



Dissertatio juridica inauguralis de cautione damni infecti

<https://hdl.handle.net/1874/319683>

DISSERTATIO JURIDICA INAUGURALIS

DE

CAUTIONE DAMNI INFECTI.

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

LECTURE NOTES

BY [Name]

LECTURE I

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

LECTURE II

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

LECTURE III

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

LECTURE IV

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

LECTURE V

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

LECTURE VI

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

LECTURE VII

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

DISSERTATIO JURIDICA INAUGURALIS

DE

CAUTIONE DAMNI INFECTI,

QUAM

ANNUENTE SUMMO NUMINE

EX AUCTORITATE RECTORIS MAGNIFICI

CORNELII GUILIELMI OPZOOMER,

PHIL. THEOR. MAG. LITT. HUM. ET JUR. UTR. DOCT. ET PROF. EXTRAORD.

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,

IN AUDITORIO MAJORI

PUBLICO AC SOLEMNI EXAMINI SUBMITTIT

RUDOLPHUS HENRICUS JACOBUS SCHMALHAUSEN.

MOSA-TRAJECTINUS.

DIE XII M. JUNII A. MDCCCLI HORA I.

TRAJECTI AD RHENUM,

APUD KEMINK ET FILIUM, TYPOGR.

MDCCCLI.

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

1910

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

1910

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

1910

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

1910

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

1910

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

1910

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

1910

PARENTIBUS OPTIMIS
CARISSIMIS

SACRUM.

THE ARTS
LITERATURES
CHRISTIANITY

Faint, illegible text, likely bleed-through from the reverse side of the page.

PRAEFATIO.

Cum ambiens summos honores in Jure Romano et Hodierno mihi proposuissem vires periclitari in tractando uno alterove argumento e Jure Romano, adii Virum Clarissimum Lintelo de Geer rogaturus, ut in hoc incepto me adjuvaret. Non solum maxima benevolentia et humanitate auxilium suum nequaquam denegavit, sed etiam roganti mihi argumenta quaedam obtulit, ex quibus eligerem. Ex hisce cautionem damni infecti, quasi aptissimum,

suadente Praeceptore Aestumatissimo, meum dissertationis argumentum cepi. Nonnullis certe audax hic conatus videbitur, quasi viribus meis superius, cum doctissimi viri, Juris Romani quam peritissimi, de eodem argumento scripserint, sed hi recordentur velim Quinctiliani illud dictum: „Fructum studiorum viridem et adhuc dulcem promi decet, dum et veniae spes est et paratus favor et audere non decet.”

Ad quos autem prius me convertam quam ad Vos, Parentes Carissimi, ut studiis Academicis peractis gratum animam significem. Pro tot tantisque in me collatis beneficiis animus sentit, quod vobis debeo, semper eorum recordabor et quantum possum iis dignum me praestabo. Deus Optimus Maximus facit, ut diu adhuc adspicere possitis me non vana dixisse.

Neque praetermittendi Praeceptores, ut iis gratias agam pro institutionibus, quas puer habui. In primis omnino prae caeteris hic tu memorandus es, Vir Doctissime J. G. Hulleman, tibi plurimum debere

palam profiteri animus me jubet. Non solum institutione tua studiorum amore me imbuisti, sed etiam paternis consiliis me plane tibi obligasti. Nunquam, persuasum hoc tibi habeas, verborum ad me olim delatorum: „respice finem” oblivio memoriam delebit.

Vobis etiam, Viri Clarissimi, quoscumque habui Praeceptores, gratias agendi pro egregia institutione hanc occasionem avide arripio, in primis Vobis, qui Facultati Juridicae adscripti estis.

Nominatim autem te compello, Vir Clarissime Lintelode Geer, Promotorem Aestumatissimum. Quoties te adii, nunquam mihi defuisti, auxilio tuo me prosecutus es et humanitate me tibi devinaxisti. Quidquid in dissertatione boni inveniatur, me hoc tibi debere palam profiteor. Accipias igitur, Vir Clarissime, grati animi testificationem mihi et studiis meis favere pergas.

Tristissimum adhuc restat officium Vobis, Amici, valedicendi, quoscumque per Academicum stadium habere mihi contigit. Praesertim Vos compello, quibus

arctissimo amicitiae vinculo ex quotidiana consuetudine me devinctum sentio. Quam maxime potuimus, ad indolem atque ingenium informandum, veram contentes amicitiam, veritatis saepius minus gratae auditu, semper studiosi fuimus! Utile dulci Vobiscum miscui, ad studiorum finem perveni, mox Vos reliqui, moerente animo exclamare cogor: „J'admire le passé, je regrette le présent et tremble pour l'avenir.” (1)

Valeatis, Amici!

(1) *Fléchier, Oraisons funèbres.*

DISSERTATIONIS CONSPECTUS.

PROOEMIUM.

	Pag.
§. 1. De cautionum natura	1.
§. 2. De stipulationibus judicialibus	5.
§. 3. De stipulationibus praetoris	8.
§. 4. De judicialibus Praetoris stipulationibus	14.
§. 5. De stipulationibus cautionalibus	17.

CAPUT I.

DE CAUTIONIS DAMNI INFECTI NATURA.

§. 1. De cautionis damni infecti origine	22.
§. 2. De cautionis mentione in lege Galliae Cisalpinæ	28.
§. 3. Edictum Praetoris de damno infecto	30.
§. 4. Animadversiones ad nonnulla Edicti capita	32.

CAPUT II.

DE CAUTIONIS ARGUMENTO.

	Pag.
§. 1. De cautionis proposito	39.
§. 2. De cautionis argumento	42.
§. 3. Exemplis haec confirmantur	46.
§. 4. De iis qui cautionem utiliter petere possunt	52.
§. 5. Quibus cautio deneganda sit quaeritur	64.
§. 6. De his qui cavere debent	70.
§. 7. Quaeritur, an ob parietem communem cautio peti possit?	79.

CAPUT III.

CAUTIONIS VIS ET EFFECTUS.

§. 1. De actione ex cautione orunda	88.
§. 2. Quando agi potest ex cautione damni infecti?	89.
§. 3. Quibus et contra quos datur actio ex cautione?	93.
§. 4. Quomodo damnum ex stipulatione damni infecti persequendum aestimetur	97.

CAPUT IV.

CAUTIONIS NON PRAESTITAE EFFECTUS.

§. 1. remedia, quae nonnunquam dantur, ubi damnum datum est nec cautio interposita fuerit.	100.
§. 2. De missione in possessionem, contra quos detur	104.
§. 3. Quibus et in quam rem concedatur missio	106.
§. 4. De missione contra plures ejusdem rei dominos	112.
§. 5. De missionis ex primo decreto effectu et fine	114.

CAPUT V.

DE MISSIONE EX SECUNDO DECRETO.

	Pag.
§. 1. Secundi decreti effectus	119.
§. 2. Effectus missionis ex secundo decreto explicatur . . .	121.
§. 3. Effectus ratione praediorum et aedium vectigalium . .	130.
§. 4. Missionis effectus ratione pristini domini et eorum, qui habent jus in ea re	133.
§. 5. De pluribus possidere ex secundo decreto jussis . . .	137.
§. 6. De actione, quae datur ubi missus in possessionem non est admissus	140.

Defendat quod quisque sentit: sunt enim judicia libera: —
quid sit in quaque re maxime probabile, semper requiremus.

Cic. Tuscul. *Quaest. Lib. IV. Cap. IV.*

PROOEMIUM.

§. I.

De cautionum natura.

Initio disputationis pauca notanda videntur de cautionibus seu stipulationibus praetoriis, ad quas pertinet cautio damni infecti, ut ita melius pateat, unde illa oriunda et qualis fuerit. Mature jam Romanos cavisse videmus et inter jurisconsultorum officia primaria hoc memoratum invenimus, ut consulentibus recte caverent, Cicero enim de Orat. L. I. c. 48, dicit:

»Sin autem quaereretur, quisnam jurisconsultus
»vere nominaretur, eum dicerem, qui legum et consuetudinis ejus, qua privati in civitate uterentur, et
»ad respondendum et ad agendum et ad cavendum
»peritus esset.»

Hoc jurisconsultorum officium in eo constitit ut litigantibus vel contrahentibus consilio adessent iisque

ostenderent, quomodo lis instituenda esset, in primis quo quidque modo concipiendum esset, quomodo contestandum, ne causa caderent aut deciperentur. (1) Quum autem maxime intersit scire, quomodo verbum *cavere* a jurisconsultis usurpatum sit, ut *cautionis* vera natura intelligatur, illae primum hujus vocis significationes indagandae, quibus in Corpore juris aliisque locis ad jus pertinentibus inveniatur.

Cavere est, notante Dirksenio in Manuali, cujus exemplis simul haec addimus:

1°. *Evitare, declinare*, in primis periculum damnumve imminens, v. c. Justinus hist. Phil. XLIV. c. 2.

2°. *Prospicere, consulere sibi vel aliis*, L. 9. D. de Probatt. (22. 3). L. 73. §. 4. D. d. R. J. (50. 17.). Cicero pro Caecina c. 27.

3°. *Praecipere, exprimere, sancire*, in primis testamento vel codicillis, L. 123. pr. D. de Legatis. 1°. (30.). L. 37. §. 2. D. de Legatis 3°. (32.) L. 12. D. de Ann. legat. (33. 1.) L. 13. §. 1. D. eod. L. 14. D. de dote praeleg. (33. 8.).

Legibus, L. 2. D. de Minorib. (4. 4.)

Senatusconsulto, L. 1. D. de Usu et usufr. (33. 2.)

Edicto, L. 1. D. In jus vocati ut cant. (2. 6.) cf. Cicero in Verrem I. 43.

Constitutionibus, L. 50. pr. D. de Judiciis (5. 1.)

Mandatis, L. 15. L. 27. §. 2. D. de Poenis (48. 19.)

(1) Cf. Frets, over het gezag der regtsgele. p. 9. Puchta, Cours. I. p. 299.

4°. *Cautionem, securitatem praestare alteri*, L. 46. pr. D. de Procuratt. (3. 3.) L. 5. §. 3. L. 94. §. 3. D. de Solutt. (46. 3.)

5°. *Securitatem exigere ab aliquo*, L. 6. pr. §. 1. D. de Servis export. (18. 7.) L. 6. §. 7. D. Mandati (17. 1.)

Quibus multa alia loca addi possunt. Hinc intelligimus *cautionis* non unam semper esse significationem. *Cautio* est enim in genere *providentia, provisio*, v. c. Cicero de Amic. c. 21. de Orat. II. 74. tum 2. apud Ictos in primis notat illam providentiam, quam in contrahendo adhibemus, ut omne damnun et incommodum vitemus, *securitatem* creditori praestemus, v. c. L. 25. D. d. R. J. (50. 17.), quae quidem cum pluribus modis praestari possit, hinc distinguitur inter varia genera et formas cautionum. Sic *domestica* cautio in L. 103. D. de Legatis 1°. (30.) est privata promissio, qua quis se obligaverit ad fideicommissum praestandum. *Juratoria* cautio est quae jurejurando confirmatur securitas, L. 2. pr. C. Ut omnes judices (1. 49.) L. 8. C. de Princ. agent. in rebus (12. 22.) et *fidejussoria* dici solet, quae per fidejussores detur, quae quidem, uti quoque ea securitas quae dato pignore constituitur, *idonea* cautio nominatur in L. 59. §. 6. D. Mandati (17. 1.) L. 63. §. 4. D. Pro socio (17. 2.) L. 3. C. d. V. S. (6. 38.)

Sic porro *cautio* quoque significat instrumentum securitatis, *syngraphum*, quo securitas continetur, L. 47. §. 1. D. de Pactis. (2. 14.) L. 15. §. 1. D. de

Fig. et hypoth. (20. 1.) Quales cautiones diversi generis pro diverso argumento in Digestis occurrunt, veluti *cautio pollicitationis* in L. 9. §. 3. D. Quod metus (14. 2.), *depositionis* in L. 18. §. 1. D. Quod legator. (36. 3.), *dotalis* in L. 89. 55. D. de Legatis 2°. (31.) *pecuniae creditae* in L. 29. D. de Oblig. et act. (44. 7.), *foeneratitiae* in L. 11. C. de Pactis conv. (5. 14.), itemque notat *apocham* veluti in L. 15. D. de Probatt. (22. 3.) L. 32. §. 1. de Adm. et periculo (26. 7.) L. 82. D. de Conditt. et dem. (35. 1.)

Hinc *catum* dixerunt veteres, qui securitatis studiosus et providus cavere studebat, ne ipse aliive temere agendo deciperentur, uti Ennius de Aelio Sexto:

Egredie cordatus homo, catus Aelius Sextus.
Cicero de Rep. I. 18., Tusc. I. 9. quem posteriores *cautum* dixerunt, uti Horatius Carm. II. 10. 3 et alibi.

Quibus praemissis, facilius jam intelligimus *cavere* apud Ictos in primis duplici vi occurrere et quidem ita ut vel significet alterum obnoxium obligatumque sibi facere, vel alium ita securum facere, ut quis se ipsi obliget. Tum securitas ex ea obligatione nata uti et obligatio ipsa cautio vocatur. Hinc dicit Ulpianus in L. 1. §. 4. D. de Stip. praet. (46. 5.): »Sciendum est, »omnes stipulationes natura sua cautionales esse; »hoc enim agitur in stipulationibus, ut quis cautior »sit et securior interposita stipulatione.» Et profecto ita in stipulatione cautio inest, nam, uti Paulus Rec. Sent. V. Tit. 7. §. 1. dicit: »Obligationum fir- »mandarum gratia stipulationes inductae sunt, quae »quadam verborum solemnitate concipiuntur: et (ita)

»appellatae, quod per eas firmitas obligationum con-
»stringitur.»

Apud Gajum II §. 252, 253, vero *cautionis* et *stipulationis* nomen promiscue a jurisconsultis usurpatum fuisse videmus, ubi stipulationes, inter heredem et fideicommissarium in § sequenti cautiones vocat. At tamen, quamquam omnes stipulationes hoc sensu cautionales sunt, omnes strictiori sensu cautiones non sunt. Obligationis enim nomen latius patet, quam cautionis notio. Illud continet omnem verborum conceptionem, quibus is qui interrogatur daturum facturumve se, quod interrogatus est, respondet, arg. L. 5. §. 1. D. d. V. O. (45. 1.) hoc, si proprie adhibeatur, ejus generis potissimum complectitur stipulationes, quarum propositum est damnum avertere, quod aliunde metuimus, quales ex officio judicis vel jussu magistratus interponuntur, cum stipulationes in universum a contrahentibus quavis ex causa interponi solent. Has igitur stipulationes *cautiones* proprie vocamus, quae ex judicis et magistratum officio oriuntur cavendique causa interponuntur. Ad eas igitur referimus stipulationes judiciales et praetorias, quarum hae rursus dividuntur in judiciales, cautionales et communes. De judicialibus nunc videndum.

§. II.

De stipulationibus judicialibus.

Pomponius in Lege 5. D. d. V. O. (45. 1.)

» stipulationum », inquit » aliae judiciales sunt, aliae » praetoriae, aliae conventionales, aliae communes praetoriae et judiciales. Praetorias mittentes et conventionales et communes, inquiramus primum quid judicialibus intellexerit.

Judiciales stipulationes in eadem Lege 5. cit. jurisconsultus eas dicit, quae ex mero judicis officio proficiscuntur, qua tamen definitione res statim intelligi nequit. Ad rei intellectum multum facit §. 31. I. de Action. (4. 6.) ubi agitur de actionibus arbitrariis, quae ita definiuntur, ut ex judicis arbitrio pendeant, in quibus nisi arbitrato judicis is, quocum agitur, actori satisfaciatur, veluti rem restituatur vel exhibeat vel solvat, vel ex noxali causa servum dedat, condemnari debeat. Cf. etiam L. 6. §. 2. D. de Confessis (42. 2.) Nascuntur hae actiones ex formulis arbitrariis, quibus judicem sic demum condemnare Praetor jubet, si rem arbitrato judicis is, unde petitur non exhibeat vel restituatur, quae verba aut in formulae intentione aut condemnatione ponuntur. Vid. Savigny, System, §. 221 n^a. g. Proprium iis igitur est restitutio vel exhibitio, arbitrato judicis facienda. Per rei restitutionem vero intelligimus in actionibus in rem rei redditum in actoris possessionem, quamvis nunquam ex ejus dominio abierit, in actionibus in personam semper id restitutione significatur, ut res in actoris dominium redeat quamvis non semper in ejus possessionem, cf. Savigny, §. 222. *Rem exhibere* ergo est rem praesentem reddere, cujus maxima utilitas in vindicatione spectatur, cf. L. 22. D. d. V. S. (50. 16.), L. 1. D. Ad exhib. (10. 4.)

Si igitur formulâ judici mandatum erat reum condemnare nisi prius arbitrio rem restitueret vel exhiberet, formula *arbitraria* dicebatur, cujus actionis exitus erat ut, interposita satisfactione de rei restitutione vel exhibitione, prouti judex arbitraretur, reus absolveretur. Sic ergo satisfactio in his saepe interponebatur eâque satisfiebat judicis arbitrio, ne sequeretur condemnatio.

In his satisfactionibus igitur maxime versatur judicis arbitrium, satisfacere jubet reum ex bono et aequo pro re nata ut cautum sit actori, cf. §. 31. I. de Act. (4. 6.) et L. 4. §. 1. D. de Eo quod certo loco (13. 4.). Quae satisfactiones cum interponantur stipulationibus, hinc liquet, quid intelligendum sit stipulationibus judicialibus vel potius judicis officio interpositis. Judicis enim officium est, ubi formula arbitraria data est, examinare quomodo actori recte satisfacetur ubi reus ad restituendum paratus est. Cautionibus res tota saepe conficitur, reusque absolvi solet si ita satisfaciderit, si velit rem restituere nec possit forte quod res abest et longe est, veluti in provinciis. Cf. L. 7. 12. D. Si servit. vindic. (8. 5.); L. 16. §. 3. de Pign. et hypoth. (20. 1.); L. 14. §. 4. D. Quod metus (4. 2.), L. 4. §. 1. D. de Eo quod certo loco (13. 4.); Maxime vero intererat rei eo casu ut judex eum admitteret ad has satisfactiones, si restituere vellet, nam ceteroquin condemnatione gravabatur. Qui contra, judicis arbitrio rem restituere nolit, is condemnatur in aestimationem et si quidem dolo fecit ut restituere non possit, quantum adversarius in litem juraverit. Cf. L. 68. D. de Rei vindic. (6. 1.), L. 73. D. de Fidejuss. (46. 1.) Judi-

cis arbitrium igitur, uti L. 68. cit. rem describit, usurpari non poterat, ubi restitutio jam fieri non poterat. cf. Savigny, §. 221 na. b.

Ad actiones arbitrarías in rem referebatur Publiciana, Serviana de rebus coloni, quasi Serviana; ad eas in personam: actio quod metus causa, doli, de eo quod certo loco, ad exhibendum, vid. §. 31. I. cit. quibus adjungit Savigny, quem vide §. 223, rei vindicationem, hereditatis petitionem, confessoriam actionem, finium regundorum, Favianam, depositi actionem, redhibitoriam, et interdicta restitutoria et exhibitoria, quia omnes hae actiones respondent iis, quae de restitutione et exhibitione exposuimus.

Ab his stipulationibus judicialibus, de quibus egimus, diversa est ea cautio, de qua sermo est in L. 25. §. 10. D. Familiae erciscundae (10. 2.), quae a coheredibus heredi praestanda est, qui in solidum conventus est de praestatione viae a defuncto promissae; haec cautio enim, quamquam quoque officio iudicis interponitur, non usurpatur, ut condemnatio vitetur sed magis ex natura hujus iudicii, ut conventus si litis aestimationem praestiterit, id pro parte a ceteris consequatur, et ita non ultra aequitatem oneretur.

§ III.

De stipulationibus praetoriis.

In Lege 5. D. d. V. O. (45. 1.) *praetoriae* stipulationes dicuntur, quae ex mero Praetoris officio

proficiscuntur, quod tamen ita intelligere debemus, ut in his contineantur etiam aedilitiae, nam et hae dicuntur in §. 2. I. de Div. stip. (3. 18.) ab jurisdictione venire. *Praetorias* stipulationes vero ex eo cognoscimus, ubi extra iudicium cautio a magistratu exigitur et cogitur eam recusans remediis praetoriis, missione scilicet in possessionem bonorum aut denegata actione. cf. Vinnius ad I. de Div. stip. (3. 18.). Aedilitiae cautiones vero, de quibus hic sermo est, stipulationes sunt, quas Aediles interponere iubent venditorem de morbis et vitiis rerum venalium, cf. L. 1. sqq. D. de Aed. edicto (21. 1.) et L. 21. sqq. D. de Evict. (21. 2.)

A judicialibus ea in re differunt praetoriae stipulationes, quod hae ante litem contestatam interponuntur, illae contra post eam illudque est primum inter utrumque stipulationum genus discrimen. Post litis contestationem enim Praetor cautionem non admittit, cf. L. 1. §. 9. D. de Leg. (36. 3.). Si autem a sententia provocatum fuerit, rursus caveri poterit donec lis iterum contestata fuerit, quia provocatione prior sententia tollitur, de qua re vide L. 5. §. 1. Ut legat. (36. 3.) cf. quoque L. 6. pr. D. de His qui not. (3. 2.) L. 1. §. 14. ad S.C. Turp. (48. 16.) L. 13. §. 2. D. (28. 1.); Bachofen, Das Röm. Pfandr. p. 307. n^o. 3 et 308. n^o. 2.

Sed praeterea judiciales stipulationes fiunt avertendae condemnationis causa, praetoriae vero potius ut deinde possit condemnatio fieri, conditione existente sub qua facta est stipulatio.

Causae autem tres in primis recensentur ob quas praetoriae stipulationes locum habent.

1°. Ad iudicium ordinandum, 2°. Ad iudicium firmandum, 3°. Ad novam actionem inducendam, cf. L. 1. §. 2. 3. de Stip. praet. (46. 5.).

Quod ad formam attinet, universe in omnibus praetoriis stipulationibus et procuratoribus satisfidetur, L. 3. h. t. Hae satisfidationes personas desiderant pro se intervenientium et neque pignoribus quis neque pecuniae vel auri vel argenti depositione in vicem satisfidationis fungitur, cf. Noodt, ad Tit. D. Qui satisfid. cog. L. 7. D. h. t. Hujus regulae tamen exceptio quaedam occurrit in casu L. 1. §. 9. D. de Collat. bon. (37. 6.), ubi Ulpianus assentitur Pomponio dicenti pignoribus quoque recte caveri de collatione bonorum ab emancipato faciendam, qui bonorum possessionem contra tabulas petat. Praeterea quaedam perpaucae stipulationes praetoriae sunt, quae interdum etiam repromissionem admittunt, uti monet L. 1. §. 1. D. h. t., inter quas computantur stipulatio ex operis novi nuntiatione de opere, quod in publico factum est, cautio damni infecti, si quid in flumine publico fiat, et stipulatio dupli nisi aliter convenerit. L. 1. §. 6. 7. 8. D. h. t.

Voetio suspecta sunt L. 1. §. 6. D. h. t. verba ultima: »Sed hi quidem, qui suo nomine cavent, repromittunt, qui alieno, satisfidant, quia ex L. 8. §. 2. 3. D. de Op. nov. nunt (39. 1.) et L. unic. C. de Op. nov. nunt. (8. 11.) manifestum est ei, qui opus novum nuntiat suo nomine satisfidandum esse,

illi vero, qui alieno, repromittendum. Quia porro ex aliis legibus, uti L. 9. §. penult. et ult., L. 13. pr. §. 1. L. 30. §. 1. D. de Damno infecto (39. 2.) apparet eum, qui de damno infecto suo nomine caveat, repromittere, eum qui alieno, satisfacere debere, conjicit Voetius verba, quae nunc in fine §. 6. leguntur, transponenda esse in finem §. 7., ut omnia bene consentiant.

Necesse autem non videtur ut hanc viam ingrediamur, quia aliter verba explicari possunt. Scilicet si operis novi nuntiatio fiat illi ipsi, qui aedificat suo nomine in publico, ille repromittere suo nomine cavens debet, quia nuntians de eo opere semper de alieno jure contendit, non de suo, et tanquam alieni juris petitor repromissione contentus esse debet. Ubi vero nuntiatum fuerit procuratori, qui alieno nomine aedificat in publico, isque alieno nomine cavere voluerit, satisfacere debebit, quod rarius fiet et de quo casu silet L. 8. §. 3. D. de Op. nov. nunt., quem vero respicit L. 1. §. 6. de Stip. Praetor.

Tandem monendi sumus satisfactionem non semper stricte de cautione fidejussoria accipiendam esse, nam L. 61. D. d. V. S. (50. 16.) docet, satisfactionis appellatione interdum etiam repromissionem contineri, si ea contentus fuerit is, cui satisfactio debebatur.

Quibusdam vero personis remittitur haec satisfactio, licet cautionis natura eam requirat. Satisfacere enim non compelluntur immobilium rerum possessores i. e. qui in agris vel in civitate rem soli possident aut ex asse aut pro parte, inter quos etiam is computatur,

qui vectigalem sive emphyteuticarium fundum possidet, uti et qui solam proprietatem habet. Porro tutores, sive pupilli sive ipsi possident, possessorum numero habentur; item uxor et maritus possessores sunt propter fundum in dotem datum. Utrum vero quis possessor sit necne ex tempore cautionis est dijudicandum. Pro possessoribus vero non habentur creditor pignoratitius et fructuarius, cf. L. 15. D. Qui satisd. cog. (2. 8.). Jure novo remittitur etiam satisfatio viris illustribus L. 17. C. de Dignitatibus, cf. Zoesius ad h. t. D.

Nunc nobis videndum est, quales in his satisfationibus dandi sint fidejussores. Ex L. 1. D. In jus vocati ut eant (2. 7.) videmus edicto nonnumquam expresse cautum fuisse, ut locupletes darentur fidejussores pro rei qualitate, exceptis necessariis personis, cf. L. 1. §. 2. D. Qui satisd. cog. Si vero de fidejussorum qualitate dubitatur res solebat arbitro committi et ita ab arbitro probati, nisi provocatum fuerit, accipiebantur, cf. L. 9. D. eod. Qui vero sua voluntate accipit fidejussores his contentus esse debet, L. 10. §. 1. D. eod. Praeterea requiritur ut facile conveniri possint, arg. L. 1. pr. D. Qui satisd. cog. Si igitur fori praescriptionem habet fidejussor, quamvis ceteroquin locuples sit, non idoneus habendus est, nisi promittit se hoc privilegio non usurum, cf. L. 7. pr. D. eod. Idonei porro fidejussores non sunt mulieres, neque milites, neque minores viginti quinque annis, nisi in rem suam fidejubeant, ut pro suo procuratore, L. 8. §. 1. eodem.

