



UNIVERSITÄTS-
BIBLIOTHEK
PADERBORN

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

Scharz, Oddo

Salisburgi, 1738

Libri III. Decretalium Pars II. De Contractibus in Specie.

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



LIBRI III. DECRETALIU 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 hîc desunt, ex *Institutionum* Libris petendi sunt. Controversias, quæ oppido spinosæ, & copiosæ occurrent, si non omnes, potiores saltem, & celebriores ita enodare studebimus, ut appareat, *Præces* non minùs, quàm *Theoriæ* nos ubique habuisse rationem. Cæterùm, si BOEHMERUM, cujus acerba dicteria in Ecclesiam frequentius jactata, retundere nobis propositum est, etiam hîc peccâsse invenerimus, mercedem ei pro meritis reddemus. Jam ad rem ipsam.

TITULUS 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 *Preciarum*, & *Precarii*. Ille Juri Canonico proprius, hic utrique Juri communis est. Panormit. ad *cap. 1. h. 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 Precarium inquiritur, & nativa hujus Contractus indoles depingitur.

SUMMARI A.

1. *Precaria, & Precaria solo numero, non significatione discrepant, 2. à precibus hoc nomen sortiuntur. 3. Invaluerunt sub finem Seculi V. 4. Precaria describuntur, & singulæ definitionis particula declarantur. 5. Ad Constitutionem preciarium 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. Precaria regulariter ante elapsam conventionis tempus revocari nequeunt. 9. Precista tenetur ad culpam levissimam. 10. Oritur ex hoc Contractu actio de Precariis.*

Contractus *Preciarum* etiam singulari numero effertur, nec quidquam discriminis est (contra quam sensit Hostiensis in Summa hic) sive *Precariam*, sive *Precarias* dixeris. Panormit. ad *cap. 1. h. t. num. 3.* Et tamen de causa Rubricam *h. t.* in numero plurali fuisse conceptam existimamus, quod de diversis Contractibus *Precaria, & Precarii* sub *h. t.* simul agatur, & quod illius renovatio crebrius, scilicet de quinquennio in quinquennium fieri debeat, ut infra dicitur.

2 *Precaria* à precibus sic dictæ, erant species cujusdam antidotalis 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 verò donator usque adeò liberalis extitisset, ut rei donatæ unacum proprietate usumfructum Ecclesiæ cederet, eidem vicissim ex aliis bonis Ecclesiæ in quantitate triplo majore usufructus ad dies vitæ constituebatur. Ut constat ex *cap. 4. C. 10. Q. 2.* Ne verò hujus beneficii memoria intercideret, ipsique usufructuarii ex temporis diuturnitate quasi titulo præscriptionis tuti, ipsam quoque proprietatem ad se raperent, cautum fuit in Concilio Belvacensi, & Toletano VI. ut ejusmodi *precariæ* de quinquennio

in quinquennium à precistis renovarentur, ut patet ex *cap. 5. cit. C. & Q. & cap. 64. C. Q. 2.*

Precariarum harum usum sub finem Sæculi V. invaluisse, perhibet Cabassutius 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. h. t. num. 5.*) fideles in gratiarum actionem ferè omnia bona sua Ecclesiæ obtulerunt, & postea, ne egestate laborarent, ab Ecclesia precibus impetrabant, ut earum, vel aliarum rerum usufructu eis uti liceret, quem etiam Ecclesia facillè concedebat. Aliam *Precariarum* originem assignat Gibalinus de *usu-uris lib. 4. cap. 2. artic. 2.* eamque laicorum rapacitati adscribit, qui (ut erat illorum temporum iniquitas) bona Ecclesiastica propria autoritate occupaverat, quorum recuperandorum cum spes vix ulla appareret, consultius Ecclesiæ visum est, bona illa laicis quidem relinquere, sed commendata, & in beneficium, cum obligatione census annui, aliisque conditionibus infra referendis, per Contractum, quem *Precariam* vocabant. Prolixiorem Historiam de *Precariarum* 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 definitionem adornare.

Precarias igitur rectè describeris, quòd sint Contractus realis, nominatus, bilateralis, à Jure Canonico introductus, quo alicui res Ecclesiastica immobilis vel in perpetuum, vel ad dies vitæ, aut aliud tempus longum, vel

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

Dixi I. *Contractus realis*, quia ad instar *commodati* rei traditione perficitur.

Dixi II. *Nominatus, bilateralis*, habet enim peculiare nomen sibi à Jure Canonico inditum, & tam concedentem precarias, quàm recipientem onerat, illum quidem, ne ante tempus conventum res concessas revocet, istum, ut de quinquennio in quinquennium preces suas renovet. *cap. 6. C. 10. Q. 2.* neque 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 Contractus nullam mentionem facit, idque ex hac fortè causa factum fuisse, existimat Panormit. ad *cap. 1. h. t. n. 3.* quod *precariæ* non multum differant ab aliis Contractibus Jure Civili inventis: in Jure quidem Noviori, videlicet in *l. 14. §. 5. C. de SS. Eccles. & Novell. 7. cap. 4.* *Precarium* aliquod vestigium deprehendere est, quæ *Præstariæ* ibidem appellantur; attamen, ut notat Gonzalez ad *cap. 1. h. t. num. 4. in fin.* inter *præstarias*, & *precarias* (quanquam hæc vocabula nonnunquam confusa fuisse constet) 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 sponderat, concedebatur, *Precariæ* audiebant.

Dixi IV. *Quò alicui &c.* Clericus, aut

aut Laicus is fuerit, nihil refert; quia in *cap. 72. C. 12. Q. 2.* juxta emendationem Gregorianam & Clerici, & alia quaecunque personæ hujus beneficii 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 puta fundus, aut alia res frugifera *cap. 2. §. 11. cap. 4. C. 10. Q. 2.*

Dixi VI. *In perpetuum, vel ad dies vite* &c. olim quidem, si is, qui precarias rogavit, res suas Ecclesiæ donavit, ad dies vitæ: sin autem Ecclesia aliunde comparavit, ad quinquennium, vel aliud certum tempus precariæ concedebantur: hodiè terminus hic arbitrarius est, quousque nempe inter dantem, & accipientem convènit. Magnif. P. König *b. tit. num. 5.* In perpetuum tamen, ne precariæ posthac concederentur, à Joanne IX. in Synodo Ravennæ Anno 904. & à Gregorio VII. & Urbano II. Anno 1096. in Concilio Turonensi prohibitum, simulque 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 quinquennis renovatio* &c. quibus particulis precariæ ab omnibus affinibus contractibus, *precario, commodato, emphyteusi* &c. 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 debeant, & an itidem ad renovationem earundem? Respondeo, quo ad primum membrum affirmative. Textus

in *cap. 44. C. 12. Q. 2.* & ratio est, quod precariæ, cum plerumque gratuita sint, donationem contineant, quæ sine justa causa, & debita solemnitate fieri nequit *cap. 1. de bis, que fiunt à Prælat. cap. 1. de Donat. cap. 1. de reb. Eccles. alienand.* Quod eo quoque casu procedit, si merces (quàm absolute precariæ non respuunt) à precista solvenda sit. Gonzalez ad *cap. 1. b. t. n. 7.* Quo ad secundum membrum nego, solemnitatem desiderari, quia renovatio precariarum non est nova concessio, nec vim illi tribuit, sed eum duntaxat in finem adhibetur, ut ne beneficii memoria ex diuturnitate oblitteretur, & ut facilius factæ concessionis memoria haberi possit. Vid. Grannanietto ad *cap. 1. b. t. n. 6.* Gonzalez *cit. l.*

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

Quæres III. An, si precista quinquennio elapso, negligat petere renovationem, cadat jure suo; num verò contractus precariarum censeatur tacite renovatus? Rationem dubitandi suggerit *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, tum paritate à feudo desumpta *tit. 24. §. 1. feud. 2.* ubi vasallus intra tempus legitimum novam feudi investituram petere negligens, jure suo cadere dicitur: tum ratione, quòd 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. §. 4. ff. de Precar.* quod *precarium* sit negotium longè diversum à *precariis*; à diversis autem ad diversa bonum non ducitur argumentum *Arg. l. 20. princ. ff. de Min.* Præterea *Precariae* renovatio exigitur, quia domini memoria perire potest, cum ejusmodi res quasi communiter possessæ facillè negligi præsumantur: *Naturale quippe vitium est, negligi, quod communiter possidetur. l. 2. C. Quando, & quibus quarta &c.* Econtra hoc periculum non versatur in *precario*, cum dominus adhuc dicatur rem possidere alteri *precario* concessam, qui non præsumitur 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 volentis, quoniam de natura hujus contra-

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

Quæres IV. An *precariæ*, antequam tempus concessionis elapsum sit, revocari possint? Et an pœna 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 fortè irrationabiles, aut in damnum Ecclesiæ factæ 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 pœnam 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 arbit.* sin verò Contractus irrationabilis, aut in damnum Ecclesiæ vergat, nec contractus, utpote jure resistente initus, valet, nec pœna adjecta, tanquam quid accessorium obligabit, ut habetur *cit. cap. 2. b. tit.* Secus dicendum, si jus contractui nec assistat, nec resistat, hoc est, si Contractus non sit contra Jus, sed præter Jus, tunc enim appositio pœnæ valet, etsi Contractus non subsistat. *Arg. l. 38. §. 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? & quæ actio ex hoc Contracto nascatur? Respondeo ad I. eundem (si merces non interverit) teneri ad culpam levissimam, ex

Re-

Regulis generalibus, quas de gradibus culpæ in singulis Contractibus præstandis in *Lib. I. ad Tit. de Pact. §. 6. num. 49.* assignavimus. Ad II. dico, actionem suam sortiri 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, Precarias con-

stituenti, adversus accipientem, & ejus hæredes, ut præstet omne id, quod ex natura Contractus præstandum est. Alia *indirecta*, accipienti, & ejus hæredibus competens contra dantem, & ejus Successores, ut præstet omne id, quod præstari æquum est. Utraque est Canonico-Civilis, personalis, rei persecutoria, bonæ fidei, & perpetua. Magnif. P. Schmier *cit. Lib. 3. Tract. 3. cap. 3. num. 187. & seq.*

§. II.

Precarii natura, & indoles exponitur.

SUMMARI A.

11. *Precarium* describitur, pro cuius Declaratione tria Corollaria subjunguntur. 12. Non est de essentia Precarii, ut ad preces petentis constituatur. 13. An precarium Contractibus sit accensendum, aliorum opiniones referuntur. 14. Nos eidem hunc honorem negamus. 15. Sed vagum quoddam negotium, ad donationes proxime 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 competunt, recensentur. 21. *Precarium* finitur quinque modis.

