratione peculii juridica sequitur obligatio et actio, obligatio, puta: naturalis. Servi autem, quum sint res, non personae ex civili obligatione non debent, neque iis debetur, *et cum eo verbo (nempe debere)*, ait Ulpianus in lege 40. Dig. de pecul. *abutimur, factum magis demonstramus, quam ad jus civile referimus obligationem.* Naturalis ergo obligatio est, quam contrahit servus cum extraneo dominoque, atque ex diverso et naturalis est obligatio, quam extraneus vel dominus contrahit cum servo. (5) Quarum naturalium obligationum effectus fuit, ut

(1) Vid. l. 12. Dig. quae in fraud. cred. l. 1. §. ult. l. 37. §. ult. Dig. de pecul.

(2) Vid. l. 1. §. 5. Dig. de acq. possess. et Vinnius Comm. ad Inst. p. 379. Averanius Interpr. J. l. 4. c. 25. n.º 11.

(3) Vid. l. 6. §. 5, l. 27. §. 1, l. 4. §. 1. Dig. dict. tit., l. 9. §. 1. de pecul. leg.

(4) Vid. l. 29 et 30. Dig. de contrah. emt.

(5) Vid. omnino Justi Meieri Jeli collegium Argentoratense ad. Tit. Pand. de peculio, p. 282. n.º 9.

Praetor ei, qui cum servo negotium gesserat, actionem de peculio dare solet, unde Edicti inscriptio in Tit. Dig. de peculio: *Quod cum eo, qui in alterius potestate esset, negotium gestum erit.* Tendit eo haec actio, ut quis ex servi contractu dominum, qui eidem peculium concessit, conveniat, ut, quatenus in peculio est, obligationi servi satisfaciatur. Est directa vel utilis, directa, quae ipsis Edicti verbis proponitur, utilis, quae verbis Edicti cessantibus Prudentum Interpretatione inducta est. (1) Non datur propter servi obligationem ex delicto, nisi in quantum locupletior factus sit dominus: praecipua enim ratio, quare teneatur dominus de peculio, in praesumpta permissione contrahendi servo, dato peculio, concessa, sita esse videtur. Datur a Praetore peculio tenus i. e. secundum peculii vires. Appellatur ab Interpretibus actio adjectitiae qualitatis, sicuti actio noxalis, (2) nam quot species contractuum sunt, tot sunt eo nomine actiones de peculio v. c. actio de peculio ex vendito, ex locato, etc.

Sufficiant haec de illa materia, ac si quis plura de peculio congesta scire cupiat, videat tum opus laud. Meieri et Ant. Fabri Rationalia ad Tit. Pand. de peculio.

Jam ad Africanum nos convertamus.

Servus, quia nondum Maevio traditus fuit, etiamnum cum suo peculio in Gaji dominio erat, quum illi furtum faceret. Rem quippe interitam non amplius persequi potest. Quum servus naturaliter se erga dominum ex delicto obligaverit, adversus eum dominus conditionem furtivam habet. Supra quum de peculio ageremus, vidimus ipso jure, quum servus adversus dominum delinquat, minui peculium, illud idem autem in casu dicendum videtur; ex causa enim furtivae conditionis debitor Gaji factus est servus, naturaliter se obligavit, non civiliter, quod summe notandum, nulla utique civilis obligatio existere potest inter dominum ac servum, qui in jure sicuti paterfamilias et filius

(1) Vid. l. pen. §. ult. Dig. de his, qui dej. vel eff., l. 22. Dig. de pign., l. 19. pr. Dig. de instit. act., l. 1. Cod. de precario.

(2) Vid. Heineccius, c. 1. §. 1228.

familias pro una persona habentur. Adversus se ipsum agere videretur dominus, sibi ipse deberet; servi peculium non aliter intelligitur, nisi deducto eo, quod debet domino, potest igitur Gajus tantum ex peculio ante traditionem deducere, quantum valet res a servo subrepta.

Nec refert, rem subreptam interiisse, factum enim illud naturalem servi obligationem nequam extinguere potest, quia fur semper est in mora, (1) et quod tradit Africanus, *ipso jure ob factum servi minutum esse peculium*, adeo verum est, ut Gajo, si per errorem, non deducto sive retento ex peculio eo, quod ei servus venditus ex conditionis furtivae causa deberet, emtori servum cum integro peculio tradiderit. *Condictio indebiti competet adversus Maevium, et si*, ait Africanus, *omne peculium penes te sit, vel quasi plus debito solverim, posse me condicere*, qua actione repetit Gajus, quod plus quam in peculio esset, quod ipso jure per servi furtum minutum erat, Maevio per errorem solvit.

Quid vero dicendum est, si servus post traditionem Gajo furtum fecerit? Distinguere videtur noster Jetus, utrum ex tota re vel tantum ejus parte servi peculium auctum sit, an vero nihil ex ea re versum sit in peculium. Si ex tota re auctum sit, Gajo utilis condictio furtiva de peculio competit, si tantum ex parte ejus, pro ea parte Gajus utili conditione furtiva de peculio agere potest, *eatenus haberem, quatenus ex re furtiva auctum peculium fuisset*, pro reliqua parte actione furti noxali, uti docet Ulpianus in lege 4. sup. Dig. de condict. furt. *Si servus, vel filiusfamilias furtum commiserit, condicendum est domino id, quod ad eum pervenit: in residuum noxae servum dominus dedere potest.*

Licet propter servi obligationem ex delicto quasive ex delicto non detur actio de peculio, tamen id exceptionem patitur eatenus, quatenus locupletior dominus ex eo delicto vel quasi ex delicto factus sit. Actione furti noxali petit is, cui servus damnum fecit, a quocumque ejus possessore, ut aut damnum passum resarciat, aut servum noxae det, i. e. laeso in satisfactionem

(1) Vid. l. 8. Dig. de cond. furt.

tradat. Est actio haec alternativa, domino enim damnato permit-
tetur aut litis aestimationem sufferre, aut ipsum hominem noxae
dedere, pr. Inst. de nox. fact.; si autem nihil ex re subrepta in
servi peculium versum sit, prorsus actio de peculio in emptorem
evanescit, competitque Gajo actio furti noxalis in integrum. (1)

Denique, si nummos v. c. servus Gajo subripuerat et hic ante
traditionem ex peculio eos nummos consulto non deduxerit, quia
forte putavit, se vindicatione utilive conditione furtiva de peculio
eos consequi posse et Maevius peculium, in quo etiam isti nummi
erant, servo ademerit, porro ignorans furtivos esse nummos con-
sumserit, poterit Gajus Maevium conditione sine causa experiri,
quasi, inquit Africanus, res mea ad te sine causa pervenerit.

Vindicatio nimirum Gajo haud competit, quia non amplius in
specie exstant nummi: conditio furtiva de peculio ei non compe-
tit, quia Maevius servo peculium ademit: indebiti conditio
haud competit, quia consulto, non per errorem nummos ante
traditionem ex peculio deduxit, qui error, ut satis notum est,
essentiale requisitum est, ut cum effectu indebiti conditio
institui possit: (2) actio noxalis denique non competit, quoniam
furtum fecit servus, quum etiamnum in Gaji dominio erat
actioque noxalis non aliter nisi in dominum institui potest, adeo
ut adversus se ipsum hanc actionem deberet instituere, quum
contra Maevium haud posset, qui tunc nondum dominus erat.

Lex 31. §. 2. Neratius. Lib. III. (3) *Membranarum.*

*Uterque nostrum eandem rem emit a non domino,
cum emitio, venditioque sine dolo malo fieret, tradi-*

(1) Vid. Cujac. ad h. l. Tom. 7. et ad Africanum, Tract. 8. ad
h. leg.

(2) Vid. §. 3. Inst. de oblig. quae quasi ex contr. nasc.

(3) Hal. lib. IV.

taque est: sive ab eodem emimus sive ab alio, atque alio, is ex nobis tuendus est, qui prior jus ejus adprehendit, (1) hoc est, cui primum tradita est; (2) si alter ex nobis a domino emisset, is omnimodo tuendus est.

Continentur hac §. tres species. 1^a est. Titius emit bona fide rem a *Cajo*, qui in conditione usucapiendi est, subripitur res Titio a fure, a quo forte postea *Cajus* eandem bona fide emit. Traditione a fure facta, pretioque soluto, *Cajus* vendit ac rite tradit eandem rem *Maevio*, qui etiam bona fide eam emit atque accipit: quaeritur, si postea Titius rem a *Maevio* petit, cui potius jus possessionis acquisitum sit, illi, cui priori, an huic, cui posteriori traditio a *Cajo* non domino facta est?

Altera est. Titius emit bona fide rem a *Cajo*, qui in conditione usucapiendi versatur, traditio fit pretiumque rite solvitur. Subripitur vero res Titio a fure, a quo postea *Pamphilus* illam bona fide emit. Traditio fit, pretium solvitur. Mox *Pamphilus* bona fide vendit ac tradit eandem rem *Maevio*, qui bona fide eam emit, accipit, pretiumque solvit: quaeritur, si Titius a *Maevio* rem petit, cui potius jus possessionis acquisitum sit, illi, cui priori a non domino *Cajo*, an isti, cui posteriori a non domino *Pamphilo* traditio facta est.

3^a est. Titius emit rem a *Cajo* domino; antequam vero traditio fiat, res subripitur *Cajo* a fure, a quo bona fide *Pamphilus* eam emit; traditione a fure facta, *Pamphilus* rem bona fide vendit et tradit *Maevio*, qui etiam in bona fide versatur; deinde *Cajus*, re vindicata, *Titio* eam tradit: quaeritur, an nihilominus dominium acquisierit Titius, quamvis ei posteriori, *Maevio* vero priori traditio rei facta sit.

Hae autem sunt tres quaestiones a *Neratio* in hacce paucis verbis concepta §. eleganti ratione propositae, quibus, quo

(1) Hal. *adpraehendit*.

