

1. De odio Variationis. R. P. Muller. R. J. B. Redel.
2. De spurio. H. S. Rossmassler.
3. De Principe legibus soluto. R. G. A. Struv. R. J. J. Hertel.
4. De Patrio. R. A. C. Romer. R. P. J. Gallorabg. Gallorabg.
5. De murmuratioe praescriptionem impedieme.
R. J. F. Schneider. R. L. C. Lueddecke.
6. De militia lecta provinciali. R. J. S. Struck. R. C. Cabottor.
7. De investigandis contractibg et actionibg ex
Contractibg, re, verbis, vel literis iuris.
R. S. Struck. R. C. Cabottor.
8. De crimine gratiae. R. J. F. Schneider. R. J. G. Lueddecke.
9. De Testimonio Principis. R. Idem. R. A. F. Bode.
10. De Unitate Patris et filii. R. Samuel van Laker.
11. De usu practico doctrinae difficultatis. Juris Rom.
de culparum praestatione. R. C. Thomafig. R. C. B. B. B.
12. Paradoxon pro iure retractandi transactionem, novis
instrumentis repertis ad l. 35. ff. de re iud. et l. 19. ar. 29.
C. de transact. R. J. P. Ludwig. R. B. B. Hoelder.
13. De vinculo matrimonii, ob legem astringitatis turpi vel
honesto. R. A. Goetsche. R. J. C. Schonberg.
14. De coelibatu poenae nomine imposito. R. J. F. Ludovici.
R. S. P. Gaefer.
15. De Propinquorum in sponsalibus consensu necessario
R. H. C. Gerdesig. R. J. C. Frael.
16. De statu Imperii Rom. R. J. V. Beckmann. R. J. G. Klein.
R. S. P. Gaefer.
17. De Restitutione in integrum ob metum. R. G. L. Mencke.
R. J. F. Hoekner.
18. De litis contestatione, eventuali. R. S. Struck. R. H. Heinsig.
19. De eo quod iustum est circa pactum executivum
ductu R. C. C. pign. et hypoth. R. G. Bant. R. J. S. a. Dusseldorf.

41. De Carceribus eorumq[ue] usu et abusu in causis crimi-
 nalibus ad Fet. Lang. et Co. de Custod. et exhibit. Reor.
P. W. J. Martini R. C. Keilpflug.
42. De iuribus impuberum singularibus P. H. Linc.
43. Acquisitionem derivativam Domini factam Homini.
P. G. Schilterg. R. P. Graff.
44. De Legitimatione. R. F. Reiffler, J. Loaching von Dale. (Cham in T. d. B.)
45. De Contractu aestimatorio. R. B. L. Schwendendorfer. R. F. Schwallbe.
46. De Commendatione. R. B. Carptov. R. C. E. Lange.
47. De jure miserabilium. R. G. A. Huv. R. J. S. Albing.
48. An in causa religionis scripta anonyma aut pseudonyma
sint probanda aut toleranda. R. S. Erenig. R. C. Pyrlaeq.
49. De Antichresi. R. C. Möscher. R. C. L. Betlich.
50. De Jurisdictione feudali Dominica. R. B. L. Schwendendorfer.
 R. Jo. Wichmanshausen.
51. De Conciliis. R. G. T. Merer. R. J. P. Schachttrup.
52. De Matrimonio. R. J. Schilter. R. J. S. Kuckirob.
53. De benedictione sacerdotali. R. F. Wörger.
54. De Iustitia hominis circa animam. R. J. G. Simon. R. D. Meppen.
55. De hominis mortui sepultura prohibita. R. H. B. Roth.
 R. J. P. Schenbach.
56. De jure necessitatis. R. J. Eisenhardt. R. J. Lengerke.
57. De Testamentis. R. Engelbrecht. R. A. Nardini.
58. De extraordinario Remedio Restitutionis in integrum.
 R. C. F. Schröcker. R. J. Klinger.
59. De Privilegiis. R. F. L. Schwendendorfer. R. C. C. Seligmann.
60. Ius Deliberandi. R. J. C. Falckner. R. A. Lanovig.
61. De Privilegiis Mulierum. R. J. V. Rechman. R. J. D. Feyerabend.
62. De Advocatorum inhabilitate. R. J. B. Fricke. R. M. V. Götte.
63. De litis contestatione. R. A. Deier. R. J. S. Finmarmann.
64. De Retentione. R. B. L. Schwendendorfer. R. G. C. Reinkausen.

45. De Privilegio P. B. L. Schwendendörffer. R. J. d. G. v. Grimm.
46. De Jure Justinianaci receptione. P. H. Lincke. R. J. v. G. v. G.
47. De Donatione remuneratoria, atq. obligatione Antidotali.
R. P. H. Kumbelin.
48. De Donationibz. P. J. G. Simon. R. G. Borjmann.
49. De in jus vocazione seu citatione. P. B. L. Schwendendörffer.
R. P. C. Ulbricht.
50. De literis natalitij. P. H. Lincke. R. L. C. Thum.
51. De Contractibz Principum. P. G. H. Freve. R. J. Förster.
52. Jura poculorum. P. J. G. Simon. R. J. D. Marl.
53. De Jure viarum publicar. P. C. Fiegler. R. C. A. Fiegleder.
54. Ad Lib. 1. ff. tit. 1. z. unacum Historia ff. P. J. Klein. R. H. Sprengel.
55. De Dominatu Pontificis Rom. P. M. N. Braun. R. J. C. Tebel.
56. De Vectigalibz. P. H. Conring. R. J. Thomae.

Sam elbd.

fol

B. C. D.

THESES INAUGURALES,

De

USU PRACTICO

DOCTRINÆ DIFFICILLI-
MÆ JURIS ROMANI DE CUL-
PARUM PRÆSTATIONE
IN CONTRACTIBUS,

Quas

RECTORE MAGNIFICENTISSIMO,

SERENISSIMO PRINCIPE AC DOMINO,
DN. FRIDERICO WILHELMO,
REGNI BORUSSIÆ ELECTORATUS ET PRO-
VINCIARUM HEREDE &c. &c.

IN ILLUSTRACADEMIA FRIDERICIANA,

PRÆSIDE

DN. CHRISTIANO THOMASIO, JCTO,
ET FACULTATIS JURIDICÆ h.t. DECANO,

PRO LICENTIA

Summos in utroque jure honores & Privilegia
DOCTORALIA rite capeffendi

Publicè & solemniter submittit,

CHRISTIANUS *Bottlob Kres* / Advocat.

immatric. Misenenfis,

ad. d. 6. Junii Anno M DCC V.

H. L. Q. C.

HALE, LITERIS SALFELDIANIS.

V I R O
NOBILISSIMO, CONSULTISSIMO
ATQVE DOCTISSIMO,
DN. BENEDICTO
KRESSIO,
SERENISSIMI AC POTENTISSIMI
REGIS POLONIÆ ET ELECTORIS
SAXONIÆ PROCURATURÆ, QUAM VOCANT,
BONA MENSALIA EPISCOPATUS MISENEN-
SIS COMPLECTENTI, PRÆFECTO
OPTIME MERITO,

Dissertationem hanc inauguralem

Ex debito filialis amoris officio & gratissimo
mentis affectu

Sacram esse jubet

Filius obsequentissimus

Christienus Gottlob Dres.



B. C. D.

DE USU PRACTICO
DOCTRINÆ DIFFICILLIMÆ
JURIS ROMANI DE CULPARUM
PRÆSTATIONE IN CON-
TRACTIBUS.

CAP. I.

De difficultate doctrinæ de culpa-
rum præstatione in contractibus.

SUMMARIA.

*Difficultas doctrinae de præstatione culparum in contractibus. 1. Summa
sententia communis de hac doctrinâ. 2. Difficultates, quæ istam
sententiam premunt. 3. Insufficiencia mediolorum, quibus istas
difficultates commniter tollere volunt. 4. Nicolai Burgundi
peculiaris opinio de dolo & culpa, 5. de definitione culpa lata, levis
& levissima, 6. de differentia inter culpam & negligentiam, de tri-
plici diligentia, 7. de ambiguitate culpa in legibus, 8. contra commu-
nem differentiam culpa levis & levissima. 9. Struvii Burgundi do-
ctrinam de culpa levi & levissima arripientis sententia, 10. & re-
gula tres de præstatione culparum. 11. Sententia Coccejana princi-
pia. Regulariter jure natura homines teneri ad præstationes culpa*

A 2

etiam

etiam levissima. 12. Sed jus civile temperare rigorem juris naturalis I. regulariter exigendo saltem levem culpam, nisi quis diligentiam exactissimam in se receperit, aut nisi ipsius solius causâ contrabatur &c. 13. II. Has culpæ species non habendo pro vero delicto, nisi in L. Aquilia & in aliis casibus singularibus &c. 14. III. Prætorum temperare rigorem illum, in negotiis à se solo introductis exigendo dolum solum, non culpam. 15. Culpam aliquando casui opponi, aliquando sub eâ contineri. 16. Dolum, culpam, casum ad quæstiones de damno definiendas non sufficere, sed insuper addendam esse negligentiam diligentia oppositam. 17. Causa istarum difficultatum & dissensionum, quod (1) frustra tentetur conciliatio dissentientium JCtorum. 18. (2) Quod frustra tentetur, rem infinitam velle certis & exactis regulis includere. 19. Atque adeò (3) si quis talia tentet, non possit non dissensus oriri & multiplicari. 20. Dissensisse JCtos Romanos in hac doctrinâ, ex Jure Justiniano probatur. 21. Probatur, Tribonianum reliquisse fragmenta harum dissensionum in corpore juris, in doctrina de locato, 22. de pignore, 23. de societate, 24. de mandato & negotiorum gestione. 25. Rejicitur artificum dissensus illos conciliandi. 26. Dissensus JCtorum veterum in quæstione, an in contractibus etiam locum habeat actio Legis Aquilia. 27. Unde quidam ex novioribus consilium dant actionem Legis Aquilia instituendi, ubi non sufficiat actio ex contractu. 28. Sed ostenditur, hoc consilium non convenire cum mente veterum. 29. Examinatur modus conciliandi per distinctionem, an ipse qui damnus dederit, an ab aliis rebus vel hominibus damnus datum fuerit. 30. Dissensisse JCtos in quæstione: an in L. Aquilia semper coreatur culpa levissima. 31. Doctrinam de culpis non posse includi regulis propter infinitarum circumstantiarum varietatem. 32. Unde & sæpè responderunt JCti Romani, ut responsum parum prodesset querentibus, vel ubi facillè alii diversum respondere potuissent. 33. 34. 35. Ipsos etiam terminorum significatus in hac doctrina esse vagos & fluctuantes, puta doli & culpa læce, 36. levis, 37. levissima, 38. casus. 39. Regulas communes de præstatione culparum in contractibus videri

deri esse inventum Africani, easque paucioribus JCris placuisse. 40. Illam distinctionem, cujus utilitas sit in contractu, parum videri facere ad questiones de damno resarciendo. 41. Unde ostenditur, depositarium negligentem male excusari, si rem alienam aequè custodiverit ut suam, 42. neque satisfacere differentiam communiter adductam inter depositum & mandatam, 43. quare jam aliis ista juris Romani definitio jure meritoque fuit suspecta. 44. Equè iniquam videri decisionem Juris Romani de socio negligente, si communes res aequè ut suas custodierit. 45. 46. Neque commodatarium indistinctè absolvendum esse à periculo & casu. 47. Multo minus Jure Gentium à precario rem possidente saltem dolum exigi, non culpam. 48. Neque sufficere rationem Ulpiani, quod precarium totum descendat ex liberalitate ejus, qui precario concessit: 49. neque interpretum, quod commodatum ab initio sit liberalitatis, possedè verò necessitatis. 50. Sed subesse hic solam rationem privatam juris Praetorii, quia in precario nulla erat actio juris civilis. 51. Circa quam tamen assertionem ipsam etiam dissensere JCri Romani. 52. Rationem, cur de precario nulla detur actio civilis, quod precarii conditio magis ad donationis causam pertineat, 53. esse miram, quod precarium & donatio valde differant, 54. potissimum in hoc tertio de actione precario dantis concedendâ, 55. unde potius alios JCros rectius intulisse, ex precario dandam esse actionem civilem. 56.

§. I.



Multæ sunt doctrinæ subtiles & intellectu difficiles in Jure Romano, quod vel ex solo successionis testamentariæ & doctrinarum eò pertinentium capite patet. Pro omnium difficillimis verò jure meritoque haberi possunt triga doctrinarum de pactorum & contractuum differentia,

rentia, de jurisdictione, & de præstatione culparum in contractibus, a)

§. II. Communiter b) docent esse tres c) culpæ gradus: Latam, levem, & levissimam, id est, omissionem diligentia omnium hominum non planè dissolutorum, vel diligentium patrumfamilias, vel patrisfamilias diligentissimi; & pro fundamento ponunt tres Ulpiani regulas; in contractibus, ubi (1) utriusque est utilitas præstari culpam etiam levem, in illis autem, ubi unius est utilitas (2) ab eo, qui solus utilitatem habet, præstari culpam etiam levissimam, (3) qui nullam, culpam solum latam. d)

§. III. Laborat hæc doctrina istis potissimum difficultatibus, quod plerique JCI ex quibus Pandectæ sunt collectæ, saltem doli & culpæ (quâ simpliciter posita aliàs dicunt culpam levem intelligi) faciant mentionem, adeoque levissimam illam culpam neglexisse videantur; e) quod regulæ illæ non sint accuratæ, sed exceptionibus variis & sæpè pluribus quam sunt

a) Huic enim materiæ ipse acutissimus Donellus *lib. 16. comm. 7.* docuit inesse nodos inextricabiles, quibus frustra Doctores se torquent, & discentes cruciant.

b) Struv. *Exerc. 19. §. 41.* verbis: *Atque ita communiter tres gradus culpa & tres regula de præstatione culpa trudi & applicari solent.*

c) Rejctis distinctionibus Bartoli & aliorum inter culpam latam & latiore, & Zafii inter culpam ignavia & versutia. Struv. *ibid. §. 19.*

d) Struv. *ibid. à §. 13. -- 41. Conf. Schæpf. Synops. ad tit. Commodati n. 19. seq.*

e) *l. 25. §. 16. famil. ercisc. l. 107. §. 12. de leg. 1. l. 68. pr. de con. trah. empr. l. 9. pr. locati. n. de neg. gest.*

n Sac l. uligi
die diligentia
spectu diligen.
patrisfam. dil. l. 107.
l. 25. §. 16. famil. ercisc.
l. 107. §. 12. de leg. 1.
l. 68. pr. de con.
l. 9. pr. locati. n. de neg. gest.

ex actibus ubi in textu patet. §. 1. §. 2. in fin. Comod.
l. 107. §. 12. de leg. 1. l. 68. pr. de con.
l. 9. pr. locati. n. de neg. gest.
l. 1. §. 1. de leg. 1. l. 68. pr. de con.
l. 9. pr. locati. n. de neg. gest.

sunt exempla ipsius regulæ, *f*) gaudeant; quod ipsi Jcti mire inter se disenserint in quæstionibus, quid in singulis contractibus præstari debeat, *g*) & quod etiam terminis culpæ, custodiæ, diligentia, negligentia, periculi &c. *b*) diversimodè usi fuerint, ut adeo eorum doctrinæ non commodè possint artis regulis includi.

