

PROVINCIALE

BIBLIOTECA

Ente

D'Errico

3779

MATERA

UNIVERSITÀ

2538

A R N O L D I
V I N N I I, J C.

T R A C T A T U S Q U A T U O R

D E

PACTIS, JURISDICTIONE, COLLATIONIBUS,
ET TRANSACTIONIBUS.

Quibus additæ sunt

S I M O N I S V I N N I I

A R N O L D I F I L I

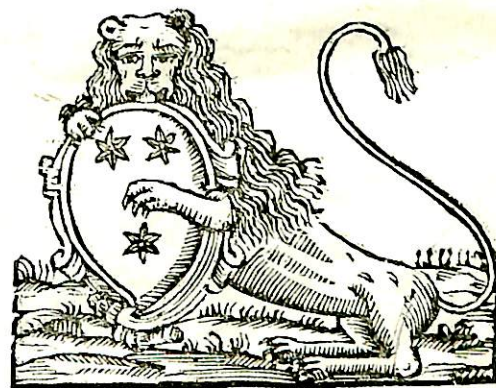
O R A T I O N E S

Dux, & alia quedam,

C U M

I N D I C I B U S L O C U P L E T I S S I M I S.

Editio Sexta antior, & prioribus emendatior.



A M S T E L O D A M I,
Expensis STEPHANI ABBATIS.
Anno M. DCC. XVII.

Nobilissimis & Amplissimis Viris,

D.D. PRÆTORI, CONSULIBUS,
CETERISQUE PROCERIBUS
REIPUBL. HAGACOMITENSIS.

NOBILES ET AMPLISSIMI VIRI;



Nunus jam vertitur undevicesimus;
ex quo impetrata honesta missione præfecturam ludi
vestri literarii deposui, postquam in ea functione an-

D E D I C A T I O .

nos prope tredecim versatus fueram . Quo quidem toto tempore ita me in eodem munere gessi, ut plane persuasum mihi habuerim, fidem, ac sedulitatem meam & vestræ amplitudini, & bonis omnibus spectatam fuisse, probatamque cunctis, non iniquis omnino aut imperitis rerum æstimatoribus. Sed & vos eam in me voluntatem ac beneficentiam semper ostendistis, ut dubitare non debuerim, quin quicquid usui nobis atque ornamento esse potuisset, id libenter & cupide curaturi fuissetis: cujus rei nulla unquam me capiet oblivio. Et quamvis ex eo, quod hætenus nulla re palam testatus sum meum erga vos studium atque observantiam, fortassis aliquis suspicaturus sit, deletam jam dudum apud me ac sepultam esse omnem vestrorum in me meritorum memoriam; tamen sic velim vobis persuadeatis, me & amplitudinis vestræ observantissimum semper fuisse, & acceptorum quondam a vobis beneficiorum semper memorem fore, dum memor ipse mei. Neque vero unquam ego de mutando genere functionis cogitassetem, aut ad eam, quam nunc per gratiam Dei publice profiteor, disciplinam me contulissetem, nisi fato ad jurisprudentiam, cui ab adolescentia totum me tradideram, tota indole latus fuissetem. Noveram coacta ingenia male respondere, & occurrebat tritum illud, nihil invita Minerva. Quamobrem etsi per ceterarum quoque honestarum artium cultum bonam ætatis partem transegeram, ut vel cuivis functioni literariæ abunde sufficere posse viderer: tamen etiam hoc ipso ad professionem juris

D E D I C A T I O .

ris amplectendam & vel magis incitabar; gnarus disciplinam juris ita esse comparatam, ut nisi ab hujusmodi præfidiis opem petat, eam omni suo apparatu atque honore, & tantum non ingenuitate spoliari necesse sit. Quin & jam cum adhuc ludo vestro præessem, præludere cœpi, & subcisivis temporibus ingenio meo furtim obsecundare. Testes sunt illæ partitiones nostræ juris civilis, sive quatuor illi libri Jurisprudentiæ contractæ, quos eodem tempore & composui, & Hagæ vestræ Comitum typis excusos etiam evulgavi. Postquam autem Deo Opt. Max. sic ordinante juris civilis interpretandi munus in illustri Bataviæ nostræ Lycæo mihi impositum est, ex eo tempore majus otium nactus ad hæc studia magis serio & bona fide tractanda atque excolenda, variis scriptis, & iis quidem, quæ summorum virorum judicio digna visa, quæ lucem aspicerent, egregiam meam voluntatem de jurisprudentia omnique re literaria bene merendi, & quantum in me est, commoda studiosæ legum juventutis promovendi, testatus sum. Ceterum in nullo horum aliquod grati erga vos animi documentum dedi, & observantia illa, qua, ut par est, vos semper colui, hætenus publico testimonio apud amplitudinem vestram caruit. Quod equidem non sine rubore cogor agnoscere: & ut verum fatear, non defuit facultas. Sed apud æquos & bonos judices etiam moræ purgatio est. Quapropter cum in præsentia & res & tempus occasionem mihi obtulissent hunc erga vos animum & observantiæ studium publice testificandi, feci, quod

DEDICATIO.

officii sui non omnino securos facere decet, oblatam occasionem avide arripui: & quia nulla re videbar posse summam & enixam meam voluntatem ostendere evidentius, quam si operam darem, ut hæc insigniore aliquo testimonio publicata extaret, adhibui quatuor interpretes, qui privatim apud vos, publice apud alios hac opera fungerentur. Quatuor illos Tractatus Academico-forenses intelligo, quos nomini vestro dicatos cum eadem testificatione in publicum exire jussi, ut quo pluribus exponeretur hic noster labor, eo ad plures quoque eadem testatio perveniret. Nihil aliud hic mihi propositum fuit, Nobiles & Amplissimi Viri, quam hoc unum, ut vobis hunc animum & singularem voluntatem meam præclaro aliquo elogio testatam facerem, atque a me amolirer, quod in homines ingratos & beneficiorum immemores vulgo dici solet, *μετὰ τὴν δόσιν τὰ χεῖρα γυρᾶσκει χάρις*. Confido fore ut etiam vos, pro humanitate vestra, hoc *μνημόσυνον*, tanquam perpetuæ in amplitudinem vestram observantiæ pignus, accepturi sitis, vobisque habituri. Dabam Lugduni Batavorum postridie Nonas Aprilis, clb. ioc. li.

VV. AA.

observantissimus

ARNOLDUS VINNIUS.

SYLLABUS CAPITUM

TRACTATUS

De Pactis.

I.	Q uid pactum, pactio, conventio, pactum conventum.	Pag. 1.
II.	De pactis seu conventionibus publicis.	8.
III.	An fides hostibus, prædonibus, piratis data servanda sit.	10.
IV.	De pactis legitimis.	13.
V.	De conventionibus nudis.	17.
VI.	De vi nudarum conventionum.	24.
VII.	Aliarum præter Romanos gentium nostris hodie moribus, ac jure Canonum ex nuda conventionione actionem dari.	31.
VIII.	De conventionibus non nudis, quæ vulgo pacta vestita.	34.
IX.	De pactis incontinenti contractibus adjectis.	47.
X.	An pacta incontinenti adjecta contractibus stricti juris ex parte actoris similiter insint, ut bonæ fidei judiciis.	55.
XI.	Quatenus actio detur ad petendum id, quod pacto in bonæ fidei contractu interposito cautum.	62.
XII.	De pactis tacitis.	66.
XIII.	De pactis in rem & in personam, deque eorum vi ac potestate.	74.
XIV.	Qui cum quibus pacisci possunt.	76.
XV.	An quis pactione sua alteri nocere aut prodesse queat.	83.
XVI.	Quatenus pactum debitoris fidejussori, aut fidejussoris debitori proficiat: & de pacto unius e duobus reis.	87.
XVII.	De pactis majoris partis creditorum.	91.
XVIII.	De quibus rebus pacisci possumus.	94.
XIX.	De pactis circa successiones.	99.
XX.	De pactorum ceterarumque conventionum interpretatione.	106.
XXI.	De effectu & potestate pactorum.	110.

SYLLABUS CAPITUM.

TRACTATUS

De Jurisdictione & Imperio.

I.	D e Imperio mero.	116.
II.	De iis, quæ præcipue circa Imperium merum quaerenda.	120.
III.	An meri Imperii exercitio mandari possit.	123.
IV.	Solene Principi iisve, qui summam in republ. potestatem habent, merum Imperium jure proprio competat, an etiam magistratibus, quibus id concessum.	125.
V.	De jurisdictione, quam vocant Simplicem.	128.
VI.	De	

VI.	De jurisdictione ordinaria & extraord. contentiosa & voluntaria.	131.
VII.	De mixto imperio.	133.
VIII.	De jurisdictione propria & mandata.	137.
IX.	Quando jurisdictione mandata, quatenus & quo effectu translata intelligatur.	144.
X.	De jurisdictione prorogata.	147.
XI.	De prorogatione de re ad rem, & de persona ad personam.	152.
XII.	Quibus modis jurisdictione finiatur.	156.

SYLLABUS CAPITULI TRACTATUS

De Collationibus.

I.	DE significatione hujus dictionis collatio.	161.
II.	Collatio qua contemplatione introducta, aucta aut restricta.	161.
III.	Quid sit collatio.	164.
IV.	Inter quos locum habeat collatio.	166.
V.	An alii praeter descendentes collatione fungantur.	170.
VI.	De diverso jure succedentibus.	172.
VII.	De mutatione progressu temporis facta circa personas conferentium.	174.
VIII.	De filio & ex eo nepote institutis: item de filia instituta, quae alias extantibus masculis statuto excluderetur.	177.
IX.	Quando seu qua in successione locum habeat collatio.	179.
X.	De bonis collationi obnoxiiis.	180.
XI.	De collatione adventitiorum.	183.
XII.	De collatione dotis & donationis propter nuptias.	185.
XIII.	De collatione sumptuum praeter dotem & donationem propter nuptias.	189.
XIV.	De collatione lucri, quod filiisfam. industria partum ex re patris: item eorum, quae relicta per speciem ultima voluntatis.	195.
XV.	De collatione simplicis donationis.	198.
XVI.	De modo conferendi, & poena non conferentis.	204.
XVII.	De fine & effectu collationis.	209.

SYLLABUS CAPITULI TRACTATUS

De Transactionibus.

I.	DE usu verbi transfigere, quid sit transactio, & quid differat a pacto.	212.
II.	Quibus modis transactio fiat.	215.
III.	Qui transfigere possunt.	218.
IV.	De quibus transfigere possumus.	224.
V.	De transactione facta super his, quae testamento relicta.	231.
VI.	An & quatenus de alimentis transfigere liceat.	235.
VII.	Quatenus in causis criminalibus transactio permittitur.	245.
VIII.	De vi & effectu transactionis.	263.

AR.

ARNOLDI VINNII J.C. TRACTATUS DE PACTIS. CAPUT I.

Quid pactum, pactio, conventio, pactum conventum.

- 1 Pacti & pactiois definitio.
- 2 Pactum & pactio idem, & No. 5.
- 3 Pactum generali significatione idem, quod conventio, & No. 7.
- 4 Actus plus est in specie, quam in genere: genus symbolum communis specierum essentiae.
- 5 Generali appellatione pacti etiam contractus nominatos contineri.
- 6 Praetorem edicto de pactis edicere de conventionibus omnibus.
- 7 Pacta conventa quomodo praetor servet.
- 8 Cur in definitione mentio fiat duorum aut plurium?
- 9 Quid sit illud in idem.
- 10 Pactum speciali significatione passim pro pacto nudo.
- 11 Pactum conventum, nihil aliud quam pactum per se positum?
- 12 Pactum conventum proprie non est pactum ἐγγραφον.
- 13 Quod nostris pactum conventum dicitur, Graeci Jurisconsulti reddiderunt σύμφωνον simpliciter.
- 14 Si quando pactum, aut pactum conventum pro instrumento pacti usurpatur, tropica locutio est, non propria.



Actum five pactio est duorum vel plurium in idem placitum & consensus. Placitum & consensus. Constant. Harmenop. lib. 1. tit. 9. c. 1. ἀρέσκεια καὶ συνατάδεαις, Synops. Attaliata tit. 6. ἀρέσκειαι καὶ συνατάδεαις. In Pandectis Florentinis legitur, in idem placitum consensus. Ceterum parum refert, utro modo legas. Ita definitur pactio ab Ulpiano in l. 1. §. 2. hoc tit. & eodem modo ab eodem auctore pactum in l. 3. de pollicit.

Unde apparet utrumque idem esse, atque aequae late vocis utriusque significationem patere, contra quam existimat Duarenus ad d. l. §. 2. hoc tit. In una l. juris gentium 7. §. sed cum nulla 4. & aliquot §§. seqq. eod. plus sexies promiscue pacti & pactiois verbo idem Ulpianus utitur. Sunt qui putant pactum proprie dici jus, quod ex pacto existit, five obligationem ex actu paciscendi natam: sed sine ulla auctoritate, ullave vel in speciem pro-

A

pro-

probabili ratione . Nam in *l. 1. §. 1. eod.* tantum grammatica quædam affectur deductio .

3 Sed & pactum generali significatione non minus late patet , quam nomen conventionis , & contractus quoque omnes continet ; quod & ipsum definitio pacti evidenter ostendit . Etenim si contractus quoque omnis est duorum vel plurium in idem consensus , necessario unum ex his tribus sequitur , ut aut contractus idem sit , quod pactum , aut genus pacti , aut pacti species : atqui nec idem est , quod pactum , nec genus pacti , aut pacti species , ac de eo inter omnes convenit : necesse igitur est pacti esse speciem .

4 Nihil officit , quod plus est in contractu , quam in pacto generaliter sumto : nam semper actu plus est in specie , quam in genere . Quippe genus non est particeps differentiarum , & μετέχει τῶν διαφορῶν , ut docet Aristoteles *Philos. 7. 12.* & ut Porphyrius *c. 3.* διαφέρει ἐν ᾧ ὁρίζεται τὸ εἶδος τῆς φύσεως . & mox , ἅπλος διδάμει μὴ πάσας ἔχει τὰς τῶν ὑπ' αὐτὸ διαφορὰς , ἐπεργεία δὲ ἐδεμίας . Id est , genus quidem potentia omnes habet differentias , quæ sub ipso sunt , actu vero nullas . Etsi autem tota essentia speciei non est in genere : tota tamen generis essentia æqualiter inest in singulis speciebus ; semperque genus , ut latius patens , de specie sua prædicatur , & non convertitur . Ut ecce , homo est amplius quid , quam animal seu corpus animatum sentiens ; omnis tamen homo est animal : e converso vero non omne animal est homo . Similiter contractus est aliquid amplius , quam pactum in genere sumtum , seu duorum vel plurium in idem placitum : omnis tamen contractus est pactum sive plurium in idem placitum . At vero ex contrario non omne pactum est contractus : verbi causa pactiones ad liberandum comparatæ , placita de contrahendo , puta emendo , permutando , &c. conventiones legitimæ , necnon negotio alicui adjectæ , licet sint pacta , contractus tamen non sunt . Unde Græci Jurisconsulti pactum , quod σύμφωνον vocant , fieri dicunt ἐπὶ τῷ συνηνῶναι , ἢ διαλυθῆναι ad contrahendum vel distrahendum : contractum vero ἐπὶ τῷ συνίστασθαι ἐν ὁχλῷ , καὶ τὸν ἑτέρου τῷ ἑτέρῳ ποιῆσαι ὑπόσπονδον , ad constituendam obligationem , & alterum alteri reddendum obnoxium .

5 Hoc quod dicimus , verum esse manifeste quoque arguunt hi loci , *l. si domus 8. l. solent 15. de præscript. verb. l. legem 10. C. hoc tit.* ubi inter pactum nudum & non nudum hæc distinctio ponitur , quod illud actionem non pariat , ex hoc autem nascatur actio præscriptis verbis , item *l. 6. C. de jur. dot.* in cujus specie matris pactum dicitur actionem præscriptis verbis constituere . Constat autem inter omnes actionem præscriptis verbis non dari , nisi ἐκ συναλλάγματος ex contractu , *d. l. 7. §. 2. hoc tit.* & *pass. tit. de præscr. verb.*

6 Ad hæc non modo contractus innominatos , verum etiam certo nomine ac forma distinctos generali pacti appellatione contineri apparet ex *l. dno 71. pro sec.* quo loco contractum de societate habitum palam est nominari

minari pactum conventum societatis ; & mox iterum pactum conventum de societate . Idem quoque evincitur ex eo , quod in *l. si unus 27. §. 2. vers. idem dicemus , hoc tit.* Paulus scribit , consensu contractam obligationem , & re integra contrario pacto sublatam , veluti emti , novissimo pacto non resuscitari ; sed id pactum proficere ad novum contractum . Quid enim hoc aliud est , quam si dixisset , posterius pactum novum esse contractum , novam emtionem ? Sane sic idem ille hoc explicat , *l. pacta conventa 72. pr. vers. an idem , de contr. emt.* Item ex *l. traditionibus 20. C. hoc tit.* ubi cum traditio opponatur cuilibet conventioni & pacto nudo a traditione , etiam contractibus nominatis opponitur , veluti emtioni & venditioni ; ac proinde illic appellatione pactorum certum est etiam contractus nominatos intelligi , *fac. §. 3. Inst. de emt.* Denique cum ususfructus & servitutes prædiorum dicuntur constitui pactionibus & stipulationibus , *§. 1. Inst. de usufr. §. ult. Inst. de serv. præd.* per pactiones necesse est , ut intelligamus contractus quoslibet juris gentium comparatos ad dominium aut jus aliquod in rem transferendum . Ex his facile occurri jam poterit objectionibus Borcholti *cap. 1. de pact. n. 6. & seqq.* necnon eorum quoque errori , qui asserunt in usu juris nostri non tantum pactum , pactionem , conventionem , sed etiam contractum pro eadem re sumi , nihilque interesse , contraxisse aliqui dicantur , an pacti esse vel convenisse : hoc enim non minus absurdum est quam si quis dicat , idem significare genus & speciem , animal & hominem : pactio enim & conventio nomina sunt generis , contractus nomen speciei . Itaque etsi qui contraxerunt , etiam pacti esse & convenisse recte dicuntur , quod solum probant : tamen ex converso non omnes , qui dicuntur pacti , dici possunt inisse contractum , ut non multo ante demonstratum est , & plenius demonstrabitur inferius . Venditant illi quidem opinionem suam etiam pro communi interpretum sententia : sed falso : ac ne unum quidem reperriri credimus , qui idem asserat , aut qui neget , quod illi negant , ea quæ sub diversis vocibus idem significant , esse synonyma aut ἰσοδυναμῶντα .

7 In edicto prætor conjunxit hæc duo , *pacta conventa , d. l. 7. §. ait prætor , ff. hoc tit.* Ulpianus interpret edicti definivit pactionem & conventionem , quæ verba in edicto non sunt : quod & ipsum certum argumentum est , pactionem , pactum , conventionem , conventum idem valere & declarare ; quemadmodum etiam convenire & pacisci plerumque pro eodem dicimus . Sic promissum & promissio , præceptum & præceptio , jussus & jussio , inventum & inventio , & sexcenta hujuscemodi idem valent & significant : estque in hisce omnibus eadem analogia & ratio . Sed hic quæret aliquis cum D. Cujacio , cur si pacti aut pactionis nomen æque generale sit , atque conventionis , Ulpianus in *l. 1. §. 3. ff. hoc tit.* tantum de verbo conventionis dicat , generale id esse ? Respondeo perperam ex eo colligi pactionis aut pacti verbum generale non esse : nam ex definitione , quæ præcedit , satis intelligitur hoc verbum generale esse : sed Jurisconsultus docere voluit etiam conventionis verbum generale esse , de quo prima fronte dubitari poterat

propter verbi originem, quod non videtur pertinere ad eos, qui de negotio transigunt; quorum consensus & factum discessio potius, quam conventio videri potest, ut bene Donell. *ad Rubr. C. hoc tit. num. 10.*

8 At dices, huic sententiæ consequens est, prætorum hoc edicto etiam de contractibus edicere: quod tamen & alienum esse videtur a sententia prætoris, qui pollicetur se pacta conventa servaturum, cum contractus satis jure valeant sine tuitione prætoris; & ἀπορον argumento collocationis edicti: quippe quod non aliam ob causam positum sit inter ea, quæ judicium antecedunt, quam quia pacta ad litem remorandam pertinent: sola autem eo pertineant pacta, quibus id agitur, ne petatur. Hinc denique esse, quod post edictum propositum omnis fere hoc titulo tractatio Jurisconsultorum sit de iis pactis, quibus quid remittitur; quamquam subinde alia miscentur. Ita disputat Duarenus *comment. ad l. 1. ff. hoc tit. & lib. 2. disput. cap. 8.* Respondeo, hoc edicto edicens prætor, de pactis conventis, edicere intelligitur de conventionibus omnibus, ac proinde etiam de contractibus, *arg. d. l. 1. §. 3. l. 7. pr. §. 1. & 2. eod.* quod quidem videri poterat huic loco minus convenire, si hoc solum prætor polliceretur se pacta conventa servaturum: nunc autem excipit ea, quæ dolo malo & contra leges facta sunt; quod est ejusmodi, ut de contractibus fere solis statui necesse fuerit. Nam cum nudæ conventiones actionem non pariant, adversus has reus satis munitus est ipso jure. Porro illa exceptio doli aliave defensio, qua repellitur ex contractu agens, æque ad moram judicio afferendam & tuendum reum pertinet, atque illa, quæ datur ex pacto convento de non petendo. Quod si vera esset sententia Duareni, non hoc efficeretur, contractus non esse pacta; sed illud potius, non alia esse pacta, quam quibus paciscimur, ne petatur, ut recte Baro *ad l. 7. §. quinimo, ff. hoc tit.*

9 Ergo, inquis, verba hæc prætoris, *pacta conventa servabo*, sic interpretaris, data aut actione, aut exceptione, prout hac aut illa ad servandum pactum opus erit? Quid ni vero? Sic enim & alibi prætor dicitur tueri adjudicationes, exceptiones aut actiones dando, *l. inter coheredes 44. §. 1. ff. de iur. hereditatis.* Contractus igitur servat prætor dando actionem: nam & actiones civiles solent prætores edictis monitoriis proponere, & dare petentibus, *l. 1. ff. de commod. Servat conventiones alias seu pacta nuda, siquidem ad liberandum comparata sunt, dando exceptionem: si vero ad obligandum, non aliter actionem dat, quam si specialiter jure civili aut honorario confirmata sint, aut contractibus bonæ fidei in continenti adjecta, l. 6. l. 7. §. quinimo, l. si tibi 17. §. 2. ff. hoc tit. l. 1. ff. de pecun. constit.* Etenim verba prætoris cum hac moderatione accipienda sunt, *Quod ejus per leges &c. licebit*, *arg. l. 1. in fin. ff. ex quib. caus. maj.* Si vero dolo malo, adversus leges, aut bonos mores conventio facta fuerit, eam neutro tuetur modo. Illud non magni ponderis est, quo tamen nonnullos in contrarium moveri video, quod in jure nostro plerumque pacta contractibus opponuntur, atque identidem negatur ex pacto obligationem aut actionem nasci: nam tum pacti verbum

in specie sumitur pro pacto nudo, quomodo & passim absolute positum a veteribus accipitur, *d. l. 7. §. quinimo 5. ff. hoc tit. l. 10. C. eod. l. solent 15. ff. de præscr. verb. l. 1. C. de pact. conv. tam sup. dot.* Non enim novum est, ut idem verbum & generis nomen sit, & speciei, quod nomina adoptionis, cognationis, notionis, &c. satis probant.

10 Quod in definitione mentio sit duorum aut plurium, hoc eo pertinet, ut hinc removeantur ultimæ voluntates, itidem vota ac pollicitationes, in quibus unius tantum vel testantis voluntas, vel voventis aut offerentis promissum spectatur, *l. 12. in fin. de legat. 1. l. 2. l. 3. de pollic.* Intelligo autem pollicitationem proprie dictam, id est, quæ fit reipublicæ. Nam id nomen interdum etiam pro promissione stipulanti facta, & pro pacto convento accipitur, *l. ea quæ 43. §. 1. de contr. emt. l. 1. §. pen. de dot. coll. l. 6. C. de dot. prom. l. 5. C. de contr. stip.* Votum autem est pollicitatio Deo facta, *cap. 6. & 7. ext. de vot.* Cicero definit sponsionem, qua Deo obligamur.

