



UNIVERSITÄTS-  
BIBLIOTHEK  
PADERBORN

# **R. P. Thomæ Tamburini È Societate Jesu Opera Omnia**

**Tamburini, Tommaso**

**Lugduni, 1689**

Capvt VI. De eadem quarta radice restitutionis, quæ immediatè est ex contractu in Vniuersum.

---

[urn:nbn:de:hbz:466:1-78172](https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:hbz:466:1-78172)

rem hanc obligationem esse, ita ut etiam is obligetur alere equum, verbi gratia vel servum commodatum, modò notavi. Unde fit, ut Commodatarius obligetur ex iustitia præferre rem pretiosam sibi commodatam, quam ea jactura rerum suarum, quæ æquivaleret illis alimentis; Atque eodem modò proportionaliter philosophare in reliquis contractibus.

§. IV. Summa evata ex dictis quoad obligationem restituendi ex culpa.

1. Obligatio restituendi, ut ex hæcenus sparsim dictis liquet, quatuor ex capitibus emergit. Ex delicto, ut ex furto, homicidio, adulterio, damnificatione, &c. Ex quasi delicto, ut cum servus tuus, vel animal tuum, tuisve filius alteri noceat. Ex contractu, ut in mutuo, deposito, empto, locato, &c. Ex quasi contractu, id est, ex officio, quo quis fungi proficitur: qualis est Tutor, Curator, Iudex, Gubernator, Medicus, publici Opifices, &c.

2. Dico in præcedentibus, esse statutum, homines tunc solum in foro conscientie ante sententiam Iudicis obligari in prædictis ad restitutionem, quando peccaverunt mortaliter.

De obligatione enim ex delicto; puta sive ex injusta acceptione, sive ex iniqua damnificatione, sic statutum est hoc Tractat. tertio, capitulo secundo, §. 5.

De obligatione ex quasi delicto, sic decrevimus l. 6. cap. 4. §. 2. num. 4.

De obligatione ex contractu, sic docuimus hoc tr. 3. cap. 5. §. 1. num. 5.

De obligatione denique ex quasi contractu, sic diximus ibidem, §. 2. num. 1.

3. Modò notes, ut non nimis sæpè notavimus, l. 1. cap. 3. §. 7. v. Depositorum, & paulo antè §. 2. num. 2. negligentie culpam in una re, verbi gratia, in re temporali aliquando esse venialem, quæ mortalis erit in re graviore, verbi gratia, pertinente ad vitam sic nimirum posente ipsius rei gravioris natura, multò magis si præcesserit aliqua promissio, &c.

CAPT VI.

De eadem quarta Radice restitutionis, quæ immediate est ex contractu in universum.

§. I. Præmittitur definitio Contractus.

1. Contractus, seu pactum strictè sumptum à Juris peritis sic definitur: Est aliud, cuius obligatio ex consensu, & voluntate parium consurgens; Planius autem sic definitur: Est actus externus inter duos, vel plures celebratus, pariens ex illorum consensu obligationem. Nota, priorem descriptionem tradi per effectum resultantem ex contractu, id est, per obligationem: posteriorem verò tradi per ipsam causam, puta per externum consensum, ex quo inseparabiliter consequatur obligatio. De his lege Molin. de Lugo, Fagundez, Oñate, mox citandos, Lell. Reb. aliisque passim ab iisdem citat.

1. Dixi (strictè sumptus) nam actus continens obligationem unius tantum, ut simplex promissio, vocatur minus strictè contractus. Pari modo actus continentes pactum explicitum unius partis, & implicitum alterius (quale accidit in obligatis ex officio; ut est conventio inter Tutorem, & Pupillum: inter Curatorem, & Minorem, vel furiosum: inter gestorem utilem tui negotij, & te absentem: inter fungentes publica administratione, & communitatem, &c.) vocatur quasi contractus.