§. IV. Neque sufficiunt cordatoribus, quæ vulgò ad emendandos hos defectus afferri solent: distinguendum esse inter culpam in abstracto & concreto, in abstracto esse tres species culpæ, in concreto duas, cum eò res redeat, utrum quis cujuscunque conditionis etiam sit, rem alienam æquè custodire debeat ac suam; utrum, si fortè non sit diligentissimus aut etiam negligens, hæc custodia sufficiat, & utrum non teneatur magis custodire res alienas, quàm proprias, & majorem diligentiam in illis quàm his adhibere; quod ferè nulla regula in jure sit, quæ non exceptiones varias patiatur: quod antinomix secundum monitum Justiniani tollendæ sint distinctionibus subtiliter excogitatis, qualis est illa, dum in quæstionibus de præstanda cul-

f) Ita notum, quod regula secunda in precario non habeat locum, *l. 8. §. 3. de precario*. Ita regula tertia ap. Schæpff. *d. l. n. 21.* habet duo exempla sub se, commodati & depositi; exceptio verò tria, mandati, negotiorum gestionis, & tutelæ.

g) Quod videri potest ex resolutione legum obstantium apud Systematicos & Commentatores, quoties has quæstiones vel ad institutiones vel ad Pandectas tractant. Adde dilucida signa ejusmodi disensionum in ipsis legibus Pandectarum *l. 52. §. 2. pro socio, l. 5. §. 2. §. 3. Commodati l. 32. depositi.*

b) *l. 13. de pign. act. l. 47. §. 5. de leg. 1. l. 36. de act. empt. l. 37. §. 1. de neg. gest. l. 40. ff. locati.*

da culpa levi ac levissima sæpè inculcari solet, quod positivus aliquandò sumatur pro superlativo, superlativus aliquando pro positivo; item quod in materia culparum verba diligentiae, culpæ, custodiae intelligenda sint secundum materiam substratam, id est, secundum naturam contractuum, de quibus agitur, & regulas supra memoratas: denique quod & vox periculi pro materia substrata modo casum denotet, modo culpam & casui opponatur. *i)*)

§. V. Sentiens ista Nicolaus Burgundus J.Ctus Ingolstadtensis, multa hic innovavit, docens: in omni dolo inesse culpam, quippe culpam esse, quod malo more vel contra jus fit, aut quicquid ex communi hominum natura reprehensionem meretur; sed cum nocendi vel decipiendi animo damnum datur, dolum dici; cum vero injuria damnum datur ab eo, qui nocere noluit, speciali nomine culpam dici: Interdum autem culpam in lucro non captando vel in damno non avertendo consistere & ad defidiam ac negligentiam pertinere, interdum ex alia aliqua causa extrinsecus accedere, veluti per imprudentiam, impotentiam, imperitiam, imbecillitatem, aut prohibente eo, qui prohibendi jus habet, vel immiscendo se negotio vel rei ad se non pertinenti & similibus causis. *l)*)

§. VI. Docet porro: vulgò dividi solere culpam in latam levem & levissimam. Latam culpam esse, non intelligere id, quod omnes intelligunt, *m)*) gratiæ vel

i) vid. Struvium & Schæpff. *ad. h.*

l) Nicol Burgundus *de peric. & culp.* c. 1. n. 6.

m) *l. lata 223. de V. S.*

vel amicitiae ductu aliquid facere, quod facere non licet ⁿ⁾) Latam quoque culpam esse non facere, quod plerique omnes faciunt, item facere, quod nemo facit. Magnam etiam negligentiam latam esse culpam, & latam culpam pro dolo haberi in contractibus: In summa, quid sit lata culpa, quid levis, quid levissima, certis regulis definiri non posse, & arbitrio iudicis melius relinqui. ^{o)})

§. VII. Continuat: Jctos negligentiam à culpa separare, ^{p)}) dum asserunt, in commodato præstari & culpam & diligentiam, ut ostendant aliud esse diligentiam aliud culpam: Diligentiam verò in jure æstimari tripliciter, primò, quatenus in simplicem custodiam venire solet; ^{q)}) secundò, quatenus ad plenam custodiam exigitur ^{r)}) tertio ut plenæ custodiæ aliquid curæ adjiciat, & hanc ipsam esse diligentiam modò memoratam. Custodiam enim & sedulitatem non ad eundem semper modum præstandam esse. Aliquando enim redigi ad modum suum, cum quis eandem curam adhibet rebus alienis quam suis adhibere solet. Et hanc dici custodiam simplicem ac dolum duntaxat recipere, ac quicquid pro dolo habetur ^{s)}); aliquando vero redigi ad communem hominum naturam, cum quis scilicet eandem curam adhibet rebus alienis, quam diligentissimus paterfamilias rebus suis adhibere
B folet.

ⁿ⁾) l. si procuratorem 8. §. proinde 10. mandat.

^{o)}) Burgund. d. l. n. 7.

^{p)}) l. 5. §. nunc videndum & §. fin. commodati l. 23. de R. J.

^{q)}) l. socius socio 72. ff. pro socio. §. ult. Inst. eod.

^{r)}) l. 2. in fine de peric. & comm. rei vend.

^{s)}) l. quod nerva 32. ff. depositi.

solet. Et hanc dici custodiam plenam sive plenissimam, sive exactissimam dolumque recipere & culpam, & si quis eum modum tenuerit, prorsus esse extra culpam *1)*). Diligentiam autem dici, quando quis alienis rebus majorem adhibet curam, quam diligentissimus paterfamilias rebus suis adhibere soleat, veluti si quis in ruina *2)*), tumultu, incendio, naufragio, cum res suas salvas facere posset, alienas prætulit, *3)*)

§. IIX. Cæterum non negat, quod sub culpæ appellatione etiam contineatur, quod in diligentiam peccatur *4)*) quoties tamen quærat, utrum culpa tantum an & diligentia præstanda sit, verbum culpæ accipi contractius, atque ita fieri ejus æstimationem, ut quicquid in diligentiam committitur sub speciali culpæ nomine non veniat, quia scilicet naturâ suâ non sit culpa. Sed in suo genere tantum reprehensionem mereatur, ideoque à lege diligentiam vocari, non culpam. Differre igitur negligentiam à culpa, quod culpam contrahere dicatur, quoties quis aliquid facit, quod diligentissimus paterfamilias facere non solet, adeoque culpam referri ad officium boni patrisfamilias; in diligentiam verò peccari, quoties quis faciat, quod non erat factururus vir bonus, diligentiamque adeo referri ad officium boni viri, cujus officium latius sit, quam boni patrisfamilias. Igitur culpam in legibus ambigüè dici, aliquando enim ad modum redigi,

1) l. pignus 9. & ibi Gloss. & Dd. C. de pign. 27.

2) arg. l. qui furtum de cond. furt. l. 5. §. c. si forte 3. ff. commod.

3) Burgund. d. c. 1. n. 8. -- 13.

4) l. in rebus 18. in princ. ff. commod.

digi, quem paterfamilias tenet in rebus suis, aliquando ad eum modum, quem diligentissimus paterfamilias in rebus suis servat, interdum quoque ad eum modum, quem in custodiendis rebus alienis teneat vir bonus, nempe ut boni & frugi patrisfamilias officium excedat. z)

§. IX. Secundum hæc principia posita postea Burgundus in sequentibus capitibus a) singulos contractus examinat inquirendo, qualis culpa & custodia in iis præstanda sit, & utrum etiam insuper diligentia præstari debeat, tandemque in capite finali distinctionem interpretum inter culpam levem & levissimam destruit, asserens, in contractibus, qui utriusque gratia fiunt, etiam venire culpam levissimam, cum ibi culpa præstanda sit, ad culpam autem etiam levissima pertineat, & cum in lege Aquilia, cujus actio semper cum actione ex contractu in casu damni concurrat, aa) præstetur culpa levissima, item cum illi contractus, qui utriusque gratia fiunt, à Jctis quoad præstationem culpæ sæpius exæquentur commodato. b) Nec obstare, quod dissentientes dicant, in rebus commodatis adhibendam esse diligentiam, quam diligentissimus paterfamilias rebus suis adhibeat, c) in venditione vero locatione & pignore ac similibus saltem

B 2

exigi

z) Burgundus *ibid.* n. 11, 14, 15,

a) à cap. 2. usque ad 13.

aa) l. 13. §. 4. ff. locati, l. 27. §. 11. ad Leg. Aquil. l. 47. §. 1. l. 48. 49. 50. pro socio. l. 18. §. 1. commodati.

b) l. hoc ita 2. l. custodiam 3. de peric. & comm. rei vend.

c) l. 18. in princ. commod.

exigi diligentiam, quam frugi, & diligens paterfamilias rebus suis adhibet. *d)* Etenim has meras esse nugas. Quippe frugi & diligentem ac bonum patremfamilias apud veteres Ictos eundem esse, ac diligentissimum. *e)* Diligentissimum enim patremfamilias ad eam tantum diligentiam teneri, quam communis hominum natura desiderat &c. Ictos vero interpretes deceptos esse, quod confuderint negligentiam cum levissima culpa, quasi is qui diligentiam adhibeat, levissimam reprehensionem duntaxat mereatur &c. *f)*

§ X. Idem propè cum Burgundo in mente habens B. Struvius postquam communem de tribus gradibus culpæ sententiam ac tres eò respicientes regulas memorasset, postea suam sententiam subnecturus, in contractibus ferme omnibus, in quibus culpa levis dicatur præstanda esse, etiam culpam levissimam existimat præstandam esse, seu diligentiam exactam adhibendam, quod & inde putat confirmari posse, quod in LL. frequentissime culpa absolute ponatur, & nulli alii speciei, quàm dolo & lata culpæ, quæ dolo inest, opponatur. *g)*

§ XI. Regulas igitur has de culpa in contractibus præstanda statuendas esse arbitratur. *b)* 1. Dolus & lata culpa solum præstatur in contractu depositi, quia

d) l. 35. §. si res vendita ff. de contr. empr. l. 14. de pign. act.

e) l. merces 25. §. qui columnam 7. ff. loc. ati.

f) Burgundus c. ult. 13. n. 3. 7. 8. 9. 13.

g) l. 5. §. 2. & 3. Commod. l. 23. verb. dolum ut culpam d. R. J. l. 9. §. 1. de duobus reis. Struv. d. Exerc. 19. §. 41.

b) d. §. 41. conf. decis. Sabbath. c. 5. dec. 7. seqq.

quia nulla utilitas apud eum versatur, apud quem res deposita est, nec natura contractus singularem industriam requirit, in & precario, quia res pro lubitu revocari potest, i) II. In aliis contractibus præstatur etiam culpa levis, & in plurimis etiam diligentia l) quam non minorem alienis quis quam suis rebus debet impendere, m) sed majorem, si ipse sit in suis negligens, n) III. In sola vero societate culpa non ad exactissimam seu majorem, quam quis suis rebus adhibet diligentiam dirigenda est: Sufficit enim talem diligentiam communibus rebus adhibere socium, quam suis rebus adhibere solet: & qui parum diligentem socium sibi adsumit, de se queri, sibi que hoc imputare debet, o) Idem ob cognationem obtinet in rerum communione, quod scilicet in re communi non tanta, quanta in re aliena exigatur diligentia, p)

§. XII. Est vero satis notum, quæ inde controversiæ Beato Struvio cum Viro Illustri Coccejo ortæ fuerint, qui, etsi doctrinas Nicolai Burgundi non omnes improbaret, sed maximè ea, quæ de differentiâ diligentiæ à culpa tradidit, sequeretur q) quod tamen Burgundi doctrinam de culpa levi & levissima at-

B 3 *in fine* tinet,

i) d. l. 23. de R. J. d. l. 5. §. 2. *commod.*

l) d. l. 23.

m) l. 1. pr. de tut. & rat. distrub. l. 13. §. 1. de admin. tut. l. 5. §. 3. *commod.*

n) §. 3. quib. mod. re contr. oblig.

o) d. l. 23. junct. l. 72. l. 52. §. 2. pro socio. §. ult. Inst. de societ.

p) d. l. 23.

q) collat. 10. conf. collat. 12. §. 5.

tinet, ab eo & Struvio graviter dissenſit, r) iſta fundamenta doctrinæ toti de culpis ſubjiciens: s) Delinquere & pœnam mereri, quisquis contra leges facit, dummodo neceſſaria facultate eas intelligendi & volendi ſit inſtructus, ergo & licet actu non intelligat, modo poſſit intelligi. Igitur ex hoc rigore naturæ hominem ad omnem, etiam exactiſſimam diligentiam teneri in omnibus cauſis civilibus, &, ſi vel leviſſima culpa negligat ejus obſervationem, inde tanquam ex vero delicto teneri, r)

§. XIII. Sed hunc rigorem jus civile temperare ratione imbecillitatis humanæ & ſtatueret I, ne exigatur maxima diligentia, quæ in potentiam intelligendi cadere poteſt, ſed media, ad communem hominum modum, qualem ſcilicet præſtant patresfamilias, qui vulgò frugi & diligentes habentur. Regulariter ergo & in genere jure civili præſtari levem tantum culpam & mediam diligentiam. u) Exceptiones eſſe, quoties ratio illa imbecillitatis ceſſet: Nimirum (1) ſi quis in ſe recepiſſe videatur diligentiam maximam, quod variis modis contingat, ſi ſcilicet quis ultro ſuſcipiat negotium alterius, in quo prudentia & peritia requiritur, ut mandatarii facere ſolent,

r) collat. 11.

s) collat. 2.

r) Hanc regulam dicit quoad res alienas diſertis verbis referri in l. 21. Cod. mand. in quâ adeo veſtigia rigoris naturalis adhuc apparent.

u) l. 6. §. 2. d. J. & F. ignor. l. 2. §. ult. quis ordo in poſſeſſ. Honor. l. 10. de bon. poſſ. arg. l. 32. de poſſi.

