



**Tractatus Exegeticus Ad Librum III. Decretalium Gregorii
IX. Contractus in specie secundum rubricarum ordinem
exponens**

Scharz, Oddo

Salisburgi, 1738

[urn:nbn:de:hbz:466:1-63816](https://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:hbz:466:1-63816)

ARTZ
STATUS
1860

Th I.
1860

M. II. 47.

Th. 4860.

M. III. 47.

38.

TRACTATUS
EXEGETICUS
LIBRUM III. DECRETALIUM
GREGORII IX.

*Contractus in specie secundum rubricarum
ordinem exponens*

QUEM

In Alma, & Archi-Episcopali Benedictina Uni-
versitate Salisburgensi

AUTHORE, ET PRÆSIDE

P. ODDONE SCHARZ,

Ordinis S. Benedicti, ex Antiquissimo Superio-
ris Austriæ Monasterio Cremifanensi, J. U. Doctore,
Celsissimi & Reverendissimi Archi-Episcopi, & S. R. I. Principis
Salisburgensis &c. &c. Consiliario Ecclesiastico, SS. Canonum Professore publi-
co, & Ordinario, in Celeberrima Adolphiana Universitate Fuldenſi Inclytæ Facul-
tatis Juridicæ Assessorie Actuali, Notario Apostolico publico, in Archivio
Curiæ Romanae Immatriculato.

Pro capessenda propediem ex Utrōque Jure Doctorali Laurea
PROPUGNANDUM SUSCEPIT

Prænobilis Dominus

LEOPOLDUS CHRISTOPHORUS

DE RHADITSCH,

Juris Utriusque Candidatus, Examinatus & Approbatus, Archi-
Episcopalis, & Illustris Collegii Virgiliani Convictor.

Ad Diem 25. Augusti Anno reparatæ Salutis M. DCC. XXXVIII.
Horis Ante- & Pomeridianis.

P A R S II.

S A L I S B U R G I,

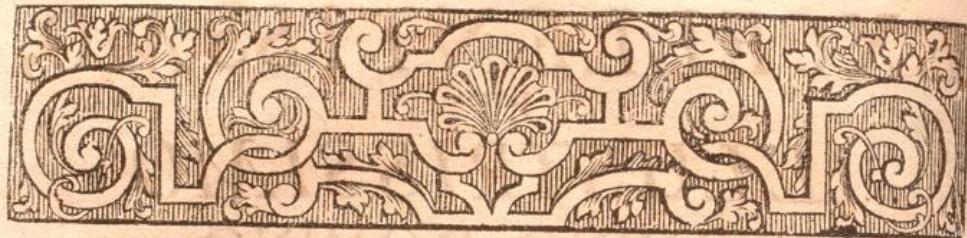
Typis Joannis Josephi Mayr, Aulico-Academici Typographi p. m. Hæredum.

EXCELLENTISSMO,
ET
ILLUSTRISSIMO
DOMINO DOMINO
CORBINIANO,
S. R. I.

COMITI A SAURAU,
Libero Baroni in Listig,
Crems, Fridstein, Superiore Stainach,
Domino Dominorum Walchenstein, Slad-
ming, Klein-Sölk, Schwanberg, Paach, &
Brembstötten,

Sacræ Cæsareæ, Regiæque Catholicæ
Majestatis Consiliario Actuali Intimo, Inclyti
Ducatus Styriæ Supremo Camerario Hæreditario,
& Sub-Mareschalo ibidem Hæreditario; nec non
Inclyti Ducatus Carniolæ Supremo
Capitaneo &c.

DOMINO DOMINO
SUO GRATIOSISSIMO.



Illustrissime, ac Excellentissime
DOMINE DOMINE
C O M E S.



Obilissimæ illæ atque excelsæ animi
dotes, quas Natura & Virtus æmulâ
liberalitate in Te, EXCELLENTIS-
SIME COMES, effuderant, quibûsve
plusquam magneticâ vi tum Sum-
morum Principum Tibi attrahis fa-
vores, tum populi quoque universi
animos in Tui captivas venerationem, illius sublimi-
tatis sunt, ac præstantiæ, ut Ciceronis illud in Laudem
Marcelli perorantis jure optimo de Te dicere possim,
ni-

nimirum, nullius tantum esse flumen ingenii, nullam
scribendi, aut dicendi tantam vim, tantamque copiam,
quae non dicam exornare, sed enarrare res Tuas gestas
possit. Quidquid enim divitiarum per rivulos dispen-
satrix natura aliis contulit, aut gratia, id omne in Te
uno torrentis ad instar confluxisse suspicimus; adeo, ut
asserere non dubitem, Te in hoc vel maximè assecutum
esse naturam Solis, qui suo amplissimo ambitu tot,
tamque multiplices in se complectitur virtutes, quas
in inferioribus non nisi varie dispersas reperimus. Et
hæc sanè ornamentorum, quibus resplendescis undique,
collectio causa illa extitit, quod ad supremi Ca-
pitaneatus fastigium electus communi omnium votum
ac solatiū præsideres, nimirum, ut vel sic Illustrissi-
mos Virtutum Tuarum radios quoquoversum dispen-
sares, & sicut nihil est, quod non aliquid virtutis emu-
tuetur à Sole, ita omnes in Te haberent, quod de Lu-
mine Tuo in altis posito, & explicato participarent.
Et profecto habet Patria, quae in Te suum agnoscit, &
amat Patrem, habent subditi, quorum fessos labores
gratiosissimus Sinus Tuus excipit, & solatur, habent
clientes, qui omnem è Tuis gratiis trahunt & alunt
spiritum, habent & Magnates, qui in Te rarum quod-
dam excelsarum mentium Prototypon intueantur, &
imitentur. Nihil enim in Te, quod non illustre, nihil,
quod non admirabile, nihil, quod non immortalitate
dignissimum. In luce sunt, quae scribo. Quis enim
est, qui nesciat Tuam in agendo dexteritatem, in eno-
dandis abstrusissimis Mysteriis subtilitatem, in tractan-
dis summè arduis negotiis facilitatem? Quid plura?
Nobilitatem nondum attigimus. Alienum quidem

bonum, nisi innata virtus fecisset suum. Ex antiquissima Te ortum novimus Prosapia, quæ an Tibi magis, an Tu illi sis ornamento, haud satis assequor. Certè per illam instillatos Tibi generosos spiritus, totque virtutum decora admiramur. Nihil autem hic memoria de nobilissimis illis Ecclesiæ fulcris, clarissimis Teutonici Ordinis membris. Nihil de famosissimis Protoparentibus Tuis, qui centum jam abhinc & pluribus annis in Inlyto Ducatu Styriæ Illustrissima illa tum. Prætoris, tum Supremi Capitanei munia Atlanticō sustinuerunt humerō, ibidemque Sub-Mareschalatūs dignitatem promeruere hæreditariam. Nihil inquam de ipsis memoro, utpote, quos omnes in Te uno, velut Phœnix redivivos, aut in imagine viva adumbratos legimus. Legimus, inquam, illos & suspicimus in Te, quoties aut Sapientissima responsa dantem Te percipimus, aut ardua quæque exantlantem comperimus. Quidquid enim in illis Virtutis & Sapientiæ, Consilii & Gratiæ, Constantiæ & Magnanimitatis, id Eminentissimō quodam modō in Te refulgere manifestum est. Qui splendor Virtutum Tuarum cùm tenebris involvi se minimè pateretur, fieri non potuit, ut non etiam Supremi Monarchæ Augustissimi Imperatoris oculos feriret, repercussâ exinde in Te Maximâ Illâ Clementiâ, quâ ad intimi sui Consilii Actuale Membrum Te provehere, Commerciisque Provincialibus veluti diei Solem præficere non dubitavit. Atque hos Augustissimos favores amplissima illa in Bonum Publicum à Te profecta merita jure sibi exegere. Ast, parum Tibi fore, existimas, tot studiis & aureis catenis devincire Aulam, nisi & ipsum Cœlum in Tua vincula traheres,

pro-

probè gnarus, Te haud rectius ac felicius ad honoris
templum scensurum, quam salutatò prius & pene-
tratò Virtutis ac Religionis Templò. Et sanè non per
aliud, nisi per hoc ipsum in Superos eximiæ Religio-
nis studium viam Tibi regiam stravisti ad excelsum il-
lud dignitatis subsellium, quod Te hodie Religionis Fau-
torem, ac Supremum Commissionis Præsidem salutat.
Habet sanè in Te, quod sibi gratuletur afflita Religio,
cujus collapsa jamjam brachia Tuò Zelè sustentas, su-
stentata erigis, erecta confortas. Parco hic ultrà mo-
destiæ Tuæ, EXCELLENTISSIME COMES, simûl-
que tenuitati meæ. Vereor enim, ne protelandò, &
acuendò in Tuas laudes calamum veris minora effi-
ciam. Id unum iteratò dixisse & comprobâsse suffi-
ciat, in Te omne id collectum, ac coadunatum repe-
riri, quod in aliis non nisi dispersum invenire est. Hæc
verò cùm ita sint, quem alium hisce Thesibus meis
potentiores quærerem, aut deligerem Patronum, nisi
Te, EXCELLENTISSIME COMES, in Cujus Sinu
velut penetrali suo Virtus & Doctrina tam raro & ami-
cabili nexu sibi junctæ conquiescunt. Huic igitur Sinui
Tuo sese præsens Canonica Elucubratio tanquam pro-
priæ Sedi suæ reverenter insinuat, Tuoque Nomine &
grandescere, & inclarescere petit. Neque enim dubita-
re potest, in manibus omnium, ad quos lapsu temporis
devolvetur, pretium sese, splendorēmque obtentu-
ram, si prius à Tuis fuerit consecuta. Insignis enim
illa, quæ inter cætera clarissima Principalis animi Tui
decora eminet, doctrinæ præstantia tanta est, ut pro-
prietate sibi quadam vendicet, quidquid sub Prælo na-
scitur litterarum.

Ad-

Admitte igitur, ut hoc quoque recens sub Prælo
natum **Canonicum** opus in **Sinum Tuum**, quem toties
ad vota mea expansum reperi, deponam, Tuique Ex-
cellentissimi Nominis fronte decorum lucem publi-
cam aspiciat. **Ditissimi Superi uberrimos** è **Cœlo** in
Te depluant favores, Tibique quā plurimos etiam de
meis adjiciant annos, id, quod singulariter cedet in in-
crementum Boni Publici, & Sacrosanctæ præprimis
Religionis securitatem, & in solatium omnium Tuo-
rum, maximè Familiæ meæ minimæ, quam ut una
mecum amplissimis favoribus Tuis prosequi ac fovere
digneris, submississimo affectu precatur

EXCELLENTISSIMI NOMINIS TUI

Perpetuus devotissimus Cultor

DEFENDENS.

AP.



APPROBATIO S. FACULTATIS THEOLOGICÆ.

Pars hæc *Libri III. Decretalium* cùm nihil Orthodoxæ Fidei, aut probatis morum regulis adversum contineat, insuper autem *Parti I.* nuperrimè in lucem emissæ nec eruditione, nec perspicuitate aut soliditate secunda sit, sed cum aliis eruditissimis Clarissimi Authoris *Commentationibus* æquè primas teneat, ad Jurisprudentiæ Utriusque Ornamentum, Justitiæ munimentum, dissentium doctorumque emolumentum eandem luce publica pariter dignissimam censeo

P. CORBINIANUS THOMAS,
Ord. S. Bened. Imperialis Monasterii Elchingani Professor, SS. Theologiae Doctor, ejusdemque in Scholasticis Professor Ordinarius, Celsissimi & Reverendissimi Archi-Episcopi & S. R. I. Principis Salisburgensis &c. &c. Consiliarius Ecclesiasticus, Almae Universitatis Vice-Rector, & S. Facultatis Theologicæ p. t. Decanus.

)()()

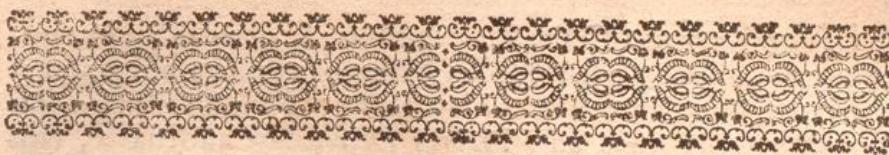
AP.

APPROBATIO INCLYTÆ FACULT. JURIDICÆ

Succedit hic Pars altera, qua Clarissimus Elucubrator suam *Commentationem*, & justas Vindicias ad Librum III. *Decretalium* continuat. Priori equidem *Natalium* ordine *secunda*; *Commendationis* meritō autem *Germana compar*: dignissima proin, quæ in idem eum priori honoris veniat participium, fātique, in lucem publicam prodiens, haud minor *Gloria Patris*, Clarissimi Authoris; simūlque *Prænobilis D. Deffendentis præcellentem Juris Utriusque Doctrinam*, quam sibi inter parietes indefessō studiō comparavit, in *applausum* provehat Urbis, & Orbis. Ita censet

FRANCISCUS JOSEPHUS DE HERZ
IN HERZPELD, J.C. Celsiss. ac Reverendiss. Archi-
Episcopi, & S.R.I. Principis Salisburg. &c. &c.
Confiliar. Actualis Intimus, Juris Publ. Naturæ
& Gentium, nec non Codicis Professor Ordin.
ac Inclytæ Facultatis Juridicæ p. t. Decanus.

DIS-



DISSERTATIO PRÆAMBULA
AD
LIBRI III. DECRETALIUM.
PARTEM II.

DE Ecclesia Creditrice, & Debitrice, singulariter privilegiata.

Ractatui Juridico quem *de Contrac̄tibus in Specie, ad Lib. III. Decretalium*, secundum principia Theorico-practica, *Canonica, & Civilia* apparamus, Dissertationem *de Ecclesia Creditrice, & Debitrice*, ejusque privilegiis præmittere non inutile visum est: Sunt enim non pauci, nedum heterodoxi, sed etiam, quos nascendi sors orthodoxos effecit, qui in id omne studium conferunt, ut Ecclesiæ jura, & privilegia, quibus vel ab ipso Servatore nostro primitus dotata; vel à Christianissimis sacerculi Principibus olim liberalissimè exornata fuit, per spolium sacrilegum rursus auferant, atque sic turpissimè denudatam insanissimo hæreticorum ludibrio exponere non erubescant. Non producam hic pessimè feriatos Catholicos, qui nominetenus duntaxat tales, in Ecclesiam iniqui, & injurii existunt; JUSTUM HENNINGIUM BOEHMERUM, magnum illud Protestantium Numen, nominasse satis erit. Scriptor hic admodum celebris, qui in materiis profanis, forūmque politicū spectantibus, castigatissimus, omnique laude, & commendatione dignissimus est, in *Canonicis adeo intemperans existit*, ut nihil non agat, quo

(A)

Ec-

Ecclesiam Romano-Catholicam juribus, & privilegiis, in quorum antiquissima possessione illa hactenus constituta fuit, penitus exuat, & avitam auferat Majestatem: id quod vastissimi ejus Commentarii, quos ad *V. Libros Decretalium* adornavit, sati supérque testatum faciunt. Nos iniquas Bœhmeri machinationes in præcedentibus duobus *Decretalium* Libris jam ex parte deteximus, & castigavimus; eas porrò in nostris Commentationibus ad præsentem Librum III. & reliquos duos subsequentes detegere, corrigere, & evertre pergimus. In præsenti quidem Dissertatione labor noster eo solo occupabitur, ut Ecclesiae in contrahendo (sive deinde consideretur ut *Creditrix*, sive ut *Debitrix*) plurima jura singularia, contrà quā sentit Bœhmerus, competere demonstremus.

§. I.

De Juribus singularibus, quæ Ecclesiae quā Creditrici competunt.

S U M M A R I A.

1. Ecclesie etymologia, & homonymia exponitur.
2. Precipui apborismi juris privilegiarii, Ecclesie competentis recensentur.
3. Bœhmerus desuper scandalizatur.
4. Scandalum eidem eximitur.
5. Primo, quod hæc doctrina sit gravissimorum interpretum.
6. Quod in lege fundata.
7. Rationes Bœhmeri communicationem privilegiorum à fisco, dote &c. ad Ecclesiam negantes referuntur, & refelluntur.
8. Privilegia Ecclesiae, & causis piis concessâ singillatim recensentur.

A Ntequam jura Ecclesiae quoad Contractū celebrationem præcipua evolvamus, prius homonymiam hujus vocis *Ecclesia* exponere præstat. Ecclesia igitur à verbo græco εκκλησία derivatur, & significat idem, quod evocare, unde Ecclesia generaliter spectata denotat cœtum convocatum. Apud nos orthodoxos *Ecclesia* primum generaliter pro cœtu fidelium, sive credentium omnium, ubicumque existentium, accipitur cap. 8. dist. 1. de Consecr. cap. 24. §. 1, dist. 39. & tunc dicitur Ecclesia Catolica, sive universalis, & Apostolica, ut habetur in Symbolo Apostolorum, & Symbolo Nicæna Synodi, quia sub unitate ejusdem fidei in DEUM, sanctitateque Religionis inter omnes Christi fideles constituta est, & per Apostolos propagata, cuius Dominus noster JESUS Christus Caput est. cap. 41. C. 27. Q. I. II. Hæc vox Ecclesia denotat particularem quandam Congregationem, & collectionem hominum, ut Ecclesia, quæ est Corinthi. 1. Corinth. I, III. Et in hoc significatu etiam

accipiuntur Clericorum Divinis Officiis, & Ministeriis deputatorum Collegia, *tt. C. de SS. Eccles.* IV. Nonnunquam ipse Prælatus venit nomine Ecclesie, ut patet ex *cap. 7. C. 7. Q. 1.* quin etiam Capitulum, aut major pars ejus. *cap. 12. dist. 56.* V. Vocantur Ecclesie loca illa, sive templo, quæ Divinis Officiis obeundis destinata sunt. *tt. de Eccles. edific. cap. 11. dist. 88. cap. 28. C. 16. Q. 7.* quæ locutio metonymica est, sumendo continens pro contento. VI. Nomine Ecclesie indistinctè etiam veniunt omnia alia loca pia, ut sunt hospitalia, *Xenodochia* &c. authoritate Episcopi erecta. *Autb. hoc jus porrectum C. de SS. Eccles. cap. 15. de Testam.* Mascal. de Probat. *Conclus. 896. n. 9.* Vid. Barbos. *de Appell. Verb. Jur. Appellat. 85. & J. E. V. lib. 2. cap. 1.* VII. Denique vocatur Ecclesie sodalitum illud, de quo Psalmista ait Psalm. 25. *O divi Ecclesiam malignantium, & cum impius non sedebo.* Et de hac ultima specie Ecclesie profiteatur se esse Boehmerus, dum scribit ad *tit. de Deposit. J. 3.* *Puriorum sine dubio conceptum protestantes tribuunt Ecclesie, nec eam in ORDINE CLERICALI, sed in UNIVERSITATE CHRISTIANORUM AD EANDEM CONFESSIO- NEM SE ADSTRINGENTIUM querunt.* Nos in præsenti, ubi agimus de jure præcipuo, quod habet Ecclesia circa contractus, nec in primo significatu recipimus, prout denotat cœtum omnium fidelium, in unitate fidei congregatorum, nec in postremo, quia nil nobis commune est cum conventu malignantium, & cum multitudine operantium iniquitatem. Reliquis Ecclesie speciebus, sicut ipsum Nomen Ecclesie

appropriatur, ita jura iisdem quoque singularia conveniunt.

Antequam verò jura, sive privilegia, quæ Ecclesie, quæ *Creditrici* competent, per distinctos casus declaremus, de iis generales aphorismos, communis DD. calculo receptos, ipsaque praxi stabilitos recensere juvat. Primus igitur est, quod in causis dubiis illa opinio amplectenda sit, quæ favet Ecclesie. *Summam enim esse rationem, quæ pro Religione facit, ait Papinianus in l. 43. ff. de Relig. & sumpt. fun.* II. Si Ecclesia partes actoris sustinet, & reo non minores, quam ipsi Ecclesie probationes suffragentur, pronuntiandum est pro Ecclesia contra reum, ut ut aliæ Regula habeat, quod, cum partium jura sunt obscura, reo favendum potius sit, quam actori *cap. 11. de R. J. in 6.* Ratio datur, quod ab hac Regula excepta sit causa libertatis. per *l. 24. ff. de Manumiss.* cui Ecclesiam quoad hunc favorem aequiparari omnino æquum est. *Tiraquellus de Privileg. caus. piæ. Privil. 146.* III. Privilegia Ecclesie concessa latissimè sunt interpretanda per *cap. 30. de Privil.* & cit. *l. 43. ff. de Religios. & sumpt.* & sic rursus receditur à regula communi, quæ dicit, privilegia strictè interpretanda esse. *cap. 7. de Privil. in 6. l. 1. C. de Mandat. Princip.* imò hunc favorem ita ampliant AA. ut dispositio quoque à Jure communi exorbitans, vel correctoria, quæ aliæ nequidem ex rationis intentitate extendenda est, per *cap. 28. de R. J. in 6.* intuitu causæ piæ extendi queat. *Tiraquell. Privileg. 160.* & Authors ibidem relati. IV. Quod quoad causam piam dispositio Juris Canonici preferenda sit dispositioni Juris Civilis,

lis, & quod generaliter pia causæ non sint regulandæ secundum solennitates juris *positivi*, sive illud sit jus communne *scriptum*, aut *non scriptum*, sive statutarium, aut municipale, sed sufficiat, si illa requisita habeat, quæ Jure *Divino*, *Naturali*, aut *Gentium* desiderantur. Textus bonus in *cap. 11. de Testam. l.1. C. de SS. Eccles. Panormit. lib.1. Consil. 11. num. 1.* V. Quod Ecclesia æquipareatur per omnia *fisco*, participetque privilegia *dotis, pupilli, alimentorum, militum, Reipublicæ*. Tiraquell. *Privileg. 143. § 158.* Everard. in *loc. Legal. loc. 60. § seq.* Sperellus *Decision. for. Eccles. part. 2. decif. 121. num. 88. § seq.* Pignatell. *Consult. Canon. tom. 2. Consult. 34. num. 42.* quod privilegium quoad *fiscum* ita prædicti Authores extendunt, ut *Ecclesiam* etiam magis privilegiatam dicant, quam *fiscum*, ita ut bonum quidem argumentum ducatur à privilegiis *fisci* ad *Ecclesiam*, non autem vice versa, quia *fiscus* dicitur ultimus privilegiatorum, contra quem etiam in dubio *Judex* pronuntiando non peccat. per *l. 10. ff. de Jur. fisci. & confirmatur ex cap. 10. § seq. dist. 96. § cap. 6. de M. & O.* ubi decernitur, quod major dignitas resideat in Ecclesia, quam in Principe. Et ex *l. 22. princ. C. de SS. Eccles.* ubi dispositio in favorem animæ, cum respiciat Jus *Divinum*, pretiosior est cunctis rebus humanis.

3 Hæc quanquam Doctoribus orthodoxis omnibus, imè & ipsis heterodoxis seniori mente præditis usque adeo certa videantur, ut nemo sit, qui Ecclesiæ, causisque piis propterea invideat, ac litem moveat, solus tamen Bœhmerus scandalizatur, exhibeat recensitos privilegiarii juris aphorismos,

ac pessimè inquit, ad Ecclesiam illos applicari. Rationem reddit §. 5. ad Tit. *Deposit.* sic scribens: *Rariū allegantur leges, ut plurimum somnia, traditæ, & opinione interpretum adferuntur, quæ unicè hac sola ratione firmantur, QUOD SPECIALE SIT IN ECCLESIA quod utilitas Ecclesiæ, hoc est, Cleri SIT SUPREMA LEX ECCLESIASTICA, adeoque in ejus commodum à regulis recessendum.* Hæc sententia (pergit in §. 6. d.t.) monstrat opinionum peperit in *CAUSIS ECCLESIASTICIS*, & sic etiam in *NOMINIBUS ECCLESIASTICIS*. Non tamen Ecclesiam, aliisque pia corpora omni penitus favore spoliari vult, admittit, quædam privilegia eidem ad instar aliarum Universitatum deberi, quæ scilicet in jure in genere causis favorabilibus tribuuntur. Huc pertinet (inquit) quod favor earum benigniores sententias exposcat, & suadeat *l. 32. §. ult. ff. ad Leg. falcid. l. 17. §. 3. ff. de Manu- miss. test. l. 14. ff. de Legat. 2. l. 24. §. 10. ff. de Fideicommiss. libert.* hoc est, quod, quoties dubia interpretatio voluntatis, vel dispositionis occurrit, illa arripi debeat, quæ magis favet Ecclesiæ, & piis causis, sicut idem obtinet in libertate: talem enim interpretationem dispositionum humanarum exposcit favor *REI: similiter favore Ecclesiarum multa singularia in jure sunt constituta, sicuti favor libertatis multa specia- lia in jure produxit.* Mirari subit, quomodo Bœhmerus paulò ante recensita privilegia ad *somnia interpretum* rejiciat, qui tamen (ut verba ejus mox relata testantur) haudquaquam parcum, & illiberalem se erga Ecclesiæ ostendit. Sed audio ejus rei rationem in *cit. §. 6. § seq. reddi.* Libertatem, inquit, in Ecclesiæ non reprobo, prodigalitatis

tamen interpres pontificios damno, ut, qui favores & privilegia ita extra suos limites trahunt, ut jura specia- lia non tam ad Ecclesiæ extendere, quam fingere videantur, quod jure per- missum non est. Sunt enim (explicat se clarus §. 7.) jura singularia sua natu- ra EXCEP TIONES A REGULA: huic autem tamdiu insitendum, donec ex- ceptio ex jure probata fuerit, que colligi minimè potest ex SOLO REI FAVORE, quippe qui ostendit, tale jus CONSTI- TUI POSSE, non autem CONSTITU- TUM ESSE, quod posterius probandum. Præterea jura singularia sunt strictæ inter- pretationis, non admittentia interpretatio- nem extensivam. l. 14. ff. de LL. Quomo- do ergo CAUSIS, & speciatim NÓMI- NIBUS ECCLESIASTICIS dari potest privilegium, de quo leges silent? unde reprobanda sunt argumenta, que du- cuntur à privilegiis FISCI, MILITIÆ, LIBERTATIS, DOTIS, ALIMEN- TORUM ad pias causas, & nomina Ec- clesiastica, nisi quatenus per leges, hæc spe- ciatim illis communicata sunt. Hæc Boehmerus sine peccato, quia dormiens, scripsit.

Ut subinde Boehmero nostrorum interpretum somnia somnianti veter- aum excutiamus, tria docendus est. I. Interpres nostros nihil temere fa- cere, quod privilegia fisci, dotis, alimen- torum &c. Ecclesiæ accommodent, adeo- que prodigalitatis malè ab ipso argui. II. Quod dicti interpres non sine le- ge loquantur. III. Quomodo, & quando licet privilegia de causa ad cau- sam, de persona ad personam exten- dere.

Quod primum attinet punctum, scire debuisset Boehmerus, hanc do-

ctrinam non esse unius alteriusve Do- cotoris particularem, sed potiorum om- nino interpretum consensu firmatam, etiam inter ipsos protestantes, ex qui- bus vel unum Carpzovium nominasse sufficiat, qui privilegia Minorum Eccle- siæ attribuit jurisprud. Eccles. l. 2. tit. 19. definit. 300. n. 12. & seq. item defin. 302. n. 13. Tales vero, tantoque numero graves Doctores, qui utriusque reipu- blicæ bono litterariis suis laboribus quām optimè prospexerunt, quorūm ve scientia (ut habet effatum Friderici in auct. habita C. Ne filius pro patre &c.) totus illuminatus est mundus, erroris arguere, quid aliud est, quām contra torrentem niti, & soli obloqui velle? quanta temeritas! Et sanè, si Boehmerus vel obiter mentem advertisset ad il- la studia, quibus Summi Principes, ex quo Christi legibus colla submittere coeperunt, in ædificandis, locupletandis, & privilegiandis Ecclesiis, aliis- que religioso cultui sacratis locis, & communitatibus toti exarserant, facile persuaderi potuisset, interpres nostros extra ollas non saltare, quod, quid- quid favoris, & privilegiarii juris in aliis dispersum reperitur, in Ecclesiis collectum esse debere contendat, nam me horclè sine opprobrio munificentissimorum horum Principum dici non posset, quod privilegia aliis personis, corporibus, vel causis liberaliter con- cessa, parciori manu Ecclesiis voluerint indulta, quas tamen aliis quibuscumque privilegiarii causis anteponendas esse decreverunt. Si vel solius Justini- niani Novellas inspicere sustineas, vide- bis, nihil ei magis curæ & cordi fuisse, quām Ecclesiarum augere splendorem, iisque sua potentia potenter assistere.

sic in *Nov. 3. cap. 2. in fin.* propensissimi sui in Ecclesiæ affectus luculentissimum testimonium profert, dum scribit: *Maximam banc utilitatem esse putantes, ut sanctissima major Ecclesia neque debitum subjiciatur, neque angustietur, neque perpetuo deficiat, sed SEMPER ABUNDET.* Quid? quod Ecclesiæ incrementa ipsi non minūs, ac vita propria euræ fuerint, in *ead. Nov. cap. 3.* non sine emphasi exprimit: *Hec custodire Beatitudinem tuam, inquit, continuè san-cimus: scientem, quia non minor nobis cura est horum, quæ sanctissimis Ecclesiis pro-fundunt (profundunt autem multa privilegia) quam ipsius animæ.* In *Novell. 7. cap. 2.* ait: *In sanctissimis Ecclesiis optima men-sura est donatarum eis rerum immensitas.* Et mensuram aë limitem favoribus, & privilegiis iisdem impertiendis statuisse dicere ausis? Ecce sic fit, ut ipsi in pœnas temere judicantium incidamus, quando animo, à præjudiciis, & sequioribus affectibus non satis depurato, de aliorum interpretationis censu-ram ferimus.

6 Sed sine lege loquuntur nostri interpres, ait Bœhmerus. Quomodo sine lege, cum hoc ipsum, quod etiam privilegia in Corpore Juris clausa, amplam patientur interpretationem, & ob rationis itenditatem, aut majoritatem ad casus verbis legis non expressos extendi possint, in *Lege, & Canone* contineatur? Vide Textus in *cap. 4. princ. de Præbend. in 6. cap. 4. de Confirm. util. cap. 11. de Renunt. circa med. l. 3. ff. de Constit. Princip.* id quod vel maxime obtinet in Ecclesiis, aut aliis piis locis, quæ fidei, Cultus Divini, Religionis, & salutis animarum intuitu instituta sunt. *In his* (ait Pontifex in *cap. 30. de Privi-*

leg.) quæ ad Cultum Divinum facere di-gnoscantur, non maligna, sed benigna est potius interpretatio facienda. Rationem reddit *Juris-Consultus Papinianus in l. 43. ff. de Relig. & sumpt. fun.* quod summa sit ratio, *quæ pro Religione facit.* Et quid notius est in jure, quam quod Lex ad omnes illos casus se porrigit, quibus ratio in lege expressa aptari potest, ra-tio enim est anima legis. *cap. 5. dist. 1. l. 7. ff. de bonis damnat.* & passim alibi. Et ubi est eadem ratio legis, ibi quoque eadem dispositio obtinere debet. *l. 27. ff. de LL.*

Num verò privilegia *fisco, reipubli-cæ, militibus, doti &c.* concessa, etiam per viam communicationis ad Ecclesiæ, aliaque corpora pia extendi valeat, jam inquirendum restat. Videri quidem posset, negativam, quam Bœhmerus propugnat, bono juris fumo niti, eo quod de Regula sit, quod jura singulare uni personæ, vel causæ conces-sa, non patientur, se ab illa persona, vel causa avelli, & ad alias personas, vel causas trahi per *cap. 7. de R. J. in 6. & cap. 74. eod. in 6.* ubi Regula sic habet: *Quod alicui gratiose conceditur, trahi non debet ab aliis in exemplum.* Præterea ju-ra singulare habent se per modum *ex-ceptionis* à Regula; ideoque, cum ex tex-tibus Juris ostendi nequeat, Ecclesiæ specialiter privilegia *fisci, reipublicæ, doti &c.* fuisse tributa, manebit illa sub Regula. Sed levi brachio hæc oppo-sitio evertitur, dicendo, dictas Juris gnomas tunc fallere, cum vel ratio pri-privilegii æque, aut multo magis in alia persona, quam quæ ab initio privilegia-ta fuit, verificatur: vel quando privile-gia conceduntur in *forma legis*, tunc enim extensionem non resugunt, cum Lex

Lex de natura sua se porrigit ad omnes casus, & causas, in quibus ratio legis reperitur, & finis ejusdem obtineri potest: vel quando privilegia primitus quidem uni personæ, aut communilitati concessa propter utilitatem publicam ad alias extendi petunt, & sic exaudendus est Textus in l. 1. §. 2. C. de *Novo Codice faciendo* ibi: *Sicut Villas (Constitutiones) vim generalis Constitutionis obtinere, palam est, que ad certas personas rescripta, vel per Pragmaticam Sanctionem ab initio date: eidem novo Codici propter UTILITATEM SANCTIONIS insertæ fuerunt.* Jam verò quælibet harum fallentiarum obtinet in nostra hypothesi, & quidem prima, quod causa *Ecclesiæ* sit omnium favorabilissima, ideoque necesse sit, ut alias causas privilegiatas exceedat, aut saltem adaequet, maximè, cum illæ rationes, quæ Legislatores moverunt ad concedenda quædam jura singularia *fisco*, mulieri propter *dotem* &c. potiori titulo in Ecclesiis obtineant, ut singulorum privilegiorum intimas rationes expendenti apricum erit. Secunda quoque fallentia in Ecclesiis locum reperit, siquidem illa privilegia, de quibus supra, per modum *legis* concepta sunt, & consequenter, cum finis corundem non minus in *Ecclesiæ*, ac in *fisco*, *dote*, &c. obtineri possit, rectè ad Ecclesiam extenduntur. Arg. l. un. C. de *Professor. qui in Urb. Constantinop.* Neque tertia fallentia fallit quoad Ecclesiæ: exigit quippe salus boni publici, ut Ecclesiæ præ quibusunque aliis causis privilegiatis prærogativa honoris, & omnigeni favoris deferatur. Ut ex supracit. *Novell. 3. cap. 2. §. 3. & Nov. 7. cap. 7.* abunde liquet. Quomodo autem Ecclesia honoratior *fisco*, *republica*,

militie, dote, alimentis, &c. si horum privilegia non participet? sit ergo, quod privilegia habeant se per modum *exceptionis a regula*, non continuò sequitur, quod casus, qui verbis privilegii non comprehenditur, maneat sub *Regula*; sufficit enim, quod eadem, aut potior ratio inveniatur in casu verbis non expresso, tunc enim succedit alia juris maxima, quod scilicet, ubi eadem reperitur ratio legis, ibi quoque eadem juris dispositio obtinere debeat. Videatur Zacharias Pasqualigus in *observat. ad Controvers. inter Episcop. & Regular. Lau-*
reti de Franciis part. 2. Q. 96.

His ita stabilitis, placet casus quosdam particulares subjungere, ex quibus appareat amplitudo privilegii, quod Ecclesiæ quæ *creditrici* indultum est. Et I. quidem id Ecclesiæ non minus, quam *fisco* peculiare est, quod, quando creditor agit actione *hypothecaria* contra donatarium, nec constet, rem prius à debitore fuisse donatam, quam pignoris nexus obligatam, præsumitur, hypothecam fuisse donatione anteriorem, ut subinde donatarius hoc casu, si velit contra Ecclesiam donationis beneficium evincere, fastidiosum probandi onus subire debeat, rem prius donatam, quam hypothecatam fuisse. l. 1. C. de *jur. fisci*. II. Si debitor præsente creditore, nec contradicente, rem oppignoratam Ecclesiæ, aut alii pio loco donet, censetur creditor pignus remisissse. Arg. l. 8. C. de *Remiss. pign.* III. Quando reperiuntur duo instrumenta, eodem tempore confecta, quorum alterum favorem *causæ pœ* respicit, illud prævalere debet, quod Ecclesiæ favet, quia idipsum de *fisco* statutum est in cit. l. 1. de *jure fisci*. Et ideo, si duo profe-

ran-

rantur testamenta, in quorum altero Ecclesia, vel alia causa pia est instituta, illud posterius confectum esse præsumitur favore Ecclesiae. IV. Habet Ecclesia instar *fisci* hypothecam tacitam in bonis debitorum suorum, & eorum, quibuscum contraxit. *Arg. l.2. C. in quib. caus. pignus, vel hypoth.* Richter *de jure, & privileg. credit. Disput. 5. Membr. 5. in fin.* Modestin. Pistor. *Q. 129. num. 6.* & quanquam Stryckius ad *tit. ff. de Tacit. pign. §. 15.* subdubit, an hoc privilegium Jure communi satis munitum sit, fatetur tamen, id in praxi secundum varia locorum statuta usum habere. Quod etiam confirmat Bœhmerus ad *Tit. Deposit. §. 24.* & Carpzovius *Jurisprud. Eccles. lib. 1. tit. 20. de fin. 321.* ubi hujus privilegii apud suos, scilicet Protestantes, usum habere testatur, & notabiles duos ejusdem effectus *num. 9. & seqq.* recenset. D. Köppen ulti progradientur, & Ecclesia instar *fisci* jus prælationis præ aliis creditoribus competere contendit *decis. 48. num. 25.* cui adstipulantur mox laudatus Carpzovius, Jacobus Schultes, multisque præjudiciis confirmat Richter *loc. cit.* qui tamen hoc privilegium rursus ita limitat, ut in *decimis, censibus, aliisque pensionibus* duntaxat procedat, quæ instar *tributorum* quotannis in certa quantitate ex bonis debitorum Ecclesiae, aliisque piis locis præstandæ sunt; secus in aliis debitis, quæ ex mutuo, vel alio contractu nascuntur. Et ita quidem in terris quoque protestantium obtainere, scribit Bœhmerus ad *cit. tit. §. 22.* allegans *Ordin. Process. Saxon. tit. 42. §. 5.* *Ordin. Process. Magdeb. cap. 49. §. 15.* sub hac tamen limitatione, ut Jus tacitæ hypothecæ duntaxat obtineat, non etiam prælationis,

de jure communi, inquiens, *hæ pensiones rebus coherentes jus pignoris taciti habent, l. 15. ff.* Qui potior, in *pign. l. 31. ff.* de *Pignor. sed prælationis jus cum tributis eis adscribi nequit.* Interim admittit, quod in his debitibus locus remissioni non sit, si vel maximè ob publicas calamitates fructus vel nulli, vel rari nati sunt, afferens responsum suæ *Facultatis de Anno 1717.* V. Habent Ecclesiae tacite hypothecæ nexus sibi obligata bona suorum administratorum. Ratio est, quod Ecclesiae *pupillis, & minoribus* aequiparentur in *cap. 1. de Restit. in integr.* sicut ergo ipsis tacita hypotheca in bonis tutorum, & curatorum data est, *l. 20. C. de administ. tut. l. 21. princ. ff.* Qui potior, in *pign.* ita in bonis administratorum Ecclesiae denegari non debet. *Arg. Clement. 2. de Religios. domib.* & ita sentiunt Panormit. ad *cap. 5. de Pignor.* *num. 11.* Molin. *tom. 2. de Contract.* *Trad. 2. Disput. 536. num. 6.* Negusantius de *Pignor. part. 2. memb. 4. num. 20. & 120.* Escobar de *Ratiocin. cap. 39. n. 13.* Stryckius in *U. M. ad Tit. de Tacit. pign. §. 14.* & alii, quos refert Bœhmerus ad *cit. tit. §. 25.* subjungens: *Mirum sane est, Jus Pontificium Ecclesis non profixerisse, quod forsan inde factum esse videtur, quia ex hac Doctorum traditione illis satis prospectum esse crediderunt, quæ tamen admodum incerta, & lubrica est.* - - - *Quamvis Ecclesiae MINORIBUS aequiparentur, QUO AD RESTITUTIONEM IN INTEGRUM, & tutoribus quoad JURAMENTUM, ADMINISTRACIONEM, ET RATIONUM REDDITIONEM, inde tamen quævis jura pupillorum illi assignari nequeunt, cum jura singularia non sint ad consequentias producenda.* Bœhmer, si apud te gravissimo-

morum Doctorum in unam, eandemque Sententiam voluntatis consensio, tam lubrica fide nititur, quanti roboris tua argumenta sint, vide, quae crebrius in tuis Commentariis producis, dum, ubi v. g. circa *Jurisdictionem Ecclesiasticam* nostrorum Prælatorum in subditos suos, *Augustanae Confessioni* addictos, quæstio incidit, nec in *Pace Religiosa*, aut *Instrumento Pacis Westphalic.* claro textu ejus decisio ostendi potest, ad miserum illud asylum, Doctorum nempe vestrorum præjudicatam opinionem, & interpretationem confugere soles, uti varia ejusmodi adversum te præjudicia in lib. 1. ad tit. de SS. Trinit. §. 4. & ad tit. de Constat. in Append. de jur. circa sacra, & alibi produximus. Sit, quod nulla in Jure Pontificio diserta decisio ostendi possit, quæ isthuc Privilegium in terminis terminantibus, ut dicimus, Ecclesiæ adjiciat, satis tamen est, quod utrumque jus Ecclesiæ, præ aliis quibuscumque causis, & personis privilegiatis exuberanti favore dignetur: unde hic vel maximè locum habet Sententia Ulpiani in l. 13. ff. de LL. quoties lege aliquid, unum, vel alterum, introductum est, bona occasio est, cætera, quæ tendunt ad eandem utilitatem, vel interpretatione, vel certè jurisdictione suppleri. Fatetur tamen, quod in terris protestantium ex juribus complurium distinctionum Provincialibus, & fori tritura administratorum Ecclesiasticorum bona nexu taciti pignoris devincta sint. VI. Si quis Ecclesiæ quidquam debere se scriperit, tametsi causam debendi non expresserit, debitum subsistit, contra communæ juris regulas, quæ nolunt, ex simili cautione quemquam teneri, ubi causa debendi non fuerit expressa. per cap. 14.

de fid. *Instrumentum. l. 25. in fin. ff. de Probat.* Ratio hujus specialitatis redditur à Pannitano ad cit. cap. 14. n. 2. quod qui Ecclesiæ se obligat, videtur unicè Ecclesiæ favorem intendere, & ideo talis obligatio tenet, tametsi aliam causam debendi non expresserit, quia non præsumitur errore duci, qui Ecclesiæ quidquam promittit. Hoc Privilegium rursum impugnatur à Bœhmero ad cit. tit. §. 28. eo quod nulla lege suffultum sit. Sed in cerebro, inquit, interpretum natum. Huic oppositioni jam superius obviatum est, placet tamen pro majori declaratione exemplum ex l. 5. C. de bonis, quæ lib. subiungere. Quæstū ibi fuit, utrum lex, quæ vetat parentibus jure potestatis acquiri ea, quæ à marito ad uxorem, vel ab hac ad illum pervenissent, etiam pertineat ad sponsum, sponsamque? Si Bœhmerum consulerem, in promptu foret responsio, talem extentionem non valere, tum, quod hæc lex singularis sit, tum, quod tantum de marito, & uxore, non verò de sposo, & sponsa concepta fuerit: adeoque ad eos, de quibus lex non loquitur, non sit extendenda. Sed longè aliter visum est Juliano Juris-Consulto, & Imperatoribus Leoni, & Autemio, qui in d. l. 5. sic rescriperunt: *Quamvis significacione nominis, maritus, vel uxor post coeptum Matrimonium intelligatur, ex quo videlicet inducta est dubietas: attamen quia consequens est, ambiguas, atque legum diversis interpretationibus titubantes causas benignè, atque naturalis juris moderamine temperare; non piget nos in praesenti quoque negotio, de quo jubilinitas tua suggestit equitati convenientem Juliani tantæ exhortationis viri, atque disertissimi jurisprudenti opinionem sequi, quæ quidem de dotali prædio tractatu proposi-*

(B)

to,

to, idem jus tam de uxore, quam de sponsa observari arbitratus est, licet Lex Julia de uxore tantum loquatur. VII. Si administrator Ecclesiæ, ejus pecuniis rem quandam comparet, et si suo nomine id faciat, non administratori, sed Ecclesiæ nomen acquiritur, id quod contra communis juris Regulas est, dum quod mea pecunia comparatur, alieno tamen nomine, mea non est. *l. 6. C. de R. V.* Ratio specialitatis desumitur à pupillo, cuius nummis, si tutor quidquam emit, actio non tutori, sed pupillo quæsita est. *Carpzov. part. 2. Constit. 11. defin. 38.* ergo etiam Ecclesiæ, quæ jure pupillorum venit. *Manzius in special. jur. commun. voce Ecclesiæ favor num. 56. & 87.* Tiraquell. *Privil. 120.* sed rursus displicet hæc exceptio Bœhmero, qui Regulæ insistendum esse putat. Displianceat, quid tum? nihil est in mundo, etiam juridico, quod placeat omnibus. VIII. Si res quæpiam initio Ecclesiæ, & post uni alteri vendatur, atque huic etiam tradatur, hujus conditio non est potior, sed posterior, nec dominium (quanquam Traditionibus illud regulariter transferatur *l. 20. C. de Paß.*) in eum transfertur, sed in Ecclesiam. Cur hic à Regula in *l. 15. C. de R. V.* receditur? Credebant interpres, æquitati hujus Regulæ non decadere, quod pietati adjicitur. Præsumebant, inquam, pacientium voluntatem in ejusmodi contractu tam firmam, & efficacem esse, ut sibi quasi dedecori ducerent, si quid amplius, nempe traditionem ad suæ voluntatis consummationem desiderarent. IX. Ecclesia, vel ejus Prælatus, sine præscriptis solennitatibus contrahens, non obligatur, habet tamen alterum contrahentem sibi obligatum, ut,

si placeat Ecclesiæ stare contractui, compacifens recedere non possit. Dicitur ergo talis Contractus claudicare, ad instar Contractus pupillaris, de quo vide *princ. J. de auctorit. tutor.* quod tamen privilegium Card. de Luca de alienat. *& contract. probib. discurs. 1. n. 112.* *& 114.* bina limitatione restringit. I. quod alter contrahens Ecclesiam, sive Prælatum ad adhibendas solennitates cogere, & in hunc finem aliquem terminum præfigere possit, intra quem, si illas adhibere negligat, ipse hac lege solvatur, nec Ecclesiæ privilegium amplius prospicit. II. Quod, si Prælatus semel contractum revocaverit, amplius eidem pœnitere non liceat, eo effectu, ut alterum ad standum contractui compellere possit, adducens Decisionem *Rotæ* apud Dunozett *decis. 591.* cum aliis apud Gratian. *Discept. 661. num. 16.* X. Si quidpiam donetur, aut vendatur Ecclesiæ, dominium rei donatæ, aut venditæ etiam ante traditionem in illam transfertur. *l. ult. C. de SS. Eccles.* & ideo præfertur cuicunque alteri, cui res illa post donationem, aut venditionem Ecclesiæ factam, tradita est id quod singulare est, cum alias potior conditio sit ejus, cui res prius tradita est. *l. 15. C. de R. V.* Covarruv. *Var. Resolut. lib. 2. cap. 19.* *num. 2.* Barbos. *J. E. V. lib. 2. cap. 13.* *num. 14.* Molina de *J. & J. tract. 2. disput. 369. num. 7.* Atque hæc sunt potiora privilegia, quæ Ecclesiis, aut aliis piis corporibus partim leges, partim ipsa praxis hodieum attribuit. Plura alia ejusmodi gratiosa indulta recensent laudati DD. Tiraquellus, Manzius, Nicolaus Everardus locis citatis, & cum his Barbos. *J. E. V. lib. 2.* *cap. 13.*

§. II.

§. II.

De Juribus singularibus, quæ Ecclesiæ quæ Debitrici competunt.

S U M M A R I A.

9. Primum beneficium Ecclesiæ, ut debitrici competens est exceptio non factæ versionis in rem Ecclesiæ à creditore probanda. 10. An hæc exceptio locum habeat in solo mutuo, aut etiam in aliis Contractibus alienatibus, relatis aliorum opinionibus, cum distinctione resolvitur. 11. Secundum beneficium est exceptio N. N. P. quæ est perpetua. 12. Quod probatur, & ad argumenta Boehmeri respondetur. 13. Ecclesia potest per partiales solutiones creditoribus suis satisfacere. 14. Contra Ecclesiam non habet locum conditione indebiti. 15. Quod negat Boehmerus, sed sine sufficienti fundamento. 16. Ecclesia tantum tenetur creditoribus solvere usuras ad quartam centesime, & si ad alienationem deveniri oporteat, potest bona immobilia, reservata sibi electione, in solutum dare. 17. Beneficium cessionis nullatus, bene verò competentiæ Ecclesiæ tribuimus. 18. Pactum de ingrediendo Creditor adversus Ecclesiam debitricem Chirographo apponere nequit.

MUltis, iisque insignibus Ecclesiæ aduersus debitores suos munitam esse privilegiis, & iuribus singularibus, præcedente Paragrapho tum ex SS. Canonibus, & LL. tum ex concordi interpretum sensu, ac ipsa etiam Ecclesiarum praxi contra Boehmerum, Ecclesiæ Orthodoxæ proto-martyrem, luculenter evicimus: jam etiam demonstrandum erit, Ecclesiam, si ut debitrix spectetur, peculiaribus gaudere favoribus, ac exceptionum umbo aduersus creditores suos protegat esse. Ut enim autem iisdem probationum subsidiis, quibus Ecclesiæ creditricis jura singularia stabilivimus, & Boehmerum, ubi is veritati locum cœdit, promptis studiis sequemur; eundem rursus declinaturi, ubi privatis affectibus indulsisse deprehenderimus.

9. Inter jura singularia quæ Ecclesiæ debitrici competunt aduersus creditores, primo loco nominari meretur famosa

illa exceptio non factæ versionis in rem Ecclesiæ. Estque hæc exceptio ipso Boehmero teste in §. 32. ad tit. Deposit. in Jure utroque satis fundata. Vide licet in Novell. 120. cap. 6. §. 3. & inde defumpta Auth. *Hoc jus porrectum. C. de SS. Eccles. & in cap. 1. de Deposit. cap. 4. de fidejuss.* Exceptio hæc præcipue locum invenit in mutuo (ut Textus allegatos inspiciens patebit) ita, ut, si Ecclesia à creditore suo conditione certi ex mutuo conventa fuerit, eidem prius satisfacere non teneatur, quæ pecuniam mutuatam in Ecclesiæ commodum, ac utilitatem versam fuisse, creditor probaverit: attamen hæc exceptio Ecclesiæ non pro omni mutuo accommodatur, sed videndum est, an Prælatus cum consensu Capituli mutuum acceperit? num verò sua unius autoritate? An aliud ad contrahendum mutuum ab Ecclesia deputatus fuerit? Nos ad istos casus inferius ad tit. de Comod. ubi etiam de

B 2

Con-

Contractu *mutui* ex Professo agemus, nostras Resolutiones dabimus.

10 Illa vero quæstio hic resolvenda est: an dicta exceptione Ecclesia uti possit in aliis quoque contractibus, in quibus ad alienationem devenitur? Innocentius in *cap. 1. de Deposit. Princ.* censet, in tribus duntaxat contractibus, videlicet in *mutuo*, *deposito*, & *venditione* exceptioni *non factæ versionis in rem Ecclesiæ* locum esse. Card. de Luca de alienat. *contr. probib. Discurs. 1. n. 69.* *seq.* admittit hanc exceptionem in *venditione*, sub hac tamen limitatione, ut, si ejusmodi alienationi intervenirent quidem solennitates in *extrav. ambitione de rebus Eccles. non alienand. inter commun. præscriptæ*, ac etiam beneplacitum Apostolicum accesserit, ipsa tamen forma in eodem definita, servata non fuerit, alienatio talis periculo stet emptoris, adeo, ut, si pretium in bonum Ecclesiæ juxta causam in beneplacito Apostolico expressam versum fuisse probare nequiverit, Ecclesia rem suam, tanquam male alienatam rursus vindicare poterit, quia talis actus est nullus, & perinde est, ac si alienatio nunquam facta fuisset. Stephan. Gratian. *Discept. forens. cap. 45. n. 34.* cum Molina de *Primogen. lib. 4. cap. 4. à n. 20.* distinquit inter venditionem, quæ sit ex causa *necessitatis*, & quæ sit ex libera voluntate, propter utilitatem duntaxat ipsius Ecclesiæ; ac priori casu, ait, emptori incumbere probationem *versionis in bonum Ecclesiæ*, non item in posteriori. Trentacinquis *var. resolut. lib. 2. resolut. 2. de Act. n. 12.* simpliciter negat, huic exceptioni in aliis quibusunque contractibus, præterquam in *mutuo*, locum esse. Ratio ejus est,

quod minoribus, quibus alias Ecclesia æquiparatur in *c. 1. de Integr. restit.* Hac exceptio in *mutuo* tantum concessa legatur in *l. 1.* *¶ ibi Gloss. ¶ DD. C. ji advers. credit.* Ratio autem, cur id in *mutuo* tantum procedat, hæc ab eodem, & Panormit. *ad cap. 1. de Deposit. n. 9.* redditur, quod Prælati sint prompti ad recipiendum *mutuum*, & fœneratores promptiores ad mutuandum: unde si Ecclesia indifferenter ex *mutuo* tenetur, de facili bona Ecclesiæ alienarentur, quod periculum non æquè subest in aliis contractibus. Boehmerus hanc quæstionem sic dirimit, & dicit, dictam exceptionem eo tantum casu emptori opponi posse, quo Ecclesia ad *æs alienum* expungendum, dum non suppetunt mobilia, ex quibus satisfaciatur, quasi necessitatur bona quædam immobilia distrahere. Colligitur ex cit. Auth. *Hoc jus porrectum. C. de SS. Eccles.* ubi Imperator emptorem cautum & sollicitum esse jubet, ut pecunia in necessitatem eam, ob quam alienatio facta est, vertatur, ibi: *Precio modis omnibus pro debito dando, aliter enim res emptori non conceditur, ¶ hoc inscribatur ad emptoris securitatem, nihil esse factum in ea re ad damnum Divinae domus.* In aliis porrò contractibus Ecclesiæ beneficium *restitutionis* salvum manere, ait, non etiam exceptionem, de qua hic sermo est. Verum hæc explicatio ab illa non differt, quam supra ex Gratiano *Discept. forens. retulimus*, cum utique illa venditio ex causa *necessitatis* fieri dicatur, quæ ob *æs alienum* dissolendum ab Ecclesia celebratur, nec facile alius casus necessitatis singi possit, qui Ecclesiam ad alienanda bona sua immobilia impelleret. Nos subinde distin-

stinctionem Stephani Gratiani recipimus, & emptorem obstringimus, ut in casu venditionis necessarie versionem in utilitatem Ecclesiae factam probet, non item in venditione voluntaria; nam, cum haec venditio solius utilitatis gratia instituatur, in damno, aut periculo ejus Ecclesia non versetur, ad quod avertendum unicè probatio versionis ab emptore exigitur. Hanc ipsam exceptionem eatenus ad contractum Depositii extendimus, ut, si creditor asserat, pecunias apud Clericum depositas, in rem Ecclesiae fuisse conversas, hanc versionem (sicubi Ecclesiam convenire vult) probare teneatur; sed hoc ipsum singulare non est, cum quilibet, qui aliquid asserit, & intentionem suam in certa aliqua qualitate fundat, eandem probare teneatur *l. 2. ff. de Probat. l. 1. C. eod.*

*¶ 1. Secundum beneficium, quo Ecclesia debitrix fruitur, est exceptio non numerata pecuniae, quæ aliis quidem debitoribus, quo odiosum probationis onus non facta numerationis à se amoliantur, & in adversarium transferant, biennio duntaxat à die interpositæ cautionis numerando proficit, *l. un. 7. de Lit. oblig. l. 8. 10. & 14. C. de non numer. pecun.* Illo autem transacto, aut penitus exspirat, aut juxta alios, in quantum haec exceptio privilegiata est. Ecclesiae tamen, ut favorabilis est, perpetuò competit. Et ita defenditur à Tiraquelle *privileg. 154.* Barbos. ad *l. 14. C. de N. N. P. n. 9.* Card. Mantic. *de Tacit. & Ambig. conv. lib. 18. tit. 6. n. 25.* Manzio *in special. jur. comm. voce: Ecclesiae favor n. 31. & voce: Pia causa n. 27.* Mascard. *de Probat. conclus. 361. n. 32.* Carpzov. *Part. 2. constit. 29. defi-**

*nit. 19. Contra Panormit. ad cap. ult. de Solut. n. 19. Bœhmerum ad tit. de Deposit. s. 44. Trentacing. Var. Resolut. lib. 2. resolut. 1. de Action. n. 16. qui posterior author non satis sibi constare videtur, dum l. 3. resol. 20. de Solut. scribit, negantum opinionem, non procedere in *foro conscientie*, imò nequidem in foro externo eo casu, quo creditor mutuum in Ecclesiae utilitatem conversum fuisse probare debet. Nos 12 dupli argumento assertum nostrum roboramus. I. Quod haec exceptio minori perpetuo competit *l. fin. C. in quib. caus. in integr. restit.* Ergò etiam Ecclesiae competit, utpote, quæ jure, & beneficiis minorum gaudet *cap. 1. de in integr. restit.* Hoc argumentum alicuius roboris esse, ipse Bœhmerus fatetur *s. 45. cit. tit. attamen, ne à sua sententia discedere cogatur, inter Ecclesiam, & Minorem, quo ad hoc beneficium biennam disparitatem reddit.* I. *Quod Minor*, quamdiu *Minor* est, cùm semper restitui possit, consultius imperatori visum est, cursum biennii interim suspendere; melius, inquiens, esse intacta eorum jura servari, quam post causam vulneratam remedium querere. At Ecclesia beneficio restitutionis tantum intra quadriennium à tempore læsionis gaudet, & propterea, si pecunia ipsi numerata non est, & biennium est elapsum, ab illo tempore læsio emergit, & sic intra quadriennium restitutionem petere debet, postea autem excludetur. II. Hæc ipsa exceptio etiam respectu *Minoris* non est perpetua, sed tantum intra tempora *Minorenitatis* quiescit, mox autem currere incipit ab eo tempore, quo annum 26. attingit, consequenter hoc ad Ecclesiam applicari*

B. 3.

ne-

nequit, quippe quæ statum suum nunquam mutat, sed contenta esse debet, quod eidem restitutio in integrum intra quadriennium indulgeatur. Sed neutrum nos terret. Non primum, quia Ecclesiæ æque, ac Minoris melius prospicitur, si cursus biennii interim suspendatur, & intacta ejus jura serventur, quām si post vulneratam causam, hoc est, post læsionem, ad extraordinarium restitutionis remedium recurrere oporteat. Non secundum quanquam enim in *Minoribus* hoc beneficium cum tempore cesseret, dum scilicet *Majores* facti sunt, non tamen sequitur, quod quoad Ecclesiam cessare debeat, eò, quod statum suum nunquam mutet, quin potius à contrario inferendum erit, cùm Ecclesia alieno ductu, & nutu perpetuò regatur, cuius intuitu ipsi *Minores* adeò privilegiati fuerunt, concedens esse, ut istud beneficium Ecclesiæ potius prorogetur, quām arcetur, maximè, cùm res judicata nondum sit, quod Ecclesiæ læsionem probabiliter ignorantι etiam *quadriennium restitutio-nis* non currat.

Alterum fundamentum nostræ Assertionis in eo collocamus, quod biennalis ille terminus, ad quem exceptio *non numeratæ pecuniae* restricta est, non lege quadam Canonica statutus sit, sed Civili in *I. 14. C. de N. N. P.* ideoque Ecclesiam ea lege non obligari. Arg. *cap. 10. de Constit.* scio, quid ad hoc respondeat Panormitanus *loc. cit.* ait enim, legem Civilem, quæ exceptionem *non numeratæ pecuniae* intra metas biennii conclusit, non esse odiosam, sed favorabilem, cùm debitorem absolvat ob onere probandi, pecuniam sibi numeratam non fuisse; quapropter, si Ecclesia

hoc privilegio uti velit, debet illud cum suis limitationibus recipere. Non proletarium esse Panormitani argumentum, ulti concedimus, eoque etiam nos persuaderi pateremur, nisi maiorem æquitatem pro Ecclesia, quām pro quoconque alio debitore pugnare videremus. Non diffitemur, *I. 14. C. de N. N. P.* esse favorabilem debitoribus, sed quia omnibus hic favor concessus est, Ecclesiæ, cuius causa omnium faventissima est, vix favorabilis dici potest; privilegium enim se à lege communi per hoc distinguit, quod hæc transeat in omnes, illud paucorum beneficium sit. Exceptio *non numeratæ pecuniae* favorabilis est, geminata confessione asseveramus, sed quia biennali temporis lapsu, angusto adeò limite circumscripta est, odiosa qualitate non caret, maximè in illorum Sententia, qui debitori, elapsō biennio, nullam omnino exceptionem competere autemant, utut maximè paratus sit, probare, pecuniam sibi numeratam non esse: An non ergo æquius est, ut Ecclesia cum reliquis debitoribus non eodem jure censeatur, sed, sicut majori præ illis honoris prærogativa lètatur, ita amplioribus beneficiorum legalium fruatur emolumentis. Quodsi tamen hac explicatione nec Panormitano, nec illis, qui ab eo stant, præjudicatam opinionem eximere valemus, id saltem nobis concedant, quod hæc æquitas Canonica servanda sit in terris Ecclesiæ, in quibus habet illa temporalem jurisdictionem, juxta mentem *Angeli, Innocentii, Romani, & aliorum*, quos allegat Trentacinq. *d. lib. 3. resolut. 20. de solut. num. 32.*

Tertium beneficium, quod Eccle-sia

siæ quæ debitrici vindicamus, in eo consistit, quod creditoribus suis per partiales solutiones satisfacere possit (id quod alias invito creditore fieri non potest l. 9. C. de Solut. l. 41. §. 1. ff. de Ujur.) argumentum defumitur à libertate, in cuius favorem particularis solutio invito quoque creditorori obtrudi potest l. 4. §. 6. ff. de Stat. libert. Barbos. J. E. V. lib. 2. cap. 13. n. 54. Nicolaus Everhardus loc. 58. à libertate ad Ecclesiam. Sed displicet hoc Bœhmero, ait enim ad cit. tit. de Deposit. §. 46. Si aliud deest argumentum, de veritate sententiae dubito, cum jam aliquoties adstruxerim, argumenta à libertate, aliisque favorabilibus causis satis esse infirma, cum cause privilegiate hanc admittant extensionem. Magis adhuc ridet rationem, quam Barbosa loc. cit. assignat, inquiens: *Quod Ecclesia, quæ contraxit debitum pro utilitate, & necessitate, videatur illud contraxisse pro libertate, & redemptione animarum à manibus diaboli quo ad vivos, & à pœnis purgatorii quo ad defunctos.* Quæ verba sic per sarcasmum Bœhmerus interpretatur: *Quæ ratio sanè indigit: unicè in favorem Clericorum tale debitum contractum presumi, utpote quoniam fingitur esse, è manibus diaboli animas post mortem redimere.* Vah! quām acutè! sed acutius, aut certè melius animæ suæ Bœhmerus, consultum iret, si Clericorum nostrorum manus adhuc dum vivit, prehenderet, nam post fata frustra exspectet, se ipsorum ope, & auxilio è manibus diaboli eruptum iri. Purgatorius quidem ignis,stantibus his circumstantiis, ipsum non uren: non enim solent hæ flammæ animas illas lambere, quæ, inter mortales dum agerent, mordacidente Ecclesiam

arrodere non cœsârunt. Cæteroquin in sententiam Bœhmeri, qua defendit, à libertate ad Ecclesiam non duci bonum argumentum; si per libertatem intelligit libertatem conscientie, non inviti concedimus.

Quartum beneficium Ecclesiæ de- 14
bitrici competens dicitur esse exceptio non competentis actionis, qua Ecclesia se tuetur aduersus eum, qui indebitum per errorem se solvisse dicit. Fundamentum hujus privilegii reperitur in §. 7. J. de Oblig. quæ quasi ex contract. ubi ita Imperator Justinianus statuit: *In iis tantummodo legatis, & fideicommissis, quæ Sacrosanctis Ecclesiis, & cæteris venerabilibus locis, quæ religionis, vel pietatis intuitu honorantur, relata sunt, quæ, si indebita solvantur, non repetuntur.* Corroboratur ex l. 32. §. 2. ff. de Condict. indebit. ubi Julianus decidit, quod mulier (hoc est mater) si in ea opinione sit, ut credat se pro dote obligatam, atque ex hac erronea persuasione filiam dotet, quidquid dotis nomine dederit, non repetit: Rationem suæ decisionis Jurisconsultus hanc reddit: *Sublata enim falsa opinione, relinquitur pietatis causa, ex qua NB. solutum repeti non potest.* Similis tenoris sunt textus in l. 27. §. 1. & l. 34. ff. de Negot. gest. Defensores hujus privilegii sunt Tiraquellus privil. 119. & Barbosa J. E. V. lib. 2. cap. 13. n. 32. cum aliis ibidem allegatis.

Bœhmerus tamen nihil pietatis, ni- 15
hil æquitatis in hoc privilegio invenit, unde religioni sibi dicit, idipsum Ecclesiæ asserere. Ad textus adductos, & quidem ad §. 7. J. de Oblig. quæ quasi ex contr. respondet, conditionem indebiti non absolute denegari, sed tunc demum, si haeres per mendacium negaverit,

rit, aliquid Ecclesiæ esse relictum, idque in pœnam mendacii, extra quod non denegatur repetitio, etiam in legatis ad pias causas, verba enim initialia d. g. sic habent: *Ex quibusdam tamen causis repeti non potest, quod per errorem non debitum solutum sit.* Sic namque definierunt veteres, ex quibus causis inficiando lis crescit, ex iis causis non debitum solutum repeti non posse: *veluti ex Lege Aquilia, item ex legato.* Dicitur autem inficiando lis crescere in jure, quando quis ideo, quod rem petitam abnegaverit, convictus postea, pro simplo propter mendacium condemnatur in duplum, l. 1. §. 1. ff. deposit. l. 23. §. 10. ff. ad Leg. Aquil. At quām nihil pietatis, nihil veritatis, & consequenter nihil pondoris habeat hæc Bœhmeri responsio, exinde patet, quod Imperator hoc augmentum dupli, sive pœnam inficiacionis ad omnia quidem legata ab initio extenderit, dein verò ad legata pia duntaxat restrinxerit. Sic enim sonant ejus verba in cit. §. *Nostra autem constitutio, cum unam naturam omnibus legatis, & fideicommissis indulxit, hujusmodi augmentum in omnibus legatis, & fideicommissis extendi voluit: sed non omnibus legatis hoc præbuit, sed tantummodo in illis legatis, & fideicommissis, quæ Sacrosanctis Ecclesiis, & cæteris venerabilibus locis quæ religionis, & pietatis intuitu honorantur, relicta sunt: quæ, si indebita solvantur, non repetuntur.* Si repetitio in debiti eo duntaxat casu denegatur, quando condicere volens inficiatus est, idque in pœnam mendacii, ut putat Bœhmerus, cur hæc pœna tantum obtinet quo ad legata pia? An non æquè mentitur, qui alia legata inficiatur? cur ergo non eadem pœna feritur? haud alia

ratio assignari potest, ait Manzius ad d. §. 7. n. 13. quam quod hoc sit introductum propter favorem religionis, & causæ piæ. Unde nec illud quidquam momenti habet, dum Bœhmerus scribit ad tit. *Deposit.* §. 47. *Non omne, quod in legatis ad causas pias leges singulariter constituerunt, ad nomina Ecclesiastica trahendum, ne peccemus contra l. 14. ff. de LL.* Non peccamus contra hanc legem, cùm hanc extensionem faciamus ex identitate rationis, scilicet ob favorem religionis, & causæ piæ, qua ratio eadem in aliis nominibus Ecclesiasticis, ac in legatis pīs reperitur. Unde subintrat aliud juris axioma: *Quæ non differunt ratione, non differunt juris dispositio-*ne. Et de similibus idem debet esse judicium arg. cap. 2. de *Translat. Episc.* Videat igitur Bœhmerus, ne ipsus in l. 13. ff. de *LL.* committat. Quid autem ad l. 32. §. 2. ff. de *Cond. indeb.* reponit? negat talem pietatis respectum in nominibus Ecclesiasticis adesse, qui in cit. l. respectu matris, filiam dotantis, supponitur, ex regula generali, quod in dubio, qui solvit, non præsumatur donare. An non melior, & fortior præsumptio illa, quam Jurisconsultus Papinius pro causa pia generaliter capit, dicendo: *Summam esse rationem, quæ pro religione facit?* sine dubio, si aliorum hominum in Ecclesiis affectum juxta Bœhmeri indolem metiri oportet, admitterem, præsumptionem violentissimam esse adversus eum, qui Ecclesiæ quidquam solvit, quod non donandi animo dederit, ideoque tanquam indebitum repetere possit. Sed paucis tam avarum, ne quid gravius dicam, Bœhmeri ingenium inesse reor.

Quintum privilegium Ecclesiæ de-
bitri-

bitrici concessum, legitur in auth. *Hoc jus porrectum C. de SS. Eccles.* ubi Imperator Justinianus statuit, ut, si Ecclesia multo ære alieno gravata sit, & creditor solutionem urgeat, hoc ordine procedatur. Primo ex rebus mobilibus solutio fiat; quodsi ex mobilibus solvi non possit, res immobiles specialiter pignori dentur, quarum fructus creditor sibi reputet tam in sortem, quam in usuras usque ad quartam centesimæ. Quodsi creditor bona sibi oblata nolit accipere, distrahenda sunt, & emptore non invento, res estimata districte creditori in solutum detur. Ex qua authentica apparet, quod duplici beneficio Justinianus Ecclesias obæratas adjuvare voluerit, I. minuendo usuras, quas ad quartam centesimæ, hoc est, 3. pro cent. restrinxit. II. Permittendo, ut Ecclesia, emptore non invento, bona sua creditoribus in solutum dare possit, cuius beneficij specialitas in eo consistit, quod electio circa res alienandas non sit creditoris, ut in aliis debitibus, quæ in solutum dantur, alias juris est; sed hæc optio est penè Ecclesiam debitricem, ut, quæ ex bonis suis in solutum dare vell, sibi integrum sit. Colligo id ex illis verbis d. auth. fit tamen ea res (scilicet in solutum danda (mediocritas inter ceteras, inspecta ipsius qualitate, quantitate, & onere. Expressius adiuc ex Novell. 120. (unde cit. auth. desumpta est) cap. 6. §. 2. in fin. quod autem præbetur in hoc immobilis res, non per electionem creditoris detur, sed secundum æquitatem: aliud quidem fructiferarum, aliud verò possessionum sterilium ejusdem venerabilis domus. Contra hoc privilegium Boëmerus nihil opponit, sed illud, utpote aperta juris decisione subnixum, pro

valido, & legitimo agnoscit. Aliam tamen fraudem struit Ecclesiæ, ut mox audiemus.

Denique (inquit §. 50. ad cit. tit.) 17 tribuunt etiam Ecclesiæ obærata beneficium **CESSATIONIS, & COMPETENTIAE,** si ad concursum provocare malit, idque facere potest. Nullam quidem juris sanctionem, quæ ejusmodi beneficium firmetur, adducit, sed solam auctoritatem Brunnemani de *Concurs. credit. cap. I.* §. 5. ibique Stryk. in not. voce *Ecclesia.* Nec quo ad primum membrum scilicet cessationis beneficium ipsi horum authorum sententia displiceret, dum scribit: *Quod bonis cedere possit (Ecclesia) non adeo dubium babere videtur, quamvis enim contra squalorem carceris hoc beneficio non indigeat, liberanda tamen est à molestiis creditorum.* Addit rationem: *Hoc quoque convenit justitiae, quam Ecclesia imprimis ob oculos babere debet, nè alias, qui prærogativam quandam in solutione habent, cessione non facta, postponantur.* Alterum verò beneficium, scilicet **competentia**, quod iidem authores Ecclesiæ tribuunt, inutile, imo proborum ipsi fore asserit, in quem finem, ait, *Ecclesia, tanquam quedam Universitas indigat beneficio COMPETENTIAE, non adeo liquet. si dicis, Clericis esse necessaria vita alimenta relinquenda, in suspicionem deduci possumus, nos quoque ECCLESIAM constitutæ in CLERICIS.* Rem subinde hac distinctione componi posse autumat: aut Ecclesiæ, Monasteria, aliavè id genus sodalitia jam sunt destructa, & desolata, aut Ecclesiæ adhuc extant salvæ, & functiones Ecclesiasticae continuantur. Priori casu dicit, bona Ecclesiæ simpliciter esse cedenda, cùm non supersint mini-

(C)

stri,

stri, quibus de vitæ necessariis prospiciendum sit. Altero vero casu æquum, piùmque esse, ut reditus necessarii ministris Ecclesiæ relinquuntur, si aliunde eis prospici nequit. Sed utrumque fieri posse *citra competentie* beneficium.

Bœhmer serva tu beneficium *cessionis* Ecclesiis tuis, nos beneficium *competentie* nostris vindicamus. Et quidem beneficium *cessionis* Ecclesiæ nostræ ideo repudiant, quia nunquam sine propudio cedentis cessio fieri potest. *Etsi enim cesso honorum infamiam non irrogat* (scribit Fagnanus *ad cap. Odoardus de Solut.*) *sugillat tamen statum cedentis, saltem quantum ad infamiam facit*, dum homines passim de tali debitore pessimè sentiunt, & eundem de cedentem substantiæ suæ proclamant, quam sanè labem, ne Ecclesiis inferri patiamur, summa æquitas suadet. Unde Ecclesia sine ulla bonorum cessione in tantum conveniri duntaxat potest, in quantum facere potest arg. l. 6. § 16. cum 3. seqq. ff. de re jud. ubi hæc exemplio *militi, patrono, donatori* &c. tributa legitur, quorum conditio utique melior, aut favorabilior, quam Ecclesiæ non est. Nec præjudicium, quod inde creditores privilegiati pati videntur, facit, ut propterea Ecclesia iniquitatis, vel in iustitiæ insimulari queat, quia nec credito, nec prioritatis prærogativa excidunt, sed utrumque duntaxat differunt, dum Ecclesia (quæ, ut plerumque sit, non sua culpa, sed fortunæ iuris facultatibus lapsa est) ad pinquiorum fortunam pervenerit. Et hoc vocamus privilegium *competentie*, quod, cum Clericis in reverentiam totius ordinis Clericalis in *cap. Odoardus 3. de*

Solut. tributum fuerit, tanto minus Ecclesiis negari debet. Quapropter illa Bœhmeri distinctio non placet, quæ dicit, bona Ecclesiæ dirutarum creditoribus indistinctè esse cedenda, cùm non habeant amplius ministros, quibus alimenta præbenda sint, sed potius ipsis principibus, intra quorum territorium Ecclesiæ olim steterunt, incumbere dicendum est, ut Ecclesiæ injurya temporum desolatas, rursus è suis ruinis educant, & ex residuis bonis, si sufficiant, restaurent, quatenus hoc pacto & fundatorum piissimæ intentioni ex æquo satisfiat, & restitutis officiis Ecclesiasticis, Divino cultui quam optimè prospiciatur. Sed contra hanc restitutioñ dicunt DD. protestantes, habemus beneficium *competentie*, vel potius *retentionis*. Utinam hoc jure defendant, ne aliquando, dum venerit, qui iusticias judicabit, & scrutabitur Ierusalem in lucernis, ipsos usque ad faciem, & peram exutiat, ubi ne quidem beneficio *cessionis* adjuvabuntur.

Illud etiam in favorem Ecclesiæ constitutum esse, asserit Manzius loc. cit. voce: *Ecclesiæ favor n. 71.* ut pactum de ingrediendo ex l. 3. C. de Pignor. quod frequenter creditores chirographis adjicere solent, respectu Ecclesiæ non valeat, rationem reddit Bonifacius Papa in *cap. 3. C. 12. Q. 2.* quod, quidquid semel fuerit consecratum, Sanctum Sanctorum Domino erit, & ad jus pertinebit Sacerdotum. Propter quod inexcusabilis erit omnis, qui à Domino, & Ecclesia, cui competunt, auffert, vajst, invadit, vel eripit. Bœhmerus adductam rationem non penitus rejicit, interim à superstitione baud alienam esse dicit. Quidquid enim compendio Sacerdotum cedit,

tit, bona Ecclesiastica hoc pacto *de ingrediendo* regulariter onerari non posse, cùm *hypothecæ speciali*, qualis tamen revera est *pactum de ingrediendo*, illa supponi nequeant. Putat tamen, eo casu locum habere, quando cum hoc pacto specialis hypotheca in bonis Ecclesiæ, accedente prævia causæ cognitione, & decreto Magistratūs, constituta fuit. Verum hoc in Ecclesiis forte protestantium usum habere potest, in nostris Ecclesiis Decretum Magistratūs Laici frustra requiras. Hæc de juribus singularibus, quibus Ecclesia *creditrix*, & *debitrix* gaudet in actibus *inter vivos*. Quibus porrò fruatur beneficiis circa testamenta, aliósque ultimæ voluntatis actus, suis locis nempe in Parte III. hujus Libri insinuabimus.



VIX AYIUTIT

diu in se

C 2

LI.

LIBRI III. DECRETALIUM P A R S II.

De Contractibus in Specie.

Clericorum in communi, nec non Prælatorum, & Capitulorum in specie obligationes, & jura in præcedenti Tractatu evolvimus: Præsens lucubratio in exponendis *Contractibus* occupabitur, observato Rubricarum ordine, quem in hujus Libri compilatione descriptum invenimus. Reliqui, qui hic desunt, ex *Institutionum Libris* petendi sunt. Controversias, quæ oppido spinosæ, & copiosæ occurrent, si non omnes, potiores saltem, & celebriores ita enodare studebimus, ut appareat, *Præcessos* non minùs, quam *Theoriæ* nos ubique habuisse rationem. Cæterum, si BOEHMERUM, cuius acerba dictoria in Ecclesiam frequentius jactata, retundere nobis propositum est, etiam hic peccâsse invenerimus, mercedem ei pro meritis redemus. Jam ad rem ipsam.

T I T U L U S XIV.

De Precariis.

Quoniam in Parte I. hujus Libri Tit. XIII. de alienatione rerum Ecclesiasticarum, prout illa suo modo concessa est, in genere actum est: meritò nunc de Contractibus in Specie, quibus vel ad alienationem rerum Ecclesiasticarum deveni-

venitur, vel ipsæ saltem Ecclesiæ obligantur, agere instituimus. Hos inter primo loco se offert Contractus Precariarum, & Precarii. Ille Juri Canonico proprius, hic utriusque Juri communis est. Panormit. ad cap. 1. b. t. num. 1. Quamquam & prioris quædam vestigia in l. 14. §. 5. C. de SS. Eccles. & Nov. 7. cap. 4. reperiri non nesciamus. Sit igitur

§. I.

Origo Precariorum inquiritur, & nativa hujus Contractus indoles depingitur.

SUMMARI A.

1. *Precarie, & Precaria solo numero, non significatione discrepant, 2. à precibus hoc nomen sortiuntur. 3. Invaluerunt sub finem Seculi V. 4. Precarie describuntur, & singulæ definitionis particule declarantur. 5. Ad Constitutionem precariarum requiruntur solennitates ad alienandum præscriptæ, non etiam ad renovationem. 6. Renovatio quinquennalis inest huic Contractui de sui natura. 7. Renovationem petere negligens precista cadit suo jure. 8. Precarie regulariter ante elapsum conventionis tempus revocari nequeant. 9. Precista tenetur ad culpam levissimam. 10. Oritur ex hoc Contractu actio de Precariis.*

1. **C**ontractus Precariarum etiam singulari numero effertur, nec quidquam discriminis est (contrà quam sensit Hostiensis in Summa hic) sive Precariam, sive Precarias dixeris. Panormit. ad cap. 1. b. t. num. 3. Et tamen de causa Rubricam b. t. in numero plurali fuisse conceptam existimamus, quod de diversis Contractibus Precarie, & Precarii sub b. t. simul agatur, & quod illius renovatio crebrius, scilicet de quinquennio in quinqueannum fieri debat, ut infra dicetur.

2. *Precarie à precibus sic dictæ, erant species cuiusdam antidoralis beneficii, quo Ecclesia de se bene meritos afficere solebat; quodsi enim quis agros suos liberali donatione in Ecclesiam contu-*

lisset, retento sibi usufructu, Ecclesia in vicem gratitudinis de aliis prædiis suis duplo pluribus usumfructum, quoad donator superstes esset, eidem concessit: quodsi vero donator usque adeò liberalis extitisset, ut rei donatæ unacum proprietate usumfructum Ecclesia cederet, eidem vicissim ex aliis bonis Ecclesia in quantitate triplo maiore usufructus ad dies vitæ constituebatur. Ut constat ex cap. 4. C. 10. Q. 2. Ne vero hujus beneficii memoria intercederet, ipsique usufructuarii ex temporis diuturnitate quasi titulo præscriptionis tuti, ipsam quoque proprietatem ad se raperent, cautum fuit in Concilio Belvacensi, & Toletano VI. ut ejusmodi precarie de quinquennio

C 3

in

in quinquenium à preciis renovantur, ut patet ex cap. 5. cit. C. & Q. & cap. 64. C. Q. 2.

Preciarum harum usum sub finem Sæculi V. invaluisse, perhibet Cabassius in *Notit. Histor. Eccles. Sæcul. V.* pag. 254. num. 22. ansam præbente nobili illa victoria, quam Ludovicus Imperator Anno 499. (ut refert Baronius) de Germanis reportavit; eo quippe tempore (sunt verba Gonzalezii ad cap. 1. b. t. num. 5.) fideles in gratiarum actionem ferè omnia bona sua Ecclesiae obtulerunt, & postea, ne egestate labo-rarent, ab Ecclesia precibus impetra-bant, ut earum, vel aliarum rerum usu-fructu eis uti liceret, quem etiam Eccle-sia facile concedebat. Aliam *Precaria-rum* originem assignat Gibalinus de *usu-ris lib. 4. cap. 2. artic. 2.* eamque laico-rum rapacitati adscribit, qui (ut erat il-lorum temporum iniquitas) bona Eccle-siastica propria autoritate occupa-verat, quorum recuperandorum cum spes vix ulla appareret, consultius Ec-clesiae visum est, bona illa laicis qui-dem relinquere, sed commendata, & in beneficium, cum obligatione census annui, aliisve conditionibus infra re-ferendis, per Contractum, quem *Precaria-riam* vocabant. Prolixorem Historiam de *Preciarum usu, & abusu* recenset Thomassinus *Vet. & Nov. discipl. Eccles. tom. 2. part. 2. lib. 3. cap. 22. & tom. 3. l. 1. cap. 8.* jam lubet earum definitio-nem adornare.

Precarias igitur rectè descriperis, quod sint Contractus realis, nominatus, bilateralis, à Jure Canonico intro-ductus, quo alicui res Ecclesiastica im-mobilis vel in perpetuum, vel ad dies vita, aut aliud tempus longum, vel

breve ea lege conceditur, ut singulis quinquenniis renovatio concessionis petatur. Gloss. & DD. communiter in cap. 1. b. t.

Dixi I. *Contractus realis*, quia ad-instar *commodati* rei traditione perfici-tur.

Dixi II. *Nominatus, bilateralis*, ha-bet enim peculiare nomen sibi à Jure Canonico inditum, & tam conceden-tem precarias, quām recipientem one-rat, illum quidem, ne ante tempus con-ventum res concessas revocet, istum, ut de quinquennio in quinquennium pre-ces suas renovet. cap. 6. C. 10. Q. 2. ne-que cogat, aut cogendum curet, à quo precarias vult recipere. cap. 5. C. 10. Q. 2.

Dixi III. à *Jure Canonico introductus*. Jus quippe Civile antiquum hujus Con-tractus nullam mentionem facit, idque ex hac fortè causa factum fuisse, existi-mat Panormit. ad cap. 1. b. t. n. 3. quod *precaria* non multum differant ab aliis Contraetibus Jure Civili inventis: in Jure quidem Noviori, videlicet in l. 14. §. 5. C. de SS. Eccles. & Novell. 7. cap. 4. *Precariarium* aliquod vestigium depre-hendere est, quæ *Præstariæ* ibidem ap-pellantur; attamen, ut notat Gonzalez ad cap. 1. b. t. num. 4. in fin. inter *præstarias*, & *precarias* (quanquam hæc vocabula nonnunquam confusa fuisse conset) hæc est differentia, quod, quando res Ecclesiæ minus utiles, vel minusculæ, salvo Jure Ecclesiæ, in usum *præstabantur*, ejusmodi concessiones dictæ sint *Præstariæ*, sin verò ad preces petitoris sub certis conditionibus, quas is se adimpleturum spōnderat, con-cedebatur, *Precarie* audiebant.

Dixi IV. Quo alicui &c. Clericus, aut

aut Laicus is fuerit, nihil refert; quia in cap. 72. C. 12. Q. 2. juxta emendationem Gregorianam & Clerici, & aliæ quæcunque personæ hujus beneficij capaces existunt. Gonzalez ad cap. 1. b. t. num. 6.

Dixi V. *Res Ecclesiastica immobilis. Res mobiles objectum precariarum esse nequeunt, sed possessiones duntaxat, ut putat fundus, aut alia res frugifera cap. 2. §. 11. cap. 4. C. 10. Q. 2.*

Dixi VI. *In perpetuum, vel ad dies vite Sc. olim quidem, si is, qui precarias rogavit, res suas Ecclesia donavit, ad dies vite: sin autem Ecclesia aliunde comparavit, ad quinquennium, vel aliud certum tempus precariae concedebantur: hodiè terminus hic arbitrarius est, quo usque nempe inter dantem, & accipientem convénit. Magnif. P. König b. tit. num. 5. In perpetuum tamen, ne precariae posthac concedentur, à Joanne IX. in Synodo Ravennæ Anno 904. & à Gregorio VII. & Urbano II. Anno 1096. in Concilio Turonensi prohibitum, similique constitutum fuit, ut de quinquennio in quinquennium renovarentur, ut ita nunquam possent perpetuæ præsumi. Gonzalez ad cap. 1. b. t. num. 10.*

Dixi VIII. *Ea lege, ut singulis quinquenniis renovatio Sc. quibus particulis precariae ab omnibus affinibus contractibus, precario, commodato, emphyteusi Sc. distinguuntur. Magnif. P. Schmier lib. 3. Tract. 3. cap. 3. n. 173.*

Quæres I. An ad constitutionem precariarum requisitæ ad alienationem de jure solemnitates intervenire debant, & an itidem ad renovationem earundem? Respondeo, quo ad primum membrum affirmativè. Textus

in cap. 44. C. 12. Q. 2. & ratio est, quod precariae, cùm plerumque gratuitæ sint, donationem contineant, quæ sine justa causa, & debita solennitate fieri nequit cap. 1. de bis, que sunt à Prelat. cap. 1. de Donat. cap. 1. de reb. Eccles. alienand. Quod eo quoque casu procedit, si merces (quæm absolutè precariae non respuunt) à precista solvenda sit. Gonzalez ad cap. 1. b. t. n. 7. Quo ad secundum membrum nego, soleunitatem desiderari, quia renovatio precariarum non est nova concessio, nec viam iis tribuit, sed eum duntaxat in finem adhibetur, ut ne beneficij memoria ex diuturnitate oblitteretur, & ut facilior factæ concessionis memoria haberi possit. Vid. Grannanetto ad cap. 1. b. t. n. 6. Gonzalez cit. l.

Quæres II. An renovatio de quinquennio in quinquenium facienda huic contractui ex ipsa natura insit, ita, ut obliget precistam, tametsi de ea in concessione precariarum inter partes nihil actum fuerit? Respondeo cum Zoëlio & aliis contra Panormit. b. t. n. 2. affirmativè. Nec obstat, quod Pontifex in cap. 1. b. t. & cap. 5. C. 10. Q. 2. dicat, hanc renovationem de quinquennio in quinquenium solum secundum consuetudinem fieri debere: ergo ubi consuetudo non est, nec renovatio fieri debet. Respondeo, Pontificem ibidem loqui de consuetudine universalí, non particulari, & consequenter ad instar legis, ubique obligante.

Quæres III. An, si precista quinquennio elapsa, negligat petere renovationem, cadat jure suo; num verò contractus precariarum censeatur tacitè renovatus? Rationem dubitandi suggredit l. 4. §. 4. ff. de Precar. l. 13. §. ult. ff.

ff. Locat. l. 16. C. eod. ubi precarium & locatio post lapsum temporis, si dominus rem precario concessam, aut locatam non revocaverit, tacite renovata esse dicitur: ergo idem in simili de contractu precariarum dicendum. Attamen contrarium nobis suadetur, cum paritate à feudo desumpta tit. 24. *ff. 1. feud. 2.* ubi vasallus intra tempus legitimum novam feudi investituram petere negligens, jure suo cadere dicitur: tum ratione, quod ad hoc, ut contractus precariarum ultra quinquennium sine nova renovatione valeat, ne quidem expressus consensus sufficiat: ergo tanto minus sufficiet tacitus. Ad textus oppositos respondetur. Et quidem ad l. 4. ff. 4. de Precar. quod precarium sit negotium longè diversum à precariis; à diversis autem ad diversa bonum non dicitur argumentum Arg. l. 20. princ. ff. de Min. Præterea *Precarie* renovatio exigitur, quia dominii memoria perire potest, cùm ejusmodi res quasi communiter possessa facilè negligi præsumantur: *Naturale quippe vitium est, negligi, quod communiter possidetur.* l. 2. C. Quando, & quibus quartis &c. Econtra hoc periculum non versatur in precario, cùm dominus adhuc dicatur rem possidere alteri precario concessam, qui non præsumit in rebus propriis prodigendis esse supinus l. 25. ff. de Probat. Quæ responsio etiam ad reliquos binos textus aptari potest, hoc addito, quod etiam in locatione, si desideretur Scriptura, vel alia solennitas, tacita renovatio non sufficiat l. 13. in fin. ff. Locat. Unde nec in precariis sufficiet patientia Prælati ultra quinquennium concedere voluntis, quoniam de natura hujus contra-

etus est, ut ex parte quoque petentis factum aliquod ponatur, videlicet precariarum renovatio.

Quæres IV. An precarie, antequam tempus concessionis elapsum sit, revocari possint? Et an poena in casum revocationis vel à primo concedente, vel ab ejus successore solvenda adjici possit? Respondeo ad I. regulariter revocari non posse, uti colligitur ex cap. 3. in fin. b. t. nisi forte irrationabiles, aut in damnum Ecclesiæ facta fuissent; quo casu non solum à concedente, sed etiam ejus successore repeti possunt, imò debent, vel per viam nullitatis, si præscriptæ solennitates adhibitæ non fuerint, vel per restitutionem in integrum. Ad II. dico, posse quidem contractui ejusmodi valido & rationabili poenam conventionalem apponi, eo effectu, ut tam contrahens, quam ejus successores eandem, si precarias præproperè revocent, solvere teneantur per cap. 2. b. tit. cap. 4. & 9. de arbitri. si verò Contractus irrationabilis, aut in damnum Ecclesiæ vergat, nec contractus, utpote jure resistente initus, valet, nec poena adjecta, tanquam quid accessorium obligabit, ut habetur cit. cap. 2. b. tit. Secùs dicendum, si jus contractui nec assistat, nec resistat, hoc est, si Contractus non sit contra Jus, sed præter Jus, tunc enim appositi poena valet, et si Contractus non subsistat. Arg. l. 38. f. aliter ff. de V.O. Panormit. ad cap. 2. b. t. num. 4. Layman. ibidem num. 2.

Quæres V. Ad quam culpam precarias accipiens teneatur? & qua actio ex hoc Contracto nascatur? Respondeo ad I. eundem. (si merces non intervenierit) teneri ad culpam levissimam, ex Re.

Regulis generalibus, quas de gradibus culparum in singulis Contractibus præstandis in Lib. I. ad Tit. de Pact. §. 6. 20 num. 49. assignavimus. Ad II. dico, actionem suum fortiri nomen ex Contractu; adeoque vocari actionem de Precariis, quia regulare est, quod actiones, ex Contractibus nominatis competentes, assumant nomen sui Contractus, ut actio *commodati*, *depositi* &c. Porro actio hæc duplex est, alia directa, quæ competit Ecclesiæ, Precariis con-

§. II.

Precarii *natura*, & *indoles* exponitur.

S U M M A R I A.

11. *Precarium* describitur, pro cuius Declaratione tria Corollaria subjunguntur. 12. Non est de essentia Precarii, ut ad preces petentis constituantur. 13. An precarium Contractibus sit accensendum, aliorum opinione referuntur. 14. Nos eidem bunc honorem negamus. 15. Sed vagum quoddam negotium, ad donationes proximè accedens, esse dicimus. 16. 17. Quinam precarium constituere, & accipere possint? 18. Et in quibus rebus? 19. Quæ obligatio precarium accipientem comitetur? 20. Remedia, quæ precarium constituenti competit, recensentur. 21. Precarium finitur quinque modis,

11 **P**recarium cum Precariis, & *commodo* dato convenire videtur, in pluribus tamen discrepat, ut inferioris dicitur, agitur de eo in cap. 3. b. t. & tit. ff. de *Precario*. & describitur, quod sit concessio gratuita usus alicujus rei ad preces alterius facta, ea lege, ut ad *natum*, & libitum concedentis restituantur. Vel, si lubet verbis Ulpiani in l. 1. princ. ff. b. t. illud describere: *Precarium est, quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu, quamdiu is, qui concessit, patitur.* Ex qua definitione tria colliges, I. quod *Precarium* mercedem reputat, cum sit quidam actus liberalita-

tis l. 1. §. 1. ff. b. t. & donationi admodum propinquus, nisi quod in hac, si accedat traditio, transferatur dominium, in illo solus usus cum facultate remi, quandoconque libuerit, revocandi: cit. l. 1. §. 2. II. *Precarium* ita constitui debet, ut usus rei nec quo ad modum, finem, aut tempus determinetur, l. 12. princ. ff. b. t. & per hoc discrepat à *Precariis & commodato*, in quibus usus rei certo tempori, aut modo alligatus est cap. 1. de *Precar.* & l. 1. §. 3. ff. b. t. III. *Precarium* omni momento debet esse revocabile l. 1. §. 2. l. 2. §. 2. princ. l. 15. princ. ff. b. t. quod secus ac-
(D) cedit

cidit in *commodato*, ubi res *commodata* ante finitum usum regulariter revocari nequit, ut *tit. seq.* amplius exponetur. Interim, dum dicimus, rem *precariorum* concessam omni momento à concedente, vel ejus hærede revocari posse, id cum aliquo temperamento exaudiendum est, ut non ocyus, atque concessa fuit, revocetur *arg. l. 105. ff. de Solut.* Nisi propria, eaque urgens ipsius concedentis necessitas revocari rem exposcat. *Adjuvari quippe nos, non decipi beneficio oportet.* ait Paulus in *l. 17. §. 3. ff. commod.* Secùs, si intempestivè, & citra rationabilem causam dominus rem *precariorum* concessam revoceat, exceptione doli repellere potest, Magnif. P. König cum aliis à se relatis *b. t. n. 29.* P. Schmalzgrueber *eod. tit. num. 7.*

12 Sed nunquid de natura *Precarii* est, ut ad preces petentis constituantur? ita equidem videri posset ob authoritatem Ulpiani in *l. 1. princ. ff. b. t.* *Precarium* definiens, quod sit id, quod *PRECIBUS* petenti utendum conceditur. Malo tamen cum Leysero in *Medit. ad Pand. ad lib. 43. tit. 26. specim. DX. §. 1.* dicere, id de natura *Precarii* haud esse, ut ad preces petentis concedatur, quamvis plerumque id contingere soleat, quod duntaxat Ulpianus in data definitione innuere voluisse videtur. Ad stipulatur huic opinioni Julius Paulus *JCTus antiquissimus recept. sentent. l. 5. tit. 6. §. 11.* his verbis: *Precario possidere videtur, non tantum, qui per epistolam, vel quacunque alia ratione hoc sibi concedi postulavit, sed & is, qui nullo voluntatis indicio, paciente tamen domino, possedit.* Ejusmodi *Precarium* inter familiares locum invenit, qui familiarium suorum juribus, & rebus liberè

nonnunquam utuntur, absque eo, quod precibus sibi harum rerum usum stipulentur, aut expressa concessio præcedat, solo familiaritatis jure freti, ut Paulus loquitur in *l. 41. ff. de A. vel A. P. vocatürque Precarium tacitum.*

Num *Precarium* contractibus ac-¹³ censendum sit, itidem quæritur? Qui eidem hunc honorem tribuunt, persuadentur illa juris regula in *l. 23. ff. de R. J.* ubi *Precarium* contractibus, qui solum dolum recipiunt, associatur. Accedit, quod ex *Precario* detur actio *præscriptis verbis l. 2. §. 2. l. 19. §. ult. ff. b. t.* quæ propria est contractuum *innominatorum. l. 1. 2. & 3. ff. de P. V.* Hieronymus de *Oroz. de Apicib. Jur. civil. lib. 3. cap. 1.* duplex constituit *Precarium*, unum, quo quidem usus aliquius rei gratis, & sine præfinitione temporis conceditur, sine expressa tamen conventione de re rursus restituenda; alterum, quo expressè inter dantem, & accipientem convenit de re reddenda. Illud contractuum numero non esse habendum, eò, quod ad donationem potius, & beneficii naturam declinet; nec producere actionem *præscriptis verbis*, sed subsidiario duntaxat *Prætoris* beneficio, *interdicto* nimirum de *Precario* adjuvari. Istud verò Contractibus *innominatis* adnumerandum esse contendit, eique competere actionem *præscriptis verbis*, contemptu altero *Prætorio* remedio, scilicet *interdicto* de *Precario*, propter Textum in *l. 15. §. 3. ff. b. t.*

Verùm frustrè se fatigant AA. Quod ¹⁴ enim in *l. 23. ff. de R. J.* *Precarium* inter Contractus referatur, hoc duntaxat factum est, ob analogiam, quam *Precarium* habet cum *commodato*, & quod in *Precario* non minus ac in veris Contractis

Etibus quæstio de dolo, & culpa versari possit: secùs, si cit. Regula in sensu ab AA. intento exaudienda foret, sequeretur, quod negotiorum gestio verus Contractus esset, quia in d. Regula inter alios veros Contractus recensetur. Ad alterum, quod Precario actio prescriptis verbis fuerit accommodata. d. l. 2. §. 2. & l. 19. §. ult. ff. b. t. non bene inferatur, Precarium esse Contractum innominatum, siquidem hæc actio generalis est, & ob æquitatem ad alia quoque negotia porrigitur, ut constat ex l. 17. §. 5. l. 20. princ. ff. de P. V. & idèo in l. 2. §. 2. ff. b. t. ex bona fide oriri dicitur, quatenus nempe æquum videbatur, ut, qui ordinario Juris Civilis remedio destitutus esset, rem suam precariò concessam à rogante hac actione repetere posset. Illa distinctio Precarii, quam facit Oroz, nullo juris suffragio nititur; Est quippe de substantia cujuscunque Precarii, ut usus rei ita concedatur, quatenus accipiens perpetuò obstrictus maneat, ad rem, quandocunque eandem concedenti repetere lubuerit, restituendam, ut patet ex l. 1. princ. ff. b. t. Unde in arbitrio concedentis est, malitne actione prescriptis verbis, num interdicto de Precario adversus accipientem experiri, nec una actio alteram absorbet, aut consumit: etenim l. 15. §. 3. ff. b. t. ab Oroz allegata, quæ interdictum de Precario dari vetat, loquitur de casu, quo precarium concedens, sibi stipulatione cavit, tunc siquidem cessare hoc interdictum haud inviti concedimus, eò quod ordinario Juris Civilis remedio provisus sit, vide-licet actione ex stipulatu.

¹⁵ Dicimus igitur, Precarium esse vagum quoddam negotium, proximè ad donationes accedens, nec quidquam cum

Contractibus commune habens, quippe, quod nec specificam contrahendi formam, specificumque modum habeat, nec obligationem reciprocam inter dantem, & accipientem producat, id quod tamen de natura Contractus est per l. 17. §. 3. ff. Commod. sed à libera concedentis voluntate dependeat, nec commerciis hominum deserviat; pactis tamen legitimis, si associas, nos invitox non habes.

Precarium constituere non tantum 16 potest dominus, sed etiam possessor rei, l. 7. ff. b. t. item fructuarius §. 1. in fin. f. de us. & habit. quin etiam creditor pignoratius. l. 6. §. ult. l. 11. ff. b. t. qui tamen non alteri, quām ipsi debitori pignoris usum concedere potest. Qui rationis, & doli capaces non sunt etiam Precarium constituere nequeunt. l. 6. princ. ff. b. t.

Accipere Precarium potest omnis, 17 qui potest acquirere. Etiam pupillus sine tutoris autoritate. l. fin. §. 1. ff. b. t. Dominus per procuratorem, si autem mandavit, aut ratum habuit. l. 6. §. 1. ff. b. t. quod itidem obtinet in filiofamilias, mandato patris precarium rogante. l. 4. §. 2. ff. eod.

Usus Precarii amplissimus est, eique 18 tam in rebus corporalibus, quām incorporalibus locus esse potest. l. 2. §. fin. l. 3. & 4. ff. b. t. rei tamen sue precarium non esse, receptum est, ait Ulpianus in l. 4. §. 3. ff. b. t. Excipe, nisi in casu pignoris, quando nimis debitor rem suam creditori oppignoravit, tunc enim possessionem ejus precariò accipere potest, non vero proprietatem, utpote quām nunquam dimisit. l. 6. §. 4. ff. b. t.

Obligatio, quæ precarium accipientem comitatur, in eo consistit, quod

rem precariò concessam ad nutum, & beneplacitum concedentis restituere teneatur: in hoc tamen rursus ejus conditio præ commodatario favorabilior est, quod, dum ille ad exactam diligen-
tiam obstrictus manet commodanti, hic dolum duntaxat, & quæ eidem in civilibus æquiparatur, culpam latam præstare teneatur. *l. 8. §. 3. ff. b. t.* Ratio discriminis est, quod res commodata ante finitum tempus revocari nequeat, res verò precariò data omni momento restitutioni obnoxia est; unde, si contin-
gat, rem precariò concessam ex culpa levi, aut levissima ipsius recipientis reddi deteriorem, sibi imputet conce-
dens, quod homini negligenti precariò rem dederit, aut eandem non tem-
pestivè non revocaverit. *P. König b. t. num. 33.* Post editum verò edictum, hoc est, ut hodie interpretamur, post item contestatam tenetur etiam de culpa levi, & condemnatur in tantum, quanti actoris interest, rem restitui cum omni causa. *l. 8. §. 4. & 6. ff. b. t.* quia precarium accipiens sua mora obesse non debet concedenti.

20 *Precarium* constituent duplex re-
medium competit, interdictum nempe de *Precario*, quod Prætor introduxit, eo quod iniquum ei videretur, ut dans hoc prætextu carere debeat re sua, quia actione destituebatur. *l. 2. §. 2. ff. b. t.* it, usu fori dein concessa quoque ei fuit actio prescriptis verbis, quatenus illa ex *equo & bono* oritur *cit. l.* Hodie, quin actio ordinaria ei competit, nullus dubito, cum ex pacto quocunque hodie actio detur, ut in lib. 1. tit. de *Pact.* jam insinuavimus. Interdictum hoc non tantum datur illi, qui precariò concessit, sed etiam hæredi ejus, nam & ab eo is,

qui rogavit, precariò habere videtur. *l. 8. §. 1. ff. b. t.* non solum contra acci-
pientem, sed etiam hæredes ejus, ex persona scilicet defuncti, quatenus rem habent, vel desierunt dolo habere, & ex dolo defuncti, quatenus ad eos per-
venit. *d. l. 8. §. ult.* sic v.g. si cui pre-
caria ædium habitatio concessa sit, isque moriatur, hæredes ad restituendas ædes tenentur ex persona defuncti, quia nul-
lum in iis jus habent, & ideo restitu-
re tenetur rem alienam, cuius resti-
tuendæ facultatem habent. *l. 2. C. b. t.* Imò hoc interdictum datur etiam ad-
versus dominum, casu quo pignoris rei suæ precariam accepit possessionem, ut supra jam dictum est, per *l. 6. §. fin. ff. b. t.* & etiam contra pupillum, tametsi sine autoritate tutoris precarium ro-
gaverit, modo rem adhuc habeat, secùs non tenetur. *l. ult. §. ult. ff. b. t.* compe-
tit autem, ut jam meminimus, ad resti-
tuendam rem, & fructus à tempore moræ, vel litis contestatæ, debetque constituens in pristinam causam resti-
tui, secùs condemnatio fiat, quanti actoris interest, ei rem restitui ex eo
tempore, ex quo agere cœpit. *d. l. 8. §. 4. ff. b. t.*

Precarium finitur V. modis. I. Re-
vocatione, siquidem in arbitrio conce-
dantis est, quocunque velit tempore,
illud revocare. II. Obitu illius, cui
concessum est *cap. ult. b. t.* hoc equidem
beneficium personale est, ideoque cum
persona extinguitur, nec in hæredes
transit *l. 12. ff. b. t.* III. Morte conce-
dantis, ubi tamen attendendum, quo-
modo, & sub quibus clausulis pre-
carium fuerit concessum. Non inquam
enim conceditur ad beneplacitum conce-
dantis quæ Wolgefallen, Subiude sub
hac

hac Clausula, donec revocavero, auf Wis-
der ruffen, vel denique simpliciter, &
absolutè conceditur. Primo casu *pre-
carium* morte concedentis exspirat, per
Textum clarum in *l. 5. ff. locat.* quia,
cum voluntas morte extinguitur, ipsam
quóque gratiam, quæ ex voluntate con-
cedentis vitam habet, & quasi pars est
voluntatis concedentis, sicut fœtus im-
perfetus pars ventris esse dicitur, ex-
tingui necesse est. Altero casu *pre-
carium* perdurat, nam per mortem con-
cedentis revocatio minimè censemur facta,
aut tacitè subintellecta, quia ad revo-
cationem gratiæ requiritur positivus
quidam actus, & contraria ordinatio.
Textus elegans in *cap. 7. de Offic. deleg.*
in 6. Tertio demum casu communiter
dicitur, *precarium* non extingui, sed in
hærede concedentis perpetuari, ita, ut
nova hæredis concessione opus haud
sit. *cap. fin. b. t. l. 8. §. 1. ff. eod.* Schilte-
rus *Prax. Jur. Rom. Exercit. 5. §. 31.* ita
distinguit: vel *precarium* est concessum
à persona in dignitate constituta, vel à
privato quodam homine? Priori casu,
cum potestas publica non moriatur, ne-
que voluntas Reipublicæ cesset, tametsi
eam administrantes intereant, *precarium*
non solvitur per *cap. 16. de R. J. in 6.* po-
steriori verò negat *precarium* persevera-
re, nisi hæres patiatur uti, aut de novo
precarium constituat. IV. Finitur *pre-
carium*, quando is, qui concessit, rem
illam alienavit alicui, revocare volenti,
quia invito domino rem alteri posside-
re non licet. *cap. fin. b. t. secūs*, si eam
revocare nolit, non exspirat *precarium*,
sed res quasi ab illo *precario* haberi in-
cipit. *d. l. 8. §. 1. ff. eod.* V. Solvitur
precarium sine omni revocatione, tam
judiciali, quam extrajudiciali, in pignore,
si nimirūm debitor accipiens pignus
suum à creditore *precario*, deinde de-
bitum solvat, tunc enim cessat *pre-
carium*. *l. 11. ff. b. t.*

T I T U L U S X V.

De Commodato.

Precarium inter & *Comodatum*, cùm utrobique liberalitas exer-
ceatur, beneficiūmque præstetur. *l. 14. ff. de Precario, & l. 17.*
§. 3. ff. b. t. multam intercedere affinitatem in aprico est:
idcirco, dum *Precarii* naturam, & indolem in *Tit.* præcedente
exposuimus, recto ordine ducimur ad prædicata *Commodati* dif-
ferentialia expendenda, quibus se tum à *Precario*, tum ab aliis
affinibus *Contractibus* distinguit: subjungemus etiam Appendi-
cis loco *Titulum de Mutuo*, tum, quod de hoc *Contractu* alias
in *Jure nostro* nulla specialis extet rubrica, tum, quod *Ulpiano*
teste in *l. 1. ff. de R. C.* sub *Titulo de rebus creditis*, adeoque de
Mutuo, *Pretor etiam de Commodato edixit*.

D 3

§. I.

§. I.

Quid, & quotuplex sit Commodatum?

SUMMARI A.

1. *Varia Commodati Etymologia.* 2. *Ejus definitio & definitionis explicatio.* 3. *Dividitur in proprium, sive regulare, & improprium, sive irregulare, quam divisionem suo sensu recipimus.*

Commodatum ex sua etymologia juxta Schneidewin. ad §. 2. *J. Q. M. R. C. O. num. 1.* est quasi comodo utens datum, vel juxta Azonem in *summa C. b. t.* quasi comodo gratis datum, sed hanc derivationem non censemus esse legitimam, quia etiam *mutuum* comodo utens, & quidem gratis datur; melius ergo cum Harpprecht §. 2. *J. Q. M. R. C. O. num. 2.* dicitur, quasi *cum modo*, id est, praescripto utendi modo datum. *Commodatum* in vulgari sermone apud latinos saepius confunditur cum *Precario*, & in vernacula nostra *entlehnem* pro variis aliis contractibus promiscue sumitur, ut pro *mutuo*, *locatione*, *conductione*, imò pro contractibus quoque innominatis: unde præcipue attendendum est ad materia, quæ datur, & modum, quo datur: vel enim materia, quæ datur, est *fungibilis*, & usu consumitur, translatto quoque dominio, ut vinum, frumentum, pecunia &c. & regulariter est *mutuum* (exceptionem infra dabimus) vel materia non est *fungibilis*, & tunc attendendum est ad modum, quo datur. *Gratisne*, an pro alio: si gratis, sed nec ad certum usum, vel tempus, *precarium* erit; si ad certum usum ac tempus, saltē tacite, *commodatum* propriè tale, si pro alio, habente rationem mercedis, contractus *locationis* condu-

tionis dicetur, si pro re, non habente rationem mercedis, ut præstanto operam pro libro concessso, *contractus innominatus*, facio, ut des, nuncupabitur. His pro pleniori dicendorum notitia præmissis

Commodatum definitur, quod sit *contractus realis juris gentium, nominatus, bilateralis, bone fidei, quo res alicui ad certum usum gratis datur, ea lege, ut finito usu eadem res in specie restituatur.* Prima particula hujus definitionis suam explicationem petunt ex principiis generalibus, quæ ad *Tit. de Part.* præmissis.

Quo res alicui ad certum usum &c. quibus verbis indicatur, quod nec *commodans* usum rei concessæ immaturare revocatione prævertere, nec *commodarius* aliter quam conventum est, re concessa uti, sine furti vitio possit l. 5. §. 8. *ff. b. t. §. 2. J. de Oblig. quæ ex delict.* Differt per hoc *commodatum* I. à *Precario*, quod in isto usus rei indeterminatus, & omni momento revocabilis concedatur. II. A *mutuo*, quod in hoc contractu non solus usus, sed dominium transferatur, & res non eadem in specie, sed similis & ejusdem generis restituenda sit. III. A *pignore*, & *deposito*, quod in iis, ne quidem usus transferatur, sed creditor, vel depositarius invito domino re pignori

gnori data, vel deposita utentes, furtum committere censeantur d. §. 2. *J. de Oblig.* quæ ex delicto.

Gratis datur, per quod *commodatum* differt à *locatione*, & contractibus *innominatis*, ut supra jam insinuavimus. Et licet res *commodata* DARI dicatur l. 1. §. 1. l. 5. §. 3. & *passim ff. b. t.* *Dare* autem sit dominium transferre §. 14. *J. de Att.* Hoc tamen casu hanc significationem non habere, patet ex l. 8. l. 9. ff. b. t. §. 2. *J. Q. M. R. C. O.* Knipschildt de *Contract.* exercit. 3. num. 16.

Ea lege, ut res eadem in specie &c. quia tantum conceditur usus, salva rei substantia, unde res usu consumptibiles mutuari quidem, sed non *commodari* possunt, nisi forte ad pompam, vel ostentationem l. 3. §. fin. & l. seq. ff. b. t.

³ *Commodatum* nonnulli dividunt in *proprium*, & *improprium*, vel, ut alii, in *regulare*, & *irregulare*. *Proprium* & *regulare* dicunt esse illud, cui paulo ante data definitio competit. *Improprium* vero, & *irregulare*, quod à natura *commodati* deflebit, ut, quando merces intervenit, aut transfertur dominium, aut in *commodantis* tantum, vel utriusque simul utilitatem contrahitur, aut denique, quando res ad incertum usum contrahitur. *Fundamentū* hujs divisionis se reperisse autumant in §. 2. *J. Q. M. R. C. O.* in illis verbis: *Commodata autem res tunc PROPRIE intelligitur, si nulla mercede accepta* &c. *Mantic. de Tacit.* & *Ambig. convent.* l. 9. tit. 2. num. 1. *Lauterbach. ad ff. b. t.* §. 4. Verum distributionem hanc non esse legalem, melius & verius scribunt *Mozzius de Contract.* ad tit. *commod.* art. de *Divis. commod.* num. 7. & *Knipschildt de Contract.* exercit. 3. *Q. 1. num. 1.* Et enim, si merces interveniat, jam non *commodatum*, sed *locatio*: si dominium transferatur, *mutuum*, si ad incertum usum, *Precarium* erit. Sin vero in solius *commodantis*, aut utriusque utilitatem contrahatur, illud non *improprium*, sed *proprium* *commodatum* esse, constat ex l. 5. §. 10. & l. 18. *princ. ff. b. t.* *Irregulare* tamen eo sensu dici posset, quod *commodatum* non æquè frequenter in solius *commodantis* utilitatem contrahatur; *Commodatum enim plerumque solam utilitatem continet ejus, cui commodatur*, ait *Ulpianus in l. 5. §. 2. ff. b. t.* Num de jure germanico tale *commodatum* *irregulare* detur, in quo dominium in *commodatarium* transferatur, consule *Schilterum in prax. Jur. Rom. exercit. 25. §. 4.* & seq. & *Stryck. in U. M. ad b. t.* §. 5. & seq.

§. II.

De *Commodante*, & *Commodatario*, nec non de *Commodati* *objeto*.

S U M M A R I A.

4. *Circa commodantem traditur Regula generalis, quæ, circa quas personas obtineat, specifice declaratur.* 5. *Commodatum accipere potest, qui alias ad contrabendum non est inabilitis.* 6. *Quomodo, & quando Pupillus commodato rem accipere possit, declaratur.* 7. *Quæ res in specie commodari possint?*

Cir-

Circa *commodantem* regula genera-
lis est, quod is *commodare* pos-
sit, qui *contrahere* potest, &
contrahendo obligari; unde, cui hæc
libera *contrahendi* facultas concessa-
non est, ut *furoso*, *prodigo*, *pupillo* &c.
etiam *commodandi* potestas adempta
censetur. In specie autem *commoda-*
re potest, non tantum, qui *verus rei*
dominus est, *l. 8. ff. b. t.* & *liberam re-*
rum *suarum* *habet* *administrationem*
Arg. l. 21. C. Mand. sed etiam *alius pos-*
seffor bonæ, & *malæ fidei l. 15. ff. b. t.*
ita quidem, ut *fur*, aut *prædo*, tamet-
si *commodando* *rem alienam*, *vitium*
furti *committere* *dicatur* *§. 7. J. de Ob-*
lig. que ex delict. actionem *tamen com-*
modati *adversus* *commodatarium* *habeat*,
quia sua interest, *rem recipere*, *ut do-*
mino restituere *possit* *l. 16. ff. b. t. l. 64.*
princ. ff. de Judic. *Adversus* *verum rei*
dominium *verò*, *si eidem ignorantia* *res*
suas *commodaverit*, *hac actione* *uti*
nequit *Arg. l. 31 §. 1. ff. deposit.* *Un-*
de, *si is*, *qui* *commodavit*, & *verus rei*
dominus *in repetitione* *rei* *concurrent*,
dominus *commodanti* *præfertur* *arg.*
cit. l. 31. *Item* *commodare* *potest* *usu*
fructuarius *§. 1. J. de usu* & *habit.* *non*
verò *usuarius* *tantum* *arg. cit. §. simili-*
ter *uxor* *rem* *propriam* *marito l. 3. C.*
b. t. & *res* *mariti* *tertio* *commodare* *po-*
test *l. 24. §. penult. ff. solut. matrimon.*
Quodsi *tamen* *res* *commodata* *per* *uxo-*
rem *periérit*, *compensatur* *in* *dotis re-*
stitutione, *supposito*, *quod* *maritus*
prohibuerit *commodare*; *secùs*, *si* *eo*
annuente *id factum* *est*, *modicum tem-*
poris, *arbitrio* *judicis* *taxandum*, *uxo-*
ri *relinquendum* *est*, *quo* *rem* *commo-*
datam *repetere*, & *restituere* *valeat*.
Vid. Menoch. de arbitr. Jud. l. 2. casu 25.

per tot. *Prælatus* *quoque* *Ecclesiæ*,
cùm *ipsi* *res* *Ecclesiæ* *administrandæ*
commissæ *sint*, *potest* *eadem* *commo-*
datare. *Hostiens. in summa bīc.* *Quod*
tameu *ita* *limito* *cum* *Magn. P. Schmier*
l. 3. Tract. 3. cap. 3. n. 63. & seq. *ut* *pro-*
cedat *in* *rebus* *mobilibus* *non* *pretiosis*, *aut*
pretiosis *quidem*, *unde* *tamen* *Eccle-*
siæ *nullum* *præjudicium*, *aut* *damnum*
inferri *possit*. *Cæteroquin*, *cùm* *in*
cap. 5. de rebus Ecclesiæ alien. *eidem* *pro-*
hibeat *conditio*, *hoc est*, *conventio*
circa *res* *Ecclesiæ immobiles*, *aut* *mobi-*
les *pretiosas*; *imò*, *cùm* *in* *extrav. am-*
bitiose *de rebus Ecclesiæ non alien.* *Prohi-*
beatur *locatio*, *ubi* *locator* *commodum*
mercedis *habet*, *tanto* *magis* *commo-*
datum, *quod* *gratis* *fit*, *prohibitum* *es-*
se *censi* *debet*. *Quod* *diximus* *de*
Prælato, *ad* *privatum* *Religiousum* *ex-*
tendere *noli*, *quia* *is* *nec velle*, *nec nolle*
habet *cap. 2. de Testam. in 6. cap. 5.*
de Sepult. in 6. cap. 11. C. 12. Q. 1. *sed*
per *votum* *Religionis* *omnibus* *se* *re-*
bus *abdicavit*, & *voluntatem* *soam*
transtulit *in* *voluntatem* *superioris*, *ni-*
si *(ut* *communiter* *limitatur* *)* *acces-*
rit *superioris* *sui* *licentia expressa*, *taci-*
ta, *vel* *præsumpta*.

Commodatum *accipere* *potest* *qui*
libet, *qui* *alias* *ad* *contrahendum* *inhab-*
ibilis *non* *est*, *ut* *filius* *familias* *l. 3. §. 4.*
ff. b. t. *servus* *d. l. 3. §. 4.* *Plures* *quo-*
que *eandem* *rem* *l. 21. §. 1. ff. b. t. l. 9.*
ff. de duob. reis. *Sed* *utrum* *hoc* *casu* *in*
solidum *teneantur*, *num* *verò* *quisque*
pro rata? *quæstionis* *est?* *pro rata*, *si*
ve *pro parte* *eos* *teneri*, *ex* *eo* *forte*
suaderi *posset*, *quòd* *regulariter* *plu-*
res *debitores* *citra* *pactum correale*, *pro*
rata *duntaxat* *conveniantur*. *At* *contra-*
rium *decidere* *placuit* *Ulpiano* *in* *l. 5.*
§. ult.

§. ult. ff. b.t. statuendo, ambos, quibus unum simul vehiculum fuerat commodatum, dolum, culpam, diligentiam, & custodiam præstare debere, adeoque in solidum teneri; videtur enim commodans singulorum fidem in solidum fuisse secutus, & consequenter tanquam duos correos in solidum eidem esse devinctos. *cit. l. 5. §. ult.* pluribus aliis argumentis idipsum comprobat Knipschildt *d. exercit. 3. Q. 4.* Quodsi vero sub hac clausula communis periculo res commodata est, periculum quoque est commune, & consequenter divisa est inter ipsos obligatio, & singuli pro rata tenentur. *l. 21. §. 1. ff. b.t.* Boehmerus *de Actionib. sect. 2. cap. 8. §. 13.* Stryck. in *U. M. ff. b.t. §. 9.*

Commodatò rem accipere nequit Pupillus, sine tutoris autoritate contrahens. *l. 1. §. fin. b.t.* adeò quidem, ut nec pubes factus, si dolum, aut culpam circa rem commodatam admiserit, actione commodati conveniri queat, ex ratione ibidem ab Ulpiano subjuncta, quia Contractus hic ab initio non substituit, poterit tamen eo casu, si dolo desit possidere, rei vindicatione utili conveniri *Arg. l. 27. §. 3. ff. de R. V. l. 131. ff. de R. J. vel actione Legis Aquiliae.* *Arg. l. 17. ff. ad exhib. l. 9. §. 2. ff. de Minor.* Clariss. DD. Joann. Dominic. Peregrini, Collega honorandissimus ad lib. 3. l. Tit. 15. §. 2. num. 13. Quodsi pupillus, citra quod dolum, aut culpam admitteret, iocobpietior factus sit, datur contra eum utilis rei vindicatione ex D. Pii rescripto in l. 3. princ. ff. b.t. quamvis etiam de re commodata restituenda actione ad exhibendum, & rei vindicatione teneatur. *l. 2. ff. b.t. l. 46. ff. de O. & A.* iniquum quippe foret, ut is, qui rem alienam habet, nulla actione teneatur, maximè, quod

ad actionem ad exhibendum solum factum sufficiat. Harpprecht ad *Tit. J. Q. M. R. C. O. §. 2. num. 10.* Quod diximus de pupillo, obtinet etiam in furioso. *d. l. 2. ff. b.t.*

Objectum commodati sunt res, quæ in hunc Contractum venire possunt. Possunt autem venire tam res mobiles, quam immobiles *l. 1. §. 1. ff. b.t. l. 5. §. 8. §. 14 ff. eod.* tam corporales, quam incorporeas, modo earum aliquis sit usus, & utilitas, cum etiam precariò concedi possint. *l. 8. §. 5. ff. de Precar. habitacionem* verò, qui eam habet jure servitutis, alteri commodare non posse, mihi verius videtur, eò, quod nec legare, nec donare valeat. *l. 11. Cod. de usufr. l. 10. princ. ff. de usu & habit.* commodatum autem genus quoddam est liberalitatis, & donationis *l. 17. §. 3. ff. b.t. l. 54. §. 1. ff. de furt.* Item possunt commodari non solum res propriae, sed etiam alienæ *l. 15. ff. b.t.* quia in hoc Contractu transferre dominium necesse non est. *l. 8. ff. b.t.* Commodari quoque non refugiunt res fungibles, ubi tamen hæc distinctio adhibenda, inter res, quæ usu atteruntur, & deteriores sunt; ut uestes, & inter res, quæ usu consumuntur. Res prioris generis rectè commodato dati possunt, *l. 5. §. 8. §. 10. ff. b.t.* cum non censeantur deteriores redditæ, quæ occasione illius usus, in quem sunt concessæ, deteriores sunt fastæ, maximè, cum voluntate commodantis, qui deteriorationem hujusmodi præscivit, id evenerit. *Arg. l. 10. princ. l. fin. ff. b.t.* Clariss. DD. Peregrini *cit. tit. n. 16.* Res posterioris generis commodari nequeunt, nisi forte *dictis gratia*, hoc est, ad ostentationem, & pompam. *l. 3. §. fin. l. 4. ff. b.t.* prout casum notabilem refert Hostiens. hic in sum-

(E)

summa de juvēne quodam, qui immensam pecuniarum summā commodatō accepit, & arca sua reclusit, tantū, ut amicos puerāe cūjusdam, quam deperibat, falleret, qui, falsa divitiarum simulatione persuasi, nuptias illas deceptorī conciliārunt. Denique etiam

commodari possunt res *sacrae*, non tamen aliter, quād ad usum *sacrum*, quia et si dicantur esse extra commercium humanum, id tamen haud alio sensu intelligendum est, quād quod nequeat pro illis dari aliquid temporale. Clariſſ. D. Placidus Böckhn in *Comment. ad b.t. n. 5.*

§. III.

De Effectu Commodati.

SUMMĀRIA.

8. Effectus tum ex parte commodantis, tum ex parte commodatarii recensetur. 9. Ad quam culpam commodatarius teneatur, hēc quēſtio triplici rēſponſione rēſolvitur. 10. De Jure Romano casum fortuitum non p̄fstat, licet de Jure Germanico aliqui contrariorū velint. 11. Fallit tamen, si culpa Commodatarii casum p̄ceſſit. 12. Item, si Commodatarius ultro periculum casus in ſe ſuſcepit. 13. Quid latius exponitur. 14. Contrarius eſt Harpprecht. 15. Cujus argumēta rēſolvuntur. 16. Rurſus tenetur Commodatarius casum fortuitum p̄fſtare, si poſt uſum rei commodatē adhuc morosus ſit in rēſtituendo. 17. Quid autem, si tertius, non ipſe Commodatarius dāmnum inferat? non teneri tunc Commodatariū noſtra eſt ſententia. 18. Nec p̄fstat casum, si res commodata eque apud commodantem caſu p̄riiſſet. 19. Quid si res commodata eſtimatō data ſit? 20. Cujus periculo ſit dāmnum, si res à commodante ad Commodatariū miffa, culpa transferentis pereat? hēc quēſtio triplici rēſponſione rēſolvitur. 21. An in caſu incendiī v.g. Commodatarius, dum utrasque ſalvare nequit, res ſuas commodatis p̄fere posſit? 22. Oppoſita contra noſtrā Concluſionē rēſolvuntur. 23. Ulti- rius proposita quēſtio explanatur. 24. An in Commodato locum habeat compenſatio? exponitur paucis, quid ſit compenſatio. 25. Et rēſolvitur, quod p̄prie talis locum non habeat. 26. Bene verō impropria. 27. Et certo caſu etiam propria. 28. Effectus Commodati recensetur. 29. Commodatarius tenetur rem commodatam rēſtituere, tametq; uti nequiverit.

8. Effectus commodati conſiſtit in ob- ligationibus, quas tum *commoda- tarius*, tum *commodans* ſubit. Ille principaliter obligatur, & quidem ad rem commodatam cum omni cauſa, & accessionibus, finito uſu, in ſpe- cie juridica, ſive (ut Philosophi loquuntur) in individuo rēſtituendam. Iſte

minus principaliter, ad commodatū indēmniē ſervandum, atque adeo ad rem, uſu nondum finito, non repe- tendam, & ad expenſas, ſi quas com- modatarius neceſſario fecit, refun- das. l. 17. ſ. 3. & l. ſeq. ſ. 2. & 3. ff. b. t.

Jam plures quēſtiones veniunt en- dandæ. Et quidem I. quāritur, ad quam

quam culpam cōmodatarius teneatur? Huic quæstioni triplici responsione satisfaciemus.

Resp. I. si res commodata in unius duntaxat accipientis commodum sit data (id quod communiter fieri solet) tenebitur commodatarius ad culpam levissimam. Textus in *cap. un. b. t. & l. 18. ff. eod. l. 1. §. 18.* *ff. de O. & A.* adeoque non sufficerit, si commodatarius rebus commodatis eam, quam suis, diligentiam adhibeat, sed ad exactissimam tenebitur. Ratio hæc reddi potest, quod, quò majus est beneficium, eò magis de damno patroni vitando cavidum est.

Dices: in *§. 2. J. Q. M. R. C. O.* commodatarius *exactam* duntaxat diligentiam præstare jubetur, & in *l. 5. §. 5. ff. b. t.* Ulpianus *diligentem* solum *custodiū* requirit: ergo non tenetur ad diligentiam *exactissimam*. Resp. et si *positivus* regulariter includat *superlativum*, aliud tamen dicendum est, si materia substrata, & natura contractus id exigat, præsertim, si quod uni legi deest, suppletatur ex altera, ut hic ex *l. 18. ff. b. t. & l. 1. ff. de O. & A.* ubi exprestè de *exactissima*, diligentia mention fit. Deinde objectæ *LL.* non loquuntur simpliciter de exacta diligentia sed cum addito: *scilicet exacta, planè diligentī custodia* quod idem est, ac *valde exacta*, seu *exactissima*, ut ex aliis textibus colligitur. Harpprecht ad *Tit. J. Quib. mod. re contrah. §. 2. num. 24. & seqq.*

Resp. II. si commodatum in gratiam utriusque tam dantis, quām accipientis tendat, ut, si v. g. vasa aurea data sint ad excipendum hospitio cōmūnem commodantis, & commodatarii

amicum, culpam duntaxat latam, & levem præstabit commodatarius. *l. 18. §. 18.* *ff. b. t.* cūm enim utriusque vertatur utilitas, & commodatarius minus beneficium accipiat, æquum haud est, ut ad exactissimam diligentiam obligetur.

Resp. III. si commodatum solius commodantis utilitatem respiciat, ut contingere potest, si quis sponsæ suæ, quo honestius culta ad se deducatur, ornamenta commoderet, juxta *l. 5. §. 10. ff. b. t.* Commodatarius dolum tantum, & culpam latam præstare tenetur, quia scilicet commodatarius hoc pacto potius præstat, quām accipit beneficium, adeoque ad exactissimam diligentiam obligandus non est. Idem videtur dicendum, si commodans ultrò, & non rogatus commodatum offerat, ut colligitur ex *d. l. 5. §. 10. ff. b. t.* ibi: *vel ipsi Prætori quis ultrò commodavit.*

Quæritur II. An commodatarius *10 teneatur de casu fortuito?* Respondeo negativè. *cap. un. b. t. l. 5. §. 4. l. 18. princ. ff. b. t. l. 1. C. eod. l. 1. §. 4. ff. de O. & A. l. 23. ff. de R. J.* in his enim contractibus, per quos dominium non transfertur, res perit suo domino. *l. 9. C. de Pignorat. art. & hoc quidem de jure Romano certum & indubitatum est: at jure Germanorum prisco cōmodatarium ad casum quoque præstandum fuisse obligatum, patet ex speculo Saxonico lib. 3. art. 5. & pluribus comprobatur contra Colerum Schilterus in Prax. Jur. Rom. Exercit. 25. §. 16. & 2. seqq.* qui tamen in *§. 19.* fatetur, sententiam Coleri in foro prævaluisse, & ubique locorum jam usu receptam esse. Puffendorffius nihilominus *Jus Germanorum* hodieum Juri Romano præ-

rendum esse existimat, eo casu, quo res commodata, quæ apud commodatarium casu periit, non æque apud comodantem interiisset, cùm alias (sunt ejus verba de *Jur. Natur.* & *Gent. lib. 5. cap. 3. §. 6.*) mea mibi benignitas nimio constaret, si præter usum gratuitum re quoque ipsa mibi sit carendum, quam non eram perditurus, absque altero si fuisset. Neque appetet, cur ipse magis, quam alter infortunium præstare debeam, cùm hic utique occasionem præbuerit, ut idem rem meam incurrire posset. Verùm prætenfa hæc æquitas tanti non est, ut nobis recessum à Jure communi persuadeat. Sit, ut opinatur Puffendorffius, ini quum, ut commodanti hoc paclò sua liberalitas noceat, multò sanè iniquius foret, commodatarium majus ex commodato periculum sustinere, & damnum metuere, quam ea ipsa, quam percipit, utilitas est. Accedit, quod commodatario plerumque cum commodato etiam propriæ res pereant. Hunc itaque præterea restitutione commodati onerare, sanè impium foret. Ergo æquitati non repugnat, commodantem damnum, quod occasione liberalitatis suæ sentit, inter cæteros casus fortuitos referre. Neque Puffendorffio suffragatur Jus Divinum quod *Exod. 22. v. 14. & seq.* distinquit, utrum coñodans absens fuerit, cum res commodata periret, an præsens: atque illo casu commodatarium ad restituendum obligat, hoc autem absolvit. Verba textus sic se habent: *Qui autem proximo suo quidquam horum (scilicet bovem, asinum, aut ovem, de quibus in Versu 10. meminit) mutuò postulaverit, & debilitatum, aut mortuum fuerit, Domino non præsente, reddere compelletur: Quod si in*

præsentiarum dominus fuerit, non restituet. Ad hunc textum respondet, quod ideo commodatarius, si domino absente res commodata periit, damnum commodanti resarcire jubeatur, quia præsumitur, non omnem, quam debuisset, diligentiam in conservationem rei impendisse, adeoque extra culpm non fuisse; econtra ubi dominus præsens casum fortuitum intercessisse vidit, recte ab onere restitutionis commodatarius absolvitur, cùm pateat eum culpabiliter in re non fuisse versatum. Ita belle contra Puffendorffium ratiocinatur *Leyserus Volum. 3. Medit. ad Pandect. specim. 153. n. 4.* quem sequimur. Interim regula à nobis posita tam firma non est, quin suas patiatur fallentias, atque commodatarius præstationi casus substernatur.

Fallit I. Si culpa commodatarii causum præcessit, ut si equum tibi commodavi, ut ad villam adduceres, tu ad bellum duxeris, commodati teneberis, sunt verba Ulpiani in *l. 5. §. 7. ff. b.t.* Vid. *l. 18. princ. ff. eod.* & *l. 25. §. 4. ff. locat.*

Sed quis tenebitur probare, culpm intervenisse? Respondeo cum distinctione. Vel enim casus est, qui inopinatò contingere solet, & cui resisti nequit, uti est vis latronum, impetus aquarum &c. vel talis est, qui communiter citra culpam non contingit, ut furtum, incendium domesticum &c. in illis præsumptio erit pro reo, & ideo probatio incumbet alleganti; secùs in istis. *l. 9. §. 4. ff. locat.*

Fallit II. Si commodatarius ultrò periculum eventus fortuiti in se suscepit. cap. un. & *l. 1. C. b.t.* contractus enim ex conventione partium legem acci-

cipiunt. cap. 85. de R. J. in 6. l. 23. ff. cod. l. 1. §. 6. ff. deposit. Nec tale pactum repugnat substantiae contractus commodati, quia commodatarius non vi commodati, sed ex pacto specialiter adiecto ad casum praestandum se obligavit: unde talis, et si rem suo periculo accipiat, tamen ad certum duntaxatusum, & tempus habere censetur, &, si aliter usus fuerit, furti tenebitur. §. 6. J. de oblig. qua ex delict.