3. Cum obligatio sit tam necessaria, & essentialis contractui, multa notavit de illa Doctores, Præcipua sunt

rem hanc obligationem esse, ita ut etiam is obligetur alere equum, verbi gratia vel servum commodatum, modò notavi. Unde fit, ut Commodatarius obligetur ex iustitia præferre rem pretiosam sibi commodatam, quam ea jactura rerum suarum, quæ æquivaleret illis alimentis; Atque eodem modò proportionaliter philosophare in reliquis contractibus.

§. IV. Summa evata ex dictis quoad obligationem restituendi ex culpa.

1. Obligatio restituendi, ut ex hæcenus sparsim dictis liquet, quatuor ex capitibus emergit. Ex delicto, ut ex furto, homicidio, adulterio, damnificatione, &c. Ex quasi delicto, ut cum servus tuus, vel animal tuum, tuisve filius alteri noceat. Ex contractu, ut in mutuo, deposito, empto, locato, &c. Ex quasi contractu, id est, ex officio, quo quis fungi proficitur: qualis est Tutor, Curator, Iudex, Gubernator, Medicus, publici Opifices, &c.

2. Dico in præcedentibus, esse statutum, homines tunc solum in foro conscientie ante sententiam Iudicis obligari in prædictis ad restitutionem, quando peccaverunt mortaliter.

De obligatione enim ex delicto; puta sive ex injusta acceptione, sive ex iniqua damnificatione, sic statutum est hoc Tractat. tertio, capitulo secundo, §. 5.

De obligatione ex quasi delicto, sic decrevimus l. 6. cap. 4. §. 2. num. 4.

De obligatione ex contractu, sic docuimus hoc tr. 3. cap. 5. §. 1. num. 5.

De obligatione denique ex quasi contractu, sic diximus ibidem, §. 2. num. 1.

3. Modò notes, ut non nimis sæpè notavimus, l. 1. cap. 3. §. 7. v. Depositorum, & paulo antè §. 2. num. 2. negligentie culpam in una re, verbi gratia, in re temporali aliquando esse venialem, quæ mortalis erit in re graviore, verbi gratia, pertinente ad vitam sic nimirum posente ipsius rei gravioris natura, multò magis si præcesserit aliqua promissio, &c.

CAPT VI.

De eadem quarta Radice restitutionis, quæ immediate est ex contractu in universum.

§. I. Præmittitur definitio Contractus.

1. Contractus, seu pactum strictè sumptum à Juris peritis sic definitur: Est aliud, cuius obligatio ex consensu, & voluntate parium consurgens; Planius autem sic definitur: Est actus externus inter duos, vel plures celebratus, pariens ex illorum consensu obligationem. Nota, priorem descriptionem tradi per effectum resultantem ex contractu, id est, per obligationem: posteriorem verò tradi per ipsam causam, puta per externum consensum, ex quo inseparabiliter consequatur obligatio. De his lege Molin. de Lugo, Fagundez, Oñate, mox citandos, Lell. Reb. aliisque passim ab iisdem citat.

1. Dixi (strictè sumptus) nam actus continens obligationem unius tantum, ut simplex promissio, vocatur minus strictè contractus. Pari modo actus continentes pactum explicitum unius partis, & implicitum alterius (quale accidit in obligatis ex officio; ut est conventio inter Tutorem, & Pupillum: inter Curatorem, & Minorem, vel furiosum: inter gestorem utilem tui negotij, & te absentem: inter fungentes publica administratione, & communitatem, &c.) vocatur quasi contractus.

3. Cum obligatio sit tam necessaria, & essentialis contractui, multa notavit de illa Doctores, Præcipua sunt

finc hæc quatuor: Primò, consensus debet esse verus, & non fictus, quare verbis dicens se contrahere nimo nõ contrahendi, contractum verè non celebrat licet aliunde obligetur ad damna omnia, quia scilicet proximum per illam fictionem decept, ut à nobis fusc dictum est sup. lib. 3. c. 3. §. 2. qui est de *Iuramento promissorio dolo*. Non me latec Basilium Pont. lib. 2. *matrim. cap. 4. num. 3.* (cui adde Turrianum apud de Lugo *mor. citandum*) contra Molinam, d. 352. *non ego probabilis* (cui adde de Lugo, tom. 2. d. *inst. d. 22. sect. 4. n. 45.* dicentem esse omnium ferè Doctorum) aliòque putare, ad essentiam contractus sufficere verba externa significantia consensum, sine necessitate ipsius interni consensus. Sed nos Molinam sequimur, quia non potest à me oriri obligatio contractus sine voluntate me obligandi: at voluntas me obligandi ipsissimus est consensus.