lent, & qui operas suas locare solent, x) item si quis in negotio aliquo simpliciter custodiam recipiat, vel tacitè vel expresse, ut nautæ, caupones, stabularii, y) item venditor, qui custodiam expresse recipit aut tacitè, si dies traditioni adjectus est, z) aut si quis cuicunque negotio se offerat, a) (2) Si ipsius solius causa contrahatur, ne alteri mera sua officiositas sit damnosa, ut in commodato, b) & ubi legatarius totum, quod est relictum, restituit. bb) Hinc si ipsius causa planè non contrahatur, nullam & ne levem quidem culpam præstari, nisi quæ dolo continetur, ut nec opus quidem hic sit beneficio imbecillitatis, nam hoc casu accipienti, beneficium quoque suum non debere esse damnosum, c) ut fiat in deposito, d) & mandato emendæ rei, quod prudentiam non requirat. e) In his ergo negotiis, in quibus certa culpa determinata est, non obtinere regulam memoraram, sed ibi in legibus per culpam intelligi id, quod in eo contractu præ-

x) l. 13. & 21. C. mand. l. 24. C. de usuris, §. 2. de obl. qua quasi ex continet. l. 9. §. pen. locati l. 36. & 132. de R. J. l. 9. §. penult. locati. §. 7. seqq. d. L. Aquil. l. 8. §. ult. eod.

y) l. 1. princ. junct. l. 3. §. 1. Naut. caup.

z) §. 3. vers. quod si fugerit de empr. vend. l. 35. §. 4. de contrah. empr. l. 2. §. 1. l. 3. l. 4. §. 1. & 2. de peric. & comm. rei vend. l. 18. §. 8. & 9. l. 38. pr. de damn. inf. l. 36. de act. emt.

a) l. 1. §. 35. depositi.

b) l. 17. §. 3. commodati.

bb) l. 108. §. 12. l. 36. §. ult. de leg. 1. arg. l. 2. §. 10. & 16. l. 7. testam. quem. aper. l. 61. §. 5. de furt.

c) d. l. 61. §. 5. de furt.

d) d. l. 61. §. 5. junct. l. 1. §. 5. d. obl. & act.

e) l. 8. §. ult. l. 10. pr. l. 29. pr. & §. 4. mand.

præstatur; & per diligentiam exactam, quæ in eo exigatur. *f*)

§. XIV. II. In eo quoque jus Civile attemperare hunc rigorem ad conditionem humanæ imbecillitatis, quod ne has ipsas quidem culpæ species pro vero delicto habeat, ut quis inde obligetur ad pœnam, sed ad solam damni, quod alter passus est, restitutionem, *g*) Exceptionem esse (1) in L. Aquilia, quâ damna etiam levisimâ culpâ data inter vera delicta numerentur, adeoque in ea lege plenissimè rigoris naturalis vestigia manere, *h*) (2) In casibus singularibus, ubi culpa lata vel levior quoque instar criminis puniatur. *i*) Ad dolum igitur proprie dictum præcise requiri propositum lædendi; propositum aliud quodvis, etsi vitiosum, esse latam culpam, tale quoque esse propositum non negligendi res alterius, sed tamen magis eas negligendi, quam proprias. *l*) Huic proposito seu latæ culpæ comparari extremam negligentiam *m*), & utramque hanc culpam latam dolo comparari in damnis restituendis, exceptâ rerum communione, ubi

f) Quo intuitu se refert ad disputationes de culpis *Disp.* 1. *prop.* 12. & *Disp.* 2. §. 12.

g) *l.* 108. *d. R.* 7. *l.* 3. §. 21. 22. *ad Silan.*

h) *l.* 44. & *l.* 1. *Inst.* & *ff.* *ad L. Aquil.* Ex quo fundamento innumeri casus, qui varie accidere possunt, definire optime queant, quales recensentur *l.* 7. *seq.* *l.* 27. *l.* 52. & *pass.* *ead.*

i) *l.* ult. §. ult. *de off. pref. vig.* *l.* 9. *l.* pen. *de incend.* *l.* 2. *in fine de termino moto.* *l.* 1. §. 3. *de sicar.* *l.* 38. §. 5. *de pen.* & c.

l) *l.* 32. *depos.* *l.* 24. §. 5. *solut. matrim.* *l.* 22. §. 3. *ad Trebell.*

m) *l.* 226. *d.* *V. S.*

ubi non dolo sed levi culpæ comparetur, quia rebus communibus immixta fit pars propria pro indiviso, cujus intuitu non possit videri habuisse propositum negligendi aut affectasse negligentiam, unde in societate hanc culpam dolo opponi, nec ulterius ullam culpam in societate exigi, n)

§. XV. Prætozem quoque temperare rigorem naturæ, dum in negotiis à se solo introductis solum dolum non culpam attendat: Cum enim lege civili nihil de eo cautum fuerit, sufficere putasse Prætozem, si dolum saltem coërceret; velut si mensor falsum modum dixerit, & in precario. o)

§. XVI. De casu id adnotatur p), quod id in genere casu fieri dicatur, quicquid ex improvise fit, i. e. quicquid à nobis actu non fuit provisum, etsi provideri potuerit. q) Quod si autem provideri debuerit, & legibus improbetur illa imprudentia, jam casum talem incipere esse culpam, & inde esse, quod aliquando levissima, levis aut lata culpa, vel contineantur sub casu, vel opponantur, prout in legibus pro culpa habentur vel non. r)

§. XVII. Neque tamen sufficere s) ad quæstiones

C

nes

n) l. 25. §. 16. Fam. ercisc. l. 25. pr. de prob. l. 23. d. R. J. l. 72. pro socio §. ut. eod. junct. §. penult. quib. mod. re contr. oblig.

o) l. 1. princ. & §. 1. si mensor fals. mod. dixerit, l. 2. pr. l. 8. §. 3. l. 14. de precar. l. 14. §. 11. de furt.

p) d. collat. 2. §. 24.

q) l. 52. §. 3. pro socio.

r) l. 9. & 11. de incend. ruin. l. 12. l. 14. de custod. reor. l. 22. §. 3. ad Trebell.

s) Disp. 1. Sect. 2. propos. 1. & coll. x. §. 1.

nes de damno definiendas & leges de iis loquentes explicandas, tres istas species dolum, culpam & casum, dum omittatur diligentia, seu ejus oppositum negligentia, quæ diversa sit à culpa, & semper ferè separatim à culpa tanquam species ei opposita in legibus proferri soleat, t)

§. XII. Qui extra partes positus sincerum de his dissensionibus judicium ferre voluerit, deprehendet in singulis hætenus recensitis opinionibus multas elegantes observationes & assertiones, quoties doctrina diversæ sententiæ impugnatur; sed & deprehendet in singulis multa dubia & non æque benè coherentia, quoties de confirmanda propria doctrina agitur. Et talia etiam deprehendet quilibet in sua propria si quis novam sententiam forte excogitare & doctrinam Juris Justiniani in hoc capite ad harmoniam redigere velit. Scilicet putamus, omnes difficultates inde oriri, quod Dd. hætenus voluerint conciliare textus Juris Justiniani de præstatione culparum, cum tamen diligentia Triboniani nobis multas Jurorum veterum, si usquam, certe in hac doctrina, mire discrepantium dissensiones reliquerit, quas non est possibile in concordiam redigere, præprimis cum ipsimet terminis doli, culpæ, casus, periculi, diligentia, custodia maxime ambigue usi fuerint, & sæpe aliæ controversiæ, v. g. utrum legis Aquiliæ & in factum actio concurrat cum actionibus ex contractu; utrum lex Aquilia omnem ubique culpam, etiam levissimam coërceat, his disputationibus fuerint inmixtæ,

§. XIX.

t) l. 5. §. 2. in fin. & §. ult. commod. l. 23. de R. J. l. 47. §. pen. de leg. 1.

§. XIX. Accessit, quod res ipsa, de qua agitur, partim propter infinitam circumstantiarum varietatem, partim propter maximè vagas & fluctuantes doli, culpæ latæ, levis, & levissimæ, item casus, ideas non possit exactis & perspicuis regulis includi, ex quibus casus obvenientes palpabiliter dijudicari queant, sed ubiqve prudentia hic sit opus, eruendi istas circumstantias, & postea communia principia vel æquitatis naturalis vel etiam Juris civilis speciales dispositiones applicandi. At prudentia non potest regulis exacte definiri & includi.

§. XX. Quare cum JCti Romani hoc tamen non obstante voluerint regulas in materia maximè irregulari dare, non potuit non evenire, quin illæ regulæ tanquam insufficientes ab aliis reicerentur, & aliæ rationes decisionum substituerentur, quæ sapius non majoris ponderis sunt, quam doctrinæ rejectæ, quod & in istis doctrinis, in quibus ferè consentiunt JCti Romani, subinde observare licebit. Hæc vero singula si monstraverimus, deprehendemus; necesse esse, ut pleaque, quæ hic a Dd. & Romanis & novioribus tanquam certissimæ rationes & principia venditantur, relinquunt tamen secundum doctrinam Donelli, ut initio notatum, nodos inextricabiles, in quibus frustra se Dd. torquent & discentes eruciant.

§. XXI. Dissensisse JCtos veteres inter se, ex historia juris defectis JCtorum patet. Omnium verò maximè in hac materia dissensisse, vel exinde certum est, antequam corpus Juris evolvamus, quia doctrina hæc ob multas abstractiones est una ex subtilioribus.

ribus. Quo subtilior vero est doctrina eò frequentior est dissensio inter homines speculationibus & sectis de-
ditos, cum veritas & falsitas assertionum non ita in
oculos cadat, ac in rebus magis palpabilibus. Sed
& dissensum hunc apertè docet Jus Justinianicum, dum
in commodato Ulpianus notat non omnes confessisse,
sed veriozem tamen esse Quinti Mutii sententiam, ex-
istimantis, & culpam præstandam esse & diligentiam,
u) item, apud veteres dubitatum esse, an etiam hom-
inis custodia præstanda sit in commodato, x) Item,
quæsitum fuisse, an tantum dolum præstare socium
oporteat, an & culpam, & Celsum pronunciaisse pro
sententia posteriore y). Ita Paulus à Labeone, (ita-
tuente, si servus venditus crus frerit, periculo
vendedoris id non esse, si id non imperasset, quod sole-
bat ante venditionem facere, & si id imperaverit, quod
etiam non vendito servo imperaturus erat,) varias
ob causas dissentit, variaque exempla dissensionis af-
fert, z) Sic quod Nerva diceret latiore culpam dol-
um esse, Proculo displicebat, Celfo verissimum vi-
debatur, a) Ita Julianus cum eo, qui mercedem pro
custodia accepit, agi posse negat de damno ab alio dato,
addita ratione, quasi nulla custodia consequi po-
tuerit, ne damnum ab alio detur. Sed Marcellus in-
terdum esse posse ait, siue custodiri potuit, ne damnum
dare-

u) l. 5. §. 2. Commodati.

x) d. l. 5. §. 6.

y) l. 52. §. 2. pro socio.

z) l. 57. de act. emt.

a) l. 32. ff. depositi.

daretur, five ipse custos damnum dedit, idque Ulpianus probat. *b)* Alia loca, ut jam taceam. Hæc enim statim se obtulerunt paululum evolventi Jus Justinianeum.

§. XXII. Reliquisse verò Tribonianum in doctrina culparum multas dissensiones, atque utramque JCtorum dissentientium sententiam corpori juris inferuisse pariter evidens est. Ita secundum regulam ab Ulpiano relatam in locato, ubi merces custodiæ accessit, & dolus & culpa præstatur, non diligentia nec periculum. *c)* Contra Gajus docet *d)* eum qui mercedem accipit pro custodia alicujus rei, hujus custodiæ periculum præstare; & in conductione transportandæ columnæ vel aliarum rerum culpam tunc demum abesse dicit, si omnia facta sunt, quæ diligentissimus quisque observaturus fuisset, *e)* item docet, culpæ conductoris fundi annumerari, si propter inimicitias ejus

C 3

vicinus

b) l. 41. locati. junct. l. 19. commodati.

c) l. 5. §. 2. commodati. Dico relatam ab Ulpiano. Nam re ipsa parum sensisse Ulpianum de illa regula infra docebitur. Ut adeo non mirum, quod Ulpianus ipse eidem contradicat in sequentibus exemplis hic adductis.

d) l. 40. ff. locati. Hunc locum ad usum rerum conductum transtulit Tribonianus §. 5. Commodati: Qui pro usu aut vestimentorum, aut jumentis mercedem, aut dedit, aut promisit, ab eo custodia talis desideratur, qualem diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet. Unde cadit eorum conciliatio, qui in locatione operarum volunt saltem præstari culpam levissimam, in locatione usus autem culpam saltem levem.

e) l. 7. §. 7. locati.

vicinus arbores exciderit, *f*) Imò ipse Ulpianus cum Pomponio docet; si quis domum bonâ fide emtam vel fundum locaverit mihi, isque sit evictus sine dolo malo culpave ejus; nihilominus eum teneri, ut mihi præstetur, frui, quod conduxit licere, *g*) Item, conductorem fundi vel ædium culpam servorum & quos induxerit præstare suo nomine, si tales habuerit, vel suos vel hospites; *b*) item si quis servum conduxerit, eumque duxerit peregrè, & aut ab hostibus captus sit, aut perierit, ex locato teneri, *i*) si gemma includenda aut insculpenda data sit, & fracta fuerit ex imperitia facientis, si fullo vestimenta polienda acceperit, eaque mures raserint, ex locato teneri, imperitiam enim culpam esse. *l*)

* §. XXIII. In pignore similiter Ulpianus regulas referens dolum & culpam præstari docet, non periculum & diligentiam, ut in commodato, *m*) Alibi verò magis ex sua sententia in hac actione & dolum & culpam venire dicit, ut in commodato, imò & custodiam,

f) *d. l. 7. §. quem casum ideo nota*, quia quidam distinguunt, ut dissentientes Jctos concilient inter locationem rerum mobilium & immobilium, in illis diligentiam exactissimam, in his saltem exactam requirentes,

g) *l. 9. pr. eod.*

b) *l. 11. pr. eod. Habes hic iterum duo exempla locatarum rerum immobilium.*

i) *l. 13. §. 5. & 6. junct. l. 9. §. 5. eod.*

m) *l. 5. §. 2. commodati. Adde l. 22. §. 4. de pign. act. Gajum l. 18. in fin. princ. commod. quos sequitur Tribonianus §. ult. quib. mod. re contr. oblig.*

diam, non tamen vim majorem, ⁿ⁾ Quorsum & Paulus respexisse videtur, culpam quæ hic præstari debet, vi majori opponens, ^{o)} & Diocletianus pariter creditorem à vi majore quidem liberans, cæterum tamen dolum & culpam, & custodiam ab eo exigens, ^{p)} Ratio dissensus in promptu est. Prioris assertionis autores pignus habuerunt pro contractu, ubi utriusque versatur utilitas. ^{q)} Probabile igitur est dissentientes habuisse pro contractu, ubi solius creditoris est utilitas. ^{r)}

§. XXIV. Jam supra monuimus, in societate dubitatum fuisse, an in ea etiam culpa præstetur. Celsus ait, etiam culpam, non solum, ubi ars & opera in coeunda societate fuerit promissa, sed & magis admittit, culpam quoque venire, si socius rei communi nocuit, damna tamen fatalia non debere præstari, idque etiam Ulpianus agnoscit, ^{s)} Contra Cajus socium socio etiam culpæ nomine teneri quidem concedit, sed eam de desidia atque negligentia exponit, addens, sufficere si talem diligentiam communibus rebus socius adhibeat, qualem suis rebus adhibere solet, quia qui

ⁿ⁾ l. 13. §. 1. de pign. act.