Praetoriae stipulationes aut rei restitutionem continent aut incertam quantitatem. Rei restitutionem uti stipulatio ex operis novi nuntiatione, qua cavetur, ut opus restituatur. Quae dividi non possunt. Hanc ob causam actore vel reo mortuo, pluribus heredibus relictis, uno vincente vel victo, totum opus restitui debet, cf. L. 2. pr. §. 1. de Stip. praet. Communiter vero satisfactio ibi praestanda ubi cautio a Praetore exigitur, ubi aliquis convenitur, de exceptionibus cf. L. 7. §. 1. L. 8. §. 4. D. Qui satisf. cog. Incertam quantitatem continent stipulatio iudicatum solvi et rem ratam dominum habiturum et damni infecti, in quibus respondetur eas scindi in personas heredum, de qua re vide L. 2. §. 2. D. de Stip. praet.

Denique hae stipulationes multa singularia habent, de quibus aliquid monendum. Quia illae ex Praetoris officio oriuntur, si quid iis vel addi vel detrahi vel immutari in illis debeat, ejus est jurisdictionis, L. 1. §. 10. D. h. t. Conventionales contra a contrahentibus interponuntur ab eorumque voluntate formam accipiunt, cf. L. 5. 52. D. d. V. O. L. 1. §. 10. h. t.

In stipulationibus praetoriis generaliter satisfactio, de vulgaribus hoc dici nequit, L. 3. D. h. t. Praetoriae stipulationes saepius interponuntur, quum sine culpa stipulatoris cautum esse desiit, vulgares non nisi contrahentium voluntate et consensu, cf. L. 4. D. h. t. L. 3. §. ult. D. Ut in poss. legat. (36. 4.) L. 4. D. eod. In omnibus praetoriis stipulationibus procurator meus, si stipuletur, mihi, causa cognita, actio competit, in vulgaribus autem valet regula, neminem alteri

stipulari posse nisi servus domino aut filius patri vid. L. 5. D. h. t., L. 38. §. 17. D. d. V. O. (45. 1.).

In Praetoriis stipulationibus ambiguum sermonem Praetor interpretatur, nam ejus mens aestimanda est, in vulgaribus requirenda contrahentium voluntas L. 9. D. h. t., L. 52. D. d. V. O. Denique praetoriis stipulationibus etiam hoc peculiare est, ut electio sit stipulatoris, quoties disjunctim stipulatum fuerit, verbi gratia opus restitui vel dari quanti ea res est, cf. L. 21. §. 4. 5. D. de Op. nov. nunt. (39. 1.) et ut valeat stipulatio sine adjectione diei veluti illa judicio sisti, non adjecta die, qua sisti oporteat, vid. L. 8. pr. D. Qui satisd. cog. (2. 8.), L. 15. §. 1. D. Damni infecti (39. 2.). cf. Cujacius Parat. ad tit. de Stip. praet. p. 863. Merillius, Differ. juris. c. 20.

In Lege 1. pr. D. h. t. Ulpianus praetoriarum stipulationum tres enumerat species: *judiciales*, *cautionales* et *communes*, quae omnes ex Praetoris officio profiscuntur. Primo loco de judicialibus, secundo de cautionalibus agemus, omittentes communes, quasi minus ad rem nostram facientes.

§ 4.

De judicialibus Praetoriis stipulationibus.

Judiciales vocantur, quae propter iudicium interpronuntur, non confundendae cum illis stipulationibus, quae ex iudicis officio profiscuntur, de quibus supra §. 2. monuimus. De judicialibus, uti nunc eas in-

telligimus, conferendus est Gajus IV. §. 88—102. Talis stipulationis exemplum erat, cum in rem ageretur per sponsionem, ubi sponsio interponenda erat, ut per eam de re ipsa judicaretur, quae praedialis erat, unde etiam is cum quo agebatur non restipulabatur. Is autem a quo petebatur praeterea actori satisfacere debebat stipulatione pro praede litis et vindictiarum, ideo sic vocata, quia in locum praedium successit, qui olim cum lege ageretur pro lite et vindictis i. e. pro re et fructibus a possessore petitori dabantur, cf. Gajus IV. 16.; Dupont, disquis. p. 126 Puchta, l. l. II. p. 148.

Olim litigandi forma per sponsionem usitatior videtur fuisse atque per eam Praetor facile potuit jus civile supplere. Etenim si quem, cui nulla jure civili actio competeat, propter aequitatem tueri vellet, decreto ad sponsionem cogere poterat adversarium, ita ut inde legis actio competere, cf. Puchta, *Cursus der Inst.* I p. 328. Post legem vero Aebutiam minus usi sponsionibus fuerunt, sed nihilominus haec forma usurpari perrexit nonnullis casibus, veluti ubi de pecunia certa credita vel de pecunia constituta ageretur, quae sponsiones revera poenales erant, non tantum praedialiales fiebantque per stipulationem et restipulationem, cf. Gajus IV. §. 171., Puchta, *Curs.* II. p. 66. p. 148.

In interdictis porro perpetuo usurpatae fuerunt sponsiones. Praetor enim more antiquo dabat decretum interdictumve, quo aliquid fieri juberet aut prohiberet, ex quo tum actor, contendens adversarium contra edictum egisse, cum sponsione provocabat, si

contra edictum Praetoris non exhibuerit aut non restituerit, ille autem adversus sponsionem adversarii restipulabatur, deinde actor sponsionis formulam edebat adversario, ille huic rursus restipulationis, cf. Gajus IV. 165., atque ita tum Praetor iudicium ordinabat.

In L. 1. D. h. t. Ulpianus judicialium stipulationum duo exempla affert, iudicatum solvi et ex operis novi nuntiatione. Alii vero tertium exemplum additum putant verbis: *ut ratum fiat*, et quaesiverunt propterea de discrimine, quod inter stipulationem ut ratum fiat, eamque quae mox memoratur, ratam rem haberi, intercederet, aut locum corrigere voluerunt delentes verba: *ut ratum fiat*, cf. Pothier ad h. t. n. 2, sed injuriâ ut videtur, et verba *ut ratum fiat* non stipulationis exemplum continent sed conjungenda sunt cum iis, quae praecedunt: *quae propter iudicium interponuntur*, ut scilicet illud iudicium ratum fiat, i. e. ut constringatur is, qui condemnabitur, ut sententiae satisfaciatur, restituatur praestetque alteri, quod iudicatum fuerit. Puchta vero Curs. II. p. 149 not. f. putat a compileribus exempla ex jure classico ommissa fuisse quasi juri Justiniano incongrua, excepta tamen stipulatione de operis novi nuntiatione, contra adjectum hoc judicialium exemplum, revera alienum. Puchta enim iudicatum solvi ad eas stipulationes refert, ex quibus nova actio datur suo tempore instituenda ideoque ad cautionales.

Cujacius vero judicialium stipulationum naturam non solum hanc esse dixit ut per eas iudicium formam acciperet, sed etiam ut ita futurum iudicium

constitueretur et confirmaretur ex mero Praetoris officio, cf. Cujacius Opera I. p. 1192.

Quod si sequimur, judicialium praetoriarum stipulationum duas habemus species, alteram, quae stipulationes complectitur, quibus iudicium informatur, alteram, quae eas continet, quae ad sententiae effectum spectant, ut rata sit et effectum sortiatur iudicium. Ut vero redeamus ad exempla ab Ulpiano proposita in L. 1. §. 1. D. h. t. primo commemoranda cautio ex operis novi nuntiatione, praestanda ab eo, qui operis novi nuntiatione impeditus, quominus aedificet, pergere velit, ut opus restituat, si aedificandi jus ei non fuit, quae tum ad primam speciem pertinebit, cf. L. 20. §. 9-12. D. de Oper. nov. nunt. (39. 1.) Ad alteram speciem referenda erit cautio iudicatum solvi. Cautio enim iudicatum solvi interponitur, ut is, qui damnatus fuerit, obligatus sit ad litis aestimationem solvendam; quam interponere debet is, qui alieno nomine intervenit, quia nemo sine satisfactione defensor idoneus intelligitur, cf. Gajus, IV. §. 101.

Ad Judiciales vero stipulationes Praetor compellit ita, ut promittere nolentem ad agendum non admittat.

§ 5.

De stipulationibus cautionalibus.

Stipulationes Praetoriae, quae cautionales vocantur, instar actionis habent et ut sit nova actio intercedunt, L. 1. §. 2. D. de Stip. praet. et actionis verbo con-

tinentur, quia, ut Cujacius dicit, quasi actiones a Praetore petuntur et dantur ex edicto, cf. L. 37. pr. D. de Obl. et act. (44. 7.); Cujacius in Paratitl. ad T. D. de Stip. praet.; Donellus. Comm. J. C. L. XV. c. 47. Praetor enim edicto suo diversos casus complexus est, in quibus cautionem interponi voluit contra damnum futurum, ut damno dato quis actionem haberet ad damni restitutionem, qua ceteroquin caruisset. Quae explicatio confirmatur tum ex cautionalium stipulationum definitione, tum ex exemplis ab Ulpiano adductis. Non tamen omnes Digestorum editiones legunt in L. 1. §. 2. D. de Stip. praet. *nova actio*, sunt quaedam, quae habent *ut sit novatio*; Prior lectio est in Florentino Codice, posteriorem tuetur editio Haloandrina, vulgatae editio habent: *ut fiat novatio*, Florentina tamen scriptura omnino praeferenda, nam non hoc agitur ut obligatio quae fuerit perimatur, sed ut nova detur actio stipulanti, quo ipsi magis cautum sit, quam ceteroquin foret. cf. Pothier ad h. t. n°. 2. Ad hanc sententiam affirmandam Cujacius affert quoque Paulum Rec. Sent. V. Tit. 9. §. 3, ubi dicitur: »Quoties judicatum solvi satisdatur, ommissa ejus actio rei judicatae persecutionem non excludit.» Vulgatam lectionem autem defendit A. Faber, cf. Bachofen. Das Römische Pfandrecht p. 302, 313.

Cautionalium stipulationum in L. 1. §. 2. D. de Stip. praet. quatuor dantur exempla, uti de legatis stipulationes, de tutela, ratam rem haberi et de damno infecto, de quibus tribus prioribus breviter agentibus, de ultima accuratius deinde agendum erit.

Cautionem *ut legatorum* dandam legatariis Praetor putavit et successoribus legatariorum et procuratoribus, ab herede ejusve successoribus, cujuscunque dignitatis vel facultatum, ut, quibus testator dari fierive voluit, his diebus detur vel fiat, dolumque malum abfuturum stipulentur, vid. L. 1. pr. D. Ut leg. (36. 3.); L. 1. §. 3. 4. L. 15. D. eod.; L. 3. §. 2. D. Ut in poss. (36. 4.); L. 3. 5. D. de Stip. praet; L. 20. D. Ratam rem (46. 8.); L. 39. D. de Damn. inf. (39. 2.).

Ob fideicommissa quoque peti potest haec cautio uti ostendit L. 114. §. 12. D. de Leg. I. (30.), sed fideicommissarius heres, antequam ipsi restituta est hereditas, cavere necesse non habet, neque fiduciarius post restitutionem, cf. L. 1. §. 7. 19, L. 4. D. Ut leg. L. 15. §. 1. eod.

Qui cavere debet, sed recusat a Praetore constringitur missione in bona hereditaria, nam sicuti heres incumbit possessioni bonorum, ita legatarios quoque carere non debere bonis defuncti Praetor voluit. Nec vero dominus fit legatarius, nec tam possessio rerum ei datur, quam custodia, ut securus sit de suo legato. Vid. L. 5. pr. D. Ut in poss. Conferendi de hac cautione Cujacius in Paratitl. ad T. D. Ut in poss. (36. 4.) T. D. Ut leg. (36. 3.); Bachofen. Op. cit. passim.

De tutela cautiones tutores curatoresve a Praetore interponere coguntur ne pupillorum pupillarumve, qui quaeve in curatione sunt, negotia a tutoribus curatoribusve consumantur aut diminuantur. Cavent autem pupillo vel adolescenti, vel si absens est, aut pupillus

fari non possit, ejus servo vel servo publico vel ei, quem Praetor indicaverit, rem pupilli vel adolescentis salvam fore. Ab cautionis necessitate excipiuntur, qui dati sunt a parente testamento tutores, quia fides eorum et diligentia ab ipso testatore probata est, aut qui in testamento confirmati sunt, tum qui dati sunt a magistratibus majoribus, qui fere post inquisitionem dantur, quasi satis idonei electi, cf. pr. J. d. Satisd. tutor. (1. 242); Gajus I. §. 199, 100.

Legitimi vero tutores in universum satisfacere debent, patronus vero ejusque liberi, si honestae sint personae, excusantur a satisfactione, si vero vulgares i. e. minus honestae, cavere debent, cf. L. 5. §. 1. D. de Legitim. tut. (25. 5.) Qui autem satisfactionem recusaverint, ab administratione repelluntur, irritaque sunt ea, quae fecerint. Ita L. 3. C. de Tut. vel curat. qui sat. non deder. (5. 42.). Qui vero satisfecerit, ipse ejusque fidejussores tenentur, si finita tutela res pupilli salva non est. Hanc cautionem *communem* esse, quatenus nonnumquam, ubi ea omissa est, eam supplet iudex et interponi jubet, si aliter res expediri nequit, docet L. 5. pr. d. V. O. (45. 1.).

Denique memoratur stipulatio ratam rem haberi, de qua cf. Gajus IV. §. 48. et Tit. D. Ratham rem haberi (46. 8.), quam cogitur Procurator, quive alieno nomine agat interponere, ut alter securus sit, ne dominus iterum de eadem re experiatur, quo casu ex illa satisfactione procurator ejusve fidejussores conveniri poterunt.

Hinc intelligimus jam omnes has stipulationes cauti-

onales novae actionis gratia introductas, tum nasciturae, quando aliquod damnum oriatur stipulanti ex facto vel omissione promittentis, easque natas ex jurisdictione Praetoris, qui ex bono et aequo introduxit, ut cautum esset.

Praeter has stipulationes cautionales et aliae inveniuntur, uti stipulatio duplae in L. 1. §. 7. D. de Stip. praet., quibus tamen omissis ad ultimo loco memoratam ab Ulpiano explicandam, cautionem damni infecti transeundum nobis est.

CAPUT I.

DE CAUTIONIS DAMNI INFECTI NATURA.



§. 1.

De cautionis damni infecti origine.

In L. 5. D. Ne quid in loco publ. (43. 8.) legimus: „Si per publicum locum rivus aquaeductus privato nocebit, erit actio privato ex lege XII Tabularum, ut noxae domino caveatur.” (1)

Quae lex nos docet, si alicui concessum fuerit, ut per locum publicum i. e. per areas, insulas, agros, vias vel itinera publica, cf. L. 2. §. 3. D. Ne quid in loc. publ. (43. 8.) aquaeductus duceret, isque aedificando alte privato noceat, tum actionem, ut de

(1) De lectione hujus loci vid. Dirksen *Zwölftaf.* p. 486. Locum non ex interpretatione Ictorum (ut *Gothofredus* putavit), sed ex XII Tab. revera desumptum fuisse notat *Bachofen das Röm. Pfandrecht.* p. 386 n°. 2.

noxa caveat proditam fuisse XII Tabulis, nam non est concedendum, ut quis cum incommodo alicujus in publico aedificet arg. L. 2. §. 16. D. Ne quid in loc. publ. Is igitur cui ex illa aedificatione damnum in suo datur, habebit jus cautionis exigendae, nam quotiescunque aliquid in publico fieri permittitur, id sic oportet permitti, ut sine cujusquam injuria fiat. Hinc quoque universe, si quis in loco publico aliquid fecerit quo illi damnum detur, perpetuum et publicum interdictum dat Praetor prohibitorium et restitutorium ex quo omnes jus populi tueri possunt, vid. L. 2. §. 34. D. eod. et L. 1. D. de Popul. act. (47. 23.).

Ex illo praecepto XII Tabul. originem habuisse cautionem damni infecti multi statuunt. Attamen illa actio de qua loquitur L. 5. cit. sic demum data videtur ad cautionem exigendam, si damnum datum esset, non igitur ut adhuc futurum praecaveretur, sed ut damnum datum illo rivo resarciretur. Nec singulare praeceptum fuisse videtur de rivo aquaeductus in XII Tab., sed potius communis multis casibus regula, ut quoties aliquis damnum dederit alteri suo opere, sua aqua pluvia (L. 21. D. de Statu lib.) actio concederetur ad damnum restituendum et fortasse quoque ad cautionem de damno deinde dando interponendam, cf. Dirksen *Zwölftaf.* p. 486. Haec res a praetoribus deinde interdictis suppleta fuit.

Atque eatenus inde cautio de damno infecto derivari potest, quatenus, damno rei alienae dato, cautio de damno futuro fortasse quoque exigebatur, quod ita ampliarunt

Praetores deinde ut etiam damno nondum dato, si metus existeret damni ex re vel opere alieno futuri pro variis rerum opportunitatibus cautiones exigerent, ut securior esset is, qui suae rei damnum ex re sive opere alterius metuebat, quo sponte ducebantur Praetores, cum derelictione rei se subtrahere potuisse videatur dominus rei quae damnum dederit necessitati restitutionis et cautionis quasi quadam noxae deditioe, quod saepe damnosum esse debuit illi, qui damnum accepisset, cum sic actione destitueretur. Tale quid enim inest in L. 7. §. 1. D. de Damno infecto, ubi dicitur in specie de damno aedibus ruinosis dato: »Quum enim animalia, quae noxam commiserunt non ultra nos soleant onerare, quam ut noxae ea dedamus, multo magis ea, quae anima carent, ultra nos non debent onerare, praesertim quum res quidem animales, quae damnum dederunt, ipsae extent, aedes autem, si ruina sua damnum dederunt, desierint exstare.»

Inde apparet Romanos olim de damno aedibus ruinosis dato quodam modo idem sensisse ac de illo, quod ab hominibus nostris animalibusve datum esset, ex qua noxales actiones oriantur. Affinitatem quandam adfuisse inter noxales actiones eamque quae ex damno re opereve dato oriretur demonstrat quoque inscriptio Legis 30. D. de Noxalib. actt. (9. 4.): „ad edictum Praetoris urbani titulo de damno infecto” si cum Legis argumento comparetur. Quamvis vero ita quaedam affinitas fuerit mansit tamen magnum discrimen, nimirum actio noxalis datur ubi damnum datum sit per

hominem quadrupedemve, ut dominus vel solvat poenam aut noxae dedat, vid. L. 1. pr. D. de Nox. actt. (9. 4.); L. 1. pr. D. Si quadr. (9. 1.); ubi vero ruina aedium damnum datum fuerit, actio datur in dominum sic demum si rudera tollere nec aedes derelinquere velit, noxae dare non potest, quia desierunt exstare ruinâ, ut docet L. 7. §. 1. D. de Damno infecto nec vero noxae deditio locum habere potest, sed tantum derelictio ruderum et aedium. Qualis autem origo fuerit cautionis damni infecti in edicto Praetoris inde quodammodo possumus conjicere. Praetor imitabatur actionem legibus XII Tab. proditam ita, ut antequam aliquod damnum datum esset, cautionem jam de damno futuro exigeret, aut mitteret in possessionem ex suo imperio, quo alter securus esset possetque facilius praecavere futurum aut id consequi quod spectarant jam XII Tabulae. Ita hac quoque in re supplevit et ampliavit jus civile ita, ut ejus vestigiis insisteret.

De damno vero facto in edicto Praetor nil dixerat, quia tum sufficebat actio civilis ex XII Tabulis, aut dabat actionem in factum. Quo autem tempore hoc edictum primum propositum fuerit plane ignoramus, hoc vero constat Ciceronis tempore cautionem jam diu adfuisse. Cf. Hesse, die Cautio damni infecti, C. III. Hinc intelligimus quare Gajus IV. §. 30. 31. dicat, post legis Aebutiam et duas Julias latas, quibus legis actiones abrogatae sunt formulaeque introductae, tamen lege actum fuisse damni infecti et apud centumvirale iudicium. Hoc casu

refert ante lege agi sacramenti apud Praetorem urbanum vel peregrinum. Quo modo autem lege actum fuerit damni infecti non tradit. Hesse in opere cit. c. III. p. 13. sqq. ed. Germ. per iudicis postulationem damni infecti lege actum fuisse putat, argumentum sumens ex L. 24. §. 2. D. de Aqua et aquae (§ 39.) ubi legimus: »Sed et si fossas fecisset, ex quibus aqua pluvia posset nocere, arbitrum, si appareat futurum, ut aqua pluvia noceret, cogere oportere fossas eum explere et nisi faceret condemnare, tametsi antequam adjudicaret aqua per fossas nunquam fluxisset.»

ICTus, ait Hesse, de causa loquitur, quae quidem non eadem est ac illa, ex qua cautio peti potest, attamen loquitur de modo, quo quis damnum futurum avertere potest, indeque ita ad actionem damni concludit. At vero quamquam revera in hac Lege sermo sit de damno nondum facto avertendo, attamen causa prorsus alia est. Intelligenda enim Lex de officio arbitri, ubi agitur aquae pluviae arcendae actione. Mucius in L. 1. §. 4. D. de Aqua et aquae (§ 39. 1.), teste Ulpiano, ait fossas agrorum siccandorum causa factas, fundi colendi causa recte fieri, non tamen oportere derivandae aquae causa fieri; sic enim debere quem meliorem agrum suum facere, ne vicini deteriorem faciat. Propterea in L. 24. §. 2. cit. docemur arbitrum decernere debere, utrum fossae a vicino factae aratro ductae sint ut arari et coli ager posset, quo casu cessat haec actio, an verò data opera sulcos transversos aquarios fecisset, ut aqua decurreret, quo casu haec actio locum habet, damno etiam non-

dum facto, si tamen opus ex quo damnum timetur factum est, ut opus restituat. cf. L. 1. §. 1. D. eod. In qua actione prouti in iudicio antiquo finium regundorum arbitrum dare solebant, qui inter vicinos arbitraretur, cf. L. 7. D. Finium regund. (10. 1.) ita ut inde certe argumentum peti non possit.

Negat vero Hesse legis actione sacramenti actum fuisse, quia haec litigandi forma non uti poterant, nisi ubi certum peterent et damnum infectum incertum esset. At vero locus Gaj i intelligendus de illa actione damni quae ex XII tabulis descendit, si damnum datum jam esset, ubi de obligatione restituendi et cavendi in posterum agebatur, de qua ipsa obligatione sine dubio poterat sacramento agi. Sed quamquam de ea re nil definire velimus, probabilior tamen sententia videtur communiter sacramento actum fuisse, quia haec legis actio antiquissima fuerit, eaque quae per iudicis arbitrive postulationem institueretur XII Tabulis recentior fuit, cum actio de damno illis jam prodita fuerit. Quamquam fortasse postea quoque, licuerit de illa causa iudicem arbitrumve postulare actori, altero se obligatum negante, quod tamen vix factum putamus post legem Aebutiam, edictumque de damno infecto propositum, ubi si quis mallet lege agere, certe agebat per legis actionem sacramenti. Jam patet quare Gajus et commodius et plenius jus Praetorium dicat, ex quo scilicet securus es statim jam antequam damnum existat, et faciliorem probationem habes, cum actio ex XII Tab. demum damno dato contra dominum rei oriatur, ita ut qui legis actione ageret, de jure suo

probare deberet, qui stipulatione, de facto tantum ob quod cautio peti posset.

§. 2.

De cautionis mentione in lege Galliae Cisalpinae.

Operae pretium est jam colligere quae nos doceat lex Galliae Cisalpinae de cautione damni infecti. Ea lex lata fuit anno 711 U. C., quo Gallia Cisalpina in provinciae formam redacta fuit. De vera ratione hujus legis post multas dissensiones exposuerunt Puchta et Savignius, cf. Puchta, Ueber den Inhalt der lex Rubria de Gallia Cisalpina, in Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, B. X. H. II; von Savigny, Nachträge zu früheren Arbeiten, eod. B. XI. H. I. p. 53. Hac lege igitur descripti sunt termini quibus continetur, jurisdictio magistratuum municipalium in Gallia Cisalpina et capite XX. magistratui Mutinensi conceditur, ut cautionem damni infecti exigat ex formula, quam is, qui inter peregrinos Romae jus dicit, in albo propositam habet, quae res cum potius imperii esset, quam jurisdictionis, cf. L. 4. D. de Jurisdic. debebat accurate describi. Si cautio ita interposita esset et damnum secutum, ex hac stipulatione dabatur actio apud Praefectum, Duumvirum vel Quatuorvirum, qui jurisdictioni praeerat. Si vero, qui cavere deberet, cautionem dare recusaret, missionem quidem non dare poterant magistratus municipales, quia ea res imperii esset nec

iis concessa, sed si damnum datum esset, agi potuit tum eodem modo, ac si revera cautio interposita fuisset.

Hujus actionis formulae in lege Galliae Cissalpinæ duae exstant, prouti vel repromittendum vel satisfaciendum fuisset. Quæri posset, quare in his formulis mentio fiat de edicto Praetoris peregrini. Nonnulli putarunt hoc fieri, quia hoc tantum de cautione damni infecti egisset, quod certe probari non potest. Puchta explicat ex jurisdictione in provinciis communi civibus et peregrinis, quae utrisque aptam formulam indicare suaserit, cum Romae alia esset jurisdictio inter cives praetoris urbani, alia inter peregrinos Praetoris peregrini. Praeterea in lege nostra nihil de missione occurrere vario item modo explicare conati scriptores. Huschke dicit legis nostrae tempore in Praetoris urbani edicto de cautione damni infecti nihil fuisse dictum, sed tunc semper legis actione de damno infecto actum fuisse, postea demum ex analogia legis XII Tab. missionem introductam, quod tamen minus probabile ob ea, quae superius diximus. Iis jurisdictio concessa erat, quae vero imperii erant eatenus permessa, quatenus lege expressum erat. Ita stipulationem damni infecti poterant exigere, quod permisum iis, quia actio damni infecti celeritatem saepius postulare et periculosa omnis dilatio esset, missio vero iis denegata erat, nec inde detrimentum oriri tam facile poterat, quia, damno dato, eadem actio dabatur ac si cautio praestita fuisset, cf. L. 4. §. 3. D. de Damno infecto. Ex hac Lege videmus praeterea

missionem postea etiam magistratibus municipalibus fuisse concessam, cetera, ergo quoque missionem ex secundo decreto reservata mansisse jurisdictioni Praetoris vel Praesidis, quae mutatio quando obtinuerit nescimus, cum introducta missione cohaereret sic demum, si ea recentior lege Galliae Cisalpinae esset, quod nobis non verosimile videtur. De actione quanti ea res est, si magistratus in exigenda cautione vel missione danda cessaverit rogatus, loquitur L. 4. §. 7. 9. D. de Damno infecto.

§. 3.

Edictum Praetoris de damno infecto.

Si autem quaeramus, quid damno infecto intellexerint Romani, definitionem habemus in Legibus 2. et 3. D. de Damno infecto.

In L. 2. legimus: »Damnum infectum est damnum nondum factum, quod futurum veremur» et in Lege 3: Damnum et damnatio ab ademptione et quasi demuntione patrimonii dicta sunt.»