4. Secundo: Si verum consensum non habuisti, sed postea, persistente alio in vero consensu, tu consensum verum præbeas, revalidatur, seu ratificatur contractus, de qua re multa Doctores passim. Lege Sanchez, lib. 2. de *matr. d. 32. & 35.*

5. Tertiò: Si voluisti contrahere, sed noluisti te obligare, certant utrimque Doctores, an verè contraxeris; de quo nos aliqua tetigimus, cum de *Iuramento*. Illud est certum, obligari te ad omnia damna modo jam n. 3. dicto, ob deceptionem.

6. Quartò: Si consensisti ex metu, si ex dolo, vel vi, si ex errore dantibus causam contractui, si circa substantiam, si circa qualitates, an subsistat contractus? Variæ sunt opiniones, quarum saltem necessarias nos, cum egimus de *Voluntario, de Voto, de Iuramento*, satis tetigimus & multa dicemus inferius cap. 7. §. 11. d. n. 11.

#### §. I I. Divisio Contractuum.

##### Prima Divisio in Contractum nominatum, & innominatum.

1. **N**ominatus est ille, qui habet speciale suum nomen, ut emptio, venditio, locatio, & sexcenti alij. Innominatus nomine speciali caret, sed utitur generali. Estque quadruplex. Do, ut des, quando tibi do, verbi gratiã, panem, ut des vestem: Do, ut facias, quando do panem, ut scribas. Facio, ut facias, quando ego scribo, ut tu me doceas. Facio, ut des, quando tibi sergio, ut tu mihi panem tribuas. Legantur pro omnibus his divisionibus Castro Pal. de *justitia cõmutativa, d. 1. part. 2. alijque*, quos ipse citat. Licet autem in contractu innominato, si neuter ex contrahentibus illum, ceperit implere, non datur in jure externo actio unius contra alium, unde posset alter à contractu rescilire: tamen in foro conscientiæ, dũ alter non recedit, debet uterque stare contractui, nisi circumstantiæ sint notabiliter mutatae, modo alibi dicto in simili. Ratio est, quia verè, & in conscientiã obligavit, atque alter, cum onere se obligandi, acceptavit, ut supponimus.

##### Secunda Divisio in Contractum bonæ fidei, & stricti Iuris.

2. Contractus bonæ fidei dicuntur illi, quibus Index poterit, etiam in conscientiã, multa ex æquo, & bono arbitrari. Tales sunt, quibus Imperator §. *Actio. instit. de actionibus*, competere dicit actionem bonæ fidei, his verbis: *Actio enim quaedam bonæ fidei sunt, quaedam stricti Iuris. Bonæ fidei sunt hæc, ex empto, venditio, locatio, conductio, negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro socio (id est, contractus Societatis) tutela, commodati, pignoratitia, familia heredis (id est, Ins dividenda facultatis inter hæredes) communi dividendo (id est, distributio communium bonorum in eos, in quos dividi debent (prescriptis verbis, que de æstimate proponitur (id est, quando alicui datur res, ut ejus æstimationem, seu pretium reddat) & ea, que ex permutatione competit, & hereditatis petitio. Hactenus Imperator Iustinianus.*

3. Contractus stricti Iuris, sunt ceteri præter prædictos, ut emphiteusis, contractus bonæ fidei, &c. sic enim habet Glossa summaria, & ordinarij apud. Onate, tom. 1. *contract. tract. 1. d. 2. sect. 2.* ubi: *Quædamque actionem hic enumerantur verè stricti Iuris iudicantur.*