^{o)} l. 30. de pign. act.

^{p)} l. 19. C. de pign. & hypoth. Alii tamen Imperatores prioris sententiæ videntur favisse l. 7. & 8. C. de pign. act.

^{q)} d. l. 5. §. 2. Commodati d. §. ult. quib. mod. re contr. oblig.

^{r)} Quæ etiam sententia sua ratione non contemnenda nititur. Pignus enim est contractus accessorius. Igitur debitor utilitatem non habet ex contractu pignoris, sed ex precedente contractu mutui.

^{s)} l. 52. §. 2. & 3. pro socio, l. 5. §. 2. commod.

qui parum diligentem socium sibi acquirat, de se queri debeat, *t*) quo pacto reverà non majorem culpam præstat socius, quam latam, quæ dolo æquiparatur, & qualem depositarius præstat, *u*) Non mirandum autem, quod Interpretes communiter hunc dissensum quibuscunque distinctionibus conciliare intendant, aut eandem planè non sentiant, cum ipse Tribonianus non senserit, ex istis diversè sentientium Jctorum textibus in institutionibus suis unum paragrafum componens. *u*)

§. XXV. In mandato Ulpianus nihil amplius vult præstari, quam bonam fidem, id est dolum & latam culpam & ultra mandatarium non teneri, *x*) haud dubiè respiciens ad eam rationem, quod in mandato mandatarius nullam habeat utilitatem, *y*) sed Imperator Diocletianus à Procuratore dolum & omnem culpam, non etiam improvisum casum præstandum esse voluit. *z*) Cum quo faciens Imperator Constantinus rationem addit & regulam, quod suæ quidem rei quisque moderator & arbiter pleraque negotia ex proprio animo faciat; aliena verò negotia exacto officio gerantur, nec quicquam in eorum administratione neglectum ac declinatum culpa debeat esse vacuum. *a*)

Quare

t) l. 72. ff. eod.

u) §. ult. Inst. de societate, cujus videlicet prior pars defumta est ex d. l. 52. §. 2. posterior ex d. l. 72.

x) l. 8. §. ult. l. 10. pr. ff. mand.

y) arg. l. 5. §. 2. commod.

z) l. 13. C. Mandati.

a) l. 21. C. eod.

Quare nec mirandum, quod in contractu affini negotiorum gestionis similis dissensus occurrat, quibusdam latam saltem culpam vel etiam levem, *b)* aliis contra exactissimam diligentiam exigentibus. *c)*

§. XXVI. Sufficere poterunt hæcenus dicta speciminis loco attulisse in ostendendis rudibus dissensionum circa præstationem culpæ in corpore Juris relictis. Ex his verò vel tyronibus patet, quid sentiendum sit de conciliatione Glossatorum, modò superlativum pro positivo, modò contra diligentiam exactam pro exactissima sumentium, quod idem est ac si velis eo genere conciliandi uti, levissimam culpam alibi pro levi & levem alibi pro levissima accipi. A qua parum abit aliud inventum Doctorum supra memoratum, quod per culpam in contractibus semper sit intelligenda, qualem requirat natura contractus, i. e. modo levis, modo lata, modo etiam levissima, etsi alias regula sit, per culpam absolutè positam intelligi culpam levem. Uti enim & hæc observatio ferè cum observatione illa Glossatorum jam rejectâ coincidit; ita valeret fortè eadem & usum haberet, si unus idemque autor ex firmis & non variantibus principiis doctrinam de culpis deducens foret explicandus. Cum enim regulariter homines de re quadam scribentes eam rem ejusque naturam semper in mente habeant, æquum etiam est, ut interpretes verba etiam latius & indefinitè posita ad naturam illius objecti explicet, & modo extendar, modo restringat, unde etiam vulgata regula, verba intel-

At q. sic unq. dicitur
f.

b) l. 3. §. 9. l. 11. de neg. gest.

c) l. 37. §. 1. eod. §. 1. Jusf. de obl. qua quasi. ex contr.

intelligenda esse secundum substratam materiam ortum duxit. At ubi exponendi sunt, autores dissentientes, id est naturam rei, de qua agunt diversimodè & oppositè concipientes, illud brocardicum nihil juvat, cum de ipsa contractus natura, secundum quam juxta illud axioma interpretatio facienda esset, æquè dissentiant.

§. XXVII. Porro cum non solum in contractibus, sed & extra eos de damni restitutione ex *Legè Aquilia* agatur, quæsitum est, utrum in contractibus etiam *Legis Aquiliæ* actio locum habeat? Scilicet id quidem *Gajus* asserit, sive pignus, sive commodata res sive deposita deterior ab eo facta sit, qui acceperit, non solum actiones ex contractu esse, sed etiam *legis Aquiliæ*, *d*) idem de actione pro socio notat *Ulpianus* *e*) de actione locati plures *f*) de actione depositi *Julianus*, *g*) sed ita tamen ut verba; & *Celsus* & *Julianus* & *Pomponius* scribunt, *h*) item *Julianus* scribit: *i*) *Proculus* ait: *l*) indicent *JCtos* veteres eâ in quæstione dissensisse.

§. XXIIIX. Cæterum & hæc assertiones tamen dubiam explicationem habent, inque ejus conceptu mirè dissentiunt *JCti* celeberrimi. Dicitur equidem in omnibus

d) l. 18. §. 1. *Commodati*.

e) l. 47. §. 1. *junct.* l. 48. 49. 50. *pro socio*.

f) l. 25. §. 5. *locati*. l. 13. §. 4. *eod.* l. 5. §. 3. *ad leg. Aquil.* l. 27. §. 11. & 19. *eod.*

g) l. 42. *ad leg. Aquil.*

h) d. l. 47. §. 1. *pro socio*.

i) d. l. 5. §. 3. *ad L. Aquil.*

l) d. l. 7. §. 7. *eod.*

bus illis textibus, quod ubi actiones ex contractu locum habeant, locum habeat etiam actio legis Aquiliæ, cæterum non dicitur, quod ubi actio ex contractu non habeat locum, tùm actio Legis Aquiliæ danda sit, quod tamen sunt, qui arbitrantur, & loco cautelæ commendant, ut deficiente in damno dato actione ex contractu, quis experiatur actione Legis Aquiliæ, m) Equidem Ulpianus in casu, ubi Julianus dubitavit, an actio locati locum habeat, non dubitavit tamen actioni Legis Aquiliæ locum esse; sed tamen alibi se declarat, quod arbitretur, Julianum sine ratione dubitasse de actione locati. n) Adeoque nec hic locus poterit aliquid pro illa sententia probare.

§. XXIX. Etenim si Legis Aquiliæ actio Locum haberet adversus eum, quem actione ex contractu convenire nequeo, non diceretur à JCrts, quod una actio alteram tollat, o) cum potius etsi actione contractus egissem, & reus fuisset absolutus, mihi restare deberet actio Legis Aquiliæ. Imo quid opus habuissent JCrts tam anxie de gradibus culpa in contractibus disquirere & dissentire, si de damno quacunque culpa dato licuerit etiam actione ex contractu non competente, ex Lege Aquiliâ agere: neque enim solarum formularum diversarum gratia talis ac tantus dissensus videtur fuisse susceptus.

D 2

§. XXX.

m) vid. Schœpf. ad tit. commodati n. 27. Dn. Præsid. differ. de larva legis Aquilia &c. §. 20. & eo inclinat etiam Burgund. de peris. & culp. c. ult. vid. supra §. 9.

n) vid. d. l. §. ff. ad L. Aquil. junct. d. l. 13. §. 4. locati.

o) dd. textibus §. 26. citatis.

*** Aut actio ex contractu damna quacunque culpa dati est
et hinc in semper actio & aq. d. l. 13. §. 4.
Aut actio ex contractu damna quacunque culpa dati est

lex generalis
nisi specialis re
est nisi nisi pen
intellectus est.

hic loco ma
probabiliter
Annot. E in s
tam alium
bilibi. p. p. m.
Præsumitur pote
sunt eadem ac
concepit

vid. d. l. 13. §. 4.
et optimis sup
l. 7. cod.

vid. d. l. 13. §. 4.

§. XXX. Fuit, cum suspicarer, ita secrevisse JCTos Romanos doctrinam de damnorum datione & culpis in contractibus, ut si ipse, qui ex contractu rem alienam penes se habet in eâ damnus dederit, teneatur ex omni culpa in quocunque contractu, etiam ex levissima, adeoque his casibus semper concurrisset actionem L. Aquiliæ & ex contractu. At si damnus datum sit ab aliis, si res furto, incendio, ruina aut quacunque violentiâ vel culpâ rerum extra nos fuerit ablata aut deteriorata, tum non locum habuisse actionem L. Aquiliæ, cum Lex Aquilia de eo casu loquatur, si quis ipse fregerit, usserit, ruperit, occiderit &c. Sed tum quæstionem esse, qualem culpam in illo contractu intuitu custodiæ præstare quis debuerit, atque adeo totam disceptationem de diversis gradibus culpæ reducendam esse ad culpas custodiæ, non ad culpas facti proprii. Et fateor, non solum ipsa JCTorum verba, *p)* sed & plerosque casus, ubi de culpa in contractibus quæstio est ad hanc distinctionem respicere, *q)* Sed tamen nec hic consensus JCTorum fuit universalis ac indubius, cum Paulus dicat, de eo, qui die ventoso in stipulam suam ignem immiserit, qui ulterius evagatus alienam segetem læserit, & eum qui occasione præbet, damnus fecisse videri *r)* & Ulpianus cum Neratio sentiat, utilem L. Aquiliæ actionem, tam in eum dandam esse, qui ad fornacem obdormivit, quam in eum qui negligens

*exemplat agit de
a extra Contractu
i. p. & male ager*

p) d. l. 25. §. 4. & 5. locati & d. l. 18. §. 1. commodati.

q) vide textus citatos ad §. 21, 22, 23, 24.

r) l. 30. §. 3. ad L. Aquil.

gligenter custodit, ubi tertius ignem fornaci subje-
cit. s)

§. XXXI. Miraberis autem, quod supra asserue-
rim, Jctos non fuisse in eo unanimes, utrum semper in
L. Aquilia culpa levissima præstetur, postquam Ulpia-
nus disertè id asseruit & hanc ejus assertionem Docto-
res unanimiter repetunt. u) Sed defines mirari, si consi-
deraveris, quod Paulus dilucide affirmer, quod puta-
tor, qui ex arbore ramum dejiciat, vel machinator in
loco ubi nullum iter fit, dolum duntaxat præstare de-
beat, ne immittat in eum, quem viderit transeuntem,
culpam vero ab eo exigendam non esse, cum divinare
non potuerit, an per eum locus aliquis transiturus sit.
x) Similiter cum pila complures luderent, & quidam
ex his servulum cum pila percipere conaretur, im-
pulisset, servus cecidisset & crus fregisset; quære-
batur, an dominus servuli lege Aquilia cum eo, cujus im-
pulsu ceciderat agere possit? Sanè si diligentiam exactis-
simam adhibuisset ille, nec impulisset servulum, nec
servulo adeo occasionem præbuisset crus frangendi.
Respondet tamen Alvenus, non posse dominum con-
veniri, & hoc factum magis inter casus quam ad cul-
pam retulit. y)

§. XXXII. Dixi porro doctrinam de culpis regu-
lis non posse includi propter infinitam circumstantia-
rum

D 3

s) l. 27 §. 9. eod.

i) l. 44. pr. ad L. Aquil.

u) vide commentatores ad §. 3. Inst. de L. Aquil. & ad Pan-
dect. eod. tit.

x) l. 31. eod.

y) l. 52, §. ult. eod.

rum varietatem. Exempla infinita deprehendes in ipso jure Justiniano. Ita Mela scripsit, si cum pila quidam luderent, vehementius quis pila percussa in tonsoris manus eam dejecerit, & sic servi, quem tonsor radebat gula sit præcisa, adjecto culterello, in quocunque eorum culpa sit, eum lege Aquiliâ teneri. Sed quæstio jam est, in quo sit culpa, quæ per regulas expediri nequit. Neque ipsi Jcti hic consentiunt. Proculus in tonsore ait esse culpam. Ulpianus id concedit, si ibi tonderet, ubi ex convetudine ludebatur, vel ubi transitus frequens erat, tunc enim esse quod ei imputetur; Sed tamen mox dubitanter addit, nec illud malè dicit, si in loco periculoso seilam habenti tonsori se quis commiserit, ipsum de se quæri debere. 2) Mirum quod illius nulla sit mentio facta, qui pila lusit, nisi quod tacite videatur innuisse Ulpianus, eum teneri, si lusisset in loco insolito. Alfenus planè non concessisset actionem sed totam rem casu magis quam culpa esse factam respondisset. a)

§. XXXIII, Unde & sæpe responderunt Jcti, ut parum prodesset partibus quærentibus, supponentes varias circumstantias, quæ difficiles probatu essent. Tale est responsum ejusdem Alfeni de tabernario, qui in semita noctu supra lapidem lucernam posuerat, quidam præteriens eam sustulerat tabernarius eum consecurus lucernam reposcebat & fugientem retinebat: ille flagello quod in manu habebat, in quo dolor inerat, verberare tabernarium cœpit, ut se mitteret, ex eo majore rixâ

2) l. ii. pr. ad L. Aquil.

a) arg. l. 52, §. fin. cod.

re rixâ factâ tabernarius ei, qui lucernam sustulerat, oculum effoderat. Quærebat: num damnum injuria non videtur dedisse, quoniam prior flagello percussus esset. Respondet Alfenus, nisi datâ opera effodisset oculum, non videri damnum injuria tecisse: culpam enim penes eum, qui prior flagello percussit, residere. Sed si ab eo non prior vapulasset, sed cum ei lucernam eripere vellet, rixatus esset, tabernarii culpâ factum videri. *b)* Quid prodest hoc responsum quærenti, cum vix probare possit illam circumstantiam, in qua responsum fundatur, quia res noctu inter istos duos solos, ut videtur, gesta fuit. Et imò cur Jctus in solâ hac circumstantia rationem responsi sui quærit? Alii fortè respondissent planè opposito & sequenti modo: sed etiam ab eo non prior vapulasset, sed cum ei lucernam eripere vellet, rixatus esset, tamen culpa tabernarii id factum non videri, ideo quod alter lucernam injuria abstulerat & reposcenti reddere volebat, sed partim fugiebat, partim resistebat.