13 Ut porro de sensu hujus fallentiae tibi plenius constet, nota ex Panormitano in cap. un. b. t. num. 18. ad hoc, ut commodatarius ex tali susceptione periculi obligetur, non sufficere quodcumque pactum generale omne periculum in se suscipiendi, sed requiri, ut saltem unum vel alterum casum in specie exprimat, & clausulam adjungat etiam de aliis casibus non expressis, similibus tamen, & non infrequentioribus, ut recipio v. g. in me periculum incendi, & simili casuum arg. cap. 4. de Procurat. in 6. fundatur haec limitatio in l. 4. §. 4. ff. si quis cautionibus &c. ubi expressè dicitur, non posse in genere conveniri, ut nulla exceptione de casu fortuito quocunque obstante teneatur de judicio fisti, sed causas exceptionum specialiter exprimendas esse, quibus à promissore sponte renuntietur.

14 Hanc tamen limitationem non recipit Harpprecht ad §. 2. J. Q. M. R. C. O. num. 35. & seqq. cum aliis ibidem allegatis, sed judicat, sufficere pactum generale de omni periculo, & casu fortuito praestando, motus sequentibus argumentis I. in l. 1. & l. 7. §. 7. ff. & l. fin. C. de Paß. pro inconcussa regula statuitur, omnium pactorum fidem servandam esse, nisi aliqua juris ratio obstat;

atqui isti pacto generali nihil obstat: ergo. II. Tantum valet genus, quantum omnium specierum enumeratio. l. 79. princ. ff. de Legat. 3. l. 4. C. de Præscript. 30. vel 40. Ann. ergo tantundem valebit pactum generale, in nostra hypothesi, quantum specifica casuum expressio. III. Pacto generali standum est in locato fundo l. 9. §. 2. ff. locat. ergo etiam hic. IV. Creditor à petitio- ne debiti submovetur, si inter ipsum, & debitorem generaliter convénit, ut amissio pignorum liberet debitorem. l. 6. C. de Pignorat. ait. ergo idem dicendum in nostro casu. V. Valet conventio generalis, qua depositarius omne periculum præstat, sub quo utique etiam casus fortuiti veniunt l. 7. §. 15. ff. de Paß. l. 39. ff. Mand. ergo similiter de pacto generali ipsis commodatarii discurrendum est.

Verum adducta fundamenta tanti 15 roboris nobis esse non videntur, quin congrua responsione iis satisficeri possit. Ad I. igitur negamus min. jus ejusmodi pacto non resistere; nam si ad omne pactum, ut obliget, de jure requiritur duarum voluntatum in idem placitum consensio cit. l. 1. ff. de Paß. profecto hoc pactum generale, de quo loquimur, commodatarium stringere nequit, utpote, qui de casibus insolitis nequidem cogitasse præsumitur. Vide bonum Textum in l. 78. §. ult. ff. de Contrab. empt. Gail. l. 2. observ. 23. n. 18. Ad II. negamus, universaliter verum esse, quod tantum valeat genus, quantum singularium specierum enumeratio, id quod ex ipsa allegata l. 79. §. 1. ff. de Legat. 3. probatur, ubi Celsus sic iafit. His verbis, QUE IBI MOBILIA MEA ERUNT, DO, LEGO (Ecce genus)

nummos ibi repositos, ut mutui darentur, non esse Legatos, Proculus ait: at eos, quos præsidii causa repositos habet, eos Legato contineri? Cur ita? quia respectu pecuniae prioris defecit voluntas legantis, utpote, quam fœnori exponi voluit; ideoque, tametsi generaliter legasset omnes res mobiles, quas ibi habebat, pecunia tamen, ut mutuò daretur, ibi reposita, sub illo generali Legato non comprehendebatur: ergo universaliter verum non est, quod tantum valeat genus, quantum omnium specierum enumeratio. l. 4. cit. de Prescript. 30. vel 40. Ann. similiter AA. non favet, nam, et si ibidem dici videatur, quod expressio generis idem operetur, ac si omnes species forent expressæ, id tamen ad alias facti speciem, quam, de qua ibi Textus loquitur, non est extendenda, ob peculiarem rationem, quam Imperator in princ. l. assignat, omnes nocendi quibuslibet modis artes omnibus amputantes &c. & ideo Brunneman. ad cit. l. n. 4. bene scribit, hanc Regulam fallere in renuntiatione casuum fortuitorum l. 4. §. 4. ff. si quis cautionibus &c. item in negotiis, quæ speciale mandatum requirunt. l. 25. ff. de Min. C. 60. ff. de Procurat. in rebus, quæ quis probabiliter non esset obligaturus. l. 6. ff. de Pignor. & in genere, ubi specialium alia est ratio. Ad III. rursus negatur, pactum, de quo Julianus in cit. l. 9. §. 2. ff. loc. loquitur, esse generale; tametsi secundum verborum corticem tale videatur; loquitur enim de pacto, quo conductor vim majorem, si quæ rei conductæ acciderit, se præstaturum pollicetur. Per vim autem majorem non quoscumque casus fortuitos intelligimus, sed illos duntaxat, quæ divinitus quasi accidentum,

ut sunt fulgura, grandines, terræ motus &c. & ideo vis Divina, Göttes Schickung dicitur, unde, qui ejusmodi casus in se recipit, speciali, non generali pacto se obligare censetur. Ad IV. dico, cit. l. 6. C. de Pignorat. att. non de conventione generali, sed specifica expressione casum fortuitorum exaudiendum esse: oportet enim verba LL. sic interpretari, ut eum sensum referant, quem contrahentes in animo plerumque, aut sañtem non infrequenter habere præsumuntur: Non est autem præsumendum, contrahentes se velle, citra quod natura contractus exigat, obligare, nisi idipsum specificè exprimant, quapropter generalis conventionis promittentem ad insolita non stringit. Ad V. respondeo, l. 7. §. 15. ff. de Pat. l. 39. ff. Mand. extra rhombum versari, nam et si ibidem dicatur, valere pactum, quo deponens convenit cum depositario, ut is omne periculum præstet, male tamen ex eo infertur, ipsum quoque ad casus fortuitos quoscumque præstandos devinctum esse. Etenim, cum in contractu depositi, dolus duntaxat, & culpa lata præsetetur, idcirco, si depositarius omne periculum in se recipit, censetur, se ad diligentiam majorem, quam natura hujus contractus exigat, voluisse obligare, adeoque ad culpam levissimam, non verò ad casus fortuitos. Ita perspicue decisum est in l. 1. §. 35. ff. Deposit. At qui jam hæc oppositio nos non ferit, Fallit III. Regula superiùs posita in 16 commodatario post usum in re commodata mōras necente, qui subinde de casu quoque fortuito tenetur. cap. un. b. t. l. 5. ff. de R. C. Ratio est, quod mora cuique suā, non alteri noceat, cap.

cap. 25. de R. J. in 6. idque procedit. etiam eo casu, quo commodatarius ultra tempus conventionis ex præsumpta domini licentia re commodata utitur; nam præsumptio isthæc ipsum quidem excusat a furto usus, non tamen facit, ut debitor non sit in mora, adeoque tenetur de casu fortuito d. l. 5. Quid si vero mora inculpabilis foret, ut si legitimè impeditus esset, aut bona fide existimaret se non debere, ideoque iudicio contenderer, quanquam post litem contestatam res casu fortuito periret, non tenebitur ad præstandum damnum; qui enim sine dolo malo ad iudicium provocat, non censetur moram facere. l. 43. ff. de R. J. l. 40. ff. de Hæred. petit. l. 16. ff. de R. V. Nec obstat, quod post litem contestatam omnes incipient esse malæ fidei posse res per l. 25. §. 7. de H. P. Nam hoc est intelligendum quoad alios effectus, ut quod ad restitutionum fructuum post litem contestatam perceptorum, non vero in ordine ad casum fortuitum, cum litem bona fide incipient. Layman lib. 3. tr. 2. cap. 4. num. 1.

³⁷ Sed quid si damnum rei commodatae tertius inferat, ut, si stabularius equum commodatum in stabulo collocatum negligat, sine ulla commodatarii culpa (qui casus facilè evenire potest) an commodatarius tenebitur de damno dato? Respondeo negativè. Textus est in l. 19. ff. b. t. & facit ratio, quod ad damnum, casu fortuito obveniens sine culpa nostra, non teneamur ex dictis; atqui tale damnum ab alio datum censetur respectu commodatarii esse casus fortuitus, quem nec diligenter præcavere potest, cum omnes viatores ejusmodi famulis equos suos

committere soleant. Verum d. l. 19. è diametro opponitur l. 41. ff. locat. ubi Marcelli sententia probatur, qui dicit, de damno à tertio dato interdum agi posse cum commodatario *sive custodiri potuit. nè damnum daretur, sive ipse custos damnum dedit.* Ut antinomiam harum LL. evitemus, dicendum existimo, hoc ipso, quod Marcellus in cit. l. 41. dicat, INTERDUM agi posse cum commodatario, fateatur, regulariter agi non posse. Nam pro explicantando adverbio INTERDUM duos casus ponit I. si res commodata custodiri potuit. II. si custos damnum dedit. In primo agnoscit culpam commodatarii saltem levissimam; similiter in secundo, utpote qui talem custodem adhibuit, à quo prudenter poterat timeri damnum.

At quid si res, quæ ob moram culpabilem commodatarii casu fortuito periit, etiam apud commodantem periisset, an nihilominus commodatarius causum præstare tenebitur? Respondeo negativè. Textus in l. 14. §. 1. in fin. ff. Deposit. quia tunc mora commodatarii non propriè fuit causa interitus, cum æque apud commodantem peritura fuisset. Fur tamen, raptor, aut alius violentus invasor, apud quem res casu periit, æque peritura apud dominum, nihilominus æstimationem rei restituere tenetur, in odium scilicet furti, vel rapinae. arg. l. 1. §. 34. & l. penult. ff. de vi & vi.

Sunt, qui existimant, eo quóque casu commodatarium de casu fortuito teneri, quando res commodata æstimata data est, v. g. si concedens rem pretiosam, exprensè addat, se eam æstimare centum aureis, moti textu l. 5. §. 3. ff. b. t. ubi sic Ulpianus: *Et si forte res estimata*

mata data fit, omne periculum prestatum ab eo, qui estimationem se prestatum recipit. Hostiens. hic in *summa* Mozzius de *contrat.* ad b. t. de *rebus*, quæ *commodar.* num. 6. & seq. Lauterbach cum aliis à se relatis hic §. 22. & cum primis Bartolus, qui has regulas constituit, ut, si dicta estimationis tali contractui apponatur, cuius naturæ repugnat, dominium in alium transferri, v. g. *locato*, *deposito*, *commodato* &c. tunc illa venditionem quidem non inducat, arctiore tamen obligationem, ac natura contractus alias postularet, imponat, ita, ut si quis ex contractu teneretur ad culpam levissimam, adjecta estimationis faciat, ut jam teneatur etiam de casu fortuito: sin verò ex contractu culpam duntaxat levem præstare teneatur, accidente hac estimatione culpa ipsi levissima præstanta sit. Quodsi verò memorata estimationis adjiciatur illis contractibus, quorum naturæ non repugnat, rei dominium transferri, vel pro parte, ut in *Societate*, vel in totum, ut in *dotis datione*, tunc talis estimationis operetur *venditionem*, & periculum vel pro parte, vel in totum transferatur. Videntur hæ duæ Regulæ esse fundatæ tum in *cit. l. 5. §. 3. ff. b. t.* tum in *l. 3. l. 54. §. ult. ff. locat. l. 1. §. ult. ff. de estimat. act. l. 10. & 16. ff. de jur. Dot.*

Panormitanus hic num. 23. Zoësius ad *ff. b. t. num. 10.* & alii distinguunt, ita, ut allatam Bartoli Regulam admittant quidem in contractibus, quorum natura talis est, ut dominium transferri, & adjecta estimationis venditionem operari possit, ut in fundo estimato in dotem dato. *l. 10. ff. l. 5. C. de jur. Dot.* ut proinde ibi accipiens teneatur de casu fortuito. In aliis verò contractibus,

quorum natura non patitur, transferri dominium, adjecta estimationis tantum absit, ut venditionem, & casus fortuiti periculum transferat, ut nec majori quidem obligatione, quam ipsa contractus natura secumferat, contrahentem oneret, sed id duntaxat operetur, ut si res culpa *commodatarii* seu levi, seu levissima perierit, ex illa estimatione apposita sciat, quantum restituere debeat, ne dominus rei peremptæ pretium primum probare cogatur. Quodsi verò non simpliciter, sed cum expresso pacto estimationis adjecta fuerit, ut res eadem vel pretium restituatur, tunc erit venditio ex pacto, & eo casu *LL. allegatae* procedunt. Et hæc Responsio confirmatur optime ex *cap. un. b. t.* ubi Pontifex tres solum casus excipit, quibus fortuitus rei interitus præstandus. Deinde, si *generale* pactum, ut suprà docuimus, quo *commodatarius* omne rei periculum in se recipit, non includit casum fortuitum, specialiter non expressum, multo minus id efficiet simplex rei estimationis. Accedit, quod communiter homines nil minus cogitent, quād de tali obligatione, de qua inter ipsos quoque jurisperitos non convenit, unde subintran illa juris maxima: *Contra illum facienda est interpretatio, qui legem dicere potuit aperiens. cap. 57. de R. J. in 6.* Et huic intentiæ subscribunt præter Molin. de *J. & J. disput. 295. num. 9. & seq.* Stryck. in *U. M. J. 4. b. t.* & novissimè Clariss. D. P. Placidus Böckhn in *Comment. ad b. t. num. 15.*

Quæritur III. Cujus periculo sit 20
damnum, si res *commodata*, à *commodatario* ad *commodantem* transferenda, per ipsum nuncium fuerit aversa, aut
alio

alio casu fortuito perierit? Huic quæstioni una responsione satisfieri nequit. Unde

Respondeo I. Si commodans nuncium misit ad rem repetendam vi, si res casu fortuito, aut culpa nuncii pereat, rei commodatae jacturam ferre debet. *l. 10. §. 1. l. 12. §. 1. ff. b. t.* quia res semper perit suo domino, quotiescunque culpa alterius non perit.

Respondeo II. Si commodatarius nuncio ad se à commodante in eum duntaxat finem misso, ut eum de redendo commodato moneret, rem commodatam dederit preferendam, eaque perierit, periculo commodatarii erit. *d. l. 12. §. 1. ¶. si commonendi.*

Respondeo III. Si commodatarius nuntium miserit, servum, quem ha-
etenus constanter fidelem expertus est, & casu res periit, putà, quod à præ-
donibus v. g. ei ablata, damno commo-
dantis, non commodatarii perit. *l. 20. ff.*
h. t. quia hoc casu commodatarius cul-
pani tantum præstat. *l. 10. in fin. l. 18.*
princ. ff. b. t. in culpa autem non censem-
tur esse, qui tali homini rem preferen-
dam commisit. *Arg. l. 20. ff. b. t. l. fin. ff.*
Quod cum eo, qui in alter. Secùs com-
modatarium teneri dicimus, si homini,
de cuius fide sibi satis non constabat,
rem preferendam tradidit. *l. 11. & seq. ff.*
b. t. Vid. de hac quæstione fusius agen-
tem Oldendorp. *cl. 4. Ad. 15. ver. Sed*
quid de dolo vel culpa nuntii &c.

21 Quæres IV. An in casu subitanei
periculi, v. g. incendii, naufragii &c.
quo commodatarius tam res proprias,
quam commodatas simul salvare nequit,
neglectis commodatis, suas præferre, &
pericolo etipere possit? Intricata hæc
est quæstio, quæ ha-
etenus in diversas

sententias DD. animos abstraxit. Non
vacat singulorum sensa referre. Men-
tem meam per distinctas assertiones
aperio.

Dico igitur I. Si contractus com-
modati in solius commodatarii utilita-
tem (ut communiter fieri solet) cele-
bratus fuit, & res commodatae æquè
pretiosæ, aut pretiosiores fuerint, atque
sunt propriæ ipsius commodatarii, nec
utrasque præsenti periculo subducere
possit, tenetur, relicis propriis, ser-
vare commodatas, aut, si proprias prætu-
lerit, præstare commodanti æstima-
tionem. Ratio est, quod commodatarius
teneatur eam diligentiam impendere
conservandis rebus commodatis, quam
diligentissimus paterfamilias, & domi-
nus rerum illarum impendisset; sed domi-
nus rerum commodatarum in con-
cursu alienarum non magis pretiosarum,
aut viliorum utique suas prætulisset
alienis: ergo &c.

Dico II. Si res commodatae sint vi-
liores, quam propriæ, & ambæ salvari
nequeant, poterit quidem salvare res
propriæ, relicis commodatis, ita tam-
en, ut harum pretium refundat com-
modanti. *Molin. de J. & J. Tract. 2.*
disp. 296. num. 6. *Haunold. Tract. 10.*
cap. 7. controv. 7. num. 744. & seq. Ra-
tio prioris membra est, quod salvando
res pretiosiores implet officium exactissimi
patrifamilias: ita enim quemque
sagacem hominem comparatum esse, per-
suasi sumus, ut nolit perire res pretio-
siores, quod possit salvare viiores. Ra-
tio posterioris est, quia talis com-
modatarius, cuius solius commodum agi-
tur, tenetur cum æquali rerum suarum
jactura ad diligentiam exactissimam: er-
gò solūm quoad excessum majoris va-
lo-

(F)

loris poterit rem suam pretiosiorem salvare, non tamen, ut commodans per hoc jacturam commodati patiatur, sed quoad hoc ipsum indemnem servare debet, in quo servatur aequalitas, quia dempto excessu, in quo res commodatarii pretio superavit rem commodatam, commodans utique rem commodatam propriam prætulisset alienæ.

22 Nec dicas: Si commodatario licet res suas pretiosiores salvare, relictis commodatis, omissione hæc ipsi in culpam imputari non potest: ergo etiam onere restitutionis gravari non debet, cùm nonnisi *ex culpa* conveniri queat *cap. unic. b. t. lib. 5. §. 2. ff. eod.* Respondeo, factum quidem commodatarii, res suas pretiosiores salvantis non esse culpabile; at verò animus, & intentio nil refundendi commodanti, damnum passio, culpa non vacat, & hoc ideo, nè commodans ex suo beneficio, quod nemini damnosum esse debit, *l. 140. ff. de R. J.* damnum sentiat, maximè in hoc negotio, ubi solius commodatarii utilitas vertitur, cùm Africanus in *l. 61. §. 5. de Furt.* dicat, *multo æquius esse, nemini officium suum, quod ejus, cum quo contraxerit, non etiam sui commodi causâ suscepit, damnosum esse.*

Nec dicas contra primum membrum conclusionis. Commodatarius tenetur rebus commodatis exactiorem diligentiam adhibere, quam propriis, per Textum expressum in *l. 3. ff. de peric. & commod. rei vend.* non ex lege tantum charitatis, sed justitiæ, vi contractus ipsum obligantis: ergo nullo unquam casu, citra quod lædat justitiam, & violent fidem contractus, fas ei erit, res suas, ut ut pretiosiores, rebus commodatis præferre. Respondeo, falsum esse,

quod commodatarius in data hypothesi fidem contractus infringat, nam, et si negare non possumus, ad exactiorem diligentiam rebus commodatis impendendam ipsum ex natura contractus obstringi, id tamen regulariter tantummodo obtinet, ubi nempe commodatarius omnem percipit utilitatem: *Quod si verò commodatarius occasioñe rei commodatae jacturam rerum suarum magis pretiosarum subire necesse haberet, eo casu negamus, ipsum ad exactiorem diligentiam in rebus commodatis, quam propriis teneri: sicut enim beneficium benefaciendi fraudi esse non debet; ita in odium beneficiarii detorqueri non convenit, quod in ejus favorem noscitur esse introductum.* Et ideo *Juris-Consultus Ulpianus in l. 5. §. 4. ff. b. t. Consultò dixit*, si quid damni in re commodata acciderit, non esse imputandum ei, qui commodatum accepit, nisi aliqua culpa interveniat, culpa autem est omissione diligentiae debitæ. Non est ergo commodatarius culpabilis, qui id, non fecit, quod facere non debuit.

Dico III. Si commodatum respiciat utilitatem utriusque & res commodata sunt pretiosiores, quam propriæ, commodatarius tenetur servare commodatas præ propriis: sin verò sint æquè pretiosæ, poterit res proprias anteferre commodatis. Ratio prioris est, quod teneatur tunc ad culpam levem; adeoque ad exactam diligentiam, qua diligens paterfamilias utique res viliores postponeret pretiosioribus. Ratio posterioris est, quod non appareat major ratio, cur commodatarius in communi periculo cæteris paribus magis alteri, quam sibi consulere debeat, sed potius tunc locum habebit illa juris gnomæ ex *l. 9.*

l. 9. C. de Pignorat. aet. quod res quælibet pereat suo domino. *Molin. cit. disput. n. 7.* Haunold. n. 748.

Dico IV. Si commodatum factum est in gratiam solius commodantis, non tenetur commodatarius res commodatas, tametsi pretiosiores, suis præferre. Ita contra Molinam, & Haunoldum. Ratio est, quod hoc casu commodatarius tantum de dolo, & culpa lata tenetur, *l. 5. §. 10. ff. b.t.* hanc verò vel ideo abesse constat, quod in pari causa ordinata charitas incipiat à se ipsa arg. *l. 6. C. de Servit.* *Et* aq. hinc culpa vacare dicitur in *l. 14. princ. ff. de Prescript. verb.* qui servandarum mercium suarum causa alienas merces in mare projecit. *Knipschild de Contract. Exercit. 3. Q. 8.*

Dico V. Si commodatarius res suas omnes tam pretiosas, quæ non pretiosas flammis v. g. subduxit, relictis solis rebus commodatis, aut dolum, aut saltē culpam latam admisit, præsumitur; adeoque ad refundendam estimationem rei commodatae igni absumpta tenebitur, nisi hanc præsumptionem, quæ juris, *Et de jure* non est, contraria præsumptione elidat. Et hoc videtur innuere Pontifex in *cap. 2. de Deposit.* dicens: *Bona fides abesse præsumitur, si rebus tuis salvis existentibus, depositas amissisti, & Ulpianus in sèpè cit. l. 5. §. 4. ff. b.t.* inquiens, non teneri commodatum, nisi forte, cùm possit res commodatas salvas facere, suas præstulit.

24 Quæres V. An in commodato locum inveniat compensatio? Ante resolutionem questionis nota, compensationem nihil aliud esse, quæ debiti, *Et credit.* inter se contributionem *L. 1. ff. de Compensat.* & habere effectum solutio-

nis *l. 10. §. 1. ff. eod.* Quò verò compensationi locus sit, sequentia concurre debent. I. Debet esse mutuum debitum, & creditum *l. 2. l. 12. in fin. ff. cit. tit.* II. Inter eundem debitorem, & creditorem; debitum quippe tertii in compensationem deducere non licet reo, invito actore, nisi tertius reo convento suum cessisset nomen *l. 9. C. d. t.* aut nisi tertii debitum actoris quoque debitum esse videatur, ut in fidejusso apparet, qui compensare potest, quod reo debetur *l. 4. §. 5. ff. d. t.* Alia exempla refert Bœhmerus in *introd. ad Ius digest. ad Tit. de Compensat. num. 6.* III. Debitum debet esse verum, hoc est, quod vel jure naturæ tantum, vel etiam jure simul positivo debetur *l. 6. ff. de Compensat. l. 2. C. eod. l. 8. ff. de Except. dol. l. 6. 4. ff. de Condit. indebit.* Debitum mere civile, & quod per exceptionem perpetuam, vel temporalem elidi potest, compensationem respuit *l. 14. ff. de Compensat.* IV. Ut debeatur utrinque genus, hoc est, ut res compensandæ sub uno, non diverso genere contineantur, sìntque ejusdem bonitatis, & valoris, v. g. pecunia, frumentum, vinum, oleum, quæ res functionem recipiunt in genere suo, & communiter in commercium humanum venire solent per ponderationem, mensuram, aut numerationem: unde vinum cum frumento compensari nequit, quia sunt diversi generis, nec species cum specie, v. g. equus cum bove, quin nec tunc, si ejusdem quidem sint speciei, non tamen consistunt in numero, pondere, aut mensura. Ut, si debeatur equus, & compensatio vellet fieri in alio equo, compensatio fieri non posset *l. 4. C. de Compensat.* V. Debitum debet esse liquidum, taliter,

ter, ut palam sit, quid, quale, quantumque debeatur *l. fin. §. 1. C. de Compensat.* VI. Demum debitum utrinque purum, & statim exigibile sit, oportet; ac subinde, quod sub conditione, aut in diem debetur, compensari nequit *l. 7. princ. ff. d. t.* Hæc de compensatione *propria* compendio retulisse sufficiat. Est & alia compensatio *impropria*, vel juxta Panormitanum *ad cap. 2. de Depos. num. 12. indirecta*, quæ alias *retentio* vocatur *l. 1. §. 9. ff. Depos. l. fin. C. b. t.* quæ in hoc differt à compensatione *propria*, quod per illam tantum differatur restitutio debiti, dum impensæ factæ fuerint solutæ, per hanc vero debitum omnino extinquantur, & restitutio denegetur. His præmissis, ad ipsam propositam quæstionem resolventam accingimur, ubi tamen rursus prænōste oportet, quæstionem hanc institui tam de compensatione *propria* quam *impropria*. De debito extraneo, & quod ex causa commodati fluit, atque actione commodati *contraria* peti potest. Et denique, si res commodata non amplius extet, adeoque ejus aestimatio in pecunia restituenda est. De singulis singillatim

25 Dico I. *Compensatio* propriæ & strictè talis in *commodato* regulariter locum non habet. Dixi *regulariter*, quam particulam addo propter ea, quæ in *Conclus. IV.* dicturus sum. Probatur jam conclusio ex *l. ult. C. b. t.* ubi dicitur: *Sub prætextu debiti restitucionem commodati non probabiliter recusari.* Hanc quidem *L.* corrigere ausus est Cujacius, quasi mendum irreplisset, & loco *commodati* substituit *commendati*, hoc est, *depositi*, sed sine omni probabili fundamento, cum nullum authenticum ma-

nuscriptum exemplar pro sua explicatione producat, & præterea credendum non est, quod Imperator hanc *L.* si de *deposito* loqueretur, sub rubrica de *commodato* collocasset. Probatur II. Compensari tantum potest quantitas cum quantitate *l. 4. C. de Compens. l. 18. ff. de Pignorat. act. l. 15. l. 19. ff. de Compensat.* seu, quæ functionem mutuam recipiunt in genere suo, ut suprà dictum est, & constat ex *l. 1. §. 8. §. 11. C. de Compensat.* non vero species cum quantitate, vel vice versa, per cit. *l. 4. C. de Compensat.* & hoc ideo, quia compensatio vicem habet *solutionis*, aliud autem pro alio invito creditori solvi nequit. *l. 2. §. 1. ff. de R. C.* ideoque, cum species, quæ regulariter tantum *commodari* solent *l. 2. J. Q. M. R. C. O.* cum quantitate vice mutua non fungantur, etiam compensari non possunt. Probatur III. *Depositum* non admittit compensationem *l. 11. C. Deposit. l. ult. C. de Compensat. §. 30. l. de Action.* ergo tanto minus *commodatum* admettet, cum res *commodata* non tantum, instar rei *depositæ*, fidei *commodatarii* sint *commissæ*, hoc ipso, quod in specie restitui debeant, verum etiam, ultra id *commodatarius* recipit beneficium propter concessum usum rei *commodatae*, quo favore non gaudet *depositarius*: ergo major in illo, quam in isto argueretur perfidia, utendo *compensatione*.

Dico II. Si quid *commodatario* de-²⁶ beatur ex causa *commodati*, putà propter impensas necessarias, easque non modicas in rem *commodatam* factas, compensatio *impropria*, sive *retentio* eidem non denegatur, sed poterit tantisper rem *commodatam* *pignoris* loco retinere, dum ei ratione im-

pen-

pensarum satisfiat. Textus in *l. 15. §. fin. l. 59. ff. de furt. l. 20. ff. de A. vel A. P. l. 33. ff. de Condit. indebit. l. 8. ff. de Pignorat. act. l. 37. f. de Action.* Menoch. de recuper. *Possess. remed. 15. n. 550.* Et ratio est, quod retentio sit aliquis defensionis modus, qui omni jure est licitus. Hartm. Pistor. *lib. 2. tit. 27. observ. 6. per tot.* Gail. *lib. 2. observ. 12. num. 6.*

Dico III. Retentioni non esse locum in *commodato*, quo commodans aliunde, quam ex contractu commodi commodatario quidquam debet. Quanquam enim jus retentionis sit quædam exceptio, qua res detenta defenditur, donec de debito satisfactum fuerit. *l. fin. C. in quib. caus. pign. tacit. l. 1. C. etiam ob chirograph. pecun. & consequenter videri posset, quod etiam ob debitum alienum, ad quod jus strictum agendi commodatarius habet, locum inveniat, per vulgata: cui datur actio, eidem exceptio, siue retentio denegari non debeat. l. 1. §. 4. ff. de Superficieb. l. 156. ff. de R. f.* Attamen in ejusmodi commodi non procedit, eo, quod debitum, ex quo sibi commodatarius, commodantem obstrictum habet, nullam cum causa commodati connexionem habet: etenim, si non subsit causa, quæ retinendæ rei cohæreat, vel ex lege, vel conventione, aut æquitate, quarum multas species refert, & explicat Colerus de Process. Execut. part. 1. cap. 2. num. 219. & pluribus seqq. retentio jure reprobata est. Mev. part. 2. decif. 214. & decif. 309. Gail. *lib. 2. observ. 12. num. 5.* atqui non apparent quædam æquitas, quæ jus retentionis in simili casu commodatario tribueret, quin potius is antidorali obligationi

graviter contraveniret, ut qui benefactorem suum, à quo rei commoda & usum gratis accepit, in vicem gratitudinis rei suæ usū defraudaret. Vid. Clariss. P. Böckhn in *Comment. hic n. 8.*

Dico IV. Quod si res commoda ²⁷ periit, aut deteriorata fuit; adeoque ejus æstimatio præstanta est, compensatio etiam propriæ, & strictè talis admittitur. Textus in *l. 18. §. fin. ff. b. tit.* Et ratio est, quod hoc casu non amplius *species* debeatur, sed *quantitas*, ideo mirum non est, si debitum pecuniarium, ex contractu commodi resultans, compensari possit cum debito pecuniariò, ex alio contractu resultante, quia nimirum adest materia habilis *compensatio*, scilicet *quantitas* cum *quantitate*. Molin. *disp. 297. num. 11. & disput. 558. num. 19.* Haunold. *tratt. 10. cap. 7. Controv. 6. num. 739.* Harpprecht ad cit. *§. 2. I. num. 57.*

Qui simpliciter affirmant, commodatum compensationem propriam admittere, fundant se in *l. 30. Inst. de act. & l. ult. C. de Compensat.* ubi sola *actio depositi* excipitur: ergo à sensu contrario jura compensationem concedunt in aliis contractibus. Respondeo I. argumentum à contrario non bene concludere, quando adest Textus expressus, ut est *l. fin. C. b. t.* II. Etsi in cit. *l. 30. Inst. de action.* dicatur, *sola depositi actio ne excepta*, tamen hujus, & similiūm particularum v.g. *tantum, du taxat &c.* tanta non est vis, ut alios casus, quibus par, aut major subest ratio, excludant. Sic enim in *l. 12. C. de prædiis Minor.* dicitur, ob æs alienum tantum causa cognita præsidali decreto prædia minoris distrahi posse, & nihilominus in *l. fin. C. si major. fact. alienar.* dicitur, prædia propter

pter nuptias sine decreto alienari posse.
Vid. Hunnium in *tract. de interpret. Jur. cap. 16.* Hactenus de effectu commo-
dati proximo.

28 Effectus remotus est actio *directa*,
& *contraria*. Illa datur commodanti,
& ejus hæredibus, aduersus commo-
datarium & ejus hæredem *in solidum*,
si solus hæres est, alias pro parte, pro
qua hæres est: nisi, cum habuisset facul-
tatem totius rei restituenda, eam omi-
serit, tunc enim *in solidum* condemnabitur.
l. 3. §. 3. ff. b. t. petitur hac actio-
ne, ut res commodata constituto loco,
& tempore, & non deteriorata restituatur.
l. 5. princ. l. 17. §. 3. ff. b. t. res quip-
pe deterior reddita, reddi non videtur.
l. 3. §. 1. ff. b. t. & si res eo modo non
restituatur, premium deteriorationis
præstari debet, aut id, quod interest.
cit. l. 3. §. 1. Quodsi tamen rem dete-
riorem commodans sciens receperit,
per hoc sibi præjudicasse non censetur.
arg. l. 18. §. 15. ff. quib. mod. pign. solvit.
Clariss. D.D. Peregrini ad tit. *I. Q. M.*
R. C. O. num. 16. Interim si res occasio-
ne usus, in quem sunt concessæ, dete-
riores sunt factæ, deteriores non cen-
sentur reddi, aut saltem premium dete-
riorationis refundere non tenetur, eo,
quod cum voluntate domini, qui dete-
riorationem hujusmodi præscivit, id
evenir. Exemplum est in *l. ult. ff. b. t.*
addatur *l. 10. princ. ff. eod.* Contra ter-
tium, cum quo non contraxit, hac actio-
ne commodans experiri nequit; si ta-
men habeat rei restituendæ facultatem,
vindicari poterit. *l. 9. ff. de R.V.*

Actio *contraria* datur commodatario,
& ejus hæredibus contra commodantem

& ejus hæredes I. ut ne res ante usum
expletum repetatur *l. 17. §. 3. l. 21. ff. b. t.*
II. Ad petendos sumptus necessarios,
in rei commodatae conservationem im-
pensos *l. 18. §. 2. ff. b. t.* III. Ut dam-
num, ex re vitiosa scienter commoda-
ta resarciantur, ut si vasa vitiosa, qui-
bus vinum corruptum est, commodata
sint *cit. l. 18. §. 3.*

Quæres V. An actioni *directæ* tunc ²⁹
locus sit, quando commodatarius circa
culpam suam re intra constitutum tem-
pus uti non potuit, v. g. commodasti
mihi equum, ut eodem intra mensem
Roman iter instituam, obruor improvi-
so morbo, ut coeptum iter prosequi ne-
queam, quæritur, an commodans ante
finitum usum actione *directa* me conve-
nire, & equum repetere valeat? Ratio-
nem dubitandi suggredit *cap. un. b. t.* ubi
dicitur, casum fortuitum à commodatario
non præstari, sed dominum debere esse
contentum, si equum v. g. omnino non
restituat: ergo multò magis, si ob ca-
sum fortuitum intra condicuum tempus
non restituat. Sed dicendum est, com-
modatarium hoc casu ad restitucionem
teneri, nam commodans in simili facili
contingentia certat de damno vitando,
commodatarius verò de lucro captando,
huic proinde potius, quam ipsi domi-
no casus obesse debet. *Arg. l. 11. §. 6.*
ff. de Minor. Quod autem casum for-
tuitum, re perempta, commodans ferre
debeat, alia ratio est, nempe, quia res
perit suo domino, & præterea commo-
datarius ibi de lucro captando minimè
certat. Panorm. ad *cap. un. b. t. num. 7.*

Harpprecht ad tit. *I. Q. M. R. C. O.*
num. 67.

AP-

APPENDIX.

De Mutuo.

Mutuum, quanquam à *commodato* specie differat, in eo tamen mutuum ad invicem habere respectum ambo hi contractus habere videntur, quod uterque sit *realis*, & insimul ex liberalitate procedat: etenim in *Mutuo* non minus, ac in *Commodato* id agitur, ut de nostro alterius indigentiae succurratur. Quapropter non incongruè post *Commodatum* de *Mutuo* agere instituimus.

§. I.

Quid sit *Mutuum*?

SUMMARIUM.

1. *Mutui Etymologia, & Synonymia.*
2. *Mutui definitio cum sua paraphraſi proponitur.*

Mutui etymologiam jurisconsultus Paulus in l. 2. §. 2. ff. de R. C. ab eo deducit, *quod de meo tuum fiat*. Ne tamen per hanc ipsam derivationem *mutuum* confundatur cum aliis negotiis, & contractibus v. g. *legato*, *donatione*, *venditione* &c. in quibus regulariter *de meo tuum sit*, illa verba, mox à nobis substituenda, à Paulo quidem expressè non apposita, subintellecta tamen fuisse existima, quod scilicet in *mutuo vice versa illud agatur*, ut *tuum illud*, *quod accepisti*, *rurius meum fiat per solutionem*, scilicet *eiusdem generis*. Harprecht princ. *Inst. Q. M. R. C. O.* num. 5. *Mutuum & Creditum* synonymicè accipiuntur, ut patet ex t. t. ff. & C. de R. C. hinc dicitur *pecunia credita* l. 15. & seq. ff. de R. C. & in *creditum dare*, & accipere idem est, ac *mutuum dare*, & accipere l. 19. §. 1. lib. 20. ff. de R. C. quan-

quam aliàs *credendi* verbum latius patet, & aliis quoque obligationibus undecunque descendantibus accommodari soleat, ut patet ex l. 1. l. 2. §. 3. ff. de R. C. l. 10. l. 11. l. 12. ff. de V. S.

Definitur mutuum, quòd sit *contractus realis*, *juris gentium*, *nominatus*, *stricti juris*, *quo quantitas*, *sive res fungibilis in alterum ea lege transfertur*, *ut res eiusdem generis*, *qualitatis*, & *bonitatis* *non in specie*, *sed in genere restituatur* princ. *Inst. Q. M. R. C. O.* & l. 2. princ. ff. de R. C. Obscuriores datae definitionis particulas luet illustrare.

Dicitur I. *Quo quantitas &c. quantitatis nomine non modò pecuniam numeratam intelligimus per l. 5. C. si cert. petat. l. 1. ff. de Pecun. legat. Nov. 15. cap. 3. in fin.* fed etiam res alias, quæ numero, pondere, aut *mensura* in commercium humarum veniunt, ut *vinum*, *frumentum*, *ole-*

oleum, aurum, argentum &c. l. 95. ff. de Legat. 3. l. 19. §. 1. ff. de Auro & Argent. legat. l. 11. princ. & §. 1. ff. de Jurisd. Unde miramur, Zafium fuisse singularem, ut qui l. 1. singular. respons. 1. n. 22. scriperit, oleum, frumentum, vinum non venire nomine quantitatis, benè vero pecuniam, cum ipsum fugere haud potuerit, sub pecunia quoque comprehendendi res, quæ numero, pondere, & mensura constant l. 30. princ. ff. de Legat. 1. l. 2. princ. & §. 1. ff. de Constit. pecun. l. 97. l. 222. ff. de V. S.

Dicitur II. *Vel res fungibilis.* Per quam intelligimus rem talem, quæ functionem in genere suo recipit, hoc est, ubi res una fungitur vice alterius in eodem genere, ita, ut praesita alia re ejusdem generis, idem, quod creditum fuit, videatur esse restitutum, sic, si mutuos dedi 100. aureos, & debitor mihi alios 100. reddidit, ex aequo mihi satisfecit, quantumvis non eos ipsos, quos mutuos à me accepit, reddiderit.

Dicitur III. *Transfertur*, quia mutuum est contractus *realis*, qui non solo consensu, sed rei traditione perficitur; non tamen opus est, ut semper fiat traditio *vera*, sed *sifta* nonnunquam sufficit. Sic, si pecuniam à te mutuavero, quam tamen non habes, sed v. g. equum mihi tradas vendendum, ut ex eo redemptam pecuniam mutuam habeam, mutuum erit, quia licet non sit actualiter à me tibi numerata, cense-

tur tamen brevi manu, adeoque traditio-
ne fita id factum esse.

Dicitur IV. *Ut res ejusdem generis, qualitatis, & bonitatis, quæ particulae exponunt, quæ sunt hujus contractus naturalia: reddi subinde debet res in eodem genere, bonitate, & qualitate, quare, qui vinum vetus accepit, & re-
stituit novum, non satisficit, quoniam non restituit vinum æquè bonum, quod acceperat l. 3. ff. de R. C.* Econtra si aureos 200. mutuos accepi, & ego tantundem in moneta argentea reddam, censore pecuniam ejusdem bonitatis, & qualitatis reddidi, quia pecunia non ex materia, sed ex valore imposito æstimanda est. Molina de Contract. Tract. 2. disp. 199. num. 3.

Dicitur V. *Non in specie, sed in ge-
nere restituatur.* Per speciem intelligimus individuum Philosophicum, in quo ideo restitutio fieri nequit, quia mu-
tuum in abusu sive consumptione con-
sistit; debet igitur restitutio fieri in eodem genere, hoc est, in eadem specie Philosophica, ut frumentum pro fru-
mento, vinum pro vino, pecunia pro pecunia &c. Sunt, qui mutuum varie dividunt, prout videre est apud Moz-
zium de Mutuo & ejus divisione, & Lau-
terbach ff. de R. C. §. 8. & seq. scilicet in
naturale, & civile, & utrumque in pu-
rum, & mixtum, & rursus in verum, &
presumptum. Nos duntaxat unam spe-
ciem agnoscimus, scilicet mutuum pa-
rum naturale, de quo

§. II.

Quis Mutuum dare, quis accipere valeat?

S U M M A R I A.

3. *Mutuum dare possunt, quibus libera est contrahendi, & alienandi facultas, quinam in specie prohibeantur, singillatim enumerantur.* 4. *Prælati Ecclesiærum mutuum dare*

dare possunt, etiam sine Capituli consensu. 5. Mutuum accipere nequeunt, qui se valide obligare nequeunt. In specie Pupillus, & Minor, qui ut obligentur, creditor versionem mutui in utilitatem eorum probare debet. 6. Quod etiam obtinet respectu Ecclesiarum, Civitatum &c. 7. Quo onere quandoque relevantur. 8. 9. 10. 11. 12. Quomodo Ecclesia ex mutuo obligentur, & quando creditores versionem mutui in utilitatem ejus probare teneantur? 13. Proponitur objectio. 14. Subiuncta nostra resolutione. 15. An filius familiæ mutuum accipere possit?

Mutuum dare possunt, qui liberè contrahere, resque suas alienare non prohibentur. Prohibentur autem I. Pupilli infantia maiores sine tutoris autoritate l. 19. §. 1. ff. de R. C. §. 2. I. Quib. alien. non licet. II. Prodigj juridicè tales, sive, quibus bonorum suorum administratio authoritate judicis interdicta est. l. 9. §. 7. ff. h. t. III. Minoræ curatorem habentes, ex eadem ratione, quia scilicet liberam rerum suarum administrationem non habent. l. 3. C. de in integr. refit. si curatorem non habent, mutuum dare non prohibentur; ubi mox notandum, quod, quamquam invitis Minoribus de Jure communi curatores obtrudi non potuerint, §. 2. I. de Curat. hodie tamen de Jure Germanico per R. J. de anno 1548. & 1577. tit. 32. Von den Pupillen, und Minderjährigen etiam inviti curatorem recipere tenentur, nec quidquam soli, utut procuratorem non habeant, valide agere possunt. Vid. Lauterbach cit. loc. §. 14. IV. Praesides provinciarum, & alii Magistratus l. 33. ff. de R. C. quod tamen ita intelligentum esse, ait Clariss. D. D. Peregrini ad Tit. Inst. Q. M. R. C. O. §. 1. num. 2. si mutuum dent fœnoris exercendi causâ cit. l. 33. ex quo usurario quæstu subditi olim admodum gravabantur, dum Magistratus temporaria sua potestate abutentes ab ipsis usurpas inique extorquebant. Vide Schil-

terum Exercit. 5. ad Pandect. §. 18. Hodie, cum Magistratus sint perpetui, mutuum dare, & accipere non prohibentur. Arg. l. 34. ff. de R. C. ubi dicitur, quod officiales Præsidum, eo, quod esent perpetui, mutuum dare potuerint. Stryck in U. M. ad Tit. de R. C. §. 13. V. Furiosi, mente capti, qui tamen potius natura, quam lege prohibentur, utpote sufficienti rationis usu, adeoque consensu destituti. VI. Mutuum dare nequeunt, qui rei mutuanda domini non sunt, cum in hoc contractu necesse sit, ut dominium transferatur: & ideo, si fur, aut alius alienam pecuniam credit, mutuum ab initio non valet, si tamen ejusmodi pecunia ab accipiente bona fide consumpta sit, ex æquitate mutuum convalescit, eo effectu, ut mutuanti detur condicō certi ex mutuo l. 11. & seq. ff. de R. C. nam & hoc casu regula illa in æquitate naturali fundata locum habet, quod nemo cum alterius damno locupletari debeat. l. 14. ff. de Condic. indeb. l. 206. ff. de R. J. Fingitur ergo, quasi illa pecunia ab initio sub ea conditione fuisset data, ut, si bona fide fuerit consumpta, fiat accipientis: secūs, si mala fide mutuarius consumpsérit, sciens, pecuniam fuisse alienam, aut mutuântem non fuisse dominum, mutuum non convalescit, & pecunia non secūs habetur, ac si adhuc extaret. Arg. l. 131. l. 150. ff. de R. J.

(G)

&

& propterea non condici, sed vindicari. Arg. l. 27. §. 3. ff. de R. V. vel actione ad exhibendum peti potest l. 5. C. ad exhib. Knippshildt de Contract. Exercit. 2. Q. 5.

4 Quoad Prælatos Ecclesiæ fortè dubitas, num illi de bonis Ecclesiæ, quorum non domini, sed nudi administratores sunt, mutuum dare possint? Respondeo cum Panormit. ad cap. 2. de solut. num. 9. affirmativè, modo Ecclesiæ per pignora, aut alias cautiones satis prospectum fuerit, idque etiam non adhibito Capituli consensu saltem de consuetudine, quam irrationalabilem—neutiquam censemus, maximè, si pecunia sub usuris licitis mutuæ dentur. Ratio est, quod mutuum dare, sit actus Christianæ charitatis, & misericordiæ, quam indigentibus impendere vel maximè Ecclesiam decet. Accedit, quod Prælati tutoribus æquiparentur, Stephan. Gratian. discept. forens. cap. 60. num. 6. tutores autem pecuniam pupilli aliis credere possunt. l. 26. ff. b. t.

Mutuum accipere possunt, qui liberè contrahere, & validè se obligare possunt. Horum è numero sunt *pupilli*, *Minorennes*, *prodigi*, utpote qui sine tutorum, aut curatorum suorum interventu, & autoritate suam personam obligare nequeunt. l. 9. §. 5. §. 7. ff. de R. C. l. 59. ff. de O. §. A. l. 3. C. de in integr. restit. prout nos in lib. 1. ad Tit. de Pat. §. 3. à num. 20. fusiùs exposuimus. Quod si subinde quis nummos creditit pupillo aut Minori, tutoris, aut curatoris autoritate non interposita, contractus tamdiu erit nullus, dum creditor versionem in rem pupilli, aut eundem exinde locupletiorem factum fuisse probaverit. l. 5. §. 1. ff. de autb. tutor.

l. 13. ff. de Condit. indebit. l. 1. §. 2. C. si advers. credit. Quinimmò, si authore tutore pupillo creditum est, is nè hoc quidem casu tenetur, nisi creditor versionem probaverit, ratio est, quod pupillus, si pecunia ipsi credita malè consumpta sit, possit petere restitui in integrum, & sic se liberare à condicione creditoris l. 13. §. ult. C. de jud. l. 2. §. 3. C. si tut. vel curat. interv. Quid autem de Minore, qui curatoris interventu mutuum accepit, an creditor rem mutuo datam in utilitatem ejus versam esse, num verò prius Minor læsionem docere debet? Stryckius in U. M. ad Tit. de R. C. §. 22. simpliciter Minorem onerat ad probandam læsionem, cùm hoc casu nulla culpa creditori imputari queat, qui curatori fidem habuit, ipsum benè versurum esse creditum. Contrà, si Minor se solo mutuum contraxit, distinquendum erit, an creditor cum fœnore mutuum dederit, an gratis, & sine fœnore? Priori casu creditor versionem, posteriori Minor se læsum fuisse, prius docere debet. per l. 1. §. 2. C. si advers. credit.

Quæ hactenus diximus de Pupillo, & Minore, applicanda quoque sunt ad alias personas morales, quæ pupillorum, & Minorennum jure fruuntur, ut sunt Republicæ, Ecclesiæ, Civitates, & alia Collegia à Principe approbata, cum quibus si creditores contrahant, cauti esse debent, ut pecunia credita benè vertatur, tenentur enim probare versionem, si cum civitate contraxerint l. 27. ff. de R. C. & hoc ideo, quia æque, ac pupilli alieno reguntur iudicio, & quasi in perpetua tutela sunt. l. 3. C. de Jur. Reipubl.

Ab hoc tamen molesto probanda 7
ver-

versionis onere rursus relevantur creditores, si vel cum Magistratu, omnem potestatem habente, ipsamque civitatem repräsentante contraxerint (id quod fit, si civitas forma *Aristocratica regatur*) vel in statu *Democratico*, si præter Senatum, etiam tribuni plebis, *Gilsten*, und *Zunfstmeyer* in mutuum consenserint, aut ipsi cives solenniter coacti, ut olim in Magistratibus creandis, & legibus condendis fieri confuerat, alicui nomine universitatis pecuniam mutuam accipere expresse demandent, in his casibus creditores versionem pecunia mutuata probare haud quaquam obstringuntur. *Mantic. de Tacit.* § ambig. *Convent. lib. 8. tit. 13. n. 6.* *Köppen decis. 60. num. 11.* *Knipschildt de Contrat. Exercit. 2. Q. 6.* *Stryck. ad 8. tit. de R. C. §. 27. 29. § 30.* Quodsi, administratoribus civitatis particularibus v. g. quæstoribus, thesaurariis &c. quidquam creditum est, civitas haud aliter tenetur, quàm si creditores pecuniam creditam in ejusdem civitatis utilitatem, seu in publicos usus conversionem fuisse, doceant. *I. 27. ff. de R. C. rationem binam assignat Harpprecht princ. Inst. Q. M. R. C. O. num. 46.* tum ne civitas ex officio administratorum damnum subeat, tum, ut vigilantiores reddantur, qui nomine civitatis pecuniam mutuam accipiunt. Quomodo autem versio probari debeat, tradunt Menoch. *de arbitr. Jud. Q. Q. cas. 432.* *Malcard. de Probat. Conclus. 1161.* *Hartm. Pistor. cap. 1. quæst. 37.*

9 Specialiter jam circa Ecclesiam, & quæ eidem æquiparantur alia loca pia, ut *Xenodochia*, *Hospitalia*, &c. indagandum restat, quomodo ex mutuo obligentur, & quo casu creditor ver-

sionem mutui in ejus utilitatem probare teneatur? in qua quæstione placet, sequi doctrinam Molinæ, quam ex Panormitano ad cap. 1. de *Deposit.* num. 9. & ad cap. 4. de *Fidejuss.* num. 9. mutuatus est: Sic ergo *Tom. 3. de J. §. J. Tract. 2. disputat. 300.* distinquit: Aut Prælatus accepit mutuum cum consensu Capituli, aut se solo, aut aliis tertius ad contrahendum mutuum ab Ecclesia deputatus est?

Primo casu, quando contractum debitum aliter expungi nequit, nisi distrahit bona *immobilia*, vel *mobilia pretiosa*, Ecclesia prius non tenetur solvere, quàm à creditore mutuum datum in Ecclesiæ utilitatem fuisse conversum, probatum fuerit. Ratio est, quòd bona Ecclesiæ *immobilia*, aut *mobilia pretiosa* etiam accedente consensu Capituli, alienari nequeant, nisi vel evidens Ecclesiæ necessitas, aut utilitas id efflagitet cap. 1. *dereb. Eccles. non alien. in 6.* Consequens proinde est, creditorem ad hoc, ut Ecclesia mutuum solvere teneatur, illud ejus compendio cessisse, probare debere. *Auth. Hoc jus porrectum C. de SS. Ecclesiis.* Secùs, si ex rebus Ecclesiæ *mobilibus* creditor satisficeri potest, cùm circa illorum administrationem laxior & liberior Prælato, & Capitulo potestas competit arg. cap. 4. de *Fidejuss.* is conversionem probare non obstringitur.

Altero casu, ubi solus Prælatus mutuum nomine Ecclesiæ contraxit, sub priori distinctione respondet, ita, ut creditor conversionem probare non teneatur, si ex bonis *mobilibus* Ecclesiæ eidem satisficeri queat, cùm, ut dictum est, Prælati in his bonis liberiore administrationem habeant. Quo verò

creditor onus probandæ conversionis declinet, opus est, ut in vita Prælati adhuc actionem contra Ecclesiam instituat, post ejus quippe excessum, cùm obligare Ecclesiam suam post vitam nisi ex necessitate, aut evidenti utilitate non possit *cap. 1. de Solut.* ab onere probandi conversionem non liberatur, aut saltem, ut Panormitanus probabilius judicat, probare debet, Ecclesiam tunc temporis, cum Prælato mutuum debet, fuisse in manifesta indigentia.

12 Tertio casu videndum, an deputato à Capitulo certa quantitas sit præscripta, quam mutuo possit accipere, an non? Priori modo, si limites mandati non excessit, Ecclesia obligata manet, tametsi creditor versionem non probet *arg. cap. 4. de fidejuss.* Supposito, quod ex bonis mobilibus Ecclesiae, seu redditibus eidem satisficeri queat, secùs obtineret, decisio primi & secundi casus. Quodsi deputatus limites mandati transiliit, Ecclesia catenus obligata manet, quatenus creditor probaverit, mutuum in utilitatem Ecclesiae fuisse applicatum. Atque ita cum Molina sentiunt Gonzalez ad *cap. 4. de Fidejuss.* Stryck. cit. tit. §. 37. ¶ 2. seqq. & alii ab eodem relati.

13 Nec unum, nec alterum assertum concutis, si dicas, tali modo, Ecclesiae indemnitat non satis prospici, si non pro omni casu, quo creditor Ecclesiae mutuas pecunias numeravit, ad hoc, ut eas condicere possit, versionem prius probare debeat: Etenim periculum fraudis, aut supplantationis haud abest, etiam tunc, cùm Prælatus consensum Capituli requirit, quippe à quo falsis suggestionibus consensum blandiri, aut extorquere facile potest, quoniam

Religiosi (sunt verba Card. de Luca de Cred. ¶ Debit. discurs. 82. num. 8.) reclusi viventes in claustris, ac cellis, omnia superiori, vel administratori credunt, sive illi contradicere non audent. Unde necesse est, Ecclesiam ex mutuo, per Prælatum, vel mandatarium etiam cum consensu Capituli contracto, jacturam suorum bonorum incurtere, aut certè propinquum damnificationis periculo exponi, si non pro omni casu creditor versio nem mutui in bonum Ecclesiae probare teneatur.

Attamen hæc non absterrent, nec faciunt, ut Molinā in præsens deseramus: *Istud enim malum* (rursus verba laudati Card. de Luca cit. loc. recito) est irremediabile ac species casus, qui damno monasterii potius, quam mutuatoris, sive creditoris (modo probabilis collusionis, ac male fidei suspicio abfit) cedere debet. Rationem binam reddens: I. Quod monasterium sibi imputet, cur minus fidelem administratorem constituerit. II. Quod de duobus malis, si utrumque evitari nequeat, minus sit eligendum *cap. 1. ¶ 2. diff. 13.* Minus verò malum est, si Ecclesia ex mutuo Prælati aliquod damnum ferat, quam, si emergente necessitate creditorem nullum, qui pecunias mutuas eroget, inveniat, non inveniret autem, si etiam eo casu, quo Capituli annutus, & consensus intervenit, mutuans adhuc versionem probare teneretur: ergo.

De filiis familias adhuc quæri potest, *an is* mutuum accipere valeat? Responso negativa in promptu est, eo quod sit tutus exceptione *SCti Macedoniani*, quo prohibitum fuit, filiis familias (idem dic de filiabus familias per *l. 9. j. 2. ff. ad SCtum Maced.*) mutuam dare pecuniam.

niam l. 1. princ. l. 3. & tt. ff. & C. ad
Sctum Maced. De hoc beneficio, cùm
jam in lib. 1. ad Tit. de Paet. §. 3. n. 31.
& seq. egerim, illuc lectorem remitto.
Utilissimè etiam videri poterit Clariss.

P. Placidus Böckha in Comment. ad Tit.
de Commod. in Append. l. n. 36. & seqq.
Et Collega meus honorandissimus
Clariss. D.D. Peregrini ad Tit. Inst. Quib.
mod. re contrah. §. 1. in Append. per tot.

§. III.

De Objecto Mutui.

SUMMARI A.

16. Objectum Mutui sunt res fungibles, & que sic dicantur, exponitur. 17. An
oves sint objectum Mutui, controvertitur? affirmantium opinio refertur. 18.
Cum negantibus nos facimus. 19. Respondetur ad argumentum AA.

16. Objectum Mutui sunt res fungibili-
les, quæ numero, pondere, aut,
mensura in commercium venire
solent, ut suprà in definitione jam di-
ctum est. Ut porrò horum termino-
rum sensus adhuc clarius patescat, sic-
que constet, quænam res apta materia
hujus contractus esse possint, scito, illa-
res res fungibles dici, quæ functionem
in genere suo recipient, hoc est, quas
anter tanta est similitudo, ut, non ca-
dat major affectio in unam, quam alte-
ram, atque adeo, tametsi res numero
distincta reddatur, eadem quasi in in-
dividuo restituta fuisse censeatur. Quæ
autem res in specie sic comparatae sint,
partim ex ipsa intrinseca cuiuslibet rei
natura, partim ex consuetudine, &
communi hominum existimatione de-
sumendum esse, monet Bartolus in l. 2.
§. Mutui. ff. de R. C. num. 13. videlicet,
si consuetudo ita habeat, ac communis
hominum persuasio, ut tantundem si-
bi redditum fuisse opinentur, si vel ma-
ximè res numero distincta reddatur,
rem talem objectum Mutui constitue-
re, rectè dici posse. Et ideo (ut exem-
plum demus à contrario) libri pro mu-
tuo contrahendo materia habilis esse
non censemur, quod communiter cre-
datur, non reddi idem, si liber pro li-
bro reddatur, cùm major affectio in
unum, quam alterum cadere possit,
nec hactenus consuetudine obtentum
sit, ut mutuum in libris celebraretur.
Rursus dicuntur res illæ materia mutui,
quæ numero, pondere, aut mensura con-
stant. princ. Inst. Q. M. R. C. O. quod
tamen non tam effusæ est accipiendum,
quasi omne id, quod mensurari, pon-
derari, aut numerari potest, objectum
mutui constitut. Taliter enim nulla
res foret, quæ mutuari non posset; sed
illa duntaxat res hic intelliguntur, quæ
non aliter, quam per pondus, num-
erum, aut mensuram in ordine ad com-
mercium humanum æstimantur, & de-
terminantur. Clariss. D. D. de Wolle-
ren in Tract. de Reb. Cred. cap. 3. num. 5.
Cujusmodi res censemur esse vinum,
cerevisia, oleum, frumentum, hor-
deum, triticum, pecunia numerata, æs,
aurum, argentum, & similia alia me-
talla infecta. Item panes, carnes certi-

G 3

pon-

ponderis, pisces, ova, charta, ligna certæ mensuræ, lateres certo canone confecti &c. Clariss. D. D. Franz ad *Tit. Inst. Q. M. R. C. O.* §. 5. num. 38.

17 Illud controvertitur, an oves objectum mutui constituant? Qui affirmativam tueruntur, juxta quos est Cujacius lib. 11. obseruat. 37. in fin. Bocerus *Class. 2. dist. 7. tb. 22.* & ex nostris Salisburgensibus Clariss. D. D. Gletle in *Assert. Jurid. assert. 29.* cuius tamen sententiæ eum postea pœnituisse, constat ex *Quest. Jur. ad 3. part. Pandect. cap. 1.* in fin. Fundamentum suæ opinionis se reperiisse autem in *L. 35. §. 5. & 6. ff. de Contrah. empt.* ubi dicitur, quod grex ovium aequæ ad numerum vendi possit, sicut aliae res fungibles, quæ numero, pondere, aut mensura constant: unde inferunt, quod sicut grex ovium cum aliis rebus fungilibus in ordine ad venditionem æquiparatur, ita non minus respectu Mutui æquiparari debeat, & consequenter oves aequè, ac frumentum, oleum, & cæteræ id genus res fungibles objectum mutui constituant.

18 Nos negativam, tanquam communiorem & veriorem, & à nostrisibus Salisburgensibus hactenus unanimi calculo probatam, recipimus, & defendimus ex hac unica, & solida ratione, quod scilicet oves quoad qualitates suæ, maximè intrinsecas, raro, aut nunquam similes reperiantur, atque ad e functionem in genere suo non recipiant, & præterea non soleant venire in commercium humanum per nu-

merum, pondus, aut mensuram, sed regulariter pactum in singula corpora constituatur: ex quo subinde inferas, necesse est, quod objectum mutui esse nequeant. Et, tametsi aliquando contingere posset, ut ovis una alteri quo ad qualitates quoque intrinsecas similima sit, id tamen habet se merè per accidens, nec attendi debet, cum jura ad casus rariores reflectere non assuerint. Neque id voluntate contrahentium fieri posse, tibi persuadeas, etenim quæ rei ex natura non insunt, partium consensus tribuere, aut supplere nequit; secus, ut bene monet Clariss. D. D. Peregrini ad *cit. tit. num. 2.* possent contrahentes etiam mutuum contrahere, dando *vinum* pro *oleo*. Quodsi igitur partibus allubescat ovem pro ove reddere, non *mutuum*, sed *permutatio* erit.

19 Ad textum oppositum respondeo, Juris-Consultum ibi tantum instituere comparationem inter gregem ovium, & alias res fungibles, quod utrobique venditio celebrari possit ad numerum, & quod si hoc pacto oves vendantur, non prius venditio censeatur esse perfecta, quæ numeratio facta fuerit, veluti in aliis rebus fungilibus venditio suam ultimatum perfectionem tum demum consequitur, cum ad mensuræ, apponderatae, aut numeratae fuerint. Hoc, nec amplius quid ex allegato textu probatur. Vid. Clariss. D. D. de Wolteren in *cit. Tract. de Reb. cred. cap. 3.* num. 38. & plurib. seqq.

¶ () () ¶

§. IV.

§. IV.

De Effectu Mutui.

SUMMARIA.

20. *Effectus mutui proximus exponitur.* 21. *Mutuum manet tale, nisi rem mutuo acceptam mutuatarius in specie rursus restituat.* 22. *Mutuans rem mutuatam non potest mox repetere.* 23. *An mutuatario liceat pro vino v.g. mutuato pretium ejus restituere?* 24. *Effectus mutui remotus est conditio certi ex mutuo, cuius prædicata singillatim explanantur.*

20 **E**ffectus proximus Mutui in eo consistit, quod mutuatarius, in quem rei mutuatæ dominium unà cum omni periculo, adeoque etiam casus fortuiti præstatione transit l. 2. §. 2. ff. de R.C. l. 9. §. fin. ff. eod. l. 11. C. si cert. pet. l. 1. §. 4. ff. de O. & A. obstrictus maneat, ad rem, quam accepit, restituendam in eodem genere, qualitate, & bonitate, prout id supra in explicatione definitionis jam dictum est.

21. **Q**uæres I. An *Mutuum* dici possit, quando debitor rem creditam, forte quod illa non indiguerit, in *specie* restituit? Ratio dubitandi esse potest, quod hoc pacto mutuum ab initio contrahi non possit, cum id repugnet naturæ mutui arg. princ. I. Q. M. R. C. O. & l. 2. princ. & §. 1. ff. de R.C. ergo videtur quoque destrui mutui substantia, si ex post res eadem in *specie* reddatur. Verum dicendum est, id non officere, quo minus mutuum censeatur esse contractum, eo quod se merè per accidens habeat, si res mutuata in *specie* restituatur; accidentia autem rei substantiam non vitiant, aut immutant arg. l. 24. §. 15. ff. de fideicommiss. libert. & insuper rei cuiusque initium, non vero ejus implementum spectandum est. l. 8. princ. ff. Mand. l. 12. ff. ad SC. Maced. l. 58. §. 2.

ff. pro soc. Accedit, quod, qui rem in specie restituit, tantum abest, ut contractui contraveniat, ut multò magis eundem adamussim adimpleat, cùm res in specie restituta eminenter in genere restitui censeatur, nec aliud pro alio iurito creditori obtrudatur, id quod ne fiat, unice mutuatario caverendum est.

Quæres II. An si creditor sine præfinitione certi temporis, pro restitutio-
ne facienda, rem mutuatus est, eandem primo mox momento repetere, & mutuatarius reposcenti morem gerere tenetur? Resp. negativè. Tametsi enim in hoc contractu, atque in aliis contractibus, si dies, aut conditio non sit adjecta, res de præsenti debeatur, ac statim peti posse dicatur in l. 9. princ. & §. fin. ff. de R. C. l. 19. princ. ff. eod. & arg. l. 41. §. 1. ff. de V. O. & l. 14. ff. de R. J. id tamen cum aliquo tempore, & laxamento temporis accipiendum, habita ratione personarum, & ipsius negotii, cuius causâ mutuum est contractum: mutuum quippe principaliter utilitatem mutuatarii intendit, cui sanè prospectum haud foret, si creditori statim reposcenti è vestigio restituere teneretur, quin potius decipere tur, quam juvaretur; cùm tamen be-

ne-

neficio nos decipi non oporteat, sed
juvari. l. 17. §. 3. in fin. ff. commod.

23 Quæres III. An liceat pro viro v.g.
aut frumento mutuato invito creditori
eius æstimationem restituere? Resp.
id regulariter mutuatario non licere,
tum quod aliud pro alio invito credi-
tori solvi non possit. l. 2. §. 1. ff. b. tit.
aliud autem est vinum, aut frumen-
tum, & aliud ejus æstimatio. arg. l. 1.
ff. de contrah. empt. tum, quod in mu-
tuato reddi debeat idem genus, quod da-
tum est. l. 2. princ. l. 3. ff. de R. C. pec-
cunia autem, per quam æstimatio fieri
solet, diversi est generis à vino, vel fru-
mento, cùm aliud sit merx, aliud pre-
mium, sive pecunia. cit. l. 1. ff. de con-
trah. empt. Ex accidenti tamen, quo
genus debitum periit, aut in usu esse
desit, ejus æstimatio solvi potest, uti
de vino constitutum in l. 22. ff. de R. C.
& ideò dixi, regulariter id fieri non pos-
se. Illa enim regula, quod aliud pro
alio invito creditori solvi non possit,
suis non caret fallentiis, quarum vigin-
ti Jason ad l. 2. §. 1. ff. de R. C. recen-
set.

In qua specie monatæ, si pecunia
generaliter credita est, restitutio fieri
debear, dicemus in Tit. de solut. De
usuris hic nihil attinet dicere, cùm non
debeantur ex natura hujus contractus,
sed duntaxat ex stipulatione, si mutuo
adjecta fuerit. l. 3. C. de usur. Hodie usu-
ræ etiam ex pacto nudo peti possunt,
imò etiam à tempore moræ solutionis.
R. I. 1654. §. anreichend die künftige
Zinnß 174. & Recess. députationes
de anno 1600. §. 152. vers. oder aber ic.
Clariss. D. D. Franz ad Tit. Inst. Q. M.
R. C. O. part. 1. num. 56.

24 Effectus mutui remotus est actio,

quæ nomen vel ex ipso contractu em-
tuat, & vocatur actio mutui l. 5. C. quib.
non objicit. longit. temp. prescript. vel (quod
frequentius est) conditio certi ex mutuo
indigitatur. princ. Inst. Q. M. R. C. O.
l. 9. princ. ff. de R. C. Est hæc actio ge-
neralis non specialis, quia certi conditio
(ut ait Ulpianus in l. 9. princ. ff. de R. C.)
competit ex omni causa, ex omni obliga-
tione, ex qua certum petitur: sive ex cer-
to (nominato) contractu petatur, sive
ex incerto (hoc est innominato) unde
si actor agere vult, causam exprimat,
oportet, hoc est, se certum petere ex
mutuo. Noodt in Comment. ad Tit. de
R. C. pag. 224. Datur hæc conditio
certi mutuanti l. 7. C. si cert. petatur, &
ejus hæreditibus l. 9. C. eod. imò etiam
quandoque ei, qui non suas, sed alterius
pecunias mutuas dedit, modò vol-
luntate illius antecedente, cuius erant
pecuniæ, vel subseqüente ratihabitio-
ne id factum fuerit, per textum expres-
sum in l. 9. §. 8. ff. de R. C. & hoc singu-
lari jure receptum esse, scribit Ulpia-
nus in l. 15. ff. eod. cùm alias de natura
mutui sit, de meo (non alieno) face-
re tuum l. 2. §. 2. ff. d. t. Datur adver-
sus mutuatarum, posito, quod jure ac-
cipere potuerit, nam si mutuum acci-
pere prohibitus est, ut pupillus sine tu-
toris authoritate, tamei si defacto acce-
pit, tamen conditio certi ex mutuo con-
veniri non potest. Datur etiam adver-
sus mutuarii hæredem, & si plures
fuerint, contra singulos pro rata por-
tionis hæreditariae l. 1. C. si cert. pet. Da-
tur ad hoc, ut tantundem, non verò
minus, in genere, eadémque bonitate,
& qualitate restituatur. Partiales solu-
tiones, cùm multis incommodis sint
obnoxiae, creditor, nisi ultrò velit, ac-
ce-

ceptare non tenetur. l. 41. §. 1. ff. de usur. l. 9. C. de Solut.

Mutuum rursus resolvitur solutio-
ne debiti vera, aut ficta, hoc est, accepti-

latione, de qua nos in *Tit. de Solut.* iten-
exceptione non numeratae pecuniae, de-
qua consulendi interpres ad *Tit. C. de*
N.N. P. & ad Tit. J. de Litter. Obligat.

T I T U L U S XVI.

De Deposito.

Depositum non minùs, quām commodatum contractibus realibus accensetur, hoc tamen cum discrimine, quod *commodatum* regulariter solius accipientis *commodum* respiciat, *Depositum* verò dantis plerumque utilitatem intendat; idcirco, post *commodatum*, in quo & *commodantis* benevolentia, & *commodatarii* emolumenta principaliter spectantur, in deponentis fiduciam, & *depositarii* fidem jam lubet inquirere.

§. I.

Quid, & quotuplex sit *Depositum*?

S U M M A R I A.

1. *Depositum* potest spectari vel *objectivè*, vel *formaliter*, & in bac posteriori acceptio-
ne definitur, & singulae datæ definitionis particule explicantur. 2. *Depositum* di-
viditur in *Depositum juris*, & *facti*. 3. In *Depositum in specie*, & *jequestrum*.
4. 5. Illud rursus in *voluntarium*, & *necessarium*, in *Regulare*, & *Irregulare*.
6. Quod posteriorius proximus adiubus ad naturam *Depositum*, quam *Mutui* accedere
ostenditur.

Depositum sumitur vel *objectivè*,
pro re ipsa deposita l. 1. princ. ff.
b. t. vel *formaliter* pro *contractu*
Depositum. l. 1. §. 22. & *Rubr. ff. b. tit.*
in quo posteriori significatu definitur
depositum, quod sit *contractus realis bo-
nae fidei*, quo res alteri gratis custodienda
traditur, sub fide eandem in *specie* resti-
tuendi.

Disiit l. *Contractus realis*, quia ad

sui perfectionem præter consensum rei
traditionem desiderat. l. 3. *Inst. Q. M.*
R. C. O. & l. 1. §. 5. ff. de O. & A.

Dicitur II. *Bona fidei*. Neque enim
in ullo alio *contractu* bona fides ita
exuberare debet, ut in *deposito*, quod
sola *depositarii* fide nititur, l. 1. ff. l. 11.
C. b. tit. ac propterea nuspam magis,
quām in hoc *contractu* perfidia vindici-
atur. Ut suo loco videbimus.

(H)

Di-

Dicitur III. *Gratis*, adeò quippe contractus hic mercedem dignatur, ut, si illa intervenerit, aut in locationem, aut in contractum innominatum ocyus degeneret. *l. 1. §. 8. ff. b. tit. Honora- rium* tamen depositario pro custodia præstitum, aut promissum naturam depositi non immutat. *l. 2. §. 24. ff. vi bo- nor. rapt.* Notat tamen Hunnius ad Treutler. vol. 1. disp. 26. thes. 3. sub lit. C. remunerationem taliter adjectam deposito non promitti ipso contractu depositi, aut pacto, quod ipsi contractui insit, sed vel stipulatione, vel pacto extra contractum, & ideo non posse peti actione depositi, sed extra ordinem.

Dicitur IV. *Custodienda traditur*. Custodia enim finis depositi est. *l. 1. princ. ff. b. t.* quo se discriminat ab omni alio contractu, *reali*: in *mutuo* namque res datur, ut dominium transeat in accipientem: in *Commodato*, *Preca- rio*, *Locatione* utehdi causâ: in *pigno- re* ob securitatem crediti, solum *depositum* custodiad rei habet sine commo- do accipientis. *t. t. J. Q. M. R. C. O.*

Dicitur V. *Sub side, eandem in specie restituendi*, quæ verba ex paulò ante di- Elis clarent, furtum enim depositarius committere dicitur, si re deponens si- ne ejus consensu utatur, *l. 29. ff. 8. & l. 3. C. deposit. l. 7. C. de furt.*

2. Dividitur I. Depositum in deposi- tum *juris*, & depositum *facti*. Illud est, quod juxta *l. 19. C. de usur.* apud Magistratum, vel Ecclesiam ad sistendum usurarum cursum, & inducendum li- berationis effectum deponitur, quo subsecuto debitor non solum periculo liberatur, sed etiam jus *pignorum*, si quæ constituit, tollitur, & pecunia, aut alterius rei similis depositæ pericu-

lum, ac interitus ad creditorem spectat. Hoc genus *depositi* tum locum habet, cùm creditor rem debitam à debitore justè oblatam acceptare recusat. De- positum *facti*, seu *conventionale* est, quod inter privatos fieri consuevit, & depositarium ad factum, sive rei custo- diam obligat. Istud depositum pro- priè tale dici meretur, alterum no- item, eò quod non custodiæ causâ, sed liberationis duntaxat gratia fiat. Ma- gnif. P. König *b. t. num. 9.*

Dividitur II. Depositum in depo- situm *in specie*, & *sequestrum*. Illud di- citur, cùm res litigiosa ab uno, vel plu- ribus custodienda traditur. Istud, si- ve sequestrum est, quando res litigio- sa vel mutuo partium consensu apud tertium deponitur, eo fine, ut lite fi- nita eandem victori reddat, vel quando partes ab ipso judice coguntur, rem *litigiosam* apud tertium deponere, utrum- que veram depositi speciem esse proba- bilius judico, cùm exinde nascatur actio *depositi sequestraria*. *l. 12. §. 2. ff. b. t.*

Nec dicas, in *sequestro* necessarie deficere consensum partium, hoc ipso, quod etiam invitis litigantibus res au- thoritate judicis sequestretur; ergo non est contractus, & tanto minus species *depositi*, quia in omni contractu con- sensus requiritur. Resp. Etsi invitis partibus res à judice sequestrari possit, intervenire tamen ex postfacto con- sensum litigantium, quem, dum judicis jussui parent, ipso facto declarant. Si- cut in matrimonio, cum sponsus spon- sam à se defloratam sub censuris ducere jubetur, etsi ab initio invitus sit, postea tamen contrahendo verum consensum ponit. V. P. Haunold *tratt. 10. cap. 8. Controv. 1. num. 792.*

De-

4 Depositum in specie subdividitur I. in voluntarium, & necessarium. *Voluntarium* est, quod citra necessitatem, nulloque imminente periculo contrahitur. *Necessarium* (quod etiam *miserabile* vocatur) illud audit, quod initur ob instantem necessitatem, & rei perdendae periculum, nō deponatur. Tale depositum est, quando tempore incendi, naufragii, tumultus &c. res nostras alterius custodiae commendamus. *l. 1. §. 1. 2. §. 3. ff. b.t.* Estque in hoc deposito id speciale, quod depositarius, si dolosè neget, aut restituere per malitiam recusat rem depositam, postea in judicio convictus, in *duplum* condemnatur, hoc est, non tantum rem depositam, sed etiam *eius* estimationem restituere teneatur, ob majorem perfidiam, quam is in simili casu, ex alieno infortunio compendium querendo, admittere censetur. *d. l. 1. §. 4. ff. b.t.* Imò crediderim (scribit Puffendorff. de *J. N.* & *G. lib. 5. cap. 4. §. 7.*) turpius esse flagitium, depositum abnegare, aut intercipere, quam furtum facere; cum hīc solum jus domini, & justitia, illic etiam amicitia, & humanitas violetur.

5 Depositum in specie rursus, & II. subdividitur in regulare, & irregularare. Illud dicitur, quando res aliqua juxta hujus contractus naturam solius custodiae causā apud tertium deponitur, ad nutū deponentis in specie restituenda. Illud est, quando res aliqua *fungibilis* depositur, ea lege, ut depositario integrum sit, re deposita utendi, modo aliam, ejusdem qualitatis, & bonitatis reponenti restituere paratus sit, id quod fieri potest, vel pacto expresso, si scilicet *expresse* inter deponentem, & depositarium ita convenerit *juxta l. 29. §. 1. ff.*

b.t. vel tacitè, ut si de præstandis usuris ex re deposita inter ipsos conventum fuerit, *l. 24. in fin. §. l. 26. ff. b.t.* aut si deponatur pecunia numerata, nec clausa, nec obsignata, tunc enim tacitè eadem uti, depositario permissum esse videtur, per *l. 25. §. 1. ff. b.t.* & *l. 31. ff. locat.*

Quamquam verò sint, qui talem contractum potius naturam *mutui*, quam *Depositum* participare, & ideo exceptioni *non numeratae pecuniae* locum hīc esse ve- lint, attamen magis adhuc ad naturam *depositi*, quam *mutui* accedere talem contractum censeo cum Molina *d. J. §. J. tom. 2. tratt. 2. disput. 523. num. 2. §. 3.* & Haunoldo cit. loc. n. 780. licet enim talis res pereat depositario, si perit, & in hoc casu cum *mutuo* conveniat, in multis tamen à *mutuo* discrepat. Et quidem I. quod *mutuum* fiat in gratiam solius *mutuatarii*, *eiusmodi* verò *depositum* fiat in utilitatem, & commodum solius *deponentis*, cui beneficium, præstat *depositarius*, tametsi per accidens redun det etiam in bonum *depositarii*, qui interim cum re deposita potest negotiari. II. *Depositum* ad nutum deponentis revocari potest, non etiam *mutuum* à mutuante, esto nullus terminus contractui *mutui* fuerit præfixus. Unde sequitur, quod in tali contractu locus exceptioni *non numeratae pecuniae* non sit, sicut in *mutuo*, in quo mutuatarium sēpe necessitas occupat, ut apocham prius scribat, quam pecuniam accep rit, quæ ratio cessat in tali depositario, qui non rogat, pecuniam apud se deponi, sed potius à deponente rogatur. Vid. *l. 14. C. de N. N. P.* & *l. 26. §. fin. ff. b.t.* Accedit, quod talis depositarius post moram judicio *depositi* in usuras

pro tempore moræ condemnatur l. 25. habet, nisi usuræ in stipulationem de-
§. 1. ff. b. t. quod in mutuo locum non ductæ sint l. 3. C. de iljur.

§. II.

De Deponente, & Depositario, & Depositis objecto.

S U M M A R I A.

7. *Deponere potest, tam bona, quam mala fidei possessor.* 8. *Depositarii esse possunt, qui usu rationis possunt, dolique capaces existunt, seque per contractum obligare-
alent. Quonodo hoc procedat in pupillo, Religioso, & Prælato, itidem hic de-
claratur.* 9. *Res non tantum mobiles, sed immobiles quoque deponi possunt.* 10.
11. *Proponuntur dñe Objectiones subjunctis nostris Resolutionibus.* 12. *Quæ re-
bus depositis accedant, citra expressam conventionem non censentur deposita.* 13.
Cista deposita res omnes in illa contentæ censentur depositæ.

7 **D**aponere possunt non tantum, qui rei deponendæ domini sunt, aut eam bona fide possident, vel ejus administrationem habent, sed etiam ii, quorum possessio mala fide vitiata est, ut sunt *fares, prædones*, cum enim in hoc contractu dominium, aut usus rei non transferatur, haud implicat, quin prædicti quoque mala fidei possessores res aliis eruptas deponere possint, eo effectu, ut depositarium actione depositi convenire queant, quia, ut ait Marcellus libro sexto Digestorum, relatus ab Ulpiano in l. 1. §. 39. ff. b. t. si prædo, vel fur deposituerint, recte depositi agent, nam interest eorum, eo quod teneantur. Scilicet domino rem interversam restituere.

8 *Depositarii esse possunt, qui usu rationis possunt, & dolique capaces sunt, seque contrahendo obligare possunt. Pupillus tamen, qui sine authoritate & consensu tutoris depositum suscepit, actione depositi non aliter tenetur, quam si pubertati proximus fuerit, & dolique capax extiterit. cit. l. 1. §. 15. imo, si do-*

lus etiam non intervenerit, factus tam sit locupletior ex re deposita, actio in eum datur. *cit. 5.* De Religiosis id juris est, quod sine Prælati consensu munus depositarii suscipere nequeant, eo quod obedientiæ voto contrahere, & se obligare impedianter, quod si tamen sine superiorum venia alterius rem in suam custodiam, & fidem reperirent, deponenti haud aliter prospectum erit, quam, si probet, rem depositam in utilitatem Monasterii conversam fuisse, quo probato, Monasterium ex contractu sui Religiosi tenetur, & actione depositi efficaciter conveniri potest; ex ratione, ne cum alterius jactura locupletetur. l. 14. ff. de condit. indebit. secus non, tametsi res deposita dolo, aut culpa ipsius Religiosi perierit. Quod etenus etiam in Prælato procedit, ut Monasterium ex contractu depositi ab ipso suscepti, non obligetur, præterquam, si intervenerit consensus Capituli, aut a deponente probatum fuerit, Ecclesiæ ex re, apud Prælatum deposita, utilitatem percepisse, Magnif. P. Schmier

lib.

lib. 3. tratt. 3. cap. 3. num. 108. & seqq.
P. Verani ad b. t. n. 6.

9. Res omnes, quæ custodiam recipiunt, objectum depositi in specie, & sequestri constituent; nec distinguimus inter res mobiles, & immobiles, cum æquè istæ, ac illæ alterius custodiaz (id quod de substantia depositi est per l. 186. ff. de V.S.) commendari possint, l. 11. ff. de peric. & commod. rei vendit. sicut & sequestrari, quod etiam AA. fatentur, non quidem eo fine, ut cura & custodia habeatur contra fures, & prædones, ne auferant, cum res immobiles auferri nequeant. §. 2. Inst. de usucap. sed ut defendantur contra violentos possessores, aut ne corrumpantur, aut minuantur, v. g. ne januæ, aut fenestræ ædium infringantur, aut in prædiis rusticis plantæ evellantur, arbores frugiferæ excidantur &c. prout exemplificat P. König b. t. num. 12.

10. Dices I. Res immobiles non possunt poni: ergo neque deponi. Resp. licet communiter, & à potiori terminus deponere sumatur pro positione de manu in manum, quia communiter res mobiles custodiaz aliorum committi solent, certum tamen est, quod deponere accipi possit pro tradere, res autem immobiles tradi solent, quando transfertur earum dominium. l. 8. ff. de act. empt. Et inde solvit aliud argumentum, quod AA. opponere solent, videlicet, quod nullum in toto jure rei immobilia depositæ exemplum reperiatur, nec uspiam fiat mentio, passim verò rerum mobilium depositarum: quod subinde argumento est, rerum immobileum depositum à LL. non agnoscit. Resp. etiam exempla legum non esse mensuram legum, quasi ultra se non

extendant, cum desumantur ex iis, quæ regulariter & frequentius continentur. Ne quid dicam, de sequestro, quod haud infrequenter in rebus immobilibus decerni solet.

Nec etiam illud nos terret, quod 11 objiciunt, custodiam rei immobilia, si gratis committatur, abire in speciem mandati per l. 5. §. 4. ff. de prescript. verb. Resp. posse quidem abire in mandatum, non tamen semper debere, sed hoc ex intentione, & fine contrahentium desumendum esse: si enim deponens nudam custodiam demandet, erit depositum; sin verò aliquod insuper negotium circa rem depositam gerendum committat, mandatum erit. Nec tamen de lana caprina hanc disputacionem esse existimat: interest enim scire, ad quam culpam obstrictus sit ille, qui curam rei immobilia in se suscepit: si enim mandatum est, ad levissimam: sin depositum, ad latam duntaxat culpam tenebitur. Magnif. P. König b. t. n. 12.

Quæres I. An ea, quæ rebus depositis accidunt, citra expressam conventionem etiam deposita censeantur? Ita equidem videri posset, paritate desumpta à commodato, in quo accessoria quoque dicuntur esse commodata, tametsi de illis à partibus nihil expressum fuerit per l. 5. §. 13. ff. commod. Verum hanc paritatem nimium quantum claudicare, patet ex l. 1. §. 5. ff. b. t. ubi contrarium expressè his verbis decisum est: Quæ depositis rebus accidunt, non sunt deposita, ut puta, si homo vestitus deponatur: vestis enim non est deposita: nec si equus cum capistro: nam solus equus depositus est. Ad l. 5. cit. ff. commod. Respondeo cum Azorio Inst. Moral. part. 3. lib. 7. cap. 8. latam esse disparitatem in-

ter *Commodatum*, & *Depositum*, dum illud in gratiam, & commódum solius *commodatarii*, *depositum* verò in gratiam solius *deponentis*, non sine onere *depositarii* contrahatur: unde inconveniens non est, ut, quæ *commodatum* comitantur, vel ad ipsum consequuntur, pro *commodatis* habeantur cum *accessoriorum* non minus, quam id, quod principaliter fuit *commodatum*, utilitatem adferat *commodatario*: econtra in *deposito*, cùm *depositarius* nullam ex re *deposita* utilitatem sentiat, iniquum foret, eundem ad custodiam eorum, quæ *rebus depositis* accidunt, velle obligare, licet non inviti demus, in repetitione ipsius rei *depositæ*, etiam *accessoriarum* rationem haberi, & utraque eadem actione *depositi* (non vero sola *rei vindicatione* ut erroneè scripsit *Gregorius Rosignolo de Contract. tom. 3. pag. 466. assert. 1. num. 1.*) repeti posse per *L. 1. §. 24. ff. b. t.* ex ratione in *§. preced.* assignata, quod *contractus* hic sit *bonæ fidei*.

13. Quæres II. An cista v.g. *deposita*, res in ea contentæ censcantur insimul

esse *depositæ*? *Accursius* in *L. 1. §. ult. ff. *Nautæ, Caupones* &c. distinguit, an res in cista contentæ fuerint *depositario* exhibitæ, nec ne? priori casu dicit, etiam res inclusas esse *depositas*, non item in casu posteriori. Verum simpliciter affirmandum est propter Textum in *L. 1. §. 41. ff. b. t.* ubi hæc *controversia* mota, & contra *Trebatum* sententia *labeonis* prævaluit, videlicet, *eum*, qui cistam deponit, singulas quoque res videri deponere: ergo & de rebus eum agere oportere. Interim *depositarius* de rebus contentis, si cista clausa, & signata ejus custodiæ demandata fuerit, respondere non tenetur, nisi signa forent revulsa, tunc enim præsumetur *dolo* *depositarii* id factum, & deponens ad juratam rerum amissarum aestimationem admitteretur per *L. 1. §. 40. ff. b. t.* quod tamen rursus ita limita: nisi sigillum ab initio jam tam fragile apparuerit, ut extra fraudem, & absque facto hominis frangi potuisset, ac insuper *depositarius* alias integræ famæ & fidei fuisset. *Mascard. de Probat. volum. 1. conclus. 508.* *P. König b. t. num. 14.**

§. III.

De Effectu Depositi.

S U M M A R I A.

14. *Effectus Depositi* enumerantur.
15. *Quando res deponitur in solius deponentis gratiam, depositarius* duntaxat de *dolo*, & culpa lata tenetur.
16. *Qui deponenti depositarium querenti se ultro offerat, de culpa levi, nullo modo querenti, si se sponte offerat, de culpa levissima tenetur.*
17. *Si depositarius pro rei custodia mercedem recipit, culpam levem.*
18. *Nautæ tamen, caupones, stabularii, etiam levissimam præstant.*
19. *Depositarius ad casum fortuitum præstandum regulariter non obligatur.*
20. *An qui in rebus suis diligentissimus est, eundem diligentiam rebus depositis adhibere teneatur?* *Nos relatis aliorum opinioribus simpliciter affirmativam tuemur.*
21. *Referuntur negantium argumenta.*
22. *Ad quæ re-*

respondetur. 23. Qualiter res depositae instante periculo v. g. incendi: curandae sint, per tres distinctas Conclusiones hæc quæstio resolvitur. 24. 25. 26. 27. 28. Effectus Depositi remotus fusè explicatur. 29. An depositarius ob impensas factas rem depositam retinere possit, in utramque partem disputatur. Nos negativam tuemur, cum quadam limitatione. 30. Alia adhuc quæstio resolvitur.

¹⁴ Effectus depositi est obligatio, qua depositarius distinguitur I. ad rem fidei suæ commendatam custodire ea cura, & diligentia, qua solet res proprias custodire, & servare. cap. 2. b. t. l. 32. ff. eod. II. Ut reddat rem in specie, non deterioratam. l. 1. §. 16. ff. b. t. quia, ut dicitur in l. 3. §. 1. ff. commod. proprie dicitur res non redditia, que deterior redditur. III. Et quidem ad nutrum reposcentis, cit. cap. 2. b. t. l. 1. §. 22. § 46. ff. eod. nec quadrimestri aliis debitoribus concessio uti potest l. 2. C. de usur. rer. jud. quod tamen fallit in quatuor casibus. I. Si deponens exigat in damnum suum, vel aliorum, ut si deponens gladium suum forte repetat furens (ut ait S. Augustinus in cap. 14. C. 22. Q. 2.) manifestum est, tunc non esse reddendum, ne vel se occidat, vel alios, donec ei sanitas restituatur. Pluribus exemplis hoc illustrat Puffendorff. de J. N. § G. lib. 5. cap. 4. §. 7. II. Si bona deponentis publicata sint, tuac enim non ipso, sed fisco reddenda sunt. l. 31. princ. ff. b. t. III. Si fur, qui rem ablatam apud tertium deposituit, & dominus concurrat, æquitas suadet, ut iste alteri præferatur, nam hæc est perfecta iustitia (ait Tryphoninus in l. 31. §. 1. ff. b. t.) quæ suum cuique ita tribuit, ut non distractabatur ab ullius persone iustiore repetitione. IV. Si res à fure apud verum dominum, fraudis ignorantum deposita sit, is eam deponenti redire non tenetur, hoc quippe casu re-

stè dicetur non contrahi depositum, quia non est ex bona fide, rem suam dominum prædoni restituere compelli. Sunt verba laudata JCti in cit. l. 31. V. Prohibetur depositarius re deposita uti, nisi deponens consentiat, l. 29. princ. ff. b. tit. VI. Tenetur etiam de dolo, & culpa, sed quali? hoc quæsitus per distinctas conclusiones enodabimus.

Dico igitur I. Quando depositum solius deponentis utilitatem respicit (id quod regulariter fieri amat) depositarius tenetur tantum de dolo, & culpa lata. De dolo quidem patet ex l. 1. §. 10. § fin. ff. b. t. l. 23. ff. de R. J. l. 5. §. 2. ff. commod. De culpa vero lata dubitari posset, eò quod cc. ll. de solo dolo loquantur, imò Justinianus eum à culpæ præstatione penitus absolvere videtur, dum dicit in §. 3. l. Q. M. R. C. O. culpæ autem nomine, id est, desidia, ac negligentia non tenetur: sed securum eum esse jubet, si rem parum diligenter custoditam furto amiserit, rationem subjungens, quia, qui negligentiam amico rem custodiendam tradit, non ei, sed sue facilitati id imputare debet. Verum Justinianum hic non loqui de lata culpa, sed levi, communiter sentiunt DD. id quod ex aliis juris textibus colligunt, ut ex l. 32. ff. b. t. l. 1. C. eod. ubi expresè culpæ mentio fit, & alias notum est, dolii nomine in contractibus culpam latam venire. l. 5. §. 15. ff. ut in possess. legat. l. 1. §. 1. ff. si mensur fals. mod. l. 8. §. 3. ff. de Precar. quia nimirum

rum fraude vix *eareret* præsumitur, qui minorem diligentiam adhibet rebus alienis, quam suis, ut ait Celsus in *cit.* l. 32. ff. b. t. Ratio autem, cur in deposito regulariter *dolus* tantum, & *culpa lata* præstetur, petitur ex regulis generalibus, quas communiter de culpam gradibus præstandis DD. ponunt, quia scilicet ipsius deponentis causa depositum initur, nulla utilitate in depositarium redundantem, & quia is culpa non vacat, qui homini ignavo rem suam concredit.

16 Dico II. Qui se sponte offert deposito, eo tempore, quo deponens in genere aliquem depositarium querit, retinetur ad culpam *levem*: is vero, qui se deponenti, ne quidem in genere depositarium inquirenti, aut nulla necessitate adacto, ultro offert, ad culpam quoque *levissimam*. Hæc quidem assertio bimembbris aperta lege, aut Canone non nititur, in magna tamen æquitate fundatur, & conciliat jus *civile* cum *Canonico*. Hoc quippe jure, videlicet in *cap. 2. b. t.* S. Pontifex quoad culpam eos æquiparat, quorum unus præ custodia mercedem recepit, alter scipsum deposito obtulit; atqui merces recepta, sive contractus *locationis* in utriusque contrahentis utilitatem tendens, solum ad culpam *levem* obligat: ergo & obligatio spontanea. Econtra in *l. 1. f. 35. ff. b. t.* Juliani sententia indefinita est, qua scribit, quod depositarius, qui se ultro obtulit, periculo depositi se illigasse censemur, ita, ut non solum *dolum*, sed etiam *culpam*, & *custodiam* præstet. Ne subinde amicitiae nexum inter utrumque jus dissolvamus, dicamus, necesse est, quod Pontifex in *cit. cap. 2.* loquatur de *casu*, quo

quis deponenti, in genere depositarium querenti, se obtulit; Julianus vero de *casu*, quo quis depositum ultro in se suscepit, deponente nulla necessitate adstricto, nec depositarium quidem querente.

Dico III. Si depositarius pro rei ¹⁷ custodia mercedem accipit, tenetur de culpa *levi*. *l. 5. f. 2. ff. commod.* quia regulariter in contractibus, qui utriusque contrahentium utilitatem respiciunt, *culpa levis* præstatur, ut dictum ad *Tit. de Paet.* sed hoc casu simile depositum transibit in contractum *locationis condictionis*, dum depositarius accipiens mercedem, videtur operas suas locâle, ut contingere solet apud sartores, fullores, & similes, quibus uestes reficiendæ dantur. *V. l. 1. f. 9. ff. b. t.*

Sed quid de *nautis*, *cauponib*, ¹⁸ *stabulariis*, qui depositum ex officio suscipiunt? Resp. teneri de *culpa levissima*. *l. 3. f. 1. ff. Nautæ, Caupon. stabul.* quod si tamen protestati fuerint, ut unusquisque res suas servet, neque dannum se præstaturos, & hoc, re adhuc integra, hoc est, ut explicat Haunold. dum deponentes in alia navi, vel hospitio res suas deponere voluerunt, & tunc putat, Nautam excusatum fore, et si deponentes expresse non consentirent, dummodo in navi, vel hospitio liberè manerent, per quod tacite consentire censerentur: secus, si res non integra, id est, dum navis jam à portu solvit, vel quia interim alia hospitia jam sunt occupata, tunc enim, nisi expresse consentiant, tacitè consentire non videntur, cum homines istos jam obligatos sciant, et si ad rixas fortè cavadendas taceant.

Dico IV. Si depositarius ad majorem

rem gradum diligentia se ultrò obli-
gaverit, quæ ex natura hujus contra-
ctus alias præstanta non fore, eandem
quoque impendere obstringitur, con-
tractus enim ex conventione legem ac-
cipiunt. l. 1. §. 6. §. 35. ff. b. t. l. 23. ff.
de R. f.

19 Dico V. Depositarius de casu for-
tuito regulariter non tenetur. l. 6. C. de
Pignorat. act. l. 37. ff. de V. O. l. 23. ff. de
R. f. excipe, nisi de hoc specialiter con-
ventum fuerit. d. l. 6. §. cap. 2. b. t. aut
culpa casum præcesserit. d. cap. 2. b. tit.
intellige tamen culpam illam, ad quam
ex natura contractus depositarius tene-
tur, non verò majorem, nam alias se-
queretur, quod depositarius etiam levi
culpa adstringeretur contra claram ju-
ris decisionem in §. 3. J. Q. M. R. C. O.
& l. 1. §. ult. l. 32. ff. b. t. P. Engel b. tit.
num. 5. aut denique si moram admisit,
depositum reposcenti non reddendo,
cum potuisset. l. 1. §. 25. l. 12. ff. §. fin.
ff. b. t. l. 47. §. fin. ff. de Legat. 1. l. 14.
§. 2. ff. de Pecun. constit. Sua enim cui-
que mora, non alteri nocere debet.
l. 37. ff. Mand. quod tamen rursus ita
limita, nisi res deposita etiam restituta
apud creditorem peritura fuisse. l. 14.
ff. b. t. §. arg. d. l. 47. ff. de Legat. 1.

20 Haud ignobilis fē nunc offert quæ-
stio: An scilicet, qui in rebus suis con-
suevit esse diligentissimus, res quoque
depositas eadem omnino diligentia cu-
rare teheatur? Pro utraque contradic-
tionis parte non proletaria proferun-
tur rationum momenta, nec desunt,
qui tam uni, quam alteri parti patro-
cinentur. Ex nostris Salisburgensibus
(ut omittam alios) pro affirmativa-
stant Clariss. D. D. Bernardus Gletle in
QQ. Jur. ad 3. part. Pandect. cap. 14. &

Bonaventura Franz ad §. 3. I. Q. M. R.
C. O. num. 22. Negativam verò tue-
nuntur Magnif. P. Schmier cit. lib. 3. tract. 3.
cap. 3. n. 125. Clariss. D. D. P. Ludovi-
cus Engl b. t. n. 8. P. Placidus Böckhn
ibidem num. 24. & D. D. Schlosgängl ab
Edlenbach in Tract. de Dolo, Culpa &c.
Dissert. general. cap. 3. num. 29. § seqq.
Medianam quasi viam ingreditur Clariss.
D. D. Peregrini Inst. ad cit. tit. quib. mod.
re contrab. num. 22. dicens, quod is, qui
rerum suarum curandarum studiosissi-
mus est, tam exactam quidem diligentiam
rebus depositis servandis impen-
dere non teneatur, neque tamen suf-
ficiat, ut ad vulgarem duntaxat mo-
dum diligens sit, sed mediocrem sal-
tem diligentiam adhibeat, quam si omit-
tat, culpa, quæ in abstracto considera-
ta nonniñ levis foret, in concreto tamen,
seu respectu ipsius depositarii culpa la-
ta censeri debet. Profectò talis (sunt
verba laudati Doctoris) utpote in exa-
ctissima diligentia, ut ita dicam, habitua-
tus, in alienis autem neque mediocrem ad-
hibens, videtur egredi terminos sinceri pa-
trifamilias, § ita incidere in dolum præ-
sumptum, seu committere culpam latam
concretivè, seu respectivè talem. Mihi
sententia simpliciter affirmans, deposi-
tarium, qui in rebus suis exactissimæ
diligentia est, non posse non æquali vi-
gilantia res depositas curare, haec tenus
præplacuit, probationem dedi in lib. 1.
Decret. ad Tit. de Paet. num. 50. Unde
inpræsentiarum duntaxat laborandum
erit, ut oppositæ sententiæ argumentis
congrua quadam responsione satisfacia-
mus.

Dicunt igitur I. Depositarium tan- 21
tum teneri de culpa lata, est de regula
per textus generales in l. 32. ff. § l. 1.

(I)

C.

C. b. t. ex regula quoque generali, ex l. 5. §. 2. ff. *commod.* petita, quod, ubi principaliter obligatus nullam utilitatem sentit, sed solus fert onus (ut in deposito accedit) tantum de *culpa lata* teneatur; atqui tam una, quam altera regula eluderetur, si depositarius, qui res suas exactissimè curat, pari omnino studio res depositas curare deberet, nam sequeretur, quod depositarius de *culpa levissima* teneretur, quod est contra primam regulam: aut, quod in negotiis, quæ non tendunt in utilitatem principaliter obligati, sed eum potius onerant, diligentia exactissima præstanta sit, quod secundam regulam concutit. II. Ex nostra sententia sequitur, quod is, qui ex contractu omne fert *commodum*, & is, qui nullum sentit *emolumentum*, pari passu ambulent, dum utrumque ad exactissimam diligentiam rebus alienis impendendam obstrictum esse contendimus, quod aperte refragatur textui in l. 5. §. 2. ff. *commod.* III. Sententia nostra, si robur habet, sit, ut diligentissimus paterfamilias deterioris sit conditionis, quam unus aliquis vulgariter diligens, dum illum in rebus depositis ad summam vigilantiam obligamus, in isto verò communi, sive insimo diligentia gradu contenti sumus. Quanta absurditas!

IV. Nostra sententia ulterius hoc absurdum admittit, quod depositarium obliget non modo ad æqualem, sed majorem omnino diligentiam rebus depositis impendendam, quam suis; quotusquisque enim est, utut alias homo solertissimus sit, qui non à fervore subinde remittat; neque enim tam vigilantem (ut humana fert conditio) quemquam perpetuo fore exi-

stimamus, quia nonnunquam dormitiat, quod impunè quidem faciet in rebus suis; non item in depositis, ad quas curandas ipsum summè vigilantem omni loco, & tempore esse volamus. V. Si quis apud communiter diligentem res suas deponat, contentus esse debet vulgari ejus diligentia, nec ad majorem diligentia gradum eum obstringere potest: ergo etiam ordinaria diligentia contentus sit, soperet deponens, si res suas solertissimo alias in rebus suis, custodiendas commendet. VI. Nostra sententia impingit in regulas ordinatae charitatis, dum enim hæc jubet, se, & sua magis diligere, quam aliena, per l. 97. ff. *de solut.* ibi: *potior habetur propria, quam aliena causa.* Et in Nov. 43. cap. 2. *in fin.* ibi: *quisque pro se rebus suis proficiat.* Nos ordinem invertimus, & jubemus depositarium majori diligentia invigilare rebus alienis, quam propriis, unde infirmum omnino præsidium in l. 32. ff. b. t. (quæ velut lapis angularis nostræ sententiae est) nos collocare agnoscamus, necesse est; tametsi enim ibi dicatur, quod *salva fide majorem rebus nostris diligentiam impendere nequeamus, quam alienis*, id tamen intelligendum est, *salva lege charitatis.* VII. Nostra sententia offendit etiam in regulas bonaæ Dialecticæ, dum ex propositione particulari quam cit. l. 32. continet, utpote quæ loquitur de depositario, qui aliquam quidem, & minimam diligentiam in rebus suis exercet, inferimus generaliter ad omnem depositarium majori, ac majori diligentia præditum. Id quod textum citatum pensiculatius excutienti ocyus occurret. Hæc sunt potiora, & prægnantiora AA. fundamenta, quia tam

men demonstrationes istæ analyticæ nobis esse non videntur, herbam AA. non porrigitur, sed tela in nos evibra-
ta aut excutiemus, aut retorquebimus.
22 Ad I. respondemus, nos neutri re-
gulæ vitium inferre, non primæ, quæ
dicit, depositarium de sola *culpa lata*
teneri, nam etiam is depositarius, qui
in rebus suis diligentissimus est, si mi-
noril diligentia curet res depositas, à
culpa lata immunis non est. Ne gratis
hoc dixisse videamus, nōsse oportet,
quod *culpa lata* duobus modis commit-
ti possit (ut gnaviter adverit Clariss.
D.D. Gletle *l. cit. num. 15.*) Primò, si
quis ea ignoret, quæ omnes intelligunt
l. 213. §. 2. l. 223. ff. de V. S. Secundò,
si quis minorem curam adhibeat rebus
alienis, quam propriis. *d. l. 32. ff. b. t.*
Esto igitur, quod talis depositarius, de
quo in præsentiarum nobis sermo est,
culpam latam prioris generis, sive cul-
pam in *abstracto* non committat, com-
mittit tamen culpam latam posterioris
generis, sive in *concreto*, hoc est, respe-
ctivè talem, quatenus nempe non ad
suum modum, quo res suas curat, res
depositas tractat. Neque etiam alteri
regulæ de gradibus culparum in sin-
gulis contractibus præstandis vim in-
ferimus. Et si culpæ hujus reos nos
agere AA. velint, Ulpianum, qui alle-
gatam regulam condidit in *l. 5. §. 2. ff.*
Commod. Cajum, & Paulum nobilissi-
mos Juris-Consultos, ino ipsum Imper-
atorem Justinianum eodem crimine
condemnent, necesse est. Numquid
Ulpianus, qui creditorem pignorati-
tum à *culpa levissima* immunem pro-
nuntiavit in *cit. l. 5. §. 2.* mox in *tit. seq.*
in *l. 13. §. 1. ff. de Pignorat. act. illum*
exactissimæ custodiz nexus obstrictum
esse, respondit. Audiamus ejus sen-
tentiam: *Venit autem in bac actione* (pi-
gnoratitia) *& dolus, & culpa, ut in com-*
modato; venit & custodia: vis major non
verit. Quid aliud de contractu em-
ptionis venditionis respondit Cajus in
l. 2. §. 1. ff. de Peric. & commod. rei vend.
lubet etiam ejus verba referre: *Custo-*
diam autem ante admetendi diem, qualen-
præstare venditorem oporteat, utrum ple-
nam, ut & diligentiam præstet; an vero
dolum duntaxat, videamus? Et puto, eam
diligentiam venditorem exhibere debere,
ut fatale damnum, vel vis magna, sit ex-
cusatum. Ecce venditorem, quem Ulpianus in *cit. l. 5. §. 2. ff. commod.* à *culpa levissima* immunem pronuntiat, Ca-
jus ad diligentiam exactissimam obli-
gat. Cajo æquali tenore succinit Pau-
lus in *l. 3. ff. b. t.* his verbis: *Custodiam*
autem venditor talem præstare debet, quam
præstant bi, quibus res COMMODATA
est; ut diligentiam præstet exaciorem, quam
in suis rebus adhiberet. Nec aliter de
conductore sensit Justinianus in *§. pe-*
nult. Inst. de locat. conduct. Culpæ gra-
dum contra regulam Ulpiani sic defi-
niens: *Qui pro usu, aut vestimentorum,*
aut argenti, aut jumenti mercedem aut
dedit, aut promisit, ab eo custodia talis
desideratur, qualen DILIGENTISSIMUS
Paterfamilias suis rebus adhibet: quam si
præstiterit, & aliquo casu fortuito eam-
rem amiserit, de restituenda ea tenebitur.
Anne per recensitos jurium conditores
vim passa est regula Ulpiani? non cede-
pol hoc quisquam dixerit: ergo nec
nobis dicam quisquam scribat, quod
depositarium in rebus suis solertissi-
mum ad parem solertiam rebus depo-
situm impendendam obstringamus. Sed
nondum oppositioni factæ satisfecisse

videmus, quanquam imperiali auctoritate, suffragantibus quoque Juris Consultis, muniti simus. Sensus ergo regulæ ab Ulpiano in sape cit. l. 5. §. 2. ff. *commod.* positæ referandus est. Quando Ulpianus in d. l. distribuit culparum gradus pro varietate contractuum, ita, ut v. g. in contractu *commodati*, ubi principaliter obligati omnis vertitur utilitas, *commodatarius* ad exactissimam diligentiam obligetur, mensura hujus diligentia capienda non est à tota collectione hominum, ita, ut, tam exactam præstare debeat, qua major in nullo homine reperiri potest, sed gradus diligentia mensurandus est ab illo ipso homine, qui *commodatum* contraxit, ita ut tantam rei *commodatæ* curam habeat, qua major in ipso reperiri non potest in custodiendis rebus propriis, quod si enim diligentior adhuc esse potest, nec eam industriam rebus *commodatis* adhibet, jam non culpam *levissimam*, sed *latam*, dolo proximam admettit, cùm culpa lata nihil aliud sit, quam non esse diligentem in re aliena custodienda ad proprium modum, quo res suas custodit per l. 32. ff. *deposit.* Unde regula Ulpiani de gradibus culparum præstans duntaxat procedit, respectu subjecti contractum ineuntis, ut si major, ac major diligentia possit in ipso reperiri, major etiam, aut minor pro diversitate contractuum ab ipso exigi possit. Sit exemplo contractus *locationis conductio*nis, ubi Sempronius conductor tenetur ad diligentiam *mediam*, unde mensuram hujus diligentia capimus? non à reliquis hominibus, ejusmodi contractum celebrantibus, sed ab ipso Sempronio, qui majorem adhuc diligentiam impendere posset,

quamvis ex natura hujus contractus ad eandem non teneatur. Quando vero aliquis in rebus suis ad eum diligentia gradum assurgit, quam *natura hominum desiderat*, hoc est, quo majorem nemo alius hominum præstare potest, jam in tali homine gradum computatio quoad culpam fieri non potest, cùm non sit aliis homo vigilantior, ex cuius vigilantia comparatione levissimus culpæ modus fieri possit: ergo in tali homine nunquam reperiri poterit præter dolum & *latam* culpam alia culpa, vel *levi*, vel *levissima*, quæ ei possit imputari, sed idem modus, quem hominum natura desiderat, erit suus modus, quem subinde si non teneat in rebus alienis, culpam *latam*, non *levissimam* admettit; unde patet, depositarium in rebus suis studioissimum, si non in eodem diligentia gradu res depositas curet, diligentem non fore ad suum modum, ac consequenter culpam *latam* admittere. Atque hac exsplicatione nihil alterutri regulæ dempissæ nos credimus, dum verum manet, quod depositarius in data hypothesi culpæ *late* duntaxat se obnoxium faciat, nec in contractu, ubi principaliter obligati nulla vertitur utilitas, exactissima ab eo industria exigatur. Ad II. Negamus, ex eo, quod depositarius in nostra hypothesi obstringatur ad exactissimam diligentiam, sequi, eum pari passu ambulare cum altero, qui ex contractu omne fert emolummentum; quod enim iste ad supremum diligentia gradum obligetur, hoc ex natura contractus fluit, juxta cit. l. 5. §. 2. ff. *commod.* in depositario vero hoc est per accidens; cùm enim ad suum modum, quo res proprias curat, etiam rebus depositis intendere debeat, cit. l. 32.

L. 32. f. b. t. is verò modus sit hominis diligentissimi, consequens est, ut inferiorem diligentiam rebus fidei suæ concreditis citra fidei violatae periculum adhibere non possit. Ad III. Itidem negamus, deterioris esse conditionis depositarium diligentissimum, ac communiter diligentem, nisi forte dicere malis, eam, qui bene agendi habitum contraxit, infeliciorem fore, altero illo, qui in virtutum exercitio haetenus segnior extitit, dum ille in rebus arduis aggrediendis nullam difficultatem sentit, istum verò obvia quoque terrent. Non igitur est oneri depositario, in rebus suis sagacissimo, res alienas ut proprias æquali studio curare, utpote cui nunquam non jucundum & volupe est, exacta vigilancia agere, quæ agit. Ad IV. dicimus, tametsi pro humana conditione contingat, ut diligentissimus quoque paterfamilias de vigilantia studio tam in rebus propriis, quam alienis nonnihil remittat, id tamen fraudi ei esse non debet; quia ad suum duntaxat modum rebus depositis curandis fidem suam addixit, & humanum est, in ejusmodi vicissitudines incidere, a qua lege mortalium nemo eximius est. V. Argumentum ponderis haudquidquam habet. Dicant, amabò, ipsi Adversarii, si res quasdam pretiosissimas, aut unde omnes eorum fortunæ dependant, deponere necesse haberent, nunquid diligentiores, quo reperiri posset, quererent depositarium? cur ita? Haud alio fine, quam, ut res suas tutiori loco, ac vigilantiori custodia servatum iri scirent: at verò hunc finem neutquam assequerentur, & inani fiducia se lactarent, siquidem certum foret, depositarium talem, ut ut in re-

bus suis vigilantissimum, ad majorem curam rebus depositis impendendam non obstringi, ac quisque vulgariter diligens rebus suis impendit. VI. Argumentum similiter fatiscit. Non destruimus legem charitatis, quando depositarium obstringimus ad suum modum invigilare rebus depositis, cum ad eam vigilantiam ex lege justitiae teneatur, quin hoc ipso legi charitatis ex æquo deferimus, dum, ne quid noxæ sibi consiscat depositarii conscientia, ad suum modum rebus depositis intendere jubemus. Ad VII. respondeamus, nobis malè imponi, quod à regulis bonæ Dialecticæ deflectamus. Non enim à propositione particulari ad universalem, sed à contrario ab universali, ad particularem inferimus, quando dicimus depositarium quemque ad suum modum curam debere adhibere rebus depositis: hæc enim est propositio *universalis*, unde bene inferimus; ergo etiam is, qui ad eum modum, quem hominum natura desiderat, hoc est, quo major diligentia reperiiri nequit, diligens est (hæc est propositio *particularis*) ad summam diligentiam in rebus depositis tenetur, utpote qui gradus diligentia modus proprius est, quo res suas curare solet. Satis jam de nobili hac Controversia.

Succedit alia priori subordinata ²³ quæstio, qualiter nempe res depositæ instantे periculo v. g. incendii, naufragii &c. curandæ sint? Respondeo I. si res meæ æque pretiosæ sint, aut etiam pretiosiores rebus depositis, & utrasque salvare non potui, extra culpam suam, si res meas servavi, relictis depositis, neque enim deponens in simili casu salva fronte postulare potest, ut

res meas pretio suppares suis posthabeam, cùm conditio rei depositæ talis non sit, ut secundum prudentum hominum existimationem meis præferenda videatur, & alias notum est, quod ordinata charitas, incipiat à se ipsa. Hæc Conclusio non tantum procedit in depositario vulgariter diligente, sed etiam diligentissimo: etenim iste hoc quoque casu ad suum modum curâsse res depositas dici debet, qui de contingentibus nihil omisit, quo eas salvare possit, unde interitus rei depositæ ei in culpam imputari nequit, sed id factio, & casui, quem præstare non tenetur, imputandum est.

Respondeo II. Si res meas viliores perire finam, ut salvem res depositas pretiosiores, officium boni viri, & amici præsto, habeo tamen insimul depositum mihi devinctum ad restituendum premium earum rerum, quas ejus causa perdidi, siquidem deponens ex infra dicendis depositario indemnitatam præstare, & si quas impensas in rei depositæ conservationem fecit, resarcire tenetur. Illud tamen mihi haud probatur, quod scribit Puffendorff de J. N. § G. lib. 5. cap. 4. §. 7. quod si nempe depositarius res suas viliores prætulerit rebus depositis pretiosioribus, amicitiae duntaxat, & humanitatis jura violet, à præstanda rei perdita præstatione cæteroquin immunis, eò, quod nec locupletior inde evaserit, nec intermissa nudæ amicitiae, & humanitatis officia ad refusionem detrimenti inde orti oblligent. Nam, si ignavum illumi hominem judicamus, qui de rebus suis oborto v. g. incendio viliores salvat, pretiosioribus Vulcano relictis, fidem contractus profecto non implet, qui ea-

dem segnitie uititur in rebus depositis, cum ex lege hujus contractus ad eam diligentiam teneatur, quam quisque communiter diligens Paterfamilias rebus suis adhibet.

Resp. III. Si depositarius in simili periculo res suas, quas plurimas habet, salvet omnes, solis depositis relictis, bona id sive fecisse non præsumitur; quapropter ad refusionem damni, quod passus est deponens, tenebitur, nisi præsumptionem, cùm non sit juris, & de jure, contrariis probationibus eliserit, id quod innuere voluisse videtur Pontifex in cap. 2. b. t. dum dixit, bona fides abesse præsumitur, si rebus tuis salvis existentibus, depositas amissisti. Vid. Panormit. ibidem n. 2. § 8.

Minus principaliter ex contractu depositi deponens obligatur ad indemnitatam præstandam depositario, & ad damna, si quæ ejus dolo, aut culpa quacunque passus est, nec non ad impensas in conservationem rei depositæ à se factas, refundendas l. 5. princ. ff. b. t.

Effectus depositi remotus est actio,²⁴ quæ duplex, directa, & contraria, utraque est civilis, & rei persecutoria, si in simulum agitur, quia ex contractu descendit, & rem, quæ vel deponenti, vel depositario abest, persecutur §. 17. J. de act. est nonnunquam etiam mixta, partim rei persecutoria, partim pœnalis, quando scilicet depositarius depositum aut inficiatur §. 26. J. de act. l. 1. §. 1. § 2. ff. b. t. aut in casu necessitatis v. g. incendii rem depositam dolo malo intervertit, & consequenter hæc actio ex accidenti, ob dolum nempe, & perfidiam depositarii evadit mixta. Dixi, hanc actionem esse civilem, non Prætoriam, quidquid Prætor in l. 1. ff.

f. b. t. pollicetur. Duplici enim modo Prætor actiones dare solet: aut enim civiles litigibus applicat, aut sua jurisdictione actionem introducit, uti constat ex §. 3. *J. de act.* Nec obstat *l. 1. §. 2. ¶ 4. ff. b. t.* ubi videtur Prætor in variis depositi causis varium quoque jus, & actiones vel in simplum, vel duplum introduxisse. Resp. Prætorem edicto suo aliquas duntaxat circumstantias addidisse, nihil vero pri-mariò introduxisse.

25 *Actio directa* datur deponenti, & ejus hæredibus, cùm rei persecutoria sit *§. 1. ¶ 2. J. de perpet.* *¶ temp. act.* adversus depositarium, & ejus hæredes ad rem depositam cum omnibus accessionibus, & usuris à tempore moræ recuperandam. Quòd si plures hæredes sint, & res deposita *individua*, hoc est, certæ species depositæ v. g. libri, uni hæredi agenti, præstata cautione idonea de satisfaciendo reliquis cohæredibus, restituetur, aut in ædem sacram deponetur & depositarius omni actione liberabitur. *l. 1. §. 36. ff. b. tit.* si verò res *dividua* sit, ut si res sit fungibilis, cuilibet pro portione hæreditaria restituenda erit. *cit. l. 1. §. 19.*

Quæres: si unus ex hæredibus partem suam à depositario accepit, residua verò reliquis competens sine culpa depositarii periit, cuius erit damnum? Resp. non illius, qui partem suam consecutus est, sed reliquorum per *l. fin. C. b. t.* Ratio est, quòd hæres eo ipso, quod partem suam accepit, à communione recessit, & pars accepta in suum dominium transivit, residua verò aliorum fuit, consequenter ipsis tanquam dominis perire. Quæ decisio non procedit inter socios *l. 63. §. 5. ff. pro socio*,

Ratio est, quod sociorum communio spontaneo eorum consensu initur, quo intendunt, damna, & lucra æqualiter partiri: econtrà hæredes absque suo consensu in communionem incident.

Actio contraria datur depositario, *26* & ejus hæredibus contra deponentem, & ejus hæredes, ut ratione sumptuum in conservationem rei depositæ factorum indemnisi servetur, ne ipsi officium suum damnosum sit. *l. 5. §. 23. ff. b. t.* item ad reparandum damnum dolo, vel quavis culpa deponentis acceptum *l. 61. §. 5. ff. de furtis.* Hæc actio non infamat, cum non agatur de fide rupta. *l. 5. ff. b. t.* bene vero altera, sive *directa*, ex qua, si depositarius condemnetur ob *dolum*, infamia juris notatur. *l. 1. l. 6. §. 6. ff. qui notantur infam.* *l. 10. C. b. t.* An etiam ob culpam *latam*? Affirmo, quia etiam magna negligentia in crimen doli cadere, & fraude non carere dicitur in *l. 1. §. 5. ff. de O. ¶ A. ¶ l. 32. ff. b. t.* moribus tamen nostris (scribit Schilterus *Exercit. 28. §. 50.*) depositarius judicio depositi condemnatus haud aliter sit infamis, nisi *expressè* tenor sententiæ hanc poenam contineat.

An etiam contra depositarii hære- *27* des, in casu, quo is ex dolo convenitur, actio hæc detur, quæri potest? Respondeo affirmativè. Ratio est, quod actio depositi in *contractu* non in *dolo* fundetur. *l. 7. §. 1. ff. b. t.* iis tamen casibus, ubi juxta dicta hæc actio contra depositarium in duplum datur, contra hæredes tantum in simplum dabitur, eum non simpliciter ex *contractu*, sed partim ex *delicto* detur. *l. 18. ff. b. tit.* nisi & ipsi hæredes mentiti sint. Si singuli hæredes dolum commiserint, singuli etiam ratione doli in solidum

con-

convenientur, et si alias solum pro parte l. 9. ff. b.t. si omnes quidem dolum commiserint, quisque tamen pro parte tantum partialitate effectus, v.g. si ex 1000. depositis quisque 100. accepit, singuli pro parte convenientur, si vero singuli tanquam causa partialis in damnum rei indivisibilis influxerint, v.g. lancem conflaverint, aut conflari possi sint, in solidum, si res extet, secus si perire, adeo que aestimatio praestanda. Tunc nonnisi pro parte hereditaria conveniri poterunt, si tamen quisque solvendo sit: alias, qui solvendo est solus, in solidum tenebitur l. 22. ff. b.t. aut, si solus habeat rei restituenda facultatem. l. 3. §. 3. ff. *Comm.*

28 Quid autem de herede bona fide rem depositam alienante? Resp. eundem teneri postea re cognita premium restituere, aut, si illud nondum consecutus esset, actiones deponenti contra emptorem cedere. l. 1. §. fin. l. 3. ff. b.t. tametsi putativus tantum heres foret. l. 4. ff. *cod.*

Illa quæstio hic prætermittenda non est, qua queritur: an depositarius exceptione compensationis uti possit, si forte deponens ex alia causa ipsi quidquam debeat? Resp. non posse. §. 30. *J. de act. l. ult. C. de compensat.* adeo quidem, ut, nec deductio doli, vel non numeratae pecuniae, aut alia quævis exceptio rem reposcenti objici possit. l. 11. *C. deposit.* l. 14. §. 1. *C. de N. N. P.* idque propter exuberantiam bonæ fidei. *cit. l. 11. §. cap. 2. b. t.*

29 Quid autem, si deponens propter impenias in rem depositam factas depositario debitor factus sit, num is compensatione impropriè tali, hoc est, retentione, dum ei satisfactum fuerit, uti

poterit? Affirmant præter alios complures Salisburgenses nostri DD. omnes, moti tum l. 18. §. 4. ff. *commod.* ubi Catus hanc generalem ponit regulam: *quod contrario iudicio consequi quisque potest, id etiam recto iudicio, quo cum eo agitur, potest salvum habere jure pensationis.* Accedit, quod hæc sententia summam æquitatem habeat, eo quod durum foret, depositarium pro præstato beneficio ad prolixum *reconventionis* processum ablegare, & ideo teste Schiltero *cit. exercit. 28. §. 60.* jure Germanico idipsum receptum fuit. Quod si tamen textui *cit. l. 11. C. b. t.* strictè inhaerendum sit, timeo vehementer, ut hæc sententia sustineri possit; hoc quippe argumento, quod ex Treutlero *lib. 1. disp. 26. th. 5. lit. C.* & Hunnio *ibid. in resol. q. 7.* adducit Haunoldus, impugnari potest: si tali depositario competeteret jus retinendi, tunc hanc retentionem defendere deberet *exceptione doli*, & contra deponentem excipere, quasi dolo repeatat depositum, si nolit solvere expensas; sed *exceptio doli* expressè rejicitur in *d. l. 11. C. b. t.* ergo. Nec facit quidquam *cit. l. 18. §. 5. ff. Comm.* ab illa quippe regula depositum exceptum esse, patet ex §. 30. *l. de act. ibi: SOLA depositi actione excepta.*

Hac sententia posteriore recepta, tanto firmius concludendum erit, quod nec tunc retentioni locus sit, quando duo à se reciprocum depositum habent. v.g. Petrus à Paulo, & is vicissim ab illo; tunc enim, si Petrus prior depositum repeatat, Paulus restitutionem recusare, & depositi sui compensationem prætendere nequit. per *cit. l. 11. C. b. t.* Quocirca ad hunc calum male applicant illam juris gnomam, quod pri-
le-

legiatus contra privilegiatum non utatur suo privilegio. Malè, inquam, applicant; quia hæc gnoma procedit quo ad illos, qui in una eadēmque re æquale privilegium habent; jam autem in nostra hypothesi Petrus in deposito Pauli non est æquè privilegiatus, ac ipse Paulus, & vice versa, sed quisque in suo tantum deposito.

Illud fortè admitti posset, compensationem sive propriam, sive impro priam tunc non impediri, quando inter contrahentes expressè conventum fuit, ut depositum propter reciprocum debitum, aut aliam causam compensari, aut retineri possit: quia Imperator in *sæpe cit. l. 11.* causam prohibitæ compensationis etiam hanc assignat, quod *non sub hoc modo depositum acceperit*: ergo à contrario, si sub hoc modo acceperit, retentioni, aut compensationi locus erit.

30 Sed quid eo casu dicendum, quo depositarius rem depositam habet jure pignoris, num liceat ei uti retentione? Est enim de natura pignoris, ut non solum possit retineri pro illo debito, pro quo datum est, sed etiam pro alio quo-cunque, absque pignore contracto. *l. un. C. etiam ob chirograph.* Respondeo sub distinctione: vel enim pignus constitutum est ante depositum, vel post? si ante, non poterit illud depositarius

retinere; eo ipso enim, quod rem op pignoratam ex postfacto in depositum acceperit, custodiā pro natura contractus promisit censetur; si post, tunc deponens à priori contractu depositi per subseqüentem oppignoratio nem recessisse, & potius in pignus consensisse præsumitur, ut scilicet res deposita juxta naturam pignoris retineri possit, ob jus reale quæsumum, donec luatur, & hoc quidem, si res in specie fuerit oppignorata; secūs, si in genere, quia tradi non solet.

Cum actione depositi *directa* concurrunt etiam actiones *de recepto* adversus nautas, caupones, stabularios *l. 3. §. 1. ff. Naut. caupon.* Actione *furti*, si depositarius sciens invito domino rem depositam contrectet, vel eadem utatur. *l. 29. ff. b. tit. l. 3. C. eod.* Condictio furtiva *l. 13. §. 1. ff. b. t.* Actione ad exhibendum *l. 1. C. b. t.* Rei vindicatio *cit. l. 1. §. l. 1. §. 32. ff. eod.*

Ex sequestro oritur actione *depositi sequestraria* directa, & contraria. *l. 5. §. 1. ff. b. tit.* illa datur sequestrantibus contra sequestrum, ejusque hæredem de re sequestraria, cum Judex jussit, continuo restituenda. *l. 1. §. 24. l. 6. §. 33. ff. b. t. l. 11. C. eod.* Contraria datur sequestro adversus sequestrantes ad indemnitudinem sibi præstandam. *l. 5. princ. l. 23. ff. b. t.*

T I T U L U S XVII.

De Emptione, & Venditione.

Post Contractus *reales*, qui unius tantum, vel *dantis*, vel *accipientis* gratia ineuntur, præcedentibus Titulis expositos,

(K)

in

in considerationem veniunt contractus illi, qui utriusque gratia celebrantur, & solo contrahentium *consensu*, etiam inter absentes, expediuntur. Hos inter tum ob sui frequentiam, tum ob necessitates hominum, quibus medetur, tum ob quotidianum commerciorum usum eminet *Emptio Venditio*, qua quidem appellatione olim generaliter omnis contractus dominii translativus, continebatur, & ita in *LL. 12. Tabul.* hoc nomen usurpatum fuisse, notat Pomponius in *l. 29. §. 1. ff. de stat. libert.* Rationem hujus extensionis bonam reddit Gregor. Tholossan. *Syntagma. jur. lib. 25. cap. 1. num. 2.* tum, quod firmissimus dominii transferendi modus sit *Emptio Venditio* juxta illud Martialis *lib. 2. Epigramm. epigr. 20.*

*Carmina Paulus emit, recitat sua Carmina Paulus.
Nam quod emas, possis dicere jure tuum.*

Tum quod veteribus in usu esset, ut dominium alio titulo haud transferrent, quam cui venditio esset adjuncta, ut constat ex *§. 1. J. de testam.* & testatur Plinius *lib. 33. Histor. natur. cap. 3.* Nos *Emptionem Venditionem* magis specifice, prout ab aliis *Contractibus* se distinguit, impræsentiarum delineabimus.

§. I.

Quid, & quotuplex sit Emptio Venditio.

S U M M A R I A.

1. *Contractus emptionis venditionis definitur.*
2. *Singulae datae definitionis particule explicantur.*
3. 4. 5. *Emptio venditio varie dividitur.*
6. *Quandonam venditio ad corpus, vel ad quantitatem fieri dicatur?* huic questioni quedam notamina præmittuntur.
7. *Subjuncta nostra resolutione.*

Emptud venditio communiter de-
scribi solet, quod sit *Contractus bo-
nae fidei, juris gentium, consensua-
lis, de re pro certo pretio tradenda.* Quo-
clarius datae definitionis conceptus pa-
tescat, singularum particularum analy-
sin subjungere placet.

Dicitur I. *Contractus bona fidei, noa* ²
quatenus *bona fides* opponitur *male fidei*,
cum in omni contractu *bona fides* in hac
acceptione adesse debeat. *l. 4. C. de O. &
A.* sed quatenus opponitur *contractibus*
stricti juris, ut *mutuo, stipulationi &c.* in
quibus de Jure Communi plus non erat
præ-

præstandum, quam de quo expressè inter contrahentes conventum fuit. l. 7. ff. de negot. gest. secùs in emptione venditione per l. 6. §. 1. ff. de contrah. empt.

Dicitur II. *Juris gentium* quia contractus hic, cum communibus necessitatibus oppido mederetur, ut constat ex l. 1. princ. ff. b. t. in usum gentium venit, & communi applausu receptus fuit.

Dicitur III. *Consensualis*, quo notatur hujus contractus differentia a contractibus *realibus*, qui ad sui substantiam actualem rei traditionem exigunt, qua sine non contractus, sed nudi participationem habent; hic verò contractus nec traditione, nec scriptura, nec verborum solennitate opus habet. d. l. 1. in fin. §. l. 9. princ. ff. cit. tit. sed solo consensu, non quidem merè interno, sed verbis, vel signis sufficienter explicato perficitur, ita, ut præfrito utriusque consensu de merce, & pretio, mox actio ex empto, & vendito oriatur, & periculum rei venditæ in emptorem transcat. Debet autem iste consensus, si inter præsentes contrahatur, etiam esse prælens, & simultaneus: inter absentes per nuncium, vel per litteras, quæ jungunt consensum, contrahi potest. d. l. 1. & Gloss. in l. consensu ff. de O. §. A.

Dicitur IV. *De re pro certo pretio tradenda*, quibus verbis indicatur objectum Emptionis Venditionis, quod est *merx*, & *pretium*. Neque enim sine merce, aut pretio contractus hic subsistere potest. §. 1. J. §. l. 2. §. 1. ff. b. t. l. 25. §. 1. l. 8. ff. eod. l. 21. §. 2. §. l. 30. §. ult. ff. de act. empt. intelligitur autem per *mercem* non solum res mobilis, prout hunc sensum in rigore juris referre videtur per l. 66. ff. de V. S. sed

omnis res pretio æstimabilis; unde etiam *spes*, & *eventus rei*, ut *jactus reis*, *captus avium* &c. item *partus*, & *fructus futuri* rectè emuntur d. l. 8. ff. b. tit. debet insuper res tradi, eo effectu, ut vel *dominium*, vel *usus* *accedendi* *conditio* in emptorem transferatur; aliquando tamen sine *traditione* rei dominium transfertur, quando scilicet *fiducia* *juris* sine actuali possessionis apprehensione res tradita censetur juxta §. 44. §. 45. J. d. R. D. *Pretium* debet esse *pecuniarium* ad distinctionem *permutationis*, in qua res, seu corpus pro re datur. l. 1. ff. de *rer. permut.* interim nihil officit, si expostfacto loco pretii pecuniarii res, v. g. *frumentum*, venditori volenti tradatur, modo ab initio de pretio pecuniario conventum fuerit, quia initium contractus potius spectandum, quam exitus, & ipsa solutio pecunia non est de *essentia*, sed solum *consensus*, & *conventio* de pretio requiritur. l. 9. C. de *rescind.* *vend.* *Pretium* debet insuper esse *certum*, vel certitudine *absoluta*, vel *respectiva*. l. 7. §. 1. ff. b. t. ut, si dicam: *emo* eo *pretio*, quo *venditur* in *foro* *tali die*, vel *quod habeo* in *arca* &c. si in arbitrium tertii taxatio pretii remittatur, *emptio* aliter non subsistit, nisi is re ipsa mercis *pretium* taxaverit. §. 1. l. b. t. l. fin. C. *ead.* in arbitrium *ementis* vel *vendentis* vel ideò remitti nequit, quia neuter necessitate adstringitur, & possent omnino non, vel *summo* tantum æstimare rem, quod est contra naturam hujus contractus. l. 35. §. 1. ff. d. t. l. 13. C. *ead.* Pro complemento traditæ definitionis illud insuper notandum venit, quod, quamquam veteres *appellatione* *emptionis*, *venditionis* promiscuè usi fuerint,

rint, ita, ut solo vocabulo *emptionis*, vel viceversa nomine *venditionis* exprimi, & intelligi voluerint totum contractum, ut constat ex l. 19. ff. de *Act. Empt.* recipit tamē aliud est *vendere*, aliud *emere*; dum, quatenus merx pro pretio datur, *venditio*, quatenus verò pretium pro merce datur, *emptio* indigitatur. l. 1. §. 1. l. 8. princ. ff. b. t. l. 1. princ. ff. de *rer. perm. mut.* Et ideo etiam alia actio emptori, alia venditori datur. §. 1. *Inst. b. t. tt. ff. de A. E. V.* Donell. lib. 13. cap. 1.