(2) Hal. et Vulg. praefigunt: *sed*.

melius intelligantur, nobis concedatur quaedam de actione Publiciana praemittere, quippe quae hic actio, de qua principaliter agitur.

Aperti juris est, eum, qui rei suae possessionem amisit, eam apud quemcumque possessorem posse vindicare, instituenda actione in rem civili seu rei vindicatione, qua agit dominus adversus quemvis rei possessorem, ad illam cum omni causa, fructibus, accessionibusque restituendam. Jure Romano cujusque actionis singularis probandi ratio propria erat, adeo, ut in vindicatione requireretur, ut dominus suam rem vindicans jus domini probaret in eam, quod perquam difficile probatu erat. Primum autem domino onus incubuit probandi, se rem bona fide atque ex justo titulo acquisivisse, deinde probare tenebatur auctorem, nisi jam usucapione dominus rei factus esset, a quo rem consecutus erat, vere fuisse ejus dominum tempore, quo alienavit. Enimvero probatio perquam difficilis erit. Saepissime enim actores, quamquam vere domini, in ejusmodi juris domini probatione deficiebant, civili in rem actione succumbebant reque familiari iniique privabantur. Quocirca huic juris rigori Publiciana quidam Praetor aequitate motus consuluit, concessa dominis in Edicto suo alia in rem actione, quae postea ab eo Publiciana dicta est. (1)

Duplex est, utraque nititur Praetoris fictione, alia, qua fingit Praetor usucaptum non esse id, quod revera usucaptum fuit, e. gr. possidet Titius rem Maevii, qui, quum in itinere, quod rei publicae causa debuit facere in hostium potestatem ceciderit: jam adversus Titium ad rem recuperandam non poterat agere, ut interim hic usucapiat rem, et ob eam usucapionem Maevio subvenit Praetor actione Publiciana, qua, fingendo, Titium nondum usucepisse, quamvis usuceperit, rescindit usucapionem, quum alioquin Maevius dominio suo invitus destitueretur. Eo casu actio Publiciana rescissoria dicitur. (2)

Alia est, qua Praetor fingit, usucaptum jam esse illud, cujus

(1) Vid. lex. 1. pr. Dig. de act. Publ.

(2) Vid. Vinnius. ad t. de act. p. 521 et §. 6. Inst. eod.

tamen usucapio nondum impleta est. (1) Qua actione quis rem, cujus possessionem ex justo titulo et per traditionem a non domino factam bona fide nactus erat, casu vero amiserat, antequam usucepisset, (si enim usuceperit, domino non amplius necesse est probare jus dominii sui auctoris, sed dominium, quod ipse consecutus est usucapione eoque casu civiliter agere potest.) recuperat a quovis jure debiliori possidente. (2)

Quod autem in hac actione Praetor fingit, veri domini ratione iniquissimum foret; quum vero fiat ratione jure debiliori possidentis contra acqussimum est. Per eam enim sublevatur onus illud probandi dominis vel bonae fidei possessoribus, putantibus, se dominos factos per justum titulum traditionemque, in vindicatione impositum. (3)

Proinde si dominus in dominii probatione deficiat rem civili actione repetens, tueri se potest actione Publiciana, in qua non requiritur, ut possessor probet eum, a quo rem possidet, revera dominum fuisse, quum alienavit, verum tantum se ex justo titulo rem traditam bona fide accepisse; actor tum per eam actionem non dominium, sed solum civilem rei possessionem consequitur, quam hoc vel illo casu amiserat. Civilem, inquam, possessionem i. e. talem, quae ad usucapiendam rem idonea est; distinguitur enim a Jctis Romanis, inter jus possidendi, jus possessionis, et possessionem naturalem seu detentionem. Jus possidendi habent domini, jus possessionis bonae fidei possessores; detentionem habent, qui possident sine ullo titulo, sed possident pro possessore. (4)

Quare, si quis rem a non domino bona fide ex justo titulo et subsecuta traditione consequatur, acquirit et jus possidendi et possessionem ipsam; si possessionem amittat propterea jus possidendi non amittit, etenim apud eum in cujuslibet manus res veniat, jus illud remanet, quamvis detentione careat. (5)

(1) Vid. §. 4. Inst. eod.

(2) Vid. l. 1. Dig. de Publ. act.

(3) Vid. Mühlenbruch, Doctr. Pand. lib. 2. §. 275, in f.

(4) Vid. inprimis von Savigny. Recht des Besizes, p. 98 et 99.

(5) Recte id observat Voet, tit. de Publ. act. n.º 2.

Unde ergo sequitur, sicuti dominum, quia rei detentionem amisit, hanc ob causam non jure domini, ita et bonae fidei possessorem, si naturalem rei possessionem amisit, idcirco possessionis jure non excidisse videri.

Deinde datur haec actio a Praetore (1) possessori adversus eum, qui jure debiliore rem possidet, aut possidet pro possessore dolove malo possidere desiit, haud vero adversus eum, qui aequali jure possidet; aequitas enim Praetoris sic summa iniquitas foret, si concederet uni actionem Publicianam ad recuperandam possessionem, in quam alteri par jus esset. Quid autem in casu, quo uterque non dominus sed possessor aequali jure rem possidet, juris sit, docet Neratius, ad quem, cum haec pauca de Publiciana actione sufficiant, jam nos convertemus.

Emtione venditione inter Titium et Cajum bona fide contracta, factaque traditione, Titio dominium rei non acquisitum fuit, quia traditio facta est a non domino, sed solum jus possessionis. Emtione venditione inter Maevium et Cajum bona fide contracta, factaque traditione, Maevio aequè minus propter eandem rationem jus domini, tantum vero jus possessionis quaesitum est.

Utilitas possidendi civiliter rem in eo consistit, quod possessori jus est omnes rei fructus percipiendi atque ipsam rem usucapiendi per continuationem possessionis temporis lege definiti. (2) Quum vero uterque Titius et Maevius civiliter possideat, uterque tamen non aequo jure possidet. Maevius, cui posteriori res tradita est, praeterquam quod civiliter possidet, naturaliter quoque possidet, i. e. detentionem rei etiam habet. Titius per furtum naturalem rei possessionem amisit, retinuit vero juridicam, et quum supra videremus, eum, qui jus possessionis habet, rem

(1) *Judicium dabo* ita in Edicto proponitur ab eo: Scilicet promittit se judicem daturum atque eum instructurum esse ad litis contestationem decidendam, non ut ipse judicaret. « Das Wesen der actio, sic von Savigny o. l. p. 446. §. 54, « bestand darin, dass der Prätor für die » Falle derselben schon im Edict ankündigte, nicht dass er selbst etwas » thun, sondern dass er einen *Judex* zur entscheidung bestellen und » instruiren wolle (*judicem dabo*).

(2) Vid. von Savigny, p. 14.

eam si amiserit, posse recuperare instituenda actione Publiciana contra eum, qui debiliore jure possidet; jam quaeritur, an in specie prima ac secunda a Neratio proposita Titius Maevium illa actione possit experiri, quippe talem possessorem, qui debiliore jure possidet rem venditam. Afirmat Neratius Proculejanorum doctrinam secutus, scilicet: Titium, quamvis per se verissimum sit, Maevium ex justo emtionis titulo et traditione bona fide accepta etiam jus civile possessionis acquisivisse, potiore tamen in hoc jure esse, quod Titio priori traditio facta est, Maevio vero posteriori. Uti dominus fit traditione, qui a domino justo titulo emit, ita qui a non domino bona fide justo titulo emit, traditione possessor fit. (1) Uti dominium semel traditione quaesitum sine domini voluntate in alterum transire nequit, ita et jus possessionis semel traditione quaesitum in alium sine possessoris voluntate transire non potest. Actio nimirum Publiciana ad vindicationis exemplum introducta est, (2) et quum secundum doctrinam supra a nobis expositam, nemo, quia naturalem rei possessionem amisit, dici possit hanc ob causam etiam juridicam seu civilem possessionem amisisse, hinc Titius, etsi detineat rem Maevius, dicendus est jus possessionis nihilominus retinuisse, quamvis etiam Maevius in eandem rem jus possessionis consecutus sit. Titius igitur suum possessionis jus retinuit eique priori, Maevio vero posteriori traditio facta est, potior traditionis tempore, etiam potior in jure factus est possessor, ut Publicianam actionem adversus Maevium quippe debiliore jure possidentem, i. e. rem usucapere non valentem (3) instituere possit.

(1) «Wenn daher, ait Glück, o. l. ad lit. de Publ. in rem act. p. 358. » seqq. §. 598, zweyen nach einander die nämliche Sache verkauft und » übergeben ist, und zwar beide von demselben nicht Eigenthümer die » Sache bona fide erhalten haben, so muss der spätere Besitzer demjen- » gen weichen, welchen die Sache zuerst tradirt wurde. Denn der Ver- » käufer, der hier nicht Eigenthümer war, konnte nur auf den ersten » Käufer die conditio usucipiendi transfereiren. Mit diesem traditions- » factum hatte demnach alles von seiner Seite übertragbare Usucapiens- » recht ein Ende.»

(2) Vid. l. 7. §. 8. Dig. de Publ. act.

(3) Vid. Bachovius de action. Disp. 5. Th. 21. Glück. l. 1.

Idem juris esse placet Neratio in specie, qua Titius et Maevius a diversis non dominis eandem rem emisse proponuntur. (1) Tertia species explicatione fere non indiget, quoniam per se patet, Maevium, etsi ei priori res tradita sit, tamen non talem hujusce traditionis effectum fuisse, ut dominium in illum translatum sit, quum fieret a non domino. E contrario traditionis Titio factae effectus fuit, ut dominium statim in eum transiret. Maevius potior quidem est possessione civili, attamen id haud prodest ei, quoniam actio Publiciana non datur nisi adversus eum, qui debiliore jure possidet, Titius nimirum non solum non possidet debiliore jure, sed praeterea quoque dominus est, atqui adversus eum dicta actio haud competit.