§. XXXIII. Simile est plane responsum statim sequens ejusdem Jcti. In clivo Capitolino duo plaustra onusta mulâ ducebant: prioris plostri muliones conversum plostrum sublevabant, quò faciliè mulâ ducerent: interim illud prius & superius plostrum cessum ire cœpit, & cum muliones qui inter duo plostra fuerunt, ex medio exissent, posterius plostrum à priore percussum retrò redierat, & puerum cujusdam obtulerat. Dominus pueri quærebat, cum quo se agere oporteret, Respondit Alfenus, in causa jus esse positum, id est

b) d. l. 52. pr. eod.

id est in facti circumstantiis, quæ ostenderent, quisnam sit causa damni. Nam si muliones, qui superius plostrum sustinissent, suâ sponte se subduxissent, & ideo factum esset, ut mulæ plostrum retinere non possint, atque onere ipso retraherentur, cum domino mularum nullam esse actionem, cum hominibus qui conversum plostrum sustinissent, lege Aquilia agi posse: nam nihilominus eum damnum dare, qui quod sustineret, mitteret sua voluntate, ut id aliquem feriret, sed si mulæ, quia aliquid reformidassent, & muliones timore permoti, ne opprimerentur, plostrum reliquissent, cum hominibus actionem nullam esse, cum domino mularum esse. Quod si neque mulæ neque homines in causa essent, sed mulæ retinere onus nequissent, aut cum conniterentur, lapæ concidissent, & adeo plostrum cessum redisset, atque hi, quo conversum fuisset, onus sustinere nequissent, neque cum domino mularum, neque cum hominibus esse actionem. c)

§. XXXV. Addam adhuc unum exemplum ex doctrina de commodato. Si servum tectorem tibi commodavero, & de machina ceciderit, quæritur, cujus sit periculum? secundum regulam Juris Romani periculum ad dominum spectat, non ad commodatarium, Sed

c) d. l. 52. §. 1. cod.

Sed regula ipsa nihil prodest ad determinationem quæstionis. Respondet equidem Namusa, periculum meum esse, non quod sim dominus, sed quod tectorem tibi commodaverim. Ulpianus tamen adhuc alias circumstantias considerandas arbitratur, ut illa decisio vera esse possit; si scilicet tibi tectorem commodaverim ut in machina operaretur: cæterum si, ut de plano opus faceret, tu eum imposuisti in machina, aut si machinæ culpa factum sit, minus diligenter à commodatario ligata, vel funium perticarumque vetustate, tum id periculum censendum esse culpa ejus contigisse, qui commodatum rogaverit, adeoque ipsum id præstare debere. Nam & Melam scripsisse, si servus lapidario commodatus sub machina perierit, teneri fabrum commodanti, qui negligentius machinam colligavit, d) Ita Ulpianus. Si mutes iterum vel minimam circumstantiam aliter se res habebit. Quod si enim ipse tector ad hoc ut in machina laboraret commodatus machinam minus diligenter ligaverit, periculo id erit commodantis, e)

§. XXXVI. Tales quamplurimos casus alios in jure Justiniano reperies, ubi Jcti quæstiones propositas ex minimis circumstantiis definiunt, sine ullo adhibito regularum de gradibus culpæ usu. Accedit, quod & istæ regulæ vix applicari possint ob vagam nimis & fluctuantem terminorum ideam. Quod dolum attinget, paulò remissius nos debere versari in explicacione doli intuitu commodantis, notat Africanus f) h. e.

E ut ex

d) l. 5. §. 7. commodati.

e) conf. d. l. 5. §. 13. in fine cod.

f) l. 61. §. 6. in fine de furtis.

ut exponit Cujacius *g)* iudicem non quacunqve ex conjectura arguere debere quasi commodans sciens dolo malo ignoranti rem noxiam commodaverit, nec adeo omnia debere ad vivum refecare, sed multa condonare, multa concedere, & consequenter laram culpam pro dolo non habere. Nam ubi remisius fit doli interpretatio, non continuo videtur culpa lata dolo annumeranda esse. Et notum est commune brocardicum Glossatorum etiam causam fatuam a dolo excusare.

§. XXXVII. Levis culpæ tanquam gradus intermedii communiter dicunt varios esse quasi subgradus, cum diligentia quæ præditi sunt diligentes patres familias non possit ad punctum reduci, sed diligentes patres familias varia & diversa gaudeant diligentia. Adde quod illi qui cum Justiniano socii culpam levem sic exponunt, ut tamen non majorem debeat adhibere diligentiam quam rebus propriis, necesse habeant statuerre, quod ea revera sit lata, sed in effectu tamen, i. e. quod hic dolo non contineatur, dicatur levis, *b)*

§. XXXVIII. Culpa denique levissima cum casu fit proxima, cum casu etiam facile confundi potest. Cum enim is demum hac culpa vacuus esse dicatur, qui supremum diligentia gradum, ultra quem hominum natura haud procedit *i)* adhibet, quis illud punctum determinare poterit supremæ diligentia humanæ, cum nullus ferè possit fingi casus, de quo, postquam contigit, dici nequeat, quod non contigisset, si hoc ita vel ita

g) ad Africanum f. 534.

b) vid. Ill. Dn. Cocerj. collat. 6. & collat. 2. §. 21. 22.

i) Struv. Ex XLX. 1b. 28. ex communi doctrina,

ita fuisset factum. Et quis est ille diligentissimus paterfamilias, aut ubi existit extra cerebrum humanum, qui normam debeat præstare aliis. Nec juvat addita explicatio, quod ille supremus diligentiae gradus, ultra quem hominum natura non procedat sit is, quem communis diligentissimorum patrum familias modus desiderat; neque vero in diducanda hac culpa unius vel alterius nimiam inspicere debere diligentiam, sed eam, quæ in pluribus ultra communem sortem diligentibus reperitur. *l)* Hic quidem multa verba audio, sed ideam propterea distinctiorem & perspicuam fieri non sentio. Quinam enim sunt illi nimie diligentes, & qui sunt illi qui inter nimiam & communem patrumfamilias diligentiam medii sunt? Vereor, ne norma reliquorum evadant homines avari tenaces, timidi &c. In vita communi nemo acquirit, qui non aliquid audet & perdit &c.

§. XXXIX. Quam vero minima circumstantia possit casum in culpam, & culpam in casum mutare, ex hæcenus prolatis quibusdam exemplis patet. Alia supeditabunt alii. *m)* Et hæc ratio est, cur furta aliquando non solum levissimæ sed & levi culpæ adscribantur, aliquando vero etiam sine culpa ullâ ejus qui rem alienam ex contractu tenet, accidant, & casui adscribantur. *n)* Ex hoc vero constat, quod etiam culpa levis sæpius in casum mutetur, non solum levissima.

§. XL. Dicamus jam pauca de ipsis illis regulis,
E 2
qui-

l) *Ibidem.*

m) Vide textus citatos à Struvio *Ex 19. §. 44.*

n) *Struv. ibid. §. 32. in fine.*

quibus communis doctrina superstruitur. Fefellerunt se & suos auditores interpretes, quod putarunt ad eas respexisse JCtos omnes, qui de damni præstatione in contractibus, quid scripserunt. Mihi potius viderur longè verisimilius, hoc primum inventum fuisse Africani ^{o)} JCti non optimi nec acutissimi, ^{p)} quem pauciores postea quidam fuere secuti. Repetiit quidem eas Ulpianus in uno loco, ^{q)} sed in aliis tamen ^{r)} satis evidenter ab iis ipse recedit; alii JCti disertè aliis regulis utuntur. ^{s)}

§. XLI. Neque mirum, istas Africani regulas à JCtis reliquis plerisque fuisse neglectas. Præterquam enim, quod jam supra de iis notatum fuit, ^{t)} quod plura sint exempla exceptionum à secunda regula, quam regulæ ipsius, quid si quis de toto fundamento, quo tres istæ regulæ nituntur, dubitaret. Quid enim utilitas utriusque vel unius ex contrahentibus ad augendos, vel minuendos gradus culpæ, vel diligentiaë aut

*o. uti, cu' fana
a. n. s.
a. n. s.
a. n. s.*

^{o)} Hujus enim sunt textus *l. 108. §. 12. de legatis 1. l. 61. §. 5. de furtis*, istis regulis superstructi.

^{p)} Vixit sub Hadriano, & fuit discipulus Juliani. Eberl. *de orig. jur. c. 48. n. 21*. Scholastici Doctores de Africano dicere sunt soliti: hæc lex Africani est, ergo difficilis. Vide omnino Hotomannum in Antitriboniano *cap. 12. p. 154. seq. edit. noviss. D. Beyer.*

3. e. 12. exasse ^{q)} *l. 5. §. 2. commodat.*

^{r)} *potissimum in l. 23. d. R. 7. Adde alia exempla supra §. 21. Et 22. adducta.*

^{s)} *Qualis est regula Gij. l. 40. ff. locati. Conf. supra §. 21.*

^{t)} *Supra §. 3.*

aut custodiæ? Nullam utilitatem habeo ab eo, cujus rem citra contractum corrumpo, & tamen culpam levissimam præsto. Nec est, quod urgeas, tum nec eum cui damnum fit, aliquam utilitatem ex me percipere, atque ob eam causam in lege Aquilia præstari culpam levissimam. Negabo enim meliori jure & hanc causam. Potius regula generalis & Juris gentium est, dolum & culpam quamcunque meam mihi non debere prodesse & alteri nocere, sive res ejus ex contractu penes me fit, sive citra contractum. Res alienæ etiam regulariter magis custodiendæ sunt, quam propriæ, quocumque ex contractu penes me sint, cum in rebus propriis arbitrium habeam, eas pro lubitu perdendi, ergo multo magis negligendi, in alienis autem is, qui res suas mihi relinquit, regulariter non fidem solum meam sed & industriam respexisse videtur. Et si noluissem omnem diligentiam adhibere, non debuissim me immiscere negotio & rei alienæ, sed ubique tamen, id est in omnis generis contractu, res ita in æstimatione culpæ temperanda erit, ne rigor nimius urgeat eum, qui occasionem aliquam remotam ad damnum dedit, vel penes quem res aliena periit, sed ex infinitis circumstantiis ipsius facti & naturæ negotiij cujuslibet res determinetur; uti & determinarunt ipsi J Cti Romani in plerisque quæstionibus, quarum exempla sunt relata in Jure Justiniano, ut ex exemplis quibusdam supra *n*) adductis apparet.

§. XLII. Unde jam faciliè monstrari potest, quam ratione nitatur ista communis assertio, quod depo-

E 3

fitarius

n) Supra §. 32. 33. 34. & 35.

*non valet arg
a Delictis
tracto.*

*si si et alter
in culpa fit
alter debet
posse fit pro
quod dicitur
si curru solus
curru imputatur
attentatorem quis*

fitarius dolum saltem præstare debeat, non culpam, & quod sufficiat, si rem alienam æque custodiat ut propriam, etiamsi sit negligens homo. x) Ratio enim, quod non habeat utilitatem ex contractu jam expuncta est. Et mandatarius etiam nullam habet utilitatem, & tamen secundum opinionem communem exactissimam diligentiam præstare debet. Et imò ipsum depositum annon in mandata custodia consistit? At qui custodiam præstat is secundum communem doctrinam plus præstat quam dolum & culpam latam. Solent etiam communiter docere, si procuratori meo committam custodiam rei meæ, quod initium contractus hic jam fuerit mandatum, non actionem depositi, sed mandati aduersus eum competere. y) Cur non pariter obligaretur ad similem diligentiam cui ab initio mando rerum mearum custodiam?

§. XLIII. At, inquiunt, natura depositi in depositario non ita requirit singularem industriam uti mandatum: z) vel ut alius explicat: mandatum per singularem nostrum actum expeditur, quemque adeo iuxta singula velut momenta in nostro arbitrio dirigere est situm: in deposito vero nemo me velit obligatum, ut ipse continuo ex somnis apud rem depositam excubias agam. Quare sufficere, si eandem in locum commodum incluserim, & non nisi, quando peculiaris aliqua ratio iusserit, inspiciam, sicut circa res proprias facere sole.

x) l. 1. §. 3. & 10. l. 20. l. 32. 47. depositi.

y) arg. l. §. 4. versu. possum enim tibi mandare &c. ff. de præscriptis verbis.

z) Struv. Ex. 19. th. 47.

solemus, corruptionis periculo non obnoxias, quibus ad usus nostros non indigemus. ^{a)} Sed ad ista quidem varia possunt regei, (1) varia esse negotia, quæ mandantur, adeoque variam etiam circa ea esse industriam, neque adeo contundendam esse industriam negotiationis aut artificii cum industria custodiæ, (2) Varia genera etiam custodiæ esse pro diversitate rerum depositarum, adeoque & hic industriam variare, alia industria opus esse in custodia ædium, alia in custodia servorum, alia in custodia rerum pretiosarum, alia in custodia rerum quæ non facile auferuntur, & quæ in area vel simili loco deponi solent; (3) Hinc universaliter verum non esse, quod dicitur, sufficere si rem depositam in locum commodum incluserim &c. (4) Et si sufficeret, tamen exinde non magis posse inferri, quod saltem dolus præstari debeat in illius rei custodia, quam, si quis ex illa ratione inferre velit, venditorem ejusmodi rei ante traditionem saltem ad dolum obligatum esse, cum & hic sufficiat, si venditor ejusmodi rem in locum commodum includat &c.

§. XLIV. Quare & jam aliis eruditioribus ista juris Romani dispositio à natura negotiorum & dispositione Juris Gentium abire visa fuit. Cum enim regulariter in deposito aliquid amicitiae intercurrat, & nemo temere deponat, nisi apud amicum aut de cujus probitate bene judicet, in universum arbitratur Putendorffius ^{b)} in quovis deposito custodiendo ad hibendam esse talem curam, qualem communiter diligentes homines circa pro-

^{a)} Putendorff. de J. N. & Gent. lib. 5. cap. 4. §. 7.