Damnum igitur hoc loco est deminutio patrimonii, et infectum dicitur quatenus damnum nondum factum est, illudque futurum tantum veremur. Ut hoc damnum futurum avertatur vel securi fiamus, Praetor remedium dat. Hoc, quale fuit in edicto a Salvio Juliano tempore Hadriani composito, habemus in L. 7. pr. D. h. t. excerptum, unde videmus:

I. Eum, qui cautionem damni infecti petat, si suo nomine agat, de calumnia jurare debere; si alieno jurare debere eum, cujus nomine petit, postulaturum fuisse;

II. Quem cavere jubeat Praetor, si suo nomine cavet, repromittere, si alieno, satisfacere debere; in controversia, utrum quis dominus sit annon, sub exceptione, Praetorem satisfacere jubere;

III. Cautionem non in perpetuum sed ad certum tempus a Praetore, causa cognita, definiendum, dari; de eo opere, quod in flumine publico, ripae ejus fiet, in annos decem satisfacere jubere Praetorem;

IV. Eum cui juste postulanti non cavetur in possessionem mitti ejus rei, cujus nomine ut caveatur postulaverit;

V. Praetorem, cum justa causa adest, etiam possidere jubere eum cui cavendum erat;

VI. In eum, qui neque caverit, neque possidere passus erit, judicium dare Praetorem, ut tantum praestet, quantum praestare eum oporteret, si de ea re ex decreto suo ejusve, cujus de ea re jurisdictio fuit, quae sua est, cautum fuerit;

VII. Eum, cui non satisfacitur, simul in possessione esse Praetorem jubere, ejus rei nomine in cujus possessionem miserit, si ab eo, qui in possessione erit, damni infecti nomine non satisfacitur;

Hae edicti partes totum Praetoris officium in jure exponunt, quatenus nostram cautionem spectat.

Animadversiones ad nonnulla Edicti capita.

Qui cautionem damni infecti petit, jurare ipse de calumnia debet. Hinc dicit Ulpianus in L. 13. §. 3. D. h. t. »Quisquis igitur juraverit de calumnia admittitur ad stipulationem.» Hoc jurejurando igitur statim coercetur petentis calumnia et simul praecavetur, ne quis vexandi animo te cavere cogat. Erat hoc jam in lege Galliae Cisalpinae c. 20, cf. Zimmermann, der Röm. Civilprocess p. 543. et certe erat aequissimum. Qui autem juraverit, sive jure sive non jure petat, ad stipulationem admittitur et non inquiritur utrum intersit ejus, an non, vicinas aedes habeat an non habeat. Et revera sic demum, si damnum datum est, actio nascitur ex stipulatione, ubi igitur dari non potest, quia aedes vicinas non habet, vel alia de causa, nihil ejus interest, effectu sponte stipulatio destituitur. Et saepius res cito confici debet, quia in damno imminente fieri potest, ut res moram non patiat. L. 44. pr. D. h. t. Hinc requisitio jurisjurandi. Omnem tamen ita cognitionem Praetoris non fuisse exclusam de jure quo quis cautionem peteret, docent verba in L. 13. §. 3. D. h. t.: »Totum tamen hoc jurisdictioni praetoriae subjiciendum est, cui cavendum sit, cui non» quae Hesse l. l. p. 19. sqq. ita explicat, ut si plana res est, nulla Praetori dubitatio supposita de justa cautionis petitione jurejurando non opus sit,

nitens ea regula, notorium relevare ab necessitate jurandi de calumnia, cf. Schilter, Praxis juris Romani in foro Germanico Exerc. 42. §. 34. Sed in Jure Romano simile quid non invenitur. At vero illa verba potius indicant, si tam manifestum est, eum, qui cautionem petit, nullo id jure facere statimque alter probet evidentissime edicto locum non esse, Praetorem posse statim negare cautionem, ita ut nec opus sit jurejurando atque ita petitor statim repellatur. Praeterea sunt, quibus necessitas jurandi remitti solet uti patrono et parenti, qui a liberto vel filio cautionem petat: cf. L. 13. §. 14. D. h. t., L. 14. D. de Jurejurando (12. 2.) cf. Glück, comm. XII. §. 809. p. 364.

Possumus vero etiam per procuratorem cautionem petere, quo casu procurator jurare debet, eum cujus nomine agat, id calumniae causa non postulaturum fuisse, nisi tamen tales sint, qui si ipsi peterent jurare non cogerentur, cf. L. 13. §. 14. D. h. t. Atque haec de primo illo requisito in Edicto Praetoris. Secundo animadvertimus, eum qui cavet suo nomine repromittere, qui alieno, satisfacere debere, L. 7. pr. D. h. t. Repromittere autem est nudis verbis promittere, nullis adhibitis fidejussoribus, satisfacere est promittere adhibitis fidejussoribus. Qui vero suo nomine cavet dominus esse habetur ejus rei, cujus nomine cavet, adeoque bona, quae in dominio habet damno resarciendo sufficiunt. Qui dominus non est satis-

dare ideo debet, ut cum ipse fortasse non habeat unde damnum resarciat, agi possit contra fidejussores.

Suo nomine cavent 1°. Dominus, 2°. Bonae fidei possessor, 3°. Qui servitutis causa in alieno solo opus facit, vid. L. 13. §. 1. D. h. t.

De domino nulla quaestio, sed quaeri possit quare suo nomine cavere dicatur bonae fidei possessor. Hic enim dominus non est et quibusdam visum fuit eum satisfacere debere, at Ulpianus in L. 13. pr. D. h. t. contrarium probat. Causa esse videtur, quia, quamdiu bona fide possidet, bonae fidei possessor domino assimilatur, quam eandem fere rationem affert Noodt, dicens: „Bonae fidei possessor videtur debere satisfacere, quia dominus non est, sed, quia Publicianam in rem actionem habet et bona fides tantumdem ei praestat quam rei veritas, recte repromittit.” Vid. Noodt ad h. t.

Qui autem in alieno aliquid facit, vulgo de eo satisfacere debet, quando vero in alieno opus facit ut servitute sua utatur, magis dicendum est ut repromittat, quia de opere, quod ipsius est, cavet.

Alieno nomine cavent: 1°. Superficiarius, cf. L. 9. §. 4. D. h. t. 2°. Usufructuarius, cf. L. 9. §. 5. L. 10. cod. 3°. Creditor pignoratitius, cf. L. 11. L. 15. §. 25. cod. 4°. Qui in loco publico opus facit, cf. L. 7. pr.; L. 15. §. 2, 6; L. 24. pr. D. h. t. 5°. Missus in possessionem L. 7. pr. D. h. t.

Dubium vero est de creditore pignoratitio. Ex L. 13. §. 1. D. h. t. possit quis efficere eum repromittere debere quia jus in re habet. Attamen superficiarius et usufructuarius quoque jus in re habent et tamen satisfiant, sed L. 13. §. 1. D. h. t. explicatur per L. 30. §. 1. eodem, unde videmus non repromitti propter jus, quod quis in re habeat, sed propter opus, quod quis faciat etiam in re aliena ex jure in re, atque quodammodo ita de re sua cavere qui de suo opere cavet. Quod cum perinde de creditore pignoratitio dici non possit, hic satisfacere debebit.

De eo autem qui missus est in possessionem, L. 7. pr. D. h. t. loquitur. Ex qua Lege, collata L. 5. §. 15. in f. eod., patet missum, sive ex primo, sive ex secundo decreto, aut satisfacendo cavere, aut admittere in possessionem debere alium ejusdem rei nomine sibi caveri postulantem.

Animadvertendum deinceps Praetorem non in infinitum tempus cavere jubere, sed in stipulatione dies debet esse insertus, intra quem si damnum accidit ex cautione agi possit, L. 7. pr. D. h. t. Hanc autem diem Praetor re cognita decernit, modo longiorem, modo breviorum pro re nata. Si per errorem omissa est dies, Praetor liberat promissorem eo die, in quem alioquin caveri solet, L. 15. §. 1. D. h. t. Evenire vero potest, ut, si dies existat, causa petita cautionis adhuc duret, quo casu Praetor jubere potest ut iterum ex

integro renovetur vel proteletur, cf. L. 4. pr. L. 15. pr. D. h. t. De eo opere, quod in flumine publico ripave ejus fit, Praetor in annos decem satisfari jubet. Vid. L. 7. pr. L. 15. §. 2. D. h. t. L. 1. pr. de D. Ripa munienda (43. 15.). Si tamen in via publica opus aliquod fit, Praetor, causa cognita, tempus pro conditione operis determinat, vid. L. 15. §. 6. 7. D. h. t.

Die existente actio, ut sponte patet, sublata est, si vero damnum dari inceperit inter diem stipulatione comprehensum, agi poterit, quamquam damnum demum postea totum acciderit, prouti Sabinus apud Paulum exponit in L. 18. §. 11. D. h. t.

Notanda denique cura Praetoris ne ubi cautis petita esset, quis propter ignorantiam, praestare eam omittens, inde damnum haberet per missionem in possessionem. Eo spectant verba edicti relata in L. 4. §. 5. D. h. t. „Dum ei, qui aberit, prius domum denuntiari jubeam.” *Abesse* autem ibi duplici modo intelligendum est, sive quis domi non fuerit sive quis praesens non adfuerit in jure, quibus similiter verecunde Praetor denuntiari jubet, non extrahi de domo, v. L. 4. §. 5. D. h. t. Illud autem domum denuntiari late patet, spectat enim non tantum domum propriam alterius, sed etiam omnem domum, in qua forte habitat. Quodsi habitatione careat ad ipsum praedium erit denuntiandum i. e. ad aedes, locum vel opus,

cujus nomine quis cautum sibi velit, aut procuratori ejus vel certe inquilinis, v. L. 4. §. 5. D. h. t.

Cessat autem haec pars edicti, ubi nemo sit, cui nuntietur, quod tunc evenire potest, cum hereditaria insula est neque hereditas est adita, vel si heres non exstet neque inhabitetur. Tutius tamen est ad ipsas aedes libellum proponere, quia ita fieri potest, ut monitus defensor existat, L. 4. §. 6. D. h. t.

Eadem observanda sunt a Praeside provinciae et ab iis magistratibus municipalibus, a quibus recte cautio petitur. Si vero post denuntiationem nemo existat, qui caveat, sequitur missio in possessionem eamque nunc quoque magistratus municipales concedere debent, ita tamen ut si forte dureret non caveri, a Praetore vel Praeside Provinciae petendum sit, ut possidere liceat, quod causa cognita demum concedi solet. Si vero petita cautio est, atque magistratus municipales hoc non curaverint, adeoque petitori cautum non sit, damno dato, in eos judicium datur, quanti ea res est, cujus damni infecti nomine cautum non erit, quod non ad quantitatem refertur sed ad id, quod interest, et ad utilitatem venit non ad poenam, et rei persecutionem continens haec actio datur heredi et in heredem et perpetuo, L. 4. §. 8. 10. D. h. t. Quae actio tamen cessat si, magistratu se non interponente, facile Praetor vel Praeses adiri potuerit, atque propterea magis petitoris

socordia et negligentia quam magistratum omissio
 in causa fuerit, quare non cautum fuerit, L. 4. §. 9.
 D. h. t.

Ceterum haec eadem valere, ubi, die existente,
 cautio renovanda vel protelanda est docet L. 4.
 pr. D. h. t.

CAPUT II.

DE CAUTIONIS ARGUMENTO.

§ 1.

De cautionis proposito.

Quisque sua re pro arbitrio uti potest, dominus enim plenissimum usum suae rei habet. Hesse tamen l.l. p. 10, huic regulae derogare cautionem damni infecti putat, eamque comparat cum servitutibus quatenus dominium limitet. Quod tamen vix probandum, nam si ab aliquo cautio petitur fit hoc, quia ex ipsius re damnum timetur. Cautionis praestandae necessitas est effectus domini, non ejus limitatio, limitatum jus enim tum dicitur, ubi non plenum, non totum ad nos pertineat, veluti ubi dominium alterius jure in re circumscriptum est. Cautio vero nullam domini limitationem continet, quia illi cui cautum est, ex illa cautione nullum jus in re competit.

Praecavere ne res nostra alteri damnum det, quod quidem aequitas postulat, propositum est cautionis d. i. atque sic fieri poterit ut dominus malit suam rem reficere quam damnum praestare, sed directe certe eo non cogitur, adeoque si rem derelinquere velit potest se liberare a necessitate cautionis. Hinc non assentimur Hassio in libro: Die Culpa des Römischen Rechts §. 3, putanti per cautionem d. i. dominum praecise ad factum cogi, nam revera Praetor cogere neminem potest ad praestandam cautionem, nisi indirecte missionibus in bona ex primo et secundo decreto.

In L. 6. D. h. t. Gajus dicit nonnunquam damno dato nullam competere actionem, non interposita antea cautione, et plerisque placere ruinosarum aedium dominum ne cogi quidem posse ruderem tollere, si modo omnia, quae jaceant pro derelicto habeat. Quae intelligenda sunt de eo casu, ubi negligentia vel socordia is qui damnum ruinam sentit, petere cautionem neglexerit, qua in re h. l. aliud quid dicitur ac in L. 7. §. 2. D. ex Juliano refertur, cf. L. 8. L. 9. pr. D. h. t. uti in Glossa jam notatur, quo posteriore loco agitur de illo casu, ubi propter aliquod impedimentum cautio petita vel interposita non fuerit.

Quaestio vero inter Jurisconsultos fuit agitata, quale jus habeat is qui damnum passus fuerit ratione ruderum in solo suo jacentium. De illo jure duae exstant in primis opiniones, Julianus

et Neratius in L. 7. §. 2. L. 9. §. 3. h. t., L. 5. §. 4. D. Ad exhibend. (10. 4.) L. 8. D. de Inc. ruin. naufr. (47. 9.) ei jus retentionis concedunt si dominus ad exhibendum agat, ut non aliter ei potestas tollendi concedatur, quam si caverit de praeterito quoque damno. Alfenus et Labeo, L. 9. §. 1. 2. D. h. t. hoc ei denegant, ita ut si petat dominus dandum sit in ipsum iudicium de damno jam facto, cum arbitrio iudicis, apud quem res prolapsae petantur, damnum quod ante sensit non contineatur. Cf. Vangerow, Pand. L. V. c. 5. Sect. IX. Et possit certe videri jus retentionis negandum esse ex comparatione interdicti de glande legenda, quo quis utens tantum cavet de damno futuro, non de praeterito, cf. L. 9. §. 1. D. Ad exhibend. (10. 4.) et praeterea jus retentionis fere competit tantum contra eum, qui mihi undecunque obligatus, nondum suae obligationi satisfecerit, cf. L. 31. §. 8. D. de Aed. edict. (21. 1.); L. 50. §. 1. D. de Heredit. pet. (5. 3.); L. 13. §. 8. D. de Act. emt. vend. (19. 1.) Ubi vero nulla cautio interposita est, nulla exstat obligatio. Attamen sunt quae opponi possint, in primis si ad aequitatem respiciamus, quae plurimum hac in re valuit quaeque vix patitur ut dominus rem recuperet cum nostro damno, quo ducit quoque comparatio ab Ulpiano instituta cum actione de pauperie, quae est noxalis, cf. Donellus C. J. C. XV. c. 47. init.

Hinc tamen intelligimus quale cautionis d. i. propositum fuerit, ut magis cautum esset illi, qui damnum suae rei ex alterius aedibus timeret, atque ita plenior et validior actio concederetur, damno dato, contra eum, qui monitus rem suam restituere vel fulcire vel derelinquere nolisset.

§ 2.

De cautionis argumento.

Ex L. 24. §. 2. 9. 12. collata L. 18. D. Ratam rem haberi (46. 8.) Cujacius restituit hanc cautionis formulam: „Quod aedium tuarum arborum, loci, operisve vitio intra diem illum damnum mihi contigerit, sive quid ibi ruet, sive scindetur fodietur aedificabitur, ejus rei nomine mihi heredive meo, successorive sive ad quem ea res qua de agitur, pertinebit, quanti ea res erit, tantam pecuniam dari promittis?” cf. Opera, V. p. 6. Haec tamen formula pro variis rerum opportunitatibus diverso modo a Praetore concepta videtur, uti Donellus monuit, nec semper iisdem verbis cautum.

Cautio vero peti potest non tantum ob aedium, loci, operis, arboris vitium, sed etiam si quid ruet, scindetur, fodietur, aedificabitur. Non tantum ergo propter opus jam factum, sed etiam propter opus, quod nunc demum fit.

Sponte igitur nostra disputatio haec investigare debet. 1°. Quid sit vitium aedium. 2°. Quid sit vitium operis locive. 3°. Quid sit vitium arboris. 4°. Quid signifcent verba, si quid rait, scindetur, fodietur, aedificabitur, cf. Hesse C. V. p. 22. Ubi quaerimus I. Quid sit vitium aedium, recurrendum ad L. 24. §. 2. D. h. t., ubi legimus. „Vitium autem aedium et loci esse, Labeo ait, quod accidens extrinsecus, infirmiores eas facit.” Ex verbis sequentibus patet h. l. vitium, quod extrinsecus venit, opponi vitio naturali, quod cautione non continebitur. Tale autem vitium intelligitur quod ruina, vetustate aliove modo accidit, ut jam aedes facilius corruant, quam pro sua naturali conditione corruerent. Hinc igitur quoque efficiendum, quatenus tale vitium internis partibus aedium accidens in cautionem veniat; scilicet sic tantum hoc fiet, si tale sit vitium ut periculum sit, ne sua ruina partes externas trahat et sic vicino damnum det, quo ducit analogia ex L. 13. §. 2 D. h. t. ubi legimus aliquem a vicino, licet integras habeat aedes, cautionem exigere posse propter vicinitatem aedium ruinosarum, quia fieri potest ut aedes ruinosae in non ruinosas aedes incidentes damnum illi dent. Vitium praeterea tale esse debet, quo aedes infirmiores fiunt. Ubi enim nullum damni periculum, ibi cautio peti non potest; puta si lapis structilis excidit, hoc vitium aedium esse potest, sed ut plurimum nullam causam dat cautioni peten-

dae. Si vero deinde plures excidunt lapides, eoque murus fit infirmior, revera cautio peti poterit. Ratio differentiae inter vitium naturale et extrinsecus accidens est haec: posterius vitium est tale, quod domini voluntate fere tolli potest, et nascitur ex mala aedificatione, materiae corruptione vel rei vetustate. Naturale contra vitium a natura venit, ut perpetuo adsit et ut plurimum restitui non possit, est, ut ita dicam, cum ipsa re natum, qualia tamen naturalia vitia in aedibus vix erant, sed de loci vitiis loquentes, ea veteres memorant. Vitium denique quod a natura fit, veluti vi tempestatis, terrae motu, inundatione cautione non continetur, quia iniquum esset. Quod enim tam firmum aedificium est, ut fluminis aut maris aut tempestatis, aut ruinae, incendii aut terrae motus vim sustinere possit? Haec enim vim habent divinam, ex qua damnum sibi datum quisque ferre debet. Si tamen vitio aedium damnum ex tali casu acciderit, quod similiter non accidisset, si dominus opportune fulsisset vel praecavisset, hic tenebitur, cf. L. 24. §. 3-5. D. h. t.

Stipulatio vero non solum ad totas aedes pertinet, sed etiam ad earum partes potest referri, L. 24. §. 2. D. h. t., quo casu de illo demum damno agi poterit, quod hac parte datum fuerit.

Animadvertendum vero de vitio aedificii caveri ubi aedificium jam adest, ubi vero de opere aliquo quod fiat, agatur, de operis vitio cavendum, quod igitur multo latius patet.

II^o videndum quid sit *operis locive vitium*. Quae in L. 1. §. 12. D. de Op. nov. nunt. (39. 1.) leguntur: „Eorum, quae solo conjuncta sunt, aedificatio vel demolitio videtur opus continere. Idcirco placuit, si quis messem faciat, arborem succidat, vineam putet, quamquam opus faciat, tamen ad hoc Edictum non pertinere,” coll. L. 5. §. 1. D. d. V. S. eadem et de cautione d. i. ex operis vitio valent, de illo enim opere agitur quod quidem prohibere non possumus, sed ex quo tamen damnum metuimus, quia male fiat, v. c. male aedificetur, ita ut jam nunc dum fiat vel postea, ubi perfectum erit, periculum sit ne corruat. Cautio vero de operis vitio tantum illud vitium spectat, quod ipsi operi inhaereat, quia male, imperite, periculose fit, quodque faciens opus praecavere potest. Si vero quis *in suo* opus faciat, simul cavere debet *de loci vitio* sive de eo vitio, quod loco extrinsecus accidens, damnum dare possit, cf. Donellus l. l. XV. 27. p. 847. Hinc nemo dixerit palustris loci vel arenosi nomine quasi vitiosi, committi stipulationem, quia naturale vitium est, si vero quis aedificans male fundamenta posuerit et hinc opus ruinosum fiat, omnino committetur, cf. Glossa ad L. 24. 52. D. h. t. Poterit vero fieri ut aliquis etiam non aedificet, sed alio modo opus faciat in suo loco, ut inde damnum vicino oriri possit et tum sine dubio etiam hac stipulatione tenebitur, si v. c. fodiendo, terram congerendo similibusve

periculosi quid vicinis molliatur, cf. Hesse, p. 37. 38.

III° videndum quid sit *arborum vitium* quod in eo maxime positum videtur, si arbores loco quem tenent, damnum minantur e. g. si arbor vento in vicini fundum inclinata est ita ut facile labens damnum dare possit, L. 2. D. de Arb. caed. (43. 27.) vel si ejus radices vivere desinunt et ita periculum adest ut cadat, L. 3. §. 5. D. de Arb. furt. caes. (47. 7.) denique.

IV° quaerendum de illis verbis *si quid ruet, scindetur, fodietur aedificabitur*, nec sane difficilis caquaestio esse potest. Romani enim, pro more ipsorum accurate loquendi, illis indicare voluerunt varios modos, quibus ex vitio aedificii, operis locive, vel arboris damnum dari possit, *ruere* enim de aedificiis in primis dicitur, cf. L. 1. §. 3. L. 4. de Imp. in res dot. (25. 1.) prouti alia verba de opere locove vitioso usurpantur.

Ex dictis ergo colligimus cautionem spectare damnum metuendum ex vitio aedificii, operis locive vel arboris non naturali nec vi majori orto, sed extrinsecus accedente, si scilicet quid ruet, scindetur, fodietur, aedificabitur.

§. 3.

Exemplis haec confirmantur.

Opera ob quae cautio peti potest possunt fieri

vel in nostro, vel in alieno juris nostri tuendi causa vel in publico loco, nec tamen semper eodem modo et eodem ambitu, quod nunc exemplis quibusdam confirmabimus. Quando cautio competit ob opera in proprio loco facta cavendum de operis locive vitio et quidem sine satisfactione, nuda re promissione, quia tum ipse dominus est, qui cavet, L. 24. §. 2. D. h. t. Illa stipulatione autem non tenebitur is, qui quid jure in suo faciat, quamquam vicinus eo prohibeatur uti lucro quod adhuc faciebat, L. 26. D. h. t. sed tantum tenebitur si vitio operis ab eo facti damnum secutum est, quod prudentius agens praecavere potuisset. Sic qui furnum facit cavere debet, L. 24. §. 7. D. h. t. de eo periculo, quod ex mala constructione mihi oriatur, nec tamen venit in hanc stipulationem si furnarii culpa damnum datum fuerit, aut tale fuerit, cui nulla ope occurri potuit, cf. L. 27. §. 10. D. ad L. Aquil. (9. 2.), unde videmus, si mea paries exustus sit, nec cautio fuerit interposita, dari actionem in factum. Ibi igitur datur actio in factum si factum est, quod ne fiat cautione cavetur. Atque eodem modo intelligenda L. 18. D. de Serv. pr. urb. (8. 2.). „Si fistulae per quas aquam ducas aedibus meis applicatae, damnum mihi dent, in factum actio mihi competit, sed et damni infecti stipulari a te poterō.” Adeoque ubi de damno dato egeris poteris adhuc de futuro cautionem petere. Sed quaeritur quid juvet cautio cum, ea ommissa, tamen habeas actio-

nem in factum si damnum datum est. Sed praestat ubi metuis, alterum obligatum habere, quia sic eris securior et alter cautior erit et obtinebis facilius si modo probaveris loci operisve vitio damnum datum esse, cf. Lex Dei. XII. 7. §. 8. Cautionem latius patere probat quoque L. 24. §. 12. D. h. t. ubi dicitur stipulatio committi, si tam alte fodiam in meo ut paries tuus stare non possit, debes enim scire naturam loci tui, nec ibi ita fodere, ut mihi damnum des. Similiter in L. 17. §. 2. D. Si serv. vind. (8. 5.) videmus eum, qui secundum vicini parietem in suo sterquilinum posuerit, ex quo paries madescit, teneri cautione damni infecti, ubi videmus eum, qui jure servitutis sibi debitae usus, nocere vicino possit cavere debere, cf. Glück, §. 672. p. 133. ut de vitio operis teneatur. In L. 24. §. 9. D. h. t. aliud est exemplum, ubi si vetustate arborum effectum ut vi tempestatis constractae damnum dederint, stipulatio, si quid arboris locive vitio acciderit, committi affirmatur simileque de aedibus dicitur §. seq. si vitio suo damnum dederint. Videmus scilicet quam caute Romani providerint ut de alterius aedibus, opere, loco, arbore damnum non acciperemus, quatenus dominus hoc praecavere potuit.

Quando vero cavendum est, ubi juris tuendi causa in alieno opus fiat, de operis tantum vitio caveri debet. Sic eum, qui cloacam privatam reficere, vel purgare vult, quae ex suis aedibus ad

alienas pertinet tuetur Praetor, ne ei vis fiat, quum in tuo reficiat, dummodo de damno infecto quod operis vitio fiat caveat. Ut cloacae enim reficiantur publica utilitas postulat, ne sordibus urbs inquinetur, debet autem ita fieri ne alius inde damnum sentiat in suo, L. 1. pr. §. 8. 12. D. de Cloacis (43. 23.) L. 5. §. 11. D. de Operis nov. nunt. (9. 1.).

Similiter in L. 1. §. 38. D. de Aqua quotidiana (43. 20.) dicitur: „Quo ex castello illi aquam ducere ab eo, cui ejus rei jus fuit, permissum est, quo minus ita, uti permissum est, ducat, vim fieri veto. Quandoque de opere faciendo interdictum erit, damni infecti cavere jubebo.” Etenim qui a Principe impetravit, ut aquam ex receptaculo publico duceret, non potest prohiberi, quominus opus faciat, ut eam aquam ducat, alteri tamen cavere debet de damno ex vitio illius operis oriundo, ut ita nullius res diminuatur. Praetor igitur interdictum prohibitorium concedens, simul cavere cogit. Eodem modo in L. 3. §. 11. D. de Itin. act. priv. (43. 19.) Praetor prohibet vim fieri ei, qui iter actumve, quo hoc anno nec vi, nec clam, nec precario ab adversario usus est, reficiat, si is adversario damni infecti, quod per ejus vitium datum est, caveat. Quod idem universe valet de omni opere, quod is, qui jure servitutis, quam habet, facit in alieno, ut de vitio operis domino loci repromittat, L. 30. D. h. t.