Exposuimus jam Neratii sententiam de quaestione utri possessorum, si a diversis non dominis eandem rem emerunt, possessionis praerogativa in judicio de Publiciana actione danda sit, gravis vero inter scriptores, qui Juri Romano operam dederunt, quaestio est, num Juliani sententia in lege 9. §. 4. Dig. de Publ. act. Neratianae obstet. « Si duobus, ait Ulpianus, quis separatim » vendiderit bona fide ementibus, videamus, quis magis Publiciana uti possit: utrum is, cui priori res tradita est, an is, qui » tantum *emit*. Et Julianus lib. 7. digestorum scripsit, ut si quidem » ab eodem non domino emerint, potior sit, cui priori res tradita » est: quod si a diversis non dominis, melior sit causa possidentis, » quam *petentis*: quae sententia vera est. »

Si sensus verborum Juliani rite spectetur, tum in Pandectis antinomia exstare videtur. Neratius censet illum, cui priori res tradita est, in possessione potiozem esse, Julianus vero, distinctione facta inter venditionem ab eodem non domino atque a diversis non dominis, admittit Neratii sententiam, si ab eodem non domino rem emerint uterque emtor, non admittit, si a diversis emerint, statuens porro nihil referre, cui priori posteriorive res tradita sit, causamque in hoc casu utriusque parem esse atque in pari causa meliorem esse possidentis, quam petentis conditionem.

(1) Vid. Pothier, Traité du droit de domaine de propriété, n.º 526
seqq.

Quae sententia, ait Ulpianus, vera videtur. Sed videamus, quid Juris Interpretes ea de re sentiant. Cujacius (1) in eo diversam opinionem quaerit, quod Neratius et Julianus fuere ex diversa schola, illum nempe fuisse Proculejanum, hunc Sabinianum. Alio loco (2) concedit Ulpiano, veriorum Juliani sententiam videri. «Nam, inquit, ubi suum quisque venditorem habet, par est utriusque emtoris causa, et in sua quisque emtione et possessione intelligitur esse prior, qui posteriorem vel anteriorem nullum habet, qui emerit ab eodem. At dispar causa est, si ab eodem rem emerint separatim et acceperint, quia in re emenda et accipienda alter altero prior sit necesse est, quae distinctio summe notanda est.» (3)

Longe vero aliam sententiam tuetur Schulting, (4) qui distinguit in utraque lege utrum emtores, qui a diversis non dominis emerunt, agant inter se invicem actione Publiciana, an vero adversus tertium possessorem sive extraneum, priori casu Juliani sententiam valere, posteriori valere Neratianam, adeo ut utriusque legis, quum eo sensu accipiuntur, proinde optime inter se convenire possint. (5) Contra Pothier, (6) non admittit illam interpretum distinctionem putans utriusque legis speciem eandem esse, puta: in utraque ex duobus bonae fidei emtoribus alterum, qui ex possessione excidit, adversus alterum possessorem agere. (7) Gluckius autem l. l. quaerit, an modo memorata interpretum distinctio admittenda sit, videmus, sic Ulpianus, quis magis

(1) Ad h. §. Tom. 7 et in libro Observ. 18, 31.

(2) In lib. 7. Juliani Dig. ad legem 9. §. 4. Tom. 6.

(3) Idem prorsus sentit Noodt. o. l. Tit. de Publ. act. §. sequitur adversus, qui auctor ibi in verba magistri jurans invenitur.

(4) Notae ad Pand. ad h. l.

(5) Ita et alii Juris Interpretes distinguunt, veluti Huberus ad Pand. Tit. de act. Publ. §. 5. Bachovius de act. Disput. 3. n.º 22, et adversus Fabrum Dec. 86. Error. 7. Vinnius. o. l. de act. n.º 8. p. 319.

(6) Pand. Justinianae ad tit. de Publ. act. in not.

(7) Add. Faber de Error. pragm. Dec. 24. Error. 10. Num. 15 et Dec. 86. Error. 7. ubi in §. nostro pro jus ejus legit justius. Refutatur a Bachovio. Adv. Fab. Dec. 86. Error. 7.

Publiciana uti possit. Et putat non admitti eam posse: «Allein aus dem Schlussworten unserer Stelle: *melior causa sit possidentis, quam petentis*, ergibt sich unwidersprechlich, dass von einem Streite zwischen den beiden Kaufern selbst in betreff der Hauptsache die frage sey, wo der ehemalige Besitzer wieder den gegenwärtigen mit der Publiciane auftritt etc.» Caeterum complurium interpretum refert sententias, quas omittere lubet, quum in laudandis sententiis satietatem vitare volumus.

Quod si quis quaerat forte, quid nos de hac antinomia sentiamus, tum, ingenue prae nobis ferimus, dubitamus judicare de quaestione adeo gravissima, adeo ab omnibus omnino interpretibus tentata. Haec vero nobiscum agitans, nobis ipsi respondimus, tantum valere opiniones doctissimorum quoque virorum, quantum rationes ab ipsis allegatas, deinde suam quemque sententiam de aliqua quaestione haud reticere, utcumque forte ab aliis inveniatur, quam maxime disciplinarum doctrinarumque omnium cultui bono utile esse.

1.º Contendimus, Gluckio assentiendum esse, distinctionem inter actionem adversus extraneum institutam atque inter emtores ipsos arbitrariam videri, quoniam ex verbis Ulpiani *videamus, quis magis Publiciana uti possit*, prorsus contraria est.

2.º Propter Ulpiani verba in lege 9. §. 4. Dig. de Publ. act. «an is qui tantum emit,» non certo constare, quaestionem in laudata lege esse de Publiciana actione, quod ei, qui tantum emit, jus possessionis civilis non acquisitum est, deficiente traditione. Unde sequitur, inter illum emtorem, qui justo titulo secutaque traditione possidendi jus quaesivit et eum, qui tantum jus exigendi rem a venditore habet, Publicianam actionem admitti non posse, quae datur possessori adversus possessorem jure debiliore possidentem. Jus possessionis hujus actionis fundamentum est, ac imitatur vindicationis naturam. (1)

3.º Distinctionem Juliani inter emtionem venditionem ab eodem non domino atque a diversis non dominis inutilem esse quia jus possessionis non nascitur ex persona venditoris, sed ex

(1) VI. l. 7. §. 8. Dig. de Publ. in rem act.

contractu cum eo inito et secuta traditione; et quamvis verum sit, emtores, si a diversis non dominis emerint, in sua quemque emtione priorem esse ac suum quemque venditorem habere, id tamen non efficit, ut etiam in suo quisque jure possessionis prior sit, quia eadem res utriusque contractus emtionis objectum fuit et proinde is, cui posteriori res tradita est, non allegare potest, mercis ejusdem traditionem alii emtori priori factam, sibi res inter alios esse, quamobrem consentimus Voetio (1) dicenti: *«sive possidens reus et non possidens actor ab eodem non domino rem nacti fuerint, sive a diversis, cum illa diversitas non plus aut minus juris praestet possidenti, aut possessionis praerogativas in actione Publiciana tollere queat vel diminuere: quod et a Neratio observatum in lege 31. §. ult. ff. emt. vend.»*

Praeterea jus possessionis ad exemplum dominii considerandum est, si v. c. priori Cajo vendita sit res, et posteriori Titio, tum nihilominus Titio, si ei priori traditio facta sit, eo ipso dominium acquisitum est, etsi ei posteriori res vendita sit; quod si postea tradatur Cajo, propterea ei non acquiritur dominium, quippe Titio traditione semel acquisitum apud eum remanet. Idemque de possessione dicendum est. Si a diversis non dominis emerint, in sua quemque emtione priorem esse, hoc concedi potest, minime vero in sua quemque possessione etiam priorem esse, quum semel uni traditione jus possessionis acquisitum alteri pari jure acquiri non possit traditione postea facta. «Id quod nostrum est, ait Pomponius in lege 11. Dig. de reg. jur. sine facto nostro ad alium transferri non potest.»

Placet igitur nobis Proculejanorum doctrina in ea specie, displicet vero Sabinianorum; illi enim rem considerant et ex simplici sanoque juris systemate et ex aequitate, hi contra, juris consonantiam dirimunt et juris rigorem constituunt volentes scilicet, ejus qui fortuna fautus possessionem tam civilem quam naturalem habet rei, meliorem conditionem esse quam ejus, qui casu fortuito infeliciter rem amisit.

(1) o. 1. Tit. de Publ. act. n.º 6.

Priusquam autem huic §. finem faciamus, pauca monere lubet de verbis nostri Jureconsulti *sine dolo malo*.

Nimirum quaeri potest, quomodo dicta verba cum Pomponii verbis in §. 4. l. 16. Dig. de minoribus concilianda sint. Locus sic audit: « In pretio emtionis venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire. » Quid! alius Jureconsultus existimat, recte sese habere emtionem venditionem, si generaliter dolus absit, alius, quamvis in pretio adsit. Sed res simplex est. Est enim hoc loco doli *boni*, qui dicitur in lege l. §. 3. Dig. de dolo malo, ratio, defenditurque aliis legibus scil. l. 19. pr. Dig. de Aed. Edicto. §. 3 eod. l. 37. Dig. de dolo mal. (1) l. 43 pr. Dig. de contrah. emt. l. 15. §. 1. Dig. cod. l. 1. in f. Dig. de act. emt. cf. Ampl. F. A. van Hall in disput. de dolo a. 1812 defensa. Ne vero quis putet, verba Pomponii eo sensu accipienda esse, quasi admittant laesionem enormem in pretio, — minime, nam tum statim dolus bonus fieret dolus malus; *naturaliter* licet contrahentibus sese invicem in pretio circumvenire i. e. secundum usum commercii: *apud omnes gentes, ex jure gentium*, ait Gothofredus in not. ad vocabulum illud *naturaliter* in dictam Pomponii legem. Numquam fere esset aliqua emtio venditio dolo malo *expers*, si hujusmodi circumventiones in pretio non admittebantur. Emor enim non aliter ad contractum ineundum adduci potest, nisi spe viliori pretio comparandi mercem, venditor non aliter, nisi spe cariori distrahendi. (2) Leges non valent prohibere tales circumventiones in commercio, nam prohibendo tollerent causam moventem contractus, atqui ipsum contractum. At si appareat, emtorem vel venditorem ultra modum in pretio deceptum esse, bona fides non patitur, praesumere, emtorem vel venditorem in tale damnum consentire voluisse, rescindetur contractus ex regula aequitatis naturalis: nemo cum damno alterius locupletior fieri potest. (3)

(1) Ubi verba *ad finem improbum* videntur esse addenda.