Precarium cum Precariis, & *commodato* convenire videtur, in pluribus tamen discrepat, ut inferius dicetur, agitur de eo in *cap. 3. h. t. & tt. ff. de Precario.* & describitur, quod sit concessio gratuita usus alicujus rei ad preces alterius facta, ea lege, ut ad nutum, & libitum concedentis restituatur. Vel, si lubet verbis Ulpiani in *l. 1. princ. ff. h. 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 recipiat, cum sit quidam actus liberalita-

tis *l. 1. §. 1. ff. h. t.* & donationi admodum propinquus, nisi quod in hac, si accedat traditio, transferatur dominium, in illo solus usus cum facultate rem, quâdocunque 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. h. t.* & per hoc discrepat à *Precariis* & *commodato*, in quibus usus rei certo tempore, aut modo alligatus est *cap. 1. de Precar. & l. 1. §. 3. ff. h. t.* III. *Precarium* omni momento debet esse revocabile *l. 1. §. 2. l. 2. §. 2. princ. l. 15. princ. ff. h. t.* quod secus accidit

(D)

cidit

cidit in commodato, ubi res commo-
data ante finitum usum regulariter re-
vocari nequit, ut *tit. seq.* amplius expo-
neter. Interim, dum dicimus, rem
precario 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.* Secus, si intempesti-
vè, & citra rationabilem causam domi-
nus rem precario concessam revocet,
exceptione doli repelli 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 constituatur? ita
equidem videri posset ob autoritatem
Ulpiani in *l. 1. princ. ff. b. t.* Precarium
definientis, quod sit id, quod **PRE-
CIBUS 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, quam-
vis plerumque id contingere soleat,
quod duntaxat Ulpianus in data defi-
nitione innuere voluisse videtur. Ad-
stipulatur huic opinioni Julius Paulus
Ictus antiquissimus *recept. sentent. l. 5.
tit. 6. §. 11.* his verbis: *Precario possi-
dere videtur, non tantum, qui per episto-
lam, vel quacunque alia ratione hoc sibi
concedi postulavit, sed & is, qui nullo vo-
luntatis indicio, patiente tamen domino,
possedit.* Ejusmodi Precarium inter fa-
miliares locum invenit, qui familia-
rium suorum juribus, & rebus liberè

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

Num Precarium contractibus ac-
13 censendum sit, itidem quaeritur? Qui
eidem hunc honorem tribuunt, per-
suadentur illa juris regula in *l. 23. ff. de
R. J.* ubi Precarium contractibus, qui
solum dolum recipiunt, associatur.
Accedit, quod ex Precario detur actio
*prescriptis verbis l. 2. §. 2. l. 19. §. ult. ff.
b. t.* quæ propria est contractuum inno-
minatorum. *l. 1. 2. §. 3. ff. de P. V.* Hie-
ronymus de Oroz *de Apicib. Jur. civil.
lib. 3. cap. 1.* duplex constituit Precari-
um, unum, quo quidem usus alicui-
jus rei gratis, & sine præfinitione tem-
poris conceditur, sine expressa tamen
conventionem de re rursus restituenda;
alterum, quo expressè inter dantem, &
accipientem convenit de re reddenda.
Illud contractuum numero non esse ha-
bendum, eò, quod ad donationem poti-
tius, & beneficii naturam declinet; nec
producere actionem *prescriptis verbis*,
sed subsidiario duntaxat Prætoris bene-
ficio, *interdicto* nimirum *de Precario* ad-
juvari. Istud verò Contractibus inno-
minatis adnumerandum esse contendit,
eique competere actionem *prescriptis
verbis*, contempto altero Prætorio remo-
dio, scilicet *interdicto de Precario*, pro-
pter Textum in *l. 15. §. 3. ff. b. t.*

Verùm frustra se fatigant AA. Quod 14
enim in *l. 23. ff. de R. J.* Precarium inter
Contractus referatur, hoc duntaxat fa-
ctum est, ob analogiam, quam Precari-
um habet cum commodato, & quod in
Precario non minus ac in veris Contra-
cti-

Etibus quæstio de dolo, & culpa versari possit: secus, 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 præscriptis verbis fuerit accommodata. d. l. 2. §. 2. §. l. 19. §. ult. ff. b. t. non bene inferitur, 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. & ideò 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 precario 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, quodocunque eandem concedenti repetere lubuerit, restituendam, ut patet ex l. 1. princ. ff. b. t. Unde in arbitrio concedentis est, malitne actione præscriptis 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 cavet, tunc equidem cessare hoc interdictum haud invito concedimus, eò quod ordinario Juris Civilis remedio provifus sit, videlicet actione ex stipulatu.

15 Dicimus igitur, Precarium esse vagum quoddam negotium, proxime 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 commercii hominum deserviat; pactis tamen legitimis, si associas, nos invitos non habes.

Precarium constituere non tantum 16 potest dominus, sed etiam possessor rei, l. 7. ff. b. t. item fructuarius §. 1. in fin. ff. de us. §. habit. quin etiam creditor pignoratitius. l. 6. §. ult. l. 11. ff. b. t. qui tamen non alteri, quam 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.

Ufus Precarii amplissimus est, eique 18 tam in rebus corporalibus, quam 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 nimirum debitor rem suam creditori oppignoravit, tunc enim possessionem ejus precario accipere potest, non verò proprietatem, utpote quam nunquam dimisit. l. 6. §. 4. ff. b. t.

Obligatio, quæ precarium accipien- 19 tem comitatur, in eo consistit, quòd

rem precario concessam ad nutum, & beneplacitum concedentis restituere teneatur: in hoc tamen rursus ejus conditio præ commodatario favorabilior est, quod, dum ille ad exactam diligentiam 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 precario data omni momento restitutioni obnoxia est; unde, si contingat, rem precario concessam ex culpa levi, aut levissima ipsius recipientis reddi deteriorem, sibi imputet concedens, quòd homini negligenti precario rem dederit, aut eandem non tempestivè non revocaverit. P. König *b. t. num. 33.* Post editum verò edictum, hoc est, ut hodie interpretamur, post *litem 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 constituenti duplex remedium 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. tit.* usu fori dein concessa quoque ei fuit actio *prescriptis verbis*, quatenus illa ex æquo & bono oritur *cit. l.* Hodie, quin actio *ordinaria* ei competat, 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 precario concessit, sed etiam hæredi ejus, nam & ab eo is,

qui rogavit, precario habere videtur. *l. 8. §. 1. ff. b. t.* non solum contra accipientem, sed etiam hæredes ejus, ex persona scilicet defuncti, quatenus rem habent, vel desierunt dolo habere, & ex dolo defuncti, quatenus ad eos pervenit. *d. l. 8. §. ult.* sic v. g. si cui precaria ædium habitatio concessa sit, isque moriatur, hæredes ad restituendas ædes tenentur ex persona defuncti, quia nullum in iis jus habent, & ideo restituere tenentur rem alienam, cujus restituendæ facultatem habent. *l. 2. C. b. t.* Imò hoc interdictum datur etiam adversus dominum, casu quo pignoris rei suæ precariam accepit possessionem, ut supra jam dictum est, per *l. 6. §. fin. ff. b. t.* & etiam contra pupillum, tamen sine autoritate tutoris precarium rogaverit, modo rem adhuc habeat, secus non tenetur. *l. ult. §. ult. ff. b. t.* competit autem, ut jam meminimus, ad restituendam rem, & fructus à tempore moræ, vel litis contestatæ, debetque constituens in pristinam causam restitui, secus 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. Revocatione, siquidem in arbitrio concedentis 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 concedentis, ubi tamen attendendum, quomodo, & sub quibus clausulis precarium fuerit concessum. Nonnunquam enim conceditur *ad beneplacitum concedentis auf Wolgefallen.* Subinde sub hac

hac Clausula, donec revocavero, auf Wis
derruffen, vel denique simpliciter, &
absolute conceditur. Primo casu pre-
carium morte concedentis exspirat, per
Textum clarum in l. 5. ff. locat. quia,
cum voluntas morte extinguatur, ipsam
quoque gratiam, quæ ex voluntate con-
cedentis vitam habet, & quasi pars est
voluntatis concedentis, sicut fœtus im-
perfectus pars ventris esse dicitur, ex-
tingui necesse est. Altero casu pre-
carium perdurat, nam per mortem con-
cedentis revocatio minimè censetur facta,
aut tacite 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 extinguì, sed in
hærede concedentis perpetuari, ita, ut
nova hæredis concessione opus haud
sit. cap. fin. h. 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, tameti-
am 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. h. t. secus, 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 nimirum debitor accipiens pigaus
suum à creditore precario, deinde de-
bitum solvat, tunc enim cessat pre-
carium. l. 11. ff. h. t.

TITULUS XV.

De Commodato.

Precarium inter & Commodatum, cum utrobique liberalitas exer-
ceatur, beneficiùmque præstetur. l. 14. ff. de Precario, & l. 17.
§. 3. ff. h. 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, Prætor 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. F. Q. M. R. C. O. num. 1.* est quasi commo- modo utentis datum, vel juxta Azonem *in summa C. h. t.* quasi commo- modo gratis datum, sed hanc derivationem non cen- semus esse legitimam, quia etiam *mutuum* commo- modo utentis, & quidem gra- tis datur; melius ergo cum Harpprecht *§. 2. F. Q. M. R. C. O. num. 2.* dicitur, quasi *cum modo*, id est, præscripto utendi modo datum. *Commodatum* in vulgari sermone apud Latinos sæpius confunditur cum *Precario*, & in ver- nacula nostra *entleihen* pro variis aliis contractibus promiscuè sumitur, ut pro *mutuo*, *locatione*, *conductione*, imò pro contractibus quoque innominatis: unde præcipuè attendendum est ad mate- riam, quæ datur, & modum, quo da- tur: vel enim materia, quæ datur, est *fungibilis*, & usu consumitur, transla- to quoque dominio, ut vinum, frumen- tum, pecunia &c. & regulariter est *mutuum* (exceptionem infra dabimus) vel materia non est *fungibilis*, & tunc at- tendendum est ad modum, quo datur. *Gratisne*, an pro alio: si gratis, sed nec ad certum usum, vel tempus, *pre- carium* erit; si ad certum usum ac tem- pus, saltem *tacite*, *commodatum* pro- priè tale, si pro alio, habente rationem mercedis, contractus *locationis condu-*

tionis dicetur, si pro re, non habente rationem mercedis, ut præstando ope- ram pro libro concesso, *contractus in- nominatus*, facio, ut des, nuncupabitur. His pro pleniori dicendorum notitia præmissis

Commodatum definitur, quòd sit *contractus realis juris gentium, nominatus, bilateralis, bonæ fidei, quo res alicui ad certum usum gratis datur, ea lege, ut fini- to usu eadem res in specie restituatur.* Pri- mæ particulæ hujus definitionis suam explicationem petunt ex principiis ge- neralibus, quæ ad *Tit. de Pact.* præmi- simus.