Dominus enim pati omnino servitutem debet, nec prohibens opus potest servitutis usum impedire, nec tamen alter eo jure sic debet uti, ut vitio operis domino damnum det. Quoties igitur ad usum servitutis opere aliquo facto erit opus, cautio interponenda de vitio operis inter dominum praedii servientis et dominum praedii dominantis. Inde intelligimus interdictum de rivis purgandis reficiendis deque fonte purgando reficiendo, L. 1. pr. D. de Rivis (43. 21.) L. 1. §. 6. D. de Fonte (43. 22.) non fuisse datum, nisi is qui reficiendi causa opus faceret, de vitio operis domino cavisset, ut dominus securus esset de omni damno, quod inde oriri posset. Cautio vero, quae occurrit in L. 7. D. Si servit. vind. (8. 5.) alterius generis est. Pertinet enim ad judiciales cautiones, quae officio judicis praestantur. Qui damnum metuit, quia vicinus parietem non reficiat, ad quam reficiendam jure servitutis teneatur, actionem habet in rem magis quam in personam, i. e. confessoriam actionem, ubi iudex vel reficere vel cavere jubet. De ipsa vero hac servitute oneris ferendi et cautione, cf. Glück, X. p. 16. 241.

De operis vitio denique similiter tantum cavendum est quando cautio petitur propter opus, quod in publico fit. Scilicet in flumine, litore, via publica, quia communis est usus, publice cuique licet aedificare, destruere, dum tamen hoc sine incommodo cujusquam fiat, attamen si quid fiat in

loco publico ripave fluminis omnes opus novum nuntiare possunt, sicque impedire, L. 1. §. 17., L. 2. §. 4. D. de Op. nov. nunt. (39. 1.) aut saltem cogere ad cautionem damni infecti interponendam de vitio operis. Qui autem inde incommodum habet praeterea a Praetore interdictum habet prohibitorium et restitutorium, quo alter prohibetur facere, factumque restituere jubetur, L. 2. pr. §. 35. 36. D. Ne quid in loco publ. (43. 8.) L. 1. pr. §. 19. 20. D. de Flumin. (43. 12.). L. 1. pr. §. 11. D. Ne quid in flum. (34. 13.). L. 24. pr. D. h. t., quae interdicta perpetua sunt et popularia. Ut igitur in loco publico aliquid facias decreto Praetoris L. 50. D. de Acq. rer. dom. (41. 1.) vel potius Principis opus est, quatenus non lege, senatus consulto, edicto opus ibi habere permissum, quod tamen sic demum permitti solet, ut sine cujusquam damno hoc fiat. Si vero cuidam inde periculum immineat cautionem exigere poterit cum satisfactione de vitio illius operis L. 24. pr. D. h. t. ubi de loci vitio eum cavere debere expresse negatur. Sic igitur vicinus securus esse poterit sibi opus non nociturum nec dum fit nec ubi factum est. Attamen haec stipulatio tantum pertinet ad ea opera, quae privatim fiant, si publice opus fiat vel publice aliquid reficiatur, Princeps adeundus erit vel Praeses Provinciae ex L. 6. D. de Operib. publ. (50. 10.), qui tum providere debebunt. Ad hanc causam quoque is

pertinet, qui viam publicam, iterve publicum aperiat vel reficiat, quem publicam utilitatem curantem Praetor tuetur, L. 1. pr. D. de Via publ. et itin. publ. refic. (43. 11.), sed eum, si vicinus velit, damni infecti debere cavere, si quod operis vitio fiet, indicat L. 1. §. 1. D. de Ripa munienda (43. 15.) ubi hoc interdictum cum illo comparatur. Qui autem ripam munire velit et propterea opus faciat in flumine publico ripave ejus, damni infecti cavere debet in annos decem vicinis iisque, qui trans flumen possident. Hinc videmus vinculum, quod inter cautionem damni infecti et operis novi nuntiationem intercedat, quatenus, qui damnum ex alieno opere timet, potest novum opus nuntiando opus inhibere, donec sibi cautum fuerit, ut ita securus de damno nuntiationem remittat, quae nuntiatio damni depellendi gratia dicitur fieri in L. 1. §. 16. D. de Op. nov. nunt. Satisfactio vero de opere restituendo, quae vice nuntiationis remissae venit, cf. L. 20. §. 1. 9. D. de Op. nov. nunt. plane alia est ac cautio damni infecti. Praeterea operis novi nuntiatione non amitti jus cautionis exigendae docet L. 13. §. 10. D. h. t.

§. 4.

De vis qui cautionem utiliter petere possunt.

Jam vidimus eum, qui de calumnia juraverit,

ad cautionem admitti. At vero, ubi damno dato ex ea agendum est, nascitur quaestio, quibus ea efficax erit. Sic enim is demum, qui juste sibi caveri postulaverit, ex cautione obtinere poterit; si quidem certe in formula stipulationis ipsa ea erant comprehensa, quae excluderent eum, qui injuriâ sibi caveri postulasset. Alia igitur quaestio an alicui cautum, alia an efficax cautio fuerit. De hoc videndum, de illis igitur, qui utiliter, efficaciter sibi caveri postulare possint, cf. Bachofen, l. l. p. 110.

Viam nobis monstrat Paulus, L. 18. pr. D. h. t. „Damni infecti stipulatio competit non tantum ei, cujus in bonis res est, sed etiam cujus periculo est.” qua nobis eos indicat, quibus cautio competit, 1°. qui rem in bonis habent, 2°. quorum periculo res est.

Rem autem in bonis habere dicitur is, qui eam ita acquisivit ut possidens exceptionem aut amittens actionem ad eam recuperandam habeat, L. 52. D. de Acq. rer. dom. (41. 1.) eaque in bonis computantur, non solum quae domini nostri sunt, sed etiam si bona fide a nobis possideantur vel superficiaria sunt. L. 49. D. de V. S. ubi quae praeterea adduntur: „Aequè bonis annumerabitur si quid est in actionibus, petitionibus, persecutionibus, nam haec omnia in bonis esse videntur,” ad nostrum argumentum non pertinent, quod talia excludit. Scilicet Paulus hoc *in bonis esse* usurpavit, ut res

indicaret, quae in dominio nostro sunt quaeque jure gentium acquisita possideamus, simulque jura in re comprehenderet, servitutes, quae item in bonis recensentur. Hoc probant illa loca, ubi cautio conceditur domino jure civili, eique qui modis naturalibus acquisiverit, superficiario, fructuario.

Verbis vero, *quorum periculo res est* quid significaverit efficiendum ex *periculi* significatione. Periculum est damnum quod rei undecunque imminet, quod ita nobis praestandum est, quatenus, prudentiâ nostra atque diligentîâ avertere debuimus vel potuimus. Vid. L. 27. §. 29. ad Legem Aquilianam (9. 2.) et L. 13. §. 5. D. Loc. cond. (19. 2.). Quatenus igitur periculum praestare debeamus, pendet a culpâ vel custodiâ praestanda, et nonnunquam periculum ita dolo et culpa opponitur ut in primis illud damnum notet, quod casu contigerit quodque non praestatur; nonnunquam vero rursus ita omne damnum notat, ut omnino praestandum sit quatenus vel dolo vel culpa datum sit, cf. L. 5. §. 1., L. 17. §. 1. 2. 4. D. de Praescriptis verbis, L. 14. §. 16. D. de Furtis (47. 2.), L. 13. §. 1. D. de Liber. causa (40. 12.), L. 5. §. 13. 14. D. Commod. (13. 6.), L. 54. D. de Act. emt. (19. 1.), quae docent *periculum praestare* significare praestationem omnis culpae sive custodiae. Cf. de hac re omnino Hasse, Die Culpa des Röm. Rechts, §. 77.

Paulum vero his quorum periculo res esset,

intellexisse eos qui custodiam omnemque culpam ejus nomine praestare deberent, probatur ejusdem Pauli verbis in L. 21. et L. 38. D. h. t. ubi periculum de custodia et omni culpa usurpatur. Et recte revera ei cui custodia praestanda est datur cautio damni infecti. Locum enim domini tenet, et quia de omni damno tenetur, quod avertere potuisset, tenetur etiam de damno, quod ex vitio alienarum aedium, alieni loci, operis, arboris extiterit, quod cautione petenda praecavere potuisset. Ad custodiam certe quoque aversio damni refertur. Hinc igitur patet universe eos jure petere posse cautionem, qui jus in re habent et quorum periculo res est, L. 8. pr. L. 9. D. h. t.

Nunc de singulis videndum. De domino nulla dubitatio, attamen animadvertendum est, eum toties inutiliter stipulari, quoties alia actione damnum suae rei datum salvum habet, v. c. si dominium ejus, usufructus alterius est, non potest ab usufructuario caveri sibi postulare ob aedes quas hic vicinas habet, quia habet cum eo actionem, ut viri boni arbitrato fruatur, vid. L. 18. §. 2. h. t., qua etiam continetur damnum quod sua re dedit rei cujus usumfructum habuit. Ex cautione dominus consequetur, quanti ejus interfuerit, L. 5. D. h. t. ubi igitur nil interfuit, quia aliunde habet salvum, inutilis stipulatio, quod enim alia actione quaeri potest, in stipulationem d. i. omnino non deducitur.

Sequitur usufructuarius, cui recte caveri legimus etiam in L. 5. §. 2. et L. 13. §. 8. D. h. t. Ab vicino in cautione consequetur quanti ejus interfuerit damnum datum non fuisse, a domino vero usufructuarius cautionem petere non potest, earum aedium nomine, quarum usumfructum habet, si alias vicinas habet, quia reficiendi facultatem habet qui usumfr. habet, cf. L. 18. §. 2. D. h. t.

De superficiario loquitur L. 13. §. 8. et L. 39. §. 2. D. h. t., ubi cautio dicitur latius patere, quia an operis novi nuntiatio superficiario concedenda esset, dubitabatur. Attamen ubi usufructuarius vel superficiarius cautionem petat, etiam dominus petere poterit, L. 39. §. 2. D. h. t., quo simul loco videmus quomodo ei utilis esse poterit. Ad eandem classem quoque pertinet creditor pignoratitius quia is quoque quodammodo jus in re habere videatur, vel potius, quia ejus quoque interest, ut res salva sit. De eo tamen dubitatum fuisse probat L. 11. D. h. t. ubi Marcelli contraria opinio refertur. Hic scilicet insistens dominii notioni negabat cautionem ei, cui res tantum pro debito obligata esset, quique igitur non directe damnum sentiebat, sed tantum eatenus, quatenus minus securus forte de suo debito esset, sed Ulpianus, hoc moderans, aequissimum tamen puto, ait, huic (i. e. creditori) prospiciendum per stipulationem, de quo loco, male a nonnullis explicato, cf. Bachofen, das Röm. Pfandr. p. 111.

Superest ut de bonae fidei possessore quaeramus. Ei, qui bona fide a non domino emit stipulationem non competere, ait Marcellus et Ulpianus in L. 13. §. 9. D. h. t., contra quos post alios multis disputat Hesse p. 71 sqq., sed, ut nobis videtur, injuriâ, nam idem affirmatur in L. 11. D. h. t. et revera causa bona adest, quare ita censuerint JCTi. Qui enim possidet, licet bona fide et justo titulo possideat, statim atque constat eum a non domino emisse, revera dominus esse non potest, adeoque jure tanquam dominus considerari nequit, quare etiam Ulpianus in L. 23. §. 1. et Paulus in L. 48. §. 1. D. de Acq. rer. dom. (41. 1.) negant eum fructus amplius suos percipiendo facere, et vero domino vindicanti restituere debet. Nullum igitur amplius jus in re proprie habet, eamque retinet tantum donec verus dominus veniat, cui sic eam restituere debet, ut est, suo dolo non deteriore factam. Nulla igitur causa, quare cautionem damni infecti ipsi concederent, cujus revera non interest, cf. Voetius ad h. t. n°. 4. p. 676. Nec movet, quod usucapiendo fortasse dominus fieri possit, nam alia prorsus haec res est, hoc enim ad jus, illud ad vim cautionis pertinet, et sic ubi dominus extiterit sine dubio cautio ipsi jam proderit, quia jam de sua re cavet sibi acquisita, nec item obstat, in aliis eum tueri Praetorem contra alios, nam tum agitur de possessione tuenda contra alios

cam aggredientes, nostro casu contra de ea cautione agitur quae tantum datur ei, qui jus in re habet vel custodiam debet. Ex his vero patet qui bona fide emit, quamdiu illaesam conscientiam habet juris alieni, nec probari potest eum a non domino emisse et proinde dominum non esse, recte ex cautione agere, de qua re nemo dubitat.

Accursius opinatur ex rigore juris Marcelli sententiam probandam esse, non vero ex aequitate, cui assentitur Galvanus de Usufr. CXXXVII. 4. Ex sententia Joannis in glossa memorata bonae fidei possessor a quovis, excepto domino, cautionem petere potest, cui sententiae accedit Zoelsius, comm. ad Pand. h. t. n. 7. p. 632. Inter eos, qui bonae fidei possessorem utiliter cautionem petere posse statuunt, memorandi quoque von Reizenstein in peculiari scriptione de hoc argumento: Num bonae fidei possessori deneganda sit damni infecti stipulatio? Monachi 1830, Mackeldey. Lehrbuch des heutigen Röm. Rechts, ed., 12^a, Giessen 1842 §. 484 et Hesse, l. l. von Reizenstein tamen cautionem concedit bonae fidei possessori ex causis, uti ipse confitetur, magis probabilibus quam probatis, magis justitiae, quam juri accomodatis. Mackeldey pro *id est creditori* legendum censet *item creditori*, et sic locum explicat, sed est hoc mera conjectura nullo codice probata. Accuratus disputat Hesse argumento desumpto ex

L. 18. pr. D. h. t. et L. 49. D. de V. S. (50. 16.) quia bonae fidei possessor in hac Lege occurrit inter eos qui rem in bonis habent. Bonae fidei possessorem h. l. intelligendum putat, qui bona fide a non domino emit remque possidet (L. 7. §. 16. D. de Publ. (6. 2.)), L. 13. pr. D. h. t.). Jam, ait, ut quis habeat operis novi nuntiationem, actionem confessoriam et negatoriam, actionem ex lege Aquilia, actionem in factum de religiosis, debet habere jus in re, adeoque proprie his actionibus carent superficiarius, bonae fidei possessor et creditor pignoratitius. Postquam vero superficiario et creditori pignoratitio utiles in rem actiones et bonae fidei possessori Publiciana dabantur, aliae quas nominavimus actiones iis quoque tributae fuerunt. Superficiario certe operis novi nuntiationem dant Jurisconsulti, quia ei utiles in rem actiones concedit Praetor, L. 3. §. 3. D. de Op. nov. nunt. (39. 3.), et cuivis qui utilem in rem actionem habet utilem confessoriam concedunt (L. 16. D. de Servitutibus (8. 1.)); bonae fidei possessori et superficiario actionem praeterea ex lege Aquilia, (L. 11. §. 8 et 13. D. ad Legem Aquiliam (9. 2.)) dant. Negatur autem bonae fidei possessori actio in factum in L. 2. §. 1. D. de Religiosis (11. 7.), quia Ulpianus non meminit, ei Publicianam competere. Tum sic Hesse ratiocinatur: Primis temporibus actionem in rem non habentes superficiarius, creditor pignoratitius et bonae

fidei possessor non poterant dicere rem suam esse neque agere de damno infecto, quoniam de ea re lege ageretur et alieno nomine legis actionibus agi non posset. Cum vero postea stipulationibus in hac re uterentur Romani, Marcellus non recordatus praetoriis stipulationibus etiam alieno nomine stipulari permissum, vulgarem regulam, neminem alteri stipulari posse, cautioni damni infecti applicuit, ideoque in L. 11. D. h. t. de bonae fidei possessore dixit „nec in hujus persona committi stipulationem.” Marcellus igitur ob eandem causam utrique et creditori pignoratitio et bonae fidei possessori negat cautionem, Ulpianus priori eam concedit ideoque alteri etiam tribuere debuit. In L. 11. D. h. t. vero *huic* referendum est ad bonae fidei possessorem et verba *i. e. creditori* ab iis sunt interpositum glossema, qui crediderunt locum spectare ad creditorem pignoratitium. Neque Legi l. h. t. adversari L. 13. §. 9. D. h. t., putat, cum voce *sed* Ulpianus Marcelli sententiam reprobet. Cohaerent potius ex ejus opinione leges citatae et verbis: „ait Marcellus” miratur Ulpianus, quare tale quid putare potuerit Marcellus, ideoque hujus verba allegat Ulpianus ut ea refellat. Hessium refutare non valde difficilis res est. Verborum enim *in bonis* interpretatio, quae in L. 49. D. de V. S. (50. 16.) occurrit, cum sit generalis, ad nostrum peculiarem casum non potest referri, cum ibi universe omnino dicatur

eum, qui bona fide possidet, rem in bonis habere, non affirmatur, illi prodesse cautionem damni infecti et Paulus in L. 18. pr. h. t. strictius *in bonis esse* pro dominio jure civili et jure gentium acquisito usurpavit. In L. 19. pr. D. h. t., nec memoratur bonae fidei possessor, et revera magis videtur ille locus explicandus de his, qui cavere debent et quibus contra missionem opitulatur Praetor, L. 15. §. 22. D. h. t. si ob absentiam bona fide tempore opportuno non caverint, adeo ut a nostra re plane alienus sit. Quod autem Hesse refert, bonae fidei possessori competere utiles in rem actiones, hoc quodammodo verum est, sed de damni infecti cautione revera nihil probat, contra Ulpiani testimonium certe ita, ut facit, removeri non potest, et verba denique in L. 11. D. h. t. *i. e. creditori* esse spuria et adjecta ab eo, qui male locum intellexerit, nullo modo probatur, sed ponitur tantum ut probetur id, quod ante probandum esset.

Sed his omissis notamus tantum nobis cautionem bonae fidei possessori negantibus assentiri Cujacium, Tom. IV. Operum p. 645. Voetium, Comm. ad D. h. t. §. 4., Thibautium, System des Pandectenrechts. §. 732. Schultingium in notis ad Pandectas ad L. 11. D. h. t. VI, p. 161. Vangerow, Pandecten, L. V. c. 5. II. et tandem Bachofen, op. cit. p. 113.

Transeundum ad eos, quibus cavendum est,

quia custodiam debent. Eo pertinet primum venditor fundi, qui ex L. 18. §. 8-10 et L. 38. h. t., quia diligentiam praestat, recte cautionem petit. Emtor vero ante rei traditionem inutiliter sibi caveri postulat de damno ante traditionem dato, L. 18. §. 10. D. h. t., quia securus est per actionem ex emto contra venditorem, adeoque ejus non interest, si alia actione securus ex cantione agat. Hinc quaestio in L. 18. §. 9. D. h. t. proposita, utrum emtor sic ex stipulatione damni infecti ante traditionem interposita agere posset, cum sine culpa venditor eam interponere non potuerit, negatur. Illi enim, qui sine culpa impeditur stipulari de damno infecto Praetor succurrit interdicto vel actione in factum, L. 8. L. 9. pr. et L. 15. §. 28. D. h. t. Venditoris autem stipulatio continebit quoque illud damnum, quod post traditionem acciderit, atque ita, si emtor quoque jam cautionem petiverit, dominus duobus tenebitur. Hoc quidem Aristoni iniquissimum visum, ut duobus promissor ejusdem rei nomine teneretur, sed revera ita non est. In eo fit stipulatio, quanti ea res est, ita ut, si venditoris jam nihil intersit, nihil consequatur, potest autem omnino ejus interesse, quod pendet a conditionibus et modo, quo emtio venditio facta fuerit, v. c. si vendidit ita ut sibi retineret usumfructum de ejus interesse nullum dubium esse poterit. Cf. L. 18. §. 10. D. h. t.

Inquilinis et eorum uxoribus et iis, qui cum

his morantur, cavendum esse Labeo affirmavit, vid. L. 13. §. 5. D. h. t. quod tamen non intelligendum de domino aedium, quasi suis inquilinis cavere deberet, quod recte negavit Sabinus, L. 13. §. 6. D. h. t. quia si ab initio vitiosas aedes conduxerint, habent quod sibi imputent, si vero postea in vitium aedes inciderint, actionem ex conducto habent, sed dominus cavere debet inquilinis iisque, qui in domo vicini morantur, et quidem propterea quia conductor custodiam praestare debet, ejusque periculo res est, quare idem de eo, qui commodatas aedes accipit, dicendum est. Hoc probat L. 21. D. h. t. ubi Paulus dicit, si filiusfamilias inquilinus est, eique damni infecti nomine non cavetur, distinguendum esse utrum ejus periculo aedes sint an patris. Si ejus periculo sint solus in possessione mittetur, si vero etiam periculum patris vertatur propter peculium, simul cum patre. Igitur patet inquilinis cautionem competere quatenus eorum periculo res est, cujus nomine cautionem rogant, non ultra. Si periculum non praestant inquilini, iis quoque non proderit cautio. Minus recte igitur Hesse, l. l. p. 69. dicit ob invecta et illata cautionem competere ei, qui periculum non debet. Interesse enim, uti recte Bachofen, l. l. p. 115. monet est tantum illud interesse, quod ex custodia oritur, illudque confirmatur L. 33. et L. 34. D. h. t., ubi videmus conductorem, damnum metuentem, ubi ipsi ob

custodiam non praestandam, negatur cautio, posse migrare et habere actionem ex conducto contra locatorem, qui cum migrare prohibuerit. Si autem procurator de damno infecto stipulatus fuerit, mihi, causa cognita, acquirat actionem, ita tamen ut ipse cavere debeat dominum rem ratam habiturum et exceptio procuratoria in stipulatione inseratur, cf. L. 18. §. 16. et L. 39. §. 3. D. h. t. Potest praeterea etiam, uti jam apparuit, pluribus modis fieri ut plures simul cautionem petere possint. Cum aedium v. c. plures sint domini, omnes cautionem petere possunt cum nullius partis adjectione, nam pars adjecta partis partem faceret L. 27. D. h. t. Singuli vero ex cautione suum damnum consequentur. Sic dominus quoque et usufructuarius, paterfamilias et filiusfamilias, superficiarius et soli dominus simul cautionem damni infecti petere possunt propter suum interesse. Cf. L. 5. §. 2. L. 21. L. 39. §. 2. D. h. t.

§. 5.

Quibus cautio deneganda sit quaeritur.

Ex his quae supra memoravimus jam patet, omnes, quorum non interest, de damno infecto inutiliter stipulari. Non enim cujuscunque generis interesse justam cautionis petendae causam praebet,

sed tantum illud, quod ex praestandâ custodiâ oriatur. Quare recte ei negatur damni infecti stipulatio, qui in meo deambulat, vel qui in meo lavat vel in mea taberna divertit, L. 13. §. 4. D. h. t.

Sed praeterea cautio cessat si alia ratione damnum resarciri poterit, ut non necessaria sit cautio et si quis ea indignus fuerit, cf. Donellus Comm. libr. XV. c. 47. §. 6. Prius probat L. 32. D. h. t. et L. 18. §. 9. eod., quo priore loco Gajus dicit: „Est plane nostrorum praceptorum haec sententia, ut credamus inutilem esse damni infecti stipulationem quo casu damnum alia actione sarciri possit,” idemque confirmat Paulus L. 18. §. 9. D. h. t. Inde doctores cautionis nostrae subsidiariam naturam repetunt, ut ea cesset, quoties alia actio nobis competat, per quam idem obtineamus, cf. C. Alb. Schneider, Die allgemein subsidiären Klagen des Römischen Rechts, Rostock 1834, p. 89 sqq. An tamen revera subsidiaria sit cautio nostra nonnulli dubitant, inter quos Schneider l. c. et fortasse jam inter veteres Proculiani, de qua re cf. Hesse l. l. p. 53. Vangerow, Pand. §. 678. n. X., Bachofen, l. l. p. 377. Schneider autem negans cautionis subsidiariam naturam, provocat ad L. 31. §. 1. D. de Serv. praed. urb. (8. 2.), L. 17. §. 2. D. Si serv. vind. (8. 5.), L. 27. §. 10. D. ad Leg. Aquil. (9. 2.) et L. 3. §. 6. D. Quod vi aut clam (43. 24.), quae tamen

loca non id efficiunt quod inde deducere voluit, et pro parte plane aliena ab hac quaestione sunt.

His praeterea Hesse nonnulla loca adjecit, quae prima fronte possent videri eo pertinere, L. 18. D. de Serv. praed. urb. (8. 2.), L. 1. §. 3. et 5. D. de Ripa mun. (43. 15.), L. 13. §. 10, L. 39. pr., L. 43. §. 1. D. h. t., de quibus tamen idem dici potest, nam ubi actio in factum datur, damno dato, si cautio omissa est, antequam damnum datum est, certe non probat inutilem esse cautionem interpositam, quo tempore damnum futurum adhuc erat.

Vangerow tamen Pand. §. 678. n°. XI. subsidiariae cautionis naturae exceptionem admittit in L. 18. de Serv. praed. urb. (8. 2.), L. 27. §. 10. ad Leg. Aquil. (9. 2.) et L. un. D. §. 5. de Ripa mun. (43. 15.) putans actionem in factum, de qua in his legibus agitur, non esse eam, quam Praetor dat, damno dato, si cautio omissa est, ut sic ex bono et aequo suppleat quasi defectum cautionis, sed eam esse ex analogia actionis legis Aquiliae concessam. Sed vel sic non probatur, cautione interposita, actionem ex cautione concurrere cum alia, vel cautionem utiliter dari, si alia actio adest. Nascitur enim his casibus demum actio, si damnum datum est nec fuerit cautum, et, prouti in operis novi nuntiatione, in interdicto quod vi aut clam, in actione negatoria, cavetur, ut Julianus ait, „quia

non est cautum, neque de vitio aedium, neque de damno operis," L. 13. §. 10. D. i. f. h. t., et quia alio modo de vitio caveri non potest nec securus esse potest alter, cui actio in factum demum poterit dari, si damnum jam acceperit. Concludimus ergo ubi tempore cautionis petita alia actione securus est, qui cautionem petit, inutiliter ei caveri; et propterea cautionem subsidiariam diximus. Hoc autem ipsum, an aliquis securus sit alia actione, poterit nonnumquam dubium esse et hinc fortasse veterum disputationes, quales memoravit Gajus, L. 32. D. h. t.