(2) Quod Plautus Pers. 4, 4, sic exprimit. *Sa. vin' bene emere? Do. vin' tu pulchre vendere? To. Ego scio hercle utrumque velle.*

(3) Vid. l. 2. Cod. de rescind. vend. et Noodt, ad tit. de rescind. vend. versu *hactenus de errore*....

His praemissis, ex Neratii verbis *sine dolo malo* probari potest, exstare etiam aliud genus doli nempe *boni*, alioquin Jureconsultus scripsisset simpliciter *sine dolo*.

Dolus, vocabulum Grammaticis est anceps, in bonam ac malam partem accipiendum. Dolus dicitur solertia, Belgice *slimheid*, *veinzerij*. Dolus malus est solertia, quae omnem bonam fidem pervertit. Dolus bonus est solertia, quae ad honestum scopum ducit. (1)

Haec sufficiant: cupienti plura scire de dolo *bono*, exstat ea de re disputatio in collectione vernacula, quae dicitur *Themis* aⁱ. 1847 p. 370. seqq.

Lex 45. Paulus. Lib. V. Quaestionum.

Titius, cum decederet, Sejae, Stichum, Pamphilum, Arescusam, (2) per fideicommissum relinquit, (3) ejusque fidei commisit, UT OMNES AD LIBERTATEM POST ANNUM PERDUCERET: cum legataria fideicommissum ad se pertinere noluisset, nec tamen heredem a sua petitione liberasset, heres eadem mancipia Sempronio vendidit, nulla commemoratione fideicommissae (4) libertatis facta: emtor, cum pluribus annis mancipia suprascripta sibi servissent, Arescusam manumisit: (et) (5) cum caeteri quoque

(1) Belgice handigheid, politiek.

(2) Vulg. *Arthusam*.

(3) Flor. *n* est expuncta, et ita Hal. et omnes.

(4) Vulg. *fidei commissariae*, et paulo post: *fidei commissariam pro fidei commissam*.

(5) et apud Hal. abest.

servi cognita voluntate defuncti, fideicommissam libertatem petiissent, et heredem ad Praetorem perduxissent, jussu Praetoris, ab herede sunt manumissi: Arescusa quoque, nolle se emtorem patronum habere, responderat: cum emtor pretium a venditore, empti judicio, Arescusae quoque nomine repeteret, lectum est responsum Domitii Ulpiani, (1) quo continebatur, Arescusam pertinere ad rescriptum sacrarum Constitutionum, si nollet emtorem patronum habere; emtorem tamen nihil posse post manumissionem a venditore consequi. Ego cum (2) meminissem et Julianum in ea sententia esse, ut existimaret, post manumissionem quoque emti actionem durare, quaero, quae sententia vera est? (3) Illud etiam in eadem cognitione nomine emtoris desiderabatur, ut sumtus, quos in unum ex his, quem erudierat, fecerat, ei restituerentur. † Item (4) quaero, Arescusa, quae recusavit emtorem patronum (habere), (5) cujus sit liberta constitua: (6) an possit vel legatariam, quae non (7) liberavit, vel heredem patronum habere: nam (8) caeteri duo ab herede manumissi sunt? Respondi, semper probavi Juliani sententiam putantis (manumissione non amittitur eo modo). † (9)

(1) Vulg. lectum est in auditorio Domitii Ulpiani responsum.

(2) Hal. tum memini Julianum.

(3) Hal. sit.

(4) Taur. iDem.

(5) Apud Hal. habere abest.

(6) Hal. praefigit et.

(7) Gothofred. in not. quae eam non liberavit.

(8) Hal. cum loco: nam.

(9) Hal. putantis manumissione ex empto actionem eo modo non amitti. Brenem. notat, delendum esse *eo modo* in *admittitur* et legi:

De SUMPTIBUS vero, quos in erudiendum (1) hominem emptor fecit, videndum est: nam empti iudicium ad eam quoque speciem sufficere existimo; non enim pretium continet tantum, sed omne quod interest emtoris, servum non evinci. Plane, si in tantum pretium excedisse (2) proponas, ut non sit cogitatum a venditore de tanta summa; veluti si ponas agitatorum postea factum, vel pantomimum, evictum esse eum qui minimo venit pretio: iniquum videtur, in (3) magnam quantitatem obligari venditorem.

Lex 44. Africanus. Lib. VIII. (4) Quaestionum.

Cum (et) (5) forte idem mediocrium facultatum sit, (et) non ultra duplum periculum subire eum oportet.

manumissione non admitti eo modo, videlicet: actionem emti, quod e praecedentibus repetendum. S. Cruc. nimium distans a Flor. manumissionem non amitti eo modo. Barb. manumissionem non adimi eo modo. Vat. III. habet ita: manumissionem non admitti eo modo. Pal. II. III. manumissionem non adimi emti actionem. Pal. I. manumissionem non amitti empti actionem eo modo. Similiter Vatic. IV. nisi quod pro: amitti, habeat: admitti. In Bynkersh. manumissione non admitti eo modo actionem ex empto, et pro: admitti, repositum; adimi. Otob. manumissione actionem eo modo non amitti, ubi supra: actionem, scriptum: sc. ex emto. Vat. II. post manumissionem non adimi eo modo. Taurinens. III. per manumissionem non admitti empti actionem.

(1) Hal. in erudiendo hominem.

(2) Gothofr. in not. excessisse. Ita Hal. et omnes.

(3) Vulg. inserit: tam.

(4) Hal. lib. V.

(5) Apud Hal. et hic et paulo post et abest.

Lex 45. Paulus. Lib. V. Quaestionum.

Idque (et) (1) Julianum agitasse Africanus refert. quod justum est: sicut (2) minuitur praestatio, si servus deterior apud emptorem effectus sit, cum evincitur. §. 1. Illud expeditius videbatur, si mihi alienam aream vendideris, et in eam ego aedificavero, atque ita eam dominus evincit: (3) nam, quia (4) possum petentem (dominum), (5) nisi impensam aedificiorum solvat, doli mali exceptione summovere, magis est, ut ea res ad periculum venditoris non pertineat. Quod et in servo dicendum est, si in servitute, non in libertatem evinceretur: (6) ut dominus mercedes et impensas (7) praestare debeat. Quod si emptor non possideat aedificium vel servum, ex empto habebit actionem. In omnibus tamen his casibus, si sciens quis alienum vendiderit, omnimodo (8) teneri debet. §. 2. Superest TERTIA DELIBERATIO, cujus debet (9) esse liberta Arescusa, quae recusat emptorem? Et non sine ratione dicitur, ejus debere effici libertam, a quo vendita est, (id est heredis), (10) quia et ipse ex empto actione tenetur. Sed hoc ita, si non Arescusa elegerit emptoris patronatum: tunc etenim (11)

(1) Apud Hal. et abest.

(2) Hal. inserit: et.

(3) Hal. evincat.

(4) Hal. quum, loco: quia.

(5) Apud Hal. dominum abest.

(6) Hal. in servitute, non in libertate evincatur.

(7) Hal. mercedis impensas.

(8) Hal. omnino.

(9) Hal. debeat.

(10) Apud Hal. id est heredis abest.

(11) Hal. enim.

et illius remanet liberta, et ille ex emto actionem non habet, quia nihil ejus interest, cum eam libertam (1) habet.

Tribus hisce legibus agitur de venditione servorum, quibus fideicommissaria libertas debetur, item de sumtibus ab emtore factis, cui res evincitur. Continentur in iisdem tres inter se conjunctae quaestiones, ortae ex una eademque specie in lege 43 proposita, quae haec est.

L. Titius testamento suo Sejae tres servos Stichum, Pamphilum et Arescusa legavit et Sejam rogavit, ut omnes post annum manumitteret. Seja legato se abstinuit, heredem tamen obligatione praestandi ex testamento legatum non liberat. Postea *vendit heres servos Sempronio*, reticens, illis fideicommissariam libertatem deberi. *Sempronius*, postquam sibi mancipia pluribus annis servierant, sponte ex his *manumittit Arescusa*. Post hanc manumissionem *Stichus et Pamphilus*, cognita L. Titii voluntate, *ab herede libertatem petunt* atque eum ad Praetorem fideicommissarium perducunt. *Jubetur heres a Praetore servos manumittere ac proinde redimit Stichum et Pamphilum a Sempronio* iisque libertatem praestat. *Arescusa* vero, quum cognoverat etiam sibi ex L. Titii voluntate competere libertatem, *respondet in jure se nolle Semproniam*, a quo manumissa est, *patronum habere*.

Quaeritur:

1.º An emtori Sempronio evicti juris patronatus nomine adversus heredem actio emti competat ad recuperandum pretium, quod pro Arescusa numeravit?

2.º An Sempronius, si ei actio emti ad pretium pro Arescusa solum recuperandum competat, eadem actione repetere possit sumtus, quos in erudiendam Arescusa fecit?

3.º Cujusnam Arescusa liberta esse debeat, an Sempronii, qui eam emerat ultroque manumisit, an heredis, qui eam ven-

(1) Hal. *liberam habeat*.

didit, an demum Sejae, quae legatum ad se pertinere noluit.

Quamvis in casu principaliter quaeratur de actione emti, nobis tamen, quum e re sit scire, quam ex causa teneatur heres manumittere servos, quos L. Titius rogavit Sejam post annum ad libertatem perducere, disputaturis deinceps de tribus quaestionibus, placet antequam ad primam accedamus, quaedam super hac admodum difficili re pro nostris viribus praemittere.