Quo res alicui ad certum usum &c. quibus verbis indicatur, quod nec *com- modans* usum rei concessæ immatura re- vocatione prævertere, nec *commodata- rius* aliter quàm conventum est, re concessa uti, sine furti vitio possit *l. 5. §. 8. ff. h. t. §. 2. F. de Oblig. quæ ex delict.* Differt per hoc commodatum. I. à *Precario*, quod in isto usus rei in- determinatus, & omni momento re- vocabilis concedatur. II. A *mutuo*, quod in hoc contractu non solus usus, sed dominium transferatur, & res non eadem in specie, sed similis & ejus- dem generis restituenda sit. III. A *pignore*, & *deposito*, quod in iis, ne- quidem usus transferatur, sed creditor, vel depositarius invito domino re pi- gnori

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

Gratis datur, per quod *commodatum* differt à *locatione*, & contractibus *in-nominatis*, ut supra jam insinuavimus. Et licet res commodata *DARI* dicatur *l. 1. §. 1. l. 5. §. 3. Et passim ff. b. t. Dare* autem sit dominium transferre *§. 14. J. de Act.* Hoc tamen casu hanc significationem non habere, patet ex *l. 8. l. 9. ff. b. t. §. 2. J. Q. M. R. C. O. Knip-schildt 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 fortè ad pompam, vel ostentationem *l. 3. §. fin. Et l. seq. ff. b. t.*

3 Commodatum nonnulli dividunt in *proprium*, & *improprium*, vel, ut alii, in *regulare*, & *irregulare*. *Proprium* & *regulare* dicunt esse illud, cui paulò ante data definitio competit. *Improprium* verò, & *irregulare*, quod à natura commodati desleclit, ut, quando merces intervenit, aut transfertur dominium, aut in commodantis tantum, vel utriusque simul utilitatem contrahitur, aut denique, quando res ad incertum usum contrahitur. Fundamentũ

hujus 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. Et Ambig. convent. l. 9. tit. 2. num. 1. Lauterbach. ad ff. b. t. §. 4.* Verùm 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 verò in solius comodantis, aut utriusque utilitatem contrahatur, illud non *improprium*, sed *proprium commodatum* esse, constat ex *l. 5. §. 10. Et l. 18. princ. ff. b. t. Irregulare* tamen eo sensu dici posset, quod commodatum non æquè frequenter in solius comodantis 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. Et seq. & Stryck. in U. M. ad b. t. §. 5. Et seq.*

§. II.

De Commodante, Et Commodatario, nec non de Commodati objecto.

SUMMARI A.

4. Circa commodantem traditur Regula generalis, quæ, circa quas personas obtineat, specificè declaratur.
5. Commodatum accipere potest, qui alias ad contrahendum non est inhabilis.
6. Quomodo, Et quando Pupillus commodatò rem accipere possit, declaratur.
7. Quæ res in specie commodari possint?

Cir-

Circa commodantem regula generalis est, quod is commodare possit, qui contrahere potest, & contrahendo obligari; unde, cui hæc libera contrahendi facultas concessa non est, ut furioso, prodigo, pupillo &c. etiam commodandi potestas adempta censetur. In specie autem commodare potest, non tantum, qui verus rei dominus est, l. 8. ff. b. t. & liberam rerum suarum habet administrationem Arg. l. 21. C. Mand. sed etiam alius possessor bone, & male fidei l. 15. ff. b. t. ita quidem, ut fur, aut prædo, tamen si commodando rem alienam, vitium furti committere dicatur §. 7. J. de Oblig. que ex delict. actionem tamen commodati adversus commodatarium habeat, quia sua interest, rem recipere, ut domino restituere possit l. 16. ff. b. t. l. 64. princ. ff. de Judic. Adversus verum rei dominum verò, si eidem ignorantem res suas commodaverit, hac actione uti nequit Arg. l. 31 §. 1. ff. deposit. Unde, si is, qui commodavit, & verus rei dominus in repetitione rei concurrant, dominus commodanti præfertur arg. cit. l. 31. Item commodare potest usufructuarius §. 1. J. de usu & habit. non verò usuarius tantum arg. cit. §. similiter uxor rem propriam marito l. 3. C. b. t. & res mariti tertio commodare potest l. 24. §. penult. ff. solut. matrimon. Quod si tamen res commodata per uxorem perierit, compensatur in dotis restitutione, supposito, quod maritus prohibuerit commodare; secus, si eo annuente id factum est, modicum temporis, arbitrio iudicis taxandum, uxori relinquendum est, quo rem commodatam repetere, & restituere valeat. Vid. Menoch. de arbitr. Jud. l. 2. casu 25.

per tot. Prælati quoque Ecclesiæ, cum ipsi res Ecclesiæ administrandæ commissæ sint, potest easdem commodare. Hostiens. in summa bic. Quod tamen ita limito cum Magn. P. Schmier l. 3. Tract. 3. cap. 3. n. 63. & seq. ut procedat in rebus mobilibus non pretiosis, aut pretiosis quidem, unde tamen Ecclesiæ nullum præjudicium, aut damnum inferri possit. Cæteroque, cum in cap. 5. de rebus Eccles. alien. eidem prohibeatur conditio, hoc est, conventio circa res Ecclesiæ immobiles, aut mobiles pretiosas; imò, cum in extrav. ambrosiana de rebus Eccles. non alien. Prohibeatur locatio, ubi locator commodum mercedis habet, tanto magis commodatum, quod gratis fit, prohibitum esse censeretur. Quod diximus de Prælato, ad privatum Religiosum extendere 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 rebus abdicavit, & voluntatem suam transtulit in voluntatem superioris, nisi (ut communiter limitatur) accesserit superioris sui licentia expressa, tacita, vel præsumpta.

Commodatum accipere potest quilibet, qui aliàs ad contrahendum inhabilis non est, ut filiusfamilias l. 3. §. 4. ff. b. t. servus d. l. 3. §. 4. Plures quoque 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 plures debitores citra pactum correaie, pro rata duntaxat conveniantur. At contrarium decidere placuit Ulpiano in l. 5. §. ult.

§. ult. ff. h.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 id ipsum comprobatur Knipschildt d. exercit. 3. Q. 4. Quodsi vero sub hac clausula communi periculo res commodata est, periculum quoque est commune, & consequenter divisa est inter ipsos obligatio, & singuli pro rata tenentur. l. 21. §. 1. ff. h.t. Boehmerus de Actionib. sect. 2. cap. 8. §. 13. Stryck. in U. M. ff. h.t. §. 9.

Commodatò rem accipere nequit Pupillus, sine tutoris autoritate contrahens. l. 1. §. fin. h.t. adèd 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 Aquilia. Arg. l. 17. ff. ad exhib. l. 9. §. 2. ff. de Minor. Clariss. DD. Joann. Dominic. Peregrin. Collega honorandissimus ad lib. 3. l. Tit. 15. §. 2. num. 13. Quodsi pupillus, citra quod dolum, aut culpam admitteret, locupletior factus sit, datur contra eum utilis rei vindicatio ex D. Pii rescripto in l. 3. princ. ff. h.t. quamvis etiam de re commodata restituenda actione ad exhibendum, & rei vindicatione teneatur. l. 2. ff. h.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. 7. Q. M. R. C. O. §. 2. num. 10. Quod diximus de pupillo, obtinet etiam in furioso. d. l. 2. ff. h.t.

Objectum commodati sunt res, quæ in hunc Contractum venire possunt. Possunt autem venire tam res mobiles, quam immobiles l. 1. §. 1. ff. h.t. l. 5. §. 8. §. 14 ff. eod. tam corporales, quam incorporales, modo earum aliquis sit usus, & utilitas, cum etiam precariò concedi possint. l. 8. §. 5. ff. de Precar. habitationem 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. h.t. l. 54. §. 1. ff. de furt. Item possunt commodari non solum res propria, sed etiam aliena l. 15. ff. h.t. quia in hoc Contractu transferre dominium necesse non est. l. 8. ff. h.t. Commodari quoque non refugiunt res fungibiles, ubi tamen hæc distinctio adhibenda, inter res, quæ usu atteruntur, & deteriores fiunt, ut vestes, & inter res, quæ usu consumuntur. Res prioris generis rectè commodato dari possunt, l. 5. §. 8. §. 10. ff. h.t. cum non censeantur deteriores redditæ, quæ occasione illius usus, in quem sunt concessæ, deteriores sunt factæ, maximè, cum voluntate commodantis, qui deteriorationem hujusmodi præcivit, id evenerit. Arg. l. 10. princ. l. fin. ff. h.t. Clariss. DD. Peregrin. cit. tit. n. 16. Res posterioris generis commodari nequeunt, nisi forte dicis gratia, hoc est, ad ostentationem, & pompam. l. 3. §. fin. l. 4. ff. h.t. prout casum notabilem refert Hostiens. hic in

(E) fum-

summa de juvene quodam, qui immensam pecuniarum summam commodatò accepit, & arca sua reclusit, tantum, ut amicos puellæ cujusdam, quam deperibat, falleret, qui, falsa divitiarum simulatione persuasi, nuptias illas deceptorì conciliârunt. Denique etiam

commodari possunt res *sacræ*, non tamen aliter, quàm ad usum sacrum, quia etsi dicantur esse extra commercium humanum, id tamen haud alio sensu intelligendum est, quàm quod nequeat pro illis dari aliquid temporale. Clariss. D. Placidus Böckhn in *Coment. ad b. t. n. s.*

§. III.

De Effectu Commodati.

SUMMARI A.

8. Effectus tum ex parte commodantis, tum ex parte commodatarii recensetur. 9. Ad quam culpam commodatarius teneatur, hæc quæstio triplici responsione resolvitur. 10. De Jure Romano casum fortuitum non præstat, licet de Jure Germanico aliqui contrarium velint. 11. Fallit tamen, si culpa Commodatarii casum præcessit. 12. Item, si Commodatarius ultro periculum casus in se suscepit. 13. Quod latius exponitur. 14. Contrarius est Harpprecht. 15. Cujus argumenta resolvuntur. 16. Rursus tenetur Commodatarius casum fortuitum præstare, si post usum rei commodatæ adhuc morosus sit in restituendo. 17. Quid autem, si tertius, non ipse Commodatarius damnum inferat? non teneri tunc Commodatarium nostra est Sententia. 18. Nec præstat casum, si res commodata æque apud commodantem casu periisset. 19. Quid si res commodata estimatò data sit? 20. Cujus periculo sit damnum, si res à commodante ad Commodatarium missa, culpa transferentis pereat? hæc quæstio triplici responsione resolvitur. 21. An in casu incendii v.g. Commodatarius, dum utrasque salvare nequit, res suas commodatis præferre possit? 22. Opposita contra nostram Conclusionem resolvuntur. 23. Ulterius proposita quæstio explanatur. 24. An in Commodato locum habeat compensatio? exponitur paucis, quid sit compensatio. 25. Et resolvitur, quod propriè talis locum non habeat. 26. Bene verò impropria. 27. Et certo casu etiam propria. 28. Effectus Commodati recensetur. 29. Commodatarius tenetur rem commodatam restituere, tametsi uti nequiverit.

8 **E**ffectus commodati consistit in obligationibus, quas tum *commodatarius*, tum *commodans* subit. Ille principaliter obligatur, & quidem ad rem commodatam cum omni causa, & accessionibus, finito usu, in specie juridica, sive (ut Philosophi loquuntur) in individuo restituendam, Ille

minus principaliter, ad commodatarium indemnem servandum, atque adeo ad rem, usu nondum finito, non repetendam, & ad expensas, si quas commodatarius necessario fecit, refundendas. *l. 17. §. 3. & l. seq. §. 2. & 3. ff. b. t.*

Jam plures quæstiones veniunt enodandæ. Et quidem I. quæritur, ad quam

quam culpam commodatarius teneatur? Huic quaestioni triplici responsione satisfacimus.