Eo pertinet neque fructuarium a domino, neque hunc ab illo ob ruinam aedium cautionem petere posse. Sarta tecta enim aedificia ab usufructuario habenda sunt, quod si neglexerit tenetur cautione usufructuaria, ideoque quod ab ipso praestandum est, id ut ab alio praestetur, rogare non potest; quare non potest ei caveri de damno infecto ex vitio, quod ipse restaurare debet, neque domino, quia hic damnum ex cautione fructuaria repetit, cf. L. 7. §. 2. 3., L. 48. pr., L. 64., L. 65. de Usufructu (7.1.), L. 7. C. de Usufr. et habit. (3. 33.) si quae tamen modicam refectionem superant ea neque ab usufructuario neque a proprietario ut reficiantur exigi potest, vid. L. 7. §. 2. D. de Usufr. Haec ut sunt perspicua, L. 20. D. h. t., difficultatem facit, ubi legimus: „Nam de ruina aedium neuter ab altero cautionem desiderare potest, fruc-

tuarius ideo, quia resectio aedium, ad ejus ipsius onus *non* pertinent," Hocce *non* in Vulg. abest et Haloander, legit *ad eum, non ipsius onus* plurimique interpretes *non* delendum censuerunt post Cujacium, cf. Schulting. Notae ad Pand. VI. p. 168. et Vangerow, l. l. Florentina tamen lectio defensorem nacta est. Bachofen, quem vide cap. IV. 9. pag. 120. n^o. 9, qui Gajum ita ratiocinatum putat, eum, qui ob damnum datum non teneretur, eo minus debere teneri ob damnum futurum, et post verba *fructuarius ideo* repetit verba praecedentia, scilicet: „ab altero cautionem desiderare non potest" et locum ita explicat. Fructuarius ideo (sc. ab altero cautionem desiderare non potest) qua resectio aedium ad ejus ipsius onus non pertinet, ita ut verba „ejus ipsius" ad proprietarium referantur. Et sic jam alii praeciverant.

Fructuarius vero de soli vitio recte a domino cautionem petit itemque dominus de operis vitio, si quid fructuarius aedificet. Similiter tamen qui in conducto solo superficiem posuit a domino ex soli vitio cautionem petere nequit, neque soli dominus a superficiario, quia invicem actiones ex locato conducto habent, cf. L. 18. §. 4. h. t., ubi tamen legimus: „in quas tamen actiones (locati conducti) ultra culpam nihil venit, plus autem in stipulatione venit damni infecti, quod quidem vitium ejus esse dicitur." Ex his verbis Cujacius

ad h. l. Pauli V. V. p. 686, concludit omnino cautionis petendae locum esse inter dominum et superficiarium, quia cautione pinguior actio datur, sed verba Pauli potius contrarium suadent qui monet, licet cautio plenior sit, tamen eam non dari. Sed quaestio quomodo illud *plus* intelligendum. Hesse pag. 38 putat eo significari culpam latissimam, quod nequaquam ei concedimus, sed potius in Hassii sententiam imus, qui in opere, Die Culpa des Römischen Rechts, §. 67, p. 308-313 ostendit *plus* non significare culpae majorem gradum, sed indicare ubi ex locato conducto egeris, te debere demonstrare culpam, non vero hoc opus ubi ex cautione agas, ubi tantum damnum vitio datum demonstrari debet.

Secundo loco iis cautio denegari diximus, qui ea indigni censentur. Cautione vero indignus putatur

1°. Qui aedificavit juxta monumentum, aut juxta suum aedificium monumentum fieri sivit, non intermisso spatio lege definito, cum rem illicitam admiserit. Atvero ejus aedificii nomine ei, qui jus monumenti habet, si ei nil imputari potest cavendum est, cf. L. 13. §. 7. h. t., §. 1. I. de Rerum divisione (2.1.), L. ult. D. Finium regund. (10. 1.), L. 11. C. de Aedif. priv. (8. 10.).

2°. Qui noluit cavere suae rei nomine si propterea in eam vicinus missus est, si ex ea re aliis aedibus suis vicinis damnum timet et a misso cautionem postulat, sane parum probe postulat ab eo caveri

sibi, earum aedium nomine, quarum ipse cavere supersedit, cf. L. 13. §. 11. D. h. t., L. 1. pr. D. Quod quisque juris (2.2.). Bachofen, l. 1. p. 376. not. 5, existimat cautionem eo casu tantum indignitatis causa negandam esse, cum is, qui ipse prius misso cavere noluit, ob idem periculum damni, hunc ad cavendum convenerit, quando autem damni infecti cautionem petat ob novum periculum, omnino eum audiendum esse. Nullam tamen hujus sententiae probationem affert.

§. 6.

De his qui cavere debent.

Nullibi regulam invenimus qua docemur de iis, qui cavere debent. Attamen ex exemplis passim allatis uti et ex denegatae cautionis effectibus hoc efficere possumus. Sic statim manifestum est ante omnes alios dominum cavere debere, hinc dicit Julianus in L. 9. pr. D. h. t. „Integra autem re unusquisque cogitur aut de damno infecto cavere, aut aedibus carere, quas non defendit,” idque confirmat Ulpianus, in L. 15. §. 24. D. h. t. Et praeterea multae aliae leges occurrunt, quibus hoc confirmatur, uti etiam illis verbis edicti quae in L. 7. D. h. t. inveniuntur: „Si controversia erit, dominus sit necne qui caverit, sub exceptione

satisficere jubebo," cf. quoque L. 5. §. 1; L. 9. pr. §. 5; L. 10; L. 13. §§. 2. 6. 11; L. 15. §. 22; L. 18. §§. 3. 12; L. 20; L. 22; L. 24. §. 10; L. 32; L. 39. §. 1. et L. 40. §. 3.

Non autem requiritur ut quis plenum dominium habeat, ut cavere debeat, sufficit si nudam habeat proprietatem, uti docet L. 10. D. h. t. „Quamvis alienus ususfructus sit dominum promittere oportere," aliaque loca; quoties autem dominium efficiat ut cavere debeas, quaeritur, utrum per omissionem domini obligatio quoque tollatur? Voetius, Comm. ad Pand. h. t. §. 9. VII. p. 552, domini alienatione promissorem obligatione illa liberari putat, quae ita transiret ad novum dominum afferens, L. 24. §. 1. D. h. t. Hesse, pag. 102, n^a. 3, ejusdem est sententiae, hoc argumento utens, cessante causa, cautionis etiam cessare obligationem inde natam. Illis tamen non adsentimur, cum obstet notissima regula neminem alteri stipulari posse, nec aliter obligatio protest solvi ac legitimis modis, quo certe alienatio non refertur. Praeterea, ubi rerum testimonia adsunt non opus est verbis et L. 18. §. 6. D. h. t., dicit: „Sed si venditor interposuerit stipulationem, etiam id damnum continebit, quod post traditionem emtori contigerit," ubi contrarium est principium. Cf. quoque Bachofen, op. cit. IV. §. 8. n^a. 5, et L. 24. §. 1. D. h. t., quam Voetius citat, refertur ad heredem successorum qui in universum patrimonium

et jus defuncti succedunt et non de emtore agit. Non solum autem dominus, sed etiam is qui tantum jus in re habet cavere debet nisi jure, quod habet, carere velit. Huc facit L. 15. §. 24. D. h. t., quae docet eos non posse prosequi sua jure in re, si potuerint de damno satisfacere nec fecerint, cf. L. 9. §. 4. 5., L. 10., L. 15. §. 25. D. h. t. Et quod ibi est de damno futuro, etiam obtinebit ubi damnum datum est, quod confirmatur per analogiam in noxalibus actionibus, cf. L. 30. D. et L. 27. pr. D. eod. et probatur praeterea, uti putamus, per L. 19. D. h. t. si quidem ibi revera sermo habeatur de illis, contra quos in possessionem misit Praetor, quia cautio non fuit praestita, sed quibus opitulatur deinde, si ob absentiam bona fide caveri non potuerint. Hinc igitur videmus, cavere debere omnes, qui cautionem petere possint. Exceptio tantum est in bonae fidei possessore, qui cavere debet et cui tamen non cavetur, cf. hac de re Bachofen, IV. §. 8. pag. 116. 117. Hesse, pag. 80. 81. pr. Nunc de singulis acturi, qui cavere debent, in censum veniunt praeter dominum 1°. Bonae fidei possessor, L. 13. pr. D. h. t.; 2°. Superficiarius et emphyteuta, L. 9. §. 4, L. 15. §. 26, L. 19. pr. D. h. t.; 3°. Usufructuarius, L. 9. §. 5, L. 15. §. 25, L. 22. D. h. t.; 4°. Creditor pignoratitius, L. 11. L. 15. §. 25. D. h. t.; 5°. Qui in alieno vel publico opus ali-quod faciunt, L. 20. L. 24. pr. L. 30. D. h. t.

1°. Bonae fidei possessorem cavere debere efficimus ex L. 13. D. h. t., in qua disputatur de modo quo caveri debet. Quare autem ipse cavere debeat, ostendit L. 39. §. 1. D. h. t.: „Si domus in controversia sit, dicendum est, damni infecti onus possessoris esse” et deinde additur: „nam iniquum est, stipulatorem compelli, relicto praedio, ex quo damnum vereatur, dominum quaerere.” Quamdiu enim nulla controversia est utrum is, a quo petitur cautio, dominus sit, nec ne, revera pro domino habetur, ac proinde nulla quaestio superesse potest an cavere debeat, atque cavere nolens possessionem amittat per missionem. Ubi vero ille ipse, qui cautionem petat, huic controversiam movet, eum dominum esse negans atque propterea, non contentus repromissione, satisfactionem exegerit, tunc recurrendum ad ea edicti verba: „Si controversia erit, dominus sit necne qui caverit, sub exceptione satisfacere jubebo,” cf. quoque L. 22. D. h. t.; unde patet, quare in L. 13. pr. h. t., quaestio moveri potuerit de modo cavendi bonae fidei possessoris. Qui eum semper satisfacere voluerunt, hoc urgebant, eum dominum non esse, sed melius Ulpianus monet habere hoc rationem, ut potius repromittat, quam satisfacere, quia hoc suo nomine facit, nisi tamen de ipsius jure jam dubitari coepit. Domino porro assimilatur hac in re is qui ex secundo decreto missus est in posses-

sionem et aedium vectigalium possessor, uti docet L. 15. §. 15. i. f. D. h. t., quacum cf. L. 15. §. 17. D. h. t., confirmatque L. 15. §. 26. 27. D. h. t.

2°. Cavere debent ubi ab iis cautio petitur de vitio aedium operisve superficiarius et emphyteuta. Hoc ostendunt L. 9. §. 4. et L. 19. D. h. t. ubi est: „Julianus scribit, quoties superficiaria insula vitiosa est, dominum et de soli et de aedificii vitio repromittere, aut eum ad quem superficies pertinet, de utroque satisfacere;” cf. quoque L. 15. §. 26. h. t., scilicet ita vel dominus vel superficiarius cavere debent, ne per missionem sua recarere cogantur, missio enim sic demum sequitur, ubi neuter cavere voluerit, nec cautione securus sit vicinus.

De emphyteuta quidem directis verbis in Digestis non legitur eum cavere debere, sed dubitari nos non sinit analogia, quia revera de eo prorsus idem ac de superficiario valet adeoque postulat aequitas ut satisfacendo possit evitare missionem.

3°. De usufructuario habemus diserta testimonia. In L. 9. §. 5., L. 10. D. h. t. legimus: „Si aedium tuarum usufructus Titiae sit damni infecti aut dominum repromittere aut Titiam satisfacere debere.” Si quis igitur ex aedibus vicinis damnum metuat, a domino et ab usufructuario cautionem petere potest et, nisi ab utroque petita et negata sit, missio locum non habebit, quod confirmatur L. 10. D. h. t. Idque propterea, ne per missionem amit-

tat usumfructum, cf. L. 9. §. 5. cit. Et, quia usufructuarius omne emolumentum ex re percipit debetque reficiendo praecavere damnum, aut satisfaciendo suscipere, si quod ex vitio aedium operisve immineat, si nolit satisfacere eoque dominus coactus fuerit repromittere, prohiberi debet utifruat ut dominus cum onere etiam commodum habeat, L. 9. §. 5. D. cit., L. 27. D. de Nox. act. (9. 4.), aut debet repromittenti domino de vitio aedium, operisve ipse cavere, scilicet ut dominus indemnis sit, si quod vitio aedium damnum datum ab eoque praestitum fuerit, L. 10. D. h. t.

Usufructuarii vero cautionem tantum vitium aedium spectare, de loci vitio dominum tantum repromittere debere, certum est, propterea si soli vitium quoque suscipiat usufructuarius, nec ipsi caveat dominus, domini jus ad ipsum transferri docet item L. 10. D. cit.

Hinc explicanda L. 22. pr. D. h. t., quae docet, dominum conferre debere usufructuario, si is aliquid praestiterit vicino ex cautione ex tali vitio, cujus refectio ad ipsum non pertinuisset, vel ex vitio loci, vel usufructuarium debere conferre domino, si is similiter praestitisset ex vitio aedium operisve, ut in hac re aequitas servetur. „Iniquum est,” inquit Paulus, „alterum sine damno uti aedibus aut aedes habere, et si obtulerit proprietarius aliquid, non est fructuario permittendum uti, nisi contulerit. Idemque fructuario praestan-

dum est, ut proprietarius cogatur ei conferre. Ergo et solum retinebit fructuarius, si aedes ceciderint, donec praestetur ei damnum, ut quod haberet vicinus missus in possessionem, id fructuarius habeat, qui damnum vicino sarciat," cf. Cujacius, Opera, V. p. 678.

Superest quaestio utrum sibi invicem cavere debent. De qua re cf. L. 20. D. h. t.: „Inter fructuarium et dominum proprietatis ita damni infecti cautio locum habet, si fructuarius quidem de soli vitio caveri sibi desideret, dominus vero proprietatis de operis vitio, si quid usufructuarius aedificet."

Ob aedium igitur vitium neuter ab altero cautionem postulare potest, et recte, nam dominus jam ex cautione usufructuaria agere potest, si sarta tecta habere neglexerit usufructuarius, et usufructuarius petere non potest, quia dominus aedes reficere non tenetur, cf. Bachofen, IV. §. 9. pag. 118-120.

4°. Ex L. 11. pr. et ex L. 15. §. 25. D. h. t. efficere possumus creditorem pignoratitium cavere debere. Creditoris pignoratitii interest ut rem pignori datam retineat vel saltem praevertat illum, qui in possessionem mitteretur, cautione non praestitâ, propterea ipse cavere debet, cessante domino, cf. L. 15. §. 24. D. h. t., aut si omiserit amittit suum jus perseguendi i. e. actionem pignoratitiam, non vero refert, an is, qui rem pignori dederit

dominus fuerit an bonae fidei possessor, quare in L. 15. §. 25. cit. de *debitore* tantum sermo est. Ex iis, quae diximus, patet sufficere si cautio interposita sit contra eum, qui in possessionem mitti posset, ut missio excludatur. Num vero aliquod discrimen faciat, a quonam petita fuerit et utrum in arbitrio petentis sit, a quonam velit eam petere, ambigunt doctores. Sunt qui putant dominum primum esse adeundum et superficiarium, fructuarium vel creditorem pignoratitium tantum in subsidium conveniendos, cf. Wening Ingenheim, *Lehrbuch des heut. Civilr.*, B. II. §. 222; alii, inter quos praesertim Hesse, pag. 86, opinantur eum, cui cautio competat, posse eligere quem conveniat, provocantes ad L. 39. §. 1. D. h. t. coll. L. 22. §. 1. D. eod.

Revera autem hoc videtur pendere ex vitii natura ob quod cautio petatur. Ubi ex soli vitio damnum timetur, primum dominus, si notus sit, ut caveat, deinde usufructuarius vel superficiarius pro re nata, quive possidet, adeundi sunt, si contra ex operis vitio is, qui opus fecit, sive dominus sit sive tantum jure suo utatur, debet conveniri, cum denique ex aedium vitio ruina praecavenda est, possessor, sive dominus sive alius fuerit, cautionem praestabit, ubi autem cautio petitur a domino vel a creditore pignoratitio, is, qui possidet, primus videtur conveniendus.

Ubi vero de jure ejus, qui in aedibus vel fundo

degit, ipse petitor ambigit, potest eligere an sibi a possessore satisfacere velit sub hac exceptione; si dominus non sit, an vero ab eo, quem dominum esse dicat, pure repromitti, si quidem uterque paratus est. Ceterum si in controversia sit domus, a possessore cautio petenda, isque praestare debebit, quum id, quod praestiterit, imputare domino praedii possit, nec potest nolens stipulator cogi ut dominum quaerat, L. 22. §. 1., L. 39. §. 1. D. h. t. quibus locis igitur abusus est Hesse. Quum tamen aedium plures sint domini, pro parte dominos eos stipulari oportere docet, L. 40. §. 3. D. h. t., ex Sabini et Ulpiani sententia. Fuerunt fortasse alii (Proculiani?) qui eos in solidum promittere debere putarent, quia is, qui praestiterit, ab aliis repetere posset, nec cogi possit stipulator contra omnes agere, sed hoc non obtinuit. Debent autem singuli partis mentionem facere et pro sua tantum parte promittere, ne in solidum obligati sint, L. 27. D. h. t.

5°. Ubi vero propter operis vitium cautio praestanda est, semper cautionis praestatio ab eo petenda, qui opus facit, uti recte Donellus, Comm. XV. 47. dicit: „Si agitur de opere, quod instituitur, ab omnibus exigitur (sc. cautio) qui opus faciunt sive in suo, sive in alieno,” cf. Vangerow, l. l. §. III. init., quod inest in L. 15. §. 3. D. h. t. Cf. quoque L. 24. pr. §. 6. eod. et Bachofen, l. l. pag. 384. Hesse, pag. 86. 87. Nec refert

quale sit opus ex quo damnum timetur, argumento, L. 32. §. 2. „Ceterum *ad omnia opera* stipulatio accommodabitur.” Latissime igitur ibi patet cautionis dandae necessitas, quoties aliquod opus in suo vel alieno vel publico faciat, ita tamen ut posteriore casu tantum de vitio operis caveat.

§. 7.

*Quaeritur, an ob parietem communem cautio
peti possit?*

Videmus cautionem non interponi, ubi aliud remedium datur, quo idem obtineamus. Praeterea vulgo negatur ob communis parietis vitium unum ab altero jure postulare cautionem posse, nonnulli tamen quasdam exceptiones admittunt. In L. 32. D. h. t. Gajus, ex sententia Sabinianorum docet cessare cautionem quo casu damnum alia ratione sarciri possit, et propterea negat unum alteri cavere debere de vitio aedium communium, quia ipse reficere potest et actione pro socio sive communi dividundo pro parte recipere quod impenderit, cf. Vangerow, l.l. §. 11. Distinguendum tamen inter aedes communes et parietem communem. De hoc agit L. 8. D. de Servit. praed. urban. (8. 2.) docens communis parietis dominum demolendi et reficiendi jus non habere, sine alterius

consensu cuius discriminis causam indicavit ita Schultingius, ad Pauli Sent. V. 10. §. 2. n^o. 6. „Sed quare,” inquit, „aedes communes reficere licet ex juris ratione, L. 32. D. Damni infecti, non vero stricto jure parietem communem? Forte quia paries non est pro indiviso communis, sed quatenus ejusque solo insistit singulorum est, ut ita quis reficiens agat quoque aliquid in parte, quae plane ipsius non est.” Posset tamen fortasse alia explicatio tentari. In L. 8. D. de Serv. enim negatur unum posse demolire et reficere parietem communem, quatenus inconsulto socio et pro arbitrio nemo hoc facere potest, quia non solus dominus est. Si vero paries ruinam minatur, et socius cesset nec reficiat, tum vel ipse potuit reficere rem communem et impensas recuperare judio communi dividundo vel actione pro socio, vel si socius eum reficientem prohibeat, potest statim actione communi dividundo agere vel interdico, uti possidetis, L. 12. D. Comm. divid. (10. 3.). Nam prouti Sabinus ait, in re communi nemo dominorum quidquam facere invito altero potest, unde manifestum prohibendi jus est, L. 28. D. eod. qui vero prohibitus est, actione jam communi dividundi vel pro socio poterit consequi omne damnum inde ortum, adeoque prohibentem, si nihil ejus intersit, audiri non solere dicunt practici, cf. Leyser, ad Pand. Med. 118. n. 6. Glück, V. XI. p. 138. Revera autem Ro-

manos facile, nisi socius expresse prohibeat, concensisse socio, ut reficeret, docet Paulus. Sent. V. 10. §. 2. Utilitatis causa de communi pariete hoc coepit observari, ut aedificet quidem, cui aedificare interest, cogatur vero socius portionis suae impensas agnoscere, ubi vid. Cujacius. Hinc explicanda L. 32. D. de Damno inf. ubi Gajus sic jus reficiendarum aedium communium uni concedit, si alter circa refectionem earum cessare videatur. Quoties autem neuter refecerit atque sic, ut ait Ulpianus in L. 40. §. 1. D. h. t. „communis parietis vitio quid accidit, socius socio nihil praestare debet quum communis rei vitio contigerit.” Reficere enim potuit, eoque neglecto, unus alteri nihil imputare potest. Quodsi, sic pergit Jctus, „quia alter eum presserat vel oneraverat idcirco damnum contigit, consequens est dicere, detrimentum hoc, quod beneficio ejus contigit, ipsum sarcire debere.” Et sine dubio hoc aequum est, eum, cujus opere paries communis corruerit, damnum restituere. Actio, quae propterea dabatur, fortasse erat actio in factum ad exemplum actionis legis Aquiliae, cf. L. 27. §. 13. D. ad Legem Aquil. (9. 2.), et L. 47. §. 1. D. Pro socio (17. 2.) ubi Julianus, Celsus et Pomponius, socium in re communi damnum dantem Aquiliâ teneri affirmant, nisi tamen uti voluerit actione communi dividundo, nam venit in communi dividundo iudicium etiam, si quis rem

deteriorem fecerit, L. 8. §. 2. D. Comm. div. (10. 3.). Si vero ambo in pariete communi onera imposuerint, cum neuter alteri aliquid imputare possit, nec igitur, etiamsi alter pretiosiora perdidit, sibi invicem tenentur, prouti Sabinus dixerat. De lectione L. 40. vid. Schultingius, ad Pand. VI. p. 173. Nullam igitur difficultatem facit haec Lex. Magis vero nos turbat, quod in L. 39. pr. D. h. t. dicitur. „Inter quos paries communis est aedificiorum nomine, quae quisque propria habet, stipulari damni infecti solet.”

Multi distinxerunt inter cautionem ex edicto Praetoris petendam eamque, quae conventionione tantum inter contrahentes niteretur, qua quis volens et lubens de damno futuro se obligaret alteri eo casu, quo cautio ex edicto cessaret, ut sic melius pleniusque sibi consuleret, damno dato, qualis cautionis conventionalis citarunt exemplum in L. 43. §. 1. D. h. t. Et revera ibi habemus duos vicinos, qui parietem communem refecturi de damno infecto sibi invicem caverunt, de quibus Alfenus Varus affirmat, „non oportuisse eos, cum communem parietem aedificarent, inter se repromittere, neque ullo modo alterum ab altero cogi potuisse,” quod quidem prorsus convenit cum iis, quae L. 40. §. 1. cit. traduntur. Nunc vero, cum semel in totum promisissent sibi invicem, alterum alteri praestaturum omne detrimentum, quod vicinus fecisset. Et recte quidem ex

ea stipulatione conventionali, non necessaria, actio datur cf. Hesse, pag. 39. 40. et Vangerow, l. l. §. XI. Eodem jam referunt L. 39. pr. cit. prementes verbum *solet* idque explicant de conventionali stipulatione tali, quae inter vicinos eo casu ex more soleret usurpari, verbaque sequentia „Sed tunc ea cautio necessaria est, quum aut alter solus aedificat et vitium ex opere futurum est, aut alter pretiosiora aedificia habet et plus damni sensurus sit, decidente pariete,” explicant ac si dixisset JCtus talem conventionalem stipulationem tum quidem esse necessariam, ubi alter solus aedificet aut pretiosiora aedificia habeat, nempe ut plane securus sit de damno inde oriundo, non vero eam necessariam esse ex edicto Praetoris, cf. Vangerow, l. l. §. XI. et Hesse in ed. lat., p. 31. Posterior tamen in editione Germanica hanc sententiam revocavit, putans jam eo casu eam stipulationem non esse conventionalem, sed ex edicto oriundam, cf. quoque Schultingius ad L. 39. pr. D. h. t. VI. p. 137. Attamen vix credibile est aliquem ad damnum resarciendum se obligare, ubi nulla necessitate constringitur, nec verba JCti talem explicationem suadent. Pomponius potius cautionem necessariam dixit eo casu, cum esset Sabinianae scholae, et subsidiariam cautionis naturam defenderet propterea, quia ceteroquin nulla actio competeret. Sed hoc potest quaeri, an revera Pomponius loquatur de cautione conventionali

propter vitium parietis communis? Et hac de re dubitare licet, dicit enim Pomponius de vicinis, qui aedificia vicina habent et sic quoque parietem communem, eos dicit, *aedificiorum* nomine, *quae quisque propria habet*, cavere solere, igitur de vitio aedificii operisve. Eam cautionem necessariam dicit, si alter aedificet solus et vitiam ex opere futurum est. Ut nempe securus sit alter de damno vitio operis suis aedibus dato. Sic igitur cautio exigitur propter aedes, opusve vicini, non propter communem tantum parietem, et si ex ea etiam damnum consequimur parieti communi datum, est hoc tantum eatenus, quatenus per eum aedes nostrae detrimentum acceperint, cum socius solus eum reficere vel quid imponere vellet. Qui enim opus facit in suo vicino damnum minans, huic cavere debet de vitio operis, et consequentur igitur cavere debebit qui in suis aedibus in pariete communi solus opus faciat, aedibus vicinis periculosum. Revera igitur hactenus nihil dixit Pomponius diversum ab Ulpiani verbis, nec de cautione propter communem parietem interponenda est locutus, sed de cautione ob vitium aedificii operisve inter vicinos, quatenus illa quoque necessaria esse possit, etiamsi paries iis communis sit, vicinusque solus eum reficere vel aedificare velit.

Alter casus ubi cautio necessaria dicitur est, si alter pretiosiora aedificia habet et plus damni sensurus sit decidente pariete. Scilicet ubi a vicino

de aedium operisve vitio, si quid ibi ruet stipulatus fueris, idque jam acciderit, sic a vicino poteris consequi, quod damnum sensisti in tuis aedibus ob ruinam aedium et casum parietis, quatenus quoque vitio parietis illud est datum. Nam quatenus damnum ipsum parietem spectat, ejusque casu uterque par damnum acceperit, quia utrique reficere poterant, nil a se invicem possunt consequi. At vero, ubi ejus casu unius aedificium majus damnum sensit, quia pretiosius, debet hoc majus consequi ex cautione, nam vitio aedium operisve alieni illud passus est, quod praecavere alter opportune reficiendo vel melius aedificando in sua re potuisset. Similem explicationem dedit Donellus, Com. J. C. XV. c. 47, qui putat, socium, quatenus in re communi nihil faciat, non teneri ad cautionem socio suo. Qui tamen, si parietem communem demoliri velit et novum facere, aut parieti quid imponere, recte socium ab eo damni infecti stipulari, si is solus aedificat, et vitium ex opere futurum est aut alter pretiosiora aedificia habet ut plus damni sensurus sit decedente pariete. Igitur ex ejus sententia, ubi socius in re communi aliquid facere velit, promittere socio debet de vitio operis, contra vero ubi nihil facit, ad cautionem rei communis nomine non tenetur. Dubitamus tamen, an in L. 39. sermo sit de stipulatione tantum ob parietem communem reficiendum et non potius illa intelligenda sit de aedificii

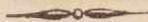
operisve vitio, quae inter vicinos usurpari solita ex edicto Praetoris, potest quoque necessaria esse ubi illi aedificii parietem communem habent ex eoque pariete damnum veniat, ubi unus illum reficiat aut aliquid imponat.