^{b)} d. l.

proprias res solent adhibere. Imò & exactissimam
 quandoque curam esse adhibendam, non solum quan-
 do super eâ expresse erat convenum, sed & ubi rei de-
 positæ conditio id requirat, puta si sit pretiosissima, aut
 si ex ea omnes alicujus fortunæ dependeant. Istam ta-
 men diligentiam non in eo consistere, ut quis noctu di-
 uque eidem rei custos assideat, sed ut eam loco, quem
 habet, munitissimo, recondat, & ubi minimè corrumpi
 potest. Undè et si legibus amicitia satisfecerim, si res
 amici æque curem ac proprias; neque ut meas alterius
 rebus posthabeam, si utraqve paris sint pretis, quispiam
 salva fronte postulare queat; æquum tamen fuerit, ut
 quando utraqve servari nequeat, ego potius rem meam
 viliozem negligam & pretiosiozem depositam servem,
 v. g. incendio oborto quis non judicaverit potius ser-
 vandam esse cistam auro aut aliis pretiosis rebus,
 vel magni momenti instrumentis literisque plenam,
 quam vilem suppellectilem? Ita tamen, ut deponens
 teneatur mihi restituere pretium earum rerum, quæ
 mihi perierunt, dum ipsius res præ meis servatum eo,
 non secus atque alias impensas in depositam rem factas
 aut damna, quæ per illam accipi. Quod si tamen quis
 rem suam viliozem pretiosiori prætulerit, ubi de tali di-
 ligentia & cura non fuit convenum, amicitia duntaxat
 & humanitatis jura eum violasse censerit, à præstandâ
 vero rei perditæ æstimatione immunem esse. Nam
 neque inde factum esse locupletiozem, & intermissa ista
 nudæ amicitia & humanitatis officia ad refusionem de-
 trimenti indè orti non obligare. Ita Pufendorffius. Sed
 in hac ultima limitatione dubium est, an recte dicatur
 nudæ

nudæ humanitatis officia violasse, qui tempore incendii rem pretiosiore depositam postponit rei propriæ viliori. Nuda humanitatis officia dicuntur, ubi nulla adfuit conventio. Et, si rei vilioris propriæ æstimationem potest repetere ut impensas in salvandam rem viliores factas, etiam jure stricto eum ad rem propriam perdendam esse obligatum arbitraret, uti obligatus est ad alias impensas rei servandæ necessarias facere.

§. XLV. Eadem quæ de deposito hæctenus monuimus, multò magis procedunt adversus doctrinam communem de societate. Ait Gajus, & ex eo Tribonianus. *c)* Culpæ nomine quidem teneri socium sed sufficere talem diligentiam communibus rebus adhibere socium, qualem suis rebus adhibere solet. Nam qui parum diligentem socium sibi adsumit, de se queri, sibi que hoc imputare debere. Quis non videt, rationem assertionis esse parum convenientem, & petere sibi concedi, quod in quæstione est. Non semper negligentia adscribi potest, si quis socium adsumat parum diligentem, cum homines possint mores suos dissimulare, & sæpè diligentiam ostendent, quos paupertas & infortunium premit, mox negligentes evasuri, si benignior felicitatis aura afflaverit. Sed esto, esse negligentiam, fidem habere homini negligenti, non tamen propterea hujus negligentia & culpa esse definit, & incivile est, damnum culpa socii datum huic, qui causa damni longe propinquior est non imputare, imputare verò illi cujus negligentia causa damni dati vera non est, sed ut in scholis loquuntur, saltem per accidens, aut sine qua

F

non,

c) Vide supra §. 24.

non, aut certè occasio remotissima. Et cur non idem inculcatur si venditor, mandatarius, creditor &c. negligenter versati fuerint, ita tamen ut in rebus suis, circa rem venditam commendatam, oppignoratam? Cur non & hic dicimus, eum qui parum diligentem venditorem mandatarium, creditorem, sibi elegerit, de se queri, sibi que hoc imputare debere?

§. XLVI. Ut momentum disceptationis fiat evidentius, fingamus casum. Titius Caji socius cum in Belgio varias merces linteas & sericas, item pannos &c. in societatis gratiam emerit, vasa batyro vel oleo repleta in uno fasciculo cum istis mercibus jungit. Rumpuntur vasa butyracea & butyrum vel oleum pannos illos & merces reliquas planè corrumpit. Quis dubitet, tantam esse hanc negligentiam socii in jungendis mercibus istis diversissimi generis commissam, ut jure suo socius alter postulet damni societati dati restitutionem. Jam finge rursus, in illo fasciculo aut cista etiam fuisse res socii proprias simulque per butyrum vel oleum maculatas ac perditas, an hæc sola circumstantia decisionem mutabit, ut jam socius iste negligens teneatur damnum in rebus societatis datum resarcire, quia videlicet talem diligentiam rebus istis communibus adhibuit, qualem suis rebus adhibuit? Quis hic non palpat iniquitatem decisionis?

§. XLVII. Porrò quod commodatum attinet, etsi nemo tortè dubitet, quod commodatarius in rebus commodatis majorem diligentiam adhibere debeat, quam in rebus propriis; de eo tamen justa dubitandi ratio subest, an Ius Romanum rectè absolverit com-
moda-

modatarium à periculo & casu. Malum rem iterum proferre verbis Pufendorffii, cc) Illud, inquit, dubitatur, an commodatarius teneatur rei æstimationem aut aliam ejusdem generis restituere, si quidem ea perierit casu fortuito, & quem avertisse ipsius non erat, d) Ego tamen putaverim distingvendum, an res omnino apud Dominum fuisset peritura, si vel maximè commodato non foret data, an verò minus. Priori casu cessat restitutio. Posteriori autem eam fieri omnino svadere videtur æquitas, cum aliàs mea mihi benignitas nimio constaret, si præter usum gratuitum re quoque ipsa mihi sit carendum, quam non eram perditurus, absque altero si fuisset. Neque adparet cur ipse magis, quam alter, infortunium præstare debeam, cum hic utique occasionem præbuerit, ut idem rem meam incurrere possit. In legibus e) rei commodatæ furto sublatae æstimatio solvenda dicitur. Atqui nonnulla furta etiam citra culpam eorum, qui expilantur, fiunt. Etsi ubi quis v. g. per incendium omnes res suas simul amiserit, & ad inopiam reductus fuerit, durum foret, commodati pretium reposcere. Et ubi casus isti sat frequenter solent intercurrere, uti naufragium navigantibus, præsumi potest, commodantem istas suo periculo esse voluisse. f) Multò magis autem

cc) Pufendorff. l. 5. t. 4. §. 6.

d) Vid. l. 1. §. de oblig. & act.

e) l. 21. & 22. commodati.

f) Addit Pufendorffius: Et in hunc modum putaverim limitandam l. 18. princ. l. 5. §. 4. & 7. ff. Commodati. Sicut nec probaverim l. 19. d. t. qui cum etiam non satis videtur conspirare l. 12. s. ff. d. t. Cui observationi Pufendorffii poteris addere, quod

id tradit Gual
sed. hoc sentent
rimam in casu
tem involvit
si actate abea

Et in hunc acti
præstanda est q
sa p. l. 20. c. 1.

autem tenebitur commodatarius, si, cum ex periculo v.g. incendii, naufragii, posset rem commodatam eripere, suam prætulit, utut pretiosorem. Nam licet vitio verti ipsi nequeat, quod maluerit rem viliozem perire; tamen cum periculo ea possit eripi, eamque compendii sui causâ perire passus fuerit commodatarius, non est, quare commodans illud damnum sentiat. g)

§. XLVIII. Quod vero jure Justiniano in precario dolus hæctenus præstetur, non culpa, b) id ve-reor, ne melioribus rationibus impugnari possit, cum nulla planè vel probabilis saltem ratio ex jure Gentium afferri possit, pro æquitate hujus doctrinæ stabilindâ. Sanè enim is, qui precarium alteri concedit, nullam habet inde utilitatem, sed eam solam percipit is, qui precario habet. Et cum adeò ratio naturalis svadeat, ut semper in alienis rebus majorem diligentiam adhibeamus, quam in rebus propriis, nihil pro se allegare poterit is, cui res precario concessa est, cur damni dati restitutionem evitare debeat, si fortè rem precario datam æquè negligenter custodiit ut propriam. Adde quod, etsi ex Juris Romani subtilitate precarium à commo-datò differat, tamen illa differentia non sit ex Jure Gentium, & imò ipsum Jus Romanum negare nequit

sententiam Juliani recensitam in l. 19. commodati, disertè rejecerit, aut certe valdè limitaverit cum aliis Jctis Ulpianus l. 41. locati. Confer. supra §. 21.

g) l. 5. §. 4. ff. commodati. Vide quoque Exodi XXII. 13. 14. 15. d. l. 18. pr. ff. commodati. l. 1. §. 35. eod.

b) l. 8. §. 3. de precario.

nequit magnam similitudinem intercedere precario cum commodato. i)

§. XLIX. Sed audiamus rationem, quæ pro Juris Romani sententia affertur. Illud adnotatur, inquit Ulpianus l), quod culpam non præstat is, qui precario rogavit, sed solum dolum præstat, quanquam is, qui commodatum suscepit, non tantum dolum, sed etiam culpam præstat. Nec immeritò dolum solum præstat is, qui precario rogavit, cum totum hoc ex liberalitate descendat ejus, qui precario concessit, & satis sit, si dolus tantum præstetur. Verba multa, parum rationis. Invertenda potius ratio. Nam vel ideò quia precarium totum ex liberalitate ejus, qui concessit, descendit, id est, qui beneficium hoc ipso præstat, & nullam inde sentit utilitatem, nulla adest etiam ratio, cur beneficium hoc ipsi damnosum esse, & negligentia precario rem habentis ipsi imputari debeat. Nam & in commodato totum negotium ex liberalitate commodato dantis descendit, & tamen commodatarius præter commodatum etiam culpam præstat.

§. L. At, inquiunt: m) Commodatum ab initio est liberalitatis, postea vero necessitatis x) precarium in omni tempore liberalitatis, id est, semper potest revocari. Sed respondeo, invertuntur & torquentur offensâ hac differentiâ, quam nemo negat, verba Ul-

F 3

piani,

i) l. 1. §. 3. eod.

l) d. l. 8. §. 3.

m) Vide glossam ad d. §. 3. lit. u.

x) Quâ in rem allegatur lex in commodato 17. §. sicut a. 3. comm.

piani, qui non dixit precarium totum (i. e. intuitu durationis) esse liberalitatis, sed totum (i. e. ratione originis) ex liberalitate descendere. Deinde & ipsa illa differentia sic exposita nihil intert. Esto, poterit precario concedens rem quandocunque repetere, quid inde? & cur ex hac circumstantia minorem curam deberet adhibere precario habens, quam si ad certum usum concessa esset. Sufficit, quod res aliena sit, quam ex beneficio penes se habet. Nisi forte ut negligentiam imputare velis precario danti, quod rem precario concessam ab amico negligente non mox repetierit. Quod profecto durum esset, cum potius considerari debeat, beneficium esse, rem non statim revocasse, & si tanquam culpa id imputandum esset precario concedenti, res eodem momento repetenda esset, quo fuit concessa: at hoc pacto precarium plane foret frustraneum. y) Unde jam facile corrui expositio, quam alii z) suppeditant; quod scilicet precarium a rogante nullo certo usui applicari possit, adeoque iniquum fuisset, pro tantillo & incerto usu exactissimæ diligentia præstationem exigere. Nam ista iniquitas negatur, neque enim in lege Aquilia iniquum fuit habitum, præstare culpam levissimam, etsi ibi plane nullus usus concessus adesse soleat.

§. LI. Ergo verius est, rationem, quod hic dolus solum exigatur, petendam esse ex ratione peculiari & privata Juris Prætorii. Nam quoribus prætor solus in negotio, quod jus civile penitus neglexit, obligationem

y) D. George Beyer. in post. ad Pandectas de precario n. 5.

z) Ibid. n. 6.

nem introduxit, solum in eo dolum non culpam comprehendit. Cum enim lege civili nihil de eo cautum fuerit, sufficere putavit, si dolum saltem coërceret. *a)* Hinc & in precario, etsi solius accipientis sit utilitas, tamen dolum tantum præstat, quia nec ibi ulla juris civilis est actio, *b)*

§. LII. Sed & hæc tamen ratio novam opponendi occasionem suppeditat. Cur enim nulla de precario juris civilis actio, cum tamen precarium sit juris gentium *c)* & summam æquitatem habeat, ut eatenus quisque nostro utatur, quatenus ei tribuere velimus. *d)* Disertè Ulpianus, vel, ut quædam editiones glossatæ habent, Julianus asserit, cum quid precario rogatum sit, non solum interdicto Prætoris uti nos posse, sed etiam præscriptis verbis actione, quæ ex bona fide oritur. *e)* Illud certe Juliani est, dum alibi dicit. Cum quid precario rogatum est, non solum interdicto uti possumus, sed & incerti conditione, id est, præscriptis verbis. *f)*

§. LIII. Et profecto mira ratio ab iis JCtis afferitur, qui adstruunt, de precario non esse actionem civilem. Sic enim Paulus, *g)* interdictum de precario merito introductum est, quia nulla eo nomine juris civilis

a) Dn. Coccej. *Collat. 2. §. 25.* Idque diserte dicitur in *l. 1. §. 1. Si mens. fals. mod.* his verbis: *visum est satis coërceri solum dolum ejus, qui civiliter obligatus non est.*

b) *l. 17. de precario. l. 14. §. 11. de furtis.*

c) *l. 1. §. 1. de precario.*

d) *l. 15. pr. eod.*

e) *l. 2. §. 2. eod.*

f) *l. 19. §. 2. eod.*

g) *l. 14. eod.*

lis actio esset. Magis enim ad donationes & beneficii causam, quam ad negotii contracti spectat precarii conditio. Idem Ulpianus repetit. *b)* Contra precario rogantem nullam esse civilem actionem, quia simile donato precarium fit.