3 Dividitur I. *Emptio Venditio in publicam, & privatam*, illa fit auctoritate publica, quando scilicet bona debitoris, qui fisco debet, & solvendo non est, sub hasta solenniter, & publicè veneunt. *tt. C. de fid. instrum. & jur. bast. & c. Vid. Perez ibidem. Privata* privata auctoritate celebratur.

4 Dividitur II. In *scriptam, & non scriptam*. Illa ad sui perfectionem scripturam desiderat, non quidem ex natura ipsius contractus, utpote, qui solo consensu perficitur, ut in definitio ne jam *expositum* est, sed expressa partium conventione, dum scilicet consensum suum ita præcisè alligant *scripturæ*, ut aliter eundem valere nolint, nisi desuper instrumentum *emptionis* *venditionis* vel ab ipsis *contrahentibus* fuerit *scriptum*, aut ab alio quidem, a *contrahentibus* tamen *subscriptum*. *princ. Inst. b. t. l. 17. C. de fid. instrum.* in dubio tamen, quando certo non constat, quod partes consensum suum ad *scripturam*, tanquam ad *conditionem* al ligare voluerint, præsumendum est, quod *scripturam* tantum probationis, & majoris securitatis gratiâ adhibuerint. *arg. l. 4. ff. de pign. l. 4. ff. de fidei juff.* in dubio enim præsumimus, quod

naturæ contractus magis consentaneum est. Haunold. *tract. 10. c. 1. controv. 4. num. 15.* Non scripta est, quæ regularem hujus contractus naturam sequitur, solóque consensu perficitur.

Dividitur III. In eam, quæ fit ad *corpus*, & quæ fit ad *quantitatem*. Ad *corpus* *venditio* fieri dicitur, quando plures res, sive *homogeneæ*, sive *heterogeneæ*, sive *quantitatis*, aut *mensuræ* conditione quasi unum *corpus* cumulatim, & acervatim pro uno pretio venduntur, ut, si dicam: *vendo tibi omnia mobilia mea pro mille imperialibus*, hæc *venditio* etiam *per aversionem* fieri dicitur, germanicè *überhaubt*, *über den Pausch.* l. 4. §. 1. § 2. ff. de *peric. & commod. rei vend.* l. 35. §. 5. § 6. ff. de *contrab. empt.* Covarruv. *PP. QQ. c. 3.* Ad *quantitatem*, seu *mensuram* dicitur fieri *venditio*, quando plura individua, species, aut genera habito respectu ad *quantitatem*, *numerum*, *pondus*, aut *mensuram* venduntur. l. 35. §. 5. ff. de *contrab. empt.* Inter utramque *venditionem* id discriminis est, quod *priorpura*, hæc verò *conditionata* fit, donec nempe res emptori *adnumerata*, *ponderrata*, aut *mensurata* fuerit l. 8. ff. de *peric. & commod. rei vend.* & ideo *periculum rei venditæ* in hac posteriore *venditione* in *emptorem* transit, sicut in *emptione* ad *corpus* §. 3. *Inst. b. t.*

Quoniam verò plura individua sæpe constituto unico pretio venduntur, adjecta etiam *quantitate*, hinc dubium oriri potest, an similis *venditio* facta sit duntaxat ad *corpus*, vel ad *quantitatem*? Pro *resolutione* hujus dubii prænotandum est, quod *quantitas* *triplici modo* adjici possit. I. *Demonstrativè*, dum *principaliter* habetur *respectus* ad

ad ipsam rem venditam, & pretium constitutum, incidenter vero, & majoris explicationis gratia etiam quantitatis fit mentio, ut, si dicam: *vendo tibi agrum meum Tusculanum, in quo sunt 10. jugera, pro centum florenis, quo casu* sive major, sive minor quantitas reperiatur, pretium propterea nec augetur, nec minuitur, sed id, quod plus, aut minus est, lucro, vel damno emptoris cedit. *arg. l. 40. §. 2. ff. b. t. l. 13. §. 14. l. 42. ff. de act. empt.* in dubio tamen non presumitur nudæ demonstrationis gratiâ quantitas fuisse adjecta, sed allegans id probare debet, quod tamen ei haud difficile erit, si venditio per averionem facta est. *Wann ein Sach nicht mit Zahl, Pfund, Ellen, oder Morgen ist verkauft worden. Aut, si quantitas incerta adjecta est, ohngefehr bey zehn Morgen Felds.*

II. Potest adjici quantitas taxativè, eo effectu, ut, si major aut minor quantitas, quam expressa fuit, postea reperiatur, pretium augeri, aut minui debet. *l. 13. §. 14. ff. de act. empt. l. 2. princ. l. 4. §. 1. ff. de peric. & commod. rei vend.* Molin. tract. 2. disp. 367. n. 9. in dubio semper taxationis gratiâ quantitatis fieri mentionem presumitur. Brunnem. ad l. ult. *ff. de peric. & commod. n. 35.*

III. Adjici potest venditioni quantitas restrictivè, quod tum fieri censetur, si in singulas quantitatis partes singula pretia constituuntur, v.g. si dicam: *Vendo tibi omnia mea vina, singula dolia pro 20. florenis.* His prænominis

Dico, in dubio tunc censeri rem *ad 7* corpus esse venditam, quando primum corporis, constituto insuper uno pretio, facta est mentio, licet postea quantitas, aut mensura addita fuerit; econtrâ si primum quantitatis facta est mentio, & insuper in singulas partes individuale pretium est constitutum, venditio ad quantitatem facta esse intelligitur. Rationem hujus diversitatis reddit D.D. Fleck in *Biblioth. jur. lib. 3. tit. 26. n. 48.* quod, ubi duo coniuncta sunt in dispositione, illud magis in mente contrahentium consideratum fuisse præsumitur, quod primum in elocutione venit, per *l. 34. ff. de usur. & arg. l. 24. §. 17. ff. de fideicommiss. libert.* hæc tamen præsumptio juris, & de jure non est, & ideo, si ex circumstantiis appareat de contraria mente contrahentium, eidem standum erit: non enim ordo loquendi, aut scribendi voluntatem contrahentium immutare potest. *l. 77. §. 12. ff. de Legat. 2.*

§. II.

De Venditore, & Emptore.

S U M M A R I A.

8. Enumerantur, qui emere vendere simpliciter, vel secundum quid prohibentur. 9. Invitus regulariter ad vendendum nemo cogi potest, quæ regula suas tamen patitur exceptiones, quarum quatuor recensentur. 10. De jure Stapulæ, & Emporii etiam hic mentio ingeritur. 11. Persona & communitates Ecclesiasticae à Magistratu Civili (nisi inevitabilis urgeat necessitas & periculum sit in mora) ad venden-

dendum compelli non possunt. 12. Alienis nummis rem emens, non acquirit dominium illi, cuius nummis res empta est, sed sibi. 13. Id quod fallit in milite, pupillo, Minorenne, Ecclesia, dote.

Etere vendere possunt omnes illi, qui libere contrahere, & contrahendo se obligare possunt, nec speciali jure ab hoc contractu excluduntur. Inter exclusos numerantur I. *Clerici, & Religiosi*, non quidem absolutè, simpliciter, sed sub certo respectu, in quantum nempe ipsis interdicitur negotiatio quæstuosa, solius lucri gratiâ instituta, ad instar mercatorum, qui rem emptam, & in se nihil immutatam, rursus vendunt, sed pretio cariori. Textus sunt in cap. 9. & passim dist. 8. cap. penult. & ult. de vita, & honest. Cleric. cap. 1. & 6. Ne Clerici vel Monachi res tamen sibi necessarias, aut utiles emere non vetantur; sicut nec res superfluas distrahere. Casus plures, in quibus negotiatio alias Clericis vetita, permittitur, enumerat P. Wadingus de *contract. Disput. 7. dub. 13. num. 4.* ubi simul num. 6. recenset, quæ in specie *Clericis Soc. Jesu* negotiatio ex decreto Congregationis II. & VII. generalis interdicta sit. Ejus quoque mentionem facit Haunold. *Tract. 10. cap. 1. n. 284.* II. Prohibentur emere vendere *Nobiles*, & Natalium luce conspicui per l. 3. *C. de Comerc. & mercat.* quod tamen duntaxat ad negotiations, & mercimonia privata restrin- gendū est, qualia plebejos magis, quam nobiles exercere decet. Mercimonia majora, quæ amplos sumptus exposcent, Regibus, & Principibus exercere pro- brosum non est, uti patet in Regibus Lusitanis, qui mercaturam amplissimam & quæstuosissimam, instituta naviga-

tione in Indiam, cum magno Reipublicæ emolumento jam à ducentis annis, & ultra exercent, quod ipsum ab Hispanis, Anglis, Batavis, Belgis, Venetis &c. practicari scimus. III. Interdicitur emptio venditio *Præsidibus*, & *Magistratis* in illa Provincia, quam administrant. l. 62. *princ. ff. b. t.* & hoc ob metum concussionis, quia timendum foret, nè subditi metu concussi, res, quas alias nolent, vendere, aut certè pretio multò viliori dare deberent. Quam prohi- bitionem non afficere hodiernos Magistratus cum aliis judicat Clarissimus P. Böckhn ad *b. t. num. 9.* quia hodie Magistratus sunt *perpetui*, qui olim erant temporarii, unde nimis dura reddetur eorum conditio, si nihil emere, aut vendere possent, subditis tamen satis est cautum, quod difficilis ipsis ad Principem recursus non sit, si Magistratus sua potestate abutantur. An, & quomodo Medicus ab ægroto, Advocatus à Cliente quidquam emere possit, dilucide exponit prælaudatus Clariss. P. Böckh ad *b. t. n. 12.*

Quæres I. An, quis invitus ad emendum vendendum cogi possit? Re- spondeo in regula negativer, textus in l. 11. 13. & seq. *C. de contrah. empt. l. 2. C. ut nemini liceat in empt. specier.* Ratio est, quod iste contractus mutuo, & li- bero partium consensu ineat, & qui- libet rerum suarum moderator sit, & ar- biter. l. 21. *C. mand.* sunt tamen casus quidam excepti, ubi quis ob justam causam, & utilitatem publicam res suas vendere, aut alienas emere compelli po- test.

test. Sic I. dum metuitur, ne caritas annonæ provinciam flagellet, possunt subditi, à magistratu cogi ad victualia, quæ ipsis superfluunt, vendenda, tametsi alias venalia non habeant, id quod maximè locum invenit in *Dardanariis*, vulgo *Born* *Juden*, & qui habent granaria copioſo frumento instructa. *L. 2. C. ut nemin. liceat in empt. specier. l. 1. §. 11. ff. de Offic. Pref. Urb. L. 1. C. de Episc. aud.* ex quo ultimo textu patet, quod ad vitandam annonæ caritatem Magistratus cavere possit, ne quis ultra propriam indigentiam plus annonæ coemmat, & eam dein quæſtus, & lucri causa carius vendat. *Bocerus Cl. 2. D. 3. th. 32.* Ex eadem causa sub poena publicationis bonorum, & exilii prohibita sunt *monopolia* per *L. un. C. de Monopol.* quod etiam per varios Recessus Imperii confirmatum est, uti patet ex *R. I. de Anno 1512. Titulo von den Göttschästerern. §. 15. & Anno 1524. §. 28.* item *de Anno 1548. Tit. die Monopolia. V. Menoch. de arbit. Jud. Quæſt. Cas. 569. per tot.* Ad hanc quoque exceptionem pertinet, quod Magistratus propter publicam utilitatem in frumento, vino, carne, & cæteris victualibus certum & justum pretium constituere possint, & debeant, uti probant textus suprà allegati, & testantur *Schneidew. ad §. fin. J. b. t. num. 8.* *Harpprecht ad §. 11. J. de Publ. jud. num. 22. 8 seq.* II. Ex causa utilitatis publicæ possunt privati compelli ad vendenda prædia sua. Ut, si domus annonaria in usum civitatis extienda, aut foralitium erigendum, aut mœnia urbis amplius proferenda sint. *arg. l. 15. §. 2. ff. de R. V. l. 11. princ. ff. de Evist.* hoc quippe jure adversus seipſos utunetur etiam ipsis Principes,

quod communiter omnibus prodefit (ait Justinianus in *l. un. §. 14. C. de caduc. toll.*) hoc private nostræ utilitati præferendum esse censemus. Ex qua causa nonnunquam etiam quis adigi potest, ut pro ædificanda Ecclesia, Monasterio, aut alio loco pio fundum, aut prædium suum distrahat. *arg. l. 12. princ. §. l. 43. in fin. ff. de Relig. §. sumpt. fun.* *Gail. lib. 2. observ. 56.* *Mynsinger lib. 5. observ. 27.* *Molina træt. 10. disput. 341. num. 2.* III. Ad evitandam communio- nem, quæ discordias non raro parere solet, si quis partem suam fundi communis vendidit, isque ante traditionem communii dividendo judicium accipere coactus fuit, in quo ipsi totus fundus adjudicatus est, cogi ab emptore potest, ut totum fundum sibi vendat; & econtra venditor vicissim emptorem adigere potest, ut totum fundum accipiat, & solvat id, in quod ob eam rem alteri condemnatus est. *l. 13. §. 17. ff. de act. empt. l. 7. §. fin. ff. commun. divid.* IV. Potest etiam alicui venditio pœnæ nomine injungi; sic si olim dominus in servum plus aequo sæviebat, jubebatur eundem aquis conditionibus vendere. *§. 2. J. de his, qui sibi, vel alien. l. 2. ff. eod.* Unde *Mynsingerus lib. 5. observ. 8.* & *Gail. lib. 1. observ. 17. num. 2.* inferunt, quod hæc constitutio hodie dum obtineat, ut, si dominus in subditos suos nimium sæviat, à superiore cogi possit, ut jurisdictionem suam vendat, ac consequenter subditos suos à sua jurisdictione eximat.

His exceptionibus etiam accense- 10 tur *jus Stapulae*, die *Stapel*, oder *Staffel Recht*, freye *Niderlag*, vi cuius merces in illum locum, qui hoc jure gaudet, delatae, in commodum in-

incolarum ad tempus venum exponi debent: item *jus Emporii*, quod in eo consistit, ut extranei merces suas in illum locum, cui *jus emporii* competit, transferre quidem possint, nulli tamen alteri, quam mercatoribus, aut civibus ibidem existentibus vendere teneantur. Stryck. in *U. M. ad Tit. de contrah. empt.* §. 5. Plures alios casus exceptos enumerant *Mantica de Tacit.* § *ambig. convent. lib. 3. tit. 4.* & *Socinus regul. 530.* circa quos omnes hoc notandum est, quod non aliter invitus vendere teneatur, quam ea lege, ut justum eidem pretium solvatur. *l. 12. ff. de Relig.* § *sumpt. Gail. lib. 2. observ. 56.*

11. Quid verò de personis, aut communitatibus Ecclesiasticis dicendum, an etiam illæ ex recensitis causis ad vendendum emendum compelli possint? & à quo superiore? Resp. cùm personæ Ecclesiasticae sint membra Reipublicæ, ac ejusdem legibus vi *directiva indirectè* teneantur, inde est, quod pro calu necessitatis, aut exigente utilitate publica ad vendendum cogi possint, non tamen à Magistratu politico, cuius jurisdictioni non subfunt, sed ab Ecclesiastico. Quodsi tamen periculum in mora foret, nec superior Ecclesiasticus commode adiri posset, eo casu Magistratus

epikia uti, & servata discretionis lege, Personas Ecclesiasticas ad vendendum, vel emendum compellere posset; id enim tum necessitas boni publici, tum præsumpta S. Pontificis voluntas efflagitare videtur. Et ita docent ex nostris Salisburgensibus Magn. P. Schmier lib. 3. tract. 3. cap. 2. n. 36. Clariss. PP. Benedictus Pettischacher de *contract. in particul. quæst. 4. num. 705.* Ranbeck in *panopli. immunit. Eccles. disput. 2. cap. 7. num. 5.* Placidus Böckhn in *Comment. bic num. 16.*

Illud non extra rhombum hic quæ-¹² sieris, an, qui aliena pecunia rent emit, ejus subsecuta traditione, dominium sibi acquirat, num illi, cuius pecunia comparata fuit? Resp. regulariter acquiri ementi per *l. 6. C. de R. V. l. 9. C. de donat. inter vir. l. 4. C. commun. utri. jud. l. 21. C. de probat.* Hæc regula ¹³ patitur exceptionem in *militi*, cuius nummis si res quæpam ematur, poterit ab eodem utili rei vindicatione vindicari. *l. 8. C. de R. V.* II. in re pecunia *dotali*, aut *pupillorum*, *Minorum* empta, per *l. 54. ff. de Jur. dot. l. 2. C. quædè ex facto tutor. l. 52. V. planè ff. de pecul.* Idem obtainere in Ecclesia, si ejus nummis quidquam comparatum est, in *Dissert. præambul. §. 1. num. 8.* ostendimus.

§. III.

Qualiter merx constitutat objectum Emptionis Venditionis?

S U M M A R I A.

14. *Res omnes, que sunt in commercio humano, vendi possunt.* 15. *Prohibetur tamen homo liber, exceptis duobus casibus, qui specificè exponuntur.* 16. *Pater in gravi necessitate liberos non tantum recens natos, sed adultos quoque vendere possit.* 17. *Solvitur objectio.* 18. *Aliæ res vendi prohibita enumerantur.* 19. *Quomodo res aliena vendi possit, ostenditur.* 20. *Et quid, si emptor sciens rem alie-*

alienam in gratiam Domini emerit? 21. Quomodo spes in hunc contractum veniat? 22. Aliud dicendum, si quis res ut futuras emat. 23. Quomodo adiuntes & nomina vendi possint? 24. Quid lege Anastasiana circa emptiones non minum cautum sit? 25. Quomodo hereditas objectum venditionis constitutus? 26. Jus accrescendi transit in emptorem. 27. Solvuntur contraria. 28. Quomodo res, quam quis cum alio communem habet, vendi possit?

14 **O**biectum emptionis venditionis constitutus merx, & pretium, utrumque huic contractui ita essentiale, ut sine eo confidere, & valere nequeat. l. 8. princ. ff. de contrab. empt. l. 1. l. 7. ff. de H. vel A. V. l. 9. C. de contrab. empt. princ. Inst. b. t. Nos prius de merce, sive de rebus venditioni obnoxii, de quibus haec generalis est regula, quod omnes res vendi possint, quas quis habere, vel possidere, vel perseguiri potest. l. 34. §. 1. ff. de contrab. empt. hoc est, quae sunt in commercio humano l. 1. §. 1. ff. quae res pignori &c. vel utriusque, vel emptoris tantum arg. l. 34. ff. de V. O. Et ideo vendi possunt tam res universales, ut hereditas t. ff. & C. de H. vel A. V. quam singulares. l. 35. §. 5. & 6. ff. de contrab. empt. mobiles, & immobiles. princ. Inst. de inut. stipul. corporales, & incorporeales, ut servitutes personales, & reales l. 57. ff. de usufr. l. 80. §. 1. ff. de contrab. empt. item redditus annui Nov. 160. cap. 1. Vid. Gail. lib. 2. observ. 7. & seq. actiones t. t. ff. & C. de H. vel A. V. tam in rem, quam in personam l. ult. C. d. t. etiam quae ex delicto descendunt. arg. l. 14. princ. ff. de furt. l. 35. §. 4. ff. de contrab. empt. non tamen vendi possunt actiones criminales publicae. arg. l. 13. §. 1. ff. de Publ. jud. nec Populares. arg. l. 32. ff. ad Leg. Falcid. l. 7. §. 1. ff. de Popul. act. nisi quantum illae privatam nostram concordant utilitatem arg. l. 42. princ. ff. de Procurat. nec etiam actio injuriarum

arg. l. 7. §. 1. l. 28. ff. de injur. l. 31. ff. ad Leg. Falcid. tum quod haec actio ad meram vindictam tendat. l. 2. §. 4. ff. de collat. & capropter ad heredes injuriam passi non transeat, cum tamen ceterae actiones penales ipsis non denerentur. §. 1. Inst. de Perpet. & tempor. act. l. 10. §. 2. ff. si quis caut. in jud. tum quia juramentum, quod ab injuriam passo exigitur, ab alio praestari non possit.

Inter res vendi prohibitas primo 15 loco reponitur homo liber. l. 6. princ. l. 34. §. 2. l. 70. ff. de contrab. empt. qui nequidem in eum casum vendi potest, cum servus erit. cit. l. 34. §. 2. Ratio est, quod libertas res inestimabilis sit, quae nullo pretio adaequari valeat. l. 106. ff. de R. J. duos tamen casus exceptos reprias l. cum homo liber annis viginti major ad participandum pretium se vendundari passus est. §. 4. Inst. de jure Person. l. 21. ff. de stat. hom. venditio vallet, supposito tamen, quod ipse venditor conditionis suae gnarus esset, & pretii partem verè accepisset, emptor verò probabili ignorantia ductus ipsum pro servo habuisse. l. 2. ff. si liber. ingen. esse dicat. l. 1. ff. quibus ad libert. l. 7. §. 2. ff. de liber. caus. II. Patri gravi egestate oppresso ad sublevandam inopiam suam licet distrahere liberos sanguinolentos, hoc est, recens natos, per l. 2. C. de Patrib. qui filios &c. quamquam alii hunc terminum aliter interpretentur, ut vide-

(L)

re

re est apud Covarruv. *Var. resolut. lib. 3. cap. 14. num. 4.*

16 Unde mox consurgit quæstio: An Patri in gravi necessitate constituto liberos etiam adultos distrahere, sive vendere liceat? affirmare cum Covarruvia *cit. loc.* non dubito, quia eadem ratio, ob quam Constantinus Imperator in *cit. l. 2. C. de Patrib.* qui *filios suos distracti* concessit Patri facultatem vendendi liberos *sanguinolentos*, etiam in liberiis adultis obtinet, scilicet *extrema patris egestas*.

17 Nec dicas: *cit. l. 2.* expressè de *sanguinolentis*, & quidem taxativè loquitur, in illis verbis: *Venditione in hoc tantummodo casu valente.* Respondeo, quod ibidem Imperator de *sanguinolentis* loquatur, id factum fuisse, quod in facti contingentia de filio recens nato interrogatus fuerit. Quod verò illa verba *L.* tantum ad *sanguinolentos* sint restringenda, oppidò falleris: sensus quippe dictorum verborum est *iste*, quod in nullo alio casu liberos vendere patri fas sit, præterquam in casu *nimia paupertatis, egestatisque*.

18 Ulterius prohibentur vendi res *sacrae* *l. 6. princ. l. 22.* cum *2. seqq. ff. b. t. Religiose dd. II. § 2. § 9. C. de Religiose* quibus annumerantur *sacra Lipsana SS. Martyrum l. 3. C. de SS. Eccles. sanctæ* *§. 10. Inst. de R. D.* item res *Publicæ*, quæ ad usum populi habentur, *cit. l. 6. princ. § l. 22. ff. b. t.* res *Universitatis. §. ult. Inst. b. t. cit. l. C. princ. ff. eod. Venena malal. 35. §. 2. ff. b. t.* hoc est, quæ alterius rei mixtura, bona effici nequeunt. Similiter prohibentur arma, & instrumenta bellica Christiani nominis, & Imperii Romani hostibus vendi. *cap. 6. 12. § 17. de Judeis, § Saraceni, l. ult. C.*

quæ res ex part. non deb. adeo, ut, qui ejusmodi barbaris arma vendiderit, in Legem Julianam Majestatis incidat. *l. 1. ff. ad Leg. Jul. Majest.* receptum tamen hodie esse inter belligerantes, scribit Stryck. in *usu mod. ad tit. de contrab. empt. §. 7.* quod merces ad hostem transferri vetitas, quæ vulgò vocantur *contrebande Waaren*, speciali edicto determinent, quo illi, quibus non omne cum hoste commercium interdictum est, sciant, quid ad illos transferre possint, vel non. Denique etiam prohibentur vendi Christiana mancipia *Judeis*, aut hereticis. *l. 1. § 2. C. Ne Christian. mancip.* quia ab istorum commercio exempta sunt. Hodie, cùm servos propriè tales amplius non habeamus, hæc prohibitio quoque utilitatis nil habet. Id tamen etiamnum usum habet, ut ne possessiones, in quibus Ecclesiæ, vel Oratoria sunt constructa, *Judæis*, aut hereticis vendantur. *l. 10. Cod. de heret.* Harum ergo omnium rerum inutilis, & nulla est venditio, ita quidem, ut, si venditor sciens rei vitium, emptori ignorantis vendiderit, actio emptori datur in id, quod interest, ipsum deceptum non esse. *l. 57. §. 1. ff. b. t. §. ult. Inst. eod.* si nec sierit ipse venditor, emptor pretium, quod solvit, tanquam indebitum condicet. *l. 22. § seq. ff. b. t. l. 8. princ. ff. de peric. § commod. rei vend. & arg. l. 11. §. ult. ff. de att. empt. l. 33. ff. locat.*

Quæres I. An, & quomodo res aliena vendi possit? Respondeo, rem alienam esse quidem objectum venditionis, ut patet ex *l. 28. ff. de contrab. empt.* non tamen pro omni casu. Unde distinguere oportet, an uterque rem alienam esse sciverit, num verò venditor sciverit, emptor ignoraverit, aut vice

ver-

versa, vel denique uterque ignoraverit? Primo casu venditio est nulla *l. 34. §. 3. ff. de contrah. Empt. l. 70. ff. eod.* Ratio gemina assignatur, I. quod contra-hentes non censemantur habuisse animum transferenti rei venditæ dominium, id quod tamen de natura hujus contractus est, ut dominium emptor habeat *l. 80. §. ult. ff. b. t.* II. Quod bona fidei repugnet, eam alienationem approbare, qua uterque & emptor, & venditor in furti crimen incidit, si nimisrum talis res sit vendita, quæ furto obnoxia esse possit. Facit *huc l. 66. princ. ff. de Furt. l. 36. ff. de noxal. Att.* Unde hoc asser-tum in rebus duntaxat furtivis procedere existimo, non etiam in rebus illis, quas quidem & venditor, & emptor scit esse alienas, bona tamen fide uterque credit, dominum in talem venditionem consensurum esse, aut certe spem non vanam affulgere, fore, ut venditor rem hanc à domino comparet. Secundo casu, quo venditor scivit, rem esse alienam, non etiam emptor, contractus in præjudicium vendoris sustinetur, ita, ut obligetur emptori ignoranti damnum omne resarcire, & quantum ejus interest, rem non fuisse factam suam, præstare *cit. l. 34. §. 3. ff. b. t.* Aded quidem, ut si venditor pos-tea rei venditæ fiat dominus, venditio planè firmetur *l. 72. ff. de R. V. l. 14. C. eod.* Quodsi emptor solus scivit rem esse alienam, venditor eidem ad nihil obligatur, *cit. l. 34. §. 3.* non ad rem tradendam, neque etiam, si res tradita sit, ad præstandam evictionem, *l. 27. C. de Evit.* imò nec ad pretium solutum restituendum; quia solvens scienter indebitum, illud non repetit *l. 1. ff. de Con-dit. indebit. l. 53. ff. de R. J.* Interim

emptor, si pretium adhuc solutum non sit, ad illud solvendum cogi nequit, sed conventus rem alienam esse dicere, & sic non acceptare, aut, siquidem acceptavit, eandem reddere debet. Et hoc sensu exaudienda sunt illa verba in *cit. §. 3. l. 34.* *Nec tamen ex vendito (venditor) quidquam consequitur, nisi ul-tro, quod convenerit, præstet.* Tertio demum casu, ubi uterque ignoravit, rem esse alienam, contractus cum mu-tua utriusque obligatione, & actione subsistit, nam, ut ait Ulpianus in *l. 25. §. un. ff. b. t.* qui vendidit (intellige, bona fide) necesse non habet, fundum emptoris facere, sed sufficit, quod possessio-nem tradat vendor, & ad evictionem se obliget *l. 1. ff. de Rer. permul.*

Sed quid, si emptor sciens rem alie-nam emerit, contestans se eandem in gratiam Domini emere, eisque refuso pretio se restituturum, an inquam eo casu dominum, rem suam vindicare vo-lentem, exceptione negotiorum gesto-rum; dum pretium expositum refuderit, repellere possit? Respondeo, hanc ex-ceptionem emptori non esse denegan-dam, supposito tamen, quod res forte à fure vel prædone empta alia ratione commode domino conservari non po-tuit, aut periculum imminens fuit, ne res periret, aut denique facultas recu-perandi domino oppido difficilis facta fuit; hoc quippe casu utiliter domini negotia gessisse censetur, & non tam pretium emptionis venditionis, quam sumptuum, & impensarum nomine exceptione negotii gesti, id, quod sol-vit, emptor repetit. Ita Lessius de *J. & J. lib. 2. cap. 21. dubit. 18. Schilte-rus exercit. 16. §. 63.* qui insuper mon-ent, ad hoc, ut emptor hac exceptio-

ne uti possit, necesse esse, ut funda-
mentum suæ exceptionis prius probet,
videlicet emptionem hanc in domini
utilitatem cessisse, id quod probare po-
test ex communi aliorum opinione, qui
in his circumstantiis utiliter negotium
fuisse gestum existimant, quam tamen
probationem contraria probatione rur-
sus elidere potest dominus, si ostendat,
rem gestam speciatim sibi esse odiosam,
fortasse (ut exemplificat Lessius) si em-
ptor pro recuperanda re plus dedit,
quam valuerit, aut præsens periculum
æstimatum fuerit, tunc enim domini
negotium utiliter gessisse non censetur,
ac subinde illum excessum pretii, re-
fundere non tenetur, sed illius jacturam
emptor ferat oportet. Vid. l. 10. ff. de
negot. gest. Hanc exceptionem, cum
summa æquitate nitatur, etiam illi em-
ptori accommodat Grotius de J. B. &
P. lib. 2. cap. 10. §. 9. qui ab initio pro-
testatus non est, quod in gratiam domi-
ni emere velit, modo appareat, ut di-
ctum est, quod ipse dominus hanc rem
tortè à pirata detentam, sine impedio
aliquo probabiliter recuperare non po-
tuisse. Interim si hæ circumstantiæ,
rei recuperationem difficulter reddentes,
absint, sentio cum laudatis AA. em-
ptorem, tametsi rem domini bona fide
emerit, eandem restituere debere, nec
posse ab eodem erogatum pretium re-
petere, quia domini conditio potior
est, quam emptoris, vel cuiuscunque
alterius possessoris, utpote infirmiori
jure subnixi.

²¹ Quæres II. An, & quomodo spes in
hunc contractum venire possit? Spem
non esse extra objectum emptionis ven-
ditionis, patet ex l. 8. §. 1. ff. b. t. & l. 11.
§. ult. ff. de act. empt. censetur autem tum

spes emi, quando emptor ipsum actum
capiendi, vel percipiendi in contractum
deduxit, scéque aleæ, & fortunæ com-
misit. V. G. si pretium certum statuat
in præsentem jactum retis. Est hæc
venditio pura, & absoluta, & tenetur
emptor ad conventum pretium solven-
dum, sive parum, sive multum, sive
nihil sit captum. cit. l. 8. §. 1. ff. b. t. quia
non res ipsas, sed earum spem, fortunæ
lubrico subnixam, emit. Et ideo, si
fortunam sibi adeo propitiari expertus
est, ut res captæ pretium conventum
duplo excedant, de pretio nihil quid-
quam remittere tenetur. l. 12. ff. de act.
empt. nec locus est l. 2. C. de rescind. ven-
dit. de qua infra, & ratio est, quod si-
cuit damanum omne est emptoris, si for-
tunam adverfam experitur, ita æquum
est, ut commodum, & emolumentum
ferat omne, si spe major est fortunæ
eventus: Etenim in ejusmodi venditio-
ne initium contractus spectandum est,
quo tempore & modus, & valor con-
tractus est incertus. l. 17. l. 23. C. de
Usur.

Aliud verò dicendum est, si quis ²²
ipsas res, quas emere vult, ut futuras
emat. V. G. fructus, qui hoc anno na-
scuntur, vel feras, qui per autumnum
proximum capientur. In hoc quippe
casu emptor intentionem suam non in-
certo fortunæ beneficio alligat, sed rei
ipsimet, sub conditione tamen: si quid
natum, aut captum fuerit: unde lata est
disparitas inter unum, & alterum con-
tractum, dum emptio spes est pura &
absoluta, & emptor ad solvendum pre-
tium obligatus est, quamquam nihil
natum fuerit; emptio verò rei future
est quidem ab initio valida, futuro ta-
men eventui alligata, ita, ut diem con-
ti-

tineat. l. 99. ff. de condit. & demonstr. &c, si nihil nascatur, contractus retro redit, nullus, nec quidquam à venditore ei debetur, sed si quid eo nomine solvit, conditione causa data, causa non secuta repetere potest l. 8. princ. ff. b. t. Molina tract. 2. disput. 340. n. 14. Mantic lib. 4. tit. 18. num. 26. In dubio, si non satis liquet de mente, & intentione contrahentium, an spem, vel res ipsas, ut futuras in contractum deducere voluerint, ita sentiendum censet Molina cit. disput. num. 14. ut, si venditio celebrata sit super fructibus, qui natura sua primum nascentur, censeatur esse emptio conditionata, si quid natum fuerit; si vero haec incertitudo non se teat ex parte rei, qua jam est nata, aut in rerum natura existit, sed ex parte, & voto ipsorum contrahentium, non rei, sed spes emptio facta fuisse præsumatur.

23 Quæres III. An, & quomodo actiones, sive nomina vendi possint? Actiones, & nomina rectè in contractum emptionis venditionis deduci posse, constat ex rubrica, & tt. ff. de H. vel A. V. & quidem sive debitum sit purum, sive conditionatum, l. 17. ff. de H. vel A. V. sive debitor nomen à creditore alteri fuisse venditum sciat, sive ignoret, l. 3. C. d. t. quia non æquè interest debitoris, quem habeat creditorem, sicut creditoris, quem debitorem nascatur, cùm substituto alio debitore, qui aut solvendo non est, aut difficilioris forte conventionis, durior creditoris conditio effici possit, id quod debitori ex mutata creditoris persona non est timendum, excepto, si eo invito actio in potentiores transferatur, quo casu, si appareat, quod venditor id fecerit ma-

ligna hac voluntate, ut débitor potentia novi emptoris opprimatur, non modo venditio est nulla, sed ipse venditor omni jure, quod ad tale debitum habuit, excidit, & potentior, cui cessa est actio, arbitrarie est puniendus l. 2. C. Ne liceat potentior &c. Scribit quidem Grænweg de LL. abrogat. ad cit. l. hanc pœnam legalem hodie abrogatam, sed nimis confidenter hæc eum asserere notat Perez. ad b. t. in Not. & Joann. à Sande de Cessio. Act. cap. 6. num. 10. qui num. seq. rectè limitat hoc jus in cessione à patre facta filio potentiori, cui addendus Mager de Advoc. armat. cap. 1. num. 92. & seq. Interim, dum dicimus, actiones vendi posse, non intelligimus jus agendi directum, quod utpote personalissimum personæ creditoris ita adhæret, ut ad alium transferri nequeat, cum primis, quando jus est reale, quod præcisa traditione non acquiritur l. 20. C. de Pact. l. 8. C. de H. vel A. V. Emptor ergo actionis jus utile agendi per venditionem duntaxat acquirit, idque singulari legis beneficio in l. 16. princ. ff. de Pact. l. 1. & seq. C. de O. & A. quod si tamen emptor actione directa experiri velit, mandato opus habet, quo constituantur procurator in rem suam. Quomodo tamen emptor hoc jus agendi in se transulerit, plus petere nequit, quam ipse venditor potuerit; & ideo, si debitor solvendo non sit, regressum adversus venditorem non habet, cùm venditor, qui nomen vendit, verum duntaxat, non etiam bonum vendidisse præsumatur, sive ut Ulpianus in l. 4. ff. de H. vel A. V. explicat, venditorem, locupletem esse debitorem, non debere præstare: debitorem autem esse, præstare, nisi aliud convenerit.

L 3

Ad-

Adde *l. 74. §. ult. ff. de Evict.* quod si tamen venditor certam, & determinatam debiti summam vendidit, non modo *verum*, sed & *bonum* præstare, hoc est, efficere tenetur, ut totam illam debiti summam emptor consequatur. *l. 5. ff. de H. vel A.V.* Molina *Traict. 2. di- fput. 340. num. 5.* Et hæc quidem, quæ de venditione nominum hactenus diximus, de *Jure Romano* ita se habent. An etiam de *Jure Germanico*? Negant Lauterbachius ad *tit. ff. de H. vel A.V. §. 11. num. 21.* & Schilterus *Exercit. 30. §. 63. & seq.* allegantes praxin, & usum fori, quo venditione, & cessione actionis non tantum jus agendi *utile*, sed etiam *directum* in emptorem transit, nec opus esse *mandato*, ut cessionarius constitutus *procurator in rem suam*, sed eundem plene dominum absque reservatione *actionis*, seu *juris directi* effici, quia, quod *juris directum* maneat penè cedentem, est mera *subtilitas Juris Romani*, quam sicut in aliis plerisque, ita & in hoc *juris articulo*, usus *fori Germanici* non recepit.

24 Illud quoque huic quæstioni adjicendum est, licuisse de jure veteri vendere, vel cedere *nomen*, sive *actionem*, quoque ferè pretio, quoniam verò postea compertum fuit, illos, qui ejusmodi *nomina*, quæ ut plurimum dubia, incerta, & litigiosa erant, viliori pretio coëmerunt, id duntaxat debitores vexandi gratia fecisse: & quia præterea avaritia, & usuraria pravitas per ejusmodi venditiones, pretio longe minori factas, foveri, animadversum est, idcirco Imperator Anastasius in *l. 22. C. Mandat.* & Justinianus in *l. 23. C. eod.* has nominum nundinationes non quidem ex toto sustulerunt, libertatem tamen emptorum ita restrinxerunt: *ut, si*

quis datis pecuniis (sunt verba cit. *l. 22. Cod. mand.*) *bujusmodi subiret cessionem*. (ad eoque nomen & actionem emeret) usque ad ipsam tantummodo solutarum pecuniarum quantitatem, & usurarum ejus actiones exercere permittatur, hoc est, ut Gothofredus ibidem explicat, ut emptor ejusmodi nominis à debitore plus exigere non valeat, quam ad quantitatem pretii, quod creditori, sive cedenti *nomen* persolvit. Quatuor tamen casus exceptit Imperator Anastasius, in quibus emptori integrum sit, debitum cessum (ut ut minori pretio emptum) à debitore in solidum exigere. I. Si inter cohæredes, vel collegatarios cessionem actionum fieri contingat, *l. 22. V. exceptis*, tunc enim, cùm non vexandi debitoris causa, sed ex necessitate divisionis id fiat, non est, cur in solidum cessio non valeat. II. Si debitor creditori suo solutionis locò *nomen*, sive *actionem* cedat, *cit. l. 22.* & licet hoc casu *nomen cessum* pluris valeat, quām ipsum debitum, tamen creditor *cessionarius* contra debitorem cessum in solidum agere potest, quia hunc favorem meretur creditor ex hoc capite, quod alienum debitorem sibi substitui passus fit, ad quod aliàs de jure non adstrin- gebatur. *l. 16. C. de Solut.* III. Obtinet in ea cessione, quam is, qui res aliquas possidet, pro rerum apud se constitutarum munimine, ac tuitione accepit. *d. l. 22.* quorum verborum explicacionem vide apud Card. Tuscum *tit. C. conclus. 209.* Cujac. *lib. 16. observ. 16.* Menoch. *lib. 3. Præsumpt. 129. num. 12.* & Berlich. *Decis. 33. num. 4.* IV. Exceptio locum habet in iis cessionibus, quas inter legatarios, seu fideicommissarios, quibus debita, vel actiones, seu res aliae relata sunt,

sunt, pro his fieri necesse sit. d.l. 22. id est, si hæres legataris, aut fideicommissariis, quibus actiones, & debita, seu nomina, aut res legatae sunt, cedat actionibus suis: etenim actio legata non ipso jure in legatarium transit, sed hæres, apud quem omnia actionum jura resident, ea legatario præstare, & cedere debet. §. 21. *J. de legat. l. 75. §. 2. l. 82. §. 1. ff. de legat. 1. l. 13. ff. de legat. 2.* in his ergo quatuor casibus tantum valent cessiones actionum *in solidum*. Plura circa intellectum hujus Legis Anastasianæ dabit D.D. Bernardus Gletle Select. *Quæst. ad part. 3. Pandect. cap. 19. n. 7. & seqq.* & Manzius in speciali *Discursu super interpretatione d.l.* ubi *Quæst. 9.* advertit, Constitutionē hanc consuetudine contraria non esse abrogatam, aut desuetudine antiquatam, tametsi per complures annos creditoribus cessionariis ob minori pretio redempta *nomina*, nulla à debitoribus cassis opposita fuerit *exceptio*, quia per solum *non usum* hujus legis non censetur ipsa lex esse aboluta, sicut ex eo, quod advocati, si aliqui ab ipsis per longissimum tempus *juramentum caluniae* non fuisset exactum, ab hac obligatione non sunt facti eximii, sed hodieum ab iis exigiri poterit, ut idem Manzius probat ex

Alexandro *Confil. 45. num. 2. Vol. 2.* & Mascardo *Vol. 1. Conclus. 424. num. 3. & 4.* De praxi Legis Anastasianæ in Provinciis Austriacis extat constitutio Ferdinandi III. de Anno 1649. die 2. Junii quæ refertur à Stryckio ad tit. *de H. vel A.V. §. 9.*

25 Quæres IV. An, & quo effectu hæreditas sive tota, sive pro parte vendi possit? Respondeo, hæreditatem semel delatam, non tantum vendi, sed quo-

cunque alio titulo dominii translativo, putà donando, permuto, in solutum dando &c. in alium transferri posse, ut perspicuum reddit l. 1. & 7. ff. de H. vel A.V. & ratio est, quod per delationem & additionem hæreditas in dominium hæredis perfectè transierit. Quodsi hæreditas delata nondum sit, venditio ejus non subsistit, sed æque, ac pactum de hæreditate viventis, tanquam contra bonos mores initum, improbat in l. ult. C. de *Pact.* nisi, ut ibidem limitatur, ipse forte, de cuius hæreditate pactum est, voluntatem suam eis (pacifcentibus) accommodaverit, & in ea usque ad extremum vitæ sue spatiū perseveraverit. Interim, cum moribus Germaniæ pacta Successoria de hæreditate viventis sustineantur, ut testantur Schilterus *Exerc. 8. §. 40. & Exercit. 30. §. 59.* Stryckius in *U. M. ad tit. de Pact. §. 18.* & ad tit. *de H. vel A.V. §. 2.* ita quoque venditio hæreditatis nondum delatae subsistit. Unde non dubito scribit Stryck. cit. §. 2. subsistere contractum, si quis à sorore sua speratam hæreditatem patris pro certo pretio emat, modo accedit jurata sororis renuntiatio, quam *Jus Canonicum*, & mores Germaniæ tali casu regulariter exigunt. *cap. 2. de Pact. in 6. & ibi DD.*

Venditio hæreditatis hunc operatur effectum, quod omnia jura, & comoda, quæ ad hæredem ratione hæreditatis pertinuere, ipsaque nomina attivè spectata, ac jus agendi utile in emptorem transeant; jus verò directum, non nisi facta cessione, qua emptor constitutatur procurator in rem suam. *Nomina verò passiva* in emptorem non transeunt, sed iisdem hæres venditor operatus manet, ita, ut creditores non

cm-

emptorem, sed venditorem convenire debeant, quia is suo facto, scilicet venditione hæreditatis, à nexu, quo per *ditionem* hæreditatis semel ad debita defuncti solvenda se obligavit, liberare se sua unius voluntate non potuit *l. 2. C. de H. vel A. V.* Excipitur à Stryck. *ad cit. tit. §. 4.* Hic casus, si emptor hæreditatis possideat rem *hypothecæ* nexu obligatam; tunc enim a creditore hypothecario conventus, actionem declinare non poterit, cum hæc contra possessorem hypothecæ qualemcumque competit. Priori tamen casu, si venditor hæreditatis vel legatarii, vel aliis creditoribus debita solvit, ea rursus ab emptore repetit *l. 2. §. 3. ¶ 7. ff. de H. vel A. V. l. 18. ff. eod.* Illud subinde notandum quoque venit, quod dominium rerum hæreditiarum non eodem modo in emptorem, quo in hæredem transeat, sed, quod in hærede per solam *ditionem* acquiritur, id in emptore nonnisi traditione perficitur. *l. 6. C. d. t.*

26 Insignis jam se offert controversia: An inter duos hæredes, quorum unus partem suam vendit, alter dein partem suam repudiat, pars repudiata *jure accrescendi* obveniat emptori, vel venditori hæreditatis? ego à partibus emptoris sto, & quidem ex sequentibus motivis *I. jus accrescendi* ex dispositione juris est aliquid connexum, & inhærens parti venditæ per *l. 53. §. un. ff. de aquir. vel amitt. Hæred.* ubi dicitur, quod deficientis pars alteri cohæredi quoque *in invito* accrescat: ergo unà cum ipsa transit in emptorem. Fortassis antecedens sic distinxeris: *Jus accrescendi* ex dispositione juris inhæret parti venditæ, ita, ut *principalis respectus* habeatur, ad

ipsam personam hæredis, ejusque characterem, concedis: ut *principalis ratio* habeatur ipsius *portionis hæreditaria negas*, adeoque vis dicere, quod *jus accrescendi* quasi ossibus ipsius hæredis instituti inhæreat, licet cum aliquali respectu ad portionem à se agnитam; si quidem qualitas hæredis per *ditionem* ipsi hæredi quasi characterem indelebilem imprimit, & facit, ut semel scilicet hæres, desinere amplius nequeat esse hæres *l. 88. ff. de hæred. justit.* Sed contra est. In *cit. l. 53. §. un. ff. de A. vel A. H.* dicitur, quod, qui *semel aliqua ex parte hæres exiterit, deficientium partes etiam INVITUS excipit*, id est, tacite ei deficientium partes etiam *invito* ad crescunt: ergo signum est, quod in *jure accrescendi* potior habeatur ratio *portionis*, cui portio defecta accrescit, quam ipsius hæredis, cui sane *invito* portio deficientis cohæredis vel ideo ad crescere non posset, quod beneficia (quibus ipsi quoque AA. *Jus accrescendi* accensent) invitis obtrudi non soleant. Ne quid dicam, quod regulariter nemo *invitus* cogatur agnoscere judicium defuncti, & liberum sit, unicuique etiam lucrosam hæreditatem omittere. *l. 73. in fin. princ. ff. ad Leg. Falcid.* *l. 78. ff. de Legat. I.* Accedit, quod *jus accrescendi* imitetur *jus alluvionis*. *l. 33. §. un. ff. de Usufr.* veluti ergo quod per *alluvionem* adjicitur fundo vendito, non cedit lucro *venditoris*, sed *emptoris*; *l. 7. princ. ff. de peric. ¶ commod. rei vend.* ita quoque portio defecta ita consolidatur cum *portione vendita*, ut *emolumentum ejus* non percipiat venditor, sed *emptor hæreditatis*. *Probatur II. ex l. 2. §. 2. ff. de H. vel A. V.* Illud potest queri (ait ibi Ulpianus) si etiam *impuberi* sit

substitutus is, qui vendidit hæreditatem testatoris, an etiam id, quod ex impuberis hæreditate ad eum, qui vendidit hæreditatem, pervenit, ex empto actioni locum faciat? Hæc quæstio in AA. principiis non potest non esse *Domitiana*, siquidem ipsis certum, & indubitatum est, quod, quidquid ad hæredum post venditam hæreditatem pervenit, illud non *emotoris*, sed *vendotoris* compendio cedat. Et tamen de hoc casu prudenter adhuc quæri posse, *Ulpiano* visum est. Quæ ergo ratio dubitandi subesse poterat? illa, quod venditor hæreditatis in *codem testamento*, & hæres scriptus fuerit, & insimul impuberi *substitutus*, quæ tamen ratio *Ulpiano* insufficiens videbatur, ut illam portionem, quæ venditori titulo *substitutionis* obvenerat, *emotori* adjudicaret. Cur ita? quia *alia hæritas* erat, in qua venditor *directè* fuerat institutus, & *alia*, in qua *impuberi* erat *substitutus*. Verba *Ulpiani* in ratione decidendi hæc sunt: *Et magis est, ne veniat: quia alia hæritas est; licet enim unum testamentum sit, alia tamen, atque alia hæritas est: ergo si una eadēque fuisset hæritas, emotoris commodo ex mente *Ulpiani* utraque portio cessisset: quoniam verò in *Thesi* nostra portio deficients coheredis ad eandem hæreditatem spectat, ad quam portio alterius coheredis pertinet, per legitimam consequentiam inferas oportet, portionem defectam non hæredem *venditorem*, sed *emotorum* sequi. Probatur III. ex l. ult. ff. de H. vel A. V. ubi Labeo sic prescribit: *Si excepto fundo hæreditario, venit hæritas, deinde ejus fundi nomine venditor aliquid acquisivit, debet id præstare emotori hæreditatis.* Ratio decidendi erat, quod, hæ-*

*reditas, cùm sit aliquod corpus mysticum, incrementa, & decrementa suscipiens l. 20. §. 3. ff. de H. P. faciat, ut, quidquid ex fundo hæreditario excepto emolumenti percepisset venditor, emotori restitueret, quia emolumen- tum illud non pars fundi excepti, sed hæreditatis venditæ esset. Unde sic ar- gumentor: vendita hæreditate fructus fundi excepti non sunt excepti, sed lu- cro emotoris cedunt: ergo etiam ven- dita portione ab uno coheredum, ven- ditum quoque est *jus accrescendi*, respe- ctu portionis alterius coheredis, quia licet hæc portio non veniat sub vendi- tione alterius portionis, sed habeatur quasi excepta, tamen emolumen- tum, quod occasione hujus portionis defec- tæ, deinde hæres venditor *effectivè* ac- quirit, scilicet *jus accrescendi* (quod ni- hil aliud est, quam *jus obtinendæ por- tionis vacantis*) emotori hæreditatis præ- stare debet, quoniam *jus accrescendi* non est pars portionis defectæ, sed ad com- plexum reliquorum jurium hæreditati- orum pertinet. Probatur IV. ex cit. l. 2. princ. ff. de H. vel A. V. ubi dicit *Ulpianus*: *quod id inter ementem, & ven- dentem agatur, ut neque amplius, neque minus juris emotor habeat, quam apud hæ- redem futurum esset.* Et §. 2. *Non tan- tum autem, quod ad venditorem hæreditatis pervenit, sed & quod ad hæredem ejus ex hæreditate pervenit, emotori resti- tuendum est.* Et non solum, quod jam per- venit, sed & quod quandóque pervenerit, restituendum est. Si dixeris, his verbis *Juris-Consultum* nihil aliud innuisse, quām quod emotor hæreditatis nec plus, nec minus juris quoad partem venditam debeat habere, quām ipse ven- ditor habuerit, & quod onine id, quod*

(M)

ad

ad hæredem ex postfacto intuitu *illius partis* perventurum est, emptori restituendum sit, non autem quoad partem alteram, alterius nempe cohæredis, quæ diversa, & distincta est, quamque vendoris hæres comprehendere nec potuit, nec voluit. Si inquam ita responderis, næ tu Ulpianum imprudentiæ damnas, ut qui tam otiosa exaggeratione vendori hæreditatis quoad fructus, & emolumenta partis venditæ, tam, quæ per venerunt, quam quæ quandóque perventura sunt, onus restitutionis impositum esse voluit, cùm hæc obligatio aliunde quemvis venditorem in re singulari ex natura hujus contractus comitetur. *§. 3. Inst. b. t. l. 13. §. 10. §. 18. l. 17. §. 2. ff. de contrab. empt. l. 13. §. 3. seqq. ff. de auct. empt.* Ne igitur labem hanc inferri patiamur prudentiæ tam celebris *Juris-Consulti*, dicendum est, Ulpianum, non de restitutione fructuū ipsius partis venditæ, sed portionis *defectæ* sensisse. Et sanè ita sensisse, elutet ex citatis verbis: *Sed & quod ad hæredem ejus EX HÆREDITATE pervenit.* Alias enim scribere debuisset: *Quod ad hæredem ejus EX PARTE SUA HÆREDITARIA pervenit*, vel quandóque pervaenit, restituendum est. Quoniam verò simpliciter, quod ad eum ex hæreditate pervaenit, aut perventurum est, restituere jussit, & portio cohædis deficientis pertineat ad hæreditatem, concludenter inferimus, mentem Ulpiani fuisse, ut vendoris partis hæreditariæ illam quoque portionem, quæ sibi *jure accrescendi* alias obvenisset, emptori restituat. Ipse Gerardus Noodt, utut adversam sententiam strenuè propagner, fateri cogitur, omne emolumenatum, quod ad hæredem vendito-

rem pervaenit, aut aliquando perventurum est, ad emptorem transire debere: sic enim scribit ad *cit. tit. de H. vel A. V.* *mibi verò videtur, venditorem, e: i: m: cùm nihil est actum, emptori præstare, quidquid jure ad crescendi ad eum venerit, quasi hæreditate vendita, venditus sit effectus universi juris, quod ad venditorem ex hæreditate, ea non vendita, pervaenisset.* Ita oportet emptorem non plus, non minus habere, quam vendoris fuisse, quocunque tempore pervaenit, sive mortis defuncti, sive aditionis, sive venditionis, aut deinceps per *cit. l. 2. §. 1. §. 4. ff. d. t.* Atque hoc est, quod in *§. 18. d. t.* dicitur, *equissimum esse, EMPTOREM HÆREDITATIS (vendoris respectu: sic enim interpretor) VICEM HÆREDIS OB-TINERE.* Aliis argumentis referendis, dum relatis causam emptoris iam satis munitam fore confidimus, consultò supercedemus. Plura ejusmodi munimenta studiosus lector collecta reperiet apud Magnif. D. P. Schmier *l. 3. tratt. 3. cap. 2. à num. 69. & Clariss. Duumviro Bernard. Gletle Select. Quæst. part. 3. cap. 19. num. 5. §. 6.* Joannem Dominicum Peregrini in *Manuduct. Justin. ad b. t. num. 5.* nec non apud Harpprecht ad *§. ult. Inst. b. t. num. 23. §. seqq.* Arumæum *disput. 13. thes. 5. §. alias.*

Qui ex adversa acie stant, an sicut²⁷ numero: ita robore potiores sint, id judicis, præjudicatas opiniones non foventis, arbitrio dirimendum relinquimus. Unum tamen, alterumve argumentum, quo AA. causam vendoris contra emptorem firmare contendunt, producere placet. Dicunt ergo I. *jus accrescendi* non transit in *emptorem* ex dispositione juris, non etiam ex voluntate testatoris, & tanto minus ex vo-

lun-

luntate contrahentium, ergo nullo modo transit. Antecedens quo ad I. membrum sic probant. Jus vult, ut *jus accrescendi* illi obveniat, qui hæreditatem volens, vel invitus adiit l. 31. l. 52. §. un. ff. de A. vel O. H. ergò hæredi *venditori* *jus accrescendi* leges adjudicant, non verò *emporti*. Non etiam ex voluntate testatoris (quod II. membrum est) *jus accrescendi* in emptorem transire, vel inde patet, quod intentio testatoris fuerit, favere hæredi, non verò emptori, homini fortè ignoto, aut etiam inimico. Non denique voluntas contrahentium ea fuisse præsumi potest, ut *jus accrescendi* in emptorem transeat, cùm de eo (ut supponimus) nec cogitatum quidem fuerit.

Ad hoc argumentum, quod suo pondere non caret, respondemus, & quidem ad I. membrum. Quod hoc ipso, quod leges permittant, *hæreditatem* vendi, in consequentiam etiam vindentur velle, ut cum omnibus prærogativis, quibus præ re singulari gaudet, in *emptorem* transeat. Est autem inter illas prærogativas non postrema *jus accrescendi*. Quòd autem hæc voluntas legum sit, inde eruimus, quòd hæreditas etiam, dum venditur, hæreditas sit, recipiens augmenta, & decrementsa; quapropter hæreditate vendita, semper illud *jus venditum* intelligitur, quod penes hæredem futurum fuisse, si ea vendita non fuisse, *jus verò accrescendi*, si hæreditas vendita non fuisse, apud hæredem fuisse; ergò, dum vendita, est, apud emptorem esse debet, cùm emptor, neque amplius neque minus *juris habeat*, quam apud hæredem venditum futurum est. cit. l. 2. princ. §. 4. ff. d. t. Deinde, quod etiam ex vo-

luntate testatoris *jus accrescendi* emptoris sit, ex eo patet, quod testator sciret, libertatem à *LL.* hæredi esse indultam, ut, si placuerit, jus omne, quod ex benevolentia ipsius acquisivit, in alios transferre possit: unde potius capienda est *præsumptio*, quod testator illi dari voluerit *jus accrescendi*, qui hæreditatem suam habiturus est, & consequenter magis favere emptori, quām venditori, utpote, qui vendendo hæreditatem, voluntatem defuncti quasi repudiare videtur. arg. l. 27. §. 2. ff. ad *SCtum Trebell.* Neque etiam ipsorum contrahentium voluntas impedimento est, quo minus *jus accrescendi* in emptorem transeat; tametsi enim hoc ab ipsis expressè in pactum deductum non fuerit, sufficit, quod partes ad *præscriptum LL.* contrahere voluerint, quarum vigore portio defecta absque eo, quod specialis ejus mentio fiat, illi accrescit, qui *effectivè* hæres est.

Opponunt II. l. 88. ff. de *Hæred.* *Instit.* ubi dicitur, quod fieri non possit, ut, qui semel *hæres* extitit, desinat esse *hæres*: ergò *jus accrescendi*, vendita parte hæreditatis, non transit in *emptorem*, sed manet penes *venditorem*, quippe, qui verus *hæres* est, nec vendendo suam portionem desinat esse *hæres*. Ad hoc respondeo, quod quidem venditor maneat hæres, sicut in *emphyteusi* dominus *directus* manet dominus rei in *emphyteusin* constitutæ, *effectivè* tamen, & *utiliter*, sicut solus *emphyteuta* est dominus, ita *emport* *effectivè* est *hæres*. Quod ulterius sic ostenditur: Emptor hæreditatis omne *jus* in defuncti bona, quòd hæres habuit, consequitur, adeoque & *actiones* contra debitores hæreditarios l. 5. C. de *H.* vel *A. V.* ergò ef-

M 2 fe

festivè, & utiliter ipse est bæres, non venditor. Et quanquam creditores hæreditarii non ipsum emptorem, sed venditorem convenire debeant, l. 2. C. cit. t. venditor tamen, quod ipsis solvit, rursus ab emptore repetit. d. l. Et sic in effectu emptor, non venditor, ut bæres consideratur.

Opponunt III. Nos ipsis, inquiunt, fatemur, quod *jus directum*, vendita hæreditate, adhuc maneat penes venditorem: ergò *jus accrescendi* non fundatur, vel non adhæret parti venditæ, sed potius characteri *hæredis directi*. Ad hanc oppositionem reponimus, quod sicut admittimus, in hærede posse considerari *jus hæreditatis directum*, & *utile*, ita sine absurdo dicere possumus, quod *jus accrescendi* aliud sit *directum*, aliud *utile*; illud hæredi *directo*, sive venditori, istud emptori tanquam hæredi *utili* vindicamus. Vid. Gerardus Noodt loc. *suprà cit.*

Sed quid immoramus huic quæsitioni, quæ nonnisi subtilitatibus *juris Romani* innititur. Germani quibus virilis gravitas, & germanus animi candor maximum semper decus extitit, ejusmodi subtilitates perosi, *jura Romanorum* etiam quo ad hoc punctum nunquam civitate donârunt, uti superius ex Schiltero testatum fecimus: unde scribit celebris, & practicus hic author d. exercit. §. 68. *Usu fori germani-*

ci semper id agitur, ut universum jus transeat ad emptorem, & omni spei. & juri, quo etiam accrescendi jus continetur, renunciari moris est. Igitur, quia jus, in quo radicatur jus accrescendi, alienatum est in emptorem, consequens est, non venditori, sed emptori acquiri.

Quæres V. Quomodo res, quam 28 quis cum alio communem habet, vendi possit? Respondeo rem communem etenim à socio vendi posse vel socio, vel extraneo, quatenus sua est, hoc est, pro parte sua. l. 1. 3. & 4. C. de commun. rer. alien. Excipiuntur tamen res *vniales*, quæ in hunc finem sunt, ut vendantur, hos quisque sociorum *in solidum* vendere potest, quia ad id sibi in vicem socii mandatum dedisse censentur. Idem dic de domo communi, quam unus socius, prohibente quoque altero, *in solidum* locare potest, si alias eandem pro parte commodè locare nequeat. l. 25. §. 15. ff. *famil. ercisci.*

Peculiare circa rem communem privilegium habet *fiscus*, qui eandem *in solidum* vendere, aut, si sibi, & alteri oppignorata sit, distrahere potest, ita tamen, ut consorti salva maneat actio contra fiscum ad pretium repetendum, & creditori, cui res prius oppignorata fuit, prius etiam ex pretio satisfiat. l. 2. C. d. t. l. 1. C. de *Vendit. rer. commun.* l. 22. ff. de *Jur. fisc.*

§. IV.

De *Justitia pretii in Contractu Emptionis Venditionis observanda.*

S U M M A R I A.

29. *Pretium est de substantia bujus Contractus.* 30. *Pretium justum aliud est legitimum, aliud naturale.* 31. *Pretium naturale est vel summum, vel medium, vel infinitum.*

infimum. 32. Pretii iustitia non est mensuranda ex intrinseca rei qualitate, sed ex estimatione hominum. 33. Unde pretium justum in rebus mobilibus cognoscatur? 34. Et unde in rebus immobilibus. 35. An venditor infimo, aut medio pretio debeat esse contentus, si rem vendere cogatur, aliorum sententiae referuntur. 36. Nos cum Tiraquelle resolvimus, idem pretium venditori ab eo, qui jus reliundi habet, solvendum esse, quod tertius solvisset. 37. Illud Brocardicon quod liceat, se mutuo naturaliter circumvenire, explicatur.

29 **Q**uod emptio venditio sine pretio consistere nequeat, patet ex princ. f. b. t. ubi Tribonianus ait: *Nul-
la emptio sine pretio esse potest.* Et quod hoc pretium debeat esse *nummarium, ve-
rum, & non simulatum, certum, vel cer-
titudine absoluta, vel respectiva, pro-
prium, & justum, constat ex l. 1. f. b. t.
l. 36. § 55. f. l. fin. C. eod. l. 11. §. 2. ff.* de *A. empt. vendit.* & à nobis in ex-
splicatione definitionis jam præoccupa-
tum fuit. Inpræsentiarum de *justitia
pretii* agendum erit, circa quod

30 Notandum I. Pretium justum duplex esse, unum *legitimum* seu quod à legibus est taxatum, ut, si v. g. statuatur certum pretium in singulos frumenti medios: alterum *naturale*, ex eo sic dictum, quod citra respectum ad legem, aut decretum magistratus, ex ipsiusmet rebus consurgit, cum multa tamen dependentia ab hominum affectu, & estimatione, aliisque locorum, temporum, ac ipsius usus, ad quem res comparatae sunt, dependentia. Prius pretium, scilicet *legitimum*, consistit in *indivisibili*, adeò quidem, ut si pro merce aliquid amplius accipiat emptor, venditio sit injusta, & illum pretii excessum restituere teneatur; istud verò, sive *natura-
le* tam arcto limite non circumscribitur, sed habet suam latitudinem in linea *ju-
sticie*, modo, pensatis circumstantiis omnibus, puta, necessitate, utilita-

te &c. quæ re ipsa hic & nunc in com-
mercio humano concurrunt, merci sit
commensuratum. Schilterus *exercit.* 30.
f. 25.

Notandum II. Hoc pretium *natu-
rale*, ut suam conservet justitiam, à DD. communiter distingui in *summum*, seu *rigorosum*, in *medium*, seu *moder-
atum*, in *infimum*, seu *pium*. Quod si subinde venditor intra hos gradus se contineat, nec rem ultra summum pretium vendat. *Justitia commutativa* non violatur, & propterea fieri potest, ut uno eodemque tempore una res unicarius, quām alteri vendatur, absque eo, quod lēdatur *justitia* v. g. Sempronio pannum hoc summo pretio, Cajo verò medio, aut infimo, ut communiter docent *Theologi* apud Molinam relati *Tract. 2. disp. 347. num. 5.*

Notandum III. *Justitiam pretii non esse mensurandam, aut defumendam ex ipsius rei intrinsecis qualitatibus, per-
fectione, aut nobilitate, sed ex usu,
quem in ordine ad commercium huma-
num præstat; immo nec illum usum,
quem res ex natura sua præstat, esti-
mandum esse, sed quatenus homines
rem aliquam in ordine ad certum usum
plus minusve estimant.* Sic videmus,
quod nobiles gemmam aliquam pluris
estiment, quām plurimos frumenti mo-
dios, ut ut frumenti usus ex natura sua
utilior, meliorque sit, quām gemmæ
usus,

usus, quia tamen ejusmodi hominibus gemma ad ornatum magis deservire videtur, quam frumenti copia, inde est, quod gemmam ad illum usum pluris aestimant, quam frumentum. Vid. Molin. cit. Tract. disput. 348. num. 4. Covarruv. var. resolut. l. 2. cap. 3. num. 4. ubi varia corollaria practica subjungit, His prænotatis, lubet justitiam pretii per quasdam quæstiones particulares inquirere?

33 Quæres I. Ex quo justitia pretii in rebus mobilibus comparandis metienda sit? Respondeo ex pretio, quo res tempore venditionis communiter in foro nach dem gemeinen Marckt-Rauff vendita fuit, quia pretia rerum non ex affectione particulari, sed publica affectione aestimanda sunt cap. 3. b. t. l. 36. ff. ad Leg. falcid. modo tamen pretium publicum non duraverit modico tempore, putâ unius diei: tam exiguum quippe tempus in jure non consideratur per cit. l. 63. §. 2.

34 Quæres II. Quomodo justitia pretii detegatur in venditione rerum immobilium? Hujus quæstionis decisio non nihil difficilior est, cum venditoris voluntatum semper sit, rem pluris vendere, emptoris verò minoris emere. l. 8. C. de rescind. vend. Interim, si partes de pretio invicem convenire nequeant, nec statuto, aut consuetudine illud determinatum, & taxatum sit, duplice hac via ad verum, & justum rei pretium deveniri posse, scribit Köppen Decis. Quest. illustr. Quest. 43. num. 18. & seq. I. Si res sub basta veneant, tunc enim ex plurium licitatorum sententiis judex verum rei pretium facilius detegere potest. Arg. l. 50. ff. de Evit. & Autb. Hoc jus porrectum C. de SS. Eccles. II. Per

peritos rerum aestimatores ad hoc specialiter deputatos, qui rerum circumstantias, & qualitates diligenter considerare debent, nam unica circumstantia valorem rei vel depretiat, vel auget. Sic majoris valoris est fundus, qui à fluminibus magis remotus, atque adeo inundationibus minus expositus est. Item qui pauca, aut nulla fert onera, hujus enim libertatis intuitu valor agri aut fundi crescit. De his & aliis circumstantiis copiosè Mascal. de Probat. vol. 2. conclus. 651. & pluribus seq. Vid. etiam Köppen cit. Q. n. 28. & seq.

Quæres III. Quando quis invitus rem suam vendere cogit, an possit ab emptore exigere pretium summum, quod tertius forsan obtulisset, vel an debeat esse contentus pretio medio, aut infimo? Sunt, qui venditorem in tali casu vulgari pretio contentum esse jubant, eo, quod pretia rerum communiter non ex singulorum affectione constituantur, cit. l. 63. ff. ad Leg. Falcid. & videtur etiam ipsis patrocinari textus in l. 9. princ. ff. de Public. & vestig. ubi dicitur, quod locatio, quæ calore licitantis ultra modum solitæ conductionis sit, de facili admitti non debeat. Facit etiam hoc l. 1. C. de Metallar. & Metat. ubi ei, qui vendere cogit, competens, hoc est, ordinarium pretium ex solvi jubetur. Alii distinguunt cum Wessenbecio Confil. 66. num. 34. num ille tertius, qui summum pretium offerre paratus est, sit extraneus, cui indigenis quidquam vendere lege, aut statuto vetitum est, num verò sit unus ex consortibus, aut consanguineis, quibus jus retractus competit. In priori calu, dicit, retrahentem tantum ad justum, & ordinarium pretium venditori exsol-

ven-

vendum teneri, quia extranei pluris licitantis, cum emere nequeat, nulla habetur ratio. Posteriori verò, putat, venditorem posse petere pretium, quod ab alio majus habere potuisset.

36. Ego cum Tiraquelle *de Retract. lign.* §. 1. *Gloss. 18. num. 4. &c seq.* Et D. Köppen cit. *Quest. 44. num. 38.* simpliciter, & sine distinctione emptorem, qui vel ex lege, vel ex pacto *jus Promis. habet*, aut dominum, qui subditum ad vendendum sibi v. g. fundum cogit, ad illud pretium venditori solvendum obligo, quod quisque alius, sive emere prohibitus sit, sive non, obtulisset. Probo ex cap. *ult. de Locat. conduct.* §. 1. *ult. C. de jur. Emphyteut.* ubi dicitur, quod emphyteuta tantudem pretii à domino, emere volente, petere possit, quantum sibi ab aliis offertur. Accedit alius textus non minoris roboris in l. 38. *ff. de R. V.* ubi is, qui aliis in venditione alicujus rei præfertur, debet tantum dare, quantum alius esset daturus. Plures alios textus in haec rem colligit Tiraquellus cit. loc. num. 6. cui accedit illud tritum in jure, quod res tanti valeat, quanti vendi potest l. 1. §. 16. *ff. ad SCtum Trebell.* Auth. *Hoc jus porrectum C. de SS. Ecclesiis.* Et denique idipsum æquitas suadet, ut venditor non defraudetur lucro, quod licet & justè ab alio emptore quærere potuisset. Unde non obstant textus pro prima sententia allati. Non l. 9. *ff. de Public.* §. *Vedig.* quia ibi duntaxat prohibetur, ne animosus licitator, qui ultra solitam pensionem plus mercedis promittit, sine sufficienti cautione admittatur. Nec alter textus ad rem est, cum tantum statuat, ut pretio justo contentus sit venditor, quod nos non impugnat, cum

etiam pretium à tertio oblatum justum supponamus. Nec ratio illa, quod pretia rerum non pro singulorum affectione æstimanda sint, huc quadrat, quia in nostra hypothesi non quæritur de pretio, quod ex communi hominum opinione justum existimatur, sed illud in quæstione est, an venditor vulgare duntaxat pretium, vel illud auctius, quod à tertio habere potest, invitus recipere teneatur, à diversis autem, & separatis ad diversa non debet fieri ilatio. *arg. l. ult. ff. de Calumniat.*

Quæres IV. Quomodo illud juris 37 Brocardicon, quo dicitur in l. 16. §. 4. *ff. de Minor.* & l. 22. §. *ult. ff. Locat.* *Licere alterum naturaliter circumvenire*, exaudiendum sit? Respondeo tò licere hic non accipi in sensu *Theologico*, secundum quem id tantum licet, quod sine peccato sit, sed in sensu *juridico*, secundum quem *licere*, nonnunquam idem significat, ac *esse permisum*, aut *non puniri*. In quo sensu intelligit *Faber* illas juris maximas: *non omne, quod licet, honestum est*, item: *Non semper, quid licet, sed quid honestum sit, est inspiciendum*. Volunt ergo jura obmodicam læsionem in emptionibus venditionibus *licere*, emptoribus & venditoribus se mutuo aliqualiter circumvenire, non quod approbent lædantis fraudem, sed quod non puniant, & hoc ex æquissima ratione, ut lites, quibus tribunalia frequentissimè replerentur, extinquantur, aut prævertantur. Per hanc tamen impunitatem lædens alterum, in foro conscientiæ à reparatione damni non excusatur. Ita S. Thom. 22. Q. 77. art. 1. ad 1. Pinellus ad l. 2. C. de *Rescind. vendit. part. 1. cap. 1.* P. *Waddingus de Contract. disp. 7. dub. 4. §. 3. n. 4.*

§. IV.

§. V.

De Pactis contractui Emptionis Venditionis adjici solitis.

SUMMARI A.

38. *Pactum additionis in diem describitur.* 39. *Non inest contractui ex dispositio-
ne juris, nec ex intervallo adjici potest, sed hoc de Jure Romano, non etiam de
moribus Germanie.* 40. *Inest tamen tacite venditionibus fiscalibus, & bono-
rum Ecclesiasticorum.* 41. *Potest hoc pactum adjici vel indefinite, vel cum
præfinitione temporis.* 42. *Si plures vendiderint fundum communem, nec sin-
guli in hoc pactum consenserint, manebit totus priori venditori, quod tamen
rursus limitatur.* 43. *Pactum hoc potest adjici vel sub conditione suspensiva,
vel resolutiva. Quid interfit, utro modo fiat, explanatur.* 44. *Aliqui distin-
guunt, num conditio fuerit verbis directis, vel obliquis adjecta.* 45. *Nos hanc
distinctionem repudiamus.* 46. *Quid sit Pactum legis commissoria?* 47. *Po-
test tantum adjici sub conditione resolutiva.* 48. *Si indefinite conceptum, opus
est interpellatione venditoris, ad hoc ut lex commissaria exerceri valeat; secūs
si cum præfinitione certi temporis.* 49. *Effectus bujus pacti panditur.* 50. *Ven-
ditione caduca facta emptor fructus non modo extantes, sed etiam consumptos
restituere tenetur.* 51. *Hoc pactum in favorem venditoris, non emptoris ad-
jicitur, cuius notabilis effectus ostenditur.* 52. *Pactum de retrovendendo ex-
plicatur.* 53. *Quæ sit differentia inter hoc, & duo priora pacta.* 54. 55. *Duo
Corollaria subnectuntur.* 56. *Si emptor durante hoc pacto rem tertio ven-
dat, an venditor illam à tertio vindicare possit?* aliorum sub distinctione re-
spondentium opinio refertur. 57. *Nos eidem actionem realem negamus, sed
tantum personalem contra primum emptorem indulgemus.* 58. *Ad quem spe-
stant fructus medio tempore percepti?* 59. *Quo pretio res sit revendenda?* Disputatur 60. *Item an sumptus interim factos venditor refundere teneatur?* 61. *An contra hoc pactum locus sit præscriptioni?*

38 **T**ria potissimum pacta sunt, quæ
contractui emptionis venditionis
adjici solent, quorum primum
vocatur *pactum additionis in diem*, &
à venditore, non verò emptore adjici
potest; sicut enim emptoris est licitari,
ita venditoris *addicere*. Pactum istud
hoc modo contractui solet apponi:
convenit nimis rem venditam inter &
emptorem, ut venditori rem venditam
rursus ei liceat addicere, sive de novo
vendere, qui intra certum tempus me-

liorem conditionem obtulerit l. 1. l. 7.
l. 14. §. 1. & seq. ff. de in diem Addit.
Censetur autem meliorem conditionem
offerre is, qui aut plus solvit, l. 4. 5.
6. ff. d. t. aut promptius, sive maturius
solvit, et si forte in minori quantitate,
quam primus emptor, quia, qui ante
tempus solvit, plus, qui verò tardius
solvit, minus solvisse videtur §. 23. f.
de Att. Non enim ratione quanti tan-
tum, sed etiam temporis intuitu plus
minusve solvi potest l. 88. ff. de Solut.
l. 32.

l.32. ff. de V. S. Quod gemino exemplo ex Carpzovio, & Millero ad Stru-
vium illustrat Strykius ad Tit. de in diem
Addit. §. 12. Item censetur melior
conditio offerri, si opportuniori loco
solutionem emptor promittat, l. 4. §. 6.
ff. de in diem Addit. nam & loco plus
peti, & solvi potest d. §. 33. J. de Ad.
aut si emptor posteriori conditionibus
rem emat, quam prior, aut,
si ea remittat, quæ venditori molesta
erant in priori venditione, utut fortas-
sis majus premium pro priori non offre-
rat cit. l. 4. §. 6. Verbō: toties melior
conditio offertur, quoties venditor
notabile aliquod emolumentum intui-
tu alterius emptoris accedit, l. 4. §. ult.
& l. seq. ff. d. t. ubi tamen in arbitrio
primi emptoris erit, eandem conditio-
nem (propter quod à venditore admo-
nendus est) offerre, si volet, atque
hoc pacto secundūm emptorem exclu-
det. l. 7. & 8. ff. d. t.

39 Hoc pactum tacitè & ex dispositio-
ne juris non inest contractui, sed de-
bet à venditore expressè adjici, & qui-
dem in continentia, sive re adhuc inte-
gra, nam juxta l. 44. §. 7. ff. de O. & A.
Illa demum conditio efficax dicitur, quæ
in constituenda obligatione inseritur, non
quæ post ejus perfectionem ponitur. Hoc
quoniam de jure Romano obtineat,
moribus tamen Germaniæ non conve-
nit, quibus teste Stryckio ad Tit. de in
diem addit. §. 7. & Brunnemano ad l. 1.
d. t. licet ejusmodi pactum ex intervallo
quoque adjicere, eo effectu, ut con-
tractum rursum resolvat. Exciunt
tamen à data regula Strykius ad cit. tit.
§. 2. Schilterus exercit. 30. §. 49. Ven-
ditiones fiscales, quibus hoc pactum ex
dispositione legis, adeoque tacitè sem-

per inest per l. 4. C. de Fid. & Jur. hast.
fisc. Requiritur tamen, ut ejusmodi
venditio sub *hasta* fiat, & inter plures
emptores, illi, qui licitando reliquos
superarunt, res addicatur, etenim hic
ipse modus bona fiscalia sub *hasta* ven-
dendi pacto *additionis in diem* origi-
nem dedit, testatur Haunold. tract. 10.
cap. 1. controv. 20. n. 180. Hoc ipsum
pactum tacitè inesse venditionibus bo-
norum Ecclesiasticorum, & aliorumque
piorum locorum ex auth. *Hoc jus por-
rectum C. de SS. Eccles.* probat Stryckius,
& cum eo Philippi de subbast. cap. 2.
comm. 4.

Potest hoc pactum adjici vel cum 41
præfinitione temporis certi, intra quod
meliori conditio oblata venditio re-
solvatur, vel indefinitè, sine temporis
determinatione, ut, si venditor simpli-
citer dicat: *Si quis meliorem conditio-
nem attulerit, recedatur ab emptione.*
Quo casu queritur, quoisque melior
conditio offerri possit? Resp. cum lau-
dato Stryckio ad cit. tit. §. 8. & Ma-
gnif. P. Schmier lib. 3. tract. 3. cap. 2.
num. 114. & seq. usque ad 30. annos,
quia eò usque vitalem sp̄iritum trahit
actio personalis ex empto. arg. l. 3. C.
de Prescript. 30. vel 40. Annor. Et licet
cum illa concurrat actio realis scilicet
rei vindicatio (posito quod pactum ad-
ditionis in diem sub conditio resolu-
tiva verbis *directis* adjectum fuerit)
quæ breviori Periodo vitam absolvit,
poterit tamen hac actione neglecta, al-
teram personalem intentare. l. 6. §. 1. ff.
de contrab. Empt. Imò nec actionem
realē extingui existimat Stryckius, eò,
quod emptor, cum rei venditæ jam do-
minus factus sit, usucapere nequeat, ac
præterea mala fides obstat, ut rem ob-

(N)

fo-

solum temporis lapsum contra fidem
datam retineat.

42 Illud jam quæri potest: si plures
v. g. tres sint venditores, qui fundum
communem sub hoc pacto vendant, ob-
lata dein conditio duobus placeat, di-
spliceat tertio, an hoc casu resolvatur
contractus, num verò meliorem con-
ditionem offerenti totus cedat fundus?
Respondeo, contractum propterea non
resolvi, sed totum manere priori em-
ptori. *l. 11. l. 13. ff. de in diem addit.*
quia in re communi potior est condi-
tio prohibentis, ita Ulpianus in *l. 13.*
d. t. quod si divisim partes suas vendi-
derint, venditio pro parte illius tantum
resolvitur, qui oblatam conditionem ac-
ceptavit. *l. 11. §. ult. ff. d. t.* Mantica de
Tacit. & ambig. convent. lib. 4. tit. 29.
num. 39. D. D. Fleck. in Biblioth. jur.
lib. 3. tit. 31. num. 9. Noodt ad *b. t.* pro-
pè finem.

43 *Paclum additionis in diem vel ad-*
jicitur sub conditione suspensiva, dicen-
do v. g. *fundus meus tibi venditus esto,*
nisi intra 30. dies melior conditio offerat-
Vel sub conditione resolutiva v. g.
si venditor dicat, vendo tibi edes meas,
bac conditione, ut, si alius intra mensem
majus pretium afferat, res sit inempta. In
effectu autem multum interest, an hæc,
vel altera conditio adjiciatur, dum ven-
ditio sub conditione suspensiva imper-
fecta est, & venditor dominus manet,
non obstante traditione, quæ sub hac
ipsa conditione facta est; & ideo em-
ptor nec emolumenta rei percipit, nec
damna fert. *l. 4. princ. ff. d. t.* si vendi-
tio sub conditione resolutiva facta est,
illa ab initio statim est pura & absoluta,
quia potius sub conditione resolvi,
quam contrahi censetur. *l. 2. princ. ff.*

de in diem addit. Ejus effectus si ad-
huc pendeat, longe præstantior, & no-
biliar est altera, dum per ejusmodi ven-
ditionem, si venditor fuit dominus,
mediante traditione in emptorem per-
fectum dominium transfertur, aut sal-
tem usucapiendi conditio, si dominus
non sit, *d. l. 2. ff. d. t.* & ad eum omnia
commoda, & incomoda spectant, ipsi-
que res perit. *d. l. §. 1.* si deficiat con-
ditio, hoc est, si intra certum tempus
conditio melior non fuerit oblatam, em-
ptio venditio fit irrevocabilis, & pro-
inde habetur, ac si nunquam conditio
fuerit adjecta. Quodsi conditio exi-
stat, resolvitur venditio, & rei vendite
dominium sine traditione ad vendito-
rem redit, isque à quounque posses-
sore rem unacum fructibus extantibus
ex re vendita quæsitis vindicare. arg.
l. 41. ff. de R. V. l. 4. C. de Pact. int. empt.
ratione verò præstationum persona-
lium actione venditi agere possit *lib. 4.*
§. 4. l. 14. §. 1. ff. de in diem addit. imò
& fructus cum locupletatione consum-
ptos juxta nostra principia in *Tit. de*
caus. Possess. part. 1. num. 38. exposita,
ab emptore repetit, quod eo quoque
casu procedit, quo primus emptor ob-
latam meliorem ab altero conditionem
ipse suscipiat. *l. 6. §. 1. ff. d. t. l. fin. ff. de*
Jur. fisci. D. D. Fleck. cit. *l. num. 11.*

Sunt, qui hic attendendum esse me-
nent, an conditio resolutiva verbis di-
reddis, vel obliquis fuerit apposita, ita,
ut priori modo factam venditionem hi
effectus consequantur, quos paulò ante
enumeravimus. Posteriori verò mo-
do contractus non ocyus resolvatur,
nec dominium cum reliquis effectibus
actutū ad venditorem redeat, sed opus
sit actione personali ex vendito, qua
con-

contractus rescindatur, argumento de-
sumpto ex l. 3. C. de Paſt. inter empt. &
vendit. ubi haec diſtinctio in Lege Com-
missoria attenditur.

45 Malo tamen dicere cum Mantica
cit. tit. num. 13. Covarruv. lib. 3. Var.
resolut. cap. 8. num. 1. Molina de J. &
J. disput. 378. n. 9. quod nullum diſtri-
men faciendum sit, sed sive verbis *direc-
tis*, sive *obliquis* conditio adiecta fuerit,
utrobique contractus, ea exiſtente, re-
ſolvatur, & dominium ipſo jure ad ven-
ditorem redat &c. Colligitur ex l. 40.
ff. de R. V. ubi Ulpianus ait: *Si quis hac
lege emerit, ut, si alius meliorem condi-
tionem attulerit, recedatur ab emptione,
post allatam conditionem jam non potest
in rem actione uti.* Cujus rei nulla alia
ratio reddi potest (ſubjungit Mantica)
quam quod dominium illico ab eo di-
ſcessit, & in venditorem ipſo jure trans-
latum eſt. Quod vero id, quod AA.
volunt, in pacto *legis commissorie* con-
ſtitutum fuerit, habet ſuam rationem
ſpecialem, quia hoc pactum habet ra-
tionem *pænae*, ideoque tanquam quid
odiosum reſtrinki meretur, ut domi-
nium ipſo jure ab emptore in vendito-
rem non transferatur, niſi fuerit concep-
tum verbis *directis*, quæ ratio cum
ceſſet in Pacto *addiſionis in diem*, di-
ſpositio d. l. huic trahi nequit.

46 Alterum, quod emptioni adjici
nonnunquam ſolet, eſt pactum *legis
commissorie*, quo inter venditorem, &
emptorem id agitur, ut pretio intra
præfinitum tempus non ſoluto, res ſit
inempta. Solte die Zahlung inner-
halb vier Wochen nicht erfolgen,
ſo ſolle der Kauf nichts ſeyn. Vo-
catur autem hoc pactum ideo *lex*, quia
pacta dant legem contractibus, & com-

missoria, quia venditionem committi,
ſeu caducam fieri facit, vel, quod em-
ptor moram faciendo in ſolutione in
legem venditionis committere, & pec-
care ceneatur. l. ult. ff. de Lege com-
miss. Eſt verò adjectione hujus pacti
ideo opus, quod actio ex contractibus
nominatis non detur ad diſsolutionem,
ſed magis ad impletionem. Arg. l. 12.
C. de Rescind. vendit. Tuldenus ad Tit.
ff. de Leg. commiss. cap. 1. num. 3.

Hoc pactum duntaxat ſub conditio- 47
ne *resolutiva* adjici potest, l. 1. ff. d. t.
quia non potest irritum & nullum fie-
ri, aut in commiſſum venire, nec do-
minium ad venditorem reverti, quod
nunquam in emptorem conſtat fuſſe
translatum, qua propter, ſi venditioni
apponatur talis conditio: *Vendo tibi
fundum, ſi pro eo intra duos menses cen-
tum ſolveris*, non erit pactum *legis
commissorie*, ſed aliud pactum vagum,
& innominate, ſuſpendens effectum
venditionis in tempus ſoluti pretii.
Multum autem refert, an venditio ſub
pacto *legis commissorie* ineatur, num
verò ſub *conditione*, dum priori caſu
venditio eſt pura, & emptor, ſi ven-
ditor non fuit dominus, rem uſucape-
re poſſit, non item posteriori caſu l. 2.
ſ. 3. ff. pro Empt. l. 19. ff. de Uſucap.
Mantic. lib. 4. tit. 29. num. 3.

Quod ſi res vendatur ſub pacto *le- 48
gis commissorie*, ſed *indefinitè*, hoc eſt,
ſine præfixo certo ſolutionis termino,
ut venditio committi dicatur, & em-
ptor in mora conſtituatur, opus eſt in-
terpellatione venditoris, ſufficit tamen
extrajudicialis, & unica. l. 23. l. 177.
ff. de V. O. Si certus ſolutioni facien-
dæ præscriptus eſt terminus, nulla opus
eſt interpellatione venditoris l. 4. ſ. ult.
ff.

N 2

ff. de Leg. commiss. quia dies, sive ipse terminus interpellat, & debitorem suæ obligationis memorem facit. *l. 23. ff. de O.* & *A. l. 12. C. de Contrah.* & *Committ. stipul.*

49 Effectus hujus pacti alius est, si pendeat *lex commissoria*, alius, si existat. Pendente *lege commissoria* venditio statim ab initio est pura, & perfecta, & dominium in emptorem secuta traditione transfertur, omniaque, tam commoda, quam incommoda lenit, ipsiusque rei interitus ejus periculo stat. *l. 1.* & *5. ff. de Leg. commiss.* & *Arg. l. 4. §. 4. l. 11. §. 10. ff. Quod vi aut clam.* *l. 2. §. fin. ff. de in diem Addit.* Si *lex commissoria* existat, hoc est, si elapsus est terminus, solutioni praefixus, & emptor non solvit, venditio ipso jure resolvitur, dominium rei venditæ unâ cum fructibus, & aliis accessionibus ad venditorem absque traditione reddit. *l. 5. l. 6. §. 1. ff. de Lege commiss.* Mynsinger *l. 6. Observ.* 69. Id quod singulare est, cum regulariter dominium non pacto nudo, sed traditione transferatur. *l. 20. C. de Past.* Ratio hujus singularitatis redditur à Gerardo Noodt *ad b. t. in fin.* quod venditione sub conditione resolutiva facta, dominium fictione juris ultro ad venditorem pertineat, ac si venditio nunquam fuisse contracta, & dominium rei sine causa traditæ à venditore nunquam abiisset. Sed hoc ita, si verbis *directis* hoc pactum adjectum sit, putata, si venditor dixit: *Nisi intra 30. dies pretium emptor solverit, fundus esto inemptus.* Sin verbis *obliquis* conceptum fuerit, ut, si venditor dixerit: *Fundus restituatur, vel fiat inemptus, vel licebit mibi ex tunc eundem repetere* &c.

Venditio non ipso jure resolvitur, sed actione venditi repetendus erit. *l. 3. C. de Past. inter empt.*

Cum dictum sit, resoluta venditione, emptorem debere fructus unâ cum re vendita restituere. Hinc queritur, an hoc quoque de illis fructibus intelligendum sit, quos sine locupletatione consumpsit? Ratio dubitandi, & negandi videtur esse, quod hos fructus bona fide consumpsierit, consequenter, sicut alius bonæ fidei possessor eosdem restituere non teneatur. At tamen, ut emptorem ad fructuum *consumptorum* restitutionem obligemus, facit authoritas Neratii in *l. 5. ff. de Leg. commiss.* & ratio sub juncta, quia nihil penes eum residere oportet, ex re, in qua fidem se fuisse. Id tamen commodi ei indulgere videtur Ulpianus in *l. 4. §. 1. ff. d. t.* ut, si partem pretii jam solvisset, ex fructibus vel *consumptis*, vel *extantibus* compensare possit, aut etiam *actione empti* illud repetere. Clariss. D. P. Placidus Böcklin in *Comment. ad b. t. num. 74.* & Clariss. D. Collega D. D. Peregrini *Inst. ad b. t. num. 8.* qui posterior Author hanc reddit rationem quod ex opinione AA. negantur repetitionem; sequeretur hoc absurdum, quod emptor, qui se in procuranda solutione studiosum probasset, magis puniretur, quam si de solutione parum, aut nihil sollicitus fuisse. Siquidem solvendo partem pretii, ejus jacturam ferre, nihil vero solvendo, nihil quoque damni subire cogeretur, quod æquitati, & seniori jurisprudentiæ contrariari videtur. Arrhas tamen, & quod proxeneti nomine emptor dedit, eum amittere, constat ex *l. 6. ff. d. t.* & hoc ideo, quod ad implendum contra-

etum

etum adhuc nihil impendisse videatur, secus, dum partem pretii jam solvit, vel in penam commissæ moræ l. 25. ff. de *Petit. hered.* Hodie tamen (scribit D. Fleck. cit. tit. num. 16. & Brunne- man. ad l. 6. ff. de *in diem Addit. n. 3.*) nisi emptor pretium fructibus compen- saverit, arrham, & pretium una cum usuris à venditore repetit. *Arg. l. 29. §. 2. ff. de Aedit. edit.*

51 Illud quoque circa pactum *legis commissoriae* notandum venit, quod illud in favorem venditoris, non emptoris adjiciatur l. 2. ff. de *Legat. commiss.* idcirco, si emptor in praefixo termino non solvat, emptori integrum non est, invito venditore à contractu recedere, aut oblato pretio moram purgare, et si casus fortuitus moræ causam dedit, quia hic tantum excusat in contractu *absoluto*, & mora *personalis*; non item in contractu *conditionato*, & mora *reali*, excepto casu, quo emptor per judicem solvere prohibitus fuisset l. fin. ff. de *Lege commiss.* benè verò est in arbitrio venditoris, an malit hoc pactum exercere, sique rem venditam cum fructibus vindicare, vel valere contractum, sique pretium cum usuris ab emptore petere. l. 2. l. 3. § 6. ff. d.t. Debet se tamen venditor, mox, ut emptor in legem commisit, ad alterutrum determinare, id quod potest verbis expressis, etiam *extrajudicialiter*, vel tacite post lapsum solutionis terminum solutionem ab emptore recipien- do, qua electione facta, variare amplius nequit, quia ad renunciata non datur regressus. l. 11. C. de R. C. l. 46. ff. de *Pact.* & emptori ex electione unius jus est quæsumum. l. 6. §. ult. l. 7. ff. de *Lege commiss.* l. 4. C. de *Pact.* inter empt.

Solent nonnunquam contrahentes 52 emptioni venditioni adjicere pactum, quod vocatur pactum *retrovenditionis*, quod nihil aliud est, quam conventio, sive pactum, in ipso contractu venditionis adjectum, ut sive ipse venditor, sive hæres ejus emptori pretium quan- docunque, vel intra certum & defini- tum tempus restituerit, fundus vendi- tis reddatur, solet hoc pactum addi, vel in favorem venditoris (quod com- muniter sit) ut, scilicet, quandocun- que, vel ad certum tempus venditori li- buerit, rem redimere, emptor cogat- tur eam retrovendere; vel in favorem emptoris, ut in ejus arbitrio sit, vel quocunque, vel definito tempore, rem emptam restituere, venditorēmque ha- bere obligatum, ut restituto pretio rem redimat: vel denique adjicitur hoc pa- ctum in utriusque favorem, ita, ut uterque, dum libuerit, contractum di- solvere possit l. 2. § 7. de *Pact.* in- ter empt. & vendit.

Distinctio inter hoc, & priora duo 53 pacta hæc notabilis est, quod contra- ctus iste, ante retrovenditionem utrin- que absolute perfectus sit, & pactum eod tendat, ut per retrovenditionem do- minium rei venditæ, in emptorem pri- ma venditione translatum, quasi per no- dum contractum, & novam venditionem redeat ad venditorem: in priori- bus verò duobus pactis conditione exi- stente, & resoluto contractu, primus emptor fingatur ex post nunquam em- ptor, ac dominus fuisse, & idèo in pacto *retrovenditionis* nova traditio re- quiratur, secus ac in illis, uti colligi- tur ex d. l. 2. ubi expressè habetur, quod redimere volenti actio solùm per- sonalis ex vendito competit; in illis ve-

rei vindicatio, quia isti oblata meliori conditione, vel pretio in conditum diem non soluto, sive lege commissa, mox domini efficiuntur; iste vero non nisi post traditionem.

54 Ex hactenus dictis colliges I. quod hoc pactum, spectato jure Romano, in continenti adjici deberet, quia hoc jure *pacta nuda* non producebant *actio* *rem*, sed tantum *exceptionem*, & consequenter pactum de retrovendendo, si in continenti non adjiceretur, intra fines *pacti nudi* consistere deberet, destitutum omni virtute, & efficacia agendi. Cum vero jure nostro Germanico, vel potius moribus Germaniae detur *actio* ex quolibet pacto nudo, Strykius ad h. t. §. 39. non dubitat, afferere, quod hodie hoc pactum etiam ex *intervallo* adjici possit.

55 Colliges II. quod ex hoc pacto venditio non ipso jure, sicut in prioribus duabus pactis, resolvatur, sed is, qui redempturus est, conditionem prius adimplere debet, antequam retrovenditionem petat, qua conditione adimpta venditio demum resolvitur. Arg. l. 13. §. 8. ff. de aet. Empt. D. D. Fleck in Biblioth. jur. lib. 3. tit. 33. num. 6. Verum haec doctrina non omnium Doctorum punctis collaudatur. Sunt enim non pauci, qui circa hoc pactum idem, quod de Pacto antecedenti attendendum esse monent, num scilicet verbis *directis* adjectum sit. V. G. si sic conventum sit, ut *oblato post decennium* pretio res *inempta* sit. Vel verbis *obliquis*. V. G. *Res inempta fiat*, vel *rursum restituatur*. Ita, ut priori pharsi conceptum faciat, ut pretio soluto venditio resolvatur, & dominium rei venditae ipso jure ad venditorem reverta-

tur, arg. l. 4. C. de Past. inter Empt. posteriori vero casu haec resolutio non ipso jure contingat, sed opus sit actione personali ex vendito, qua venditor agat contra emptorem ad rem venditam restituendam. l. 2. C. d. t. Addunt rationem, quod totum hoc negotium dependeat ab intentione contrahentium, adeoque ex verbis *directis*, vel *obliquis* judicari oporteat, quid contrahentes intenderint. Qui resolutiōnem hanc ipso jure fieri negant, sive pactum verbis *directis* adjiciatur, sive *obliquis*, hac ratione moventur, quod in hoc pacto id tantum agatur, ut res retrovendenda restituatur, quod non fit ipso jure, sed facto hominis indiget. Mihi in hoc bivio constituto posterior non displicet, quanquam priorem esse communiorem, & in praxi quoque receptam non nesciam.

Quæres: An, si emptor stante hoc pacto retrovenditionis rem vendat, ac tradat alicui tertio, venditor primus eam ab illo tertio, & quocunque alio possessore vindicare possit? Qui reflectendum esse ajunt, quibus verbis, *directis*, vel *obliquis* hoc pactum conceptum sit, etiam hanc questionem sub pari distinctione resolvunt, ita, ut pacto verbis *directis* concepto, venditori actionem realem contra tertium possessorem competere afferant. Arg. l. 13. princ. ff. de Pignorat. aet. fin verbis *obliquis*: actionem realem venditori contra tertium emptorem competere negant, per textum in l. 2. C. de Past. inter Empt. ubi venditori duntaxat *actio personalis* conceditur, quæ extra contrahentes contra tertium se non porrigit.

Mihi, cum haec distinctio non usque quaque arrideat, cum Molina tradit.

Tract. 2. disp. 374. num. 9. sic respondendum videtur, quod venditori primo nullum jus reale, ac per consequens nec actio realis competit, sed solum actio personalis, qua is duntat contra primum emptorem experiri valeat ad venditionem primam dissolvendam, si adhuc in ipsis, aut haeredum suorum dominio existat, alioquin ad interesse, si in tertii emptoris dominium sit translata. Ratio hujus sententiae est palmaris, quoniam patrum de retrovendendo minoris roboris est, quam ipsa venditio actualis: est enim solum obligatio ad vendendam rem, seu dissolvendam venditionem, si primus venditor eam redimere voluerit. Quapropter, cum ex actuali venditione, non subsecuta traditione, solum venditori competit actio personalis ex contractu per vulgata, tanto minus ex pacto de retrovendendo potest venditor actionem realem contra tertium possessorem instituere. Id quod elucet ex *l. 2. C. de Pact. inter empt.* ubi venditori solum personalis actio ex pacto de retrovendendo conceditur. Ad *l. 3. princ. ff. de Pignorat.* ad responderi potest cum Bartolo, quod debitor pignus in tertium emptorem translatum rei vindicatione repetere possit, id esse privilegium speciale, quod debitori intuitu sui pignoris est concessum, consequenter ad venditorem cum pacto de retrovendendo extendi non debeat. *cap. 28. cap. 47. de R. J. in 6. vel cum Molina,* quod Ulpianus in *cit. l.* loquatur de casu, quo creditor invalidè, non servatis omnibus requisitis pignus vendidit, idcirco, cum debitor dominium pignoris non am-

ferit, rectè contra tertium emptorem rei vindicatione agere poterit.

Ulterius quare solet, ad quem frustus medio tempore percepti spectent, quando contractus ex pacto *retrovenditionis* rursus resolvitur? Resp. distingendum esse inter fructus *perceptos* & *pendentes*. Illos suos facit irreocabiliter emptor, quia hæc præsumitur fuisse intentio contrahentium, ut, sicut venditor fructus pecunia in suos usus interim convertit, nec illos, resoluto contractu, restituit, ita emptor fructus ex re vendita perceptos ex post restituere non teneatur, *Titaquellus de Retract. convent. l. 1. n. 3.* & *Stryckius h. t. l. 61.* Clarissim. P. Böckhn *ad b. t. num. 78.* Oblato vero semel pretio emptorem obligari ad fructus perceptos restituendos, liquet *ex l. 2. C. de Pact. inter empt.* Quoad fructus vero pendentes restitutio ita regulanda est, ut attendatur tempus initii contractus, & cedentis diei, ita, ut, si in prima venditione fructus pendentes venierint una cum re vendita, vicissim resoluto contractu per retrovenditionem, iidem restituendi veniant. Si hoc actum non est, aut nulli fructus tempore primæ venditionis extiterint, etiam tempore retrovenditionis restitui non debent, sed poterit emptor interim fundum, dum fructus perceperit, retinere. Et sane, si in arbitrio venditoris esset, ut, quocunque anni tempore pretium offerret, emptor rem redhibere teneretur, posset venditor exspectare tempus messis & ibi oblato pretio rem unà cum fructibus redimere, non sine gravi præjudicio emptoris, id quod bona fides in hoc

con-

contra^{ctu} non admittit. In praxi tamen ita obtinere, scribit Stryckius, hic §. 62. ut fructus pro rata temporis inter emptorem, & venditorem dividantur, argumento fructuum dotalium, quos soluto matrimonio maritus pro rata temporis lucrat^{ur} l. 7. §. 1. ff. *Solut. matrim.* sed erroneum hoc esse argumentum, & pessimè ad casum, de quo hic est quæstio, applicari, idem author ibidem advertit; nam quod maritus pro rata temporis rei dotalis emolumenta percipiat, ratio specialis est, quia scilicet, pro rata quoque temporis onera matrimonii ferre debuit, in quorum compensationem eidem lucra dotalia assignata sunt, hæc verò ratio ad præsentem casum applicari nequit, ubi emptor fructus percipit jure dominii perfecti.

59 Hanc quæstionem excipit alia, quo scilicet pretio res sit revendenda? Ego sic existimo, ut, si ab initio, dum contractui partes pactum *retrovenditionis* adjecerunt, inter ipsas non conveniret, ut pretium tempore *retrovenditionis* justum persolvatur, tempus primæ venditionis respiciatur, illudque ipsum pretium, quod emptor primus dedit, & ad eum modum, quo dedit, à re luente solvatur. Ita cum Carpzovio part. 2. cap. 1. definit. 22. n. 1. Stryckius *Tract. de Success. ab intest. dissert. 6. cap. 4. §. 19.* Modò id observatum fuerit, ut illa identitas pretii tunc demum maneat, si etiam res in eodem statu, quo fuit tempore primæ venditionis, permanferit. *Arg. l. 38. princ. ff. de Solut.* Rei enim deterioratæ damnum non retrahens, sed emptor, utpote rei dominus ferre tenetur.

Contrarium, quod, in dubio, si partes pretium pro tempore retrovenditionis solvendum expèsè non determinaverint, solvendum sit pretium, quod tempore relutionis fuerit justum, defenditur à Tiraquello *de Retract. convention. §. 1. Gloss. 3. num. 2.* Berlich. part. 2. cap. 2. num. 39. & ex nostris Salisburgensibus à Magnif. P. Schmier lib. 3. tract. 3. cap. 2. num. 185. & Clariss. P. Böckhn in *Comment.* hic num. 77. Ex ratione, quod retrovenditio sit nova venditio, utut ex priori pacto debita, id quod confirmatur ex l. 58. ff. de *Paſt.* ubi jurisconsultus de retrovenditione loquens, ait, hoc pacto non tam hoc agitur, ut à pristino negotio descendamus, quām ut novæ quædam obligations inter nos constituantur. Accedit altera ratio, quod alioquin venditor studiosè illud tempus opperiri posset, quo rei pretium crescit, sique minori pretio, scilicet primitus constituto, rem redimere, non sine fraude, & damnno emptoris.

Verùm ad has rationes respondetur, & quidem ad primam, negando, quod retrovenditio sit nova venditio, sed emptor vi pacti, primo contractui in continent adjecto, ad retrovenditionem obstrictus est, eaque subsecuta, res ad primum venditorem cum omni jure, qualitate, conditione, & statu, quo antiquitus penes eum erat, ita redit, ut non ex nova causa, vel novo contractu videatur ei acquisita, sed duntaxat de novo reddita. Et ideo ab initio notanter diximus, quod dominium rei venditæ in emptorem prima venditione translatum, *QUASI per novum contractum, & novam venditionem rebeat*

deat ad venditorem, non quod revera nova venditio sit, sed quod quandam figuram novae venditionis praeferebat. Quod ulterius ex eo confirmatur, quod primo venditori contra morosum emptorem ad redimendam rem venditam actio ex vendito, vel etiam prescriptis verbis ex eodem primo contractu competat. l. 50. ff. de contrah. empt. l. 6. ff. de rescind. vendit. Richter ad l. 2. C. de Paet. inter empt. fol. 219. num. 28. & fol. 267. num. 200. Textus in cit. l. 58. ff. de Paet. eum sensum non habet, quem AA. intendunt; quamvis enim loqui videatur de pacto retrovenditionis, non tamen de alio, quam quod ex intervallo, & re non amplius integra, contractui emptionis adjicitur, de quali pacto merito Ulpianus respondit, quod non tam id agatur, ut à proposito negotio discedamus, quam ut novae quædam obligationes inter nos constituantur. Quia similia pacta, ex intervallo adjecta, non participant illas qualitates, quas habent pacta in continentia adjecta, & ideo procul dubio novæ obligationes constituuntur, nec prior contractus per illa resolvitur. Vid. Fabr. Rational. ad b. t. Altera ratio fraudem, quam in simili reemptione latere putat, non detegit. Nam responderi potest, quod emptor, si in ipsis gratiam pactum de retrovendendo adjectum sit (uti adjici posse iam suprà diximus) satisfaciat, si pretium in eo monetae valore restituat, qui erat tempore primæ venditionis, tametsi is tempore retrovenditionis auctus fuerit, adeoque ad imperia emptor, & venditor in hoc pacto non jadicantur.

60 Huic rursus alia succedit quæstio: An sumptus, & impensæ in rem ven-

ditam ab emptore factas venditor reluens refundere teneatur? Ad hoc respondeo, eundem teneri, si impensæ fuerunt necessariæ, vel utiles l. 58. ff. de Legat. t. cap. 2. de Desponsat. impub. & arg. l. 39. ff. de hered. petit. & l. 16. ff. de in diem addit. & arg. l. 32, §. 1. l. 60. ff. de Ædilit. edit. quia tales impensæ rem conservant, ejusque pretium augent. l. 6. C. de Pignorib. l. 79. ff. de V.S. l. 17. ff. de impens. in rem dot. Eapropter, antequam hæc omnia ab emptore liquidata, & à venditore præstata sint, retrovenditio non habet locum: nec emptor rem restituere tenetur, etiamsi impensæ adhuc sint illiquidæ, & redimens de earum refusione, si postea fuerint liquidatae, sufficenter cavere velit, quia venditor conditionis eventum: puta, quod omnia emptori sint restituta, & iterum soluta, exspectare, adeoque moram pro liquidatione concede-re debet. D. D. Fleck cit. lib. 3. tit. 33. num. 10. & seq. Mantic. lib. 4. tit. 33. num. 119. Gail. lib. 2. observ. 19.

Sed grandior jam restat difficultas superanda, dum quæritur: An contra pactum retrovenditionis prescriptio quidquam possit? Ut huic quæstioni satisfiat, tres casus sunt distingendi I. vel venditor pacificatur, ut sibi intra certum tempus v. g. sex annos reemere liceat. II. Vel ex certo tempore, à quo exigi possit retrovenditio v. g. post annos decem liceat rem venditam redi-mere. III. Vel denique simpliciter, & sine ulla præfinitione temporis pacificatur. Primo casu extinquitur jus redi-mendi post temporis conventi efflu-xum: nam quod intra certum tempus fieri debet, postea cenietur prohibi-tum l. 23. ff. de Stat. liber. l. 42. §. 12. ff.

(O)

ff. de Fideicomm. libert. Et paria sunt, juri suo renunciare, aut lapsu temporis excludi *l. 1. §. 11. ff. de Success. edit.* Secundo casu præscriptioni non est locus, quia ante diei adventum, ex quo agere potest vendor, jure impeditus est, quia ob diem nondum venientem agere prohibetur: jure autem impeditis non currit præscriptio. *l. 7. §. 4. C. de Prescript. 30. vel 40. Ann.* De tertio igitur casu queritur, an si pactum retrovenditionis indefinitè, & sine ulla temporis determinatione adjiciatur, emptor juri reluendi, sive reemendi contra venditorem præscribere possit? Aliqui distinguunt: An vendor sine definitione certi temporis hoc pactum adjecterit, num verò expresse sibi caverit, ut jus hoc reluendi ultra 30. vel 40. annos, vel aliud quantumcunque tempus sibi liceat extendere? Priori casu præscriptioni locum cedunt, tum, quod actiones alia personales 30. añorum limite circumscribantur. *l. 3. C. de Prescript. 30. vel 40. ann.* tum, ut ne emptor, in cuius arbitrio regulariter non est positum, venditorem urgere, ut redimatur, perpetuo fluctuare necessum habeat, an rem retenturus sit. *Tiraquell. de Retrad. Convent. §. 1. Gloss. 2. n. 1. & seqq. Struvius Exercit. 43. Thes. 3.* Altero casu viam cuicunque præscriptioni esse occlusam autemant *Fachinaeus lib. 2. Controv. cap. 13. Zoëf. ad tit. ff. de Usucap. n. 42. Stryckius de Suc-*

cess. ab intest. Dissertat. 6. cap. 4. §. 51. Knippischmidt de Contrat. Exercitat. 8. Quest. 11. moventur hac principaliter ratione, quod cuilibet beneficio præscriptionis renuntiare fas sit. Brunne man. ad Wessenbec. tit. de Usucap. Quest. 34. præscriptio enim est beneficium privatorum (scrifit Stryckius cit. loc.) cui renuntiare tutò possunt. Ne que magnum incommodum ex hac renuntiatione in rem publicam redundat, cuius parum interest, quis bona possideat.

Sunt iterum alii, qui præscriptio nem simpliciter excludunt, alii tricennariam admittunt. Illi praxim, hi theoriam magis amant, & colunt. *De Pra xi in Imperio Germanico testantur Mynsinger Cent. 1. Observ. 16.* Et Müller ad Struv. *Exercit. 23. Thes. 42. Lit. Y. in fin. Stryckius ubi supra, & ad tit. ff. de contrah. Empt. §. 45. Gail. lib. 2. observ. 18.* Pro theoria veritate strenue depugnant Schrader *de Empt. num. 174.* Hunius in *Resolut. ad Treutler. lib. 1. disp. 28. Thes. 20. Lit. D. Quest. 61.* & ex nostris Magnificus P. Schmier cit. *tract. 8 cap. num. 181. & lib. 1. tract. de Prescript. cap. 4. à num. 193. & Clariss. P. Böckhn ad b. t. num. 82.* Quorum fundamenta uti solidissima, ita copiosissima hic producere non vacat, ad quos subinde studiosum lectorem, theoriz amantem, remittimus.



§. VI.

Quis Effectus ex parte venditoris oriatur, perfecto utrinque Contractu.

S U M M A R I A.

62. *Obligationes, quæ venditorem, Contractu perfecto consequuntur, recensentur.*
 63. *Venditor regulariter rem præcisè præstare tenetur, nec liberatur præstando interesse.* 64. 65. 66. 67. *AA. Argumenta referuntur, & solvuntur.* 68. 69. 70. *Quare fructus & accessiones ante traditionem commodo emptoris cedant, ratio redditur, subjunctis duobus Corollaris.* 71. *Quid peculiare sit in emente à fisco?* 72. *Fructus & accessiones emptoris esse etiam ante traditionem, altera quæstione proponitur, & probatur.* 73. 74. 75. *Opposita resolvuntur.* 76. *Evidio à venditore præstanda est emptori.* 77. *Quæ in aliis quoque Contractibus onerosis locum habet, non etiam in negotiis lucrativis.* 78. *Requisita, ut ad evictionis præstationem venditor conveniri possit, enumerantur.* 79. *An venditor Ecclesiæ tencatur de evictione, si illa eidem litem non denuntiavit, casu, quo litem sibi fuisse motam venditor aliunde scivit? Affirmative resolvimus.* 80. *Ad quid in casu evictionis venditor teneatur?* 81. *Si venditor rem vitiosam vendidit, duplex emptori competit actio, scilicet redhibitoria, & estimatoria.* 82. *Utraque quando locum habeat, & quo effectu, exponitur.*

- 62 **E**ffectus consistit in obligationibus, quibus venditor, emptione perfecta, subjicitur, & sunt sequentes I. obligatur ad rem venditam tradendam, liberam ab oneribus inconsuetis, & vacuam ab alterius possessione tam civili, quam naturali l. 11. §. 2. ff. de Act. empt. l. 13. princ. l. 21. §. 1. ff. eod. ideoque omnia, quæ scire emptorem interest vitia, onera, qualitates rei vendendæ, & quidquid emptorem ab emendo deterrere potest, indicare necessum habet l. 1. §. 1. ff. d. t. & si quid dissimulet, dolum facere dicitur in l. 43. §. 2. ff. b. t. & tenetur emptori ad id, quod interest l. 30. ff. de Act. empt. utut ad corpus vendiderit. l. 39. ff. d. t. II. Cum omnibus fructibus, & accessionibus, & omni causa à tem-
- pore contractus percepta. l. 67. l. 80. ff. de Contrab. empt. l. 13. §. 10. ff. de Act. empt. l. 13. l. 16. C. eod. veniunt autem accessionum nomine omnia ea, quæ vel ex lege, vel ex consuetudine, vel ex legitima hominis destinatione, eaque in actum deducta, ad usum rei venditæ pertinent. Vid. l. 17. §. 3. 5. 7. & 10. ff. de Act. empt. l. 18. ff. eod. l. 21. ff. de Instrum. legat. Perger Oeconom. Jur. lib. 3. tit. 5. §. 15. not. 5. III. Eoque nomine emptori contra venditorem actionem empti competere cc. II. cuius tamen etiam traditæ dominium non aliter emptori acquiritur, quam si is venditori pretium solverit, vel alio modo satisficerit, velut expromissore, aut pignore dato, aut, si venditor fidem emptoris fecutus fuerit. IV. Ob-

O 2

li-

ligatur quoque venditor rem venditam absque vitio tradere, aliás tenetur de vitio, & morbo rei venditæ. *t. t. ff. de Adilit. edit.* V. Denique tenetur damna, quæ dolo, vel culpa lata, & levi intulit, resarcire, quia hic contractus utriusque utilitatem respicit. *l. 5. §. 2. ff. Comod.*

63 Quætitur I. An venditor rem præcisè tradere teneatur, si ejus tradendæ potestatem habeat, vel, an præstando interesse, liberetur? Respondeo contra Fachinæum *l. 2. Controv. cap. 30.* Covarruv. *var. resolut. lib. 2. cap. 19. num. 1.* Mynsing. *cent. 2. observ. 53.* & alios, venditorem ad rem præcisè tradendam teneri, nec præstando interesse, liberari. Probatur I. ex *l. 35. §. fin. C. de Donat.* ubi donator præcisè ad rem donatam tradendam dicitur esse obligatus: ergo multò magis venditor hac obligatione tenebitur, cùm illius conditio sit favorabilior, quām istius, siquidem ille evitatem non præstat *l. 18. §. ult. ff. de Donat. l. 2. C. de Evit.* nec in plus, quām facere potest, condemnatur *§. sed & si quis §. de Act.* cui oneri tamen substernitur venditor, ut *infra* dicetur. II. Venditor rem eandem tertio vendens crimen falsi committere dicitur in *l. 21. ff. ad Leg. Cornel. de Fals.* At, si præstando interesse, satisfacit, hoc crimen vendendo committere non potest, sed liberum illi erit, duobus vendere, & uni quidem tradendo rem, alteri interesse præstando, vel neutri tradendo rem, sed utrius præstando interesse, satisfaciet: ergo. Confirmatur ex *l. 6. C. de H. vel A. V.* ubi expressè dicitur, quod vendens tertio, ac tradens fidem frangat. Quod autem in *l. 15. C. de*

A. V. dicatur, quod venditof possit secundo rem vendere, & emptorem tradendo rem, facere dominum, id nil officit: constitutum quippe hoc fuit in gratiam emptoris, in bona fide existentis, ut rem à domino accipiens, illius quoque dominium acquirat. Gomez *var. resolut. tom. 2. cap. 2. num. 20.* III. Dolus nulli debet patrocinari *l. 44. ff. Mand.* nec alteri per alterum iniqua conditio inferri *l. 24. ff. de R. F.* Hoc autem fieret, si venditor compelleret emptorem ad probandum interesse rei venditæ, cujus probatio difficultis est. *l. ult. ff. de Prator. stipul.* ergo aliud pro alio invito creditori solvendum non est *l. 2. §. 1. ff. de R. C.*

Opponunt AA. I. *l. 1. ff. de Act. 64 empt. l. 11. §. 9. ff. eod. l. 17. C. de Fid. instrum. l. 4. C. de Act. empt.* ubi dicitur, quod, si venditor rem non tradat, emptor in id, quod interest, agere valeat. Resp. ex his textibus nil aliud probari, quam, quod, si in potestate venditoris non sit, rem tradere, fortè, quod periérat, interesse præstare teneatur, id quod colligitur ex verbis finalibus *cit. l. 1. princ. ff. de Act. empt.* ubi dicit jurisconsultus, quod interesse emptoris quandoque egreditur pretium, unde, cùm jubeat, venditorem emptori præstare debere interesse, supponendum est, de eo casu loqui, quo res non amplius extat; nam utique prudens venditor, si rei tradendæ potestatem adhuc haberet, magis eam tradere, quam interesse, rei pretium excedens, solvere eligeret. Vel potest responderi, quod illi textus loquuntur de casu, quo venditor in re tradenda culpabiliter morosus extitit; tunc enim si emptoris amplius non interest, ren-

habere, in ipsius arbitrio est, petere, quantum sua interest, rem sibi a venditore maturius non fuisse traditam, ut insinuat l. 4. § 10. C. de Act. empt.

Opponunt II. l. 13. §. 1. ff. de re Judic. ubi praeisè ad factum, quod quis promisit, praestandum nemo obligari dicitur; obligatio autem tradendi ex parte vendoris est aliquid facti l. 72. ff. de V. O. ergo. Resp. propositionem primam, sive majorem intelligendam esse de facto nudo, & servili, seu in labore consistente, uti v. g. est fodere, edificare &c. quæ facta propriam in se aestimationem habent, ad hæc facta, non diffitemur, nemo obligari per se potest: ad facta vero, quæ tanquam media ad aliud, ut in praesenti, ad transferendum dominium servint, & in seipsis propriam aestimationem non habent, negamus, aliquem non posse obligari. Fodiens quippe, vel edificans &c. quacunque intentione id faciat, factum tamen ejus suam aestimationem habet; vendor vero, eti rem tradat sine intentione tamen transferendi dominium, aut usucapiendi conditionem, factum ejus in se solo estimabile non est, & hinc vendor complere etiam contractum potest sine facto proprio, permittendo scilicet emptori, rem venditam propriis manibus auferre.

Opponunt III. l. 25. §. 1. ff. de Contrab. empt. ubi dicit Ulpianus: Qui vendidit, necesse non habet, fundum emptoris facere. Resp. Sensum hujus legis esse, quod rem emptoris irrevocabiliter facere non teneatur, sed sufficit, quod in casum revocationis teneatur de evicione, non vero, quod res

oratino tradenda non sit. Similis responsio redditur ad l. 60. ff. de Evit.

Opponunt IV. In illis actionibus,⁶⁷ in quibus juratur in litem, praestando interesse liberamur, sed ex causa emptionis juratur in litem, quia est judicium bone fidei, ubi dicta Regula procedit. l. 5. princ. ff. de in lit. jur. Resp. hunc textum male applicari ad nostram Thesin, loquitur enim de illis duntat bone fidei judiciis, ubi agitur ad aliquid exhibendum, vel restituendum, quia tuus actor rem suam sibi non exhibitat, aut restitutam per juramentum in litem quasi vendere censetur reo, in emptore vero non agitur ad rem restituendam, vel exhibendam, sed ad rem venditam tradendam, neque emptor juramento in litem potest censeri, vendere reo, sive emptori rem emptam, quæ sua nondum est, atque sic sufficiens redditia est disparitas inter hoc, & alia bone fidei judicia.

Quæritur II. Quare fructus & ac-⁶⁸ cessiones rei emptæ etiam ante traditionem sint emptoris, cum alias quævis res suo domino fructificet; vendor autem ante traditionem, & pretii receptionem juxta §. 3. J. b. t. & l. 20. C. de Part. maneat dominus rei venditæ? Resp. quia in cit. §. 3. § l. 7. princ. ff. de Peric. & Commod. rei vend. Omne periculum contractu perfecto, in emptorem transit, & consequenter, sicut is omne fert incommodeum, ita æquum est, ut omne quoque commodeum ferat. Unde

Colliges I. Re vendita, fructus ⁶⁹ quoque pendentes, ut ut jam maturos, ad emptorem spectare. l. 13. §. 10. § 18. ff. de Act. empt l. 13. § 16. C. eod. quia

quia pars rei sunt, & vendita re censentur omnes partes venditæ *l. 44. ff. de R. V.* adeoque, si v. g. empta sit vinea, pendentibus adhuc uvis, traditio autem primum facta post fructus collectos, seu vindemias, eosque emptor consecutus non fuerit, poterit tantum de pretio detrahere, quarti fructus pendentes aestimabuntur. Sumptus tamen, si quos venditor bona fide in conservationem rei venditæ fecit, emptor refundere debet. *l. 13. §. 22. ff. de act. Empt. & l. 16. C. eod.* non tamen expensas circa fructus factas, quia propter fructus pendentes alias solet majus pretium constitui. Quod tamen rursus ita limitat Franc. Gallus in *tract. de fructibus disput.* *23. artic. 23. num. 5.* quod hoc non procedat in venditione necessaria, quæ sit ex pacto, in qua venditor expensas deducere potest. *arg. l. 51. princ. ff. famil. ercisc.*

70 Colliges II. Quodsi vinea, vel fundus elocatus fuerit ante venditionem, & fructus omnes à colono percepti, pensio integra spectabit ad venditorem, sive ea ante venditionem, sive post soluta fuerit, quia hanc accipit ratione fructuum, qui ante venditionem ad venditorem spectant. *l. 58. ff. de Usufr.* si verò tempore contractus fructus adhuc nulli percepti sint, sive tunc pensio à colono soluta fuerit antecedenter, sive non, ea tota emptoris erit, quia pensio ratione fructuum solvit, fructus autem tunc omnes ad emptorem spectant; exiget autem illam pensionem à colono non emptor, qui actionem personalem adversus ipsum non habet *l. 10. ff. de O. & A.* sed venditor actione locati, nisi hanc ipsam actionem emptori cedat. Molina de *Primo-*

gen. lib. 3. cap. 11. num. 9. Si demum ante initum contractum venditionis dicti fructus partim percepti fuissent, partim non, tunc pro fructuum proportione, qui pendebat tempore venditionis, pensio inter venditorem, & emptorem dividenda erit. *arg. l. 21. ff. locat.* Gomez *Var. resol. tom. 2. cap. 2. num. 11.* Paulò aliter obtinet in domo vendita, & alteri prius elocata, cùm enim ista pensio in singulos quasi dies anni debeatur, pro temporis proportione etiam pensio inter emptorem, & venditorem dividenda erit, ita, ut pensio respondens tempori ante initum venditionis contractum ad venditorem, à tempore verò contractus ad emptorem spectet. Gomez *cit. loc.*

In emente à fisco id peculiare est, *71* quod is consequatur pensiones etiam pro fructibus jam à colono perceptis *l. ult. in fin. ff. de jur. fisci.* Ratio hujus specialitatis forte illa est, ut fiscus faciliter emptorem inveniat; aut quia emptor in hoc gravatur, ut teneatur stare contractui colonum inter, & venditorem prius inito, contra dispositionem *l. 9. C. locat.* ideo æquum est, ut in hoc rursus relevetur, ut pensiones per colonum debitas non fiscus, sed ipse consequatur. Peregrin. *de Jur. fisci. l. 6. tit. 4. num. 35.* Gutierrez *QQ. Can. lib. 1. cap. 33. num. 25.*

Cum dictum sit superius *num. 62.* quod venditor teneatur rem venditam cum omnibus fructibus, & accessionibus emptori restituere, hinc jam

Quæritur III. cujus sint fructus ante traditionem? Respondeo, esse emptoris. Probatur I. ex *l. 13. & 16. C. de act. Empt.* ubi in terminis dicitur, quod fructus post perfectum emptionis

con-

contractum ad emptorem pertineant; perfecta autem venditio est, cum de merce, & pretio convenerit, etiam ante traditionem. *princ. Inst. b. t.* Probat. II. ex *l. 13. §. 18. ff. de auct. empt.* ubi emptori adjudicatur, quod servus ante traditionem ex operis suis quæsivit; atqui operæ fructibus æquiparantur. *l. 40. ff. de A. R. D.* ergo. Confirmatur à paritate aliorum emolumentorum, quæ ad emptorem pertinere ipsi AA. non diffidentur, ut si quid fundo per alluvionem accesserit ante translationem dominii, emptoris id, non venditoris commodo cedat. Ratio est, ut servetur æqualitas, ut quem periculum, & deterioratio rei emptæ sequitur, etiam commoda, & accessiones sequantur.

73 Covarruv. *Var. resol. lib. 3. cap. 4. num. 7.* Gomez *tom. 2. cap. 2. num. 11.* Fachin. *lib. 2. Controv. cap. 32.* & alii, qui hoc casu fructus venditori adjudicant, objiciunt I. Quævis res fructificat suo domino; venditor autem ante traditionem adhuc manet dominus: ergo. Respondeo, emptorem jam tum *fictione juris* censeri dominum, quia periculum rei emptæ ad ipsum pertinet.

74 Objiciunt II. *l. 5. C. de auct. empt.* ubi dicitur, quod emptor venditori post traditionem rei venditæ ob perceptos fructus usuras præstare teneatur, ut ut moram non fecerit: ergo in compensationem illorum: ergo fructus non fecit suos. Respond. id in *cit. L.* specialiter fuisse statutum in favorem *Minoris*, qui ob præproperam traditionem rei venditæ læsus, licet emptor moram culpabilem, seu formaliter

74
lem nullam commiserit, indemnus tam
men servandus est.

Leges aliae, quas objicere solent, 75
ut in specie *l. 13. §. 8. §. 9. l. 25. ff.*
l. 5. §. 16. C. de Auct. empt. haud aliud
probant, quæ quod remedia quædam
emptore in pretii numeratione cessante,
venditori competant, non verò, quod
fructus ad venditorem potius, quæ
emptorem spectent. Re quippe jam
tradita poterit venditorex *cit. l.* ex ven-
dito agere, ut emptor pretium eum usu-
ris restituat. *d. l. 5. §. 16. C. d. t.* imò
& inhibitoriales impetrare, quibus em-
ptor prohibeatur, fructus colligere,
aut re vendita uti ante solutionem. *d.*
l. 25. Sin res empta tradita non sit, &
emptor ex empto agat ante solutionem
pretii, venditor non solum fructus, sed
etiam rem ipsam jure pignoris retinere
potest, re verò tradita, & evicta, &
pretio tantum pro parte soluto, non
nisi pro parte etiam ad evictionem te-
netur *l. 13. §. 8. §. 9. ff. d. t. l. 22. ff.*
de H. vel A. V.

Quæritur IV. Si venditor rem alie- 76
nam vendidit, & tradidit, quæ postmo-
dum à vero domino judicialiter recu-
perata est, ad quid venditor emptori
obstrictus sit? Resp. teneri eum præ-
stare evictionem. Verum, quia hæc
ipsa responsio multis adhuc innodata
est difficultatibus, idcirco illam distin-
ctius exponere præstat. Evictio igitur
à Boehmero *introd. ad Jus digest. Tit.*
de Evict. num. 1. sic describitur, quod
sit legitima, & per judicium facta ob-
latio rei ex justa causa posse, ad in-
stantiam veri domini, alteriusve, qui
potius jus habet. *l. 21. §. 1. ff. de Evict.*
Evictionis verò præstatio nihil aliud est,
quam

quam datur illius, quod possessor ex re hactenus justo titulo possessa, sibi verò auctoritate judicis ablata, patitur, resarcitio, ab eo facienda, qui damni causa extitit.

77 Evictio in causis merè *lucratiuis* non praestatur, benè verò in negotiis *onerofis*, sive contractibus bilateralibus, sive, ubi uterque contrahentium ad æquales præstaciones obligatur. Ratio diversitatis est, quod, cui re titulo *lucrativo*, v. g. ex *donatione*, *legato* &c. acquisita evincitur, propriè datum non patitur, sed lucrum quoddammodo ei decebat; econtra in contractibus *onerofis*, is, cui res evincitur, in damno constituitur, dum re illa privatur, quam non sine mutua præstatione acquisivit. Quare in contractu *emptionis*, si emptori res evincaatur, venditori incumbit, præstare emptori, quantum ejus interest, rem fuisse evictam. *l. 3. § 17. C. de Evict.*

78 Porro, ut venditor dura hac evictio-
nis lege teneatur, necesse est I. ut ipse
suo nomine, & jure, rem emptori, cui
evincitur, tradiderit, hinc creditor, qui
pignus distraxii, emptori de evictione
non tenetur, quia non suo nomine, &
jure rem tradidit. *l. 10. l. 12. §. 1. ff.*
de Distraict. pign. II. Ut res, quæ
evincitur, ab emptore jam fuerit posse-
sa. Si pars tantum evincatur, viden-
dum est, an pars *homogenea* fuerit, vel
heterogenea. Dicitur autem pars *ho-
mogenea*, quæ ejusdem cum *toto* no-
minis est, ut v. g. quælibet particula
fundi, aquæ, auri &c. nomen fundi
aquæ, auri participat. *Heterogenea* vero
pars illa dicitur, quæ diversum
nomen habet à *toto*. Sic *manus*, quam-
vis sit pars hominis, non tamen dici-

tur *homo* *l. 56. §. 2. ff. de Evict.* pars
navis non est *navis* *l. 44. ff. eod.* Usus
hujus distinctionis quo ad hanc mate-
riam est iste: si pars *homogenea* sit evi-
cta, tenetur venditor non minus de evi-
ctione, quām si totum fuisset evictum,
agitūque contra venditorem tum actio-
ne *ex stipulatu*, tum actione *empti*. *l. 1.*
ff. de Evict. l. 46. princ. ff. de Solut. Ra-
tio est, quod, cum pars nomen totius
referat, ea evicta, ad modum totius re-
ctè agatur. *Arg. l. 45. ff. de Evict.* Si
pars *heterogenea* evicta sit, tunc rursus
dispiciendum, an continetur sub ali-
quo *toto integrali*, quale totum dicitur
v. g. *domus*, *navis* &c. num verò sub
aliquo *toto collectivo*, & aggregato per
accidens, ut v. g. est *grex ovium*, *acer-
vus lapidum* &c. Priore casu non pra-
estatur evictio per actionem *ex stipulatu*,
sed tantum agitur ex *empto* ad interesse
propter partem per *l. 56. §. 2. ff. de Evict.*
Ratio est, quod actio *ex stipulatu* sit
stricti juris, consequenter ad partem,
quæ nomen totius non referat, tanquam
ad aliquid distinctum extendi non de-
bet, actio verò *empti*, cum sit *bona fidei*,
quousque æquitas trahit, latissimè se
porrigit. Cujus tamen distinctionis in
foris Germaniæ nullum usum esse, testa-
tur *Stryck. ad tit. de Evict. §. 28.* *Schil-
terus Exercit. 34. §. 23.* sed potest ob-
quacumque partem *simplex rei pre-
mium*, & id, quòd interest emptoris, ex
empto agi. Posteriore casu, si totum
per averiōnem sit venditum, venditor
nullatenus de evictione tenetur, modo
tot corpora, vel capita remaneant, ut
nomen totius adhuc retineat. *l. 5. ff. de
Evict. l. 1. C. eod.* Sin verò in singula
capita, vel corpora speciale *preium* sit
constitutum, tunc, sicut singula capita

videtur esse vendita, ita quoque ob singula capita, vel corpora evicta singulae dantur actiones ad evictionem præstandam. *arg. l. 72. ff. de Evid.* Magnif. P. Schmier lib. 3. tract. 3. cap. 2. à n. 214. Stryck. ad tit. *ff. de Evid.* §. 27. & seq. III. Requiritur, ut res auctoritate judicis fuerit evicta. *l. 24. ff. de Evid.* Hinc, si emptor, postquam illi de re possessa controversia mota fuit, in arbitrum sponte compromisit, cessat obligatio præstandi evictionem. *l. 56. §. 1. ff. d. t.* duas limitationes subiungit Stryckius *cit. tit. §. 10.* ubi vide. Item, si cum evincente transegit, *l. 17. C. de Evid.* hoc enim, quia sine venditoris consensu fecit, merito ipsi contra eum regressus denegatur, quippe, qui sub hac duntaxat conditione emptori de evictione tenetur, si res per Sententiam judicis fuerit evicta. Stryck. *d. t. §. 12.* IV. Requiritur, ut res evicta sit sine culpa emptoris; & ideo, si vel exceptiones sibi de jure competentes. V.G. *Prescriptionis* non opposuit, aut à sententia, per quam res est evicta, non appellavit, aut siquidem appellavit, eandem rursus sua culpa deseruit, venditor à præstatione evictionis liberatur. *Vid. l. 56. §. 3. ff. de Evid. l. 63. §. 2. ff. eod.* Exceptionem facit Modestinus ibidem §. 1. si venditore præsente condemnatus sit emptor. V. Requiritur, ut emptor laudet suum venditorem, id est, ut eidem item sibi motam fuisse tempestivè denuntiet, petatque, ut veniat, sibiique assistat. *cap. 7. & ult. h. t. l. 55. §. 1. ff. l. 8. 9. & 17. C. de Evid. l. 1. C. de Peric. & commod. rei vend.* Dixi, tempestivè, adeoque facienda eo tempore, ubi adhuc integra est defensio, non verò post tempus probationum,

vel exceptionum jam elapsum. *l. 29. §. 2. ff. de Evid.* Tutius subinde ager, emptor, si ante item contestatam id fecerit. *l. 29. §. 3. ff. de legat.* 3. hæc denuntiatio ita necessaria est, ut absque ea non detur regressus adversus venditorem *l. 8. C. b. t.* Quodsi tamen jus Authoris notoriè injustum, vel necessitas denuntiandi pacto fuerit remissa, denuntiatione opus non est. *l. 63. princ. ff. de Evid.* Plures casus, in quibus venditor de evictione non tenetur, referunt, & exponunt interpres ad *tit. ff. & C. de Evid.* & Canonistæ ad *cap. ult. h. t.*

Sed quid, si venditor item empto-⁷⁹ ri fuisse motam aliunde sciat, an tunc denuntiatione opus erit? Etiam hoc casu denuntiatione opus esse censeo cum Covarruv. *var. resolut. l. 3. cap. 17. num. 3. Fachin. lib. 2. cap. 35.* ex ea ratione, quod denuntiatio non tam requiritur, ut venditor sciat, item emptori motam, sed ut ei assistat in lite, adeoque, ut sciens aliquid faciat. *Arg. l. 17. §. 1. ff. ad Leg. Jul. de Adult. & l. 32. princ. ff. de Usur.* Ex quibus probatur, neminem in mora constitui, nisi interpellatum. Hinc non sufficit, ut certus sit de lite mota, sed certiorandus est de desiderata assistentia, quia *dd. II. apertè, & generaliter requirunt denuntiationem, & nullum casum excipiunt.* Quodsi verò per venditorem steterit, quo minus lis ei denuntiaretur, ut, si latitaret &c. nihilominus tenebitur de evictione. *l. 55. ff. de Evid.*

Ab hac denuntiationis lege eximunt Ecclesiam Covarruv. *l. 3. var. resolut. cap. 17. Tuldenus ad Tit. ff. de Evid. cap. 6.* modo venditor sciverit, item Ecclesiæ fuisse motam. *Ratio*

(P)

co-

eorum est, quod hoc procedat in *Minoribus*, qui debitorem citra interpellationem in mora constituant. l.3. C. in quib. caus. in integr. restit. ita, ut venditor sciens, ei litem fuisse motam, etiam citra denuntiationem eidem assistere debeat: cum igitur Ecclesia gaudeat per omnia jure, & privilegiis *minorum* Arg. cap. 1. de Restit. in integr. & nos in *Dissert. preambul.* probatum dedimus, idem etiam de Ecclesia quo ad hoc punctum tenendum est. Exceptio hæc displicet Boehmero, tum quod elumbe sit argumentum, quod dicitur à *Minore* ad Ecclesiam: tum, quod *interpellatio*, & *litis denuntiationis* sint duo admodum diversa, dum illa adhibetur, ut debitor constituantur in mora; hæc vero, ut venditor praeparatus, & instructus veniat ad assistendum emptori. Licet ergo cit. l.3. C. in quibus caus. in integr. interpellat ipso jure debitores *minorum*, & Ecclesie ad solvendum, alioquin eos in mora constituant, non tamen sequitur, quod hæc interpellatio habeat etiam vim *litis denuntiationis*, venditorēmque obliget, ut ultrò veniat, & Ecclesiæ, cui super re vendita lis mota est, assistat. Ita sentit, & scribit Boehmerus ad b. tit. §. 10. ubi in fine assertionem suam rursum ita mitigat: *Per indirectum tamen, inquiens, ad hunc* (scilicet regressum adversus auctorem suum) *admitti potest, si contra omisam litis denuntiationem petat restitucionem in integrum, cum alioquin admodum ledetur, si regrefsus ei denegaretur.* Verum inania sunt hæc Boehmeri terriculamenta. Etsi enim non negemus, alio fine fieri venditori *litis denuntiationem*, & alio fine debitori, in facienda solutione pandicu-

lanti, *interpellationem*, utroque tamen casu idem ut sequatur effectus, scilicet, ut debitor, & venditor in mora constituantur, dicere absurdum non est; nam idem favor ætatis in *Minore*, & Religionis in *Ecclesia*, qui ex cit. l.3. dignus videbatur, ut ipsa lex interpellet morosum debitorem ad solvendum, etiam in nostra hypothesi dignus est, ut venditori, qui non nescius est, intentatæ litis, ipsum jus litem denuntiet in ordine ad assistendum; ideoque, si non compareat, merito ipsum in mora, sibi soli nociva, constituat. Unde ad illud subsidiarium juris auxilium scilicet *restitutionem in integrum* recurrere opus non est.