Finge, testatorem ita in testamento scripsisse: *Heres meus damnas esto Sejae, Stichum, Pamphilum et Arescusam meos servos dare. A te Seja! rogo fideique tuae committo illa mancipia post annum omnia ad libertatem perducas?*

Apparet, heredem Sejae legatum debere, fideique Sejae servorum libertatem commissam esse. Sed sequitur inde Sejam, quoniam a testatore rogata est, teneri ex fideicommisso servis praestare libertatem, quamvis nolit legatum ad se pertinere, cum *legataria*, sic Paulus in l. 43. *fidei commissum ad se pertinere noluisse?* Quo spectant haec verba Pauli? An ex his effici potest, Sejam legatum repudiasse i. e. respondisse ad Praetoris sellam se nolle legatariam esse? Ponamus, Sejam legatum repudiasse, num sicuti jure communi heredi cedit pure i. e. sine libertatis onere fideicommissariae, an vero remanet cum onere apud heredem, sequiturque, si ab illo alienatur, possessorem cum sua causa? At, quum repudiatione heres liberetur ab obligatione erga legatariam praestandi legatum ex testamento, quomodo servi, qui a Seja petentes libertatem repelluntur exceptione: *repudiavi legatum, atqui non teneor vos manumittere*, ad hanc libertatem pervenient? Heres excipiet: *repudiatione a Seja facta, legatum pure ad me transit, qua ex re non teneor vobis libertatem dare.*

Nonne ita debita servis libertas plane intercidit? Nonne potius propter verba sequentia in lege 43, *nec tamen heredem a sua petitione liberasset*, patet, in nostra specie Sejam non repudiasse, sed illi displicuisse legatum ob onus libertatis praestandae post annum impositum, ut propter usum per unum tantum annum servorum noluerit legatum ad se pertinere? Abstinit eo, nec tamen ad perficiendam defuncti voluntatem heredem liberavit; v. c. acceptatione i. e. deducta actione ex testamento in stipula-

tionem Aquilianam, aut pacto de non petendo legatum inter Sejam heredemque interposito; acceptilatione ipso jure liberatus esset heres, pacto ope exceptionis.

Quum hae quaestiones motae nobis revera curae essent, sedulo Cujacii scripta huc spectantia indagavimus, at semper fere auctorem invenimus in sententia sibi ipsum non constantem. Videamus.

Cujacius (1) censet, verba: *quum nollet ad se fidei commissum pertinere*, significare Sejam repudiasse legatum et perperam a juris interpretibus *repudiare et nolle ad se legatum vel hereditatem pertinere*, separari, negat heredem repudiatione liberatam esse, repudiavit quidem Seja legatum, tamen inde non praesumi potest liberasse heredem a sua petitione; repudiationem, putat, esse rem, quae cum herede non geritur, fieri sine herede, nullo cum herede ea de re sermone habito, servos relictos a Seja remanere, *apud heredem cum onere fideicommissariae libertatis*, heredemque illis teneri eam praestare. Ita sentit noster auctor locis supra laud. Sed in Tract. 8. ad Africanum p. 1474. Tom. I. dubitare videtur, an in proposita specie Seja habenda sit repudiasse, « *Et in hac lege, ait, legatarium legato se abstinuisse, non autem repudiasse, nam repudiatione ipso jure amisisset actiones.* »

Eodem loco legimus: « *Et quamvis ab herede non esset relicta libertas, sed a legatario, quia tamen REPUDIANTE legatario apud eum remanserant, cum suo onere redempti sunt.* » Alio loco rursus (2) auctorem invenimus invehentem in quendam juris interpretem Bartolum, qui, posito, repudiationem servi valere, subjicit, servum remanere cum onere fideicommissariae libertatis et cogi heredem praestare libertatem. Existimat Cujacius hoc falsissimum esse, si id Bartolo concedatur, « nam: inquit, legatum, quod repudiatur apud heredem remanet SINE onere fideicommissariae libertatis. » Item, sic pergit, intelligitur ex hoc, eum, qui repudiat legatum, cui est onus adjunctum fideicommissi, fideicommissario, vel ei, cui fideicommissarius voluerit, cogi actiones suas cedere, i. e. actiones legari,

(1) Comm. ad h. l. Tom. 7. p. 807. et in lib. 5. Quaestionum Pauli p. 1000. Tom. 5. et Tractat. 8. ad Africanum p. 1474. Tom. I.

(2) Tom. 7. ad Tit. de legat. 2. p. 1094.

ne pereat fideicommissum a legatario relictum, nisi legatarius cesserit suas actiones fideicommissario. Esset autem haec cessio inutilis, si fideicommissi persecutio adversus heredem remaneret, sed quoniam non competit adversus heredem fideicommissi persecutio, necesse est, fideicommissario competere remedium cessionis. Hinc apparet, legatum, quod repudiatur, heredi cedere *sine onere* et fideicommissum non conservari *sine onere*.» (1)

Sic autem versamur in magna sententiarum verborumque copia, quae inter se nequaquam cohaerent; nam, modo dicit Cujacius, Sejam repudiasse legatum, modo contra se abstinuisse eo, modo contendit, repudiatione a Seja facta, heredem liberari obligatione erga illum praestandi ex testamento legatum, modo non liberari, quia res est, quae sine herede geritur et liberationem non repudiatione, sed acceptilatione aut pacto de non petendo fieri posse, rursus repudiatione amittere legatarium suas actiones. Porro putat teneri heredem ex fideicommissio ad praestandam servis libertatem, quia apud eum a legataria relictus sunt. Contra, persecutionem adversus heredem non competere. Modo legatum remanere apud heredem *cum onere*, modo vero contra, remanere *sine onere*. Semper Auctor dubitat et opinionem uno loco defensam alio loco per alteram impugnat, nunquam sibi constat, tradit confusionem sententiarum diversarum, quas vix extricare possumus.

Diu nobiscum agitavimus, quomodo recte quaestionem propositam solveremus, et quoniam frustra Juris Romani scriptores consulimus, quid juris ea in re statuendum esset, titulum Dig. qui est de fideicommissariis libertatibus, adeundum duximus.

Lex XII tabularum patrifamilias concedit facultatem dandi servis libertatem, diciturque illa libertas directa. Hi servi patronum habent defunctum, unde vocantur liberti orcini, quasi nullum patronum nisi in Orco habeant. (2) Tales servi ipso jure ex testamento liberi, sed servi, quibus ex fideicommissio libertas

(1) Legatum apud heredem sine onere remanere putat Cujacius quoque ad leg. 70. Dig. eod. t. Tom. I. p. 1220.

(2) Vid. Heineccius Antiq. Rom. I. 1. T. 4. n.º 6.

relieta est, manumissione demum liberi fiunt; servi, quibus a testatore directa libertas data est, si sub conditione vel in diem competat illis libertas, dicuntur statuliberi. Item servi, quibus ex fideicommisso competit libertas, liberorum statum obtinent, nec statuliberi, (1) verum quasi statuliberi appellantur. Tum hi, tum illi, si alienentur, alienati reputantur *cum sua causa* i. e. secum tracta spe et conditione libertatis. In cujuscumque manus perveniant, possessorem ex hac causa cogere possunt ad manumissionem per Praetorem. (2) *Cui per fideicommissum*, ait Marcianus l. 51. §. 3. Dig. de fideicom. libert., *libertas debetur, liberi quodammodo loco est, et statu liberi locum obtinet: vel eo magis, quod nec in alium transferendus est, ut aut libertas ejus impediatur, aut jura patronorum graviora experiatur.*

Servi directo testamento manumissi statuliberi vocantur propter conditionem quamdam manumissioni injunctam; servi autem ex causa fideicommissi pure manumittendi cum Marciano statuliberorum locum obtinere dici possunt, nam licet non ipso jure sunt liberi, uti illi, sed fiunt demum manumissionis facto tamen utrique manumissioni, tam illorum, quam horum conditio injuncta est, quae ipsa est ratio, quare servi statuliberi vocandi sunt. Utrum igitur factum manumissionis pendeat a tempore definito a testatore, an a tempore, quod intercedit inter testatoris mortem et factum manumissionis, nihil refert, conditio est manumissioni inhaerens, quod sufficit.

Et quamquam in lege XII tabularum, ut vir Ampl. Siegenbeek in diss. sua inaug. L. B. 1828. contendit, ne cogitatum quidem de fideicom. libertate sit, cum scriberetur « *statuliber emtori dando liber esto* » tamen id non impedit, quominus recte Marcianus in l. 51. §. 3. supra indic. jus ea in re constituens etiam ad illos, qui ex fideicommisso manumittendi sunt, illud

(1) *Statuliber*, ait Festus in voc. *est, qui testamento certa conditione proposita, jubetur esse liber. Et si per heredem est, quominus statuliber praetare possit, quod praestare debet, nihilominus liber esse videtur.*

(2) Vid. l. 53. Dig. de Judiciis et l. 9. Dig. de in Ius vocando.

nomen *statuliber* recte applicet. Unde dein sequitur, servos quoque, qui ex fideicommisso, sub conditione (uti in lege 43 fit, de qua disputamus), manumittendi sunt et propter *conditionem* impositam manumissioni et propter *factum* manumissionis statuliberos jure meritoque considerandos esse.

Species autem secum fert, Sejam noluisse ad se pertinere fideicommissum, quod non significat illam repudiasse ad Praetoris sellam, sed tantum reliquisse legatum apud heredem non curans illud propter fideicommissi onus. Heredem non liberavit. Ponamus vero Sejam repudiasse, (vehementer vero negamus) qua repudiatione heres liberatur, aut acceptilatione liberasse heredem, tum inde non sequitur, servis libertatem periisse, nam, quod legatum pure cederet heredi, legatario repudiante, exceptionem patitur in legatis sub onere *libertatem* praestandi ex testamento atque ex fideicommisso. Etenim ita nunquam libertas a testatore data effectum sortiri post repudiationem legatarii posset. Et quamvis verum sit, testatorem specialiter Sejam, non vero heredem rogasse, ut ad libertatem dictos servos perduceret, nihilosecius tamen eo ipso libertatis causa integra manet, quod legatum relinquitur a repudiante legatario cum onere fideicommissariae libertatis.