11 In idem valet in eandem rem, quæ recipitur, id est, in hoc, ut aliquid fiat negotii vel contrahendi vel dirimendi causa: nam ad materiam subiectam unumquodque referri debet. Neque enim, verbi gratia, si duo jurisperiti, de aliqua juris quæstione consulti, idem responderint, talis consensus pactio aut pactum recte appellabitur. Græci expresse addiderunt, ἐπὶ τῷ συσῆναι ἡγερν ᾧρέδαι, ἢ διαλυθῆναι τί.

12 Effectum igitur hæc tenus est verba hæc, *pactum, pactio, conventum, conventio*, vi sua generalia esse, ejusdemque omnia significationis. Ceterum, ut ante quoque dictum est, pacti nomen etiam specialem significationem habet, & a veteribus passim pro forma pacti, quod alias cum adjuncto nudum dicitur, usurpari solet: atque hoc etiam usu venit, cum duo hæc junguntur, *pactum conventum, l. 7. §. quinimo, l. si unus 27. in fin. hoc tit. l. pacta conventa 72. de contr. emt. l. 4. l. ult. de pignor. cum similib.*

13 Atque ego quidem existimo idem plane esse pactum conventum, quod pactum per se positum, nullaque in re ab altero differre. Duo hæc substantiva, *pactum conventum*, junguntur plerumque ἀσυνδέτως, ut & alia quædam, veluti *equum bonum, purum patum, sarta testa*; idque sit rei magis explicandæ gratia, & τὸ αὐτὸ. Aliquando etiam *pacta & conventa* veteres dicebant. Cicero in illa pro *Cæcinn.* *Quæ judicia, aut stipulationis, aut pacti & conventi formula non infirmari aut infringi potest, si ad verba rem desistere velimus?* Juvenalis *Satyr. 6.*

*Conventum tamen & pactum, & sponsalia nostra
Tempestate paras.*

Ubi non satis perite Britannicus *conventum* interpretatur cœtum & multitudinem hominum. Seneca 3. *de benefic.* *Utinam nulla stipulatio emtorum venditori obligaret, nec pacta conventaque impressis signis custodirentur,* & apud Paulum *lib. 1. recept. sentent.* titulus primus inscribitur *de pactis & conventis.* Reipsa autem nihil interest, utrumque, an alterum solummodo exprimatur.

14 Claudius Salmafius, seculi decus, putat pactum conventum veteribus proprie esse id pactum, quod scriptura interveniente factum est, magistrisque juris omnibus exprobrat hujus rei ignorantiam, *lib. de mod. usur. cap. 12*. Ego vero non unam habere mihi rationem videor, cur hoc doctissimo viro concedere non debeam, atque existimem injuste interpretes nostros ab eo reprehendi. Utar eadem libertate adversus summum virum, quæ ille usus est adversus alios: nec abnuo, quin ille ipse mihi iudex in hac causa detur. Primum illud satis constat, minime quadrare in propriam significationem verbi *conventum*, ut id accipiatur pro scripto aut conventionis instrumento. Deinde cum in edicto prætor ait se pacta conventa servaturum, non magis hoc ad pacta scripta pertinet, quam ad cetera: quemadmodum nec illud, quod dici solet, pacta conventa in continenti adjecta inesse bonæ fidei iudiciis, *l. 7. §. quinimo 5. ff. hoc tit.* Pacti conventi exceptio nostris non est exceptio pacti scripti, sed pacti cujuslibet seu justæ conventionis, uti & passim promiscue hæc nostri usurpant. Si quis mihi veterum scripta in hunc titulum percurrere voluerit, reperiet centies hæc nomina, *pactum*, & *pactum conventum*, confundi atque pro eadem re sumi. Qui titulus in Pandectis inscribitur *de pactis dotalibus*, in Codice inscriptus est *de pactis conventis tam super dote*, &c. certum autem est utrumque titulum pertinere tam ad pacta dotalia *ἀγροῦ*, quam ad *ἐγγυῶνα*; nec ulla est in toto illo titulo Codicis constitutio, in qua hæc duo, *pactum conventum*, juncta invenias; sed mentio tantum sit legis aut pacti dotis dationi adjecti, dotalive instrumento interpositi.

Quinimo ipsa illa *l.4. ff. de pignorib.* qua D. Salmasius utitur ad opinio-
nis suæ confirmationem, eam perspicue evertit, aut ego vehementer fallor.
Contrahitur, inquit Gajus, *hypotheca per pactum conventum, cum quis pa-*
ciscatur, ut res ejus propter aliquam obligationem sint hypothecæ nomine obli-
gatae. Nec ad rem pertinet, quibus sit verbis, sicuti est & in his obligatio-
nibus, quæ consensu contrahuntur: & ideo & sine scriptura, si convenit, ut
hypothecæ sit, & probari poterit, res obligata erit, de qua conveniunt. Non
ait Jurisconsultus hypothecam contrahi per pactum conventum, cum quis
scriptura interveniente paciscitur, sed generaliter, cum quis paciscitur; ac
proinde etiam cum paciscitur *ἀπαρως*. Et quia per pactum conventum
hypotheca contrahitur, ait nihil interesse, quibus verbis fiat, & posse etiam
sine scriptura fieri, ac prorsus ita contrahi, ut contrahuntur obligationes
nudi consensus, in quibus, ut substantiam capiat obligatio, sufficit con-
sensum quomodocunque declarari, *l.2. ff. de oblig. & act.* Ex hoc igitur lo-
co Gaji non illud evincitur, quod contendit D. Salmasius, pactum conven-
tum esse, quod scripto consignatum est, sed quod nos asserimus, pactum con-
ventum Gajo idem esse, quod pactum simpliciter sive nudam conventionem;
fac. l.1. ff. de pign. act. §. item Serviana 7. in fin. Inst. de action. Quod si per
pactum conventum intelligeret *σύνθετον γέγραμμένον*, falsa esset colle-
ctio Jurisconsulti, sibi que ipse contradiceret.

15 Sed neque Græci Jurisconsulti, quod pactum conventum nostris dicitur, reddiderunt *γερματεῖον*, ut idem vir illustris existimat; verum σύμφωνον simpliciter. Titulo Codicis *de pactis conventis tam sup. dote*, &c. respondet titulus apud Constantinum *ἐν γερματικῶν σύμφωνον*, & in Basilicis *ἐν περικτός, καὶ τῶν ἐν αὐτῇ πάκτων ἢ τοῖ συμφώνων*. Constantinus autem cum hypothecam hoc modo definit: *ὑποθήκη μὲν ἐστὶ τὸ ἀδραμένον τῷ χριώσῃ ὑποτιθέμενον ἢ τῷ δανειστῇ εἰς τὸ γερματεῖον, ἐνεκεν τῆς τε χρεὺς ἰκανώσεως*, non interpretatur locum aut verba Gaii in *l.4. ff. de pign. & hypoth.* sed exprimit sententiam Ulpiani in *l.9. §.2. ff. de pign. act.* ubi Jurisconsultus inter pignus & hypothecam hoc ait interesse, quod pignus proprie dicitur, quod ad creditorem transit; hypotheca cum non transit nec possessio ad creditorem: idque ita esse patet ex eo, quod mox apud Constantinum sequitur: *ἐνέχυρον ἢ, τὸ ἐν χειρὶ διδόμενον τῷ δανειστῇ*. Pignus autem est, quod creditori in manus traditur. Idem alibi, *κυρίως ἐνέχυρον λέγεται τὸ ἀδραδοθέν τῷ δανειστῇ τὸ ἢ μὴ ἀδραδοθέν, ἀλλὰ συμφωνηθέν ὑποθήκη ἐστίν*. Pignus proprie dicitur, quod creditori traditur, quod vero sine traditione pacto convento contrahitur, hypotheca est. Nimirum differentia pignoris & hypothecæ non in eo consistit, quod hæc ἐγγράφως, illud ἀγράφως contrahatur: sed quod hæc pacto convento, id est, *ψιλῶ συμφώνῳ*, illud non nisi re tradita, *§. item Serviana, in fin. Inst. de action. §. ult. Inst. quib. mod. re contr. obl. d. l.9. §.2. de pign. act.* instrumentum intervenerit, nec ne, ad differentiam pignoris & hypothecæ nihil attinet. Igitur εἰς *γερματεῖον*. Harmenopulo non est per pactum conventum, sed instrumento pacti conventi: quippe qui non ideo *γερματεῖς* meminit, quod sine instrumento hypotheca non contrahitur, sed quia probationis causa scriptura fere adhiberi solet, *d. l.4. ff. de pignor. l.4. ff. de fid. instrum. cum similib.* in Basilicis autem *lib.25. tit.2.* sententia Gaii in *d. l.4. de pignor.* his verbis expressa est; *ὡς ἐπὶ τῶν ἐνοχλῶν τῆς ἐν ἑνχοποιήσεως τὰς ἐπὶ παντὸς συναλλάγματος συναυξάντας, ἔγω καὶ ἡ ὑποθήκη συμφώνῳ σηνίσταται οἷοισδὴ ποτε ῥήμασι καὶ ἀγράφως τὰ γὰρ ἐγγράφα διὰ τὴν ἀπόδειξιν γίνεται*. Id est: quemadmodum in obligationibus fit ut obligatio astringat de re qualibet consensientes, ita & hypotheca pacto convento contrahitur, quibuscunque verbis, etiam citra scripturam: nam scripturæ probationis causa fiunt, &c.

16 Pläne fatemur pactum

16 Plane fatemur pactum conventum nonnunquam apud auctores usurpari pro instrumento, in quo pactum conventum descriptum est, uti & apud Ulpianum in *l. duo societatem* 71. ff. *pro soc.* sed tropica ista locutio est, non propria, sumto per metonymiam contento pro continente, ejusdemque tropi usus occurrit etiam in voce *pactum*, *l. 7. §. quod fere* 12. ff. *hoc tit.* ibi, *quod fere novissima parte pactorum ita solet inscribi*, id est, novissima parte instrumenti de pactis confecti. Nemo tamen ob id dixerit pactum proprie esse conventionem scriptam. Sic per eandem figuram lex accipitur

pro tabulis legis, *leum debere* 33. ff. de serv. præd. urb. l. si in lege 24. ff. lo. cat. & passim apud alios cautio & obligatio pro chirographo, l. lecta 40. ff. de reb. cred. l. 5. ff. fam. ercisc. l. ult. C. de cond. ex leg. l. 7. C. de non num. pec. stipulatio pro stipulationis instrumento, l. 1. §. pen. ff. de edend. Cicero in partitionib. *Scriptorum privatum aliud est, publicum aliud. Publicum lex, senatusconsultum, fœdus. Privatum tabula, pactum conventum, stipulatio.* Græcis quoque familiare est, ut *συμβόλαια ἔγγραφα*, sive *ἔγγραφὰς τῶν συμφωνηθέντων*, instrumenta pactorum ac conventorum, appellent *συμβόλαια* simpliciter, figurate tamen, ut ex contento continens intelligatur. Jam etiam ceteris, quæ a D. Salmasio in contrarium afferuntur, facile, ut opinor, obviam iri poterit.

C A P. II.

De pactis seu conventionibus publicis.

- 1 *Publica conventio quid, & a quibus fiat, & No. 4.*
- 2 *An Princeps pacem cum hostibus faciens privatorum injurias ob causam belli acceptas remittere possit.*
- 3 *Privatæ conventionis species est, cum Princeps contrahit cum subditis emendo, vendendo, &c.*
- 4 *Duces belli citra speciale mandatum pacem aut inducias facere non possunt.*
- 5 *De quibus rebus duces belli recte paciscantur.*

Pactionum sive conventionum quædam publicæ sunt, quædam privatæ, l. conventionum 5. ff. hoc tit. De conventionibus publicis parcius differemus, quoniam ista disputatio Politicorum tota propria est. Nam conventiones publicæ non tam legum civilium auctoritate, quam communi omnium gentium jure reguntur, multumque hic valent, ac præcipuam fidem merentur judicia & sententiæ illustrium Scriptorum, cum Philosophorum & Historicorum, tum Oratorum etiam & Poetarum. Denique juris publici tractatio atque cognitio fere a Jurisconsulto hodie non expectatur, si causas publicorum criminum atque alia nonnulla excipias.

1 Publica conventio, definitore Ulpiano in l. conventionum 5. ff. hoc tit. est, quæ fit ex causa publica. Hujusmodi autem pactorum faciendorum potestas penes eos solos est, qui summæ rei præsent, aut qui eam potestatem ab his, quorum ea propria est, acceperunt. Ulpianus d. l. 5. quid sit publica pactio declarat duobus exemplis: *Publica, inquit, conventio est, quæ fit per Principem, (ita enim omnino legendum est cum Russardo, non per pacem, quod idoneum sensum non habet.) aut quoties inter se duces belli quædam paciscantur.* Græci hunc locum sic reddunt: *δημόσια ἢ (σύμφωνα) τὰ πρὸς*

ἐξουσιῶν ἢ ἡ γεμόνων ἐθνῶν, πρὸς εἰρήνην τοχόν, ἢ ἄλλο τι τοῖσιν: publicæ conventiones sunt, quæ fiunt per principes aut duces exercitus, veluti ad pacem, aut aliud quid tale. Et quidem dubium non est, quin Princeps de negotiis ad rempub. spectantibus recte atque utiliter paciscatur, sive pacem sive aliud quodcunque fœdus cum hostibus faciat: siquidem pactiones inire etiam quæ bellum finiant, eorum est, quorum est bellum, cum suæ quisque rei moderator sit atque arbiter.

2 Sed quaeritur, pacem faciendo cum hostibus, an privatorum damna atque injurias ob causam belli acceptas remittere possit? Et puto posse, arg. l. 1. §. 2. in verbis, *sunt enim quædam publicæ utilia, ff. de just. & jure, cap. in nostra*, ibi *pro bono concordia, ext. de injur.* Atque omnino concludimus remissionem favore publicæ pacis factam, etiam si facta sit invitis subditis, valere, si aliter discordiæ sedari & pax haberi nequeat: & maxime cum occupata per injuriam bona longo tempore possessa sunt, quæ si a possessoribus auferantur, multa concuti & perturbari necesse sit. Optimæ conciliationes sunt, quæ iram & offensarum memoriam delent, & ut ait Isocrates *Plataic. εἰρήνης ἔσσης ἐπεὶ σέηκε μνησθῆναι περὶ τῶν τότε μνησθέντων: in pace non decet ante malorum recordari.* Et omnino in fœderibus ineundis non tam cogitandum est de sarcienda in præsens amicitia, quam id curandum, ne partes, quæ non ad differenda, sed ad auferenda mala conveniunt, bello iterum implicentur, ut disputat Dionys. Halicarnassensis lib. 3. Exemplum habemus apud Val. Maximum lib. 4. cap. de animi moderatione, de Thra-sybulo, qui cum Civitatem triginta tyrannorum sævitia liberasset, plebiscitum interposuit, ne qua præteritarum rerum mentio fieret; quæ malorum oblivio ἀμνηστία ab ipsis vocitata est. Quod exemplum & M. Tullius aliquando Romæ publico otio consulere volens sequendum esse censuit, *Philipp. 1. in princ. Bodin. lib. 2. de repub. cap. 5. & lib. 5. cap. 6. Grot. lib. 3. de jur. bell. & pac. cap. 20. Duar. ad l. 5. ff. hoc tit. Gail. 2. obs. 57. & de pace publ. n. 25. Matth. Cuno tract. de pact. cap. 22. per tot. vide & Vasq. 1. contr. 4.*

3 Pacti vero non publici, sed privati species est, cum Princeps paciscitur aut contrahit cum subditis, verbi causa, emendo aliquid, aut vendendo: neque enim hoc facit, quæ Princeps: & verissimum est, quod vulgo jactatur, Principem in his jure privatorum uti. Nam quod legibus solutus esse dicitur, hoc non eo pertinet, ut ad contractus observantiam adstringi non debeat. Lex naturalis est, quæ fidem servare jubet: quæ proinde neque populi consensu, neque senatus auctoritate solvi potest.

4 Alterum exemplum publicæ conventionis affert Ulpianus d. l. 5. hoc tit. de ducibus belli inter se paciscentibus. Non tantum igitur Princeps, sive, qui summum imperium habent, pacta cum hostibus inire publicæ utilitatis causa possunt: verum etiam ducibus belli idem permissum est. Ceterum belli duces non nisi de iis rebus, quæ ad administrationem belli pertinent, deque his, quæ ipsis concessa intelliguntur, jure pacisci possunt. Unde petenda decisio quæstionis, quæ ab interpretibus movetur, an a duci-

bus belli citra Principis aut populi consensum, cujus nomine & auspiciis bellum geritur, pax aut induciæ constitui possint.

5 Dicendum enim est non posse, nisi hoc specialiter iis concessum sit; eumque, cui ducendi regendique exercitus, aut etiam in universum belli gerendi cura commissa sit, pacem cum hostibus faciendo, fines mandati & muneris sui excedere; neque enim belli gerendi pars est, bellum finire. Agesilai responsum ad Persas fuit: *εἰρήνης τὴν πόλιν εἶναι κύριον*: pacis arbitrium penes Civitatem esse. Eumenes apud Livium *lib.37. Qui rata ista pax erit, quam non ex auctoritate senatus, non jussu populi Romani peregerimus?* Et Sallustius de pace inter Aulum, exercitus Romani ducem relictum, dum frater consul Albinus Romam proficiscitur, & Jugurtham Numidarum regem facta, *Senatus*, inquit, *uti par fuerat, decernit, suo atque populi injussu nullum potuisse fœdus fieri*. Ac pari de causa nec Caudina, nec Numantiana sponso populum Romanum obligavit.

6 Plane inducias dare ducum est, nec summorum tantum, sed etiam minorum, sed iis solum, quos oppugnant, aut obsessos tenent, & se suasque copias quod attinet: nam alios duces pares non obligant, quod Fabii & Marcelli historia apud Livium *lib.24.* declarat. Manifeste igitur labitur Bartol. in *d.l.5. ff. hoc tit.* cum simpliciter pronuntiat, ducem belli, aut ut ipse loquitur, capitaneum guerræ posse facere treugam seu inducias indicare. Rursum ducibus non competit homines, imperia, agros bello quæsitos concedere: qua de causa Syria Tigrani adempta, quanquam Lucullus dederat. In res alias, quæ in præda sunt, jus aliquod concedi ducibus videmus non tam ex vi potestatis, quam cujusque populi moribus. Enimvero nondum quæsitæ condonare omnino in ducum est potestate: quia homines cum oppidis sæpe se dedunt sub conditionibus vitæ salvæ, aut & libertatis & bonorum, de quibus summæ potestatis arbitrium exquiri res plerumque non patitur. Plenius hæc exequitur Grot. *lib.3. de jur. belli & pac. cap.22. add. Bodin. lib.5. de repub. cap.6.*

C A P. III.

An fides hostibus, prædonibus, piratis data servanda sit?

1 Etiam hostibus fidem datam servandam esse.

2 Dolus malus est post fidem datam hostem fallere.

3 Exemplatio, l.2. C. de commerc. & mercat.

4 Prædones quoque & piratas communionem habere juris naturæ.

5 Promissionem impunitatis factam atrox aliquod facinus detegentibus servandam esse.

Fidei observatio est ex jure gentium, l.1. ff. hoc tit. *l. cum amplius* 84. §.1. de reg. jur. l. bona fides 31. ff. de pos. Itaque cum jure gentium quælibet justa pactio vim obligandi habeat, apparet etiam hosti fidem datam servandam esse: nam & cum hostibus jus gentium colitur, l. ult. ff. de legationib. Utique enim si cum hostibus quoque sit communio juris gentium, cum iisdem etiam conventionum, ac proinde & obligationum communio sit necesse est. Silius Italicus *lib.25.*

..... Optimus ille

Militia, cui postremum primumque tueri

Inter bella fidem.

Denique si fidem hostibus datam contemnere liceat, nihil aliud inde sequi poterit, quam perpetua diffidentia, cædes & bellum perenne. Sed hic nobis occurrit ex Ulpiano l.1. §.3. ff. de dol. mal. ubi ait bonum dolum esse, & pro solertia haberi, si quis contra hostem aliquid machinetur, eumque fallat. Cui non absimile illud Augustini in *cap. dominus, caus.23. quæst.2. In justo bello ad justitiam nihil interest, aperte an ex insidiis pugnetur*. Et quod apud Ammianum Marcellinum legimus, *nullo discrimine virtutis ac doli prosperos omnes laudari debere bellorum eventus*.

2 Respondeo, id verum esse concedo, antequam fides data est: at fides semel data servanda est, quia cum hoste jus gentium colimus. Augustinus *Epist.1. ad Bonifacium*, cujus fragmentum relatum est in *cap. noli, caus.23. quæst.2. Fides*, inquit, *quando promittitur, etiam hosti servanda est, contra quem bellum geritur*. Hinc est, quod qui legatos hostium violant, eos jus gentium violare apud auctores passim legimus, *d.l. ult. de legation. Liv. lib.15. & 38. Cic. Verrin.3.* Quamobrem malo, turpi ac vafro commento pacto eluserunt, & perfidiæ velamentum quæsierunt Thraces, qui olim pacti aliquot dierum inducias, noctu excursions agebant. Item male Romani, qui cum ex pactis cum Antiocho initis dimidium navium Antiocho relinquere debebant, naves dissecuerunt, dimidiumque incenderunt, altero dimidio relicto. Hic dolus quoniam post fidem datam adhibetur, malus est; cum contra si fides hosti data non sit, licita sit omnis machinatio: eoque pertinet illud Virgilii *lib.11.*

Dolus, an virtus, quis in hoste requirat?

3 Uldaricus Zasius objicit huic sententiæ l.2. C. de commerc. & mercat. Sed satis constat etiam cum barbaris juris gentium communionem esse, l. Divus Hadrianus 6. in fin. ff. de bon. damnat. Deinde aliud est, aurum illis subtili ingenio & arte honesta subducere, quod licet; aliud fidem datam fallere, quod non licet. Vetat ibi Imperator aurum ad illos exportare: quod & hodie in Anglia, Hispania, & alibi non licet, & ita Athenis multa erant, quæ dicebantur ἀπίρρητα, nimirum τὰ ἀπειρημένα ἐξ ἀγιδῆ, quæ vetita erant e terra Attica exportari, ut πᾶσα ἡ ναυπηγίσιμος ὕλη, abies, pix, stuppa, &c. Denique jubet Imperator, ut potius ingenio & arte, nempe per negotiationem aurum ex illis locis deducatur in Romanorum ditionem, dum

Romani illuc merces deferunt, & pro iis aurum accipiunt.