4. Ratio hujus divisionis, quæ rem totam, obicitur, tibi planam faciet, est, quia illi contractus, quos vocamus bonæ fidei, solent esse frequentes inter Cives, unde contrahentes non solent ponere conditiones, quas alioqui ponere possent, cum contraherent, ut in illis, consuetudines, & leges partium mittant ad usum, consuetudines, & leges partium dictis communibus contractibus intelligi solent, quod in eo contractu explicitè illæ conditiones intelliguntur, non adstant. At alij contractus stricti Iuris non solent esse tam frequentes, & quia contrahentes in eis consuevère omnes particulares conditiones præscribere, ideo secundum præscripta verba contractus, Index in illis iudicatur debet.

5. Differunt hi contractus præcipue in eo, quod unus non causam contractui stricti Iuris (quia scilicet non fuisse contractum celebratum, nisi debeat intervenisse) in multorum sententia non redditur, in tractum ipso jure nullum, sed solum erit rescindendum. Lege de Lugo, tom. secund. de *inst. d. 22. sect. 1. num. 70.* ait dolo quicunque cadens in substantiam, si in accidentia dans causam contractui bonæ fidei ipso jure nullus, ut distinctè explicabimus inferius, cap. 11. d. n. 11.

6. Lege Molinam, l. 1. d. 259. lege item de Lugo d. 22. num. 10. qui bene notat, has differentias parum referre ad conscientiæ forum, in cuius explanatione solum deludat industria.

Operæ pretium est item hic non ignorare sponseri numerari à Sanchez, apud Fagundez, de *contractibus cap. 1. num. 9.* inter contractum bonæ fidei: unde scilicet esse nulla, nec per illa enasci impedimentum præca honestatis, si illis dolo causam dedit, sine prædicatione, Matrimonium item supponitur à Molina, tom. secund. 352. §. *illud est observandum*, esse contractum bonæ fidei, unde sequi debet, esse item nullum, si unus det causam contractui: tamen propter rationes proprias Matrimonij, solum si dolo cadat in personam, in personam libertatem, erit nullus, scilicet erit validus, si nos explicavimus, lib. 3. §. 5. num. 27. & docent committere Doctores.

##### Tertia divisio in Contractum, seu Pactum nudum, & vestitum.

6. Nudum est, in quo intervenit conventio pacti, & ad nihil aliud est processum; vestitum, cum est processum ad aliquid. Proceditur autem, seu vestitur pactum quinquem modis. Primò re ipsa, ut si ex altera parte accipiat adimpleri. Secundo verbis, ut si accedat formalis promissio, quæ olim fieri consuevit per conceptam verborum formulam, verbi gratiã: Spondeo dare certum, alter respondeat, Spondeo. Tertio, Scripturã. Quarto, iuramento. Quintò, si integrè, re ipsa, contractus perficiatur: quale esse solet mutuum, commodatum, pignus, depositum, quæ jam perfecta sunt, cum res traditur. Atque ex dictis regulariter contractus immunitos solere esse pacta nuda, ut notat rectè de Lugo d. 12. de *inst. Si sit promissio ex una parte tantum, quæ aded non acceptata, non dicitur pactum, ne nullum quidem: quia pactum debet esse contractus, atque adaltem duorum.*

7. Adverte primò, ex pacto nudo non oriri regulariter civilem obligationem, ac proinde ratione pacti nudi in foro externo non dari actionem contra alterum ex vestito oriri, & actionem dari. Dixi (regulariter nam promissioni dotis, promissioni solutionis debiti alterius, donationi, etiam quando nudi sunt contractus.

...conceditur ex specialibus iuribus actio. Lege Mo-  
... de con. d. 2. §. 5. At in foro conscientie semper  
... obligatio, quando haec verba adest, iuxta dicta §. 1.  
... quia sic jam adest sufficiens consensus utrius-  
... partis supponimus.