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. §. is verò ff. de O. & A.* adeoque non suffecerit, 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 cavendum 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 custodiam 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, suppleatur ex altera, uti hic ex *l. 18. ff. b. t. & l. 1. ff. de O. & A.* ubi expressè de exactissima, diligentia mentio fit. Deinde objectæ LL. non loquuntur simpliciter de exacta diligentia sed cum addito: sane exacta, planè diligenti custodia quod idem est, ac valde exacta, seu exactissima, uti 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, quam accipientis tendat, ut, si v. g. vasa aurea data sint ad excipiendum hospitio communem commodantis, & commodatarii

amicum, culpam duntaxat latam, & levem præstabit commodatarius. *l. 18. v. at si utriusque ff. b. t.* cum 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 sponse suæ, quo honestius culta ad se deducatur, ornamenta commodet, juxta *l. 5. §. 10. ff. b. t.* Commodatarius dolum tantum, & culpam latam præstare tenetur, quia scilicet commodatarius hoc pacto potius præstat, quam 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 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. act.* & hoc quidem de jure Romano certum & indubitatum est: at jure Germanorum præscò commodatarium 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 hodie Juri Romano præfe-

rendum esse existimat, eo casu, quo res commodata, quæ apud commodatarium casu periit, non æque apud comodantem interiisset, cum alias (sunt ejus verba de *Jur. Natur. & Gent. lib. 5. cap. 3. §. 6.*) *mea mihi benignitas nimio constaret, si præter usum gratuitum re, quoque ipsa mihi sit cavendum, quam non eram perditurus, absque altero si fuisset. Neque apparet, cur ipse magis, quam aliter infortunium præstare debeam, cum hic utique occasionem præbuerit, ut idem rem meam incurrere posset.* Verùm præten-
sa hæc æquitas tanti non est, ut nobis recessum à Jure communi persuadeat. Sit, ut opinatur Puffendorffius, iniquum, ut commodanti hoc pacto sua liberalitas noceat, multò sanè iniquius foret, commodatarium majus ex com-
modato periculum sustinere, & damnum metuere, quam ea ipsa, quam percipit, utilitas est. Accedit, quod commodatario plerumque cum com-
modato etiam propriæ res pereant. Hunc itaque præterea restitutione com-
modati onerare, sanè impium foret. Ergo æquitati non repugnat, com-
modantem damnum, quod occasione li-
beralitatæ suæ sentit, inter cæteros ca-
sus fortuitos referre. Neque Puffen-
dorffio suffragatur Jus Divinum quod
Exod. 22. v. 14. & seq. distinguit, utrum
comodans absens fuerit, cum res com-
modata periret, an præsens: atque illo
casu commodatarium ad restituendum
obligat, hoc autem absolvit. Verba tex-
tus sic se habent: *Qui autem proximo suo
quidquam horum (scilicet bovem, asinum,
aut ovem, de quibus in Versu 10.
meminit) mutuo postulaverit, & debilitatum,
aut mortuum fuerit, Domino non
præsente, reddere compelletur: Quodsi in-*

præsentiæ dominus fuerit, non restituet.
Ad hunc textum respondetur, quod
ideo commodatarius, si domino absente
res commodata periit, damnum com-
modanti resarcire jubeatur, quia præ-
sumitur, non omnem, quam debuisset,
diligentiam in conservationem rei im-
pendisse; adeoque extra culpam non
fuisse; econtrà ubi dominus præsens
casum fortuitum intercessisse vidit, re-
ctè ab onere restitutionis comodatari-
us absolvitur, cum pateat eum culpa-
biliter in re non fuisse versatum. Ita
belle contra Puffendorffium ratiocina-
tur Leyserus *Vol. 3. Medit. ad Pandect.
specim. 153. n. 4.* quem sequimur. In-
terim regula à nobis posita tam firma
non est, quin suas patiat fallentias,
atque commodatarius præstationi casus
substernatur.

Fallit I. Si culpa commodatarii ca-
sum præcessit, ut *si equum tibi commo-
davi, ut ad villam adduceres, tu ad bel-
lum duxeris, commodati teneberis,* sunt
verba Ulpiani in *l. 5. §. 7. ff. b. t.* Vid.
*l. 18. princ. ff. eod. & l. 25. §. 4. ff. lo-
cat.*

Sed quis tenebitur probare, culpam
intervenisse? Respondeo cum distin-
ctione. Vel enim casus est, qui inopi-
natò contingere solet, & cui resisti ne-
quit, uti est vis latronum, impetus
aquarum &c. vel talis est, qui commu-
niter citra culpam non contingit, ut
furtum, incendium domesticum &c. in
illis præsumptio erit pro reo, & ideo
probatio incumbet alleganti; secus in
istis. *l. 9. §. 4. ff. locat.*

Fallit II. Si commodatarius ultrò
periculum eventus fortuiti in se susce-
perit. *cap. un. §. l. 1. C. b. t.* contractus
enim ex conventionem partium legem ac-
ci-

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

13 Ut porro de sensu hujus fallentiæ tibi plenius constet, nota ex Panormitano in *cap. un. h. 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 incendii, & similia casuum arg. *cap. 4. de Procurat. in 6. fundatur hæc limitatio in l. 4. §. 4. ff. si quis cautionibus &c.* ubi expressè dicitur, non posse in genere conveniri, ut nulla exceptione de casu fortuito quocumque obstante teneatur de iudicio fisci, 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 iudicat, sufficere pactum generale de omni periculo, & casu fortuito præstando, motus sequentibus argumentis I. in *l. 1. & l. 7. §. 7. ff. & l. fin. C. de Pact.* pro inconcussa regula statuitur, omnium pactorum fidem servandam esse, nisi aliqua juris ratio obstet;

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 Prescript. 30. vel 40. Ann.* ergo tantundem valebit pactum generale, in nostra hypothesis, quantum specifica casuum expressio. III. Pacto generali standum est in locato fuado *l. 9. §. 2. ff. locat.* ergo etiam hic. IV. Creditor à petitione debiti submovetur, si inter ipsum, & debitorem generaliter convénit, ut amissio pignorum liberet debitorem. *l. 6. C. de Pignorat. act.* 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 Pact. l. 39. ff. Mand.* ergo similiter de pacto generali ipsius commodatarii discurrendum est.

Verùm adducta fundamenta tanti roboris nobis esse non videntur, quin congrua responsione iis satisfieri 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 consensus *cit. l. 1. ff. de Pact.* profectò hoc pactum generale, de quo loquimur, commodatarium stringere nequit, utpote, qui de casibus insolitis nequidem cogitasse præsumitur. Vide bona 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 singularum specierum enumeratio, id quod ex ipsa allegata *l. 79. §. 1. ff. de Legat. 3.* probatur, ubi Celsus sic inquit. *His verbis, QUÆ IBI MOBILIA MEA ERUNT, DO, LEGO* (Ecce genus)

nummos ibi repositos, ut mutui darentur, non esse Legatos, Proculus ait: at eos, quos praesidii 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 Praescript. 30. vel 40. Ann.* similiter AA. non favet, nam, etsi ibidem dici videatur, quod expressio generis idem operetur, ac si omnes species forent expressæ, id tamen ad aliam 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. & ideò 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 quoscunque casus fortuitos intelligimus, sed illos duntaxat, quæ divinitus quasi accidunt,

ut sunt fulgura, grandines, terræ motus &c. & ideo *vis Divina*, *Grtes 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. act.* non de conventionione generali, sed specifica expressione casuum fortuitorum exaudiendum esse: oportet enim verba LL. sic interpretari, ut eum sensum referant, quem contrahentes in animo plerumque, aut saltem non infrequenter habere præsumuntur: Non est autem præsumendum, contrahentes se, velle, citra quod natura contractus exigat, obligare, nisi id ipsum specificè exprimant, quapropter generalis conventio promittentem ad insolita non stringit. Ad V. respondeo, *l. 7. §. 15. ff. de Pact. l. 39. ff. Mand.* extra rhombum versari, nam etsi ibidem dicatur, valere pactum, quo deponens convenit cum depositario, ut is *omne periculum* præstet, malè tamen ex eo inferitur, ipsum quoque ad casus fortuitos quoscunque præstandos devinctum esse. Etenim, cum in contractu *depositi*, dolus duntaxat, & culpa lata præstetur, 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 superius posita in 16 commodatario post usum in re commodata moras neccente, qui subinde de casu quoque fortuito tenetur. *cap. un. b. t. l. 5. ff. de R. C.* Ratio est, quod mora cuique sua, 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 isthæ ipsum quidem excusat à furto usus, non tamen facit, ut debitor non sit in mora, adeoque teneatur de casu fortuito d. l. 5. Quodsi verò mora inculpabilis foret, ut si legitime impeditus esset, aut bona fide existimaret se non debere, ideoque iudicio contenderet, 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 Hered. petit. l. 16. ff. de R. V. Nec obstat, quòd post litem contestatam omnes incipient esse malæ fidei possessores per l. 25. §. 7. de H. P. Nam hoc est intelligendum quoad alios effectus, ut quoad restitutionum fructuum post litem contestatam perceptorum, non verò 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 commodatæ tertius inferat, ut, si stabularius equum commodatum in stabulo collocatum negligat, sine ulla commodatarii culpa (qui casus facile evenire potest) an commodatarius tenebitur de damno dato? Respondeo negativè. Textus est in l. 19. ff. h. 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 diligentissimus præcavere potest, cum omnes viatores ejusmodi famulis equos suos

committere soleant. Verùm 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 explicando 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 perit, etiam apud commodantem periisset, an nihilominus commodatarius casum 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 perit, æque peritura apud dominum, nihilominus æstimationem rei restituere tenetur, in odium scilicet furci, vel rapinæ. arg. l. 1. §. 34. & l. penult. ff. de vi & vi.