4 Sed quid de prædonibus & piratis? Sane hi non sunt iusti & legitimi hostes, *l. hostes sunt 24. ff. de capt. & postlim.* Ceterum idem hic dicimus, quia etiam cum illis nobis est communio juris gentium, *l. bona fides 31. ff. de pos.* Non habent quidem isti specialem istam communionem, quam inter hostes in bello solenni introduxit jus gentium: attamen quia homines sunt, communionem habent juris naturæ, ex quo nascitur, ut pacta sint servanda. Cæsar *lib. 3. de bell. civil.* aperte scribit, actum a Romanis ducibus in Pyrenæis montibus cum prædonibus & fugitivis de compositione, legatosque ad eos missos fuisse. Belli piratici magnam partem Cn. Pompejus pactionibus confecit, vitam illis pollicitus, & sedes, in quibus sine rapto viverent: & tyranni interdum libertatem reddiderunt impunitatem pacti. Diodorus memorat Apollonio fugitivorum duci fidem servatam a Lucullo: alii id genus alia. At inquires, qui atrociter malefici sunt, neque pars sunt ullius Civitatis, hi a quovis homine puniri possunt, si jus naturæ respicimus. Qui vero puniri possunt, ut vitam amittant, his etiam & res & jura sua possunt auferri: neque enim est contra naturam spoliare eum, si possis, quem honestum est necare, ut recte disputat Cicero *lib. 3. de offic.* Inter jura autem est etiam hoc jus ex promisso quæsitum: potest igitur & hoc ei in pœnam auferri. Respondeo processurum hoc, si non tanquam cum malefico actum esset: at si quando cum tali, qua talis est, actum est, simul de remittenda, quod hanc rem attinet, pœna actum censi debet: quia semper ea sumenda interpretatio est, quæ cavet, ne actus in vanum recidat, *l. quoties 12. l. ubi 21. de reb. dub.* Non male apud Livium *lib. 34.* Nabis, cum tyrannidem ei objiceret Q. Flaminius, *De nomine hoc respondere possum, me qualiscunque sum, eundem esse, qui fui, cum tu ipse mecum, T. Quinti, societatem pepigisti, & mox: Jam feceram hæc, qualiacunque sunt, cum societatem mecum pepigistis, addit, Si quid ego mutassem, mihi mea inconstantiæ; cum vos mutetis, vobis vestra ratio reddenda est.* Grot. *lib. 3. de jure bell. cap. 19. num. 3. & seqq.*

5 Quid dicendum de magistratibus, qui conjurationem in rempublicam aliudve atrox facinus detegentibus impunitatem aut præmium aliquod pollicentur? Nimirum quibus fides publica ob hujusmodi causam datur, eos non decipi non modo suadere rationem naturalem, verum etiam civilem quandam, ne scilicet ceteri in futurum ad similia facinora indicanda fiant tardiores. Atque ita S. P. Q. R. de Catilinariæ conjurationis indicibus Cicerone consule faciendum decrevit, *add. Bodin. lib. 5. de republ. cap. 6. Grot. lib. 3. de jure bell. & pac. cap. 19. & 4. seqq. Hotom. illustr. contr. cap. 7. Canon. tract. de pact. cap. 29. n. 35. & seqq.*

C A P. I V.

De pactis legitimis.

- 1 Legitima conventio quid.
- 2 Exempla vetera pactorum legitimorum, & in his specialis juris ratio.
- 3 Aliud exemplum vetus, cum ratione juris singularis.
- 4 Exemplum pacti legitimi recentius, scilicet quo dos promittitur.
- 5 Alia nova species, pactum donationis.
- 6 Item alia, qua usurae argentariis promittuntur.
- 7 Ad pacta legitima referri posse & pacta honoraria, constitutum, & conventionem de pignore.
- 8 Exempla pactorum legitimorum, quibus actio ipso jure tollitur: inter quæ & lex commissoria & additio in diem.
- 9 Laudatur Græcorum de pactis legitimis sententia.
- 10 Stipulatio, acceptilatio, contractus literarum an species conventionis legitima.

Privata conventio est, quæ fit ex causa & de re cujusque privata ac familiaris. Eaque vel legitima est, vel juris gentium, *l. 5. ff. hoc tit.*
 1 Legitima est, quæ manente nuda ac simplici forma conventionis, ex speciali confirmatione alicujus legis efficax est vel ad obligandum, & agendum, vel ad obligationem & actionem ipso jure tollendam. Confirmationem dicimus specialem: nam & contractus juris gentium possunt dici jure civili confirmari, sed tantum in genere, scilicet hoc ipso, quod recepti sunt: quippe usus quoque vim approbationis habet, *§. 1. Inst. de obligat. gentium 7. pr. ff. hoc tit.*

2 Pacta legitima, quæ quidem actionem producerent, nulla adhuc fuisse tempore Pauli, cujus est *d. l. 6. hoc tit.* existimat Antonius Faber, sed fallitur. Nam talis pacti exemplum habemus in *l. etiam 30. ff. de usur.* item in *l. in quibusdam 7. ff. de naut. fœn.* quarum in altera idem ille juris auctor tradit etiam ex nudo pacto Civitatibus deberi usuras creditarum ab eis pecuniarum, in altera illud etiam obtinere in pecunia trajectitia, id est, ea, quæ trans mare vehitur periculo creditoris, quod ipsum & a Scævola, qui sub Antonino Philosopho floruit, traditum est, *l. periculi 5. §. 1. d. tit.* Licet autem incertum sit, quarum legum id auctoritate sit introductum; illud tamen satis constat, contra rationem juris communis utrumque constitutum esse jure singulari; ac proinde speciali aliqua lege aut constitutione pacta ista fuisse confirmata, alterum haud dubie ob favorem reipublicæ, alterum propter periculum, quod creditorem pecuniæ nauticæ spectat, ex quo

navem navigare convenit, *l.3. d. tit.* Regulariter enim & jure communi usurae fœnebris pecuniæ citra vinculum stipulationis non debentur, *l. Titius 24. ff. de præscr. verb. l.5. §.2. ff. de solut. l.3. C. de usur.* atque hoc apud Paulum quoque & Scævola ostendunt particulae &, etiam.

3 Aliud exemplum pacti legitimi, jam tum ætate Pauli confirmati, nobis suppeditat *l. frumenti 12. C. de usur.* ubi Alexander Severus, cui Paulus a consiliis fuit, rescribit, etiam ex nudo pacto accessionem sive usuras frumenti vel hordei mutuo dati præstandas esse: in quo item jus est singulare; nam regulariter, ut jam dictum est, usurae pecuniæ creditæ peti nequeunt, nisi in stipulatum deductæ fuerint, *l.1. l.3. C. eod.* Huic autem speciali juri forte causam præbuit utilitas & necessitas publica, ut invitarentur creditores ad facilius eas res mutuo dandas, quæ ad victum omnino sunt necessariae, & quarum ob id usu minus carere possumus, quam pecuniæ. Forte etiam, quod frugum tum aridarum tum liquidarum æstimatio & pretium subinde mutatur, pro varietate locorum & temporum, *§. si quis agens, Inst. de action. l.3. ff. de eo quod cert. loc.* Utique ob hanc causam *διὰ τὸ ἀνάλον ἔκαστον*, placuit majores recipere usuras frugum quam pecuniæ mutationem, *l. oleo 23. C. de usur.* de quo præclara quædam apud D. Salmaf. *lib. de mod. usur. cap.8.*

4 At post tempora Pauli plura hujus generis pacta introducta sunt constitutionibus Principum. A Theodosio & Valentiniano vim conventionis legitimæ accepit pactum, quo dos promittitur, *l. ad exactionem 6. C. de dot. promiss.* Quamquam autem Connanus *lib.5. comm. cap.3.* & Donellus ad *l. legem 10. C. hoc tit.* putant pactum de dote danda esse conventionem, cui subsit causa, videlicet ipsa nuptiarum coitio; propterea quod promissioni dotis semper insit hæc conditio, *si nuptiæ fuerint secutæ, l. stipulationem 21. ff. de jur. dot.* ac proinde promissionem talem incidere in contractum innominatum *facio ut des*: tamen magis est, ut id falsum sit. Nam si ratio illa, qua utuntur, bona esset, ex eo efficeretur, omnem pene conventionem conditionalem habere in se negotium & causam, quod utique aperte falsum est. Sed nec quodlibet factum ad constituendum contractum innominatum intervenire sufficit, verum tale intervenire necesse est, ex quo ad alium aliquid perveniat, quod sit fundamentum *συναλλάγματος* & actionis civilis. At tale factum non est, uxorem ducere aut nuptias contrahere. Accedit, quod ex causa *facio ut des* datur actio aut præscriptis verbis in id, quod interest, aut de dolo (nihil enim nunc refert, utra detur.) Neutrum autem horum est in casu proposito, & dos plerumque exigitur conditione certi. Quid quod & post contractas nuptias dos promitti potest, ut hic quoque pactum sit utile ad exactionem, per *d. l.6.* Denique novum in *d. l.6.* jus constitui ex eo satis apparet, quod etiam ante illam constitutionem ex contractu *facio ut des* certo jure actio competiit, *l.5. §.3. l. solent 15. ff. de præscr. verb.* & recte itaque Græci apud Harmenop. *lib.4. tit.8. §.13.* *ὑπὸ ἰδίῃς ἐπαγγελίας χρεῶν εἰ ὁ πατὴρ ἐγγίνα*, i.e. ex nuda promissione pater dotem de-

debet. Ceterum hujus disputationis nulla amplius hodie videtur esse utilitas, postquam autoritate constitutionis Justinianæ *l. un. C. de rei ux. act.* semper fingatur intervenisse stipulatio tam ex parte mariti, quam ex parte uxoris, ita recte *DD. comm. post Gloss. Cyn. & Salic. in d. l.6. de dot. promiss.* dissentit tamen Fortun. Garz. in *l.6. ff. hoc tit. num.23. & seqq.* contendens stipulationem ex parte uxoris duntaxat fingi intervenisse in *d. l. un. C. de rei ux. act.* non autem ex parte mariti, ut ut verba legis expresse repugnent.

5 Constitutione Justiniani confirmatum est pactum donationis, quod in præsens conceptum est, seu quo quis in præsentia se donare dicit, veluti, dono tibi centum aureos: ex hoc enim pacto, licet nudo, Justinianus actionem dedit contra regulam juris antiqui, *l. si quis argentum 35. §. ult. C. de donat. §.2. Inst. eod.* Quod si pactum donationis causa in futurum conceptum sit, veluti si quis dixerit, donabo tibi centum aureos, manebit hic etiamnum jus vetus, neque ex nuda hac pollicitatione promittens magis nunc obligabitur, quam ante, *arg. l. præcipimus, in fin. C. de appell.*

6 Ejusdem Principis constitutione *Novella 136. cap.4.* cautum, ut usurae etiam ex nudo pacto debeantur argentariis: quod cautum propter communem utilitatem, quam in contractibus exhibent *ἀργυροπράται* sive argentarii, dum multis se periculis immiscent, ut ingruentibus aliorum necessitatibus medeantur. Eandemque ob causam placuit certas usuras, & quidem beses, argentariis præstandas esse, etiam si modus certus usurarum dictus non sit: quod in aliis non habet locum, *l. quod in stipulatione 31. l. tutor 41. §. ult. ff. de usur.* *τὰς ὁδοὺς πᾶσι χρεῶν τοῖς δεομένοις ἐτοίμας ὄντας* *Βονδῆσαι* *οὐκ ἂν εἴναι δικαίον ὑπὸ τοιαύτης λεπτομέλεις ἀδμεῖναι*, ait Justinianus *d. Nov. 136. cap.4. lib.24. Basil. tit.4. cap.4.*

7 Possunt huc etiam referri pacta, quæ jure honorario confirmata sunt ad actionem pariendam, cum eundem effectum edictum prætoris habeat, quem habet lex aut senatusconsultum; quo intuitu edictum prætoris etiam ab ipso Cicerone *att.3. in Verr.* lex appellatur: maxime autem hodie postquam ex confirmatione Justiniani edicta prætorum non minus pro legibus, quam ceteræ partes juris civilis haberi ceperunt. Hujus autem generis pacta duo in jure nostro occurrunt, constitutum sive conventio, qua quis citra stipulationem constituit se soluturum, quod vel ipse, vel alius debet, *tit. ff. & C. de pecun. constit. item conventio de pignore, l. si tibi 17. §.2. ff. hoc tit.* ubi Jurisconsultus ait, de pignore jure honorario ex pacto actionem nasci, hoc nimirum significans, jure prætorio etiam nuda conventio pignus obligari, creditorique constitui jus in re, *l.1. ff. de pignor. act.* ac actionem videlicet in rem, Servianam vel quasi Servianam sive hypothecariam, *§. item Serviana 7. Inst. de action.*

8 Posterioris generis pacta legitima, quibus scilicet ipso jure obligatio & actio

& actio tollitur, sunt, ne furti, ne injuriarum agatur, *l. si tibi* 17. §. 1. *l. si unus* 27. §. 2. *vers. sed si pactum* & §. 4. *ff. hoc tit.* quippe quæ pacta lex duodecim tabularum confirmat, dum de furto deque injuriis pacisci expresse permittit, *l. 7. §. si paciscar* 14. *in fin. ff. cod. Gell. lib. 20. cap. 1.* Non obstat, quod de furto & injuriis pacti infames fieri dicuntur, *l. 4. §. ult. ff. de his qui not. infam.* Nam hoc de eo casu accipiendum est, quo quis paciscitur, postquam jam res deducta est in jus ad prætorem; quoniam ille crimen confiteri intelligitur, ut mox subjicitur ex Paulo *l. 5. d. tit.* utique si cum pretio quantocunque pactus sit, *d. l. 5. §. 3.* Nihil autem impedit, quominus actio ipso jure pacto tollatur, licet pactos sequatur infamia. Ad hoc posterius genus videntur etiam referri posse duæ conventiones in contractu emtionis & venditionis præcipue celebrari solitæ, addictio in diem, & lex commissoria; utpote quæ & ipsæ ad hunc effectum jure civili confirmatæ sunt, ut existente conditione conventionis contractus ipso jure resolvatur, etiam postquam res integra esse desit, secuta scilicet traditione, nisi aliud discreta placuerit, *l. 2. ff. de addict. in diem* l. 1. l. 2. *ff. de leg. commiss.*

9 Optime igitur Jurisconsultus Græcus responso *θεοφιλῶν συμφ.* Τῶν ἰδιωτικῶν Συμφῶνων, inquit, τὰ μὲν ὑπὸ νόμοις τῶς ἡδύματος ἰδικῶς κυρεῖσθαι, καὶ τίκεται καὶ ἀναίρεσιν ἀγωγὰς, ἐκ τῶ θεοφιλῶν ἐκπεφωνημένων νόμων ἡ διατάξεων τὴν τοιαύτην ἰχὺν καὶ ἐνέργειαν. περσειληφόται καὶ διὰ τὸ ἐπὶ ὅτι ἐπὶ θεοφιλεῶν συμφῶν τίκεται ἀγωγή, καὶ λύεται καὶ τὸ αὐτὸ δίκαιον ἀγωγή, ἅτινα ἐλεγιτῆμοι κομβεντίονες ἐπικέκληνται: id est, Pactorum privatorum quædam lege aliqua vel senatusconsulto confirmantur, quæ & actiones pariunt, & tollunt actiones; atque hujusmodi vim ac potestatem acceperunt a legibus aut constitutionibus specialiter de ipsis promulgatis. Quo fit, ut interdum etiam ex nudo pacto actio nascatur, & ipso jure dissolvatur: quæ appellantur conventiones legitimæ. Cujusmodi autem hæ conventiones sint, mox declarat hujusmodi: *θεματισμοῖς ὅτε ἐπαγγέλλωμαι περὶ κίσει τινα καὶ ὅτε πόλις δανείζεσθαι συμφωνήται λαμβάνειν τόκους ὡς περὶ ἑνὸς καὶ ἐπὶ τῷ ἐν ἐχέοντι γενόμενον, συμφῶνον, καὶ σιωπηρὸν ἢ, τίκεται ἀγωγήν τῷ Σερβιανῶν, ἀλλὰ καὶ ἡ δωρεὰ ὑπὸ θεοφιλεῶν συμφῶν τικτεται σήμερον, καὶ αὐτὴ τὴν ἐξ λέγε κόνδικοι τικτιον:* id est, cum alicui me dotem daturum polliceor, & cum Civitas pecuniam fœnori dans usuras sibi paciscitur: sicut & facta super pignore pactio, licet tacita sit, actionem Servianam gignit. Quin etiam donatio ex nudo pacto parit hodie condictionem ex lege. Et iterum exempla proferens pactorum legitimorum, quibus ipso jure actio tollitur, *οἶον*, inquit, τὸ ἐπὶ συγχωρήσει τὸν *furti*, καὶ τὸν *injuriarum*.

10 Stipulatio quoque legitima conventio est, quia contractus est juris civilis, a quo & formam accepit: nam cum sit conventio, *l. 1. §. 3. ff. hoc tit.* nec tamen conventio juris gentium, necesse est, aut manca sit divisio Jurisconsulti in *l. 5. ff. cod.* aut cum ad conventiones juris gentium non possit,

fit, referatur ad legitimas. De acceptilatione idem judicium esto. Sed & literarum obligatio legitimam conventionem habet, nempe confirmatam constitutionibus, *Inst. de liter. oblig.* Ceterum in contractu literarum non ex nudo & simplici consensu oritur obligatio, sed ex literis, sicut in stipulatione & acceptilatione verbis contrahitur aut solvitur, non consensu solo. Nimirum jus civile interdum robur addit conventionibus adjiciendo ceteris conventiones proprie in usu juris legitimæ dici videntur, nempe quæ, ut supra dixi, manente simplici ac nuda conventionis forma speciali aliqua lege aut constitutione confirmantur, arg. *l. legitima* 6. *ff. hoc tit.* αἱ ὑπὸ νόμοις καὶ δόγματις ἰδικῶς κυρεῖσθαι, ut Græci.

C A P. V.

De conventionibus nudis.

- 1 Nuda conventionis definitio variis exemplis illustrata.
- 2 Eadem confirmata Græcorum auctoritate.
- 3 Pactum non definit esse nudum interveniente scriptura.
- 4 Interdum appellatione pacti nudi etiam alias conventiones comprehenduntur.
- 5 Nudam conventionem passim in libris nostris appellari pactum simpliciter.
- 6 Pactum nudum non explicationis tantum causa dici, sed etiam discretionis.
- 7 Vox nudum quid hic significet.
- 8 Argumenta eorum, qui negant pactum nudum pacti esse speciem.
- 9 Confutatio argumenti primi.
- 10 Contradictoria esse, asserere pactum aliquod esse nudum, & negare id pactum esse.
- 11 Vocem nudus notam esse discretionis, non alienationis.
- 12 In pactorum materia nomine conventionis nunquam aliud significari, quam duorum aut plurium in idem consensum.
- 13 Nunquam significari conventionem aliquam oppositam pacti.
- 14 Nusquam indefinite traditum ex pacto actionem nasci: sed contrarium, non nasci.
- 15 Apud Ulpianum *l. 7. §. 4. hoc tit.* aliter legi in plerisque aliis codicibus, aliter in Florentino, cum examinatione utriusque lectionis, & vulgata interpretationis.
- 16 Quid sit, placiti sine stare.
- 17 Pactum nudum etiam id, quod serium: alias pacti nomen non mereri.
- 18 Remuneratoria arcani alicujus promulgatio.

PRivatæ juris gentium conventionis species sunt duæ, nuda una, altera non nuda, quam vestitam vulgo magistri juris appellant, & pactum vestitum, verbo magis, quam sensu inconcinno. Divisio hæc fundata est in *l. juris gentium* 7. §. 1. 2. & 4. ff. *hoc tit. l. si dominus* 8. *l. solent* 15. ff. *de prescr. verb. l. legem* 10. *C. hoc tit.*

1 Nuda conventio est, quæ in nudis placiti finibus stat, nec certum nomen habens, nec ullam obligandi causam præter conventionem, *ad. ll. l. si tibi* 27. *C. de locat.* ut ecce, si inter nos convenerit, ut ego tibi Stichum darem, tu mihi Pamphilum; vel ut ego tibi darem equum, tu mihi tabulam pingeres; vel ut ego hanc partem hereditatis nobis delatæ obtinerem, tu illam; aut ut ego tibi meum, tu mihi tuum bovem commo- dares ad opus faciendum, &c. hæ conventiones & similes nudæ sunt & dicuntur: quia nec in aliud nomen transeunt, nec in his ad conventionem alia causa obligandi, puta datio aut factum aliquod accedit; sed solo placiti fine stant.

2 Ad hunc eundem modum & Græci pacta nuda, quæ *ῥιλὰ σύμφωνα* vocant, definiunt, nempe quæ neque *εἰς ἰδικὸν μεταπίπτουσιν ὄνομα συναλλάγματος*, *ἢ τε ἐπὶ τῷ πρωτοτόπῳ ἴσονται γένεσι* *ῥεσπον. πῶς* *ῥιλ. συμφ.* & mox iterum *ibid. νῆδον* *ῥὰ ἢ τοι φίλον εἰς σύμφωνον*, *τὸ μὴ εἰς ἰδικὸν μεταπίπτου ὄνομα συναλλάγματος*, *τὸ μὴ ἐπὶ τῷ αὐτῷ γένεσι ἰσάμηνον ἡγησαμένης, πρὸς τὴν δόσεως ἢ ποιήσεως ἐπὶ δόσει ἢ ποιήσει.* Nudum pactum est, quod non tran- sit in proprium nomen contractus, quod in eodem genere non stat dato prius aliquo vel facto, ut detur vel fiat: & apud Harmenopolium *lib. 1. tit. 9. τῷ ῥιλ. συμφ. ἡνίκα μὴ πρὸς γήσονται δόσις, ἀλλὰ μόνον συστῇ ἐπὶ δόσει.* Cum non præceperit datio, sed tantum de dando convenerit.

3 Et quamvis igitur scriptura intervenerit, non ob id tamen nudum pactum esse definit, arg. *l. 7. §. quod fere* 12. ff. *hoc tit.* quippe scriptura vim pacti mutare non potest, cum non sit causa obligandi; sed duntaxat pro- bationis gratia adhibeatur, *l. 4. ff. de instrum.* hoc etiam D. Salmas. *ubi sup. cap. 12.* Quod si talis conventio lege vel senatusconsulto adjuvetur, jam quidem suo sensu non amplius nuda est, sed tum fit conventio legitima, *l. legitima* 6. ff. *hoc tit.* Ceterum etiam hujusmodi pacta nuda appellari so- lent, respectu scilicet simplicis formæ conventionis, & ad differentiam sti- pulationis, *l. etiam* 30. ff. *de usur. l. frum.* 12. *C. cod. tit.* quanquam huc non pertinent.

4 Illud obiter hic monendum, interdum appellatione nudi pacti plus comprehendi, & nimirum alias quoque conventiones; id quod ex adjun- cto & comparatione rei, cui pactum opponitur, facile intelligi poterit, pu- ta si opponatur non conventioni diversæ, sed traditioni: tunc enim com- plectitur conventiones omnes, quæ nudæ sunt a traditione, etiam si alias nudi placiti terminos egrediantur, *l. traditionib.* 20. *C. hoc tit. l. qua ratio- ne* 9. §. *interdam* 5. ff. *de acq. rer. dom.*

5 Nuda conventio, quæ & nuda pactio & pactum nudum, sæpe etiam in libris juris nostri pactum simpliciter appellatur, *l. juris gentium* 7. §. *qui- nimo* 4. & seqq. ff. *hoc tit. l. legem* 10. *C. cod. l. solent* 15. ff. *de prescr. verb. l. si tibi* 27. *C. de locat. l. 1. C. de pact. conv. tam sup. dot. l. 5. §. 2. ff. de solut. l. 5. C. de contr. stipul.* Ex quibus locis apparet idem valere, ex pacto actionem non nasci, atque ex nudo pacto non nasci. Neque tamen ideo assentiendum Cujacio ad *l. 1. ff. hoc tit.* aut Wesenb. *parat. eod.* qui contendunt, pactio- nem nunquam nudam dici *κατὰ διαβολήν*, sed pactum omne, ut nudum est, ita etiam sic appellari suo perpetuo epitheto, explicationis causa, non di- stinctionis, quasi esset aliquod pactum, nudo oppositum & vestitum: nam quod nudum pactum etiam simpliciter pactum appellatur, id fit more Ju- risconsultis usitato, quibus familiare est, idem nomen nunc in genere, nunc in specie usurpare; aperteque refelluntur Cujacius & Wesenbecius verbis *d. l. solent* 15. ff. *de prescr. verb.* ubi Ulpianus ex proposita convention- e actionem oriri ait, quia non sit nuda, ne quis dicat ex pacto actionem non nasci, item *d. l. legem* 10. *C. hoc tit.* quo loco Imperator, quod dici solet ex pacto actionem non nasci, id tunc obtinere rescribit, cum pactum nudum est. Unde profecto plus quam manifestum est, pactum nudum non tantum explicationis causa dici, verum etiam discretionis gratia, quod quædam pa- cta sint non nuda, quæ docendi causa interpretes vulgo appellant vestita, non tam inepto sensu, quam nomine: nec tamen nomine prorsus inepto.