Ubi vero ambo eum reficere velint et inter eos hoc quaeratur apud Praetorem, quis potissimum reficere possit, Praetor ei potissimum aedificandi facultatem praestat, qui magis idonee parietem reficiet, cf. L. 41. D. h. t. et tum videtur is alteri cavere debuisse de vitio operis et de damno inde oriundo. Si autem ita inter vicinos, cautione interposita, quaeratur de damno aestimando, si quod datum est refectione vel opere vicini, quod solus in pariete commune fecerit, regulam nobis ostendit, L. 35. 36. 37. D. h. t., unde docemur si paries communis idoneus non fuerit adeoque refectionis ejus necessaria, eum, qui demolitus est reficiendi gratia, non teneri si quid damni ex hac causa accidit, nisi sumptuose aut parum bonus novus paries sit restitutus, adeoque de vitio operis tantum quod fecit, eumque posse praeterea impensas pro parte a socio repetere. Ubi vero satis aptus fuit paries oneribus ferendis utrarumque aedium, quae modo jure imponerentur, is, qui demolitus est praeter necessitatem ex actione damni infecti tenebitur quantum interfuit actoris eum parietem stare, et si quod damnum datum, si qui redditus amissi fuerint propter demolitionem,

resarcire debet nec poterit impensas a socio recuperare non necessarias nec utiles. Quando vero ambo simul et conjunctim parietem communem reficere volunt, Alfenus Varus respondit non oportere eos, cum communem parietem aedificarent, inter se repromittere, et recte, quia simul aedificantes, providere ambo debeant, et damnum quod unus acceperit, non dici possit ab altero solo illatum, cum uterque demolitus sit. Superest quaestio, si extraneo damnum immineat ex pariete communi, quis caveri debeat. Et tum uterque inter quos paries communis est, videntur cavere debuisse pro parte dimidia, quod item Alfenus affirmat, si ambo simul reficiant, L. 43. §. 1. D. h. t. Si autem unus demolitus est et reficiat, consequens est ut etiam hic solus caveat, quatenus ex illo opere damnum immineat vicino.

C A P U T III.

CAUTIONIS VIS ET EFFECTUS.



§. 1.

De actione ex cautione oriunda.

Accessimus nunc ad actionem quae ex cautione damni infecti datur. Cautio prouti omnis stipulatio incerta, cum damno dato committitur, parit actionem ex stipulatu. „Ex stipulatu agetur” dicit L. 15. §. 1. D. h. t. cf. pr. I. de Verb. obl. (3. 15). Est enim semper incerta stipulatio, ex qua petimus, quanti ea res est quod iudex aestimare debet, nec tamen ea naturam conditionis habet (cf. Savignius, Syst. V. p. 631.) sed ob doli clausulam quam Praetor vult adjectam, L. 28. L. 40. pr. D. h. t. Savignius, V. p. 500, est actio bonae fidei, ex qua iudex aestimare debet ex aequo et bono, quid alter alteri praestare

debeat, cf. L. 53. D. de Verb. obl. (45. 1.) qualis actio etiam actionis ex stipulatu nomine comprehenditur. Ea autem actio quia ex praetoria stipulatione originem ducit, ubi per alium stipulatus, nobis causa cognita comparatur, cf. L. 5. D. de Stip. pract. (46. 5.) et L. 18. §. 16. D. h. t. „Si procurator meus damni infecti stipulatus sit, causa cognita mihi ex ea stipulatione actio competit.” Hanc actionem ex cautione damni infecti accuratius considerantes nunc videndum, quando eam instituere possimus et contra quos, et quomodo damnum ea resarciendum a iudice aestimetur.

§. 2.

Quando agi potest ex cautione damni infecti?

Universe actionem instituere possumus si damnum datum est intra tempus cautione definitum ex ea re, cujus nomine cautum est. Atque hac in re maxime cernitur stipulationis utilitas. Cum enim Praetor saepe, urgente necessitate, si modo de calumnia juraveris, cavere jubeat, nunc damno secuto, datus iudex inquit utrum revera casus cautionis eaque, quae requiruntur, adsint, in primis an revera tale damnum sit datum ut ejus versetur interesse cujusque sit repetitio adeoque promissor stipulanti condemnari debeat ex

fide bona, absitque omnis dolus. Ut igitur agi possit requiritur tum ut revera cautio sit interposita, tum ut damnum sit tale deinde jam datum. Damnum autem hoc, quod ea actione persequimur est damnum ex aedium, loci vel operis vitio datum, cf. L. 24. §. 12. D. h. t., cf. etiam L. 24. §. 2-3. D. eod. Nec tamen tantum damnum quod his vitiis immediate factum est, in censum venit, sed etiam quod remotius inde profluxerit, e. g. si inquilini damni metu migrarint, mercedem ita amissam tamquam damnum a promissore praestandum erit, cf. L. 28. D. h. t. Sic etiam competit actio propter detrimentum, quod ideo sentimus quia hospitium nostrum ob aedium vicinarum vitium nemo conduxerit, cf. L. 28. D. h. t.

Nec tantum in hac actione venit damnum quod injuria fit, sed omne damnum, quod extrinsecus venit, cf. L. 24. §. 3. D. h. t. quo loco damnum quod injuriâ fit, esse videtur illud damnum, quod datum est ex eo facto opereve, quod quis sine jure sive injuriâ fecerit. Hoc autem in illa actione non quaeritur, sed tantum an damnum quaecunque vitio loci, aedium, operis arborisve actori datum fuerit, atque ita ex cautione teneatur.

Verum praeter hoc damnum aliud in stipulationem damni infecti non venit. Si igitur ex alia causa datum est, veluti vi majore vel casu fortuito, puta terrae motu, vi fluminis illisque casibus, qui praevideri non possint, in hanc actionem non

venit, cf. L. 24. §. 4. D. h. t. et L. 24. §. 3-5. 8. 10. D. cod. Quodsi autem ita vitiosae aedes sint, ut qualibet vel minima tempestate ruerint agi ex cautione potest, uti etiam cum arbores propter vetustatem minimo vento dejiciuntur, cf. L. 24. §. 9. 10. D. h. t. Ibi enim revera vitium aedium arborisve est, unde damnum ortum, quale praecaveri facile potuisset. Animadvertendum porro est, ubi damnum datur quidem a natura v. c. aqua pluvia vel fluminis impetu, si ita detur ut praecaveri possit, nec praecaverit vicinus, hoc ei imputatur, prouti ex Servio refert Ulpianus in L. 24. §. 5. D. cit. „Si autem aqua vitiet fundamentum et sic aedificium ruisset, committi stipulationem ait (Servius); multum enim interesse, quod erat alioquin firmum, vi fluminis lapsum sit protinus, an vero ante sit vitiatum, deinde sic deciderit.” Damnum vero adesse non intelligitur, si quis suo utens jure vicinum lucro uti forte prohibeat, quo huc usque fruebatur. Lucrum enim tale cautione non continetur, eaque non ad limitandum jus vicini, sed ad tuendum alterum contra damna aliena spectat. Hinc legimus in L. 26. D. h. t. „Scilicet non debebat videri is damnum facere, qui eo veluti lucro, quo adhuc utebatur, prohibetur multumque interesse, utrum damnum quis faciat an lucro, quod adhuc faciebat, uti prohibeatur,” cf. L. 24. §. 12. D. h. t. Quod autem promissor, qui ex operis vitio cavet, eo opere

consecutus est domini capione in stipulantis detrimentum, ob hoc non tenetur ex cautione, quia id non vitio operis sed jure publico acquisivit uti est in L. 18. §. 1. D. h. t. de qua cf. Cujacius, V. p. 684.

Damnum denique ut quis ex cautione persequi possit, debet datum esse intra tempus stipulatione comprehensum, uti est in L. 13. §. 15. pr. D. h. t.; „neque enim in infinitum obligatus esse debet stipulatione,” cf. L. 18. §. 11. D. h. t. Damnum vero datum esse debet ex ea re cujus nomine stipulatio interposita est. Hinc „Julianus scribit: videndum ne earum duntaxat nomine cautum habeat, de quibus inter eum et promissorem initio actum fuerit,” L. 18. §. 5. D. h. t. Ergo si damnum per aedes vicinas a promissore post cautionem interpositam acquisitas datum est, illud ex ea cautione, quae ob alias aedes praecessit, peti non potest, quia eâ non comprehensum fuit. Ob res vero mobiles post stipulationem a stipulatore suis aedibus illatas, si quae ruinâ vicinarum aedium perierint, agi poterit, quia de damno cavens, omne damnum ea re datum suscepit, L. 18. §. 6. D. h. t. quique suis aedibus cavet hoc facit non nudis sed instructis, ideoque de omnibus quoque rebus illatis cf. Pothier ad h. t. art. VI. n^a. a.

§. 3.

Quibus et contra quos datur actio ex cautione?

Procul dubio stipulatori actio conceditur contra ipsum promissorem, si repromisit, et, si satisfactum fuerit, etiam contra ejus fidejussores. Praeterea actio heredibus et in heredes datur, uti docet L. 24. §. 1. D. h. t. unde videmus hoc expresse verbis stipulationis fuisse comprehensum: „Adjicitur in hac stipulatione et heredum nomen vel successorum, eorumque ad quos ea res pertinet.” Difficilia vero sunt, quae deinceps sequuntur: „Successores autem non solum, qui in universa bona succedunt, sed et hi, qui in rei tantum dominium successerint, his verbis continentur.” Prima enim fronte videtur hoc vitiare regulam, neminem alteri stipulari posse, quia ita ex stipulatione aliena quis actionem acquireret, cf. L. 73. §. 4. D. de R. J. et §. 3. I. de Inutil. stip. (3. 19.) ibique Schrader. Voetius Comm. ad h. t. n.º 9, dicit stipulatoris successoribus sic actionem ex cautione dari, si actio iis cessa sit; promissoris vero successores singulares ex ea cautione etiam obligatos esse, confitetur hoc singulare esse, cum alioquin nemo ex sua promissione alium nisi se heredemque suum obligare possit, cf. §. 3. I. de Inut. stip. cit. et L. 38. D. de Verb. obl. Rationem

ejus rei hanc esse dicit, quia, cum damnum ex re vitiosa imminuisset, dominus repromittendo videatur quodammodo vitiosam illam rem affecisse pro damno imminente, adeoque res illa sic affecta cum illo quali quali onere intelligi possit in emptorem transivisse. Haec sententia vero rejicienda videtur quia obstat expresse L. 17. §. 4. D. h. t., „Judex qui de damno infecto cognoscit, etiam alienato praedio ab eo, cum quo actum fuerit damnum aestimare solet omne quodcumque ante judicium contigit.”

Adeoque frustra quoque illi, qui actionem ex stipulatu ad promissoris successores singulares transire defendunt, provocant ad L. 17. §. 3. D. h. t. „Actio ista, quae in factum est, perpetuo dabitur, et heredi et in heredem ceterasque itemque ceteris personis.” Ceterae enim personae, de quibus in hac lege sermo est, non revera sunt successores singulares sed bonorum possessores, qui ibi opponuntur heredibus civilibus, cf. L. 1. §. 8. D. Ne vis fiat ei qui miss. (43. 4.), L. 70. §. 1. D. de Verb. sign. (50. 16.). Vid. Hesse, l. 1. p. 101. Aliam propterea viam jam ingressus est Donellus Comm. L. 15. c. 47. „Hoc,” inquit, „neque de singularibus successoribus stipulatoris, quibus ille stipulatur dari, neque de successoribus singularibus promissoris, quos ille promittit daturus, praestituros, intelligi ullo modo potest, repugnantibus manifestissimis regulis juris, sed intelligendum est

de singularibus successoribus promissoris, de quorum facto cavent et quo nomine se heredemve suum obligat, ut haec sit conceptio stipulationis: Si quid damni contigerit vitio aedium, loci, operis, quod a te aut heredibus, aliisve successoribus quibuscunque factum erit, damnum praestare spondes? spondeo."

Et sic quidem stipulatio damni infecti nil contra juris regulas continet. Stipulationis vero formula a Donello proposita angustior est, nam damnum ex cautione resarciendum continet omne damnum aedium, loci vel operis vitio datum, adeoque saepe dabatur sine ullo facto. Et Hesse p. 102. Donelli opinionem oppugnans praeterea contendit, in stipulatione diem inserendam, quo obligatio solvatur et praeterea alienatione a promissore facta ejus cavendi obligationem et ita actionem quoque ex cautione cessare, quare ille hanc formulae conceptionem proponit: „Quod ex aedibus tuis mihi vel ei ad quem ea res pertinebit intra triennium datum erit damnum, mihi praestare spondes? spondeo." Per verba autem *ad quem ea res pertinebit* tam civiles heredes quam praetorios successores intelligit, coll. L. 70. §. 1. D. de Verb. obl. (50. 16.). Ita successores in L. 24. §. 1. D. h. t. ad stipulatoris tantum successores refert, qui per cessionem actionem ex ea cautione acquirerent. Confitetur tamen Hesse hanc legem sibi obscuram manere. Nequaquam vero ei ad-

sentiri possumus, promissorem per rei alienationem
cujus nomine damni infecti promiserit ab obliga-
tione liberari. Est enim contrarium in L. 17. §. 4.
D. h. t. jam citata.

Bachofen, l. l. IV. §. 8. pag. 117. n^a. 5 exis-
timat L. 24. §. 1. D. h. t. tantummodo loqui de
stipulatoris successoribus, ut damnum ante diem in
stipulatione insertum datum resarciretur stipulatori,
ejusque heredibus vel emtori fundi. Attamen inter
successores etiam fundi vel aedium emtorem nume-
randum esse ita, ut sine actionis cessione ex inter-
posita cautione acquireret actionem, nequaquam pos-
sumus concedere, cum L. 18. §. 10. D. h. t., prorsus
contrarium doceat, obstetque regula in L. 73. §. 4.
D. de Reg. jur. Ut tandem aliquam sententiam
proferamus, non quo tot doctorum dissensum com-
ponamus, sed ne prorsus ἀσυμβολοι a re disceda-
mus, videtur nobis ita mentio facta esse in sti-
pulatione successorum, ut promissor caveret alteri
se heredemque suum successoremque damnum
intra tempus praefinitum vitio loci, aedium, ope-
risve datum resarciturum, quae verba, cum quo-
que successores in rei tantum dominium compre-
hendere dicantur, ratione eorum hoc significabant
promissorem effecturum ut ab iis etiam damnum
resarciretur. Ita non nascitur quidem actio contra
eos ex hac cautione sed, si non resarciant, pro-
missor tenebitur et conveniri poterit ejusve he-
res, sed ejus jam erit in alienatione ab emtore

cautionem exigere, ut si ille non satisfecerit, is, qui damnum acceperit, possit ab eo repetere, quod solvere eo nomine coactus fuerit. Mentio igitur successorum eo casu in stipulatione non pertinet eo, ut contra eos directe actio nascatur, sed ut suscipiat quoque promissor damnum datum opere alterius, adeoque pro eo quasi promittat, L. 24. §. 6. D. h. t. Quod sane utilissimum, ne si emtor aliusve in rei dominium successor damnum opere suo dederit, promissor se defendat, quasi prohibere non potuerit eum quominus in suo hoc faceret, adeoque deficiat cautio. Ratione stipulantis vero successorum in rei dominum mentionem non fuisse factam nobis probare videtur L. 18. §. 10. D. h. t. ubi sic demum emtor dicitur ex cautione agere posse, si ipse stipulatus fuerit, quo certe non opus, si ipsi prodesse potuisset venditoris stipulatio. Venditorem vero ei actiones potuisse cedere per mandatum, si procuratorem in rem suam faceret, nullum dubium, sed hoc revera stipulatione ut exprimeretur non opus. Standum igitur nobis videtur hac sententia: ea cautione actionem demum nasci stipulatori ejusve heredibus contra promissorem ejusve heredes.

§. 4.

*Quomodo damnum ex stipulatione damni infecti
persequendum aestimetur.*

Damnum, quod ex cautione persequimur verbis

continentur, quanti ea res est, quibus verbis fontes nostri tituli de damni quantitate utuntur L. 18. §. 10. D. h. t. „Quia in hoc fit stipulatio quanti ea res est.” L. 28. eod. „In hac stipulatione venit quanti ea res est.” De qua formula, non ejusdem semper significationis, vid. Savigny, Syst. V. p. 441. sqq. Quae tamen verba in hac causa non de rei pretio, sed de interesse ejus, qui damnum passus est, accipienda esse, adeoque significare, quanti ejus intersit damnum datum non esse, probat L. 5. §. 2. D. h. t., illudque interesse quomodo intelligendum sit docent loca nostri tituli, ita ut et restitutionem rei et resarcitionem eorum omnium contineat, quibus propter damnum caruimus, eoque modo affirmari potest illud continere damnum emergens et lucrum cessans, cf. Puchta, Pand. §. 225. Hesse, l. l. pag. 95, 96. Vangerow, l. l. VI. 5. Cum per damnum intelligatur omnis patrimonii deminutio, non vero aliud damnum in cautionem venit nisi illatum ex ea re cujus nomine cautum sit et illi rei, de qua caverimus. Praeterea hoc interesse eatenus limitatur ut rei, cui damnum illatum est, non immoderata aestimatio fieri oporteat, sed honestus modus in ea servandus sit, uti monet L. 40. pr. D. h. t., cf. quoque L. 13. §. 1. D. de Serv. praed. urb. (8. 2.). Hinc etiam pretium affectionis non potest actione ex cautione repeti. Praeter damnum autem ipsum etiam in stipulationem veniunt impensae factae ad

fulcienda aedificia vel parietem communem, de quibus cautum est, ex justo metu, uti monet Cassius in L. 28. D. h. t.

Has vero impensas intelligendas esse factas non in vicini aedibus fulciendis sed in propriis, putat Bachofen, l. l. XIV. §. 12. p. 461 n^o. 28, cf. Zoesius, ad Pand. h. t. p. 634. Voetius, ad h. t. n^o. 9.

C A P U T IV.

CAUTIONIS NON PRAESTITAE EFFECTUS.



§. 1.

Remedia, quae nonnunquam dantur, ubi damnum datum est nec cautio interposita fuerit.

Nullum saepe adest remedium damni resarciendi, ubi cautionis petitio est omissa et damnum datum est. Hinc dicit L. 6. D. h. t. „Evenit ut nonnunquam damno dato, nulla nobis competat actio, non interposita antea cautione.” At vero propter aequitatem saepe quoque succurrit Praetor, de qua re nunc videndum. Magnum enim facit discrimen utrum petita sit cautio, nec ne. De primo casu si quaerimus fieri potest ut cautio non petita sit ex negligentia, sed item omissa esse potest propterea, quia omnino rogari ea non poterat. Prius si acciderit ille qui neglexit habet quod sibi imputet, ideoque directe damnum non ei resarcitur.

Illud enim tantum poterit consequi, ut aut rudera lucretur, quae in ipsius solo ceciderint, aut sic demum cogat dominum, si tollere sua velit, ut damnum resarciat caveatque de damno inde oriundo, cf. L. 6. D. h. t. Quodsi vero non petita est cautio propter aliquod impedimentum, Praetor succurrit ei qui alioquin remedio destitueretur, si v. c. propter angustias temporis aut quia rei publicae causa aberat, sibi non prospexerit. Tum enim ruinosarum aedium domino non aliter rudera tollere permittitur, quam si caveat de damno praeterito et futuro, vel si malit ea, quae jaceant, pro derelicto habere, interdicto cogitur aut omnia tollere aut totas aedes pro derelicto habere, cf. L. 7. §. 2., L. 8., L. 9. pr. D. h. t. Ubi cautio petita est, necdum tamen praestita, distinguendum, an damnum sit datum antequam Praetorem adierim an vero postea. Priore casu illa petitio cautionis mihi inutilis est, et quidem, quia demum per additionem Praetoris cautio recte petita censi potest. Docet hoc L. 44. pr. D. h. t.

Non sufficit igitur rogare vicinum ut caveat, sed postulari cautio debet apud Praetorem. Damno vero dato cautio sero petitur, nec de damno infecto potest Praetor jubere caveri, si damnum jam accidit. Hoc dicere videntur verba: „ut nihil novi Praetor constituere debeat,” coll. L. 4. §. 8. D. h. t. Sed praeterea, si postquam a Praetore petita est cautio, damnum datum fuerit, si modo antequam

caveretur acciderit, negligentia certe imputari petitoris non potest, atque hinc dominus aut omnia tollere cum cautione aut totas aedes derelinquere cogitur, L. 7. §. 2., L. 9. pr. D. h. t.

Si vero a Praetore cautio rogata est, sed deliberat, cum fortasse disputetur de modo quo cavendum sit aut de formula cautionis, aut de ea quaestione an quis revera praestare teneatur, et nondum sententiam Praetor dixerit, si interea damnum detur, Praetor aut caveri jubebit aut dabit actionem in factum. Et caveri quidem jubebit, si tollere rudera velit dominus, nolentem vero coget totas aedes derelinquere, si vero ipsi utilius videatur poterit actionem dare in factum ut damnum resarciatur, L. 15. §. 28. D. h. t.

Quod vero h. l. expresse legitur actionem in factum concedere Praetorem, ubi cautio ommissa est ob angustias temporis, idem quoque observatur in aliis similibus casibus, in quibus cautio ommissa et sine ulla petitoris culpa, v. c. „quia potestas Praetoris adeundi non erat,” cf. L. 4. §. 3. D. Ne vis fiat ei (43. 4.). Postquam Praetor cavere jusserit, si cavere nolit vicinus, quaeritur quomodo damnum resarciatur ante missionis decretum datum. Scilicet haec quaestio magni momenti in primis erat, ubi cautio petita esset apud magistratus municipales, quamdiu illi missionem concedere non poterant illaque Romae a Praetore esset decernenda. Hinc de illo casu pe-

culiarem formulam proponit Lex Galliae Cisalpinae c. 20, quia saepe magnum temporis spatium ita requirebatur inter cautionem negatam et missionem impetratam. Videmus vero ex ea formula, damnum interea datum eodem modo fuisse vindicatum ac si jam cautum fuisset, et proinde actionem utilem datam, uti docent verba: „Qui eorum ita non repromiserit aut non satisdederit, si quid interim damnum datum factumve ex ea re aut ob eam rem eove nomine erit, quam ob rem uti damni infecti repromissio satisve datio fiet, postulatum erit, tum magistratus prove magistratu duumvir quatuorvir praefectusve, quocunque de ea re in jus aditum erit, de ea re ita jus dico, iudicium dato, iudicareque iubeto, cogito, proinde atque si de ea re, quum ita postulatum esset, damni infecti ex formula recte repromissum satisve datum esset,” cf. Bachofen, op. cit. XII. 172. pag. 371; quae actio igitur proxime accedebat ad illam actionem in factum, quam in simili casu Praetor concedebat ad damnum resarciendum, ut modo vidimus. Cum vero damnum datum sit post missionis decretum a Praetore interpositum, priusquam in possessionem ventum est, ea actione in factum non opus, sed idem valet quod valeret si damnum factum esset postquam missus in possessionem venerat, uti L. 44. pr. D. h. t. monet, quod tamen intelligendum, quatenus missio nulla imputari possit mora aut negligentia.

Quodsi enim negligentia missus omiserit venire in possessionem et sic prius quam venit damnum factum est, tum amittit beneficium Praetoris, uti monet L. 15. §. 35. i. f. D. h. t. Et sic tantum, si ex justa causa ante damnum datum in possessionem non venit, ei, causa cognita, succurritur: „Plerumque enim,” ait Ulpianus, „subvenitur etiam ei, qui missus in possessionem aliqua ex causa, aut non venit, aut tardius venit in possessionem,” cf. L. 15. §. 32. D. h. t.

De actione denique contra magistratus municipales, si illi, ubi postulata est cautio, aliquod neglexerint, indeque damnum senserit petitor, supra egimus, cf. L. 4. §. 7-10. D. h. t.

§. 2.

De missione in possessionem, contra quos datur.

Quum stipulatio damni infecti postulata est, cavere nolentem Praetor cogit ad eam interponendam missione in possessionem, ut hac compellatur obsequi Praetoris sententiae, securusque fiat petitor. Missio autem universe solet fieri vel in universa bona vel in rem tantum, cf. L. 1. D. Quibus ex caus. in possess. eatur (42. 4.), estque ea remedium Praetorium, quo Praetor jus nostrum tuetur et alterum ad praestandam cautionem cogit, dummodo justa causa missionis adsit, de qua antea

cognoscit, cf. L. 1. §. 14. D. de Ventre (37. 9.), Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandektenr. §. 156. Haec missio semper fit tantum in certam rem, eam nempe ejus nomine cautio petita est, quam quis non defendit. Atque ea quidem in cautione damni infecti negata similem habet quodammodo effectum, ac noxae deditio in noxalibus actionibus, cf. Hesse, pag. 105. 106. Semper a Praetore missio conceditur et antea certe ea a magistratibus minoribus non poterat concedi. Quare in lege Galliae Cisalpinae cap. 20. de missione a magistratibus municipalibus interponenda nulla mentio facta est, sed memoratur tantum actio in factum ab iis danda. Postea tamen Praetor vel Praeses iis injungere potuit missionem ex primo decreto, L. 4. §. 3. D. h. t.

Missio haec ex primo decreto continet tantum custodiam et eo spectat, ut per alienam custodiam vicinus compellatur ad cautionem, cf. L. 12. D. Quib. ex caus. in poss. (42. 4.). Ubi autem non caveri durat, ideoque rei dominus vel qui in ea jus habeat rem unde damnum timetur non defendit, causa cognita, secundo decreto Praetor possessionem misso confert, et ita is, cui cautio negata fuit, possidere jubetur. Eo referuntur verba edicti in L. 7. D. h. t. „Eum, cui ita non cavebitur, in possessionem ejus rei, cujus nomine, ut caveatur postulabitur, ire et cum justa causa esse videbitur etiam possidere jubebo.”

Missio igitur sequitur ubi, quacunq̄ue tandem de causa, non praestita est cautio, sive cautio postulata sit et negata, sive postulata quidem sed neque negata neque data. Nil refert, quare cautio non praestita sit, sufficit ad missionem eam non esse datam, cf. Bachofen, II. XII. §. 82. Missio datur igitur contra omnes, a quibus propter vitium aedium, loci, operis arborisve cautionem peti posse vidimus, etiam contra absentes et pupillos, cf. L. 15. §. 22, 29. D. h. t. Quo casu tamen non festinare debere Praetorem affirmant, ut non nisi urgente necessitate, mittat in possessionem, si nempe alterius inde causa deterior fiat, docet enim L. 2. §. 3. D. Quibus ex causis in poss. (42. 4.) „Defendi autem videtur, qui per absentiam suam in nullo deteriorem causam adversarii facit.” De denuntiatione facienda, cf. L. 4. §. 5 et 6. D. h. t. Hinc ubi postulata est cautio, Praetor definire solet temporis spatium, intra quod cavendum erit, quo demum praeterlapso, in possessionem mittit, L. 4. §. 1. D. h. t. Si scilicet nemo plene caverit postulanti, nec dominus nec possessor, nec usufructuarius aliusve, a quo cautio jure postulata fuerit.