Legatarius potest repudiatione liberare se manumissione, sed heres, apud quem relinquuntur servi cum onere, aut is, cui ab herede servi cum onere alienati sunt, tenetur libertatem praestare. Quodammodo id contra juris subtilitatem et rigorem videtur esse, illud vero aequum jus acceptum sacris Hadriani et Antonini Pii Imperatorum Constitutionibus debemus, quarum mentio fit in lege 43. *Si quis*, ait Modestinus in lege 15. Dig. de fideicommiss. libert. *ex causa fideicommissi manumissurus est, nullo modo deteriorum ejus servi conditionem facere potest. Ideoque nec vendere eum interdum alii potest, ut ab eo, cui tradita est, manumittatur: et si tradiderit retinere illum cogitur et manumittere: interest enim nonnumquam a seno potius manumitti, quam a juvene.*

Omnes, qui possident servos alienatos, quibus haec libertas competit, tenentur praestare libertatem et servi possunt eligere, quem velint patronum habere. Magis libertatis favor et aequitas in fideicommissaria libertate attenditur, quam ipsa juris ratio;

hinc dicit Ulpianus in lege 24, §. 10. cod. *si quis servo pignorado directam libertatem dederit, licet videtur jure subtili inutiliter reliquisse: attamen, quasi et fideicommissaria libertate relicta, servus petere potest, ut ex fideicommisso liber fiat; favor enim libertatis suadet, ut interpretemur, et ad libertatis petitionem procedere testamenti verba, quasi ex fideicommisso fuerat servus liber esse jussus: nec (enim) ignotum est, quod multa contra juris rigorem pro libertate sunt constituta.*

Caeterum heres tenetur propterea ex fideicommisso, quia obligatio legatarii servos ad libertatem secundum fideicommissum perduciendi, extenditur ex testamento quoque ad heredem, si legatarius nolit accipere vel se abstinat legato, aut repudiet. Eo casu agunt servi adversus heredem *utili* actione ex testamento, quum, legato a legatario non repudiato, neque herede aliqua ratione liberato a legatario actio directa illis competeret. (1) Si servi petunt manumissionem a legatario isque legatum non accepit, tenetur tantum illis cedere actiones suas adversus heredem vel adversus quem vult fideicommissarius; si acceperit, cogi potest a fideicommissario servo ipse libertatem praestare. Si non accepit legatarius legatum, potest servus fideicommissarius petere libertatem ab illo, ad quem pervenit, si nempe id placeat rogato; et quum servus jam manumissus est ab alio, postea cognoscens defuncti voluntatem ex persona manumissoris se laesum esse putat, uti vidimus in lege 15 modo laud., aut malit libertus fieri heredis, quam manumissoris, aut legatarii potius, si quando accipit legatum, quam heredis, audiendum talem servum esse rescripserunt Divus Hadrianus et Pius, ne contra voluntatem defuncti durior ejus conditio constituatur. Si testator servi arbitrio reliquerit, a quo velit manumitti, Constitutio Imperatorum, si laesus sit ex manumissoris persona, non proderit ei, quia habet quod sibi imputet, meliorem sibi patronum non elegisse. (2) Quando vero repudiavit legatarius, actiones adversus heredem

(1) Vid. Cujacius ad Africanum, Tract. 8. l. 1.

(2) Vid. omnino l. 70. Dig. de leg. 2., junctis legg. 24. §. 21. l. 10. §. 1. et l. 45. §. 1. de fideicom. lib.

amisit, liberatus est heres a legatarii petitione, sed tenetur servis ex fideicommisso, qui apud eum cum sua causa relictis sunt, libertatem praestare, quum legatarii obligatio extendatur ex testamento ad heredem.

Denique maxime attendenda sunt Pomponii verba in lege 20. Dig. de reg. jur. *quoties dubia interpretatio libertatis est, secundum libertatem respondendum erit.* (1)

Quod si haec, quae diximus, ad nostram speciem applicamus, tum concludimus: Sejam non accepisse legatum, heredem tamen vel repudiatione vel acceptilatione non liberasse; legatum apud heredem cum sua causa remansisse, servos alienatos ab herede, cognita defuncti voluntate, libertatem a Seja petiisse, Sejam vero excepisse: *haud accipi legatum, atqui non teneor vobis ex fideicommisso libertatem praestare, sed quoniam non repudiatione heredem liberavi a mea petitione vel acceptilatione, vel pacto de non petendo, vobis meas actiones cedo adversus eum vel adversus Sempronium, qui per emtionem dominus vestrum factus est.* Porro servos heredem patronum elegisse, consecutos actiones a Seja, deinde adiisse Praetorem fideicommissarium, qui heredem jussit illos manumittere. (2) Causam ergo, ex qua manumittere teneatur heres, esse, quod Sejae heres ex testamento teneatur legatum praestare et Seja teneatur servis ad cedendas actiones in legatum contra heredem, quia non repudiavit vel eum liberavit; servos hanc ob causam cogere posse heredem ad libertatem ex testamento praestandam, (3) petentes scilicet legatum, quo ex fideicommisso illis debita libertas continetur.

Haec praemissa, ut spero, sufficient: ad quaestionem primam igitur accedere possumus.

Stichus et Pamphilus, cognita defuncti voluntate, a Seja petierunt libertatem, quae eos exceptione repulit, actionem ex tes-

(1) Vid. l. 125. Dig. de reg. jur.

(2) Duos Praetores fideicommissarios refertur primus constituisse Claudius a Suetonio, in vita ejus cap. 25.

(3) Vid. in primis l. 34. §. 2., l. 51. §. 10., l. 25 et 51. §. 5., l. 26. §. 6., l. 44., 49., 51. §. 5. et l. 53. §. ult. Dig. de fideicom. libert.

tamento ad consequendum legatum servis cessit adversus heredem, quum eum tamquam patronum sibi elegissent. Heres a servis perductus est ad Praetorem fideicommissarium, qui cum jussit statim servos ad libertatem perducere. Manumittuntur servi, qui proinde Sempronio desunt, quos emit ignorans libertatem illis deberi, quos sciens heres vendidit, *nulla*, ita lex 43. *commemoratione fideicommissae libertatis facta*. Quum secundum emtionis venditionis definitionem heres venditor teneatur praestare Sempronio servos rite venditos *habere licere*, quod nisi praestet, tenetur Sempronio de evictione, hanc ob causam quoad Stichum et Pamphilum (de Arescusa postea acturi sumus) Sempronio adversus heredem actio de evictione competit ad recuperandum pretium pro utroque servo solutum. Convenitur heres emti judicio ab emtore et condemnatur ei pretium restituere. De Sticho et Pamphilo non amplius est, quod quaeramus: quoad illos quaestio de ob evictionem restituendo pretio ad finem perducta est. Quid vero est de Arescusa? *Cum emtor* (sic proponitur) *pretium a venditore, emti judicio Arescusae quoque nomine repeteret*, scilicet non solum Stichi Pamphilique nomine Sempronius emti judicio repetiit pretium, sed Arescusae quoque nomine. Haec in primis res est, quae nobis curae debet esse.

Sempronius eam sponte sua dudum ante manumissionem a Sticho et Pamphilo exactam, manumisit. Ipse emtor causa est, quod sibi non amplius Arescusam *habere liceat*; eo nomine igitur actionem de evictione ad pretium recuperandum illi non competere, indubitati juris est. Sed Arescusa Sempronii patronatu non contenta est, cognita L. Titii voluntate emtorem patronum habere recusat, an ex hac causa emtori actio de evictione ad pretium recuperandum competit?

Primum videamus, an recusare patronum heredem possit Arescusa, deinde, an propter eam recusationem evictio quaedam videatur adesse.

Supra, quum de quaestione, quam ex causa heres teneatur servis libertatem praestare, ageremus, indicavimus, heredem in casu, quod non accepit legatum Seja, nec tamen repudiatione vel quolibet alio modo heredem a sua

petitione non liberavit, teneri ex testamento servis utili actione praestare libertatem, servis competere electionem ex Hadriani et Divi Pii Constitutionibus petendi patronum, quem velint atque sibi idoneum putent ex his, qui debent libertatem, ne durior eorum conditio contra defuncti voluntatem constituatur. Recusare igitur potest Arescusa emtorem patronum. At jam deest aliquid emtori propter hanc recusationem? Notum est ex servi manumissione juris relationem, ut ita dicam, oriri inter manumissionem et manumissum, quae juris relatio dicitur jus patronatus, scilicet jus, quod manumissor ex servi manumissione in personam et bona manumissi consequitur. (1) Hujus juris effectus est: 1.^o quod patronus libertum ob ingratum animum in servitute revocare possit, 2.^o quod multis in casibus succedat liberto, 3.^o quod libertus, non minus quam filiusfamilias parentes, teneatur patronum pro modo facultatum alere, si quando iste ad egestatem vertat, 4.^o quod liberti patrono debeant operas, interdum dona muneraque. (2) Inde sequitur, patroni interesse libertum habere, nec minus interesse liberti, quemnam patronum habeat, teste lege 15 Dig. supra citata de fideicomm. libert., in qua Jctum monentem, electionem servo competere, invenimus; *quia, inquit, referre potest, a sene potius, quam a juvene manumitti*. Quid si egens sit v. c. Sempronius, qui etiam tenetur libertatem praestare, quoniam jure servos cum sua causa emisse praesumitur? Et interest liberti habere patronum locupletem, quum alere teneatur eum, si ad egestatem forte

(1) Vid. l. 14. Dig. de Jure patronatus.