Concurrentibus itaque omnibus il-80 lis requisitis, quæ suprà enumeravimus, emptor, ejusque hæredes actione ex *empto* vel ex *stipulatu*, si stipulatione speciatim evictio promissa est, contra authorem, sive venditorem agunt, ejusque hæredes, & quidem contra singulos *in solidum* l.51. §. fin. ff. b.t. (quod etiam intellige, si plures venditores fuerint l.62. §. 1. ff. eod.) nec non contra fiduciarios in subsidium l.40. ff. l.7. §. 11. C. de *Evid.* (qui etiam Authores secundi appellantur l.4. ff. d.t.) absque eo, quod ipsis lis denuntietur. d.l.7. C. de *Evid.* ad restituendum pretium rei. l.70. ff. b.t. ad damnum, & quantum interest emptoris, rem evictam non esse d.l.70. & l.17. C. eod. & ad sumptus litis, aliósque, quos ab evincente servare non potuit l.9. C. eod. refundendos, ubi tamen refert, an actione ex *stipulatu*, vel ex *empto* emptor agat. Prior enim actio, quia *stricti juris* est, l.56. §. 2. ff. de *Evid.* id tantum continet, quod expressè promis-

sum

sum est, & consequenter attenditur tempus initia venditionis l. 1. l. 64. princ. ff. d. t. Posterior verò largior, utpote *bona fidei ea*, quæ paulo ante recensuimus, persequitur, fitque estimatio danni, sumptuum, & interesse secundum tempus evictionis. l. 13. l. 66. §. 3. l. 70. ff. d. t. Böhmer. in introd. ad *jus Digest. ad d. t. num. 15.* Quo autem effectu plures venditores, aut hæredes in solidum convenientur, & quomodo hæres fidejussoris? Discutit, & solidè resolvit Illustr. & Clariss. D.D. de Herz in *Magistr. lib. 2. addit. ad cap. 1. tit. 4. §. 1. num. 4. & 6.*

81 Quaritur VI. Quibus remediis emptori prospectum sit, si venditor illi rem vitiosam tradiderit? Respondeo, duplex eo casu prodita est actio ex *edilitio editio, redhibitoria nimurum, & estimatoria.* Prior agit emptor, ejusque hæredes contra venditorem, & ejus hæredes ad rem redhibendam, seu iterum habendam, sive recipiendam, & restituendum pretium cum usuris, & interesse. l. 29. §. 2. ff. de *edilit. edit.* & ad *damna culpa lata, & levi data resarcienda.* l. 23. §. 1. ff. d. t. immo emptor rem emptam non prius restituere tenetur, quām ratione vitii indemnisservatus fuerit d. l. in fin. Alteram, *estimatoriam*, sive *quanti minoris* eo fine instituit emptor, ut venditor refundat, *quanti minoris* rem emisset, si ejus vitium scivisset. Datur hæredibus, & contra hæredes. Priori actioni locus est, quando cognito vitio res ne quidem minori pretio empta fuisset. Posteriori, si emptor, habita quoque vitii notitia, rem nihilominus emisset, sed minori pretio. Et siquidem venditor vitium sciverit, præter refusionem pre-

tii etiam ad interesse convenitur. l. 1. C. de *Ædilit. act.* secus ad solum premium cit. l. 1. §. 1. nisi venditor artifex fuerit, vel artem professus sit, juxta quam aliquid vendidit, tunc enim ad omne damnum tenebitur, sive vitium rei sciverit, sive ignoraverit l. 19. §. 1. ff. locat. oportet tamen, ut vitium præcesserit venditionem, quod enim sequitur, emptoris periculo cedit. l. 3. C. de *Ædilit. action.* ideoque emptoris, cum actoris vices sustineat, erit, probare vitium rei emptionem præcessisse, quia actori incumbit probatio. Stryck. ad *tit. de Ædilit. edit. §. 26.* Cessabit tamen hoc edictum, si res quidem ab initio vitiosa veniisse ab emptore probabitur, vitium tamen pendente adhuc lite sublatum fuerit. l. 16. ff. d. t. Licet autem alias morbus, & vitium distinquantur, ita, ut ille sit temporalis quædam corporis imbecillitas, hoc verò perpetuum ejus impedimentum. l. 101. §. 2. ff. de *V.S.* In ordine tamen ad has actiones nil interest, quarum prima durat per sex duntaxat menses, utpote magis odiosa, quia ad contractus rescissionem tendit; altera per annum, quia tantum excessum pretii repetit. l. 2. C. de *Ædilit. act.*

Vitia, ut huic editio locus sit, regulariter corporis esse debent, l. 1. §. 10. & seq. l. 2. ff. de *Ædilit. edit.* eaque latentia l. 14. §. ult. ff. d. t. aliquando tamen ob vitia quoque *patentia* hoc editum datur, de quo consule Stryck. ad d. t. §. 8. Vitia *animi* non æquè huic edito substant, nisi venditor ea præstare promiserit, aut falso abesse dixerit, aut tale sit, quod usum quoque corporis impedit. l. 3. & 4. ff. d. t. ubi vitii, *morbique* appellatio nonnisi ad

P 2 cor-

corpora pertinere dicitur: **exempto** tam
men agi contra venditorem poterit em-
ptor, si sciens id vitium reticuerit. *l. 2.*
§. penult. ff. eod. Quodsi vero emptor
illud facile deprehendere potuisset, ut
si externum fuit, homo v. g. cæcus, gib-
bosus, mutus &c. iterum edicto locus
non erit. *l. 3. ff. d. t.* multò minus, si
vitii à venditore admonitus fuerit. *l. 48.*
§. 3. §. 4. ff. d. t.

Qua verò actione emptori consul-
tum erit, si venditor re redhibita pre-
mium restituere moretur? Respondeo
competere ipsi *actionem in factum*, quæ
in hoc reliquis duabus præstantior,
ipsiisque emptori favorabilior est, quod
sit *perpetua*, quidquid obloquatur
Treutlerus *Vol. 2. Disput. 2. Thesi 4.* qui
hanc non minus, ac reliquas ædilitias,
temporalem esse judicat. Verùm re-
ctius Bachovius *ibidem Lit. B.* sentit,
eam esse *perpetuam*, eo quod nihil
aliud gravaminis venditori imponat,

sed solutum duntaxat premium per-
quatur. Et licet, tam hæc, quæm prior-
es duæ, ad actiones *honorarias*, sive
Prætorias referatur, perpetuitati tamen
ejusdem nihil officit, quia etiam actio-
nes *Prætoriae*, quæ contractum Jure
Civilis validum non rescindunt, nec
pœnales sunt, perpetuitate gaudent,
l. 35. ff. de O. §. A. Stryck. de *Ædilit.*
edit. §. 34. qui etiam cum Bachovio
loc. cit. *conditionem sine causa* (quæ
perpetua est) emptori adjudicant.

Illud finaliter notandum est, quod
ex recensitis duabus actionibus *Ædiliti-*
tis altera alteram consumat, nec prima
electa, si actor succumbat, ad alteram
transitus concedatur. *l. 25. ff. de except.*
rei jud. id tamen fraudi non erit em-
ptori, quo minus post lapsum sex men-
sium *redhibitoria* exclusus, intra an-
num adhuc *estimatoria* agere possit.
l. 42. §. 2. ff. d. t.

§. VII.

Qualis effectus ex parte Emptoris nascatur?

S U M M A R I A.

- §. 2. Effectus consistit in obligationibus, quas emptor habet adversus venditorem, queque singillatim hic enumerantur.* *§. 3. Usuræ pretii ante rei traditionem à venditore rectè petuntur.* *§. 4. Non etiam re tradita, aut fide de pretio habita.* *§. 5. Cur res vendita etiam ante traditionem sit periculo emptoris, alio-
rum sensa referuntur.* *§. 6. Nos sub distinctione huic periculo emptorem sub-
sistimus.* *§. 7. Venditor debet in casum amissæ, vel deterioratæ rei emptori ce-
dere actiones, quas adversus corruptentes aut perdentes habet.* *§. 8. 9. Pe-
riculum rei emptæ in duobus casibus non est penes emptorem.* *§. 10. 11. Quid eo
casu, ubi emptio ad mensuram, pondus, aut numerum celebratur, §. nun-
c pondus, mensura §. demonstrative vel restrictive accipiendum sit, declaratur.*
§. 12. Effectus remotus exponitur.

Ef-

82 **E**ffectus ex parte emptoris consistit in obligationibus, quibus is venditori devinctus est. Harum I. est, quod teneatur venditori pretium conventum, justum, & integrum tempore præsinito solvere *l. 11. §. 2. ff. de act. Empt.* & post rei emptæ traditionem etiam ad usuras pretii, eoque nomine actori contra emptorem competit actio venditi. *l. 13. §. 19. & seq. ff. & l. 5. C. cod.* æquissimum enim est, ut, cum emptor rei venditæ emolumenta percipiat, usuras pretii nondum soluti pendat, ne alias simul fructus ex re perceptos lucretur, & pretium retineat, venditor vero utroque careat. II. Tenetur ad sumptus refundendos, quos venditor in re fecit vel necessarios, vel utiles, v. g. si quid in ædificiis reparationem erogavit, ægri servi curationem, aut funus ejusdem, si tamen is sine culpa venditoris ante traditionem mortuus esset. *d. l. 13. §. 22.* III. Ad damna, & incommoda præstanta, quorum causa fuerit emptor, ut quia v. g. non ablato tempestivè vino vasis uti non potuerit venditor. *l. 1. §. 3. ff. de Peric. & commod. rei vend.* aut, si venditor plus debito præstiterit, ut si prædium serviens vendiderit, & liberum præstiterit, tenetur emptor pati, ut prædio servitus imponatur.

83 Id jam in Controversiam trahi video: An etiam usuræ pretii ante rei traditionem à venditore rectè petantur? Ratio dubitandi, & negandi est, quod *cc. II. tantum loquantur post diem traditionis, & ratione perceptorum fructuum per emptorem ex possessione rei, quam nactus fuerit.* Attamen contrarium verius esse judico cum *Covarruv. lib. 3. var. resolut. cap. 11. Zoël.*

ad *ff. tit. de act. Empt. num. 24.* usuras scilicet pretii etiam ante traditionem mercis peti posse, quia ratio illas petendi non tam in mora emptoris post traditionem, sed potius ob perceptos fructus, quos etiam ante traditionem emptor cedere, priori §. diximus, exurgit, ita, ut usuræ istæ sint *compensatorie.* Jure etiam Canonico licitæ, id quod colligitur ex *l. 16. ff. de Usur.* ubi negatur, emptorem usuras pretii deberet, quod fructus non percepit: ergo à contrario, si fructus percepit, ad usuras tenebitur. Quodsi igitur emptor fructus ex re empta, utpote sterili, nullos percepit, ad usuras etiam conveniri non poterit, ut colligitur ex ratione, & verbis *l. 5. C. de act. empt. & d. l. 16. in fin. ff. de Usur.* *Fachin. lib. 2. Controv. cap. 31. Covarruv. cit. lib. cap. 4. num. 3.* Nec quidquam officit *l. 2 C. de Usur.* tametli enim ibi casus duntaxat traditionis exprimatur, tamen hæc lex per alias jam allegatas exponi debet, quæ se non tam in traditione, quam perceptione fructuum fundant.

Quod si vero venditor rem venditam tradiderit, & insuper fidem de pretio habuerit, vel dilationem solvendi sponte dederit, adeoque plenum dominium in emptorem transtulerit, verius videtur, usuras pretii peti non posse, licet tamen apponi paclum, ut emptor solvat, quod venditoris intererit, ratione lucri cessantis, vel damni emergentis ob non solutum pretium. *Zoël. ad tit. de act. empt. num. 25.*

Cum in *preced. §. dictum fuerit,* quod contractu emptionis venditionis perfecto etiam ante traditionem omne commodum, & periculum rei venditæ in emptorem transeat, ipsique res pereat.

reat, non venditori *l. 24. §. 4. ff. b. t.*
§. 3. J. b. t. tametsi venditor ejus rei
 dominium nondum amiserit, eam cu-
 ram rei adhuc huerit, quām diligens, &
 solers paterfamilias suis rebus adhibet,
 qua scilicet *culpa levis* excludatur. *l. 3.*
ff. de Peric. & Commod. rei vend. Per
 periculum autem intelligitur casus for-
 tuitus, si vel res tota, vel pars ejus per
 vim extrinsecam, pereat, aut interno
 quidem vitio, sed ex causis naturali-
 bus proveniente, aut, si illa injuste ab
 alio fuerit surrepta. Puffendorff *de J.*
N. & G. l. 5. cap. 5. §. 3. Ideò jam
 inquirendum est, an, quod ita jure ci-
 vili statutum est, æquitatem habeat.
 Grotius equidem *de J. B. & P. lib. 2.*
cap. 2. §. 15. hanc juris civilis ordina-
 tionem inter commenta rejicit. Com-
 muniter ergò ista ratio ab AA. afferri
 solet, quod venditor sit debitor certæ
 speciei (de hac enim procedit quæstio)
 qui ejus interitu, sine culpa sua inter-
 veniente, ab obligatione liberatur. *l. 23.*
ff. de V. O. l. 5. ff. de R. C. l. 30. §. 4. ff.
ad Leg. falcid. Verum displicet hæc ra-
 tio, quia cc. II. tantum loquuntur de
 causis *lucrativis*, ubi haud dubio du-
 rum foret, si, qui rem gratis alteri pro-
 misit, illa perdita, ejus æstimationem
 præstare teneretur. Unde aliam ra-
 tionem reddunt Haynold & Lugo,
 quod, cùm emptor velit commodum
 rei venditæ, etiam non traditæ, ut
 fructus, accessiones, iniquum haud sit,
 ut etiam incommodum, hoc est, de-
 teriorationem, aut interitum rei sen-
 tiat, eique quasi domino pereat, quod
 ei quasi domino fructificavit; censetur
 enim fictione juris esse dominus, eo
 ipso, quod actionem personalem ad
 rem venditam petendam habeat, etenim,

qui actionem habet, rem ipsam habere
 videtur. *l. 15. ff. de R. J. l. 143. ff. de V.*
S. l. 28. de Negot. gest. Deinde vendi-
 tor hoc casu emptori solum obligatur
 actione personali, & vicissim emptor
 nondum tradito pretio etiam actione
 personali: ergò, si venditori impossibi-
 lis redditur traditio, extinguitur ob-
 ligatio; cùm vero à contrario pretii so-
 lutio adhuc possibilis maneat, manebit
 quoque obligatio.

Mihi cum Puffendorff *cit. loc. 86*
 sic placet distinquare: an res perierit ex
 mora, quæ necessaria est, ad hoc, ut
 contractu per consensum perfecto, res
 tradi, aut sibi in loco emptoris possit,
 ut, si v. g. pecora, quæ venditor in
 pascuis remotis habebat, vendita sint,
 & interim, dum à venditore adducun-
 tur, à latronibus, lupis, aut alio casu
 intercipiuntur. Et hoc casu puto, pe-
 riculum non esse emptoris, sed vendi-
 toris, & habebit locum illa juris ma-
 xima ex *l. 9. C. de Pignerat. act.* quod
 res pereat suo domino. Neque enim
 tali casu emptor fingi potest dominus,
 ut ut ei actio ad rem venditam jam sit
 quæsita, quia hactenus ex re vendita
 nullum commodum sensit, aut sentire
 potuit, cuius intuitu tamen dicitur
 omne periculum esse emptoris. Quod si
 interitus rei ex mora venditoris accide-
 rit, procul dubio ipse solus damnum
 ferret *l. 4. l. fin. C. de Peric. & Commod.*
rei vend. *l. 51. princ. ff. de Act. empt.*
 Sin vero emptor in mora fuerit, quo
 minus rem venditam acceperit, æquum
 est, ut ipsius periculo rei interitus sit.
 Rationem reddit Puffendorff. nam eo
 ipso momento, quo res ex contractu
 debebat tradi, & per venditorem non
 stetit, quominus traditio fieret, domi-
 nium,

nium, quatenus merum jus, & facultatem moralem notat, in emptorem transibat, resque ad ipsum solum pertinere incipiebat. Summa insuper impudentia foret, si emptor ratione rei non commendatae, ubi venditor eam ex humanitate recepit, præstationem fortitorum casum requereret. Quin nec tunc exigere posset, si emptor rei venditæ custodiam tantisper venditori commendasset, cum depositarius casum fortuitum non præstet.

87 Interim id omnino aequum esse censemus, ut actiones, quæ venditori propter rei amissionem deteriorationem, aut interitum v. g. contra furem rei vindicatio, conditio furtiva, actio furti, aut contra eum, qui culpa rem deteriorem fecit, actio legis Aquilie, emptori cedantur, prout etiam id jure cautum est, in §. 3. f. b. t. l. 14. ff. de Furt. lib. 35. §. 4. ff. de Contrab. empt. l. 31. de Act. empt. Lauterbach ad tit. ff. de Peric. & Commod. rei vend. §. 45. cum aliis ibidem.

88 Hæc verò regula, quod periculum rei venditæ sit penes emptorem, fallit I. in contractu conditionato, si res vendita pereat ante impletam conditionem. l. 8. ff. de Peric. & Commod. rei vend. l. penult. C. eod. Cum enim tali casu merx post impletam conditionem non amplius existat, nec emptio venditio sine illa existere poterit: aliud, si res vendita solum deterioretur, aut pars rei venditæ pereat, tunc enim, cum purificata conditione contractus retrotrahatur ad tempus initæ conventionis per l. 8. ff. de Peric. & Commod. rei vend. damnum erit emptoris. Idem dicendum, si dies adjiciatur emptioni, quia solet communiter traditioni adji-

ci, unde contractum emptionis venditionis non facit imperfectum, aut conditione suspensum, & consequenter periculum statim in emptorem transit. Lauterbach, cit. tit. §. 12.

Fallit II. si res vendatur ad explorationem, gustationem v. g. vini, probationem equi &c. tunc enim contractus æquè sub conditione censetur esse initus, ac subinde, antequam gustatio, vel probatio fiat, periculum erit venditoris. l. 1. §. 4. f. 1. ff. b. t. Idem est, si res emantur ad pondus, numerum, vel mensuram, v. g. ex determinato grege certæ oves, ex acervo tritici sex modii, duæ urnæ ex dolio vini, pretio in singulas oves, modios, urnas statuto; tunc enim ante numerationem, mensuram &c. censabitur contractus adhuc imperfectus l. 35. §. 5. 6. §. 7. ff. de Contrab. empt. l. 2. C. de Peric. & Commod. rei vend. Aliud dicendum, si res per aversionem, vulgo überhaupt vendatur, v. g. dolium, grex ovium, acervus frumenti, hoc quippe casu periculum erit emptoris, quod venditor in eum tali casu avertere dicitur. d. l. 35. §. 5.

Quid autem in hoc casu, si res v. g. non ad mensuram vel numerum, sed omne vinum, quod est in dolio, emantur, præcio tamen non in totum dolium, sed in singulas urnas concepto, ut, si dicatur: Emo hoc vini dolium, singulas urnas per 10. fl. vel emo totum frumenti plaustrum, singulas scaphas per 6. fl.? Probabilius judico, cum Wessenbeccio in Paratitl. de Peric. & Commod. rei vend. num. 3. & Lauterbach. ad d. t. §. 13. talem conventionem ad mensuram factam esse sub ea conditione, ut tantum sit emptum, quantum ad-

admensum fuerit, adeoque ante ad mensurationem periculum interitus sit vendoris. cit. l. 35. §. 5.

91 Qualiter emptio venditio rei consistentis numero, pondere, vel mensuram expressione quantitatis demonstrativa, vel restrictiva fieri possit, & qualiter magis ad *corpus*, quam ad *quantitatē* facta censeatur, & quis utriusque effectus, id à nobis jam §. 1. ad h. t. num. 5. & seqq. expositum fuit. Videatur etiam Haunold. *Tract. 10. cap. 1. controv. 10.*

92 Effectus remotus est actio empti, quae datur emptori, & ejus heredibus adversus venditorem, & ejus heredes ad præstandum omne id, quod inter

partes convenit, aut, si nihil expressum convenit, ad id, quod jure empti continetur, & quæ emptioni naturaliter insunt. l. 6. §. 8. l. 11. §. 1. ff. de *Att. empt. l. 15. ff. de dol. mal. except.* Quo verò cum effectu emptor actionem hanc movere possit, debet is pretium jam solvisse, aut obtulisse. l. 13. §. 8. ff. de *Att. empt. l. 8. princ. C. eod.* aliás eum vendor exceptione pretii non soluti repellet dd. II. de qua vid. Gail. lib. 2. *obser. 17. per tot. & ratio est*, quod, qui prius vult agere, prius etiam contractum adimplere teneatur. d. l. 13. §. 8. Knippschildt de *Contract. exercit. 8. num. 23.*

§. VIII.

Quomodo Emptio Venditio ex Læsione immodica rescindatur?

S U M M A R I A.

93. *Emptio Venditio variis ex causis rescindi potest, præcipue tamen ex capite læsionis immodice.* 94. *Quomodo læsio computari debeat, ut dicatur immodica?* 95. *An beneficium l. 2. C. de rescind. vend. utriusque tam emptori, quam venditori communicetur?* Resolvitur affirmativè. 96. *Quomodo computatur læsio immodica tam ex parte emptoris, quam venditoris?* 97. *An obligatio reparandi damnum ex immodicitate pretii venditori causatum sit alternativa?* Bœbmeri negantis fundamenta referuntur. 98. *Et refelluntur.* 99. *An hæc optio etiam detur venditori?* Resolvitur affirmativè. 100. *An, si emptor eligat restituere rem venditam, teneatur etiam fructus interim, & ante l. c. perceptos restituere?* Affirmantium momenta recensentur. 101. *Nos negamus.* 102. *An venditor sciens rem pluris valere, vilius vendendo posfit uti beneficio hujus legis?* 103. *An hujus legis beneficium etiam aliis Contractibus communicetur?* 104. *In quibus casibus cesseret?* 105. *Cur beneficium hujus legis non detur infra dimidium læsis?* 106. *Graviter læsis competit actio ex vendito, rejectis aliorum opinionibus.* 107. *Quæ durat 30. annis, tametsi Ecclesia venditrix sit.* 108. *Qualiter ex retractu rescindatur?*

93 **Q**uanquam contractus *emptionis venditionis* variis modis dissolvi possit, nempe vel mutuo con-

sensu, readhuc *integra*, hoc est, si nec merx à venditore adhuc tradita, nec pretium ab emptore solutum, quia nihil

hil tam naturale est, quam eo genere quidvis dissolvi, quo colligatum est. *l.35. 100. § 153. ff. de R. J.* Quodsi enim, vel pretium solutum, aut merx tradita sit, mutuus consensus non sufficit, sed retrotraditione opus est. *l.3. ff. de Rescind. vendit. §. fin. J. quib. mod. tollit. obligat. l. 1. C.* quando liceat ab empt. vel rursus per pæta, quæ à partibus adjici solent, vel, si res empta evincatur, aut, ex ædilitio edito, si res vitiosa vendita sit, de quibus omnibus jam §§. antecedentibus actum est, famosissimus tamen dissolvendæ, & rescindendæ venditionis modus est, læsio *immodica*, sive ultrà dimidium iusti pretii; habet ille sedem in *l. 2. C. de Rescind. vend.* ubi Imperatores Diocletianus, & Maximianus in hæc verba rescriperunt: *Rem majoris pretii, si tu, vel pater tuus minoris distraxerit, humanum est, ut vel pretium te restituente emptoribus, fundum venumdatum recipias, auctoritate judicis intercedente, vel, si emptor elegerit, quod deest justo pretio, recipias.* Minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit. Quoniam verò genuinus legis hujus sensus non culibet obvius est, idcirco lubet eum per distinctas quæstiones declarare.

94 Quæres I. Quomodo læsio computari debeat, ut dicatur *immodica*? Respondeo, esse præprimis respicendum ad pretium, quo res ejusmodi communiter solet emi, non verò pro privato, & singulati vel ementis, vel vendentis affectu. *Arg. l. 33. princ. ff. ad leg. Aquil.* II. Esse quoque attendendum ad locum, ubi res venditur, si quidem contractus in genere secundum consuetudines locorum, in quo con-

trahitur, regulari solet. *l. 6. ff. de Evid.* Gail. *l. 2. observ. 9. num. 5. § 6.* III. Tempus præsens contractus, non præteritum, aut futurum; idèò, qui rem tempore belli minori pretio vendidit, quam fortè, altero tanto tempore pacis pluris vendidisset, non videtur esse graviter læsus, uti nec is, qui fundum pretio ordinario, & communi vendidit, in quo deinde emptor thesaurum aut venam metallicam invenit. *Arg. §. 40. J. de R. D. l. 67. ff. de R. V.* quia emptoris lucro, aut damno est, quod contractui supervenit. Molin. *Tract. 2. disp. 353. num. 12. Tuld. ad C. h. t. n. 8.*

Quæres II. An beneficium *l. 2. ex 95* mente Imperatorum æque emptori, ac venditori concessum sit? Respond. Affirmative. Ratio est, quod hoc beneficium primario propter merita causæ, non personæ concessum sit, hinc, cùm eadem ratio pugnet pro emptore, quæ stat pro venditore, etiam eadem Juris dispositio, maximè, cùm favorabilis sit, ad utrumque ex mente concedentium extendenda est. *Arg. l. 12. § 13. ff. de ll. & præterea, cùm emptor, & venditor sint correlativi, & de natura correlativorum est, ut, quod de uno jure cautum est, in altero quoque observetur, quando ex utraque parte eadem est æquitatis ratio, prout hic. Haunold. tract. 10. cap. 1. controv. 24. num. 240.* Nec obstat, quod objicit Cujacius *lib. 16. observ. 18.* legem de solo venditore loqui, hoc enim ideo factum est, quod ibi Imperatores de solo venditore interrogati fuerint; interim cùm ex causa *humanitatis* se ad hoc beneficium concedendum motos suisse dicant, apicum est, quod idem de emptore dictum voluerint.

(Q)

Quæ-

26 Quæres III. Quomodo læsio immodica, sive ultra dimidium justi pretii tum ex parte venditoris, tum ex parte emptoris computandum sit? Respondeo, ex parte quidem venditoris rem esse expeditam; si enim merx æstimetur, quanti valuerit tempore contratus, pretio saltem *infimo* (quia majori emere obligatus non fuit emptor) & respiciatur, quid acceperit, facile patet, an ultra dimidium læsus fuerit; si enim justum equi v. g. venditi pretium est 100. venditor verò non accepit dimidium hujus pretii, quod est 50. sed minus, v. g. 48. tunc utique læsus est ultra dimidium.

Quoad emptorem verò maxima est difficultas, an computatio ista facienda sit cum respectu ad pretium justum, vel cum respectu ad mercem acceptam: si priùs, tunc, qui emit equum valentem 100. & dedit 151. jam dedit ultra dimidium justi pretii: ergo erit læsus ultra dimidium pretii dati. Si posterius, sive cum respectu ad mercem acceptam, tunc, qui pro eodem equo valente 100. dedit 200. nondum erit læsus ultra dimidium, quia accepit medium illius, quod dedit; sicut venditor, qui eundem equum vendidit pro 50. læsus non est ultra dimidium, quia accepit medium ejus, quod dedit, nempe equum valentem 100. Et econtrà sicut venditor læsus est ultra dimidium, si nequidem medium accepit ejus, quod dedit, pro 100. v. g. tantum 49. ita & emptor ultra dimidium læsus erit, si nequidem medium acceperit ejus, quod dedit, nempe pro 200. tantum 99.

Posteriorem hanc computationem amplectuntur Fachinæus lib. 2. cap. 16. Peres. C. ad b. t. Zoëli in Decret. b. t.

num. 17. Panormit. ad cap. 3. h. t. n. 2. Oldendorp. 4. Att. class. att. 1. & novissimè Clariſſ. P. Placidus Böckhn in Comment. ad b. t. num. 98. cum plurimis aliis. Secundum quos tunc quis læsus dicitur ultra dimidium, si plus quam duplum dedit, minus autem quam dimidium dati accepit, sive, si quis non accepit dimidium ejus, quod dedit. Et hoc contingit secundum posteriorem computationem tam in venditore, quam in emptore. Et ideo hi authores monent, attendendum esse quoad emptorem, an res empta valeat minus, quam dimidium justi pretii, incipiendo in computatione à re empta, non à pretio dato. Sicut enim venditori pretium est rei venditæ æqua æstimatio; ita emptori res empta nil aliud est, quam pretii conventi justa pensatio: ergo sicut venditor enormiter læditur, si pretium non adæquat medium æstimationem, seu valorem rei; ita emptor enormiter lædetur, si pretium conventum ne quidem pro dimidio compensetur per rem emptam, seu traditam, ut, sicut in venditore læso res duplo supervaleat pretio accepto, ita in emptore pretium duplo supervaleat res empta. Et hanc sententiam in Camera Imperiali approbatam testatur Mynsinger cent. 4. observ. 73. eamque pluribus munit argumentis laudatus P. Böckhn cit. num. 98. ubi in seqq. contrariis solidè satisfacit.

Pro priore computatione stant Co-
varuv. var. resol. lib. 2. cap. 3. num. 8.
Canis. b. t. num. 13. Goinez var. resol. lib. 2. cap. 2. n. 22. Molin. disp. 389.
n. 2. Magn. P. Schmier lib. 3. Tract. 3.
cap. 2. num. 237. & Clariss. DD. Per-
grini ad b. t. I. num. 11. qui etiam in
cm.

emptore ad justitiam pretii respici volunt, ita ut, sicuti venditor dicitur laesus ultra dimidium, si minus dimidio justi pretii, accepit, v.g. pro re valente 100. duntaxat 49. ita etiam emptor debeat dici laesus ultra dimidium, si plus dedit, quam dimidium justi pretii, v.g. pro re valente 100. numeravit 151. alias enim non solum ultra dimidium justi pretii, sed in totum, & ultra deciperetur emptor, eò, quod totum pretium rei, & ultra ipsi absit. Et ratio ulterior est, quia in contractu reciproco æqualitas arithmeticæ servanda est; nec major laesio in emptore, quam in venditore ratione pretii admittenda est, quod tamen in AA. sententia necessariò sequeretur ex dictis. Quod autem in *emptione venditione* posterior respectus habendus sit ad pretium datum, quam rem utrinque acceptam, secus ac in *permutatione*, ratio est, quod venditio non est permutatio pecuniae cum re, tanquam mercis cum merce, sed æstimatio valoris rei per pecuniam tanquam pretium, ut optimè notat Co-varuv. d.l. Hanc ipsam computacionem operoso studio novissimè demonstrare conatus est Clariss. D.D. Joannes Adamus Ickstatt, Professor Herbipolensis in spec. *Jur. civil. de Laesione enormi* f. 29. & pluribus seqq. Mihi tamen computatio altera uti DD. numero frequentior, & in praxi communior, ita ad captum facilior haec tenus semper visa est. Nam laesiones magnitudo in *emptione venditione* mensuranda est, facta comparatione *dati*, & *accepti*, unde sicut venditor ultra dimidium laesus dicitur, si pro re data, scilicet merce valente 100. duntaxat 49. accepit, sic quoque emptor ultra dimidium laesus

rectè dicetur, si 201. in pretio dedit, & accepit mercem valentem solummodo 100. Vid. P. Wiesner b.t. num. 92. Haunold. cit. *Controv.* 24. n. 241.

Quæres IV. An beneficium l.2. la-97 denti optionem concedat, utrum velit totam rem restituere, an verò laesionem resarcire, seu pretium supplere, adeoque an haec obligatio ex parte emptoris sit *alternativa*? ita quidem interpretibus, qui ad d.l. commentati sunt, nemine (quod sciam) contradicente, haec tenus visum est, ad stipulantibus quoque cum suo Principe Panormitan. ad cap. 6. b.t. num. 1. Canonistis omnibus. Boehmerus tamen solus vult sapere, negat identidem hanc obligacionem *alternativam esse*, sed obligacionem restituendi rem venditam duntaxat in obligatione esse, supplementum verò pretii ex peculiari d.l. beneficio emptori concessum esse. Quod Boehmerus à communi, & trita semita discesserit, non viæ compendio id factum esse existima, sed ut quasi per insidias adoriretur Pontificem, ejusque Decretales dispositiones fugillandi opportu-nam occasionem captaret. In cap. 3. b.t. Alexander III. irritavit sententiam, qua judices delegati condemnârant laudentem simpliciter ad restitucionem rei venditæ faciendam, causam suæ irritationis ibidem reddens: *Quia in arbitrio emptoris est, si velit, supplere justum pretium, aut venditionem rescindere, cum res minus dimidia justi pretii comparatur*; adeoque supposuit, obligationem emptoris esse *alternativam*, & electionem penes ipsum esse, utro medio venditori indemnitatem prestare velit. Cujus mentis etiam fuisse Innocentium III. patet ex cap. 6. eod. tit. Verum

Q. 2

rum infelicem interpretet (ait Boehmerus ad h.t. §. 4. & 6.) l. 2. C. de *rescind. vend.* egit Pontifex, errore communi antiquorum interpretum deceptus. In cit. l. Imperatores onus restitutionis rei venditae duntaxat emptori imposuerunt, à quo debito tamen, inquit, potest se liberare, si quod deest justo pretio, solvat, & hoc ex peculiari legis beneficio, ut patet ex verbis finalibus cit. l. 2. vel, si *emptor elegerit* (hoc est, voluerit) *quod deest justo pretio, recipiat*, scilicet vendor. Quod autem utrumque non sit in obligatione, inde probat, quia actor sive vendor unicè se fundat in *lesione enormi*; adeoque per indirectum, defectum consensus, hoc est, exceptionem erroris, præcipitantiæ, & minus deliberati animi allegat, quæ ad contractum rescindendum sufficiens est, maximè, qui *bonæ fidei* dicitur. Deinde, cùm læso non suppetat remedium *ordinarium* scilicet actio ex contractu, quæ non datur ad contractum rescindendum, sed adimplendum, ideo Imperatores æquitate moti *extraordinarium restitutionis* remedium suppeditarunt, in restitutione autem non est alternativa obligatio. Quia tamen si *emptor* supplet, quod deest justo pretio, læsio, & æquitas cessat, etiam restitutio in integrum actori amplius indulgeri nequit. Hæc Boehmerus, qui in §. 5. & seqq. non otiosam hanc esse observationem ait, sed suos habere insignes effectus. I. *Quod libellus non alternativè formari debeat.* II. *Quod sententia condemnatoria judicis ad restitutionem rei emptæ simpliciter dirigenda sit.* III. *Quod re perempta apud emptorem, vendor læsus amplius*

agere nequeat, cùm restitutioni nullus possit esse locus.

Miramur, iterumque miramur, quod Boehmerus l. 2. C. de *Rescind. vend.* sensum adeò peregrinum, adeo exoticum affingere potuerit, & dicere, quod nulli interpretum, ipso atate, consilio, & sapientia potiorum, hactenus in mentem venit, quasi verò tam celebris Jurisconsultus nescivisset, in *alternativis* obligationibus non id agi, ut utrumque æqualiter in obligatione sit, hoc ipso, quod in arbitrio debitoris sit, alterutrum eligere, sed obligationem esse *hypotheticam*, ita, ut, si du riorem conditionem à se amoliri velit (quæ obligatio ipsum principaliter stringit) eligere possit favorabiliorem, ipsi que minus gravem, sive quod alias in obligatione non esset, ex hypothesi tamen, si velit se debito liberare, id ipsum præstare necesse habeat. Demus exemplum de *arbitrio*, de quo sic ipse Boehmerus scribit ad *Tit. de Arbitr. §. 12. De Jure Romano*, inquiens, *distinquitur, utrum compromissum NU-DO PACTO* esset initum, an verò *STIPULATIONE*. Posteriori causa ex stipulatu actio comparata erat vel ad satisfaciendum sententia, vel ad poenam solvendam, salva electione actoris, in cuius favorem poena adjicitur. l. 30. ff. de *Recept. qui arbitr.* Sed dixeris, hoc exemplum extra rhombum versari, quia & stare laudo arbitri, & poenam solvere, utrumque in obligationem à partibus deducebatur, quamvis alternativè; in casu autem l. 2. de *Rescind. vend.* emptorem non æquè ad supplendum pretium obligari, sicut ad rem venditam restituendam, sed illud duntaxat esse

esse beneficium speciale, quo lædenti non minùs, quām læso (cūm uterque extra dolum in contractu versatus fuīsse supponatur) Imperatores æquitate moti succurrere voluerunt. Ast oppidō falleris: sicut enim pena in compromissō adjecta fuit, non, ut liberius a laudo recederet, sed, ut eidem tanto firmius inhæreretur; ita facultas supplendi pretium emptori data fuit, non ut facilius contractus rescinderetur, sed ut is magis firmaretur, adeoque sicut in dato exemplo de *compromisso*, ipso Bæhmero teste, obligatio fuit *alternativa*, ita & in præsenti nostra hypothesi eandem Imperatores emptori imponere voluisse, præsumendum est. Et sanè quis prudenter dubitet, hanc fuīsse mentem Imperatorum, dum ex textu *cit. l.* perspicue videmus, ipsos particula *alternativa*, sive *disjunctiva* usos fuīsse, ibi: *VEL* pretium te restituere emptoribus &c. *VEL*, si emptor elegerit &c. Et quid tandem, si etiam Imperatores ita sensissent, ut restitutio rei venditæ esset *simpliciter* in obligationem deducta, restitutio vero pretii tanquam *extraordinarium beneficium*, emptori concessum, annue per hoc S. Pontifici legem dicere potuerunt, quominus ille utrumque sub obligatione *alternativa* emptori imponeret? Verum replicas in *s. 2. &c. 6.* Pontificem in *citt. capp.* non egisse *legislatorem*, sed *Jus civile* jam constitutum tantum applicare voluisse. Unde hoc scis? ne obscurum quidem indicium ex utroque textu apparet, quod PP. se ad *Jus civile* referant, illudque duntaxat ad casus propositos applicare voluerint, sed hoc suo marte, & pro *Legislatoria Majestate*, qua pollebant, decreverunt,

quanquam inficias ire nolim, eos firmiter persuasos fuisse, eam ipsam fuisse mentem Diocletiani & Maximiani in *d. l. 2.* Jam Bæbmero, si ex hac nostra solutione te *immodicè* *lesum* opinoris, opus haud erit, *d. l. 2.* beneficium implorare, nam mercem putidam, quām nobis vel invitis obtrusisti, ultrò redimus, reddituri etiam paulò post supplementum pretii, ad quod, te ipso judece, obligati non sumus. Ecce, quomodo adversum te abundat charitas nostra!

Quæres V. An hæc optio, quæ in *99* *cit. l. 2.* expressè concessa est *emptori*, etiam *venditori* videatur esse indulta, ita, ut possit vel excessum pretii restituere, vel contractum rescindere? Resp. affirmativè. Ratio est, quod ad imparia non debeant judicari, sed, quod ex parte unius æquum est, ex parte quoque alterius æquum esse debet, nisi, ut limitat Haunold. *d. Controv. num. 257.* venditor vellet excessum pretii per alias merces compenare, quas emptor invitus non tenet recipere.

Quæres VI. An, si emptor eligat *100* restituere rem venditam, teneatur etiam fructus interim, & ante litem contestatam perceptos restituere? Dixeris, quod sic, I. quia *cit. l. 2. C. de rescind. vend.* utitur verbō *restituere*, & *recipere*, atqui per hæc verba in jure non tantum intelligitur res ipsa restituenda, sed etiam fructus. *l. 173. s. 1. ff. de R. J.* II. Jure naturæ æquum est, ut nemo cum alterius detimento locupletetur. *l. 206. ff. de R. J. l. 22. ff. de hæred. petit.* III. Si *Minor* læsus adversus venditorem restituatur, jubentur eidem unicum re & fructus restitui *l. 24. s. 4. ff. de Minor.* IV. In *l. 1. in fin. C. si major*

Q. 3

jur fact. alien. expressè eautum est, ut, si prædia pupillaria sine Decreto Magistratus fuerint alienata, illa rursus unicum fructibus ad Minorem redeant. Et ita sentiunt præter complures alios Richter Decis. 99. num. 200. & seqq. Schilterus exercit. 30. §. 102.

101 *At contrarium verius esse judicatum Molina cit. tr. disput. 394. Hau-noldo d. Controv. 24. num. 262. Voëtio ad tit. ff. de rescind. vend. num. 10. Ley-fero Medit. ad Pand. specim. 205. §. 9. de les. ultra dimid. Stryck. ad tit. ff. de rescind. vendit. §. 8. Ratio est I. quod emptor fructus non ut nudus bonæ fidei possessor, sed ex dominii jure suos fecerit. II. Quod nullibi hæc obligatio quoad restitutionem fructuum post relolutam ex laſione enormi venditionem emptori imposta legatur, & ipsa l. 2. altum de hac restitutione si-leafat. Accedit III. Ratio, quod venditor sibi imputare debeat, suóque infor-tunio, quod valorem rei suæ vel igno-raverit, vel necessitate compulsus di-straxerit, nec maturius isthuc l. 2. reme-dio ad rescissionem egerit. IV. Pro-batur ex cap. 11. de reb. Eccles. alien. ubi jubetur, ut Ecclesiæ ex venditione feudi enormiter laſæ prædium dun-tat restituatur, non etiam fructus inte-rim percepti.*

Nec AA. argumenta nos terrent. Non primum, quia verbum restituere, & recipere propriè tantum de pretio ac-cipitur, unde adducta Regula Juris ex l. 173. ff. de R. J. huc non venit appli-canda. Non etiam secundum, quia non potest dici emptor locupletior fer-ri cum danno venditoris, quippe qui fructus jure dominii percepit. Nec tertium, aut quartum nos conœnit, quia

loquitur de negotio, & alienatione, quæ ab initio non valuit; adeoque ubi emptor nullo munitus titulo fructus non ex sua, sed pupillari re collegit; econtrà in l. 2. C. de rescind. vend. supponitur contractus ab initio validus, & rescinditur non ex tunc, sed ex nunc, prout nempe res de præsenti est: ne quid dicam, quod causa restitutionis quoad Minorennes præ Majorenibus in jure favorabilior sit. Alias Objec-tiones refert, & resolvit Voëtius cit. l.

Quares VII. An venditor qui sciens, 102 rem pluris valere, minimo pretio ven-dit, possit ex capite laſionis immo-dice agere ad rescindendum contractum? Sunt, qui etiam hoc casu beneficium l. 2. venditori patrocinari existimant, in-ter quos est Pinellus ad h. l. part. 1. cap. 1. num. 10. Fachinæus lib. 2. Con-trov. cap. 20. Forcatulus Necyomant. Dialog. 100. Illorum fundamenta sunt sequentia I. d. l. 2. non distinguit inter scientem, & ignorantem verum rei va-lorem, & pretium, sed generaliter, & indefinitè loquitur: ergo inique ab hoc beneficio venditor sciens, excluderetur, quem lex noluit excludere. II. Si solus ignorans verum rei pretium, potiretur h. l. beneficio, vix casus effet-dabilis, in quo locus foret huic bene-ficio, cum quisque venditor præsumat nōsse vires, & merita rei suæ, etiam prædii longè dissit. l. 15. C. de rescind. vend. III. Societas vitiatur, ubi socii inæqualiter partiuntur lucra, & damna, nullo habito respectu, an scienter, vel ignoranter hoc faciant. l. 29. §. ult. ff. Pro soc. ergo idem dicendum est de venditione, quia beneficium l. 2. non fundatur in dolo, vel errore, sed in ni-mia inæqualitate. IV. Sæpius accidit,

ut

ut quis urgente rei familiaris necessitate *sciens*, rem suam minoris vendat, non utique donandi animo, quia in necessitate nemo liberalis esse intelligitur: Habebit subinde etiam hoc casu locum d. l. 2. quia *humanitas*, sive *æquitas*, ad quam ibidem respexerunt Imperatores, in ejusmodi circumstantiis multo magis obtainere videtur.

Verum contraria sententia, quæ beneficium cit. l. 2. simili venditori deneget, uti communior, ita verior esse videtur. Suadetur autem sequentibus argumentis. I. Qui consentit in venditionem rei pro minimo pretio, quam scit, pluris valere, non videtur lædi, nemo enim lædi, aut *injuria* affici intelligitur, qui scit, & consentit l. 145. ff. de R. J. l. 11. C. de *Rescind. vend.* l. 9. C. de *Act. empt.* l. 27. C. de *Evid.* II. Donans ex re donata non videtur lædi, eo effectu, ut *eam retractare* possit, nisi in casibus exceptis, de quibus in *tit.* de *Revocand. donat.* atque venditor, hoc ipso, quod non per errorem, sed *sciens*, rem minoris vendat, videtur rem magis donare, quam vendere, unde subintrat regula: *Cujus per errorem dati repetitio est, ejus consultò dati donatio est*, l. 53. ff. de R. J. III. Qui *sciens*, rem minoris vendit, similis est ei, qui *jus*, & *actiones suas remittit* per l. 1. en fin. ff. de *Act. empt.* Si subsistas: hoc dilemmate veritatem hujus propositio- nis tibi persuasum eo. Vel enim talis venditor, eo tempore, dum vendidit, habuit animum utendi remedio d. l. 2. vel non habuit? Si primum dixeris, venditor à *dolo* immunis non est, ut pote qui *sua venditione aliud agit*, aliud simulat, volens id ipsum, quod verbis expressis valere jussit, clandestina inter-

tione è *vestigio retractare*. Sed inquis, simulat, ut indemnis sit, non ut fraudet. Imò verò fraudat emptorem (reponit Tuldenus ad *tit. Cod. de Rescind. vend. num. 5.*) cuius pecuniam elusoria venditione ærufat; quemque ultrò negotiis involvit. Si venditor non habuit animum retractandi, palam est, eum donâsse, quanti pluris res valeret, contentus tantillo pretio Arg. l. 57. §. 2. ff. de *Contrah. empt.* IV. A parte hujus sententiae stat textus rotundus in l. 1. C. si *major. fact. alien. fact. fine decret.* ubi expresse ei demum, qui inconsulto errore lapsus est, in hac læsione succurrendum esse, rescriptit Imperator Gordianus.

Ad opposita subinde oportet respondere. Ad I. igitur dicimus, hanc distinctionem haud obscurè ex d. l. 2. colligi, hoc ipso, quod *læsio* duntaxat ex *humanitate* succurrere voluerint Imperatores; atqui propriè, & *formaliter* illi *læsi* non dicuntur, qui *sua sponte*, & *scienter* rem minoris vendunt, sed est tantum *læsio materialiter* talis, & ideo scribit D. Fleckh. in *Biblioth. Jur. lib. 3. tit. 30. n. 9.* quod si *emotor* *justum* rei *premium* non *ignorat*, venditor rem tanti vendere potest, quanti res venire potest, ut ita contrahentes se naturaliter etiam ultra duplum pretii circumvenire l. 22. §. fin. ff. *Locat.* l. 16. §. 4. ff. de *Minor.* & cum *damno alterius* non *inviti*, ac *consentientis locupletari* possint, non obstante regula *Jutis* in l. 206. ff. de R. J. quia *volentibus ita emere*, ac vendere non sit *injuria*, & *materialiter* tantum, seu *impropria læsio* subesse dicitur, ubi quis *scienter* ac *voluntariè* plus solitò solvit, quod subinde viceversa de venditore dicendum

dum est. II. Argumentum ex l. 15. C. de *Rescind. vend.* petitum vel ex eo AA. suffragari nequit, quod disertè loquatur de venditione paulò viliori pretio facta, nec ibideq; dicitur, venditorem præsumi scire, sed *debere scire vires, vel merita rei familiaris*, quæ in parte ignorantia ejus ignoscitur, qui ultra dimidium læsus est, quin potius tanta læsio tollit illam præsumptionem Arg. l. 1. C. qui, & *adversus quos in integr.* III. Argumentum à contractu societatis ductum huc non quadrat, quia lucri communio ita de ejus substantia est, ut sine ea nequeat societas consistere, quia Jus quodammodo fraternitatis in se habet. l. 63. princ. ff. pro socio quod æqualitatem desiderat; hæc verò exacta æqualitas (quam ne quidem in societate strictè requiri, ostendit Vinnius select. quæst. lib. 1. cap. 52.) in venditione non exposcit, alioquin non licet se mutuo venditorem, & emptorem naturaliter circumvenire, cùm id fiat, si vel res, quæ minoris valet, pluris vendatur, aut quæ pluris est, minoris ematur, quod apertè repugnat l. 22. §. ult. ff. *Locat.* l. 16. §. 4. ff. de *Minor.* Nec præsens rei familiaris necessitas (quod IV. argumentum est) intentum probat. Huic enim obstat l. 12. C. de *Rescind. vend.* sit, ut necessitas fuerit vendendi, nulla tamen necessitas tantillo pretio, potuit enim publica auctiōne experiri fortunam summi pretii. At, inquires, alieno tempore cogitur vendere. Respondebo cum Seneca, pretium cuiusque rei pro tempore esse.

103 Quæres VIII. An beneficium l. 2. C. de *Rescind. vend.* ad alios quoque contractus se porrigit? Disputatur in ultramque partem. Negant Cujacius,

Faber, Hunnius, & alii, quia beneficium d. l. est privilegium speciale, vendentibus, & ementibus expressè concessum, ideoque in consequentiam ad alios contractus trahendum non est. cap. 28. § 74. de *R. J. in 6. l. 141. ff. eod.* Attamen potiores hanc extensio nem faciunt ad omnia bona fidei judicia, in quibus similis læsionis manifesta iniquitas reperitur, & hoc non abs re, quia jam olim enormiter læsis in societate, in dote, similibusque succursum fuit, ut patet ex l. 78. & seq. ff. pro socio. l. 6. §. ult. ff. de *Jur. dot.* l. 3. C. quib. ex *caus. Major.* l. 3. C. commun. utriusque jud. Quibus autem contractibus in specie beneficium, d. l. accommodetur, examinant Molina *Tract. 2. disp. 349. num. 14.* Haunold. d. *Controv. 24. num. 245. & seq.* Barbos. in *Cod. ad Tit. de Rescind. vendit.* num. 3. & pluribus seqq. Stryckius ff. ad eund. tit. §. 6. & seqq. quos confule. Ad beneficiorum Ecclesiasticorum permutationem, quod hoc beneficium applicari nequeat, rectè docent Covarruv. var. *resolut. lib. 1. cap. 5. num. 8.* Pinellus ad d. l. 2. de *Rescind. vendit.* part. 1. cap. 3. num. 16. quia citra simoniae crimen æstimari non possunt, sine æstimatione autem nulla enormis læsio doceri, aut emendari potest.

Quæres IX. In quibus casibus d. 104 l. 2. beneficium cesset? Respondeo, complures ab authoribus referri. Barbos. ad d. l. 2. num. 49. & seqq. cum aliis ibidem allegatis quatuordecim refert, quorum potiores sunt l. in venditione hæreditatis l. 10. l. 14. §. 1. ff. de *H. vel A. V.* II. In emptione aleæ, veluti in jactu retis, & similibus. l. 8. §. 1. ff. de *Contrab. empt.* l. 11. §. ult. ff.

ff. de Act. empt. quo reducitur venditio eorum, quorum incerta utilitas est, ut sunt fructus nascituri. *Arg. l. 17. C. de Usur.* III. Ubi testator rem alteri certo pretio, etiam quod infra dimidium est, vendi mandavit *l. 49. §. ult. ff. de Legat.* I. censetur enim, si scivit justum rei pretium, excessum ejus emptori legasse. IV. In venditionibus, quae sub hasta fiunt, de quo tamen disputatur, dum non pauci sunt, qui etiam hoc casu remedium *d. l. 2.* admittunt, per *l. 16. C. b. t. l. 2. C. de fide, & jur. hast. fisc.* conferatur Haunold. *d. Controv. num. 264.* Voët. ad *ff. d. t. n. 16.* V. Qui huic beneficio specialiter renuntiarentur. *Arg. l. 14. §. 9. ff. de edit. edit.* & *arg. l. 4. §. 4. ff. si quis caution. in jud.* etenim quisque favori pro se introducto renuntiare potest. *l. penult. C. de Paß.* VI. In casu, quo venditor enormiter læsus est, & res sine culpa emptoris periiit. Sufficit enim ei tunc qualequale pretium habere, cum eis alias, venditione non facta, eidem tanquam domino, tota periisset. *Arg. l. 12. §. 1. ff. de Jur. dot.* exceptionem facit Voëtius *d. t. num. 19.* in venditione, ubi emptor rem pluris alteri vendidit, hoc quippe casu, ne emptor cum venditoris damno iniquum lucrum capiat, locum esse beneficio *l. 2.* Quid de emptore læso? Vide laudatum Voëtium *ibidem & num. seq.* Mozzius *de Contract. de Empt. part. ult. num. 16.* Gomez Var. *resolut. tom. 2. cap. 2. n. 22.* Fachin. *lib. 2. cap. 18.*

105 Quæres X. Cur beneficium *l. 2. C. de rescind. vend.* non detur infra dimidium læsis, sed contractus tunc pro foro externo sustineatur? Panormitanus ad *cap. 6. b. t. num. 3.* hanc rationem

reddit: ubi vitium est potentius, quam ratio favens contractui, actus denominatur à potentiori *arg. l. 10. ff. de stat. hom.* unde contractus ex læsione immodica videtur esse vitiosus: sed ubi ratio favens contractui est potentior, quia pretium est majus, quam deceptio, vel saltem æquivalens, tunc contractus sustinetur. Aliam, eamque solidiorem rationem dat Barbos. ad *d. l. 2. num. 98.* quod scilicet contractus emptionis venditionis sit valde frequens, & reipublicæ summè utilis; unde ad præscindendas lites, quarum finis non esset, non videbatur expedire, ut propter quamcunque læsionem contractus rescinderetur. Interim nec Jure Civili ejusmodi læsiones infra dimidium unquam probatæ fuere, sed duntaxat toleratae. *l. 16. §. 4. ff. de Minor.* quia non omne, quod licet, honestum est. *l. 44. ff. de R. J.* Voëtius cit. tit. *num. 14.* Pro foro interno, & conscientiæ, quod lædens etiam infra dimidium, teneatur ad restitutionem, communior est Theologorum, & Juris-Consultorum, ut videre est apud Molinam *Tract. 2. Disput. 350. num. 5.* Quin, quod etiam pro foro externo in multis casibus non toleretur læsio infra dimidium, ostendit Barbos. ad *d. l. 2. num. 99. & seqq.*

Quæres XI. Quale juris remedium *106* ultra dimidium læso competit? In resolutione hujus Quæstionis DD. concordes non reperio. Sunt, qui existimant, læso dari conditionem *ex l. 2. C. de rescind. vend.* erroneè perluasi, actionem novam *ex d. l. 2.* fuisse introducram, quam, quod agendi genus non esset expressum, vocant conditionem *ex lege.* Alii succurrendum esse læso Officio Judicis autem propter illam

(R)

ver-

verba l. 2. *auditoriae judicis intercedente*. Sed hæc verba (ait Haunold. *d. Controv. num. 265.*) ad judicem relata, respiciunt executionem facti, & significare possunt officium judicis *mercennarium*, quod nempe deservit actioni intentatæ. Alii rursus in simili casu ad extraordinarium *restitutionis* remedium confugiendum esse, docent, id quod colligi posse, credunt ex illo verbo *d. l. 2. humanum est*, id est, *equum*. Verum rejectis his opinionibus, non satis in jure fundatis, dicendum est, læso, spectato Jure Romano, actionem *ex empto*, aut *vendito* competere. Præterquam enim, quod novum non sit (scribit Voëtius ad *d. t. num. 4.*) actionem *ex empto utili* dari ad distraherandam emptionem *l. 11. §. 6. ff. de auct. empt.* & ad emendandam pretii iniquitatem, si animi vitiis, aut morbis corporis, viuisque patentibus res empta labore *l. 1. §. penult. in fin. §. 5. ult. ff. de adi- lit. edit. l. 2. §. 2. seqq. ff. eod.* Constat insuper, jam olim ante *d. l. 2.* læsionem enormem non modo improbatam fuisse, sed & remedia adversus eam fuisse data *l. 6. §. ult. ff. de jur. dot. l. 78. §. seq. ff. pro socio.* corrigenda scilicet fuit iniquitas manifestò apparet *per judi- cium bone fidei* ut Paulus ait in *d. l. 79.* adeoque intentata actione *pro socio*, *ex empto*, *vendito*, aliisque simili Judex debebat juxta naturam actionis *bone fidei* ex *æquo*, & *bono* non *observatam* in contrahendo *æqualitatem* reducere: ut subinde non apparet ratio, cur hanc actionem *ex empto*, *vel vendito* *ex d. l. 2.* læso denegemus, aut novam citra necessitatem, & sufficiens juris fundamentum fingamus. Hodie in praxi (scribit Stryckius ad *tit. ff. de rescind.*

vend. §. 2.) revera otiosa est controversia, quomodo remedium hoc appellaveris. Sive enim actionem ex contractu, sive conditionem ex lege, sive restitutionem civilem locum habere dicas, perinde est, cum utробique 30. anni læso pateant, quia hæc restitutio, ex dispositione legis civilis dependet, & consequenter ad instar aliarum actionum personalium civilium perpetuitate gaudet, ut idem Author ad *tit. de in integr. restit. §. 2.* cum aliis docet, & multò ante sensit, & docuit Panormitanus ad *cap. 6. h. t. num. 9.*

Quæres XII. Cum contra Ecclesiæ 107

non currat præscriptio, quæ quadrigenaria. *cap. 4. 6. §. 8. de Prescript.* an etiam hoc casu, quo Ecclesia læsa ex *l. 2. C. de Rescind. vend.* agit vel actione *ex empto*, vel petendo *restitutionem in integrum*, hoc temporis privilegio gaudet? Respondeo cum Panormitano ad *cap. 6. h. t. num. 10.* negative, adeoque post 30. annos via præscriptio- nis Ecclesia ab his remedii ultrò intentandis excluditur, quia *Jus Canon- icum illa*, cum his limitationibus, cum quibus à Jure civili adinventa sunt, recepisse videtur. Id quod etiam exten- ditur ad alias actiones, quarum aliquæ anno, biennio, semestri, aut minori termino concluduntur, ut est *actio de do- lo*, *quanti minoris*, *redhibitoria*, & similes, quarum vitam jam diuturnior- em, jam breviorem distinctim exponit Magnificus P. Schmier *lib. 1. Tract. 2. cap. 5. §. 9. per tot.*

Quæres XIII. Qualiter emptio ven- 108 ditio ex retractu resolvatur? Ante re- solutionem prænōsse oportet, per re- tractum hic intelligi jus, quod quis ha- bet bona ab altero vendita ad se retrahen-

hendi. Vocatur alias *jus congrui*, ar-
repta occasione à verbo initiali *l. 4. C.*
de Locat. præd. civil. vel jus protimyseos,
quod vocabulum à verbo græco *Ille-
tyma* derivatum, idem denotat, quod
vox *prælatio* *Vorkauff*, die *Ablös-
sung*, die *Abtreibung*, *Einstand*,
& describitur à Lindemann in *Exegeſ.*
ad constit. Friderici de *Jure Protymiseos*
num. 8. quod sit *jus prælationis* *conces-
sum certis personis ad rem immobilem*,
vel eius jure habitam, per venditionem,
venditioni ve ſimilem contractum, & quali
*preſio intra tempus lege definitum redi-
mendam.*

Dividitur retractus in legalem, gen-
tilitium, & conventionalem. *Legalis*
dicitur, qui jure communi, vel Princi-
pum constitutionibus, & statutis con-
ceditur. *Gentilitius*, qui moribus &
confuetudine introductus est, qualem
confuetudinem in Germania ferè ubi-
que locorum obtinere scribit Gail. *lib. 2.*
obſerv. 19. *num. 1.* & cum eo D.D.
Blumblachner *difſert. Jurid. de Retract.*
Thes. 1. num. 2. *Conventionalis* denique
est, qui ex pacto, & conventione par-
tium ortum habet. Inducitur per pa-
ctum *de retrovendendo*, de quo jam su-
perius in §. 5. à num. 52. actum est.

Hoc *jus retractus legalis* habet fi-
ſeus in metallis. *l. 1. C. de Metallar. &*
Metall. Minor in bonis Majorum.
l. 35. ff. de Minor. Antiqui posſeſſo-
res in reconduktione bonorum publi-
corum *l. 4. C. de Locat. præd. civil.* Ha-
bitatores metrocomiarum, hoc est, pa-
gorum *Warcke, Giecke.* *l. un. C. non*
licere habitat. metrocom. Dominus di-
rectus in re *emphyteuticaria*, vel feu-
dali, si *emphyteuta*, vel *vasallus* eam
vendere vult. *l. fīs. C. de Jur. emphy-*

teut. quod tamen intelligendum est de
alienatione licita, & in casu, quo *em-
phyteuta*, vel *vasallus* adhuc vivit, ac-
cipiendum est: nam illicita alienatione
caducum domino fit *feudum*, & *em-
phyteuta*, vel *vasallo* mortuo, proximi
agnati ex *investituræ lege*, & jure à pri-
mo acquirente quæſito, domino directo
præferuntur. Hoc *jus prælationis* ceſ-
ſat in bonis *censiticis*, *verpachten*,
oder verzinnsten Gütern, quia ho-
rum debitores, & proprietatem, &
posſeſſionem, habent, aliter ac censi-
ti debitores de *Jure Romano. l. 2. C. in*
quib. cauſ. colon. D.D. Fleckh *lib. 3.*
tit. 34. num. 14. Lindemannus *ubi ſu-
prā num. 22.* Sic etiam creditor, ac in-
ter plures quidem ille ſolus, cui major
ſumma debetur in bonis debitoris, ſi
ſub *hasta vendantur*, *jus retractus* ha-
bet præ omnibus extraneis emptoribus
l. 16. ff. de rebus Author. jud. poſſid. ſic
etiam cohæres, vel alius, qui rem cum
altero communem habet, præfertur in
rei communis venditione quibusvis em-
ptoribus extraneis *l. 34. §. 2. C. de Do-
nat.*

Vi *contractus gentilitii*, qui mori-
bus introductus est, & antiquitate re-
liquis duobus præſtat, utpote jam in
V. T. uſitatus, ut conſtat *Levit. 25. V. 25.*
& *authoritate Friderici Imperatoris con-
tra prohibitionem Valentis, Theodosii,*
& *Arcadii in l. 14. C. de Contrab. empt.*
reſtauratus. l. 5. Feud. tit. 13. Poſſunt
bona vendita retrahere, qui ſunt de fa-
milia venditoris, quia valdè lugubre
eſſe dicitur in *l. 22. C. de Adminiſtr. tut.*
videre res avitas, ac paternas transire
in extraneas familias. In exercitio hu-
jus *juris* regulariter obſervatur idem
ordo, qui in ſuſceſſione ab intestato
R 2 est

est usitatus. *Tiraquell. de Retract. lign.*
§. 1. Gloss. 1. num. 1. Adeoque, qui
 & quo ordine admittuntur ad successionem ab intestato, hi servato eodem
 ordine, ita, ut propinquior consanguineus excludat remotiorem, jus re-
 tractus exercere possunt: cùm subinde
 liberi spurii, & illegitimi in bona pa-
 terna ab intestato non succedant, etiam
 jure retractus non gaudent. Vid. de hoc
 fusiis agentem D.D. Fleckh *cit. tit.*
n. 16. & seqq. Lindemann. *a num. 39.*

Jus retractus plerumque tantum in
 rebus *immobilibus*, & quæ iisdem
 æquivalent, ut sunt res incorporeæ,
 servitutes, redditus annui, actiones &c.
 exercetur, *Gail. l. 2. observ. 10. & ob-*
serv. 11. num. 10. quia Imperator Friedericus in *cit. constitutione*, dum de-
 scribit rem *retracti* obnoxiam, *agrum, vineam, & rem quamlibet immobilem, nominat, unde inferimus, res mobiles à retractu immunes esse.* Inter res *im-*
mobiles autem hæc insuper differentia
 notanda venit, quod res duntaxat *avi-*
tas, seu, quæ à majoribus suis puta
 patre, matre, avo, aut ulterioribus pa-
 rentibus vendor accepit, jus *retractus*
 afficiat, non etiam, quæ *acquæstus* no-
 mine acquisivit, hoc est, illa bona,
 quæ vendor vel suamet industria, vel
 donationis titulo, non verò jure suc-
 cessionis acquisivit. Ratio discriminis
 est, quod in bona *avita* major videa-
 tur consanguineorum esse affectio,
 quæ ad bona aliunde quæsita, ideó-
 que illorum distractio magis odiosa est,
 quæ acquisitorum. *Arg. auth. Presby-*
teros C. de Episc. & Cleric. Lindemann.
cit. exeges. cap. 2. num. 10.

Ut porrò jus *retractus* cum intento
 effectu exerceri valeat, sequentia con-

currant, necesse est. I. Ut vendor,
 qui rem in tertium alienavit, proximioribus
 intra tempus legitimum venditionem, ejusque qualitates, & condi-
 tiones, nec non verum pretium denun-
 tiaret. II. Ut retrahere volens intra an-
 num (qui terminus tam Jure Canoni-
 co, & Feudali *cap. 8. de in integr. re-*
stit. feud. 2. tit. 26. §. Titius quæm præxi
Camerae Imperialis teste Gail. lib. 2. ob-
serv. 19. & Mynsing. cent. 3. observ. 51.
 receptus est) ex quo ipsi, per vendito-
 rem legitima denuntiatio facta est, nu-
 merandum, voluntatem retrahendi de-
 claret, pretiumque offerat. Tempus
 hoc Annale est *continuum*, ex quo cur-
 rere incipit. *Arg. l. 8. ff. de his, qui not.*
infam. interim, an dies, ex quo termi-
 nus statuitur, soleat computari in ter-
 mino, variè controvertitur, ut videre
 est apud *Tiraquell. §. 1. Gloss. 11. n. 17.*
 in plerisque statutis, ut litigandi oc-
 casio auferatur, eodem *Tiraquelle* te-
 ste *cit. Gloss. num. 12. annus, & dies*
 pro termino statuitur. III. Debet re-
 trahens justum & legitimum pretium
 realiter, & plenariè cum omni causa
 offerre; adeoque non sufficit, solutio-
 nis loco pignora, aut fidejussores of-
 ferre. *Arg. l. 3. §. 4. ff. de re jud.* Dixi
plenariè, & cum omni causâ, per quod
 intelligo, fructus, & impensas, tempore
 contractus factas, item arrhas: & præ-
 terea tenetur impensas necessariò, & uti-
 liter factas refundere. *Arg. l. 16. ff. de in-*
diem addit. Pretium autem regulari-
 ter solvit totum emptori, à quo quis
 rem retrahit, si is etiam totum vendi-
 tori jam solvit, secùs, si partem tan-
 tum solvit, pars eidem tantum refundi-
 tur, reliquum venditori præstat. Justum
 verò pretium, quod retrahens fol-

solvere obstringitur, censeo, illud esse, quod venditor ab altero emptore statim consequi potuisset. *Arg. l. fin. C. de Jur. emphyteut.* Denique IV. requiritur, ut retrahens suo usui, & commodo, non commodo tertii extranei retrahat. *l. fin. C. de Jur. emphyteut. l. penult. & ult. C. de Locat. præd. civil.* *Gail. lib. 2. observ. 19. num. 10.*

Effectus hujus juris consistit in actione ex eodem promanante, quæ dicitur *conditio ex moribus*, vel *ex lege*, habetque hoc singulare, quod sit *actio personalis, in rem scripta*, quæ datur retrahenti non modo adversus emptorem, sed quemvis possessorem, quo-

cunque etiam titulo ab emptore, vel aliunde rem retractui obnoxiam habentem. *Arg. §. 2. J. de Act.* Unde non tantum in loco domicilii rei conventi, sed & in loco rei sitæ institui potest. *Arg. l. fin. C. ubi in rem actio.* *Gail. lib. 1. observ. 37. num. 4.* *D. Fleckh cit. lib. & tit. num. 60*

Cessat jus retractus gentilitii, I. si cognati descendentes, & collaterales (quia ad hos tantum, non etiam ad ascendentibus, vel affines pertinet) penitus deficiant. II. Si res sub conditione fuit vendita. III. Denique, si cognati juri suo vel expressè, vel tacitè renunciârunt. *D. Fleckh num. 62.*

T I T U L U S XVIII.

De Locato, & Conduco.

Quoniam Locatio Conductio, Emptioni Venditioni tam arcto foedere conjuncta est, ut perhibente Justiniano princ. *Inst. b. t.* iisdem ponè regulis utérque Contractus consistat, ac eodem teste in §. 3. *Inst. eod. in quibusdam causis quæri soleat, utrum emptio, & venditio contrahatur, an locatio & conductio?* Idcirco Decretalium compilator Titulo de Emptione Venditione immediate subjunxit Titulum de Locato & Conduco, quem ordinem etiam in Digestis observatum fuisse, constat ex *Tit. 1. & 2. lib. 19.* Et quia in *cap. 4. & ult. b. t.* de contractu Emphyteutico insimul agitur, nos quoque binos hos Contractus tanquam multum inter se affines, nolumus separare, de Locato Conduco subinde primo loco, ac deinceps etiam de jure Emphyteutico acturi.

R 3

§. I.

§. I.

Quid, & quotuplex sit Locatio Conductio?

SUMMARI A.

1. Locatio Conductio largius sumpta omne fermè genus Contractuum compleditur.
2. Pressius, & propriè accepta describitur.
3. In tribus præcipue cum emptione venditione convenit.
4. Differentiae tum ab isto, tum ab aliis Contractibus recensentur.
5. Locatio conductio alia dicitur publica, alia privata.
6. Alia expressa, alia tacita.
7. Et hæc vel perpetua, vel temporalis.
8. Alia rerum, alia operarum.
9. Et denique alia regularis, alia irregularis.

Locatio Conductio (germanicè verlehnen, vermitthen, verpachten, verdingen) quandóque tam large tum in jure, tum à Juris-Consultis accipitur, ut Contractum Libellarium, Censualem, Superficiarium, & Emphyteuticum, Emptionem Venditionem, ac quamvis aliam rei concessionem ad usum complectatur. l. 1. ff. si ager vestig. pet. l. 1. & seqq. C. de jur. Emphyteut. ipsaque vocabula emptionis venditionis, & locationis conductio nonnunquam à Juris-Consultis promiscuè usurpata fuisse, pluribus ostendit Andreas Wengens Tratt. de loc. cond. cap. 1. num. 8. & seqq. Sed hanc acceptioñem utpote nimis impropriam, & æquivocam-
 2 nos non moramur. Pressius, & in suo nativo, & proprio significatu consideratam locationem conductioñem describimus, quod sit Contractus juris gentium, nominatus, bona fidei, consensualis, quo rei, vel opera usus pro certa mercede conceditur. Esse hunc Contractum juris gentium testatur Paulus in l. 1. ff. b. t. quia à Jure Civili non accepit novam formam, naturali simplicitate contentus. Ejus substantia consistit in consensu, mercede, & usu rei, aut opera, quæ ratio est, quod in l. 2. ff. b. t.

dicatur emptioni venditioni proxima, iisdemque regulis consistere; nam si-
 cut emptio venditio, ita locatio conductio solo consensu perficitur, ac uterque Contractus omnium gentium usu re-
 ceptus est, eoque nomine, nec verba
 concepta, nec aliam solemnitatem de-
 siderat. Deinde, quod sicut emptio
 venditio sine pretio, sic locatio con-
 ductio sine mercede nulla est: & denique,
 quod sicut pretium in emptione vendi-
 tione debet esse certum, & numarium;
 ita quoque merces in locatione con-
 ductioñe certa sit, & in pecunia numerata
 consistat necesse est; alioquin uterque Contractus in Contractum innomina-
 tum degenerabit §. 2. Inst. b. t. Noodt
 ad b. t. Differt autem rursus locatio con-
 ductio ab emptione venditione in pluri-
 bus, I. quod in emptione pretium, in
 locatione merces interveniat. princ. Inst.
 & l. 2. ff. b. t. II. Quod ibi possessio
 propria, vel dominium, aut usucapiendi
 conditio, hic solus usus ad conducto-
 rem transeat l. 60. §. 1. ff. b. t. l. 65. ff.
 de contrah. emp. III. Quod periculum
 rei venditæ statim ad emptorem, non
 verò rei locatæ statim ad conductorem
 pertineat. l. 9. §. 3. & 4. l. 15. §. 2. l. 25.
 §. 6. ff. b. t. IV. Quod venditor rem

pre-

præcisè tradere teneatur, & ibi semel tantum ad rei traditionem agi possit, se- cùs in *locatione*, ubi, licet res semel fuerit tradita, si tamen postea ejus nege- tur usus, iterum ad rem tradendam agi potest, quia locatio est actus successi- vus. A *Mandato*, & *commodato* verò se discriminat *locatio conductio*, tum quod illi duo *Contractus* sint *reales*, hic *con- sensualis*; ibi, *opera*, vel *usus* rei gratis præstatur, hic verò pro *mercede*. Ab *Emphyteusi*, quod hic non solus rei usus, sed *utile* dominium transferatur, nec *merces*, sed *annuus* *Canon* solva- tur, & denique à *Contractibus inno- minatis*, quod *merces* in his non debeat esse certa, & determinata. *§. 1. Inst. b.t.*

Locatio *conductio* variè dividitur. Et I. quidem in *publicam*, & *privatam*. Illa est, quando prædium *publicum* ad fiscum, vel *Cameram Principis* perte- nens, hæc, quando prædium cuiuscun- que *privati* locatur. Inter utramque id discriminis est, quod in *locatione publi- ca*, si de novo locetur, antiquus *con- ductor* omnibus aliis præferatur. *l. 4. C. de locat. pred. Civil.* non etiam in *privata*, nisi fortè prædium *commune* socius, vel *condominus* pro sua parte elocet, tunc enim æquum est, ut *socius*, vel *alter* *condominus* *extraneis* præfe- ratur, quia *socii* *jus fraternitatis* habe- re dicuntur in *l. 63. princ. ff. pro socio*. Fratres autem præ *extraneis* *prælatio- nis* *jus* habent. *l. 16. ff. de rebus author. jud.* & quod insuper est, quibus *res communes* sunt, *jus retratitus* in *em- ptione venditione* habent, unde, cum *lo- catio conductio* iisdem plerumque regu- lis constet. *princ. Inst. b.t.* hoc *jus pro- thymyseos* non sine fundamento con-

ductori asserimus. Clariſſ. P. Placidus Böckha in *Comment. ad b.t. n. 3.*

Dividitur II. In *expressam*, & *taci- tam*. Illa *expressa* conventione, hæc tacito sive *præsumpto* partium consensu inducitur; contingit autem hoc modo: si *conductor*, finito *locationis tempo- re*, *sciente*, & *patiente* *locatore*, in *re* *conducta* permanet, censetur *locatio conductio* utriusque tacito consensu re- novata. *l. 13. §. fin. l. 14. ff. b.t. l. 16. C. eod.* Sed quoque? Plerique inter conductionem prædii *rustici*, & *urbani* distinguendum esse existimant, ita ut in prædio *rustico* censeatur *reconductio* facta ad annum, ut ut primæ *locationis tempus* longius fuerit, in prædio verò *urbano* ad illud tempus, quod ab ini- tio inter pacientes placuit, vel quo- usque antecedenter ædes *conductor* in- habitavit, ita, ut si prius per annum, vel mensa-*re* eas incoluit, ad tantundem temporis *præsumantur* esse *reconductæ*. Rationem discriminis hanc reddunt, quod ex prædio *rustico* regulariter per annum tantum semel fructus percipi- antur, econtra in prædio urbano *res* quasi in singula momenta *conductor* fructi- fieret, & ita exaudiendam esse *cit. l. 13. §. ult. ff. b.t.* Alii fortè melius sen- tiunt, qui hanc *tacitam* *reconductio- nem* tam in prædio *rustico*, quam *urbano* locatori æquè, ac *conductor* *arbitra- riæ* esse censem, quia hæc *tacita* *re- conductio* tantum ntitur *præsumptione*, quod scilicet hæc fuerit contrahentium intentio, & voluntas, quod si subin- de vel locator, vel *conductor* *contra- riæ* *mentem* declaraverit, *præsumptio* hæc eliditur, & locatio *conductio*, quæ eidem superstructa est, corruit. Vid.

Me-

Menoch. lib. 3. *presumpt.* 85. num. 9.
 § 42. Mantic. de Tacit. § Ambig.
 conv. lib. 5. tit. 15. num. 8. Monet ta-
 men D. Fleckh in Biblioth. Jur. lib. 3.
 tit. 36. num. 9. ut, si res non amplius
 sit *integra*, fortè, quod *colonus* scien-
 te locatore agrum iterum seminaverit,
 vineas excoluerit, aut *inquilinus* in cau-
 pona vinum emerit, locator tempus
 messis, & donec capo vinum suum
 prompserit, adhuc *exspectare* teneatur,
 aut, siquidem conductorem in re con-
 ducta amplius pati nolit, eidem præter
 impensas ex dolo interesse restituat, &
 tempus congruum emigrandi concedat.
 In praxi hodie hanc rem vix amplius
 habere difficultatem, scribit Clariss. D.
 Collega D.D. Dominicus Peregrini *I.*
b. t. num. 1. cùm verò ubique sint certa
 tempora præstituta, ubi locationes con-
 ductiones vel finiuntur, vel renovan-
 tur, vulgò die *halbwiertl*, oder *jäh-
 rige Aufkündung.*

7 Dividitur III. in *perpetuam*, & *tem-
 poralem*. Prior dicitur, quando usus
 rei in *perpetuum*, Posterior, quando
 ad tempus aliquod *limitatum* concedi-
 tur. Sunt, qui hanc divisionē respuant,
 existimantes, si res ad usum *perpetuum*
 concedatur, non *locationem*, sed *em-
 phyteusin* constitui. Sed hi oppidò
 falluntur, ut patenter ostendit Clariss.
 P. Böckhn ad *b. t. num. 5.* §. 6. Non
 una equidem inter *locationem* *perpe-
 tuam*, & *emphyteusin* intercedit diffe-
 rentia. Inter complures, quas recenset
 Stryck. ad *b. t. §. 51.* illa *præcipua* est,
 quod in *emphyteusi* utile rei dominium
 in *emphyteutam* transit *l. 1. ff.* si *ager
 vettigal.* in *locatione* *perpetua* nullum
jus in re, sed solus *usus* transfertur,
l. 29. ff. b. t. l. 80. §. ult. ff. de Contrah.

empt. unde in *l. 2. C. de Prescript. 30.*
 vel *40. ann.* dicitur, *conductorem* sibi
 jus proprietatis asserere non posse, ut
 res conductas diu detinuerit, non enim
temporis adjectione, sed *propria conve-
 ntionis forma contractus* *discerni* *convenit.*
l. 8. princ. ff. Mand. Et esse hanc in-
 tentionem contrahentium, quod non
 dominium, sed *usum* *duntaxat* *transfe-
 re* velint, elucet ex *l. 1. §. 15. ff. de
 Exercit. act.* Actus autem agentium
 non operantur ultra ipsorum intentio-
 nem. *l. 19. ff. de R. C. l. 80. ff. de Con-
 trah. empt.* In dubio, ubi ex antiquis
 documentis non liquidò constat, rem
 ad usum *perpetuum* fuisse concessum,
præsumptionem potius pro *emphyteusi*,
 quam pro *locatione* *militare*, facilè ad-
 mittimus, maximè tunc, cùm per diu-
 turnum tempus uniformis *pensio* solu-
 ta fuit, nam *pensiones*, quæ pendun-
 tur in *locatione*, solent proportionari
fructibus, unde *fructus*, si aut nulli
 nascantur, aut pauci, *pensio* *colono*
 aut minuitur, aut in totum remittitur.
l. 25. §. 4. ff. b. t. l. 8. C. eod. cap. 3. b. t.
Gallus de fructibus disp. 28. art. 2. n. 2.

Dividitur IV. in *locationem rerum*,
 & *operarum*. Illa fit, quando res, v.g.
fundus, *domus*, *vestimentum* &c. ali-
 cui fruendum, vel utendum concedi-
 tur. Ista, quando quis *operas* suas al-
 teri locat, uti potest per *l. 22. §. 2. ff. b. t.*
 faciunt hic aliqui distinctionem inter
operas simplices, quæ post se nullum
opus *relinquent*, ut sunt *operæ fami-
 liorum*, & inter *operas prægnantes*, quæ
opus post se *relinquent*, ut sunt *operæ
 artificum*, & in his putant fieri *locatio-
 nem reciprocari*, ita, ut si v. g. *aurifa-
 bro dem aurum*, ut mihi conficiat an-
 nulim, censear locâsse *annulum*, &

con-

conduxisse operas aurifabri; ille verò vicissim locâsse mihi operas suas, & conduxisse annulum videatur. Fundamentum suæ opinionis in l. 22. §. 2. ff. b. t. & l. 2. princ. ff. ad leg. Rhod. de jac. collocant, ubi is, cui insulam ædificandam loco, ut suis impensis construat, *conductor* insulæ dicitur, & quia insimul operas suas in ædificanda insula mihi locat, *conductor* operarum ego vocor. At reverà (ut scribit Stryckius ad b. t. §. 2.) lusus tantum circa vocem est. Vox quippe *conductoris* ibi impropriè sumitur, pro redemptione scilicet operis, für die Übernehmung eines gewissen Werck's, oder Geshäudis, pro qua redemptione mercedem nondum accipit, sed pro opera illa, quam in opus illud impendere vel ipse, vel per alios ad hoc subconductos debet. Unde breviter dicimus, in locatione conductione operarum illum es-

se *conductorum*, qui alterius operas mercede data conducit, sive dein rem ad opus faciendum ministret, & ita in sensu potius *Grammaticali*, quam *juridico* locet, sive non: qui verò operas suas pro mercede propter rem faciendam locat, *locatorem* rectè appellari.

Dividitur V. Locatio conductio in *regularē*, & *irregularē*. Prior servat omnia substantialia, & naturalia hujus Contractus. Posterior in alium Contractum deflectit, ita tamen, ut aliquid adhuc de natura *locationis* retineat. Ut patet ex duobus casibus, qui referuntur in l. 31. ff. b. t. quos Stryckius hic §. 4. & 6. explicat, & nos in simili de *Deposito* *irregulari* ad Tit. *Deposit.* §. 1. num. 6. docuimus. Nam si *locatio irregularis* penitus desineret esse *locatio*, quomodo potuisset Alfenus in d. l. 31. ff. b. t. dicere, *rerum locatarum duo genera esse?*

§. II.

De Jure Locatoris, & Conductoris.

S U M M A R I A.

10. *Locare conducere possunt omnes liberam administrationem babentes.* Quinam verò in specie prohibeantur, singillatim recensentur. 11. *Conductor* regulariter rem conductam alteri sublocare potest. 12. *Uter prævaleat, si res, vel opera* duobus locata fuerit, hæc quæstio cum distinctione resolvitur. 13. *Conductor* domus potest sibi socium etiam inscio locatore assumere, non etiam conductor cubiculi. 14. *Id quod fallit in studiis.* 15. *Regulariter nemo cogitur ad res, vel operas suas locandas, subiunctis quibusdam fallentiis.*

10 **R** Egula generalis est, quod locare conducere valent omnes, qui contrahere, & res suas administrare possunt, nec speciali prohibitione ab hoc contractu excluduntur Arg. l. 43. ff. de Procurat. Prohibentur autem

I. conducere prædia milites, nè à signis militaribus avocentur. l. 31. C. b. t. nisi, ut excipit D. Fleckh eit. loc. n. 29. pro militari usu stabulum conducant. II. Decuriones & curiales l. 30. C. eod. exceptio reperitur in l. 4. ff. d. t. nisi sci-
(8) lices

licet jure successionis in conductione remaneant, quæ est conductio necessaria. Lauterbach. b. t. §. 16. III. Tutores & curatores, rationibus suæ administrationis nondum redditis, nequeunt prædia fiscalia, & Cæsar's patrimonialia conducere, & hoc eo fine, ut Minoribus & pupillis tanto magis sit cautum. l. 49. princ. &c. §. 1. ff. b. t. l. Lun. C. Ne tut. vel curat. vedi. conduct. IV. Fabri, viatores, aut alii similes, qui streperam artem exercent, officinas, aut domos juxta Universitates, & scholas publicas, nec non ædes Professorum, ipsis invitis, & contradicentibus, conducere prohibentur. Arg. l. un. C. de Stud. liberal. quia hoc exigit favor studiorum, arg. auth. habit. C. Ne filius pro patre &c. Et bonum publicum, cui vel maximè litterati plurimam commondant, quæ prohibitio fallit, nisi ibidem talis opifex prius domum, aut officinam conduxisset, vel emisset, quam Universitates erectæ sunt, aut Professor ibidem ædes conductas habuit, aut inhabitavit. Lauterbach. b. t. §. 16. Videatur Stryckius de Jure sensuum disser. 3. cap. 2. à num. 10. ubi hoc privilegium pensiculatius trutinat. V. Prohibentur Clerici conducere possessiones, & prædia sacerdotalium in cap. 1. Ne Cleric. vel Monach. quæ tamen prohibitio de illo duntaxat casu intelligenda est, si id faciant quæstus, aut lucri gratiâ, non vero, ut propriæ indigenitæ succurrant, vel ex alia honesta, & rationabili causâ. cap. 26. dist. 86. Parvum. ad cap. 1. Ne Cleric. vel Monach. num. 8. Quare ipsis vetitum non est, in conductione, quæ ad ipsos jure successionis pervenit, perseverare, Arg. l. 14. ff. de Decur. ubi dicitur: Decu-

rio, qui prohibetur conducere quedam, si jure successerit, in conductione remanet. Justinianus ejusmodi conductiones, quos Clerici turpis quæstus gratia faciunt, adeò execratus est, ut ne quidem locatoribus id impune esset, dæcernens Nov. 123. cap. 6. ut conductio nem teloniorum, aut cuiuslibet possessio nis eis credentes, nullam contra illas per sonas, quibus crediderint, habeant actio nem. Cujus tamen sanctionis rigorem (cum Justinianus extra ollas saltaverit) neque olim, neque hodie vim obtine re facile cum Boehmero b. t. §. 8. ad miserim. VI. Pupilli & Minores locare, vel conducere nequeunt, ita, ut vel ab initio talis conductio sit nulla, aut saltē ob beneficium restitutions periculo rescissionis obnoxia, quod tamen D. Fleck cit. tit. num. 26. rursus ita limitat, nisi pupillis, & Minoribus locatio, vel conductio utilis sit, tunc enim ex re obligantur, imo hodie in iis causis, ubi pupilli, vel Minores operas suas locare consueverunt, ad promissas, & locatas operas ex conducto tenentur. Sic sartor socius ein Schneider- und Handwerck's. Gesell, ex contractu ef ficaciter obstringitur, etsi ipsi non semper proficiat, & ille adhuc Minor sit. Arg. l. 7. §. 5. ff. de oper. libert. l. 31. ff. de R. V. l. fin. §. ult. ff. de liber. caus.

Quæres I. An conductor rem con ductam rursus alteri sublocare valeat? Respondeo posse, si ad eundem usum, homini æque idoneo, ad tempus, quo prima conductio durat, elocet, nec ab initio sublocatio prohibita fuerit. l. 6. C. b. t. l. 48. l. 60. ff. eod.

Quæres II. Uter prævaleat, si res una duobus sit locata? Respondeo, cum prævalere, cui res tradita fuerit,

tam-

nametsi is posterius conduixerit, *arg.* l. 15. *C. de R. V.* Priori tamen, si usum rei locator præstare nequeat, tenetur præstare interesse. *Lauterbach. ad h. t. §. 16.* *Brunneman. ad l. 26. ff. h. t. n. 9.* Aliud dicendum est de *operis*, ut, si quis eas duobus locavit, ejus conditio sit potior, qui prius conduxit. *l. 26. ff. h. t.* Ratio redditur à Brunnemano *ibidem num. 1.* quod is, qui uni semel operam suam addixit, alteri amplius se obligare nequeat.

13 *Quæres III.* An conductor domus, aut cubiculi, alium sibi socium, inscio, vel etiam invito locatore, assumere possit? *Respondeo*, si totam domum conductus, nec ipse locator easdem ædes simul inhabitet, non videri esse prohibitum, eo quod locatoris nihil interfit, an conductor solus, aut cum socio easdem, inhabitet. Maximè cum sciverit, aut scire debuerit, quod integra quædam domus ab uno solo non soleat inhabitari. *Quoad conductorem cubiculi de rigore juris contrarium di-*

cendum foret eo, quod locatori non æque commodum sit, habere in eodem hypocusto duos, quam unum conductorem. Ex more tamen Academiarum, ubi studiosi vix sine contubernali esse solent, id procedere existimat *Stryckius ad h. t. §. 74.* imputet enim sibi locator, quod ab initio Contractus hunc casum non exceperit, quem tamen facile prævidere potuisset.

Quæres IV. An quis ad res, seu ¹⁴ operas suas locandas cogi possit? *Resp.* regulariter non posse. Fallit tamen in casu necessitatis publicæ, quin quod subditus etiam domino suo præ aliis servire, aut operas suas pro mercede justa præstare teneantur, docet Richter *decis. 98. num. 75.* id quod etiam strinxit opifices, qui ex artis suæ professione operas suas locare solent, hi enim cuicunque pro mercede operari debent, & cogi possunt, nisi justam excusationem habeant. *Arg. l. 1. ff. de administr. Tut. l. 9. ff. de Munerib.* *D. D. Fleckh cit. tit. num. 33.*

§. III.

De Locationis, & Conductionis objecto.

S U M M A R I A.

15. *Res, operæ, & merces* constituant locationis conductionis objectum. *Quæ res locari possint?* 16. *Res proprias dominus conducere nequit*, utut credat esse alienas. 17. *Rem dominus restituere non tenetur*, si ignoranter ejus possessionem conduxit, & dominium suum liquido docere possit. 18. *Res fungibles* regulariter locari nequeunt. 19. *Nec servitutes prædiales.* 20. *Nec res Ecclesiasticae ultra triennium.* 21. *Illa Controversia*, si prædium Ecclesiasticum ad plura triennia locatum sit, an locatio ex parte teneat, vel ex integro vitiatur, sub distinctione resolvitur. 22. *Jus Patronatus*, & alia jura spiritualia locari nequeunt. 23. *Nec jus cuendi monetam.* 24. *Enumerantur casus particulares, in quibus locatio locum habet.* 25. *Operæ Mercenarie, non etiam liberales locari possunt.* 26. *Qualis debeat esse merces?* 27. *Debet necessario esse, pecuniaria.* 28. *Exceptio ponitur in fundis frugiferis locatis.*

S 2

Res,

Res, *Opera*, & *Merces* dicuntur esse *Locationis Conductionis* objectum. Circa res ponunt aliqui hanc Regulam, quod omnia illa locari possint, quæ vendi possunt, nec specialiter à jure eximuntur. Esse hanc certam, ac communem DD. ait P. Reiffenstuel *b.t. s. 1. num. 15.* attamen hanc Regulam, universaliter non esse recipiendam existimo cum P. Rosignolo *de locat. cond. Prænot. 11. num. 1.* quia dominium plenum vendi quidem potest, non etiam locari, cum de natura hujus contractus sit, ut proprietas remaneat penes locantem, & usus rei duntaxat in conductorum transeat. *l. 20. C. b. t.* Accuratio subinde erit illa Regula, quæ dicit, quod res illæ locari possint, quarum usus conductori proficuus esse potest, & quæ nec ex dispositione juris, aut ex natura sua transferri respuunt. Unde

Deduces I. Rem propriam conductorum non posse, tametsi conductor credat esse alienam *l. 9. s. 5. ff. b. t. l. 45. ff. de R. J.* Ratio petitur ex *l. 20. C. b. t.* ubi dicitur, quod, qui rem propriam conductorum existimans alienam, dominium non transfert, sed inefficacem conductorum contractum facit. Quia igitur hoc casu conductor rei conductorum adhuc manet dominus (id quod est contra naturam hujus contractus, utpote qui petit, ut dominium maneat penes locatorem, & usus in conductorum transeat) conductor inefficax redditur. Excipitur tamen casus, quo possessio est penes alium, quam dominum, ut in pignore, cuius possessionem penes ereditorem existentem debitor conducere non prohibetur. *l. 35. s. fin. 3 l. 27. s. de Pignerat. a. f.*

An autem is, qui rei suæ possessio-¹⁷ nem conduxit, finito locationis tempore rem prius restituere, & tunc primum vindicare debeat? aneps est quæstio. Affirmativa videtur esse decisa in *l. 25. C. b. t.* Attamen censeo, conductorum, qui in continenti probare possit, rem suam esse, ad restitutionem non teneri, præsertim, si subasset magna difficultas, & periculum recuperandi, unde cit. *l.* duntaxat exaudienda est de casu, quo jus proprietatis dubium est, quod per paratas probationes in continenti liquidari nequit.

Deduces II. Res fungibles, in numero, pondere, & mensura consistentes regulariter locari non posse, sicut nec commodari *l. 3. s. fin. ff. Commod.* Ratio est, quod in his rebus usus à dominio separari nequeat, utpote, quorum usus in abuso, sive consumptio consistit: ergo locari non possunt, quis in locatione res conceditur ad usum absque translatione dominii. Possunt tamen locari ad ostentationem, arg. *d. l. 3. ff. Commod.* sed tunc erit locatio impropria, seu, ut alii, *irregularis.*

Deduces III. Servitutes prediales, sive reales locari non posse. *l. 44. ff. b. t.* Ratio est, quod locatio fiat ad tempus, servitutes autem ipso quidem jure, neque ex tempore, neque ad tempus constitutæ possunt. *l. 4. ff. de Servit.* Poterit tamen conductor hac via sibi consulere, si simul conducatur prædium dominans, cui debetur servitus *Stryck. in Cautel. contract. cap. 9. s. 2.*

Deduces IV. Res Ecclesiasticas immobiles ultra triennium utile locari non posse, per expressam sanctionem in extrav. ambitiose de rebus Eccles. alien. inter commun. Dixi, ultra triennium uti-

utile, nam si prædium v. g. alternis, aut ternis tantum annis fructus ferret, locatio ad sexennium, aut novennium facta subsisteret, quia in effectu adhuc ad triennium facta censembitur. Covar-
ruv. var. resol. lib. 2. cap. 16. num. 6. Pignatell. Tom. 4. consult. 222.

21 Verum de hoc contentio est inter authores, an, si locatio prædii Ecclesiastici facta sit ad plura triennia, valeat saltem ad primum triennium, num verò talis locatio ex integro vitietur? Respondeo breviter: si locatio sub hoc pacto, vel clausula facta est, ut elapso quoque triennio renovatione necessariò fieri debeat, aut, si locatio ex mente contrahentium ad novennium taliter inita sit, ut habeatur pro uno, & individuo contractu, ipsaque merces, tametsi per partes, & successivè præstari possit, per modum unius mercedis solvi debeat. In his casibus judico, locationem ex toto vitiari, ut nequidem ad primum triennium subsistat. Probatur ex d. extrav. ambitiose & Clem. 1. de rebus Eccles. alien. in quibus locis dicitur, quod alienatio & conductio, quæ aliter, atque ibi præscriptum est, nullius omnino sit roboris, & momenti, & recipienti jus aliquod non acquiratur. Fit autem in recensitis casibus conductio aliter, quam jure præscriptum est, dum locans se obligat, vel ad renovationem conductoris sub fide pacta semper acceptandam, vel ad standum contractui per integrum novennium, id quod per cc. tt. prohibitum est: ergo. Accedit ratio, quod in simili locatione deficiat consensus, quia locator Ecclesiasticus in quod potuit consentire, noluit, nempe in triennalem tantum locationem: & in quod

voluit, nempe in ulteriorem, & prolixioris temporis locationem, consensit non potuit: ergo simpliciter non consensit. Arg. cap. 23. de Offic. delegat. Unde illa regula quod utile per inutile non debeat vitiari. cap. 37. de R. J. in 6. dictis casibus applicari nequit, quia procedit solummodo in iis, quæ separari possunt, hic autem, cum locator elapso triennio locationem continuare, vel de novo necessariò celebrare debeat, unum tempus ab alio ex ipsa pacientium voluntate separari nequit. Aliud foret, si in plura quidem triennia locatio facta fuisset, ita tamen, ut elapso quolibet triennio, tam locatori, quam conductori à contractu recedere integrum sit, hoc quippe casu ad unum tantum triennium videtur facta fuisse locatio. Quapropter, si locator Ecclesiasticus deinceps rem ad alterum triennium, & hoc iterum iterumque tali modo repetitum elocet, SS. Canones sibi repugnantes non habet. Ratio est, quia jura non prohibent, repetitis, iisque liberis contractibus rem Ecclesiasticam ultra triennium locare, si post elapsum quodlibet triennium locatori Ecclesiastico semper liberum sit, locationem continuare, vel omittere. Vid. P. Reiffenstuel h. t. §. 1. num. 24. & seqq. P. Wiestuer eod. tit. num. 10. & seq. Rosignolo de locat. & cond. prænot. 11. num. 27.

Deduces V. Jus Patronatus (nisi 22 in consequentiam una cum castro, cui inhaeret, locetur) jurisdictionem Ecclesiasticam, ac alia jura spiritualia non posse locari. cap. 8. de Sent. & re jud. cap. 8. de jur. Patron. Ratio est, quod qualitas spiritualis impedimento sit, quominus vendi citra simoniz labem posse.

possint; adeoque etiam locari nequeant.

23. Deduces VI. Inter res locari prohibitas etiam recenserit jus *cudendi monetam*. Extant de hac prohibitione varii Recessus Imperii, ut de Año 1551. §. 46. & de Anno 1559. §. 215. & seqq. Item de Anno 1570. §. 132. & seqq. §. 1594. §. 103. Ratio est, ne dum locatores, & conductores privata lucra quærunt, adulterina moneta in Imperium invehatur, cum maximo Reipublicæ damno, id quod, pro dolor! hodieum experimur. Ut subinde Stryckius ad h.t. §. 67. temerè haud scriperit: *Contra banc Legem ubivis hodie peccatur, dum quod splendori Principum promovendo concessum est regale, redditibus Cameræ annumeratur, & lucrum inde proveniens vocatur der Schlage-Schätz.* Videatur etiam Knippshildt. de *Contract.* *Exercit.* 9. *Quæst.* 3. Et hæc quidem de rebus locari prohibitis.

24. Pro illustranda ipsa Regula, quæ res alias in commercio humano existentes, *corporales*, & *incorporales* locari permittit, lubet aliquot casus, qui non-nihil dubitabiles videri possent, referre. Igitur locari potest res *aliena*. Quia locatio non solet dominium mutare, l. 39. ff. h.t. & res aliena etiam vendi potest, ut superiori tit. dictum est. Unde sequitur quod Vasallus quoque rem *feudalem* (intellige ad breve tempus vel quousque ipsius jus durat) *emphyteuta rem emphyteuticariam*; *Usufructuarius rem usufructuariam*, *habitor habitationem* quoad exercitum licet, & valide locare possit l. 12. §. 2. ff. de *Usufruct.* l. 9. §. 1. ff. h.t. 2. *feud.* 9. §. 2. *feud.* 24. ubi tamen notandum, quod locatio *usufructus* ultra vitam locatoris

non extendatur, quia resoluto jure dantis (ut vulgatum habet brocardon) resolvitur arg. l. 9. §. 1. ff. h.t. l. 31. ff. de *Pignorat.* act. jus accipientis. Inde conductori consulit Stryck. de *Cautel.* *Contract.* cap. 9. §. 2. ut per pacta sibi antecedenter prospiciat, quæaus si ante plenariam perceptionem fructuum locator decessit, illius anni pensio remittatur. *Usus* tamen locationem non recipit. §. 1. *Inst.* l. 8. l. 11. & seq. §. fin. ff. de *usu & habit.* quia usus consistit in utendo ad strictam necessitatem. Limitationem binam vide apud Andream Wegens *Tract.* de *Locat.* cap. 4. num. 12. Similiter res *communes* locari possunt, non tantum, si omnium dominorum consensus interveniat, sed etiam tunc, si unus illorum dissentiat, maximè si res alias locari solita fuerit. Nec hic habet locum illa *Juris Regula*, quod in re communi potior sit conditionis prohibentis cap. 56. de *R. J.* in 6. quia sine causa talis socius, vel condonatus locationem prohibet, cum res illa solita fuerit elocari, & consequente reliqui socii elocare volentes, jus habent, ne prohibeantur. Quodsi tamen res *commodam* patiatur divisionem, quisque in sua libertate manet. Rosignolo de *locat. conduct. prenot.* 11. num. 20.

Præter usum *rerum* etiam locantur *operae*, non quæcunque, sed quæ vel ex natura sua, vel ex more communi *mercenariæ* dicuntur, hoc est, quæ certa mercede communiter, & ordinariè compensari inter homines solent, ut sunt *operae*, quæ labore corporis externo artificiali, aut inartificiali præstantur l. 5. §. 2. & l. 19. §. 1. ff. de *Præscript. verb.* Quare huc non spectant

stant operæ illæ, quæ ingenio, & animo expediuntur, ut sunt opera Doctorum, Advocatorum, Judicium, aliorumque Officialium, quibus pro impenso labore, & studio, non merces, sed *salarium* datur, unde conventio de ejusmodi operis contractus *innominatus* plerumque naturam induit, & advocato v. g. pro consequendo honorario *actio in factum* competit. Boehmer. in *introd. ad Jus Digest. ad tit locat. n. 8.* D. Fleckh. cit. tit. num. 11.

Quo ad ipsas verò operas *mercenarias* sciendum est, quod illæ duntaxat in hunc contractum venire possunt, quæ honestæ, & licita sunt. Turpium enim & lege prohibitarum nulla est obligatio. l. 5. C. de LL. l. 26. ff. de V. O. §. 7. J. mand. *Facta aliena, non æquè, ut res alienæ locari possunt.* Arg. l. 38. ff. de V. O. §. 3. J. de *Inutil. stipulat.* Interim, si quis promisit, se apud tertium effecturum, ut hoc vel illud opus præstet, promittens obligabitur, quia factum suum, non alienum promisit. Arg. l. 81. princ. ff. de V. O.

26 Pro usu rerum, aut operarum *merces* quoque præstari debet. princ. J. b. t. Hæc autem debet esse certa, vel certitudine *absoluta*, vel *relativa*, scilicet dum in arbitrium tertii certi, non incerti ejus determinatio confertur l. 25. ff. §. 1. J. b. t. Sufficit tamen, si ab initio fuerit constituta, et si postea remittatur. l. 5. ff. b. t. Si post præstata demum operas constituantur, non erit *locatio conductio*, sed *contractus innominatus*, per textum expressum in l. 22. ff. de *Præscript. verb.* §. 1. J. b. t.

27 Illud inter DD. non convenit, an merces in *pecunia-numerata* necessariò constitui debeat, num sufficiat, eam

in rebus *fungilibus* constitui? P. Haunold. *Tract. 10. cap. 4. contr. 2.* utriusque partis fundamenta prolixo calamo producit, & illis adstipulatur, qui mercem in rebus quoque *fungilibus*, scilicet, quæ *numero, pondere, vel mensura* constant, posse consistere defendunt, subjungens: *Hac sententia nunc auctoritate prævaluit, ut non credam, contrariam in judicio obtenturam.* Quidquid tamen sit de tritura fori, contraria sententia, quæ mercem in *pecunia numerata* definit, *LL.* conformior est, & probatur per l. 5. §. 2. ff. de *Præscript. Verb.* ubi sic Paulus: *At, cùm do, ut facias, si tale sit factum, quod locari solet, puta, ut tabulam pingas, PECUNIA DATA, locatio erit, sicut superiore casu (scilicet in §. d. ubi dixit: *Siquidem pecuniam dem, ut rem accipiam, emptio & venditio est) emptio, si res, non erit locatio, sed nascetur vel civilis actio in hoc, quod mea interest, vel ad repetendum conditio.** Huic textui non satisfacit Haunoldus, dicendo, parificationem inter *emptionem, venditionem, & locationem* in eo institui, quod sicut *emptio* est, si *pecunia numerata* detur, quæ significatur per nomen *pretii*, ita *locatione* dicatur, si *pecunia* detur, habens ex usu recepto rationem *mercedis*. Non inquam satisfacit, quia *Juris-Consultus* in hac facti specie dirimere voluit illam quæstionem, an magis ad naturam *locationis* accederet, vel ad contractum *innominatum*, unde subintulit, tunc fore *locationem*, si id *mercedis loco* datum fuerit, quod in *emptione* vim *pretii* habet: In *emptione* autem *pecunia* non latè sumpta, prout etiam comprehendit res *fungibles*, pretium constituit, sed prout denotat monetam

tam signatam, & pecuniam numeram juxta sensum l. 4. §. 3. ff. ad S. C. t. *Macedon.* ergo eodem sensu pecuniam in locatione accipi voluit. Qua responsione simul enervatur responsio contraria, quam reddit *Haunold.* ad l. 1. §. 9. ff. *Deposit.* ubi dicitur, quod, ubi mercedis loco opera servorum conceduntur, quia pecunia non datur, pro-

28 priè locatio non sit. L. 35. in fin. ff. l. 8. §. 21. *Cod. h. t.* qui textus AA. puppis, & prora sunt, nostram Regulam haud destruant, sed habent se per modum exceptionis, ut scilicet, si res frugiferæ locentur (de quibus casibus cc. II. lo- quuntur) mercedis loco fructus dari possint, & hoc specialiter receptum esse favore rei rusticæ ait *Gerardus Noodt ad b. t.* ut fundus possit locari non modo nummis, sed etiam certa quantitate fructum, ex ea nasciturorum, v.g. cer-

to pondere olei. Quo casu propter insolitam sterilitatem minui quantitatis fructuum promissæ præstationem, re-scriptum est in d. l. 18. C. b. t. Quod si verò non fuerit certa fructuum quantitas determinata, sed portio pro rata ejus, quod in fundo nascetur, constituta fuerit, conductor ille *Colonus partiarius ein Halb-Bauer* dicitur in l. 25. §. 6. ff. b. t. magisque talis conventio ad societatem, quam conductionem accedit, & partiarius hic cum domino fundi quasi societatis jure damna, & lucra partitur. *Voëtius ad b. t. num. 3.* *Lauterbach. ibidem. §. 30.* *Gerardus Noodt,* & ex nostris *Salisburgenibus Magnif. P. Schmier lib. 3. tract. 3. cap. 2. num. 348.* *Clariss. P. Placidus Böckha in Comment. hic num. 15.* *Clariss. D. D. Franz Inst. b. t. num. 24.* & *Peregrini ibid. num. 3.*

§. IV.

De Obligationibus Locatoris.

SUMMARIUM.

29. *Effectus Locationis* consistit in *Obligationibus.* 30. 31. *Quæ ex parte locatoris* recensentur. 32. Locator potest rem locatam ante tempus locationis finitum ex superveniente gravi necessitate propria revocare. 33. Idque etiam obtinet in locatione prædiū rusticī. 34. Rursum revocare potest, si conductor male veretur in re conducta. 35. Item de *Jure Canonico*, si per biennium pensionem non solvit, non etiam de *Jure Civili.* 36. *An in his duobus casibus pensionem remitti debeat?* *Panormitani Sententia* refertur. 37. *Qua repudiata nostra opinio* exponitur. 38. Potest locator tempore locationis nondum finito rem locatam vendere. 39. *Quod intelligimus de venditione necessaria.* 40. *Emptor* sciens rem venditam esse locatam, locationi stare non tenetur. 41. *Heredes locatoris* tenentur stare locationi. 42. Locator tenetur conductorem indemnem servare ratione impensarum, quas in rem conductam necessariò, aut utiliter fecit, quod declaratur. 43. *Ad quid locator operarum obligetur,* § quando mercedem totam petere, aut remittere teneatur? 44. *Quæ actio locatori* competit?

Ef-

29 **E**ffectus in Contractibus potissimum spectatur quoad obligatio-nes, quibus contrahentium alter alteri devinctus est. Unde effectus, quos parit contractus locationis conductio-nis, sunt obligationes & onera, quæ-
tum locatorem, tam conductorem con-se-
quentur. Nos in hoc §. de debito locato-
ris, prout ille vel usum rei, vel
operas debet, prius agemus, dein etiam
obligationes, quæ conductorem ma-nent, in §. seq. excussuri.

30 Conductor igitur habet sibi obstru-
ctum locatorem *rerum* I. ut rem loca-
tam unacum appertinentiis, quæ ad
usum rei deserviunt, tradat, veluti ædes
cum januis, fenestris, fornacibus, &
aliis requisitis. l. 15. §. 1. l. 19. §. 2. l. 25.
§. 1. ff. b.t. & conductori usque ad ter-
minum locationis rei locatae liberum
usum præstet, omniaque impedimenta
removeat, sine quibus eadem frui ne-
quit. l. 15. §. 1. l. 25. §. 2. ff. b.t. & qui-
dem si culpa, vel dolo locatoris fiat,
ut conductor re conducta uti nequeat,
fortè, quod dolia vitiosa locaverit.
(quod vitium conductor prius adver-
tere non potuit) tenetur eidem ad in-
teresse. l. 7. l. 8. l. 19. §. 1. ff. b.t. Sin
citra locatoris culpam usus rei condu-
ctori noxius extitit (ut exemplum po-
nitur in cit. l. 19. §. 1. de saltu paseuo
locato, in quo mala herba nascebatur,
ignorante vitium rei locatori) vel alijs
casu fortuito interversus sit, ad intere-
sse non tenetur, mercedem tamen, si jam
anticipata sit, conductori remittere de-
bet. Textus & exemplum in l. 33. ff. b.t.

31 II. Conductor locatorem sibi ha-
bet devinctum, non modo, ut usum
rei locatae sibi liberum juxta leges con-
ventionis concedat, sed ne ante tem-

pus conventionis rem locatam revocet,
ipsumque expellat. l. 3. C. b.t. Verum
hoc fallit in triplici casu, prout colligi-
tur ex cap. 3. b.t. & l. 3. C. eod.

I. Casus est, *superveniens necessitas*, 32
eaque gravis, qua sit, ut vel ipse loca-
tor v. g. ædibus locatis opus habeat,
vel ipiæ ædes refectione, non differen-
da, indigeant, quæque necessitas tem-
pore locationis initæ nondum extitit,
aut saltem prudenter prævideri non po-
tuit; alijs enim necessitas, in qua
quis se ultrò conjicit, non excusat. Arg.
l. 1. §. fin. & l. seq. ff. ut in poss. legat.
Talis verò necessitas censetur ingruere,
si locatori fortè domus sua, in qua ha-
bitenus habitaverat, corruit, aut igne
absumpta est, vel, si ipse, aut filius ejus
uxorem duxit, vel novam dignitatem
sive officium indeptus est, ampliorem
habitationem pro se, suóque famulatio
requirens. Canis. hic num. 10. Card.
de Luca de locat. & conduct. Discurs. 4.
num. 2. quo tamen casu pensio pro rata
temporis conductori remittenda erit.
cap. 3. b. tit. Quodsi refectione perfici
possit etiam sine emigratione condu-
ctoris, expelli non debet, imò, recipi
refecta domo, si emigrare necesse fuit,
juxta Gloss. in l. 3. §. inquiline ff. uti
possid. Lit. C.

Sed quid, si similis necessitas loca- 33
tori in prædio *rustico* eveniat, poterit
ne expelli conductor? Gomez cum
Molina, & Lugo id negat, quia l. 3. C.
b.t. tantum loquitur de prædio *urba-
no*. Sed melius Haunoldus eit. cap. 4.
Controv. 16. n. 539. affirmat, quia non
verba legis, sed intentio Legislatoris
respicienda est, quæ fuit, ut præsenti
necessitati locatoris, aut rei locatae ante-
cedenter non prævisæ, prospiceretur.

(T)

II.

34. II. Casus est, si conductor in re conducta malè versetur, rem notabiliter deteriorando, cum damno non solum domini, sed etiam inquilini, aut, si aliud malum admittat, unde domus infametur, v.g. recipiendo meretrices, fures &c. d. cap. 3. § l. 3. C. b. t. si deterioratio levis duntaxat sit, conductor expelli non debet. l. 27. ff. b. t. l. 54. ff. de contrab. empt. Num verò deterioratio magna sit, id judicis arbitrio relinquendum censet Menoch. de arbitr. jud. cas. 78. num. 7. Canis. hic n. 16.

35. III. Casus est, si conductor per biennium pensionem solvere intermitat; id quod de Jure Canonico certum est per cap. 3. b. t. de Jure Civili verò sufficere existimo, si ultra statutum terminum solutionem differat. Non obstat l. 54. §. 1. § l. 56. ff. b. t. quia in priori textu Juris-Consultus tantum narrativè biennii mentionem facit, non verò decisivè loquitur. Similiter in posteriori mentio quidem fit biennii, non tamen ut termini, ad expulsionem requisiti, sed tanquam termini, quo bona absentis, nec comparentis conductoris describi possint, quia odiosum est, res alterius patrimoniales detegi, & ideo non immerito longior terminus à legibus statutus est. Haunold. loc. cit. num. 534.

36. Sed nunquid his duobus casibus, sicut in primo locator pensionem remittere debet? Nonmit. ad cap. 3. b. t. num. 16. distinguit; An conductor damno afficiat locatorem malè versando in re conducta, num verò citra damnum reale per solum conversationem minus honestam, scorta v. g. vel lenones in ædes conductas inducendo. Priore casu existimat, pensionem con-

ductori esse remitterandam, cum locator ratione damni actione locati, vel Legis Aquiliae satis cautum sit. l. 25. §. 5. l. 30. §. 2. ff. b. t. l. 44. ff. ad Leg. Aquil. Posteriore verò posse integrum pensionem exigi, ne ex culpa inquilini damnum sentiat, non recipiendo scilicet pensionem in constitutum tempus.

Verum hæc distinctio videtur diffi-³⁷ cultatem habere: primò enim casu actione locati, vel Legis Aquiliae conductor quidem recuperat, quod ratione deteriorationis damni passus est, pensionem tamen integrum, in conventum tempus constitutam, alterutram harum actionum non consequitur. Unde aliter distinguit Haunold. cit. Controv. num. 541. ut scilicet locator possit integrum pensionem petere, quando propter scandala, & pravam conversationem conductoris moraliter, & civiliter quasi necessitatur, ipsum expellere; secùs, si talem necessitatem non inferat, sed alias quidem molestus sit, ita tamen, ut tolerari adhuc possit; hoc quippe casu, si locator ipsum expellat, ratione damnorum datorum cum quidem actione locati convenire potest, totam tamen pensionem exigere nequit, sed hujus jacturam, utendo jure expulsionis, ad quod nemo cogit, non invitus, sed volens pati videtur.

Quamquam verò locator legi con-³⁸ ventionis tam strictè alligatus sit, ut ante tempus conventum regulariter rem locatam revocare, ac conductorem expellere nequeat, nihilominus ei integrum est, rem locatam, durante locationis tempore, alteri vendere, quo casu emptor, nisi ultrò velit, locationi stare non tenetur, sed potest rei locatae conductorem expellere, l. 9. C. b. tit. juxta

juxta vulgatum illud: Rauff gehet vor Mieth. Ipse vero venditor efficeret tenetur, ut emptor conductorem patiatur in re conducta, aut, si hoc efficeret nequeat, praestare, quanti ejus interest, rem ante tempus locationis non fuisse venditam. l. 25. §. 1. ff. b. t. l. 30. princ. ff. eod.

39 Locatori, et si facultatem vendendi rem locatam adimere nolumus, eam tamen ad casum propriæ indigentiaæ duntaxat, & urgentis necessitatis arctamus, ut scilicet eo casu, quo locator pro suo necessario usu conductorem è re locata ante conductionis tempus finitum expellere potest, eam quoque alteri vendere, & tradere possit: secus, illimitata potestas vendendi naturæ conductionis & æquitati repugnare videatur, ac subinde textus, qui locatori facultatem vendendi concedunt, de casu necessitatis exaudiendos esse, non sine juris fumo ascriimus. Arg. l. 8. C. de Jud. Interim conductor tali casu expulsus adversus locatorem, ejusque hæredes ad omne interesse agere non prohibetur. l. 24. §. 4. l. 32. & seq. ff. b. t.

40 Quæstionis est: an si emptor sciverit, fundum v. g. vel domum esse alteri locatam, locationi stare teneatur? Certum est, quod emptor rei fiscalis conductorem expellere nequeat. l. fin. ff. de Jur. fisc. Peregrin. de Jur. fisc. lib. 6. tit. 4. num. 33. Certum itidem est, quod conductio non resolvatur, si quis rem ea conditione emit, ut conductori non præjudicet. l. 9. C. b. t. aut si emptor mercedem à conductori accepit. l. 59. §. 1. ff. de Uſufr. At non minus nobis certum esse videtur, quod sola scientia locationis initæ emptorem

non obliget, ut eidem posthac stare debeat. Moveor dupli hoc argu-
mento I. ipsæ leges desiderare viden-
tur, ut expressa cautione conductori
usus rei recipiatur. l. 25. §. 1. ff. b. t.
l. 53. §. ult. ff. de Ad. empt. II. Ven-
ditor, tametsi sciat, rem oppignora-
tam à debitore vendi, nec contradicat,
sibi tanten non præjudicat, quia simul
scit, quod jus pignoris adhuc penes ter-
tium possessorem perduret. l. 8. §. 15.
ff. quib. med. pign. vel hypoth. solv. Er-
gò idem dicendum de emptore, qui
sciens rem locatam emit, quia simul
scit, se non teneri stare legibus loca-
tionis. l. 9. C. b. t. Contraria resolvit
Tuldenus C. ad b. t. §. 15.

Huic quæstioni succedit altera: an 41
hæredes locatoris teneantur stare loca-
tioni ab ipso initæ? Resp. in locatione
rerum affirmativè, per l. 10. C. b. t. imò
etiam in locatione operarum, nisi tales
essent, quæ non æquæ per hæredes præ-
stari possent, sed singularem ipsius lo-
catoris peritiam, vel industriam respi-
cerent. Excipitur I. nisi locatio ita
facta sit quoad is voluerit, qui locavit,
l. 4. ff. b. t. quia post mortem nemo
amplius quid velle potest, adeoque
cessante causa conservativa etiam con-
tractus ab illa pendens cessat. Excipi-
tur II. si hæres fiduciarius rem fidei-
commisso gravatam locavit, huic enim
locationi hæres fideicommissarius sta-
re non tenetur. Ratio est, quod hæ-
res gravatus non habet jus disponendi
de fideicomisso in tempus restitutio-
nis facienda, quia tenetur sine onere
restituere, sine quo accepit. Unde
subintrat regula: *Resoluto jure dantis,
resolvitur jus accipientis.*

Ulterius tenetur locator conducto- 42
rem

T 2

rem indemnem servare ratione impensarum, quas necessariò, vel utiliter in rem conductam fecit l. 55. §. 1. l. 61. ff. b. t. *Voluptuarias* non repetit, eas tamen, si sine rei conductæ damno fieri possit, tollere non prohibetur. *Garsias de Expens.* cap. 14. num. 27. *Conductor* subinde expensas tam modicas, quam magna (suppono, si necessariò, aut utiliter factæ sint) cum locario compensare & deducere potest. *cit. l. 61.* & ita *conductor* v. g. *equi de jure & natura contractus* expensas pro soleis ferreis, pro reparatione vehiculi, aut in curationem equi factas repetit. *Lugo de J. & J. disp. 29. sect. 4. num. 67.* Item collectas, steuras, & tributa, quæ ratione rei conductæ solvit, à locatore repetit. *Gars. de Expens. cit. cap. 14. num. 19.* *Onera* tamen personalia die *Frohn-Dienst, und Wacht,* & alias collectas, quæ vel ratione personæ, vel mercaturæ, opificii &c. secundum cujusque civitatis statuta imponi solent, ipse solus ferre debet. *Menoch. de arbitr. Jud. QQ. casu 215.* Si fenestræ, aut fornaces sua, vel domesticorum culpa fractæ sint, eas suis sumptibus reparare tenetur, *Bachov. lib. 1. disp. 29. Thes. 7.* Verbô expensas necessarias, & utiles in rem locatam factas aut repetit, aut de mercede nondum soluta ducit. *d. l. 61. ff. b. t.*

43. *Locator operarum* obligatur, ut eas convento tempore, & modo exhibeat. Si per conductorem stetit, quominus locator potuerit exhibere, nihilominus ei mercedem integrum solvere tenetur. *l. 19. §. 9. ff. b. t.* si locator sua culpa operas præstare intermisit, tenetur conductori ad interesse. *Arg. §. ult. Inst. de V. O.* Si sine culpa, forte quod morbo

impeditus fuerit, integrum mercedem petere nequit. *Probatur ex l. 15. C. de Advocat. divers. judicior.* ubi tanquam speciale Privilegium conceditur Advocatis fiscalibus, ut salarium totius anni, intra quem moriuntur, hæredibus persolvatur: ergo per argumentum à contrario aliis non debetur.

Non obstat l. 1. §. 13. ff. de Var. & extraord. cognit. ubi ita Ulpianus: *Divus Severus ab hæredibus advocati, mortuo eo, prohibuit, mercedem repeti: quia per ipsam non steterat, quominus causam ageret.* Respondeo, sensum hujus L. non esse, quod per ipsum ratione mortis supervenientis non steterit, sed ex culpa, vel causa clientis. *Ita Haunold. num. 568.* & cum eo *Lugo de J. & J. disp. 29. sect. 3. num. 58.* *Molin. disp. 505.* Quapropter *Stryckius de Cautel. Contract. lib. 2. cap. 9. §. 3.* locatorem operarum cautum, & catum esse jubet, quatenus nempe ab initio per speciale pactum sibi prospiciat, ut in casum morbi, aut alterius casus fortuiti mercedem vel integrum, vel ejus partem recipiat. *Ipsum* verò *operarum conductorem* similiter monet, ut in eo sibi caveat, nè præpropere mercedem locatori prænumeret; si enim integrum ei mercedem solverit, isque morte subitanea præventus, operas præstare nequeat, nihil repetere poterit: *facilior enim hic retentio, quam petitio.* *Arg. l. 38. §. 1. ff. b. t.*

Quo porrò conductor id consequatur, ad quod locatorem sibi obstrictum habet, datur ei actio conducti, qua agit adversus locatorem, ejusque hæredes, & quidem in locatione rerum ad usum earum consequendum, & impensas in rem conductam factas restituendas, &

ad

ad damnum, culpa lata & levi locatoris contingens, præstandum, & si culpa locatoris rei usus ad terminum promissum præstari nequeat, ad interesse, & denique, si ex hoc contractu immodi-
cè, sive ultra dimidium se lœsum doce-
re possit, alternativè agit, ut aut à lo-
catione recedatur, aut locarium ad
æquitatem reducatur. *Arg. l.2. C. de re-
scind. vendit.* Si locator locarium ad
æquitatem reducere elegerit, etiam ra-
tione annorum præteriorum, merce-
dem, quam ultra alterum tantum rece-
pit, refundere debet, quia in hoc quo-
que lœsus est, & restitutio in tantum re-

stituit, in quantum abstulit lœsio. Bœh-
mer. *de action. sect. 2. cap. 8. §. 95.* &
seqq. in locatione operarum agit adver-
sus locatorem ad operas præstandas,
quas, si sua culpa præstare non possit,
tenetur conductori ad locarium anti-
cipatò solutum restituendum, & præ-
standum id, quod interest. Ad quod
etiam tenetur, si opus, ad quod perfici-
endum ejus opera conducta fuit, haud
debita diligentia fecit, vel aliàs vitio-
sum opus sit. *l. 51. §. 1. ff. b.t.* Bœh-
mer. *cit. loc. §. 101.* & 102. quæ omnia
jam superius à nobis prolixius expli-
cata sunt.

§. V.

De Obligationibus Conductoris.

SUMMARI A.

45. In tribus precipiè consistit obligatio conductoris, quod mercedem convento tem-
pore solvat, & rem conductam finito usu in specie restituat, & locatori, quoad
durat locatio, in præmium urbanum invecta sciat esse oppignorata. 46. Fru-
ctuum ante solutam mercedem perceptorum conductor sit dominus. 47. Due
oppositiones enervantur. 48. An superveniente sterilitate merces remittenda,
aut minuenda sit, certa ab incertis separantur. 49. Unde magnitudo sterili-
tatis desumenda sit, varie opiniones sunt, quas omnes recipimus. 50. Ad
opposita respondetur. 51. An in computatione fructuum in ordine ad minuen-
dam, vel remittendam pensionem etiam seminis ratio habenda sit? 52. Quo-
modo conductori ultra dimidium lœso remissio fieri debeat? 53. An ob super-
venientem ubertatem locatori pensio augeri debeat? Affirmantium fundamen-
tum expenditur. 54. Cum negantibus nos quoque negamus. 55. Conductor
ante finitum locationis tempus à contractu recedere nequit, exceptis quibus-
dam casibus, qui enumerantur. 56. Clerici ampla prædia secularia condu-
centes possunt auctoritate judicis invito quoque locatore ante expletum loca-
tionis tempus à contractu resilire. 57. Actio locati exponitur.

Queniam contractus locationis con-
ductionis bone fidei est, & bila-
teralis, sequitur, quod uterque
contrahentium ad mutuas, & recipro-

cas præstationes obligatus sit, & qui-
dem æque principaliter, idcirco, cum
de obligationibus locatoris in præce-
denti §. egerimus, in præsentiarum ob-
liga-

T 3

ligationes conductoris evolvere insti-
tuimus.

45 Conductor igitur tam *rерum*, quam
operarum obligatur ad solvendam mer-
cedem tempore convento, aut secun-
dum loci cuiuslibet consuetudinem,
qua deficiente, communiter ad finem
anni l. 34. ff. de R. J. sicut enim emptor
non tenetur solvere pretium, nisi *ven-
ditor* ex parte sua contractum adimple-
verit, ita nec *conductor*: censetur au-
tem locator contractum adimplevisse, si
tempus locationi constitutum in singu-
los scilicet annos adimpleverit. Et
hinc merces pro fundo conductor sol-
venda non erit ante fructus collectos.
l. 26. ff. quando dies legat. ced. & si mo-
rosus in solvendo extiterit, etiam ad
usuras tenetur. l. 27. J. 1. l. 55. J. 2. ff.
l. 17. C. b. t. Quodsi opera *prægnan-
tes* locata fuerint, tunc vel merces sol-
vitur integra, finito opere, aut per par-
tes, si ita specialiter conventum fuerit.
l. 30. J. 3. ff. b. t. l. 72. J. 1. ff. de V. O.
Altera dein obligatio est, ut rem con-
ductam finito usu rursus in specie resti-
tuat, & si quid ipse, vel per se, vel per
suos domesticos damni dolo, culpa
lata, vel levi, in ea causavit, resarciat.
l. 9. J. 3. l. 11. J. 2. ff. l. 13. J. 1. ff.
ff. b. t. l. 25. J. 3. l. 41. ff. b. t. l. 11. princ.
l. 29. J. 9. eod. l. 11. ff. ad leg. Aquil.
Huic accedit tertia obligatio, quod res
conductoris illatae in prædium urbanum
locatori pro mercede habitationis tac-
tæ hypothecatae sint, et si eo ignorantे
illatae sint. l. 4. ff. de Paet. l. 4. princ. ff.
in quib. caus. pign. In prædium rusti-
cum verò nonnihil illæ, quæ sciente loca-
tore, eo animo illatae sunt, ut stabili-
ter ibi essent. l. 5. C. b. t. Si tamen po-
tæa mutato animo auferantur, non de-

sinent per hoc esse obligatae, uti colligi-
tur ex l. 7. J. 1. ff. in quib. caus. Mer-
ces autem mercatorum, quia non ani-
mo servandi, sed vendendi inferuntur,
hypothecatae non sunt, uti nec instru-
menta opifici necessaria l. 6. ff. de Pign.
& probabiliter nec libri studiosorum,
circa quos tamen praxis, & consuetu-
do locorum attendenda est. Hæc qua-
si plana sunt, & in *Thesi* verissima.
Sunt tamen casus particulares, de qui-
bus dubitatur, an recensitæ obligatio-
nes, & quousque ad illos se porrigan-

Dubitatur I. an conductor ante fo-46
lutam locationis mercedem fructuum
interea perceptorum dominium acquir-
at? Videtur negandum à paritate em-
ptoris, qui rei venditæ, & traditæ do-
minium prius non acquirit, quam pre-
mium venditori solverit, aut fidem de
pretio ei fecerit. Attamen verius esse
existimo hoc casu dominium fructuum
conductorem acquirere (id quod etiam
notoria praxis confirmat) ratio est,
quod fructus maneant tacitè oppigno-
rati locatori per l. 7. ff. in quib. caus. ta-
cit. pign. & l. 24. J. 1. ff. b. t. atqui ne-
mini res sua oppignorata esse potest:
ergò.

Dices: etiam in re vendita & tra-47
dita pignus habet venditor, & tamen
manet dominus, usque dum solvatur
premium. Resp. anteced. falsum esse,
venditor solum potest rem venditam re-
tinere quasi pignus, id est, non tenetur
tradere ante oblatum premium.