§. 3.

Quibus et in quam rem concedatur missio.

Missio conceditur universe illi qui postulaverit

jure cautionem, adeoque si plures simul ejusdem rei nomine sibi caveri postularint, omnes quoque simul mittuntur in possessionem, L. 15. §. 15. D. h. t. Ubi autem unus jam missus est, veniuntque deinde alii, qui sibi quoque caveri petant, ii quoque similiter in possessionem mittuntur. Consequens igitur est, ut etiam plures domini ejusdem rei, si hujus rei nomine damni infecti sibi prospicere velint, nec quisquam iis damni infecti caveat, omnes in possessionem mittendi sint, L. 40. §. 4. D. h. t. Ubi vero ita plures simul mittuntur, aequaliter mittuntur, non pro rata damni, quod unumquemque contingeret, L. 15. §. 18. D. h. t. Si vero deinde altero decreto jussi sint possidere illi, qui missi fuerint aequaliter aedium fient domini. Animadvertendum vero, ubi is qui missus est, altero decreto possidere jussus jam est, eum aut satisfacere debere ei, qui hujus rei nomine postea sibi caveri postulet, aut admittere hunc in possessionem debere, eoque referenda verba L. 15. §. 15. D. cit. „Quodsi jam possidere jussus sit (i. e. secundo decreto) et alius damni infecti caveri desideret, tunc, nisi cavetur (a priore misso) mittetur in possessionem posterior,” atque ita si jam is, qui primus missus est, dominus est constitutus, cessante eo caveri, alter solus in possessione erit, L. 15. §. 17. D. cit. Quamdiu igitur tantum quis ex primo decreto missus est, admittere debet omnes, qui quoque ejusdem rei no-

mine sibi caveri postulent, ubi vero semel quis altero decreto possidere jussus est, cavere ipse potest, suaque satisfactione eos a possessione remove. Monet vero recte Donellus, jam statim posse missum ex primo decreto, si paratus sit satisfacere damni infecti nomine posterioribus, remove eos a possessione. Et revera excludere eos non potest aliter. Etenim missus cum tantum custodiam et observationem rei habeat, nec solus, sed cum pristino domino vel possessore, nullum dum jus habet ad alium excludendum eodem jure cautionem petentem, quatenus illi non plene satisfactum fuerit. Nec tamen facile missus hic in se damni infecti obligationem suscipiet de re aliena, adeo ut rarius certe satisfacere ipse sustinebit. Post secundum vero decretum, cum jam ita possidere jussus sit, ut usucapere possit, loco domini constitutus ejus interest ut alios removeat satisfacendo, poteritque vero tutius facere, cum communiter ex possessione sua removeri amplius non possit. Quare de eo casu expresse locuti sunt J.Cti. Praetor tamen edicto suo generaliter dixerat. „Ejus rei nomine in cujus possessionem misero, si ab eo qui in possessione erit, damni infecti nomine non satis dabitur, eum, cui non satis dabitur, simul in possessione esse jubebo.” Ubi vero missus jam dominus factus est, contra eum ita missio dabitur, ut si nolit cavere, non simul in possessione alter esse jubeatur, sed ut secundo decreto suam

rem amittat, solusque posterior in possessione sit, prouti hoc fit ratione cujuscunque domini suam rem defendere nolentis.

Non tamen semper qui possidere jussus est cavere tenetur, si nempe is cautionem petit, qui ea indignus est et is propterea missionem impetrare non poterit, L. 13. §. 11. D. h. t., ubi quaeritur utrum is, in cujus aedes alius missus est, ab hoc recte cautionem petat aliarum suarum aedium nomine, quibus eae, in quas missus est damnum minantur. Quod Julianus scribit, eum parum probe petere, consequens est ut, ubi ex primo decreto missio data est, non possit simul mitti in eas aedes, quarum nomine ipse cavere noluit, propter alias aedes vicinas, et revera qui petit adhuc dominus est et ipse potest reficere nec potest in suam rem mitti, cf. Bachofen, op. cit. XIII. p. 376., sed nec postea poterit, ubi alter possidere jussus est, ab eo cautionem exigere propter illud vitium cujus nomine ipse cavere recusavit. Cum igitur illi qui mittuntur ex primo decreto rei observationem tantum et custodiam simul nanciscantur, nulla inter eos communio nascitur, quod inde praesertim apparet, quod alium missionem petentem excludere nequeant. Hinc quoque liquet inter eos communi dividendo iudicio agi non posse de impensis in refectionem factis, cum eorum nemo ut reficiat cogi possit, cf. L. 15. §. 30. D. h. t., sed si quis fecerit, sibi fecit ita

ut postea a domino repetat, ex cautione, si ille cavendo illum de possessione decedere cogat.

Mittitur universe in ejus rei possessionem cujus nomine postulata est stipulatio. Dicit enim Praetor in edicto. „Eum cui ita non cavebitur in possessionem ejus rei, cujus nomine ut caveatur postulabitur, ire — jubebo.” Sed quaeritur quid significant verba „ejus rei,” totum enim et totius pars ita vocantur, sicuti tradit Ulpianus in L. 4. §. 1. D. h. t., cf. quoque L. 15. §. 11. D. h. t. In rei partem mitti posse est proprium quid missionis propter damnum infectum, cum in aliis casibus semper Praetor in totam rem mittat, vid Hesse, p. 110. n^a. 18. Attamen non aliter sic in rei partem mittitur, nisi ea possideri possit et expediatur, cf. L. 15. §. 12. D. h. t., uti quae memorantur exempla demonstrant. Distinguunt JCI inter aedes et fundum; communiter ubi cautio negata est ob aedium partem vitiosam, quia, uti ait L. 38. §. 1. D. h. t.: „in aedificiis partes quoque reliquae a vitiosa parte trahantur” in totas aedes mittitur, cum aedium unum corpus sit ex cohaerentibus lapidibus §. 18. J. de Legatis (2. 20.) nec facile pars utiliter possideatur. Si tamen tam amplae aedes sunt, ut dividantur in plures partes neque pars ruinosam aliis adhuc integris ita cohaereat, ut non per se constet, in ruinosam partem solam missio obtinet, si causa cognita, Praetor viderit hoc commode sine damno ejus, qui mittitur, fieri

posse, cf. L. 38. §. 1. et L. 15. §. 13. D. h. t. Quum ex superficie damnum metuitur et cautio negatur in superficiem solam missio non datur, quia possideri non potest neque longo tempore usucapi, quare Sabinus in L. 15. §. 12. D. h. t. tradit in totas aedes mitti i. e. in aream et superficiem, cf. L. 23. pr. L. 26. D. de Usurp. et usuc. (41. 3.). Rei causam demonstrat, L. 2. D. de Superf. (43. 18). „Superficiarias aedes appellamus, quae in conducto solo positae et civili et naturali jure ejus sunt, cuius et solum.” Quare etiam si superficiarius cavere nolit, poterit cavendo missionem excludere dominus, suamque rem defendere, et demum si cessat, contra utrumque in possessionem ire jubet Praetor. Hujus rei tamen exstat exceptio in aedibus vectigalibus, in quarum possessionem quis mitti possit, ita tamen ut, si durat non caveri, non jubeatur quidem possidere, nec enim dominium possidendo capere potest, quia non mittitur contra dominum, sed discernendum a Praetore ut eodem jure esset quo foret is, qui non caverat, post quod decretum vere vectigali actione uti poterit, L. 15. §. 26. D. h. t., quod explicari potest ex peculiari natura horum agrorum, qui saepe ad civitates aut ad patrimonium Principis pertinebant nec facile privato dominio attribui poterant, cf. Puchta, *Cursus*. II. p. 726.

Cum vero ex loci vitio cautio negata sit, semper in eam partem missio datur ex qua damnum ti-

metur, quia in agris non eadem valet ac in aedibus causa, cf. L. 38. §. 1. D. h. t.

§. 4.

De missione contra plures ejusdem rei dominos.

Quando aedes ruinosae ad plures pertinent domini, singuli, nisi velint in solidum esse obligati, caventes dicere debent pro qua parte domini sunt, cf. L. 27., L. 40. §. 3. D. h. t. In eum autem qui eorum damni infecti cavere recusat, etiam catenus tantum, quatenus dominus est, missio obtinet, uti expresse dicit, L. 5. §. 1. pr. D. h. t. „Si plures sunt domini, qui cavere debent, et aliquis non caveat, in ejus portionem mittetur.” Huic legi prima fronte obstare videtur, L. 23. D. h. t. „In stipulatione damni infecti, quae aedium nomine interponitur, nisi in solidum fuerit cautum, mittetur in possessionem.”

Pothier ad h. t. n^o. 43 explicat „si scilicet in solidum dominus est” quod aperte falsum est, cum id ipsum significatur missionem tamen dari, quamvis pro parte cautum fuerit. Bachofen, l. l. §. 76. p. 377 rem explicuit statuens Ulpianum in L. 23. cit. de pluribus aedium dominis loqui, quo casu statuit, si alii eorum caverint, alii non, contra omnes tamen missionem dari, nisi in solidum cautum fuerit ad exemplum L. 5. §. 11. D.

Ut in poss. legat. (36. 4.) ubi dicitur missionem legatarii contra unum heredem, satisfacere nolentem, etiam effectum habere contra eum, qui caverit ut hujus quoque administrationem impediat.

Et revera quaedam analogia est inter has duas missiones, quamquam a diversis causis datas, at vero non opus videtur eo provocare, cum noster titulus sufficiat ad rem explicandam. Cum enim omnis missionis ex primo decreto utilitas constet in custodia et observatione rei vitiosae, nec eam solus habeat, sed una cum domino, qui propterea decedere possessione non cogatur, et quidem ut cavere nolentem ad cautionem cogat et ita damni futuri resarcitionem obtineat, hinc, quamdiu non plene cautum est, missio sequi debet, ut damno timenti prospiciatur plenamque cautionem consequatur, sed haec missio contra unum dominum ceteris ab altera parte nocere non poterit, si qui caverint, nam ipsorum jus eo diminui non potest, nisi eatenus ut admittere missum debeant in custodia et observantia rei, illeque possit deinde secundo decreto in possessionem mitti pro parte ejus qui non cavit. Non obtinet missio contra caventes dominos, sed missus tantum admittendus ad rem cum iis tuendam, ita tamen ut eorum administrationem impedire haud potuerit ulterius, quam posuit is cujus nomine missus est. Retinent igitur ceteri domini facultatem reficiendi impensasque repetendi a condomino suo. Si vero missus reficere

velit, impensas tantum ab eo, cujus nomine missus est, recuperare poterit, inter eum enim et alios dominos nulla oritur communio nihilque inter eos agitur. Denique si molesta est custodia missi illis, qui caverunt, dominis, et malint missum non admittere aut eum cogere ut decedat, plene satisfacendo hoc efficere poterunt, uti in simili casu suadet in L. 5. §. 11. D. Ut in poss. leg. (36. 4.) idque eo facilius, quo melius reficere et praecavere damnum possunt. Praeterea animadvertendum L. 23. D. cit. non pugnare cum edicti verbis, nam ubi non plene cautum est, revera non est cautum pro ejus parte qui noluit. Si vero pars ejus ita separata est ab aliorum partibus, missio consequenter tantum locum habebit in eam partem, ob quam cautum non est, quod in fundo pro diviso communi semper fieri potest, uti etiam in aedibus amplis, quarum partes ad alios pertineant. Si autem ager pro indiviso communis est quia dici nequit, ad quem potissimum dominorum vitiosa pars pertineat, nisi in solidum caveatur, mitti in totum debebitur.

§. 5.

De missionis ex primo decreto effectu et fine.

Ex primo decreto missus nullum in re jus habet, in quam missio obtinuit, sed tantum custodiam et

observationem, qua facultas ei conceditur rei suae ab alienae rei damno defendendae, cf. L. 3. §. 23. D. de Acquir. vel amitt. poss. (42. 2.) L. 10. §. 1. eod. L. 12. D. Quib. ex causis. (42. 4.) et L. 15. §. 30. D. h. t. Una igitur eum domino in possessione est, sed neque jus in re neque in fructibus consequitur. Omnes fructus dominus percipit, et si qui a misso percepti sint, ei restituendi sunt et nisi missus restituat contra eum in factum actio domino datur. Ita etiam missus contra dominum in factum actionem habet ob sibi restituendas impensas, quos bona fide fecit, ut etiam si dominus interea possessionis causam deteriore fecerit. Cf. L. 15. §. 20, 3. D. h. t. L. 9. D. de Reb. auct. jud. (42. 5.) L. 5. pr. D. Ut in poss. leg. (36. 4.) Contra omnes vero, qui eum in possessione esse prohibent, misso datur interdictum, L. 4. pr. D. Ne vis fiat ei, qui in poss. miss. erit. (43. 4.) „Per interdictum etiam ei subvenit Praetor, qui damni infecti ab eo in possessionem missus est, ne ei vis fiat.”

Praeterea missus ex missione, si in possessionem venerit, pignus praetorium nanciscitur, cf. Hesse p. 112. n^a. 26, Mühlenbruch, Doctrina Pandect. §. 157. n^a. 2. et in primis Bachofen, l. l. p. 425. sqq. L. 26. pr. D. de Pign. act. (13. 7.) universe loquitur, unde igitur jura hujus missi definienda erunt quamdiu in possessione est.

Eam possessionem amittit vel invitus vel ex sua

voluntate. Scilicet si is, contra quem in possessionem missus est, alteri recte cavere velit, missio ex primo decreto cessat. Cavendi facultatem semper retinet is, in cuius rem misit Praetor, donec ex secundo decreto missus possidere iussus est, tum enim non nisi ob aetatem vel ex qua alia justa causa, ei succurritur per in integrum restitutionem, si cautionem offert.

Ubi cautio offertur antequam possidere jusserit Praetor, semper cogi potest missus, ut de possessione decedat. Ea vero cautio non tantum eo casu praestari debet de damno futuro, sed etiam cavendum est de praeterito damno et de impensis, quas fecerit missus, uti L. 15. §. 31-34. D. h. t. docet.

Quaeritur vero a quo inde tempore damnum, de quo caveri debeat, computandum sit. Prouti est in L. 15. §. 32. D. h. t. „Labeo ex quo decretum est; Sabinus ex quo ventum est in possessionem. Ego (Ulpianus) puto, causa cognita modo hanc, modo illam sententiam probandam.” Videtur igitur hoc controversum fuisse inter Proculianos et Sabinianos, inter quos medius incedit Ulpianus. Sed quam in hac re rationem ingressus est Ulpianus? Ex L. 15. §. 31. D. h. t. Ulpianum cernimus ita cavendum de damno dato, quod contigit postquam missus est, statuisse, ut repetita die promittendum esset, idque intelligendum universe de decreto missionis verba docent, quibus usus est. Etenim missus dicitur is qui decretum

obtinuit, quo mittitur in possessionem. Damnum igitur de quo repetita die cavendum dicit est illud, quod post decretum, sive prius quam ventum est in possessionem, sive postea, contigit. Quae sententia quoque confirmatur verbo „magis” quo Ulpianus utitur in L. 15. §. 31. D. h. t. „Quod quidem magis probatur.” Mentio diei igitur, a quo damnum cavetur, stipulationi inserendi universe spectabit decreti tempus, per exceptionem tempus tantum, quo ventum est in possessionem. Ad decreti enim tempus refertur, quoties aut statim in possessionem venerit aut justam allegare causam poterit missus, quare non aut tardius venerit in possessionem „plerumque enim subvenitur etiam ei, qui missus in possessionem, aliqua ex causa aut non venit aut tardius venit in possessionem.” L. 15. §. 32. in f. D. h. t. Et propterea Ulpianus, ni fallor, modo Labeonis, modo Sabini sententiam probavit, cf. Bachofen l. l. XIII. §. 79. p. 378, 379.

Contra eum denique, qui a Praetore missum non admittit, datur actio in factum, ut tantum praestet, quantum praestari oportuisset, si de ea re cautum fuisset. Non tamen statim haec actio datur, sed tum demum cum damnum datum est, nam antequam datum damnum est, ejus, qui non admisit, factum impunitum est. „Extenditur enim actio in id tempus, quo damnum committitur,” L. 15. §. 36. L. 16. D. h. t.

Volens vero missus amittit possessionem, si pos-

sessionem relinquat ruinae metu, si tamen rei succurrere potuerit, eo enim derelinquere velle videtur ex Labconis sententia; quodsi rei succurrere non potuerit, jus suum integrum manet, quamvis ruinae metu decesserit, cedit enim graviori et imminenti periculo invitus. Porro certissime amittit suam possessionem si sine ruinae metu a possessione decedat derelinquendi animo, uti probatur per L. 15. §. 35. D. h. t. ubi videmus dissensum Labconis et Cassii, quatenus prior derelinquendi animum praesumebat, ubi, cum posses ruinam praecavere, discessisti de possessione, posterior hoc non sufficere putavit, sed derelinquendi animum non tam facile praesumebat, cum omnis metus ruinae, sufficere videbatur ad eam praesumptionem excludendam.

Absentiâ igitur missio non exstinguitur, quatenus non derelinquendi animo abieris, possessio enim cum corpore et animo acquiratur, animo tantum retineri posse palam est.

CAPUT V.

DE MISSIONE EX SECUNDO DECRETO.

§ 1.

Secundi decreti effectus.

Cum duret non caveri nec possessio efficiat ut cautio recte praestetur, nec custodiae perpetuae taedium aliquid efficiat, jubet Praetor missum possidere, uti edicto exprimitur: „Et cum justa causa esse videbitur etiam possidere jubebo.” Requiritur igitur ad secundum decretum ut Praetor ante cognoscat, an justa causa esse videatur, quod L. 15. §. 21. D. h. t. illustratur: „Non autem statim ubi misit Praetor in possessionem, etiam possidere jubet, sed tum demum, quum justa causa videbitur. Ergo intervallum aliquod debet intercedere, quo aut pro derelicto aedes longo silentio dominus videatur habuisse, aut misso in possessionem et aliquamdiu immorato nemo

caveat." Exigitur igitur intervallum, quo Praetor efficiat, an dominus rem suam dereliquisse videatur, vel saltem eam tueri nolle. Quod intervallum in Praetoris arbitrio est, quatenus illud brevius vel longius poterit concedere ex rerum opportunitatibus. Ubi vero de absentis vel pupilli re agatur longius concedat facilius, nam dicit Ulpianus in L. 15. §. 22. D. h. t. non debere festinare Praetorem ad decernendum, ut jubeat possidere. Praeterea vero absentibus ex probabili causa et pupillis conceditur, ubi jam decrevit Praetor possidere, restitutio in integrum. Cf. Voetius ad h. t. §. 12; Vangerow l. l. VII. 2. a. L. §. 4. L. 7. pr. D. h. t.

Quid juris transferatur missione ex secundo decreto, et quid hoc *possidere* de quo loquitur edictum significet, varie explicare conati sunt Jurisconsulti veteres. Hac de re loquuntur praesertim L. 5. pr. D. h. t., L. 12. et L. 15. §. 16. eod. L. 5. pr. quae loca nunc plene adscribere juvat: L. 5. pr. „Praetoris officium est, ut missus in possessionem etiam eam per longi temporis spatium in suum dominium capere possit." L. 12: „His qui pignori rem acceperunt potior est is, cui damni infecti non cavetur, si possidere et per longum tempus rem capere ei permissum fuerit." L. 15. §. 16: „Julianus scribit: eum qui in possessionem damni infecti nomine mittitur, non prius incipere per longum tempus dominium capere, quam secundo decreto a Praetore dominus constituatur."

§. 2.

Effectus missionis ex secundo decreto explicatur.

Ex his locis videtur probari posse per missionem ex secundo decreto missum accipere ita rei vitiosae possessionem ut usucapiendo dominium nancisci possit. Nec in hac re offendere debet, quod dicatur per longum tempus dominium capere vel per longi temporis spatium rem in suum dominium capere, cum satis constet haec compilatorum interpolationi tribuenda esse, cf. Bachofen op. cit. XIII. 80. p. 380. pr., Vangerow, l. l. VII. 6. p. 539. Magis vero turbat, alibi eum, qui ex secundo decreto missus est, *dominum* vocari, quasi Praetor dominium daret, cf. L. 15. §. 17. 33. D. h. t. L. 7. §. 1. D. de Usufructu (7. 1.), L. 5. D. Communi divid. (10. 2.), L. 7. §. 9. D. eod., L. 1. pr. D. de Fundo dot. (23. 5.), L. 3. §. 1. D. de Reb. eor. qui sub tut. (27. 9.). Quibus locis missus ex secundo decreto vel dominus vocatur vel ei jus tribuitur, quod tantum e jure domini repeti possit.

Ab una igitur parte Ieti docere videntur, usucapione opus esse ut missus rei dominium acquirat, ab altera vero parte videntur affirmare eum statim dominum, fieri. Hinc juris Romani interpretes in varias partes abierunt, atque fere qua-

tuor diversas sententias protulerunt, scilicet fuerunt qui putarint sic missum acquirere:

1°. Dominium Praetorium quod solent vocare, unde quidem per usucapionem oriatur dominium ex jure Quiritium.

2°. Fuerunt qui eum statim dominium ex jure Quiritium acquirere censerent.

3°. Alii modo dominium, modo bonae fidei possessionem cum usucapiendi facultate missum habere affirmarunt.

4°. Denique nonnulli hinc dominium erga tertios, bonae fidei possessionem cum usucapiendi facultate erga dominum oriri affirmarunt.

Primae sententiae inter ceteros quoque fuerunt Voetius, Cujacius, Zimmern, Mühlenthal. Inter hos Voetius ad Pand. h. t. §. 12. contendit missum acquirere civilem possessionem cum usucapiendi facultate et dominium praetorium, quatenus habeat Publicianam ad amissam possessionem recuperandam, nec rem videtur plane perspectam habuisse, quatenus dominium praetorium i. e. illud, quod modis non civilibus acquisitum a Praetore defenditur actionibus et exceptionibus, commiscuit cum bonae fidei possessione, ad quam demum jure Justiniano restricta fuit Publiciana, quae antea illi dabatur, qui non posset dicere rem ex jure Quiritium suam esse, modis civilibus non acquisitam, atque propterea, amissa possessione, eam repeteret, cf. Gajus IV. 36. Puchta, *Cursus*.

II. §. 236. p. 632. Voetius vero rem explicare ita conatur, ut missionem ex secundo decreto tamquam justum titulum consideret et auctoritas Praetoris ipsi bonam fidem suppleat, praesertim nitens L. 11. D. de Acquir. vel amitt. poss. (41. 2), „juste possidet, qui auctore Praetore possidet.” Nec multum ab eo diversus Cujacius ad Afric. IX. in opp. I. p. 1566. putans, per tertium decretum (admittit enim tria decreta, primum ad cautionem interponendam, secundum, quo quis mittitur in possessionem, tertium, quo res possideri jubetur) Praetorem dare possessionem, expulso vicino, cum usucapiendi occasione, licet sciam esse alienam rem, possessor enim factus, postea dominium acquiram usucapione, quia Praetor me facit possessorem jure dominii i. e. ut possideam quasi dominus, animo et jure domini, ut jam occasionem habeam usucapiendi. Cujacius igitur possessionem hanc non bonae fidei possessionem esse affirmat, putat tamen usucapioni locum esse nec tamen hoc ulterius explicuit. Zimmern. Archiv für civilistische Praxis T. VIII. p. 158 ex secundo decreto dari tantum possessionem cum usucapiendi facultate, opinatur propterea, quia Praetor dominium dare non potest, ita tamen ut, si cavere velit, dominus adhuc rem vindicare possit et ita missum ex possessione dejicere, in libro, der Röm. Civilprocess. §. 85. p. 267 *possideri jubere*, idem esse dicit ac *in bonis esse*. Accuratius

locuti sunt eandem ac memoratam sententiam
 revera exponentes Bachovius ad Treute. II.
 Disp. XVIII. 6. C. p. 50. Faber, Conj. VII 4.
 p. 10. Savigny, Syst. IV. p. 56. Zeitschr. f.
 Gesch. Rechtsw. II. p. 368. Walter, Rechts-
 gesch. II. p. 385. n^a. 6. Vangerow, l. l. VII.
 2. b. Bachofen, op. cit. XIII. 81. Hesse, l. l.
 p. 117. et Mühlenbruch, Lehrbuch des Pan-
 dektenr. §. 457. n^a. 8. qui sententiam in Latina
 editione exhibitam in Germanica retractavit.

Dominium enim missus habere non potest, quia
 illud sic demum oritur, ubi legitimo i. e. jure ci-
 vili probato modo rem acquisiveris, Praetor vero
 dominium dare non potest, sed tuetur missum
 eodem modo ac si dominus esset, isque proinde
 rem, in quam missus est, *in bonis* habet dum
 accedat legitimus modus acquirendi dominii, nempe
 usucapio, quo jam rem ex jure Quiritium suam di-
 cere potest, et actiones civiles habet. Ut vero ita
 usucapiendo jus Quiritium acquirat debet adesse,
 uti palam est, justus titulus et bona fides, ne de
 continuata per legitimum tempus possessione, et
 de re non vitiosa dicamus. Titulum vero posses-
 sionis missus habet ipsum decretum Praetoris, quo
 possidere jussus est, quaeritur tamen an bona
 etiam fides hoc casu requiratur, et qualis.

In qua re neutiquam cum iis facere possumus,
 qui usucapionem sine bona fide obtinere posse
 statuunt, uti facere videtur Bachofen l. l. XIII.

80. n. 2. p. 379. Etenim jure classico pauci tantum casus erant, ubi usucapio sine bona fide procederet, nempe in usucapione lucrativa pro herede, illisque quos recenset Gajus, II. §. 51-62. sed de eo qui ex secundo decreto in possessione est, nihil tale invenitur. Is igitur quoque bona fide esse debet, et quae erat illa bona fides? Scilicet cum, qui cavendo rem suam defendere noluit, et contra quem missus est, dominum fuisse, et proinde se a domino possessionem decreto obtinuisse. Sublato autem discrimine inter dominium Quiritarium et bonitarium jure Justiniano missus ex secundo decreto statim dominium habebit, si contra dominum missus est, si vero is qui cavere recusavit, fuerit tantum bonae fidei possessor, missum idem jus habiturum, quod habuit is contra quem missus est, nonnulli defendunt, quam Vangerow tamen distinctionem inutilem dicit, quia, ut contra Zimmern affirmat, domino nulla amplius conceditur vindicatio, per L. 15. §. 33. D. h. t. Ab hac sententia procul dubio multum recedit ea, quam secundo loco posuimus, quaeque invenitur apud Donellum, Comm. ad jus civ. XV. c. 47. p. 850. Praetoris decreto dominium concedi, et missum sic dominum constitui, ut simul per longum tempus dominium capiat, non tamen per longum tempus quod postea sequatur, sed quod decretum istud de possidendo praecesserit.