Sunt, qui existiment, eo quoque casu commodatarium de casu fortuito teneri, quando res commodata æstimatò data est, v. g. si concedens rem pretiosam, expressè addat, se eam æstimare centum aureis, moti textu l. 5. §. 3. ff. h. t. ubi sic Ulpianus: Et si fortè res æstimata

mata data sit, omne periculum præstandum ab eo, qui æstimationem se præstaturum recepit. Hostiens. *hic in summa* Mozzius *de contract. ad h. t. de rebus, quæ commodat. num. 6. & seq.* Lauterbach eum aliis à se relatis *hic §. 22.* & cum primis Bartolus, qui has regulas constituit, ut, si dicta æstimatio tali contractui apponatur, cujus naturæ repugnat, dominium in alium transferri, v. g. *locato, deposito, commodato &c.* tunc illa venditionem quidem non inducat, arctiorem tamen obligationem, ac natura contractus aliàs postulare, imponat, ita, ut si quis ex contractu teneatur ad culpam levissimam, adjecta æstimatio faciat, ut jam teneatur etiam de casu fortuito: sin verò ex contractu culpam duntaxat levem præstare teneatur, accedente hac æstimatione culpa ipsi levissima præstanda sit. Quod si verò memorata æstimatio 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 æstimatio operetur *venditionem*, & periculum vel pro parte, vel in totum transferatur. Videntur hæc 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 æstimat. 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 æstimatio venditionem operari possit, ut in fundo *æstimato* 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 æstimatio tantum abest, 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 æstimatione apposita sciat, quantum restituere debeat, ne dominus rei peremptæ pretium primum probare cogatur. Quod si verò non simpliciter, sed cum expresso pacto æstimatio adjecta fuerit, ut res eadem vel pretium restituatur, tunc erit venditio ex pacto, & eo casu *LL. allegatæ* procedunt. Et hæc Responsio confirmatur optime ex *cap. un. h. t.* ubi Pontifex tres solum casus excipit, quibus fortuitus rei interitus præstandus. Deinde, si *generale* pactum, ut supra docuimus, quo commodatarius omne rei periculum in se recipit, non includit casum fortuitum, specialiter non expressum, multo minus id efficiet simplex rei æstimatio. Accedit, quod communiter homines nil minus cogitent, quàm de tali obligatione, de qua inter ipsos quoque jurisperitos non convenit, unde subintrat illa juris maxima: *Contra illum facienda est interpretatio, qui legem dicere potuit apertius. cap. 57. de R. J. in 6.* Et huic sententiæ subscribunt præter Molin. *de J. & J. disput. 295. num. 9. & seq.* Stryck. *in U. M. §. 4. b. t.* & novissimè Clariss. D. P. Placidus Böckhn in *Comment. ad h. 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 quaestioni 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. h. 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 reddendo commodato moneret, rem commodatam dederit perferendam, eaque perierit, periculo commodatarii erit. *l. 12. §. 1. §. si commonendi.*

Respondeo III. Si commodatarius nuntium miserit, servum, quem haecenus constanter fidelem expertus est, & casu res perit, puta, quod à praedonibus v. g. ei ablata, damno commodantis, non commodatarii perit *l. 20. ff. h. t.* quia hoc casu commodatarius culpam tantum praestat *l. 10. in fin. l. 18. princ. ff. h. t.* in culpa autem non censetur esse, qui tali homini rem perferendam commisit *Arg. l. 20. ff. h. t. l. fin. ff. Quod cum eo, qui in alter.* Secus commodatarium teneri dicimus, si homini, de cujus fide sibi satis non constabat, rem perferendam tradidit *l. 11. §. seq. ff. h. t.* Vid. de hac quaestione fusiùs agentem Oldendorp. *class. 4. Act. 15. vers. Sed quid de dolo vel culpa nuntii &c.*

21 Quares IV. An in casu subitanei periculi, v. g. incendii, naufragii &c. quo commodatarius tam res proprias, quam commodatas simul salvare nequit, neglectis commodatis, suas praeferre, & periculo eripere possit? Intricata hac est quaestio, quae haecenus in diversas

sententias DD. animos abstraxit. Non vacat singulorum sensa referre. Mentem meam per distinctas assertiones aperio.

Dico igitur I. Si contractus commodati in solius commodatarii utilitatem (ut communiter fieri solet) celebratus fuit, & res commodata aequè pretiosae, aut pretiosiores fuerint, atque sunt propriae ipsius commodatarii, nec utrasque praesenti periculo subducere possit, tenetur, relictis propriis, servare commodatas, aut, si proprias praetulerit, praestare commodanti aestimationem. Ratio est, quod commodatarius teneatur eam diligentiam impendere conservandis rebus commodatis, quam diligentissimus paterfamilias, & dominus rerum illarum impendisset; sed dominus rerum commodatarum in concursu alienarum non magis pretiosarum, aut viliorum utique suas praetulisset alienis: ergò &c.

Dico II. Si res commodatae sint viliores, quam propriae, & ambae salvari nequeant, poterit quidem salvare res proprias, relictis commodatis, ita tamen, ut harum pretium refundat commodanti. *Molin. de 7. §. 7. Tract. 2. disp. 296. num. 6. Haunold. Tract. 10. cap. 7. contr. 7. num. 744. §. seq.* Ratio prioris membri est, quod salvando res pretiosiores implet officium exactissimi patrisfamilias: ita enim quemque sagacem hominem comparatum esse, persuasi sumus, ut nolit perire res pretiosiores, quò possit salvare viliores. Ratio posterioris est, quia talis commodatarius, cujus solius commodum agitur, tenetur cum aequali rerum suarum jactura ad diligentiam exactissimam: ergò solum quoad excessum majoris va-

(F)

lo-

loris poterit rem suam pretiosorem salvare, non tamen, ut commodans per hoc jacturam commodati patiat, 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 praeferat alienae.

22 Nec dicas: Si commodatario licet res suas pretiosiores salvare, relictis commodatis, omissio haec ipsi in culpam imputari non potest: ergo etiam onere restitutionis gravari non debet, cum non nisi ex culpa conveniri queat *cap. unic. h. t. lib. 5. §. 2. ff. eod.* Respondeo, factum quidem commodatarii, res suas pretiosiores salvantis non esse culpabile; at vero animus, & intentio nil refundendi commodanti, damnum passo, culpa non vacat, & hoc ideo, ne commodans ex suo beneficio, quod nemini damnosum esse debet, *l. 140. ff. de R. J.* damnum sentiat, maxime in hoc negotio, ubi solius commodatarii utilitas vertitur, cum Africanus in *l. 61. §. 5. de Furt.* dicat, *multo aequius esse, nemini officium suum, quod ejus, cum quo contraxerit, non etiam sui commodi causam susceperit, 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 justitiae, vi contractus ipsum obligantis: ergo nullo unquam casu, citra quod laedat justitiam, & violent fidem contractus, fas ei erit, res suas, utut pretiosiores, rebus commodatis praeferre. Respondeo, falsum esse,

quod commodatarius in data hypothese 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 vero commodatarius occasione 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 beneficienti 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. h. t.* Consulto dixit, si quid damni in re commodata acciderit, non esse imputandum ei, qui commodatum accepit, nisi aliqua culpa interveniat, culpa autem est omissio diligentiae debitae. Non est ergo commodatarius culpabilis, qui id, non fecit, quod facere non debuit.

Dico III. Si commodatum respiciat utilitatem utriusque & res commodatae sunt pretiosiores, quam propriae, commodatarius tenetur servare commodatas praeter proprias: si vero sint aequae pretiosae, 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 caeteris paribus magis alteri, quam sibi consulere debeat, sed potius tunc locum habebit illa juris gnoma ex *l. 9.*

l. 9. C. de Pignorat. act. 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 teneatur, *l. 5. §. 10. ff. h. t.* hanc verò vel ideò abesse constat, quod in pari causa ordinata charitas incipiat à se ipsa *arg. l. 6. C. de Servit. §. aq.* hinc culpa vacare dicitur in *l. 14. princ. ff. de Præscript. 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, quàm non pretiosas flammis v. g. subduxit, relictis solis rebus commodatis, aut dolum, aut saltem culpam latam admisisse præsumitur; adeoque ad refundendam æstimationem rei commodatæ igni absumpta tenebitur, nisi hanc præsumptionem, quæ *juris, & 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 amisisti,* & Ulpianus in *sæpè cit. l. 5. §. 4. ff. h. t.* inquires, non teneri commodatarium, nisi fortè, cum possit res commodatas salvas facere, suas prætulit.

24 Quæres V. An in commodato locum inveniat compensatio? Ante resolutionem quæstionis nota, compensationem nihil aliud esse, quàm debiti, & crediti inter se contributionem *l. 1. ff. de Compensat.* & habere effectum solutio-

nis *l. 10. §. 1. ff. eod.* Quò verò compensationi locus sit, sequentia concurrere 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 fidejussore apparet, qui compensare potest, quod reo debetur *l. 4. §. 5. ff. d. t.* Alia exempla refert Boehmerus in *introd. ad Jus 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. doli l. 64. ff. de Condict. 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, sintque 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 constituentur 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, tali-

ter, ut palam sit, quid, quale, quantumque debeat *l. fin. §. 1. C. de Compensat.* VI. Demum debitum utrinque purum, & statim exigibile sit, oportet; ac subindè, 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. indirec̄ta*, quæ aliàs *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 verò debitum omninò extingatur, & restitutio denegatur. His præmissis, ad ipsam propositam quæstionem resolvendam accingimur, ubi tamen rursus prænotasse oportet, quæstionem hanc institui tam de compensatione *propria* quàm *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 æstimatio in pecunia restituenda est. De singulis singillatim

25 Dico I. *Compensatio* propriè & strictè talis in *commodato* regulariter locum non habet. Dixi *regulariter*, quam particulam addo propter ea, quæ in *Conclus. IV.* dicturus sum. Probatum jam conclusio ex *l. ult. C. b. t.* ubi dicitur: *Sub pretextu debiti restitutionem commodati non probabiliter recusari.* Hanc quidem *L.* corrigere ausus est Cujacius, quasi mendum irrepisset, & 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, quòd Imperator hanc *L.* si de *deposito* loqueretur, sub rubrica de *commodato* collocasset. Probatum II. Compensari tantum potest quantitas cum quantitate *l. 4. C. de Compensat. l. 18. ff. de Pignorat. act. l. 15. l. 19. ff. de Compensat.* seu, quæ functionem mutuam recipiunt in genere suo, ut supra dictum est, & constat ex *l. 1. §. 8. §. 11. C. de Compensat.* non verò species cum quantitate, vel vice versa. per *cit. l. 4. C. de Compensat.* & hoc ideò, quia *compensatio* vicem habet *solutionis*, aliud autem pro alio invito creditori solvi nequit. *l. 2. §. 1. ff. de R. C.* ideòque, cum species, quæ regulariter tantum commodari solent *§. 2. J. Q. M. R. C. O.* cum quantitate vice mutua non fungantur, etiam compensari non possunt. Probatum III. Depositum non admittit compensationem *l. 11. C. Deposit. l. ult. C. de Compensat. §. 30. l. de Actiõn.* ergo tanto minus commodatum admittet, cum res commodatæ non tantum, instar rei depositæ, fidei commodatarii sint commissæ, hoc ipso, quod in specie restitui debeant, verum etiam, ultra id comodatarius recipit beneficium propter concessum usum rei commodatæ, quo favore non gaudet depositarius: ergo major in illo, quàm 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 locò retinere, dum ei ratione impen-

penfarum satisfiat. Textus in *l. 15. §. fin. l. 59. ff. de furt. l. 20. ff. de A. vel A. P. l. 33. ff. de Condiç. indebit. l. 8. ff. de Pignorat. act. §. 37. ff. 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 commodati 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 cbiograph. 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. J.* Attamen in ejusmodi commodato 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 conventionione, 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. decis. 214. & decis. 309.* Gail. lib. 2. observ. 12. num. 5. atqui non apparet quædam æquitas, quæ jus retentionis in simili casu commodatario tribueret, quin potius is antidotali obligationi

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

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

Qui simpliciter affirmant, commodatum compensationem propriam admittere, fundant se in *§. 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. §. 30. Inst. de action. dicatur, sola depositi actione excepta*, tamen hujus, & similium particularum v. g. *tantum, duntaxat &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 commodati proximo.