6 Nudum autem hic minime vox est alienans, ut quidam ausi sunt as- ferere sine ulla auctoritate & contra perpetuum usum juris & omnium scri- ptorum; sed nudum dicitur per translationem solum & simplex, quod tan- tum pactum sit, nihil amplius, atque ut Imperatores loquuntur in *l. si tibi* 27. *C. de locat.* quod nudo sine placiti stat; unde & solum pactum dicitur, *l. major annis* 23. *C. de pig.* Similis translatio est, cum nudum consensum, nudam pro- prietatem, nudam notionem, nudam rationem, voluntatem, cogitationem, &c. dicimus. Sic nuda veritas, simplex, nullis velata coloribus *ῥιλοι* λόγοι apud Aristotelem 3. *Rhetor.* oratio prosa & soluta, quasi nuda orna- mentis, minimeque convestita, & apud Demosthenem *κατ' ἀφόβην*, *ῥιλος* λόγος opponitur *εγκρατικός*. Oratio nuda ornata vestitu apud Cicero- nem *lib. de clar. orat.* Quamobrem cum de re constet, hoc est, esse quædam pacta nuda, quædam contra non nuda, futile sit de nomine litem movere, & offendi verbo *vestiti*, quo Doctores docendi gratia utuntur, ut a nudo pacto distinguant, quod nudum non est. Denique tantum non meræ nu- di sunt, quæ superiori distinctioni obijciuntur, veluti quod non quia me- dici morbos quosdam acutos vocant, ideo alii sint obtusi: ut enim ita non appellantur, sunt tamen quidam morbi non acuti, aut acutis oppositi, quo- cunque tandem nomine eos appelles. Illum sane non acutum, sed obtusum fuisse necesse est, qui in publica disputatione interrogatus a Duareno, cur non item cogitationem partiretur in nudam & vestitam, illico obmutuisse dicitur. Quoniam vero sunt, qui hanc pacti in nudum & vestitum distri- butionem

butionem ex alia parte vellicant, quasi pactum nudum seu pactio aut conventio nuda non sit species pacti aut conventionis, cui proinde nec pactio-
nis definitio conveniat, etiam adversus eos supradicta distributio munien-
da ac stabilienda est. Quanquam autem tam portentosa opinio satis solide
nuper ab incerto quodam auctore confutata est; tamen quia id adversariis
ejus minime videtur, objicientibus ei, quod quædam silentio præterierit,
quia nihil ad ea potuerit respondere, aut quia argumenta eorum solvere
non potuit, ea commento eludere; quædam etiam ab iis esse dicta, quæ
a nemine unquam audiverit; credo quia sacris nondum initiatus erat, cui
proinde mysteria aperire nefas: denique quia non satis bona fide cum eo
agunt, e re erit ex integro causam istam hic tractari. Defendit auctor ille
omnium ætatum interpretum sententiam contra novitium commentum,
idque sine ulla calumnia, sine contumelia, sine ullo convitio, sale tantum
aliquo asperso, sine quo quicquid in hujusmodi concertationibus scribi-
tur, fatuum est. Illi vero invehuntur in hominem infontem, tanquam
quem agitaverit genius ex calumniandi & convitiandi libidine, cui os
sine freno, & cujus virus ipsa virtus provocet. Non sunt hæc ἀγαθὸν δαίμο-
νος. Sed mittam ista, ipsamque rem aggrediar suscepta causa assumptaque
persona tam indigne accepti mortalis, per cujus latus quinam petantur,
sunt qui putant se non ignorare.

8 Cur igitur nudum pactum aut nuda conventio non est spe-
cies pacti aut conventionis? Quoniam ajunt 1. Quicquid prædicatur de
genere, id etiam prædicatur de quavis ejus specie: de pacto autem præ-
dicatur, quod actionem pariat, de pacto nudo non item. 2. Quia con-
ventio nuda dicitur, cui nulla subest causa propter conventionem, & quæ
nudo placiti sine stat. Ex quo inferunt pactum nudum non posse dici duo-
rum vel plurium in idem placitum consensum, nullaque pacta proprie nuda
dici, quæ deliberato animo fiunt, quippe quibus omnibus sublit causa pro-
pter conventionem: per causam autem intelligunt eam causam, quæ paci-
centes movet ad conveniendum. Hic ego cum incerto illo auctore, cu-
jus personam nunc gero, tot esse puto errores, quot ferme verba.

9 Nam 1. pactum nudum & non nudum diserte in jure nostro, ut di-
verse pactorum & conventionum species distinguuntur, & inter se oppo-
nuntur. Respondent illi, hoc ipsum sententiam suam omnino confirma-
re: nam si pactum, ajunt, a pacto nudo distinguatur, ut una species ab
alia, non potest pactum nudum dici species pacti, non magis quam ho-
mo species bruti, aut brutum hominis. Ecce qua fide hic agant. Nos di-
cimus pactum nudum & non nudum diversas esse pacti species, pacto, ut
generi, subjectas: illi lectoribus imponunt, quasi dixissemus, pactum
& pactum nudum species esse oppositas: unde mox captant occasionem
ostendendi quam rudes parumque versati simus in arte differendi.

10 2. Contradicentia sunt, asserere pactum aliquod esse nudum, & ne-
gare id esse pactum. Etenim contradictio hic est in adjecto, siue oppositum
in

in appposito. Utique enim juxta regulam Logicorum abest tertii adjecti ad-
est secundi adjecti valet consequentia affirmando, v. c. ille est nudus homo,
ergo est homo; illa est nuda oratio, ergo est oratio. Explodit M. Tullius
Atticum dicentem mortuos esse miseros, & negantem tamen mortuos esse.
Quis non etiam explodat eos, qui negent nudum assensum, nudam appro-
bationem, nudam vocem, nudam voluntatem, nudum consensum, &c.
esse assensum, approbationem, vocem, voluntatem, consensum? Sed
ajunt non eundem esse tropum in voce nudus adjecta rebus ceteris, qui
est in eadem voce addita pacto aut conventioni: nimirum quia tum vox
ista non tantum restringens, sed etiam alienans sit: idque ex eo probant,
quod definitio pacti siue conventionis nudo pacto siue conventioni nuda
non conveniat. Atqui hoc perinde est, ac si dicerent, Zona torrida est inha-
bitabilis, quia sub ea animal non vivit. Nam pro argumento & antecedente
sumunt, & sibi concedi postulant τὸ ἐν ἀρχῇ id quod est in quaestione; quæ
manifesta captio est: hoc enim inter nos est controversum, an pacti defini-
tio etiam nudo pacto conveniat, quod illi soli negant, ceteri omnes affir-
mant. Similis petitio principii est, cum ajunt ideo pactum nudum pactum
non esse, quia non habet causam; quoniam causam intelligunt, ut ipsi in-
terpretantur, quæ impulit ad conventionem ineundam: hic enim iterum,
quod maximum vitium est in differendo, sumunt φισβιτέμηνον ἀντὶ τῶ ὁμο-
λογημένον. Nam talem causam etiam pacta, quæ veteribus proprie nuda di-
cuntur, habere ceteri fere consentiunt. Sed de hoc fusius infra.

11 Qua vero auctoritate freti audent dicere vocem illam nudus adje-
ctam pacto esse alienantem, cum alias semper sit discernens? Velim mihi
proferant locum aliquem ex ullo idoneo scriptore, ubi vox ista significet
ἀλλοτριώσιν, alienationem subjecti, cui adjungitur aut attribuitur. Est
quidem vox στερητική, significans privationem alicujus rei, quæ alias sub-
jecto attribuitur aut attribui potest; & sic etiam hic significat privationem
causæ, quæ alias ad conventionem accedens pactum vestiret: at nunquam
est ἀναιρετική ἢ φθαρτική τὰ ὑποκειμένα, ut significet ademptionem aut cor-
ruptionem subjecti, cui attribuitur aut adjungitur.

12 Sed enim conventio, inquiunt, bifariam sumitur, primo in genere
pro tractatu inter duos vel plures habito, quo aliquid agitur vel fit; quo
significatu etiam nudum pactum species sit conventionis: deinde in specie
pro duorum vel plurium in idem placitum consensu, & ita pro tractatu,
quo aliquid agitur vel fit, quod statim firmum ac efficax est, nisi quid aliud
impediat; qua notione conventio, ut species conventionis in genere acce-
ptæ opponatur pacto nudo. Quippe novum non esse ajunt in jure, ut
mina adoptionis, cognationis &c. Equidem scio vocem conventionis esse πο-
λυσήμον, nam & conventum hominum, coitionem, concionem, adlocutionem,
interpellationem, &c. significat: sed in argumento de pactis unam duntaxat,
eam-

eamque generalem & perpetuam significationem habet, eandem videlicet, quam pactio, aut pactum *ῥηκός* acceptum, denotatque semper duorum aut plurium in idem placitum consensum, *l. 1. §. 2. & 3. ff. hoc tit.* Concedunt quidem illi conventionem significare duorum vel plurium in idem consensum, sed addunt, cum pro pacto & pactione usurpatur: sed ostendant id verbi aliter uspiam usurpari in pactorum materia. De pacto idem non dicunt, quia prior illa significatio pacto non convenit: attamen fateri debent, velint nolint, cum pactum nudum opponitur pacto non nudo, pacti verbo in genere sumto etiam pactum nudum, tanquam speciem contineri; ac proinde etiam speciem esse conventionis significatione posteriore, pluriumque in idem placitum & consensum: aut si non est, ne nudum quidem pactum dici potest, non magis, quam simia nudus homo.

13. Illud quoque me non latet, verba adoptionis, cognationis, aliaque nonnulla in jure nostro interdum generis nomina esse, interdum speciei; quod etiam occurrit in verbo *pactum*, quo & in genere pactum quodlibet, & in specie pactum nudum significatur, veluti cum dicitur ex pacto non nasci actionem: sed idem non contingit verbo conventionis. Ubi enim conventionis verbum usurpatur in specie pro conventionem aliqua opposita pacto? Generale esse hoc verbum legimus, & ad omnia pertinere, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt, qui inter se agunt, *l. 1. §. 3. ff. hoc tit.* nusquam ad speciem aliquam conventionis, quæ pactum non sit, contrahitur. Adoptio & cognatio cum sint nomina generis & speciei, recte dividuntur, illa in adrogationem & adoptionem, hæc in agnationem & cognationem in specie dictam; estque hæc divisio rei, & generis in species. At si quis conventionem dividat in pactum & non pactum, quid hoc monstri erit? Quis non exhibilet eum, qui pactum ita partiatur, ut dicat, pactum aliud est conventum, aliud fixum? aut qui jus distribuat in liquorem & legem? Non sunt hujusmodi *διασολαί*, distributiones rerum, aut generis in species; sed vocabuli æquivoci distinctiones in sua æquivocata.

14. Sed neque captione caret, quod ajunt de conventionibus & pactis prædicari, quod actionem pariant: nusquam enim hoc indefinite traditum; sed quod quædam conventiones actionem pariant, & nimirum quæ vel in proprium nomen contractus transeunt, vel quæ accedente causa in speciem *συναλλάγματος* cadunt, *l. juris gentium 7. pr. §. 1. & 2. hoc tit.* ex ceteris expresse negant juris nostri conditores actionem nasci, nisi vel specialiter confirmatæ sint, *l. 6. l. si tibi §. 2. eod.* vel contractui bonæ fidei in continenti adjectæ, *d. l. 7. §. quinimo 5. eod.* At contra non uno loco traditum est, ex pacto actionem non nasci. Respondent adversarii loca ista accipienda esse de pacto nudo. Fatemur; sed tamen utique de pacto, id est, plurium in idem placito & consensu. Quod si hoc non concedant, jam iterum incidunt in vitium ipsis familiare, pro argumento assumentes τὸ *ζητέμενον ἀπ' ἀρχῆς*: & veteres juris auctores pro fungis habent, qui simpliciter

pliciter & absolute pactum appellent, quod pactum non sit, dixerintque ex pacto non nasci actionem, cum hoc significare voluerint, ex non pacto actionem non nasci.

15. Sæpe inculcant, quod nudum pactum sit, cui nulla subest causa propter conventionem, *l. 7. §. sed cum nulla 4. ff. hoc tit.* Cum autem ista locutio nullum omnino idoneum sensum habeat (quis enim ita unquam locutus est, conventioni nulla subest causa propter conventionem, & quid hoc significat?) illi tamen hunc, si diis placet, sensum verba ista habere dicunt, cum nihil omnino subest, ex quo qui convenerunt, moveri potuissent, ut convenirent: quanquam non videntur diffiteri, potuisse hoc exprimi elegantius. Nimirum necesse est vitiosos eum habere oculos, qui in luce tam perspicua caligat. Constat utique duplicem apud Ulpianum in *d. l. 7. §. sed cum nulla 4. hoc tit.* occurrere lectionem; in plerisque codicibus legi hoc modo: *Sed cum nulla subest causa, præter conventionem, hic constat non posse constitui obligationem.* In codice Florentino sic: *Sed cum nulla subest causa propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem.* Cum vero nullæ sint omnino in Pandectarum Florentinarum archetypo distinctiones, nulla punctorum notatio, nulla dictionum intervalla, referente hoc inter alios Angelo Politiano teste oculato *misc. 41.* ac proinde ponere nobis ea, si docet ratio, & posita undecunque expungere liberum sit, auctore Augustino *lib. 1. emend. 2. q. 8.* si quis lectionem Florentinam urgeat, cum eo tantum mihi lis erit de verborum interpunctione. Gothofredus & Pacius lectionem exemplaris Florentini secuti ita locum interpunxerunt: *Sed cum nulla subest causa propter conventionem, hic constat, &c. relicta, ut verosimile est, per negligentiam nota distinctionis eo loco, ubi in aliis codicibus posita est, in quibus non propter, sed præter legitur: nam & in margine hoc notant alias legi præter.* Franciscus autem Taurellus & Ludov. Charondas, quod & sermonis ratio, & mens atque sententia Jurisconsulti exigebat, locum sic interpunctum ediderunt: *Sed cum nuda subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem.* Sive autem legas præter sive propter, commate ante hanc particulam posito, plana erit & recta oratio, eademque Jurisconsulti sententia, nimirum hæc, cum conventioni nulla alia obligandi causa subest præter conventionem, propter conventionem solam non constitui obligationem: quod & prorsus evincitur ex tota disputatione Jurisconsulti. Ceterum & hic effugium eis paratum video: nam dicent haud dubie tunc conventionem apud Ulpianum *d. loco* non significare pactionem sive plurium in idem placitum consensum; sed nescio quid aliud, quod non sit pactum, nisi κατὰ τὸ λέγεσθαι.

16. Largimur ultro pactum nudum esse conventionem, quæ placiti fine stat: sic enim definitur *l. 27. C. de locat.* At quid hoc est sine placiti statu? Opinor fines & terminos placiti non egredi, nihil esse amplius quam placitum; placitum tamen & conventionem seu pactionem, id est, duo-

tum vel plurium in idem consensum, aut quod duobus vel pluribus dari vel fieri placuit: hæc enim esse *ἰσοδυναμία*, infinitis locis ostendi potest, *l. vix certis 53. ff. de judic. l. 4. ff. de servit. l. si filia 20. §. 3. ff. famil. ercisc. l. si divisionem 15. C. eod. l. si plus, ff. de evict. l. divisionis 55. ff. hoc tit. l. 8. l. si pacto 14. l. cum proponas 21. l. si certis 27. C. eod. l. 7. l. si diversa 14. l. cum proponas 17. l. si profundo, C. de transact. l. pen. ff. eod. l. 3. l. 4. C. de rer. permut. Sic ex converso placitum usque ad pactum stare dicitur, cum traditio secuta non est, *d. l. si divisionem, C. fam. ercisc.**

17 Cum igitur nudum pactum sit conventio, qua quid dari aut fieri inter plures placuit, licet placiti fines non excedat; tamen re vera & proprie tam pactum est, quam quod vestitum DD. appellant, pactique definitio non minus pacto nudo, quam vestito competit. Nudum vero nihilominus erit, etiamsi deliberato animo initum sit, deque eo constet, ut in specie *l. si certis 28. C. hoc tit.* ubi ex temporaria illa præstatione satis apparet seriam fuisse promittentis voluntatem. Denique temerariæ, inconsultæ, joculariæ aut simulatæ, aulicæ, & officiosæ adulationis promissiones ne nomen quidem pacti merentur.

18 Bearunt illi auctorem incertum revelatione ingentis mysterii, cum eum docuerunt, qua in re pollicitatio a voto, utrumque a pacto differat; æquum igitur est, ut eos paris alicujus arcani promulgatione remuneretur. Nuper ille, cum Eleusinem reviseret, ex phano legiferæ Cereris hæc reportavit, latere in illo Virgili, *Ipse pater famulam voveo*, &c. nescio quid occultioris doctrinæ, & quod argumento sit eum juris fuisse peritissimum. Nam etsi votum species est pollicitationis, quam ob causam summus juris antistes sub titulo *de pollicitationibus* etiam de votis tractaverit (quod forte illi a nemine audiverunt) illud tamen in voto præcipuum esse, quod soli patresfam. ex eo obligentur tanquam acta solenni: filius autem familias aut servus sine patris dominive auctoritate non obligentur. Ecce igitur, quam recte & rationi juris convenienter Poeta. Ille vero redux vota Cereri nuncupata solvit faciens bienni verre. Hæc pro incerto illo auctore; cujus defensionem & patrocinium non tam ideo suscepi, quia me eum esse, & per latus illius me palam peti quidam suspicantur, quam veritatis tuendæ gratia.

C A P. VI.

De vi nudarum conventionum.

- 1 Ex nudo pacto, quamvis serio, jure nostro actionem non nasci multis argumentis ostenditur.
- 2 Respondetur objectioni sumta ex l. 1. pr. hoc tit.
- 3 Jus civile Romanorum quibusdam conventionibus vim costrictivam detrahit, & quare.

4 Mul-

4 Multa civiliter justa, quæ naturaliter iniqua, si ex meritis juris naturæ præceptis æstimentur.

5 Exponitur l. cum mota 6. C. de transact.

6 Declaratio l. solent 15. de præscr. verb.

7 Declaratur locus obscurus, in l. 3. §. quinimo 4. de condict. caus. dat. & occurritur objectioni ex eodem loco sumta.

8 Si ex pacto daretur actio, cum constat de animo deliberato, etiam quando de eo non constat, danda esset.

N Uda conventio seu pactum nudum, quamvis serium, eam vim obligandi jure civili Romanorum non habet, ut ex eo actio detur. Ex nudo pacto, inquit Paulus, inter cives Romanos actio non nascitur, *lib. 2. sent. tit. 14. & Imperatores in l. si tibi 27. C. de locat. Si conventio*, inquit, placiti sine stetit, ex nudo pacto perspicis actionem jure nostro nasci non posse. Seneca *lib. 5. de benefic. cap. 10. de lege civili & promissione non solenniter facta loquens, Quæ lex*, inquit, *ad id præstandum nos, quod alicui promissimus, obligat*: Denique nihil in libris nostris est vulgatius hac juris regula, ex conventionem, ex pactum nuda, ex nudo pacto, ex pacto actionem non nasci, *l. juris gentium 7. §. sed cum nulla 4. & seq. l. divisionis 45. ff. hoc tit. l. solent 15. ff. de præscr. verb. l. legem 10. l. cum proponas 21. l. si certis 28. C. hoc tit. l. sive apud 28. C. de transact. l. 1. C. de pact. conv. tam sup. dot. l. 5. C. de inut. stipul. l. 2. C. de evict. l. 3. C. de rer. permut. Et hinc est, quod passim indebitum vocetur, quod pacto promissum est, *l. 5. §. 2. ff. de solut. l. si certis 28. C. hoc tit. l. si non sortem 26. pr. ff. de condict. indeb.* & quod omnibus pactis stipulatio subjici debet, ut ex stipulatu actio nascatur, auctore Paulo *lib. 2. sent. tit. 22. §. ult.* Ex his jam luce meridiana clarius apparet, non omnem conventionem, non omne pactum, quantumvis serium, licitum & honestum, jure Romanorum obligationem & actionem producere: nisi quis putet conventionem aut pactum nudum veteribus pactum esse jocularium aut lusorium, id est, conventionem aut pactum non esse; & cum veteres ajunt, ex pacto nudo, & simpliciter ex pacto actionem non nasci, hoc significare, ex non pacto non nasci actionem: quod quam ridiculum sit, nemo non videt. Tot locis, quot modo allegavi, proditum est, & proverbii vice olim jactatum, ut indicant Imperatores in *l. legem 10. C. hoc tit.* ex pacto actionem non nasci: nullo autem juris loco traditum est, ex solo pacto licet justo, actionem nasci, nisi exceptive, aut addito interdum, & nimirum tunc, cum vel speciatim jure civili aut prætorio ad efficacitatem obligandi confirmatum est, *l. 6. l. si tibi 17. §. 2. ff. hoc tit. l. 1. ff. de constit. pecun. vel contractui bonæ fidei in continenti adjectum, l. juris gentium 7. §. quinimo 5. ff. l. in bonæ 13. C. hoc tit.* Quæ pacta etiam suo sensu possunt dici non nuda. Quod si ex quovis serio pacto oriretur jure civili actio, cur prætor non alias ex pacto actionem de pecunia constituta dat, quam si constituatur, quod jam ante debitum*

D

bitum

bitum fuerat? *d.l. 1. ff. de pecun. constit.* an quia propter debitum præcedens hic constat de deliberato animo? Quare igitur de aliis rebus constitutoriam non dedit, quam quæ pondere, numero, mensura constant? *l. 2. C. cod. tit.* aut si causa subsit constituto, quid opus fuit prætorem ex sua jurisdictione actionem comparare, cum ex conventionibus, quibus subest causa, nascatur actio jure civili? *l. 7. §. 2. ff. hoc tit.* Denique quid tam insulsum, quam quod quidam, interrogati, si pactum quodlibet ad obligandum sit efficax, quid opus fuerit speciatim ex pacto donationis necessitate juris adstringere donatorem, quod primus fecerit Justinianus, respondent, constitutione Justiniani fingi donationi subesse causam, voluntatem sc. exercendæ liberalitatis? Quasi vero Justinianus etiam ubi donandi animus abest, eum sinxerit adesse; ac non potius quia donator voluntatem suam aperte ac verbis in præsens conceptis declaravit, eamque gratam ac ratam habuit donatarius, jure civili quoque obstrictum esse voluerit, qui jure gentium se manifeste obstrinxerat. Imo omnis nudæ conventionis confirmatio hoc velut *συμπίπτειν* habet, *fac. l. 1. §. 8. ff. de pecun. constit.* Postremo si cujuslibet justipacti ea vis esset jure civili, ut actionem pareret, etiam actionem *κατὰ τὸ αὐτὸ δίκαιον* tolleret, *arg. l. 6. cod. junct. l. Arrianus 47. de O. & A. l. prout 80. l. Stichum 95. §. 4. ff. de solut.* quod tamen secus esse constat. Hæc tam aperta & clara sunt, ut qui contra disputant, non tam de veritate juris, quam de potestate conditoris disputare videantur, quasi ille ita meris juris gentium præceptis alligatus esset, ut nihil iis addere aut detrachere valeat. Videamus tamen, quæ in contrarium afferantur. Ajunt grave esse fidem fallere, nihilque tam congruum esse fidei humanæ, quam placita servare, *l. 1. ff. hoc tit.* Fateor: est enim fides rerum humanarum coagulum, sanctissimumque humani pectoris bonum. Unde Silius Italicus;

Ante Jovem generata, decus divumque hominumque,

Qua sine non tellus pacem, non aquora norunt:

Justitiæ consors, tacitumque in pectore numen.