S. Adverte secundo: Aliquos esse contractus, qui  
... validi, solo consensu exteriori, legitime utrinque  
... pacto, ut est Venditio, Emptio, Matrimonium,  
... sponsalia, &c. Aliquos vero indigere scriptura, ut  
... promissionem gratuitam, & non onerolam (hos  
... terminos mox explicabo numero sequenti) etiam acce-  
... ptam, quae, verbi gratia, facit donandi, vel venden-  
... di aliquid alicui, nisi accedat scriptura, stipulatio, vel  
... instrumentum, ad nihil nunc obligare. Ratio est, quia  
... ex communi hodie consuetudine per solum pro-  
... missionem nullus se obligare intendit, vel putat, nisi  
... scriptura major explicatio accedat. Unde Sa, v. Promissum. 1.  
... habet: *Vix autem quis promittit tibi obligari inten-  
... dit, nisi iuret, aut faciat Instrumentum.*

Quarta divisio in Contractum onerosum,  
& lucrativum.

Onerosus, qui dicitur etiam non gratuitus, utrin-  
... que obligat; nam propterea est proprie contractus.  
... principalis est permutatio, venditio, emptio, &c. inter-  
... venit autem in his pretium, vel compensatio. Lucra-  
... tivus, qui dicitur etiam gratuitus, vel gratiosus, non  
... obligat, nisi ex una parte, ut promissio liberalis, do-  
... nationem liberalis, mutuum, depositum, &c. Si enim  
... alicui rem aliquam donas, ego non obligor illam re-  
... cipere, &c. Maxime vero notandum est ex de Lugo  
... de just. d. 1. §. 1. d. 1. §. 1. d. 1. §. 1. d. 1. §. 1. d. 1. §. 1.  
... distinctionem illud inter ejuimodi contractus. Nam onerosus  
... non perficitur, nisi acceptetur ex utraque parte, &  
... utriusque intinetur, seu fit nota reciproca acceptio. Num  
... si gratuito satis fit, si solum acceptetur ab utraque, non  
... vero sit necesse, ut utriusque mutua acceptio intinetur.  
... Exemplo exempli: Mittat Antonius Epistolam, imò, &  
... scripturam publicam ex Notario, per quam offerat, seu  
... vendat Petro suum praedium, vel equum mille, verbi  
... gratia, vel centum aureis, & Petrus acceptet etiam  
... per Notarium. Dico hunc contractum, quia est one-  
... rosus, non esse perfectum, atque adeo posse utrum-  
... que esse, Antonium, & Petrum ab eo resilire, donec  
... ejuimodi Petri acceptatio intinetur Antonio, vel ejus  
... legitimo procuratori, vel saltem donec ipse equus, &  
... verbi gratia, mittatur Petro, & ab ipso recipiatur: nam  
... si equus jam acceptatus ponitur in dominio Petri, &  
... ea illa parte trahit onus, ut solvatur dominio ejus  
... pretium, unde amplius resiliat à contractu neuter po-  
... test. At vero mittat similem scripturam idem Anto-  
... nius, per quam promittat, vel donec eidem Petro equum,  
... verbi gratia, & Petrus acceptet. Dico hanc promissio-  
... nem, quando juxta dicta numero 8. jam obligat, ut  
... etiam donationem liberalem, quia sunt contractus gra-  
... tuos, esse perfectos, atque adeo non superesse locum  
... revertendi, quamvis nondum acceptatio Petri nota sit  
... Antonio, vel ejus Procuratori, cujus discriminis ul-  
... tior Ratio est, quia in oneroso utriusque est obligatio,  
... & in utroque est jus exigendi, ergo utriusque nota esse  
... debet acceptatio. At in gratuito, cum obligatio solum  
... sit ex parte donantis, seu promittentis, satis est si haec  
... nota sit ipsi donatario, seu promissario, qui solum ac-  
... quirit jus ad rem promissam, seu donatam exigendam.  
... Lege haec fuisse apud citatos; apud quod vide etiam  
... alias divisiones contractuum minus necessarias.