Instas: dominus fundi habet actio-
nem furti contra conductorem clam.
fructus asportantem, mercede nondum
soluta. l. 61. J. 8. ff. de Furt. Ergò
supponitur esse dominus fructuum.
Resp. nego consequentiam. Nam etiam
do-

dominus pignoris illud *clam* auferens
furti tenetur. *l. 3. ff. de Pignorat. aet.*

48 Dubitatur II. An fundo frugifero
locato, si sterilitas superveniat, merces
a locatore conductori remitti debeat?
Hic certa ab incertis separanda sunt.
Certum igitur est I. si damnum mo-
dicum casu fortuito illatum patiatur
conductor, nil de pensione remitten-
dum esse. *l. 25. §. 6. ¶ l. 4. §. 1. ff. b.t.*

Certum est II. si damnum, vel ste-
rilitas tanta sit, ut conductor nihil
omnino percipiat, totam pensionem re-
mittendam esse, aut pro rata, si steri-
litas magna fuerit. *d. l. 25. l. 15. §. 2. ff.*
b.t. ¶ l. 8. C. eod. Nisi, ut limitat
Pontifex in *cap. 3. b.t.* præcedentis, vel
subsequentis anni uberrate damnum
compensetur. Ratio hujus in æquita-
te consistit, quia pensio, seu merces
locationis, constituitur in compensatio-
nem fructuum ex re conducta perci-
piendorum: ergo si nulli, vel pauci
fructus percipientur, nil etiam, vel pa-
rum præstandum erit, ne periculum
damni penes solum conductorum ma-
neat, locator vero semper securus sit.
Quod, si ob præsentis anni sterilitatem
pensio remissa fuerit, sequenti verò
anno magna ubertas eveniat, ex eodem
æQUITATIS motivo posse a locatore pen-
sionem repeti, censet *Lessius lib. 2. c. 24.*
dub. 3. num. 19. censetur autem sterili-
tas compensari, si conductor anno fer-
tili, & sterili computato tantum com-
modi percepit, ut in damno notabili
esse non videatur, sive ex suo solvere
plus, quam dimidiam partem pensionis
præsentis non cogatur. *Less. num. 20.*

Certum est III. Si fructus jam per-
cepti, & a solo separati, casu fortuito
perierint, pensionem non esse remitten-

dam, nam, cum perceptione, & sepa-
ratione fructus facti sint coloni. *l. 26.*
§. 1. ff. de furt. §. 36. Inst. de R.D. ipse
solus ferre damnum debet, quia res pe-
rit suo domino; secùs si adhuc penden-
tes, vel in solo existentes fructus essent.
l. 44. ff. de R.V. Gail. *lib. 2. observ. 23.*
num. 13. quia tunc sunt pars fundi, cu-
jus proprietas ad locatorem spectat;
adeoque tunc merito sterilitas colono,
qui ex re aliena nullum fructum per-
cepit, & pensionem pro usu rei præ-
stat, pensionis remissionem tribuit.

Certum est IV. Si speciali pacto
conventum sit, ut casus fortuitus ad
conductorum pertineat, eoque nomine
minor pensio constituta sit. *l. 9. §. 2. ff.*
b.t. quo tamen pacto casum proflus
insolitum, & extraordinarium v.g. ter-
ræ motum in nostris partibus cum tan-
to damno inauditum non venire, sal-
tem de æQUITATE existimat *Haunoldus*
cap. 4. num. 494. stricto tamen Jure
contrarium foret dicendum per *l. 78.*
§. 3. ff. de contrah. empt.

Certum est V. Si culpâ conductoris,
aut servorum ejus sterilitas, vel
damnum acciderit, aut propter inimi-
citas conductoris arbores v.g. excisa
sint. *l. 11. ¶ 25. §. 3. ¶ 4. ff. b.t.* Gail.
cit. tit. num. 21. apud quem plures li-
mitationes videre licet: aut si vitio rei
locatae eveniat, interveniente tamen ali-
quali culpa ipsius conductoris, *l. 15.*
§. 2. ff. b.t. remissio pensionis peti ne-
quit. Ut etiam, si damnum v.g. exun-
dationis, si saepius contingere solitum
fuerit; adeoque conductor illud facile
prævidere potuerit, & tamen pacto sibi
ultra non prospicerit, frustra sibi pen-
sionem remitti petit. *cit. l. 15. §. 2.* quia
tunc censetur in damnum consensisse,
pro-

prout etiam tali periculo præviso res minoris locari solet. Idem est, si tempore belli fundum conduxisset. Gail. d.l. num. 21. His tanquam certis

49 Cardo dubii duntaxat in eo vertitur, quænam sterilitas pro magna habenda sit? Respondeo, plerosque existimare, illam sterilitatem magnam esse dicendam, quando conductori, detraæto semine, & deductis expensis in collendum agrum factis, tot fructus non supersunt, ut dimidiam partem solvendæ pensionis adæquent; fructus enim dicuntur, qui deductis impensis super sunt. l. 7. ff. solut. matrim. l. 1. C. de Fruct. & Lit. expens. Et tunc remittendam esse pensionem pro rata fructuum perceptorum, quia talis est læsus ultra dimidium, v. g. pensio solvenda consistit in 12. modiis tritici, fructus autem tam pauci sunt suscepti, ut deductis expensis, & semine, non maneat 6. modii, tunc reliqui usque ad 12. erunt remittendi de solvenda pensione: si verò 6. aut plures modii remaneant, nil erit de pensione remittendum. Et hujus opinionis sunt Panormit. ad cap. 3. b.t. num. 13. Covarruv. PP.QQ. cap. 30. num. 1. Pinellus ad l. 2. C. de Rescind. vendit. Part. 1. cap. 3. num. 12.

Alii vulgi judicio, & communivincorum opinioni, vel etiam prudentis judicis arbitrio id relinquendum putant, cum ex loco, & tempore rerum pretia varientur. Gail. l.2. obseru. 23. n. 1. Laymann. lib. 3. Tract. 4. cap. 22. num. 7. Brunneman. ad d.l. 15. num. 16. & seqq. specialem, eamque valde notabilem computationem assert. Vult nempè, ut tam ad fructus perceptos, quam ad solvendam pensionem respectus habeatur; adeoque si colonus v.g.

12. modios pro pensione solvere debeat, & solutio in tritico fiat, data prima regula procedat, non item indistincte, si pro fundo conducto v.g. 100. fl. conductor solvat: ponamus enim, quod talis fundus singulis annis ferat 10. modios, quorum unus vendatur 10. fl. in anno autem sterili tantum 4. modios recipiat, si tamen unum eo anno vendat pro 30. fl. propter defectum tritici, certè talis remissionem petere non potest, quia hæc sterilitas ipsi lucro cedit; unde tali casu necesse erit, ut nec dimidiam fructuum, nec dimidiam pensionis colonus consequatur. Similiter si reciperet v.g. 6. modios, & unus modius venderetur propter copiam aliunde adveuti frumenti 4. fl. cum hoc datum non ex fructibus, sed ex valore proveniat, ob quem remissio non datur. Sed conjunctim tam in fructibus, quam in pensione læsio ultra dimidium requiritur. Neutra explicatio nobis displiceret.

Verum tam contra unam, quam alteram opponitur l. 15. §. 5. ff. b.t. ubi dicitur, exiguitatis fructum quo ad remissionem mercedis rationem habendum non esse. Resp. textum loqui de modica exiguitate, non verò de læsione immodica, quæ excedat dimidium.

Nec obstat II. paritas ab emptore traducta, penes quem rei emptæ etiam ante traditionem est omne periculum; ergo etiam conductoris. Sicut enim emptor in eo relevatur, quod commoda ad ipsum spectent, ita & conductor in eo, quod aliorum annorum casualis ubertas ad se pertineat. Sed lata est disparitas inter emptorem, & conductorem. Frequentius contingit immodica sterilitas, quam fertilitas, & ex

ex pluribus causis illa timenda est, quam hæc speranda. Deinde singulari Jure id receptum esse, notat Canilius ad b.t. num. 2. ob sumnam necessitatem contractus *emptionis*, quæ tanta non est, in *locatione*: item quod emptio *præstato* consensu quasi in momento absolutatur, & mox ad traditionem agi possit, locatio verò tractum habeat successivum, quia ad annum, mensem, aut aliud tempus longius conduci solet; unde sibi imputare debebit emptor, si ante traditionem res pereat, quoniam statim petere potuisset, aut, si post traditionem, cum dominus ejus effectus sit, cui utique res perit. Secus in conductione.

51 Duo tamen adhuc Controversa manent. I. An in ordine ad computationem fructuum sterilitatis tempore perceptorum, & exinde concedendam pensionis remissionem præter expensas etiam semen computandum sit. Negat Haunold. num. 501. cum Lugone, & Molina contra Bartolum asserens, ad hoc, ut conductor possit remissionem pensionis ex integro petere, requiri, ut non solum fructus nullos perceperit, sed insuper semenis, & expensarum jacketuram fecerit. Colligit id ex cit. l. 15. §. 1. ff. b.t. ibi: Sed & si labes facta sit, omnemque fructum tulerit, damnum coloni non esse, ne supra damnum semenis amissi mercedes agri præstare cogatur. Probabilius tamen videtur, quod fructus non censeantur, nisi deductis expensis, & si semen & expensas quidem salvas habeat, alios tamen fructus non perceperit, remissionem pensionis petere posse. Ad d. l. 15. subinde respondeo, illam quidem in casu amissi etiam semenis disponere, non tamen casum

salvi semenis excludere, sed ab eo abstrahere.

Alterum est: An conductori ultra 52 dimidium læso in casu posito, quo 5. tantum modios percepit, 12. autem pro pensione solvere deberet, remissio omnino ad 12. vel solum ad 6. vel 7. concedenda sit? Si enim 6. vel 7. percepit, omnino nihil ipsi à locatore debetur: ergo sufficiet remissio ad illum numerum. Ita sentit Lugo, qui ad paritatem ab emptore institui solitam, quod nempe is ultra dimidium læsus, non tantum usque ad dimidium, sed totum pretium justum recipiat; econtra vendor nil refundere teneatur, si læsio non sit ultra dimidium, consequenter etiam conductori ultra dimidium læso totius pensionis remissio facienda, nihil verò, si intra dimidium læsus sit, respondet, esse disparitatem, quod vendor in casu, quo læsio emptoris ultra dimidium non assurgit, saltem adhuc in conscientia obligetur. Verum non placet hæc responsio. Nam hoc ipsum est in quæstione, an non locator teneatur conductori in conscientia, quando infra dimidium læsus est. Dicimus ergo, in data hypothesi integrum pensionem conductori remittendam esse, veluti emptori ultra dimidium læso integrum pretium, quod per solvit, restituendum est: quia sicut emptor dicitur gravissime læsus, quando plus altero tanto, quam res valet, solvit, ita conductor in simili enormiter læditur, si ultra alterum tantum quam fructus percepti valent, mercedis loco solvere debeat. Ergo sicut emptori totum pretium restituendum, ita conductori integra pensio remittenda est.

(U)

Du-

Dubitatur III. An, sicut ob sterilitatem conductori pensio remittenda est, ita etiam locatori ob supervenientem ubertatem illa augeri debeat? Locatori patrocinantur Panormit. ad cap. 3. b.t. num. ult. Gomez Var. resolut. lib. 2. cap. 3. num. 18. & alii, si scilicet casu fortuito talis notabilis fertilitas contingit. Moventur illo æquitatis naturalis principio, quod, qui sentit commodum, etiam onus ferat, necesse est. Quod tamen rursus ita limitant, ut, si ex tali fertilitate, & fructuum abundantia eorum pretium decresceret: aut, si ubertas non ex bonitate, & clementia cœli, sed ex industria coloni, aut bonitate fundi proveniret, vel denique, nisi conductor omne periculum casus fortuiti in se suscepisset, in his casibus sicut sterilitas ejus damno, ita etiam fertilitas ejus lucro cedere debeat.

§4. Nos tamen in tali casu locatori favere nec possumus, nec volumus, prohibiti à Cajo in l. 25. §. 6. ff. b.t. ubi dicit: *Modicum damnum æquo animo ferre debet colonus, cui immodicum lucrum non aufertur.* Quoad fertilitatem ex bonitate soli, aut industria coloni ipsi AA. nobiscum consentiunt. Quoad casum fortuitum, vel alias insinuatas restrictiones ea diversitatis ratio assignari potest, quod non sit eadem in conductor, quæ in locator favoris, & æquitatis ratio; nam conductor ob sterilitatem magnam gravissimum damnum subit, ob fertilitatem vero neuter damnificatur: nec enim idem locator quidquam perdit de pensione sibi constituta; hinc æquitas fusalit, ut conductori de damno certanti subveniatur, non vero locatori solum lucrum

captanti juxta l. 33. ff. de R. J. ubi dicitur: *In eo, quod vel is, qui petit, vel is, à quo petitur, lucrificatus est, durior causa est petitoris.* Unde & Baldus dixit, quod, ubi multi sunt fructus, ibi gaudium multum, scilicet ex parte utriusque; ubi vero sterilitas, ibi luctus & dolor, scilicet conductoris.

Dubitatur IV. An conductor ante tempus locationis finitum à contractu recedere, & inquilinus v. g. ab ædibus migrare possit? Respond. id regulatiter fieri non posse, lege conventionis intercedente, sed *quod semel placuit, amplius displicere non potest*: cap. 21. de R. J. in 5. Unde si huic legi contraveniat, ac sine justa causa domum conductoram deserat, ad integrum mercedem solvendam tenetur. l. 55. §. fin. ff. b.t. Quodsi tamen causa justa urgeat emigrationem, forte quod re conducta recte uti prohibeatur, ut, si lumina ædium conductarum à vicino ædificio obscurata sint, si ostia, aut fenestra, aut similia non debite reparentur à locatori. l. 25. §. 2. ff. b.t. si ædes ruinam minentur l. 13. §. 6. l. 28. l. 33. ff. de damn. infect. si belli tempestas, metus contagionis, ingruat, aut spectrorum horror ædes infestet. Ex his, & similibus causis conductor nihil agit contra leges conventionis, si, tempore locationis non elapsa, prius emigret, prout præter allegatas LL. colligitur ex l. 13. §. 7. l. 27. §. 1. l. 34. ff. b.t. hæc pericula si certa sint, liberant conductorum à solutione pensionis, saltem pro rata temporis. cit. l. 27. §. 1. § l. 55. §. 2. ff. b.t. Quodsi vero ex recensitis causis una ex culpa conductoris evenierit, vel is talem rei statum jam tempore

pore conductionis perspectum habuit, pensio ei non remittitur. Arg. l. 9. §. 1. ff. b. tit. Gail. lib. 2. observat. 33. num. 21.

56 Dubitatur V. An Clerici, quibus quæstus causâ possessiones, & prædia fæcularia conducere vetitum est in cap. 1. *Ne Clerici vel Monach.* si ejusmodi prædia, quæ multam curam, & sollicitudinem requirunt, nihilominus conducant, possint invitis quoque locatoribus à contractu recedere, & si recesserint, num locatoribus ad interesse teneantur? Hoc dubium proponit Boehmerus ad b. t. §. 9. & resolvit, quod possint impunè recedere, nec interesse locatori præstare teneantur. Ratio est, quod & Clerici peccent tam ampla prædia conducendo, utpote quo sit, ut ab officiis suis spiritualibus ritè obeundis abstrahantur, animumque, quem Divinis occupatum habere debent, totum in terrena, & fæcularia

effundant: & etiam locator peccet, quippe qui scivit, aut faltem scire debuit conditionem, & impedimentum conductoris, per l. 19. ff. de R. J. ubi dicitur, quod qui cum alio contrahit, non debeat esse ignarus conditionis ejus, cum quo contraxit. Adeoque tali casu culpa cum culpa compensatur. Attamen ut talis recessus lícet fiat, sententia judicis clericum ab hac lege absolvientis præcedere debet.

Denique, ut conductor obligatio-57 nibus suis satisfaciat, datur locatori, ejusque hæredibus actio locati, quæ agit adversus conductorem, ejusque hæredes ad præstandum omne id, quod ex natura contractus præstandum est, scilicet ad rem locatam finito usu restituendam, fætam, & integrum, & simul ad mercedem solvendam, prout hæc fusiùs jam suprà à nobis deducta sunt. Vid. Boehmer. de ast. scđt. 2. cap. 8. §. 103. & seqq.

§. VI.

Negotia quædam locationi conductioni affinia referuntur.

S U M M A R I A.

58. Locationi conductioni affinis est contractus sociæ, qui explicatur. 59. Quo etiam pertinet admodum. 60. Item Contractus affitus. 61. Et Contractus Libellarius, quorum natura cum suis effectibus exponitur.

58 **S**unt quædam alia negotia, quæ locationi admodum propinqua sunt, quæ subinde pro complemento h. t. strictim referre placet. Inter hæc primo loco nominari meretur contractus sociæ, qui ab Andrea Wegens Tract. de Locat. Cond. cap. 13. num. 5. describitur, quod sit contractus consensualis quo pecudum, ut plurimum

(taxationis gratiâ) æstimatorum usus pro viliori mercede annua, aut certa fructuum parte alicui conceditur, ea lege, ut si quæ istarum pereant, accipiens, vel æstimationem præstet, vel alias in demortuarum locum substituat, & propterea ejusmodi pecora vocantur communiter *ferrea pecora eisern Vieh.* Tenetur subinde conductor periculum-

mor-

U 2

mortis in se suscipere, ex qua causa (ut servetur contractus æqualitas) pro usu vilior merces constituitur. Quodsi tamen lues insperatè conducta pecora aut omnia, aut pleraque depopuletur, & perimat, hoc damnum locator ferre debet, quia de hoc casu insolito tempore contractus contrahentes cogitasse non presumuntur. Wegens cit. *Tract. cap. 7. num. 280.* Propinquitas hujus contractus cum *locatione* in eo constituit, quod utrobique *consensus, rei usus, & merx* interveniat, ac pleraque, etiam locationis conductionis naturalia retineat. Plura de hoc contractu vide apud 59 *Stryck. ad b.t. §. 8. & seqq.* II. Huc spectat *Admodiatio*, quod est Gallicum vocabulum, & nobis Germanis significat die *Verpachtung, oder Verzinnung* deren *Renten, Steuern, Ambts-Gebühren* &c. & describitur, quod sit *conventio*, qua alicui locantur *reditus* pro certa, eadémque *anua mercede*, si fuerint certi *reditus* alicujus *provinciæ*, dicitur *propria*, si omnis generis *reditus* ad *provinciam* non spectantes, *impropria* salutatur, contractus hic à *locatione conductione* in effectu non differt, sed tantum ex *objecto*. Vid. *Tabor Dissert. de Admodiat.* III. Contractus, qui vocatur *affitus* ab Italico *daré à fitto*, juxta multos à *locatione* non differt, nisi nominis sonò ut testatur *Stryck. b.t. §. 25.* juxta alios verò confunditur cum *colonia partiaria*, ubi scilicet prædium rusticum non pro pecunia, sed pro parte fructuum, videlicet umb die *Halffte*, umbs *Drittel* impensis, & periculo conductentis locatur, qui propter *colonus partiarius*, *Halb-Bauer* nuncupatur. *l. 35. in fin. ff. l. 21. C.b.t.*

Panormit. *ad cap. 3. b.t. num. 14.* Magnif. P. König *b.t. num. 4.* Hunc contractum aliqui referunt ad *societatem* propter textum in *l. 25. §. 6. ff. b.t.* ubi dicitur, quod *colonus partiarius QUASI SOCIETATIS JURE* & *damnum, & lucrum cum domino fundi partitur.* Alii ad *locationem* proprius accedere existimant, ut *Magnific. P. Schmier l. 3. Tract. 3. cap. 2. num. 380. Stryck. ad b.t. num. 15.* quibus etiam ad stipulorū cum *Panormitano ad cap. 3. b.t. num. 15.* propter vicinitatem, & similitudinem cum *locato*, cum quo tamen hoc assertum rursus ita limito, quod in materia stricta appellatione *locationis* non veniat iste contractus. IV. Affinitatem quoque habere videtur 61 cum *locatione* contractus *libellarius*, quo res in alium transfertur venditionis jure, interveniente scriptura, & certa pecunia summa initio pretii nomine constituitur, ea lege, ut emptor quotannis levem quandam pensionem persolvat, & insimul contractum hunc determinato tempore, numerato rursus pretio vel certo, vel arbitrario renovet. *Stryck. b.t. §. 40. Lauterbach. ad Tit. ff. si ager vettigal. §. 24. Matth. Stephan. ad Nov. 7. num. 8.* Solet hic contractus plerumque in gratiam emptoris iniri, qui paratum nummum pro exsolvendo integro pretio non statim ad manus habet. Huic subinde venditor solet tot terminos pro solutione facienda præfigere, ut interim commode tantum ex fructibus capere possit, quo pretium integrum ita successivè exsolvat. Exemplo rem declarat *Stryckius*, habeo e. g. prædium, cuius æstimatio est 10000. Thalerorum. Hoc amico cuidam vendere volo, qui tantum solvere

vere nequit, ergo sub hac lege ipsi vendo, ut pretium solvat ab initio 2000. Thal. & annum Canonem 100. Thal. ita tamen, ut singulis decenniis hos 2000. Thaleros de novo exsolvat. Habet hic contractus id peculiare, quod dominium rei venditae in emptorem transferat, quia traditur ipsi ex titulo emptionis, perpetuoque rem tenet sub conditione renovationis, adeoque po-

test eam vendere, inconsulto licet domino, à quo rem sub hac lege accepit: Propter hunc tam insignem effectum ex parte emptoris prohibentur in Nov. 7. princ. & cap. 1. bona Ecclesiastica per contractum *libellarium* alteri concedi, ne Ecclesia inde damnum, & jacturam rerum suarum incurrat. Matth. Stephani ad d. Nov. num. 9.

APPENDIX.

De Emphyteusi.

TAM propinqua necessitudine Contractus *emphyteuticarius* conjungitur cum *locatione, conductione, & emptione, venditione*, ut Justiniano teste in §. 3. *Inst. de locat. cond.* inter veteres dubitatum fuerit, rectiusne *locationi*, an *emptioni* accenseri mereatur; idcirco binis his Contractibus à nobis in præcedentibus Titulis expositis Contractum *Emphyteuticarium* subjungimus.

§. I.

Contractus Emphyteuticarii natura, origo, & varietas describitur.

SUMM ARIA.

1. *Emphyteusis triplex acceptio, propria hujus loci est, prout spectatur in ratione Contractus, & sub hac definitur.* 2. *In Emphyteusi Ecclesiastica requiritur Scriptura, in quantum res Ecclesiastica alienatur. In Emphyteusi seculari Contractus solo consensu citra Scripturam perficitur.* 3. *Opposito resolvitur.* 4. *Est Juris Gentium, non Juris Civilis, ut alii volunt.* 5. 6. *Objectum Emphyteusis, est res immobilis, & annuus Canon.* 7. *Dividitur in Ecclesiasticam, & Secularem.* 8. *In novam, & veterem.* 9. *In bæreditariam, & non bæreditariam.* 10. *Huc etiam refertur Emphyteusis ex pacto, & providentia.* 11. *In Emphyteusi, abstrabendo à consuetudine, etiam fœmine possunt succedere.* 12. *Emphyteusis rursus alia est perpetua, alia temporalis.*

Empyteusis græcum vocabulum est ab Εμφυτευσι derivata, quod idem est latinis, ac *in sero*, substantivè *instio*, vel *implantatio*, germanicè *ein Erb-Recht, Erb-Dinnh-Gut, Erb-Lehen, Bauern-Lehen*. Potest tripliciter considerari, *objectivè* pro *re* in emphyteusin *concessa, efficienter*, vel *formaliter* pro *contractu*, quo constitui solet, & denique *effectivè* pro *jure in re*, quod emphyteuta, translato in ipsum dominio *utili*, consequitur. Nos hic emphyteusin in ratione *contractus* præcipue consideramus, in qua acceptione describimus emphyteusin, quod sit *contractus consensualis, juris gentium, nominatus, bone fidei, quores immobilis, vel ei equipollens alicui collenda, & fruenda conceditur cum onere certæ pensionis annua in recognitionem dominii directi solvenda*.

Ast circa primam mox particulam datæ definitionis inter DD. controvèrtitur, an iste contractus solo *consensu* perficiatur, num verò ad sui substantiam *scripturam* desideret? Abstrahendo à jure locorum statutario, vel præxi recepta, prout in Austria, & Bavaria emphyteusin nonnisi litterariis documentis probari posse testantur. Clariss. D. D. Benedictus Finsterwalder *Practic. observ. lib. 2 observ. 38. n. 5.* & Blumachner *Tract. de Jure Emphyteut. vitalit. &c. Quæst. 1. num. 2.* Distinguo inter emphyteusin *Ecclesiasticam, & laicam*, ita, ut in priori requiratur *Scriptura per Nov. 7. in fin. prefat. l. 14. f. ult. C. de SS. Eccl. non quidem ex natura ipsius contractus, sed per indirectum, quia est species alienationis; ad omnem autem alienationem rerum Ecclesiasticarum Scripturam requiri,*

constat ex *cap. 1. de bis, quæ sunt à Prælat. Clariss. D. Collega D. Peregrini ad Tit. Locati num. 12.* In emphyteusi laica, & sæculari nullam ad substantiam hujus contractus desiderari Scripturam, sed eundem ad instar locationis, & venditionis solo consensu perfici, probabilius judico cum Zoëlio *ad ff. h.t. num. 55.* Harpprecht *Inst. h.t. num. 58.* Perez in *C. h. t. n. 2.* & nostris Salisburgensibus omnibus contra Mascardum, Clarum, & alios. Probatur ex *§. 3. J. de Locat.* ubi Justinianus omnia hujus contractus substantialia requisita enumerat, Scripturæ tamen mentionem nullam facit, sed vim totam conventioni, & contrahentium consensui tribuit. Accedit, quod in sententia AA. *Anastasi Imperatoris constitutio* relata à Justiniano in *d. Nov. 7.* quā ordinavit, ut in perpetua emphyteusi Ecclesiastica Scriptura sit necessaria, non verò temporanea, vel ad vitam, omnino esset frustranea, quia secundum illos jam per constitutionem Zenonis, qui 26. annis præcessit Anastasiū, ad quæcunque emphyteusin necessaria fuit *Scriptura*: ergo superflua erat sollicitudo Anastasii; constat autem ex verbis *d. Nov.* quod Anastasius primum *gesta monumentorum, constituerit fieri super alienationibus, nisi forte dixeris, Justinianum vera non scripsisse: ergo male inter substantialia à Zenone requisita numeratur scriptura.*

Opponunt AA. *l. 1. C. de Jure Emphyteut.* ubi expressè mentio *scripture* fit, & quidem per ablativum absolute possum, ibi: *actionibus, scriptura interveniente, habitis.* Est verò ablativi absolute positi ea vis, ut *conditionem inducat, & sic resolvatur: si scriptura inter-*

tervenerit. Conditio autem nihil ponit in esse. l. 169. §. 1. ff. de R. J. nam, quod pendet, perinde se habet, ac si non esset: ergo ante erectum instrumentum emphyteusis nulla est. Verum hoc argumentum nihil roboris habere, patet ex ipsis verbis cit. l. nam *patribus habitis* etiam est *ablativus* *absolutè* positus: ergo etiam ille *conditio* *rem importabit*, & sine similibus patribus specialiter adjectis Contractus *Emphyteuticus* subsistere non poterit, quod vix ullus somniaverit. Ratio vero, cur Imperator Zeno in l. 1. & etiam 2. §. 3. d. t. scripture mentionem ingerat, est ista, quod ad id, quod frequentius fieri solet, respexisse videatur, frequentius autem sit, ut pacientes super hoc Contractu Instrumentum erigi faciant, ne scilicet fides eorum, qua specialibus pactis addita sunt, propter temporis diuturnitatem, in quod emphyteusis extendi solet, vacillare incipiat, dum mortuis forte testibus pacta converta vix amplius probari possunt.

4. Dictum fuit in definitione, quod sit contractus *juris gentium*, sed hoc rursus à multis impugnatur, qui volunt hunc contractum esse creaturam *juris civilis*, eo quod dicatur in §. 3. J. de Locat. quod *lex Zenoniana emphyteuseos contractus propriam statuit naturam*. & in l. 3. C. b. t. expressè dicat Zeno Imperator, se *jus tertium co*stituere, quo contractus hic à *locatione* & *emptione* differat. Verum probabilius censeo, hunc contractum non minus, ac contractum locationis, cum quo multam affinitatem habet, *juris gentium* esse. Nec obstat, quod videatur naturam suam à constitutione Zenonis habere per d. §. 3. nam Zeno

contractum hunc non primus induxit quoad substantiam, sed aliunde jam suppositum, & à veteribus cum contractu *locationis*, & *emptionis* confusum determinavit, ut naturam ab utroque distinctam haberet. Contractum enim hunc multò ante tempora Zenonis invaluisse patet ex Rubr. §. tt. ff. si *ager veltigal*. id est, *emphyteut*. olim enim contractus *veltigalis*, & *emphyteuticarius* pro eodem capiebantur, nec quisquam utebatur eo jure in *veltigal*, & *emphyteusim* concedendi præter *municipia*, & *respublicas*, quæ agros communes habebant, eosque plurimum steriles privatis cultoribus, ut frugiferos rediderent, sub anno quodam censu dabant, ut pluribus demonstrat Forcatius *Necyomant. dialog. 19. num. 4.*

5. Dictum fuit ulterius in definitione: *Quo res immobilis aut ei equipollens colenda, & fruenda conceditur*, quibus particulis *objectum* *partiale* *emphyteuseos* *panditur*, quod sunt *res immobiles*, putà *agri*, *prædia*. l. 1. ff. si *ager veltigal*. l. 2. C. de *Jur. emphyteut*. Eaque non tantum *rustica*, sed etiam *urbana* l. 15. §. 26. ff. de *Damm. infect*. Auth. si *quas C. de SS. Eccles. Nov. 7. cap. 3. §. 2. Nov. 128. cap. 1. in fin.* Dissentit Donellus lib. 9. cap. 13. num. 10. ab initio quidem *prædia* *inculta* & *sterilia*, hodie etiam *fertilia* l. 1. 2. §. 3. C. de *Jur. Emphyt. §. 3. Instit. de locat*.

6. Dictum fuit ulterius: *Cum onere certæ pensionis annuæ in recognitionem dominii directi solvenda*. Quo indicatur alterum *Emphyteuseos* *partiale* *objectum*, quod est *pensio*, seu (ut technique loquamur) *annuus Canon*, qui *Emphyteusim* ab omni alio contractu differre

ferre facit, à *locatione* quidem, præter alias differentias, quod hic merces in compensationem fructuum, in *emphyteusi* verò, quod Canon persolvatur in recognitionem *dominii directi*. A *ven-ditione*, quod in illa dominium *directum*, in hac verò *utile* duntaxat transferatur. Ab *usufructu*, quod is morte usufructuarii extinguitur; hæc plerumque etiam ad hæredes transeat, nec ille, sicut *emphyteuta* dominium nanciscatur. A *feudo*, quod ejus finis sit fidelitas *Vafalli*, illius melioratio fundi, ibi solum servitium personale, hic annua pensio realis præstari debeat. Non verò est necesse, ut annuus Canon in *pecunia numerata* consistat, sed potest in aliis quoque rebus consistere, ut vino, tritico, oleo, ovis, gallinis &c. *l. 3. Inst. de locat.* & *l. 2. C. de Jur. Emphyt.* ubi certæ solum pensionis, & redditum mentio fit, qua non sola pecunia comprehenditur.

7 Dividitur *Emphyteusis in Ecclesiasticam, & Secularem*. Illa est, cuius dominium *directum* ad Ecclesiam, vel alium locum pium spectat. Hæc, cum dominium *directum* penè laicum est.

8 Dividitur II. in *novam, & veterem*. Noya est, quæ primum *emphyteutam* non transcendent. Vetus, quæ finito tempore primi pervenit ad secundum. Novus autem *emphyteuta* dicitur, qui sub prima concessione non comprehendeatur, ut, si alicui vendatur, donetur, commutetur &c. modò debito, & licito. Quodsi eam ab alio *emphyteuta* consequitur, novus quidem *emphyteuta* erit, sed novam *emphyteusin* non acquirit, quia jam alteri fuerat concessa. Quodsi verò quis in prima concessione fuit comprehensus, ut si

data sit Petro, & ejus hæredibus, tunc mortuo Petro, si ad hæredem pervenit, nec *enphyteusis*, nec *emphyteusis* novus erit.

Dividitur III. in *hæreditariam, & non hæreditariam*. Hæc est, quæ non acquiritur successionis titulo, sed emptione v. g. donatione &c. Illa rursum subdividitur, ut alia sit *simpliciter hæreditaria*, quæ ita conceditur, ut ad omnes hæredes, tam suos, quam extraneos transeat; alia *hæreditaria mixta*, quæ scilicet ad filios hæredes restringitur, quo casu non sufficit esse filium, aut descendenter, sed requiritur, ut actu sit hæres *emphyteutæ*, atque ita exhæredatus, aut repudiatus hæreditatem in *emphyteusi* non succedit.

Huc etiam pertinet species *emphyteusis*, quæ vocatur *ex pacto & prævidentia*, ubi scilicet succedens necessariò non est hæres, sed sufficit, ut sit ex descendenteribus *emphyteutæ*, ut, si concedatur Petro, & descendenteribus illius, vel indefinite, vel ad certas generationes, quo casu descendens ex Petro, et si hæres non sit, in *emphyteusi* succedet.

Quodsi *emphyteusis* concessa sit 11 Petro, & filiis ejus, abstrahendo à consuetudine loci contraria, quo extantibus masculis *fœminæ* excluduntur, probabilius filiorum nomine etiam *fœminæ* comprehenduntur, tum quod *fœminæ* per *Nov. 7. emphyteusos* in capaces non sunt, tum, quod ex aequitate, & benignitate juris, cui se contrahentes conformare consentur, etiam in contractu stricti *juris filiorum* nomes filias complectatur *l. 116. ff. de V.S.*

Dividitur IV. In *perpetuam, & temporalem*. Illa juxta primævam consti-

tu-

tutionem, qua ideo fundus sterilis, & incultus in perpetuum fuit concessus l. 1. ff. si ager vellig. Nov. 120. cap. 1. §. 2. ut facilius idonei cultores reperirentur, & ad procurandas melioratio-

§. II.

De Domino Emphyteuseos, & Emphyteuta, & utriusque obligatione.

SUMMARIUM.

13. Quis Dominus Emphyteus, & Emphyteuta dicatur? 14. 15. De constituen-
te, & accipiente emphyteusin quid in Regula obtineat, exponitur. 16. 17.
Utriusque obligationes enumerantur. 18. 19. Annuus Canon ob sterilitatem,
& inde secutum notabile damnum emphyteuta regulariter non remittitur, nisi
sit fructibus (ut in locatione fieri amat) commensuratus. 19. Quid de lau-
demio? 20. Si emphyteuta rem emphyteuticariam distrahere vult, emendi
conditio domino offerenda est, cui jus protimyseos competit. 21. Actio em-
phyteuticaria datur utriusque ad præstandum id, quod alter alteri debet.

Dominus Emphyteuseos, qui alias dominus directus salutatur, vul-
go **Grundheri**, **Zinnh-Erb-heri**, est is, qui rem immobilem una-
cum dominio utili in alterum transfert,
proprietate, & dominio directo penes
se remanente. **Emphyteuta**, germani-
cè **Zinnh-Mann**, **Erb-Rechter**,
Erb-Bestander, dicitur ille, cui res
colenda & utenda cum dominio utili
conceditur,

14. Constituere emphyteusin possunt,
quibus rei dominium plenum compe-
tit, & præterea disponendi, ac alienan-
di potestas jure impedita non est. Un-
de, cum pupilli de rebus suis liberè di-
sponere nequeant, etiam eas in emphy-
teusin concedere non possunt, nisi tuto-
ris authoritas, una & decretum Magi-
stratus cum causæ cognitione accedat l. 3.
§. 5. ff. de reb. eorum, qui sub tut. tt. C. de

Præd. Min. sine Decret. non alien. Qua-
liter Prælatus res Ecclesiæ in emphy-
teusin dare possit, dictum est in tit. 13.
hujus libri.

Emphyteusin accipere potest, qui 15
Juris alicuius acquirendi capax existit,
seque contrahendo obligare potest, &
quoniam emphyteusis etiam titulo lu-
crativo, & sine interventu pretii consti-
tui possit, v. g. donando, legando &c.
dummodo **annuus Canon** præstetur, ta-
men pupillis, & minoribus consultum
non est, ut sine interventu, & consen-
su tutorum, & curatorum emphyteu-
sin accipiant, idque ob varia pacta, &
conditiones, quæ nonnunquam adjici-
solent. Arg. l. 18. §. 2. C. de jur. delib.
l. 32. ff. de A. vel A. P. Magnif. P. Kö-
nig b. t. num. 35.

Obligatio domini emphyteuseos in 16
duobus præcipue consistit l. ut emphy-
(X) teu-

teutæ præstet rei emphyteuticæ possessionem, & dominium utile in eum transferat. *§. 3. Inst. de locat. l. 2. C. de Jur. Emphyt.* II. Damna dolo, vel culpa lata, & levi illata resarciat, id quod contingere potest, si rem vitiosam sciens tradidit. *P. König b. t. n. 40.*

17 Emphyteuta pluribus obligationibus oneratur, & quidem I. re in emphyteusin concessa arbitrio boni viri uti, camque meliorare tenetur, nec impensas meliorandi causâ factas, finita emphyteusi, repetere potest, utpote quas ex natura contractus facere debuit. *Arg. l. 55. §. 1. & l. 6. ff. locat.* Alio-
ter, atque maritus in fundo dotali, usufructuarius in re fructuaria, locator in re locata, qui impensas factas repetunt. *l. 7. §. ult. ff. solut. Matrimon. l. 7. C. de usufruct. l. 15. §. ult. l. fin. ff. locat.* quia ad eas faciendas vi contractus non adstringuntur. Ex qua ratione cum Fachinzo lib. 1. cap. 92. in fin. admittimus, emphyteutam quoque illas impensas repetere posse, ad quas ex contractu non tenebatur, ut, si domos, horrea, aut stabula de novo ædificasset. Quomodo autem facienda sit æstima-
tio istorum melioramentorum, & qualiter emphyteuta interim emphyteusin retinere possit, dum sibi impensæ sol-
vantur, nec fructus perceptos deducere teneatur, discutit Haunold. *tract. 9. cap. 4. controv. 14. num. 569. & seqq.* Huc etiam reducitur obligatio solvendi tributa, & collectas aliásque pensitatio-
nes publicas, quæ Reipublicæ, vel fisco quotannis præstantur. *l. 2. C. b. t.* quia æquum est, ut emphyteuta, quia omnia emolumenta & prædii commo-
da percipit, onera hæc ordinaria quoque ferat. *De Praxi Austriae dominus*

*directus collectas, & tributa Provincia-
lia solvit, quæ tamen rursus ab emphy-
teuta eidem repetere licet. Clariss. D. D.
Finsterwalder Praet. *Obser. lib. 2. Ob-
serv. 40. num. 5. & 6.* An autem Em-
phyteuta ad extraordinaria onera, à Prin-
cipe imposta, & à contrahentibus nec
prævisa, nec in contractum deducta, te-
neatur. Vide Molinam *disput. 456.* in
favorem emphyteuta respondentem.*

II. Obligatur emphyteuta ad an-
num *Canonem vulgo Stifts-Grund-
Dienst, fährliche Gild.* solvendum
l. 2. C. b. t. §. 3. Inst. locat. & quidem
communiter in fine anni, nisi aliter
conveniat, aut consuetudine rece-
ptum sit. Qui tamen ob supervenien-
tem sterilitatem non remittitur, quia
plerumque in quantitate modica con-
sistit, & insuper non in compensationem
fructuum, sed in recognitionem domi-
nii *directi* penditur. *l. 2. §. 3. C. de Jur. Emphyt.* quod etiam ex eo eluiscit,
quod si juxta primævam contractus hu-
jus naturam res planè inulta & sterilis
in emphyteusin daretur, ubi primis an-
nis ille aut nullos, aut exiguos fructus
perciperet, nihilominus constitutum.
Canonem solvere teneretur: ergo idem
dicendum, si ex post uno altero annu-
no nullos fructus percipere possit.

An vero idem dicendum sit, si ju-
sta, ac fructibus annuis commensurata
pensio solvenda sit, & sterilitas magna,
sive damnum notabile contingat, dispu-
tatur. *Practica, & benignior senten-
tia cum Gail. l. 2. Obser. 23. num. 2.*
sustinet, in tali casu sicut in locatione,
remissionem esse faciendam, eò quod
non tantum in recognitionem dominii
directi, sed etiam pro usu rei tam am-
pla pensio præsumatur fuisse constitu-
ta.

ta. At contrarium verius est in theoria, quia *l. 1. C. b. t.* expressè dicit, tota rei substantia non pereunte, ad emphyteutam pertinere damnum; sed propter sterilitatem tota rei substantia non perire: ergo, & hanc theoricam etiam consuetudo Austriae firmat. Vid. Facha*lib. controv. 89.* Zoë*ad ff. locat. n. 88.* D.D. Finsterwalder *cit. lib. observ. 43. num. 5. & 6.*

19 III. Obligatur emphyteuta ad solvendum laudemium vulgo die Anlair, Anzoder Zufall. Quod de Jure Civili est quinquagesima pars pretii, quo res tempore alienationis quoad percipientias utilitates valuit. *l. 3. C. b. t.* quod jus moribus immutatum ac laudemium *§. pro 100.* in plerisque locis auctum esse testatur Stryck. ad *tit. ff. si ager vegetal. §. 12.* Hoc laudemium tamen emphyteuta prius solvere non tenetur, quam renovatio, & nova investitura a domino directo facta sit, quia ob laborem renovationis, ac novae investiturae dari solet. Struv. in *decis. Sabbath. decis. 31.* Berlich. part. *1. Conclus. 47.* Creditor tamen *Cessonarius* laudemium quoad emphyteutica non praestat, quia emphyteutae adhuc viventis nomine frui, nec persona mutata esse censetur D.D. Fleckh in *Biblioth. jur. lib. 5. tit. 79. num. 6.*

20 IV. Si emphyteuta rem emphyteuticam vult distrahere, tenetur prærogativam emendi domino offerre, hoc est, pretium sibi ab alio emptore oblatum, prius domino denuntiare, si forte ipse idem pretium numerare, & emphyteus in se recipere velit. Quod si eodem pretio se nolle renuntiaverit, aut a tempore denuntiationis duo menses effluxerint, tunc venditor emphyteuta

poterit alteri emptori jus suum addicere *cap. ult. de locat. l. 3. C. b. t.* secus denuntiatione omissa, aut facta quidem, sed non exspectato termino bimestri re nihilominus alienata, jure suo cadit, nisi speciali conventione haec ei facultas data foret, aut emphyteusis concessa pro se, & aliis, quibus ipse dederit, hoc quippe casu consensus domini non requiritur, ut scilicet clausula illa ultra jus commune aliquid operetur. *Arg. cap. 10. de Privileg. in 6. l. 4. princ. ff. de usur.* Interim attendendum erit emphyteutæ, ne ista alienatio in personas emere prohibitas, aut, unde domini directi conditio durior effici possit, fiat. *cap. ult. de locat.* tales personæ censentur esse potentes, exemptæ, aut alias specialiter privilegiatae, ut sunt Ecclesiæ, quæ nusquam moriuntur, & ideo dominus spem reversionis non habet, ne quid dicam, quod illis alia quoque privilegia competant, uti *competentia fori, restitutio in integrum &c.* item pauperes, aut in rebus propriis negligentes, ut colligitur ex *l. fin. C. b. t.* ibi: *& idoneas ad solvendum Canonem.* Præterea & hoc notandum est, quod obligatio denuntiandi emphyteutam non stringit, quando rem alteri donare vult, quia in *d. l. 3.* tantum prohibetur *venditio facta* scilicet mentione pretii, quod solius venditionis proprium est unde etiam verbum *transferre* ibi strictè pro vendere, uti pariter verbum *alienare* sumendum est. *§. 3. Inst. b. t.* Ratio autem, cur *donare*, non etiam *vendere*, in consulto domino, emphyteutæ integrum sit, ista redditur, quod non tam facile quisque donare soleat, sicut vendere, & ideo, tametsi mulier prohibetur *fidejubere*, donare tamen potest. *l. 4. in*

in fin. ff. ad SCtum Vellej. Putat tamen P. Haunold. d. tract. cap. 4. Controv. 10. num. 548. hoc casu dominum, antequam res donata tradatur, monendum esse, ut cognoscere possit, an novus emphyteuta idoneus sit, nec ne.

21 Denique, ut obligationi suæ uterque satisfaciat, prodita est actio emphyteuticaria, & hæc utrinque directa. Estque hæc actio personalis, & datur inter

contrahentes, & eorum hæredes, si ex contractu agatur, realis verò, si ex emphyteusi, prout spectatur ut *jus in re*, sive ut ex dominio utili fluit, & tunc datur emphyteutæ, ejusque hæredibus contra quemque possessorum ad rem vindicandam. Clariss. P. Böckh ad tit. de locat. num. 92. & D. D. Pe. regtini ad tit. Inst. de locat. n. 13.

§. III.

Quibus modis Emphyteusis solvatur?

S U M M A R I A.

22. *Emphyteusis solvit vel ex causis communibus, vel ex causis singularibus, quorum illæ singillatim recensentur.* 23. *Causæ singulares resolutionis sunt due, si scilicet emphyteuta intra tempus constitutum Canonem non solvat, aut rem inconsulto domino alienet.* 24. *Canonem per partes solvere non licet.* 25. 26. 27. *Id quod trianam limitationem patitur.* 28. *An, si dominus Canonem infra triennium non solutum ab emphyteuta ex post recipiat, pœnam caducitatis remisſe censeatur?* Certa prius ab incertis separantur. 29. *Affirmatum.* 30. *Negantium (quæ etiam nostra est Sententia) fundamenta referuntur.* 31. *Respondetur ad contraria.* 32. *An dominus propria auctoritate emphyteutam in caducitatis pœnam expellere possit, num verò opus sit sententia judicis declaratoria?* 33. *Nos Sententiam requirimus.* 34. *Negantium Argumenta evertimus.* 35. *Emphyteuta à die caducitatis incuse frudus perceptos suos facit.* 36. 37. *AA. Argumenta referuntur, & refelluntur.* 38. *Emphyteusi ad plures hæredes delapsa, & uno hæredum in solutione ceseante emphyteusis quoad reliquos hæredes non sit caduca.* 39. *Solvitur AA. Argumentum.* 40. *Dominus inconsulto emphytenta rem emphyteuticariam alienare potest.*

22 **E**mphyteusis solvit vel ex causis communibus, vel ex singularibus. Inter illas est consolidatio, quando scilicet dominium *utile* ad dominum reddit, & sic cum dominio *directo* consolidatur; idque fieri potest multipliciter. I. morte emphyteutæ naturali, vel civili arg. §. 3. I. de usufr. & l. 25. ff. de

usur. modo tamen ex ejus generatione nemo supersit; qui vi hujus contractus in emphyteusi succedere possit. II. lapsu tempore, ad quod emphyteusis fuit constituta. arg. l. ult. ff. si ager veltig. III. extinctis omnibus generationibus, aut personis, quibus fuerat concessa. IV. totali rei interitu, ac mutatione

§. 3.

¶ 3. l. de locat. quia emphyteusis est jus in re, qua subinde sublata jus ipsum tolli necesse est. princ. l. de usufr. partialis rei interitus ipsam emphyteusin interire non facit, cit. §. 3. l. de locat. ¶

l. 1. C. b. t. V. notabili, & insanabili, dolore, aut culpa facta deterioratione rei. auth. qui rem C. de SS. Eccles. Novell. 120. cap. 8. ubi tamen ad evitandam caducitatem emphyteutæ facultatem concedimus arte sententiam judicis (quam ad poenam caducitatis incurrandam requirimus) damnum reparandi. arg. l. 1. ¶ 2. C. Quando ab empt. l. 15. l. 19. C. locat.

23 Causæ singulares, ex quibus emphyteusis resolvitur, sunt duæ, scilicet ob non solutum canonem, & ob alienationem inscio domino factam. Quod primum attinet, distinctio adhibenda est inter emphyteusin Ecclesiasticam, & sæcularem, ita, ut, si pro illa canon intra biennium non fuerit solutus, emphyteusis caduca fiat; in ista verò, si per triennium à solutione canonis cœlaverit. cap. fin. de locat. l. 2. C. b. tit. & ratio est, quod emphyteuta pertantum temporis non solvendo canonem, videatur dominum contemnere, idoque rectè punitur privatione sui juris. arg. tit. 24. V. denique feud. 2. Ratio verò, cur in emphyteusi Ecclesiastica biennium tantum, in sæculari verò prolixius tempus, scilicet triennium constitutum sit, ista communiter redditur, quod ibi lapso biennio moram adhuc purgare, & celeri satisfactione (id quod arbitrio judicis determinandum relinquitur, Panormit. ad cit. cap. 3. de locat. num. 12.) sive oblatione canonis nondum soluti sibi consulere possit, pér expressum textum in cit. cap. 3. non item

sæculari, ubi loco purgationis moræ triennium constitutum est. Accedit etiam favor Ecclesiarum, ut rebus eorum tanto magis consulatur. Zoëf. ff. ad tit. locat. num. 76.

Poenam caducitatis non evadit emphyteuta, si canonem pro parte solvit, quia dominus partialem solutionem recipere non tenetur. l. 3. C. de locat. cùm multa incommoda habeat partialis solutio l. 3. ff. famil. ercisc. & qui teneatur ad aliquid praestaadum sub pena, in poenam incidit, nisi totum præstet. l. 85. §. 6. ff. de V. O. unde, qui canonem non solvit, cùm pro sua parte contractum non adimpleat, frustra eum petit à domino adimpleri. l. 54. §. 1. ff. locat. & quia emphyteuta canonem non solvens poenam meretur, ideo vel totum jus suum amittet, vel partem? non partem, quia tunc cogeretur rem cum domino habere comunem: ergò totum.

Hic tamen rigor ita attemperandus 25 videtur, ut non procedat, si pensio non integra solvatur propter paupertatem, errorem, aut ignorantiam facti, forte quod nesciverit, rem esse emphyteuticam, in quo omnes fere converiunt. Hunnius verò vol. 1. disput. 29. q. 55. cum aliis hoc etiam extendit ad ignorantiam juris per l. 8. ff. de J. ¶ F. J. ubi dicitur, in damnis amittendæ rei suæ nec errorem juris nocere.

Alteram addit limitationem Fachin. 26 lib. 1. cap. 96. si emphyteuta per triennium non quidem solvit totum canonem, sed tamen tantum etiam per partiales solutiones, quantum, si colligatur, unius anni debitam quantitatem saltem proximè adæquet, quia de minimis non curat Prætor l. 4. ff. de integr. restitut. nam talis solutio cedere de-

debet in duriorem causam, id est, quatenus magis debitori conductit. *l. 1. 3.*
¶ 85. ff. ¶ l. 1. C. de solut. Ponamus enim, quod annuus Canon solvendus extendatur ad 10. jam, si singulis annis 5. solverit, utique intra triennium plus solvit, quam tenebatur uno anno: si igitur ob solutos 10. uno anno, non potest privari, etiam si duobus sequentibus annis nihil solvat, certe æquum non est, ut qui intra tres annos eosdem 10. aut 15. solvisset, emphyteusi privaretur. *arg. cap. 9. de Pæn.* secus, si istæ partiales solutiones non adæquent etiam 2. v.g. *tertias* unius annua pensionis, adeoque notabilis pars deficeret, & tunc procedunt supra allegata jura.

27. Accedit tertia limitatio, si emphyteuta re ipsa obtulit Canonem loco & tempore congruo, dominus vero non acceptaverit: aut si triennio v. g. hæreditas, mortuo domino, vacet, pœnam caducitatis ex æquitate non incurret, ut notat *Gloss. in l. 2. C. h. t.* tutius tamen erit tali casu pensionem oblatam, aut offerendam obsignare, & deponere juxta formam in *l. 2. C. h. t.* præscriptam. Plurimæ circa materiam hujus contractus moventur lites, & controversiae, nos magis practicas feligimus, & decidimus.

28. Contraversitur I. An, si dominus post triennium elapsum ab emphyteuta Canonem totius triennii recipiat, pœnam caducitatis per hoc remississe censatur? ubi *DD. convenientiunt*: I. Quod in emphyteusi Ecclesiastica possit expelli emphyteuta, & simul pensiones præteritæ exigi per *Nov. 120. cap. 8. ¶ Auth. quæ rem C. de Eccles.* Conveniunt II. Si dominus sciens emphyteu-

tam privatum jure suo cecidisse, Canonem futuri temporis recipiat, per hoc caducitatis pœnara remississe meritò videri, quia injuria dissimulatione abuletur *¶ ult. J. de Injur.* Nec juvat protestatio, salvum sibi esse jus caducitatis, utpote quæ facta contraria nil relevat *l. 1. §. 1. ff. si ususfr. petat. sc.* cùs si ignoret, quia nemo juri suo renunciare præsumitur, quod sibi competere ignorat. *l. 8. ff. de Hered.* petit. Conveniunt III. si postquam emphyteuta in commissum incidit, procurator domini sine mandato speciali Canonem recipiat, non remitti pœnam caducitatis, quia jus domino quæstum procurator sine speciali mandato remittere non potest.

Difficultas subinde in eo hæret, si 29 dominus reperit Canonem temporis præteriti, & agatur de emphyteusi privata, supposita etiam scientia caducitatis, an per hoc pœna commissi censatur remissa? Affirmat *Fachiaæus, Clarus* cum aliis, & probant I. ex *l. 10. §. 1. ff. de Paß.* ubi, si quis duplice via uti potest, æquum dicitur, remissam esse alteram; atqui dominus duplice via contra emphyteutam uti potest, eum vel expellendo, vel Canonem exigen- do: ergo, si maluerit *Canonem* exigere, æquum est, ut pœnam caducitatis acceptam ferat. II. Probatur ex *l. 7. ff. de lege commiss.* ubi, si fundus venditus sit ea lege, ut, si emptor ad certum dum non solverit, sit inemptus, & ad venditorem redeat, venditor autem, pretio ad diem non soluto, illud postea accipiat, vel etiam petat, legi commissoria renuntiâsse videatur: ergo idem in casu nostro dicendum.

Nos hoc jus *alternativum* non agno- 30
sci-

scimus, sed domino pensione etiam recepta integrum esse, contendimus, emphyteutam expellere, & hujus Sententiae sunt Donellus, Cujacius, Harpprecht, Molina, Haunoldus, & alii. Ratio nostrae Assertionis est, quod, pensione per triennium non soluta, duo conjunctim domino deferuntur, pensione scilicet triennii pro usu temporis praeteriti, & jus expellendi ob cessationem solutionis; unde uno admisso, non censendus est, alterum dimisissé, præser-tim, quod talis receptio Canonis non sit restauratio emphyteusis quia non est recognitio emphyteutæ de præsen-ti, vel pro futuro, sed de praeterito.

Confirmatur hoc I. ex *Novell. 120.* cuius ratio æque militat in emphyteusi seculari, ac Ecclesiastica, nec alia in legibus inter eas reperitur differentia, nisi quoad *biennium*, & *triennium* juxta dicta. Confirmatur II. quia alias sequeretur, quod etiam locator finito locationis tempore pensionem à colono recipiens, rem suam repetere non possit, sed censeatur contractum restaurasse, quod apertè falsum est.

³¹ *Uade ad opposita respondemus, & quidem ad l. 10. §. 1. ff. de Past.* quod tantum procedat, quando quis duplex jus habet *disjunctivè*, non autem *copulativè*, ut hic: quod autem hoc jus domino *copulativè* competit, praeter adducta etiam inde evincitur, quod ipsi met AA. non diffiteantur, si dominus recipiendo Canonem, apponat protestationem, se nolle, per hoc remittere poenam caducitatis, tam Canon exigi, quām privatio emphyteusis intentari possit: ergo fatentur utrumque jus conjunctim domino competere, idque per protestationem salvati. Ad II. ra-

tionem negatur paritas inter venditionem, & emphyteusin: ibi enim præstatetur pretium non tam pro re in præteritum, sed etiam in futurum habenda; hic tantum pro usu rei praeterito, ut proinde absurdum sit dicere, eum, qui pensionem præteriti temporis debitam recepit, rei suæ in futurum renunciāsse, pro qua nihil adhuc accepit. Unde hic sibi dominus non præjudicat, pensionem præteriti temporis exigen-do, & jure commissi in futurum ob non solutam pensionem utendo, secūs ac venditor, qui accipiendo, vel pe-tendo pretium, venditionem ratam ha-bet, utendo verò *lege commissoria eam* rursus impugnat.

Controvertitur II. An, si dominus, ³² postquam emphyteuta per triennium cessavit in solvendo Canone, declaravit, se velle exercere jus caducitatis, possit authoritate propria emphyteutam expellere, num verò sententia judicis declaratoria opus sit? Panormit. ad cap. ult. b.t. num. 13. Mynsinger centur. 3. observ. 65. nullam hic desiderant judicis sententiam. Ratio illorum est I. quod l. 2. C. b. t. absolutè dicat, li-cere domino emphyteutam expellere. Accedit, quod de locatore hoc constitutum sit in l. 3. C. de Locat. ut, pensione non soluta, conductorem, non exspectata judicis sententia, expellere possit. Ratio II. quia dominus rem emphyteuticam *civiliter* possidere dic-tur; sed is, qui *civilem* possessionem habet, authoritate propria ingredi potest *naturalem*, ab alio occupatam: ergo.

Sed contrarium verius, quod abs-³³ que præcedente sententia judicis declaratoria dominus emphyteutam expel-lere

Itere nequeat. Ratio est, quod nemo propria auctoritate sibi metus jus dicere valeat. *tt. C. ne quis in sua caus.* Probatur etiam a pari ex *l. 3. C. de Pignor.* ubi dicitur, quod creditores, qui, non reddita sibi pecunia, conventionis legem, ingressi possessionem, exercent, vim quidem facere non videantur, attamen auctoritate praesidis possessionem adipisci debeant: quod si igitur hoc creditoribus vetitum est, quibus tamen ex lege conventionis potestas facta est, etiam domino id concessum non erit, ut ut potestatem expellendi ex lege conventionis habeat.

34. Ad I. rationem oppositam respondetur, quod, tametsi *l. 2. C. b. t.* sententiam judicis expressè non requirat, illam tamen supponat, quia emphyteuta, tametsi emphyteusis ipso jure fuerit amissa, in naturali tamen possessione adhuc manet, possessione autem naturali etiam ne prædo quidem propria auctoritate privandus est. *l. ult. ff. de A. vel A.P. l. 3. C. de Pignor.* Accedit ulterior ratio, quod quandoque justæ causæ subesse possunt, cur Canon non fuerit solutus, ut ita causæ cognitione, & judicis sententia opus sit. *Fachin. lib. 1. cap. 94. D. Fleckh c. t. num. 56.* Ad alteram rationem respondetur, illud argumentum procedere contra eum, qui naturalem possessionem injustè occupavit, & dominus, sive possessor civilis in continenti ingreditur, emphyteuta autem initium suæ possessionis justum habet. Plura argumenta iu utramque partem congerit. Clarissim. D. D. Wolfgangus Senutii *Tract. de Caducit. existent. part. 3. sect. 2. Ques. 3.*

Controvertitur III. An fructus ex ³⁵ re emphyteuticaria a die caducitatis, sive post triennium elapsum, incurse mox spectent ad dominum, vel apud emphyteutam maneant? Nos emphyteutæ favemus ex sequentibus motivis, I. quod emphyteuta, antequam se dominus declaraverit, adhuc maneat dominus; ergo ipsius erunt fructus ante declarationem domini ex re emphyteutica percepti, nam illius sunt fructus, qui rei, ex qua nascuntur, est dominus. *l. 35. §. 1. ff. de R. V.* II. Pravatio emphyteuseos est conditionalis, dependet enim ab hac conditione: *Si dominus voluerit. l. 3. C. b. t.* Atqui ante conditionis eventum nulla dispositio habet effectum *l. 41. ff. de Condit. & Demonstr. l. 8. ff. si quis omis. caus. testam. l. 213. ff. de V. S.* ergo: III. Mora sua cuiilibet est nociva *cap. 25. de R. J. in 6.* sed dominus directus emphyteusin, quæ caducam, non statim repetens, est in mora, utpote, qui posset rem cum fructibus repetere, & non repetit: ergo, si intera patiatur emphyteutam fructus percipere, sibi præjudicat, nec potest dici, emphyteutam contra jus domini facere, quia scienti, & non contradicenti non sit injuria. Et hanc sententiam tueruntur Trentacinq. var. *resolut. lib. 3. resp. 4. num. 6.* Clariss. D. D. Senutii cit. *Tract. sect. 2. Q. 4.*

Qui domino directo patrocinantur, adducunt I. *l. 5. C. de Usufruct.* ubi decisum est, quod usufructuarius a die finiti ususfructus fructus restituere debet: ergo idem de emphyteuta dicendum in nostro casu. II. Emphyteuta a die, quo cessat Canonem solvere, sit male fidei possessor, quia scit, & scire de-

ebet, se cecidisse jure suo: ergò tanquam *male fidei* possessor fructus suos facere nequit. *l. 5. l. 17. C. de R. V. l. 17. §. 1. ff. eod. l. 19. in fin. princ. ff. de Usur.* III. Conditio, si dominus voluerit, postquam existit, retrotrahitur ad tempus incurse caducitatis *l. 78. ff. de V. O.* maximè cùm in favorem domini adjecta sit: ergò fructus interim perceptos emphyteuta tenetur restituere, & ita sentit cum Jasone, speculatoro, Petro Barbosa, & aliis Gallus *de Fructib. disp. 26. art. 25. num. 21.*

³⁷ Verùm his oppositionibus nullo negotio satisfieri posse credimus, & ad I. quidem reddendo disparitatem inter usumfructum, & emphyteusin, dum in illo consolidatio ejusdem cum proprietate non manet in suspenso, aut dependens à voluntate proprietarii; benè verò in emphyteusi. Ad II. negamus, emphyteutam fieri *male fidei* possessorum, quia scit, sibi ante declarationem domini directi dominium utile nondum esse ademptum, consequenter tanquam bonæ fidei possessor fructus suos facit. Ad III. reponimus, quod conditione existente negotium retrò purè initum censetur, fictionem juris esse, quæ in pœnibus locum non habet. *Arg. l. 18. ff. ex quib. caus. major.*

³⁸ Controvertitur IV. An, si defuncto primo emphyteuta res emphyteuticaria ad plures hæredes pervenerit, & ex illis unus *Canonem*, aut partem ejus non solverit, cæteris solventibus, nihilominus tota emphyteusis committatur? Respond. com. Fachinæo *lib. 1. cap. 97.* Mynsingero *Cent. 3. Observ. 66.* & laudato D. D. Senutti. cit. *Sect. Quest. 6. num. 61.* emphyteusin non fieri caducam respectu aliorum hæredum, sed

tantum respectu illius, qui *Canonem* non solvit. Rationem hanc reddo, quod solutio videatur *dividua*, & obligatio solvendi *Canonem* dividatur inter hæredes pro portionibus juxta *l. 85. §. 1. ff. de V. O.* ideò non convenit, ut, dum unus hæredum in solutione cessat, reliqui, qui conventionis legi satisfecerunt, illius odio prægraventur, præsertim, cùm hæredes defuncti emphyteutæ non accipiant emphyteusin à defuncto, sed à primo concedente (nisi pater adhuc vivens in commissum incidisset, tunc enim nullos in emphyteusi censeretur habere hæredes, sed ea cum proprietate consolidabitur, qui eam & defuncto, & hæredibus concessit: ergo non accipiunt *formaliter* ut hæredes & ex persona defuncti, seu ut repræsentantes defunctum, sed potius tanquam persona à proprietario nominatae, & sunt plures emphyteutæ: ergo, sicut si ab initio fuissent plures ejusdem prædii emphyteutæ, uno non solvente, ille solus caderet in commissum, ita & in præsenti hypothesi.

Unde facile respondetur ad fundatum AA. quod in eo collocantur, quod hæredes repræsentent defunctum, & eodem jure, quo defunctus, utantur: cùm ergo defunctus obligatus fuerit, totam pensionem solvere, hæc obligatio facto hæredum mutari nequit. *l. 2. §. ex his ff. de V. O.* dicimus igitur obligationem defuncti non mutari ex persona hæredum, in quantum sunt hæredes, sed prout sunt persona à proprietario ad emphyteusin defuncti priori jam denominatae. Quod confirmamus ex *l. 8. §. 1. ff. de Publican.* *Et* *vectigal.* ubi, si unus ex pluribus hæredibus rei communis vectigal non sol-

(Y)

ve-

verit, non propterea tota res incidit in commissum, sed sola portio non solventis.

40. His Controversis subjungimus illam quæstionem: An, sicut emphyteuta non potest inconsulto domino emphyteus in vendere, ita quoque dominus invito emphyteuta dominium directum alienare nequeat? Responde-

mus, hanc obligationem non esse reciprocam. Ratio diversitatis est, quod emphyteutæ tanti non intersit, cui solvat, quanti proprietarii, quem sibi obligatum habeat. Zoëf. ad tit. locat. num. 59. Hartmannus Pistor. part. n. quæst. 22. n. 17. & de praxi Austriae testatur D.D. Finsterwalder cit. lib. 2. Observ. 46. num. 2.

T I T U L U S X I X.

De Rerum Permutatione.

Cum de Contractibus onerosis agere instituerimus, permutatio nobis prætereunda non est, quippe cui inter illos merito primus locus defertur, quoniam antiquissimis temporibus ante inventam pecuniam commercia per illam solam exercebantur, ut ex Tacito probat Puffendorff. de J. N. & G. lib. 5. cap. 5. num. 1. & constat ex §. 3. Inst. de Empt. subjungimus autem hunc Contractum ideò contractui locationis conductionis, quod is non minorem cum emptione venditione affinitatem habeat, quam locatio, & conductio, ita, ut inter veteres Juris-Consultos dubitatum fuerit, idémne esset Permutatio, quod emptio venditio cit. §. 3. Inst. de Empt. & Vend. eique vicina dicatur in l. 2. ff. b. t. l. 2. C. eod.

§. I.

Quid sit Permutatio? Et quis permutare possit?

S U M M A R I A.

1. Permutatio describitur. 2. 3. 4. Datae definitionis particulae exponuntur. 5. Permutatio in multis converit cum emptione venditione. 6. Et itidem in multis differt. 7. Putant aliqui Permutationem differre, & esse alium à Contractu innominato do, ut des. 8. Sed melius alii sentiunt, qui nullum discrimen admittunt. 9. Quinam permutare possit?

Per-

1 **P**ermutatio, germanicè ein Tausch ut ut vetustissimus negotiandi modus sit, utpote eo tempore frequentatus, quo pecunia usus nondum esset, l. 1. ff. de contrab. empt. ne cum tamen exolevit, sed multum adhuc hodie in foro usum habet; unde describitur, quod sit Contractus innominatus, *Juris gentium, bona fidei, quo res propria ita datur, ut alter rem propriam vicissim det.*

2 Dixi I. *Contractus innominatus* quia, et si permutatio certum nomen habere videatur, illud tamen nimis generale est, ita ut de plerisque aliis Contractibus putè *venditione, locatione* &c. specificum nomen habentibus prædicari possit, ideo non obstante hoc speciali *permutationis* nomine, adhuc Contractibus innominatis merito accesset. Nec quidquam facit, quod in §. 2. *Inst. de Empt.* permutatio dicatur *propria species Contractus* quia id intelligendum est de propria specie Contractus innominati. D.D. Fleck in *Bibliothec. jur. lib. 3. tit. 3. num. 2.*

3 Dixi II. *Quo res propria ita datur* &c. unde colliges, Permutationem, non minus, ac alios Contractus innominatos rei traditione perfici. l. 1. §. 2. ff. b. t. deinde quod res propria tradi debeat: rem alienam si quis dederit, contractui haudquaquam fatisfactum est: agitur enim utrinque de dando, sive de dominio transferendo, & ideo etiam, antequam res tradita evincatur, eo nomine agi potest, & alter, qui rem propriam dedit, potest eam quasi causa data, causa non secuta condicere. l. 1. §. 4. ff. b. t. re tamen aliena tradita usucandi conditio in accipientem transferatur l. 4. §. 17. ff. de usucap. Böhmer.

ff. ad b. t. num. 3. Huberus ibidem in fine.

Hodie, cum ex quolibet Pacto nudo tam de Jure Canonico, quam moribus Germaniæ efficax detur actio, idem operatur consensus de permutando, quod ipsa permutatio, subsecuta rei traditione, nec poenitentia locus ex parte illius, qui Contractum implevit, amplius superest. Vid. Stryck. h. tit. §. 1. & in *Cautel. Contract. sect. 3. cap. 5. §. 5.*

Permutatio in multis convenit cum *emptione, venditione* (ut suprà diximus) & ideo illa pacta, quæ *emptioni venditioni* adjici possunt, etiam in *permutatione* locum inveniunt, ac insuper ex hoc Contractu evictio præstatur. l. 1. C. b. t. & ob vitia rei latentia ex *adilitio editio agi* potest. l. 19. §. 5. ff. de *adilit. edit.* quia utriusque par ratio est, transferendi scilicet dominii; ratio enim naturalis dictat, ne, qui rem morbidam pro sana dedit, locupletetur cum alterius injuria. Schilter. exercit. 34. §. 7. quin etiam, si alteruter permutantium enormiter laesus est, ad rescindendum contractum jus agendi habet. Böhmer. ad ff. b. t. num. 6. Harpprecht ad §. ult. J. de Empt. & vend. num. 147. Retractus tamen gentilitius in *permutatione* locum non habet. Frid. in *Constit. de Jure Prætimys.*

Differt autem rursus in multis ab *emptione venditione*. I. Quod hic sit *contractus nominatus*, ille *innominatus*. II. Iste solo *consensu*, ille non nisi *rei traditione* (spectato scilicet jure Romano) perficitur. III. In *emptione* vendor non præcisè obligatur, rem propriam dare, sed sufficit, modo vacuam rei possessionem tradat. l. 25. §. 1. ff. de *contrab. Empt.* in *permutatione* vero ne-

necessè est, res propria ut detur. *I. 1. §. 1. 2. §. 3. ff. b. t.* IV. Quod in emptione non transeat dominium rei venditæ in emptorem, nisi pretium fuerit solutum, vel fides de eo habita; in permutatione verò per traditionem rei transfertur dominium, etsi ab altera parte Contractus nondum sit impletus *d. l. 1. §. 4. ff. b. t.* ubi dicitur, quod conditio competit illi, qui ex parte satisfecit, quasi re non secuta; conditio autem datur *non domino*, & colligitur ex *l. 4. C. eod.* plures alias differentias assignat Knipschildt *de Contract. Exercit. 12. Q. 6.* nobis has retulisse sufficiat.

7 An Permutatio differat à Contractu innominato *do, ut des*, quæritur? Multi reducunt eam quidem ad contractum innominatum *do, ut des* non in specie talem, sed genericè consideratum, quatenus Contractus *do, ut des* dividitur in *permutationem*, & in contractum *do, ut des* in specie talem, à quo illam differre existimant, quod ibi detur una species, pro specie alterius generis, v. g. *equus* pro *bove*, vel res certa pro re incerta ut *bos* in specie, pro *equo* in genere, vel *equus* in genere, pro *bove* in genere. In *permutatione* verò detur una species pro altera specie ejusdem generis v. g. *equus* pro *equo*. Et hanc differentiam colligunt ex *l. 5. C. b. t.* & aliis locis, ubi, dum mentio permutationis fit, simul etiam Vicariæ præstationis speciei pro specie fit.

Sed meritò ab Antonio Perez in *C. ad b. t. num. 5.* Knipschildt *d. Exercit. Q. 4.* cum aliis tanquam iautile commentum rejicitur. Nullam ergo intercedere differentiam inter *permutationem*, & contractum *do, ut des*, defendimus, & probamus ex *l. 5. §. ff. de Prescript. verb.* ubi expresse dicitur, quando res pro re datur, non esse *venditionem*, sed *permutationem*, & tamen in fine ejusdem §. subjicitur, postquam explicatus est hic Contractus *permutationis explicatum*, esse contractum *do, ut des*: ergo gratis inter utrumque distinguunt AA. Confirmatur ex *l. 1. ff. b. t.* ubi semper rei mentio fit in *generi*, nunquam in *specie*, & adhuc aperiūtis ex *l. 7. C. b. t.* ubi utrinque genus datum fuit, frumenti scilicet certa modiatio pro olei designato pondere, & tamen ibi hic Contractus ab Imperatore *permutatio* vocatur. Contraria, cùm tanti non sint momenti, præterimus. Dispuncta reperies apud Knipschildt *d. Exercit. 12. Q. 4.*

Permutare possunt omnes eo modo, quo vel absolutè, vel secundum quid rem, aut jus suum alienare possunt. *l. 4. C. de Prædiis Minor. l. 1. §. 3. ff. b. t.* vel, qui ex dispositione juris loco domini habentur, *cap. 6. de Except.* ut sunt *Prælati cap. 8. de Reb. Eccles. non alien. Nov. 7. cap. 2. §. 1.* Tutores, & Curatores, qui adhibitis præscriptis folennitatibus permutare non prohibentur. *d. l. 4. C. de Præd. Minor.*

DEBE DEBE DEBE
DE)(O)(E

§. II.

§. II.

Quæ res permutari valeant? Et quid circa permutationem
beneficiorum Ecclesiasticorum specialiter Jure Canonico
cautum sit?

SUMMARI A.

10. Permutari possunt res omnes in commercio humano existentes, & alienari non prohibitæ. 11. Pecunie si spēdientur ut corpora, permutari possunt. 12. An sit venditio, vel permutatio, si res cum pecunia detur, sub distinctione resolviatur. 13. Res emphyteuticæ etiam sine consensu domini permutari possunt. 14. Non etiam feudales. 15. Res spirituales permutationi obnoxiae sunt. 16. Si nempe debita adsint requisita, consensus Ordinarii. 17. Ut uterque permutantium habeat jus in beneficio. 18. Si alter facta à primò resignatione, resignare recusat, primus auctoritate propria ad beneficium redire nequit, sed opus est auctoritate ordinarii. 19. 20. Due oppositiones resolvuntur. 21. Debet insuper accedere consensus illorum, qui jus presentandi, conferendi, aut eligendi habent. 22. Permutatio sit inter res spirituales. 23. Poterit tamen quandóque in ejusmodi permutatione aliquid temporale intervenire, & quando? 24. In permutatione beneficiorum beneficium l. 2. C. de rescind. vend. locum non invenit.

10 **P**ermutari possunt res omnes, quæ sunt in commercio humano, & alienari non prohibentur: unde tam res corporales, quam incorporales, mobiles, & immobiles in hunc Contratuum venire possunt. *Mantica de tacit. & ambig. Convent. lib. 25. tit. 3. n. 14.*

11. Petis I. numquid etiam nummi aptum objectum permutationis existunt? Respondeo, si tanquam certa corpora considerantur, non verò tanquam pretium, permutari non dēsignantur, maximè, si res, quæ in vicem ab altero data est, eidem non fuit venalis, sed officii, & amicitia causa data sit. Textus in *l. 51. ff. de Legat. 1. l. fin. ff. de condit. cauf. dat. cauf. non secut.* quem Textum adamantinum, & præfractum vocat *Forcatulus Necyomant. Dialog. 49.* ubi hoc punctum latius examinat, & discordan-

tes Textus pro suo subtili ingenio in concordiam reducit. Videatur etiam *Mantic. d. lib. 25. n. 14.* *Voëtius h. t. num. 1.*

Petis II. Utrum sit emptio, vel permutatio, si convénit de danda partim pecunia, partim specie venditori? Respond. inspiciendum esse, an pecunia intervenerit ad æquandas utrinque species, & erit permutatio: num verò res principaliter pecunia æstimata fuerit, & alia res duntaxat in supplementum, vel accessionem veniat, quo casu emptiōnem fore censemus *arg. l. 18. §. 1. ff. de Donat.* in dubio attendendum, utrum pecunia, num species prævaleat. Tudemus in *C. b. t. num. 4. Mantic. d. lib. tit. 2. num. 3. 4. & 22.*

Petis III. An res emphyteuticæ & feudales permutari possint? Resp. quo-

Y 3

ad

ad res emphyteuticas affirmativè, etiam sine consensu domini, modo id, à domino consequi nequeat, quod ab altero ei offertur, & quod insuper rem ut *emphyteuticam*, non verò ut *propriam* permittet, hoc enim casu emphyteuta pœnam caducitatis non effugeret, cum vi- deretur jus domini directi pervertere.

14 In rebus *feudalibus* permutationem, ir- requisito domino directo, fieri posse negamus; tametsi enim alias ab emphyteusi ad feudum bonum argumen- tum duci non nesciamus, id tamen in præsenti hypothesi fallere existimamus, quia feudum magis quid *personale* est, quām *patrimoniale*, utpote, cūm feu- dum ex primæva Constitutione propter servitia personalia olim non poterat à persona separari, licet hodie aliter usu receptum sit, unde vasallus non potest via *permutationis* rem ossibus suæ per- sonæ inhærentem in alium inconsulto domino transferre. Hæc ex *Mantica* cit. lib. 25. tit. 4.

15 Rerum spiritualium permutationem tantum abest, ut dicamus esse prohi- bitam, ut etiam in jure nostro *tt. de Re- rum permut. tam in Decretalibus*, quām in *Sexto*, & *Clementinis* singulariter approbatam inveniamus, adeò quidem ut Bonifacius VIII. in *cap. un. b. t. in 6.* jura permutantium omnibus *expeditati- vis* aliorum ab Apostolica Sede impe- tratis præferat, & in *Clem. un. b. t.* ir- ritat̄ faciat quascunque beneficiorum commutatorum collationes in præjudi- cium permutantium factas.

16 Ut porrò beneficiorum permuta- tiones subsistant, sequentia concurrere debent, I. si qui volunt beneficia sua inter se permutare, debent consensum sui Episcopi, sive ordinarii prærequi-

rere, hoc est, resignando beneficia sua in manus Episcopi permutationem in- stituere. *cap. un. b. t. in 6.* Et si bene- ficia permutanda fuerint in diversis Diœcesibus, utriusque Episcopi autho- ritas interveniat necesse est. Quod si be- neficiati propria authoritate ejusmodi permutationem attentaverint, in pœ- nam suæ temeritatis per sententiam ju- dicis suis beneficiis privari jubentur in *cap. 7. b. t.* nisi permutantis simplicitas veniam mereatur. *cap. 8. eod. imò etiam per Extravag. 2. de Simon. inter com- muni. excommunicationem* incurunt. Ad hoc autem, ut Episcopus permuta- tionem ratam habeat, debet ei de ra- tionabili & justa causa constare, qua- lis esse potest, si Parochus v. g. propter aëris intemperiem in loco priori com- morari nequeat, & ita causa saltem ex parte unius sufficiat ad permutationem inter duos instituendam. *Garz. de Be- nefic. part. II. cap. 3. num. 49.* Si per- mutationem exposcat vel necessitas, vel utilitas Ecclesiæ, eam etiam motu pro- prio Episcopi sine consensu eorum, qui permutantur, fieri posse notat Panor- mit. *ad cap. 5. b. t. num. 7.* ut si unus Parochus minus utilis in tali loco rep- tetur, poterit authoritate Episcopi illa Parochia privari, & ad aliam transfe- ri. Idem *ibidem num. 8.* Imò et si com- mutationes beneficiorum prævia con- ventione partium sine autoritate supe- rioris fieri prohibeantur, poterunt ni- hilominus beneficiati de permutatione facienda inter se prius tractare. Vide- tur enim hoc medium moraliter esse ne- cessarium ad finem permutationis, ut nempe partes prius conferant de hoc negotio, & sic cum concessus sit finis, media quoque concessa esse censemur.

cap. 5.

cap. 5. de Offic. deleg. Gloss. in Clement. un. V. volentibus h.t. Garzias cit. cap. num. 56.

17 II. Requiritur ad permutationis valorem, ut uterque permutans habeat jus in beneficio, quia nemo potest permutare, nisi rem propriam, l. 1. ff. b.t. cap. 6. de Except. unde, si alter permutans beneficium simoniacè, vel alias sine vero titulo obtinuit, permutatio non subsistet, & poterit permutantium alter rursus ad suum beneficium liberè redire, quia non absolutè renunciavit, sed ob causam permutationis, quæ fecuta non est. Panorm. ad cap. 6. de Except. num. 23. arg. cap. 20. de Præbend. in 6. Similiter secundum beneficium incompatibile cum primo non poterit primum commutare cum alio, quia ipso jure vacat, adeoque ipsius amplius non est. Lessius de J. & J. lib. 2. cap. 34. num. 195.

18 Sed an casu, quo alter permutans ex dicta causa, vel juxta cap. 8. b.t. altero resignare recusante ad beneficium suum resignatum redire vult, id propria auctoritate possit, vel potius nova superioris auctoritate, & collatione opus habeat? Probabilius cum Panormit. ad cap. penult. b.t. num. 8. & Zoësio b.t. n. 31. & seq. censeo, opus esse tali casu auctoritate, & collatione Episcopi. Ratio est, quod tale beneficium etiam ex causa permutationis resignatum verè vacet, & alteri conferri possit. Clem. un. h.t. Ergo cùm resignans titulum beneficii ex causa permutationis resignati amiserit, citra vitium intrusionis non poterit illud auctoritate propria occupare. cap. 18. de Præbend. in 6.

Non obstat I. quod talis resignave- 19 rit sub conditione: si & alter permutans resignet. Nam talis conditio non est suspensiva, sed resolutiva, & subinde non impedit, quominus resignatio suum habeat effectum, & jus transferatur in alterum, licet restituendum decepto per judicem, uti colligitur ex l. 1. s. 4. ff. b.t. ubi unus quidem tradidit rem suam, alter vero tradere noluit, & tamen, quia primus per traditionem dominium transtulit, non rei vindicatio, sed conditio ei competere dicitur.

Non obstat II. cap. 20. de Præbend. 20 in 6. ubi talis liberè ad beneficium reverti posse dicitur. Id verum esse hoc sensu fatemur, quatenus tali superior se difficultem præbere non debeat in admissione ad beneficium resignatum.

III. Præter interventum Episcopi, 21 sive ordinarii, aut alterius superioris, jurisdictionem quasi Episcopalem habentis, etiam requiritur consensus eorum, qui jus eligendi, conferendi, aut præsentandi habent. cap. 25. de Jure Patron. Qui alias de contemptu agere possunt, & talis permutatio ipsis contradicentibus facta, nisi in evidenter Ecclesiæ utilitatem cederet, invalida foret. Gloss. in d. Clement. un. h.t. Canis. in Summa lib. 3. tit. 8. s. 1.

IV. Requiruntur, ut permutatio 22 fiat inter res ejusdem generis. Spiritualia scilicet cum spiritualibus cap. fin. b.t. Non ergo permutari potest Ecclesia cum aliquo castro, jus decimandi pro fundo, aut annua pecunia summa sine labe simoniæ. per cit. cap. Poterit tamen juxta cap. 6. b.t. in permutatione Ecclesiarum certo modo etiam ali-

aliquid tempore intervenire sine simonia, si scilicet unum Monasterium (prout hic casus ponitur, & deciditur in d. cap. 6.) velit permutare unam Ecclesiam cum Ecclesia alterius Monasterii, ampliores redditus habente, poterit ratione hujus excessus pecunia dari.

23 Ratio est, quod tunc non fiat permutatio quoad Titulum, sed quoad proprietatem, nam Ecclesia, quæ Monasteriis, aut aliis dignitatibus perpetuò fuerunt unitæ, titulus beneficii uniti penitus extinquitur, & nil aliud, quam sola proprietas reddituum, & bonorum temporalium amplius consideratur. Quocirca simoniacum non est, ut in simili permutatione compensetur alterius Ecclesiae possessionum excessus pecuniariorum augmento, cum hic ex defectu tituli nullum jus spirituale permuteatur. Vid. Barbos. ad cit. cap. 6. b. t. num. 1. Magnif. P. König b. t. num. 8. Et ideo, si beneficia taliter non sint incorporata, non licebit permutantibus inæqualitatem proventuum pecunia, vel alia re temporali compensare, quia jus

percipiens fructus ex illis possessionibus beneficiorum, quæ permutare volunt, à titulo spirituali inseparabile est, & consequenter sine vitio simoniae pretio estimari, vel pro re temporali permutari non poterit. Quadrat huc Textus in cap. 7. C. 1. Quæst. 3. ubi dicitur: *Quisquis horum alterum vendit, sine quo nec alterum provenit, neutrum invenditum derelinquit.* Interim fructus praesentes, vel futuros suarum Præbendarum, nec vendere, nec permutare prohibentur, quia ut sic sunt aliquid mere temporale.

Prædictis, quod scilicet defectus 24 unius beneficii non possit pecunia suppleri, consequens est, quod etiam l. 2. C. de rescind. vendit. locum non habeat, tum quia illa lex tractat de rebus pecunia & pretio estimabilibus, qualia non sunt beneficia; tum, quia ibidem elecção datur emptori vel supplendi justum pretium, vel rem restituendi, quod hic sine vitio Simoniae fieri non posset. Covarruv. lib. 1. Var. resolut. cap. 5. n. 9. Zoësius b. t. num. 33.

§. III.

Qualis effectus ex Contractu permutationis nascatur?

S U M M A R I A.

25. Effectum, quem operatur Permutatio de Jure Romano, recensetur. 26. Si res ab uno permutantium tradita sit eaque ab accipiente rursus in tertium alienata, contra tertium primo danti nulla competit actio. 27. Quis effectus Permutationis de Jure Canonico, & Moribus Germaniae.

25 **A** Lium effectum operatur Permutatio, si spectetur secundum Jus Romanum, & alium, si consideretur secundum Jus Canonicum, & mores Germaniae. De Jure Romano is,

qui ex causa permutationis rem dedit, alterum habet sibi obligatum, ut vicissim rem det, & quamdiu iste suæ obligationi non satisfecit, licebit alteri, qui prior rem dedit, pœnitere, eo effectu,

ut

ut in ipsius arbitrio sit, alterum ad impleendum contractum actione *prescriptis verbis* compellere, vel condicione *causa data*, *causa non secuta* rem datam repetere, & sic Contractum resolvere. *l.1. fin. l.4. § 5. ff. b. t. l.7. C. eod.* excipitur, nisi stipulatio præcesserit, hæc enim pœnitentiam excludit *l.3. l.7. C. b. t.* alias exceptiones vide superius *n.5.* Econtra is, qui rem ab altero accepit, facultatem pœnitendi non habet, & consequenter rem datam invito alteri restituere, atque ab obligatione Jure contracta sese liberare nequit. *Arg. l.5. C. de O. § A.* si neuter promissum adimplevit, neuter alterum ad implementum efficaciter cogere potest. *l.3. C. b. t.* quia ex *paſto nudo* efficax jus agendi non nascitur. Quodsi uterque contractum adimplevit, sed alterutrius res evincitur, datur actio *in factum* *præscriptis verbis*. *l.1. § 2. ff. b. t.* ad interesse. Aut etiam condicione *causa data*, *causa non secuta*, qua rem datam rursus repeatit, quando alter, qui rem alienam dedit, sua promissioni satisfacere aut non

poteſt, aut non vult. Bœhmer. *de Actiō-nib. ſect. 2. cap. 9. §. 8. § 9.*

Sed quid; si res ab uno tradita, & ab altero accepta quidem, sed tertio vendita fuerit, antequam ille vicissim rem suam traderet, habebitne primus tradens aliquod remedium, quo suæ indemnitati consulat? Respondeo, contra venditorem posse agere ex *ſtipulatu*, si stipulatio intervénit, vel *præscriptis verbis*, ut fides placiti servetur, contra emptorem nullam ei actionem, neque *realem*, neque *personalem* competere. *l.4. C. b. t.* Lauterbach *b. t. § 22.*

Effectus Permutationis de Jure *Ca-nonico*, & moribus Germaniæ longè alius est, cùm enim hoc jure detur efficax actio ex quolibet *paſto nudo*, ut docuimus ad *tit. de Paſt.* obligatio mox nascitur ante alterius implementum, nec locus est pœnitentiæ, adeoque *l.3. C. b. t.* in praxi recepta non est. Et ideo si res alterutrius casu perierit, res promissa exigi ad exemplum venditionis, & jam data retineri potest. *l.5. §. 1. ff. de Præscript. verb.* Bœhmer. *ad ff. b. t. n.5.*

T I T U L U S XX.

De Feudis.

Iliadem nuce concludere velle non immerito videri posset, qui amplissimam Contractus *feudalis* materiam integris etiam voluminibus vix satis ab aliis comprehensam pro confueta Decretalium methodo unico Titulo complecti vellet. Nos subinde, ne terminos, qui nobis positi sunt, egrediamur, & residuos, nec minus utiles vastissimi hujus Libri Titulos explicando moremur; substantialia duntaxat Contractus *feudalis* com-
(Z) pen-

pendio referemus, insimul annotaturi, quis ejus usus in foro Canonico obtineat.

§. I.

Quid sit Feudum? Quæ ejus origo? Et quanta ejus varietas?

S U M M A R I A.

1. *Feudi etymologia à fide.*
2. *Trifariam accipitur.*
3. *Hic principaliter spectatur in ratione Contractus.*
4. *Definitio Contractus feudalis explanatur.*
5. *Quomodo feudum differat à Contractibus aliis affinibus, remissivè.*
6. *Originem feudorum alti à Clientelis Romanorum.*
7. *Alii à Longobardis petunt, sed utraque opinio rejicitur, & Germanorum moribus deberi ostenditur.*
8. *Alius juris gentium esse dicit.*
9. 10. *Quæ initia, qui progressus feudorum Ecclesiasticorum atque talium, sive, ubi Ecclesia spectatur ut domina?*
11. *Quando Ecclesia cœperit esse Vasalla?*
12. *Feudum primaria divisione dividitur in proprium, & improprium, utraque species in substantialibus convenit, differt autem in naturalibus, utraque quæ sint, exponitur.*
13. *Feudum est vel novum, vel antiquum.*
14. *Aliud Ecclesiasticum, aliud Sæculare.*
15. *Feudum Ecclesiasticum in Jure feudali specialiter est privilegium.*
16. *Est rursus aliud Nobile, aliud ignobile.*
17. *Et illud vel Regale, vel non Regale.*
18. *Feudum iterum abit in ligium, & non ligium.*
19. *De feudi improprii speciebus remissivè.*
20. *Quid feudum hereditarium? ex pacto, & providentia? Quid mixtum? Quid feudum fœmineum?*
21. *An fœmina in feudo pro masculis, & fœminis concessa, semel à masculo exclusa semper maneat exclusa? affirmantum.*
22. *Et negantium fundamenta referuntur.*
23. *Et respondet prioribus.*
24. *Nos affirmantum Sententiam veriorem, negantium equiorem censemus, cuius æquitatis aliqua motiva propounduntur.*
25. *Fœmina feudo semel adepto per nativitatem masculi supervenientem non repellitur.*

Hæc vox *Feudum* obscuros omnino natales habet, ejusque etymologia tam dubia est, ut judicio Illustr. & Clariss. D.D. de Herz in Element. Jurisprud. *feud.* cap. 2. §. 1. n. 1. desperatum negotium suscipiat, qui in eam inquirere parat. Ut aliquam tam lucem his tenebris affundamus, dicimus, *feudum à fide*, vel *fidelitate* derivari; sicut enim *fides* (quod idem est, ac dictorum, Conventorumque con-

stantia & veritas) juxta stoicos, ut ait Cicero, inde appellata est, quia sit, quod dictum est, ita *feudum à fide*, sive *fidelitate* originationem suam ducere perhibetur tit. 3. in fin. *feud.* 2. Et nos latius in definitione exponemus.

Feudum tripliciter accipi potest I. pro re ipsa in *feudum concessa*, germanicè *das Leben-Gut.* 1. *Feud.* 4. 2. *Feud.* 25. & 26. §. 1. II. Pro jure *reali*, quod *Vassalus* in re *feudali* obtinet 2.

2. Feud. 1. § 33. & vocatur die **Lebens-Gerechtigkeit**. III. Pro conventione, qua feudum constituitur 2. Feud. 33. **Lebens-Contract**. In qua ultima acceptione feudum describo cum laudato Illustr. D. D. de Herz cit. cap. §. 2. num. 4. quod sit **Contractus consensualis nominatus, bilateralis, bona fidei, de re immobili, vel equipollenti cum dominio utili sub promissione fidelitatis, in alterum transferenda**.

Dicitur I. **Contractus**, cui non obstat, quod tit. 23. Feud. 2. vocetur **beneficium, quod ex benevolentia datur**, nam ratio **beneficii** adhuc salvatur, tametsi **Vassalus ad certa servitia præstanda obligetur**, aut etiam **feudum oblato pretio comparet**, tum **quod invitus feudum recipere non teneatur**, tum, **quod feudum refutare valeat**, si **onerosum arbitretur propter servitia fructum excedentia** tit. 38. Feud. 2. tum **quod minus justo pretio, aut saltem minus quam ex affectu privato res in feudum concessa æstimari soleat**, sive **feudo per Contractum constituto tota definitio beneficii, quam tradidit Seneca, & refertur tit. 23. Feud. 2. convenienti**.

Dicitur II. **Consensualis**, quia investitura, ut ut ad complementum hujus contractus desideretur, ad hoc, ut **jus in re transferatur in vasallum, veluti traditio hoc intuitu in emptione venditione requiritur**, ejus tamen substantiam non ingreditur. Clariss. P. Böckhn ad h.t. num. 3.

Dicitur III. **Nominatus, bona fidei**. Nominatum voco, quia habet à consuetudine generali elegans nomen, per quod distinguitur à reliquis contractuum, & consuetudinum speciebus. Fortè exiliimas, melius contractibus

innominatis accenseri, eo, quod vasallo refutando licet pœnitere falleris, nam in contractu innominato tunc demum pœnitentie locus est, quando contractus ex una solùm parte adimplitus est, in Feudo verò conventione utrinque jam consummata renunciatio locus est. Præterea contractus hic non regulatur secundum naturam contractuum, qui sunt juris scripti, cum totum suum esse habeat ex jure singulari non scripto. Rosenthal, & alii judicant, hunc contractum esse **stricti juris**, verum, nisi à receptis regulis in materia contractuum recedere velimus, non apparet, quomodo his authoribus assentiamur, cum æquè in **Feudo**, ac aliis contractibus mutuæ præstationes, aut obligationes interveniant, quæ faciunt, ut contractus **bona fidei** esse dicatur.

Dicitur IV. **De re immobili, vel equipollenti**. Res equidem mobiles, quia ex illis fructus sine directi dominii consumptione percipi non possunt, idem nec in **Feudum** verè conceduntur.

Dicitur V. **Cum dominio utili sub promissione fidelitatis** per quas particulas convenientia, & simul differentia ab **emphyteusi** indigitatur, dum utrobius dominium **utile transfertur, vasallus** verò insuper ad fidelitatem, & obsequia domino directo præstanda obligetur, ad quæ non tenetur **emphyteuta**. Unde causa finalis Feudi est fides, & obsequium vasalli quasi compensationis jure domino præstandum, quo etiam nomine **juramentum fidelitatis** exigi solet, Tit. 4. § 2. seqq. Feud. 2. & siquidem certum, ac determinatum obsequium promittitur, ad illud, & non aliud obligatur vasallus, si indeterminatum, tunc tenetur præstare consilium

filium, auxilium, & ea, quæ d. Tit. 5. 6. & 7. continentur, & ad sex præcipue documenta revocantur, & cit. Tit. 6. specialiter memoriae vasalli commendantur, nempe *incolume, tutum, honestum, utile, facile, possibile*, quod ibidem & Tit. seq. pluribus explicatur, circa quæ tamen ad locorum consuetudines recurrentum monent DD. Prout etiam dictum juramentum tam essentiale non est, quin ex pacto speciali, vel si dominus simplici promissione, aut præsumptione fidelitatis contentus esse velit, illud remittere possit. Tit. 3. §. nulla Feud. 2.

5 Quomodo Feudum differat ab aliis contractibus eidem multum affinibus, ut ab *usufructu, emphyteusi, contractu, censitico, libellario*, à bonis solidorum, à *precariis, contractu superficiario, fidei-commisso, majoratu, & primogenitura*. Accurately discutit Clariss. D. D. de Herz cit. cap. 2. §. 4. per tot.

6 Originem Feudorum dubiam & obscuram facit opinionum varietas, quam authores in jura Feudorum commentantes fovent, & propugnant. Sunt, qui eorum originem à moribus Romanorum arcessunt, hi quippe Belliduces suos, nec non gregarium quoque militem ob strenue navatam in bello operam compensationis, & præmii loco prædiis donabant. Verum hæc derivatio non placet Bœhmero, quia prædia hæc, ait §. 3. veteranis assignata in dominium eorum, jure quodammodo hereditario transibant in compensationem præstitæ virtutis, & maximè illis, qui militia functi erant, concedebantur: non pro præstanto impostorum servitio, sed pro jam præstito: ast vero Feuda primitus non jure hereditario,

sed magis *precario* vasallis dabantur: in horum dominio non erant, quin potius disertè *proprietati* domini concedentis attribuebantur. In re ergo, & nomine, inquit, aliquam convenientiam deprehendo, identitatem tamen rei haud animadverto. Hanc analogicam convenientiam, nec propinquiorum admittit sœpe jam laudatus Illustr. D. D. de Herz cap. 1. part. 1. §. 1. n. 5. Videatur etiam Stephanus Forcatulus *Comment. in Feud. Jur. cap. 1. num. 4.*

Alii Feudorum initia *Longobardis* 7 tribuunt, qui in Italia rerum potiti sub regibus, quos XX. successivè habuerunt, sceptrum adversus æmulos ducentis plus minus annis fortiter defenderunt. Sed nec isti apud sagaciores antiquitatum urinatores fidem inveniunt. Nam *Gerardus Niger*, qui erat primus Feudorum interpres (ut advertit Gonzalez ad cap. 2. b. t. num. 8.) natione *Longobardus*, jus Feudorum antiquissimum esse testatur. Rectius ergo alii Feudorum originem à Francorum moribus repetunt, ut perhibet *Natalis Alexander Histor. Eccles. Tom. 7. Secul. 13. dis fert. 8. art. 3.* Hi terras Marte suo occupatas in Feudum concedebant, ad onus recognitionis, juramenti fidelitatis, & cæterorum onerum militarium pro modo redditum Feudi, & ad onus renovationis investituræ, certorumque commodorum, mutatione vasalli contingente, cum exceptione mutationis in linea directa, & quandoque sine ea exceptione. Hæc *Natalis Alexander*. Videatur etiam Clariss. D. D. de Herz cit. cap. 1. §. 2. per tot. & Bœhmerus ad b. t. §. 4. Gonz. ad cap. 2. b. t. n. 8.

Stephanus Forcatulus acuti ingenii, 8 & multigenæ eruditioñis scriptor in

Com-

Commentario in Feudorum Jura cap. 1. num. 10. Jus Feudale originaliter esse juris gentium, adeoque nulli genti præ altera inventionis gloriam deberi contendit. Sicut enim bella, inquit, huic juri debentur, ita ex eodem jure flueret, ut in bello benè meritis decernantur præmia, & ut imposterum ad arma pro patria gerenda homines accendantur, Feuda constituta sint, postquam præmiis ad virtutem quilibet inflammatur L. 1. ff. de J. & J. quod deinde à variis gentium moribus testatum facit. Longiorem in investiganda juris Feudalis origine moram necltere nolumus, abundet (per nos licet) quisque in suo sensu. Illud certum, & indubitatum est, quod hodie præ jure Feudali Saxonico, & Alemanno utamur jure Longobardico. Vid. Tit. 10. Feud. 1. & Tit. 1. Feud. 2. Clariss. D. P. Böckhn h. t. num. 1. & Illust. D. D. de Herz cit. cap. 1. 2. & 3. ubi de collectoribus hujus juris, & de ejus usu prolixius discurrit.

9 Alia jam quæstio supereft enodata, unde sua primordia trahant *Feuda Ecclesiastica*? Poteft autem hæc quæstio instituti de Ecclesia, vel ut est *Feudorum domina*, vel ut *vasalla*. In priori acceptione si *Feuda Ecclesiastica* conſiderentur, primam illis occaſionem dediffe hostiles irruptiones, scribit Bœhmerus hic §. 6. quæ temporibus *Caroli Martelli* rempublicam graviter affixerant, quibus retundendis Reges, & Principes, qui ea tempeſtate liberrimam de Ecclesiis, earumque bonis disponendi facultatem ſibi ſumperant, Ecclesiæ bona militibus in præmium præſtitæ virtutis dederunt, ipſeque *Carolus Martellus* primus fuit, qui *decimas* militibus

distribuit, æquum existimantes, ut, ſicut Clerici fruerentur publica defenſione, etiam ad militiam eo nomine iſtitutam aliquid conſerrent, quæ ratio in Capitul. Caroli M. & Ludovici pii l. 5. cap. 3. apud Baluzium Tom. 1. Capitul. pag. 826. traditur, teſte eodem Bœhmero. Verum cùm id ægre ferret Ecclesia, ut ſua bona, etiam citra neceſſitatem publicam à Laicis in beneficium tenerentur, Episcopi omnem moverunt lapidem apud Reges, ut hæc bona, quæ beneficiario jure Laicis poſſidenda temere conſeſſerant, Ecclesiæ poſtlimi- nio reſtituerentur. Querelas, quas ſuper hac iniqua uſurpatione ad *Carolum Calvum* Patres Concilii Vernenſis II. detulerunt, Leges Tom. 9. Concil. Edit. Venet. pag. 951. & seq. & apud Bœhmerum §. 8. b. t. Ab initio quidem Ecclesia ad iteratas factas instantias eate- nus votorum compos facta eft, ut bona Laicis rurus eriperentur, ipſi tamen Ecclesiæ non alio, quam beneficiario jure, & ſub *Vassalagii* onere fruenda conſiderentur. Poteſt longas tandem moras id demum conſecuta eft Ecclesia, ut Reges, & Principes omni jure & diſpoſitione circa bona Ecclesiastica ſeſe abdicarent, & illa in plenum Ecclesiæ dominium redire permitterent; cùm vero ea tempeſtate Ecclesia æquè ac imperium frequentibus bellorum motibus quateretur, factum eft, ut Episcopi ejuſmodi bona ad Ecclesiā reveraſi ipſis militantibus in Feudum dare cœperint, ut elucet ex Tit. 5. Feud. 1.

Aliam porrò originem Feudis Ecclesiasticis, in quibus Ecclesia, ut *domina* conſideratur, dediſſe creditur piorum fidelium oblatio, qui eo pacto ſua bona in Ecclesiā tranſtulerunt, ut rur-

fus ab Ecclesia eadem sibi in Feudum possidere liceret; in quas leges Ecclesia non modo prompta voluntate concessit, sed insuper de bonis suis, duplum, aut quadruplum iis fructuario jure dedit sine injuria, aut querela ipsorum hæredum, quin potius magno illorum commodo, & emolumento, nam, cum malevoli quidam ad *Carolum Magnum* querelas detulissent, quod per similes parentum prodigas donationes eorum substantia penitus exauriretur, ipsique liberis, in quo ab intestato succederent, nihil superesset, sicque citra culpari suam ipso facto exhæredatos se viderent, Patres Concilii Turonensis III. iussu Caroli M. celebrati hanc calumniam sibi temerè impactam fuisse c. ult. his verbis palam fecerunt; *Diligenter tractare, & inquirere pariter cœpimus in conventu nostro, sicut pia Serenissimi Principis nostri nobis injunxit admonitio de illis hominibus, qui exhæredati esse dicuntur, si aliquis esset, qui nostris temporibus voluisset dicere, se à quolibet nostrum illis privari rebus, quas pater ejus, aut mater, aut frater, vel aliquis propinquorum ad Ecclesiæ DEI dedisset, & in ejus nomine iterum precaria à Rectoribus Ecclesiæ acciperetur. Sed in eodem conventu nostro neminem reperimus, qui de hac re adversus nos conqueri voluisset. Nam penè nullus est, qui res suas ad Ecclesiæ donet, nisi de rebus Ecclesiasticis donet, aut tantum, quantum donavit, aut duplum, aut triplum usufructuario accipiat, & quibus ille tunc, vel quantis filiis, aut propinquis à Rectoribus impetraverit, post discessum ejus eadem conditione, qua ille tenebat, posteri ejus sibi vindicent. Hic usus, & hæc ratio apud nos usque modo de tali-*

bus tenebatur. Nam & nobis visum est, prædictis hæredibus hanc dare optionem, ut, si voluissent traditiones parentum suorum consequi, de qua illi jam erant per legem exclusi, Rectoribus Ecclesiæ se commendarent, & hæreditatem illam in beneficium, unde se adjuvare, ac sustentare possent, acciperent. Hac declaratione facta nemo erat, qui Ecclesiæ ulterius insultare, aut parentum donationes in eam liberaliter factas iniquitatis arguere, aut cum injuria liberorum factas fuisse dicere auderet. Boëhmerus tamen nodum adhuc in scripto quarit, scribens §. 3. b. t. *Concilium Turonense III. luculenter probat, simili que ostendit, liberos nonnunquam ab hæreditate parentum fuisse exclusos, ob nimias in Ecclesiæ factas donationes, cuius rei iniquitatem quodammodo Patres ipsimet confessi sunt. Patres in Conclilio fatentur, neminem fuisse repertum, qui sacras id genus donationes iniquitatis damnaret, aut per injuriam se exhæredatum esse conquereretur, & Boëhmerus assetit, id luculenter ex dicto Concilio probari. Quid impudentius!*

Jam etiam præstat inquirere, quan-¹¹ donam Ecclesiæ *Vassallagii* legibus se subjecere cœperit? Boëhmerus ejus originem corruptis Ecclesiæ moribus ascribit. *Paulatim mores Clericorum, inquit, §. 71. b. t. à veteri instituto deflexerunt, & tum per ambitionem quotidie invalescentem, tum etiam per abundantiam bonorum, quibus tandem intumescebant, adeò corrupti sunt, ut Ecclesiæ in Ecclesiæ, Clericum in Clerico vix amplius reprehendere licuerit. Quid ergo mirum, si tandem quoque vassallagium subierit, & schema hujus mundi in totum ferè assumpserit. Huic suæ propo-*
sitione

sitioni ut si lena faciat, aliorum scriptorum testimonia in suppetias vocat, & per complures §§. hoc argumentum prosequitur. Nos hic Bœhmerum non morabimur, meliora, & veriora Ecclesiæ Vasallæ initia damus. Est ergo, ut Ecclesia tunc cœperit esse regibus Vasallatio nexus obligata, cùm amplissimis bonis, & Regalibus Regum munificentia fuerat dotata, quæ ea lege Ecclesiæ concessa sunt, ut vicissim illa Reges cum quadam subjectionis testificatione recognosceret, cuius initium ad tempora Clodovæ Regis refert Petrus de Marca in *Concord. Sacerdot. & Imper. lib. 8. cap. 19. num. 2.* Quanquam verò hæc subordinatio Ecclesiæ jura non vulneraret, utpote solius juris regii temporalis titulo exhibita, & ideo etiam talis permisso in Concilio Lateranensi I. facta est, ut constat ex Constitutione Calixti II. quæ incipit: *Omnipotenti, jus tamen alterum nimirum investiturarum, per hoc Ecclesia nunquam agnovit.* Sed de hoc jam nobis sermo non erit, scripsimus quædam de abusu harum investiturarum ad tit. de *Elect. §. 10.* prolixius de hoc arguento agit Eminentissimus Vincentius Petra tom. 1. *Comment. ad Constat. Apostol. pag. 412. & pluribus seqq.* Eminentiss. Cœlestinus Stondrati in *Gallia Vindic. Dissert. 1. §. 1.* Detecta feudorum origine eorum varietatem ad juris trutinam jam lubet expendere.

12 Feudum igitur summa divisione in *proprium* sive *rectum*, & in *improprium*, sive *degenerans* abit. Utraque species in substantialibus convenit; sunt autem de substantia sive essentia feudi I. ut Vasallus habeat dominium *utile*, manente proprietate, sive dominio *directo*

penes dominum seniorum feudi. II. Ut constituatur in re *immobili*, aut *equi-pollenti*. III. Sub lege *fidelitatis*, quæ Vasallo remitti nequit. In *naturalibus* autem & *accidentalibus* multum à se invicem discrepant, dum feudum *proprium* naturam, & proprietates feudi in omnibus retinet, *improprium* verò jam plus, jam minus à natura feudi re-cedit. *Naturalia* autem, sive proprietates feudi sunt sequentes I. juramenti præstatio. II. Obligatio ad servitia, eaque incerta. III. Investituræ post mortem domini renovatio. IV. Impotentia alienandi nisi cum consensu domini aut agnitorum. V. Exclusio fœminarum à successione in feudo. Contingit autem ejusmodi alteratio feudi, quando vel ex ipsa dispositione juris *feudalis*, vel pacto, & conventione vel etiam statuto, aut locali consuetudine quidquam detrahitur. Salva si maneat feudi *naturalia*, & non nisi quædam superaddantur, feudum *improprium* non faciunt. In dubio feudum præsumitur esse *proprium* tit. 1. §. 3. feud. 1. tit. 2. §. 2. feud. 2. adeò quidem, ut si in uno, vel altero naturam feudi deposuerit, in reliquis mordicus consecetur, 2. feud. 48. ac secundum illam interpretandum sit. Zasius *Epi-tom. feud. part. 12. n. 12.*

Dividitur II. Feudum in *novum*, & *vetus*. Novum est, quod quis primò à concedente acquisivit, & initium habet ex persona investiti, nec successione ad eum pervenit; Unde si Titio per investituram conferatur feudum *novum*, isque decedat sine liberis, feudum ad dominum redibit, excluso fratre Titii. Sin verò filius, vel nepos Titii illud per successionem acquisivissent,

sent, feudum jam foret *antiquum*, & consequenter, si iste filius, vel nepos sine descendantibus decederet, relinqueret tamen *collaterales*, ab eodem Titio secum descendentes, ad illos de volveretur feudum excluso fratre Titii, cuius respectu feudum *novum* censetur. Textus est expressus in tit. 11. feud. 2. Feudum *vetus* dicitur, quod ab uno ex ascendentibus tanquam capite communis agnationis acquisitum per successionem in aliquem transfertur. Julius Clar. §. Feudum Q. 8. n. 1. & siquidem ab uno ex ascendentibus ultra quartum gradum obtentum est, propriè *antiquum*, sive *avatum* vocatur; si vero à patre avo, proavo, vel abavo, adeoque non ultra quartum gradum acquisitum fuerit, *paternum* dicitur, in effectu tamen alterum ab altero non differt. tit. 50. Feud. 2.

14. Dividitur III. Feudum in *Ecclesiasticum*, & *Seculare*. Illud communiter DD. ab *objeccióne* specificari dicunt, nullo habito respectu vel concedentis, vel accipientis; unde, illa feuda, quæ habent Episcopi qua *Principes Imperii*, judicant esse feuda merè *Secularia*. Arg. cap. 6. de for. compet. ubi Pontifex feudum *Seculare* vocat, quod Clericus à domino *seculari* possidet. Clar. D. P. Böckhn hic num. 9. talia feuda *Ecclesiasticis* merè talibus accenset, propter *dominium utile*, quod Ecclesia habet in ejusmodi rebus. Quòdsi ergo aliae res, bona & jura, maximè *realia*, & perpetua ad Ecclesiam pertinentia nomine *Ecclesiasticarum* rerum veniunt, quid vetat, res perpetuò Ecclesiae in feudum concessas, & *dominium utile*, quod inde consequitur, rebus *Ecclesiasticis* accensere. Mihi sic videtur esse distinguendum:

dum: si ejusmodi feuda secundum originariam, & primævam suam naturam, atque secundum ipsius Juris feudalis indolem considerentur, posse dici *Secularia*, quia ab initio talia bona erant bona Imperii merè *temporalia*, quæ deinde Ecclesiis in *Feudum* data, & Episcopatibus juncta retinuerunt illam qualitatem, quæ alia feuda purè *temporalia* habent, ut scilicet super his alteri judicii, etiam Ecclesiastico, jurisdictione non competit, quam domino *directo*, quamquam is sit persona *Secularis*, & quod juramentum *fidelitatis* eidem præstari debeat. Et in hoc sensu bene verum est, quod *Episcopi*, *Abbates* &c. duplum personam sustineant, & *Episcoporum*, & *Principum* aut aliorum *Statuum Imperii*. Nam ipsa Ecclesia ut scribit Boehmerus hic §. 22. hos respectus *Civiles* assumit, & eos Episcopis communicat: si vero hæc feuda considerentur, prout substant *alienationi*, vel *prescriptioni*, iisdem favoribus gaudeant, quibus bona merè *Ecclesiastica*, & sic horum favorum intuitu feuda *Ecclesiastica* reclamare inviditari possint.

Interim communiter notant AA. 15 quod feudum ab Ecclesia datum, & acceptum specialiter in jure *feudali* privilegium sit, & ab aliis feudis *Secularibus* in eo discrepet, quod in nova investitura feudi *Pares curie* non requirantur, consequenter neque ad illam probandam necessariò concurrant, quod contra obtinet in feudo *Seculari*. tit. 26. feud. 1. princ. Deinde & id singulariter est in feudo *Ecclesiastico*, quod si illud obtentum à Rege, Principe, vel alio, mereatur *caducitatem*, non omnino amittatur, sed solum ad dies vitæ illius, qui *feloniam* commisit, eo enim

mor-

mortuo Ecclesiæ rursus restituitur quia delictum Prælati non debet nocere successoribus, vel ipsi Ecclesiæ. *cap. 3. C. 16. Q. 6. 2. Feud. tit. 40. P. Egidius Rambœck in Sylva benefic. feudal. cap. 1. pag. 19. & 20. P. König b. t. n. 9. Gonzalez ad cap. 2. b. t. num. 11. Sæculare feudum illud audit, quod in rebus extra patrimonium Ecclesiæ constituitur, & de hoc majori ex parte feudorum libri differunt teste Zafio part. 2. n. 7.*

16 Dividitur IV. Feudum in Nobile, & ignobile. 2. Feud. 10. & 53. Illud dicitur, quod ex potestate, & voluntate conferentis jura nobilitatis personalia, vel realia tribuit, vulgo ein Ritter-Lehen. Istud, cuius concessio ex defectu potestatis, vel voluntatis accipienti nobilitatem non confert, & vocatur Burger-oder Bauern-Lehen. P. König b. t. num. 6. Clariss. D. D. de Herz in Element. Jurisprud. feud. cap. 3. §. 4. num. 40. Aliter nonnihil hæc membra explicat Clariss. P. Böckhn b. t. n. 7.

17 Nobile rursus subdividitur in feudum Regale, & non Regale. Regale (germanicè ein Fahnen-Lehen, vel etiam si loquamur de feudis, quæ Principes Ecclesiastici ab Imperatore recognoscunt, ein Scepter-Lehen) vocatur illud, ubi una cum territorio jus exercendi Regalia à Summo Principe conceditur. Talia feuda sunt Ducatus, Marchionatus, Principatus, Comitatus, Baronatus. Non Regale dicitur, ubi tam eminens prærogativa Vasallis non confertur. Vultejus de Feud. cap. 8. n. 18. Zafius in Epitom. feud. part. 5. n. 29.

18 Dividitur V. In Ligium, & non Ligium. Ligium à ligando dictum Vasallum tam arctè obstringit domino, ut cum contra quemcunque alium, nullo

prorsus excepto defendere teneatur. *Feud. 2. tit. 99. Non ligium dicitur, quando uni fidelitatem ita debemus, ut tamen etiam alteri vel ex eadem, vel ex alia causa eandem præstare, adeoque plura similia feuda à diversis dominis recognoscere valeamus. d. tit. 99. feud. 2. Nota, quod feudum ligium, cùm qualitates supra ordinariam feudi naturam habeat, non presumatur, nisi per investitaram expresse constet. Et quod à summis duntaxat Principibus dari, & ab uno tantum domino recognosci possit. In non ligio vero, si à diversis dominis simul & semel servitia ejusdem Vasalli exigantur, illa singulis exhibenda erunt, antiquiori quidem per ipsum Vasallum, alteri per substitutum, et si mutuò sibi bella moverent. Speculat. de Feud. §. 1. num. 26. Hæc de feudo proprio.*

Feudi proprii plurimæ sunt species, quas Zafius part. ult. cit. epitom. feud. enumerat. Ejusmodi sunt feudum Cameræ, Cavenæ, Quardiæ, Castaldiæ, Soldatæ, Francum, emptum, fœmineum, hæreditarium, & ex pacto, sive providentia. Nos ex recensitis tres ultimas duntaxat species exponemus, reliquas explanatas lector reperiet, apud nostrates Magnif. P. König num. 11, & segg. Clariss. P. Böckhn hic num. 5. Illustr. D. D. de Herz cit. cap. 3. §. 3. per tot.

Igitur feudum hæreditarium, ein Erb-Lehen dicitur illud, quod alicui pro se, & quibuscumque hæredibus, etiam extraneis simpliciter concessum est. Feudum ex pacto, & providentia, quod etiam Gentilitium dicitur, vulgo Stammen-Lehen, est, quod alicui pro se, & liberis suis datum, non facta

(A a) hæ-

hæredum mentione, ad cuius successionem sufficit, ut quis sit filius, vel descendens à primo acquirente, et si non hæres. *Clarus Q. 9. num. 3. Mixtum ex his duabus speciebus conflatum illud audit, quod de utroque participat, ut, si, cui feudum concessum est pro se, & suis filiis, & hæredibus; ubi requiritur ad successionem, ut quis simul sit filius, & hæres, nam in tali casu non poterit filius hæreditatem paternam quoad allodialia repudiare, & solum feudum obtainere, id quod tamen in feudo familiae propriè dicto filio arbitrium est.* Textus in *tit. 45. feud. 2. consuluntur Clariss. Duumviri P. Ægidius Ranbeck in Sylv. benef. feud. cap. 1. pag. 24. & 4. seqq. & D. D. de Herz cit. cap. 3. §. 3. n. 19.*

21 Feudum fæmineum, prout contra ponitur masculino, illud vocatur, quod fæmina primitus acquisivit. *Arg. tit. 30. §. 50. feud. 2.* Quo etiam nomine illud feudum dignamur, ad quod fæminæ ex speciali pacto admittuntur, saltem in defectum masculorum *tit. 8. §. filia. & tit. 6. §. 1. feud. 1.* Quod vero fæminæ ad feuda non æque, ac males admittuntur, ideoque feudum fæmineum *improprium* dicatur, varia cause afferuntur, imprimis, quod beneficium *feudi* (uti describitur *tit. 23. feud. 2.*) detur propter officium. *tit. 21. feud. 2.* Officium autem, sive servitium feudale dominis exhibere non possint fæminæ *tit. 36. feud. 2.* Deinde nec arma tractare, nec publicis cætibus interesse ob sexus verecundiam *l. 2. §. 1. C. de bis, qui ven. stat.* neque solida, ac constantia consilia dominis impertiri, multò minus secreta continere valeant. *l. 4. C. de Sponsal.*

Virile jam, idque satis acre certamen instituitur de hoc Feudali mulierum privilegio, dum queritur, an fæmina in casu, quo Feudum alicui vasallo concessum est, pro se, & descendantibus *masculis*, & *fæminis*, semel exclusa à masculo, semper exclusa maneat? sit exemplum. Vasallus moriens relinquit filium, & filiam, decedit etiam filius sine liberis, queritur jam, an filia possit admitti ad successionem? Illud quidem extra dubium est, si fæmina in principio fuerit in Feudo investita, & filias reliquerit, eas succedere *tit. 30. Feud. 2.* deficientibus scilicet masculis *tit. 1. §. 3. Feud. 1.* Qui fæminas in proposita thesi perpetuò exclusas volunt, nituntur præcipue *tit. 6. §. 1. Feud. 1.* ubi expressè statuitur: *Si quis eo tenore Feudum acceperit, UT EJUS DESCENDENTES MASCULI, ET FOEMINÆ ILLUD HABERE POSSINT, reliquo masculo, ULTERIUS fæminæ non admittuntur.* Si autem ulterius non admittuntur, nunquam amplius admittuntur, ergo semper exclusæ manebunt. II. Est de primordiali natura Feudi, quod fæminæ, nisi ex pacto vocentur, non succendant, *tit. 50. Feud. 2.* ergo hoc pactum est strictè interpretandum, ut scilicet filii semel existentibus filia amplius non succedat. *tit. 8. §. ult. Feud. 1.* III. Faciunt paritatem à statuto municipali, quo fæminæ à successione, stantibus masculis, simpliciter exclusæ, perpetuò exclusæ censentur: ergo idem in successione Feudali dicendum est. Et in hanc sententiam abeunt præter quam plurimos, quos enumerat Fachinæus *lib. 7. cap. 45. Bocer. de Success. Feud. cap. 3. Q. 4. Böch Tract. Feud. cap. 7. rubr. de suc-*

Success. n. 36. Schrader d. Feud. part. 7. cap. 4. n. 83. Gail. lib. 2. observ. 148. 23 Verum, quanquam adducta argumenta suo pondere non careant, contraria tamen sententia, si non plus probabilitatis, certè plus æquitatis habet. Defensores (ut paucos memorem) natæ est Vultejum de Feud. lib. 1. cap. 9. n. 89. Carpzov. Jurisprud. for. part. 3. const. 28. Mynsinger cent. 5. observ. 74. n. 8. Obrecht Tract. de Feud. lib. 2. cap. 14. n. 49. quam etiam jus Bavarium Land-recht Tit. 12. art. 1. amplectitur. Facit pro hac sententia I. Tit. 17. Feud. 2. ubi in favorem fœminarum sic statutum legitur: *Non patet locus fœminæ in Feudi successione, DONEC masculus supereft ex eo, qui primus de hoc Feudo fuerit investitus: ergo fœmina non perpetuò, sed tantum ad tempus, donec scilicet masculus reliquus sit, excludenda erit; cur enim fœminæ jus succedendi in investitura tributum absque legitima causa, jure Feudali expressa, denegetur, & propter masculum, qui semel exitit, non tamen amplius existit, à successione removeatur? & non potius aliis clarioribus juris Feudalis regulis insistatur, quod scilicet deficientibus masculis succedat fœmina.* Tit. 8. §. ult. Feud. 1. d. Tit. 17. & seq. Feud. 2. II. Dominus hoc casu legem apertius dicere potuisset: ergo interpretatio contra ipsum, & potius pro primo acquirente facienda est, qui non solis masculis, sed etiam in horum defectum fœminis providere voluisse censendus est, præsertim, cùm æqua disparitatis ratio assignari vix possit, cur fœmina semel exclusa, quando scilicet tempore successionis masculo delatae jam exitit, semper exclusa

esse debeat, quæ tamen admitteretur, si postea primum nata esset.

Quare hujus sententiaæ propugnatores ad opposita argumenta sic respondent, imprimis textum in Tit. 6. §. 1. Feud. 1. varios sensus recipere, nempe, quod existentibus masculis fœminæ ulterioris, id est, ultra, sive præter masculos non admittantur, ita, ut illa non admissio præsupponat alium quidem excludentem, eo verò non amplius existente, cesset etiam hæc non admissio, sive exclusio. Imò ajunt in d. §. 1. tantum de illo casu mentionem fieri, quo juxta tenorem investiturae masculi quidem, & fœminæ Feudum habere possint, & masculus cum fœmina concurrat, non verò decidi, quid obtineat, si masculus absque hæredibus moriatur, utrum eo casu fœminæ non succedant. Ad II. argumentum ex natura Feudorum desumptum reponunt, in proposito casu non ad eam, sed potius ad mentem concedentis, & acquirentis attendendum esse, qui ex proposito tenore investiturae masculis deficientibus, fœminas vocâsse censemur. Ad III. discriminem assignant inter statutum municipale, quod vigore illius, fœminis exclusis, tota hæreditas ad masculos pleno jure spectet, & proprium ipsius patrimonium esse incipiat: in præsenti verò casu fœminam expresso investiturae pacto ad Feudum vocatam esse, consequenter non omnino exclusam. Etsi enim potior causa sit masculorum, non tamen sequitur, per hoc omnem jus fœminarum extinctum esse, cùm in Feudis quotidianum sit, ut pluribus ad Feudum vocatis, unus quidem obtineat, cæterorum verò jus in casum mortis illius nihilominus adhuc integrum

A a 2

grum

grum permaneat. *arg. Tit. 11. & Tit. 18.*
Feud. 2. Sic etiam in successionibus ab intestato proximior quidem excludit remotiorem, sed non ulterius, sive diutius, quam pro vita sua, eo vero sine haerede decedente, succedit iterum, qui prius fuerat remotior.

25 Si meam jam jubear edicere sententiam, censeo argumenta negantium in puncto juris veriora, affirmantium vero aequiora. *Aequitatis* hujus aliqua duntaxat motiva afferro I. quod sententia affirmans nec filiis masculis praejudicet, nec spem foeminarum penitus inanem reddat, de benignitate domini melius mereatur, voluntati primi acquirentis sit conformior, immo rationi, & juribus, praesertim cum per investituram semel a regulari natura Feudorum recessum sit. II. Licit alias in Feudis favorabilior conditio sit masculorum, quam foeminarum, cessat tamen hic favor in praesenti, propter expressam vocationem, & aequalem investituram masculi, & foeminae, & sufficit, quod propter majorem alias favorem masculi, eo existente, foemina non admittatur, non vero, quod perpetuo excludi debeat, aliud enim est, non admitti, & aliud excludi, exclusio omnem spem adimit, non admissio ad tempus suspendit, quamdiu nimirum impedimentum, propter quod non admittitur, durat. III. Non modo acquirentis, sed etiam concedentis eam voluntatem fuisse verius est, qui scilicet jus suum per talem investituram remittere voluisse censendus est, quod habuisset, si primus acquirens sine prole mascula decessisset, ut scilicet illa non existente Feudum non ad se, sed ad filiam saltem, si extet, devolvatur idque propter merita

masculi, quae considerasse censetur, haec vero ratio aequa militat, sive masculi semel extiterint, sive nunquam, neque enim ideo, quod masculus semel extitit, filia desiit esse filia, nec favor adeo restrictus erga vasallum censendus est, ut filias tantum tunc admittere voluerit, si filius non extet, sed etiam iis existentibus propter patris merita filiabus quoque gratificari voluisse presumendum est. Et hanc sententiam *Carpzovius loc. cit.* tam certam, saltem in praxi, esse dicit, ut qui hodie relieto tritico glandibus vesici malit, vix inter prudentes locum suum tueri possit, & si praefrater adhuc veritati reluctari pergit, potius commiseratione, quam acriori castigatione dignus videatur *Clariss. P. Placidus Bockhn in Comment. ad b. t. n. 49.* has invicem pugnantes sententias ope distinctionis subtiliter conciliat, quem consule, &c, si placet (placebit autem) sequere.

Facilioris resolutionis altera est quae-²⁶ stio, qua quaeritur, an foemina, quae nullis extantibus masculis Feudum semel adepta est, si proles mascula postea superveniat, per hanc iterum repellatur, & Feudum cedere cogatur, v.g. filia ultimi possessoris non extantibus masculis succedit in Feudo, postea ex sorore defuncti nascitur proles mascula, an haec filiam defuncti iterum excludet? Videtur, quod sic, quasi foemina tantum sub conditione, & in defectum masculorum admissa sit, & res ad eum statum ex postfacto devenerit, in quo foemina Feudi capax non est. Verum huic opinioni deferendum non est, quia, quod semel nostrum factum est, sine facto nostro auferri non potest. *l. 7. C. ad SCum Trebell.* Nique verum est,

est, quod conditionatè tantum jus in hoc casu fœminæ quæsitus fuerit, quia jure Feudali d. Tit. 17. Feud. 2. tantum prohibetur fœmina acquirere Feudum existente masculo, non autem acquisitum eo non existente postea retinere, & casus postea eveniens jus quæsitus evertere non potest, licet impedivisset, si prius evenisset, sicut impedimenta quædam matrimonii illud non dissolvunt, si contracto jam matrimonio supervenerint, licet impedivissent, si præcessissent. Zasius part. 7. n. 53. Hauoldus Tract. 9. cap. 5. n. 790.

§. II.

Quinam Feudum constituere, vel accipere possint?

S U M M A R I A.

27. Circa Feudum constituentes ponitur regula. 28. 29. 30. An infantes, prodigi, furiosi, minores, filiifamilias, muti, & surdi Feudum constituere valeant, per distinctas resolutiones exponitur. 31. Etiam plebeji, & rustici res suas in Feudum dare possunt. 32. 33. Due oppositiones solvuntur. 34. Etiam fœmina Feudum constituere possunt. 35. Imperator de bonis imperii cum consensu Electorum. 36. S. Pontifex, nisi per speciales conventiones impediatur, omnes res Ecclesiae in Feudum dare potest, similiter alii Prælati res ab antiquo in Feudum dari solitas, de novo verò non aliter, nisi accedente justa causa, & adhibitis præscriptis solennitatis, 37. quod nec in bonis à Laico Ecclesiae oblatis procedit. 38. Capitulum Sede vacante Feudum ad Episcopum privativè spectans aliis concedere nequit. 39. Feuda accipere possunt omnes, qui non prohibentur. 40. 41. An Clerici, & Religiosi Feuda acquirere possint, discutitur. 42. Monasterium bonorum capax succedit in Feudo sui Religiosi. 43. Non etiam, si bonorum stabilium sit incapax.

27 **D**E prioribus hæc est regula generalis, quod, quicunque rerum immobilium dominium habent, earumque liberam administrationem, Feudum dare, & constituere possint, & qui alterutro destituuntur, hoc est, vel dominio, vel libera administratione, illi Feudorum constitendorum incapaces habeantur, textus expressus in Tit. 3. Feud. 2. Hunnius Tract. Feud. cap. 7. n. 1. Sed quia nulla regula tam firma est, quin nonnunquam fatiscat, idcirco particulatim inquirendum est, in quibus casibus vis regulæ obtineat, & in quibus deficiat.

Quæres I. An infantes, furiosi, prodigi, pupilli, minores, filiifamilias, surdi, & muti Feudum constituere possint? Resp. I. quoad infantes, furiosos, & prodigos negativè, quia hujusmodi persona vel consensu carent, aut si eum quidem præstare possint, is tamen à jure pro nullo habetur, unde hi infeudare non possunt, cum consentire nequeant. Vultej. cap. 3. n. 4.

Resp. II. Minores 25. annis, accedente quoque curatoris consensu Feudum de novo constituere non posse, nisi accedat decretum Magistratus, ex regula generali, quod aliter ipsis alienatio

- titio (cujus species est infeudatio) concessa non sit. *tt. C. de Prædiis min. Vul- tej. d. cap. n. 6.* Feudi tamen semel legitimè constituti renovatio ipsis con- ceditur *d. Tit. 3. Feud. 2.* & quidem so- lis, si curatorem non habeant. Qui verò sub curatela constituti sunt, haud alio casu, curatore non interveniente, Feudum renovare posse, quām quo uni, vel alteri ex agnatis necessariò, ex vo- luntate nimirum patris renovatio facien- da est, nam filio, tametsi sub curatore sit, prohibitum non est, etiam se solo ab obligationibus patris se liberare arg. *I. 3. C. quando decret. non est opus. l. 7. §. 2. ff. de Pecul.* Clariss. P. Ranbeck c. *Tratt. cap. 2. pag. 45. & seq.* ubi Ho- totomanni, Duarenii, & aliorum dissen- tientium argumentis satisfacit.
- 30 *Resp. III.* Filiumfamilias Majoren- nem in bonis adventitiis *extraordina- riis* feudum etiam se solo constituere posse, quia in his bonis ipsi libera, sal- tem inter vivos, disponendi facultas concessa est. *Nov. 117. cap. 1.* P. Ran- beck *cit. loc.*
- 31 *Resp. IV.* Mutos, & surdos ex na- tura tales, cūm negotia ejusmodi civi- lia intelligere non præsumantur, etiam ad infeudandum inhabiles censeantur. Si ex accidenti tales sint, vel soli, si feudi obligationes satis calleant, aut ac- cedente consensu Curatoris, cum de- creto Magistratus feudum constituere posse. Idem laudatus Author.
- 32 *Quæres II.* An Plebejii, & rustici rem suam *allodalem* in feudum dare possint? Conclusio nostra est affirmati- tiva, ex data jam Regula *tit. 3. feud. 2.* quod, qui liberam rerum suarum ad- ministrationem habent, feudum consti- tuere possint. Nec illa Regula ex d.

tit. 3. (ut videtur Duarenio) *negativè* est concepta, nam particulæ illæ: *non ab alio, nisi orationem faciunt affirmati- tivam*, ac idem significant, ac *omnis*, qui legitimam rerum suarum admini- strationem habet, etiam de novo alte- rum infeudare possit. Cui etiam con- sonat Rubrica illius *tit. 3.* quæ *affirmati- vè* concepta est, scilicet, *per quos fiat in- vestitura, & per quos recipiatur?* Hun- nius *d. tratt. cap. 7.* Ranbeck *cit. cap. 2.* pag. 48.

Duo præcipuè obstat videntur I. 33 quod feudistæ *tit. 1. feud. 1.* propositum fuerit, omnes recensere personas, quæ feuda dare possunt, nullam verò is men- tionem plebejii, sive rustici ibidem fe- cerit; unde augurari licet, rusticos ab hoc jure esse exclusos, maximè, cūm ibidem tantum recenscat personas di- gnitate quadam insignes. II. Cum do- minus in Vasallum per investituram acquirat jurisdictionem *tit. 55. §. fin. feud. 2.* illa autem privatorum pactis dari nequeat. *I. 1. princ. ff. de Offic. ejus, cui mand.* inferendum est, rusticum non posse rem suam aliis in feudum dare.

Sed levi brachio ambæ oppositio- 34 nes sternuntur, respondendo & quidem ad I. quod ibi feudistæ intentio non fuerit recensere personas, quæ in re propria feudum constituere possunt, sed de illis personis feudistam agere, de quibus dubitari poterat, an res, quas non proprio jure possident, aliis in feu- dum dare queant. Agitur enim eo in loco de personis Ecclesiasticis, & Præ- latis non suam, sed Ecclesiæ rem in feu- dum dantibus. Item de Ducibus, Mar- chionibus &c. qui feuda Imperii possi- dentes ea rursus in aliis feudum con- cedunt. Ad II. respondetur, *jurisdi- cito-*

tionem feudalem non tribui privata conventione, sed lege feudaliter deferri domino, & *paribus Curiæ. d. tit. 55. §. ult. feud. 2. & tit. 34. in princ. eod.* Et licet alias de Jure Civili Romano potestas jus dicendi sit *munus publicum*, quod in rusticum transferri videtur indignum, tamen jurisdictione *feudalis* non videtur esse *muneris publici*, sed habet se ad instar *compromissi*, cuius rusticci incapaces non sunt. *t. t. ff. & C. de recept. arbitr.* ita respondet Hunnius *d. cap. 7.* P. Ranbeck *cap. 2. pag. 48.* Clariss. P. Böckhn hic *num. 13.* censet, in tali casu jus cognoscendi pertinere ad judicem ordinarium, qui tamen secundum Regulas feudales causas decidere obligatus sit.