(2) Vid. Heineccius. Antiq. Rom. l. 5. t. 9. n. 1. Paulus recept. sent. 2. 52. 1. add. l. 5. §. 18 et l. ult. Dig. de agnosc. et alend. liberis. Qui vero ex causa fideicommissi ad libertatem perducti sunt ex Rescripto Divi Hadriani in l. 7. §. 4. Dig. de operis libert. non tenentur operas praestare. Add. l. 29. Dig. de bonis libert., in qua lege vocabulum *quasi patronus pro tamquam, ut patronus* accipiendum esse existimo, alioquin manumissor fideicommissarius non videretur *verus*, sed fictione juridica quadam patronus esse, quum verus patronus dicatur emtor a Paulo et ab Ulpiano in lege 45. h. t., ubi Paulus dicit, *nolle se emtorem patronum habere*, et Ulpianus, *si nollet emtorem patronum habere*.

vertat. Quid si severus sit patronus Sempronius etc.? Generaliter interest libertorum, quemnam patronum habeant, et interest quoque hominum libertos habere, quum apud Romanos patrimonii partem dicantur efficere, quapropter merito is locupletior videtur, cui plures sunt liberti. Ad rem vero. Arescusa Sempronii patronatum recusavit, quam ob causam nihil refert. Sempronio est, quod interest ejus, Arescusa non spernere ipsius patronatum. Ancilla eligit patronum heredem, quamvis *facto* non hic, sed Sempronius illam manumiserit. Igitur ex causa antiquiori nempe, quasi ex testamento praesumendus est heres Arescusa manumisisse. Heredis patronatus originem sumit ex manumissione ex fideicommisso debita. Effectus manumissionis Sempronii i. e. jus patronatus ejus evanuit, quia, ut effectum sortiatur ejus manumissio, Arescusa liberta ejus deberet manere ex causa voluntariae manumissionis, scilicet si Arescusa electioni sibi ex sacris Constitutionibus competenti renunciavit, consistit manumissio voluntaria, quo non *facto* evanescit. Propter electionem vero Arescusa, non amplius licet Sempronio libertam eam habere, jus patronatus evictum videtur Sempronio, nam quum emit Arescusa, putavit meram servam i. e., cui libertas nullo modo competeat, se emere, non fideicommissaria libertate donatam. Heres ex emtionis contractu debet praestare ancillam meram *habere licere* Sempronio, quod non amplius licet ei, quoniam jam ab herede manumissa est, *sed hoc nomine*, ita legimus in lege 26. Dig. de evictionibus, *quod libertum quis non habeat, ex vendito actionem habet, si scierit venditor alienum se vendere. . . .*, qualem scientem venditorem, et in casu habemus. Sempronius quidem manumisit sponte sua, sed ei effectu manumissionis hujus non licet frui, i. e. hujus ancillae patronus non licet fieri propter electionem Arescusa, quae electio causa est, quod laedatur emtor, qui ancillam emit, i. e. talem, cui non competit electio, minime fideicommissaria libertate donatam, scivit enim venditor, quum vendebat, ob fideicommissum competere ex sacris Constitutionibus electionem Arescusa, retinuit, celavit, *nulla commemoratione fideicommissae libertatis facta.*

Ergo agere emti iudicio Sempronius quoque potest Arescusa

nomine adversus heredem de evictione, ut pretium et pro ea solutum ab eo recuperet, quod erat demonstrandum.

Quaestio haec elegans, an Arescusa evicta videretur propter recusatum Sempronii atque electum heredis patronatum, in *cognitionem* aliquando deducta est, et tunc Domitii Ulpiani responsum lectum est, quo continebatur, Sempronium facto suo manumissionis voluntariae Arescusa sibi habere desiisse, quam ob causam ei actio de evictione ad Arescusa *quoque* nomine pretium recuperandum non potest competere. Postquam vero is, qui Paulum de ea quaestione consulebat, meminerat Julianum contrariam sententiam tueri, nempe competere emti actionem et eo nomine Sempronio, quaesivit consultor a Paulo, quaenam sententia verior videretur, Ulpiani, an Juliani? Et prudenter respondit Paulus: *Semper probavi Juliani sententiam putantis: manumissione non amittitur eo modo*, quod significat, Sempronium manumissione sua voluntaria non amittere emti actionem ad pretium recuperandum; *eo modo* puta, quo non licet ei ex hacce manumissione libertam Arescusa sibi habere. (1)

Dissentiant sic inter se praecleari Jetti, sed Juliani sententia propterea verior videtur esse, quod et eam tuetur Paulus. Pro Ulpiani autem sententia allegari potest, emtori, quamquam evictum illi sit jus patronatus, ideo tamen nihil pecuniariter interesse, quoniam jus patronatus in earum rerum numero, quae, uti libertas et jus cognationis, inaestimabiles res appellantur, computatur, neminem ex eo solo, quod libertum habeat, locupletiores esse, intelligi, ita nec pauperiores fieri, qui libertum amittit. (2)

Utut est, Ulpianus, uti tamen semper prudenter solet, hic

(1) Haloander et complures Juris Interpretes alii alio modo lectionem mutant, *manumissione non amittitur eo modo* (vid. corp. Juris Gebauer et Spang. ad l. 45), nos tamen quamlibet mutationem hic improbamus, quod sensus, si repetimus verba *actionem emti*, quibus tam saepe usus est Paulus in praecedentibus, valde clarus est, solummodo volumus, verba dicta, per quae Paulus sententiam Juliani exprimere videtur, cursive scribi.

(2) Vid. l. 56. §. 1. Dig. de reg. jur. et Faber Rationalia ad h. l.

non recte distinguit inter Arescusam emtam tamquam mere servam et Arescusam tamquam fideicom. libertate donatam. Quod Sempronius Arescusam servam sibi habere liceat, non habet de quo queratur apud heredem, sponte enim manumissit et habet, quod sibi hoc imputet; sed quod Arescusam tamquam libertam non liceat ei habere i. e. juribus patronatus in eam frui, habet, de quo queratur emtor apud heredem, cui est, quod sibi imputet, se conveniri ab emtore, cui non statuliberam seu ancillam, nequaquam vero fideicom. libert. donatam seu quasi statuliberam vendidit. Etenim sciens vendidit et si ea de re certiorasset emtorem, is forte Arescusam prorsus non emisset, retinuit onus, celavit.

Obiter notetur, Cujacium Comm. ad h. l. Tom. 7. sentire, locum intelligendum esse de herede, qui ignorans onus vendidit, «*cujus (libertatis) ait, heres ipse forte ignarus erat*», contra Tract. 8. ad Africanum et ad Pauli Questiones l. l. locum intelligere de sciente seu celante herede: «*Heres, inquit, vendidit eos reticens causam fideicommissariae libertatis.*» Nos autem non dubitamus, sed cum Fabro Rationalia ad h. l. speciem intelligimus de sciente venditore, adeo ut non solum ad pretium repetendum actio Sempronio Stichis, Pamphili et evicti juris patronatus in Arescusam nomine, competat, sed etiam praeterea id, quod interest, non evenisse evictionem, quum, si ignorans heres vendidisset, actione quanto minoris tantum emtori teneretur. (1)

Itaque pervenimus per se ad alteram quaestionem, quae est de impensis, quas emtor in unum ex his servis fecerat eum erudiendo, quosque sibi restitui eadem emti actione a venditore desideravit. Hic quaeri potest, num Arescusa fuerit, quam emtor in specie leg. 43. proponitur erudivisse, an vero Stichus Pamphilus? (2) Responsum enim ad eam quaestionem summum juris discrimen constituere potest. Nimirum si Arescusa fuit, dubitandi ratio occurrit, quod nihil emtoris interesse videtur quoad eam partem actionis; si Stichus aut Pamphilus fuit,

(1) Vid. l. 15. pr. Dig. h. t.

(2) Notandum, generaliter dicere Jureconsultum *in unum ex his*.

omnino interest emtoris, sibi impensas eruditionis restitui. Cujacius quaestionem in medio reliquit, non enim dicit, hominem eruditum fuisse Arescusam, nec Stichum aut Pamphilum, solum existimat ad sumtus, quos in eruditionem unius servi fecit, recuperandos emti actionem competere. Faber o. m. l. Arescusam fuisse intelligit, sumtusque ad Arescusam erudiendam factos repetere simul posse emtorem.

Fabro non assentiendum arbitror. 1.º Arescusam fuisse, 2.º si Arescusa fuerit, sumtuum repetitionem emtori esse. Arescusa non fuit, in quam sumtus eruditionis impendit emtor, quia Paulus generaliter de servo loquitur, *illud, inquit, etiam in eadem cognitione nomine emtoris desiderabatur, ut sumtus, quos in UNUM EX HIS, quem erudierat paulo post: De sumtibus vero, quos in erudiendum HOMINEM emtor fecit, porro, non enim pretium continet tantum, sed omne, quod interest emtoris, SERVAM non evinci.*

Denique in tribus legibus ne ex minimo quidem vocabulo effici potest, Arescusam fuisse. Sed concedamus Fabro Arescusam fuisse. Quid tunc? An ejus nomine repetitio eruditionis sumtuum dicenda est competere emtori? Valde negamus, emtor enim, quem sponte sua Arescusam manumiserit, per hanc manumissionem renunciasset habendus est actioni ad repetendum pretium evictionis nomine, in qua continetur per se etiam repetitio sumtuum. Eruditio servi accessorium quid fuit rei principalis nempe servi, per principalem renunciavit etiam accessorio, quem et pars in toto contineatur. Eruditavit Arescusam, quia serva ejus fuit, et ut per hanc eruditionem forte melius illa tamquam serva sibi posset uti. Sicuti emtor sibi habet quod imputet, Arescusam manumississe tamquam servam, ita quoque sibi habet quod imputet, eam tamquam eruditam manumississe, damnum manumissionis Arescusa servae tantum, ex rei natura continet quoque damnum Arescusa eruditae servae manumissae. Emtoris igitur nihil interest quoad sumtus in Arescusam impensos et quoniam actiones propterea comparatae sunt, ut per eas consequamur id quod nostra interest, hinc emtori, si nihil ejus interest, recte denegatur eo nomine emti actio.