2 Ceterum generalis illa definitio pertinet ad vim, quam omnes justæ conventiones & pacta habent jure gentium: quippe quo jure etiam ex nudo pacto adstringimur ad præstandum id, quod pacto promissum est, propter naturalem scilicet obligationem, quæ ex pacto & fide data oritur: eoque pertinet illud Pauli in *l. cum amplius 84. §. 1. ff. de reg. jur.* *Is natura debet, quem jure gentium dare oportet, cujus fidem secuti sumus.* Et quia hæc obligatio conscientias hominum devincit, cum sit vinculum naturæ & æquitatis, *l. Stichum 95. §. 4. ff. de solut.* sequitur ei etiam inesse moralem aliquam necessitatem, id quod Paulus in *d. l. 84. §. 1.* significat verbo *oportet*, & grave esse hic quoque fidem fallere, quamvis ponamus nullam hic esse respectu fori exterioris necessitatem.

3 Quanquam autem hoc ita est ex jure gentium, ut omnes honeste conventiones servari debeant: tamen jus civile Romanorum non æque cogit invitos ad omnium conventionum observantiam, sed utilitatis causa

quibusdam conventionibus vim coactricem detrahit, ut hic sola pacificentium fide staretur, ne si ex qualibet conventionione actio & judicium in invitos daretur, nimia litium oriretur multitudo: vel potius, quia Romani juris conditores honestius atque ad excitandum virtutis studium conducibilius existimaverunt, quædam relinquere hominum inter se spontaneæ fidei & probitati, quam omnia vinculis legum & obligationum necessitate adstringere. In necessitatibus enim nullus est virtuti locus, quæ ex libera potius voluntate ac bona fide pendet, quam ex aliqua coactione, teste Aristotele *3. Ethic.* Quis enim laudabit eum, qui depositum reddidit, aut quod debebat, citra judicium solvit? Augustinus laudans factum Sancti Aurelii Episcopi Carthaginensis, quod reddidisset donatori ob liberos ei postea natos, quæ ille Ecclesiæ donaverat, *In potestate*, inquit, *habebat Episcopus non reddere, sed jure fori, non jure poli, c. ult. caus. 17. quæst. 4.* Nullam autem laudem meruisset Aurelius, si ad reddendum jure fori fuisset obstrictus. Atque hoc ipsum puto significare voluisse Ciceronem *lib. 2. de invent.* cum ait, *Pactum est, quod inter aliquos convenit, quod jam ita justum putatur, ut juri præstare dicatur.* Cui simile illud apud Cornificium ad Herenn. *lib. 2.* *Pacta sunt, quæ sine legibus observantur ex conventionione, quæ juri præstare dicuntur*; quo haud dubie id significatur, pacta legibus ipsis justiora & præstantiora esse existimari, quoniam in his implendis atque observandis probitas cujusque & fides elucet; quæ bonis viris pro lege sit, & omni jure antiquior. Nimirum angusta innocentia est, secundum leges bonum esse. Multa legem non habent, nec actionem. Quanto latius patet officiorum, quam juris regula? Quam multa pietas, humanitas, fides, liberalitas exigit, quæ extra tabulas sunt? Hæc Seneca *lib. 5. de benefic.* Futile vero est, velle jus civile ad mera juris gentium præcepta exigere contra definitionem *l. 6. ff. de justit. & jur. l. bona fide 31. ff. de pos.*

4 Multa sunt civiliter justa, quæ naturaliter iniqua, si ex meris præceptis juris naturæ aut gentium æstimentur, qualia literarum obligatio, usucapio, præscriptiones temporales. Sæpe etiam quid irritum facit jus civile, quod naturaliter obligaret, verbi gratia, jure naturali seu gentium tenetur quisque reddere quod mutuo accepit: at jure civili excusantur filiusfam. & minor 25. annis. Jure gentium unusquisque ex sponsione sua obligatur, jure civili excipitur mulier pro alio spondens. Itaque isti, licet naturaliter obligati sunt (non enim vel patria potestas, vel ætatis sexusve imbecillitas jus naturæ dissolvere possunt) tamen civiliter non tenentur. In materiæ successuum quam longe recedit lex 12. tabularum a simplicitate juris gentium? Apud nos locatio prædiorum rusticorum efficax non est, nisi interveniente instrumento locationis. Imo nulla in civitate mero jure gentium vivitur, & vix ulla est, aut fuit, in qua longius ab eo jure recessum, quam in Romana, ut infinitis argumentis probari potest: quæ si cum aliis populis strictius jus gentium coluerit, id necessitatis fuit, cessante videlicet legum Romanarum auctoritate. Et vero, ne tempus teram in remio-

vendis jejunis quibusdam obiectiunculis, cur lege civili hoc constitui nequeat, ut non nisi sub certo modo ac forma obligatio, quæ quidem efficax sit ad agendum, ex consensu nascatur?

5. Objiciunt tamen & locos quosdam petitos e corpore juris, ex quibus colligunt, etiam jure Romano ex qualibet deliberata conventionione actionem nasci. Loci sunt, *l. cum mota* 6. *C. de transact. l. solent* 15. *ff. de præscript. verb. l. 3. §. 4. ff. de cond. ca. dat. Deputatio* d. *l. cum mota* hic est. Mater a filio immerito exheredata aut præterita transegit cum scripto herede, adversum quem querelam moverat inofficiosi, hac lege, ut accepta certa parte bonorum, de quibus agebatur, a lite discederet. Ea prius quam quicquam acciperet, in eadem perseverans voluntate decessit. Cum portio promissa filiis iisdemque heredibus matris non præstaretur, quaeritur est primo, possintne filii omissam a matre querelam redintegrare; deinde si non possint, an non saltem aliud remedium iis paratum sit adversus placita non servantem. Ad prius respondet Imp. Alexander, omissam semel querelam instaurari ab heredibus matris non posse. Ad alterum, si stipulatio conventioni subdita fuerit, ex stipulatu actionem competere, aut si omissa sit verborum obligatio, tum actione præscriptis verbis diversam partem, ut promissa præstentur, posse conveniri. Igitur, inquiunt, quod transactionis causa promissum est, etsi pacto tantum & citra stipulationem, id nihilominus peti potest, & competit eo nomine præscriptis verbis actio. Respondeo, non est in specie hic proposita pactum aut conventio nuda, sed talis, quæ nudi placiti terminos egreditur, quippe cui accedit & alia obligandi causa præter conventionem, & quæ sic constituit contractum innominatum. Nam præterquam quod matri transigenti pars bonorum promissa est, fecit etiam mater, ut eam partem acciperet. Promisit se a lite discessuram, quod & re implevit: morte enim sua & silentio sic finivit litem de inofficioso, ut ab heredibus ejus non possit instaurari. Ubi autem pactum, quamvis transactionis causa interpositum, intra terminos placiti consistit, nulla ex eo jure nostro actio nascitur, *l. cum proponas* 21. *C. de pact. l. si ve apud* 28. *C. de transact. Hotom. Don. post Gloss. & DD. comm. ad d. l. cum mota.*

6 Alter locus, qui objicitur, est *l. solent* 15. *ff. de præscr. verb.* ubi ita Jurisconsultus; *Quod si solum quidem nihil est, sed pactio intercessit ob indicium, hoc est, ut si indicasset, apprehensusque esset fugitivus, certum aliquid daretur; videamus, an possit agere. Et quidem, inquit Jurisconsultus, ista conventio non est nuda, ut quis dicat ex pacto actionem non oriri: sed habet in se negotium aliquod: ergo, inquit, civilis actio oriri potest, id est, præscriptis verbis, &c.* Igitur, inquiunt, hic ex sola conventionione & pacto conceditur actio, negaturque adeo conventionem eam nudam esse, quæ in se negotium aliquod habet. Atqui, inquam, Jurisconsultus expresse negat in specie a se proposita ex pacto, id est, ex solo pacto, actionem nasci; aitque conventionem istam habere in se aliquod negotium, unde civilis oritur actio. Per negotium ergo haud dubie intelligit causam aliquam accedentem

dentem ad conventionem, quæ sit fundamentum *συνάλλαγμα*, & actionis civilis, ut ipse hoc alibi explicat, *l. 7. §. 2. ff. hoc tit.* atque in proposito factum seu indicium actoris premium pro eo promissum petentis. Itaque cum ait Jurisconsultus, *videamus an possit agere*, perinde hoc est, ac si dixisset, videamus an qui suscepit se indicaturum esse servum fugitivum, is postquam indicavit, pactum pro indicina premium petere possit. Qua enim actione quove colore indicii mercedem quis petat, antequam indicavit? Nimirum Jurisconsultus actionem concedens supponit actorem, quod recepit implevisse, quo subsecuto conventio definit esse nuda, & incipit in se habere negotium aliquod, quod ad conventionem accedens initium obligationi præbet, constituitque contractum innominatum. Neque ulla hic aut æquitas aut honestas vel naturalem ex jure gentium obligationem producit: imo contra obstat etiam ipsa hujus juris ratio. Sed & illi ipsi, qui hunc locum objiciunt, fatentur non ante ex hujusmodi conventionione cum effectu agi posse, quam res secuta sit, licet obligatio statim nascatur: in quo tamen & ipso errant, cum hic desit fundamentum obligationis, ut plene demonstrabitur *c. 8.*

7 Tertius locus est Ulpiani in *l. 3. §. quinimo* 4. *ff. de cond. caus. dat.* Verba hujus loci sunt; *Quinimo etsi nihil tibi dedi, ut manumitteres; placuerat tamen, ut darem, ultro tibi competere actionem, quæ ex hoc contractu nascitur, id est, conditionem, defuncto quoque eo.* Primum quaero, qualis sit illa conditio, quam ait ex contractu proposita nasci? Non utique conditio ob causam dati causa non secuta, de qua conceptus est titulus, cum nihil datum proponatur, sed tantum placitum, ut daretur, & conditio ex notissimo juris usu, præsertim in hoc tractatu, significet alicujus rei, quæ a nobis profecta sit, repetitionem. Dices Jurisconsultum intelligere actionem præscriptis verbis. Jam iterum quaero, ubi actio præscriptis verbis in jure nostro appelletur conditio? Imo a conditione perpetuo distinguitur, *l. 5. §. 1. & seq. ff. de præscr. verb.* tum conditio vulgare est & usitatum actionis nomen, certam solennemque formulam habens; cujusmodi actionibus deficientibus demum actio præscriptis verbis datur, *l. 1. l. 2. & seq. d. tit.* Sed concedamus Jurisconsultum intelligere actionem præscriptis verbis, quid hac actione persequemur, certamne summam, quæ promissa sit? Minime: sic enim diceremus ex hujusmodi contractu competere certi conditionem ad rem, de qua convenit, petendam, uti ex mutuo, ceterisque causis & obligationibus, ex quibus certum petitur, *l. certi conditio* 9. *ff. de reb. cred.* quod falsum est. Nam præscriptis verbis actio non solum nomine & titulo actionis incerta est, sed etiam rei petitione, competens in id solum, quod interest, etiamsi de re certa danda convenerit, *d. l. 5. §. 1. & 2. ff. de præscr. verb. l. 4. & 2. seqq. C. de rer. permut.* id autem, quod interest, incertum esse constat, *l. si penam* 68. *de verb. obl. l. quatenus* 24. *de reg. jur.* unde etiam actio hæc incerta, *l. 6. C. de rer. permut. l. 3. C. de inut. stipul.* & passim actio incerti dicitur, *l. 7. §. 2. ff. hoc tit. l. 6. l. 8. & l. seq. ff. de præscr.*

scr. verb. Itaque in actione præscr. verb. non servatur lex communis obligationum dandi, ne tum quidem, cum dedi aut feci, ut dares. Revertamur jam ad propositum. Si ex hac conventionem, *dabo tibi decem, ut Stichum intra mensem manumittas*, Stichus ante manumissionem intra mensem mortuo, tibi competit actio præscriptis verbis; ea autem actio non competat, nisi in id, quod interest; sequitur necessario ex sola conventionem hic actionem non dari: sed ita demum, si is, cui actionem dari volumus, vel fecerit jam aliquid, quo quid ei absit, quod alioqui facturus non fuerat, puta si jam sumtus fecerit necessarios in prosecutionem ad prætorem; vel non fecerit, puta servum non vendiderit, quod alioqui facturus erat, per *l. 5. in pr. & §. ult. ff. de cond. caus. dat.* ut quibus casibus & quantum cessat condictio sive repetitio, si datum quid sit, iisdem casibus & eatenus competat actio præscriptis verbis, si promissum tantum, non datum. Utique cum quatuor tantum sint contractus innominati, *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias*, necesse est, si speciem propositam ad unum ex his quatuor referri volumus, ut datio vel factum aliquod ab una parte intervenerit, quod ipsa nomina demonstrant: nam *dabo ut facias*, vel *faciam ut des*, non est contractus, non magis quam pactum de vendendo venditio, de locando locatio. Itaque cum in contractibus innominatis obligatio non a simplici conventionem, sed a datione aut facto ad conventionem accedente nascatur & incipiat, *l. 1. §. 2. ff. de rer. permut. l. 3. C. eod.* nisi quid hic turbatum a Triboniano, quod putat Ant. Faber *in ratione*: dicendum est locum pertinere ad contractum innominatum *facio, ut des*. Quid si dicamus in specie proposita causam, ob quam dari placuerat, pro impleta haberi, propterea quod casu fortuito factum, ut impleri non potuerit? Sane ubi jam quid datum est ob causam, causa pro impleta plerumque habetur, quoties per eum, qui accepit, non stetit, quo minus causam impleret: & sic ex casu fortuito liberatio sequitur, cessatque ob causam dati condictio, *l. 3. §. quid ita 3. ff. de cond. ca. dat. l. pen. C. eod. l. 5. §. 1. vers. sed si scyphos, ff. de præscr. verb. l. 1. §. Divus 13. de extraord. cogn.* Hæc etiam est communis interpretum solutio.

8 Effectum igitur est, inter cives Romanos ex nuda conventionem actionem non nasci, licet ex causa honesta facta sit, serioque ac deliberato animo inita, ut etiam de eo constet. Quod si enim actio ex ea daretur, cum constat de animo deliberato, etiam quando non constat, interim danda esset, ut sit in ceteris causis omnibus, ex quibus obligationes & actiones nascuntur; permittendumque auctori probare conventionem intervenisse, quo probato induci deberet præsumptio, serio quoque interpositam fuisse: alias quælibet conventiones & pacta passim eludi possent. Et quidni etiam permitti oporteret auctori iurjurandum in iudicio reo deferre, quemadmodum alias fieri solet, præsertim ubi quid asserendum est, quod latet in conscientia ejus, cui defertur iurjurandum? Neque enim soli Deo notum, serione promissio aliqua facta sit, an secus? verum etiam promittenti.

C A P. VII.

Aliarum gentium, & hodie moribus nostris,
& canonum jure, etiam ex nuda conventionem actionem dari.

- 1 Jure natura & gentium pacta quævis seria obligationem efficacem parere.
- 2 Francisci Connani contraria sententia refellitur.
- 3 Apud alias gentes ignotam fuisse illam Romanorum inter pactum & stipulationem, &c. distinctionem.
- 4 Etiam jure Canonum quælibet conventionem efficaciter obligare.
- 5 Cujacii & aliorum errores deteguntur.
- 6 Moribus quoque hodiernis pacti simplicis eandem vim esse, quæ est stipulationis jure civili.

1 **E**T si conventiones nudæ, quantumvis voluntate sufficienter significata, legum Romanarum vinculis adstrictæ non sunt, ad earum tamen observationem naturæ & gentium jure adstringimur. Nihil enim æquitati naturali magis consentaneum est, quam stare conventis, placita fidemque servare; quod etiam prudentum responsa declarant, *l. 1. pr. ff. hoc tit. l. 1. ff. de pecun. constit.* Imo jure quoque civili Romanorum quælibet iusta pactio obligationem parit naturalem: eaque obligatio, si unam demonstris actionem, eisdem effectus jure Quiritium habet, quos habet obligatio naturalis & civilis simul, de quo agemus postea: unum tantum hic exempli causa proferam, si ex pacto quid solutum sit; licet enim id solutum per errorem, tamen ejus non datur ne jure quidem nostro repetitio; nempe quia antea naturaliter debebatur, *l. naturales 10. ff. de oblig. & act. l. 7. ff. de fidejuss.* & hoc quoque significat Paulus in *l. cum amplius 84. §. 1. ff. de reg. jur.* cum eum ait natura debere, quem jure gentium dare oportet, cujus fidem secuti sumus. Agit enim illic de condictione indebiti; quæ cessat, si quid ex qualicumque pacto solutum sit; quia jam ante re adhuc integra naturæ ac gentium jure dari oportebat.

2 Itaque minime admittenda est sententia Francisci Connani *lib. 1. comm. cap. 7. & 5. cap. 1.* fatentis quidem consentaneum esse æquitati naturali, & honestum, pacta servare, negantis tamen id esse necessarium, & negantis in universum ea pacta, quæ non habent *συνάλλαγμα*, jure naturæ ac gentium ullam inducere obligationem, præterquam pudoris & verecunditiæ. Certe Pauli nostri longe alia mens fuit, qui eum, cujus fidem secuti sumus, pronunciat jure gentium dare oportere; quo verbo utique vinculum

lum juris & moralis significatur necessitas. Marcus quoque Tullius *lib. 1. de offic.* tantam promissis vim tribuit, ut fundamentum justitiæ fidem appellet. Neque vero ratio ulla reperiri potest, cur leges, quæ quasi pactum commune sunt populi, quo nomine a Demosthene adversus Aristogitonem, & a Papiniano nostro *l. 1. ff. de legib.* appellantur, obligationem pactis addere possent; voluntas autem cujusque hoc serio agentis, ut se obliget, idem non possit. Admissa denique Connani sententia, sequeretur nullum inter reges & diversos populos pactorum, quamdiu nihil ex iis præstitum est, jure gentium vim esse, præsertim iis in locis, ubi nulla forma fœderum aut sponsonum reperta est, ut recte Grotius *lib. 2. de jur. bell. & pac. c. 11.*

3 His accedit, quod omnium aliarum gentium moribus, conventiones omnes & pacta etiam, quæ nuda appellamus, obligationem & actionem produxerunt. Nam neque apud Græcos, neque ullam aliam gentem, præter Romanos, nota fuit subtilis illa differentia inter pactum & stipulationem. Romanorum sunt hæc tam multa & distincta quasi rerum diversarum vocabula, ad anxiam quandam formularum superstitionem adstricta, pactum, stipulatio, constitutum, actio constitutæ pecuniæ, recipere, receptitia actio: quæ discrimina jus naturæ ignorat. Quin & Paulus Jurisconsultus ipse hoc fateri videtur *lib. 2. sent. tit. 14.* cum ait, *Ex nudo pacto inter cives Romanos actio non nascitur*, quasi dicat non negare se, quin jure gentium & naturæ inter alios populos imperio Romano non subiectos actio ex pactis nascatur. Idem quoque haud obscure innuunt Imperatores in *l. si tibi 27. C. de locat. Si conventio*, inquit, *placiti sine stetit* (id est, si stipulatio non intervenerit) *ex nudo pacto perspicis actionem jure nostro nasci non posse*, quasi dicant, etiam si maxime aliarum gentium jure nascatur: & ideo stipulatio pactis subjici debebat, ut ex stipulatu actio nasceretur. Paulus *d. lib. 2. tit. 22. §. ult. d. l. si tibi 27. C. de locat. l. petens 27. C. hoc tit.*

4 Jure quoque Canonum pacta quælibet, efficaciter obligare atque actionem producere, communis est Canonistarum sententia, *Felin. in c. 1. n. 5. & 6. ext. de pact. Panorm. & Imol. ibid. Covar. in c. quamvis eod. in 6. p. 2. §. 4.* quam ego sententiam veram quoque esse non dubito, quicquid reclamant recentiores quidam interpretes, inter quos *Alciat. lib. 5. paradox. 3. Connan. 5. comm. 3. Ant. Fab. ad l. juris gentium 7. §. ait prætor 7. ff. hoc tit.* moveorque his rationibus. In *d. c. 1. ext. hoc tit.* (quod sumtum ex concilio Carthaginensi) ita loquitur Antigonius Episcopus; *Aut inita pacta sua obtineant firmitatem, aut conventus Ecclesiasticam sentiat disciplinam. Dixerunt universi, Pax servetur, pacta custodiantur.* Ait Antigonius conventus: loquitur ergo non de eo, qui alium voluit pacto liberare; cujusmodi pacta etiam prætor servat data exceptione: sed de eo, qui se alteri obligavit, de qua obligatione implenda conventus erat: ac proinde de pacto ad obligandum comparato; cui generi pactorum prætor *δὲναμιον ἀναγκαστικόν* quam jus civile iis detraxit, non restituit. In *d. c. 3. ext. eod.* ait Pontifex Romanus; *Studiosè agendum est, ut ea, quæ permittuntur, opere compleantur.*

tur. Ecce non ait, quando quis pactus est, ne petat, quod est pactum liberatorium pariens exceptionem etiam jure civili: sed quando quis ex promissione se obligavit, quod pactum est obligatorium, jure civili ad agendum inefficax. Argumento etiam est inscriptio ex Gregorii registro, *Judex debet studiose agere, ut promissa adimpleantur.* Et ergo agitur de eo, qui apud judicem convenitur, ut faciat id, ad quod pacto se obligavit: est enim titulus ille *de pactis*. His adde quod præsumendum est, auctores juris Canonici in casu conscientiae, ne peccatum foverent, secutos esse jus naturale & divinum: utroque autem illo jure pactiones quælibet firmæ sunt ac validæ.

5 Fallitur ergo Cujacius, asserens Peliam eos lavare, qui contendunt jure Pontificio ex qualibet justa conventionem, etiam nuda, nasci actionem, quasi, inquit, amplius quid diceret Pontifex, quam dicit prætor in *l. juris gentium 7. §. ait prætor 7. ff. hoc tit.* Pacta quidem servari debent jure pontificio, inquit, sed suo nempe modo, ut ea servat prætor, data videlicet exceptione, non actione. Male. Nam, uti jam ostendimus, in utroque illo capitulo agitur de eo, qui in judicium vocatur, ut quod pacto promissit, impleat: & porro igitur etiam futile est, quod alii obijciunt, inter jus canonicum & civile non esse introducendum discrimen sine canonis alicujus auctoritate, *c. 1. & 2. ext. de oper. nov. nunt.* Jam enim duos expressos canones allegavimus. Obstat tamen, inquit, quod in *d. c. 1. ext. hoc tit.* pœnæ excommunicationis subjicitur, qui non præstat id, ad quod se pacto obligavit. Imo contra recte arguas: si adversus eum pœna excommunicationis ob fidem non impletam statuitur; multo magis adversus eum, si obnoxius sit ulli foro seculari, judicium illo foro institui poterit, quod est levius. Unde etiam statim in *d. c. 3. ext. eod.* Gregorius judici seculari id mandat, ut pacto promissa curet impleri judicio in eam rem dato. *Falsum autem est*, quod quidam ajunt, pœnæ excommunicationis tunc demum locum esse, ubi ordinarii remedium deest, per *c. novit. 13. extr. de judic.* Nam in *d. c. novit* Pontifex duntaxat Ecclesiasticam censuram stringit & exercet in Regem Gallie Philippum, qui Angliæ Regem pace fracta & fide rupta offenderat: quia Rex Franciæ omnibus in regno suo major, judicio civili aut actione aliqua instituta conveniri non poterat: cum Reges jus in armis positum habeant: nec aliud statuitur *d. c. novit.*

6 Et communem hanc Canonistarum sententiam, aut potius expressos juris canonici textus, sequuntur hodie mores nostri, daturque hodie etiam ex nudo & simplici pacto actio: pactisque eadem vis tribuitur, quæ est stipulationis jure civili: *Gud. lib. 3. de jur. nov. c. 5. Grot. lib. 3. introd. ad jurispr. Bat. c. 2.* sicut & pleraque alia ad simplicitatem juris gentium redacta sunt. Tantum meminerimus distinguendas esse promissiones serias, meditatae & constantes, ab inconsideratis, temerariis, atque aulicis, cum quis non dispositive, ut loquuntur, nec serio, sed vel narrative, vel per jocum & aliud agens, aut officiose adulans aliquid pronuntiat, ut ex illis tantum,

non etiam ex his actio detur. Porro jus Canonicum & mores hodierni in talibus pactis etiam per actionem servandis summa nituntur ratione. Quid enim? utimur hodie tantum præceptis naturalibus & gentium. solennibus illis & scrupulosis juris civilis sublati. Naturæ autem humanæ nihil magis congruit, quam fidem promissorum servare, ut fiat, quod dictum, sive nudis verbis, id est, nudo pacto, verbis solennibus, id est, stipulatione fides data sit.