35 Quæres III. An fœminæ feudum constituere possint? Resp. affirmativè. Quanquam id, spectato initio juris *feudalis* fortè non procederet, hodie tamen, postquam jura *feudalia mirum* in modum ampliata, aucta, & extensa fuerunt, ut ex solo *tit. 1. §. 1. feud. 1.* liquet, etiam fœminæ capaces sunt. Nec officit, quod fœminæ, Magistratus gerere, judices esse, ac per consequens jurisdictionem exercere nequeant, *l. 12. ff. de jud. l. ult. C. de arbitr. l. 2. ff. de R. J.* nam hoc duntaxat verum est de Jure Civili, non etiam de Jure *Feudali*, & de consuetudine, quæ, quod fœminas jurisdictionis capaces reddere possit, constat ex *cap. 4. de arbitr.* Plura circa hanc *Quæstionem* congesta, & digesta argumenta reperies apud laudatum Hunnium *diff. cap. 7. pag. 106. & seq.*

36 Fuerunt, qui Imperatori in bonis Imperii feuda constituendi potestatem abjudicarunt, quorum argumenta re-

fert, & refutat Hunnius *d. cap. pag. 123. & seq.* Nos neutquam hanc potestatem Majestati Imperiori dubiam, ac controversam reddere volumus, sed eam duntaxat ita limitamus cum Magnif. P. Schmier *lib. 3. tratt. 3. cap. 2. num. 607.* ut *Regalia*, & *feuda majora* adhibito Electorum consensu conferre posse dicamus, id quod elucet ex Capitulatione novissima Augustissimi CAROLI VI. *Artic. 11.* ipsos tamen Electoratus, ne ipsorum diuturnior vacantia Imperio damno sit, necessariò etiam citra Electorum consensum conferre tenetur. *Aur. Bull. tit. 7. §. 5.*

De S. Pontifice dubium non est, *37* quin cujuscunque Ecclesiæ res, etiam non infeudari solitas, in feudum concedere possit. *Arg. cap. 2. de Præbend. in 6.* Hodie tamen per *Recessus & pacta*, & in specie per *Concordata Germaniæ* ejus potestas nonnihil limitata, & restricta est. De Episcopis, aliisque Prælatis similiter certum est, quod res ab antiquo in feudum dari solitas rursus in feudum concedere possint, per *cap. 2. b. tit. Extrav. Ambitiosæ de reb. Eccles. alienand. inter commun.* Vide nos ad *tit. de reb. Eccles. alien. num. 32. & 2. seqq.* Bona verò Ecclesiæ de novo in feudum dare nequeunt, nisi adhibitis debitibus solennitatibus, quia & hæc species alienationis est. Censetur autem res de novo in feudum data, quæ, antequam Prælatus Ecclesiam obtinuit, in feudum dari non consuevit. *tit. 35. feud. 2.* Hodie post *Decretum Urbani VIII.* editum Anno 1625. Calendis Novemb. quod refert Ascanius Tamburinus *tom. 3. de J. A. disput. 14. Q. 4. num. 6.* Prælatis sub gravissimus pœnis interdictum, ne res Ecclesiæ quascunque

que vel de novo, vel etiam de antiquo dari solitas in feudum concedant, sed hanc Constitutionem in Germania vix receptam existimo, quam etiam quoad consensum Papæ in alienationibus à Prælatis inferioribus requirendum, recessum fecisse, testis est P. Engel ad tit. de reb. Eccles. alien. n. 15. P. Wielstner ibidem. num. 114. & alli.

38 Sed quid, si Laicus bona sua *allodialia* offerat Ecclesiæ, an Prælatus absque consensu Capituli dicta bona donatori laico in feudum dare possit? Affirmandum esse judicat Bœhmerus b. t. §. 23. eo, quod talis infeudatio non videatur esse *alienatio*, sed potius dominii *directi* acquisitio, in qua nulla deliberatione opus, cùm Ecclesia damnum non sentiat. Mihi tamen hæc ratio assensum non persuadet, quia per talem oblationem à laico liberaliter factam dominium non modo *directum*, sed etiam *utile* transivit in Ecclesiam; unde, tametsi per infeudationem Ecclesiæ conditio in tantum redderetur melior, quod dominium *directum* de novo acquisivislet, tamen rursus pateretur quædam diminutionem sui juris, si dominium *utile* (id quod per infeudationem fieri debet) in donantem transferret. Quapropter ratio Bœhmeri haud aliud probat, quæm quod congruat, ut Capitulum in similem alienationem pronis suffragiis consentiat.

39 De Capitulo forte quæris, an Sede vacante feudum ad Episcopi collationem spectans, recens apertum, rursus alteri concedere possit? Hanctonius de *Jur. feud. lib. 1. cap. 6. num. 23.* affirmit, nullam tamen sui asserti reddit rationem. Malo cum Bœhmero hic s. 41. hanc facultatem Capitulo denegare,

quia etiam Capitulum Sede vacante beneficia, quæ ad liberam collationem Episcopi spectant, conferre nequit. Ut ad tit. *Ne Sede vacant. n. 4.* docuimus, ergo tanto minus feuda recens aperta conferre poterit. Nam majus sanè præjudicium Ecclesiæ vacanti ex dilata collatione timendum est, quam ex dilata infeudatione. Nec ratio Struvii dissentientis contrarium evincit, quod talis infeudationem Episcopus necessariò facere debeat, unde, sicut Capitulum Sede vacante in jurisdictione necessaria succedit, ita & in infeudatione. Verum Struvii *suppositum* fallit: nec enim Prælatus necessitatur, aperto feudo bona rursus aliis in feudum dare, sed hoc ipsius arbitrio relinquitur. Hæc ipsa tamen assertio intelligi debet de feudis, quæ ad collationem Episcopi *privativè* spectant; secùs dicendum, si concessio feudi communiter ad Episcopum, & Capitulum spectet. Arg. cap. un. ne *Sed. vacant. in 6.*

Accipere Feuda possunt omnes, qui 40 specialiter non prohibentur, Tit. 3. *Feud. 2.* est enim hoc edictum prohibitorum, cuius ea est indoles, ut omnia censeantur permissa, quæ non specialiter reperiuntur prohibita. arg. l. 1. ff. de *Testib.* Quapropter hodie nulla iexus, conditionis, status, vel ætatis ratione habita legales alioquin personæ ad Feudum admittuntur. Zasius, & cum eo laudat. P. Ranbeck cit. c. 2. *Thef. 2.* ubi consequenter personas enumerat, addita declaratione, quæ, & quomodo in Feudis succedant, ac in specie illam quæstionem ventilat. pag. 57. & seq. An Feudo filios familias concessio, ususfructus patri quæratur? ad quem, uti & ad Fachinæum lib. 7. cap. 77. tem- po-

poris, & foliorum angustia pressus studiosum lectorem remitto.

41 De Clericis, & Religiosis inquirendum est, an, & quomodo Feuda acquirere, vel in eis succedere valeant? Si spectemus jus feudale commune, in propatulo est, eos & acquisitionis, & successionis incapaces esse: etenim tit. 36. *feud. 2.* expressè dicitur, Clericum nullo modo in feudo paterno debere succedere, ita, ut etiam, qui Clericus efficitur, aut Votum Religionis assumit, hoc ipso feudum, quod habuit, amittat. tit. 26. *q. 1. Clericus Feud. 2. § 7. tit. 36. in fin. eod. lib.* quia, ut dicitur tit. 21. *feud. 2. desit esse miles saceruli, qui factus est miles Christi.*

42 Jure tamen Canonico non solum Ecclesie, & Monasteria, sed etiam Clerici, & Religiosi feudorum capaces sunt. *cap. 6. § 7. de foro compet. cap. an. 1. verum de Regul. in 6. Rosenth. de feud. cap. 3. Concl. 3. § 5.* Nec officit, quod libri feudorum sint authentici, & in materia feudali etiam Clericos, & personas Ecclesiasticas ligent. Clarus ex communi *Ques. 3. in fin.* Nam id solum intelligendum est de illis legibus feudalibus, quæ generaliter disponunt, & haec censentur approbatæ ab Ecclesia, quando Canones non expressè contradicunt: non verò illæ, quæ in specie disponunt de personis, & rebus Ecclesiasticis. *cap. 14. de Elect. & idem, quatenus Clericos, & Monachos excludunt à successione in feudis, non habent autoritatem legis, sed prævalent eunc Canones. Felin. in cap. 8. de Probat. num. 44. Vultejus de feud. lib. 1. cap. 4. Fagnanus, & alii.* Imò etiam Jus commune feudale excludens Clericos variè limitatur, & quidem I. si

aliud consuetudine, vel statuto introductum sit, aut ex prima institutione feudum dignitati Ecclesiastice annexum sit juxta tit. 40. *§. fin. feud. 2. & d. cap. 6. § 7. de for. compet.* sic enim hodie passim in Germania non solum Episcopos, Abbates &c. feuda majora & Imperialia dignitatibus annexa possidere notat Fachin. *lib. 7. cap. 34. in fin.* Knipschildt *de fideicommiss. famil. nobil. cap. 8. n. 54.* sed etiam Clericos, præsertim Sæculares ea retinere, imò & in iis succedere refert Vultej. *lib. 1. de feud. cap. 9. §. 1. num. 67.* Ratio autem est, quod haec feuda aut sint franca, & libera ab omni servitio præstanto, aut servitium tale reposcant, quod etiam per substitutum adimpleri potest, aut, siquidem personale sit, illud tamen præstare honestati Clericali non repugnet. Unde, si quæ sint feuda, quæ personale servitium tale requirant, quod statum Clericalem dedecet, ut est in persona militare, Clerici haud dubio à tali feudo sunt exclusi non jure feudali, quod in Clericos nihil potest, sed propter servitium incompatibile cum qualitate Ecclesiastica. Card. de Luca *discurs. 54. de feud. n. 9.* Vincent. Petra *tom. 1. Comment. ad Const. Apost. pag. 442. num. 26.* Quin ipsum jus feudale non aliam rationem exclusionis allegat, nam *cit. tit. 21. feud. 2.* dicit: *sed judicatum est, domini vel agnati conditionem esse potiorem, eo quod desit esse miles saceruli, qui factus est miles Christi, nec beneficium pertinet ad eum, qui non debet gerere officium.* Quapropter erroris arguit Card. de Luca laudatus Petra *cit. loc. num. 67.* quod scripsit *disc. 54. de feud. n. 19.* quod, quotiescumque agitur de feudo, in quo debet præstari *Juramentum fidelitatis*

(B b)

litatis, deficiat capacitas in Clericis, quia continet in se implicitum onus serviendi personaliter in militia: nam constat, Episcopos, & Clericos immo Religiosos jura- menta fidelitatis praestare dominis feudorū cap. 30. de Jurej. cap. un. §. verum de stat. Reg. ix 6. & tametsi in juramento fidelitatis de servitio personali mentio fiat, tamen, cum consuetudine jam generali inductum sit, ut per substitutum illud praestare liceat, Clerici omnino capaces sunt feudorum, quamquam juxta formam cap. 30. de Jurejur. Juramentum fidelitatis praestare debeant.

43; *Sed quid de Monasterio, vel Religione? Resp. si bonorum capax sit, feudumque à servitio liberum, vel quod honeste à Monasterio saltem per substitutum praestari valeat, pariter in feudo sui professi succedere. Panorm. in cap. 3. de Probat. num. 69. Tambur. de Jur. Abbat. tom. 3. disput. 11. Quest. 6. num. 26. & seqq. cum aliis pluribus ibi-*

dem allegatis, qui tamen AA. hanc Conclusionem communiter ita limitant, ut ad tempus dūntaxat virtus ipsius professi feudi utilitas ad Monasterium spectet, & eo mortuo ad agnatos, vel dominum directum redeat: et si enim Monasterium aliis loco filii censeatur, ita, ut, si haeres hereditatem restituere jussus, casu, quo sine liberis decederet, Monasterium ingrediatur, illud in filii locum subintrans nihil restituere teneatur, in feudis tamen aliter observatur, ubi filius tantum naturalis & legitimus succedit, cum Monasterium tantum pro filio civiliter tali habeatur. Hac quidem de Monasteriis bonorum stabilium capacibus. Sin verò Monasterium, aut Religio, quam quis profitetur, bonorum capax non sit, etiam Monasterium in feudo sui professi non succedit, sed illud vel ad dominum, vel ad agnatos revertitur. Azor part. 3. lib. 10. de feud. Quest. 4.

§. III.

Quae res in feudum dari possint?

S U M M A R I A.

44. *Regula proponitur circa res in feudum dari idoneas.* 45. *Excluduntur res in- mobiles.* 46. *Non item que rebus immobilibus coherent.* 47. *Neque etiam res incorporeas.* 48. *Debent tamen haec res in commercio humano existere.* 49. *An decima laicis in feudum dari possint?* *Resolvitur negativè.* 50. *Confu- tudinem contrariam legitimam non agnoscimus.* 51. *Res aliae, que in feudum dari nequeunt, enumerantur.* 52. *Res feudales rursus subinfeudari possunt.* 53. *Pecunia non est objectum feudi.* 54. *Bene verò res aliena, & quo effectu?*

44 **D**E rebus, quae in feudum dari possunt, habemus Regulam tit. 1. in fin. fend. 2. quam feudista his verbis expressit: *Sciendum est autem,*

feudum, sive beneficium non nisi in rebus soli, aut solo coherentibus, aut in iis, que inter immobilia connumerantur (ve- luti cùm de Camera, aut de cavena feu- dum

dum datur) posse consistere. In triplici ergo rerum specie feudum consistere potest. Nimirum I. in re *immobili*. II. In re ab eadem dependente. III. Vel denique in rebus, quæ *immobilibus* æquiparantur.

45 In re igitur *immobili* constitui dicitur *feudum*, ut appareat, res *mobiles* non esse aptum *objectum* *feudi*, quia ejusmodi res, cum usu consumantur, aut atterantur, dominium *utile* taliter in *Vasallum* transire nequit, ut proprietas domino *directo* salva maneat, id quod tamen de *substantia feudi* est. Et sicut *feudista* *tit. 23. feud. 2.* *feudum* non bene in rebus *immobilibus* constitui dixisset, si res *mobiles* æque materia *habilis* fuissent *judicatae*. *Mobilia*, quæ ab AA. afferuntur *argumenta*, figit, & configit *Hunnius d. tract. cap. 9. Q. 1. pag. 157.*

46 Res, quæ *immobilibus* cohaerent, cum *civiliter* loquendo ab illis separari nequeant, rectè una cum illis in *feudum* dari possunt; hinc lacu, fluvio, stagno, piscina in *feudum* datis veniunt etiam pisces ibidem nati, excipe, nisi solius custodiæ causa sint repositi. Huc etiam referuntur fructus, quatenus illi adhuc sunt pendentes, & rebus *immobilibus* cohaerent. Item *Sylva* in *feudum* data etiam arbores cæduæ unâ videntur esse concessæ, ubi tamen *Vasallum* *Stryck*, in *Exam. feud. cap. 8. quest. 17.* *civilitatis memorem* esse jubet, ne cædendo arbores *Sylvam* devaster. Num verò etiam *jus venandi* transeat, dubitaveris? ego paucis respondeo, in nostra *Germania*, ubi *jus venandi* ad *Regal a Principum* relatum est, sola in *feudum* *sylva* concessione *jus venandi* non transire; secùs ubi

hæc consuetudo non viget, sed *jus venandi* aliquod appertinens, & connum cum fundis est. Vid. *P. Ranbeck cap. 2. thes. 4.*

Denique *res incorporales* aptum *feudi* di *objectum* esse possunt, quia rebus *immobilibus* æquiparantur. Huc refer *Imperia*, *Magistratus*, *Jura*, *pensiones pecuniarias* &c. Et hæc res *bifariam* in *feudum* concedi possunt, vel *recisæ*, & quasi *avulsa* à *fundo*, vel *castro*, cui alias inhærent; vel *accessoriæ* cum re *immobili*, ut si *jurisdictio* unacum *territorio* in *feudum* detur. Quomodo *Regalia* *objectum* *feudi* constituent, consule *Illustr. D.D. de Herz in laudat, tract. cap. 5. §. 3. per tot.* & *Clariss. P. Ranbeck cap. 2. thes. 4. pag. 73. & seqq.*

Porrò, ut *res immobiles*, aut eidem *æquipollentes* in *feudum* concedi valeant, debent existere in *commercio* *humano*, & nulla lege alienari specialiter esse prohibita. Unde sequitur, quod res *sacrae*, *Religiosæ*, *spirituales* (nisi *accessoriæ*, & in consequentiâ unacum *castro*, *civitate* &c. veniant *arg. cap. 3. & 6. de f. P.*) in *feudum* dari nequeant, quia ejusmodi res non sunt in *commercio* *hominum*, adeoque alienari nequeunt. *Arg. l. 72. §. fin. & l. seq. ff. de contrah. empt.*

De *Decimis* quæri solet, an in *feudi* *Laicis* dari possint? Distinguunt aliqui inter *decimas*, quæ ante *Concilium Lateranense*, quod Anno 1379. celebratum fuit, *Laicis* concessæ fuerunt, & quæ ex post *infeudari* prohibita sunt. Illas credunt, posse adhuc in *feudum* dari, non verò has. Ego autem cum sæpe laudato *P. Ranbeck cit. cap. 2. thes. 4. pag. 85. & seq.* simpliciter assero, nullas hodie *decimas* *Laicis* in *feudum*

dum dari posse, tum ex ratione generali, quod decimæ quæcunque fundentur in titulo spirituali, adeoque commercio Laicorum sint exemptæ, tum ex Textu speciali in cap. 19. de Decim. ubi Concilium Lateranense, sine ulla distinctione, aut limitatione prohibet, ne Laici cum animarum suarum periculo detinentes, in alios Laicos possint ALIQUO MODO transferre. Ergo omnis translationis modus (infert Panormit. ad cit. cap. num. 3.) Laicis est inhibitus, ita, ut nec vendere, nec permutare, nec infeudare possint, quod corroboratur ex cap. 7. de his, quæ fiunt à Prelat. ubi hoc specialiter constitutum est, ut Laico liceat, alteri loco spirituali, quam ille sit, cui de jure communii alias competere decimæ noscuntur, saltem de consensu Ordinarii jus percipiendi decimas subinfeudare, quia non multum refert, quænam Ecclesia decimas habeat, dummodo Laicis, tanquam inquis detentoribus auferantur, quæratio sine dubio in concessione feudi decimabilis per Laicum Laico factam cessat.

¶ Laymanus, qui contrarium defendit in Theol. Mor. lib. 4. Tract. 6. cap. 6. num. 6. sola nititur consuetudine, & usu aliquorum Principum, ac Laicorum, contrarium practicantium, de qua praxi testantur Clarus §. feud. quest. 13. Decius Consil. 137. & Zasius part. 4. num. 24. & seqq. sed meminisse debuisset, non semper, quæ fiunt, recte fieri, unde Proculus ait in l. 12. ff. de Offic. Presid. non spectandum, quid factum est, sed quid fieri debeat. Nam in cit. cap. 19. de Decim. expressè legitur, quod Laici illas decimas, quas ante Concilium Lateranense acceperunt

in feudum, cùm animarum suarum periculo (ut plurimùm saltem) detinere, hoc est, ut explicat Panormitanus ibidem: *Non cum aperto peccato, sed periculum videtur imminere, quia timendum est, ne DEUS provocetur, cùm ex necessitate illa concessio fuerit eis facta.* Non enim aliter S. Pontifex potest, aut vult decimas remanere penes Laicos, nisi ex causa rationabili etiamnum subsistente, imò probabile est, quod Concilium Lateranense illas decimas antea à Laicis possessas non ultrò possideri indulsisset, si sine scandalo, aut perturbatione Principum, ac populi eas ad Ecclesias, quarum antea fuerant, revocare potuisset. Unde optandum foret (scribit P. Engl ad Tit. de Decim. num. 25.) ut quidam Laici saltem opulentiores ad eligendam viam tutiorem, & exonerandam suam, suorumque majorum conscientiam induci possent, ut decimas, aliisque jura Ecclesiis Parochialibus restituerent, experientia quippe constat, quod ea tempestate, qua Hæreses in Germania invaluerunt, ac Ecclesiæ jura, & bona susque déque verterunt, etiam Patroni, & Advocati Ecclesiarum jura, & redditus in suam utilitatem liberè converterint. Quanquam nolimus insinuari, in illis quoque turbidis temporibus pios, & Ecclesiæ fideles extitisse Laicos, quibus ob insignia in Ecclesiam merita, vel etiam ob ipsius Ecclesiae utilitatem, vel per privilegia, vel per contractum feudalem decimæ fuerint concessæ. An autem decimæ Laicales censeantur aate Concilium Lateranense concessæ, quoties de initio talis factæ concessionis non constat, & quid juris in illas Laicis competat, prolixius examinat P. Engl cii.

cit. Tit. num. 26. § seq. P. Ranbeck
de cap. pag. 89.

51 Dicatum est superius, quod res alienari prohibitæ non sint aptum objectum feudi per textum tit. 3. §. 1. feud. 2, unde non tantum prohibentur in feudum dari res Ecclesiæ sine justa causa, & debita solennitate, ut ad tit. de bis, quæ sunt à Prælat. § de rebus Ecclesiæ alienand. probatum dedimus, sed etiam huc referuntur res litigiosæ l. 2. § ult. C. de Litigios. fundus dotalis l. 1. § tt. ff. de Fund. dotal. bona filii adventitia l. 1. C. de Bon. matern. res fideicommissariæ restitutioni obnoxia l. ult. §. sed quia C. commun. de Legat. res minorum citra decretum Magistratus l. 22. C. de Admin. tut. res communes, cùm divisio postulata est. l. 1. C. de Comm. div. Denique res omnes, quæ sive à lege, sive à testatore, sive pactione contrahentium alienari prohibentur l. ult. C. de Reb. alienand. Gonzalez ad cap. 2. b. t. n. 9.

52 Quæ tamen regula de rebus alienari prohibitis non impedit, quominus res in feudum concessa rursus alteri ab ipso vasallo in feudum concedi, seu, ut loquimur, subinfeudari possit, tametsi enim feudi constitutio sit species alienationis, ea verò constitutionibus Lotharii, & Friderici manifeste prohibetur tit. 25. § 55. feud. 2. tamen ad correctionem jurum evitandam, dicendum est, dictos Imperatores ad subinfeudationem factam prohibitionem extende, re noluisse, & hoc colligimus ex tit. 26. § 34. feud. 2. ubi exprefse subinfeudatio permittitur, quod etiam confirmat perpetua consuetudo infeudandi, quæ hodieum adhuc viget. Ne verò primo domino directo, sive seniori subinfeudatio noxia, & damnoſa existat, his

sub cautelis, & conditionibus fiat necesse est, ut I. sine fraude fiat, II. ut subinvestitus ejusdem sit conditionis, & qualitatis cum primo vasallo, hoc est, ut is æque idoneus, ac sufficiens sit ad servitia feudalia præstanta, & denique III. ut sub iisdem pactionibus, & conditionibus fiat, sub quibus primo vasallo feudum concessum fuerat. Vid. Hunnum d. cap. 9. pag. 186.

An in pecunia ex vendito fundo feudali redacta feudum propriè tale constitui possit, quæri scimus? Nos negativam cum communiori tuemur, ex ratione, quod pecunia consistat in abusu, unde in mutuo necessum est, ut dominium transferatur, quamvis mutuarius solum usum pecunia intendat, quia nemo pecunis uti potest, nisi ipsam substantiam consumendo, id verò repugnare naturæ feudi, jam superius dictum est. Nec officit, quod surrogatum sapiat naturam ejus, in cuius locum surrogatur. l. 10. §. 2. ff. si quis caution. sifli l. 28. §. 1. ff. de Jurejur. consequenter etiam pecunia ex fundo feudali redacta naturam feudi. Nam hoc axioma duntaxat procedit, ubi surrogatum ejusdem est naturæ, & indolis, cuius est res, cui surrogatum est, quæ intenditas non reperitur in pecunia, ex fundo feudali redacta, & ipso feudo, ut satis ex dictis constat, & præterea fallit in rebus singularibus, hinc premium ex re furtiva comparatum furtivum non est. l. 48. §. ult. ff. de Furt. Nec etiam obstat textus in tit. 25. feud. 2. ubi fundo feudali evicto jubetur dominus vasallo ejusdem æstimationis feudum restituere, vel nummos in feudum dandos numerare. Verum hoc ita intelligendum est, ut nummi numerentur,

tur, non ut in illis feudum constituantur (hoc enim repugnat naturæ feudi, ut in re fungibili, & quæ ipso usu consumitur, constituantur) sed ut vasallus sibi aliud venderet feendum. Schrader *Tract. feud. part. 3. cap. 1. num. 8.* Huncius *d. cap. 9. pag. 161.*

54 Res aliena, quod in feendum dari possit, dubitare non sinit *Textus in tit. 8. § 25. feud. 2.* sed quomodo? at-

tendere oportet, an vasallus sciens rei alienæ investituram acceperit, num ignorans? Priori casu, nisi speciali pacto sibi prospicerit vasallus, dominus putativus de *evictione* ei non tenetur, posteriore verò aut aliud ejusdem aëlationis feendum præstare, aut numeros, quibus aliud comparet, solvere tenetur. Clariss. P. Benedictus Schmier *b. t. num. 20.*

§. IV.

Quibus modis Feendum constituantur, & acquiratur.

S U M M A R I A.

55. Tribus modis feendum constituitur. 56. Quid sit investitura? 57. An per investituram abusivam dominium utile unicum possessione transferatur, acriter disputatur. 58. Nostra sententia est, quod jus in re quidem transferatur, non etiam possessio. 59. Ratio ejus redditur. 60. Investitura vel est simplex, vel simultanea, & hæc iterum vel pura, vel conditionata, quæ etiam expectativa vocatur. 61. Investitura conditionalis, sive expectativa etiam in feudis Ecclesiasticis locum habet. 62. Quid præscriptio in feudis possit? 63. Fundamenta parificantis feendum cum allodium referuntur. 64. Nostra sententia cum communi DD. facit. 65. Præscriptio in feudis Ecclesiasticis 30. annis non absolvitur. 66. 67. 68. Quomodo successione feendum acquiratur, notatu digniora compendio referuntur.

55 **T**ribus præcipue modis feendum constitui posse dicimus. I. *Investitura.* II. *Præscriptione*, quæ etiam teste Rosenth. *d. Tract. cap. 6. conclus. 1.* *investitura præsumpta* dicitur. III. *Successione*, ubi mox notandum occurrit, quod *constitutio*, & *acquisitio* feudi promiscuè ab ipsis feudorum compilatoribus usurpetur, ut patet *ex tit. 25. feud. 1.* Re ipsa tamen diversa hi termini connotant: ita *constitutio* feendum dicitur per ipsam conventionem, sive contractum feudalem, *acquiri* verò ipsa actuali traditione, vel possessione. P. Ranbeck *cap. 3. princ. d. Tract. vel, si*

mavis dicere cum *Contio Method. d. feud. quib. mod. feud acquir.* quod feendum dicatur *constitutio* per *investituram*, *acquiri* verò per *successionem*.

Est verò *investitura* in genere spectata 56 actus, quo dominus *vasallo*, vel ejus procuratori fidelitatem promittenti vel per se, vel per alium possessionem feudi concedit. Et hæc, si vasallus actualiter in possessionem rei feudalnis inducatur, *investitura propria* vocatur: sin verò solis verbis fiat, cum actu tamen corporeo, ut loquitur *Zasius part. 6. num. 6.* hoc est, porrectione alicujus *symboli*, ipsam collationem feudi designantis, *investi-* tu-

tura *abusiva* audit, ut si dominus dicat in præsentia parium curiæ, vel aliorum testium: *Investio te isto anulo, vel ense, vel hasta, vel vexillo.* Convenientia utriusque investituræ in eo est, quod feudum tam per investituram *propriam*, quam *abusivam* constituatur, discrepantia verò, quod *possessio* duntaxat per investituram *propriam*, non etiam *abusivam* transferatur. P. Ranbeck cap. 3. *Thes. 1. pag. 94.*

57 Verum hoc ipsum in lite est. Sunt enim, qui per investituram *abusivam*, & dominium *utile*, & *possessionem* transferri existimunt. Iter de Feud. imperii cap. 9. §. 8. Carpzov. *disput. feud.* 6. §. 4. Schilter C. 5. *Just. Jur. feud.* §. 3. Magnif. P. Schmier lib. 3. *Tract. 3. c. 2. num. 541.* Ex opposito alii utrumque effectum investituræ *abusivæ* denegant, ut Vultejus lib. 1. cap. 7. n. 11. Schrader part. 5. cap. 2. num. 15. Clariss. D. D. de Herz cit. *Tract. cap. 6. §. 1. n. 2.* Alii medium viam ingrediuntur, tribuentes effectum *possessionis* investituræ *abusivæ*, si symbolum vasallo porrigitur in re præsente, aut non procul ab ea. arg. l. 74. ff. de *Contrah. empt.* l. 79. ff. de *Solut.* l. 1. §. penult. ff. de *A. vel A.P.* Clariss. P. Böckhn ad h. t. num. 30. qui insuper admittit, quod tametsi per symbolicam ejusmodi traditionem non transferatur *actualis* *possessio* rei *absentis*, concedatur tamen facultas, auctoritate propria *possessionem* capiendi: & sic quodammodo *virtualiter* *possessio* alteri cedatur. arg. tit. 33. *princ. feud.* 2. quæ explicatio non displicet laudato D.D. de Herz cit. num. 2.

58 Ego sic existimo, quod per investituram *abusivam* transferatur in vasallum *jus in re*, sive dominium *utile*, *posses-*

sio verò per *investituram propriam*. Afsertum hoc ex Bœhmero ad tit. de *Investit.* §. 3. & 4. sic illustrò: Antiquis Germanis id in more positum erat, ut, cum jus aliquod in alterum transferre vellent, signa quædam, & *symbola* adhicerent, ex qua symbolica translacione duo potissimum nascabantur emolumenta. I. Ne, quod perfidis, & ad fraudem faciendam (sunt verba Bœhmeri) natis admodum solenne est, amplius allegari posset, actum nondum fuisse perfectum, sed in finibus simplicium *traditum* substitisse. II. Ne contractu perfecto ad alium amplius aliquid juris in re, alteri promissa, transferri possit. Planum enim est, quod debitor ante traditionem jus in re promissa adhuc retineat, adeoque facile induci possit, ut contra datam fidem, alteri pinquiorem conditionem offerenti rem tradat, & jus suum resignet. Multa enim potuere occurrere obstatuia, quominus statim *possessio actualis* juris, vel rei in alterum transferri posset, ideo gentibus consultius visum fuit, interim *symbolicam* traditionem promissioni addere, & hac ipsa liquidissime declarare, se jus suum, quod in promissionem erat deductum, in alterum transfudisse, & similem traditionem per *symbola* factam, vocabant Franci, Alemanni, & Saxones *investituram*. Unde concludit Bœhmerus, per investituram *symbolicam* tantum *jus in re*, per *realem* vero, sive *propriam* *actualem* demum *possessionem* fuisse translatam, idque hodie obtinere quoad utrumque membrum ex jure feudali nullo negotio demonstrari potest. Et quidem, quod per investituram *abusivam*, *jus in re*, sive dominium *utile* transferatur,

osten-

estenditur ex tit. 8. §. rei autem feud. 2. ubi vasallo recte investito (qualis etiam ille censetur, qui per symbolum investitus est. tit. 33. princ. feud. 2.) rei vindicatio conceditur, quod argumento est, utile dominium, adeoque jus in re in vasallum esse translatum. Quod vero actualem possessionem investitura abusiva non tribuat, patet ex tit. 7. in fin. feud. 2. ubi dicitur, quod investitura etiam facta (non utique propria, & reali, nam, quod per hanc possessio transferatur, nemo dubitat) cogatur dominus investitum (investitura abusiva) in vacuam possessionem mittere. Similis tenoris est Textus in tit. 26. §. si facta feud. 2.

59 Quare autem medianam sententiam, quæ effectum possessionis tribuit investitura abusiva, quando res in praesentia posita per symbolum tradita est, recipi non posse, censeamus, rationem istam reddimus, quia Textus ibidem allegati tantum loquuntur de rebus mobilibus, quarum possessio, si in praesentia fuerint, per Symbolum recte transferuntur, ut optimè explicat Menoch. de Retin. poss. remed. 3. n. 577. unde partis ad translationem possessionis in feudo fieri non potest, utpote, quod in rebus duntaxat immobilibus, aut æquivalentibus constitui potest, ut ex dictis constat.

60 De investitura id porrò notandum est, quod alia sit *simplex*, alia *simultanea*. Per illam unus tantum in re quam investitur, per hanc etiam plures. Et hæc est vel *pura*, vel *conditionata*. Pura sit pluribus modis I. ut ab initio plures simul investiti feudo tanquam re communi fruantur 2. feud. 12. §. 18. 1. feud. 1. §. 2. 1. feud. 14. §. fin. ubi

tamen alter alteri non succedit, nisi id expressè constitutum sit. II. Si, qui primus feudum tenuit, alterum de eodem investiri, & in possessionem mitti patiatur. III. Ut si duo simul investiantur, ea lege, ut altero mortuo succedat alter 1. feud. 1. §. 2. IV. Si duo insimul in feudo sub hoc pacto investiti fuerint, ut uterque, vel alterutus illud possideat, unus tamen fructus solus percipiat, cui, si præmortuus fuerit, alter succedat. Conditionata investitura, quæ etiam *expectativa* vocatur, differt in eo à *pura*, quod illa invito quoque possessore fundi concedi possit, cum enim per talen *expectativam* nuda spes ad feudum, si nempe mortuo vasallo ad dominum reversum fuerit, tribuatur, præsentis vasalli juribus nihil præjudicat. Unde communiter investitura *conditionata*, sive *expectativa* describitur, quod sit jus succendi in feudum à domino sub conditione, si ad ipsum redierit, etiam citra consensum vasalli possidentis alicui promissum. Vocatur germanicè ein *Anwartschaft*, ein *Geding-Lehen*, *Lehens-Expectanz*. Clariss. D. D. de Herz cit Tract. cap. 6. §. 3. n. 9. ubi pluribus de *expectativa* agit.

In nostro foro Canonico etiam usum 61 esse *expectativa*, sive *investitura conditionalis* in feudis Ecclesiasticis, nullus dubito, non obstante, quod similes *expectativa* in beneficiis sint reprobata, per cap. 2. de Concess. præbend. §. cap. 2. eod. in 6. de quibus à nobis ad tit. de Concess. præbend. §. 3. aëlum est. Ratio est, quod illa turpitudo, ob quam *expectativa* in beneficiis reprobantur, non æque *expectativas* in feudis Ecclesiasticis dehonestet, cum similes expe- 62

stativæ nullum jus expectativario tribuant, & ideo successor in Prælatura, expectativam alteri ab antecessore concessam, si ex post feudum aperiatur, adimplere tenetur, ut perspicuè declarat feudista *i. feud. 3. & 2. feud. 26. §. 2.* Exceptiones dabit Boehmerus ad *b. tit. §. 46. & pluribus seqq.*

62. Alter modus acquirendi feudi est *Præscriptio*, que idem jus tribuit Vasallo, quod ipsa investitura propria, sive *realis*, qua de causa etiam communiter vocatur investitura *præsumpta*. Quodsi igitur aliquis rem alterius *allodialem bona fide possederit*, ac se pro Vasallo gesserit, *exhibendo servitia 2. feud. 26. §. 4.* tametsi ea non *præstiterit*, fortè quod dominus ea non exegerit, modo paratus fuerit ea *præstare*, *præscriptio*ne *feudum acquisivit*. Sed quantum temporis spatum requiritur, ut *præscriptio* completa dicatur? *Communis feudistarum sententia est*, tempus *tricennale supremum esse absolvendæ præscriptionis terminum*, nec minorem à jure feudali agnoscit per Textum expressum in *cit. tit. 26. §. 4. feud. 2.*

63. Ab hac vulgatissima sententia *cessum novissimè fecit Clariss. P. Böckhn ad b. t. n. 38.* ubi docet, quod eodem tempore per *præscriptionem* acquirantur *feuda*, quo *allodia*. Et quidem, si *præter* *reliqua præscriptionis requisita* *interveniat titulus ad transferendum dominium* *habilis*, *sufficiet tempus longum*, hoc est 10. aut 20. Annorum. De *allodialibus* res indubia est. De *feudalibus* probatur luculenter ex *tit. 87. feud. 2.* ibi: *Si quis ergo feudum ab aliquo JUSTA TRADITIONE acceperit, licet dominus non sit, cum verus dominus in TRADITIONE paretur, LONGI*

*TEMPORIS PRÆSCRIPTIONE Jus sibi acquirit. Sin verò titulus *habilis* deficiat, tempus 30. Annorum desideratur, quod de rebus *allodialibus* rursum liquidum est. De *feudalibus* sic probat: in *tit. 26. §. 4. feud. 2.* (qui solus Textus communiter ab AA. pro tricennali *præscriptione* in *feudis* allegatur) ideo 30. *Anni* exiguntur, quia *Vasallus non est investitus*, & consequenter deficit *titulus*, cùm alias supposito *titulo* communiter etiam fieri soleat *investitura*: ergo *jus feudale* hoc in *passu à jure communis* nec quidquam recedit, quod etiam in *allodialibus*, deficiente *titulo*, *tricennaria minorem præscriptionem* non agnoscit. Ergo quod in *cit. tit. 26.* de tempore in *præscriptione* *feudi* sine *titulo* dispositum est, non est extendendum ad casum, quo *feudum præscribens* *justo titulo* *munitus* est. Et consequenter, cùm in *jure feudalē* alia specialis ordinatio non reperiatur, obtinebit *juris communis* dispositio.*

Sed pace hujus viri Clarissimi, cu-
64
jus doctrinam solidam, & fundatam
unde quaque suspicio, & revereor, ut à
communi recedam, à me impetrare non
possum. Detineor sequentibus moti-
vis, tum, quod allegatus Textus *ex tit. 87. feud. 2.* non sit unus ex *Capitu-
lis Ordinariis*, adeoque *Juris authorita-
tem* non habeat, tum, quod ibidem in-*ter feudum*, & *contractus* & quæ inde-*nascuntur*, *actiones* in ordine ad *præ-
scriptionem* fiat *æquiparatio*; notum
verò est, quod *actionibus* ex *contracti-
bus* *descendentibus* non minori tem-*pore*, quam 30. Annorum *præscriba-
tur*. *t.t. C. de Præscript. 30. vel 40. ans.*
tum quod in *d. tit. præscriptione jus ac-
quiri* dicatur; *jura* verè non nisi 30. vel
(C c) 40.

40. annis præscribuntur l. 3. § 4. C. de *Præscript.* 30. vel 40. ann. unde hic Textus aut nimium, aut nihil probare videtur. Ita fermè Hunnius *cap. 11.* pag. 312. Ad alterum Textum, videlicet *tit. 26. § 4. feud. 2.* quod loquatur de casu, quo abest *titulus*, respondeamus, nos de contrario ex hoc capite esse persuasos, quod tanto tempore continuata patientia domini, permittentis alterum re feudalium uti, non possit non fortissimam præsumptionem tituli, & quidem *lucrativi*, videlicet *donationis* in specie inducere. De natura quippe feudi est, ut Vasallus *amore & bonore domini* feudum querat, ut dicitur *tit. 27. feud. 1.* dominus verò fidelitatem & obsequia Vasalli liberalitate, & beneficio compenset. Unde non qualiscunque titulus præsumptus in *feudis præscriptionem* tricennariam comitatur (ut in *allodialibus* fieri amat) sed specialis, scilicet, *donationis*, qui quanti roboris sit, ex *l. penult. C. de Præscript. long. temp.* elucet, ubi dicitur, quod possessio donatoris, si res aliena alteri bona fide donetur, donatario ad *præscriptionem* celerius complemandam proficiat.

65 An verò eadem temporis meta præscribendo feudo Ecclesiastico præfinita sit? in anticipi hæret. Probabilius censemus, Ecclesiam suo privilegio, quod habet de jure communi, ex auth. *quas actiones C. de SS. Eccles. Nov. 131. cap. 6. & 8. de Præscript.* etiam in *feudalibus* gaudere, quia Textus in *tit. 26. feud. 2.* generalis est, & consequenter non derogat huic privilegio speciali, nec præsumendum est, quod jus feudale conditionem Ecclesiæ ad eum deprime re voluerit, ut eandem cuicunque pri-

vato parificaret. Magnific. P. Schmier lib. 3. tratt. 2. cap. 3. num. 69. & Clar. P. Benedictus Schmier ad *b. t. num. 14.* & plurimi alii.

Tertius modus acquirendi feudum 66 est *successio*, de qua pauca duntaxat, eaque speciali nota digna referimus. Et I. quidem, discrimen à successione in *allodialibus*, quæ locum habet tam ex *testamento*, quam ab *intestato*; in *feudis verè* (excepto feudo hæreditario propriè tali) tantum ab *intestato* succeditur; quare, licet defunctus fratre præterito extraneum v. g. hæredem, suum instituisset, in feudo tamen nihilominus frater succederet ob jus à primo acquirente sibi quæsumit; imò, et si ab *intestato* tam in hæreditate fratris, quam in feudo succederet, ob contractum verò æs alienum defuncti hæreditatem adire recusaret, posset, ea repudiata, in solo feudo succedere, nec teneretur ex eo creditoribus defuncti *tit. 45. feud. 2.* quod non procedit in filio, qui vel utrumque retinere, vel utrumque repudiare debet. *d. tit. 45.* ut deducit *Tuscas Lit. F. Conclus. 158. num. 10.* II. In *feudis* quoque proximiior excludit remotiorem, proximitate cum respectu ad ultimum possessorum, non verò ad primum acquirentem considerata. Sic filii, & nepotes ultimi possessoris alios excludunt, & frater defuncti ejusdem patrum, licet hic primo acquirenti proximiior esset. *tit. 11. feud. 2.* III. In linea descendenti habet locum jus repræsentandi, ut nepos cum filio, fratris filius cum fratre vocetur. *d. tit. 11.* ad ascendentem verò regulariter feudi successio non transit. *tit. 50. feud. 2.* Et quia feuda hæc per solum patrem regulariter de fe-

feruntur, mater verò ad illa impertinens est, ideo in *feudalibus* fratres *sanguinei* non excluduntur à *Germanis*, ut in *allodialibus* sit. Sic etiam differentia inter *agnatos*, & *cognatos*, quæ à *Justiniano* in *Nov. 118. cap. 1. § 4.* sublata fuit, in *feudalibus* adhuc hodie obtinet, ita, ut, nisi *feudum fæmineum* sit, vel ex speciali pacto *fœminæ* admittantur, eadem semper exclusæ maneant, ut jam supra *instituatum* fuit.

¶ Porrò, cùm alia beneficia sint *individua*, uti *feuda Regalia*, *Ducatus*, *Marchionatus* &c. *tit. 55. feud. 2.* alia *dividua*, qualia, saltē de *consuetudine*, sola *Regali* dignitate excepta, reliqua omnia censentur, etiam ratione *jurisdictionis*, & *administrationis* teste *Gail lib. 2. observ. 153.* ideo in illis potissimum ad tenorem *investituræ*, & *consuetudinem* *Provinciæ* attendendum erit, qua communiter primogenitus omnibus suis fratribus *præferri* solet, prout etiam in aliis familiarum *conservationi* utilius, & magis è re *Imperii* fore, notat *Gail d. loc. num. 2. § seqq.* si ejusmodi *feuda* *indivisa* manerent, & *jus primogeniturae* locum obtineret, ac reliquis *consortibus* ex *feudalium*, aut *propriorum bonorum* *proventibus* *prospiceretur*, ne *juxta illud Evangelicum* regna in se *divisa* desolentur & *principales familiae* ita demum labefiant, ut prater inane dignitatis nomen, & titulum vix aliud supersit.

In *dividuis* verò non secūs, ac in *al-68 lodialibus* *juxta dicta* succeditur; quoties enim circa *feuda* nihil speciale in *jure feudalī* constitutum est, ad *jus commune* *recurrunt* *tit. 1. feud. 2.* Unde, si *ultimo Vasallus* *filium* v.g. *relinqueret*, & ex *alio filio* *prædefuncto* tres *nepotes*, *mediam partem* *feudi* *filius*, *alteram* *medietatem* tres *nepotes* *loco* *patri* *sui* *acciperent* *inter se* *dividendum*. Quòd si igitur plures *filii*, vel *agnati* *ejusdem* *gradus* *ad successionem* *concurrant*, vel *omnes* *investituram* *pe-tent*, *juramentum*, ac *servitia* *præsta-bunt*, vel (quod in *Germania* *commu-nissimum* est) *unum* *ex ipsis* *quasi Curatorem* *eligent*, qui nomine *omnium* *feudum* *recipient*, & *juramentum* *præstet*. *tit. 26. §. omnes filii* *feud. 2.* vel *di- visionem* aut *transactionem* *inter se* *insti-tuent*, ut *unus* *feudum* *solus* *retineat*, cæteris *allodialia* *integra* *relinquat*, & *excessum* *pecunia* *compenset*; si in verò vice *versa* *dominus* *moreretur* *relicis pluribus* *hæredibus*, in *Germania* teste *Zasio part. 7. num. 11.* *receptum* est, ut *uni* *vice* *omnium* *juretur*, *quoad* *servi-tia* *vero*, cùm *ad plura* *non teneantur* *mortuo*, quām vivo domino, *singulis etiam servire*, aut in *bello* *assistere* *non tenebuntur*, sed vel *uni* *tantum*, si ita *hæredes* *convenerint*, vel *nulli*. *Arg. l. 34. ff. de Usufruct.* Videatur *Zasius d. l. & Vultejus de Feud. lib. 1. cap. 8. num. 36.*

§. V.

De *juribus*, & *obligationibus* *Vasalli*.

S U M M A R I A.

69. *Feudum*, utut *beneficium* *dicatur*, non est sine *onere* *beneficiarii*. 70. *Feudi commoda* & *jura* *recensentur*. 71. *Obligationes*, quæ *Vasallo* *incumbunt*, enu-
C c a me-

merantur. 72. Dominus directus feudum sine consensu Vasalli alienando non excidit suo dominio, bene vero Vasallus. 73. Ex feudo, ut est species juris in re, nascitur rei vindicatio, quatenus vero est Contractus, actio personalis ex Contractu.

69 **D**iximus ab initio, feudum esse beneficium, non tamen sine servitiorum, aliarumque præstatiōnum onere, quæ Vasallum gravant; unde imprimis inquirere præstat, quæ jura Vasallo in re feudali competant, & quæ ipsum obligationes consequantur, quibus explicitis insimul constabit, de mutua obligatione, qua dominus feudi Senior Vasallo devinctus manet. Potest autem feudum spectari vel ut est species juris in re, vel ut dicit Contractum, & importat obligationem personalem sive *jus ad rem*.

70 Utrōque modo consideratum sequentes prærogativas, & jura favorabilia Vasallo adjicit. I. Dominum *utile* in re feudali *tit. 8. f. rei autem feud. 2.* explosa Hotomanni, aliorumque sententia, qui feudum *usumfructum* esse dicunt, persuasi Textu in *tit. 23. in fin. feud. 2.* ubi hoc *jus*, quod in Vasallum transfertur, *ususfructus* indigitatur, verum *boc cap. ex priori Textu cit. explicationem* recipit, quod scilicet intelligatur *ususfructus* non formaliter talis, sed causaliter, quatenus is in dominio utili continetur. Vi hujus *utilis dominii* competunt ei *omnia remedia juris*, quibus illud conservare, & tueri possit, adeoque in *petitorio utilis rei vindicatio*, in *possestorio interdicta*, quod eateius cum *Zasio part. 8. num. 37. ampliamus*, ut & agendo, & defendendo *jus suum domino præjudicare valeat*, & consequenter in *cau*, quo Vasallus in *lite succubuerit*, alterum, nempe vi-

ctorem, Vasalli victi loco Dominus recipere teneatur. Quia defensio feudi æque principaliter ad Vasallum, atque ad dominum directum spectat. II. Habet Vasallus, ratione *evictionis* sibi obstrictum dominum, ut eidem in lite assistat, supposito tamen, quod eidem litem denuntiaverit. *Vid. tit. 8. princ. feud. 2.* III. Dominus Senior ea lege tenetur, ut invito Vasallo feudum in alium transferre nequeat, & ratio est, quod, si id domino integrum foret, Vasalli conditio notabiliter deterior redderetur, quippe qui alterum dominum directum etiam invitus agnoscere, ei fidelitatem jurare, servitia præstare, & similia facere teneretur, ad quæ tamen cogi non potest. *tit. 34. f. 1. feud. 2.* IV. Etiam transigere potest, modo non in fraudem domini, & sine prævia denuntiacione fiat. *tit. 26. f. si Vasallus feud. 2. tit. 43. eod.* quin, quod *compromittere* quoque possit in arbitrios, probabilius judico cum sæpe laudato Clar. P. Ranbeck *cap. 3. thes. 5.* & Hunnio *cap. 12. pag. 345.* propter Textus perspicuos in *tit. 34. Vid. si autem 8c. feud. 2. tit. 46. eod.* In neutro tamen casu dominus prohibetur *jus suum ex propria persona vindicare*. V. Omnes fructus, etiam pendentes, suos facit, eosque ad quoscumque hæredes transmittit, excipe, nisi dominus quosdam in specie sibi retinuit (id quod feendum in *curte constitutum* dicitur) *tit. 4. f. si quis de manso feud. 1.* Qualiter autem circa fructus pendentes computus ini-

iniri debeat, ut constet, qui fructus ad hæredes defuncti Vasalli transeant, dis-
scutit P. Ranbeck *loc. cit.* VI. Investi-
tura facta, & fidelitate præstata, domi-
num obligatum habet, ut eum in pos-
sessionem mittat, & si in eo morosum
se exhibeat, Vasallo ad omnem utilita-
tem præstandam teneatur, nec præstan-
do interesse liberetur, quia est obligatio
dandi. *tit. 7. in fin. feud. 2.* VII. Po-
test feudum rursus subinfeudare, modo
sub iisdem conditionibus, quibus ipse
tenet, concipiatur, & Sub-Vasallus ad
onera, & servitia domino exhibenda
potens sit, de quo nos supra jam *n. 52.*
VIII. Fas quoque ei est feudum invito
quoque domino refutare per Textum
expressum in *tit. 38. in fin. feud. 2.* & si
illud *novam* fuerit, nequidem cum con-
fensu agnatorum; secùs, si *antiquum*,
illum omittere nequit. Ratio prioris,
quod in illo nec spem succedendi ha-
beant agnati *tit. 11. feud. 2.* Ratio se-
undi, quod in feudo paterno agnatis
jus jam sit quæsumum, quod ipsis per Va-
sallum nullatenus minui potest. *tit. 39.*
princ. feud. 2. IX. Servitutem *realem*
fundo feudali imponere potest, quæ ta-
men cum ipso imponente rursus expi-
rat, & ad dominum revertitur. *tit. 8.*
§. rei autem feud. 2. servitutem *verò per-*
sonalem, sicuti periculum fore, ne ad
servitia domino præstanda impotens
reddatur, eum imponere posse rectè ne-
gat Wesembec. *Comment. feud. cap. 11.*
num. 5. § 19. Rüdinger *lib. 1. cap. 46.*
Var. lect. feud.

71 Verum, sicut Vasallus recensitis
fruitur commodis, ita æquum est, ut
quibusdam obligationibus oneretur,
juxta illud naturalis æquitatis princi-
pium: qui fecit comodum, sentiat

& onus *cap. 55. de R. J. in 6.* Quæ
propter domino obstrictus est. I. Ut
in recognitionem ejusdem domini
fidelitatem, & servitia præstet. *tit. 5.*
feud. 1. tit. 3. 6. 7. feud. 2. II. Ut re-
novationem *investituræ* petat, quoties-
cunque persona domini, vel Vasalli mu-
tatur, & hoc intra annum, & diem
tit. 3. 24. § 40. feud. 2. III. Ut feu-
dum sine consensu domini non alienet;
est enim ipsi omnis alienatio generali-
ter prohibita *tit. 52. § 55. feud. 2.* &
quidem sub pœna *caducitatis*, *cit. tt.*
unde nec vendere, nec donare, nec pi-
gnoris nexus feudum obligare potest.
Excipitur *feudum fæmineum*, quod ad
fæminam devolutum rectè marito in
dotem datur. *tit. 13. feud. 2.* Interim
& hoc commodo Vasalli cedit, quod
dominus eo irrequisito feudum simi-
liter alienare nequeat. *tit. 34. §. 1.*
tit. 55. §. 1. V. præterea feud. 2. Num *72*
verò dominus alienans suo *directo* do-
minio privandus sit, veluti Vasallus suo
dominio *utili*, si ad alienationem pro-
pria sponte deproperaverit, in ambiguo
est. Negativa tamen probabilior vi-
detur, tum, quod inter Vasallum & do-
minum in hoc casu parificatio institui
haud possit, quia ingratitudinis &
irreverentiae labè se inquiaat Vasallus,
feudum sua unius autoritate alienan-
do, quæ macula in dominum non ca-
dit, tum quod AA. dominum suo do-
minio privari volentes sine lege senten-
tiam condemnatoriam ferant, neque
enim de hac privationis pœna in jure
feudali quidquam cautum est. Vid. P.
Raabe *loc. cit. thes. 5.*

Denique ex feudo etiam nascuntur *73*
actiones, & quidem, si consideretur ut
species juris in re, producit *rei vindica-*
CC 3 *tio*

tionem, ex parte domini directi directam, ex parte Vasalli utilem, quæ eo casu potentior est directam, quo dominus directus in rei vindicatione cum Vasallo concurrit, huic enim ille tunc cedere debet. Vultej. de feud. lib. 2. cap. 1. num. 19. Quodsi feudum in ratione Contractus spectetur, parit actionem utrinque directam, qua dominus directus, & ejus hæredes contra Vasal-

lum, & ejus hæredes & vice versa Vasallus contra dominum, ut, quod ex natura hujus Contractus præstandum est, præstetur. Prædicata ejus sunt, quod sit personalis, bona fidei, rei persecutoria, & perpetua. Assumit nomen sui Contractus, quamquam alii (quod ius feudale ex moribus natum sit) conditionem ex moribus appellare malint, ut videre est apud Vultej. lib. 2. cap. 1. n. 12.

§. VI.

Ex quibus causis feudum amittatur?

SUMMARIA.

74. Aliud est finiri feudum, aliud amitti. Quomodo feudum finiatur? 75. Amittendi feudum modi celebriores sunt duo. 76. Feudum amittitur, si Vasallus illud sine consensu domini alienavit. 77. Excusandum puto, quando alienatio premente gravi necessitate facta est. 78. Quod non placet omnibus. 79. Feudum ex culpa dupliciter amittitur. 80. Quomodo ex culpa omissionis? 81. Impuberes habentur innoxii, non etiam Minores, qui tamen beneficio restitutionis adjuvantur. 82. Alii casus, in quibus Vasallus ex culpa omissionis se indignum feudo reddit, enumerantur. 83. Culpa commissionis potest in dominium directe, vel indirecte committi. 84. Quomodo indirecte? 85. Etiam ob alia delicta Vasallus feudum amittere potest. 86. Quæ tamen jure feudali in specie determinata non sunt. 87. Feudum ex feloniam caducum factum revertitur ad dominum. 88. Si extra personam domini ob delictum admissum caducetur, ad proximos agnatos devolvitur. 89. Ob non petitam investituram ad dominum reddit. 90. Feudum tamen in his casibus non ipso jure, sed per Sententiam judicis amittitur. 91. An ob delictum Prælati, vel Clerici Ecclesie amittat feudum?

74 **N**E in errorem quis inducatur, credens finiri feudum, & amitti idem esse, scire oportet, quod feudum dicatur finiri, quando sua quasi propria natura feudum esse definit, amitti vero, quando ex culpa feudum Vasallo aufertur, & sic non ex propria, & intrinseca natura feudi extinguitur. Feudum finitur vel re ipsa, ut interitus, chasmate, incendio, terræ motu, belli

calamitate, vel ex persona domini, si nullo existente propinguo dominus moriatur, tunc enim, sicut in allodialibus succedit fiscus, ita in feudalibus Vasallus, excluso fisco, & quidem hoc effectu, ut, quod Vasallus antea jure feudi possedit, jam ut allodium possidere incipiat. Ita Vultejus cap. 11. num. 7. Ex parte Vasalli finitur, si decebat nullis relictis descendantibus, aut agnatis, aut

aut feudum sit tale, quod ad hæredes non transit, quo casu cum proprietate dominium utile consolidatur. Cæterum, sicut præscriptione, sententia judicis, aliisque modis feudum acquiri diximus, ita etiam finiri non dubitamus.

75 De modis *amittendi* feudi variis varias Regulas adstruere laborarunt, ipse tamen feudista fatetur, eosdem una Regula generali non posse comprehendit. *tit. 23. feud. 2.* Celebriores sunt duo, alienatio videlicet rei *feudalis* inscio & iuvito domino facta, & delictum sive culpa Vasalli.

76 Itaque si feudum, sive *novum* sive *antiquum* sine consensu domini à Vasallo alienetur, alienatio non solum invalida est, sed alienans insuper præter pretium etiam feudum perdit, totum quidem, si totum alienavit, alias partem duntaxat, quam distraxit. *tit. 38. § 2. 55. feud. 2.* Ratio est, quod Vasallus tali modo videatur contemnere dominum *tit. 24. §. fin. feud. 2.* ignorantia tamen eum à pœna caducitatis liberat, quia *injuria à doloso*, non *verò ignorante* committitur, nisi (ut limitat Rosenth. *cap. 9. Conclus. 60.*) ignorantia *juris*, aut facti valde crasla foret. Interim, ut ex causa alienationis indebitè facta feudum efficiatur caducum, non sufficit, quod alienatio in sua substantia sit perfecta, sed insuper necesse est, ut suum effectum jam sit sortita, hoc est, ut actualis *traditio* sit secuta, quia in pœnalibus verba strictè, & cum effectu sunt accipienda. *l. 67. ff. de V.S.* idque etiam textui *feudali* conformius est, cum dicatur *tit. 55. feud. 2.* quod illi pœnam caducitatis incurant, qui *feudum vendunt*, & in alios *TRANSFER*-

RUNT. At qui *feudum nondum tradidit*, non censetur illud *transstulisse* arg. *l. 20. C. de Paß.* ergo. Clar. D. D. Senutti in *Tract. de Caducit. exist.* & *non exist.* *part. 3. sect. 3. §. 1. n. 4.* si tamen *fida* faltem traditio fiat, putè per *constitutum* & *vendor* quasi *colonus*, aut procurator *emotoris* *constituatur*, atque ita rem *feudalem* *venditam* non quidem actu traditam, *emotoris* tamen nomine possideat, probabilius hæc *fida* *possessionis* *translatio* sufficiet, quia reverè *vendor* intendit *emptorem* *constituere* *dominum*, & *actualem* *possessorem* *rei emptæ*, præsertim quando & hoc casu depauperatio Vasalli, *præjudicium*, & *contemptus* *domini*, aliisque *inconvenientia* sequuntur, propter quæ *feudorum* *alienatio* sub *pœna* *caducitatis* *prohibetur*.

Mitius cum Vasallo agendum esse 77 censeo eo casu, quo extrema famis, æris alieni, aut alia ejusmodi necessitate presus *feudum* alienat, ita, ut in afflictis ejusmodi circumstantiis pœnam caducitatis non incurrat, modo dominum præsentis suæ calamitatis monuerit, ac, ut vel consensum alienationi impetratur, vel ipse *feudum* emat, decenter insinuaverit. Cessat enim hoc casu ratio prohibitæ alienationis, quam *feudista* singulariter collocat in contemptu domini *d. tit. 24. §. fin. feud. 2.* & præsens necessitas facit licitum, quod alias de lege illicitum foret.

Nihilominus sunt, quos Vasalli, 78 cui res angusta domi, non miseret, sed eum etiam, ubi consensum domini decenter requisivit, nec tamen impetravit, ob alienationem fatali necessitate extortam ad pœnam caducitatis condemnant, moti hac lubrica ratione, quod nemo te-

senatur emere, vel vendere, nec invitatus in rei suæ venditionem consentire, nec de suo alteri benefacere *cap. 4. C. 10. Q. 2. l. 16. C. de Jur. delib.* Verum hægnomæ intelligendæ sunt, de casu ordinario, & regulari, non verò de casu necessitatis, ubi ex lege charitatis indigentia proximi succurrere obligamur. Unde ipsi hi AA. admittunt, quod in dicta hypothesi Vasallus auctoritate judicis dominum, vel ad redimendum feudum, vel ad impertiendum consensum in ejus alienationem cogere possit. *V. laudatum D.D. Senutti cit. f. 1. n. 7.*

79 *Ex culpa* Vasallus amittit feudum, quando vel omittit, quod de jure facere debuisset, vel facit, quod per legem facere sibi integrum non erat. Illa dicitur *culpa omissionis*, hæc verò *commissionis*, quæ technico, & juri feudali proprio vocabulo *felonia* indigitatur.

80 Feudum igitur fit caducum *ex culpa omissionis*, I. quando Vasallus, vel ejus successor cessante legitimo impedimento, variata persona domini, *investituram* intra annum, & diem petere negligit. *tit. 22. feud. 1. & tit. 24. feud. 2.* quia, quoties mutatur persona domini, aut *Vasalli*, toties renovatio *investitura* est repetenda, *cit. tit. 24. feud. 2.* cuius rationem quintuplicem assignat *Vultej. cap. 7. num. 58.* Cæterum hoc procedit duntaxat in feudo *antiquo*, vel *paterno*, ut vocant; nam in *novo* feudo nullum tempus pro petenda *investitura* jure feudali determinatum est, ideoque Vasallus eò usque expectare poterit, dum à domino ad juramentum fidelitatis præstandum citatus fuerit. *Vid. Vultej. cap. 11. num. 139.*

81 Hanc caducitatis penam evadunt *impuberes*, nec illis à tute omissa peti-

tio *investituræ* præjudicat *tit. 55. feud. 2.* quo favore non gaudent *minores* *25. annis*, si *investituram* intra legalem terminum petere neglexerint, auxilio tamen extraordinario *restitutionis* in *integrum* de jure feudali iisdem hoc in passu ademptum non esse probabilius censeo, quia nullibi *jus feudale* à *jure communi*, quod generaliter *læsis minoribus* succurrit, recessum fecisse legitur, ergo subinrat regula, quod, quoties aliquis casus de jure feudali decisus non est, ejus decisio ex jure *communi* petenda sit. *tit. 1. feud. 2.*

Vasallus indignum se reddit ulteriori beneficii possessione, quando illa servitia domino præstare detrectat, ad quæ ex lege contractus *feudalis* est obligatus, & quidem hanc æquissimam esse caducitatis causam, ipse *feudista* insinuat in *tit. 24. feud. 2.* his verbis: *Sed non est alia justior causa beneficii auferendi*, quam si id, propter quod *beneficium datum fuerit*, *boc servitium facere recusaverit*. III. Si Vasallus domino directo *justitiam* administrare detrectet. *tit. 24. V. illud tamen* *Ec.* Id quod fit, si à *paribus curiæ* electus officium *judicis* facere recuset, aut illud non ex fide administret, aut, ut censet *Schrauder de Feud. part. 9. cap. 7.* si à domino citatus ejus edictis non obtemperaverit per *Textum* in *tit. 22. feud. 2.* aut denique si filium suum, qui dominum offendit, ad hujus requisitionem pro satisfactiōne præstanda præsentem non sistat, aut occasionem latendi filio præbeat. *tit. 55. V. insuper feud. 2.* IV. Si Vasallus dominum in pugna constitutum, & de vita periclitantem non defendat, aut, priusquam ille mortuus fuerit, vel lethaler *vulneratus* sit, deserat *tit. 5.*

§ 17. *princ. feud.* 2. aut imminens periculum personæ domini, aut fortunis ejus, cum posset, eidem non denunciet. *tit. 7. feud. 2.* His ergo casibus, si Vasallus suo officio desit, feudum amittit, modo tamen vel *dolo*, vel *culpa lata* officium suum facere omiserit, ignorantia enim probabilis (ut supra jam dictum est) ipsum à poena caducitatis liberat, ut probare videtur Textus in— *tit. 42. feud. 2.*

83 *Felonia*, sive *culpa commissionis* à Vasallo commissa potest vel *directè*, vel *indirectè* in injuriam domini redundare. *Directè* dicitur dominus ladi, quando culpa ipsam domini personam per se attingit. Id verò in sequentibus casibus contingere potest. I. Si dominum affiliat, hoc est, manus violentas in ipsum injiciat, gladium stringat, etiam non secuto vulnere, veneno, aut alio modo eidem insidias struat, fædus, & amicitiam cum hostibus ejus ineat. *tit. 24. §. 2. feud. 2.* II. Si ejus secreta mali- tiosè hostibus, vel aliis cum damno domini revelet. *d. tit. 24.* III. Si rem feudalem esse scienter neget. *tit. 26. §. Vasallus si feudum feud. 2.* IV. Si aliam gravem læsionem domino in honore, aut bonis inferat, vel inferre attinet, actionem v. g. *criminalem*, vel *civilem*, sed infamantem ulro contra eum intentando, aut advocatum in iis agendo. *d. tit. 24. §. item qui.*

84 *Indirectè* felonias committi dicitur, quando delictum Vasalli tantum occasione rerum, vel bonorum ipsius domini, aut etiam personarum eum attinentium, & sic quasi in consequentiam dominum offendit. Hujus delicti in libris feudorum sequentia reperiuntur exempla. I. *Cucurbitatio domini*, quod

barbarum vocabulum denotat maculam, quæ ex stupro in Patroni domum illato committitur, ut est adulterium cum uxore domini perpetratum *tit. 21. in fin. feud. 1.* aut alia in honestæ debasian- tiones ad expugnandam uxoris pudicitiam adhibitæ. Quid de osculo libidinoso censendum sit, pluribus exponit Menoch. *de Arbitr. Cas. 287.* II. Eodem criminis se obstringit Vasallus, si cum filia, vel nepte ex filio, vel cum nuru, sive quæ nupta est filio, & etiam cum forore domini fornicetur, aut saltem hoc delictum attinet. *d. tit. 5. feud. 1.* Delictum hoc cum *nepte*, quæ ex filia domini talis est, commissum dicta poena non ferit, quia neptis ex filia non est de familia *avi*, ideoque injuria familiam domini proximè non attingit. Ut Vasallum cum forore domini turpiter agentem hæc poenalis constitutio ferriat, duo concurrant neesse est. I. Ut sit adhuc de domo, hoc est, de familia domini, retinet enim, quamdiu nupta non est, & fratris insignia, & nomen gentilitium in ipsos à majoribus derivatum. II. Ut adhuc innupta sit, quod consequitur ad esse in familia fratris. P. Ranbeck c. 4. *Thes. 10. pag. 181.* Hæc de Felonia in dominum *directè*, vel *indirectè* commissa.

Cæterum & alia delicta reperiuntur 85 in jure feudal expressa, quæ, tametsi dominum neque *directè*, neque *indirectè* concernant, Vasallum tamen indignum *Curia*, & *Paribus Curiae* exosum reddunt, & in poenam sceleris admissi feudo exuunt. Huc refertur Crimen *Parricidii* quod, quanquam in plures committi possit per l. i. *ff. ad Leg. Pompej. de Parricid.* in libris feudorum speciatim tantummodo enumera-

(D d)

ra-

ratur cædes fraterna, & cædes nepotis ex fratre, vel filii fratri. *tit. 5. §. item qui feud. 1. & tit. 24. §. fin. feud. 2.* & hoc ideo statutum fuisse existimo, quod intentione consequendæ hereditatis, vel feudi parricidium factum fuisse presumatur, nam si propter acrocityatem parricidii hæc pœna fuisse decreta (id quod vult Rosenth. *Concl. 36. cap. 10. num. 7. & 8.*) non esset major ratio, cur cædes fratri &c. potius quam cædes fratri domini senioris vindicaretur. *Quoad feuda Ecclesiæ tenet Panormit. in cap. 12. de Pœn. num. 1.* non tantum feudo excidere Vasallum, si Prælatum, à quo feudum accepit, interimat, sed & si alium quemvis Clericum de illa Ecclesiæ occidat.

86 Cum dictum sit, ob illa delicta feudi caducitatem induci, quæ faciunt, ut Vasallus honeste, & sine dedecore in Curia domini stare nequeat, idcirco jam quæri posset, quænam in specie sint illa delicta, quæ indignum reddant Vasallum honore Curiæ sui domini. Quoniam verò circa hoc punctum nihil in jure feudali determinatum est, id prudentis judicis arbitrio relinquendum est. Casus tamen aliquos interpretes afferunt, quos collectos exhibet laudatus P. Ranbeck *cit. cap. 4. thes. 10. pag. 184.* Restant nonnullæ quæstiones, ab aliis operosiori indagine excusæ, à nobis tamen brevi manu r̄solvendæ.

87 Quæritur I. An feloniam in dominum commissa, feudum aperiatur domino, vel proximis Vasalli agnatis? Respondeo, aperi domino, exclusis agnatis. Textus duo concludentes in *tit. 24. §. ult. & tit. 37. feud. 2.* & ratio, quod feudum sub conditione conce-

datur, quamdiu nempe Vasallus fidelis erit, ergo conditione per delictum Vasalli deficiente, feudum rursus redit ad dominum. Nec æquitas, quam AA. prætendunt, agnatis hoc casu suffragatur, cùm illis jus ad feudum non sit absolutè, & simpliciter quasitum, sed juxta naturam feudi, quæ vult, ut Vasallo delinquentे, feudum revertatur ad dominum, *tit. 24. feud. 2.* ibi: *Beneficium reverti ad dominum.*

Quæritur II. An si delictum extra personam domini committatur, feudum caducum aperiatur proximis agnatis, vel quarto aut ulteriori gradu distantibus? Remotioribus patruginari videtur Textus in *tit. 26. feud. 2.* ubi dicitur: *Si Vasallus culpam committat, propter quam feudum amittere debeat, neque filii, neque ejus descendentes ad id feudum revocabuntur, sed agnati, qui quarto gradu sunt.* At verius est, feudum tali casu caducum aperiri agnatis Vasalli gradu proximioribus, tum, quod hic ordo in successione ab intestato observetur de jure communi *tit. ff. de suis, & legitim. bæred.* à quo in dubio jus feudale non videtur recedere, tum Textu speciali in *tit. 37. feud. 2.* & *tit. 24. §. denique eod.* ubi feudum ad proximos agnatos devolvi perspicuè deciditur, proximi autem in jure dicuntur, quos nullus alias antecedit. *l. 1. §. 5. ff. unde cognat.* Textus oppositus loquitur imprimis de jure antiquo, ac ostendit, quid olim obtinuerit, per Textum in *tit. 8. feud. 1.* ibi: *Et olim observabatur, usque ad quartum gradum tantum secundum quosdam.* Deinde ex hoc ipso textu claret, quod jure antiquo successio agnatorum non à quarto gradu primum incepit, sed quod defi-

cien-

cientibus proximioribus agnati tantum usque ad quartum gradum inclusivè admittebantur.

89 Quæritur III. An feudum ob non petitam debito tempore investituram aperiatur domino, vel ad Vasalli descendentes, & agnatos devolvatur? Respond. reverti ad dominum. Textus apertus in *tit. 55. feud. 2.* contrariis præter alios satisfacit Clariss. D.D. Benedictus Finsterwalder in *Observ. præf. lib. 4. observ. 75.* Haunold *træf. 9. c. 5. Controv. 14. num. 905.* & Clariss. D.D. Sennuti, qui tam præsentem, quæ præcedentes quæstiones latius discutit *90 part. 3. per tot.* Illud porro adnotandum adhuc venit, ex Haunoldo *cit. Controv. num. 898.* quod feudum, ob feloniam caducum factum non ipso jure amittatur, sed per Sententiam Judicis, per Textum in *tit. 21. feud. 1.* exceptis paucis quibusdam casibus quos *n. seq.* recenset, ubi etiam *num. 900.* Bocero contrarium sentienti respondet,

91 Illa adhuc quæstio pro coronide hujus Paragraphi resolvenda restat: An, si feloniam committat Prælatus, vel Clericus, Ecclesia, sive Monasterium amittat feudum? Hanc quæstionem adhibita distinctione resolvo: aut feudum Prælati est privatum, sive patrimoniale, vel Paternum: aut est propriè Ecclesiasticum, hoc est, ad *mensam* solius Prælati pertinens, quodque is ratione sedis, ac dignitatis suæ possidet? Priori casu Clericus, vel Prælatus feudum simpliciter amittit, idque ad dominum revertitur. Posteriore verò feudum quidem fit caducum, ita, ut, quoad Prælatus vixerit, nullos fructus ex feudo amplius percipere queat, sed illi ad dominum *directum* redeant, Prælato verò

mortuo, vel deposito dominium *utile* ad successorem in Prælatura postlimi- niò revertatur *tit. 40. §. item si Clericus feud. 2.* Rosenthal *cap. 10. conclus. 3.* Gonzalez ad *cap. 2. b. t. num. 11.* ubi *Halberstadensem, & Bremensem* Episco- pos ad tempus vitæ feudis Regalibus, quod defuerint in expeditione Italica, à Friderico I. Imperatore privatos re- fert.

Quod si feudum pertineat ad solum Capitulum, tunc delictum Prælati Ec- clesiæ non nocebit: sin verò communi- tè ad Prælatum, & Capitulum, tunc vel solus Prælatus feloniam commisit, & fructus amittuntur pro parte, quæ Prælato competenter. Rosenth. *d. l.* si etiam Capitulum in delicto cum Præ- lato communicavit, eo casu æquius for- re, censeo cum Panormit. ad *cap. 1. de Dolo, § contum. num. 14. § 18.* ut Ec- clesia feudum non amittat, sed delin- quentes tantum ad tempus vitæ suæ fructibus priventur, qui, illis amotis, vel mortuis, denuò ad successores, & Ecclesiam revertantur. Ratio est, quod major pena jure feudali expressa non sit, etiò fortè statui potuisset, & quia alias hoc absurdum sequeretur, quod Prælatus, & Capitulum communis con- sensu saltem tacitè delinquendo possent efficere, quod expressè non valent, vi- delicit rem Ecclesiæ sine justa, & ne- cessaria causa alienare, tum denique, quod iniquum videatur, Ecclesiam in perpetuum bonis suis propter delictum personarum privari, quæ non intuitu illarum, sed imprimis ad honorem DEI, Monasteriorum sustentationem perpetuam, Ecclesiæ fabricam, & or- namentum concessa sunt. Panormit. ad *cit. cap. n. 16.* Rosenth. *d. Conclus. 3.*

§. VII.

Quis in Controversiis feudalibus Judex competens sit?

S U M M A R I A.

92. *Judex competens*, si lis vertatur super proprietate feudi inter duos Vasallos, est dominus senior feudi. 93. Cui etiam cognitio debetur in causis feudalibus, tametsi is sit *Laicus*, & persona *Vasalli Clericus*, aut *Ecclesia*. 94. In lite, quæ vertitur inter dominum, & *Vasallum*, judicandi Provincia defertur paribus *Curiæ*. 95. Si lis est domino, vel *Vasallo* cum extraneo, de simili causa cognoscere partes judicis ordinarii erunt. 96. *Quis Judex competens*, si super possessione feudi litigetur.

UT constet, quis in causis feudalibus dijudicandis *Judex competens* sit, ad personas, inter quas lis vertitur, reflectendum est. Poteſt enim lis esse vel inter duos Vasallos, vel inter dominum & *Vasallum*, vel inter *Vasallum*, & extraneum, vel denique inter dominum, & extraneum.

92. Dico I. Si inter duos Con-Vasallos lis vertatur super proprietate feudi, *Judex competens* est dominus *directus*, à quo uterque *Vasallus* feudum recognoscit. Textus est in tit. 55. §. *insuper feud.* 2. ubi Imperator Fridericus ita decernit: *Præterea, si inter duos (plurēs ve) Vasallos de feudo sit Controversia, domini cognitio, & per eum Controversia terminetur.* Quōd si dominus *directus* suspectus sit, fortè, quod alterutri litigantium de *evictione* teneatur, sive causa ipsius propria, & interesse vertatur, non ipse, sed *pares Curie* (per quos intelligimus Vasallos, quorum res feudales unius domini territorio, & *Curiæ*, sive domui *Dominicali*, ut vocant; subſunt, v. g. *Vasalli* in territorio *Austria* pares *Curiæ* sunt ejusdem territorii *Austriaci*) causam controversam cognoscunt. Si dominus *pares Curie*

nullos habeat, ad judicem ordinarium, vel arbitrum *Vasalli* confugient. tit. 15. princ. & tit. 34. princ. *feud.* 2. *Vultejus lib.* 2. cap. 2. *Clarus §. Feudum.* q. 39.

Dico II. Dominus *directus Laicus* est quoque *Judex competens* in causis feudalibus respectu *Vasalli Clerici*, vel *Ecclesia*. Ita perspicuè decisum est in cap. 6. §. 7. de *foro compet.* DD. uno ore, & calamo. Ratio est, quod, tametsi *Clerici* aliàs à *foro Laico* *Jure Divino* exempti sint, ut probatum dedimus ad tit. de *foro compet.* §. 7. in causis tamen *feudalibus* vel ideo jurisdictionem judicis *Laici* recognoscunt, quod hæc fluat ex dominio *directo*, & in eo quasi intrinsecè iradicata sit. Sic ut ergo absurdum non est, ut *Clericus*, vel *Ecclesia Laico*, tanquam feudi Seniori fidelitatis *Sacramento* se obstringat, ita quoque absonum haud est, si mota sibi à *Con-Vasallo* super re *feudali* *Controversia* eandem à domino *directo* cognosci, & dirimi patiatur. Additur secunda ratio, quod non conveniat, ut dominii *directi* vis & efficacia tollatur, aut diminuatur, ex eo, quod persona *feudataria* sit *Ecclesiastica*. Additur tertia ratio, quod hæc subjectio Cle-

Clerici respectu judicis Laici non proveniat immediate ex lege laica, à cuius vi *coativa*, & *directive* Jure Divino Clericos exemptos dicimus, sed ex conventione, qua se Clericus ad observandum, quod de moribus feudorum obtinet, ultroneè obligat. Pignatellus tom. 5. consult. 2. num. 3. § 5. cum quo, & Feliciano Oliva part. 3. de foro Eccles. quest. 29. num. 16. § 17. hanc Conclusionem ita limitamus, ut non procedat, si agatur ex delicto Clerici ad vindictam corporalem, vel ad reparationem, & satisfactionem domino feudi faciendam, quia hoc casu præponderare debet conditio Ecclesiastice personæ, cuius jura anteriora sunt, aut potiora jure feudi: & ideo, si contra Clericum Vasallum agatur ad amissionem feudi *criminaliter*, vel *civilitater* propter crimen, cognitio non ad dominum Laicum spectat, sed illa ad forum Ecclesiasticum remittenda est. Fagnanus ad cap. 5. de judic. num. 29. & seq.

94 Dico III. Si Controversia sit inter Dominum, & Vasallum super amissione, vel constitutione feudi, judices competentes erunt *pares Curie*. Textus expressus in tit. 55. in fin. feud. 2. tit. 39. *V. si inter dominum &c. feud. 2. & tit. 10. feud. 1.* quæ tamen Conclusio rursus fallit, si quæstio sit super ipso jure, sive dominio *directo*, ut quia Vasallus negat, istum esse suum dominum, cum quo litigat, aut rem *feudalem* dicat esse *allo-dialem*, aut, siquidem fateatur *feudum* esse, illud tamen ab alio se habere afferat, quo casu cognitio eatenus saltem ad judicem ordinarium spectabit, eatenus is cognoscat, num res *feudalis* sit, & ad hunc vel alium dominum per-

tineat, quo constito causam ad competentem judicem remittet. Clariss. P. Ranbeck in *d. Sylva benefic. feud. cap. ult. thes. 2. pag. 204.* Pignatell *cit. consult. n. 11.*

Dico IV. Quando Vasallo lis est⁹⁵ cum extraneo, putâ de finibus feudali-bus, vel servitutibus, vel aliis simili-bus, quæ per modum qualitatis feudo adhærent, sive deinde Vasallus *actor* sit, sive *reus*, judicialis cognitio ad judicem ordinarium spectat. Faciunt huc Textus tit. 26. §. si *Vasallus*. tit. 43. *feud. 2.* Idem dicendum, si dominus cum ex-traneo in litem incidat. Ratio univer-salis redditur, quod similis causa non sit *feudalis*, utpote, in qua (ut suppo-nimus) *actor* non nititur aliquo jure *feudali*, ideo cognitio causæ non se-cundum jus *feudale* regulanda, sed, ut de Jure communi obtinet, ad forum ju-dicis ordinarii deferenda est per ea, quæ notat Mynsiger *Cent. 1. Obser. 99.* Nicol. Everard. *Consil. 158.*

Illud pro coronide hujus Tituli ad⁹⁶ hoc quæquieris: Ad quem causæ cognitio spectet, si vel inter duos Vasallos, vel inter dominum & Vasallum con-tentio sit non super proprietate feudi, sed super *possessione*? Videri posset, quod in tali casu jus cognoscendi pri-vativè ad judicem ordinarium perti-neat, quia, ut dicit Ulpianus in *l. 11. ff. de A. vel A. P. nihil commune habet proprietas cum possessione*, quod robo-rari videtur ex cap. 15. de foro compet. ubi exceptio illa, quod Regina, tan-quam Vasalla agere debuisset coram ju-dice *feudali*, non fuit admissa, eo, quod hic lis tantum vertebatur super *posse-sione*, non super proprietate feudi. Ve-rum quia valde molestum accidit, ut

D d 3

cau-

causæ connexæ, qualis est causa proprietatis, & possessionis. cap. 1. de causa possess. & propriet. dividantur, ideò plerique DD. Germaniæ teste Vultejo lib. 2. cap. 2. num. 40. Zafio part. 11. num. 2. Schurf. cent. 2. consil. 32. in fin. contrarium tenent, qui tamen in casu, quo judicium summarissimum, sive momen-
taneæ possessionis instituitur, hanc co-
gnitionem judici ordinario deferunt. Fortè tamen non male distinxeris cum Pignatell. cit. consult. n. 17. num Vasal-
lus agat contra dominum ex causa spoli-
lii criminaliter, vel civiliter, quantum
sua interest, fuisse à domino spoliatum,
vel num ita agat possessorio, ut hujus de-

cisio adminiculetur proprietati, ut si petat, dominum privari jure suo, quia propria auctoritate rem à Vasallo pos-
sessment occupavit, vel interdicto uti pos-
sideretis ad possessionem suam ab ulterio-
re turbatione tuendam, & ut declare-
tur legitimus esse possessor. Priori
casu cognitio erit judicis ordinarii,
quia nullo modo vertitur quæstio feudi,
ideoque non est, ut foro feudali præ
foro communi judicandi prærogativa
deferatur. In posteriore autem, cum
altera alteri vel præjudicet, vel multum
commodet, à domino feudi dijudicandæ
erit. Id quod pluribus confirmat
Aretinus in cap. 5. de jud. n. 23.

T I T U L U S XXI.

De Pignoribus, & aliis Cautionibus.

Solent Contractibus ad majorem debiti, & conventionis se-
curitatem à partibus cautiones adjici, inter quas illa ido-
nea dicitur, quæ fit per pignora vel fidejussiones juxta illud
Martialis

*Cum rogo te nummos sine pignore, non habeo, inquis,
Idem, si pro me spondet agellus, habes,
Quod mihi non credis veteri, Thelesine Sodali,
Credis colliculis, arboribusque meis.*

Igitur præsenti Titulo materia Pignorum, sequenti verò fidejusso-
rum discutienda proponitur.

§. I.

Quid, & quotuplex sit Pignus?

S U M M A R I A.

1. *Pignus sumitur tripliciter.*
2. *Quod discriminem sit inter pignus, & hypothecam?*
3. *Pignus in ratione Contractus spectatum describitur.*
4. *Est vel Prætorium, vel*

vel Judiciale, vel Conventionale. 5. Hypotheca magis specificè spectata alia est expressa, alia tacita. 6. Hypothecæ tacitæ in jure sunt complures, quæ vel intuitu personæ, vel rei constituantur. Prioris. 7. Et posterioris exempla reconsentur. 8. Illata in prædium rusticum tacitè hypothecata domino prædii non sunt. 9. 10. 11. 12. 13. Objectiones diluntur. 14. An Libri studiosorum locatori eadum tacitè hypothecati sint? 15. Item an merces in domum conductam importata? 16. Idem queritur de nominibus, sive debitibus. 17. Et de rebus Minorum. 18. Binis Objectionibus satisfit. 19. An ratione dotis tacita hypotheca constituta sit? 20. An legatariis, & fideicommissariis? 21. An credentibus in refectionem domus?

1 **P**ignus etymologiam trahit à pugno l. 238. §. 2. ff. de V. S. & sumitur tripliciter I. objectivè pro re pignore affecta tt. ff. & C. de distract. pign. II. Effectivè pro jure reali, quod creditor in rebus oppignoratis habet. tt. ff. & C. Quib. mod. pign. vel hypoth. tacit. contrah. III. Formaliter pro Contractu, quo res pignori traditur. tt. ff. de Pignorat. a. t.

2 **P**ignus & Hypothecam Synonima vocabula dixeris, quia ex Marciani effato in l. 5. §. 1. ff. de Pignor. & hypoth. solo nominis sono differunt, attamen notabile inter utrumque discrimen intercedit, dum pignus illud propriè dicitur, ubi possessio rei oppignoratae in creditorem transfertur, non vero in paeto hypothecæ, ubi rei obligatae possessio penè debitorum manet l. 1. princ. l. 9. §. 2. l. 85. §. 1. ff. de Pignorat. a. t. Stryck. ad tit. de Pignerat. a. t. §. 1. ubi insimul advertit, quod hodie hypothecis plerumque clausula constituti possessorii adjungi soleat, quæ clausula id operatur, ut veram possessionem in creditorem transferat, & debitor nomine creditoris possideat. Alii inter pignus, & hypothecam id discriminis assignant, quod illud in re mobili, ista vero in re immobili consistat, illud traditione, hæc

nuda conventione perficiatur. Verum his obstat l. 1. ff. de Pignerat. a. t. ubi dicitur: Si Contractum sit pignus nuda conventione, & si quis aurum ostenderit, quasi pignori datus, & es dederit, aurum obligatum erit, non es, quia in hoc non consenserunt: ergo etiam in re mobili, licet non tradita, hypotheca constituta fuit. Si quis tamen (pergit ibidem Ulpianus s. 1.) cum es pignori daret, affirmavit, hoc aurum esse, res pignori datum dicitur, quia in corpus consensum fuit. Id non negamus, res mobiles, si in illis pignus constituatur, ut plurimum tradi, non etiam res immobiles, sed id non fieri, ait Stryckius ad tit. de Pignorib. §. 6. ex natura pignoris, sed ex regulis prudentiæ, quoniam res mobiles facile alienari, & in loca dissita transferri possunt, & sic, nisi tradantur, creditori non satis cautum foret, quod periculum non aequè in rebus immobilibus metuendum habet.

Pignus in ratione contractus (sub quo respectu hic præcipue considerandum venit) describitur, quod sit contractus realis, quo res aliqua creditori in securitatem crediti traditur, ea lege, ut, debito persoluto, eadem in specie restituatur. Ex qua definitione colliges, quod

quod res pignoris nexus obligata in dominio debitoris maneat, ac iubinde *casus fortuitus*, si circa rem oppignorataem emergat, non ad creditorem, sed debitorem spectet. *l. 6. l. 9. C. de Pignerat. act.* Scriptura ad hujus contractus perfectionem necessaria non est, licet serviat ad probationem *l. 4. ff. de Pignorib.* & nonnunquam etiam ad prælationem, si scilicet instrumento publico firmetur. *l. 11. C. Qui potior. in Pign.* Nisi de jure statutario, vel consuetudine aliud introductum sit, de quali consuetudine saltem quoad *immobilia* testatur Perez in *Cod. ad h. t. num. 1.* & alii.

4 *Pignus communiter dividitur in Prætorium, judiciale, & conventionale. l. fin. C. de Prætor. pign. l. 4. ff. de Pignor.* *Prætorium* est, quod à Prætore vel alio Magistratu constituitur ante latam sententiam, imò ante litem contestatam, dum scilicet actor, quia reus non præstítit rei, vel debiti servandi debitam cautionem, aut contumaciter abest, in possessionem bonorum ipsius immittitur, quæ missio etiam locum habet, ut legatariis ratione legati satiscautum sit. *l. 14. §. tt. ff. ut legat.* *§. fideicom. servand. caus.* Item ex causa damni infecti *l. 4. §. 1. l. 15. ff. de Damn. infect.* vel in novi operis nunciatione de opere demoliendo. *Judiciale* pignus est, quando prævia plenaria causæ cognitione, & subsecuta *re judicata* Magistratus ex bonis debitoris jam condemnati pignora capit, ut illa secundum formam *l. 15. §. 2. §. 3. ff. de Re judic.* *l. 74. §. 1. ff. §. l. 13. C. de Evict. tt. C. Si in caus. jud. pign. capt. distrahanter.* *Conventionale* denique est, cum inter partes convenit, ut certæ res

propter aliquod debitum sint pignori obligatae. *l. 4. ff. de Pignor. l. 1. ff. de Pignerat. act.*

Hypotheca, si magis specificè consideretur, in duas præcipue species abit, scilicet in *expressam*, & *tacitam*. Illa constitui dicitur per verba inter præsentes, vel per litteras inter absentes *l. 23. §. 34. §. 1. ff. de Pignor.* eaque rursus vel est *generalis*, vel *specialis*. Per illam omnia bona tam præsentia, quam futura obligantur. *l. ult. in fin. C. Quæ res pign. oblig.* per hanc verò una duntaxat, aut plures res in specie, seu individuo. Sed de hac subdivisione capiosius in *§. 3.* dicetur. *Hypotheca tacita* dicitur, quæ rebus imponitur à lege, vel statuto, vel consuetudine in favorem certorum debitorum, domino quoque invito. *l. 1. §. tt. ff. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacit.* Noli tamen jus tacitæ hypothecæ cum jure *retentionis*, quod in certis casibus leges indulgent, confundere. Conveniunt equidem quoad hunc effectum, quod tam qui *jus retentionis* habet, quam qui *jus pignoris*, rem ante restituere non teneatur, donec debitum solutum fuerit. *l. 26. §. 4. ff. de Condit. indeb. l. 5. ff. de Dot. prælegat. l. 5. ff. de Impens. in rem dotal.* Disconveniunt autem in pluribus, & I. quod extincto pignore retentio adhuc dari possit. *l. un. C. etiam ob Chyrograph.* II. Retentio non æquè *jus in re* tribuit, sicut pignus *tacitum*, & sic III. non tribuit actionem realem, sed tantum exceptionem. *l. 5. §. ult. C. in quib. caus. pign. tacit. l. 33. ff. de Condit. indebit.* Stryck. ad tit. *Quib. mod. pign. tacit. §. 6.*

Hujusmodi tacitæ hypothecæ plura in jure occurunt exempla, & quidem

dem intuitu personæ sine respectu ad rem conceditur I. hypotheca tacita fisco in omnibus bonis suorum debitorum. l. 46. §. 3. ff. de Jur. fisc. l. 2. §. 3. C. de Privileg. fisc. l. 1. §. 2. C. in quib. caus. pign. tacit. In bonis primipili. l. 4. C. d.t. In bonis subditorum propter tributa aliásque præstationes. l. 1. C. in quib. caus. pign. l. 1. C. Si propter publ. caus. quo reducuntur etiam debita vetigalium, accisarum, detractionum, teste Cl. D.D. Vito ab Arnold de Priorit. credit. class. 2. num. 1. pag. 42. Imò in defectum bonorum mariti etiam dos uxoris obligatur pro debito principali. l. 4. C. in quib. caus. pign. Quia habentur quasi pro bonis mariti. l. 29. §. 30. C. de Jur. dot. Excipiuntur tamen bona paraphernalia l. 3. C. Ne uxor pro marit. §. 1. C. de Privileg. fisci. In pœnis verò & mulctis, ubi bona rei non publicantur, probabilius, hoc jus tacitæ hypothecæ non habere locum, defendunt Perez, Zoësius, & Lauterbach apud Magn. P. Schmier lib. 3. Tract. 2. cap. 5. num. 54. II. Pupillus quoque, ac Minor tacitam hypothecam habent in bonis tutoris, vel curatoris. l. 20. C. de Administr. tut. tt. ff. de eo, qui protut. III. Mulier suscepta liberorum tutela, si ad secunda vota transeat, antequam liberis prioris matrimonii tutorum dari postulaverit, eisque, quod debetur ex ratione tutelæ gestæ, persolverit, non sua modo, sed & novi mariti bona liberis per hoc tacitè obligat. l. 6. C. in quib. caus. pign. Nov. 22. cap. 40. IV. Filiifamilias ratione administrationis, quam pater in bonis eorum adventitiis maternis gerit, à tempore susceptæ administrationis bona patris tacitè obligata habent. l. 6. §. 4. C.

de Bonis, quæ liber. §. l. 8. §. fin. C. de secund. Nupt. V. Liberi prioris matrimonii idem tacitum pignus habent in bonis patris, vel matris ad secunda vota transeuntis. l. 6. §. 2. §. l. 8. §. 4. C. de secund. Nupt. Probabilius tamen nec isti, nec pupilli, nec minores hypothecam istam habent in bonis hæredum, patris, tutoris, aut curatoris, quia, dum per expressam conventionem bona istorum obligantur, bona hæredum non comprehenduntur, l. 29. ff. de Pignorib. idèò multò minus in tacito pignore continebuntur. arg. l. 3. ff. de R. C. Et hæ recensitæ tacitæ hypothecæ intuitu personæ constituuntur.

Ratione rei tacitæ hypothecæ nexus 7 obligatæ sunt locatori prædii Urbani omnia à conductore innecta, & illata, eo tamen animo, ut perpetuo ibidem sint, pro pensione scilicet, & deterioratione rei locatae, et si locator ea illata esse ignoraverit. l. 5. C. locat. l. 4. ff. de Pat. l. 2. §. 2. seqq. ff. in quib. caus. Et hoc obtinet tam in secundo, quam primo conductore, ut illius bona non minus, quam istius, postquam innecta sunt, tacito pignore affecta sint. l. 11. §. 5. ff. de Pignerat. att.

Aliud dicendum de illatis in prædium rusticum, quæ aliter locatori non obligantur, nisi sciat esse illata, & insuper expressa conventione illa fuerint hypothecata, id quod probo ex §. 3. L. de interd. ubi clarissime habetur, interdicto Salviano uti dominum fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset. Accedit Textus in l. 4. ff. in quib. caus. pign. ubi illata quidem in prædium urbanum pignori esse dicuntur, quasi id tacitè convenerit, in rusticis prædiis contrà ob-

(E e)

jer-

servatur. Idem colligitur ex l. 7. ff. d. t. à sensu contrario, nam dicuntur ibi *fructus* in prædiis *rusticis* nascentes, tacitè obligari domino fundi locati, etiam si nominatim id non convenerit: ergo *illata* non obligabuntur, nisi nominatim convenerit. Hinc occasione hujus legis ratio differentiæ inter prædia *rustica*, & *urbana* nullo negotio redditur, quod scilicet in illis per *fructus* tacitè obligatos sufficienter cautum sit locatori; non item in ipsis, ubi *fructus* non nascuntur. Ex quo facile concicies, quod *illata* à colono coloni primo locatori obligata non sint (id quod paulò ante de inquilino inquilini concessimus) eo ipso, quod *illata* primi coloni citra expressam conventionem non oppignorentur. *l. 27. §. 4. in fin. ff. de Pact.*

9. Verum hæc nostra assertio non ubique applausum invenit. Opponitur enim nobis *I. l. 5. C. de locat.* ubi dicitur, certi juris esse, ea, quæ voluntate dominorum coloni in feudum conductum induxerunt, pignoris jure dominis prædiorum teneri, in *urbanis* verò domini scientiam necessariam non esse: ergo etiam in *rusticis* non requiretur expressa conventione ad hoc, ut *illata* obligentur, sed sufficiet sola scientia & voluntas domini. Ad hoc Resp. voluntatem hinc sumendam esse pro conventione *juxta d. l. 4. ff. in quib. caus. pign.*

10. Opponitur *II. l. ult. C. in quib. caus.* ubi omnia *illata*, & *invecta* tacitè locatoribus obligata dicuntur sine ulla distinctione prædiorum, num illa *rustica*, vel *urbana* sint. Resp. cit. *l.* explicationem, & illustrationem sumere ex *LL. supra citatis.*

Opponitur *III. l. 7. ff. in quib. caus. 11* ubi in *princ.* ubi Pomponius agit de prædiis *rusticis*, & tamen in fine ejusdem legis dicit omnia *illata*, ut ibi sint, pignori esse: ergo nec in prædiis *rusticis* speciali conventione opus est, sed eo ipso, quod invehantur, eo fine, ut ibi sint, jam obligata erunt. Resp. *princ.* illius *l.* loqui de prædiis *rusticis*, fin. verò de *urbanis*, quod utique novum non est in jure, ut una lex de diversis loquatur. Ne verò hoc gratis, & sine fundamento dixisse videamur, rationem nostræ interpretationis redimus, quod in *princ. d. l. Juris-Consultus* dixerit, in prædiis *rusticis* *fructus* ibi natos tacitè intelligi pignori esse: ergo prudenter inferimus, eundem pignoris onus ad alias res præter *fructus* extendere noluisse.

Opponitur *IV. l. 3. ff. in quib. caus. 12* pign. ubi dicitur, quod *illata* in *horreum*, *diversorium*, & *aream* tacitè obligentur. Resp. *horreum* ibi sumi, sicut *diversorium*, & *aream*, adeoque pro prædio *urbano*, in quo merces recordantur *juxta l. 7. 4. ff. de contrah. empt. & l. 5. 5. ff. locat.* & adhuc clarius *juxta l. 3. §. 2. ff. de Offic. Prefat. Vigil.* ubi expressè dicitur, *homines pretiosissimam partem fortunarum suarum in horreis reponere.* Itaque nostra Conclusio tantum procedit de prædiis *rusticis* *fructus* ferentibus.

Opponitur *V. §. 7. Inst. de Action. 13* ubi res coloni pignoris jure domino prædii obligari dicuntur sine distinctione. Resp. intelligentum esse de expressa conventione *juxta alias* jam *cc. ll.*

Regula de illatis in prædium *urbana-*
num

num in casibus particularibus nonnullas patitur difficultates, hinc mox

14 Quæritur I. An libri studiosorum in Musæum conductum illati tacitè oppignorati censeantur? Respondeo probabilius negativè, quia obligatione generali non continentur, quæ quis verosimiliter in specie obligaturus non fuisset. *l. 6. ff. de Pignorib. & arg. l. 8. juncta auth. agricultores C. quæ res pign. oblig.* ubi instrumenta ad agriculturam pertinentia excipiuntur. Nec enim minor virorum litteratorum, quæm rusticorum in republica necessitas videtur, unde sicut rusticus sine suis instrumentis, ita studiosus sine libris parum efficiet juxta illud:

Haurit aquam cribro, qui discere vult sine libro.

Quod tamen DD. communiter ita limitant, si alia bona non reperiantur, tunc enim & rusticorum instrumenta, & studiosorum libri à pignoris onere eximia non sunt. Vid. Colerus de Process. execut. part. 2. cap. 3. n. 147. Stryck. ad tit. de Pignor. §. 16.

15 Quæritur II. An merces, quas mercator importat in domum conductam, ut eas successivè postea distrahat, tacitè obligatae censeantur? Resp. eas non quidem in specie, sed in genere, quantum venditis alia semper substituuntur, obligatas esse per *l. 34. ff. de Pign.* Unde, si illas mercator distraherit, cefabit pignus in distractis, durabit verò in substitutis *d. l. 34. & arg. l. 13. ff. eod.* ubi idem dicitur de grege successivè mutato.

16 Quæritur III. An nomina debitorum, seu instrumenta obligationum quæ quidem expreßè oppignorari

posse, constat ex *l. 4. C. quæ res pign.*) illata in domum conductam tacitè oppignorata sint? Resp. probabilius mihi videri, non esse oppignorata, quia non eo animo inferuntur, ut perpetuò maneant, dum scilicet durat locatio, sed tantum usque dum solvatur debitum. *Arg. l. 86. ff. de Legat. 2.*

Quæritur IV. An res *Minoris* abs-¹⁷ que curatoris autoritate in prædium urbanum illatae nexu pignoris tacitè sint affectæ? Resp. affirmativè tum quod exemptæ non inveniantur, tum quod lex ipsa hanc hypothecam inducat citra factum curatoris, unde decretum legis sufficere videtur *arg. l. 7. §. 1. ff. de reb. eor. qui sub tut.*

Objicies I. Taciti, & expressi ea-¹⁸ dem est ratio *l. 3. ff. de R. C.* atqui res *Minoris* expressè obligari nequeunt sine interventu Curatoris, ergo neque tacitè. Resp. distinguendo antecedens, nisi jura aliud in tacito, aliud in expresso definiant, concedo; secus, uti hic, ubi hoc ipso, quod legis autoritate omnia illata tacitè obligantur locatori, & ab hac Regula *Minores* expressè non excipientur, de tacito aliud definitum fuisse censebitur, quæm de expresso, præsertim quod in tacito pignore legis authoritas interveniat, non etiam in expresso.

Objicies II. Res *Minorum* sine decreto Magistratus, & causa cognitione obligari non possunt. *l. 12. C. de administr. tutor.* Resp. expressè concedo, tacitè nego. *Arg. l. 11. §. 4. ff. de Minor.*

Quæritur V. An ratione dotis hy-¹⁹ potheca tacita constituta sit? Resp. affirmat. & quidem marito ratione dotis promissæ in bonis promittentis, &

E e 2

uxo-

uxori in bonis mariti, vel alterius, qui dotem accepit, ut præstita restituatur. *l. un. §. 1. C. de rei uxor. aſt.* Idque extenditur etiam ad augmentum dotis *l. 8. C. de jur. dot.* & *Novell. 97. cap. 2.* nec non ad bona paraphernalia, quorum administratio marito relicta est, quia eadem ratio etiam in his militat, nam alios ansa daretur maritis, negligentius ea administrandi, culpásque in administratione *dotis* admissas in *parapherna* conjiciendi. Ita cum Panorum ad *cap. 5. b.t. num. 8.* & Covarruv. *lib. 1. var. resol. cap. 7. n. 1.* Mynsinger, Berlichius, & alii. Quin imo legale hoc pignus spectare quoque ad *donationem propter nuptias* censem Gail. *lib. 2. obſerv. 83.* Brunnem. per *l. 29. C. de jur. dot.* Covarruv. & alii.

Cæterum ad premium ex re *dotali* vendita legitimè redactum, & alteri mariti debitori solutum probabilius pignus *tacitum* non extenditur, quia hoc abſterrere merito contrahentes cum maritis. Nec etiam ad dotem confessam, sive cautam tantum, & nondum numeratam, quia Privilegii hujus ratio in ea non obtinet, ut scilicet sua dos salva sit uxori, cum nullam dederit. Nec attendendum, quid scripteſit, vel confessus sit maritus, sed quod actum, & traditum est. *l. 1. C. de dot. caut. l. 12. C. qui potior. in pign.*

Præterea jus hoc *tacite* hypothecæ uxori competens etiam ad hæredes transit, imo & ad *cessionario* sive eum, cui actio dotis cessa fuit, quia hoc jus potius rei, sive conservandæ doti, quam personæ datum censetur. *l. un. §. 1. C.*

de rei uxor. aſt. & arg. l. 6. & 23. ff. de hæred. vel aſt. vend. quanquam contrarium defendi ab aliis non nesciamus per §. 29. Inst. de aſt. l. 12. C. qui pot. in pign. Nov. 91. princ. & cap. 1.

Quæritur VI. An tacita hypotheca legatarii & fideicommissarii particularibus tam in bonis testatoris, quam ejus hæredum constituta sit? Resp. quoad bona testatoris affirmativè. *§. 2. Inst. de legat. l. 1. C. commun. de legat.* Quoad hæredis bona negativè, nisi fortè hæres à die mortis defuncti, & aditæ hæreditatis post sex menses legatum non solverit, tunc enim missionem in bona hæredis petere, & ita pignus prætorium consequi poterunt. *l. 6. C. ut in possess. legat.*

Quæritur VII. An iis quoque, qui ad refectionem vel restorationem ædificii pecunias crediderunt, hypotheca tacita in bonis debitoris constituta sit? Resp. affirmat, per *l. 1. ff. quib. in caus. l. 24. §. 1. ff. de rebus auth. jud. possid.* idque ob reipublicæ decus, cuius interest, urbem ruinis non deformari *l. 2. §. 17. l. ult. ff. ne quid in loc. publ.* Quapropter, cum è re reipublicæ non æque sit, nova ædificia extruere, quam vetusta restaurare, cessat ratio hoc privilegium indulgendi creditoribus pecunias mutuas dantibus pro construendo novo ædificio. Accedit Textus expressus in *l. 17. C. de Pignor.* ubi ad similia specialis, vel generalis expressa obligatio, sive conventio requiritur. De feudis an tacitum pignus recipient, latè examinat Stryck. ad tit. *quib. mod. pign. tacit. §. 21.* & plur. seqq. quem consule.

§. II.

Quinam Pignus constituere, & accipere? Et quæ res oppignorari possint?

S U M M A R I A.

22. Regula cum quibusdam illationibus circa eos, qui pignus constituere possunt, ponitur. 23. Qui pignus accipere valeant, itidem generali quadam Regula determinatur. 24. Potest acquiri per personas nostræ potestati subjectas. 25. Quæ res pignori dari possint, rursus generali Regula definitur. 26. A qua excipiuntur res sacre, & spirituales, nisi urgeat necessitas, aut gravis indigentia pauperum. 27. Item jus Patronatus seorsim consideratum. 28. Possunt tamen oppignorari nomina. 29. 30. An feudum & emphyteusis oppignorari possit? Resolvitur 31. res aliena regulariter oppignorari nequit. 32. Fallit in pluribus casibus, qui enumerantur. 33. Quid eo casu, si dominus rei oppignorate fiat heres debitoris oppignorantis? 34. Quæ aliae res pignus non ferant, recensentur. 35. Res semel oppignorata iterum oppignorari potest, servatis tamen quibusdam cautelis. 36. Quæ bona ad hypothecam tum generalem, tum specialem referantur? 37. Quid inter utramque speciem interficit?

22 **P**ignus constituere possunt, qui liberam rerum suarum habent, administrationem, & contrahendo res suas obligare possunt. l. 18. §. ult. ff. de Pignorat. act. & l. 6. C. si alien. res pign. Ex qua Regula

Inferes I. Filiisfamilias, quibus libera peculii administratio concessa est, pignoris quoque constitutionem permissam esse d. l. 18. §. ult. & l. 14. §. 1. ff. de R. V.

Inferes II. Tutorem, si lege non refragante rem pupilli pignori dederit, intellige mobilem, nec pretiosam, quæ servando servari possit, tuendum esse, si scilicet in rem pupilli pecuniam accepit. l. 3. C. si alien. res pig. dat. quod etiam ad curatorem furiosi, vel adolescentis extenditur. l. 16. ff. de Pignorat. act.

Inferes III. Procuratorem, si mandatum speciale aut generalem honorum

administrationem habeat ab eo, qui sub pignoribus mutuas pecunias accipere solebat, pignus constituere posse. l. 11. §. fin. & l. 12. ff. de Pignorat. act. aut si ignorante quidem domino, & sine mandato cum libera, sciente tamen creditore mutuum acceperit dato pignore, idque in utilitatem domini versum fuerit. Poterit creditor pignus tamdiu retinere, quoad ipsi satisfactum fuerit, faltem ià tantum, in quantum probare potuerit pecuniam mutuo datum in utilitatem domini versam esse. l. 1. C. si alien. res.

Inferes IV. Eum, qui bona Reipublicæ administrat, & mutuam pecuniam pro ea accipit, posse res ejus obligare. l. 11. princ. ff. de Pignor. Quid Prælati possint circa constitutionem pignoris in rebus Ecclesiæ, jam in tit. de reb. Eccles. alien. num. 26. discussum fuit.

E e 3

De

23 De iis, qui pignus accipere possunt, eadem procedit Regula, quod scilicet illi duntaxat pignus accipere valeant, qui se contrahendo obligare possunt, & ideo, cum pupillus se solo libere contrahere nequeat, etiam eidem pignus constitui nequit, & hoc optimaratione. Nam, esto creditor accipiendo pignus conditionem suam meliorem facere videatur, metuere tamen habet, ne actione pignoratitia pulsetur. Et ideo scripsit Modestinus in l. 38. ff. de Pignorat. ad. Pupillo capienti pignus propter metum pignoratitiae actionis necessaria est tutoris authoritas.

24 Pignoris obligationem non tantum per nosmetipsos, sed & personas nostras potestati subjectas acquirimus, ut filios, & servos t.t. Inst. per quas person. nob. oblig. non autem per liberas, veluti Procuratores. l. 11. §. penult. ff. de Pignorat. ad. l. 1. C. per quas person. nob. acquir. nisi nostro nomine pecuniam dantes pignus acceperint. l. 2. C. eod. itaque res procuratori taliter oppignorata nec ipsis, quia pignoris obligacionem acquirere noluit, nec domino, cui acquirere non potuit, obligatur. d. l. 11. licet pignoris nobis obligati possessionem per procuratorem acquirere possimus. d. l. 11. §. penult.

25 Circa res, quae pignori obligari possunt, etiam Regulam quandam generali in l. 9. ff. de Pignor. l. 1. §. 2. ff. que res pign. oblig. positam reperimus, quod scilicet omnis res vendibilis oppignorari possit. Forte Juris-Consulti in dd. 22. dicere voluerunt, quod omnis res illa oppignorari valeat, quae in commercio humano existit, & alienari potest, in hunc enim finem datur pignus, ut

debito non soluto distrahi possit t.t. ff. & C. de distract. pign.

Ex qua Regula statim liquet, quod res sacræ, spirituales, eò, quod vendi respuant, etiam pignore se gravari non patientur, veluti autem casus necessitatis, aut gravis indigentia pauperum eas alienabiles, & vendibiles reddit, ita etiam oppignorabiles, id tamen discrimen inter venditionem, & oppignorationem rei sacre advertit Panormitanus in cap. 1. b.t. num. 3. & Gonzalez ibid. num. 11. quod vendi non possint, nisi confractæ, oppignorari vero etiam integræ, quia scilicet per emptionem dominum cum ipso rei usu transfertur in emptorem, at per pignoris constitutionem causa dominii non mutatur l. 35. §. ult. ff. de Pignerat. ad. l. 9. C. eod. l. 12. ff. de distract. pign. nec potest creditor sine vitio furti uti re pignorata l. 54. princ. ff. de furt. id quod Gonzalez confirmat terribili quodam exemplo ad cit. cap. 1. n. 11. ubi vide. Praeterea ex Panormit. ad cit. cap. num. 4. duo adhuc notabis, I. quod res sacræ laico oppignoratae potius detineri ab eo, donec debitum solutum fuerit, quam propriè oppignoratae censeri debeat, & hoc ideo, quod Laicus in re sacra jus reale acquirere non possit. l. 3. C. que res pign. Deinde inter res sacras, & alias Ecclesiasticas hæc intercedit differentia, quod illæ non nisi ex casu necessitatis, hæc vero etiam propter utilitatem Ecclesiæ oppignorari, imo & vendi possint. Vid. Gonzalez ad cap. 1. b.t. num. 13.

Secundò oppignorari nequit Jus 27 Patronatus solitariæ & seorsim spectatum cap. 18. de Sent. & re jud. aliud, si

accessorie veniat, ubi oppignorato ca-
stro etiam illud in consequentiam op-
pignoratum censetur, & hoc ideo, quod
hoc jus utpote *spirituale* humanum
commercialium effugiat. Ex qua simili-
ter ratione homo *liber* aptum pignoris
objectum esse nequit *cap. 2. b.t. l. 12.*
C. de O. & A. l. 6. C. quæ res pign. ex-
plicatius de utroque Molin. *tom. 2. di-*
sp. 530. n. 1. Gonzalez ad *cap. 2. b.t.*
num. 4.

²⁸ Nomina, sive debita pignorari pos-
se constat ex *l. 13. §. 2. ff. de Pignorib.* &
quidem, si debitum pecuniarium fue-
rit, idque creditor exegerit, fiet pecu-
niæ dominus, & cum debito suo com-
pensabit; secùs si nomen pecuniarium
non fuerit, corpus in pignus retinebit.
l. 18. princ. ff. de Pignerat. a. t. Unde in
tali casu creditori, cui nomen oppigno-
ratum est, datur actio pigneratitia *uti-
lis* contra debitorem debitoris sui, in
quantum scilicet sibi debetur, & in
quantum ille debitoris debitor oppi-
gnoranti debet. *l. 4. C. quæ res pign.*
Tulden. ad C. d.t. n. 1. An, & quomo-
do servitutes oppignori possint, proli-
xius tradunt Civilistæ, tu præ aliis
consule Clariss. D.D. Peregrini *Inst. b.t.*
num. 28. ubi Marciani in *l. 11. §. fin.*
& Pauli in *l. 12. ff. de Pignorib.* pugnan-
tes Sententias subtili interpretatione
conciliat.

²⁹ An *feudum*, & *prædium emphyteu-
ticum* oppignorari possit? Quæstio tam
plana non est. Sunt enim, qui utrum-
que affirmant, alii ex opposito, qui
utrumque negant, alii denique, qui
pignus in *emphyteusi*, non etiam in *feu-
do* admittunt. Patronos discordantium
harum opinionum nominatos reperies
apud Knipschildt *de Contrat. exercit. 5.*

quest. 2. §. 4. Ego de hypotheca in
feudo sic sentio, ut illa quidem à Va-
sallo absque consensu domini constitui
possit, eo tamen duntaxat effectu, ut
fructus feudi afficiat, non etiam ipsam
feudi substantiam, ad quam oppigno-
randam Vasallus procul dubio consen-
su domini *directi* opus habet per Tex-
tum in *tit. 55. feud. 2.* Vid. Stryck. ad
tit. *quæ res pign. oblig. §. 3.*

In *Emphyteusi* pignus eatenus lo-³⁰
cum habere existimo, quatenus domi-
ni *directi* jus salvum manet, hoc est, ut
pignus tamdiu duret, quoad jus dato-
ris sive *emphyteutæ* durat, si vero jus
eius resolvatur, pignus quoque evane-
scat, quia *Regula Juris* est, quod resolu-
to jure dantis, resolvatur jus accipien-
tis. Et hoc videntur probare Textus
in *l. 31. ff. de Pignor. l. 16. & seq. ff. de*
Pignerat. a. t. non repugnante *l. fin. C.*
de jar. emphyt. aut *l. ult. C. de reb. alien.*
non alien.

Quid autem de re *aliena*, num illa,³¹
sicut vendi, ita oppignorari potest? Re-
sponsio in *Regula* est negativa. Tex-
tus aperti in *l. 2. ff. de Pignerat. a. t. l. 1.*
*2. 6. & 7. C. si aliena res ratio reddi-
tur, quod nemo possit alteri jus consti-
tuere in re, in qua ipse jus nullum ha-
bet. l. 6. C. quæ res pign. l. 54. ff. de R. J.*
Quod vero res aliena vendi, non verò
oppignorari possit, duplex disparitatis
ratio redditur. I. Quod major sit ne-
cessitas *Contractus* *emptionis*, quām
pignoris, & idē ibi res aliena vendi
permittitur, non etiam pignori dari.
II. Venditor tantum suam personam
obligat pro *evictione*, pignorans rem
ipsam, ita, ut, si debitor non solverit,
creditori liceat eam vendere, quod satis-
fiat debito suo: prius ergo facile ad-
mit-

mittitur, rem verò alienam realiter sine consensu domini obligare nemo potest. *d. l. 54. ff. de R. J.* Nec ex eo tibi persuasum eas, pignus in re aliena subsistere, quod facta etiam oppignoratione rei alienæ utrinque nascatur actio, ex parte dantis *l. 9. §. penult. ff. de Pignerat. act. & l. 22. §. 2. ff. eod.* ex parte accipientis *l. 16. §. 1. & l. 37. ff. eod.* Resp. nasci obligationem & actionem personalem, non verò realem, quæ supponit *jus in re*, illud novum non est, ut patet in emptione rei alienæ *arg. l. 34. §. 3. ff. de contrah. empt.*

32 Dixi, in Regula Conclusionem nostram procedere, quæ porrò in sequentibus casibus fallit. I. Si domini voluntas accedit, aut ratihabitio sequatur, quæ retrò ad tempus contractus oppignorationem convalidat. *l. 16. §. 1. ff. de Pignerat. act.* II. Si dominus sciens, adeoque in fraudem creditoris permittat rem suam obligari. *l. 2. C. si alien. res.* III. Si sub ea conditione à debitor data sit, cùm dantis facta fuerit *l. 16. §. 7. ff. de Pignerat. act. & l. 7. §. 1. ff. qui potior. in pign.* licet autem debitor tali casu spe sua deinde caderet, non tamen teneretur aliam rem substituere, quia creditor in pignus quasi conditum consentiens deceptus dici nequit. IV. Si res pignoranti jam quidem debita quia v. g. donata, nondum tamen tradita est, pignus valebit *l. 1. princ. ff. de Pignerat. act. l. ult. §. de Donat.* V. Si debitor postmodum ejus rei dominus fiat, veluti si hæres scribatur. *l. 41. ff. de Pignerat. act. l. 5. C. si alien. res.*

33 An autem vicisim, si dominus rei, quam debitor oppignoravit, fiat hæres filius debitoris, pignus, quod ante fuit

rei alienæ, tunc convalescat, ita, ut creditori hypothecaria saltem utilis contra dominum rei pignoratæ detur, dubitari potest. In *l. 22. ff. de Pignerat. act.* videtur affirmari, quod scilicet, et si pignus directè non convalescat, utilis tamen pigneratitia detur. Negativam suadet *l. 41. ff. de Pignerat. act.* Communior interpretatio (licet aliqui aper tam antinomiam agnoscent) dari solet, quod *l. 22.* loquatur de *Pigneratitia in personam utili contraria, l. 41.* verò de actione in rem *hypothecaria*, adeoque tali casu pignoratitia creditori competit, qua agat contra debitoris hæredem, ut rem à defuncto debitore obligatam patiatur pignori esse, utpote qui defuncti facta præstare teneatur. *l. 194. ff. de R. J. l. 14. C. de R. V.* Ratio autem, cur in casu, quo rem alienam oppignorans debitor domino succedit, *utilis hypothecaria* creditori detur, non item, si dominus debitori succedit, juxta *d. l. 41.* hæc assignari potest, quod priori casu opponens exceptionem rei alienæ, possit replicatione doli, & mendacii repellere; talis enim replicatio non possit objicere domino, qui succedit debitori. Et licet hæres alias teneatur actionibus hæreditariis nomine defuncti. *Nov. 48. in fin. præfat.* id tamen intelligendum est de actionibus hæreditariis in personam *tt. C. de hæred. act.* non verò de *hypothecaria in rem l. 17. ff. de Pignerib. l. 18. C. eod.* Vid. Harprecht ad *tit. Inst. Q. M. R. C. O. §. 4. num. 167.* ubi Textus quosdam contrarios dictis conciliat.

Inter res oppignorari prohibitas ³⁴ etiam referuntur res litigiosæ & quidem de rebus mobilibus expressus Textus est in *l. 1. §. 2. ff. quæ res pign. quam*

quam Constitutionem Haunold. etiam extendit ad *res immobiles* juxta tit. *C. de litigios.* quia nec istae vendi possunt. Contradicit Bachov. ad vol. 2. def. 1. thes. 5. *Lit. D.* Item instrumenta ad agriculturam spectantia l. 7. § 8. *C. quæ res pign. oblig.* adeò quidem, ut si pignoris loco à possessoribus auferantur, pœna quadrupli, & infamia capientes mulcentur. *Auth. agricultores C. eod.* quod etiam AA. communiter extendunt ad libros studiosorum, illos intellige, quibus in addiscendis iis disciplinis, ad quas impræsens incumbunt, opus habent.

35 Demum res semel oppignorata de novo oppignorari potest à creditore, & ejus hærede, non tamen pro majori quantitate, quæm ei fuerit obligata à primo debitore. *l. 1. § 2. C. si pign. dat.* ita tamen, ut resoluto jure pignoris per solutionem debiti ex parte primi creditoris resolvatur etiam jus secundi d. l. 2. § l. 31. ff. *de Pignor.* quo casu secundus creditor primum creditorem, sive debitorem suum pro substituendo alio idoneo cogere potest. Ultra tres vices pignus alteri dari non posse ad vitandum processum in infinitum; notat Panormit. in cap. 6. b. t. n. 5. § 7. arg. cap. 2. *de Rescript.* in 6. Quòd si fructus percepti à primo creditore cum fructibus perceptis à secundo extinguant debitum principale primi creditoris, tunc secundus tenetur restituere rem oppignoratam, et si ipse totum suum debitum ex fructibus pignoris non receperit. per l. 2. *C. si pign. pignor.* Idem Panormit. d. l. n. 5.

36 Cum num. 5. b. t. hypothecam diviserimus in *generalem*, & *specialem*, hinc jam queritur, quæ bona ad utram-

que speciem referantur? Respond. sub hypotheca generali comprehendunt omnia bona tam præsentia, quæm futura, & post pignus constitutum quæsita, ita, ut sub oppignoratione *mobilium* & *immobilium* etiam *nomina* veniant, non quidem ex proprietate verborum, sed ex præsumpta contrahentium voluntate. *Arg. l. ult. C. quæ res pignor. oblig.* Excipiuntur tamen res maximè necessariae, quas quis verosimiliter obligaturus non fuisse, ut sunt vestes quotidianaæ, lecti, supellex. Instrumenta artis, & opificii l. 6. 7. § 8. ff. *de Pignorib.* & quæ iis æquiparantur, libri studiosorum. *Arg. dd. LL.* item bona ab hærede oppignorantis quæsita l. 29. ff. *de Pignor.* Interim, dum dicimus, quod Pignus generale omnia bona debitoris afficiat, hoc ita accipendum est, ut ultra quantitatem debiti non extendatur. Ad hypothecam *specialem* referuntur etiam ea, quæ rei obligatæ in consequentiæ accident, veluti per alluvionem l. 16. ff. *de Pignor.* consolidacionem ususfructus cum proprietate l. 18. §. 1. ff. *de Pignorat.* act. fructus prædiorum, foetus pecorum, & partus ancillarum l. 26. §. fin. & l. 29. §. 1. ff. *de Pignor.* l. 1. *C. de part. pign.* l. 3. *C. in quib. caus.* uti & ædificium areæ obligatæ superædificatum l. 16. §. 2. § l. ult. ff. *de Pignor.* l. 21. ff. *de Pignerat.* act.

Illud porrò circa utramque hypothecam speciem notandum est, quod unifacta, & constituta non impedit, quominus etiam alteri constitui possit, supposito, si plurium debitis exsolvendis sufficiat, quia tunc neuter creditor læditur. l. 36. §. 1. in fin. ff. *de Pignerat.* act. si vero utriusque debito non sufficiat, (F f) ce-

ceret, tunc sine consensu prioris creditoris obligari non posset. Quodsi subinde debitor rem eandem uni jam hypothecatam alteri, constituta prioris hypothecae ignaro, obligasset, eidem

actione hypothecaria personali tenetur, ut aliam rem sufficientem substituat, imo etiam crimen stellionatus se obstringeret. l. 16. §. 1. ff. de Pignor. action.

§. III.

De Pactis Contractui Pignoratitiae adjici solitis.

SUMMARIUM.

38. *Duplex pactum solet pignoratitio Contractui adjici, legis nimirum commissorie, & Antichresticum, utriusque iustitia examinatur.* 39. *An pactum legis commissorie juramento firmari queat?* 40. *Quid discriminis, quod hoc pactum emptioni venditioni secure adjici possit? Expuncta quadam objectione responderetur.* 41. *Quid sit pactum Antichresticum? de Jure Civili sustinetur tanquam iustum sub variis AA. distinctionibus.* 42. *Reprobatur à Jure Canonico.* 43. *Exceptis tribus casibus.* 44. *Quid fortis nomine veniat?* 45. *Pactum Juris non reluendi similiter iniquum ostenditur. De aliis pactis licitis remisive.*

Duo præcipue pacta sunt, quæ nonnunquam Contractui Pignoratitio adjici solent, videlicet Pactum Legis Commissorie, & Pactum Antichresticum. De utriusque iustitia jam indagandum erit. Est vero Pactum Legis Commissorie, quando inter creditorem, & debitorem convenit, ut, debito definito tempore non soluto, pignus creditori in commissum, vel solutum cedat. Hoc pactum regulariter est injustum, eo quod nimiam complectatur inæqualitatem, cum pluris communiter valere soleat res oppignorata, quam sit in credito, & præterea creditores, pecunia indigentes, facile in pactum quocunque consentiant, unde justissime hoc pactum non tantum à SS. Canonibus in cap. 7. b. t. sed etiam ab Imperatore Constantino in l. 3. C. de Pact. pign. ita reprobatum fuit, ut in

posterum omnem ejus memoriam aboleri voluerint. Duxi hoc pactum regulariter esse injustum, nam si ita convénit, ut res oppignorata, debito in destinatum tempus non soluto, justo pretio creditori sit empta, nihil iniquitatis habet, ideoque non reprobatur l. 16. §. fin. ff. de Pignor. l. 1. C. de Pact. pign. Panormit. ad cap. 7. b. t. n. 6. & in hoc sensu etiam exponi debent Textus in l. fin. princ. ff. de contrah. empt. l. 34. ff. de Pignor. act. l. 12. ff. de diffract. pign. l. 1. & 13. C. de Pign.

Quæres: An Pactum Legis Commissorie in primo significatu acceptum juramento firmari & revalidari queat? Resp. negative cap. 7. b. tit. quia juramentum non est vinculum iniquitatis cap. 1. de jurejur. in 6. & quia tale pactum in odium creditoris infirmatur. Interim debitor, cum ex parte ipsius ini-

iniquitas pacti non versetur, juramentum ex virtute Religionis servare teneatur: nec enim malum involvit, rem suam minori pretio penes alium relinquere, ut de solutione usurarum in cap. 6. de *Jurejur.* definitum est. Poterit tamen debitor, obtenta juramenti relaxatione, & debito soluto, rem oppignoratam rursus repetere; imo & haeres ejus, etiam non impetrata relaxatione, cum hoc juramentum, utpote *personale*, ipsum non stringat. Panormit. in cap. 14. de *Jurejur.* n. 3. Gutierrez de *juram. part. 1. cap. 33. n. 3.* Gonzalez ad cap. 7. b. t. n. 11. Gail. lib. 1. observ. 27. n. 3. Quin, si debitor justo impedimento detentus solutionem debiti praestare non potuit (prout ponitur *casus* in d. cap. 7. b. tit.) tunc is etiam non petita juramenti relaxatione, rem oppignoratam repetere valebit, quia perjurus non censetur, qui juramentum non servat, quod non potest. Panormit. ad cit. cap. 3. num. 3. Zoëf. b. t. n. 6.

40 Petis: ut quid ergo pactum *Legis Commissoriæ* citra injuritiam contractui *emptionis* adjici potest? Resp. breviter, quia cessat illud periculum inæqualitatis, ob quod in pignore reprobatur.

Dices: in l. 38. ff. de *Minor.* Imperator Antoninus hoc pactum etiam in *venditione* improbat. Resp. id non generaliter intellexisse Imperatorem, sed tantum in specie legis illius à Paulo relatæ propter avaritiam venditoris, ut scilicet soluta parte pretii, si intra duos menses reliqua pars non numeraretur, fundus esset inemptus juxta l. 4. f. 1. & l. 6. ff. de *leg. commiss.* & insuper pars pretii soluta venditoris lucro cederet,

quod utique usurarium est. Gonzalez ad cap. 7. b. t. n. 11.

Alterum pactum, quod simili censura vapulat, saltem de *Jure Canonico*, vocatur *Pactum Antichresticum*, estque illud, quo inter creditorem, & debitorem convenit, ut interim, dum debitum solvatur, creditori re oppignorata uti, & loco usurarum fructus inde percipere liceat. l. 11. f. 1. ff. de *Pignor.* Hoc pactum Juri Civili invisum non est, ut constat ex l. 1. f. 3. ff. d. t. l. 23. ff. de *Pignerat.* a. t. in l. 14. & 17. C. de *usur.* accedit ratio, quæ hoc pactum cohonestare videtur, quod scilicet fructus rei oppignoratae non percipiuntur ut *usufræ*, sed in compensationem usurarum, ut, sicut debitor fruitur commodis pecuniae, ita æquum sit, ut creditor vicissim in vicem compensationis fructus rei pignoratae retineat. In hoc verò hujus Juris interpres laborant, an eo quoque casu pactum *Antichresticum* subsistat, quo fructus modum legitimum usurarum excedunt? Alii simpli- citer negant per cit. l. 1. f. 3. ff. de *Pign.* Vid. Echold ad b. tit. ff. f. 5. Alii ita distinguunt, ut, si fructus sint certi, quidquid usurarum modum excedit, in sortem imputari debeat arg. l. 24. C. de *usur.* si verò sint *incerti*, modicum excessum propter incertum fructuum proventum lucro creditoris cedere. per l. 17. C. de *usur.* sed nec isti videntur indemnitati hujus pacti satis prospicere, contradicente l. 8. ff. in quib. caus. Alii aliter distinguunt, & dicunt, si res frugifera absque expresso pacto oppignorata sit, & fructus sint *incerti*, fas esse creditori ultra legitimum usurarum modum fructus percipere per cit.

l. 17. C. de Usur. nefas verò, si fructus sint certi, iisque legitimam usurarum, quantitatem transcendat. *d. t.* & hoc vocant pactum Antichrelis tantum. *Vid. Cujacius lib. 8. observ. cap. 17. & lib. 30. cap. 35. Pacius cent. 9. quæst. 55. Hunnius vol. 2. disp. 1. quæst. 37.*

42 *Contra hos omnes stat authoritas Juris Canonici, quod pactum Antichreliticum ab iniquitate aliter non absolvit, nisi fructus ex re pignorata percepti imputentur in sortem debiti principalis, sive deinde extent, sive consumpti sint, imò, et si percepti non sint, qui tamen percipi potuissent l. 3. C. de Pignorat. ait. uti dicetur infra, cum de culpa, ad quam tenetur creditor, agemus. Textus sunt in cap. 4. & 6. b. t. & cap. 1. & 2. de Usur. Ratio multiplex datur. I. Quia, licet creditor jus reale in pignore habeat, l. 17. ff. de Pignorib. dominium tamen illius penè debitorum manet l. 9. C. de Pignor. ait. & l. 35. ff. 1. eod. ergo fructus tanquam pars rei dominum, qui est debitor, sequuntur l. 44. ff. de R. V. II. Pignus non traditur creditori, ut ex eo lucrum capiat, sed, ut sibi ratione crediti idoneè caveatur l. 54. ff. 1. de furt. & ideo quodcumque fortuitum commodum vel incommodum ad debitorem pertinet. l. 21. ff. 2. de Pignorib. l. 19. C. eod. unde si creditor retineret fructus perceptos ex re pignorata, retineret aliquid ultra sortem, quam mutuo dedit, & per consequens usuram committeret: in effectu quippe nihil interest, an expressè quis sibi usuras stipuletur, num verò commodum fructuum, aut aliud compendium captet. l. 16. C. de Usur. Imò major pacti hujus, quam prohibendi fænoris propriè dicti ratio urget,*

nam in isto certis usurarum limitibus avaritia constringitur. *l. 16. C. de Usur. & l. 26. ff. 1. de Condit. indebit.* In isto verò, sicut fructus percipiendi plerumque incerti sunt, ita & lucrum, præsertim cum in hoc contractu pignora longè majoris valoris, ac debitum sit, tradi soleant. *Panormit. ad cap. 1. de Usur. num. 2. Covarruv. lib. 3. var. resolut. cap. 1. num. 3. & TT. communiter.*

Excipiuntur tamen tres casus, in quibus citra usurariam pravitatem creditor fructus rei oppignorata percipere, nec in sortem imputare tenetur. I. In feudo, si illud vasallus domino directo oppignoret, *cap. 1. de Feud.* quia, ut inquit Panormit. *ibid. num. 5.* hoc casu ex voluntate vasalli dominium utile interim consolidatur cum proprietate, & illius obligatio, qua domino tenetur, quoad feudum reluerit, suspenditur. II. In dote, si marito, donec solvatur, alia res frugifera oppignoretur. *cap. 16. de Usur.* Et hoc propter onera matrimonii facilis sustinenda. III. Si Clerico Ecclesia, quam in beneficium recepit, à Laico ejusdem possessore oppignoretur, potest pignoris fructus percipere, quia suum recipit, aut saltem hoc modo res reddit ad Ecclesiam. *cap. 1. de Usur.*

Cæterum sortis nomine, in quam fructus imputari jubentur, venit etiam *lucrum cessans, & damnum emergens,* suscepsum periculum, expensæ in custodiendum pignus, & colligendos fructus factæ, quia fructus non dicuntur nisi deductis expensis, *l. 7. ff. solut. matrim.* & quidquid à creditore jure æstimari potest. Verum de hoc adhuc plura suo loco ad tit. *de Usur.*

45. Vitium quoque illud pactum habet, quod vocatur pactum *juris non reluendi*, quo creditor sibi stipulatur, ut debitor pignus nunquam reluere possit. Hoc pactum cum in fraudem *l. fin. C. de Päd. pign. prohibentis legem commissariam* tendat, ac insuper debitorem ege-

state, & necessitate circumventum multo gravius premat, atque ulla usura, ideo merito proscribi meretur. Alia pacta *licita*, quae pignoribus adjiciuntur, exhibet Eckoldt ad tit. *de Pignoribus. s. 5.* & Clarissim. P. Böckhn *b. t. num. II.*

§. IV.