Magis cognatum primae explicationi id, quod

tertio defenditur a nonnullis, e quibus citamus Donellum l. l. et Mackeldey, Lehrbuch des heutigen Röm. Rechts, §. 484. docentes missum dominum constitui, si is qui non cavet fuit dominus, quodsi vero is dominus non fuerit, tum usucapionem accedere debere, nitentes L. 15. §. 26. D. h. t. et L. 54. D. de R. J. (50. 17.) Quod si de Jure Justiniano intelligis, ubi unius generis dominium tantum erat, a prima sententia non differt, sed jure classico minus recte dictum, et quamquam loca in Digestis ita explicari debeant, ipsi Icti tamen revera, quatenus missum dominum vocarunt, de dominio juris gentium videntur cogitasse, quod usucapione demum accedente dominium civile fieret. Quare addiderunt eum usucapere debere, per Praetorem enim dominium civile non potest acquiri.

Quartam sententiam proposuit Heineccius, Elementa juris civilis ad h. t. §. 105. nempe missum ex secundo decreto respectu tertii statim fieri dominum, ratione domini ipsius dominium usucapione acquirere. Quam opinionem quare minus probabilem habeamus, jam ex supra dictis patet. Ne aliud addamus, si missus adversus dominum jus suum tueri non potest atque ita dominus rem vindicare potest, quomodo dominus vocari a Jctis potest, et dominus esse simul et non esse?

In hac quaestione tractanda initium faciendum ab ipso edicto L. 7. pr. D. h. t. Ibi Praetor *possidere*

tantum jubet, quia ultra possessionem nihil concedere Praetor potest, ex qua habere poteris facultatem usucapiendi, quatenus utiliter ad usucapiendum possideas. Igitur pristinus dominus non amittit decreto suum jus Quiritarium, imo retinet donec usuceperit alter, sed possessionem tuebitur etiam contra dominum Praetor, quia justo titulo, decreto nititur, exceptione, causa cognita, data, et concedit actionem ad rem repetendam si possessio amissa est, Publicianam, qua fingitur jam usucepisse, aut utile interdictum unde vi L. 18. §. 15. D. h. t. Hinc dicit Julianus in L. 9. pr. D. h. t.: „Integra autem re, unusquisque cogitur aut de damno cavere aut aedibus carere quas non defendit.” Sic intelligimus Jctos missum ex secundo decreto dominum dicere potuisse, quia rem *in bonis* habere incipit et simul de usucapiendi necessitate locutos fuisse, qua demum verum dominium oriatur. Quod confirmatur in primis L. 15. §. 16. D. h. t. tum L. 44. §. 1. eod. ubi is, qui missus est ex secundo decreto et is qui emit inter se comparantur, et idem inest etiam locis omnibus. Potuit igitur simul missus et dominus dici, quia rem in bonis habet, et potuit usucapio memorari, qua verus dominus jure civili evaderet.

Non opus ergo, ut cum Voetio provocemus ad L. 11. D. de Acquir. vel amitt. poss. (41. 2.) „Juste possidet, qui auctore Praetore possidet.” quibus verbis docemur tantum, eum, qui auctore

Praetore possidet, nec vi, nec clam nec precario ab adversario possidere, sed decretum Praetoris ipsi causa est, quae efficiat, ut *pro suo* possideat, cum possidere jussus animo et corpore possessionem acquisiverit, cf. Savigny, *Recht des Besitzes*, p. 325.

De bona fide vero jam animadvertimus, eam referendam esse non ad hoc, an missus sciverit rem alienam fuisse, sed ad conscientiam illaesam de jure ejus, contra quem in possessionem missus est.

Quae hucusque retulimus valent tantum de jure antiquo. Ab Justiniano enim L. un. C. de Usucap. transform. (7. 31.) et L. un. C. de Nudo jure Quir. toll. omne discrimen inter dominium Quiritarium et bonitarium sublatum est. A quo igitur tempore missus statim dominus fiebat, quippe qui justo modo a domino rei possessionem nactus esset. Sed quaeri potest quare adhuc sermo sit de longi temporis praescriptione? Vangerow loc. cit. nolens longi temporis praescriptionem in Leg. 5. pr. 12, et L. 15. §. 16. compileribus adscribere, difficultatem ita solvere conatus est, ut, quando cautio petita et negata fuerit a bonae fidei possessore, non a domino, ex missione non dominium, sed bonae fidei possessio oriretur cum usucapiendi facultate. Confitetur tamen nullum facere discrimen utrum bonae fidei possessionem an dominium consequatur missus, quum post secundum decretum cautionis oblationi non amplius locus sit, uti L.

15. §. 33. D. h. t. docet. Animadvertendum tamen, si is a quo cautio petita fuerit, non fuerit dominus et adeo missio contigerit non contra dominum, sed contra possessorem, domino superesse, si cavere voluerit, vindicationem, quatenus is qui possidere jussus est, non plus juris habere potest, ac is contra quem decretum obtinuerit. Eo casu igitur omnino opus erat ei longi temporis possessione, ut plene dominium acquirat, atque ita mentio interpretanda longi temporis praescriptionis in Pandectis. Quod enim legitur in L. 15. §. 22. §. 33. D. h. t. L. 19. subvenire Praetorem iis, qui justa aliqua causa cavere omiserint, intelligendum, si a domino petita fuerit cautio, aut saltem domino denuntiatio facta fuerit et, eo non defendente, missio fuerit secuta, ita ut contra eum interpositum decretum excludat vindicationem, quod certe plerumque fieri debuit. Non tamen haec loca vindicationem excludunt, si forte a bonae fidei possessore tantum petieras, nec longi temporis possessione acquisitum dominium est. Ubi autem vindicatio cessat unicum remedium certe in integrum restitutio. Concludimus igitur jure antiquo missum tantummodo obtinere dominium bonitarium, quod usucapione demum in Quiritarium convertitur, quatenus missus justum titulum et bonam fidem habet, jure vero novo semper missione dari dominium, excepto eo casu, in quo denuntiatio facta et cautio petita

fuerit tantum a bonae fidei possessore, ubi longi temporis praescriptione opus est, ut missus dominium consequatur.

§. 3.

Effectus ratione praediorum et aedium vectigalium.

Quamvis generaliter misso ex secundo decreto rei vitiosae dominium acquiratur, tamen exstat hujus regulae exceptio ubi agitur de denegata cautione propter aedes vectigales, de qua re agit L. 15. §. 26. D. h. t.: „Si de vectigalibus aedibus non caveatur mittendum in possessionem dicemus, nec jubendum possidere (nec enim dominium capere possidendo potest) sed decernendum, ut eodem jure sit, quo foret is, qui non caverat, post quod decretum vectigali actione uti poterit.” Ubi vero praedii vectigalis nomine cautio negata est aliud jus obtinet ex h. L. §. 27: „Sed in vectigali praedio si municipes non caverint, dicendum est dominium per longum tempus acquiri.”

Quaeritur de causa hujus discriminis? Quare aedes vectigales usucapi non possunt, possunt vero praedia vectigalia? Alii de hac re aliter censuerunt. Bachofen op. laud. XIII. 81. pag. 382 explicat discrimen ita, quia ubi aedium vectigalium nomine cautio petitur, semper aedium vitium possessori imputandum est, contra vero

ubi ex praedii vectigalis vitio damnum imminet, incertum est, utrum vitium praedii vectigalis domino an possessori imputandum sit, et propterea putat tum contra municipium possidere jubere Praetores, quia est dominus et ad cavendum eo casu semper obligatus. Galvanus de usufructu, cap. 25. X. antea distinxerat a quo petita fuerit cautio ut inde penderet effectus: „Refert,” dicit, „utrum ad cavendum conductores aedium vectigalium tantummodo sint interpellati an ipsi municipales,” cf. Vangerow l. c. VII. 2. c. Hesse pag. 121 sqq. neutri sententiae adstipulatur, sed omnem difficultatem tolli posse sustinet si §. 26. intelligamus de aedibus, quarum proprietas est populi Romani aut fisci, §. 27. autem de aedibus quas locarunt municipales. Ad quam sententiam confirmandam Hesse citat §. 9. I. de Usucapionibus: et L. 12. §. 2. D. de Publ. (6. 2.), monetque fiscum cavere non solere ideoque neque interponere cautionem damni infecti, cf. quoque L. 2. §. 1. D. de Fundo dotali (23. 5.) L. 3. §. 5. D. Si cui plus quam per leg. Falc. (35. 3.). Mühlenthal, Lehrb. der Pand. §. 127.

Donellus autem Comm. jur. civ. Libr. IX. c. 13. pag. 463. putat aedes vectigales in §. 26. cit. significare aedes in praedio vectigali aedificatas vel etiam ita dictas esse aedes superficiarias. Perpetuo usu juris tamen praefert aedes vectigales prima explicatione accipere. Et revera, si locus

ita ab Ulpiano scriptus est, vix poterimus non Donelli rationem probare. Jure classico aedes enim ita in perpetuum non locabantur, ut quamdiu pro iis vectigal penderetur, tamdiu neque ipsis qui conduxerint, neque his, qui in eorum locum successerint, auferrentur, sed fundi tantum agriculturae causa. Hinc fundi, agri vectigales centies, aedes vectigales hoc tantum loco occurrunt. Et demum Jure Romano novissimo aedes quoque ita locatas esse videntur per anomalam, cf. Puchta, Pandekten, §. 176.

Proxime ita accedimus ad sententiam a Bachofen propositam, putamusque contra emphyteutam possideri jussisse Praetorem, ubi aedes quas in emphyteuticario solo habet vitiosae sunt et cautio ab ipso negata. Dominum enim eo casu ad cautionem interponendam cogi potuisse non videtur, cum omne onus refectionis emphyteutae incumbit. Ita tamen tum contra eum missum fuisse opinamur, ut non totum ejus jus perierit sed tantum ratione earum aedium, in quas missum fuerit. Quodsi igitur praeter has, alias habet in fundo emphyteuticario non vitiosas, jus quod in his habet, salvum erit. Propter soli vitium vero, si cautio rogatur, neque emphyteuta neque municipibus ejus agri dominis caventibus, illi, qui ex secundo decreto missus est dominium tribuendum.

§. 4.

*Missionis effectus ratione pristini domini et eorum,
qui habent jus in ea re.*

Dominus post missionem ex secundo decreto possessione deviciendus est, quum duo simul possidere nequeant. Possessionem vero cautionis oblatione recuperare non potest, exceptis his casibus, in quibus aequitatis causa extra ordinem subvenit Praetor, cf. L. 15. §. 22. 23. 33. D. h. t. Mirum est, nihilominus fuisse, prouti Zimmern op. laud. T. VIII. p. 158 et Voetium Op l. ad h. t. §. 12, qui statuerint post missionem ex secundo decreto adhuc offerri posse cautionem. Nititur Voetius L. 7. §. 1. et praesertim L. 18. §. 15. D. h. t. verbis: „quum Praetor id agat, ne damnum faciat actor, non ut in lucro versetur” quae certe non probant quod iis probari vult, cum significant tantum, Praetorem non concedere ut ex eadem causa bis idem petatur. Quum vero iis, quae pro se introducta sunt, renuntiare quis potest, sic sine dubio missus oblatam sibi cautionem accipere potest et possessione decedere, eo vero cogi nequam potest.

Omnes jure in ea re gaudentes ad cautionem praestandam admittendos esse supra vidimus, ut jus suum salvum retineant, ubi vero cavere recte

noluerint, jus suum secundo missionis decreto amittunt. Sic intelligenda verba L. 15. §. 24. D. h. t.: „Si qua sint jura debita his qui potuerunt de damno infecto satisfacere, deneganda erit eorum persecutio adversus eum, *qui in possessionem missus est*; et ita Labeo probat.” Inde a petita cautionis tempore usque ad secundum decretum possunt cavendo jus suum servare, interea igitur eatenus eorum jus pendet, non nisi perpetua cautionis negatione, amittendum, de qua ante secundum decretum non constat, cum missus antea nullum jus in re, sed tantum custodiam et observationem habet. Unde intelligitur simul L. 15. §. 25. D. h. t. „Item quaeritur in pignoratitio creditore, an pignoris persecutio denegetur adversus eum, *qui jussus sit possidere*? Et magis est ut, si neque debitor repromisit neque creditor satisfacit, pignoris persecutio denegetur? Quod et in fructuario Celsus recte scribit.” Qui jus in re habet cavere debet, si cavere noluerit ante secundum decretum amittit. Nec obstat L. 9. §. 5. D. h. t. Nam missione ex primo decreto is, qui jus in re habet, prohibetur propter non praestitam cautionem jure suo uti, quatenus rei custodiam et observationem missus habet, ut compellatur ad cautionem damni infecti, nec jus suum ex prima missione amittit, sed ejus usus in suspenso est, donec vel ipse cavendo servet, vel dominus cavendo ipse periculum suscipiat, vel denegata cautione sequatur missio ex secundo de-

creto cf. L. 10. D. h. t. Cum enim secundum decretum Praetor dederit, cautione neque a domino neque ab eo, qui jus in re habet, praestita, uti ille dominium sic hic jus suum perdit, adeoque usufructuarius usumfructum, superficiarius superficiem, emphyteuta emphyteusin, creditor pignoratitius jus pignoris, cf. L. 9. §. 4. 5. L. 10. D. h. t. Attamen creditorem pignoratitium quoque juris sui persecutionem amittere dubitari posse videtur. Nimirum Africanus in L. 44. §. 1. D. h. t. refert: „Damni infecti nomine in possessionem missus possidendo dominium cepi; deinde creditor eas aedes pignori sibi obligatas persequi vult. Non sine ratione dicetur, nisi impensas, quas in refectionem fecerim, mihi praestare sit paratus, inhibendam adversus me persecutionem.” Quae verba Africani contraria videntur L. 15. §. 25. et L. 12. D. h. t. cf. quos laudat Glück, §. 1083. XVIII. p. 353.

Omnis tamen difficultas videtur tolli ubi attenderis ad verba in L. 15. §. 24. D. h. t.: „jura debita his *qui potuerunt* de damno infecto satisfacere.” Iis *qui potuerunt* cavere de damno infecto ob non interpositam cautionem si ex secundo decreto miserit Praetor, juris persecutio denegatur, ergo iis, *qui non potuerunt* cavere, non denegatur, et de posteriore casu loquitur Africanus, ubi vel absens fuerit creditor pignoratitius vel alia qua justa causa cavere prohibitus, nec interpellatus.

Quod vero de impensis in refectionem factis, a creditore praestandis, hoc juri communi est quidem contrarium, sed aequitatis causa haec exceptio admissa, quum missus non sponte, sed quasi coactus accedit ad rem, iisque impensis causam pignoris tuitus est. Praeterea ille ob impensas refectionis sibi providere nullo alio modo potest, uti v. c. emtor actione evictionis a venditore, quare Africanus in L. 44. cit. jure deinde idem de emtore negat. Cf. Cujacii ad Afric. Tract. IX ad L. 44. D. de Damno infecto. (Op. I. p. 1568.) Bachofen op. l. IV. 13. p. 122 sqq. putat Africanum de eo casu loqui, si creditor pignoratitius ad cautionem obligatus, eam interponere nolit. Et ita Africani sententiam improbat amplexus eam, quae ab Ulpiano et Paulo proditur, L. 15. §. 25 et L. 12. D. h. t. Quia amissio juris est contumaciae poena, qua dominus dominium, creditor pignoratitius pignus amittit. Ceteroquin si ab ea poena absolveres creditorem pignoratitium, hic meliori conditione esset, quam dominus, quod nequaquam admittendum censet. Propterea putat Paulum et Ulpianum hoc casu decessisse ab illa juris regula: pignus ubique durare, quam Africanus stricte per omnia observavit, nisi quod de restituendis impensis addiderat. In actionibus noxalibus non invenitur illa Africani sententia, sed quidem illa Pauli et Ulpiani, cf. L. 27. pr. L. 30. D. de Noxalib. act. (9. 4.) ita ut si ser-

vus noxae detur Servianam amittat is, cui servus pignori obligatus erat, ob non susceptam ejus defensionem, nisi absentia, quominus eum defenderet, impeditus fuerit. Hanc tamen exceptionem quare non admitteremus in casu missionis ex secundo decreto non videmus, ubi revera aequitas idem postulat, et si de ea intelligamus Africani locum, certe non opus ut eum ab Ulpiano et Paulo dissensisse putemus.

§. 5.

De pluribus possidere ex secundo decreto jussis

Eodem modo quo ex primo decreto plures mitti possunt, etiam fieri potest ut ex secundo plures possidere jubeantur, nec refert, utrum simul missi sint ex primo decreto, an vero separatim. In L. 15. §. 17. D. h. t. legimus: „Si ante hoc decretum alius quoque in possessionem missus fuerit, *aequaliter* ambo aedium domini fient, scilicet cum jussi fuerint possidere.”

De cujus legis explicatione peculiarem sententiam proposuit Voetius ad h. t. §. 13. Gothofredum secutus. Monet omnes missos ex primo decreto aequaliter possidere pro indiviso. Nec tamen inde concludendum putat, ex secundo decreto missos possidere arithmetica ratione, sed potius geometricâ, argumento desumpto ex L. 15. §. 18.

in f. D. h. t. in verbis: „concurso partes habituros,” ideoque dominum aedium majorum pro rato dominium majoris aedium ruinosarum partis nancisci, quam is, qui minores aedes habet. His negat obstare verba L. 15. §. 17. D. h. t. quia *aequaliter* non ad rem, in quam missi sint, referendum opinatur, sed ad tempus, quo quisque incipit possidere, nec eo verbo aliud significari, ac omnes, quo tandem tempore missi fuerint ex primo decreto, ex secundo decreto tamen eodem tempore incipere possidere.

Voetio vero nequaquam assentiri possumus. Omnes, qui ex re aliena damnum timent, cautionem petere possunt, qua negata omnes in possessionem mittuntur rei vitiosae. Idem omnino jus omnibus competit, nec de ea re aliqua controversia esse potest, nec dubitari potest de jure quod cuique post decretum conceditur. Quodsi unus ex his secundo decreto possidere jubetur, alii quoque eodem modo possidere jubentur. Quum autem omnium, negata cautione, par sit conditio, omnes, qui in eandem rem mittuntur, concurrunt. Etenim prouti unus, si solus cautionem petiisset, juberetur totam rem possidere, nunc cum plures sint, omnesque eodem jure, singuli totam rem possidere non possunt, sed in eam concurrunt pro aequali parte. Illud *aequaliter* igitur non de tempore, sed de ratione possessionis intelligendum est, quod probant quoque verba sequentia: „scili-

cet quum jussi fuerint possidere" quae intelligenda de tempore a quo incipit possessio, et ita opponuntur his: „Si ante hoc decretum alius quoque in possessionem missus fuerit," non vero explicant vocem *aequaliter*. Cf. Bachofen l. l. XIII. 82. p. 384. n^a. 9.

Aequaliter igitur rei, in quam missi fuerint, omnes domini fiunt, unde sequitur rem vitiosam inter eos communem fieri, ad ejusque divisionem inter eos actionem communi dividendo dari et quidem directam, uti liquet ex L. 7. §. 9. D. Comm. divid. (10. 3.): „Plane si jam damni infecti missus, jussus sit possidere, non erit huic *utili iudicio* locus quum vindicationem habere possit."

Ex his verbis directam communi dividendo actionem dari patet. Qua actione repeti quoque posse partem impensarum, quas missus in re vitiosa fecerit ante secundum decretum, ostendit L. 15. §. 19. D. h. t. et L. 5. D. Comm. divid., ex sententia Proculi et Ulpiani. Sed contrarium dicere videtur Julianus in L. 4. §. 4. D. eod. Hic juris rigorem secutus, quia sumtus facti sint ante ortam communionem, eos repeti hac actione negavit; aequitate magis praevaluisse videtur Proculi et Ulpiani sententia, quia aequum erat quemque conferre his sumtibus, quibus effectum est, ut res salva esset. Cf. Bachofen XIII. 83. p. 384.

§. 6.

De actione, quae datur ubi missus in possessionem non est admissus.

Fieri potest, ut dominus Praetoris decreto non obtemperet, et eum, qui in possessionem missus est, non admittat, quo casu locus est edicto: „In eum, qui neque caverit, neque in possessione esse, neque possidere passus erit, iudicium dabo, ut tantum praestet, quantum praestare eum oporteret, si de ea re ex decreto meo, ejusve cujus de ea re jurisdictio fuit, quae mea est, cautum fuisset.”

Datur igitur tum a Praetore actio in factum contra eum, qui neque cavere voluit neque rem suam pro derelicto habere, ac simile quid jam vidimus in Lege Galliae Cisalpinae obtinere. Cf. de hac actione in factum L. 1. pr. §. 4. 6.; L. 4. §. 1—4. D. Ne vis fiat. (43. 4.) L. 15. §. 36. L. 17. D. h. t. Distinguendum vero est utrum missus in possessionem ex primo, an vero is qui secundo decreto possidere jussus sit, non sit admissus. Semper enim actio in factum datur, at cum ex secundo decreto quis missus non admittitur praeter hanc etiam aliis actionibus uti poterit.

Ubi missus ex primo decreto non admittitur, actionem in factum missus habet, quod etiam ab Ulpiano confirmatur, L. 15. §. 36. D. h. t. eamque actionem habet ubi damnum datum est.

Actio autem illa non tantum contra ipsum dominum, etiam pupillum, datur eumve, qui non admiserit, sed etiam contra eos, qui pro eo interveniunt. Ita fit, ut eâ teneantur procurator, tutor actores municipum aliique, et filii familias quidem et servi non admittentes noxali actione patrem et dominum obligant. Cf. L. 17. pr. §. 1. 2. D. h. t.; L. 18. §. 13. eod. Quodsi vero mandato domini is, qui pro eo intervenit non admittit, contra dominum quoque actio datur, quod ostendit. L. 18. §. 14. D. h. t.

Actio illa est perpetua et datur heredibus et in heredes ceterasque item ceteris personis, quibus intelligendi sunt heredes jure praetorio, Vid. Hesse op. cit p. 129. cf. L. 17. §. 3. D. h. t. eaque competit ergo per triginta annos, cf. L. 3. C. de Praescriptione trig. vel quadr. ann. (7. 39.)

Quaeritur vero utrum is, qui non admiserit in possessionem, semper cautionem etiam nunc, antequam damnum datum est, possit interponere, an vero Praetor etiam tum possidere jubeat deinde, cum missus ex primo decreto non admissus est in possessionem. Ex L. 16. D. cit. quis possit efficere, usque ad damnum datum semper cautioni locum esse nec sequi tum secundum decretum, sed falso, nam ita melioris conditionis esset is, qui non admisit, quam is qui admisit, et verba ultima: „vel possessione cessit” accipienda non tantum de eo qui volens cessit, sed etiam de eo, qui dejicitur post secundum decretum Praetoris,

illudque confirmatur L. 18. §. 15. D. h. t. qua probatur dari quoque secundum decretum a Praetore illi, qui ex primo non sit admissus. Cum vero ex primo decreto missus tantum rei detentionem habeat, non potest uti interdictis possessoriis, ut tueatur suam possessionem sed propterea Praetor peculiare ei concedit interdictum. *Ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est*, quo etiam omissam possessionem recuperare potest, cf. L. 3. §. 2. *Ne vis fiat ei* (43. 4.).

Quum ex secundo decreto missus in possessionem non admittitur. L. 18. §. 15. cit. patet Praetorem ei dare utile interdictum Unde vi contra eum, qui non admiserit, quo dejectus e possessione fingitur, L. 1. §. 23. D. de Vi (93. 16.). Si vero amiserit possessionem habet praeterea Publicianam ad rem vitiosam recuperandam. Illud tamen utile interdictum Unde vi et Publiciana competere non potest ei, qui ex primo decreto non admissus est, quia hic nullum jus in re habet. At vero is, qui ex secundo decreto possidere jussus est, nec admissus poterit, si hoc praetulerit, si damnum datum est, actione quoque in factum consequi quanti ejus interfuerit, uti docemur, L. 18. §. 15. inf. D. h. t., ita tamen ut si hanc optaverit, non possit redire ad Publicianam vel utile interdictum.

THESES.

I.

Recte C. A. Den. Tex, Encyclopaedia Jurisprudentiae §. 491: »Quiqui conditi sint aut condantur Legum Codices, Juris Civilis Romani studium necessario manebit omnis doctrinae juris privati fundamentum.»

II.

L. 21. pr. D. Qui potior. in pign. vel hypoth. (20. 4.) non adversatur L. 7. §. 1. D. eod. et L. 28. D. de Jure fisci (49. 14.)

III.

Bonae fidei possessor non potest postulare cautionem damni infecti.

IV.

Ex cautione damni infecti tantum actio nascitur stipulatori ejusve heredibus contra promissorem ejusve heredes.

V.

L. 96. §. 3. D. de Solutt. (46. 3.) cum L. 101. §. 1. eod. conciliari potest.

VI.

Errant qui jus XII Tabularum vel nulla ex parte vel totum ex institutis Graecis manasse censent.

VII.

Stipulationes in fraudem art. 197 Cod. Civ. factae sunt nullae.

VIII.

Peregrinus, qui in hereditate Nederlandica succedit, plenius aut aliud jus non habet, quam Nederlandus heres habuisset.

IX.

Art. 187. al. 2. Cod. Civ. non adversatur al. 3 ejusdem articuli.

X.

Verbis: „handelingen en verbindtenissen” quae occurrunt in art. 331 Cod. Merc. cum obligationes ex contractu tum ex delicto intelligendae.

XI.

Societas anonyma quamvis Regia auctoritate approbata,

a iudice rescindi potest, si juri publico (openbare orde) et bonis moribus adversatur.

XII.

Art. 307. Cod. Merc. improbandus.

XIII.

Apparitorum in jus vocandi facultas in omni iudicis territorio valet apud quem munere funguntur.

XIV.

Art. 194. al. 4. Leg. Fund. de institutione juventutis libera maxime laudandus est.

XV.

Numerus indefinitus interrogationum (verhooren) rei in inquisitione praevia criminali non videtur improbandus. (Art. 96. Cod. Quaest. Crim.)

XVI.

Non unus est finis poenis propositus.

XVII.

Leges poenales utpote personae inhaerentes, territorium egrediuntur.

XVIII.

Melius foret in Cod. Quaest. Crim. non legi art. 99 de quaestionibus a iudice suggestis.

XIX.

Laudandus est art. 15. Tit. XIII. L. II. Speciminis Cod. Poen. Batavi anni 1842: »Die alleen tot getuigen

of zoogenaamde secondes bij het tweegevecht hebben gediend, zullen uit dien hoofde alleen niet strafbaar zijn, behoudens de toepassing der bepalingen omtrent de medeplichtigheid aan misdrijf, zoo daartoe gronden zijn."

XX.

Modus nomina publica solvendi per remedium quod dicitur *Amortisatiefonds* non est laudandus.

XXI.

Systema protectionis (het beschermend stelsel) improbandum videtur.