C A P. VIII.

De conventionibus non nudis, quæ vulgo pacta vestita.

- 1 Quid sit conventio non nuda, & quibus ex notis cognoscatur.
- 2 Contractus quid sit.
- 3 Cur contractus nominati certo jure actionem producant, & cur ita appellentur.
- 4 An permutatio contractus nominatus.
- 5 An actio estimatoria descendat ex contractu nominato.
- 6 Transactio nec nomen contractus est, nec species.
- 7 Contractus innominati, eorumque species.
- 8 Quid nomine causæ nostri intelligant, cum ajunt etiam ex conventioni innominata, cui modo causa subest; actionem nasci.
- 9 Illustratur res exemplis.
- 10 Falsum esse, quod quidam tradiderunt, causam in proposito significari id, quod paciscentes movit, ut convenirent, & No. 19.
- 11 Posita pura & efficaci obligatione, necessario ponitur & actio efficax.
- 12 Actionem præscriptis verbis dari non posse ei, qui nihil dum fecit aut præstitit.
- 13 Refutatur inutilis quedam distinctio inter obligationem & actionem, quæ nascatur jure conventionis, & eam, quæ ex perfectione & secundum perfectionem contractus.
- 14 Eadem clare refellitur per l. 3. C. de rer. permut.
- 15 Item per l. diversionis 45. hoc tit.
- 16 Item per l. contractus 17. sub fin. C. de fid. instr.
- 17 Nemo ab obligatione semel constituta invito adversario recedere potest, & No. 23.
- 18 In conventionibus innominatis, quod datur aut fit, non dari aut fieri ob causam præteritam, seu ex necessitate obligationis notæ ex sola conventioni, sed ob causam futuram, ut accipiens illa datione, &c. efficaciter obligetur.
- 19 A conventioni nominata ad innominatam non procedit argumentatio.

- 20 Natura contractuum innominatorum.
- 21 Pœnitentiam non admittunt contractus innominati, qui finiendarum litium gratia fiunt.
- 22 Definitio contractus a Labeone tradita l. 19. de verb. sign. non contractus omnes, sed διπλοῦρος tantum complectitur.
- 23 Contractum a Theophilo minus recte definiri.
- 24 Nec pacta legitima, nec ea, quæ contractibus in continenti adjiciuntur, contractus esse, aut cum contractibus confundenda, sed manere pacta nuda, si per se spectentur.
- 25 Græcos quosdam pacta legitima a nudis segregare, contractibus adjecta non item.

1 **C**onventio non nuda sive vestita est, quæ puri placiti fines egreditur. Id autem duabus ex notis cognoscitur, si proprium conventio nomen sortita sit, vel si conventioni subest causa agendi, quod ab Aristone Mauriciano, & Ulpiano in l. juris gentium 7. §. 2. hoc tit. appellatur συνδλλαγμα: alibi negotium dicitur, l. solent 15. ff. de præscr. verb. & negotium civile, l. 1. ff. de estim. act. Atque hæ conventiones uno verbo appellantur contractus, & jure quoque nostro obligationem & actionem producant.

2 Contractum igitur sic definitio: Contractus est conventio habens proprium nomen, aut eo deficiente causam. Definitio tantum non iisdem verbis tradita in d. l. juris gentium §. 1. & 2. hoc tit. Itaque duo sunt harum conventionum genera, unum earum, quæ speciale nomen habent; alterum earum, quæ carent.

3 Prioris generis sunt emptio venditio, locatio conductio, societas, mandatum, commodatum, depositum, & ceteri similes contractus: qui quod certum nomen habent, dicuntur contractus nominati, obligationemque & actionem certo jure producant; non utique propter nomen, quod extrinsecum quid est atque accidens, sed propter utilitatem commercii, cuius indicium est, quod certo ac proprio nomine appellantur, ut hoc explicat Donell. lib. 12. comm. c. 9. Nimirum etsi nomen ad essentiam aut vim conventionis nihil facit, vim tamen ejus arguit a posteriori. Utilitas fecit, inquit Donellus, ut conventio esset in usu communi: usus conventioni nomen peperit. Utilitas causa est obligationis constituendæ, nomen indicium & nota constitutæ. Aliter hoc explicat Grot. lib. 2. de jur. bell. & pac. c. 12. n. 3. putans contractus, qui nominati dicuntur, non tam ideo sic vocari, quod proprium nomen habeant, quam quod ob usum frequentiore vim quandam & naturam acceperunt talem, quæ etiam si nihil dictum specialiter, ex ipso nomine satis possit intelligi: unde etiam certæ de illis proditæ fuerint actionum formulæ, cum in ceteris contractibus minus frequentibus hoc tantum inesset, quod dictum & factum erat; ac proinde non communis aliqua & usitata, sed accommodata ad ipsum factum.

daretur formula, quæ ideo præscriptis verbis dicebatur.

4 Atque hanc explicationem juvare videtur, quod permutatio, quamvis & ipsa proprium nomē habeat, a numero contractuum nominatorum excluditur, *l. 1. §. 2. ff. de rer. permut.* quanquam sunt, qui credunt contractui *do ut des*, nomen permutationis indutum tantum per abusionem, quatenus contractus ille ad permutationem directus est: nam proprie permutationis nomine significari mutuam ipsarum rerum mutationem & translationem; ac proinde non tam contractum, quam modum acquirendi domini, & alias omnes pene contractus velut permutatione quadam constant. Utut sit, constat permutationem in numero contractuum nominatorum non censerī.

5 Sed neque actio, quæ de æstimato proponitur, descendit ex contractu aliquo nominato, sed eo, de cuius nomine ambigitur, & negotio, quod partim venditioni, partim locationi, partim mandato simile videtur, *l. 1. ff. de æstimat.* ideoque nec actio, quæ ex hoc contractu datur, proprio nomine prædita est, quanquam nacta est æstimatoriæ appellationem, quod sit de re, quæ æstimato vendenda data est.

6 Illi autem toto cælo errant, qui etiam transactionem putant contractum esse proprii nominis; quippe cum transactio nec nomen sit contractus, nec contractus species. Etenim si proprie loqui volumus, non habet se contractus ad transactionem, ut genus ad speciem, sed modus est transigendi: nam interdum nuda pactio transactionis causa intervenit, aliquando stipulatio, quandoque datio aut retentio, *l. cum proponas 21. C. de pact. l. 2. l. pact. 15. ff. de transact. l. 6. l. ut responsum 15. l. sive apud 28. l. si pro fundo 33. l. transactio 38. C. eod.* quæ diversa sunt ab ipsa transactione & terminatione litis. Unde cum proprie nostri loquuntur, dicunt pacto transigere, pactum, conventionem, placitum transactionis causa intercedere aut interponi, *d. l. cum proponas 21. C. de pact. l. 7. l. si de certa 31. C. de transact. l. si instituta 27. pr. ff. de inoff. testam.* Modi autem transigendi non sunt genera transactionis: & per se considerata transactio diversum quid est a contractu, cui etiam opponitur in *l. 1. §. 3. ff. de pact.*

7 Posterius genus earum erat conventionum, quæ speciali nomine carent, sed quibus præter consensum subest causa, ut hoc exprimit Jurisconsultus *d. l. 7. §. 2. ff. hoc tit.* Hæ conventiones, eo quod nomine carent, dicuntur contractus innominati, pariuntque & ipsæ jure nostro obligationem & actionem; non vulgarem quidem & usitatam, sed in factum præscriptis verbis, *d. l. 7. §. 2. hoc tit. l. 1. & pass. ff. de præsc. verb.* Sunt autem hujus generis contractuum species quatuor, *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des*, *facio ut facias*, *l. 5. pr. d. tit.* quarum tamen ex una illa, *facio ut des*, non tam civilis incerti præscriptis verbis actio, quam in factum prætoriam dari videtur, aut si dolus aliquis arguatur, de dolo, *d. l. 5. §. 3. l. solent 15. in fin. d. tit. l. 4. C. de dol.* Sed hæc non sunt hujus loci. Illud tantum hic investigandum est, quid nomine causæ Jurisconsulti intelligant,

cum

cum ajunt etiam ex conventionione innominata, cui modo causa subest, actionem nasci.

8 Et quidem de causa finali id intelligi non potest, cum in omni conventionione paciscentibus finis aliquis propositus sit: neque de causa impellente seu ea, quæ paciscentes movit ad conveniendum, ut quidam somniaverunt: nam etiam in conventionibus nudis, quæ opponuntur iis, quibus causa subest, aliquid est, quod paciscentes impellat ad conventionem ineundam, verbi gratia, placuit inter nos, ut tu mihi certam pecuniæ summam dares, & ego a lite, quam tibi movi, discederem; aut ut invicem servos nostros permutaremus: hæc conventiones nude sunt, ut proinde ex iis non nascatur actio, *l. cum proponas 21. C. de pact. l. sive apud 28. C. de transact. l. 3. C. de rer. perm.* negari tamen non potest, quin alicujus rei contemplatione moti hujusmodi conventionem iniverimus: nimirum quia ego malui accepta certa summa a lite discedere, tu dare, quam incertum eventum expectare litis: quia ego malui habere tuum servum, tu maluisti meum. Ac de similibus idem judicium esto. Sed quid cunctamur causam accipere pro datione vel factio ad conventionem sive statim sive postea accedente, seu pro implemento ab alterutra parte, nempe quando præter conventionem quid datum quoque est aut factum ab uno? Sane Jurisconsultus Græcus responso *ὁ δὲ φιλ. συμφ.* hanc rem sic explicat; *ἡνωται, inquit, τοῖς (συμφώνοις ἰδιὰς ἔχουσι περὶ προσηγορίας) καὶ πρὶ ἰδικὴν μὲν προσηγορίαν μὴ ἀποφερόμενα, τῷ ἄλλῳ δὲ τοῦ συναλλάγματος ὀνόματι κεκλημένα ἡνίκά προσηγήσονται δόσις ἢ ποιήσις ἐπὶ δόσει ἢ ἐπὶ ποιήσει εὐλόγου. τοῖς συναρπείσασιν ὑποκειμένης αἰτίας. τίκονται δὲ καὶ ἐν τῶν αἰ πρόσφοροι ἀγωγαί.* i.e. His (sc. conventionibus nominatis) juncta sunt & illæ, quæ nomine quidem proprium nactæ non sunt, ceterum generali nomine contractus appellantur, cum prius aliquid datur vel fit, ut vicissim aliquid detur vel fiat, videlicet ut iusta paciscentibus causa subest. Nascuntur enim & ex his utiles actiones. Atque hinc est, quod cum pactum nudum sit conventio innominata causam non habens, Græci id definiverint, *ἡνίκά μὴ προσηγήσονται δόσις, &c.* ex quo etiam simul apparet, eam conventionem, quæ causam habere dicitur, iis esse, *ἡνίκά προσηγήσονται δόσις*, quod ipsum & Paulus indicat *l. 8. in fin. ff. de præsc. verb.* ubi ait pactum nudum non esse, quoties certa lege aliquid datur; & aliis innumeris locis significatur, *l. 5. per tot. & pass. ff. de præsc. verb. l. divisionis 45. ff. hoc tit. l. 6. l. si pro fundo 33. C. de transact. l. 3. l. 6. C. de rer. perm.* Denique hoc idem quoque sensisse Ulpianum in *d. l. 7. §. 2. hoc tit.* ex his ejus verbis perspicue patet; *Sed & si in alium contractum res non transeat, subest tamen causa, eleganter Aristoteles respondit, esse obligationem; ut puta dedi tibi rem, ut mihi aliam dares: dedi, ut aliquid facias.* Cum autem nulla talis conventioni innominatæ subest causa, ex ea, utpote nuda, negat obligationem nasci, *d. l. 7.*

d.l.7. §. sed cum 4. Ajo autem *conventioni innominatae*. Nam in conventionibus nominatis, si requisita quædam adsint, ut verbi gratia in venditione & locatione, si de pretio aut mercede convenerit, etiam ante quam ab altero contrahentium quid præstitum sit, obligatio nascitur.

9 Jam exemplo rem declarem: Convenit inter nos, ut ego tibi Stichum darem, tu mihi Pamphilum. Hæc conventio nuda est consistens intra terminos puri placiti, licet uterque nostrum certo intuitu talem conventionem iniverit; ego, quia malui habere Pamphilum; tu, quia Stichum. At si aut ego a mea parte, aut tu a tua dando conventionem implesti, hic jam conventio definit esse nuda, & terminos meri placiti excedit. Illa autem datio ad conventionem accedens *causa* nostris dicitur. De facto ad conventionem accedente idem iudicatur. Paulus *negotium* vocat, *l. solent 15. ff. de præscr. verb.* Ulpianus in *l. 1. ff. de æstim. act. negotium civile*, id est, tale, quod ad conventionem alioqui nudam accedens constituit *συνάλλαγμα*, unde obligatio quoque & actio civilis. Atque idem fere in hac re explicanda nobiscum sentiunt interpretes nostri cum veteres, tum recentiores pene omnes. Quorsum ergo tam operosa hujus sententiæ confirmatio? nimirum quia nuper nonnemo contendere cœpit, ex contractibus innominatis etiam nulla datione aut facto interveniente jure conventionis oriri obligationem, eamque efficacem: quanquam ex ea non ante efficaciter agi queat, quam quid ex conventionem præstitum fuerit: causam autem apud Ulpianum *d.l.7. §. 2. & 4. hoc tit.* non significare dationem aut factum aliquod interveniens, sed causam præcedentem, quæ paciscentes movet, ut convenirent.

10 Ego vero non video, quomodo hæc consistere possint, ex conventionem nasci puram & efficacem obligationem, & tamen ex ea obligatione efficaciter agi non posse. Utique enim efficacia & vis obligationis consistit in juris vinculo, quo necessitate adstringimur ad aliquid præstandum; necessitas in eo, ut nisi obligatus præstet, quod debetur, jure iudicioque experiri cum eo hoc nomine liceat, invitumque ad præstandum compellere. Ac proinde posita pura & efficaci obligatione, necessario quoque ponenda est efficax actio, cum secundum regulam Logicorum, qualis est causa, talis quoque sit effectus.

11 Ut ecce, emptio & venditio contrahitur simul atque de pretio convenerit; & quia hinc statim oritur mutua & efficax obligatio, statim etiam, licet nihil aliud intervenerit, ex ea obligatione agi potest, modo offerat actor, quod vicissim eum præstare oportet, *l. Julianus 13. §. offerri 8. l. qui pendente 25. ff. de act. empt.* Pari ergo ratione, si verbi causa hujusmodi conventio innominata, *Dabo tibi Stichum, ut mihi Pamphilum des*, æque statim & re adhuc integra efficacem obligationem pariat, etiam ex ea statim & cum effectu agere poterit, qui Stichum dare promisit, modo ille paratus sit Stichum dare. Atque hanc quoque esse apparet mentem eorum, qui asserunt ex conventionem innominata obligationem statim nasci, ex qua etiam agi possit, quanquam cum effectu non possit, nisi postquam ab uno datum

quid

quid sit, aut factum, quia ad confirmandam sententiam suam utuntur exemplo emtionis & venditionis, negantque ullam esse circa productionem obligationis & actionis inter conventiones nominatas & innominatas differentiam. Videamus igitur, quam vere & rationi juris nostri convenienter hæc dicantur. Et vel uno exemplo locationis & conductionis demonstrari potest, quam parum hæc juri nostro sint consentanea. Locatio & conductio contrahitur nudo consensu, simulac de mercede pro usu rei danda convenit: atque ut hic ex sola conventionem, nulla re interveniente, oritur obligatio, ita quoque conductor nullo in præsens dato aut oblato experiri cum locatore efficaciter potest, ut præstet frui, quod conductum est, licere, *l. 9. l. 15. §. 1. l. si fundus 33. l. & hæc distinctio 35. ff. locat.* at ex sola conventionem innominata agi cum effectu non posse fatentur ipsi adversarii: qui si pro firmamento suæ opinionis non tam exemplum emtionis & venditionis, quam locationis & conductionis attulissent, fortassis ipsi deprehendissent errorem suum. Ceterum nec oblationem vim implemendi habere in contractibus innominatis ostendemus postea. Ad hæc perperam inter contractus eas etiam conventiones innominatas numerant, quæ terminos conventionis non egrediuntur; quoniam conventionis innominatæ datione demum aut facto interveniente *συνάλλαγμα* sive contractus esse & appellari incipiunt: quamdiu autem res adhuc integra est, nuda tantum sunt conventiones, ex quibus nec obligatio nec actio jure nostro nascitur, ut supra satis abundeque demonstratum est. Sed fingamus obligationem & actionem ex tali conventionem nasci solo jure conventionis, quæ actio re adhuc integra intentari quidem possit, sed non cum effectu: quæ ergo erit ista actio? nimirum præscriptis verbis, inquit.

12 Quod si porro quæras, quomodo formula actionis præscriptis verbis, quæ in factum componitur, & rem gestam demonstrat, *l. 6. in fin. C. de transact.* accommodari possit ei, qui nihil dum fecit, aut præstitit, respondent pro varietate conventionis formulam posse concipi, & conventionem referri ad unumquemque ex his quatuor articulis, *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias*; quippe hos contractus, non ita vocari ratione conventionis, sed impletionis, eo quod ante illam nulla cum effectu actio ex iis intentari queat. Igitur, si eis credimus, hæc conventiones *dabo ut des, dabo ut facias*, &c. referendæ sunt ad illas *do ut des, do ut facias*, &c. Et verbi causa si inter nos convenerit, ut ego tibi decem darem, & tu servum tuum manumitteres, potero re adhuc integra formulam concipere verbis in factum & rem gestam compositis, in quæ & prætor iudicem det hoc modo: *Si paret Marium decem Titio dedisse ea lege, ut servum suum Titius manumitteret, neque Titius manumitteret, tum Titius damnatur*, aut contra; *Si paret Titium servum suum manumisisse ea lege, ut decem a Mario acciperet*, &c. Si aliam excogitent, quæ oblationis duntaxat, non dati aut facti mentionem habeat, ea nullo modo poterit convenire formulæ præscriptis in factum verbis. Sed nec illud verum est,

est, quod ajunt contractus *do ut des*, *do ut facias*, &c. ita vocari ratione impletionis tantum, non conventionis: nam verba illa *do ut des* manifeste etiam conventionem exprimunt, sed præter conventionem adsignificant causam quæ conventioni subest, sive negotium interveniens, quod fundamentum est *συνάλλαγμα*, efficitque, ut conventio amplius non sit nuda, & ex ea nascatur civilis actio.

13 Cum vident etiam in textibus plerisque, qui huc pertinent, expressim negari in conventionibus innominatis nudo solove consensu obligationem constitui, & nominatim, ut alios præteream, in *l. 1. §. 2. ff. de rer. permut.* quo loco Jurisconsultus disertè ait, permutationem demum ex re tradita initium obligationi præbere, confugiunt ad nescio quam distinctionem, qua non observata ajunt, quotquot sunt & fuerunt hætenus Interpretes, hallucinatos esse: nimirum aliam ajunt obligationem & actionem nasci jure conventionis, aliam ex perfectione & secundum perfectionem contractus; qua distinctione adhibita facile quivis ex hujusmodi laqueis se possit expedire. Ajunt igitur in *d. l. 1. §. 2. ff. de rer. permut.* Jurisconsultum adscribere rei traditæ initium obligationis, quæ est secundum perfectionem contractus, non quæ oritur jure conventionis. Non est mirum Interpretes omnes hic hallucinatos esse, qui tam subtilem distinctionem, & quam ipsa ignoravit antiquitas, non observaverint. Sed serio. Paulus in *d. l. 1. §. 2.* initium obligationis in permutatione adscribit rei traditæ; ergo nullam adhuc ante traditionem natam esse intelligit: alioqui non initium obligationis, sed obligationis jure conventionis antea constitutæ perfectionem, aut efficacitatem traditioni attribuire debuisset. Sequitur mox apud Paulum: *alioquin si res nondum tradita sit, nudo consensu obligationem constitui dicemus: quod in his duntaxat receptum est, quæ nomen suum habent, ut in emtione venditione, conductione, mandato.* Ecce negat Paulus absolute, nudo consensu, id est, jure solius conventionis, ubi nihil dum præstitum est, ut ipsa verba ostendunt, obligationem constitui, præterquam in conventionibus nominatis: unde perspicue liquet, Paulum in conventionibus innominatis productionem, constitutionem, initium, originem ipsam obligationis abscribere rei traditæ; falsumque esse, quod illi asserunt, ex conventionem esse obligationem & actionem, ex datione, numeratione, præstatione, quod cum effectu actio moveri possit. Quin hoc ipsum etiam pugnat cum eo, quod rei traditæ originem adscribant obligationis, quæ est secundum perfectionem negotii, quod contrahitur: nam qui hoc dicit, ultro fatetur ex datione, numeratione, præstatione oriri obligationem, adeoque hanc obligationem esse effectum, & filiam, ut ita loquar, dationis, præstationis, &c. illam obligationis hujus causam & velut matrem: quod passim tamen negant, soli conventioni vim tribuentes obligandi.

14 Ajunt mirari se, quod adversarii aliquid præsidii in *l. 3. C. de rer. permut.* causæ suæ querant, & quare? quia, inquiunt, placitum permutationis in *d. l. 3.* pro nudo pacto de permutando sumitur, id est, eo de quo non

non constet, an deliberato animo factum sit, Verba Imperatorum in *d. l. 3.* sunt hæc; *Ex placito permutationis, nulla re secuta, constat nemini actionem competere, nisi stipulatio subiecta ex verborum obligatione quæserit partibus actionem.* Verum est hoc loco agi de pacto nudo, sed pactum nudum Imperatores intelligere, quando non constat de serio animo, commentum est, quod ex ipso textu satis evincitur. Negant simpliciter Imperatores aliter actionem re nulla secuta ex placito permutationis competere, quam si stipulatio subiecta sit: ergo ne tunc quidem, cum constat de seria voluntate paciscentium. Hoc enim Leontius proposuerat, placuisse inter se & adversarium suum, ut invicem res quasdam permutarent, quærebatque an ex hujusmodi placito jure conventionis actio sibi competeret, qua ad conventionem implendam urgere adversarium posset, paratus ipse a sua parte eandem implere: id quod Imperatores negant. Quod autem excipiunt, nisi subiecta sit stipulatio, eo significant, stipulatione demum conventioni subiecta, posse Leontium, a sua parte contentum conventioni stare, actione ex stipulatu compellere adversarium, ut & ipse quoque placitum servet, nisi velit condemnari quanti actoris interfit.

15 Simile huic placito est, quod proponitur in *l. divisionis 45. ff. hoc tit.* si verbi causa in lite familiarum eriscundæ convenerit, ut certis partibus hereditatis constitutis, ego hanc partem obtinerem, tu illam, neque traditio ulla secuta sit, neque porro placito subiecta stipulatio: hoc enim placitum negat Jurisconsultus cuiquam ad actionem prodesse: non quia non sit pactum aut conventio seria; sed quia conventio nuda, placiti fines non egrediens; cujusmodi conventiones, utut seriae, nemini ad actionem profint.

16 Postremo nec illud patrocinari adversariis existimant, quod scriptum est in *l. contractus 17. sub fin. C. de fid. instr.* cum, qui vendere pollicitus est, si recuset adimplere conventionem, posse id impune facere, si nihil arrarum nomine acceperit, non quod ibi agatur de pacto nudo, cum deliberationem animi satis arguat arrarum interventus, sed alia ratione; quoniam, quod adversarii non animadverterunt, in specie illic proposita jure conventionis obligatio contracta fuit, cum alias discedens a conventionem altero invito non recte multaretur. Mirifica vero collectio. Quinimo contra si talis conventio obligationem produceret, nullo modo liceret uni invito altero recedere, nec emtori cum amissione arrarum, nec venditori cum duplicatarum restitutione.