Quis sit effectus Pignoris, vel hypothecæ?

S U M M A R I A.

46. 47. *Pignoris effectus*, in quantum spectatur ut *contractus*, tam ex parte creditoris, quam debitoris recensentur. 48. *Effectus remotus* est *actio pigneratitia*, directa datur debitori, contraria creditori, utraque explanatur. 49. *An iuri luendi pignoris prescribatur*. 50. 51. 52. *Aliorum opiniones* referuntur. 53. *Nos* *banc questionem* *medio distinctionis* *resolvimus*, 54. *oppositioni* *occurritur*. 55. *Quando nascatur actio pigneratitia?* 56. 57. *Nos* *nasci* *ex contractu* *proxime ostenditur*. 58. *Instantia* *ab emptione* *enervatur*. 59. *Actioni pigneratitiae* *semel natae* *prescribitur*. 60. *Effectus pignoris*, *si consideretur ut species juris in re*, *enumerantur*. 61. *Quid circa distractionem pignoris judicialis jure cautum?* 62. *Quid juris, si pignus creditoris evincatur?* 63. *Actio serviana*, *et quasi serviana* *ad persequendum pignus* *introduta* *est*. 64. *cujus* *loco* *etiam interdicto Salviano* *agere* *licet*. 65. *Quo* *quandóque* *utilius* *est* *experiri*, *quandóque* *non*.

46. **E**ffectus pignoris, in quantum spectatur, ut *contractus*, consistit principaliter in obligatione, qua sibi mutuo adstricli sunt creditor, & debitor. Ille principaliter teneri dicuntur, & quidem ad rem pignori traditam sartam, & salvam conservandam, eamque, soluto debito, & quidem integro, per *l. 9. §. 3. ff. de Pignerat. act.* cum omnibus accessionibus, & fructibus restituendam, quo pertinet, quidquid per *alluvionem*, vel *accretionem* fundo oppignorato accessit. *l. 18. §. 1. ff. d. t.* Item thesaurus ibidem inventus, qui tamen pro dimidia parte creditoris compendio cedit jure inventio-

nis *l. 63. §. fin. ff. de A. R. D.* culpam juxta regularem naturam contractuum, qui utriusque utilitatem respiciunt, *levem* præstat creditor, *l. fin. f. quib. mod. re contrah. oblig. levissimam* etiam tunc, cum sua unius vertitur utilitas. *l. 13. §. fin. ff. §. l. 19. C. de Pignerat. act.*

Debitor vicissim devinctus est *47* ditori, sed minus principaliter, ad eum indemnum servandum, si forte rem alienam, vel vitiosam (etiam ignorans) pignori dedit. *l. 1. fin. l. 9. princ. l. 32. ff. de Pignerat. act. l. 16. §. 1. ff. eod.* Si impensas in conservationem pignoris necessarias, aut utiles fecit. *l. 8. princ. l. 25. Ff 3*

l. 25. ff. d.t. Aut, si rem jam alteri obligatam dedit, nisi res utriusque creditoris sufficiat. *l. 36. §. 1. ff. d.t.* In his casibus agit ad interesse creditor *l. 54. ff. de Fidejuss.* non tamen inepta erit ejus petitio, si aliud sibi petat pignus substitui, ut ut debitor solvendo sit. *l. 32. ff. eod.* Si damnum per culparum debitoris passus sit ex re oppignorata *l. 22. & seq. ff. d.t.* aut si fraudulenter pignus receperit, non soluto pretio, vel creditor ei precariò concessit. *l. 3. l. 22. ff. eod.* Boehmer. *Tract. de Action. Sect. 2. cap. 8. §. 36.*

48 Datur in hunc finem actio *pigneratitia*, & quidem *directa* debitori, ejusque hæredibus contra creditorem, & ejus hæredes ad rem oppignoratam cum omni causa (ut supra dictum) restituendam. Non prius autem illam mouere poterit, quam debitum omne fuerit solutum, aut eo nomine satisfactum. *l. 9. §. 3. l. 40. §. fin. ff. de Pigner. act.* quod tamen fallit in tribus casibus I. si pecuniam debitor in judicio offerat. *l. 9. §. 5. ff. d.t.* II. Si per creditorem stet, quominus solvatur. *l. 20. §. 2. ff. l. fin. C. d.t.* III. Si creditor pignore abutatur, tunc enim ad id, quod interest, debitor agere potest. *l. fin. princ. ff. d.t.* Knipschildt *Exercit. 5. de Pigner. n. 40.* Datur inquam hæc actio debitori, quamquam dominus is non sit. *l. 9. §. 4. ff. d.t.* Cùm nec prædoni denegetur *l. 22. §. 2. ff. d.t.* & quidem contra creditorem eo casu *utilis*, quo is tacitum pignus habet, vel *prætorium* ex immisfione. *l. 5. §. 11. ff. d.t. & l. 5. §. 21. ff. ut in possess. legat.* Boehmer. *cit. loc. §. 32.* Contra tertium non datur, quia *personalis* est, sed is *rei vindicatione*, aut *publiciana* convenientius est. *Con-*

dictio ex cap. 6. de Pignorib. merito à Boehmero *d.l.* repudiatur, quia Pontifex quidem actionem contra tertium possessorum indulget, eam tamen non determinat, unde illa accipienda est, quæ regulariter contra tertium dari solet, scilicet *rei vindicatio*, aut *Publiciana*. Quid ad *l. 40. ff. de Pignerat. act.* ex qua aliqui volunt, hanc actionem in rem scriptam esse, adeoque contra tertium dari, respondendum sit, vide Schilter. *Exercit. 26. §. 11.* Boehmer. *ad tit. de Constit. §. 72.* Actio pigneratitia contraria datur creditori, & ejus hæredibus ad indemnitatem consequendam.

Vexatissima jam exoritur quæstio: **49** An scilicet *juris luendi pignoris*, sive, ut alii (sed male) efferunt, *actioni pigneratitiae directæ* à creditore præscribi possit? Affirmativam propugnant primi subsellii authores, inter quos (ut alios recensere omittam) sunt Clarissimi, & respectivè Magnifici Facultatis nostræ trium viri P. Franc. Schmier *l. 1. tract. 2. cap. 4. num. 265.* D. D. Franz *ad h. t. f. num. 10.* D. D. Peregrini *ibidem num. 12.* quorum præcipue fundamentum est, quod omnes actiones iugi silentio 30. vel 40. annorum permanent, *l. 3. C. de Præscript. 30. vel 40. ann.* à qua lege actio pigneratitia immunitis non reperitur.

Sententia negans Doctorum *Metaphysicas* subtilitates non attendentium receptissima est, ut scribit Brunneman. *ad l. 9. §. 3. ff. de Pignerat. act. num. 8.* ubi DD. tam practicorum, tam theoricorum catalogum exhibet, eamque non modo praxi Camerae teste Gailio *lib. 2. observ. 18.* & Mynsingero *cent. 1. observ. 16.* sed passim etiam in tribuna-

libus Germaniae receptam, multisque præjudiciis confirmatam afferit.

52 Alii cum Hubero, ad tit. ff. Quib. mod. pign. n. ult. & Clariss. P. Böckhn ad h. t. num. 46. ita distinguunt, an nimis creditor semper sciverit, se rem jure pignoris possidere, num ignoraverit, vel negaverit esse rem pignoris nexus affectam, sed bona fide judicaverit esse suam (id quod in herede creditoris facile fieri potest) primo casu actionem pigneratitiam nullius temporis præscriptione perimi posse, benè verò altero casu. Fundamenta hujus sententiae vide apud laudatum Clariss. P. Böckhn num. cit.

53 Mihi hæc lis sic componi posse videtur, ut jus luendi pignoris nunquam, actio vero pigneratitia, ut debitum solutum est, præscriptionis exceptione elidi posse dicatur. Hæc assertio est bimembbris. Probatur quoad I. membrum argumento solidō, quod suggerit Illuſtr. D. D. Neumaan de Puchholz in Annot. ad Zoëf. ad tit. de Pignerat. a. t. num. 18. Jus luendi pignoris ex parte debitoris non est jus *activum*, sed *passivum*; est enim reapse nihil aliud, quam obligatio solvendi debitum, ob quod pignus est contractum. In creditore econtra existit jus *activum*, correspondens huic juri *passivo*, scilicet jus petendi, & recipiendi pignoris litionem, sive debiti solutionem. Jam sic: juri luendi pignoris vel deberet præscribere debitor, vel creditor: non debitor, quia ille non vult pignus suum amittere, ad quod luendum *passivè* obligatus est: non etiam creditor, quia implicat, ut creditor juri *activo* sibi ad petendum, & recipiendum debitum præscribat; nemo enim ad annihilanda

jura activa, quæ ipsi competunt, præscriptione opus habet, sed potest libera declaratione iisdem renunciare.

Dices fortassis: Creditor non præscribit juri *activo* petendi, litionem pignoris, sed *passivo*, quod est penes debitorem, ne scilicet is ultrò pignus reluere possit. Quid est hoc? Jus *passivum* reluendi pignus penes debitorem existens est obligatio solvendi debitum. Quodsi igitur hanc obligationem extinguere intendit creditor, quid indiget præscriptione, cum hanc obligationem, si velit, debitori ultrò remittere possit. Si dixeris, id saltem commodi ex hac præscriptione creditori accedere, quod pignus amplius restituere non teneatur, falleris, nam ex tunc inciperet pignus apud ipsum esse sine causa, ergo hoc ipso restituere obligaretur. Igitur admissa præscriptione creditor haberet jus retinendi pignus, & simul obligationem illud restituendi, quod evidentiter absurdum est.

Antequam II. membrum probem, prius quæstio illa præjudicialis executienda est, quandonam nascatur actio pigneratitia? dico igitur, actionem pigneratitiam tunc primum nasci, cum debitum solutum est, ita, ut solutio sit causa proxima hujus actionis, non verò *contractus* pignoris. Ita enim Ulpianus in l. 9. §. 3. ff. de Pignerat. a. t. *Omnis pecunia soluta esse debet, aut eorum nomine satisfactum esse, ut NASCATUR PIGNERATITIA ACTIO.*

Scio, quid reponas: Actio hæc, inquis, mox, ut *contractus* pignoris perfectus est, quoad substantiam jam nata est, efficaciter tamen moveri nequit, donec debitum ex integro solutum fuerit, & ideo actioni pigneratitia aut nul-

Io tempore, aut certe decurso 30. annorum spatio (facta computatione temporis a die celebrati contractus) praescribi potest.

57 Verum contra est: actionis pignoratitiae ea est natura, & indoles, ut soluto demum debito moveri possit per *l. 11. C. de Pignerat. act.* ubi dicitur: *pigneris causa res obligatas, soluto debito, restitu debere pignoratitiae actionis natura declarat.* Si autem haec est natura actionis pignoratitiae, non perspicio, quomodo nata dici possit, mox ut Contractus celebratus fuit. Non enim causa remota, ut aliquid natum esse dicatur, sed proxima attendenda est. Quae respectu actionis pignoratitiae est solutio, non vero ipse Contractus pigneris.

58 Instas: *Actio empti* a tempore Contractus initi mox nascitur, quanquam illam efficaciter intentare nequeat emptor pretio non soluto *l. 13. §. 8. ff. de A. E. V.* ergo idem dicendum de actione pignoratitiae. Puto hoc argumentum claudio pede incedere. Quod enim actio empti statim a principio celebrati Contractus, & ante solutum pretium jam quoad substantiam nata sit, ratio specialis est, quia scilicet ante pretium solutum omne commodum, & periculum rei venditae in emptorem transit, adeoque etiam jus agendi ex empto, & consequenter actio empti quoad substantiam statim nascitur. Hae ratio non obtinet in pignore, cuius nec commodum, nec periculum sustinet debitor, si pignus in ratione pigneris spectetur, sed commodum illud, quod ex pignore redundat, scilicet crediti securitas solum creditorem spectat, qui ideo etiam periculum commune, hoc

est, damna ex culpa lata vel levi causata solus ferre debet. Ne quid dicam, quod haec sit natura Contractus *consensualis*, qualis est *emptio venditio*, ut solo consensu perficiatur, adeoque mirum non sit, quod ante solutum pretium emptori actio jam sit nata: contra in Contractu pigneris, cum sine traditione non constituantur in esse, bene inferimus, debito non soluto actionem pigneratitiam non nasci: ergo etiam eadem non obtinebit dispositio, & sic actio pigneratitiae non dicetur nata factio Contractu, sed debito soluto.

Probatur jam II. membrum. Quando debitum est ex integro solutum, actio pigneratitiae est nata: ergo si debitor eandem intra 30. annos non intentet, praescriptione perimitur. Hae enim meta omnibus actionibus personalibus, ex quo jure competere coperunt, posita est in *l. 3. princ. C. de Pre-Script. 30. vel 40. Annor.* Vid. *Treutl. vol. 2. disp. 1. thes. ult.* Interim perempta hac actione pigneris dominium a debitore non abit, sed poterit rei vindicatione pignus a creditore repetere. Si reponas: tali modo creditor in effectu nihil praescripsit. Replicabit tibi Clariss. D.D. Peregrini ad tit. *Inst. de Usucap. num. 12. in fin.* praescriptionem talem non esse sine commodo creditoris praescribentis, nam rei vindicatione amplius conveniri nequit, si res non extet, posse vero conveniri actione pigneratitiae, in qua etiam alia multa veniunt, quae exigi non possunt in rei vindicatione *V. l. 6. §. un. l. 42. ff. de Pignerat. act.* ne quid dicam, quod dominium difficulter sit probationis, maximè si negotium sit debitori cum haeredibus creditoris. Et haec quidem de effe-

effectibus Pignoris in ratione *Contratus* spectati.

Si Pignus consideretur, ut est species *juris in re*, multiplices itidem parit effectus, & quidem I. dominium rei oppignoratae debitori conservat, nec impedit, quominus eam debitor, si velit, alteri rursus oppignorare, aut alio modo alienare valeat, modo creditoris, & pignoris jus illæsum maneat. *l. 9. C. de Pignor. l. 12. C. de distract. pign.* hoc si quoquo modo debitor violet, furtum committere dicitur in *l. 66. princ. ff. de furt.* II. Qualitas pignoris rei oppignorate tam tenaciter inhæret, ut, quamdiu debitum ex integro non fuerit solutum, se ab ea neutiquam avelli patiatur *l. 6. § 16. C. de distract. pign.* *Vid. l. 11. §. 4. ff. de Pignerat. ait. l. 1. C. de luit. pign. l. 1. C. si unus ex plurib. l. 7. §. ult. ff. quib. mod. pign.* III. Potest creditor debito in diem constitutam non soluto, pignus distractahere, & sibi de pretio satisfacere, debet tamen expectari lapsus totius diei, post quem ulteriori interpellatione opus non est, quia dies interpellat pro homine *l. 12. C. de contrab. & committend. stipul.* ubi elegans hæc redditur ratio, quod debitor ea, quæ promisit, ipse in memoria sua servare, non ab aliis sibi manifestari debet poscere. Si autem dies solutioni præfixa non esset, interpellatione opus foret. *Arg. l. 23. ff. de V. O.* Quodsi expressè conventum fuisse de non distractando pignore, vendi nihilominus poterit, præcedente tamen trina denuntiatione (interpolatim facta) cuius interpolationis tempus judicii determinandum relinquitur, *l. 4. ff. de Pignerat. ait.* Quodsi nullum pactum de vendendo pignore intervénit, Jure Co-

dicis una requiritur denuntiatio, qua facta in ordine ad acquirendum dominium expectandum est per biennum à denuntiatione facta, si debitum est liquidum, aut à tempore latæ sententiae, si illiquidum est, quo elapso creditor pignus venum exponere, & si pignus emptorem non reperiat, tunc creditor iterum denuntiat debitori, ut solvat, vel si absit, Magistratum adit, petens, ut absenti tempus constituantur, intra quod adsit & pecuniam offerat. Si tempore statuto debitor inventus non fuerit, aut creditam pecuniam totam offerre noluerit, potest creditor per preces Principi oblatas petere, ut pignus sibi jure dominii possidere licet, quod etiam impetrabit, hoc tamen cum temporeamento, ut intra biennum à tempore rescripti computandum debitor adhuc habeat facultatem pignus recuperandi, offerendo pecuniam debitam cum usuris & omni damno, quod creditor accepit, ex frustratione debitoris, ratione cuius juramento creditoris statur. Hoe vero biennio elapso plenissimo demum, & irrevocabili jure rem habet creditor. Quodsi verò minus in pignore, & plus in debito, vel viceversa fuerit, utrique tam debitori, quam creditori jus suum integrum manet, ut vel debitor creditori, quod minus est, supplere, vel creditor debitori, quod plus est, restituere teneatur. Si denique creditor acquisito dominio pignoris illud vendere velit, illud quidem ei interdictum non est, juramento tamen firmare necesse habebit, quod nulla fraude usus rem tanti vendiderit, nec qui plus offerret, reperire potuerit, & si quid ultra debitum in pretio recepit, id debitori restituere; si minus, in

(G g)

re-

residuum ex l. 3. C. de jure domin. impetr. agere poterit prout hæc omnia clare & prolixè in d. l. constituta sunt, de qua tamen aliqui dubitant, an etiam in casu, quo creditor pignus tantum distrahere, non verò sibi ejus dominium acquirere vult, procedat, ita, ut denuntiatione juxta dicta facta integrum adhuc biennium expectare debat, nobis probabilius videtur eam in simplici distractione necessariam non esse, sed Justinianum tantum de ea loqui, quæ ad impetrationem dominii instituitur, quia nimis durum videtur, ut creditor post moram debitoris integrum biennium expectare, & interim pignus sine fructibus retinere coegeretur. Et ita sentiunt cum Donello, Bocero & aliis Brunnem. ad d. l. 3. & Stryck. ad tit. de distract. pign. §. 7. qui etiam testantur, hodiernis moribus eam non frequentari: hæc quoad extrajudiciale, sive conventionale pignoris distractionem.

61 Aliter obtinet in pignore judiciali, in cuius distractione ita proceditur: condemnato ad solvendum debitum quadrimestre spatium indulgetur l. 2. C. de Usur. rei jud. quod aliquando coarctari, vel prorogari potest l. 2. ff. de re jud. elapso hoc termino capiuntur pignora secundum modum l. 15. ff. de re jud. post immisionem adhuc duo menses expectantur, intra quos debitor adhuc integrum est, oblato pretio, & refusis expensis pignus reluere, l. 31. ff. de re jud. His verò elapsis sub hasta pignus venditur, aut emptore non comparente creditor admittitur. l. 2. C. si in caus. judic.

62 Quæres: Quid Juris, si pignus explicato modo creditor i appropriatum

evincatur? Distinguo inter pignus judiciale, & conventionale. Circa illud finita quidem erit pignoris obligatio, & à contractu recessum, utilis tamen actio ex empto ipsi accommodabitur, quia perinde habetur, ac si rem illam oppignoratam pro pecunia sibi debita emisset l. 24. ff. de Pignerat. act. & ideo dans in solutum etiam ad evictionem præstandam tenetur. Brunnem. ad d. l. 24. In pignore conventionali creditor vendens de evictione non tenetur, sed emptori actionem suam pigneratiam contrariam, quam habet contra debitorem, cedet emptori, nam revivisit quasi pignus creditor hypotheca evicta, Carpzov. part. 2. cap. 23. def. ult. nisi creditor evictionem promiserit, aut in dolo fuerit, & sciens rem debitoris non esse, vendiderit l. 1. & 2. C. credit. evict. pign. non deber.

IV. Ex pignore pro jure in re sumpto nascitur actio Serviana, & quasi Serviana. Illa est in rem Prætoria à Prætore Servio introducta, & datur locatori fundi pro rebus coloni, quæ pro mercede fundi expressa conventione oppignoratae sunt. §. 7. Inst. de action. Quasi Serviana, quæ etiam hypothecaria subinde vocatur, d. §. 7. quandoque etiam Pigneratitia l. 22. ff. de Pignor. l. 41. ff. de Pignerat. act. quatenus nempe pignus & hypotheca in ratione juris in re promiscue sumuntur, est similiter actio realis, quæ non à Servio Prætore, sed à Juris-Consultis ad similitudinem Servianæ introducta, datur creditori cuilibet ad res pignori tacitè, vel expressè obligatas persequendas, earumque possessionem consequendam. d. §. 7. Neutra tamen adversus extraneum possessorem agere creditor potest, antequam

quam principalem debitorem actione personali convenerit. *Auth. hoc si debitor C. de Pign. Nov. 4. cap. 2.* nisi possessor esset unus de hæredibus debitoris vel fidejussoris. *Ia* utraque duo probanda sunt actori I. quod res, quam persequitur, fuerit sibi à debitore oppignorata. II. *Quod tempore Contractus fuerit in bonis debitoris.* Plura de utraque hac actione tradunt Interpretes ad d. §. 7. *Inst. de Action.*

64. Cum actione Serviana concurrit etiam interdictum *Salvianum*, quod datur ad adipiscendam possessionem pignoris, estque locatori multo utilius quam ipsa actione *Serviana* ob facilitatem probationem; in actione enim *Serviana*, utpote *petitorio* judicio, non sufficit probare, rem fuisse oppignoratam, sed eandem extitisse tempore obligationis factæ in bonis debitoris, pignus enim rei alienæ non valet *l. 5. C. si alien. res pign.* In *Salviano* vero interdicto, utpote in quo non de jure, seu validi-

tate pignoris agitur, sed de sola possessione, sufficit, rem illatam tempore istrationis à debitore fuisse possessam, & actorem esse creditorem ex causa locationis.

Quanquam verò interdictum *Salvianum* quoad probationis facilitatem utilius sit actione *Serviana*, in hac tamen rursus ab ista vincitur; quod actio *Serviana*, excusso prius debitore etiam contra tertium rei oppignorata possessorum detur, non etiam interdictum *Salvianum*. *l. 1. C. de Precar.* *§. Salvian. interd.* Putant quidem aliqui *h. l.* loci duntaxat de interdicto *directo*, a deoque utile non excludere. Sed male hinc, si actor utili interdicto experiri posset, actionis *Serviana* ibi insinuata nulla foret necessitas, inquit actio *Serviana* omnino inutilis evaderet, nemo enim relichto interdicto ad difficilem probandi modum actionis *Serviana* descenderet.

§. V.

De Prioritate Creditorum.

S U M M A R I A.

66. In concursu creditorum ad prioritatem attenditur quæ secundum 5. Classes ordinantur. 67. Omnibus creditoribus preferuntur rerum domini. 68. In prima Classe ponuntur credores specialiter privilegiati, & qui illi? 69. In secunda hypothecarii speciali prerogativa muniti, qui similiter enumerantur. 70. Mulier praesertim omnibus creditoribus etiam hypothecam anteriorem expressam babentibus. 71. Contrarie Sententie fundamenta referuntur. 72. Quibus suo ordine satisfit. 73. Qui ulterius in banc Classem privilegiatam referantur? 74. In tertia Classe sunt hypothecarii simplices, potiori tamen jure pre chirographariis gaudentes. 75. Quid de Usuris? 76. Quarto loco veniunt chirographarii personali privilegio muniti. 77. Ultimo devum loco reliqui credores non privilegiati.

66 **E**ffectus pignoris speciali reflexione dignus est Prioritas sive *Jus Prelationis*, qua inter creditores, dum bona debitoris omnibus non sufficiunt, illa servatur subordinatio, ut hypothecarii chirographariis, & inter istos, qui potiori prærogativa gaudent, reliquis minus privilegiatis in Processu *Edictali* vulgo *Hand-Processus* præponantur. Comuniter autem ad regulandum concursum creditores in quinque Classes distribuuntur, in I. reponuntur illi creditores, qui ex speciali Privilegio creditoribus omnibus etiam anteriorem hypothecam habentibus præponuntur. In II. qui præter hypothecam etiam ex personali Privilegio jus prælationis habent. In III. qui simplicem, & ordinariam hypothecam habent. In IV. creditores chirographarii singulariter privilegiati, & demum V. chirographarii simplices, & promiscuum vulgus creditorum.

67 His tamen omnibus præferuntur illi, qui res suas actu existentes vindicant, quia dominium fortissima juris realis species est, reliquis speciebus juris omnibus potentior. *l. 31. §. 1. ff. deposit.* *l. 1. C. de Privil. fisc. ex hoc titulo præfertur omnibus creditoribus mulier in dote* *l. 30. C. de Jur. dot. filius* familias in bonis *castris*, & *adventitiis*, deponens, locans, commodans &c. venditor in re vendita, secura quoque traditione, modo sibi aut dominium reservaverit, aut saltem fidem de pretio non habuerit. *l. 5. §. 18. ff. de Tribut. act. §. 41. J. de R. D.* vel si hypothecam sibi in illa re vendita reservaverit, vel in ipsa traditione *l. 7. C. quipotior. in pign.* *Gail. l. 2. observ. 21.* aut si ad fidem de pretio habendam do-

lo emporis inductus fuerit. *l. 3. ff. de Pignorib.* *Gail. cit. lib. obser. 15. n. 8.* Item decimas extantes contra quemcumque possessorem vindicat Parochus *c. 28. §. 33. de Decim.* Hoc eminenti prælationis jure gaudere Ecclesias, Monasteria, aliisque pia loca in rebus sibi donatis, legatis, venditis cum aliis docuimus in *Dissert. præamb. num. 8.* Recensiti omnes jure separationis bona sua ante alios creditores recipiunt, modo in continenti jus suum liquidare possint; secus cum aliis creditoribus in termino edictali, salvo tamen jure suo, concurrunt, ne cum aliorum præjudicio processus longius differatur. Blumblacher in *Ordin. concurrent. credit. præmit. 4. in fin.* Jam in qua classe quisque creditorum reponendus sit, breviter discutiamus.

I. CLASSIS CREDITORUM.

Credita specialiter privilegiata, quæ *68* creditores omnibus reliquis in concursu præferunt, sunt I. expensæ judiciales, & salario curatoribus bonorum constituta (quod tamen intellige de illis salariis, vel expensis, quæ ad illum prioritatis processum factæ sunt, non verò aliunde debitæ *l. 8. ff. Deposit.* accedente tamen judicis moderatione *Nov. 82. cap. 7. §. 9.*) Ratio hujus privilegii est, quod commune omnium creditorum negotium geratur, qui sine administratione justitiæ, & ejusmodi sumptibus suum consequi minus possent, quapropter convenit, ut communibus quoque sumptibus expediatur. II. Impensa funerum, & exequiarum *l. 14. §. 1. l. 45. ff. de Relig.* *§. sumpt. fun. l. 18. §. seq. l. 43. in fin. ff. eod.* Quidnam autem horum sumptuum no-

mi-

mine veniat, consuetudo singulorum locorum definiet, ea quidem, quæ in corpus defuncti uti unquenta, pretium loci, ubi humatur &c. præstanta sunt, sub his sumptibus venire extra dubium est, quoad vestes verò lugubres usus locorum (ut dixi) attendendus erit, & ut ante omnia expensæ istæ moderatæ sint, & dignitati, facultatibusque defuncti convenientes. Menoch. de Arbitr. cent. 2. cas. 127. num. 12. III. His merito accensentur impensæ in Medicos, Chirurgos, Pharmacopolas, item ratione testamenti, inventarii &c. factæ l. 4. C. de Petit. bæred. l. 3. C. de Religios. & sumpt. Si quidem ex morbo fuerit defunctus, secùs si convaluerit. Clar. D.D. Rath in proc. edit. assert. 34. quo etiam reducuntur, saltem de consuetudine, mercedes famulorum, & ministrorum, qui in ædibus domini morantur, ejusque pane fruuntur. Berlich. part. 1. conclus. 64. num. 78. saltem unius anni, ut in Bavaria, & hic Salisburgi practicari testis est D. D. Arnold. de Priorit. credit. class. 1. Opifices verò hoc nomine non veniunt, nec Advocati, quia non servili mercedis titulo salario sua recipiunt. D. Rath. d.l. assert. 40.

II. CLASSIS CREDITORUM.

69 IN secunda classe reponuntur creditores hypothecarii, speciali juris privilegio, & prioritatis prærogativa munici, quos inter primum locum sortitur fiscus ratione tributorum, collectarum, & præstationum publicarum, horum enim ideo potior habetur ratio, quod ejusmodi tributa nervus reipublicæ sint. l. 1. §. 20. ff. de Quest. l. 1. C. in quib. caus. l. 1. & 2. C. si propter publ. præst.

Berlich. d. l. num. 105. Huc etiam refert Carpzovius tributa annua, census, decimas &c. non verò laudemia, quia non sunt pensio annua. In contractibus fiscus tacitam habet hypothecam in bonis alterius. l. 46. §. 3. ff. de Jur. fisc. jus verò prælationis non nisi in illis bonis, quæ debitor post contractum acquisivit l. 28. ff. d.t. D. D. Rath in 99. illustr. assert. 49. D. D. ab Arnold d. class. 2. pag. 45. num. 4. Post fiscum sequitur mulier, quæ ratione dotis in maritum translata omnibus creditoribus anteriorem hypothecam tacitam habentibus præfertur. §. 29. f. de Ad. l. ult. §. 1. C. qui potior. in pign. l. un. §. 1. & seqq. ff. de rei Uxor. act. cap. 5. b.t.

Num verò mulier creditoribus anteriorem hypothecam expressam habentibus præferatur, adhuc in lite est. Nos cum Fachin. l. 3. cap. 99. Hunn. ad Treutl. vol. post. disp. 24. Thes. 7. quest. 43. Mynsing. cent. 4. observ. 13. Magnif. P. Schmier lib. 3. Tract. 2. c. 5. à n. 262. Clariss. P. Böckhn ad b. t. n. 28. Clar. D. D. Franz in Jurisprudent. quintupl. quest. 13. num. 6. & seqq. Affirmare non dubitamus ex sequentibus fundamentis. I. ex l. 12. C. qui potior in pign. ubi Justinianus generaliter, & indefinitè dicit, quod mulier habeat potiora jura contra omnes mariti creditores, licet anterioris sint temporis privilegio vallati; atqui in sententia AA. non essent privilegiatae contra omnes, sed paucos tantum, ut infra dicetur, præterquam, quod in jure non reperiatur distinctione inter creditores expressam, vel tacitam hypothecam habentes: ergò nec hic censetur Justinianus distingue re voluisse. Accedit in confirmationem

I. quod etiam verbum hypothecæ generale sit, tam expresse, quam tacite conveniens §. 29. *J. de Att. l. 2. C. de Prætor. pign.* II. Imperator in d. l. 12. dicit, se mulieri tale dare privilegium prælationis in hypotheca, quale olim in personalibus actionibus habuit, atqui in illis omnibus olim creditoribus prioribus, & posterioribus præferebatur. l. 17. §. ult. l. 19. ff. *de reb. auth. jud. possid.* ergo. II. Ratio concessi mulieribus privilegii fundatur in obsequiis marito præstitis, in periculo partus, procreatione liberorum, fragilitate, & æquitate, ut nimis habeat, unde se alat; atqui hæc ratio, & hæc motiva tueruntur mulierum etiam contra creditores hypothecam expressam habentes: ergo. III. In *Nov. 97. cap. 3.* & *Auth. quo jure C. qui potior in pign.* mulier præfertur creditori, cuius pecunia res empta, vel reparata est; atqui isti mutuantes, licet posteriores, præferuntur aliis expressam anteriorem habentibus: ergo si istis mutuantibus saltem posteriorem hypothecam habentibus mulier præfertur, tanto magis prælationem habebit præ aliis creditoribus anteriorem expressam habentibus per vulgatum illud juris Brocardicon: *Si vinco vincet te, multò magis vinco te.* IV. Si mulier tantum præferretur creditoribus anteriorem hypothecam tacitam habentibus, privilegium hoc nimis angustum, & fermè sterile foret, cum valde pauci sint, qui hypothecam tacitam habent, quod tamen non correspondet intentioni, & enixa voluntati Justiniani mulieres adjuvare volentis juxta citat. l. 12. C. qui potior, in *pign. §. 1.* ibi: *Quod antiquitas quidem dare incepit, ad effectum autem non pertulit, nos pleno*

legis articulo consummavimus. V. Deinde est, quod in dubio pro favore dotis respondendum sit. *cap. ult. de Sent. l. 29. & seq. C. de Jur. dot.* Ideoque inter fervidas DD. altercationes sententiam mulieribus faventem amplecti, & humanitati, & juris dispositioni conformius est.

Qui mulierum hic partes tenere re-77
nuunt, non tam allegant praxin, ut Gail. l. 2. *observ. 25. num. 10.* D. D. de Arnold d. class. 1. num. 15. Richter de *Priorit. cred. cap. 3. Sect. 1. num. 10. & seqq.* sed etiam in theoria contrariam sententiam melioribus niti fundam-
tis autumant, sic I. objiciunt. Fiscus & mulier æquiparantur l. 2. C. de *Pri-
vileg. fisci*, fiscus autem creditori ante-
riori expressam hypothecam habenti
non præfertur l. 4. & 8. ff. *qui potior.*
ergo nec mulier. II. In l. 12. §. 1. C.
qui pot. in *pign.* uxor præfertur iis cre-
ditoribus, qui temporis privilegio sunt
muniti, atqui privilegio temporis tan-
tum illi creditores sunt muniti, qui ha-
bent hypothecas *tacitas*, nam qui ha-
bent expressas, habent hoc ex conven-
tione, & beneficio juris communis:
ergo non his, sed illis tantum præfer-
tur. III. Iniquum foret, ut creditoribus
jus hypothecæ, semel quæsumum
propter hoc præcisè auferatur, quod
aliquis uxorem ducat l. 11. & 74. ff. de
R. J. IV. Princeps non potest priva-
to jus suum auferre, aut deterius red-
dere, nam privilegia constitutionibus
principalibus concessa ad alienam inju-
riam porrigi non oportet l. 4. C. de
emancipat. liber. l. 40. ff. *de adminis-
tat.* V. Prior tempore potior est ju-
re. VI. Provisio hominis tollit pro-
visionem legis. VII. In l. 29. C. de *jur.*
dot.

dot. expressè supponitur esse aliquos creditores habentes hypothecam, quibus mulier non præfertur; atqui non possunt assignari alii, quam qui anteriorem expressam habent.

72 Verum tamen producta argumenta tanti roboris nobis esse non videntur, quin congruis responsionibus enervari possint, sicque mulierum jus inconclusum maneat. Ad I. igitur reponi potest, quod d. l. 2. C. de Privil. fisci hodie per cit. l. 12. C. qui potior. in pign. tanquam posteriorem abrogata sit. Deinde in cit. l. 2. non dicitur, quod mulier & fiscus pari passu ambulent, sed hoc tantum, quod si fiscus priorem hypothecam habeat, præferatur mulieri, & econtrà, ex quo tamen non sequitur, privilegia mulieris competere fisco, & vicissim; aliàs pariter sequeretur, privilegia privati competere fisco, quia etiam in d. l. 8. dicitur, quod privatus anteriorem hypothecam habens præferatur fisco, & econtra fiscus priorem habens privato. Ad II. resp. Legem loqui de habentibus hypothecam anteriorem expressam, vel tacitam, adeoque prærogativam temporis, quæ temporis prærogativa expressè privilegium dicitur in l. 10. ff. qui potior. in pign. & ideo Justinianus non tantum dicit de privilegio munitis, sed de privilegio temporis.

Instas: Ideo in hypotheca Justinianus mulierem præferendam dicit, quia in personali actione privilegio prælationis utitur, sed in personali actione mulier non præfertur anterioribus creditoribus nisi privilegiatis, id est, iis, qui beneficio legis prærogativam habent: ergo nec in hypotheca præfertur aliis, nisi, qui beneficio legis hypothecam

habent. *Vers. cum etiam in personalibus.* Resp. hanc non esse adæquatam rationem concessi privilegii, sed imbecillitatem sexus, aliisque in d. l. 12. f. 1. relata. Deinde Justinianus ibi non adducit rationem concessi privilegii, sed vetus tantum cum novo à se tributo confert.

Ad III. respond. distinguendo propositionem: iniquum foret jus alteri *absolutè* quæsumum auferre, concedo, jus *conditionatè* quæsumum, nisi scilicet superveniat potentior hypotheca lege firmata, nego. Ad IV. hæc credit responsio, quod absurdum nil sit, si Princeps in hoc casu propter utilitatem publicam per legem universalem jus privato auferat, imò non auferat, quia d. l. 12. tantum de hypothecis futuris concepta fuit, non de præteritis. Ad V. dico, illud adagium, quod prior tempore sit potior jure, hanc limitationem pati, nisi concurrent, qui jure prælationis sunt donati. Ad VI. maximam illam tunc procedere, si lex tantum disposuit in subsidium dispositionis hominis, & de eadem re, de qua disposuit homo; fiscus si aliter, & præsertim ubi publicus favor ac utilitas vertitur. arg. l. 55. ff. de Legat. 1. Ad VII. respondetur negando, non posse assignari alios creditores, sunt enim hi imprimis fiscus in causa primipili l. 4. C. in quib. caus. si nimis ex mala administratione primipilus, vel centurio annonæ inter milites distribuendæ præfetus factus sit debitor fisci, non solum res suæ obligantur fisco, sed in defectum bonorum mariti etiam dos uxoris, quia respectu hujus causæ publicæ causa dotis censetur *privata*.

Ad hanc Classem etiam referuntur 73 ii, qui in rem reficiendam, aut conser-

van-

vandam crediderunt, l. 5. § 6. ff. qui potior. in pign. Nov. 97. cap. 3. ratio redditur in d. l. 6. quia salvam aliis fecerunt pignoris causam, modo tamen pecuniam mutuatam (ut limitat D.D. Neumann de Puchholz in *Annotat. ad Zoës. Tit. qui potior. in pign. num. 41.*) eò etiam impensam fuisse creditores probaverint. Similiter hic pertinent *pupilli & Minores* (adducent aliqui etiam milites, & mulieres) quibus in re nummis suis empta, siquidem tutor, vel curator emerit, dominium & utilis vindicatio l. 3. C. arbitr. tut. l. 8. C. de R. V. si non aliis, hypotheca privilegiata competit. l. 3. ff. de reb. eor. l. 7. ff. qui potior. in pign. Itidem hujus Classis sunt creditores habentes hypothecam *publicam*, vel *quasi talem*. l. 11. C. qui potior. in pign. dicitur autem hypotheca *publica*, quæ coram Notario, vel actis judicialibus per Scripturam solennem, sive instrumentum publicum est confecta d. l. 11. *quasi publica* illa audit, quæ quidem in Scriptura privata, trium tamen testium subscriptione munita, erigitur. d. l. Quo ordine vero hujus Classis creditores, si concurrant, quoad prioritatis prærogativam collocandi sint, declarat laudatus D. D. Neuman loc. cit. num. 46.

III. CLASSIS CREDITORUM.

74 **P**ost recensitos hypothecarios specialiter privilegiatos veniunt illi, qui vel sua, vel legis provisione hypothecam habent simplicem absque privilegio. Circa hos procedit Regula, qui prior tempore, potior est jure l. 5. § 3. seqq. l. 10. § 11. ff. qui potior. in pign. adeò quidem, ut, qui vel hora, aut momento prior hypothecam acquisivit, po-

steriori præferatur. Gail. lib. 2. obser. 25. n. 3. Nec interest, an res specialiter, sive generaliter obligata sit. l. 2. ff. l. 6. C. d. t. an pure, vel sub conditione aut in diem l. 9. l. 11. § 1. § 12. § 2. ff. qui potior. in pign. an tradita sit, vel non. d. l. 12. an hypotheca tacita fuerit, vel expressa, in his omnibus creditoribus observatur prioritas temporis, & haec ex illo æquitatis naturalis principio, quod jus pignoris creditoris semel quæsitus facta debitoris auferri non debeat. l. 15. C. de *Pignor.*

Et haec quidem circa principale debitum fortis ita procedunt, *usuræ* vero licet quidem jure communī eodem prioritatis privilegio gaudeant. l. 18. ff. qui potior. Aliter tamen de Jure Bavario, & Salisburgensi obtinet, ubi unius duntaxat anni *usuræ* ante processum Editalem debitæ hoc Privilegio fruuntur, durante vero processu sicutuntur, quia scilicet debitori tunc mora imputari non potest. Arg. l. 21. ff. de *Ufur.* Currunt tamen de Jure Bavario. Vid. D.D. de Arnold. cit. trah. Class. 3. num. 10. Regula de Prioritate temporis superioris tradita variis limitationibus restringitur, quas passim interpretes, & qui ex professo de concursu & Prioritate Creditorum scripserant, exhibent, ad quos subinde pro re nata recurrentum erit.

IV. CLASSIS CREDITORUM.

Hypothecarios istos excipiunt creditores chirographarii, qui personali privilegio contra chirographarios simplices muniti sunt. l. 9. C. qui potior. in pign. ubi non ratio temporis, sed causa debiti respicitur, quæ si æqualis est, æqualiter concurrunt l. 32. ff. de reb. autb. jud. possid. tale personale pri-

vilegium habet I. deponens, cuius res deposita non amplius extat. *l. 24. §. 2.*
ff. de reb. auth. jud. vi cuius omnes quidem hypothecarios sequitur, chirographarios verò præcedit. II. Is, qui pecuniam mutuam nominatim ad certam rem emendam dedit. *l. 26. §. 34. ff. d.t.*
III. Hoc privilegio personali gaudent Ecclesiæ in bonis debitorum suorum, respublike *l. 38. §. 1. ff. d. t.* pupillus ratione pecunie sua creditæ, *l. 23. ff. d. t.* sponsa, quæ dedit dotem, nuptiis non fecutis, pro ejus repetitione hoc Privilegio utitur. *l. 17. §. fin. ff. d.t.*
l. 74. ff. de J. D. Nota hoc Privilegium personale, cum vergat in præjudicium tertii, sine expressa lege ad alios extendendum non esse *l. 14. ff. de LL. D.D. de Arnold. pag. 38.*

V. CLASSIS CREDITORUM.

IN hanc Classem rejiciuntur chirogra-⁷⁷
pharii simplices, reliquaque debito-
res **Current-Glaubiger**. Hi in resi-
duis debitoris facultatibus (si quid ad-
huc supereft) æqualiter pro rata debi-
ti, nullo temporis habito respectu,
Geometrica proportione admittuntur.
l. 6. C. de bon. auth. jud. possid. Ratio
autem, cur prioritas temporis nec in
istis, nec in personaliter privilegiatis
creditoribus obtineat, sequens assigna-
tur, quod Privilegium Prioritatis pro-
cedit ex jure *positivo*, consequenter ul-
tra non extendendum, jus autem tan-
tum concessit hoc privilegium *hypothe-
cariis*. *V. l. 17. ff. cit. tit. & Brunnenm.*
ibidem num. 3.

§. VI.

Quomodo Pignus dissolvatur?

S U M M A R I A.

78. Solvitur Pignus solutione debiti vel ab ipso debitore, vel alio ejus nomine facta.
79. Etiam remissione expressa vel tacita. 80. Reddito instrumento pignoris non ipsum debitum reinissum esse censetur. 81. Creditor sciens rem oppignoratam a debitore distrahi, & non contradicens, regulariter non presumitur pignus remisso. 82. Pignus etiam solvitur satisfactione. 83. Totali rei oppignoratae interitu. 84. Vel si tantum ex fructibus perceptum est, quod ipsum debitum adaequat. 85. Quæ aliae cautiones in jure locum habeant?

78 **P**ignus variis modis solvitur, I. solutione debiti l. 6. ff. quib. mod. pign. l. 9. f. 3. ff. de Pignerat. act. Potest autem & alius loco debitoris solvere l. 39. ff. de Negot. gest. l. 53. ff. de Pignor. & quidem vel immediate ipsi creditori, vel alteri ejus nomine & voluntate, puta ei, cui creditor haeres existit, vel procuratori ejus, aut servo exigen- dis pecuniis praeposito l. 11. f. 5. ff. de

Pignerat. a. Et, quoniam oblatæ, & ob-signatae pecunij depositio in loco publico vim solutionis habet l. i. C. qui potior. in pign. eadem etiam juvari poterit debitor l. 10. & ult. C. de Pigner. a. l. 9. C. de Solut. & tunc creditor vel actione pigneratitia vel rei vindicatione, ut pignus restituat, conveniri poterit d. l. 10. ~~alioquin ius videtur~~ anno 1719

vel *expressa*, vel *tacita*, censetur autem tunc fieri expressa remissio, quando creditor verbis expressis consentit in alienationem pignoris, ita, ut debitori integrum sit, illud vel vendere, vel permutare, vel donare, vel in dotem dare *l. 4. §. 1. ff. Quib. mod. pign. l. 7. princ. l. 8. §. 6. ff. eod. l. 2. § 4. C. de remiss. pign.* qui *consensus*, ut liberationem pignoris operetur, necesse est, ut is, qui consentit, liberam rerum suarum administrationem habeat, id est *consensus* pupilli, nisi tutoris autoritate roboretur, ad remissionem pignoris inefficax est. *l. 7. princ. ff. Quib. mod. pign.* Stryck. ad *tit.* *ff. Quib. mod. pign. §. 1.* *Tacita* remissio censetur fieri, quae ex tali facto eruitur, quod *consensum* necessarium involvit, ut si creditor instrumentum, cui pignoris constitutio inserta est, restituat *l. 7. C. de remiss. Pign.* aut illi instrumento subscribat, in quo res ita vendita, ut nulli dicatur obligata. *l. 8. §. 15. ff. Quib. mod. pign.* aut, si licentiam det debitori, res sibi obligatas alteri oppignorandi *l. 9. §. 1. § 12. ff. Quib. mod. pign.*

30 Noli tamen credere, cum dixerimus, reddito chirographo, aut instrumento pignus remissum esse, etiam per hoc fortem principalem remissam esse; tametsi enim chirographi, seu cautionis redditio remissionem fortis inducat *l. 2. §. 1. ff. de Pact. l. 7. C. de remiss. pign.* non protinus sequitur, quod eundem effectum respectu pignoris operetur. Ratio disparitatis est, quod pignus ad obligationem principalem habeat se accessorię, & id est sublata principali obligatione per redditionem chirographi etiam pignus sublatum censetur, econ-

trà si chirographum, cui pignus inferum est, redditur, id tantum, cuius Scriptura meminit, nempe pignus remissum censetur, salva manente principali obligatione, sive forte. *l. 43. ff. de solut.*

Quæres: An scientia creditoris remissionem pignoris operetur, quando praesens videt remi oppignoratam à debitore vendi, & non contradicit? Resp. in Regula negativè, quia, ut dicitur *l. 8. §. 15. ff. Quib. mod. pign.* id est passus est venire, quod sciebat, ubique pignus sibi durare, à qua tamen Regula excipiuntur complures casus, v.g. si sciens, bona debitoris sub hasta vendi, ad instantiam aliorum creditorum publico programmate evocatus, non comparuit, aut praesens jus suum prosecutus non est *l. 6. C. de remiss. pign.* item si actus alias non valeret, nisi pignus cessaret juxta *l. 1. C. de remiss. pign.* alios casus exceptos vide apud Stryck. cit. tit. *§. 2.*

III. Dissolvitur pignus *satisfactio-* ne *l. 6. ff. Quib. mod. pign. l. 13. §. 4. ff. de Pign. & l. 9. §. 3. ff. de Pignerat. ad.* Hæc autem fit vel de *forte*, vel de *Pignore*. De forte, quemadmodum creditor voluit, licet non sit solutum, ut dicitur in *d. l. 9. §. 3.* & hoc vel *ipso jure*, veluti per *novationem*, aut *acceptationem* vel per *exceptionem*, ut, si judicatum, paetum, aut juratum sit, nil deberi, vel pignus non esse obligatum *l. 5. §. fin. ff. d. t.* & in tali casu, dum debitor liberatur forte, sive principali obligatione, per consequens etiam pignus tanquam accessorium extinguitur *l. 178. ff. de R. J. de Pignore* *satisfactio-* fit, si convenerit, ut alia pignora, vel fidejussor dentur. *l. 5. §. 2. ff. quib. mod. pign.*

IV.

83 IV. Dissolvitur pignus totali rei op-
pignoratæ interitu, alias, si pars adhuc
superstes sit, v. g. area ex combusta do-
mo, in illa jus pignoris creditori sal-
vum manet. *l. 21. ff. de Pignerat. aet.*
l. 29. §. penult. ff. de Pignor. idem obti-
net in grege, aut taberna oppignorata,
ubi jus pignoris non expirat, licet non
nulla capita gregis perierint, aut mer-
ces distrahanter, quia utrobique aliæ
substituuntur, in quibus pignoris vin-
culum perdurat. *l. 13. princ. §. l. 34. ff.*
de Pignor.

84 V. Dissolvitur pignus fructuum
perceptione tanta ex pignore, quæ de-
bitum adæquet; tenetur enim creditor
fructus pignoris in sortem computare,
sive in partem solutionis debiti *l. 1. C.*
de Pignerat. aet. & si sufficiens sint
ad totum debitum, solvitur actio, &
redditur pignus, si vero fructus exce-
dunt, ipsi fructus redduntur. *cap. 1. §.*
2. de l'sur. cap. 6. b. t. ut jam supra in-
sinuatum est.

85 De secunda parte rubricæ, quæ in-

scribitur *de aliis Cautionibus*, ut pauca
dicamus, notandum est, cautionem in
genere nil aliud esse, quam securita-
tem, quæ alteri præstatur. *l. 3. C. de V.*
& R. S. Est verò cautio triplex, *sim-*
plex, idonea, & juratoria. *Simplex* est
nuda promissio, quæ cautio toties suffi-
cit, quoties in jure cautio sine alio ad-
dito requiritur. *cit. l. 3.* *Idonea* vocatur,
quæ per pignora, vel fidejussores præ-
statur. *l. 4. §. 8. C. de fideicommis.* *li-*
bert. Illa, quæ per pignora sit, *pignorati-*
tia in specie indigitatur, *fidejussoria*
verò *satisfatio* audit. *cit. l.* sub quo no-
mine si cautio in jure præstari jubetur,
non sufficit cautio pignoratitia, sed fi-
dejussor dari debet. *l. 1. ff. qui satisd.*
cogantur. Cautio denique *juratoria*
præstatur interposito juramento, quæ
tunc adhibetur, quando vel pars adver-
sa eandem petit, vel is, à quo exigitur,
ob paupertatem, vel aliam similem
causam aliam idoneam hic & nunc præ-
stare nequit. Vid. P. Reiffenstuel ad
b. t. num. 92. & seqq.

TITULUS XXII.

De Fidejussoribus.

Non minus per cautionem *fidejussoriam* creditoris securitati
prospectum itur, quam per cautionem *pignoratitiam*: id-
circo, postquam de hac actum est in præcedente titulo,
illius vim & efficaciam sub præsenti rubrica expendimus.

§. I.

Quid, & quatuorplex sit fidejusso?

S U M M A R I A.

1. *Fidejusso* describitur.
2. *Ex sua origine est contractus verbalis, & stricti juris,*
hodie consensualis, & bona fidei.
3. *Differt ab expromissione, constituto, man-*
dato.
4. *Variae fidejussionis divisiones afferuntur.*

Hh 2

Fi-

- * **F**idejussio describitur, quod sit *contractus verbalis, juris civilis, stricti juris*, quo quis aliena obligatio*n* ita accedit, ut se soluturum promittat, salvo manente debito principali. Boehmer. in *introd. ad Digest. ad h. tit. num. 1.*
- 2 Dixi I. *Contractus verbalis, juris civilis, stricti juris*, olim enim solenni verborum conceptione, id est *stipulatione* perficiebatur; unde inter absentes per epistolam celebrari non poterat. l. 12. C. b. t. Hodie secundum mores Germaniae potest etiam *nudo pacto* isthinc contractus ini*ri*, ut testantur Manzius, Stryckius, & alii, ideoque naturam & substantiam suam ita altera*se* videtur, ut jam contractibus *consensualibus & bona fidei* accenserit mereatur.
- 3 Dixi II. *Quo quis aliena obligatio*n* accedit* &c. hæ sunt particulæ differentiales, quibus se fidejussio ab aliis negotiis affinibus discriminat. Sic I. differt ab *expromissione*, quod debitor principalis penitus liberetur, & alius (qui *expromissor* vocatur) ejus loco se obliget. l. 7. §. 8. ff. de *Dol.* l. 53. ff. de *contrah. empt.* II. à *constituto*, quod istud *nudo pacto* fieri, ac semper obligationem contractam sequi soleat. l. 1. §. 5. ff. de *constit. pecun.* item, quod fidejussor semper pro alio, constituens *verò* etiam pro se intervenire possit, fidejussio sit *juris civilis*, constitutum *juris Pretorii*, ibi rigor, hic sola æquitas observetur. III. *A mandato*, quod istud obligationem regulariter præcedat, fidejussio *verò* sequatur, non obstante

§. 3. *Inst. b. t.* ubi dicitur, quod etiam præcedere possit: id quippe intelligendum est, quo ad ordinem temporis, non *verò* quoad effectum & rem ipsam, non enim conveniri potest, antequam principalis reus debeat l. 57. ff. b. t. illud sit *contractus bona fidei*, hæc vero (spectata primordiali natura) *stricti juris*. Unde etiam differt fidejussor à *correo*, quod hic se obliget principaliter, nec accedat obligationi *accessoriæ*, ut fidejussor.

Fidejussio alia est *principalis*, alia *succedanea*. Illa debitoris principalis obligationem in fidem suam recipit. In ista fidejussoris primi obligationi fidejussor secundus accedit, idque præcipue in gratiam creditoris l. 27. §. fin. ff. b. t. Rursus fidejussio alia est *judicialis*, qua creditori ita cavetur, ut is securior reddatur datis fidejussoribus, quæ propriè *satisatio* appellatur §. 4. *Inst. de satisd.* l. 1. ff. *qui satisd. cog.* Alia *extrajudicialis*, quæ in contractibus potissimum obtinet. Iterum alia est *necessaria*, ad quam debitor quoque invitatus adstringitur à lege, vel magistratu, alia *voluntaria*, quam volens subit. l. 7. §. 1. l. 8. §. 4. ff. *qui satisd. cogant.* Alia fidejussio vocatur *simplex*, alia *indemnitatis*, illa alienam obligationem simpliciter, & absolutè in fidem suam recipit. Hæc certo modo, & sub conditione, si *principalis debitor amplius non sit solvendo*. In illa statim nascitur obligatio; in ista demum existente conditione: unde etiam talis fidejussor vocatur *Schadloß-Bürg.*

§. II.

§. II.

Quinam fidejubere possint?

S U M M A R I A.

5. *Regula positur cum suis limitationibus, inter quas est prima de Religioso, qui citra consensum superioris pro altero se obligare nequit.* 6. *Clerici absolute non prohibentur pro aliis intercedere, sed bac duntaxat sub cautela, ne frequens sit eorum fidejusso.* 7. *Quid de Prælatis Ecclesiæ?* 8. *Fæmina non potest pro aliis efficaciter intercedere ob SC. Vellejanum.* 9. *An huic beneficio renunciare possit? disputatur.* 10. *Negantium fundamenta,* 11. *Et affirmantium recensentur.* 12. *Posteriorum sub bina limitatione recipimus.* 13. *Ad contraria respondeatur.* 14. 14. *Mulier jurat renuncians de suo beneficio certiorari non debet.* 15. *Plures alii casus enumerantur, in quibus mulier SCto Vellejano uti nequit.*

Hujus contractus ineundi illi capaces dicuntur, qui contrahere, & contrahendo se obligare possint
l. 3. ff. b. t. ex qua regula mox patescit, Religiosum privatum absque licentia sui Prælati, & consensu majoris partis Capituli nec licet, nec validè fidejubere posse cap. 4. b. t. si tamen constet, pecuniam talem in utilitatem Ecclesiæ versam esse, conventus ex sui Religiosi fidejussione tenetur. d. cap. Molin. disp. 540. num. 23.

De Clericis fortè dubitaveris, an fidejusso eorum teneat? Bæhmerus quosdam AA. ad b. t. §. 1. refert, qui afferunt, talem fidejussionem non teneare, eo, quod in Nov. 123. cap. 6. dicatur, *quod contra fidejussores Clericos creditoribus nulla sit danda actio.* Sed hunc esse casum exceptum, bene respondet Bæhmerus §. 3. ut ex tenore dictæ Novellæ liquet. Unde dicimus, Clericis non esse simpliciter prohibitum pro aliis intercedere, sed tantum fidejussionum frequentia ipsis interdictum in cap. 1. b. t. ne scilicet litibus ac negotiis fa-

cularibus per assiduas, & non necessarias intercessiones se implacent. In casu ergo necessitatis, aut magnæ utilitatis præsertim pro egenis, & oppressis ac miserabilibus personis si fidejubeant, bonum opus faciunt; est enim fidejusso officium charitatis & misericordia. Panorm. ad cap. 1. b. t. n. 3. § 4. & ideo ipsem S. Paulus propria sua syngrapha apud Philemonem fidejussisse legitur. Et Ecclesiastici testimonio cap. 29. vir bonus fidejubet pro proximo suo, & homo imprudens patitur fidejusserem suum excuti, & luere. Interim hoc accipe de fidejussione, quam facit Clericus, qui habet bona *patrimonialia*, nam Ecclesiæ bona sic obligare procul dubio ei vetitum est. cap. 4. b. tit. cap. 29. C. 11. Q. 1. An verò fidejusso talis non tantum sit illicita, sed etiam invalida, pro utraque parte rationes solidas afferit P. Engel b. t. n. 5.

Quid autem de Prælatis tum fæcularibus tum regularibus dicendum, an ne illorum fidejusso firma subsistit? Resp. sub distinctione: si bona habeant

Hh 3.

men-

mensalia, etiam irrequisito capitulo, modo justa causa accedat, fidejubere possunt, quia etiam de iis aliquas donationes facere possunt. Panormit. ad cap. 1. b. t. num. 1. si Praelatus cum consensu Capituli pro aliis fidejubeat, Ecclesia vel Monasterium obligatur arg. cap. penult. b. t. modo tamen fidejusso talis non sit, ut in defectum debitoris principalis Monasterium necesse habeat bona immobilia, vel mobilia pretiosa alienare, ne secus, quod una via prohibetur, alia via admitti videatur contra cap. 83. de R. J. in 6. Panormit. ad d. cap. penult. num. 5. imò in casu, quo Ecclesia ex fidejustione sua damnum pateretur, restituot in integrum ei competenter exemplo *Minorum*. Et propterea non solum Ecclesia ob dictum beneficium restitutionis, sed neque Clericus fidejussor invito creditori obrudi potest ob incommoda privilegiorum fori, & competentiae, quoniam in genere actores tales fidejussores recusare possunt, qui gaudent præscriptione fori. l. 7. ff. qui satisd. poss. Panormit. ad cap. 1. b. t. num. 6. Bœhmerus ad b. t. §. 6. qui ibidem in fine Pontificis Philosophiam non concludere ait, quod Clericos suo foro renunciare non posse, dicat in cap. 12. §. 18. de for. compet. nam etiam ministri Principum vetitum non est, renunciare privilegio fori, quod toti collegio Ministrorum concessum est, ut ex Stryckio de cautel. contract. sect. 1. cap. 5. §. 19. in fin. & Zieglero ad Lanzellotum testatum facit. Sed meminisse debuisset Bœhmerus, privilegium fori non fuisse concessum Clericis, quatenus illi constituant aliquod corpus particulare (quale corpus efficiunt Ministri Principum)

sed concessum est toti statui Sacerdotali cap. 2. §. 4. de jud. ergo non est æqua i-latio, quod sicut Ministri Principum, ita quoque Clerici fori privilegio renunciare valeant. Ne quid dicam, quod alias juri aut beneficio, quod quis commune habet cum alio pro *indiviso*, ne quidem pro parte facta renunciatio subsistat. l. 15. §. 17. ff. de Paß. l. 7. ff. de Postul.

Inefficax quoque redditur intercessio mulieris, idque ob sexus imbecillitatem, & lubricum judicium, assistente mulieri. *Senatus-Consulto Vellejano*, l. 3. §. 48. ff. b. t. tt. ff. §. C. ad SCtum Vellej. ita, ut nec in conscientia obligetur, imò condicere possit, quod errore facti, vel juris eo nomine solvit. l. 8. §. 3. §. l. 9. C. ad SC. Vellej. l. 40. ff. de condic. indebit. Nov. 134. cap. 8. fidejusso tamen talis probabilius ipso jure subsistit, sed effectus tantum obligationis per SC. Vellej. impeditur, quia exceptio supponit actionem l. 9. C. d. t. Zoës ad b. t. num. 3. Ratio verò hujus SCti in eo est, quod fidejusso plurima incommoda contineat, & ideo in templo Apollinis scriptum memorant veteres, comitem æris alieni, & sponsonis esse miseriam, quia paria videntur solvere, & spondere, nam qui fidejussorem sibi destinavit, mandasse ei videtur, ut suo nomine solvat l. 47. ff. de condic. indeb.

An mulier exceptioni SCti Vellejani renunciare valeat, acriter iterum inter se confligunt AA. Procedit autem hæc quæstio in tali hypothesi, ubi mulier jam majorenis de hoc beneficio per Notarium, vel Assistentem aliquem expressè certiorata fuit. Notat tamen Gail. lib. 2. observ. 77. num. 3. non statim

tim præsumi fœminam legitimè certioratam renunciâsse, si illud in instrumento asseratur, quia ejusmodi clausula ex consuetudine Notariorum apponi solent, & licet partibus prælegantur, tamen ab iis non intelliguntur.

10 Negativam præter Donellum *l. 12. Comment. cap. 32.* Fabr. in *Ration. ad l. 8. §. 1. ff. qui satis dar.* Berlich. *part. 2. conclus. 19. num. 16.* & alios tuentur ex nostris Clariss. D.D. Gletle *part. 3. Pandect. cap. 10. num. 10.* D.D. Peregrini *ad Inst. b. t. num. 14.* ac novissimè Clar. P. Böckhn in *Comment. ad b. t. num. 9.* Eorum fundamenta sunt I. quod mulier eadem facilitate inducatur ad renunciandum, qua ad fidejubendum, quia utroque casu lactatur spe, fore, ut debitor principalis debitum solvat. II. Fœminæ non possunt renunciare aliis legibus, quæ ipsas ab officiis civilibus arcent: ergò nec beneficio SCti Vellejanii, quia etiam fidejussio, contra quam dictum SCtum eas tutas præstat, officium civile, & virile est. *l. 1. §. 1. ff. ad SCtum Vellejan.* Accedit, quod etiam fœminæ per fidejussionem rem familiarem in discriminem conjiciant. III. Mulier magis obstringitur marito, quam extraneo; atqui pro marito intercedere, & beneficio suo renunciare non potest: ergò nec pro aliis. IV. In *l. 1. ff. d. t.* dicitur, per d. SCtum fœminis plenissime consuli, atqui taliter non consuleretur, si renunciatio teneret: ergò. V. Exceptio firmat regulam in casibus non exceptis: atqui in casu fuscipendæ tutelæ matri, vel avia renunciare permittitur Auth. *Matri §. l. ult. C. quando mulier tutric. offic.* ergò in aliis negatur. VI. Quæ in fraudem SCti Vellejani excogitata probari possunt, ra-

ta non habentur, *l. 29. §. fin. ff. d. t.* ergò nec hæc renunciatio, utpote in fraudem dicti Senatus-Consulti facta, tenebit.

Affirmativa nec legibus destituitur, nec patronis, inter quos numerantur præter Bartolum, & Baldum Cujacius *lib. 19. observ. cap. 34.* Fachinæus *lib. 2. cap. 59.* Gail. *lib. 2. observ. 77. num. 3.* Sande, Bocerus, & alii à Stryckio relativi ad tit. *SC. Vellej. §. 18.* qui etiam de Germaniæ praxi testantur. Probatur ex Auth. *Matri §. avia §. l. ult. C. quando mulier tutr.* *Nov. 94. cap. 2. & Nov. 118. cap. 5.* ubi mulier tutelam liberorum fuscipere volens in judicio huic beneficio renunciare jubetur. Et quam hi textus tantum loquuntur de renunciatione judiciali, tamen id ipsum fieri posse extrajudicialiter eruitur ex *l. 8. §. 10. l. pen. §. ult. §. 4. ff. §. l. 21. C. ad SC. Vellej.* Et ratio, quæ Schilterum *exercit. 28. §. 10.* movit, ut renunciationem duntaxat *judiciale* admitteret, quatenus nempe hac via SCto tam facile fraus fieri nequeat, nec ipsæ fœminæ renunciantes inconsulto decipi queant, tantum probat, ad excludendas omnes exceptiones tutius esse, si talem renunciationem in judicio faciant. Et ita de praxi observari cum Hahn *ad Wessenbec. ad tit. SC. Vellej. num. 9.* testatur Stryck. *ad eund. tit. §. 19.* qui AA. hanc notabilem differentiam inter renunciationem *judiciale*, & *extrajudiciale* assignant, quod in illa præsumatur mulier de suo beneficio sufficienter edocita, cum in judicio omnia rite, & solenniter fieri præsumantur, quæ præsumptio in extrajudiciali cessat. Et ratio demum hujus affirmativæ sententia, hæc est, quod beneficium SCti

Vel-

Vellejani mulieribus datum sit propter simplicitatem, imbecillitatem, credulitatem, & ignorantiam *l. 2. §. 2. & 3. ff. d. t.* Sed, quæ scit, & tamen ut non vult, non videtur esse decepta. *l. 145. ff. de R. J.* Ergò. Accedit, quod quisque favori pro se introducto possit renunciare *l. penult. C. de Paß.* & beneficium invito non detur. *l. 96. ff. de R. J. & l. 19. §. 2. ff. de Donat.*

12. Ego hanc sententiam sub binis his limitationibus recipio, ut I. non sufficiat, mulierem omni beneficio legum generatim renunciâsse, sed huic beneficio in specie renunciatio facta sit oportet. II. Ut, postquam mulier de hoc beneficio fuit edocta, renunciatio ex aliquo temporis intervallo sequatur; tunc enim post meditationem geminata, aut confirmata intercessio excludit præsumptionem inconsultæ facilitatis *l. 22. C. ad SCtum Vellej.* Unde jam argumenta negantium eneranda sunt.

13. Ad I. negatur antecedens, quia fœminæ naturâ avaræ non tam facile renunciant juribus suis; renunciatio enim talis est species *donationis*, quæ in muliere non præsumitur *l. 16. C. de Donat. aut. nupt. sed*, ut ait Baldus in *l. 16. C. de Donat. in fin.* donatio mulieris miraculi loco habenda est. Ad II. repomimus, eam rationem, quod fidejussio sit munus *civile*, non esse principale, sed ideo eis SCtum subvenire voluit, ut imprudentia illarum contra latens periculum rei familiaris consuleret *d. l. 1. & 2.* unde, quod aliis legibus, quæ fœminas à muneribus civilibus arcent, renunciant nequeant, id favor boni publici efflagitat, qui sanè non subest in lege intercessionem mulieribus prohibente. Nec illud obstat, quod SC. Vellejanum

voluerit occurrere periculo rei familiaris: hoc enim, si simpliciter voluisset, quomodo permitteret mulierem pro alio solvere? Ad III. redditur disputa ex arctiori amoris vinculo, quo uxor marito præ quounque extraneo devincta est. Nam utique propter amorem, & reverentiam mariti facilius renuncaret, quam propter extraneos. Ad IV. dicimus, *plenissimè* ita intelligendum, quod scilicet, cum antecedenter tantum pro viris intercedere prohiberentur, jam etiam hæc prohibitio extensa fuerit, ut ne quidem pro fœminis intercedere valeant, & hoc sensu verum est, quod hoc SCtum eas plenissimè juvet. Textus in *l. 2. §. 1. ff. ad SCtum Vellej.* Ad V. respondeo, illud axioma, quod exceptio firmet regulam in casibus non exceptis, huc malè applicari, etenim in *d. auth.* non permittitur, sed omnino præcipitur renunciatio hujus beneficii: ergo, subinferas, in aliis casibus non præcipitur, sed permittitur. Ad VI. negatur consequentia, & suppositum consequentis, quod similis renunciatio in fraudem legis fiat, cum non fiat inconsulto impetu, & à beneficii legis ignara muliere, id quod tantum lex præcavere voluit.

Quod mulier jurato huic beneficio renunciare valeat, ex præmissis satis constat: num verò etiam hoc casu de beneficio *SCtum Vellejani* præviè edocenda sit, controvertitur. Ego prævia certioratione hic opus non esse existimo, quia etiam alienatio rei dotalis à muliere juramento firmata valet, tametsi de beneficio legis *Juliae*, quæ ejusmodi alienationem in favorem mulieris irritat, instructa non fuerit. *cap. 28. de Ju- rejur. cap. 2. de Paß. in 6.* cui hanc addi-

dimus rationem, quod ipsum juramentum instar instructionis habeatur, eo, quod nonnisi re bene explorata interponi soleat. Gail. tamen lib. 2. obs. 77. num. 10. ex causa enormis læsionis mulierem sublevari existimat, quia inde dolor præsumitur l. 17. §. lucius ff. quæ in fraud. credit. l. 5. C. de Dolo.

13 Plures adhuc alii casus, quibus mulier etiam citra renunciationem beneficio Scti Vellejani uti non potest, sequentibus verbis comprehenduntur.

Libertas, pretium, dos, fraus, & cautio bina.

Si minor est credens, si commoda propria gescit.

Et quæ successit, renuit, vel debita cepit.

Horum versuum compendiariam analysisin damus. Si scilicet pro libertate fidejussit l. penult. C. ad Scti Vellej. quod ad alias quoque pias, & favorabiles causas nonnulli extendunt. Si pretium etiam modicum propter fidejussionem acceperit. l. 23. C. d. t. si pro dote intercesserit l. 2. §. fin. C. d. t. si dolo malo, aut callide versata fuerit. l. 2. §. 3. l. 29. §. fin. l. 30. ff. d. tit. ut, si sumpta ueste virili se virum simulaverit, creditoris decipiendi causâ l. 30. ff. d. t. securus, si mulier nil simulasset, sed creditor se ipsum decepisset. l. 4. §. 5. C. d. t. Si post biennium intercessionem repeatat l. 22. C. eod. quamvis enim non obligetur, si infra biennium bis, vel sèpius fidejussionem suam repeatat, aut fidejussione facta alio tempore pignus

pro eodem debitore constitutat: si enim elapsio biennio eandem repeatat, non amplius juvatur, sed potius à tempore repetitæ fidejussionis tenetur, quia sibi imputare debet, si in periculum incidat, quod tanto tempore facilè evitare, & à prima fidejussione facta regredi potuisset. Si creditor, qui mulierem pro fidejussore accepit, minor est, & aliunde à principali debitore solutionem consequi non potest. l. 12. ff. de Minor. si rem suam gescit, & in utilitatem propriam fidejussit, pro suo v. g. fidejuslo, vel creditore l. 3. 13. § 27. §. fin. ff. ad Sctum Vellej. Si debitori successit l. 49. ff. de O. § A. l. 19. § 149. ff. de R. J. Si Scto Vellejano renunciavit, ut dictum est. Si denique debitor mulieri solvit id, pro quo fidejusserat, et si fortè fœmina illud deinde amiserit.

Quæ hactenus dicta sunt de Mu- 14 lierum intercessionibus, procedunt, quomodounque illæ seu verbis, seu re, seu quocunque alio contractu intercesserint, etiam pignus dando pro alio, quia etiam tunc, et si non personam, res tamen suas obligant.

Illud porrè ex Heringio cap. 7. nn-15 mer. 517. notari volumus, quod fœminæ illustres, quæ regalia, & jurisdictionem instar virorum, exercent, privilegio hujus Scti se tueri nequeant, sed virili jure uti debeant, præsertim cum ratio Scti deficiat, quando ejusmodi mulieres naturali suæ imbecillitatì per curiales, & consiliarios suos optimè consulere possunt.

§. III.

Quibus causis, & obligationibus fidejussor accedere possit?

SUMMARI A.

16. *Omni obligationi fidejussor accedere potest, aliter tamen obligationi civili, aliter naturali.* 17. *Si principalis obligatio nullo jure teneat, nec fidejussoria subsistit.* 18. *Quomodo contractui à papillo initio fidejussor accedere possit, exponitur?* 19. *An pro conservanda dote mulier à marito fidejussorem exigere possit?* 20. *De rigore juris talis fidejussio non tenet.* 21. 22. *Aliter de moribus Germanie, ubi maritus ad incitas vergit.* 23. *Obligationibus ex deicto descendantibus, si civiliter agatur, fidejussor accedere potest.* 24. *Etiam cum criminaliter opponitur.* 25. *Solvitur oppositio.*

Regulam generalem ponit Ulpianus in l. 1. ff. b. t. dicens: *omni obligationi fidejussor accedere potest, sive civilis sit illa, sive naturalis, sive mixta, §. 1. Inst. b. tit. l. 7. l. 16. §. 3. ff. eod.* Circa obligationem *civilem* id notari vult Cl. D. D. Peregrini ad b. t. num. 4. ut, si illa sit efficax, nulla exceptione elidibilis, fidejussio quoque firma subsistat: sin ipsa principalis obligatio nutet, utpote exceptione inservanda, etiam fidejussio, tanquam accessoria lubricitet, arg. l. 12. C. de N. N. P. adeoque, quæ debitori principali competit exceptio, eadem quoque fidejussori competit. Aliud dicendum, si obligationi debitoris *naturali* tantum fidejussor accedit, hic enim etiam *civiliter* tenetur, & ad solvendum efficaciter compelli potest. Sic pro servo, qui *naturaliter* olim obligabatur l. 32. ff. de R. J. item pro *Minore* *naturaliter* tantum obligato fidejussor intervenire potest, licet neuter actione conveniri possit. l. 7. l. 25. l. 35. & 60. ff. b. t. Nec obstat, quod fidejussor duarius obligari nequeat, quam ipse principalis l. 8. §. 7. l. 34. ff. b. t. nam fal-

sum est, quod durior sit conditio in tali casu, fidejussoris, quam principalis, qui etiam ipse debitor natura debet, & si solverit, repetere nequit. Quod vero servus, vel *Minor* *civiliter* non obligatur, defectus est personæ, qui non est in fidejussore, unde is sibi imputet damnum, quod ex hac obligatione sentit, cum à fidejussione abstinere potuerit. Manzius *Tract. de fidejuss.* cap. 3. num. 19.

Quod si principalis obligatio omni invalida sit, ita, ut nec *naturaliter*, nec *civiliter* teneat, etiam fidejussoria invalida erit l. 11. l. 16. princ. ff. b. tit. quia fidejussio est quædam accessio §. 5. J. l. 1. l. 5. l. 34. ff. b. t. quæ sine principali subsistere nequit arg. §. 29. J. de R. D. l. 178. ff. & cap. 42. de R. J. in 6. Hinc, si quis fidejubeat pro venditione rei sacræ, solutione usurarum, aut si principalis debitor pacto turpi, & legibus improbat ad dandum, vel faciendum se obstrinxerit, nulla est fidejussio. Wesenb. in *paratitl.* ff. b. t. n. 4. Alia exempla suggerunt textus in l. 11. l. 37. & 47. ff. b. t.

Quomodo ergo, inquis, contractui

apu-

à pupillo inito fidejussor accedere potest l. 25. ff. b. t. cùm tamen principalis, scilicet pupillus ex contractu à se solo inito ne quidem naturaliter obligetur l. 41. ff. de condit. indebit. l. 59. ff. de O. & A. Communiter solent hic DD. fitam quandam obligationem pupillo affingere, ita, ut in odium fidejussoris singatur esse obligatus. Melius dixeris, obligationem naturalem, quam pupillus stando in jure naturæ contraheret, quoad effectus ipsi pupillo noxios à jure positivo fuisse sublatos, relictis aliis effectibus in suo robore, quod de jure naturæ habent. Et ideo, fidejussor cum effectu accedere potest contrahui pupillari, quia quoad hunc effectum jus positivum nihil immutavit, sique opus haud est, fingere in pupillo obligationem *naturalem*. Sicut in simili dicimus de filios familias mutuum accipiente, qui ad solvendum ne quidem naturaliter obligatur, patrocinante eidem S. Cto Macedoniano: si tamen solvit, solutum repete nequit, quia hic effectus obligationis naturalis per dictum S. Ctum sublatus non est. Eximius P. Guilielmus Beusch in tract. de Pat. part. 1. cap. 3. sect. 3. §. 2. 64. Quid autem ad l. 6. ff. de V. O. dicemus, quæ negat, fidejussorem pro pupillo intervenire posse? Resp. cum Clar. D. Collega D. Peregrini ad b. t. Inst. 4. sensum hujus legis esse, quod fidejussor eatenus accedere nequeat, ut contra pupillum regressum habeat, possit tamen in sui præjudicium juxta explicationem superius datam.

19 De dote queritur, num pro ejus conservatione fidejussor dari possit? Nonnulli AA. ita solent distinguere: aut uxor à marito exigit fidejussorem,

aut maritus eundem ultro offert. Primo casu fidejussionem non tenere dicunt, quia contrarium id esse videtur fiducia, qua alterna fides excitatur, & per quam uxor se suaque marito concredit. Altero casu subsistere, maximè, cùm uxori pignora accipere vetum non sit per l. 7. §. 6. ff. de Donat. inter vir. & uxor.

Attamen si litteræ legis insistere placet, dicendum esse existimo cum Clar. D. D. Peregrini I. b. t. num. 3. fidejussionem indistinctè non tenere, idque probare videtur textus in l. 1. C. Ne fidejuss. vel mand. dot. ubi & exhiberi à marito fidejussorem, adeoque ultro offerri prohibetur, cui ipsa quoque rubrica d. t. adstipulatur, quæ generaliter concepta, generaliter exaudiri debet, ne fidejussores vel mandatores dotium dentur. Et denique ratio, quæ assignatur in l. 2. C. d. t. utroque casu obtinet, ne scilicet *causa perfidae* in eorum conubio generetur, si maritus ratione dotis socero inidoneus haberetur, cui mulier vitam, & corpus suum credendum existimavit, & sic plus alienæ, quam proprii mariti, & generi fidei tribueretur: indecens enim videtur, ut propter accessorium fidejussio exigatur, quando nomine rei principalis, nempe matrimonii, cautioni locus non est. l. 178. ff. & cap. 42. de R. J. in 6. Quod verò uxor pignus pro dote liberè accipere possit, ea ratio specialitatis est, quod pignus locum rei debitæ subeat, fidejussor verò locum ipsius debitoris, unde in priori casu uxor adhuc fidem mariti sequitur, in posteriori verò alienam præhabere censetur.

Et hic quidem rigor juris Justinea-
nei, cui zelotypia locum fecit, apud
alias

- alias gentes, quæ hoc igne pro genio nationis frequentius uruntur, forte hominem obtinebit; apud Germanos, qui zelotypiæ furore non tam facile corripiuntur, hujus legis sanctionem locum non invenire scribit Leyserus volum. 7. medit. ad Pandect. specim. 222. §. 8. maximè cum datio fidejussoris in ejusmodi casu non directè honestatem naturalem lœdat, sed civilem duntaxat perstringat ob periculum perfidiæ, quod hac occasione nasci posse præsumitur. Ita Tulden. ad d. t. C. ne fidejuss. n. 2.
- 22 Nos Leysero non intercedimus, sed ejus sententiam eò maximè casu amplectendam esse, censemus, ubi maritus de dilapidatione, & prodigalitate se suspicuum facit, tunc enim indubie fidejussorem exigi, imò & ipsam dotem repeti, vel saltē sequestrari, ac ad censum annum collocari posse, ut dempta administratione ex fructibus sequestrati prædii dotalis onera matrimonii sustineat, colligitur ex cap. penult. de Donat. inter vir. & uxor. quæ dispositio Juris Canonici ex usu fori juri civili prævalet, nec invito, putamus, jure Justinianeo, cùm hæc cautio, quæ à marito in simili circumstantia exigitur, potius in favorem, quam odium mari- ti cedat. Probrosius equidem foret, si dos penitus ei eriperetur, quam si duntaxat cautio fidejussoria exigatur, & consequenter cessat ratio prohibitionis in cit. tit. C. ne fidejuss. vel mandat. Panormit. ad d. cap. penult. n. 13. Quod si dos data sit ab extraneo, dubium non habet, quod iste possit petere fidejussorem, quia quoad ipsum ratio d. l. cessat. Haunold. Tom. 1. tract. 4. cap. 5. controv. 5.
- 23 An obligationibus ex delicto de-

scendentibus fidejussor intervenire pos- sit, quæris? Resp. si ex delicto ci- liter agatur, aut delictum tale sit, quod pecuniam tantum pecuniariam meretur, fidejussorem admitti. Ratio est, quod tunc judicium, aut executio sententia non cludatur, cùm nil inter sit fisci, vel accusatoris, uter solvat, principalis, an fidejussor l. 1. ff. de custod. & exhib. reor. l. 70. §. ult. ff. b. t. Sin verò pœna sanguinis, aut gravis eoërcitionis corporalis reo imponenda sit, disputant AA. an hic locum habere possit cautio fidejussoria? negant Gomez lib. 3. var. resolut. cap. 9. num. 8. Covarruv. lib. 2. var. resolut. cap. 8. num. 8. Farinac. in prax. crimin. tit. de carcer. & incarc. quæst. 33. regul. 1. n. 151. affirmant è contrario alii, ita tamen, ut arbitrio judicis relinquatur, an consideratis cir- cumstantiis, & rei conditione, ac qua- litate ille carcer relaxandus ac fidejussor admittendus sit per l. 1. & 2. seqq. ff. de custod. & exhib. reor. l. 6. §. 3. C. de appellat. Menoch. lib. 2. de arbitr. casu 303. num. 16. & seq. Wesenbec. in parat. ff. b. t. num. 4. quia in l. 1. ff. d. tit. expressè arbitrio judicis generaliter relinquitur, an reum carceri tradere, vel cautioni committere velit, & in l. 2. etiam pro servo capitali judicio postu- lato judex fidejussores à domino reci- pere posse dicitur, quidni etiam pro li- bero? & per l. 3. ubi in summis tan- tum delictis fidejussor non admittitur, bono argumento, quod in aliis minori- bus judicis arbitrio id relinquatur. Ac- cedit textus in cit. l. 6. §. 3. C. de appellat. ubi in capitalibus causis illi in vin- culis detineri jubentur, qui fidejusso- rem idoneum propter inopiam non in- venerunt.

Non

24. Non obstat huic assertioni l. 13. ff. ad Leg. Aquil. ubi dicitur, neminem membrorum suorum dominum esse. Resp. per similem fidejussionem non id agi, ut fidejussor (qui in criminibus *vas* propriè dicitur) corpus, & membra sua pœnæ subjiciat, sed, ut caveat de *reō* fīstendo, si absens fuerit, ne in absētem, & indefensum tanquam convictum aliquid statuatur; aut, si præsens sit, & in carcerem conjectus, ne ex vinculis

causam cogatur dicere: aut certè promittat judici, cui delicti est persecutio, se damnum delicto datum reparaturum l. 4. ff. de cast. & exhib. reor. Puffendorff. de J. N. & G. lib. 5. cap. 10. §. 12. ubi etiam ostendit, veterum pluribus creditum fuisse, hominem dominium habere sui corporis, eique licere vitam suam pro alterius vita pœnæ mortis subjicere.

§. IV.

De obligationibus fidejussoris.

S U M M A R I A.

25. Obligatio fidejussoris eadem est, quæ debitoris principalis. 26. Quæ scilicet tempore fidejussionis fuit. 27. An mora principalis noceat fidejussori, sub distinctione resolvitur. 28. Hodie fidejussor etiam tenetur ad usuras ex mora principalis debitas. 29. Quod etiam de jure Romano obtinere, multis videatur, quorum argumenta referuntur, & refelluntur. 30. Fidejussor in plus extensive obligari nequit, bene verò intensivè. 31. In plus autem quadupliciter quis obligari potest. 32. In minus obligari fidejussorem non repugnat. 33. An fidejusso teneat saltem ad summam concurrentem, si fidejussor in majorem summam fuerit *assumptus*, negativam amplectimur. 34. Contrariis textibus respondetur. 35. Quæ actiones ex fidejussione, vel ejus occasione nascantur?

25. **O**bligatio fidejussoris in eo præcipue versatur, quod ex sua intercessione non minus teneatur, ac ipse principalis, pro quo intercessit, ita quidem, ut olim in arbitrio creditoris esset, malène fidejussorem præ debito re principali convenire, & ab eo debiti principalis solutionem exigere. l. 5. 16. 19. & l. 23. C. b. t. hæcque obligatio etiam hæredes fidejussoris premit, quanquam illorum nulla facta sit mentio, l. 4. §. 1. l. 5. ff. l. 24. C. b. t. imò etiam eo casu, quo fidejussor per par-

ticulas taxativas duntaxat, tantum &c. se obligavit, quia hæ tantum personas extraneas excludunt. Stryck. ad b. t. §. 12. Quod si plures fuerint fidejussores, iisque se pro uno debitore principali obstrinxerint, singuli in solidum tenentur, idque verum est spectato jure antiquo arg. l. 3. 16. & 23. C. b. tit. §. 1. I. eod. Quid hodie obtineat, in §. seq. dicetur.

Cæterum, ne fidejussor plus æquo 26 oneretur, ad id duntaxat tenetur, quod tempore fidejussionis fuit in obligatio-

ne, modo ab initio conventum fuerit de omni eo, quod reus principalis creditori debet *l. 56. §. 2. ff. b. t. l. 32. ff. de administ. tut. l. 76. §. 1. l. 89. ff. de V. O. secus*, si se ad certam duntaxat summam obligavit, in eam tantum tenetur. *l. 68. princ. ff. b. t.*

²⁷ Quid autem, si principalis debitor moram fecerit, an fidejussori illa nocebit? Resp. fidejussori generaliter obligato nocere ad continuandam, & perpetuandam obligationem, ita, ut licet res debita interierit, fidejussor tamen non liberetur, sed adhuc obligatus maneat. *l. 58. §. fin. ff. b. t. l. 91. §. 4. ff. de V. O.* non tamen nocere in ordine ad augendam obligationem, nisi in omnem causam sese obligarit *l. 54. princ. ff. locat. l. 68. §. 1. l. fin. ff. b. t. l. 8. ff. de eo, quod cert. loc.* quia sua cuique mora, non alteri nocere debet *l. 137. §. 2. ff. de R. J.* quapropter nec ad usuras aut alias accessiones tenebitur *l. 68. §. 1. l. 73. ff. b. tit.* Ratio est, quod fidejussio (spectato Jure Romano) sit stricti juris, in stricti autem juris iudicis ad usuras, aliasque accessiones nemo tenet, nisi hoc expressè per stipulationem promiserit *l. 24. ff. de P. V.*

²⁸ Hodie verò fidejussorem ad usuras teneri, sive debitor eas expressè promiserit, sive illæ ex mora debeantur, testatur Stryck. ad *b. t. §. 11.* quia ex moribus Germaniæ quoad effectum præstationis usurarum contractus bona fidei, & stricti juris non distinguuntur. Allegantur in hunc finem *Recess. Deput. de Anno 600. §. 50* *vil* *nun* *152.* & *Recess. noviss. §. anreichend die Künff* *tige Dinnsen* *174.* & quanquam prior *Recessus* tantum de contractu *Mutui* agat, ita, ut à tempore moræ credito-

ri etiam citra promissionem *5. pro 100.* assignentur, tamen interpretes ob identitatem rationis ad reliquos contractus stricti juris extendunt, ita ut ex uno æquè, quam altero post moram usuræ debeantur. Stryck. ad *tit. d. R. C. §. 10.* Verum, quia multi hodie sunt, qui fidejussorem etiam de Jure Romano ad usuras, aliasque accessiones teneri autem, eorum argumenta referre, & refigere placet.

Objiciunt I. *l. 88. ff. de V. O. & l. 29* *24. §. 1. ff. de usur.* ubi mora rei fidejussori quoque nocere dicitur. Resp. id intelligendum esse quoad perpetuandam obligationem, non etiam quoad usuras, ut supra dictum est.

Objiciunt II. Fidejussor rei locum obtinet: ergo non minus ac ille in usuras obligabitur *l. 4. §. 1. ff. b. t.* Resp. obtinere locum in illis, quæ promisit, non verò in aliis, præfertim quod hic contractus sit stricti juris. *l. 99. ff. de V. O.*

Objiciunt III. *l. 17. ff. ut legat. seu fideicom. cauf. caveatur,* ubi dicitur, si ex pluribus cohæredibus unus ratione legati, quo omnes tenentur, fidejussorem dederit, & huic cohæredi una, vel omnes cohæredum partes accrescant, tunc in solidum legatum teneri tunc fidejussorem: ergo ex postfacto in plus obligatur, quam ab initio, quia ab initio tantum in partem legati fidejussit. Resp. id specialiter in favorem legatorum statutum fuisse, ne scilicet legatarii sub specie fidei decipientur; unde nisi fidejussor expressè in partem legati intercesserit, perinde habetur, ac si pro toto legato, etiam accretu, fidejussisset, quia evenitus docuit, hæredem totum legatum retrò debuisse, adeoque statim ab initio fidejussio illa fuit saltem conditio-

natē ad totum legatum, quia fuit ad omnem quantitatem legati, ad quam denique hæres teneretur etiam retro per accretionem.

Objiciunt IV. l. 52. §. 2. ff. b. t. ubi fidejussor à colono datus etiam ob pecuniam dotis prædiorum, id est, straminum, graminum, boum arantium, aratorum &c. teneri dicitur: ergo ad accessiones quoque obligatur, tametsi ad eas se speciatim non adstrinxerit. Resp. suppositum AA. esse erroneum; non enim istæ accessiones ex mora debitoris, sive coloni veniunt, qui ab initio statim ad eas custodiendas tenet, sicuti locator ad easdem præstandas l. 11. §. 2. l. 24. ff. locat. unde cùm ab initio insint principali obligationi, his etiam accessisse censetur fidejussor.

Objiciunt V. Indefinita propositio æquivalet universalis: ergo, qui in causam alicujus contractus fidejubet, in omnem causam se obligasse censetur. arg. l. 8. §. 3. ff. de Pignerat. act. l. 44. ff. de Legat. 2. Resp. hoc tantum procedere in favorabilibus, non verò odiofis, ut hic.

Objiciunt VI. l. 18. ff. qui potior. in pign. ubi pignus datum etiam pro usuris obligatur: ergo idem dicendum de fidejusso. Verum lata est disparitas inter pignus, & fidejusso: pignus enim datur à principali debitore, qui sibi imputare debet, quod non solvendo maturiùs debitum, in usuras inciderit, fidejussori verò hæc mora principalis debitoris imputari non potest.

30 Ex dictis consequenter fluit, quod fidejussor in plus obligari non possit extensivè, possit tamen intensivè, sive firmius, & arctius, ut, ubi principalis tantum temet obligacione naturali,

ille teneatur naturali, & civili simul: vel ubi principalis tantum obligatus est simpliciter, ille se obstringere possit cum juramento, hypotheca, vel sub pœna. Molin. tract. 2. disp. 541. num. 7. Zoël. ff. b. t. num. 13. Quod verò in plus extensivè obligari nequeat, hanc rationem reddit Francus de Fidejuss. cap. 4. num. 87. quod fidejussio sit accessio, quæ naturam principalis sequitur, & quia iniquum videtur, ut, qui gratis officium humanitatis præstat, graviorem conditionem subeat, quam principalis.

Potest autem quadrupliciter quis in 31 plus obligari, revidelicet, tempore, loco, & causa. §. 33. J. de Act. Re, ut si principalis debeat §. fidejussor obligetur in 10. aut, si fidejussor se obliget in rem, quæ non est pecunia, v.g. vinum, oleum, vel triticum, quando debitor principalis obligatus est ad pecuniam solvendam; secùs, si viceversa principalis deberet rem, fidejussor verò se obligaret in pecuniam, quia hæc est omnium rerum æstimatio, l. 42. ff. b. t. quod tamen Molina cit. disp. n. 10. limitat, nisi aliunde per hoc durior redditur fidejussoris obligatio. Tempore in plus obligari dicitur, si quod principalis debet ad diem, vel sub conditione, fidejussor purè, & simpliciter debeat. Loco, si quod ille sine, hic cum adjectione loci debeat. Causâ, si, quod principalis debet disjunctivè, electione penes debitorem relicta, hic deberet disjunctivè, electione penes creditorem stante. §. 5. J. b. t. l. 16. §. 1. ff. eod. §. 33. J. de Act. Aut, si principalis debeat Stichum, fidejussor verò stichum vel 10. quia durior ejus conditio redditur, quippe qui mortuo sli- ch.

cho teneretur ad 10. l. 8. §. 9. ff.
b.t.

32. Econtra potest fidejussor in minus obligari, ita, ut si principalis debeat 100. ille in 50. se obliget, quia minor summa continetur in majori, & hoc ipso, quod principalis debeat 100. etiam 50. debet. Vel, si principalis *pure*, & absolute obligatus sit, potest fidejussor sub conditione, vel in certum diem fidejubere. l. 8. §. 7. l. 9. ff. b.t. & tunc conditione deficiente, vel die adveniente liber erit fidejussor, etsi principalis debitor adhuc obligatus maneat, vel novum terminum solutionis obtineat. l. 7. C. de Locat.

33. Circa illud controvertunt hic DD. an, si fidejussor in majorem summam se obligaverit, tota fidejussio inutilis sit, vel saltem ad concurrentem summam debiti principalis sustineatur? De eo casu haec quæstio non procedit, quando fidejussor se ulro & sponte ad majorem summam se obligat, nam id fieri posse, elucet ex l. 33. ff. mandat. sed tunc is non accessoriæ, sed principaliter obligabitur. Quando verò rogatus in majorem summam, quam ipse principalis deberet, se obligavit, tunc queritur, an fidejussio penitus sufflaminetur, num verò ad concurrentem summam debiti principalis subsistat? Si theoriam à praxi distinxeris, probabilius videtur, talem fidejussionem omnirobore firmitatis destitui. Hujus sententiae sunt præter Fachinæum lib. 8. cap. 51. & alios ibidem relatos, ex nostris Magnif. P. Schmier l. 3. tract. 3. cap. 4. num. 95. Clariss. P. Böckhn in Comment. hic. num. 17. Clar. D.D. Pegrini ad I. b.t. num. 7. Probatur ex textu perspicuo in l. 8. §. 7. ff. b.t. ubi

Ulpianus hunc casum ita definit: *Illud commune est in universis, qui pro aliis obligantur: quod si fuerint in duriorem causam adhibiti, placuit eos OMNINO NON OBLIGARI.* Ratio datur, quod fidejussor ex natura fidejussionis non possit, nisi accessoriæ obligari; atqui, quando quacunque ratione in plus assumitur, quam principalis debeat, verum non est dicere, quod obligetur accessoriæ, quia id, quod promisit, non debetur à principali debitore, sed est alia nova, & substantialiter distincta obligatio, illud nempe indivisibiliter respiciens, quod in principali obligatione non continetur: quamvis enim minor summa continetur in majore, & propterea ad illam fidejussio restringi possit per cit. l. 8. §. 7. non tamen hoc viceversa procedit, cum summa major non continetur in minore. Unde huc non quadrat illa regula juris quam AA. objicere solent, quod utile per inutile vitiari non debeat. cap. 37. de R. J. in 6. quasi verò etiam fidejussio, utut quoad excessum in quantitate à principali debita non subsistat, quoad summam tamen ipsi principali debito proportionatam valeat. Verum dicimus, illud axioma in ea duntaxat hypothesi procedere, ubi obligatio divisibilis est, vel multiplex, unde in fidejussione, ubi obligatio indivisibilis est, locum habere nequit.

Textus, quos AA. nobis objiciunt, ut l. 1. §. 4. ff. de V. O. l. 3. §. ult. l. 33. ff. Mand. l. 11. §. 12. ff. de Pecun. constit. l. 61. ff. de Jur. dot. l. 17. ff. de V. O. l. 34. C. de Donat. nostram sententiam haudquaquam concutiunt, quia omnes loquuntur de casu, quo fidejussor se ulro, & non rogatus ad majorem summam obligat, quod & nos

nos admittimus. Cæterum non nescimus, alteram sententiam in praxi obtinere, quam Stryckius, Author practicus, ad h. t. §. 9. in theoria quoque veriorem esse asserit, cuius tamen asserti nulla congrua probatione fidem facit. Utramque sententiam conciliare studet Clar. D.D. Peregrinicit. n. quem consule.

35 Cùm ex contractu nascatur obligatio, ex obligatione actio arg. princ. Inst. de mand. ideo cùm de obligatione fidejussoris hactenus actum sit, quæ actiones ex fidejussione, vel ejus occasione nascantur, paucis dicendum est. Igitur ex fidejussione nascitur actio ex stipulatu, quæ est stricti juris, qua fide-

jussor à creditore, vel ejus hæredibus convenitur in id, quod pro debitore principali fide sua promisit. Si mandato rei principalis fidem suam interposuit, datur fidejussori actio mandati contraria, contra debitorem ad id, quod pro eo solvit, repetendum l. 4. princ. ff. h. t. l. 33. ff. Mand. quæ tamen regulariter ante solutionem non datur l. 14. princ. l. 22. princ. l. 51. ff. Mand. §. 6. Inst. h. t. nisi in certis quibusdam casibus l. 36. §. 1. ff. Mand. Vid. Hering cap. 25. num. 12. & seqq. si pro absente sponte fidejussit, actio negotiorum gestorum fidejussori datur l. 4. ff. h. t. l. 20. §. 1. ff. Mand. l. 4. l. 5. princ. ff. de negot. gest.

§. V.

Quæ beneficia fidejussoribus competant?

S U M M A R I A.

36. Tria beneficia fidejussori competunt. Beneficium ordinis describitur. 37. In quibus casibus hoc beneficium cesseret? 38. Juramentum hic non habet vim renunciationis. 39. 40. Solvuntur due oppositiones. 41. Ulterius recententur casus, in quibus debitor principalis excuti nequit. 42. Alterum beneficium vocatur Divisionis, huic quomodo, & quando locus sit? 43. Fidejussori non ipso jure, sed ope exceptionis prodest. 44. Cessat variis casibus, qui enumerantur. 45. Tertium beneficium vocatur cedendarum actionum, quod describitur. 46. An cessio actionum post solutionem ex intervallo fieri possit? 47. Affirmamus. 48. Ad textus oppositos respondemus. 49. 50. 51. Specialia quedam de fidejussoribus. 52. Quæ aliae exceptiones fidejussoribus competant? 53. An termino solutionis debitori prorogato liberetur fidejussor, sub distinctione resolvitur. 54. De aliis beneficiis fidejussorum, & quomodo eorum obligatio evanescat, remissive.

36 Tria præcipuè beneficia in jure reperire est, quibus fidejussores adjuvantur, videlicet beneficium Ordinis, seu Excussionis, Divisionis, & cedendarum actionum. De singulis suggillatim.

Beneficium Ordinis, sive excussionis, quod Justinianum Authorem habet Novell. 4. cap. 1. Auth. præsente C. b. t. & Auth. si debitor C. de Pignor. in eo consistit, quod fidejussor conventus petat, ut prius conveniatur, sive excusatio-

(K k)

tatur debitor principalis. Hæc exceptio secundum Harpprecht ad *Inst. b. t. num. 26.* regulariter ante litem contestatam opponenda est; nisi enim fidejussor excipiat, & debitoris principalis excussionem petat, judex principalem excutere non debet, liberum enim est fidejussori isthac beneficio uti, vel non. Gail. vero *lib. 2. observ. 27. num. 3.* & Berlich. *part. 1. conclus. 11. num. 21.* exceptionem hanc potius *peremptoriam* esse, & usque ad sententiam opponi posse censem, quia hæc exceptio in effectu vim *peremptorie* habet, si enim principalis solvendo sit, fidejussor omnino liberatur. Quodsi principalis ab initio quidem solvendo non sit, adeoque fidejussor conveniatur, & cum eo lis contestetur, postmodum vero principalis propter supervenientem v. g. *in speratam hæreditatem* solvendo fiat, beneficium *excussionis* fidejussori adhuc dandum tenet Fachinæus *lib. 8. cap. 56.* quia scilicet exceptio de novo emergens etiam post litis contestationem opponi potest. *l. 11. §. 8. ff. de interrog. in jur. faciend.* Cæterum hæc excusio debitoris principalis facienda est *usque ad saccum, & peram*, ut loquuntur DD. & nil præter vestem, quæ tegatur, relinquendum.

37 Hoc beneficium *excussionis* certis casibus cessat. Et quidem I. si eidem renuncietur *l. penult. C. de Part. Gail. d. observ. 27. num. 21.* Sed, an fidejussor, qui se ut principalem, als selbst Schulden obligavit, per hoc beneficium *excussionis* renunciæsse censendus sit? Affirmant contra Panormit. ad *cap. 2. b. t. & Schneidew. ad b. t. Inst. §. 4. num. 11.* Gail. *lib. 2. observ. 28. num. ult. Herings tract. de fidejuss. c. 27.*

part. 1. num. 118. Berlich. *part. 2. conclus. 23. num. 4. & seq.* Ratio est, quia hac clausula apposita creditor solius fidejussoris fidem fecutus censetur, quæ aliæ otiosa foret. Deinde certum est, quod contrahentes per pacta sua legem ac formam contractibus dare possint. *l. 1. ff. deposit. l. 52. ff. de V. O.* licet igitur fidejussor ex præscripto juris tantum accessoriè obligetur, & sic in maiorem summam, ut fidejussio teneat, assumi nequeat, ut paulò ante ostendimus, potest tamen, si velit, in plus se obligare *§. 5. Inst. b. t. imo*, & principaliter, privilegio suo sponte cedendo *l. 23. ff. de R. J.* itaque cum renuntiare aliud non sit, quæ se principalem debitorem constituere, hoc ipso renuntiæsse meritò censetur, quia nihil interest, verbis, vel facto quis intentionem suam declarat. *l. 32. §. 1. ff. de LL.*

Objicies: *Novatio* non inducitur, nisi expresse id agatur. *l. ult. C. de Novat.* atqui si fidejussor constituendo se principalem debitorem non gaudet beneficio *excussionis*, novatio inducitur, quia per hoc principalis debitor liberatur. Resp. negando, principalem debitorem per hoc liberari, sed tantum dicimus, fidejussorem præter debitorem principalem etiam principaliter obligari sine beneficio *excussionis*. Fachin. *lib. 8. cap. 54.*

De juramento quoque dubitatur, an, 38 si fidejussor jurejurando se obstrinxerit, eundem effectum pariat, quem expressa renuntiatio? Affirmant non pauci, ut Panor. in *cap. 9. de jurejur.* Hering *d. cap. 27. part. 1. num. 45.* Gail. *lib. 2. observ. 80. num. 11.* Negant vero probabilius Covarruv. in *cap. quamvis 2. part.*

part. 1. §. 4. num. 4. de Paſt. in 6. Gomez lib. 2. var. resolut. cap. 13. n. 21. Fachin. lib. 3. cap. 15. & alii, quia juramentum sequitur naturam actus, cui apponitur, sed de natura fidejussorii actus est, ut prius excutiatur principalis debitor: ergo; præsertim cum hoc beneficium excusione summa æquitate nitatur, cui proinde jurando præcisè renunciatum non censetur, nam juramentum hoc tantum firmat contractum, non autem tollit beneficia competentia, unde tanquam stricti juris ad incognita extendi non debet.

39 Non obstat I. cap. 9. de jurejurand. tametsi enim ibi S. Pontifex jubeat, fidejussores juratos solvere, per hoc tamen non probatur, quod voluerit illis beneficium excusione adimere, sed supponitur ibi iusso conformiter ordini juris fuisse facta, hoc ipso, quod hoc beneficium expressè ipsis non fuerit ademptum.

40 Non obstat II. l. 77. §. 23. ff. de legat. 2. ubi dicitur, quod juramentum de observanda ultima voluntate vel à testatore, vel ab herede præstitum, faciat, ut, quanquam alias testamentum non valeret, ex virtute tamen juramenti ultima voluntas sustineatur: ergo eandem quoque vim habebit juramentum, ut æquivaleat renunciationi. Ad hoc paucis repono, casum in cit. l. 77. omnino diversum esse, à separatis autem malam fieri illationem docet nos l. 20. ff. de Minor. l. ult. C. de calumnia.

Et hæc nostra conclusio multò magis obtinet in fidejusso *indemnitatis*, vel *subsidiario* Schadloß-Bürg, oder Rück-Bürg, qui tantum sub conditione obligatus censetur, si à reo principali debitum exigi non poterit l. 116.

ff. de V. O. Gail. cit. obf. 27. num. 10. Gomez d. cap. 13. num. 3.

II. Non gaudet beneficio *excusio-41* nis fidejussor, si principalis debitor in remotis degat, vel latitet, ita, ut sine magno creditoris incommmodo conveniri nequeat. d. auth. præsente C. b. t. quo casu iudex certum tempus præscribet fidejussori, ut intra illud spatium reum principalem in judicio sistat, aut eo elapsò *excusio* pro *facta* habeatur. Menoch. de Arbitr. lib. 1. casu 40. Herring cap. 27. num. 31. quod Gomez cit. cap. 13. num. 14. etiam extendit ad casum, quo reus principalis præsens quidem est, sed conveniri non potest, vel *de facto*, quia persona valde potens, vel rixosa, arg. l. 2. ff. qui satisd. cog. vel *de jure*, quia naturaliter tantum obligatur, nec enim locum habere potest *excusio*, ubi locum non habet *actio*, aut quia durat officium Magistratus l. 2. ff. de *Jurisd.* aut, si bona rei principalis sint in alieno regno, vel Provincia secundum Barbos. in cap. 2. b. t. num. 12. III. Cessat hoc beneficium, si debitor principalis notoriè solvendo non sit, quia tunc frustra excusio institueretur l. 6. ff. de Dol. Gail. d. observ. n. 14. Mynsing. d. observ. 15. Barbos. d. cap. n. 16. aut si bona rei principalis ita hypothecis, vel censibus sint obnoxia, ut venum exposita non inveniant emptorem. IV. Si quis fidejussionem factam inficietur. l. penult. C. si contra *jus*, vel utilit. l. 10. §. 1. ff. b. t. Nemo enim fructum debet consequi ex eo, quod nifus est impugnare, & frustra legis auxilium invocat, qui in legem committit. l. 8. §. 14. ff. de *Inoffic. testam.* l. 37. ff. de *Minor.* V. Si fidejussor principali debitori succedat, quia tunc con-

Kk 2

ve-

venitur ut hæres. l. 24. C. b. t. Plures aliae limitationes videantur apud Gomez, Hering, Vasquium *Illustr. contro. l. 1. cap. 33. num. 12.* & Berlich. *conclus. 29.* qui 91. casus excipit.

42 Alterum beneficium vocatur beneficium *divisionis*, vi cuius unus confidejussorum conventus petere potest, ut alii quoque pro rata convenientantur. §. 4. J. l. 49. §. 1. ff. l. 10. §. 1. C. b. t. Olim quidem, si plures fidejussores intercesserunt, singuli in solidum obligati fuerunt, postea verò Epistola Hadriani, à D. Pio in l. 49. §. 1. *in fin. ff. b. t.* repetita, obligatio inter illos aequaliter pro partibus virilibus divisa est. Quo verò huic beneficio locus sit, debent vel litis contestata tempore, vel, cum creditor ab eis solutionem petierit, omnes fidejussores solvendo esse: quod si litis contestata, vel divisionis tempore unus solvendo non fuerit, aut ante execusione sine hærede decesserit, tunc onus solutionis reliquis accrescit, etiam uni, si ille solus solvendo existat: nec enim isthuc beneficium fidejussoribus aliter concessum est, quam quatera fieri potest divisio sine gravi damno creditoris. Sin verò post item contestata, vel factam legitimè divisionem unus solvendo non fuerit, id creditori nocebit, qui sibi imputare debet, quod illos tempestivè non excusserit, & convenierit, dum adhuc solvendo erant: neque hoc obesse potest aliis confidejussoribus, qui semel liberati non possunt inviti reduci in pristinam obligationem, §. 4. J. l. 26. & seq. l. 51. §. 4. ff. l. 16. C. b. t. adeo quidem, ut tametsi creditor esset minor, beneficium restitutioonis propterea ei non competet, proptet illa verba cit. l. 51. §. 4. Nec au-

xilio defendetur aetatis auctor; non enim deceptus videtur jure communi usus.

Hoc beneficium fidejussoribus non 43 ipso jure prodest, sed ope duntaxat exceptionis l. 28. ff. b. t: unde, si unus ex pluribus fidejussoribus sine ope exceptionis *solidum* solvit, nihil à creditore tanquam indebitum repetere poterit, sed sibi imputare debebit, quod exceptionem hujus beneficij non opposuerit. d. §. 4. J. & l. 39. & 49. §. 1. ff. b. tit. Nec contra confidejussores habebit actionem d. §. 4. & l. 39. quia inter illos non contrahitur obligatio, imo nec illorum negotium gessisse dici potest, quia proprium magis, quam aliorum negotium gessit, & se potius, ac principalem debitorem, quam confidejussores obligatione liberare voluisse censetur. Cæterum hæc exceptio, tanquam *peremptoria*, etiam post litis contestationem usque ad sententiam definitivam opponi potest. l. 10. §. 1. C. b. t. & fidejussoribus quoque *indemnitatis* conceditur, l. 7. ff. de *Fidejuss. tutor.* l. 27. §. 1. ff. b. t. imo & correis promittendi Nov. 99. cap. 1. & auth. *Hoc ita C. de duob. reis* sententia verò semel proleta non aliter admittitur, nisi ab ea provocatum fuerit, quia per appellationem res in eum statum reponitur, in quo fuit tempore litis contestata. Zoëlius ad ff. b. t. num. 54.

Cessat hoc beneficium variis casi-44 bus. I. Si eidem renunciaverint, quod factum censebitur, si se fidejussores *indivisi*m, unverscheidlich obligaverint, impossibile quippe est, obligari *indivisi*m, & reservare sibi beneficium *divisionis*. Gaudent verò adhuc hoc beneficio, si se *in solidum*, gesamt, und sonders obligaverint, est enim de-

na-

natura fidejussionis, obligare fidejussores in solidum, non item obligare se in dividim & veluti principalem. l. 3. C. b. t. Zoël. hic num. 29. Cessat II. Si fidejussionem factam esse, temere, & falso inficiati fuerint. l. 10. §. 1. ff. b. tit. III. Si plures pro uno tutele fidejussent, rem pupilli salvam fore, ne scilicet causa pupilli cum ejus incommodo in plures dividatur. l. ult. ff. rem pupill. salv. vid. Schilter. exercit. 37. §. 89. § 2. seqq. IV. Si confidejussor se efficaciter obligare non potuit, ut, si quis fidejubeat cum pupillo, aut vir cum muliere, nam hæc SC. Vellejano juvatur, ille in solidum tenetur. l. 48. ff. b. t. Harpprecht b. t. f. 9. 4. num. 17. & hoc, si in rem prorsus alienam fidejussio facta sit, secus, si in rem communem, tunc enim pro parte sua tenebitur etiam mulier. l. 13. 17. f. ult. § l. 18. ff. ad SC. Vellej. V. Fidejussor fidejussoris non potest petere beneficium divisionis inter se, & suum fidejussorem, quia primus fidejussor loco rei principalis censetur. Aliud, si cum aliis confidejussoribus substitutis concurrat. l. 27. §. 4. ff. b. t. VI. Cessat, si fidejussores se ad factum obligarunt, quod individuum pro parte præstari nequeat. l. 25. §. 9. ff. famili. ercit. l. 2. §. 1. § l. 72. ff. de V. O. Nisi factum promissum fuerit sub conditione, ut in defectum facti pecunia daretur, quia pecunia pactis præstationem commodè recipit.

45 Tertium beneficium fidejussoribus competens est cedendarum actionum, quo creditor fidejussori solidum solventi, aut solvere parato cedit actiones tum contra debitorem principalem, tam personales, quæm hypothecarias, & rea-

les, tum contra confidejussores, ut scilicet data occasione tam contra principalem debitorem, quæm confidejussores, aut etiam pignorum possessores uti, & omni meliori modo sibi consulere possit, l. 11. 12. 17. 36. l. 41. ff. l. 11. § 14. C. b. tit. Nov. 4. cap. 1. in fin. Per hanc cessionem fit fidejussor procurator in rem suam, nec desinit talis esse, mortuo creditore, qui cessit. Eluet verò hujus beneficij utilitas, & necessitas tum maximè, cum prioribus duobus beneficiis vel propter absentiam, aut notoriam inopiam principalis debitoris, aut confidejussorum locus esse nequit, contra quos hoc beneficium non tam utile, quæm necessarium est, quoniam nullam aliæ contra ipsos actionem haberet. l. 39. ff. b. t. et si enim solvens conditionem cæterorum meliorem faciat, siveque videri possit, quod contra ipsos habeat actionem negotiorum gestorum, attamen hoc eo casu fallit, quo quis non habet causam promovendi alterius utilitatem, & per hoc eundem sibi obligandi. Cæterquin utilitas hujus beneficij etiam per hoc se commendat, quod, quanquam fidejussor in certis casibus vel actione mandati contraria, vel actione negotiorum gestorum totum id repetere possit, quod pro principali debitore solvit, cessa tamen à creditore actio ordinariè pinquior sit, maximè propter hypothecas, & pignorum creditoris constituta: nam si fidejussor tantum actione negotiorum gestorum debitorem principalem conveniret, in classem creditorum chirographariorum tantum veniret, &, si bona debitoris non omnibus sufficerent, proportionaliter cum aliis partem debiti remittere deberet: sin verò actio-

Kk 3

actio-

actione cessa utatur, in hypotheca creditori constituta omnibus aliis præfereatur, eamque persequi poterit tam contra ipsum debitorem, quam quoscunque alias rei oppigneratae, vel hypothecatae possessores l. 11. § 14. C. b. t.

46 Dubium hic oritur, an cessio ista non tantum ante, vel in ipso actu solutionis, verum etiam post illam fieri possit? Multis, etiam ex hujatibus. DD. placet, hanc cessionem non aliter valere, quam, si solutionem præcesserit, vel in contineanti facta fuerit. I. ob textum in l. 76. ff. de solut. ubi dicitur, cessionem fieri non posse, nisi ante solutionem petita sit, quia facta solutione nulla actio superest, quæ cedatur. II. Solutione debiti omnis sublata est obligatio l. 107. ff. de solut. ergo non est, quod creditor expōst cedat fidejussori.

47 At magis est, ut cessio post solutionem etiam ex intervallo facta subsistat. Textus convincens est in l. 36. ff. b. t. & ratio, quæ ibi datur, quod fidejussor creditori solvens quasi emptor nominis censeatur, cui pretio persoluto semper actio competit. l. 11. § 13. f. 8. ff. de act. Empt. Coler. de Process. Execut. part. 1. cap. 10. Petr. Heig. in suis quest. part. 1. quest. 38. num. 10.

48 Ad l. 76. ff. de solut. respondetur, quod ibi sermo sit de *tutore*, non verò fidejussore; unde cùm tutori solventi contra contutores suos actio utilis competit, licet nulla ipsi actio à pupillo cessa sit l. 1. f. 13. ff. de tutel. § rat. disrah. econtra fidejussori contra confidejussores nul'a omnino actio competit, nisi beneficio cessionis. l. 39. ff. § l. 11. C. b. t. æquum est, ut iste post solutionem habeat actiones cessas, non verò ille. Hering. cap. 28. n. 45. Quod

autem contutoribus detur actio utilis etiam sine cessione, non verò confidejussoribus, Glossa ind. l. 39. hanc rationem assignat, quia officium illorum est necessarium, nam invitus quis cogitur suscipere tutelam: ergo meretur relevari. Deinde, quia fidejussoribus contra debitorem datur actio mandati, qua ipsis utcunque consultum est, non item tutoribus, nisi haberent hanc utilem negotiorum gestorum actionem. Ad l. 107. respondeo distinguendo antecedens: solutione debiti solvi obligatio ex parte creditoris, ita, ut idem bis exigere nequeat, concedo, ex parte confidejussoris, nego, quia is, ut diximus, censetur emere nomen; neque enim donatio in illo præsumi potest, qui necessitate adstrictus solvit l. 25. ff. de Probat. l. 50. ff. de solut. Deinde sciendum est, quod duplex hic interveniat obligatio, una debitoris, altera fidejussoris: licet igitur fidejussor per solutionem dissolverit suam obligacionem, manet tamen principalis ipso jure adhuc obligatus, & haec obligatio etiam ex intervallo cedi potest fidejussori, nisi & iste nomine principalis solverit & dixerit v. g. se tot florenos dare, pro, & nomine Titii principalis debitoris, hoc enim casu omnis obligatio sublata esset, quod tamen in dubio non præsumitur, sed fidejussor pro se, non pro principali solvisse censetur.

Sed quid proderit cessio actionum, 49 si cæteri solvendo non sint, adeoque debitorum inopia actiones excludat? Resp. teneri saltem, cùm ad pinquiorum fortunam pervenerint.

Quodsi creditor actionem cedere so non potest, fortè propriæ speciale patrum cum debitore initum, quod ab eo

p. -

petere nolit, hoc casu poterit ille à fidejusso removere, si solutionem urgeat. l. 95. §. 11. ff. de Solut.

51 Porrò cessio ista fidejussori solventi taliter facienda est, ut eas tantum partes, quas extra suam solvit, à fidejussoribus recuperet, non quidem à singulis *solidum*, sed ratis, & viriles portiones. V. G. tres fidejussores pro 300. fl. fidejusserunt, unus solvit debitum rei principalis *in solidum*, cedentur huic actiones pro 200. fl. contra fidejussores, quos non ab uno, sed ambo bus, à quovis scilicet 100. fl. exiget. Francus de Fidejuss. cap. 5. num. 490. §. seqq. Hering. cap. 27. part. 3. num. 28.

52 Præter recentia tria beneficia communicantur fidejussoribus illæ quoque exceptiones, quæ ipsi debitori principalí competunt. Et quidem de realibus constat ex l. 15. §. 32. ff. b. t. l. 21. §. seqq. ff. de Paſt. l. 7. §. 1. l. 19. ff. de Except. tales sunt res *judicata*, dolim, *jurisjurandi*, quod metus causâ, non numeratæ pecunia. §. fin. J. de Replicat. l. 11. C. de Except. Personales verò exceptiones, quæ non rei, sive obligationi cohærent, sed personæ debitoris, fidejussoribus non competunt. d. l. 7. ff. de Except. quia privilegia personæ concessa personam non egrediuntur l. 25. §. 1. ff. de Paſt. cap. 7. de R. J. in 6. tales exceptiones sunt beneficium *competentia*, aut, si principalis bonis cesserit. d. §. fin. J. de Replicat. Aut, si minor, pro quo aliquis fidejussit, restitutus sit in integrum. Exceptio tamen *Sti Vellejani* mulieri competens etiam fidejussori datur, quia ibi nulla omnino, neque *naturalis* obligatio, etiam *fidione* *juris* adest. Item

exceptio *Sti Macedoniani* *filiofamilias* data. l. 9. §. 3. ff. ad *Sti. Maced.*

Quid autem, si debitori terminus solutionis à creditore prorogatus fuerit, an tunc fidejussoris accessoria obligatio similiter prorogata censebitur, num verò ipse fidejussor liberabitur? Resp. cum Berlichio part. 2. conclus. 25. num. 18. vel fidejussor simpliciter, & sine certi temporis expressione accessit, & non liberabitur per prorogationem termini, quia tunc ad omnem casum, & causam obligatus intelligitur, donec scilicet creditoris satisfactum fuerit. l. 54. ff. locat. l. 56. §. 2. ff. b. t. Vel ad certum, & definitum tempus se obligavit, & tunc liberabitur (intellige quoad præstationes futuras) nam etiam tempus potest esse modus finienda obligacionis, si ex hac causa appositum, & inter partes ita conventum fuerit. l. 42. ff. de *V. O.* Gail. lib. 2. observ. 30. Fatin. lib. 2. cap. 88.

Dices: Pignorum, & fidejussorum par causa est. l. 21. §. ult. ff. de *Constit.* *pecun.* l. 1. §. 9. ff. de *Collat.* *bon.* l. 4. §. 8. ff. de *Fideicommiss.* *libert.* Atqui in reconductione, sive prorogatione conductio priora pignora obligata manent: ergò & fidejussor in tacita, sive prorogata conductione tenebitur. Resp. negando paritatem, quia pignora in reconductione ideo obligantur, quia sunt conductoris, qui se ulti in nova obligatione constituit; secùs esset, si alius res suas pro eo obligasset, tunc enim idem de his, quod de fidejussoribus, dicendum esset. l. 13. §. ult. ff. locat.

Duo alia adhuc beneficia fidejussoribus competere dicuntur, unum ex l. 38.

l. 38. ff. Mandat. & cap. ult. h. t. alterum ex l. 28. ff. h. t. quæ explicata reperies apud Clar. D. D. Peregrini h. t. num. 11. Cessat fidejussio iisdem mo-

dis, quibus finitur principalis obligatio. *l. 43. ff. de Solut. de qua pluribus in tit. seq.*

T I T U L U S XXIII.

De Solutionibus.

Quoniam Solutione ejus, quod debetur, tollitur omnis obligatio, ut ait Justinianus princ. *J. Q. M. T. O.* idcirco, postquam de obligationibus, quæ ex variis contractibus oriuntur, in præcedentibus Titulis egimus, modos dissolvendæ obligacionis subjungimus.

§. I.

Quid, & quotuplex sit Solutio? à quo, & cui facienda?

S U M M A R I A.

1. *Solutio latè accepta omnem liberationis modum complectitur, estque vel vera, vel ficta?*
2. *Solutio vera & propriè talis describitur.*
3. *Solvere potest omnis liberam rerum suarum administrationem babens. Et quid de pupillo, & Minore, nec non tutore?*
4. *Alius pro alio solvere potest, ubi tamen refert, an pro mandante, ignorantе, aut etiam invito solvatur.*
5. *An successor in beneficio Antecessoris sui debita expungere teneatur, huic questioni triplici response satisfit.*
6. *An creditor versionem in utilitatem Ecclesie probare teneatur, remissive?*
7. *Prestanda est solutio debitori, si legitime etatis fuerit & mentis compos.*
8. *Etiam procuratori rectè solvitur.*
9. *Non etiam alteri, nisi jubente creditore.*
10. *Benè verò illi, qui disjunctivè in contractu solutionis causā adjectus est.*

Solutionis nomen usque adeò latè patet, ut omnem liberationis modum complectatur. *l. 54. ff. de Solut.* Et in hoc sensu solutio nihil est aliud, quam legitima satisfactio pro eo, quod in obligatione est. *l. 52. ff. b. tit. l. 176. ff. de V. S.*

Solutio ita descripta est vel vera,

vel ficta. Sub hac continentur acceptatio, novatio, delegatio, compensatio, confusio, rei interitus, perceptio fructuum ex pignore, ac debiti oblatio cum oblatione & depositione facta, de quibus Interpretes ad *Tit. J. Q. M. T. O.* & nos in fine h. t. Solutio vera, seu in presso suo significatu spectata

ta

ta est naturalis, seu physica præstatio ejus, quod debetur, animo tollendi obligationem facta l. 49. ff. b. t. particulæ hujus definitionis ex dicendis patebunt.

3 Solvere potest, imò debet omnis debitor, qui liberam rerum suarum administrationem habet l. 14. §. ult. ff. b. tit. l. 5. § 17. C. eod. unde pupillum sine tutoris autoritate solvere non posse, palam est, datique ab eo numi non fiunt accipientis, sed vindicari poterunt; nisi consumpti fuerint à creditore, tunc enim convalescat solutio, & pupillus liberabitur d. l. 14. §. ult. § l. 19. §. 1. ff. de R. C. l. 9. §. pupillus ff. de auth. tut. & hoc, si pupillus naturaliter, & civiliter obligatus fuerit; si vero naturaliter tantum, sive deinde per errorem juris, sive facti solutionem præstiterit, existentis rei solutæ vindicatio, consumptæ vero condicione competit. l. 41. ff. de condic. indeb. Quod si Minor curatorem non habens solverit, restitutio in integrum conceditur. l. 3. C. de integr. restit.

Tutotes vero vel curatores non tantum alii pupilli creditoribus, sed etiam sibi ipsis recte solvunt, quia tunc non quæ tutores vel curatores, sed quæ creditores autoritatem sibi interponunt. l. 9. §. 1. ff. de administr. tut.

4 Poteſt etiam alijs pro debitore solvere, quia unicuique licet alterius conditionem meliorem facere. l. 39. ff. de negot. gest. ubi tamen refert, an pro debitore volente, & mandante, aut ignorante, aut etiam invito quis solvat. Primo casu solvens adversus debitorem habet actionem mandati l. 28. ff. Mand. Secundo actionem negotiorum gestorum l. 41. § 43. ff. de negot. gest. Tertio vero casu nulla ei actio competit. l. 40.

§ 53. ff. Mand. l. fin. C. de negot. gest. censetur enim donasse, non obstante, quod invito beneficium non conferatur l. 156. ff. de R. J. quia hoc casu non soli debitori, sed etiam creditori beneficium præstatur. Nec bona est paritas à contrahenda obligatione ad ejus dissolutionem, quia semper præniores sumus ad liberandum, quam ad obligandum l. 47. ff. de O. § A. & in contrahenda obligatione præjudicium debitoris veritut, non vero in dissolvenda.

Practica jam hic se insinuat quæſtio, an scilicet successor in beneficio contracta ab antecessore debita teneatur expungere? Resp. I. si pro necessitate, vel utilitate Ecclesiæ contracta sint, successorem teneri cap. 1. b. t. quia beneficium transit ad successorem cum suo onere arg. cap. 5. de pignorib. Resp. II. Si antecessor contraxit debita pro sua sustentatione, vel, infirmus cum esset, pro recuperanda sanitate, successorem similiter teneri, quia etiam tale debitum pro necessitate Ecclesiæ contractum fuisse censetur. Barbos. ad d. cap. 1. b. t. num. 3. benè tamen hic notat P. Pirhing num. 19. quod si antecessor sufficiens redditus Ecclesiasticos in vita habuerit, & nihilominus contractis debitis deceaserit, relinquens tamen bona patrimonialia, debita illa ex patrimonialibus solvenda esse, et si propter necessitatem infirmitatis contracta fuisse. arg. cap. 3. de pignorib. Resp. III. Si antecessor ad suam utilitatem & commoditatem privatam æs alienum contraxit, successorem ad nihil teneri. Ratio in prioribus duobus casibus onerandi successorem, in posteriori vero eundem de obligandi petitur ex cit. cap. 1. b. t. quod is sit quasi hæres sui ant-

(L1)

ecf-

cessoris; sicut ergo filius hæres debita patris solvere tenetur, ita & Prælatus, vel beneficiatus antecessoris, cum hac tamen differentia, quod hæres obligetur ad omnia defuncti debita persolvensa saltem secundum vires hæreditatis, si inventarium conficit cap. 1. de testam. l. ult. C. de jur. deliber. quia scilicet totum jus à defuncto consequitur; Prælatus verò, vel alius beneficiatus ad ea tantum teneatur, quæ pro necessitate, vel utilitate ab antecessore contracta sunt, quia jus non à defuncto, sed à superiore instituente, confirmante, vel investiente consequitur. Magnific. P. Schmier lib. 3. tract. 3. cap. 8. num. 15. & seqq.

6 An verò creditor in his casibus pecuniam creditam in necessitatem, vel utilitatem Ecclesiæ versam fuisse probare teneatur, nos superius ad tit. commod. in Append. de Mutuo §. 2. num. 10. & seqq. excussumus. Videndum etiam Clarii. P. Benedictus Schmier in tract. de SS. Eccles. part. 3. dissert. 2. art. 2.

7 Præstanda est solutio creditori, si legitimæ ætatis, & mentis compos fuerit; unde solutio pupilla, prodigo, furioso, vel Minoris absque tutoris, vel curatoris autoritate facta non liberat debitorem, nisi per accidens, quatenus isti locupletiores redditi pecuniam salvam habent, aut in rem suam verterunt, tunc enim exceptione dolî submoveri poterunt. l. 7. §. 1. ff. de Minor. l. 15. ff. b. t. Ratio hujus asserti est, quod ejusmodi personæ sine tute, vel curatore obligationes, & actiones amittere non possint.

Procuratori quoque rectè solvit, & quidem generali indistinctè. Speciali verò illud debitum, circa quod speciale mandatum habet l. 34. §. 3. ff. b. tit. falso autem, sive putativo non aliter, nisi secuta ratihabitione l. 12. §. ult. ff. b. tit. aut nisi pecunia ad creditorum perverterit. l. 28. ff. b. t. §. d. l. 34. §. 4. §. 9. sed nec litis procuratori rectè solvit, nisi ad hoc specialiter datum sit, fines enim mandati diligenter custodiendi sunt. l. 86. ff. b. tit. & l. 5. ff. Mand.

Sed nec alteri, nisi creditore jubente, rectè solvit. l. 12. 34. §. 3. & l. 49. ff. b. t. unde, si debitor creditori sui creditoris solvit sine jussu ejus, liberatio non ipso jure, sed ope tantum exceptionis contingit, cum ejusmodi solutionem creditor ratam non habeat. l. 6. ff. de dol. mal. §. met. except. at verò, si creditor hic contra creditorem illius exceptione aliqua uti potuit, indubie per replicationem contra exceptionem debitoris ipsi succurretur. l. 43. ff. de negot. gest. Bachov. ad Treutler. disput. 29. thes. 3. lit. A.

Illi, qui solutionis causa in contratu adjectus est, rectè solvit, modo disjunctivè adjectus sit, ut *mibi*, aut *Titio decem dare spondes?* Nam copulativa adjectio *mibi*, & *Titio* inutilis est. §. 4. §. 19. I. de inutil. stipulat. Priori igitur casu Titio adjecto promissor invito etiam stipulatore efficaciter solvit. l. 12. §. 3. l. 106. ff. b. t. interim solutum ab eo, qui adjectus est, mandati actione repeti potest. l. 98. §. 3. ff. eod.

§. II.

§. II.

*An liceat debitum per partes solvere? Et in qua specie
Monetæ solutio sit facienda?*

SUMMARI A.

11. *Solutio invito creditore per partes fieri nequit.* 12. *Nec pretium pro specie, nisi
hac amplius præstari nequeat.* 13. *Mutatio monetæ vel ab intrinseco quoad ma-
teriam, vel ab extrinseco, quoad valorem impositum fieri potest.* 14. *Facta mo-
netæ mutatione intrinseca debitor in eadem bonitate, qua fuit tempore contractus,
solvere tenetur.* 15. *Subjuncta limitatione.* 16. *Facta mutatione monetæ ex-
trinseca, si genus est in obligatione, lucrum & damnum est penes debitorem.* 17. *Solvitur objectio.* 18. *Si species debeatur, periculum omne est creditoris.* 19. *Quod rursus limitatur.* 20. *Conclusio hæc procedit in aliis contradicibus, non
tantum in mutuo.* 21. *An hic locum invenire possit restitutio in integrum?*

11 **C**irca primum quæsitus habemus regulam in l. 41. §. 1. ff. de usur. & l. 9. C. b. t. quod partiale solutio[n]em invitus creditor acceptare non teneatur, quia multa secum incommoda trahit l. 3. ff. famil. ercisc. Quapropter, si mihi debeas 1000. ex empto, & offeras mihi 100. non teneor eos acceptare, neque cursum usurarum etiam quoad hos 100. fistes, licet apud Magistratum obsignatos deponas d. l. 41. §. 1. ff. de usur. Volenti tamen creditori, si obligatio dividua sit, rectè pars solvitur. l. 9. §. 1. ff. b. t. quo sensu exaudiiri debent textus in §. 1. I. Q. M. T. O. & l. 2. §. 1. ff. de V. O. secus si dividua l. 18. §. 4. & l. 25. §. 13. ff. famil. ercisc. l. 5. §. ult. ff. de V. O.

12. Sicut autem partialis solutio non relevat, ita nec aliud pro alio invito creditor[i] solvi potest l. 2. §. 1. ff. de R. C. neque pretium pro specie, in quam cadit affectio l. 6. §. 1. ff. quib. mod. pign. solvit. nisi forte res debita præstari amplius nequeat l. 8. ff. de condit. furt. & auth. hoc nisi C. b. t. aut factum in obli-

gatione sit, ubi præstanto interesse debitor liberatur l. 13. §. fin. ff. de re jud. aut nisi favore certarum personarum aliud receptum inveniatur, ut in l. 71. §. ff. de legat. 1. l. 35. §. C. de Donat. ubi donator aliud pro alio solvere potest, quia ob liberalitatem ejus mitius cum eo agendum videbatur, & l. 11. C. commun. utrius. jud.

Ad alterum punctum, in qua sci- 13 licet specie monetæ (si solutio in pecunia solvenda sit) solutio fieri debeat, tam expedita responsio dari nequit, eo quod moneta frequentius mutari soleat, & quidem vel *intrinsecè*, quando materia (durante valore extrinseco) vel pretiosior, vel vilior efficitur, v. g. si thaleri, vel floreni semi-cuprei ceduntur; vel accidit hæc mutatio extrinsecè, quando materiae bonitate manente æfflato tantum, sive valor ejus immutatur, uti seculo elapso circa annum XIX. thalerus ad 10. florenos excrevit. His præmissis

Dico, si mutatio monetæ intrinse- 14 ca facta fuerit, debitor 100. v. g. thale-

L 1 2 105

ros mutuò acceptos in ea bonitate solvere tenetur, quā fuerunt tempore contractū. cap. 20. & 26. de censib. Covarruv. cap. 7. §. un. num. 2. & 3. de Peter. Numm. coll. Molinæus de usuar. contract. quest. 10. num. 59. si quidem prioris bonitatis, ac ponderis thaleri adhuc in communi hominum commercio existant, quamvis iisdem jam major valor extrinsecus sit additus. Si vero amplius non reperirentur, tantum solvet de moneta currente, quantum boni viri arbitrio prioris ponderis, & bonitatis moneta tunc temporis aestimabitur. Moneta quippe nova succedit loco antiquæ, & fortitur naturam ejus, in cuius locum substituitur, ideoque solutio fieri debet secundum bonitatem extrinsecam, quæ fuit contractus tempore. Gail. lib. 2. obser. 73. n. 7. Wesselnb. consil. 38. num. 24. Covarruv. d. loc. sicut enim creditor non tenetur nummos in alia forma accipere, quando ex ea damnum patitur. l. 99. ff. b. t. ita nec in eadem forma tenetur accipere, si substantia moneta est deteriorata, ne aliud pro alio invito solvatur. Nec enim verum est, totam rationem & substantiam monetae in aestimatione tantum, & valore a superiori imposito consistere, nam pro moderno Reipublicæ statu non minus bonitas extrinsecam, quam aestimatio a Principe imposita ad rationem monetae desideratur. Hinc passim videmus, monetam rasam hoc ipso tanto minus aestimari, quanto plus auri, vel argenti abrasum est. Et ideo etiam in constitutionibus Imperii de anno 1559. neue Münz-Ordnung. singularis monetae speciebus certum materiae pondus definitum est. Deinde obligatio dependet ex consensu; atqui

consensus tempore contractus circa bonam, non vero deterioratam monetam fuit, quia actus agentium ad incognita non extenduntur. l. 35. ff. de Palt. ergo nec obligatio. Unde vicissim, si materiae bonitas augeatur, id dicendum est, ut videlicet debitor non teneatur secundum meliorem monetam, sed priorem tantum solvere, quia non venit in solutionem, quod non fuit in obligatio- ne.