III. Regula generalis de restitutione ex praedictis  
contractibus in universum.

1. S, qui contractum, vel quasi contractum cum  
altero legitime iit, ea debet (nisi idonea ac-

cedat excusatio (restituere, seu ut magis proprie loqua-  
mur, tradere, ad quae tradenda se obligavit. Videtis ra-  
dicem hujus obligationis non esse aliam nisi pactum, vel  
consensum, quibus voluit quis alteri se obligare? Et in  
onerosis quidem ad id Ius iustitiae urgeret, elucet, quia  
non fieret aequalitas inter contrahentes, nisi traderetur,  
quod utrumque conventum est; apparet nihilominus  
etiam in gratuitis, quia in his etiam (licet voluntarie)  
te obligasti, ut suppono; quare posita obligatione, jam  
alter acceptans aliquid tandem, sive grave, sive leve  
jus iustitiae contra te acquisivit.

2. Haec regula adeo universalis insufficientis est pro  
praxi. Explorandum enim est, an simpliciter se quis obli-  
gaverit: An legitime: An sub obligatione gravi, vel levi:  
An adit executio, & sexcenta similia, quae certè ex di-  
ctis, & ex dicendis in contractibus in particulari, saltem  
magna ex parte nobis plana sient.

CAPVT VII.

De eadem quarta Radice Restitutionis ex Con-  
tractu particularis Venditionis,  
& Emptionis.

1. Non omnes contractus explicandi à nobis su-  
scipiuntur: id enim nimis longum esset, & à  
nostro instituto alienum; seligo enim tantummodo usu  
frequentiores, & ex quorum cognitione lux aliqua pro  
caeteris sufficiens haberi possit. Erunt autem Emptio,  
Venditio, Mutuum, & Usura.

§. I. Quid sit Emptio, & Venditio?

1. Est contractus bonae fidei, utroque obli-  
gatorius, qui perficitur absoluto consensu, re,  
& certo pretio: & quidem voluntarie. Intellige autem,  
re, & pretio à te datis, vel certè dandis. Dilcurramus  
per singula verba.

Requiruntur consensus, & quidem absolutus.

2. Dicitur est primò, qui perficitur consensu (hic  
enim contractus perficitur per solum mutuum con-  
sensum verbis, vel nutibus expressum, imò, & per litte-  
ras, & per procuratorem, seu nuntium; Perficitur, in-  
quam, quoad substantiam; nam caeterum, quoad in-  
tegritatem completam, seu quoad complementum, re-  
quiruntur solutio pretij ex una parte, & accepta posses-  
sio rei ex altera. Per venditionem enim non est neces-  
se, ut actu transferatur dominium: satis enim est, ut  
talis venditio sit translativa domini, & venditor ex vi  
venditionis factae, remaneat obligatus ad transferen-  
dum. Ita Less. 2. capit. 2. dub. 1. n. 1. alique. Ejuimodi  
autem possessio, seu dominium rei venditae transfer-  
tur in emptorem, non quidem quando fit ipsa sub-  
stantia contractus venditionis per mutuum consen-  
sum, sed quando ei traditur res à venditore, & solvi-  
tur ab emptore pretium, seu habetur pro soluto, seu  
loco ejus datur aequivalens, quale est pignus, vel fide-  
jussor. Id nota vi per illud, (datis, vel certè dandis). At-  
que hinc fit, ut quamvis posita sit substantia venditio-  
ni, unde & debeatur gabella venditioni fortè impo-  
sita; (cui Gabellario, dicam mox numero 5.) Si tamen  
possessio rei nondum est emptori data, res si perit, pro  
venditore perit, ut pro eodem fructificat, quia adhuc  
est in ejus dominiu. Ita Castro Pal. de just. com. d. 5. q. 26.  
alique ibid. cit. Nam si possessio sit emptori data, quam-  
vis nondum soluto pretio, ipsi emptori fructificat, ipsi-  
que perit, praescindendo semper à pacto aliquo iusto in  
contractum, quo contrahentes nolint ante pretium so-  
lutum transferri dominium, sed haberi pro locata, verbi  
gratia