Apparet jam, sumtus ab emtore in Stichum, vel in Pamphilum

impensos fuisse, quos emtor, quum servos illi non amplius habere liceret, sicuti pretium secundum Paulum repetere potest, *nam, ait, emti iudicium ad eam quoque speciem sufficere existimo; non enim pretium continet tantum, sed omne quod interest emtoris, servum non evinci*, quod et statuit Paulus in eodem libro Quaestionum in fragmento 70. Dig. de evictionibus, quae lex cum nostris legibus coniungenda est. *Evicta re ex emto actio non ad pretium duntaxat recipiendum, sed ad id quod interest competit. Ergo et si minor esse coeperit, damnum emtoris est.*

Explorati juris est, rem periculo domini esse, sive accrescat, sive decrescat, et proinde emtoris, qui donec res vendita non evicta sit, huius rei dominus praesumitur, periculo est. Sempronius in casu evictionis, si servum neglexerit, damnum patietur; si contra curaverit, v. c. si erudiverit, nullum quidem ex evictione lucrum captabit, attamen resarcitionem impensarum ab herede accipiet; res vendita aestimatur tempore, quo evicta est, et emtor recipiet pretium, deducto eo, quod res post evictionem minus, aut suppleto eo, quod plus valet. *τὸ id quod interest emtoris complectitur simul ea, quae emtor emtionis causa erogavit, ut quod parario vel proxenetæ dedit etc.*, (1) denique, quaecumque emtor per servos acquirere potuisset, illorum evictione non secuta. (2) Quod vero diximus, impensas ad erudiendum servum factas emtori restituendas esse, cum quadam moderatione accipiendum est: non enim ad eam usque quantitatem ascendunt, de qua verisimile non est, cogitatum a venditore fuisse. Pone agitorem vel pantomimum (Graecis *χειρόσοφον*) factum fuisse. (3) Tales artes sunt extraordinariae, in quas maximi sumtus impendi queunt, quibus gravari posse venditorem Paulo videtur, praesertim cum minimo pretio veniit servus (4) aut, ut ex Africano subjicitur, *cum mediocrium facultatum venditor est; ea, quae raro accidunt,*

(1) Vid. l. 27. Dig. de Aed. Ed.

(2) Vid. l. 8. Dig. de evict.

(3) Exstat ea de re disputatio historico iuridica inauguralis de servilis conditionis hominibus artes, litteras et scientias Romae colentibus, auctore amp. D. T. Gevers. L. B. 1816.

(4) Vid. Faber. o. l., add. Pothier contrat de vente n.º 155.

ponit Julianus, *non temere in agendis negotiis computantur*. Id quod interest non aestimandum est in infinitum, neque debet egredi duplum v. c. si pretium emtionis fuerit decem, ejus quod interest aestimationem viginti non excedere oportet, quum dupli stipulatio, etsi non expresse in emtione venditione interposita, secundum usum ipso jure bonae fidei judiciis inesse intelligatur (1) Paulus in lege 45. pr. tradit, Africanum referre, ita quoque Julianum sentire additque exemplum, ex quo discimus, emtorem teneri per rei venditae, quae evincitur, retentionem sibi adversus evincentem consulere de sumtibus in rem factis, puta, si Cajus venderit aream Maevii ac Sempronius in eam aedificavit, quando Maevius aream evincit, tum Sempronius, quum ipso jure aedificium solo cedat, de sumtibus aedificationis sibi prospicere debet, aut per retentionem aut per doli mali exceptionem, itaque sumtus hi non Caji, sed Maevii periculo sunt, qui rem evincit. (2) Quod si negligat Sempronius sumtus aedificationis repetere et agat ex emto adversus Cajum, exceptione cum repellere potest Cajus non est tibi in me actio ex emto eo nomine, quia retentione non usus es, et si per errorem retentionem tibi competere non curaris, uti potes indebiti condictione adversus Maevium. In casu autem id fieri posse negat Ictus, quum non agatur de servo, qui in servitute evincitur, verum in libertatem et liber homo retineri possiderique nequeat. (3) Maxime notandum, ea, quae Paulus modo docuit, nempe Sempronio adversus heredem actionem emti non competere, ut ultra duplum consequatur sumtus et magistrorum mercedes erudiendi servi causa impensas, nec non secundum exemplum areae alienae venditae venditorem exceptione retentionis neglectae posse repellere emtorem; valere nimirum de ignorante venditore, nequaquam de sciente, qui propter reticentiam dolo malo egisse habetur et proinde omnimodo tenetur ex emto emtori in id quod interest latissimo sensu.

(1) Vid. Cujacius ad Pauli Quaest. lib. 5. et ad African. l. 1.

(2) Vid. l. 14. Dig. comm. divid., l. 48. Dig. de rei vind., l. 14. Dig. de doli mali et met. except.

(3) Vid. l. 4. §. 9. Dig. de doli mali et met. exc.

In omnibus tamen his casibus, (ita concludit Paulus in lege 45.) si sciens quis alienum vendiderit, omnimodo teneri debet. (1)

Quod modo diximus, stipulationem duplae emti iudicio ex usu et consuetudine inesse per se reputari, auctoritate Cujacii legem 44. ita intelligentis scripsimus, quum maximopere alienum videatur, duplae stipulationem, quae non expresse inter emtorem venditoremque secundum usitatum verborum formulam interposita est, emti iudicio inesse, qua ex re Giphanius ad tit. Cod. de evict. existimat, Africani legem Tribonianum inflexisse ad legem unicum Cod. de sent. quae pro eo quod int. prof., ubi Justinianus in omnibus contractibus, qui certam habent quantitatem vel naturam, ut in venditionibus et locationibus, tò id quod interest, dupli quantitatem minime excedere oportere constituit. (2) Si rationem, ob quam Justinianus ad eam constitutionem faciendam perductus sit, recte inspiciamus, tum apparet, non certe inter veteres Jetos constituisse, quatenus illud id quod interest in iudiciis admittendum fuisset, (3) Africanum sentire, non producendum esse illud quod interest ultra dupli periculum i. e. non ultra duplum, quod in stipulationem deducere in bonae fidei contractibus apud homines usitatum est.

Haec jam sufficiant: de tertia quaestione non est, quod moneamus ulterius, quoniam satis ex iis quae pluribus de fideicommissaria libertate, nec non de prima quaestione disseruimus, nobis soluta videtur.

(1) Vid. Pothier. l. l.

(2) Dissentit Huber. o. l. p. 701. et in medio relinquit Schulting Thes. contrav. Dec. 68. §. 5. add. Jo. Jac. Wissenbachii Emblemata Triboniani et Joannis Wybo. in op. *Tribonianus ab emblematis Wissenbachii liberatus*. cap. 5. p. 277. seqq.

(3) *Cum pro eo* (ita noster Imperator in dict. Const.) *quod interest dubitationes antiquae in infinitum productae sunt, melius.....*

THESES.

I.

Quum moris fuerit apud Romanos in servorum venditionibus stipulationem interponere, qua promittit venditor, servum non esse furem seu noxium, hinc existimamus stipulationem, de qua in lege 4 pr. Dig. de act. emt. vend. mentio fit, talem fuisse; minime, uti Cujacius Tom. 10. et 7. ad l. laud. vult, de evictione.

II.

Adversus venditorem, qui sciens rem alienam vendidit, haud competit emtori ignorantis actio ex emto de evictione, donec res non evicta sit, sed competit actio *utilis* ex emto.

III.

Lex 13. §. 14. tit. Dig. de act. emt. vend. pugnare mihi videtur cum lege 7. Dig. de periculo et comm. rei vend.

IV.

Merito Glückius ad tit. Dig. de periculo et comm. rei vend. §. 1038. p. 143. in fine rejicit sententiam juris interpretum existimantium, necesse esse, si emtor fructus mercis suos facere vult,

ut praeter perfectam emtionem etiam pretium ab illo solutum sit, secundum Paulum, Sent. Recept. Lib. 2. tit. 17. §. 7.

V.

Ombes fere Juris Romani Interpretes dubitaverunt, quomodo lex 13. §. 11. tit. Dig. de act. emt. vend. intelligenda sit, alii alio modo legem intelligentes; nobis contra plana esse videtur loci sententia, nam recte statuit ibi Ulpianus, si quis praedium urbanum vel rusticum, quod alteri locavit, vendidit, locatori, qui idem etiam est venditor, tum cedere mercedem pensionesque.

VI.

Si quis in testamento heredes ab intesto a quadam parte hereditatis excludit, nullam addens in hanc partem heredis institutionem, haec hereditatis pars fisco cedit ex art. 879. Cod. Civ.

VII.

Legatum generis cum legato optionis ne confundatur. Quodsi duae tantum res ejusdem generis in hereditate exstant, electio est penes heredem.

VIII.

Rei immobilis emtor non potest cogere venditorem ad tradendam rei locatae possessionem, nec ad expellendum conductorem.

IX.

Beneficium art. 4. n.º 6. Cod. de rat. procedendi in caus. civil. competit etiam legatariis.

X.

Rei qui secundum d. art. 4, n. 6, Cod. de rat. proc. in caus. civ. collective in jus vocati sunt, nomen et domicilium actori denuntiare non coguntur: si vero illud fecerint, qui personam standi in judicio non habent, tutores, curatores aliive pro his se sistere debent: beneficium enim competit actori, strictae est interpretationis, nec proinde ad reum extendi potest.

XI.

Jusjurandum decisorium ab uno e sociis societatis solidariae mercatoriae (vennootschap onder eene firma) praestitum obligat reliquos. Singuli socii ad jusjurandum praestandum cogi non possunt: jusjurandum enim rem spectare tantum potest propriam.

XII.

Articulus 442 Codicis de rat. procedendi in causis criminalibus perquam obscure scriptus est, adeo ut indicia, (probationes maximi momenti secundum art. 444 eod.) quae sint, vix erui possit.

XIII.

Ludus publicus, (Loterij) qualis hodie se habet, est institutum contra bonos mores, et proinde arcenda inprimis est in hac re locatio.