Hæc tamen conclusio limitationem patitur, ut tunc in moneta usuali debita pecuniae summa exsolvi possit, quando ita habet consuetudo, ut nimurum ad nudam monetæ aestimationem extrinsecam attendatur. l. 71. ff. de contrab. empt. aut, si a contrahentibus in censu v. g. annuo sola determinatio certi numeri florenorum in genere interposita fuerit sine respectu ad certam monetæ formam, vel materiam. Circa mutationem monetæ extrinsecam major difficultas esse videtur. Id quidem extra dubium est, quod, si inter partes specialiter conventum sit tempore contractus, ut certa species monetæ certæ numero reddatur, v. g. 100. aurei in specie, conventioni tali standum sit. Abstrahendo autem a tali pacto quæritur, quomodo solutio fieri debat?

Resp. & dico: vel *genus* est in obligatione, vel *species*? si *genus*, id est, quantitas præstanda in genere, uti v. g. 20. aut 30. fl. sine determinatione certæ monetæ, aut numero corporum, tunc tot floreni restituendi sunt, quos accepti fuere sine respectu ad mutationem monetæ, ita, ut tali casu mutatio monetæ ad lucrum vel damnum debitoris spectet. Layman. lib. 3. tratt. 3. part. 1. cap.

cap. 5. num. 15. qui testatur, à Ferdinando I. anno 1569. in Comitiis Augustanis hanc potestatem in moneta noviter aucta solvendi factam esse, sequentibus tamen requisitis concurrentibus. I. Ut mutatio monetæ facta sit à legitima potestate. II. Ut sit perpetua. III. Ut extrinseca tantum, non verò intrinseca mutatio fiat. Sic quia in constitutione salariorum, & mercedum nulla species pecuniae determinari solet, rectè principes, & domini qui-cunque anno 19. vel 20. elapsi sæculi salario officialium, stipendia militum, mercedes operariorum, secundum æstimationem illius temporis solvebant pro 100. fl. 10. thaleros vel proportionaliter etiam monetam minorem.

17 Dices: crescente pecunia etiam crescent pretia rerum, & nemo illo tempore pro 10. thaleris tantum emere potuit, quantum alias 100. florenis: ergo in effectu semper minor fuit solutio 10. florenorum. Resp. imprimis non omnium rerum pretia statim crevisse. Deinde si ex alia causa sterilitatis v. g. vel incursum hostium pretia rerum crescent, nemo ex hac causa creditoribus suis plus solvere tenetur: ergo nec isto casu.

18 Resp. II. & dico, si species in obligatione est, hoc est, si convenit, ut in certa specie, ac numero monetæ suo tempore debitum solvatur, v. g. dixit emptor, se pro certa merce daturum 100. aureos Salisburgenses, debent tot corpora, quot promissa sunt, in specie solvi, sive dein monetae valor interim auctus, sive diminutus fuerit, quia tali casu creditor censetur ab æstimatione abstraxisse, & periculum crescentis vel decrescentis monetæ in se suscepisse.

Panormit. in cap. 18. de jurejur. n. 15. Covarruv. de collat. veter. munis. cap. 7. §. un. conclus. 1. Molina tract. 2. disput. 312. conclus. 2. V. excipe dummodo tamen pactio justa fuerit ob æquale v. g. periculum augmenti, vel decrementi arg. cap. ult. de usur. & quia creditoris intererat, qui aureos v. g. ad illud tempus servâset. Ratio est, quod contractus ex conventione legem accipiant. cap. 85. de R. J. in 6. nec aliud pro alio invito creditori solvi possit l. 2. §. 1. ff. de R. C.

Huic sententiae P. Engel h. t. n. 13. 19 in tantum subscribit, quatenus mutatio monetæ non est omnino excessiva, sed modica; secus ob dictum periculum damni & lucri aliquid quidem à creditore peti posse, accedente tamen judicis moderatione, & attenta certitudine, vel incertitudine lucri arg. l. un. C. de sentent. quæ pro eo, quod interest, ubi statuitur, quod in omnibus contractibus, hoc, quod interest, dupli quantitatem non excedat. Et quia etiam in contractibus stricti juris non omnis interpretatio ex bono & æquo excluditur arg. l. 8. C. de jud. & verba contrahentium ad casus omnino insolitos extendenda non sint arg. l. 137. §. cum quis ff. de V. O.

Et hæc conclusio non tantum in mutuo, sed aliis quoque contractibus procedit ex rationis identitate, & æquitatis paritate l. 37. ff. ad Leg. Aquil. Aliud forte dicendum, in legatis, ubi solutio legati non secundum valorem monetæ, qui tempore legati, vel conditi testamenti, sed qui tempore solutionis fuit, facienda est arg. l. 9. ff. de auro, & argent. legat. ibi: sed pretium præsentis temporis præ-

L 1;

ff 2-

- stari debet. Ratio est, quod duæ cau-
ſæ lucrative in unum hominem & ean-
dem rem concurrere non posint. Pa-
normit. ad cap. 18. de jurejur. & Gail.
lib. 2. observ. 73. ad tempus conditi te-
ſtamenti respiciendum eſſe ajunt, quia
voluntas testatoris accipienda eſt ſecun-
dum tempus conditi teſtamenti l. 7. ff.
de aur. & argent. leg.
- 21 Sed quid ſi aliquis mihi debuit 1000.
flor. nec in mora ſolvendi extitit, ſed
hodie ſolvit, cras verò prieſtum pecu-
niæ decrēſcit, ita, ut in effectu 100.
tantum florenos habeam, an ſaltem re-
ſtitutio in integrum mihi competet?
Resp. negative, ſed occaſione tantum
& conſequitivè ad actum ſolutionis con-
tingit. Cauſus autem poſt ſolutionem
emergens ſolius creditoris eſt, tanquam

domini, unde litium multitudini am-
putandæ merito utilitas publica priva-
tæ antefertur, & beneficium reſtitutio-
nis negatur. l. 1. f. 14. C. de caduc. tol-
lend. Prolixius, & diſtinctius hoc pun-
ctum de moneta augmento, & decre-
mento diſcūtunt P. Reiffenſtuel ad h. t.
f. 2. à num. 29. D. D. Ferdinandus Wei-
zenegger in question. Monetar. quoſ conſule. Cautelam, quam ſuggerit
Stryck. de cauſ. contr. ſed. 1. cap. 2. f.
31. nolumus præterire, qua conſulit,
ut, ſi pecunia muſu detur, certa aſti-
matio ab initio contractus cuivis tha-
lero addatur, qua reſtitutio fieri de-
beat. Sic enim, cum, quod in obli-
gatione expreſſum, eidem ſtandum ſit
in reſtitutione, litibus velocius occur-
ritur.

§. III.

*Quo loco, & tempore ſolutio facienda? Et quis factæ ſo-
lutionis effectus?*

S U M M A R I A.

22. *Solutio fieri debet, vel in loco, ubi promissa eſt, vel in loco domicilii debi-
toris.* 23. *Fieri potest regulariter ante diei adventum, quod in tribus caſibus
fallit.* 24. *In duobus caſibus etiam creditor ante tempus ſolutionem à debi-
tore petere potest.* 25. *An, qui ante tempus conuentum preproperè ſolvit,
ſolutum repetere valeat, ſub diſtinctione reſoluitur.* 26. *Effectus ſolutionis eſt
præexistentis obligationis peremptio.* 27. *Quem tamen non operatur, ſi le-
ge prohibente facta eſt.* 28. *Quale debitum ceneſatur ſolutione expunctum,
quando debitor ex pluribus caſis debet?* 29. *Quid quoad uſuras?*

- 22 **U**T ſolutio ritè ſiat, attendendū eſt,
an locus facienda ſolutioni à partibus
determinatus ſit, nec ne?
Priori caſu ibi ſolvi debet, ubi promiſ-
ſum eſt l. 9. ff. de eo, quod cert. loc.
nam ſi alibi ſolutio peteretur, plus loco
peteretur l. 2. f. ſi quis Epheſi ff. d. f.

excipitur caſus, ſi forte debitor ad locum
deſtinatum nunquam veniret, tunc
enim prætor etiam extra locum con-
uentum debitorem utiliter conveniri
poſſe confeſſit, dummodo loci mentio
fiat, in quo ſolutio præſtanda eſſet l. 1.
ff. eod. Posteriore caſu in domicilio
de-

debitoris, tanquam communī actionum foro, solutio fieri debet, si debitum ex delicto oriatur, ibi satisfaciendum est, ubi creditor moratur, aut ubi rem, si ablata non fuisset, dominus possideret, quia creditor iustè lāsus ex toto indemnī servandus est. P. König *b. t.* num. 33. P. Reiffenstuel *ibidem* §. 2. num. 50.

23 De tempore id juris est, ut, si dies certa solutioni dicta sit, illa quoque solutio fieri debeat, ita quidem, ut nec per dationem fideiussorum differri possit, statim enim cessit, & venit dies. *l. 213. ff. de V. S. l. 118. §. 1. ff. de V. O.* Interim, quia dies regulariter in favorem debitoris adjicitur, totus ejus arbitrio relinquitur, nec ante ejus lapsum solvere tenetur. §. 2. *J. de V. O. § l. 118. §. 1. ff. eod.* Licet enim ante diem nata sit obligatio, in suspenso tamen manet actio *l. 44. §. 1. ff. de O. § A.* quin quod ante adventum diei invito licet creditori solvere possit, evincunt textus *in l. 38. §. 16. § l. 137. §. 2. ff. de V. O. l. 70. ff. b. t.* quia dies, ut dictum, regulariter in favorem debitoris adjectus esse censetur, cui favori subinde renunciare potest. *l. penult. C. de Paet.* Excipluntur tamen tres causas I. si conventum fuerit, ut ante solutionem certo aliquo tempore resignatio sortis, die *Löß = oder Auftündigung des Capitals* fiat, tunc enim ante illam denunciationem factam creditor pecuniam oblatam acceptare non tenetur. Richter *part. 2. decis. 73. num. 8.* II. Si creditor justam habeat recusandi causam, v. g. si timor ad sit mutatio nis monetæ. Idem *ibidem num. 9.* vel de nique III. si debitor ante tempus velit solvere granum, vel vinum, vel aliam

rem, quæ tractu temporis deteriorari possit, Stryck. *ad h. t. §. 14.* qui insimul ibidem notat, quod, quando debitor in casibus permisiss ante diem solvit, nihilominus id, quod interest, & usuras futuras usque ad destinatum solutionis diem, omnemque utilitatem, quæ creditori obvenire potuisse, si solutio ad diem demum destinatum facta fuisset, præstare tenetur, quia creditor omni modo indemnī servari debet. Idem censet Richter *cit. decis. num. 5.*

Cum dictum sit, quod dies solutionis in gratiam debitoris regulariter adjiciatur, hinc quæri potest, an non dentur aliqui casus, in quibus ante diem præfinitum creditor solutionem à debito utgere possit? Duos casus ex Ne gusantio de *Pignorib. part. 4. num. 15.* & Schultzio de *Oblat. obfign. cap. 4. num. 25.* refert Stryck. *ad h. tit. §. 13.* Primus est, si debitor de fuga suspectus est, hic subinde ante diem solutionis capi, & incarcerari potest, donec caveat de solvendo ad diem promissum. Alter casus est, quando creditor sortem sub usuris credidit, usuræ autem constituto tempore non fuerunt solutæ, tunc enim non modo residuas usuras, sed ipsam insimul sortem ante diem solutioni alias destinatum creditor cum effectu petere potest.

Sed quid, si aliquis errore facti solvit hodie, ad quod primum obligatus fuisset post semestre, an tanquam indebit solutum condicere possit? Resp. sub distinctione: si dies certa fuit, ut hic, repetere nihil poterit. *l. 10. § 17. ff. de Condit. indebit.* Sin vero simpliciter incerta fuerit, ita, ut non constet, an, & quando dies extitura sit, ut, si quis dicat: *Solvam, quando Titius*

tius consul factus fuerit, quia tunc incertum est, an, vel quando consulatum obtenturus sit, repeti poterit. l. 56. ff. d. t. Idem probabiliter dicitur, si incertum sit, *an, non verò, quando dies extitura sit, ut, si dicam: Solvam tibi, si filius mens 24. annorum fuerit, hic enim facile quidem scitur, quando 24. annorum futurus sit, si eosque vixerit, non verò scitur, an ad eos annos vita extendenda sit. Arg. l. 22. ff. quand. dies legat. ced.* Sin certum quidem sit, quod dies extitura sit, incertum verò, quando, ut, si dicam: *Solvam tibi, quando pater meus morietur*, tunc probabilius quidem ante diei adventum per errorem facti solutum repeti non potest quoad sortem, illud verò, quod tempore intermedio extra sortem ratione præproperæ solutionis lucro creditoris cessisse debitor probaverit, ut in solutione fundi, pecorum, pecunia &c. fructus, fætus, & interiurium &c. repeti posse æquitati conformius videtur, ne scilicet creditor cum damno debitoris sine ejus culpa locupletetur: *Cujus enim consilii dati donatio est, ejus per errorem dati repetitio est. l. 33. ff. de R. J. l. 22. §. 1. ff. de Condit. indebit.* Nec obstant suprà cit. LL. l. 10. & 17. ff. d. t. quia vel de solutione fortis, non verò lucri, vel de rebus talibus, quarum repetitio nullam, vel modicam utilitatem afferit, comodè exaudiri possunt.

26. Effectus solutionis est, quod ea legitime facta omnis tollatur obligatio, item pignora, fidejussores, & mandatores liberentur. l. 38. §. 2. l. 43. ff. b. t. l. 71. ff. de Fidejuss. & ideo debitor prædicta solutione chirographum quoad per-

sonam condicere potest, l. fin. C. de Solut. & petere *epocham*, seu quietiam, qua creditor fateatur pecuniam debitam sibi solutam esse. l. 14. C. d. t. Gail. lib. 2. Observ. 37.

Econtra solutione non tollitur obligatio, si lege prohibente facta est. Sic creditor, vel debitor pupilli, qui eidem postea tutor datus est, si tempore, quo datus est, tacuit se debitorem, vel creditorem pupilli, et si postea solvat tanquam debitor, non liberatur, dum administrat: & si est creditor, perdit debitum. Auth. *Minoris C. qui dare tutor possit.* Pariter si solvit res, quæ alteri antè fuit obligata l. 20. ff. b. tit. aut si res deterior redditur l. 3. §. 1. ff. commod.

Quod si quis ex pluribus causis debeat, & summam, quæ non omni debito expungendo sufficiat, solvat, in solventis arbitrio erit, declarare, quale debitum solutum velit l. 1. C. b. t. si negligat, creditor declarare poterit, attamen non aliter, quam ipse, si debitor esset, soluturus fuisse, adeoque semper in causam duriorem, & difficiliorum, quæ v. g. annexam habet hypothecam, fidejussionem &c. l. ff. b. t. si neuter voluntatem suam declaraverit, in duriorem causam solutum imputatur. l. 3. l. 79. & 103. ff. b. t.

Speciale est quoad usuras, ut, si illæ præter sortem principalem debeantur, prius usuræ, quam fors soluta censeatur. l. 5. §. 3. ff. l. 1. C. b. t. Licet utique utilius foret, solutum in sortem imputari, ut sublata illa etiam usuræ sisterentur, hoc tamen in potestate debitoris non est.

§. IV.

§. VI.

Fictæ solutionis species exponuntur.

S U M M A R I A.

30. Prima species fictæ solutionis est acceptilatio, pro cuius declaratione tria notamina subiunguntur. 31. Altera species est novatio. 32. Estque vel in specie talis, vel delegatio, prior explicatur. 33. Quomodo obligatio conditionalis novetur? Quid sit Novatio voluntaria? 34. Quid necessaria? & quomodo utraque fiat? 35. Et quid discriminis inter utramque? 36. Delegatio describitur. 37. De Compensatione, & perceptione fructuum ex pignore remissive. 38. Quomodo confusione debitum solvatur? 39. Quomodo interitu rei? 40. Aut oblatione debiti, certo loco, & tempore facta. 41. Etiam exceptione perimitur prior obligatio.

Diximus in principio h. t. dari solutionem veram, & fictam, & species sub ista comprehensas enumeravimus. Jam lubeat de singulis 30 pauca quedam delibare. Fictæ igitur, sive imaginariae solutionis prima species est acceptilatio, quæ nihil aliud est, quæm actus, quo debitori interroganti obligatio verbalis à creditore per subsequentem responsionem remittitur. Clar. D.D. Peregrini I. Q. M. T. O. num. 4. aliter, sed obscurius eandem describit Modestinus in l. 1. ff. de acceptilat. ubi vide.

Nota I. Hunc liberationis modum quoad formam, & originem esse quidem juris civilis l. penult. ff. de solut. l. 77. ff. de R. J. approbatione tamen, & usu juris gentium, sicut enim illi, qui cives Romani non sunt, in quacunque propria lingua stipulari possunt j. 1. I. de V. O. ita & acceptum ferre l. 8. §. fin. ff. de acceptilat.

Nota II. Olim per acceptilationem non aliae obligationes tollebantur, quæm quæ verbis erant contractæ §. 1. J. Q. M. T. O. Alias obligationes non ali-

ter perimebat, quæm si fuissent in stipulationem Aquilianam deductæ l. fin. C. de acceptilat. Hæc enim stipulatio omnes alias obligationes novabat, & perimebat, ipsa vero per acceptilationem tollebatur. Hodie, ut notat Manzius ad §. 2. J. Q. M. T. O. num. 16. & Boehmerus in introd. ad jus Digest. Tit. de acceptilat. num. 3. subtilitatibus istis (nisi pro abundantia cautela) opus haud est, cum patrum quodlibet in rem conceptum & liberatorium vim acceptilationis habeat, ipsóque jure obligacionem perimat.

Nota III. Acceptilationem fuisse actum legitimum l. 77. ff. de R. J. ideoque nec per procuratorem fieri potuisse. l. 3. ff. de Acceptilat. nec in diem, nec sub conditione l. 4. & seq. d. t. quod rursus hodie non obtinere tradit Stryck. ad tit. de Acceptilat. §. 1. & de Cautel. contract. sect. 4. cap. 3. §. 2.

Secunda species fictæ solutionis est 31 novatio. Hæc describitur, quod sit prioris debiti in aliam novam obligationem vel civilem, vel naturalem transfigio, ita ut prior obligatio perimatur. (M m) L 1.

l. i. princ. ff. de Novat. Ejus usus hominem obtinet, nec jura communia (ut Stryckius *cit. tit.* ait) quantum effectum novationis attinet, deliquum passa sunt, nisi quod olim solenni verborum conceptione, hodie pacto nudo, & quibuslibet verbis fieri possit.

32 Novatio dividitur in delegationem, & novationem in specie. Delegatio vulgo *ein Anweisung* sit interventum novi debitoris *l. 11. ff. de Novat.* Novatio in specie sit inter eundem creditorem, & debitorem. Hac tolli potest quæcumque obligatio antecedens, sive *re*, sive *verbis*, sive *consensu* contracta sit, sive *naturalis*, sive *civilis*, sive *honoraria* fuerit. *l. i. §. 1. ff. d. t.* Ratio est, quod *novatio* non penitus perimit obligationem, sicut *acceptatio*, sed tantum in aliam speciem transfundit, quod facilius est, & ideo etiam obligationes *re* initas, vel quæ sunt *juris gentium*, tollere potest, dummodo sequens obligatio aut *civiliter* teneat, aut *naturaliter*. *d. l. i. §. 1.*

33 Obligatio conditionalis prior, quia ante existentem conditionem efficaciter tolli nequit, cum obligatio adhuc perfecta non sit. *l. 8. §. 1. ff. de Novat.* ita nec *novatio* prius perfecta intelligitur, licet in eventum conditionis existentis non sit inutilis. *l. 14. §. 31. ff. eod.* Similiter, si obligatio prius *pura*, vel, quod purè debetur, animo *novandi*, deinde sub conditione promittatur, tunc primum sit *novatio*, cum conditione existit, *l. 8. §. 24. ff. eod.* adeoque quasi in suspense manet. *§. 3. J. Q. M. T. O.*

34 Novatio alia est voluntaria, alia necessaria. Illa de jure Romano mediante *stipulatione*, de consuetudine

Germaniae quavis conventione fieri potest. *Wesenbec. ad J. Q. M. T. O. num. 1.* quotiescumque ergo prior obligatio voluntate partium in alienam convertitur, sive adæquatè, sive inadæquatè, sit *novatio*, diciturque *voluntaria*, ut, si de novo adhibetur fidejussor, cùm prius sine fidejussore contractum sit, circa quam speciem *novationis* id ulterius notandum est, quod jure novo non producatur, nisi cùm partes hoc expressim egerint, ut prior obligatio novetur, *§. 3. J. Q. M. T. O.* alioquin primam obligationem ne quidem ope exceptionis secunda novat, sed illi accedit, & additur, ita, ut ex utraque obligatione actio concedatur. *l. 2. ff. de Novat. Gail. lib. 2. observ. 30. num. 3.* unde ait Stryck. *ad tit. de Novat. §. 2.* Novationem in dubio non præsumi, sed ab allegante probari debere.

Novatio *necessaria* est, quæ inducitur per *litis contestationem*, vel per sententiam, quia scilicet debitor nolens volens ad eam compellitur, & judicium etiam in invitum redditur *l. 83. §. 1. ff. de V. O.* Vocatur etiam hæc *novatio accumulativa*, quia non tam perimit, & extinguit primam obligationem, quæ eidem novas qualitates adjicit. *l. 90. ff. de V. O. l. i. C. de jud. sic*, cùm ex delicto actio *pænalis* de peculio in patrem non detur, *l. 58. ff. de R. J. judicio* tamen accepto, & condemnatione secuta actio *judicati de peculio* in patrem competit. *l. 3. §. 11. ff. de pecul.* quæ utique competere non posset, si nihil novi actioni veteri accessisset.

Discrimen inter unam, & alteram *Novationem* est, quod in *necessaria* maneat obligatio *principalis*, & cum ea omnia privilegia subsistant, v. g. pigno-

ra,

ta, fidejussores, pœnæ adjectæ l. 29. ff. de Novat. l. 15. § 18. ff. eod. l. 4. C. de fidejuss. In voluntaria ea duntaxat repetita censentur, quæ in priori obligatione contenta fuerunt in favorem debitoris, uti *solutionis dilatio*. Si tamen pignora prioris obligationis etiam expressè repetuntur in *Novatione*, cum privilegio prioritatis repetita senseruntur l. 3. ff. qui potior. in pign. Gail. lib. 2. observ. 30. num. 10. Negusant. de *Pignor. part. 6. memb. 3. num. 7.*

Delegatio, quæ est alterum mem- brum divisionis, & tertia species *fictæ solutionis*, describitur, quod sit man- datum, quo creditor debitorem jubet id, quod sibi debet, promittere alteri, sive, ut habetur in l. 11. ff. de Novat. § delegat. delegare est vice sua, alium reum dare creditori, vel cui jussit.

37 Ut igitur delegatio valida sit, re- quiritur I. consensus creditoris, cui fit delegatio, invito enim alius delegari nequit l. 1. C. de Novat. II. Con- sensus debitoris, aut ejus, qui delegatur, quia per hanc delegationem no- va obligatione tenetur, qua nemo invitus adstringi potest. l. 6. C. eod. de æquitate tamen etiam invitus debitor delegari posse videtur, si nihil ejus in- tersit, nam facere quis compellitur, quod alteri prodest, sibi verò non nocet. l. 2. §. 5. ff. de aqua, § aq. pluv. aroend. l. 38. ff. de Eviſt. III. De jure scripto, ut creditori stipulanti verbis promittat hic delegatus debitor. d. l. 1. Gail. d. ob- serv. 30. num. 8. licet de consuetudine nudum pactum sufficiat. Differt *dele- gatio* ab *expromissione*, & *cessione*, quod neutrubi consensus debitoris requiri- tur, cùm & possit animo novandi pro- mittere id, quod alter debet, utut ille

nolit. l. 8. in fin. ff. de Novat. & ut cre- ditor alteri cedere nomen meum etiam ignorante, vel invito debitore. l. 1. C. de Novat.

De Compensatione (quæ est quar- 38 ta species *fictæ solutionis*) ad tit. com- mod. §. 3. num. 24. § seqq. egimus. Si- militer qua ratione perceptione fru- ctuum ex pignore (qui modus imagi- nariam quoque solutionem præfert) tollatur obligatio, eosque creditor in forte m imputare teneatur, deductis ex- pensis in pignus factis, in tit. de Pign. §. 3. jam expositum fuit. Unde ad re- liquos tollendæ obligationis modos ex- ponendos pergimus, inter quos est

Confusio, quando enim debitor cre- 39 ditori, vel creditor debitori hæres exi- fit, tunc confunduntur eorum bona, & jura, & dissolvuntur eorum obliga- tiones. Ratio est, quod hæres & de- functus fictione juris habeantur pro una persona, consequenter idem non potest sibi ipsi debere §. 15. Inst. de ad. sed agens & patiens debet esse discreta, cap. 4. de Baptismo l. 7. C. de Paſt. Quod si tamen duæ obligationes ejusdem ge- neric concurrent, quarum utraque est accessoria, ut, cùm fidejussor succedit fidejussori, una ab altera non per- mitur, sed utraque in eadem persona perficit l. 12. §. 1. ff. de fidejuss. Idem est, si duo ejusdem generis principales concurrent; ut, si correus debendi, vel credendi alteri correo succedit, tunc enim pariter unus duas obligationes su- stinet, & neutra confunditur. l. 93. ff. de solut. fecus dicendum, si concurrent duæ obligationes non *absolutæ*, sed *re- late*, ut, si creditor debitori, vel hic viciſſim alteri, aut unus utriusque suc- cedat, tunc enim omnis tollitur obliga- tio

- titio tam principalis, quam fideiussoria
l. 75. ff. de solut. l. 38. §. 1. ff. de fideiuss. nemo enim apud eundem pro eodem fideiussor esse potest. l. 34. §. 8. ff. de solut. l. 21. §. 3. ff. de fideiuss.
- 40 Rursus tollitur obligatio interitutrei, si nimisrum species debita fuit, ut, si mihi aliquis promisisset equum Bucephalum, isque sine culpa & mora debitatis periisset, debitor ipso jure liberatus est l. 92. l. 107. ff. de solut. l. 5. ff. de R. C. l. 23. ff. de V. O. Dixi rei in specie debitae: nam si genus in obligatione est, ejus periculum indistincte ad debitorem spectat l. 14. ff. de peric. & commod. rei vend. quia genus perire non solet l. 11. C. si cert. pet.
- 41 Ultima fidei solutionis species est oblatio totius debiti cum consignatione, & depositione congusto loco, & tempore facta. Est vero alia *verbalis*, alia *realis*. Verbalis regulariter non sufficit. l. 72. §. 3. ff. de solut. nisi res offrenda *immobilis* sit, quia tunc lex ad impossibile non censetur obligare. Oblatio *realis* alia sit intra, alia extra judicium. *Extrajudicialis* sine obsignatione, & depositione tres praecipue effectus habet. I. Quod per eam mora debitoris ante item contestatam commissa purgetur. l. 91. §. sequitur ff. de Porro, quia omnis obligatio tollitur vel ipso jure, vel ope exceptionis: ipso jure, cum nullum obligationis vestigium remanet, ut constat ex dictis: Ope exceptionis quando obligatio secundum se quidem manet, sed effectus impeditur, & ope exceptionis eliditur, ideo etiam exceptiones effectum solutionis habent, & ad modos tollendae obligationis referuntur. Tales exceptiones sunt *pauci de non petendo, juris-jurandi, rei judicatae, transactionis, Prescriptionis &c.*
- 42
- §. V.
- De Privilegio competentiæ Clerico debitori competente.*
- S U M M A R I A.
43. *Privilegium competentiæ quid sit?* 44. *Bæbmerus* hoc beneficium ex cap. 3. b. t. erui non posse ostendit. 45. *Contrarium* ostenditur. 46. *Gaudent* hoc beneficio Clerici etiam in *Minoribus*, modo coelibes fuerint. 47. *Statum paupertatis* sue summariter docere debent. 48. *Casus* enumerantur, in quibus hoc privilegium cessat. 49. *Cui renunciare nequeunt, expressè* 50. *Benè* vero tacite.
- In.

43 Inter alia Privilegia, quibus Clerici pro eminentiore & sanctiore præ Laicis status conditione à jure condicari funt, & quæ à nobis in lib. 2. tit. 2. §. 7. tit. 4. §. 2. lib. 3. tit. §. 4. ex parte jam explicata fuere, illud quoque speciali nota dignum est, quod vocamus Privilegium *competentie*, quo Clerico debitori succurritur, ut creditoribus suis plus solvere non teneatur, quæ sibi salva congrua sua sustentatione superat. Deducunt hoc Privilegium DD. orthodoxi ex famoso illo *cap. Odoardus 3. b. t.* ubi statutum fuit, quod Clericus obæratus, si non habeat, unde satisfaciat creditoribus, propterea excommunicari, aut in carcere mitti nequeat, cautionem tamen idoneam, quæ fieri solet per pignora, vel fidei justiores *l. 59. §. fin. ff.* *Mand.* aut in horum defectum *juratoriam* prætet, ut, si ad pinquorem fortunam pervenerit, creditoribus ex æquo satisfacere velit. Unde interpretes ad *d. cap. commentantes* inferunt, Clerico debitori id beneficium debere competere, ut ad plus, quam facere possit deducto eo, quo ad congruam sustentationem suam opus habet, neutquam teneatur, cum probosum foret, totique statui Clericali ignominiosum, mendicare, & ostiati stipem rogare *cap. 23. dist. 93.* maximè cum milites seculi isthac beneficio gaudent, ut non in plus conveniri possint, quæ facere queant *arg. l. 6. ff. de re judic.* quibus utique deteriores non debent esse milites Christi *cap. 18. C. 23. Q. 8.* *V. Fagnan.* ad *d. cap. 3. num. 19.* *Grananiecto* ad *idem cap. n. 2.*

44 Bachmerus ad *b. tit. §. 29.* agnoscit quidem hoc Privilegium multa nititæ, ipsoque usu stabilitum, ac in

foris quoque protestantium civitate dominatum esse, id tamen ex dicto *cap. 3. b. t.* probari, aut erui posse, rotunde negat. Si dicendum (inquit §. 24.) quod res est, facilius erit, oleum ex pumice extorquere, quam ullum Clericis Privilegium ex hoc textu tribuere. Tenor quippe cit. *cap. 3.* sic habet: *Odoardus Clericus propositus, quod, cum P. Clericus, D. Laicus,* & quidam alii ipsum coram *Officiali Archi-Diaconi Rhemensis* super quibusdam debitibus convenissent, idem in eum recognoscentem hujusmodi debita, sed propter rerum inopiam solvere non valentem, *excommunicationis* sententiam promulgavit &c. *Mandamus, quatenus si consisterit, quod praeditus O in totum, vel pro parte non possit solvere debita supradicta, sententiam ipsam sine difficultate qualibet relaxetis, recepta prius ab eo idonea cautione, ut, si ad pinguiorem fortunam devenerit, debita praedita persolvat.* Ex quo textu nihil juris singularis Clericis assignari sic ostendit. Quod pro debito ait §. 24. b. t.) in causa inopiae Clerici excommunicari nequacant, juris communis est, & in laicis quoque obtinet, ut patet ex *cap. 5. de Usuris*, ubi Pontifex foederatores usurarios, si non habent in facultatibus, unde solvant, prohibet ulla poena multari, cum eos nota paupertatis evidenter excusat. Deinde in *cit. cap. 3.* minimè asseritur, Clericos ob debitum capi, aut aliter molestari non posse. Et si vel maximè (inquit §. 25.) id ipsum Pontifex supposuisset, nihil aliud, quam commune beneficium Odoardo applicuisse, scilicet cessionis bonorum, cuius causa carcer evitatur *l. 1. & 5. C. qui bon. ceder.* sed hoc rursus non est aliquod jus, vel beneficium singulare, quia etiam lai-

M m 3

laic-

laicis debetur. Denique (pergit in *cit. §. 25.*) de beneficio *competentiae* nulla prorsus in hoc textu fit mentio, quod *fanè* Pontifex non prætermisset, si ejus mens fuisset, Clericis illud indulgere, cùm nunquam à Pontifice omittatur occasio, qua Clericis nova indulgere possit *privilegia*. Non fuisse autem hanc mentem Pontifici vel ex eo etiam liquet, quod in *cap. 2. & 3. de fidejuss.* dum rursus occasionem habuisset, illud Clericis tribuendi, si voluisset, simpli citer ordinavit, ut *reditus* *beneficiorum* in *solutionem* *debitorum* *convertantur*, nulla facta mentione alicujus *privilegii*, quo Clerici *immunes* *praestentur*, ut contra eos tantum facienda sit *executio*, in *quantum facere possunt*. Cum ergo ex *hoc cap.* nulla exceptio, sive *ius* *aliquod* *privilegiorum* erui possit, *recta ratio*, inquit, & *bonæ interpretationis* *regulæ* *suadent*, ut *regulæ* tamdiu sit *standum*, donec probetur *exceptio*, quam *legislator* *expressè* addere debet, cùm non *præsumatur*. *Quin & illud argumentum*, quod *nostri* *interpretes* à *militie terrestri*, ad *milites cœlestes* (scilicet Clericos) faciunt, *insigni* *laborare* *vitio* scribit Boëhmerus *§. 28. bic.*) Nam, quicunque in uno, vel altero comparantur, non plane iidem sunt censendi, nec iidem ubique debent gaudere *juribus*. *Præterea* *beneficium* *competentiae* est *ius singulare*, quod *interpretationem* *extensivam* non admittit, nec ad alias personas extendi potest, quam quibus leges indulseré.

45 *Fateor, adductas rationes, sicut alia Boëhmeri omnia, sub scheme* *te veri se commendare: quod si tamen textus cit. cap. 3. accuratori* *trutina* *expendatur, facilius erit ex pumice oleum, quam ex*

Boëhmeri argumentis veritatem elicere. Quod laici æque, ac Clerici debitores pro eo, quod solvendo non sint, ut excommunicari non debeat, adeoque hoc *ius* non esse singulare, ac peculiare Clericorum beneficium, ultrò damus; sed de hoc puncto non est quæstio, in *cit. cap. 3. b. t.* agitur quidem ibidem de Clerico propter debita excommunicato, quem Pontifex relaxato vinculo jubet restitui, non ex communi jure (ut Boëhmerus sibi persuadet) quod debitores, quos inopia ad solvendum impotentes reddit, excommunicari nequeant, sed ex jure prorsus singulare, & *privilegiorum*, quo Pontifex Clericos debitores ad inopiam redactos ibidem afficere voluit. *Casus Capituli erat iste.* Clericus quidam super delicto coram Archi-Diacono Remensi à creditoribus conveniebatur; *co*ventus delictum non inficiatus est, sed, ut ait textus, *idem recognovit*, solutionis tamen inpræsens facienda ex statu inopie, in quem delapsus esset, impossibilitatem ostendit, qua tamen legitima excusatione non obstante Archi-Diaconus in hunc Clericum debitorem sententiam excommunicationis promulgavit. Non utique tam simplicem judicem hunc fuisse credamus, ut excommunicaret, quem contumacem non invenit? sed quomodo contumax iste Clericus haberi potuit, qui debitum recognovit? verosimile est, quod ius suss *cedere bonis*, imperio *ius* dicentis non paruerit, siveque tanquam contumax censuræ suppositus fuerit. Cum igitur Clericus inique se excommunicatum causatus, querelam hanc ad Pontificem detulisset, tale rescriptum impetravit, ut, si constiterit, quod in præ-

præsentiarum nec in totum nec pro parte debita exsolvere posse, vinculum excommunicationis ei ocyus relaxetur, ipse vero, præstata idonea cautione se obliget, quod, si ad pinguiorem fortunam pervenerit, creditoribus ex æquo satisfacere velit. Jam Bœhmere, ipius considera, an non ex hoc textu satis clare pateat, Clericum debitorem, ut bonis cedat, non esse compellendum, adeoque quoad hoc speciali privilegio munitum, & quod insimul non usque ad saccum, & peram excutiendus sit, siveque *competentia* beneficio gaudeat, itidem ex hoc textu liquere animadvertes, cum dicat Pontifex, satis esse, si Clericus, qui nec pro parte debitum expungere valet (id quod tamen facere semper posset, si bonis cederet) cautionem offerat idoneam, aucta rei familiari creditoribus se satisfacturum; unde Interpretes nostri omnes ex hoc textu bene colegerunt, Clericum debitorem in plus non posse obligari, quam quod deducta congrua sustentatione facere potest. Quod vero Pontifex in cap. 2. & 3. de fidejuss. beneficij *competentia* non meminerit, tuæ opinioni, Bœhmere, nihil adjicit, sufficit, quod illud beneficium ibidem non excluserit. Per hoc enim, quod ex redditibus Clerici debita exsolvit Pontifex, non infertur, quod ipsum ita emungi voluerit, ut nequidem tot proventus relinquerentur, qui Clericalem honestatem decenti sustentationi sufficient, cuius equidem tam dicti Pontifices, horum Canonum conditores, quam eorum antecessores semper primam rationem habuerunt. Quod vero etiam illud argumentum, quod nostri Interpretes à militia sagata ad togatam, vel po-

tius à profana ad sacram ducunt, explodas Bœhmere, vitio tibi nemo habet, quia sacra nostra militia in tuo cerebro locum religiosum non invenit. Id vero tuæ prudentiæ vitio damus, quod verba Enenckelii de *Privileg. jur. civil. lib. 2. cap. 4. num. 42.* à te adducta, male captes, non negat laudatus Author, posse privilegia uni certo ordini concessa, ad alium extendi, ubi omainmoda rationis identitas id suadet, sed hoc duntaxat improbat, quod aliqui non ita magna ratione moti (sunt ejus verba) privilegia omnia, etiam quæ considerate, & determinatè maximè circumscripserunt *Principes*, ex uno genere in aliud diversum transferunt. Quam translationem temerè nostri non faciunt, quando beneficium *competentia* militibus profanis in l. 6. princ. & l. 18. ff. de re jud. concessum, etiam militibus *caelestibus*, sive Clericis attribuunt, maximè cum isthac beneficium pluribus aliis personis, quibus peculiaris cujusdam reverentia respectus debetur, ut parentibus, marito, patrono &c. concedatur, ut pluribus perhibet Gonzalez ad cap. 3. h. t. num. 8. & seqq.

Gaudent hoc *competentia* beneficio 46 non tantum Clerici in *Majoribus* ordinibus constituti, sed etiam in *Minoribus* (quod rursus est contra Bœhmerum hic §. 30.) modo requisita à Concil. Trid. sess. 23. de reform. cap. 6. præscripta habeant & primam tonsuram, vel *Minores Ordines* non omnino otiosos gerant. Imò, quod Clerici cœlibes, et si alia requisita Concil. Trid. non habeant, habitum tamen Clericalem deferentes privilegio *competentia* gaudent, præter Fagnanum, Antonellum, Pignatellum, & alios tenet Rota in recent.

cent. part. 18. decif. 279. & ita deci-
sum à Congregatione Concilii fuisse
refert Eminent. Vincent. Petra tom. 4.
Comment. ad consit. Apostol. pag. 459.
num. 45. § 2. seqq. quo tamen privile-
gio non fruuntur Clerici conjugati, li-
cet privilegio fori, & canonis muniti
sint, Rota part. 15. in recent. decif.
207. Petra l. cit.

47 Ad hoc autem, ut privilegium hoc
efficaciter Clericis competit, summarie
saltē probare tenentur paupertatem,
& impotentiam suam, v. g. ex notoria
tenuitate suorum reddituum, vel ex aliis
conjecturis, de quibus consulendus
Mascard. de Probat. Conclus. 1154. Vid.
Riccius in praxi resolut. 245. n. 2. §
resolut. 257.

48 Sunt porro quidam casus, in qui-
bus se Clerici beneficio competentiæ
tueri nequeunt, quos Gonzalez ad c. 3.
b. t. n. 16. & alii enumerant, videlicet,
si Clericus neget se debitorem. Riccius
in praxi resolut. 258. si dolosè cum cre-
ditore vèsetur, laicum se singens.
Gutierrez de jurament. part. 1. cap. 17.
num. 20. nam qui negat qualitatem
personæ suæ, propter quam illi conce-
ditur privilegium, merito illud amittit.
I. i. C. ad SC. Maced. l. 2. § 3. C. si mi-
nor se major. si bona sua abscondit, ne
ex iis debitum solvatur, tunc enim &
excommunicari, & incarcerari potest,
dum solvat, arg. l. 63. § 7. l. 68. § 1. ff.
Pro soc. l. 18. § 1. ff. solut. matrim. Mo-
lin. tract. 2. disput. 571. n. 11. si suspe-
ctus de fuga sit, tunc enim authoritate
Judicis Ecclesiastici capi, & in carcere
conjici potest, dum solvat, vel caveat.
Covarruv. Var. resolut. lib. 2. cap. 1. n. 9.
Molin. d. loc. n. 22. Barbos. ad cap. 3.
b. t. n. 10. si luxuriosè vivendo bona

sua consumat, quia hoc beneficium tan-
tum datur illi debitori, qui sine culpa
fua ad paupertatem redactus est. Bar-
bos. d. l. num. 16. quod tamen ita limi-
tat P. Pirhing. b. t. n. 33. ut talis Cle-
ricus incarcerari quidem, vel per cen-
furam ad solutionem adigi, non verè pro-
pter hoc omnibus bonis cum dedecore
status Clericalis exui valeat, ne fa-
ctum delinquentis ad Ecclesiam exten-
datur contra l. 155. ff. de R. J. Item
cessat, si creditor sit pauperior debito-
re Clerico Barbos. ad d. cap. n. 7. Fa-
gnan. num. 20. & denique, si Clericus
non actione personali, sed reali conve-
nitur; nam beneficium hoc est persona-
le. Barbos. num. 20. Fagnan. num. 52.
aut, si conveniatur ratione depositi, quod
penes se habet. Barbos. num. 13. Fagn.
num. 54.

Quæres: An Clerici beneficio com- 49
petentiæ renunciare valeant? Ita qui-
dem videtur Boehmero, ad illam ratio-
nem, quam nostri in contrarium alle-
gant, quod scilicet talis renunciatio cau-
fans mendicitatem cederet in oppro-
brium status Clericalis, in cuius præ-
judicium renunciatio facta non tenet,
ita respondent i. 35. b. tit. Nescio,
an unius, alteriusve Clerici inopia-
toti Ordini opprobrium adferat. Ita est,
nescis omnino, non tamen ignorantia,
qua te excusat, quia affectata est. Num-
quid splendida quædam familia erube-
sceret, si vel unum de suo sanguine,
mendicare videret? Nec verum est,
quod assiris, quod, si hoc privilegium
(ut quidam volunt) toti Ordini Sena-
torio concessum esset, eidem ab uno vel
altero senatore renuntiari possit. Quod
militi fas sit renuntiare huic privilegio,
male ex l. penult. C. de Paet. probare
con-

contendis, non enim in illa lege agitur de privilegio publico, sed tantum personæ concessio, quod etiam in Clerico admittimus, ut, si privilegium Clero certæ Provinciae concessum sit, ut alibi ad solutionem cogi non possit, valebit huic Clericus renuntiare, quia tantum respicit personas *cap. 17. de for. compet.*

50 Interim non diffitemur, Clericum beneficio *competentia* posse tacite renuntiare, per actum nimirum contrarium negando debitum, aut nolendo

præstare cautionem de solvendo, cum ad pinguiorem fortunam pervenerit, sicut in simili tacite renuntiare potest privilegio *fori*, si scilicet habitum Clericalem deponat, & ut Laicus incedat secundum *Trid. Sess. 23. de Reform. c. 6.* Ratio autem cur hic plus possit renuntiatio *tacita*, quam *expressa*, hæc redditur à P. Wiestner ad *h. t. num. 29.* quod *tacita* vim ex dispositione juris habeat, *expressa* verò ex voluntate Clerici, unde illa jure sustinetur, sicut hæc posterior jure destituitur.

TITULUS XXIV.

De Donationibus.

Hactenus de illis contractibus actum est, qui vel paciscentium utrumque, vel alterutrum certis quibusdam quasi vinculis ita ligatum tenent, ut citra alterius injuriam alter ab hoc nexus se sua sponte solvere nequeat, qui propterea contractus onerosi audiunt. Succedit jam *Donatio*, quæ, quod nulla lege, aut homine cogente fiat, *l. 29. ff. de Donat.* negotium merè gratuitum (saltem si ejus initium spectetur) dicitur.

§. I.

Quid, & quoniam sit Donatio?

SUMMARIUM.

1. *Donatio describitur.*
2. *Quam aliqui contractibus accensent.*
3. *Nos meliori fundamento negamus.*
4. *Ad textus oppositos respondemus.*
5. *Reliquæ particulae datæ definitionis explanantur.*
6. *Donatio regulariter non præsumitur.*
7. *Donatio alia est inter vivos, alia mortis causâ.*
8. *Alia perfecta, alia imperfæta, ad quam potiores Donationum species reducuntur.*

Donatio sic dicta à dono, quasi doni *datio l. 35. f. 1. ff. de mort. caus. donat.* communiter describitur, quod sit *actus*, quo liberalitatem nostram erga alterum *acceptantem* exercemus.

(N n)

Di-

2. Dixi I. *Actus*, sed qualis? an *parti*, vel *contractus* nomine inligniendus? *Ia* visum est Bartolo in *l. 35. C. b. t. Jul. Clar. 4. sent. §. donatio quest. 1. Gomez lib. 2. var. resolut. 4.* Cujacio in *paratit. C. b. t. Zoësto in Decret. b. t. & multis aliis.* Faciunt pro ipsis textus in *l. 17. C. de fid. instrum. l. fin. C. de bon. quæ liber. l. 8. C. de Præscript. 30. vel 40. ann. l. 7. C. de his, quæ vi. metusve*, ubi donatio expreſſe contractibus annumeratur. Accedit ratio, quod nomen specificum habeat, & hodie instat aliorum contractuum actionem producat.
3. Sed melius negatur, donationem *contractus* nomine venire, tum propter *l. 14. ff. de Precar.* ubi *precarium* donationi æquiparatur, donatio vero contractui sive negotio opponitur *l. 18. ff. b. t. l. 58. ff. de donat. intervir. l. 6. §. 5. ff. Mand. l. 20. §. 46. ff. locat. l. 12. ff. de jur. dot. tum, quod omnis contractus pariat obligationem, & actionem* §. 1. *I. de act. §. 1. §. 2. I. de obligat.* donatio autem nec unam nec alteram producat *l. 18. ff. b. t.* tum quod omnis contractus sit vel *bonæ fidei*, vel *stricti juris*. §. 28. *I. de act.* jam vero donatio non est contractus *bonæ fidei* *l. 22. ff. b. tit.* nec etiam *stricti juris* per *d. l. 14. ff. de Precar.* ubi donatio negotio opponitur.
4. Unde ad textus oppositos dupliciter respondeatur. I. quod illa verba, vel alterius *cujuscunque contractus* commode possint ad reliquos contractus ibidem recensitos referri. II. quod in *cc. II.* nomen *contractus* late & impropriè sumatur, quod in jure hand infrequens est, ut patet ex *l. 23. ff. de R. J. ubi Precarum* contractus vocatur, non utique

propriè talis propter *cit. l. 14. ff. de Precar.* similiter in eadem *l. 23. tutela, & negotiorum gestio.* vocantur contractus, de quibus tamen constat, quod contractus verè tales non sint. *tt. Inst. de oblig. quæ ex quasi contract.* Alterum, quod donatio nomen specificum habeat, falso est, quia prædicatur de donatione mortis causa, & aliis donationibus ob causam factis, quæ non numero, sed specie differunt, ut inferius patet. Quod vero donatio pariat actionem, id non habet ex primordiali sua natura, ut patet ex *l. 18. ff. b. t.* sed ex speciali beneficio *l. 35. C. b. t.* ab Imperatore Justiniano concesso. Verius ergo est, donationem de rigore juris non esse contractum strictè dictum, licet impropriè contractus dici possit, quam tamen parvi momenti questionem esse putat *P. Haunold. part. 3. tratt. 9. cap. 2. controv. 1. num. 140.* licet ipsem fateatur, in praxi donationem sub nomine contractus comprehendere in favorabilibus, non vero in odiosis, & ideo, si à Magistratu contractibus quoddam onus adjiceretur, donationes non censerentur esse gravatae.

Dixi II. In definitione, quo liberalitatem nostram exercemus, per quas particulas donationem non tantum à contractibus onerosis removemus, sed etiam donationem propriè talem, ab aliis donationis speciebus abutivè talibus distinguimus, ut à donatione remuneratoria donatione propter nuptias &c. Propriè enim is donare dicitur, qui ob nullam aliam causam dat, quam ut liberalitatem & munificentiam suam exercet.

Dixi III. Erga alterum acceptantem, quibus verbis indigitatur differentia do-

na-

nationis à legato, quod acceptationem legatarii non desiderat, & insimul ostenditur, per acceptationem donatarii donationem in ordine ad obligationem, & actionem producendam primum effacem reddi, cùm antecedenter ad nutum donantis donatio revocari possit, l. 2. f. 6. l. 10. f. b. t.

7 Priusquam ad divisionem progrediamur, obiter notandum est, donationem regulariter non præsumi, nisi forte tunc, cùm quis prudens nullo jure cogente aliquid dat l. 29. ff. b. t. ita, ut alia interpretatio, aut conjectura fieri non possit. l. 25. ff. de probat. cuius enim per errorem dati repetitio est, ejus consultò dati donatio est. l. 1. C. de cond. indeb. l. 53. ff. de R. J. Vid. Menoch. de arbitr. casu 88.

8 Donatio abit in donationem inter vivos, & mortis causa. Illa exercetur citra cogitationem mortis, vel mortalitatis, & censetur donans magis donatarium, quām se ipsum amare. Ista intuitu mortis, vel mortalitatis exercetur, & est quasi conditionata, ut dominium rei donatae & traditae in donata-

rium irrevocabiliter transire non faciat, nisi morte donantis fecuta l. 35. f. 1. ff. de mort. caus. donat. & ideo donator in tali casu præ donatario se magis dilexit se videtur.

Donatio rursus alia est *perfecta*, alia *imperfecta*. Illa ex nudo liberalitatis motivo, hæc concurrente alia causa exercetur. Ad hanc posteriorem pleraque species donationis referuntur, ut donatio *remuneratoria*, quæ fit pro præstito beneficio vel officio ex debito gratitudinis, & potest exerceri non tantum erga illum, qui nos sibi suis meritis obstrinxit, sed etiam erga alium ipsi conjunctum, puta, filium, uxorem &c. Donatio *sub modo*, Donatio *dotis*, quæ fit marito ab uxore vel nomine uxoris ab ejus parente, aut alio propter supportanda onera matrimonii l. 20. C. de J. D. Donatio *propter nuptias*, quæ constituitur uxori à marito, vel alio ejus nomine intuitu dotis l. fin. & auth. eò *de cursu* C. de donat. ante nupt. sed de his duabus speciebus, uti & de Donatione *inter virum & uxorem* in lib. 4. *Decret.* ex professo agemus.

§. II.

Quinam inter vivos donare possint?

S U M M A R I A.

10. *Donare possunt, qui liberè contrahere, & res suas liberè administrare possunt.* 11. *Quid de Prælatis Ecclesiæ?* 12. *Quænam dicantur res immodicæ?* 13. *Quid peculiaster circa donationes & dotationes Episcoporum jure cautum sit?* 14. *Prælati vetantur ditare suos consanguineos, id quod cum certis limitationibus accipendum est.* 15. *Donatio inter parentes, & liberos non valet.* 16. *Sicut nec a filio filias.* 17. *Quid de uxore circa donationem rei dotalis, & reo criminis capitalis?*

N n 2

Do-

10 **D**Onare possunt omnes, qui contrahere possunt, & liberam rerum suarum administrationem habent l. 21. C. **Mand.** unde liquet, pupilos, & Minores, sine tutoris, vel curatoris autoritate donare non posse s. 2. **Inst. Quib. alien. licet.** multo minus religiosos, qui nil proprii habent; quod si tamen administratio bonorum Monasterii ipsis commissa sit, ut oeconomicis, procuratoribus, possunt hi aliquas alienationes, & donationes facere, quantum superior, consuetudo, aut statuta Ordinis, locisque permittunt. **Molin. disput. 276. num. 3.** Idem dicendum de Religiosis beneficiatis, quia & illis libera administratio Ecclesiæ suæ permissa est. **Layman. lib. 3. tract. 4. cap. 12. n. 9.**

11 **Quid** verò de Prælatis dicendum, num illis manus quoque ita ligatae sunt, ut de bonis Ecclesiæ liberales, & beneficos exercere se nequeant? **Resp.** cùm Prælati procuratores sint rerum Ecclesiasticarum, non domini, ut dicitur in cap. 2. b. tit. & conditionem Ecclesiæ meliorare possint, deteriorem vero reddere non debeant cap. 1. de in integ. restit. donatio verò species alienationis sit cap. 5. de reb. Eccles. alien. ideo donationes mere liberales facere non possunt, nisi modica illæ fuerint, & loci consuetudine probata cap. 3. b. t. secùs donationes immodicas, si factæ fuerint, repetere poterit successor tam à Clericis, quam à Laicis, imo & Prælatus donans, quandiu ab administratione remotus non est. **d. cap. 2. b. t.** nisi causa justa, & debite solennitates intervenient juxta dicta in tit. 13. hujus libri. Ipsas verò donationes modicas vel ideo facere Prælatus non prohibetur, quod per easdem benevolentia hominum

concilietur, siveque Ecclesiis utiles sint; multo magis autem similes donationes moderatas facere poterit ex causa pietatis & misericordiae, sive titulo eleemosynæ. Item remuneratorias, in compensationem meritorum erga Ecclesiam, vel ejus membra, quæ, si valde magna fuerint, poterit etiam donare rem Ecclesiæ immobilem, præmisso tamen tractatu, & aliis juris solennitatibus. c. 66. C. 12. Q. 2. Panormit. in cap. 5. b. t. n. 6.

Quænam dicantur donationes modicas, vel immodicas, una certa regula definiri nequit, sed id sagaci judicis arbitrio relinquendum videtur, qui penatis circumstantiis redditum Ecclesiæ, qualitate donantis, & donatarii &c. illud æstimabit. **Molina disp. 144. n. 20.** existimat, donationem non fore immodicam, si Prælatus vel Episcopus, qui annuos redditus numerat 10000. 500. donet.

Circa donationes, sive dotations Episcoporum peculiare jus statutum est in cap. penult. b. t. & cap. 74. C. 12. Q. 2. ut, si Ecclesiam, vel Monasterium in sua Diœcesi extruant, hoc ex rebus Ecclesiæ suæ usque ad quinquagesimam partem, illam verò usque ad centesimam, & non ultra etiam sine consensu sui Capituli semel, vel successivè dare possint, quia dotatio, vel donatio hæc censetur fieri ex necessitate, & obligatione juris. Panormit. ad cap. 9. de his, quæ sunt à Prælat. n. 4. & ad cap. penult. b. t. n. 7. quod autem ultra donare non possint, ideo providè constitutum est, ut nimirum Episcopis incaute largiri volentibus occurritur, & cui tribuit, novæ scilicet Ecclesiæ, vel Monasterio subsidium conferat, cui verò tollit, scilicet Ecclesiæ suæ gravia damna

na non infligat: durum enim est, propriis agris sicutibus, aliena prædia irrigare *l. 6. Cod. de Servit.* Sed hoc duntaxat procedit in donationibus *inter vivos*, non verò per testamentum, aut aliam ultimam voluntatem, quia post tempus mortis Prælatus non amplius habet administrationem rerum Ecclesiæ. Panormit. ad *d. cap. penult. b. t. n. 9.*

14 Interim Prælatos quoscunque illius constitutionis perpetuò memores esse cupimus, quam PP. Concilii Trident. *Seff. 25. cap. 1. de Reform.* sanxere, ne scilicet ex redditibus Ecclesiæ consanguineos, familiarésve suos augere studeant, cùm *¶ Apostolorum Canones* prohibeant, ne res Ecclesiasticas, quæ DEI sunt, consanguineis donent. Interea tamen, ut bene notat Navarr. *de reddit. Eccles. q. 1.* Monend. 27. num. 4. bona Ecclesiæ alias in feudum, vel emphyteusin concedi solita Prælatus aequè, imo cæteris paribus magis consanguineis suis concedere poterit, quām extraneis, ne sint deterioris conditionis, eo solum ex capite, quod consanguinei sunt. Imo si tales consanguinei pauperes sint, etiam juxta Trid. cit. *Seff. cap. 1. ibi: sed, si pauperes sint, iis, ut pauperibus distribuant* *¶ c.* & secundum ordinem charitatis ante alios pauperes ipsis succurrere poterunt, & quidem pro ratione status Episcopi, ut, licet alias congruam sustentationem habent, hic & nunc tamen in Episcopi, vel Prælati domo honestè conspici possint. Ita Navarrus.

15 Quæres I. An donatio inter parentes, & liberos in potestate constitutos consistere valeat? Resp. negativè. Textus in *l. 11. ¶ 17. C. b. t.* & *l. 25. C. de donat. inter vir. ¶ uxor.* quod enim filiofamilias à patre datur, in peculio

profectio, adeoque dominio patris est, & pater non tam filio, quām sibi ipsi donare videtur. Donationem tamen *remuneratoriam*, & ob causam v.g. studiorum, militiae, dotis &c. patrem filio facere posse tradunt DD. communiter ad *l. 2. C. de inoffic. donat.* dummodo in donatione remuneratoria merita non sint merè obsequalia, & rei donatæ æquivaleant, ac per filium in dubio probentur. *Menoch. lib. 3. Præsumpt. 29.* imo dicta donatio, et si ab initio non subsistat, si tamen non revocatur, morte donatoris, adinstar donationis inter conjuges, vel etiam emancipatione confirmatur. *cap. fin. b. t. l. 11. ¶ 17. C. eod.* unde filio emancipato pater rectè donat, imo mater etiam filiofamilias quia in matre ratio patriæ potestatis, & peculii profectitii cessat. *Gomez Var. resolut. lib. 2. cap. 4. in fin.* & alii communiter.

Quæres II. An filiusfamilias extra *16* peculium *castrense*, vel *quasi tale* sine Patris consensu donare possit? Resp. negativè quia, sive donet ex peculio *profectio*, sive adventitio *ordinario*, utrobique præjudicat patri, ibi in *proprietate*, hic in *usufructu*: accidente verò consensu patris non tantum inter vivos, sed etiam mortis causâ donare potest *l. 25. §. 1. ff. de mort. caus. donat. l. 7. §. 4. ¶ 6. ff. b. t.*

Quæres III. An uxor res dotales *17* donare possit? Item an reus criminis Capitalis donationes facere queat? Resp. ad I. negativè, ita, ut ne quidem consentiente marito donatio rei dotalis valeat. *t. t. ff. ¶ C. de fund. dot.* de paraphernalibus, quin donare possit, nullus dubito, cum id prohibitum nusquam reperiatur. Berlichius id ita limitat

tat, nisi aliud haberent statuta locorum specialia. part. 2. Concl. 17. n. 1. Ad II. Resp. similiter negativè, si nimisum condemnatio sequatur l. 15. ff. b. t. quæ tamen prohibito cessare videtur post auth. bona damnatorum C. de bon. præ-

script. Bœhmerus cum Hubero ad b. t. num. 4. imo reus perduellionis, etiam, antequam postuletur, donare nequit, sed revocantur donationes ab illo post crimen commissum factæ. l. 31. §. fin. ff. b. t. Vid. Hunn. Vol. 2. disp. 31. thes. 7. q. 67.

§. III.

Quid, & quantum donari valeat? Et de jure Donatarii.

S U M M A R I A.

18. Omnes res in commercio humano existentes donari possunt. 19. Donatio ultra quinquentos solidos citra insinuationem fieri prohibetur. 20. Quod tamen non procedit, si diversis temporibus plures donationes factæ sint. 21. Plures casus excipiuntur, in quibus insinuatione opus non est. 22. Bœhmerus negat hoc privilegium extendi ad causas pias quasunque. 23. Contrarium ostenditur. 24. Donatio ultra quinquentos solidos sine insinuatione facta tantum quoad excessum invalidatur. 25. Valeat donatio omnium bonorum. 26. Solvitur oppositio. 27. Sub donatione omnium bonorum non veniunt bona futura. 28. Jus donatarii exponitur.

18 **D**onari possunt res omnes in commercio humano existentes, propriae, & alienæ, & hæ quidem non alio effectu, quæ ut usucapiendi conditio in donatarium transferatur t. t. ff. pro donat. Evictionem tamen donans non præstat l. 18. §. ult. ff. b. t. nisi eandem præviè promiserit, aut donatio fuerit remuneratoria; tunc enim, cum se habeat per modum tituli onerosi, evictio semper præstanta est. Stryck. de Cautel. contract. sect. 3. cap. 9. §. 6.

19 Circa quantitatem rei donandæ in l. 36. C. b. tit. statutum est, ut donatio ultra 500. solidos, sive aureos Hungaricos (ut communiter hodie sumitur solidus) adeoque ultra mille thaleros citra insinuationem apud Magistratum factam, quoad excessum non valeat, per quam legem corrigitur l. 34. ejusd. tit.

ubi ad 300. tantum solidos sine insinuatione fieri poterat donatio. Ratio hujus restrictionis est, ut occurratur fraudibus, quæ in donationibus magnæ quantitatis facile intervenire possunt; & ne cives cum damno reipublicæ immodica, & indiscreta liberalitate sua ad inopiam redigantur.

Quid autem, si quis diversis temporibus plures donationes faciat, quæ conjunctæ 500. solidos excedant, an tunc opus erit insinuatione? Resp. si nihil fraudis intervenerit, insinuatione opus haud esse, quia in simili idem præcipitantiæ & jacturæ periculum militare non videtur. d. l. 34. §. 3. C. b. t. Dixi, si nihil fraudis intervenerit. Nam, si donator jam prius animo dolosè conceperet plures ejusmodi permissam sumam excedentes donationes successivæ fa-

facere, donatio non valeret, quia jura fraudibus opitulari non solent. Quare, ne ejusmodi donationes impugnari valeant, hanc cautelam suggerit Molin. *tract. 2. disput. 178. num. 18.* ut donator illas diversas donationes non uno instrumento cumulet, & temporis quoque rationem habendam esse monet, ita, ut inter ejusmodi donationes non unus, alterve tantum dies, sed longius tempus intercedat, ex quo nempe donatorem satis deliberasse de facta donatione prudenter conjici possit.

21 Ab hac insinuationis lege variae donationes excipiuntur, & quidem I. donatio à Principe privato facta *l. 34. juncta auth. C. b. t.* II. A Magistratu militum militi facta. *l. 36. C. eod.* III. Donatio remuneratoria *l. 27. § 34. §. 1. ff. b. t.* quod tamen ita limita, ut, si talis donatio merita donatarii excederet, quoad illum excessum, utpote merè liberalis, insinuanda foret. Zoël. *ad ff. b. t. num. 43.* IV. Si juramentum tali donationi excessivæ accedat. Gail. *lib. 2. observ. 39.* Clar. *quest. 18. n. 2.* Azor. *part. 3. lib. 11. tract. de Donat. cap. 6. quest. 10.* tale enim juramentum nihil continet bonis moribus contrarium, hoc ipso, quod certis jam enumeratis casibus donatio ultra 500. solidos valide fieri posset: ergo servandum est, cum sine dispendio salutis servari possit. *cap. 28. de jurejur.* Deinde præscripta insinuatio privatam potius, quām publicam utilitatem respicit, ne scilicet donatores domesticis fraudibus conjunctarum maximè personarum (ut habetur in *l. 27. C. b. t.*) suis bonis preventur, donando prodigaliter, nec dici posset, quod tali modo fraudibus ansa detur, quæ tamen jura per præscri-

ptam insinuationem evitare voluerunt, quia dolo interveniente negatur valere talis jurata renunciatio. Et hanc sententiam Juris Canonici æquitate subnixam in praxi prævalere testatur Stryck. *de cautel. contract. sed. 3. cap. 9. §. 5.* quamvis in puncto Juris Romani contrarium probabilius censeat *arg. l. 5. C. de LL.* V. Ab hac insinuatione immunitis est donatio in redemptionem captivorum, refectionem ædium ruina, vel incendio consumptarum facta *l. 34. § 36. pr nc.* *§. 1. C. b. t.*

Num verò hoc Privilegium ad alias causas pias jure extendi possit, disputatur. Bœhmerus hanc extensionem nec Juris Civilis, nec Canonici suffragio subnixam esse contendit in *tract. de jur. Paroch. sed. 5. cap. 1. §. 12.* Nam, cum olim aliae donationes absque insinuatione tantum valerent usque ad *ducentos solidos*, donatio hæc in redemptiōnem captivorum cum aliis in piissimas causas factis hoc privilegio aucta fuit à Justiniano Imperatore, in *l. 34. §. 1. C. b. t.* *§ l. 19. C. de SS. Eccles.* ut valeret absque insinuatione usque ad *500. solidos*. Postea verò in *l. 36. C. b. t.* hoc omnibus donationibus in genere tributum est, ut possint absque insinuatione usque ad *500. solidos* fieri, ut adeo donatio ad *causas pias* videatur privilegium suum amisisse, utpote nihil post *cit. l. 36. singulare, & contra Juris communis tenorem continens, consequenter donatio ad pias causas in Jure Civili nullum speciale Privilegium invenit.* Et frustra etiam illud quæri in Jure Canonico ostendit, nam *cap. 11. de testam.* ad quod contraria sententia patroni provocant, tantum loquitur de *legatis ad pias causas* & quæ per ultimam

mam voluntatem *piis causis* relinquuntur, quod scilicet in iis non sint sequendæ *LL. Civiles*, unde non possum adduci (scribit Bœhmerus) ut vi hujus Textus affirmem secundum dispositiōnem Juris Canonici valere donationem ad *causas pias* absque insinuatione.

Adverto hanc Bœhmeri donationem, adversus Ecclesiās, & alias pias causas insinuatione non indigere, quia isthæc liberalitas excessiva, aut prodiga 23 non est. Ego quidem Suffragium ex Jure Civili emendicare nolo, sed facile indulgeo, quod hoc jure se causæ piæ vix tueri possint, Jure tamen Canonico satis esse munitas affirmare nullus dubito, non quidem ex *cit. cap. 11. de Testament.* ut Bœhmerus divinat, sed aliunde, & quidem quod *cit. l. 34. § 35. §. fin. C. b. tit.* quæ tantum de redēptione captivorum loquuntur, à Jure Canonico quoad hanc restrictionem approbatæ non sint. Deinde, quod Principes Sæculares in præjudicium bonorum operum (circa quæ apud Bœhmerum, & reliquos protestantes perpetuæ sunt feriæ) ac salutis animarum aliquid statuendi potestatem non habeant. Et denique, quod fortior ratio militet in *piis causis*, ubi quis propriam animam redimit, quam in redēptione captivorum, quia *redēptio animæ viri divitiae ejus. Prov. 13.* neque temerarium dici potest, propter salutem animæ bonis temporalibus se spoliare. *Jul. Clar. 4. Sent. §. donatio quæst. 17.* Quapropter nullam vim inferimus *l. 34. § 36. C. d. t.* si concessum ibidem donationi pro redēptione captivorum privilegium propter majoritatem rationis ad causas pias extendamus, prout idipsum in *dissert.*

præambula hujus Tractatus pluribus ex-
posuimus.

Porro circa præscriptam donationis 24 insinuationem id notandum est, quod donatio ultra 500. solidos citra insinuationem facta tantum quoad excessum invalidetur, & hic locum inveniat regula juris, quod *utile per inutile non debet vitari*, cùm unum ab altero separari possit. *l. 36. §. 3. C. b. t. Nov. 162. cap. 1. §. 2.* Requiritur autem hæc insinuatione non tantum in donatione pecuniae numeratae, sed etiam in liberali remissione certi alicujus debiti *cessione, pacto de non petendo* &c. quia etiam istæ remissiones, cessiones &c. lādere possunt donantem, & legis finem evertēre. *Clar. quæst. 16.*

Valere donationem omnium bonorum nullatenus dubito, quia hæc facultas disponendi de re inest ipsi dominio, & cuilibet donare naturaliter permisum est. *§. 40. Inst. de R. D.* nec textum reperire est; qui hanc facultatem restringat, quin potius illimitate eam esse permisam eruitur ex *l. 35. §. 4. § 5. C. b. t. l. 8. C. de revoc. donat. l. 2. C. de in-offic. testam.* excipe, nisi talis donatio in fraudem legis facta esset. *l. 16. §. 1. ff. de jur. Patron.* aut iis, quibus legitima debetur, præjudicet. Et ita sentiunt Bachov. ad Treutl. *Vol. 2. disp. 19. thes. 5. lit. C. § 5. D.* *Gail. lib. 2. ob-serv. 11. n. 10. Knipschild de fideicomiss. famil. cap. 6. n. 18.*

Quod verò profusa ejusmodi donatione facultatem testandi auferat (id quod potissimum AA. fundamentum est) non officit. Testari enim non est actus *necessitatis*, sed *voluntatis*. Deinde illi tantum actus prohibentur à jure, qui directè libertatem & facultatem

tem testandi admunt *l. 15. C. de Paſt.* quod non fit per donationem, sicut nec per arrogationem, Religionis professionem, quæ permittuntur à jure, et si consequenter testamenti factio amittatur.

27 Sub donatione omnium bonorum, an quoque bona futura veniant, quæritur? Probabilius negatur, quia donatio est stricti juris, ideoque in donatione omnium bonorum, non veniunt futura, nisi eorum specialis mentio facta fuerit. Et licet contrarium in *pignore* obtineat, ut bona tam praesentia quam futura in hypotheca generali censeantur oppignorata, idipsum tamen jure singulari receptum est. *l. ult. C. quæres pign.* unde ad consequentiam trahi non debet. Præterea in donatione omnium bonorum majus vertitur donatoris periculum, quam in hypotheca, nam solutione debiti omnia bona liberantur, donatio vero irrevocabilis est.

28 De jure Donatarii id juris est, quod habeat sibi obligatum donatorem ad

rem donatam tradendam, quo nomine datur ei, ejusque hæredibus *conditio ex lege*, nimurum *l. 35. §. ult. C. b. tit.* contra donantem, & ejus hæredes, ut præstetur, quod promissum est. Ad hoc autem, ut efficaciter donantem convenire valeat, donatio debuit fuisse acceptata *l. 55. ff. de O. & A.* unde, si donatio facta sit absenti, ante acceptationem donatarii vel per se, vel per alium mandato instructum, nec dominium acquiritur, nec ulla obligatio vel naturalis, vel civilis oritur. *l. 10. & 19. §. 2. ff. b. t.* Aliud quippe est *donare*, aliud *promittere*, aliud *polliceri* strictè loquendo. *Promissio* enim fit ordinariè ad preces alterius, *Pollicitatio* sponte ac ultro, *Donatio*, cùm res traditur, aut saltem verbalis oblatio acceptatur. Peculiare id est in *Ecclesia*, cui etiam ignoranti, & absenti donari potest, eo effectu, ut dominium rei donatae ipso jure ocyus in eam transeat, quia *DEO* similis donatio fieri censetur, qui statim acceptat. *Vid. l. 23. C. de SS. Eccles.*

§. IV.

Ex quibus causis Donatio inter vivos revocari possit?

S U M M A R I A.

29. *Ex quinque causis donatio revocari potest.* 30. *Circa ultimam causam dicimus, hoc non procedere in donatione Ecclesie facta.* 31. *An donatio ex hoc capite, quod donatarius alimenta neget donatori egestate presso, revocari possit?* negativè respondemus. 32. *Donatio remuneratoria ob insperatam natiuitatem liberorum non revocatur.* 33. *Sicut nec donatio Ecclesie facta.* 34. *Extra hos casus liberi postea nati dant locum revocandæ donationi.* 35. *Ad l. ult. C. de revoc. donat. respondetur.* 36. *Donatio etiam revocatur, si fuerit inofficiosa.* 37. *Solvitur oppositio.* 38. *Regulariter donatio ab hæredे donatoris revocari nequit.*

29 **Q**uanquam donatio legitimè facta ne quidem rei scripto Principis revocari possit l. 5. *C. de revocand. donat.* quinque tamen causæ in cap. fin. b. t. & l. fin. *C. de revoc. donat.* proditæ sunt, quibus res donata, siquidem tradita fuit, repeti, aut donatarius pertens per exceptionem repellere potest. Sunt autem quatuor causæ ingratitudinis. I. Si donatarius graves, & atroces injurias in donantem effundat. II. Simanus impias donatori inferat. III. Si grave damnum in patrimonio donatoris causaverit. IV. Si ejus vitæ insidias struxerit, quibus in cit. l. ult. *C. de revoc. donat.* V. Additur causa, si scilicet donatarius modo, vel oneri adjecto non satisfecerit, ut tunc quoque revocari possit donatio, si scilicet fuerit 30 *privata*, non item, si facta Ecclesiæ sit, quæ propter modum non impletum neutquam revocari potest, sed tunc ad impletionem modi duntaxat agitur, ratio est, quod talis donatio principaliter *causâ pietatis in DEUM* facta præsumatur, non verò propter *onus adjectum*, & ideo cessante hujus præstatione manet tamen adhuc pia donatoris affectio, propter quam ad impletionem modi tantum, non verò donationis revocationem agitur. Quòd si verò clausula commissi per expressum apposita fuerit, ut scilicet modo non adimplete res donata repetatur, & donatori, vel alteri, quem ille nominaverit, applicetur, vallebit revocatio. *cap. 6. s. un. b. t. cap. 4. de condit. apposit. l. 2. C. de condit. ob caus.* potest enim quilibet legem rei suæ in contrahendo dicere, quam voluerit. l. 48. *ff. de Pact. l. 10. C. eod. l. 3. C. de contrah. empt.*

31 Addunt aliqui AA. quintam ingra-

titudinis causam, ex qua donationem revocari posse autumant, si scilicet donatarius donatori egestate laboranti alimenta negaverit, quia videtur eadem constitutionis Justinianeæ ratio tam in hac, quam in reliquis ibidem enumeratis ingratitudinis speciebus militare. Et ita sentiunt Panormit. ad cap. ult. b. t. num. 3. *Jul. Clar. quæst. 43. V. quid ergo.* Sed melius negant Molina *disp. 281. num. 8. Zoëf. in Decret. ad b. t. num. 12. & in ff. num. 90. & seq. secundum quos lex pœnalis* (qualis est hæc lex donationis revocatoria) etiam ob paritatem, aut majoritatem rationis extendenda non est ad casus non expressos, id quod Perez ad b. t. *C. num. 8. pulchra instantia confirmat ex tit. 26. s. licet feud. 2. ubi*, si vasallus captum dominum pecunia data liberare posset, sed omittit, propter hoc tanquam *omissionem*, non verò *commissionem* facti injuriosi feudo privari non potest; atque etiam hic per d. l. fin. factum injuriosum ingratii donatarii requiritur, ergo propter solam omissionem præstationis alimentorum re donata privari non debet. Unde cùm jura tantum eo casu succurrant donatori agenti, quo is à donatario convenitur, ut res donatas tradat l. 30. *ff. de re jud.* ut scilicet ultra, quam facere possit, non teneatur, ideo donatori consilium suggerit Stryckius de *cautel. contract. sed. 3. cap. 9. s. 8.* ut donator, antequam rem tradat, per speciale pactum sibi in casu supervenientis inopiae reservet alimenta ex bonis donatis, quamvis alii sint, qui talem donatarium officio judicis ad præstanta alimenta cogendum esse asserant.

Rursus quæritur, an ob insperatam 32

na-

nativitatem liberorum donatio antecedenter à patre facta revocari possit? irrevocabilem dicit Fachinæus *lib. 3. cap. 89.* donationem *remuneratoriam* quia talis donatio, cùm non nudæ liberalitatis exercendæ gratiâ, sed intuitu meritorum fiat, donatio propriè talis dici non videtur *l. 19. §. 1. ff. de Donat.* atque adeo odiosa *cit. l. ult. C. de revoc. donat.* constitutio ad eam extendi non debet.

33 Similiter alii excipiunt donationem Ecclesiæ, vel alteri causæ piæ factam. Panormit. ad *cap. ult. b. t. num. 5.* Clar. *quæst. 23. n. 2.* Ecclesia enim vel locus pius pro filio habetur, & quod huic donatur, DEO, ac pro salute animæ donatum censetur, & ideo æquè favorabilis censetur, ac causa filiorum. *Auth. si qua mulier C. de SS. Eccles.* Accedit, quod *l. 8. C. de revoc. donat.* tanquam Civilis Ecclesiæ ob defectum jurisdictionis ligare non potuerit. Et hæc quidem de rigore juris fortassis ita se habent, de æquitate tamen, & obligatione honestatis talem donationem, natis postea liberis, revocari posse tenent Molina, Lessius, Layman *lib. 3. tract. 4. cap. 12. n. 20.* & alii communiter per *cap. ult. C. 17. Q. 4.* ob causam verò ingratitudinis à Prælato commissa donatio Ecclesiæ facta revocari nequit, quia talis donatio DEO facta censetur, qui nunquam est ingratus, & alias vulgatum in jure, quod Prælati delictum in Ecclesiam redundare non debat. Clar. *quæst. 21. num. 5.* Zoës. *hic num. 97.* ubi ita limitat, ut, si fructus rei donatæ ad mensam Prælati spectarent, eosdem ad tempus vitæ revocari posse.

34 Extra hos casus igitur queritur.

An ab eo donatio magnæ quantitatis revocari possit, qui postea liberos suscepit? id equidem de Patrono in libertos liberali in *l. 8. C. de revoc. donat.* ita statutum est, ut is in casum nascientium postea liberorum donationem revocare possit. An verò hæc constitutio ad quoscumque alios parentes spectet, ut, si quidpiam extraneo donent, susceptis postea liberis rem donatam repetere valeant, non una omnium est sententia. Communior tamen hanc extensionem sustinet, ut videre est apud Tiraquell. ad *d. l. 8. C. de revocand. donat. in Præfat.* Fachin. *lib. 3. cap. 85.* Mynsing. *cent. 5. obser. 63. § 64.* moventur hoc arguento quod ratio *d. l.* æque in uno ac altero casu militet, nempe tacita, ac præsumpta donatoris voluntas, qui sub illa tantum conditione donatæ censetur, *si liberi non nascantur*, quia utique verisimile non est, parentem liberis propriis antelaturum fuisse extraneum, si eos sibi nascituros putasset *arg. l. 30. C. de fideicomm.* præfertim cùm etiam alias Pater, & Patronus in jure æquiparentur. *l. 1. § 2. ff.* *si quis à parent. manumiss.*

Videri quidem posset, quod *cit. l. 8. 35* dispositio vel ideo ad parentes extendi nequeat, quod ipsa *d. l.* per subsequentem *l. 10. C. de revocand. Donat.* revocata fuisse censeatur, cùm ibi Justinianus omnes donationes semel legitimè factas illibatas & inconcussas sustineri velit. Generaliter fancimus (sunt verba *L.*) omnes donationes lege confessas, firmas illibatasque manere, *si non donationis acceptor ingratus circa donatorem inventatur.* Verum ad hunc, & similes textus generales dicimus, quod leges particulares anterius latas, *si quædam*

dam peculiari æquitate nitantur, non censeantur corrigere aut abolere, nisi singillatim exprimant, sed ibi illa juris maxima locum inveniat, quod in generali concessione, & constitutione non veniant ea, quæ speciali mentione sunt digna. Esse autem ejusmodi leges, quæ se ex speciali æquitate commendant, si agatur de earum cassatione, speciali mentione dignas, vel ex eo patet, quod ipsi legislatores in omnibus rebus præ jure stricto præcipuam justitiam, æquitatisque velint haberi rationem l. 8. C. de jud.

36. Donatio etiam revocari potest, si fuerit *inofficiosa*, hoc est, si legitima liberis salva non sit. t.t. C. de *inoffic. donat.* Non solum autem liberis contra parentes, sed & parentibus contra liberos inofficiosè donantes jus hoc revocationis competit. l. 4. C. de *inoffic. donat.* quia hæc querela ad modum querelæ inofficiosè testamenti introducta est l. ult. C. eod. quæ pariter competit parentibus l. 15. ff. de *inoffic. testam.* Imò & fratri *Germano* l. 4. & ult. C. de *inoffic. donat.* cui, si persona turpis instituta fuerit, querela inofficiosè testamenti competit l. 27. ff. de *inoffic. testam.* ut proinde & similis donatio resolvenda sit, non quidem in totum, sed pro parte legitime, ut constat ex l. 2. 5. & 8. C. de *inoffic. donat.* Fachia. lib. 6. cap. 84. Gail. lib. 2. obseru. 38. num. 15. & obseru. 116. n. 4.

37. Obstat videtur l. 87. §. 3. ff. de *legat.* 2. ubi avia habens duos nepotes uni omnia sua bona donavit, & ibi dicitur, alterum nepotem posse revocare donationem pro *semisse*: ergo non tantum usque ad *legitimam* prædicta

revocatio fieri poterit. Resp. in hoc textu semissim non pro dimidia parte hæreditatis sumi, sed pro dimidia quartæ partis debitæ, quæ querelam inofficiosè excludit arg. l. 7. C. de *inoffic. donat.* ubi idem casus firmatur, nisi quod hic sit filius, ibi nepos. Vid. Tulden. ad tit. C. de *inoffic. donat.* num. 3.

Et hæc de causis, per quas donatio 38 à donatore revocari potest, non verò ejus hærede, quia jus donatori tantum competit, & cum defuncto exspicit, quippe, qui per suam taciturnitatem injuriam illam remisisse censetur, cap. fin. b. t. l. 1. C. de *revocand. donat.* nisi prius lis cum defuncto contestata fuerit. l. 13. ff. de *injur.* vel donarius dolosè judicium contra se insti- tui impediverit, aut donator ingratitudinem ignoraverit, id quod insinuare videtur textus in d. cap. ult. in verbo tacuit, ut notat Panormit. vel morte præventus, aut aliter impeditus, revocare non potuerit, cùm vellet. Panorm. ibid. num. 7. contra Zoësium num. 104. qui, quod hæc actio revocatoria oritur ex delicto, negat hæredibus, vel contra hæredes dari ante *litem contestatam* d. l. 13. ff. de *injur.* & l. 10. §. fin. ff. si quis caution. in *jud.* Haunold. verò tract. 9. cap. 2. num. 263. in præfatis casibus hæredi quidem donatoris, non verò contra hæredem donatarii actionem istam revocatoriam dari concludit, quia videlicet argumentum à contrario sensu ex taciturnitate donatoris desumptum tantum procedit quoad hæredes donatoris, non verò donatarii. d. l. 13. ff. de *injur.* & §. 2. Inst. de *perpet.* & temp. ait. licet n. 264. teneat, etiam hæredem donatoris revocare posse illo

ca-

casu, quo donatarius primū post mortem donatoris ingratitudinem in eundem commisisset, infamando v.g. aut gravamini imposito non satisfaciendo.

§. V.

Donatio mortis causā peculiariter expenditur.

S U M M A R I A.

39. *Donatio mortis causa describitur.* 40. *Potest incipere vel à traditione, vel à promissione, & quid inter utrumque modum interficit?* 41. *Donatio mortis causā in quibus conveniat cum legato?* 42. *In quibus disconveniat?* 43. *Qui mortis causā donare valeant?* 44. *Probabiliter talis donatio inter coniuges valet.* 45. *Tribus potissimum modis revocatur.*

Donatio mortis causa (quam materialm hodieum in viridi obseruantia esse, & requisita à jure civili in ejusmodi donationibus præscripta strictè adhuc observari testatur Stryck. in *us. mod. ad tit. de Donat. mort. caus. f. 1.*) dicitur illa, quæ sit ob suspicionem mortis imminentis, licet donator adhuc firmæ sit valetudinis *l. 3.* & seqq. *ff. de mort. caus. donat. princ. Inst. b. t.* ideo donator clarè exprimere debet, quod mortis causā donet, alias licet agrotus & in extremis constitutus donet, donatio potius inter vivos facta fuisse præsumeretur *l. 42. f. d. t.* ubi talis non tam mortis causā, quam moriens donasse dicitur. Debet autem mortis mentio fieri in ipsis verbis *dispositivis*, & quidem vel cogitatione mortis *in genere*, hoc est; quando quis nullo præsentis periculi metu, sed sola cogitatione mortalitatis, sive mortis aliquando futuræ donat, & hæc donatio non exspirat, dum donans in eadem voluntate perseverat, nisi forte donatarius ante donatorem expiret. *l. 19. ff. de R.C.* vel sit mortis cogitatione *in specie* cum quis imminente periculo mortis com-

motus v.g. in navigatione superanda aut bello ineundo &c. unde huc pertinent illæ donationis formulæ: *dono tibi cùm moriar, vel dono tibi, si in hoc periculo peream, vel in hoc morbo succumbam.* Stryck. cit. tit. §. 2. Potest donatio hæc (uti alia) in-40 cipere vel à traditione, vel à promissione, & siquidem fiat traditio, rei donatae dominium mox transit in donarium, sed revocabiliter *l. 29. ff. de mort. caus. donat.* quando verò donatio ista incipit à promissione, tunc, quamdiu traditio non accedit, ne quidem revocabile dominium transfertur.

Donatio mortis causā in multis con-42 venit cum *legato*, & rursus in multis ab eodem discrepat. Convenit I. quod sicut legatum morte testatoris confirmatur ita hæc donatio post mortem primum donatoris suum effectum fortitur. *l. 23. ff. de mort. caus. donat. l. 37.* & *l. fin. C. eod.* ita, ut sicut rei legatae dominium post mortem testatoris ipso jure sine traditione ad legatarium transit *l. 80. ff. de legat. 2.* sic & donatae. Covarruv. in rubr. de *testam. part. 3. num. 16.* si tamen acceptatio ante mor-

Oo 3

tem

tem donantis ex parte donatarii accedit; secus in fideicommissum commigraret, si praesenti, vel absenti per epistolam, vel nuntium adhibitis s. testibus facta esset per l. 75. § 77. § 26. ff. de legat. 2. Molin. tract. 2. disput. 287. num. 6. Clar. quæst. 5. II. Convenit cum legato, quod utrumque s. testes requirat s. ulti. Inst. de fideicomm. l. 22. C. de fideicommiss. l. fin. C. de mort. cauf. donat. III. Quod in donatione mortis causa tam parum insinuatione judiciali opus sit, ac in legato per l. 4. C. de mort. cauf. donat. nam donans non lreditur, cum hanc donationem semper revocare possit. IV. Quod utrobique sit locus falcidiæ l. 2. C. d. t. l. 5. C. ad leg. falcid. & utrumque jus accrescendi agnoscat l. un. § 14. C. de caduc. tollend. & denique quod eodem modo donatio mortis causâ quo legatum, revocetur.

⁴² Differt econtra donatio mortis causâ à legato, I. quod illa consensu duorum perficiatur, istud folius testatoris voluntate nitatur, & quod donator sibi possit hanc legem ponere, ne sibi liceat revocare l. 13. §. fin. ff. de mort. cauf. donat. non verò ille, qui legat. l. 12. ff. de legat. 3. II. Quod donatio confirmetur morte donantis independenter ab aditione hæreditatis, dummodo prius fuerit acceptata, ut dicitur in l. 5. § 17. ff. de his, quæ ut indign. III. Quod in donatione tempus mortis tantum inspiciatur, an quis capere possit. l. 22. ff. de mort. cauf. donat. secus ac in legatis l. 4. Inst. de hæred. qualit. § differ. IV. Quod legatum præstetur ab hærede, donatio vero mortis causâ à defuncto præstari queat. V. Quæ donata sunt, non revocantur propterea, quod temere quis testamentum impugnave-

rit d. l. 5. §. 17. ff. de his, quæ ut indign. Vid. Bœhmer. introd. ad jus Digest. ad tit. de mort. cauf. donat. n. 11.

Donare mortis causa possunt omnes, ⁴³ qui testamentum facere l. 25. ff. de mort. cauf. donat. l. 32. §. 8. ff. de Donat. int. vir. quæ regula (ait Stryck. cit. tit. § 3.) affirmativè rectè procedit. Ait negativè non valet illatio, ut, qui nequit condere testamentum, nec mortis causa donare queat, quod patet in filiofamilias, qui quoad peculium profectitum, & adventitium, etiam consentiente patre, testari nequit. l. 6. princ. ff. qui testam. facer. potest tamen cum consensu patris de utroque peculio donare mortis causâ l. 25. §. 1. ff. de mort. cauf. donat. l. 7. §. 4. ff. de Donat. quin, quod de peculio adventitio extraordinario, ubi nullum patris vertitur interesse, etiam sine ejus consensu mortis causâ donare possit, probabilius censet Stryk. ad h. t. §. 3. & responso suæ facultatis confirmat.

Inter conjuges donatio mortis causâ probabilius prohibita non est per l. 9. §. ult. ff. de donat. inter vir. quia scilicet donationis hujus eventus ad illud tempus excurrit, quo vir & uxor esse desinunt. Confirmatur I. ex l. 27. ff. de mort. cauf. donat. & l. penult. eod. ubi donatio sub hoc pacto, ut nullo casu revocetur, inter conjuges facta improbat ex hac ratione, quia non donatio mortis causâ, sed inter vivos est. Confirmatur II. cui legari potest, ei etiam regulariter donari potest; atqui conjuges sibi invicem legare possunt. l. 15. 17. § 37. ff. d. t. Gomez var. resolut. lib. 2. cap. 4. num. 18. Mynsinger lib. 2. observ. 33. Berlich. part. 2. conclus. 15. n. 6. Sanchez de matrim. lib. 6. diff.

disp. 10. contra Covarruv. part. 3. de testam. n. 2. Clar. quest. 9. n. 2. & alios. 45 Donatio ista tribus potissimum modis revocatur. I. Si donator, qui certi morbi, aut periculi intuitu donavit, convalescat, aut periculum evadat. l. 19. ff. de R. C. §. 1. Inst. de Donat. l. 29. l. 35. §. 4. ff. de mort. caus. donat. & hoc etiam sine ulteriori voluntate declaratoria, quia deficit conditio, cui fuerat alligata donatoris intentio, tenebitur proinde in hoc casu donatarius in conscientia reddere rem donatam, & traditam, licet nec donator, nec haeres eum moneat, quia dominio ipso jure revocato possidet rem alienam. II. revocatur donatio, si donatarius ante donatorem moriatur. §. 1. Inst. b. t. l. 23. §. 29. in fin. ff. de mort. caus. donat. l. 19. ff. de R. C. quia, qui mortis causâ donat, se habere mavult, quam eum, cui donat, magisque eum, cui donat, quam haeredem suum l. 1. ff. de mort.

caus. donat. l. 35. §. 2. ff. eod. Stryck. ad d. t. §. 7. in dubio, quando non constat, uter in communi v. g. naufragio præmortuus fuerit, donator, aut donatarius, pro valore donationis & in favorem haeredum judicandum esse, censet Covarruv. var. resolut. lib. 2. cap. 7. n. 5. per l. 32. §. 14. ff. de donat. inter vir. & uxor. §. l. 8. ff. de reb. dub. III. si donator penitentia ductus donationem revocet, quia donatarius nudam spem, quæ saepe fallit l. fin. C. de mort. caus. donat. non verò jus aliquod perfectum consecutus est. d. l. 19. ff. de R. C. l. 30. ff. de mort. caus. donat. quo casu donatori competit conditio causa data, causa non secuta, qua etiam fructus à donatario interim percepti, saltem extantes, aut, quatenus locupletior factus est, condicuntur l. 23. §. 30. ff. d. t. l. 12. ff. de condit. caus. dat. vel poterit uti rei vindicatione. Haunold. cit. tract. num. 441.

T I T U L U S XXV.

De Peculio Clericorum.

Antequam à contractibus ad testamenta, & successionem ab intestato progrederiatur Decretalium Compilator, de Peculio Clericorum Rubricam præmittit, quò clarius evadat, qualiter Clerici de illo tam inter vivos, quam in ultimis voluntatibus disponere valeant.

§. I.

Quid, & quotuplex sit Peculium Clericorum?

S U M M A R I A.

1. *Quid si peculium Clericorum?* 2. *Aliud est patrimoniale, aliud quasi patrimoniale, quo etiam referuntur redditus Capellaniae, & distributiones quotidiana. Et denique aliud vocatur profectum.*

Pe-

- 1 **P**eculium quasi pusilla pecunia, si-
ve patrimonium pusillum in l. 5.
§. 3. ff. de *Pecul.* ad sensum præ-
sentis rubricæ pro patrimonio Clerico-
rum, seu beneficiorum sacerdotalium
accipitur, sive pro bonis illis, quæ seor-
sim ab Ecclesiæ rebus habent.
- 2 Dividitur hoc Clericorum peculium
tripliciter. Primum dicitur *patrimoniale*, consistens in illis bonis, quæ Cleri-
cus sive ante, sive post assumptum Cle-
ricatum ex hereditate, legato, fidei-
commissio, donatione vel etiam propria
industria non tamen occasione Ecclesiæ
acquisivit. Alterum vocatur *quasi pa-
trimoniale*, vel *quasi castrense*, & com-
plectitur illa bona, quæ Clericus non
ratione beneficii, sed officii & sacri mi-
nisterii tanquam mercedem, & stipen-
dium acquisivit. Quo probabilius spe-
rant reditus *Capellaniæ*, vel aliorum
beneficiorum simplicium sub onere cer-
tarum Missarum singulis septimanis le-
gendarum, item *distributiones quotidiana*
eæ, quæ Canonici actualiter chorum
frequentantibus dari solent. Card. Tu-
scus lit. D. concl. 512. Haunold. tom. 2.
tratt. 4. cap. 2. controv. 2. num. 86. li-
cet enim distributiones istæ ex ipsis re-
ditibus Ecclesiæ sumantur juxta Conc.
Trid. Jeff. 21. cap. 3. adeoque naturam
suam retineant; non tamen præcisè ra-
tione Canonici, sed propter particu-
lares actus, & labores dantur, nec fru-
ctuum sive reddituum Canoniciatus no-
mine comprehenduntur, prout colli-
gitur ex cap. un. de *Cleric.* non resid. in 6.
Tertium appellatur *profeditum* (*adven-
titium* enim post Clericatum assumptum
cessat, & quidquid filius familias Cle-
ricus acquirit, ad *quasi castrense* spectat
l. 34. junta auth. *Presbyteros C. de Episc.*
& *Cleric.*) eorum scilicet bonorum,
quæ secundum primam suam originem
ad Ecclesiæ spectant, sed à Prælatis
Ecclesiæ per modum beneficii sive sti-
pendii specialiter assignata sunt mini-
stris Ecclesiæ, anni scilicet reditus
ex fundis, & prædiis Ecclesiæ, de
decimis Parochiarum &c. quæ explicati-
o suppeditat occasionem distinguendi
inter bona ipsius Ecclesiæ, & bona pro-
spectu Ecclesiæ acquisita: bona enim
Ecclesiæ dicuntur, quæ Ecclesiæ desti-
nata sunt, sive immobilia, sive mobilia
veluti agri, vineæ, sylvæ, domus, cali-
ces, & alia, quæ quoque titulo do-
nationis, emptionis, vel legati ad Ec-
clesiam pertinent, & in ipsis Clericus
præter administrationem nil habet.
cap. 2. de *Donat.* Bona verò prospectu
Ecclesiæ acquisita vocantur reditus illi
ex bonis Ecclesiæ quotannis percipi so-
liti, & isti ad peculium Clericorum
profeditum spectant. His suppositis.

§. II.

An, & quale dominium, in predictis bonis Clerici habeant?

S U M M A R I A.

3. *In bonis patrimonialibus*, vel *quasi talibus Clerici dominium habent cum ple-
naria facultate tam inter vivos, quam mortis causa de iisdem disponendi.* 4.
Similiter sunt domini in bonis prospectu Ecclesiæ acquisitis, tam quæ iis ad
con-

congruam sustentationem deserviunt, 5. Quām in superfluis. 6. Tenentur tamen istos fructus in usus pios expendere. 7. An ex justitia, adeoque ad alios, & profanos usus expendendo, teneantur ad restitutionem, affirmantium fundamentis relatis 8. Negamus, 9. Et ad opposita respondemus. 10. Contra 1. & 2. conclusionem argumenta referuntur, & refelluntur. 11. Quantum Clericus ad usus profanos expendere possit, quin graviter peccet? 12. Quid nomine congruae sustentationis hic veniat? 13. Si beneficiatus moriatur, variis bonis relictis, ad quem ista pertineant? distincte resolvitur.

3 **H**ec quæstio una Conclusione resolvi non potest; ideo Dico I. in bonis patrimonialibus, vel quas talibus Clerici sunt veri domini, & possunt de illis tam inter vivos, quām per ultimam voluntatem disponere. cap. 9. 12. & 15. de Testam. sicut eam horum bonorum laici sunt veri domini, ita nihil vetat, quominus etiam Clerici eodem proprietatis jure fruantur, cūm per assumptum Clericatum dominii incapaces non reddantur, aut illud à se abdicent. Navarr. tract. de reddit. Eccles. quæst. 1. Monit. 19. n. 2.

4 Dico II. Clerici beneficiarii habent dominium in peculio profectitio, seu in bonis prospectu Ecclesiæ acquisitis, non tantum, in iis, quæ congruae eorum sustentationi sunt necessaria, sed etiam quæ deducta sustentatione superfluunt. Hæc Conclusio est bimembbris. Probatur quoad I. ex Concil. Trident. Sess. 24. de Reform. cap. 12. & Sess. 23. de Reform. cap. 1. ubi PP. sanxere, ut Clericus non residens pro rata absentia, aut Canonicus, vel beneficiatus curam animarum, vel dignitatem habens, si professionem fidei intra duos menses à die adeptæ possessionis non emiserit, fructus non faciat suos: ergo à contrario sensu, si præsens resideat, aut professionem emittat, fructus indistincte faciet suos, id est, do-

minium eorum acquiret. Probatur II. ex cap. 2. de fidejuss. & cap. 2. de arbitr. ubi debita inopis beneficiati ex fructibus beneficii solvi jubentur; atqui si beneficiatus fructuum dominus non foret, tale debitum tanquam ex re aliena solutum per Ecclesiam repeti posset arg. l. 78. ff. de solut. ergo. Adde cap. 7. de except. & cap. 22. de Præbend. ubi beneficium Clerici proprium, & ejus redditus sū dicuntur, consequenter in ejus dominio sunt. l. un. C. de thesaur.

Probatur etiam quoad II. membrum. Nullus canon post divisionem bonorum Ecclesiasticorum in 4. partes factam, cuius nos ad tit. de Præbend. num. 3. jam meminimus, ostendi potest, qui Clericos dominio bonorum superflorum exuat, sed omnes, quotquot adduci possunt, loquuntur de redditibus & preventibus beneficiorum eoque lucrari, Clericos ac suos facere asserunt, nulla facta restrictione ad redditus congruae sustentationi necessarios: ergo sine sufficienti fundamento juris loquuntur, qui in bonis superfluis Clericos negant esse dominos, maximè, cūm etiam bona superflua habeant titulo divisionis, qui est dominii translativus l. 17. ff. de usurpat. Probatur ulterius ex Conc. Trid. sess. 25. de reform. cap. 14. ubi hæc pena in Clericos fornicarios decreta est, ut, si à superioribus moniti se non abfili-
(Pp) aue-

uerint, *tertia parte fructuum, obventionumque, ac proventuum beneficiorum suorum quorumcunque ipso facto sint privati; si vero secundae monitioni adhuc non paruerint, fructus omnes ac proveni-
tus suorum beneficiorum ex ipso amittant.* Jam quæro, ad quos fructus se pœna hæc extendat, an ad illos tantum, qui Clerico necessariam alimoniam præbent, vel etiam ad superfluos? Si pri-
mum dixeris, textui allegato violentiam infers, nam dicit, **FRUCTUS OMNES** sui beneficij peccantem Clericum amittere; si *omnes*, ergo non tan-
tum *necessarios*, sed etiam *superfluos*, nam, qui dicit *omne, nihil excipit*, cap. 6. de **M. & O.** si vero sub illa pœnali con-
stitutione fructus quoque *superfluos* comprehendendi asseras, jam non est, cur dominium in superfluis bonis Clericis deneges, siquidem illud, quod nostrum non est, non recte dicimus amittere. Nam, ut ait Papinianus in l. 83. ff. de **R. J.** non *videntur rem amittere, quibus propria non fuit.* Accedit huic senten-
tiæ singulare robur ex **Bulla Julii III.** 1550. edita, & durante Concilio Tri-
dentino promulgata, ubi §. 1. ita lo-
quitur Pontifex: *fructus, pecunias, & res alias, occasione Ecclesiæ, Monas-
tiorum, & beneficiorum Ecclesiastico-
rum provenientes, postquam ad manus be-
neficiatorum pervenerunt, & cum aliis ip-
sorum beneficiorum fructibus com-
mixti sunt &c. non ulterius in Ecclesiastis-
cis sed potius in ipsorum beneficiorum propriis, & ab eis acquisitis bonis judi-
cari, & propterea quodammodo pro se-
cularibus & profanis haberi debent.* Re-
spondet ad hanc Bullam P. Reiffenstuel ad h. t. §. 2. num. 43. quod loquatur de fructibus superfluis, qui consistunt in

pecuniis, quarum commixtione acquiri-
tur dominium commiscenti per l. 78. ff.
de solut. hoc autem est mercè per acci-
dens, nec probat d. **Bulla**, quod per
factam à Pontificibus bonorum Eccle-
siasticorum divisionem Clericis domi-
nium *superfluorum* acquiratur. Miror,
virum tam celebrem potuisse interpre-
tationem textui è diametro oppositam
dare. An non expressis verbis loquitur
Pontifex de commixtione facta non tan-
tum in pecuniis, sed aliis quoque re-
bus, *fructus, pecunias, & res alias &c.*
postquam cum aliis beneficiorum fru-
ctibus commixti sunt &c.

Dico III. Clerici tenentur bona su-
perflua in pauperes, & alios pios usus
erogare. Hæc conclusio inter ortho-
doxos (quod sciam) contradictem
non habet. D. D. benè multos enumera-
rat Card. de Lugo *disput. 4. sct. 2. n. 9.*
Thomass. part. 3. lib. 3. à cap. 34. usque
*ad cap. 42. ex Conciliis, & Patribus il-
lustrat, nec non Natalis Alexander *histor.*
*Eccles. tom. 7. sœcul. 13. & 14. art. 6.**

de quo argumento rursus redibit sermo
in part. 3. b. 1. tit. de testam. Probatur
ex *Concil. Trid. sess. 25. de reform. cap. 1.*
ubi S. Synodus Episcopis omnino interdicit, *ne ex redditibus Ecclesiæ consan-
guineos, familiarésve suos augere flu-
deant, cùm & *Apostolorum Canones* (vi-
delicet canon 38.) prohibeant, ut res Ecclesiasticas, que *DEI sunt, consanguinei*
donent, sed, si pauperes sunt, iis ut
pauperibus distribuant. Et paulò infe-
rius pergit: *que de Episcopis dicta sunt,*
eadem non solum in quibuscunque bene-
ficia Ecclesiastica tam secularia, quam re-
gularia obtainentibus pro gradus sui con-
ditione observari, sed & ad sanctæ Ro-
manæ Ecclesiæ Cardinales pertinere de-*

cœv-

cernit, & quanquam hæc verba Concilii commodè explicari possent de ipsis bonis Ecclesiæ, quorum Episcopi duntaxat administratores sunt, prout etiam Canon Apostolorum, ad quem se PP. Concilii referunt, de illis tantummodo bonis loquitur, non vero de bonis superfluis prospectu. Ecclesiæ acquisitis, quæ in dominium Episcorum & beneficiorum jam transiverunt: attamen & in posteriori hoc significatu dicta verba exaudienda esse, ex eo suadetur, quod omnes DD. & maximè illi, qui Concilio Tridentino interfuerunt, hujus constitutionis verba de reditibus, & proventibus Ecclesiasticis intellexerint, ut perhibet cit. Card. de Lugo *d. disp. num. 12.* Rationem autem, cur in usus pios bona superflua erogari debeat, variis variam reddunt. Melior illa nobis videtur, quam reddit prælaudatus de Lugo *d. l. num. 17.* quod Ecclesia divisione facta jus circa bona Ecclesiastica expendenda tale in Clerum transtulit, quale illa ab initio habuit, Ecclesia autem accepit hoc jus cum onere bona, quæ DEI sunt, in usus pios expendendi: ergo etiam sub hoc modo facta divisione bona in Clerum transtulit.

Nec expugnabis hanc rationem, si dixeris, facta divisione in 4. partes Clerici sub eadem obligatione receperunt suam portionem, qua pauperes suam; atqui isti non tenentur portionem suam expendere in usus pios, ergo neque Clerici. Ad hoc argumentum reddit disparitatem de Lugo *l. cit. num. 19.* dicens, quod Ecclesia assignans partem suam pauperibus jam in actu exercito bona Christi in usus pios distribuit: Episcopis vero, & beneficiatis dedit, ut ipsi primum hoc facerent, & in usus sacros

distribuerent, quam intentionem colligit ex communi omnium fidelium, & DD. sensu, qui, his ita non distribuentibus, judicant eos non satisfacere suæ obligationi. Id quod confirmat ex *cap. 30. C. 12. Q. 2.* ubi jubet Gregorius Magnus ad Augustinum Anglorum scribens, ut Episcopo, & ejus familiæ sua portio detur propter hospitalitatem, & susceptionem. „Ubi vides (inquit Lugo) unam quartam partem dari soli Episcopo, quia ipse distribuere debet peregrinis, quos hospitio sub parte obligatione suscepere, non ergo debatur illi solum, ut stipendium sui laboris, & munieris, sed cum eadem obligatione, quam Ecclesia habebat, & alendi peregrinos, quod ipsum dicendum de portionibus beneficiorum, eas non fuisse datas pro mero stipendio, sed cum eadem obligatione, quam bona illa intrinsecè afferebant. Hac præfatus Cardinalis.

Quæres: an hæc obligatio expendendi bona superflua in usus pio soriatur ex lege *justitiae*, adeoque, si Clerici ea ad alios usus profanos applicent, teneantur ad restitucionem? Pro affirmativa stat Navarrus de *redit. Eccles. quæst. 2. monit. 7.* eoque teste omnes fere Canonistæ, & Theologi antiqui. Fundatur hæc sententia I. in variis textibus, ut in *cap. 8. 17. & 26. C. 12. Q. 1. item in cap. 59. 65. & 66. C. 16. Q. 1.* Nec non in *Concil. Trid. cit. Jess. 25. de reform. cap. 1.* ubi Episcopi, & beneficiati consanguineos suos bonis Ecclesiasticis ditare prohibentur, & insimul iisdem imponitur, ut superflua in pauperum alimoniam, aliisque pios usus expendant. II. Probatur hac ratione, cui aliquid datur sub modo, v.g.

Si alieui dentur eentum floreni ad peregrinationem instituendam cum eo tamen onere, ut residuum eroget pauperibus, ille ex *justitia* ad hoc tenetur *l. 1. § 2. seqq. C. de donat. sub mod.* & modus ille adjectus obligationem, & actionem ex *justitia* parit, ut vel modus impletatur, vel quantum intereat, eum impletum non esse, præstetur; atqui fideles tam liberales redditus non alio fine, nec alio modo in beneficatos contulisse intelliguntur, ex *cit. cc.* nisi ut residuos in pauperes, vel alios usus pios erogent: ergo. Accedit III. quod *omnes* fere *DD.* etiam *Adversarii* fateantur, talem beneficatum bona ista superflua ad profanos usus in notabili quantitate expendentem mortaliter peccare; atqui tam gravis obligationis alia causa reddi non potest, quam quod oriatur ex *lege justitiae*: Nam *lex charitatis* vel *misericordia* pauperibus succurrere sub gravi non obligat, nisi in *casu extremæ* necessitatis, cum verò ejusmodi casus rarius contingat, beneficiati verò obligentur sub gravi redditus superfluos in pauperes erogare, signum est, quod haec obligatio non oriatur ex *lege charitatis*, sed *justitiae*. Adeoque contravenientem ad *restitutionem* obliget. Deinde vel *quarta illa*, quæ olim per *cap. 27. C. 12. Q. 2.* ex *reditibus Ecclesiæ* erat assignata pauperibus, illis data fuit, vel permixta cum portione *Episcopi* & *Clericarum*? si data fuit, tunc jam aliunde prospectum est pauperibus, ac subinde *Clerici* sub gravi obligatione ex *lege charitatis* non tenebuntur; si permixta, tunc ex *lege justitiae* obligati erunt, superflua elargiri pauperibus vel *fabricæ Ecclesiæ*.

His tamen non obstantibus sententia contraria communi hodie consuetudine, & usu recepta est, teste *D. Thom. 22. Q. 185. art. 7. Barbos. J.E.V. lib. 3. cap. 17. n. 10. Garz. de Benef. part. 2. cap. 1. n. 5. Tambur. de Jur. Abb. tom. 3. disput. 11. quest. 15. n. 9.* & ex nostris Salisburgeni, ab *Illustriss. DD. Augustino Reding, Clar. P. Paulo Mezger, quos* refert & sequitur *Magnif. P. Schmier l. 3. tract. 2. cap. 2. n. 208.* ac *novissimè Cl. P. Böckhn b. t. n. 10.* qui tamen omnes admittunt, *Episcopum*, vel *beneficiatum de bonis superfluis in notabili quantitate ad usus profanas applicando mortaliter peccare*. Fundamentum hujus sententia potissimum desumitur ex *Ecclesiæ praxi*, quæ similes donationes ex bonis superfluis *beneficiatorum consanguineis factas non rescindit*, quod tamen facere debet, si ex *Justitia pauperibus* debentur, prout de *hac consuetudine* testantur *D. Thomas cit. loc. Covarruv. de testam. cap. 7.* ipsa vero *S. Doctoris* auctoritas satis tutam hanc reddit sententiam. Hic enim cum in *corp. cit. art. dixisset*, quod si *Episcopus* sua parte non contentus vindicet sibi aliquid de *partibus*, quæ *Clericis*, *pauperibus*, aut *Ecclesiæ* debentur, non *solum* mortaliter peccet contra *justitiam*, sed etiam teneatur iis, quibus suberat, restituere. Subiungit deinde: si vero de illa parte, quæ sibi debetur, indigentibus non subveniat, ait, eum peccare contra debitum *charitatis*, nec quidquam meminat de *restitutione*, atque adeò innuit, cum non æque ex virtute *justitiae* ad *restituendum* obligatum, quando de suis superfluis proven-

ventibus non erogat in pauperes, quam quando id usurpat, quod vel Clericis, vel pauperibus ex iustitia debetur. Accedit in confirmationem constitutio Pauli V. edita VIII. Aprilis anno 1606. quæ incipit, in Eminentibus &c. quamque refert Fagnan. ad cap. ult. b. t. n. 24. vi cuius d. Pontifex non solum tribuit omnimodam facultatem incolis, & civibus urbis Romæ, qui in ea, vel ejus districtu infra decem milliaris non tantum extra debitam residentiam decesserint, libere, & licet pro libitu voluntatis disponendi de omnibus suis bonis provenientibus ex quibuscumque frumentis, redditibus, proventibus, iuribus, & emolumentis Ecclesiasticis, etiam decinalibus Ecclesiarum, & beneficiorum quomodolibet qualificatorum, tam inter vivos, quam in ultima voluntate in favorem consanguineorum & affinium suorum, & quarumvis aliarum personarum etiam penitus extranearum, sed etiam decrevit, ut iisdem ab intestato decedentibus, dicta bona ad eorum hæredes ab intestato venientes liberè deveniant, prout latius videre est apud Fagnan. c. loc. ubi potestatem hanc S. Pontifici competere pluribus probat, dummodo tales Clerici satisfaciant cultui Divino sui beneficii, quod habent in titulum, vel in commendam, & oneribus eidem incumbentibus ac reparationi Ecclesiae, ut ibidem limitat: quod igitur hic fieri potuit ex speciali indulto, cur non in aliis per consuetudinem. Denique hanc sententiam ratio commendat, quod scilicet ejusmodi bona transierint in absolutum dominium Clericorum, ita, ut pauperibus vel aliis causis piis quoad il-

la bona nullum jus proprietatis relatum sit.

Ad I. igitur fundamentum oppositæ sententiae dupliciter respondeatur, primum, quod cit. textus quidem probent, quod sine peccato talis abusus bonorum ad causas profanas fieri non possit, non verò, quod ex lege iustitiae pauperibus illa superflua erogare teneantur. Vel potest dici secundo, dd. cc. loqui de illis temporibus, quibus bonorum istorum divisio nondum facta fuit; secus post divisionem eorum, & institutionem titulorum beneficiorum. Nam divisio ista, ac distributio sufficiens modus, ac titulus est, dandi dominium, & appropriandi, quod aliæ communè fuerat, & ideo vicem *emptionis* obtinere dicitur in l. 1. C. commun. utriusque jud.

Ad II. negamus, ejusmodi bona à fidelibus sub dicto modo, vel onere ad honorem DEI fuisse oblata, ut superflua erogentur in pauperes, sed potius intentioni fundatorum per hoc satisfieri dicendum est, quod bona Ecclesiis à se donata semel in pios usus erogentur dum scilicet Clericis, & beneficiatis distribuantur, quoctunque deinde modo ab iisdem expendantur; sicut satisfit, si bona pauperibus relicta semel in pauperes distribuantur, utunque ea deinde ab his ludendo aut aliæ luxuriando consumantur.

Ad III. Fatemur quidem tales abutentes peccare mortaliter, non tamen propter violatam iustitiam, quia lex iustitiae tunc tantum laeti dicitur, cum quis de alieno in finem non permisum disponit, non verò, si de suo, sed ideo peccare, quia Clerici lege positiva Ecclesiastica scilicet Concil. Trid. cit. sess. 25. de

de reform. cap. 1. propter perfectiō-
nem status strīctius tenentur pauperi-
bus subvenire, quām Laici, adeōque
gravius peccant per dictum abusum.
Quod autem ibidem dicatur, partem
pauperum cum parte Episcoporum &
beneficiatorum esse permixtam, de hoc
pariter non constat, sed potius verosi-
mīle est, ex illa parte, postquam pau-
peribus aliunde sufficienter provisum
esse apparuit, nova beneficia instituta,
templa, hospitalia, seminaria erecta vel
eādem authoritate S. Pontificis Cle-
ricis adjunctam fuisse.

9 Diluenda jam sunt etiam potiora
argumenta, quā rigidiores Canonistā
contra I. & II. conclusionem objicere
solent. Opponunt ergo I. varios Ca-
nones, in quibus bona, ac redditus Ec-
clesiastici bona pauperum, & patrimo-
nium Christi dicuntur, ut in *cap. fin. C.*
16. Q. 1. cap. 16. de Prabend. & cap. 26.
de Decim. ergo Clerici in his bonis do-
minium habere nequeunt, cūm non
possint duo esse domini ejusdem rei in
solidum. *I. 5. §. 15. ff. commod.* II. Si
Clerici haberent fructuum istorum ve-
rum dominium, tunc eos in usus pro-
fanos applicando furtum non commi-
terent *I. 1. §. fin. ff. de furt.* atqui Cle-
rici non tantum furtum, sed sacrile-
gium etiam committere dicuntur. *cap.*
fin. C. 16. Q. 1. ergo. III. Clerici ex
his fructibus amplius percipere ne-
queunt, quam necessaria ad viētum *c. 7.*
C. 10. Q. 2. cap. 7. C. 12. Q. 1. unde S.
Bernardus epist. 40. ait: *quidquid p̄a-
ter necessarium viētum, & simplicem ve-
stitum retines, tuum non est, rapina est,
sacrilegium est.* IV. Si Clerici horum
bonorum veri domini essent, etiam pos-
sent de illis tam inter vivos, quam per

ultimam voluntatem disponere *arg. l. 21.*
C. *Mand.* atqui hoc non possunt, ut
jam dictum est: ergo.

Ad has oppositiones paucis respon-
demus. I. *dd. cc.* loqui de eo statu, &
tempore, quo Clerici adhuc in com-
muni vivebant, & dispensatores erant
reditum Ecclesiasticorum, sumentes
ex iis, prout cuique necessarium erat,
relicuum vero in pauperes distribue-
bant, quorum portio tunc nondum
erat discreta: vel poslunt intelligi de bo-
nis Ecclesiæ, quorum dūntaxat admini-
stratio ipsis competit juxta jam supra
memoratam bonorum distinctionem
non vero de fructibus ex bonis Eccle-
siasticis provenientibus: vel denique
potest cum Gonzalez dominium distri-
bui in *summum*, & *absolutum*, quod
solus DEUS habet, in *medium*, quod
quisque privatus in re sua, in *infimum*,
quod competit Principi in bonis sub-
ditorum exigente hoc utilitate, vel ne-
cessitate publica, & sic sub diverso re-
spectu posse duos ejusdem rei esse do-
minos in solidum. Ad II. reponimus
d. cap. fin. loqui de eo tempore, quo
nondum facta est divisio bonorum Ec-
clesiasticorum. Ad III. similiis redit
responsio, aut potest dici, Patres ibi-
dem loqui per quandam exaggeratio-
nem, innuere volentes, contra chari-
tatem graviter delinquere Clericos, si
bona superflua non in pauperum leva-
men exponant, quo sensu etiam divi-
tes Laicos pauperibus non subvenientes
vocant pauperum homicidas, licet ad
eleemosynam non teneantur ex iustitia,
sed tantum ex charitate, vide consimil-
lem exaggerationem in *cap. 11. dist. 47.*
Ad IV. per hoc dominium non delstrui,
quod libera facultas circa ea disponen-
di

di per SS. Canones impediatur, hoc enim novum in jure non est. Sic si deicommisarius haeres ante restitucionem dominus est. *l. fin. §. fin autem C. commun. de legat.* nec tamen liberè de eo disponere potest. Vid. Joseph. de Rhetes *in tractat. de Donat. cap. 12. per tot.*

xi. Audio hic Clericum timoratioris conscientiæ ex me quærentem, quantum expendere possit de redditibus suis Ecclesiasticis, quin peccet mortaliter? Resp. certum imprimis esse, quod hic multo major quantitas requiratur, quam quæ alias ad constituendum peccatum mortale in materia furti sufficit, quia per malam applicationem honorum Ecclesiasticorum non immediatè lædit aliquem certum, & proximum, sicut in furto. Molina *tract. 3. disput. 44. §. Prior. Card. de Lugo de redditib. Eccles. disput. 4. sect. 3. n. 42.* rationem reddit cum S. Thoma 22. Q. 185. art. 7. P. Engl ad b. t. n. 13. quod ejusmodi bona superflua non magis debeant distribui pauperibus, sive illis, qui non habent necessaria ad usum, quam iis, qui carrent necessariis ad sustentandum statum juxta suam qualitatem; unde etiam illa bona pauperibus erogari rectè dicuntur, quæ pro ornato Ecclesiæ, foundatione Misericordiarum, alimentatione reliquorum, aut studiorum, quos parentes vel nolunt, vel non possunt aere in studiis, pro erectione & conservatione seminarii pauperum scholarium applicantur. Card. de Lugo, *cit. disput. n. 42.* quem etiam sequitur P. Engl, practicam hanc regulam tradit, quod ille Clericus beneficiatus censeatur mortaliter sua superflua expendisse in usus pios, ac proinde à peccato mortali im-

munis esse, qui vigesimam partem, sive *quinque de centum* profanis usibus applicaverit; econtra, qui in *centum* superfluis *viginti* malè impenderit, dicitur graviter peccâsse. Optimum factu fore existimo, si in hac re attendatur ad consuetudinem loci, ad dignitatem, & conditionem ipsius beneficiati, & quid alii docti, & timoratæ conscientiæ beneficiati soleant expendere.

Petis, quid nomine congruæ sustentationis veniat? Ante resolutionem hujus quæsti, illud sciendum est, quod quisque beneficiatus integrum suam competentem sustentationem sumere possit de redditibus Ecclesiasticis, & interim parcere bonis suis patrimonialibus, aut quasi talibus, eaque vel reservare hæredibus, aut ad quoscunque alios honestos usus applicare, ita quidem, ut si ex patrimonialibus vixerit, compensatione uti, & ex beneficialibus id deducere possit. Molin. *disput. 145. n. 1.* ratio est, quod nemo teneatur militare propriis stipendiis cap. C. 12. Q. 2. quia dignus est operarius mercede sua i. *Timoth. 5.* nec bovi trituranti obli-
gandum os *Deut. 25.* sed omnino ju-
stum *ut ille consequatur stipendium*, qui
pro tempore suum reperitur commodare obsequium. cit. cap. 45. ad ipsam jam quæstiōnem respondeo, congruam cu-
jusque beneficiarii in particulari susten-
tationem non consistere in indivisibili,
sed eam esse mensurandam ex majori,
vel minori quantitate redditum, ex
dignitate, & conditione ipsius bene-
ficiati; unde nobilis vel graduatus plus
pro sua sustentatione infumere poterit,
quam alius minoris conditionis, Na-
var. d. *tract. quæst. 1. n. 36.* eodem no-
mi-

mine etiam venit debita hospitalitas er-
ga pauperes, & peregrinos, quam ma-
ximopere commendat Concil. Trident.
sess. 25. cap. 8. donationes moderatæ,
ac remuneratoriæ, aliaque ex usu timo-
ratae conscientiæ virorum defumenda.
Molina. *d. disput. n. 13.* quem prolixius
hanc quæstionem tractantem consule.

¹³ Pro coronide hujus tituli placet
illam quæstionem per partes resolvere:
si beneficiatus moriatur, relictis variis
bonis, emptis v. g. prædiis, & rebus
Ecclesiæ melioratis, ad quem ista per-
tineant? Respondeo I. si tempore, quo
ad prælaturam, vel beneficium pro-
motus est, nullum, aut non nisi ex-
iguum patrimonium habuerit, præsumi
talia prædia ex redditibus Ecclesiæ
empta esse, adeoque ad Ecclesiam per-
tinere *cap. 1. b. t.*

Dices: Tutor, vel curator, etiamsi
pauper tutelam suscepit, & postea
dives effectus sit, non ex bonis pupilli,
sed propria industria acquisivisse
præsumitur *l. 10. C. arbitr. tutel.* ergo
idem præsumi debet de beneficiato.
Resp. negando paritatem, quia tutori
negotatio non æquè prohibita est, sicuti
Clerico, unde ne in isto præsumam-
us delictum contra *cap. 1. de scrut. in
ord. faciend.* melius est, dicere; Cleri-
cum, similia ex bonis, & redditibus Ec-
clesiæ comparasse, *arg. l. 51. ff. de do-
nat. inter vir. & l. 6. C. eod.* ubi mulier
durante matrimonio aliquid acquirens,
ex bonis mariti id acquisivisse censetur,
ne scilicet delictum, vel turpis quæstus
præsumi debeat.

Respondeo II. Si tempore promotionis
patrimonium habuit beneficiatus,
non præsumi tala bona, saltem
non omnia ex bonis Ecclesiæ acquisita,

uti eruitur argumento à contrario sen-
su *d. cap. 1. b. t.* Quòd si patrimonium
amplum habuerit, dubium tamen sit, an
similia bona ex illo, vel potius ex redi-
tibus Ecclesiæ comparaverit, tunc inter
Ecclesiam, & hæredes beneficiarii se-
cundum quantitatem patrimonii & pro-
portionem redditum Ecclesiasticorum
dividenda afferunt Panormit. ad *cap. 3.*
b. t. num. 3. Vivian. in *ration. Jur. Can.*
cap. 1. b. t. per textum exp̄fsum in *c. 1.*
C. 12. Q. 14. Quia tamen istæ præ-
sumptiones tantum *juris* sunt, ideo pro-
bationem hæredum in contrarium ad-
mittunt. Panormit. ad *cap. 1. b. t. n. 7.*

Respondeo III. Si talia prædia, vel
etiam bona mobilia notorie ex bonis,
& redditibus Ecclesiasticis comparata-
fuerint, tunc ad Ecclesiam pertinebant,
sive deinde Ecclesiæ, sive nomine
proprio empta fuerint. *cap. 1. 3. § 4.*
b. t. Auth. licentiam C. de Episc. & Cleric.
Et ideo in *cap. 2. b. t.* talis Prælatus vel
beneficiatus emens aliqua ex rebus, vel
redditibus Ecclesiæ instrumentum em-
ptionis nomine Ecclesiæ confidere, sub
poena amotionis ab administratione ju-
betur, quia regulariter res empta præ-
sumitur de pecunia illius, cuius nomine
instrumentum emptionis confectum est,
Panormit. ad *cap. 2. b. t. n. 3. § 5.* Ra-
tio verò amotionis est, quia, ut dicitur
in *d. cap. 1. C. 12. Q. 4.* Justum non est,
ut Ecclesia, quem suscepit extraneum, ef-
ficiat in alieno divitem, & in suo reti-
neat fraudatorem; ideo, quemadmodum
Prælatus ille administratione pri-
vari debet qui jam per Ecclesiam acqui-
sita alienat *cap. 18. C. 12. Q. 2.* ita & ille
removendus est, qui ex fructibus Eccle-
siæ superfluis rem non nomine Eccle-
siæ emit *cap. 2. b. t. cap. 1. C. 12. Q. 3.*
Quam-

Quamvis verò regulariter res alterius pecunia empta, non ad eum, cuius pecunia fuit, sed ad emptorem spectet, ut constat ex *l. 6. C. de R. V. l. 12. C. de jur. dot. l. ult. C. de serv. pign. dat. & latè probat Covarruv. lib. 3. var. resolut. cap. 3. num. 6.* speciale tamen id est in Ecclesia, ut res ejus pecunia empta non emptoris sit, sed Ecclesie, prout nos in *dissert. preambul. §. 1. n. 8. privil. 7.* paritate desumpta à pupillo, vel minore ostendimus.

Respondeo IV. Meliorationes ex redditibus Ecclesie factas beneficiatus vitæ suæ sustentandæ causâ possidere potest, quamdiu vivit, post obitum verò ad Ecclesiam redeunt. *cap. 5. b. tit.* æquum enim est, ut cuius labore res exculta fuerat, eidem ad tempus vitæ relinquatur, ut etiam ob tale gratitudinis exemplum ad similia in Ecclesie utilitatem facienda alii excitentur *c. 9. de Conflit.* quod si meliorationes istæ non ex redditibus Ecclesie superfluis, sed ex patrimonialibus beneficiati factæ fuerint, impensæ ab hærede repeti poterunt, nisi animo donandi meliorâs probetur beneficiatus. Panormitan. ad *cap. 5. b. t. n. 5. Barbos. ibid. n. 2.*

Convenit igitur Beneficiatus aliqua-

liter cum *usufructuario*, quia, sicut ususfructus morte hujus extinguitur, ita jus in beneficio morte Clerici: differt tamen I. quod usufructarius fructus perceptos, & à solo separatos, ac reconditos absolutè faciat suos, ita, ut de illis tam inter vivos, quam per ultimam voluntatem libere disponere possit. *l. 12. §. Julianus ff. de usufr.* Non etiam beneficiatus, ut constat ex dictis. II. Ille tenetur satisdare *cap. ult. de pignor. l. 4. C. de usufr.* non verò iste. III. Ille potest meliorare, reficere ac restaurare, non verò aliquid de novo facere. *l. 4. 7. 8. § 44. ff. de Usufruct.* iste etiam de novo plantare vineam, extruere domum &c. ut ex dictis colligitur.

Esset jam, ut de *testamentis & successionibus ab intestato* secundum distributionem primitus conceptam, & in Præfatione hujus Libri insinuatam in hac Parte II. ageremus; quoniam verò commentationes nostræ *de Contractibus* in plures, quam ab initio destinabamus paginas excreverunt, ideo hoc labore inpræsentiarum supersedere jubemur, fidem nostram liberaturi in Parte III. hujus Libri. Interim præsenti commentationi hoc votum sub-

jungimus,

UT IN OMNIBUS GLORIFICETUR D E U S.



(Qq)

PA-

PARERGA
EX UNIVERSO JURE.

EX JURE CANONICO.

1. **P**eregrini non tenentur legibus loci, per quem transeunt. 2. Lex Canonica, ut obliget, in provinciis promulgari non debet. 3. Benè verò lex civilis. 4. Consuetudo non potest introduci per actus formaliter peccaminosos. 5. Nec per actus erroneos. 6. Aut metu extortos. 7. Postulatio, si non concurrat cum electione, majoritate votorum contenta est. 8. Populus in electione Episcoporum nunquam habuit votum decisivum. 9. Legatus missus cum potestate Legati à latere non potest ea omnia, quæ ipse legatus à latere. 10. Judeo potest condemnare reum, quem privata scientia scit innocentem. 11. Clericus venditor tenetur emptorem Laicum evictionis nomine in foro Laico defendere. 12. Cœlibatus non est de jure Divino SS. Ordinibus annexus. 13. Nec lege positiva primitus ab Apostolis lata. 14. Consuetudo, quod in plerisque Germaniae Ecclesiis meri nobiles ad Canonicatus assumantur, reprobanda non videtur. 15. Ad actus Capitulares, exceptis duntaxat tribus casibus, absentes vocandi nou sunt. 16. Potest Prelatus bona Ecclesiæ sine consensu Capituli generaliter oppignorare. 17. Non tamen ei fas est, legatum Ecclesiæ relictum repudiare. 18. Nec Judæi, nec hæretici sunt capaces juris Patronatus. 19. Sponsalia cum secunda contracta, accedente quoque copula, non reconvalescunt. 20. Nec solvuntur per solum ingressum in Religionem. 21. Matrimonium non valet inter fideles in sola ratione contractus initum. 22. Nec matrimonium hæreticorum in locis, ubi Concilium Tridentinum est promulgatum, sine Parrocho Catholico contractum. 23. Sponsalia vel matrimonium parum contractum, ob latens tamen impedimentum nullum, non producit impedimentum

tum

(p. 9)

tum publicæ honestatis. 24. *Conditiones impossibilis adjectæ contractui matrimoniali eundem non vitiant.* 25. *Bene verò sponsalia.*

EX JURE PUBLICO ROMANO- GERMANICO.

26. *Imperator Romanorum debet esse Germanus.* 27. *Catholicus.*
28. *Eius Majestati non derogant Capitulationes.* 29. *Quibus pro casu extremæ necessitatis, vel evidenter utilitatis contravenire potest.*
30. *Jus circa sacra Majestati Cæsareæ non cohæret.* 31. *Multo minus superioritati territoriali, ut protestantes volunt.* 31. *Adhæret tamen eidem ex instrumento Pacis Westphalicae jus reformandi Religionem.* 32. *Capitulum sede vacante non habet suffragium in electione Cæsarea.* 33. *Sicut nec Capitulum Moguntinum Sede Archi-Episcopali vacante ad Electionem Cæsaream Electores convocare potest.* 34. *Auream Bullam Imperator sua unius autoritate abrogare nequit.* 35. *Si in electione Cæsarea munera aut promissa, aut acceptata fuerint, electio est ipso jure nulla.*

EX JURE CIVILI, ET CRIMINALI.

36. *Patri in gravi necessitate liberos non modo sanguinolentos, sed adul-
tos quoque vendere licet.* 37. *Id tamen matri licere negamus.*
38. *Tutor ob culpam latam fit infamis.* 39. *Testamentum solennitatibus de-
stitutum pro utroque foro nullum est.* 40. *De Jure Civili testari prohibitus potest testari ad causas pias.* 41. *Falcidia non detrahitur à lega-
tis piis.* 42. *Legatum relictum pueræ sub conditione, si nubat, etiam, dum Monasterium ingreditur, eidem debetur.* 43. *Filius familias SCto Macedoniano pro utroque foro uti potest.* 44. *Cui tamen beneficio nec juratò renunciare potest.* 45. *Scientia juris alieni in debitis indefinite contractis non impedit præscriptionem.* 46. *Exceptio non numeratae pecuniae adhuc post biennium opponi potest.* 47. *Transactio ob laesionem enorinem rescindi potest.* 48. *Sicut causa juramento decisa per instrumen-
ta noviter reperta.* 49. *Juramentum ex sua natura non habet, ut actus de jure invalidos revalidet.* 50. *Habet tamen hoc ex beneficio legis respectu quorundam actuum.* 51. *Ex Lege Aquilia agi non potest ob cul-
pam levissimam, quando illa in contractu præstanda non est.* 52. *Præ-
sum-*

*sumptio violenta in causis criminalibus sufficit ad ferendam sententiam. 53.
Confessio metu tormentorum elicita est nulla. 54. Sicut facta in tortu-
ra non præcedentibus legitimis indicis. 55. Bannitus potest impunè oc-
cidi, 56. Non tamen extra territorium Principis proscribentis. 57. In
criminibus atrocissimis affectus potest puniri pena ordinaria, effectu etiam
non secuto. 58. Plures in unius necem conspirantes, & con-
currentes tenentur singuli de occiso.*

FINIS.



P SCHARTZ
TRACTATUS
IURIDICUS.
PARS III.

Th
4860