28 Effectus remotus est actio *directa*, & *contraria*. Illa datur commodanti, & ejus hæredibus, adversus commodatarium & ejus hæredem *in solidum*, si solus hæres est, aliàs pro parte, pro qua hæres est: nisi, cum habuisset facultatem totius rei restituendæ, eam omiserit, tunc enim *in solidum* condemnabitur. *l. 3. §. 3. ff. b. t.* petitur hac actione, ut res commodata constituto loco, & tempore, & non deteriorata restituatur *l. 5. princ. l. 17. §. 3. ff. b. t.* res quippe deterior reddita, reddi non videtur. *l. 3. §. 1. ff. b. t.* & si res eo modo non restituatur, pretium deteriorationis præstari debet, aut id, quod interest. *cit. l. 3. §. 1.* Quodsi tamen rem deteriorem 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 occasione usus, in quem sunt concessæ, deteriores sint factæ, deteriores non censentur reddi, aut saltem pretium deteriorationis refundere non tenetur, eo, quod cum voluntate domini, qui deteriorationem hujusmodi præscivit, id evenerit. Exemplum est in *l. ult. ff. b. t.* addatur *l. 10. princ. ff. eod.* Contra tertium, cum quo non contraxit, hac actione commodans experiri nequit; si tamen 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 commodatæ conservationem impenso *l. 18. §. 2. ff. b. t.* III. Ut damnum, ex re vitiosa scienter commodata refarciatur, ut si vasa vitiosa, quibus vinum corruptum est, commodata sint *cit. l. 18. §. 3.*

Quæres V. An actioni *directa* tunc²⁹ locus sit, quando commodatarius citra culpam suam re intra constitutum tempus uti non potuit, v. g. commodati mihi equum, ut eodem intra mensem Romam iter instituam, obruor improvise morbo, ut coeptum iter profequi nequeam, quæritur, an commodans ante finitum usum actione *directa* me convenire, & equum repetere valeat? Rationem dubitandi suggerit *cap. un. b. t.* ubi dicitur, casum fortuitum à commodatario non præstari, sed dominum debere esse contentum, si equum v. g. omnino non restituat: ergò multò magis, si ob casum fortuitum intra conditum tempus non restituat. Sed dicendum est, commodatarium hoc casu ad restitutionem teneri, nam commodans in simili facti contingentia certat de damno vitando, commodatarius verò de lucro captando, huic proinde potius, quàm ipsi domino casus obesse debet. *Arg. l. 11. §. 6. ff. de Minor.* Quod autem casum fortuitum, re perempta, commodans ferre debeat, alia ratio est, nempe, quia res perit suo domino, & præterea commodatarius 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.*

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 indigentia succurratur. Quapropter non incongruè post *Commodatum* de *Mutuo* agere instituimus.

§. I.

Quid sit Mutuum?

SUMMARI A.

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 fit, 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, rursus meum fiat per solutionem, scilicet ejusdem 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 alias credendi verbum latius pateat, & aliis quoque obligationibus undecunque descendentes 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*, quod sit contractus realis, juris gentium, nominatus, stricti juris, quo quantitas, sive res fungibilis in alterum ea lege transfertur, ut res ejusdem 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 datæ definitionis particulas lubet illustrare.

Dicitur I. Quo quantitas &c. quantitatis nomine non modo pecuniam numeratam intelligimus per l. 5. C. si cert. petat. l. 1. ff. de Pecun. legat. Nov. 15. cap. 3. in fin. sed etiam res alias, quæ numero, pondere, aut mensura in commercium humanum 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. scripserit, *oleum, frumentum, vinum* non venire nomine *quantitatis*, bene verò *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 præstita alia re ejusdem generis, idem, quod creditum fuit, videatur esse restitutum, sic, si mutuos dedi 100. aureos, & debitor mihi alios 100. reddidit, ex æquo mihi satisfacit, 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 ficta* nonnunquam sufficit. Sic, si pecuniam à te mutua-vero, 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 traditione *ficta* 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, & restituit novum, non satisfacit, quoniam non restituit vinum æquè bonum, quod acceperat l. 3. ff. de R. C. Et contra si aureos 200. mutuos accepi, & ego tantundem in moneta argentea reddam, censeor pecuniam ejusdem bonitatis, & qualitatis reddidisse, quia pecunia non ex materia, sed ex valore imposita æstimanda est. Molina de Contract. Tract. 2. disp. 199. num. 3.

Dicitur V. *Non in specie, sed in genere restituatur*. Per *speciem* intelligimus individuum Philosophicum, in quo idem restitutio fieri nequit, quia *mutuum* in abusu sive confusione consistit; debet igitur restitutio fieri in eodem genere, hoc est, in eadem specie Philosophica, ut frumentum pro frumento, vinum pro vino, pecunia pro pecunia &c. Sunt, qui *mutuum* variè dividunt, prout videre est apud Mozium de Mutuo & ejus divisione, & Lauterbach ff. de R. C. §. 8. & seq. scilicet in *naturale, & civile*, & utrumque in *verum, & presumptum*. Nos duntaxat unam speciem agnoscimus, scilicet *mutuum purum naturale*, de quo

§. II.

Quis Mutuum dare, quis accipere valeat?

SUMMARI A.

3. *Mutuum dare possunt, quibus libera est contrahendi, & alienandi facultas, quinam in specie prohibeantur, singillatim enumerantur.* 4. *Praelati Ecclesiarum 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. Subjuncta nostra resolutione. 15. An filiusfamilias mutuum accipere possit?

Mutuum dare possunt, qui liberè contrahere, resque suas alienare non prohibentur. Prohibentur autem I. Pupilli infantia majores sine tutoris autoritate l. 19. §. 1. ff. de R. C. §. 2. I. Quib. alien. non licet. II. Prodigii juridicè tales, sive, quibus bonorum suorum administratio autoritate judicis interdicta est. l. 9. §. 7. ff. h. t. III. Minores curatorem habentes, ex eadem ratione, quia scilicet liberam rerum suarum administrationem non habent. l. 3. C. de in integr. restit. si curatorem non habent, mutuum dare non prohibentur; ubi mox notandum, quod, quandoquam 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 Minderjährligen etiam inviti curatorem recipere tenentur, nec quidquam soli, utur procuratorem non habeant, valide agere possunt. Vid. Lauterbach cit. loc. §. 14. IV. Præsides provinciarum, & alii Magistratus l. 23. ff. de R. C. quod tamen ita intelligendum 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. 23. ex quo usurario quæstu subditi olim admodum gravabantur, dum Magistratus temporaria sua potestate abutentes ab ipsis usuras inique extorquebant. Vide Schil-

terum Exercit. §. ad Pandect. §. 18. Hodie, cum Magistratus sint perpetui, mutuum dare, & accipere non prohibentur. Arg. l. 34. ff. de R. C. ubi dicitur, quod officiales Præsidium, eo, quod essent 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 mutuandæ 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, eò effectu, ut mutuanti detur conditio 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 Condit. 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: secus, si mala fide mutuarius consumplerit, sciens, pecuniam fuisse alienam, aut mutuantem non fuisse dominum, mutuum non convalescit, & pecunia non secus 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. Knippschildt 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 irrationabilem neutiquam censemus, maxime, si pecuniæ sub usuris licitis mutua dentur. Ratio est, quod mutuum dare, sit actus Christianæ charitatis, & misericordiæ, quam indigentibus impendere vel maxime Ecclesiam decet. Accedit, quod Prælati tutoribus æquiparentur, Stephan. Gratian. *discept. forens. cap. 601. num. 6.* tutores autem pecuniam pupilli aliis credere possunt. *l. 26. ff. b. t.*

5 Mutuum accipere possunt, qui liberè contrahere, & validè se obligare possunt. Horum è numero sunt pupilli, Minorenes, 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 credidit pupillo aut Minori, tutoris, aut curatoris autoritate non interposita, contractus tamdiu erit nullus, dum creditor versionem in rem pupilli, aut eundem exinde locupletiozem factum fuisset probaverit. *l. 5. §. 1. ff. de auth. tutor.*

l. 13. ff. de Condit. indebit. l. 1. §. 2. C. si advers. credit. Quinimmodò, 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 condictione 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, cum hoc casu nulla culpa creditori imputari queat, qui curatori fidem habuit, ipsum benè versurum esse creditum. Econtrà, si Minor se solo mutuum contraxit, distinguendum 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.*

6 Quæ hætenus diximus de Pupillo, & Minore, applicanda quoque sunt ad alias personas morales, quæ pupillorum, & Minorennium jure fruuntur, ut sunt Respublicæ, 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.*

7 Ab hoc tamen molesto probandæ ver-

versionis onere rursus relevantur creditores, si vel cum Magistratu, omnem potestatem habente, ipsamque civitatem representante contraxerint (id quod fit, si civitas forma *Aristocratica* regatur) vel in statu *Democratico*, si præter Senatum, etiam tribuni plebis, *Gilten, und Junffmeister* in mutuum consenserint, aut ipsi cives solenniter coacti, ut olim in Magistratibus creandis, & legibus condendis fieri consueverat, alicui nomine universitatis pecuniam mutuam accipere expressè demandent, in his casibus creditores versionem pecuniæ mutuæ probare haud quaquam obstringuntur. Mantic. *de Tacit. & ambig. Convent. lib. 8. tit. 13. n. 6. Köppen decis. 60. num. 11. Knipschildt de Contract. Exercit. 2. Q. 6. Stryck. ad 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 conversam fuisse, doceant. *l. 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. Mascard. de Probat. Conclus. 1161. Hartm. Pistor. cap. 1. quest. 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, quàm ex Panormitano *ad cap. 1. de Deposit. num. 9. & ad cap. 4. de Fidejuss. num. 9.* mutuatus est: Sic ergo *Tom. 3. de F. & J. Tract. 2. disputat. 300.* distinguit: Aut Prælatus accepit mutuum cum consensu Capituli, aut se solo, aut alius tertius ad contrahendum mutuum ab Ecclesia deputatus est?

Primo casu, quando contractum debitum aliter expungi nequit, nisi destrahantur 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 exigit *cap. 1. de reb. 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.* Secus, si ex rebus Ecclesiæ *mobilibus* creditori satisfieri potest, cum circa illorum administrationem laxior & liberior Prælato, & Capitulo potestas competat *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 satisfieri queat, cum, ut dictum est, Prælati in his bonis liberio-
administrationem habeant. Quo verò

creditor onus probandae conversionis declinet, opus est, ut in vita Prælati adhuc actionem contra Ecclesiam instituat, post ejus quippe excessum, cum 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 mutuuum dedit, fuisse in manifesta indigentia.

12 Tertio casu videndum, an deputato à Capitulo certa quantitas sit præscripta, quam mutuuo 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 Ecclesiæ, seu redditibus eidem satisfieri queat, secus obtineret, decisio primi & secundi casus. Quodsi deputatus limites mandati transiit, Ecclesia eatenus obligata manet, quatenus creditor probaverit, mutuuum in utilitatem Ecclesiæ 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, Ecclesiæ indemnitati non satis prospici, si non pro omni casu, quo creditor Ecclesiæ mutuas pecunias numeravit, ad hoc, ut eas condicere possit, versionem prius probare debeat: Etenim periculum fraudis, aut supplantationis haud abest, etiam tunc, cum Prælati consensum Capituli requirit, quippè à quo falsis suggestionibus consensum eblandiri, 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 incurrere, aut certè propinquo damnificationis periculo exponi, si non pro omni casu creditor versionem mutui in bonum Ecclesiæ 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 absit) cedere debet.* Rationem binam reddens: I. Quod monasterium sibi imputet, cur minus fidem administratorem constituerit. II. Quod de duobus malis, si utrumque evitari nequeat, minus sit eligendum *cap. 1. §. 2. dist. 13.* Minus verò malum est, si Ecclesia ex mutuo Prælati aliquod damnum ferat, quàm, si emergente necessitate creditorem nullum, qui pecunias mutuas erogat, inveniat, non inveniret autem, si etiam eo casu, quo Capituli annutus, & consensus intervenit, mutuans adhuc versionem probare teneretur: ergo.