§. LIV. Dixi miram hanc esse rationem, etsi videam, communiter Jctos nostros eam in hoc negotio securè & post Ulpianum & Paulum absque ulla dubitationis notâ producere. Sed videamus. Initio non cohæret illa assertio, quod ad donationes spectet, vel donato simile sit precarium, cum doctrina Ulpiani, quam alibi proponit: Distat à donatione precarium, eo quod, qui donat, sic dat, ne recipiat, at qui precario concedit, sic dat, quasi tunc recepturus, cum sibi libuerit precarium solvere *i)*

§. LV. Quod si respondeas, utique differentiam esse inter hæc duo, esse tamen etiam similitudinem, ideoque simile non esse extendendum ultra tertium, urgebo ulterius, ergo nullam esse consequentiam in illa ratione. Precarium & donatio in eo conveniunt, quod utrumque ex liberalitate proveniat, differunt, quod qui precarium dat, illud velit recipere, quando-cunque libuerit; ergo inepte assertitur, jus civile nullam dedisse precario danti actionem, quod simile donato sit, cum in hoc tertio non sit simile, sed ideò dare debuisset potius, quia donanti non dari potest actio, cum rem repetere nolit, at ubi negotii natura est, ut
repe-

b) d. l. 14. §. 11. de furtis.

i) l. 1. §. 2. de precario.

repetatur, quomodo hic jus civile in deneganda actione potest dici ad donationem respexisse?

§. LVI. Et profecto vix imaginari mihi possem, JCtos ita stupidos fuisse, ut non animad verterint, rationem hanc potius invertendam esse, quam ut aliquid stringat, nisi & ratio & experientia perpetua doceant, quid valeat præjudicium sectæ & autoritatis. Interim tamen illud omittendum non est, antè Jus Justinianum illam sententiam magis receptam fuisse, quod de precario etiam civilis actio detur. Sic enim in fragmento Pauli legitur. 1) Interdicti actio proponitur ex eo, ut quis, quod precario habet, restituat. Nam & civilis actio hujus rei, sicut commodati, competit eo vel maximè, quod ex beneficio suo unusquisque injuriam pati non debet. Quod planè convenit cum doctrina Juris Justiniani, m) Hoc interdictum naturalem in se habet æquitatem. Est enim naturæ æquum, tamdiu te liberalitate mea uti, quamdiu ego velim, & ut possim revocare cum mutavero voluntatem. Itaque etiam actione præscriptis verbis uti possumus.

1) Recept. Sentent. lib. 5. tit. 6. u. 10.

m) l. 2. §. 1. de precario.

CAPUT II.

NULLUM ESSE AUT FUISSE
USUM PRACTICUM HUIUS DOCTRINÆ
DIFFICILIS.

G

SUM-

III in rigenda
Jus. A. anco
1) non n. legitur
7000
2) dicitur quod e
locu Sabueri
rei dicitur pro
d. 1. 14. 7. 11
ad 6
se pre

SUMMARIA.

Communis persuasio, quod doctrina de gradibus culpæ in contractibus usum habeat in praxi. 1) cum tamen nunquam habuerit. 2) Jctorum Romanorum scripta alia Theoretica, alia Practica, & horum differentia. 3) Peccavit Tribonianus, quod multa ex scriptis Theoreticis in corpus juris retulerit nullum usum habentia in Praxi. 4) Regulae subtilis simul sunt obscuræ, nec perspicue applicari possunt ad negotia civilia. 5) Unde non mirandum, quod regule Jctorum de gradibus culpæ relatæ in corpore Juris nullum habuerint usum in praxi. 6) Neque habere potuerunt, quia subtiles, cum regulariter subtilia sint inutilia; 7) quia factæ sunt de negotiis non finitis; 8) quia plurimas exceptiones & limitationes habent; 9) quia dissensionibus Jctorum jus incertum reddiderunt; 10) quia vaginibus & variantibus suere conceptus diligentia & negligentia; 11) quod homines in agnoscendis aliorum nevis lynces, in propriis calpe sunt; 12) quia amor & odium personarum, eorum culpæ modò minuit modò auget. 13) ac quia imparciales etiam aliorum diligentiam debitam secundum diligentiam propriam examinant. 14) Ob has causas nec Jure Justiniano hæc doctrina usum habere potuit. 15) Germani subtilitates de gradibus culpæ ignorarunt, ac unam culpam agnoverunt. 16) Voluerunt in omnibus contractibus res alienas magis custodiendas esse quam proprias. 17) Voluerunt in commodato rem commodatam periculo esse commodatarii. 18) Neque aded doctrinam juris Romani de gradibus culpæ in contractibus unquam in foro receperunt. 19) Usus doctrinæ aliæ erroneæ de instituenda actione legis Aquiliæ, si deficiat actio ex contractu ad illustrandam sententiam nostram. 20) Usus totius dissertationis.

§. I.

Magnam solatium studiosis juris est, dum communiter à scriptoribus systematicis ad Titulos Pandectarum de Jurisdictione & Pactis adnota-

notatum vident, difficillimas istas Juris Romani doctrinas in foris Germaniæ nullum habere vel exiguum usum. At quod difficillimam pariter de gradibus culparum hætenus monstratam doctrinam attinet, non observavi, vel Doctores vel Pragmaticos inculcare, quod ejus doctrinæ exiguus aut nullus sit usus, quin potius ubiqve indicia apparent, haberi hanc doctrinam pro tali, quæ & in foris Italiæ olim magnum habuerit usum, & hodie etiam in foris Germaniæ in viridè floreat observantia.

§. II. Nobis vero cum planè contrarium persuasum sit, ostendendum erit, doctrinas hætenus memoratas de gradibus culparum earumque variatione in doctrinà de contractibus nec in foris Italiæ unquam magnum usum habere potuisse, tantum abesse, ut tempore Justiniani usum habuerit; neque, si vel maxime habuissent, eam doctrinam convenire principiis juris Germanici antè receptum Jus Justinianicum, neque etiam post illud receptum, Jctorum Romanorum hætenus memoratas subtilitates de gradibus culparum in foris Germaniæ ad definiendas lites esse introductas.

§. III. Quod prius attinet, ante omnia observandum est, quod veterum Jctorum, ex quibus Pandectæ sunt compilatæ, duplicia fuerint scripta, alia theoretica, alia Practica: Theoretica, ut commentarios ad Edictum Prætoris, ad Sabinum & similia, Practica, ut Responsorum, Quæstionum, Digestorum, & similia. Uti vero in his respondebant de casibus, qui in ipsis rerum argumentis obrinebant, & ad eos tanquam ad conclusiones jura applicabant, ita in prioribus more

communi docentium principia doctrinarum exponendum magis in abstractionibus & universalibus considerandis occupati erant, ad quæ declaranda & illustranda exempla lectoribus suppeditare vellent, ea pro lubitu fingeant, non prout in foro quotidie occurrerent, sed prout ad declarationem abstractionum & principiorum facerent. Uti ergo hoc intuitu dici solet, quod exemplorum non requiratur veritas, i. e. quod non consideretur, an ea facta sint, ita etiam non requiritur facilitas, sive an frequentius existere pro natura rerum possint & soleant. Imò sæpe docentes ad ingenium legentium vel audientium exercendum fingere solent exempla, quæ probè sciunt, quod rarissime contingere soleant & vix possibilis sint. Tales sunt plerique casus, si non omnes, quos deprehendimus in controversiis oratoriis Quintiliani & Senecæ. Tales etiam sunt plurimi casus, qui occurrunt in libris istis Theoreticis Jctorum Romanorum.

§. VI. Quemadmodum autem evidens est, non commendandum esse laborem ejus, qui in formandis vel legibus, vel etiam systemate juris quotidiani vellet colligere casus istos Senecæ & Quintiliani; ita paritas rationis ostendit, quam insigniter peccaverint compilatores juris Justiniani, quod maximam partem Pandectarum potissimum repleverint excerptis casibus ejus modi ex istis Jctorum libris theoreticis. Certe de eo, quod semel aut bis fit, non fiunt leges. Igitur & casus, qui vix ac ne vix quidem existunt, in ipsis rerum argumentis, non sunt proponendi in institutionibus & compendiis juris quotidiani & practici.

§. V.

§. V. Neque adeo mirandum est, quod Jcti qui in interpretationibus suis & commentariis studebant laudi subtilitatis, non solum exempla proponerent vix dabilia, sed & eo ipso, dum hoc facerent, in ipsis regulis & principiis proponendis non considerarent, an illa principia possent perspicuè applicari ad negotia quotidie obvenientia, nec ne. Res perspicuæ & palpabiles non sunt subtiles, & quo quis magis subtilitati studet, eo magis studet obscuritati. Eoque frequentius ad idvitiū impellitur, quo frequentior est communis error, quasi in obscuritate & subtilitate consistat vera eruditio. Regnavit illud vitium ob hominum ambitionem omnibus seculis, & adhuc hodie regnat in omnibus facultatibus ac disciplinis, ut & doceantur plurima, & pro eruditioribus habeantur, quæ sunt & subtilissima & obscurissima.

§. VI. Præmittenda hæc fuerunt, ne quis statim in limine impingat, dum videret, à nobis assertum fuisse, quod doctrina de culparum gradibus in contractibus Jure Romano nunquam usum Practicum habuerit aut habere potuerit, cum tamen hæc doctrina à præstantissimis Jctis Romanis, ex quorum scriptis Jus Justinianum fuit compilatum, toties & tanta cum cura legatur esse inculcata. Videlicet theoreticos egerunt, subtilitatibus, speculationibus operam dantes, quoties doctrinam de culparum præstatione per regulas exposuerunt. Quoties autem ad casus practicos respondendum fuit, ipsi omisissillis regulis tanquam inutilibus aliter planè rem aggressi fuere, ut jam capite præcedente a) hujus rei quædam specimina exhibuimus.

a) Capite 1. §. 32. 33. 34. 35.

§. VII. Quare jam eadem, quæ hæctenus differuim, varia suppeditabunt argumenta, quibus evidenter probari possit, regulas JCtorum de contractuum variatione intuitu culparum nullum potuisse habere usum in foro. Et initio quidem eo ipso, quo major in illis regulis apparet subtilitas, eo minor quoque expectari potest usus in negotiis rerum civilium. Neque enim subtiles speculationes solum eo vitio laborant, ut sint obscuræ, sed & ut sint inutiles. Latitudinem & ut ita loquar, palpabilitatem habet, quicquid usu obvenit. Etsi subtilis circuli quadratura & proportio diametri ad punctum perducere nequeat mathematicum, utilissime tamen in praxi mechanica & sine omni difficultate ad punctum crassius physicum applicatur. In moralibus vero & multo magis in politicis etiam secundum commune proverbium momentum latitudinem aliquam & sæpe valde sensibilem habet. Idem dicendum erit de omnibus negotiis civilibus.

§. IIX. Ostendimus porro regulis certis non posse includi doctrinam de culparum gradibus ob infinitatem circumstantiarum. Quomodo ergo regulæ de impossibilibus rebus tentatæ possent usum genuinum habere in negotiis forensibus, ut in applicatione ad eadem illis, qui tuto fidere possit?

§. IX. Ipsæ vero regulæ à JCtis propositæ dum plures limitationes & exceptiones admiserunt, adeoque rem in se obscuram magis intricatam reddiderunt, eo ipso ad usum practicum fuere ineptæ redditæ, uti parum aptæ sunt regulæ in operationibus mechanicis, quæ ipsæ sunt instabiles & variis mutationibus iisque subitanæis obnoxia,

§. X.

§. X. Adde dissentiones Jctorum inter se supra expositas circa regulas ipsas & earum fundamenta, ac applicationem. Nam & hoc medio in foris Romanis jus maxime incertum fuit redditum, dum in causis similibus pro diversitate hypothesium & à Jctis fuerit diversimode responsum & à Judicibus, qui responsa Jctorum in pronunciando sequi tenebantur, diversimode pronunciatum.

§. XI. Imo, quid si omnia intuitu regularum de culparum gradibus in diversis contractibus diversimode absque contradictione fuissent, vaga tamen ac nimis fluxa ac varians diligentia debita ac diligentia & negligentia patrumfamilias conceptio, vel sola apta fuisset ad impediendum usum illarum regularum in praxi. Esto, omnes fuisse unanimes in deposito præstandum dolum saltem, in pignore culpam levem non levissimam, in commodato culpam levissimam quidem, sed non casum, necesse tamen fuit, in applicatione ad negotia existentia dissentum Jctorum & sententiarum ortum fuisse, ob affinitatem culpæ latae cum gradu saltem inferiore diligentia communis patrumfamilias, & ob affinitatem diligentis patrumfamilias in gradu superiore cum patrumfamilias diligentissimo, item ob affinitatem culpæ levissimæ & casus.

§. XII. Ut taceam, eum dissentum exinde vel maxime promoveri, quod quilibet homo videat equidem defectus aliorum, at in propriis agnoscendis sit cæcus, nisi ope Philosophiæ moralis ad agnitionem propria stultitia pervenerit, quales tamen pauci sunt, Esto igitur, aliquos ex judicibus de culpa aliena sapere, paucissimi tamen vitiis communibus laborant, Ergo
necesse

necesse est alios de uno eodemque facto mitius sentire, alios gravius de eo judicare.

§. XIII. Quod si insuper affectus aut interesse aliquod, etiam valde subtile & occultum intercedat, dissensus ille adhuc multiplicabitur. Quos amamus, eorum lapsus excusamus, quos odio habemus, eorum nævos leviores extollimus. At verò, à quibus utilitatem speramus, amamus, à quibus non speramus, eos non amamus. Parum verò differt non amare & odisse. Et quam rari sunt casus, ubi iudices extra partes aut extra amorem & odium sunt positi.

§. XIV. Fac etiam, iudices plane imparciales esse. Qui extra partes sunt, justissime judicant, si de aliis pronunciant, uti velint alios de suis factis judicare. Sed & hoc tamen propositum in præsentī materia occasionem præbebit dissensui infinito. Fatentur omnes diligentiam patrumfamilias non esse eandem, sed valde variare. Igitur necesse est, ut paterfamilias minus diligens factum tertii pro culpa leviori habeat, quod diligentior, rem secundum suos mores examinans haberet pro culpa graviore & dolo proxima, & sic in cæteris.

§. XV. Jam cum hæ circumstantiæ firmiter & penè mathematicè demonstrant, distinctiones illas graduum in culpis & inde formatas regulas in contractibus ante Justinianum nullum usum habere potuisse in foris Romanorum, facile etiam patet, tempore Justiniani etiam nullum habuisse usum; cum Justinianus in suo corpore Juris, ut capite primo monstratum, multos dissensus veterum Jurisconsultorum reliquerit, aut

aut certe multas falsas aut dubias regulas & decisionum rationes ex iisdem excerpserit, aut, si etiam hæc omnia non forent, sed nulla hic antinomia fuerit relicta, aut dubia decisio, vel regula proposita, non tamen potuerit Justinianus naturam negotiorum & hominum mutare, atque sic efficere, ut omnes diligentia in negotiis alienis æquale ubiuis facerent iudicium.