17 Est enim hæc perpetui juris regula, neminem posse ex pœnitentia ab obligatione semel constituta & in se suscepta invito adversario discedere, *l. 5. C. de obl. & act.* idque vel ex ipsa natura obligationis, quæ necessitate solvendi obligatum adstringit, intelligi potest, ut paulo post ostendetur evidentius. Itaque amissio arrarum, aut duplicatarum restitutio, non est pœna recessionis non consentiente adversario factæ ab obligatione aliqua jure civili constituta, sed temeritatis & inconstantiae. Quid si nihil arrarum

rarum nomine intervenerit? hic jam impune etiam uni altero invito recedere licebit, *d.l. contractus, sub fin. C. de fid. instr.* cui jam hoc etiam consequens est, etiamli unius interfit conventionem impleri, non eo tamen magis actionem illi competere; quemadmodum nec si unius interfit, ex pacto permutationis aut divisionis ulla competit, *l. 3. C. de rer. perm. l. 45. ff. hoc tit.* Et quid hic alias profecerit placitis interveniens stipulatio? Sibi autem imputet, qui queritur, quod cum potuerit & debuerit, pacto non subjecerit stipulationem, juxta consilium Pauli *lib. 2. f. ut. tit. 22. in fin.* Plane in hujusmodi conventionibus de vendendo, de permutando, &c. si quid ab eo, qui placitis non stat, dolo malo factum erit, quo alter in damnum incidet, non negaverim dandam esse actionem de dolo, *arg. l. 1. & eleganter 7. §. servus 8. & ibi Bart. ff. de dol. mal. Costal. ad l. 7. pr. hoc tit.* Afferunt porro causam apud Ulpianum in *d. l. 7. §. 2. hoc tit.* non significare dationem aut factum certa lege interveniens; sed causam præcedentem, nempe quæ paciscentes movit, ut convenirent: cujus assertionis sua hæc argumenta habent. 1. quia datur aliquid aut fit propter conventionem. 2. quia causa respicit conventionem. 3. quia datio aut factum per se non obligat, nisi ad restitutionem. Diceret rem ad triarios rediisse, quod profligatis hastatis & principibus tantæ virtutis milites subsidio mittant. Sed experiamur robur singulorum argumentorum. In postremo, ut ab eo incipiam, est fallacia divisionis: Neque enim nos dicimus solam dationem aut dationem per se sine conventionem obligare, non magis, quam conventionem per se obligare sine datione; sed obligare dationem a conventionem informatam, seu dationem sub lege vicissim quid præstandi, & ita simul juncta demum obligationem producere. Insubtile autem est, quod addunt factum; quia facti nulla est restitutio. Secundum argumentum, quod ideo causa apud Ulpianum non significet dationem aut factum, quia causa respicit conventionem, incidit in vitium petitionis principii: nam de causa impellente & conventionem antecedente duntaxat hoc verum est eo sensu, quo illud accipiunt, non de ea, quæ velut materia conventioni subijcitur, formaque a conventionem accepta in *συμβασησις* abit, qualem intelligere Jurisconsultum in *d. l. 7. hoc tit.* ex oppositione §. 4. & §. 2. ejusdem legis dilucide apparet.

18 Sed & in primo quoque argumento manifesta est principii petitionis nihil enim efficiunt, nisi his verbis, *dari aut fieri aliquid propter conventionem*, hoc significant, quod datur aut fit, in proposito dari aut fieri propter vim obligationis ex sola conventionem natæ; quod est falsum: cum enim ut ex iis, quæ jam antea disputata sunt, clarissime liquet, in conventionibus innominatis origo obligationis non a nudo consensu, sed a datione aut facto ad consensum accedente proficiscatur, qui a parte sua, quod placuit, præstat, non facit id ex necessitate obligationis, quam non gignit nuda conventio; sed ut adversarium, qui itidem nulla juris necessitate adstrictus est, illa præstatione efficaciter obliget. Atque hinc est, quod præstatio illa non

non solutio, quæ debiti est, sed datio appellatur: & quia illa fit ob causam futuram, ut vicissim quid detur, satis apparet eam comparatam esse non ad liberandum, sed ad obligandum eum, qui & ipse antea obligatus non erat, non ut quid solvat, quod antea debebat, sed ut quid det aut faciat secundum legem dationi dictam; & hic, si is, qui accepit, causam, ob quam accepit, implere cessaverit, competit ei, qui dedit, vel ad repetendum conditio tanquam ob causam dati causa non secuta, vel incerti præscriptis verbis actio in hoc, quod ejus interest causam impletam esse, *l. 5. §. 1. & 2. ff. de præscript. verb. & passim tit. ff. & C. de cond. caus. dat.* Quod si datio illa respiceret causam aliquam præteritam aut antecedentem obligationem, nulla competeret dati repetitio: nam quod ob causam præteritam datur, condici non potest, *l. damus 52. ff. de cond. indeb. l. mercalem 5. C. de cond. ob turp. caus.* nec debiti soluti ulla repetitio est, ne ejus quidem, quod naturaliter ex nuda pactio debetur, *l. naturales 10. ff. de obl. & act.*

19 Apparet itaque nihil eos juvare, quod de venditore afferunt, eum non tradere mercem, ut emptorem sibi obliget, sed ut obligationi jam antea ex conventionem natæ satisfaciatur: nam a conventionem nominata, ex qua etiam nudo consensu obligatio constituitur, ad innominatam, in qua initium obligationi res tradita præbet, non procedere argumentationem perspicue docet Paulus *l. 1. §. 2. ff. de rer. perm. venditor* igitur mercem tradens, solvit, quod debet, & ad quod solvendum jure judicioque cum eo agi poterat: non ut emptorem obstringat, quem satis ex conventionem obstrictum habet; sed ut se liberet: at in contractu innominato, verbi causa, do ut des, sive nuda aliqua conventio præcesserit, sive non, qui dat, ut vicissim quid detur, non solvit, quod debebat; sed dat, quod non debebat, ut accipientem, qui & ipse antea obstrictus non erat, hac datione sibi obstringat. Atque hinc est, quod venditor, qui fidem emptoris secutus mercem tradidit, ex pœnitentia mercem repetere non potest, *l. incivile 12. D. de rei vind. l. 3. C. de contr. emt. l. 6. de resc. vend.* nimirum quia hic obstat præcedens obligatio, quæ pœnitentiam non recipit; quoniam nemo potest constitutæ semel obligationi renuntiare invito adversario, *l. 5. C. de obl. & act. l. 3. C. de resc. vend. l. in commodato 17. §. 3. ff. commod.*

20 Contractuum autem, qui in aliud nomen non transeunt, natura hæc est, ut danti ob causam rebus integris pœnitere liceat, & ex pœnitentia datum repetere, aut obnuntiare accipienti, ne causam impleat: contra-ria videlicet ratione, quoniam cum ad dandum obstrictus non fuerit, nec ad datum tali lege, quasi prius debuisset, relinquendum obstringi debet, *l. 2. §. 1. & 2. l. 5. pr. & §. 1. ff. de cond. caus. dat. l. in summa 65. §. quod ob rem 4. ff. de cond. ind.* Quod si ubi jam aliquid datum est ab una parte, ille qui dedit, ex pœnitentia datum repetere potest, invito adversario, multo minus, si nihil dederit, ab adversario ut det, poterit constringi, licet ille a sua parte conventionem implere velit, *l. contractus 17. sub fin. C. de fid. instrum.* Et hoc significant interpretes, cum ajunt, in conventionibus

innominatis oblationem non habere vim implementi .

21 Excipiendi autem sunt ex contractibus innominatis illi , qui transactionis & finiendarum litium gratia ineuntur, in quibus ob eandem causam nec locus est pœnitentiæ, ne scilicet lites transactione semel decisæ instarentur, *lin summa* 65. §. 1. ff. de cond. ind. *l. quavis* 39. C. de transact. & ibi DD. *Jas. in l. 5. pr. ff. de cond. caus. dat. colum. 3.* Jam opinor videmus, unde hæc juris nascatur varietas, nempe ex differentia, quæ est circa productionem obligationis in conventionibus nominatis & innominatis; qui in illis receptum est, ut etiam nudo consensu obligatio contrahatur, in his non contrahitur nisi re aut facto aliquo interveniente .

21 Illud enim perpetuo verum est, nec ullam patitur exceptionem, neminem posse ab obligatione semel constituta & in se suscepta adversario non consentiente discedere, *d. l. 5. C. de obl. & act.* quippe hic certissimus est obligationis effectus, ut qui secundum formam juris obligatus est, non aliter liberetur facto suo, quam si solvat aut satisfaciatur creditori, *Inst. quib. mod. tol. obl. & pass. ff. & C. de solut.* Quam etiam ob causam obligatio definitur juris vinculum, quo necessitate adstringitur ad solvendum, quod debetur. Si ergo qui obligatus est, adstringitur necessitate solvendi, consequens est omnino, non esse in ejus arbitrio, utrum velit solvere nec ne; quod tamen futurum esset, si liceret ei pro arbitrio a contractu recedere. Atque hoc non solum locum habet in contractibus, qui nomen suum habent, ut quidam putaverunt; verum etiam in iis, qui non habent proprium nomen, ut ecce, dedi tibi aliquid ea lege, ut mihi vicissim aliquid dares aut faceres, si cessas dare aut facere, teneris mihi in id, quod me interest, id, de quo convenit, datum aut factum esse, eoque nomine tecum experiri possum actione præscriptis verbis; neque tu huic obligationi in te susceptæ renunciare potes, tuove te facto aliter liberare, quam si id de quo convenit, præstes, *l. 5. §. 1. & §. 2. ff. de præsc. verb.* Quod vero hic mihi, qui dedi, liceat rebus integris ex pœnitentia datum repetere, regulam non offendit: neque enim ego dici possum datum repetens renunciare alicui obligationi in me susceptæ, cum ipse nec ante obligatus fuerim, nec tibi dando id egerim, ut me tibi, sed ut te mihi obligarem. Sed neque exempla mandati, societatis, depositi, precarii, quæ huic regulæ obijci solent, eam aliqua parte vitiant. Mandati obligatio solo consensu contrahitur, & tamen ei, qui mandatum suscepit, liberum est mandatum renunciare. An ergo cum mandatum renuntiat, dicendus est renunciare constitutæ obligationi? Minime. Nam cum mandatarius non aliter ab initio obligari intelligatur, quam sub hac disjunctione, ut aut impleat mandatum, aut tempestive renuntiet, *l. si mandavero* 22. §. ult. *l. si quis* 27. §. 2. ff. mand. §. mandatum 11. *Inst. eod.* ubi in tempore renuntiat, non modo contra obligationem mihi facit, sed maxime præstat, quod erat in obligatione. Eademque ratio est & in mandati revocatione, quoniam nec mandator præcise obligatur ad hoc, ut quod semel mandavit, perfici patiatur. Similiter societas

cietas quoque consensu contrahitur, & unius e sociis renunciatione dissolvitur: nec tamen qui societatem socio renunciat in novo negotio nondum cœpto, renunciat constitutæ obligationi, quia nemo in societate obligatur, ut invitatus in societate maneat; in tantum ut etsi nominatim convenit, ne a societate discederetur, talem tamen pactionem ut inutilem & contra naturam societatis factam contemnere liceat, *l. si convenerit* 14. *l. mal. la* 70. ff. pro soc. junct. *l. verum* 63. pr. ff. eod. *l. cum pater* 77. §. *dulcissimis* 2. ff. de legat. 2. Postremo nec officium suum perdit regula superior in specie *l. 1. §. antepen. & pen. ff. de pos.* ubi si rem apud te sic deposuero, ut post mortem vel tuam vel meam reddatur, placet me statim depositum posse repetere; nec in specie precarii eandem sententiam proposita in *l. cum precario* 12. ff. de precar. ubi cum res precario sic datur, ut is, qui eam accipit, usque ad Calendas Julias precario possideat, respondetur posse nihilominus etiam ante ei possessionem auferri: quoniam neque deponens obligatur, ut ne repetat depositum, neque is, qui precario dedit, ut non repetat precarium: imo contra & qui depositum accepit, & qui accepit precarium, ipsi obligantur in hoc, ut dominis reposcentibus acceptum reddant. Illud tantummodo hic quæri potest, an is qui depositum aut precarium accepit, exceptione pacti conventi ex edicto defendi debeat, ne ante diem cogatur depositum aut precarium restituere: & recte placuit nullam esse hujus conventionis vim, neque in deposito, quia dies adjectus est deponentis duntaxat gratia, ut depositarius cogeretur tamdiu rem custodire; neque in precario, quia conventio de re precaria non repetenda naturæ precarii adversatur, ut ipse Jurisconsultus in *d. l. cum precario* significat. In commodato autem contrario modo se res habet, nempe propter obligationem commodantis, quæ impedit, quominus usum rei ad certum modum & tempus concessum ante tempus auferre liceat, *lin commodato* 17. §. 3. ff. commod. 22 Redeamus in viam & videamus ne definitio contractus a nobis proposita nimis lata sit. Etenim Labeo in *l. 19. ff. de verb. sign.* contractum sic definit, ut dicat esse ultro citroque obligationem; id est, negotium, unde ultro citroque obligatio nascitur: at nostra definitio etiam ea negotia comprehenditur, ex quibus unus tantum obligatur; qualia sunt mutuum & stipulatio, quæ Labeo *d. loco* expresse a contractu distinguit. Sed animadvertendum Labeonem illic non definire generaliter, quid sit contractus, aut quæ sit propria hujus verbi significatio; sed quid prætor eo verbo significet, cum hæc tria finitimæ significationis in edicto conjungit, *actum, contractum, gestum*. Nam cum singula hæc per se posita, & vi sua generalia sint, apparet Labeonem ea non ex propria significatione, sed ex sententia prætoris illa conjungentis distinguendo ad certas species referre, verbumque contractus ad eam speciem traducere contractuum, qui mutuam obligationem pariunt. Nos vero hoc certo tenebimus, substantiam contractus non in eo consistere, ut ultro citroque obliget: verum non minus proprie si unus tantum alteri, quam si invicem contrahentes inter se ex conventionem obligentur.

gentur, contractam dici obligationem, & negotium ipsum appellari & esse contractum; id quod satis ostendit vetus & recepta contractuum divisio apud Gajum l.1. ff. de obl. & act. apud Ulpianum l.1. §.2. ff. de pact. apud Justinianum §.ult. Inst. de oblig. item Inst. de auct. tut. in pr. quo loco evidentissime contractus μονόπλευρος, cujus generis est stipulatio, & διπλευρος, quales sunt emptio, locatio, societas, &c. ut diversæ unius generis species fecernuntur.

23 Apparet autem ex disputatione Ulpiani d. l.7. §.1. & 2. ff. hoc tit. unde nostra contractus definitio sumpta est, non omnem consensum duorum ad constituendam obligationem interpositum contractum esse: ac proinde non satis recte a Theophilo contractum definiri hoc modo: συναλλαγμα ἐστὶ δῖο, ἢ καὶ πλειόνων εἰς τὸ αὐτὸ σύννομός τε καὶ συναίσις, ἐπὶ τὸ συνίστασθαι ἐνόχῳ καὶ τὸν ἕτερον τῷ ἑτέρῳ πωλεῖν ἢ πειθεῖν, id est: Contractus est duorum vel plurium in idem conventio & consensus ad constituendam obligationem, & ut alter alteri fiat obnoxius. Nam si inter nos convenerit, ut ego tibi Stichum, tu mihi Pamphilum dares permutationis causa, hæc etiam conventio est duorum vel plurium consensus in hoc, ut alter alteri obligetur: contractus tamen non est, sed nudum pactum; unde nec actio ex eo nascitur, l.3. C. de rer. perm.

24 Quinimo etiam hoc ex eadem disputatione evincitur, nec pacta legitima, neque ea, quæ contractibus in continenti adjiciuntur, contractus esse, aut cum contractibus confundenda; sed esse & manere pacta nuda, quamvis communem vim obligandi cum contractibus habeant: si quidem nec in proprium conventionis nomen transeunt, nec causam cur dare aut facere debeas ullam habent præter conventionem: utique si per se spectentur, illa sine adminiculo legis, hæc relative ad stipulationem, aut ut sejuncta ab eo contractu, cui adhibentur. Ceterum interpretes plerique hæc etiam pacta vestiverunt, alterum vestimento assistentiæ legis, alterum coherentiæ contractus: quippe qui nuda ea pacta solummodo appellant, quæ vim obligandi non habent, & in terminis juris gentium manerunt. Neque hoc caret ratione, & suo sensu recte dicitur, nimirum quantum in pactis legitimis consideramus specialem confirmationem, in pactis adjunctis unionem cum contractu, in quo fiunt, & cujus in partem transeunt.

25 Jurisconsultus Græcus pacta legitima a nudis segregat, διὰ τὴν ἰδίαν ἐπικύρωσιν, contractibus autem in continenti adjuncta in nudorum numero relinquit, sed quæ sint alterius naturæ & efficaciæ: sic enim ille μετὰ τὴν ψιλὴν συμφωνίαν ὥς ἀληθῶς & τὰ ἐξ ἐκτελέσεως, καὶ εἰκότως ἐπὶ τῇ νύξιν ἐστὶ πάπτος, καθὼς ὁ νόμος ὥρισται, τὸ μὴ ὑπονόμει τινὸς ἢ δόγματος κυράμενον ἰδικῶς, τὸ μὴ εἰς ἰδικὸν μεταπίπτειν ὄνομα συναλλαγματος, τὸ μὴ ἐπὶ τῇ αὐτῇ ᾧ ἡσασμένης ὁρίσεως ἢ ποιήσεως ἐπὶ

ἐπὶ δόσει ἢ ποιήσει τὸ μὴ εἶναι τῶν μετέχον, μὴ δὲ τῆς αὐτῆς δυνάμεως ἀπορροῦν γνῶρισκα νύξιν καὶ αὐτὸ τεχνικῶς ἄρα καὶ περιβαμένως καλεῖται. καὶ νύξιν, καὶ ὡς τὰ ἐξ ἐκτελέσεως, ἀλλ' ἑτέρας φύσεως & ἰσχύος. Ergo, inquit, revera nuda pacta sunt etiam quæ ex continenti, & merito. Nam si nudum pactum est, ut lex ipsa definit, quod non lege quadam aut senatusconsulto specialiter confirmatur, quod non transit in speciale nomen contractus, quod non stat in eodem genere, prius aliquo dato vel facto, ut datur aut fiat: utique quod nullius horum particeps est, nec notam habet, unde agnoscat habere eandem vim, nudum & ipsum artificiose admodum & accurate vocabitur: nudum autem non ut illa ex intervallo, sed natura alterius & aliam vim habens. Ceterum juris nostri conditores omnem conventionem extra contractum, non alio nomine, quam nudi pacti, aut pacti placitive simpliciter, appellare solent, l.6. l.7. §.quinimo 5. & seq. ff. hoc tit. in bonæ fidei. C. eod. l. etiam 30. ff. de usur. l. framenti, C. eod. l.6. C. de jur. dot. cum similib.

C A P. IX.

De pactis in continenti contractibus adjunctis.

- 1 Pacta in continenti adjuncta bonæ fidei judiciis insunt etiam ex parte actoris: adjuncta ex intervallo duntaxat ex parte rei, & latius N.4.
- 2 Illustratur hoc variis exemplis.
- 3 Removetur difficultas quædam, quam parit l.7. §.5. hoc tit.
- 4 Quid Papiniano sint adminicula contractus.
- 5 Quid extra naturam contractus Ulpiano.
- 6 Non male interpp. vulgo fecernere naturalia contractuum a substantiis.
- 7 Quid juris in pactis circa substantiam contractus.
- 8 Quid in pactis quæ contra substantiam contractus adhibentur, eorumve naturæ repugnant.
- 9 Quid in iis, quæ terminos naturæ contractus egrediuntur.
- 10 Ex continenti sive in continenti, locutio nostris familiaris: cui opponitur postea, ex intervallo, &c.
- 11 Quid Latinis continens.
- 12 Quam varie hæc voces ex continenti, vel in continenti in jure nostro accipiantur.
- 13 Quæ pacta ex continenti fieri dicantur.
- 14 An etiam ea, quæ negotio contracto mox sine ullo intervallo subjiciuntur: ubi multa notata digna.

EX his, quæ hæcenus differuimus, apparet pacta, quæ adjiciuntur dationibus & factis, ut ita loquar, informibus & simplicibus, puta cum do aut facio ea lege, ut vicissim quid detur aut fiat, constituere contractum innominatum: cuius hæc vis sit, ut civilem incerti actionem, id est, præscriptis verbis producat. Agendum porro est de iis pactis, quæ adjiciuntur factis & dationibus, quæ alias certam formam habent, quærendumque quem habeant pacta effectum opposita contractibus nominatis. Et aut pacta hæc adjiciuntur contractibus ex continenti, aut ex intervallo. De adjectis in continenti traditum est, ea inesse bonæ fidei judiciis etiam ex parte actoris, actionemque contractus & contractum ipsum formare, legemque contractui dare: & contra de interpositis ex intervallo, ea non inesse ex parte actoris, sed tantum ex parte rei locum habere, eique prodesse ad exceptionem, *l. juris gentium 7. §. quinimo 5. & seq. ff. hoc tit. l. in bonæ 13. C. eod. l. cum dotem 10. C. de jur. dot. l. pacta conventa 72. ff. de contr. emt.*

2 Illustremus rem exemplis. Venditor emptori cavere tenetur nomine evictionis, non tamen, ut satisfdet dato fidejussore, sed sufficit regulariter nuda repromissio, *l. emptori 37. l. si dictum 56. ff. de evict.* Hic autem, siquidem ex continenti convenerit, ut venditor ob evictionem satisfdaret, hoc est, fidejussorem (*vvaerborge*, qui secundus auctor, *l. 4. ff. de evict.*) daret, pactum hoc sive conventio format contractum, id est, legem hanc contractui dat, ut satisfdetur, formatque etiam ipsam actionem, id est, facit, ut actio ex emto porrigatur etiam ad id, quod pacto comprehensum est, atque ut possit emtor iudicio emti cum venditore experiri, eumque compellere, ut evictionis nomine fidejussorem det, *d. l. 4. l. 37. l. 56. ff. de evict.* Quod si vero ex intervallo emtione jam perfecta idem convenerit, id pactum emptori ad agendum & fidejussorem pro evictione petendum non proderit, *l. 7. §. quinimo 5. vers. idem responsum, ff. hoc tit. l. pacta 72. ff. de contr. emt.* Vendidi tibi fundum ea lege, ut in rem tuam fundo accederet aratrum, aut boves aratorii, aut quid aliud, valet conventio non aliter, quam emtio ipsius fundi, *l. si in emtione pr. 34. l. fistulas 78. ff. de contr. emt.* Et ex converso, quod meo commodum fieret, vendidi tibi partem domus, ut alteram partem conductam haberes certa mercede, valet hæc conventio haud secus, quam de pretio alterius partis, *l. fundi 79. ff. eod. tit.* Ceterum neutra aliter, quam si in continenti appositæ sit, *dd. ll.* Natura depositi hæc est, ut in eo dolus duntaxat præstetur, *l. 5. §. 2. ff. commod. l. contractus 23. ff. de reg. jur. l. 1. §. ult. ff. de pos.* At enim si ab initio convenerit, ut depositarius culpam quoque præstaret, rata est conventio; quippe quæ legem hanc deposito dat, ut culpa quoque præstetur, quam alias hic contractus non recipit, *d. l. 1. §. si convenerit, ff. de pos. d. l. 5. §. 2. ff. commod. d. l. contractus, de reg. jur.* Plura ejuscemodi exempla passim obvia. Huc etiam pertinet lex commissoria, lex redhibendi oblato pretio, item lex illa vulgaris, ut si displicuerit res sit inemta, & ea quæ dicitur in diem addictio. Casus fortuiti in nullo bonæ fidei iudicio præstantur, *l. 6. C. de pign. act.* Si tamen initio nomi-

natum

natim convenerit, ut commodatarium puta, aut conductorem, aut venditorem, damnum fatale sequeretur, conventio servabitur, quia legem contractui dedit, *d. l. contractus 23. de reg. jur. d. l. 6. C. de pign. act. l. 1. C. commod. l. 9. §. 2. ff. locat. l. 1. ff. de peric. & comm. rei vend.* Unum addam, quod non nihil difficultatis habere videtur. Id tale est. Si in contrahendo matrimonio & dote constituenda hujusmodi pactum apponatur, ne tempore statuto dilationis (annua, bima, trima die) dos reddatur, sed statim; hoc pactum soluto matrimonio ad agendum mulieri prodest, formatque actionem rei uxoriæ. Si vero forte jam divortio facto convenerit, ut non expectata legitima dilatione dos statim redderetur; tale pactum ad agendum non valet, *l. 7. §. 5. hoc tit.* quia in pactis ex intervallo adjectis non est recessum a regula, ex pacto actionem non dari.