De filiofamilias adhuc quæri potest, an is mutuuum accipere valeat? Responsio negativa in promptu est, eo quod sit tutus exceptione *Scti Macedoniani*, quo prohibitum fuit, filiisfamilias (idem dic de filiabusfamilias per *l. 9. §. 2. ff. ad Sctum Maced.*) mutuam dare pecuniariam.

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

P. Placidus Böckhu 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 fungibiles, & que sic dicantur, exponitur. 17. An
oves sint objectum Mutui, controversatur? affirmantium opinio refertur. 18.
Cum negantibus nos facimus. 19. Respondetur ad argumentum AA.

16 **O**bjectum Mutui sunt res fungibi-
les, quæ numero, pondere, aut
mensura in commercium venire
solent, ut supra in definitione jam di-
ctum est. Ut porro horum termino-
rum sensus adhuc clariùs pateat, sic-
que constet, quænam res apta materia
hujus contractus esse possint, scito, il-
las res fungibiles dici, quæ functionem
in genere suo recipiunt, hoc est, quas
inter 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 comparatæ sint,
partim ex ipsa intrinseca cujuslibet 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 censentur, quod communiter cre-
datur, non reddi idem, si liber pro li-
bro reddatur, cum major affectio in
unum, quam alterum cadere possit,
nec hæcenus 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 effusè est accipiendum,
quasi omne id, quod mensurari, pon-
derari, aut numerari potest, objectum
mutui constituat. Taliter enim nulla
res foret, quæ mutuari non posset; sed
illæ duntaxat res hinc intelliguntur, quæ
non aliter, quam per pondus, nume-
rum, 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 censentur esse vinum,
cerevisia, oleum, frumentum, hor-
deum, triticum, pecunia numerata, æs,
aurum, argentum, & similia alia me-
talla infecta. Item panes, carnes certi

G 1

pon-

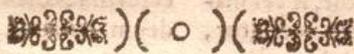
ponderis, pisces, ova, charta, ligna certæ mensuræ, lateres certo canone confecti &c. Clariss. D. D. Franz ad *Tit. Inst. Q. M. R. C. O. §. 5. num. 38.*

17 Illud controvertitur, an oves objectum mutui constituent? Qui affirmativam tuentur, juxta quos est Cujacius *lib. 11. observat. 37. in fin.* Bocerus *Class. 2. dist. 7. th. 22.* & ex nostris Salisburgensibus Clariss. D. D. Gletle in *Affert. Jurid. assert. 29.* cujus tamen sententiæ eum postea pœnituisse, constat ex *Quest. Jur. ad 3. part. Pandect. cap. 1. in fin.* Fundamentum suæ opinionis se reperiisse autumant in *l. 35. §. 5. & 6. ff. de Contrah. empt.* ubi dicitur, quod grex ovium æque ad numerum vendi possit, sicut aliæ res fungibiles, quæ numero, pondere, aut mensura constant: unde inferunt, quod sicut grex ovium cum aliis rebus fungibilibus in ordine ad venditionem æquiparatur, ita non minus respectu Mutui æquiparari debeat, & consequenter oves æquè, ac frumentum, oleum, & ceteræ id genus res fungibiles objectum mutui constituent.

18 Nos negativam, tanquam communiorē & veriorē, & à nostratibus Salisburgensibus hætenus unanimi calculo probatam, recipimus, & defendimus ex hac unica, & solida ratione, quod scilicet oves quoad qualitates suas, maximè intrinsecas, rarò, aut nunquam similes reperiantur, atque ad eam 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 quoad qualitates quoque intrinsecas similissima sit, id tamen habet se merè per accidens, nec attendi debet, cum jura ad casus rariores reflectere non assueverint. Neque id voluntate contractuentium 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.

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



§. IV.

De Effectu Mutui.

SUMMARI A.

20. Effectus mutui proximus exponitur. 21. Mutuum manet tale, etsi rem mutuo acceptam mutuarius in specie rursus restituat. 22. Mutuans rem mutuam non potest mox repetere. 23. An mutuuario liceat pro vino v.g. mutuato pretium ejus restituere? 24. Effectus mutui remotus est conditio certi ex mutuo, cujus predicata singillatim explanantur.

20 **E**ffectus proximus Mutui in eo consistit, quod mutuarius, in quem rei mutuatae dominium unà cum omni periculo, adeoque etiam casus fortuiti praestatione 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. S. 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 indigerit, in specie restituit? Ratio dubitandi esse potest, quod hoc pacto mutuum ab initio contrahi non possit, cum id repugnet naturæ mutui arg. princ. l. 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 cujusque 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, cum res in specie restituta eminenter in genere restitui censeatur, nec aliud pro alio invito creditori obrudatur, id quod ne fiat, unice mutuuario cavendum est.

Quæres II. An si creditor sine præ-22 finitione certi temporis, pro restitutione facienda, rem mutuatus est, eandem primo mox momento repetere, & mutuarius reposcenti morem gerere teneatur? Resp. negativè. Tametsi enim in hoc contractu, atque in aliis contractibus, si dies, aut conditio non sit adjecta, res de præsentì debeatur, ac statim peti posse dicatur in l. 9. princ. §. 1. 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 temperamento, & laxamento temporis accipiendum, habita ratione personarum, & ipsius negotii, cujus causâ mutuum est contractum: mutuum quippe principaliter utilitatem mutuarii intendit, cui sanè prospectum haud foret, si creditori statim reposcenti è vestigio restituere teneretur, quin potiùs deciperetur, quam juvaretur; cum tamen be-
ne-

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

23 Quæres III. An liceat pro vino v.g. aut frumento mutuato invito creditori ejus æstimationem restituere? Resp. id regulariter mutuataro non licere, tum quod aliud pro alio invito creditori solvi non possit. *l. 2. §. 1. ff. b. tit.* aliud autem est vinum, aut frumentum, & aliud ejus æstimatio. *arg. l. 1. ff. de contrah. empt.* tum, quod in mutuo reddi debeat idem genus, quod datum est. *l. 2. princ. l. 3. ff. de R. C.* pecunia autem, per quam æstimatio fieri solet, diversi est generis à vino, vel frumento, cum aliud sit merx, aliud pretium, sive pecunia. *cit. l. 1. ff. de contrah. empt.* Ex accidenti tamen, quo genus debitum perit, aut in usu esse desiit, ejus æstimatio solvi potest, uti de vino constitutum in *l. 22. ff. de R. C.* & ideò dixi, regulariter id fieri non posse. Illa enim regula, quod aliud pro alio invito creditori solvi non possit, suis non caret fallentiis, quarum viginti Jason ad *l. 2. §. 1. ff. de R. C.* recenset.

In qua specie monetæ, si pecunia generaliter credita est, restitutio fieri debeat, dicemus in *Tit. de solut.* De usuris hic nihil attinet dicere, cum non debeantur ex natura hujus contractus, sed duntaxat ex stipulatione, si mutuo adjecta fuerit. *l. 3. C. de usur.* Hodie usuræ etiam ex pacto nudo peti possunt, imò etiam à tempore moræ solutionis. *R. I. 1654. §. anreichend die fünfzigste Zinnß 174. & Recess. deputationes 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 emittat, & vocatur actio mutui *l. 5. C. quib. non obicit. longitemp. prescript.* vel (quod frequentius est) *condictio certi ex mutuo* indigitatur. *princ. Inst. Q. M. R. C. O. l. 9. princ. ff. de R. C.* Est hæc actio generalis non specialis, quia *certi condictio* (ut ait Ulpianus in *l. 9. princ. ff. de R. C.*) *competit ex omni causa, ex omni obligatione, ex qua certum petitur: sive ex certo (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 condictio certi mutuanti *l. 7. C. si cert. petatur, & ejus hæredibus l. 9. C. eod.* imò etiam quandoque ei, qui non suas, sed alterius pecunias mutuas dedit, modò voluntate illius antecedente, cujus erant pecuniæ, vel subsequente ratihabitione id factum fuerit, per textum expressum in *l. 9. §. 8. ff. de R. C.* & hoc singulari jure receptum esse, scribit Ulpianus in *l. 15. ff. eod.* cum aliàs de natura mutui sit, de meo (non alieno) *facere tuum l. 2. §. 2. ff. d. t.* Datur adversus mutuatarium,posito, quod jure accipere potuerit, nam si mutuum accipere prohibitus est, ut pupillus sine tutoris autoritate, tamen *de facto* accipit, tamen *condictione certi ex mutuo* conveniri non potest. Datur etiam adversus mutuatarium hæredem, & si plures fuerint, contra singulos pro rata portionis hæreditariæ *l. 1. C. si cert. pet.* Datur ad hoc, ut tantundem, non verò minus, in genere, eadèmq; bonitate, & qualitate restituatur. Partiales solutiones, cum multis incommodis sint obnoxia, creditor, nisi ultrò velit, ac-

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

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

lacione, de qua nos in Tit. de Solut. item exceptione non numerata pecunia, de qua consulendi interpretes ad Tit. C. de N. N. P. & ad Tit. J. de Litter. Obligat.

TITULUS XVI.

De Deposito.

Depositum non minus, quàm 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 Deposito?

SUMMARI A.

1. Deposito potest spectari vel objective, vel formaliter, & in hac posteriori acceptione definitur, & singule datæ definitionis particule explicantur.
2. Deposito dividitur in Deposito juris, & facti.
3. In Deposito in specie, & sequestrum.
4. 5. Illud rursus in voluntarium, & necessarium, in Regulare, & Irregularare.
6. Quod posterius proximius addus ad naturam Depositum, quam Mutui accedere ostenditur.

Depositum sumitur vel objective, 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 significato definitur depositum, quod sit *contractus realis bonæ fidei*, quo res alteri gratis custodienda traditur, sub fide eandem in specie restituendi.

Dicitur I. *Contractus realis*, quia ad

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

Dicitur II. *Bonæ 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 nusquam magis, quàm in hoc contractu perfidia vindicatur. Ut suo loco videbimus.