§. XVI. Quare & Germani prisca, cordatissimi videlicet mortalium, aut certè cordatiores Romanis, nunquam in quæstionibus de damnorum restitutione tales subtilitates inutiles amplexi sunt, sed simpliciter tradita Juris Gentium secuti docuerunt, damnum ab eo qui id dedit, aut qui in culpa est, sine divisione graduum culpæ, esse resarciendum, reliqua videlicet de culpæ examine relinquentes prudentiæ & conscientiæ iudicium. Revera enim una culpa est, id non fecisse quod facere debuissim, aut id fecisse quod debuissim ommittere, vel, ut Paulus JCrus dicit, *b)* culpa est, quod, cum à diligente provideri poterit, non esset provisum. Quoties igitur in jure Germanico de restituendo damno in contractibus agitur, simpliciter culpæ, non culpæ latæ aut levis aut levissimæ mentio fit. *c)*

§. XVII. Porro supra *d)* diximus, quod distinctio Juris Romani, utrum quis alienas res ut suas custodierit, an magis, nullo fundamento nitatur, sed jure Gentium in omnibus contractibus res alienæ magis
H
sint

b) l. 31. ad L. Aquiliam.

c) *Spec. Saxon. Landr. lib. 3. art. 5. verbis:* Daß der Schaden ohne seine Schuld sey geschehen: item: Stirbt aber ein Pferd ohne jenes Schuld. Item: *Spec. Svecic. Landr. cap. 243. (sec. edit. Goldasti.). 3. verbis.* stirbet das in seiner Gewalt ohne seine Schuld/ item: *cap. 245. verbis.* Ob er sein also gehüret hat als er solte. item. *cap. 248. verbis:* Hab ich sein gehüret als ich von recht solt.

sint custodiendæ quam propriæ. Eadem etiam fuit sententia Germanorum, eaqve disertè illis etiam temporibus, ubi jam magnam in Germania obtinuerat Jus Romanum auctoritatem, fuit defensa & inculcata, tanquam doctrina in praxi receptissima, videlicet in speculo Svevico^{e)} cujus compilerator tamen multa alias impertinentia ex Jure Romano immiscere solet. Igitur non solum major cura rebus alienis est adhibenda in contractu, ubi sola est utilitas habentis, ut in composito^{f)} sed & in contractu, ubi utriusque est utilitas, ut in locato^{g)} imo etiam in deposito ubi nullatenus est depositarii utilitas, ^{b)} Imo, nisi me omnia fallunt, eadem fuit etiam sententia Imperatoris Constantini: ⁱ⁾ dum pro regula ponit, quod suæ quidem rei quisque sit moderator ac arbiter, & pleraque negotia ex proprio animo faciat, aliena vero negotia exacto animo geri debeant, nec quicquam in eorum administratione neglectum declinatum culpa debeat esse vacuum,

§. XVIII, Quin etiam, uti ex iisdem juris Gentium

d) c. 1. §. 41.

e) Landr. c. 249. Sprechent erslich Leut: verloreit ein Mann sein selbs Gut mit meinem Gut / er soll mir es nicht gesten das ist nicht. Einem jeglichen Mann ist geseht / daß er fremdbes Gut bas soll pflegen / denn sein selbst Gut / 2c.

f) d. c. 249.

g) *ib. cap. 245.* Leihet ein Mann den andern ein Pferd umb Lohn 2c. wird es ihm verstohlen oder geraubt oder verbrennet es / oder stirbt es ob es Vieh ist / und hat er das Gut daß in seiner Hut gehabt / denn sein selbst Gut / er gilt des Gut nit.

^{b)} *ib. cap. 243. verb.* Wer den andern sein Gut empfiehlt uff sein Treu / und wird es ihm verstohlen oder geraubt oder verbrennet es / oder stirbt es ob es Vieh ist / und hat er das Gut bas in seinen Hut gehabt / denn sein selbst Gut / er gilt des Guts nit.

i) l. 13. C. mandati. vide supra c. 1. §. 25.

tium fontibus ostendimus, 1) commodatarium indistin-
ctè non liberandum esse, à casu & periculo secus ac jus
Romanum docet; ita etiam Jus Germanicum in hoc ca-
pite pro more consentit, rem commodatam commo-
datarii esse periculo jubens. m) Sed volumus saltem id
illustrationis gratia hic adducere, quod nempe jus pa-
trium etiam in doctrina de casu præstando non sequa-
tur Jus Romanum. Nam alias hæc observatio pri-
mario ad thema præsens de gradibus culparum non
pertinet.

§. XIX. Unde cave, ne à mutatione juris patrii hodiernâ in
isto casu argumenteris etiam ad mutationem ejusdem in doctri-
na de gradibus culparum. Etsi enim fortè hodie ob nimium amo-
rem juris Romani, secundum hujus sententiam commodatarius
in praxi liberatur à præstatione periculi, n) quoad præstationem
culparum tamen Jus Romanum nusquam legitur in foro esse
receptum, sed hic firmi adhuc stant mores patrii. Certe non
potest ostendi horum abrogatio aut illius receptio. Imò vix in
ipsis rerum argumentis occurrit inter partes de hac materia di-
sceptatio, nec recordatur Dn. Præses, quod unquam in Fa-
cultate Juridica de gradibus culparum in contractibus præ-
standa controversia obvenerit.

§. XX. Et necesse est, ut ipsimet hoc fateantur, quamvis invi-
ti, Pragmatici hodierni, qui consulant Advocatis, ut actio Le-

H 2

gis

1) d. cap. 1. §. 47.

m) Speculo Saxon. l. 3. art. 5. Was man dem Mann zugebrauchen leihet / das
soll er unverderbt wiederbringen / dem / der es ihm liehe oder soll es ihm gelten / nach
seinen Wården. It: Glossa Germanica ad libri 3. art. 10. verbis. Stirbt ein Pferd:
Bey diesen sollt du wissen / wer ein Vieh oder ander Thier bey sich hat / so es stirbt /
so wird es des ledig / ic. es wäre ihn denn geliehen oder versetzt worden / denn also
müsse er es nach unsern Rechten ohne einige Rede wiedergeben / oder nach seinen
Werth gelten / (aber nach denen Legibus helt man dieses anders) oder ob es durch
sein Schuld stirbe oder verwarlosset würde. Spec. Svecic. c. 243. §. 2. Was man
aber einen Mann leihet oder versetzt / das soll man ihm unverderbet wiederbrin-
gen oder gelten nach seinen Werth. Ist es aber ärger worden / das bessere man ihm
als Recht sey.

n) Qua de re differuit Dn. Præses in dictatis publicæ Institutionibus juris
Germanici lib. 2. tit. 2. de contractibus beneficis §. 59. seq.

*X videtur
ubi dicitur
Sed hodie

Jus patrii est
usque practici
ma esse
tit. 9. §. 19.*

*Germanicus dicitur
esse de
quibus præstat*

de periculo expre
sio
Glossa a. glorian
tur, in fine.*

60 DE USUPRACT. DOCT. DE CULPAR. PRÆST. IN CONTR.

gis Aquiliæ instituat, si culpa tali damnum datum sit, quæ non veniat præstanda ex natura illius contractus. Et si enim supra ^o) ostenderit eam doctrinam parum convenire cum jure Romano; Et si Dn. Præses integra dissertatione ^p) ostenderit, actionem legis Aquiliæ nunquam moribus Germanorum fuisse receptam, tamen ad oculum patet, quod hoc consilio admissio in effectu, i. e. in praxi doctrina de gradibus culparum in contractibus nullum habeat usum. Nam moribus Germanorum non opus est nomen actionis in libello exprimere, poterunt his moribus duæ actiones intuitu unius facti competentes cumulari. Igitur, si quis ab altero restitutionem damni in re dati, quam alter ex contractu penes se habuit, postulet, reus vero excipiat, damnum sic datum esse, ut ad custodiam rei ex natura contractus non fuerit obligatus; replicabit actor (secundum hypothesein illorum autorum,) reum tamen ex lege Aquilia ad restitutionem damni obligatum esse, adeoq; nunquam regulæ de gradibus culparum in foris Germaniæ proderunt. Neque novum est, ut Pragmatici hodierni ad jus patrium, etiam diversissima à Jure Romano disponens, torqueant textus Juris Romani, quia videlicet jus patrium & ejus rationes ex communi privilegio ignorantur, & quia jam olim glossatores antiqui Juris Germanici ejusmodi corruptelis ignorantiam Juris patrii introduxerunt, ut dissertatione inaugurali de quasi emancipatione Germanorum sub præsidio Dn. Præsidis alio illustri exemplo declaratum fuit.

S. XXI. Igitur spero, ut hæc hætenus demonstrata in posterum considerantes Doctores & juris interpretes in Germania tempus omnium rerum pretiosissimum amplius non sint perdituri inculcatione frustranea istarum subtilitatum Juris Romani de gradibus culparum in contractibus. Quod si tamen hoc malum ita radicatum fortè fuerit, ut à docentibus nulla sit emendatio speranda, spes tamen erit, ut juvenes tanquam præjudicii nondum sic indurati, talia legentes, relicturni sint Doctores inutilia cum tanta diligentia & pertinacia docentes & operam sint daturi doctrinis utilioribus pariter ac jucundioribus.

^o) Supra c. 1 § 28. 29.
^p) An la. Sa. Leges Aquiliæ &c.



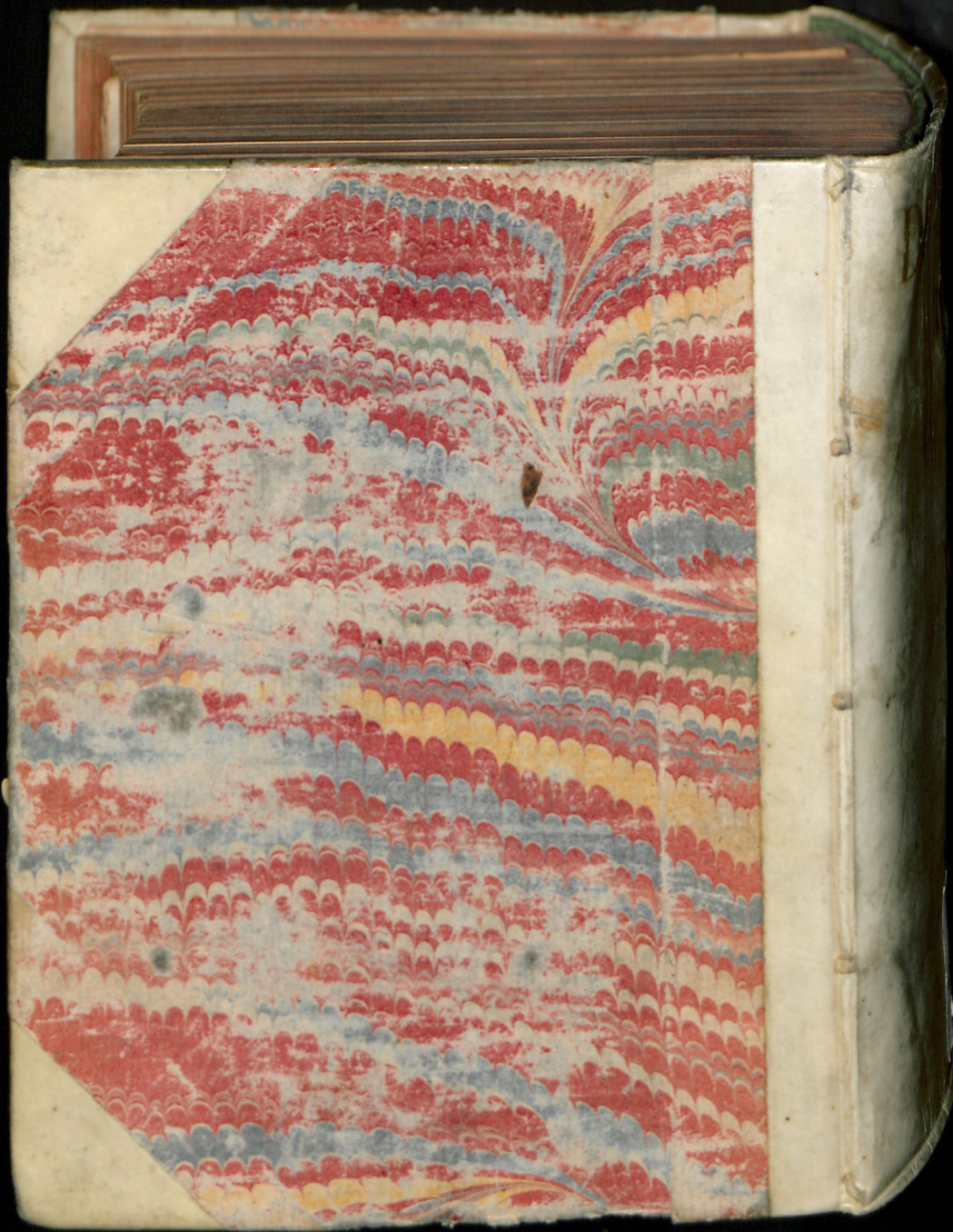
AB: 152953.

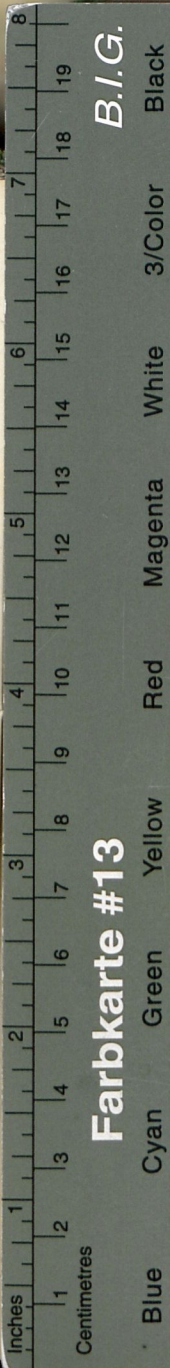
ULB Halle 3
003 011 747



8

Vb 17





B.I.G.

Farbkarte #13

B. C. D.
INAUGURALES,
De
RACTICO
E DIFFICILLI
ROMANI DE CUL
PRÆSTATIONE
TRACTIBUS,
Quas
MAGNIFICENTISSIMO,
PRINCIPE AC DOMINO,
ICO WILHELMO,
E ELECTORATUS ET PRO
M HEREDE &c. &c.
ADEMIA FRIDERICIANA,
PRÆSIDE
NO THOMASIO, JCTO,
S JURIDICÆ h.t. DECANO,
I C E N T I A
te jure honores & Privilegia
ALIA rite capeffendi
folemniter submittit,
Vottlob Preß / Advocat.
ric, Misenensis,
Anno M DCC V.
H. L. Q. C.
RIS SALFELDIANIS.

11