3 Dixeris autem hanc pactionem, non obstante eo, quod ex intervallo interposita sit, saltem prodesse debere ad replicationem, ut si muliere statim petente, excipiendo alleget maritus ante annum non recte peti, replicare possit mulier, pacto eam dilationem esse sublatam, *arg. l. si unus 27. §. 2. ff. hoc tit.* Respondeo, exceptio, quæ mulieri ante tempus dotem petenti objicitur, legitima est, pacti conventi non item. Nimirum pactum de non petendo tantum ex conventu valet tuitione prætoris, non legis alicujus confirmatione; & ideo exceptio inde competens alterius pacti replicatione adjuvante prætore facile tollitur. At pactum, quod obligationem ex lege descendantem auget, inutile est adjectum ex intervallo, & ne ad replicationem quidem valet, ut majorem, quam ex lege est, obligationem reddat; quod utique hic saltem effectu futurum esset, si vires haberet pactio. Alii respondent nullam ante legitimum tempus mulieri actionem competere, propterea quod lex maritum non nisi elapso anno obligat & cogit ad restitutionem dotis.

4 De pactis igitur adjicientibus sive augendæ obligationis gratia interpositis sic habendum, ut si ex continenti bonæ fidei contractibus fuerint adjecta, contractum forment, forment actionem ipsam, quæ ex contractu datur: quod Græci sic exprimunt, *ἀμείβεσθαι, τυπῆσαι, μετατυπῆσαι τὴν ἀγωγὴν, & τῷ ἐνάγοντι συμβάλλονται.* At contra, quæ ex intervallo interponuntur, contractum, vel actionem contractus non forment; propterea quod post contractum jam usquequaque perfectum interponuntur; & ideo ad actionem non profunt, *τῷ ἐνάγοντι ὁ συμβάλλεται.* At vero pacta detrahentia, quæ obligationem minuunt, quæ leviolem conditionem unius e contractibus faciunt, etiam ex intervallo facta profunt ad exceptionem, *τῷ ἐναγομένῳ τίτρεται παραγωγῶν.* Ut ecce si post emtione perfectam ex intervallo convenerit, ne venditor cautionem duplæ præstet: hæc pactione quavis ex intervallo interposita, contractu continetur, auctore Papinianus in *l. pacta conventa 72. ff. de contr. emt.* id est, vires habet jure exceptionis agente emptore de cautione præstanda. Loquitur autem ita Papinianus, quia exceptio pacti inest bonæ fidei iudicio, *l. 3. ff. de resc. vend. l. sed & si 21.*

G

sub

sub fin. ff. solut. matrim. id est, iudex exceptionis rationem habet, etiam si reus in lite contestanda eam omiserit. Quod si ab initio in venditione convenerit, ne cautio duplæ præstetur, tutus erit venditor ipso jure. Idemque dixerim, si talis conventio venditioni mox subjuncta sit, *arg. l. licta 40. ff. de reb. cred.* Atque hæc ita se habent in pactis circa adminicula contractus, ut ea vocat Papinianus *d. l. pacta 72. ff. de contr. emt.* cum aliquid extra naturam contractus convenit, ut Ulpianus *d. l. 7. §. quinimo 5. vers. idem responsum, ff. hoc tit.* *ὁ δὲ φύσιν συναλλάγματος*, ut Græci.

5 Adminicula Papiniano dicuntur dies, conditio, modus, aliaque adjuncta adhibita ad negotium promovendum, quæ adesse & abesse possunt, ut tamen contractus per se ac sine iis consistat; Græci *ἀφορμας* vocitant: veluti, ut scriptura adhibeatur, ut periculum præstetur, ut præstetur culpa in contractu, qui dolum tantum recipit, aut dolus duntaxat in eo, qui recipit & culpam, ut dos statim non expectato legitimo tempore dilationis reddatur, in emtione & venditione, ut cum fidejussore cautio duplæ præstetur, vel, ut ne omnino præstetur, ut pensitentur usuræ pretii tardius exoluti, *l. 5. C. de pact. int. emt.* ut pretio sua die non soluto res sit inempta, &c. Pomponius causas obligationum vocat, sed quæ pacto mutabiles, *l. nec ex prætorio 27. de reg. jur.* De his rebus cum pacta fiunt, ea sunt, quæ extra naturam contractus fieri ab Ulpiano dicuntur. Extra naturam contractus, id est, extra *ἐπίαν*, essentiam contractus, quæ non attingunt contractus substantiam.

6 Igitur extra naturam emtionis est, si quid extra rem aut pretium; extra naturam locationis, si quid extra usum rei & mercedem dari aut fieri convenerit. Nam quod Papinianus in *d. l. pacta conventa 72. ff. de contr. emt.* emtionis substantiam, id Ulpianus *d. l. 7. §. quinimo 5. vers. idem responsum, ff. hoc tit.* citans sententiam Papiniani, quæ ex *lib. 10. quæst. reïata* est in *d. l. pacta conventa*, appellat contractus naturam.

7 Non male tamen alias natura contractus a contractus substantia distinguitur; quemadmodum & Interpretes vulgo contractuum naturalia a substantialibus secernunt. Naturalia enim recte appellabimus, quæ naturaliter insunt cujusque contractus iudicio, si de his nihil convenerit, *l. 11. §. 1. ff. de act. emt.* verbi causa, ut dicamus naturam emtionis & venditionis esse, ut simpliciter de evictione caveatur; depositi, ut dolus solus præstetur; commodati, ut præstetur & culpa & diligentia. Hæc enim est horum contractuum conditio, modus & jus, quod eorum naturæ lex tribuit, ut hoc explicat Paulus *l. si unus 27. §. 2. in fin. ff. hoc tit.* qui & alibi agens de pacto, quod ad mandati adminicula pertinet, ait id naturam mandati excedere, *l. 5. §. pen. ff. de præscr. verb.* Ceterum quia hæc naturæ contractuum insunt tantum ex accidentia, & ideo adesse vel abesse possunt, salva substantia contractus, inde est, quod pacta quæ de iis fiunt, extra naturam contractus fieri dicat Ulpianus, per naturam intelligens ipsam contractus substantiam, hoc est id, sine quo negotium consistere non potest.

verbi gratia, emtio & venditio sine pretio, locatio & conductio sine mercede nullius momenti sunt, quia ex his substantia horum contractuum constat.

8 Quid ergo juris in iis pactis, quæ substantiam contractus attingunt? nimirum illa etiam ex intervallo interposita, rebus integris, insunt a parte agentis, actionemque contractus formant. Veluti si post emtionem perfectam, re tamen adhuc integra, id est, neque pretio dato, neque re tradita, convenerit de pretio augendo minuendove, *l. 7. §. adeo 6. ff. hoc tit. d. l. pacta conventa 72. ff. de contr. emt. l. 2. ff. de resc. vend.* Atque hanc regulam usque adeo veram esse scribit Ulpianus in *d. l. 7. §. adeo*, ut constet conventionem postea facta ab emtione ceterisque bonæ fidei iudiciis re nondum secuta abiri posse, *l. ab emtione 58. ff. hoc tit. l. 3. l. 5. §. 1. ff. de resc. vend. l. 1. C. quand. lic. ab emt. disc.* Atque hoc argumento, tanquam a majori ad minus, mox probat, etiam partem contractus pactione mutari posse, puta ut vel pars tantum rei venditæ aut locatæ vendita vel locata maneat, vel ut augeatur minuaturve pretium aut merces, *l. 2. ff. de resc. vend. d. l. pacta conventa 72. ff. de contr. emt. l. si unus 27. §. 2. vers. quod si non, hoc tit.* Quomodo vero hæc pacta insunt contractui, quæ novum contractum inducunt? Respondemus hisce pactis proprie non tam renovari contractum, quam reformari & repeti, id quod apud Ulpianum satis indicant notæ improprietatis, *quodammodo, quasi.* Hæc autem ea pacta sunt, quæ Græcis *τὰ καὶ φύσιν τῆ συναλλάγματος συμφωνήματα*, Ulpiano, quæ ex eodem sunt contractu, *καὶ φύσιν* est *κατ' ἐπίαν*, ex eodem contractu, ex substantia contractus.

9 Eorum autem pactorum, quæ contra substantiam contractuum adhibentur, eorumve naturæ repugnant, quædam tanquam accessiones insuper habentur, & nullius momenti sunt salvo contractu; veluti si convenerit in societate, ut ab ea non liceat recedere, *l. 14. junct. l. nulla 70. ff. pro soc.* aut ut ad unum lucrum, ad alterum damnum pertineat, *l. si non fuerint 29. §. 2. eod.* in deposito aut precario, ut non nisi post certum tempus repetatur, *l. 1. §. antepen. & pen. ff. dep. l. cum precario 12. ff. de prec.* Quædam priorem contractum renovant, novæque conventionis jus ac nomen inducunt: veluti si in deposito, commodato, mandato convenerit, ut merces præstetur: hic enim ex deposito, commodato, mandato, quæ natura sua gratuita sunt, efficietur locatio & conductio, *l. 1. §. si vestimenta 8. ff. depos. l. 5. §. 2. ff. commod. l. polienda 22. ff. de præscr. verb. §. 2. Inst. quib. mod. re contr. obl. §. ult. Inst. mand.* Natura emtionis & venditionis est, ut pretium & merx inter se commutentur, locationis & conductionis, ut merces & usus rei: si convenerit, ne pretium aut merces detur, donatio est, non emtio aut locatio, *l. si quis 38. ff. de contr. emt. l. si quis 46. ff. locat.* Natura societatis est, ut uterque aliquid conferat; si convenerit, ut alter solus conferat, alter nihil, non societas, sed donatio est, *l. 5. §. ult. pro soc.*

10 Denique quædam pacta notam contractus, cui apponuntur, naturam egredientia, non tam contractum transformant, quam alterant: veluti

si quis pecuniam hac lege deposuerit, ut depositario ea uti liceret, & ut praeſtaret uſuras: hac enim conventio licet excedat depofiti modum; non tamen efficit, ut res in alium contractum abeat, *l. Lucius 24. l. Publia 26. §. 1. ff. de pos. add. Hotom. illust. quaest. 36. & 37. Cujac. 2. obs. 15. & ad l. 7. §. quinimo 5. & seq. ff. hoc tit. Pac. Duar. & Baron. ibid. Borcholt. c. ult. de pact. n. 56. & 57. Bachov. c. de pact. renovat.*

11 Explicemus nunc, quod hic locus omnino postulat, quando pactum in continenti contractui adjectum esse intelligatur. Ex continenti sive in continenti, unde Gallicum *incontinent*, locutio est Jurisconsultis familiaris; idem significans, quod sine ulla intermissione, e vestigio, illico, confestim, continuo, *ὅτε αὐτὸν αὐτὸς*, quibus opponuntur *postea, post tempus, ex intervallo & χρόνον*. Eum, qui cum armis venit, possumus armis repellere; sed hoc *confestim*, ait Ulpianus in *l. 3. §. eum autem 9. ff. de vi & vi arm.* & mox eundem, qui deiecit, permissum deicere, non *ex intervallo*, sed *ex continenti*, quod Julianus in *l. qui possessionem 17. ff. eod.* dicit *illico, in ipso congressu*. In *l. si uſuras 21. C. de uſur.* in continenti dicitur facta numeratio, quae pignoris dationem e vestigio secuta est. In *l. lecta 40. ff. de reb. cred. l. si ita 135. §. Seja 2. ff. de verb. oblig. l. 3. C. de edil. act.* pactum in continenti factum aut secutum, est pactum contractui continuo appositum, junctumque quasi negotii quadam continuatione.

12 Contingens enim inter alia Latinis idem est, quod Graecis *συνέχον*. Continentia urbis appellamus aedificia urbi juncta & contigua. Unde Romae etiam ea fieri intelliguntur, quae in continentibus Romae aedificiis fiunt, id est, in suburbiis; *ὡς ἀγορεύουσιν, l. aedificia 139. l. mille passus 154. l. collegarum 173. §. 1. l. absentem 199. ff. de verb. sign.* Qui in continentibus urbis nati sunt, Romae nati intelliguntur, *l. 147. eod.* Sic continentes provincias veteres dicebant, quae Italiae conjunctae sunt, ut Galliam & Siciliam Provinciam, quod Italiae proxime coherent nullo interjecto mari, *l. notionem 99. §. 1. eod.* Cicero in epistolis partem Cappadociae continentem cum Cilicia facit. Ceterum haec voces, *ex continenti vel in continenti* pro re subiecta aliter atque aliter accipiuntur.

13 Interdum *in continenti* accipere debemus *ὡς πλάττει* cum modico spatio & laxamento aliquo temporis, quod arbitrio judicis sit definiendum, *l. 1. §. item si ita 8. ff. ad leg. Falc. l. ratum 13. ff. de solut.* Quemadmodum & Sicilia inter continentes provincias numeratur, eo quod modico tantum freto Italia dividitur, *d. l. notionem 99. §. 1. de verb. sign.* In lege Julia de adulteriis coercendis, qua permissum patri filiam in adulterio deprehensam una cum adultero occidere, sed in continenti, *τὸ ἐν κεντρικῇ* sic acceptum est, ut si dum adulterum occidit, filia profugerit, patre non dissimulante, & interpositis horis apprehensa sit, & a patre, qui eam persequabatur, occisa, in continenti occisa videatur, *l. quod ait lex 23. §. ult. ff. ad leg. Jul. de adult.* Interpositis horis, est *μετά τινας ὥρας*; post horas aliquot,

quot, ut Graeci *lib. 69. Basilic. tit. 37.* Interdum & quod triduo post factum est, ex continenti factum intelligitur, ut in specie *l. ult. C. de err. advoc.* ut & illico fieri, quod fit intra triduum proximum, ut in *l. ult. C. de judic.* In materia defensionum Graeci interpretantur in continenti *ὡς πρὸς δὲ ὥρων*, ut ex Theodoro Hermopolite adnotavit Cujacius *lib. 5. obs. 18.*

14 Pacta autem ex continenti fieri dicuntur, quae fiunt in ingressu contractus, *l. 7. §. quinimo 5. ff. hoc tit.* in ingressu, id est, initio contractus, *l. initio 5. C. de pact. int. emt. l. contractus 23. de reg. jur. l. si alienam, C. de fidejuss.* quae ab initio fiunt, *l. 5. §. 2. ff. commod. l. Lucius 24. ff. de pos. in fin.* Graecis *ὡς ἀρχῇ γινόμενα*. Initium autem & ingressum non debemus intelligere primum contrahentium congressum de re aliqua tractare incipientium: nam quomodo pacta de re ad contractum pertinente fieri possunt, cum de re ipsa nihil dum tractatum est? sed quaecunque ante tractantur & agitantur inter contrahentes, quibus efficitur, ut res tandem conveniat, de qua agi coeptum est, ea contractus initium recte appellamus, quia plenum in rem consensum antecedunt: item ingressum, quia sunt ejusmodi, per quae ingredimur & pervenimus ad eum consensum. Neque enim verbi causa, ut primum aliqui de re emenda vendendaque tractare inter se coeperunt, ita continuo emptio inter eos contrahitur, sed longum saepe tempus intercedit prius, quam de re conveniat, *l. 8. C. de resc. vend.* Qua ratione quae in ingressu contractus fieri dicuntur *d. l. 7. §. quinimo*, alibi dicuntur fieri tempore contractus, *l. pen. C. de pact. int. emt.* quia scilicet fiunt per id tempus, quo res geritur, seu in negotio gerendo, ut hoc expressit Ulpianus *l. pacisci 31. ff. hoc tit.*

15 Quid ergo, an non etiam ea pacta in continenti fieri recte dicuntur, quae negotio contracto mox sine ullo intervallo subiciuntur? Et multi quidem hoc recte dici posse fatentur secundum verbi significationem, sed negant id posse intelligi in quaestione proposita, cum scilicet, *in continenti & postea sive ex intervallo*, opponuntur, & sane non sine speciosis admodum rationibus. Nam primum ea pacta in continenti fieri definit Ulpianus *d. l. 7. §. quinimo*, quae legem contractui dant, id est, quae sunt moderamen & temperamentum quoddam contractus, sine quibus contractus initus non fuisset. At non alia pacta videntur legem contractui dare posse, quam quae interponuntur antequam de re conveniat in negotio gerendo, cum adhuc contractus est in fieri, ut possit per pactum formari, ut loquitur Castrensis in *d. l. 7. §. quinimo*. Contractus autem jam perfectus & absolutus non potest eorum judicio aliam formam a pacto accipere; quia inter se pugnent, venditionem verbi causa contrahi simpliciter, & contractum certa lege. Deinde in *l. 5. C. de pact. int. emt. & vend.* ajunt, non tantum scriptum esse, eam conventionem valere, quae facta est initio venditionis: sed etiam additum nominatim, eam non valere ad agendum, quae initio facta non sit. Neminem autem dicere posse pacta in ingressu aut initio contractus facta esse, quae contractu jam perfecto secuta sunt: licet enim ita-

statim sequantur, fieri tamen postea, id est, post contractum negotium. Quamobrem etsi maxime non repugnat significationi verbi, ut dicamus etiam ea pacta in continenti adjici, quæ contractui jam perfecto e vestigio apponuntur; tamen non posse dici adjecta in ingressu, initio contractus; neque etiam in continenti ad hunc effectum, ut actionem contractus forment, legem contractui dent, eique insint & partem ejus constituent. Verum enim vero vix est, ut ego huic sententiæ acquiescere possim. Movet me in contrarium locus Ulpiani in *d.l.7. §.quinimo*, ubi Jurisconsultus sic definit, ut siquidem pacta ex continenti subsecuta sunt, etiam ex parte actoris insint; sin ex intervallo, non item. Nam his verbis, si quid ego video, satis aperte significat etiam ea pacta, quæ post contractum, dummodo sine intervallo, subjiciuntur, ex parte actoris inesse: ex adverso vero non inesse, si quid post contractum ex intervallo convenerit; quomodo & ipse postea hoc explicat. Et huic simile est, quod Imperatores in *l.3. C.de edil. act.* rescribunt, posse emptorem experiri secundum fidem non modo pacti antecedentis, verum etiam in continenti secuti: ubi palam est per pactum antecedens intelligi id, quod in ingressu sive initio aut tempore contractus interpositum est; in continenti secutum, quod mox contractui adjectum. Unde necessario consequitur, ea quoque pacta, quæ in continenti subjiciuntur, contractui bonæ fidei ex parte actoris inesse, actionemque ex contractu descendente formare, ejusque velut partem censeret *δια τὴν συνέχεται*, & propter laxam benignamque horum contractuum naturam. Itaque quod dicitur in contractu aut initio contractus fieri, necesse non est sic præcise accipi, ut excludatur id, quod in continenti nullo alio actu interveniente subsequitur, & demum quasi serio negotium bonæ fidei concludit. Nam & alias, quod statim perfecto negotio interponitur, veluti tutoris auctoritas, *l. si quis 25. §. iustum 4. ff. de acq. her.* in ipso negotio interpositum dicitur, *l. obligari 9. §. tutor 5. ff. de auct. tut.* eo quod *συνεχῶς*, continenter, & quasi calente adhuc negotio subsequitur, & sic etiam in solutione sive in re præsentī constituere dicitur, in quam causam solutum velit, qui statim atque solutum est, constituit, *l. 1. in fin. ff. de solut.* Neque huic interpretationi refragantur hæc verba Ulpiani in *d.l.7. §.quinimo*, *ff. hoc tit. ea pacta insunt, quæ legem contractui dant; id est, quæ in ingressu contractus facta sunt.* Nam particula, *id est*, hoc loco non est *ὁρῶμεν*, sed *ἀποδεικνύμεν*, non definit, sed declaratque, ad modum passim exemplis deservire solet, uti observare licet in *l. si ex causa 9. in fin. pr. ff. de minorib. l. 8. ff. de vulg. & pupill. subst. l. 3. §. ceterum 12. ff. de acq. poss. sexcentisque aliis locis*, adeoque iterum in eadem illa *l. 7. §. pactorum 8. ibi, id est, ne a L. Titio petam.* Perinde igitur verba ista accipienda sunt, ac si scriptum esset, *ea pacta insunt, quæ legem contractui dant, veluti quæ in ingressu contractus facta sunt.* Pacta quoque stipulationi in continenti subiecta stipulationi inesse responsum est, *l. lecta 40. ff. de reb. cred.* sed nimirum, quod locus iste solummodo

modo probat, ex parte rei: ex parte vero actoris in stipulationibus, quarum stricta est natura, tantundem dicere non ausim. Sed de eo postea ex professo.

C A P. X.

An pacta in continenti adjecta contractibus stricti juris ex parte actoris similiter insint, ut bonæ fidei judiciis?

- 1 *Argumenta, quibus ostenditur pacta, licet in continenti facta, non inesse strictis judiciis ex parte actoris.*
- 2 *Removetur obiectio quadam ex l. 1. §. quod vulgo 25. de vi & de vi arm.*
- 3 *Nullum locum in jure nostro occurrere, quo probari possit pactum maximo aut stipulationi in continenti appositum actionem parere.*
- 4 *Cur usura in bonæ fidei judiciis ex pacto statim appposito debeantur, creditæ pecuniæ non item.*
- 5 *Confirmatio argumentorum, quibus plerique probare conantur pacta mutuo adjecta prodisse creditori ad actionem.*
- 6 *Respondetur ad argumentum ductum ex l. traditionibus 48. hoc tit.*
- 7 *Non recte ex l. venditor 13. comm. præd. colligi, pacta ex continenti facta stipulationi inesse a parte stipulatoris.*
- 8 *Explicatur l. petens 27. C. hoc tit.*
- 9 *Sententia l. 4. §. ult. ff. hoc tit. & l. si ita quis 135. §. 2. de verb. obl.*
- 10 *Interpretatio l. lecta 40. de reb. cred.*
- 11 *Omnis oratio, quantumvis generalis, de his tantum accipienda, de quibus actum est.*
- 12 *Conclusio & summa præcedentis disputationis.*

Quæstio est agitata in Academiis, an quæ pacta in continenti subjiciantur contractibus stricti juris, ea perinde contractum, cui apponuntur, forment, prosintque actori ad actionem, ut ea, quæ in continenti adjiciuntur contractibus bonæ fidei. Mihi verior semper visa est sententia negantium, quam & amplexi sunt *Cujac. & Bus.* ad *l. 7. §. quinimo 5. ff. hoc tit.* *Alciat. & Donell.* ad *lin bonæ 13. C. eod.* & novissime duo eximii Jurisconsulti *Diod. Tuldenus, & Ant. Perezius* in *tit. Cod. eod.* necnon *Henr. Zoes.* ad *Pand. eod. n. 61. & seqq.*

Etenim persuadere mihi non possum frustra esse, quod veteres, cum pro regula tradunt, pacta in continenti facta ex parte actoris inesse, nominatim addunt, in bonæ fidei judiciis, *d.l.7. §.quinimo, lin bonæ 13. C. eod.* Quorsum enim hæc adjectio, in bonæ fidei judiciis, nisi ut intelligamus in