(H)

Di-

Dicitur III. *Gratis*, ad eò quippe contractus hic mercedem dedignatur, ut, si illa intervenerit, aut in locationem, aut in contractum innominatum ocyus degeneret, *l. 1. §. 8. ff. b. tit. Honorarium* tamen depositario pro custodia præstitum, aut promissum naturam depositi non immutat. *l. 2. §. 24. ff. vi bonor. rapt.* Notat tamen Huinius 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, & id eò 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 *Commutato*, *Preca-rio*, *Locatione* utendi causâ: in *pignore* ob securitatem crediti, solum *depositum* custodiam rei habet sine commo- do accipientis. *t. t. J. Q. M. R. C. O.*

Dicitur V. *Sub fide, eandem in specie restituendi*, quæ verba ex paulo ante dictis clarent, furtum enim depositarius committere dicitur, si re deponentis sine ejus consensu utatur, *l. 29. ff. §. l. 3. C. deposit. l. 7. C. de furt.*

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

lum, ac interitus ad creditorem spectat. Hoc genus *depositi* tum locum habet, cum creditor rem debitam à debitore justè oblatam acceptare recusat. *Depositum facti*, seu *conventionale* est, quod inter privatos fieri consuevit, & depositarium ad factum, sive rei custodiam obligat. Istud depositum propriè tale dici meretur, alterum non item, eò quòd non custodiae causâ, sed liberationis duntaxat gratia fiat. *Magnif. P. König b. t. num. 9.*

Dividitur II. *Depositum in depositum in specie, & sequestrum*. Illud dicitur, cum res litigiosa ab uno, vel pluribus custodienda traditur. Istud, si- ve sequestrum est, quando res litigiosa vel mutuo partium consensu apud tertium deponitur, eo fine, ut lite finita eandem victori reddat, vel quando partes ab ipso iudice coguntur, rem *litigiosam* apud tertium deponere, utrumque veram depositi speciem esse probabilius judico, cum exinde nascatur actio *depositi sequestraria*. *l. 12. §. 2. ff. b. t.*

Nec dicas, in *sequestro* necessariè deficere consensum partium, hoc ipso, quod etiam invitis litigantibus res auctoritate iudicis sequestratur; ergo non est contractus, & tantò minùs species *depositi*, quia in omni contractu consensus requiritur. Resp. Etsi invitis partibus res à iudice sequestrari possit, intervenire tamen ex postfacto consensum litigantium, quem, dum iudicis iussui parent, ipso facto declarant. Sicut 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 tract. 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 inquit ob instantem necessitatem, & rei pendendæ periculum, ni deponatur. Tale depositum est, quando tempore incendii, naufragii, tumultus &c. res nostras alterius custodiæ commendamus. *l. 1. §. 1. 2. §. 3. ff. b. t.* Estque in hoc deposito id speciale, quod depositarius, si dolose neget, aut restituere per malitiam recuset rem depositam, postea in iudicio convictus, in *duplum* condemnatur, hoc est, non tantum rem depositam, sed etiam ejus æstimationem restituere teneatur, ob majorem perfidiam, quam is in simili casu, ex alieno infortunio compendium quærendo, admittere censetur. *d. l. 1. §. 4. ff. b. t.* Imò crediderim (scribit Puffendorff. de *J. N. §. 6. lib. 5. cap. 4. §. 7.*) turpius esse flagitium, depositum abnegare, aut interceptare, quam furtum facere; cum hic solum jus dominii, & justitia, illic etiam amicitia, & humanitas violetur.

5 Depositum in specie rursus, & II. subdividitur in *regulare*, & *irregulare*. Illud dicitur, quando res aliqua juxta hujus contractus naturam solius *custodiæ* causâ apud tertium deponitur, ad nutum deponentis in specie restituenda. Illud est, quando res aliqua *fungibilis* deponitur, ea lege, ut depositario integrum sit, re deposita utendi, modo aliam ejusdem qualitatis, & bonitatis repositenti 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 *tacite*, 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 tacite 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 numeratæ pecuniæ* locum hic esse velint, attamen magis adhuc ad naturam *depositi*, quam *mutui* accedere talem contractum censeo cum Molina *d. J. §. 7. tom. 2. tract. 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*, ejusmodi verò *depositum* fiat in utilitatem, & commodum solius *deponentis*, cui beneficium, præstat *depositarius*, tametsi per accidens redundet 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 numeratæ pecuniæ* non sit, sicut in *mutuo*, in quo *mutuatarium* sæpe necessitas occupat, ut apocham prius scribat, quam pecuniam acceperit, 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 iudicio *depositi* in usuras

pro tempore moræ condemnetur l. 25. habet, nisi usuræ in stipulationem deductæ sint l. 3. C. de usur.

§. II.

De Deponente, & Depositario, & Depositæ 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 pollent, dolique capaces existunt, sequæ per contractum obligare valent. Quomodo hoc procedat in pupillo, Religioso, & Prælato, itidem hic declaratur. 9. Res non tantum mobiles, sed immobiles quoque deponi possunt. 10. 11. Proponuntur duæ Objectiones subjunctis nostris Resolutionibus. 12. Quæ rebus depositis accedunt, citra expressam conventionem non censentur deposita. 13. Cista deposita res omnes in illa contentæ censentur deposita.

7 **D**Eponere 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 fures, prædones, cum enim in hoc contractu dominium, aut usus rei non transferatur, haud implicat, quin prædicti quoque mala fidei possessores res aliis ereptas 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 deposuerint, recte depositi agent, nam interest eorum, eò quod teneantur. Scilicet domino rem interversam restituere.

8 **D**epositarii esse possunt, qui usu rationis pollent, & doli capaces sunt, sequæ contrahendo obligare possunt. Pupillus tamen, qui sine autoritate & consensu tutoris depositum suscepit, actione depositi non aliter tenetur, quam si pubertati proximus fuerit, & doli capax extiterit. cit. l. 1. §. 15. imò, si do-

lus etiam non intervenierit, factus tam sit locupletior ex re deposita, actio in eum datur. cit. §. De Religiosis id juris est, quod sine Prælati consensu minus depositarii suscipere nequeant, eò quod obedientiæ voto contrahere, & se obligare impediuntur, quod si tamen sine superiorum venia alterius rem in suam custodiam, & fidem receperint, 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 condict. indebit. secus non, tamen si res deposita dolo, aut culpa ipsius Religiosi perierit. Quod eatenus etiam in Prælato procedit, ut Monasterium ex contractu depositi ab ipso suscepti, non obligetur, præterquam, si intervenierit consensus Capituli, aut à deponente probatum fuerit, Ecclesiam ex re, apud Prælaturam deposita, utilitatem percepisse, Magnif. P. Schmier

hh.

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

9. Res omnes, quæ custodiam recipiunt, objectum depositi in specie, & sequestri constituunt; nec distinguimus inter res mobiles, & immobiles, cum æquè istæ, ac illæ alterius custodiæ (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 custodiæ 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 solvitur aliud argumentum, quod AA. opponere solent, videlicet, quod nullum in toto jure rei immobilis depositæ exemplum reperitur, nec uspiam fiat mentio, passim verò rerum *mobiliùm* depositarum: quod subinde argumento est, rerum immobilium depositum à LL. non agnosci. Resp. etiam exempla legum non esse mensuram legum, quali ultra se non

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

Nec etiam illud nos terret, quod 11 objiciunt, custodiam rei immobilis, si gratis committatur, abire in speciem mandati per l. 5. §. 4. ff. de præscript. verb. Resp. posse quidem abire in *mandatum*, non tamen semper debere, sed hoc ex intentione, & sine 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 disputationem esse existima: interest enim scire, ad quam culpam obstrictus sit ille, qui curam rei immobilis 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 depo- 12 sitis accedunt, 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. Verùm hanc paritatem nimium quantum claudicare, patet ex l. 1. §. 5. ff. b. t. ubi contrarium expressè his verbis decisum est: *Quæ depositis rebus accedunt, 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. 2. lib. 7. cap. 8. latam esse disparitatem in-

ter *Commodatum*, & *Depositum*, dum illud in gratiam, & commodum 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 accessorium non minus, quam id, quod principaliter fuit commodatum, utilitatem adferat commodatario: e contra in *deposito*, cum depositarius nullam ex re deposita utilitatem sentiat, iniquum foret, eundem ad custodiam eorum, quæ rebus depositis accedunt, velle obligare, licet non iuviti 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. r. §. 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 censentur in simul

esse depositæ? Accursius in *l. r. §. 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. r. §. 41. ff. b. t.* ubi hæc controversia mota, & contra *Trebatium* 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 præsumeretur dolo depositarii id factum, & deponens ad juratam rerum amissarum estimationem admitteretur per *l. r. §. 40. ff. b. t.* quod tamen rursus ita limita: nisi sigillum ab initio jam tam fragile apparuisset, ut citra 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 Depositum.

SUMMARIUM.

14. Effectus Depositum enumerantur. 15. Quando res deponitur in solius deponentis gratiam, depositarius duntaxat de dolo, & culpa lata tenetur. 16. Qui deponenti depositarium querenti se ultro offert, 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, eandem diligentiam rebus depositis adhibere teneatur? Nos relatis aliorum opinionibus simpliciter affirmativam tuemur. 21. Referuntur negantium argumenta. 22. Ad quæ

re-

respondetur. 23. Qualiter res depositæ instante periculo v. g. incendi curandæ sint, per tres distinctas Conclusiones hæc quæstio resolvitur. 24. 25. 26. 27. 28. Effectus Depositi remotus susè 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 dstringitur 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 reddita, quæ deterior redditur.* III. Et quidem ad nutum repositentis, *cit. cap. 2. b. t. l. 1. §. 22. §. 46. ff. eod.* nec quadrimestri aliis debitoribus concessio uti potest *l. 2. C. de usur. ver. jud.* quod tamen fallit in quatuor casibus. I. Si deponens exigat in damnum suum, vel aliorum, ut si deponens gladium suum fortè repetat furvens (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, tunc enim non ipsi, sed fisco reddenda sunt. *l. 31. princ. ff. b. t.* III. Si fur, qui rem ablatam apud tertium deposuit, & dominus concurrat, æquitas suadet, ut iste alteri præferatur, nam hæc est perfecta justitia (ait Tryphoninus in *l. 31. §. 1. ff. b. t.*) quæ suum cuique ita tribuit, ut non distrabatur ab ullius personæ justiore repetitione. IV. Si res à fure apud verum dominum, fraudis ignarum deposita sit, is eam deponenti reddere non tenetur, hoc quippe casu re-

te dicitur non contrahi depositum, quia non est ex bona fide, rem suam dominum prædoni restituere compelli. Sunt verba laudati 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 quæsitum per distinctas conclusiones enodabimus.

Dico igitur I. Quando depositum 15 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 culpa præstatione penitus absolvere videtur, dum dicit in *§. 3. l. Q. M. R. C. O. culpa 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 negligenti amico rem custodiendam tradit, non ei, sed suæ 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 expressè culpæ mentio fit, & aliàs notum est, doli nomine in contractibus culpam latam venire. *l. 5. §. 15. ff. ut in possess. legat. l. 1. §. 1. ff. si mentor fals. mod. l. 3. §. 3. ff. de Precar.* quia nimirum

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

16 Dico II. Qui se sponte offert deposito, eo tempore, quo deponens in genere aliquem depositarium quarit, tenetur ad culpam *levem*: is verò, qui se deponenti, ne quidem in genere depositarium inquirenti, aut nulla necessitate adacto, ultro offert, ad culpam quoque *levissimam*. Hæc quidem assertio bimembris 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 pro custodia mercedem recepit, alter seipsum 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. §. 35. ff. h. t.* Juliani sententia indefinita est, qua scribit, quod depositarius, qui se ultro obtulit, periculo depositi se illigasse censetur, 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 quærenti, se obtulit; Julianus verò de casu, quo quis depositum ultro in se suscepit, deponente nulla necessitate adstricto, nec depositarium quidem, quærente.

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

Sed quid de *nautis*, *cauponibus*, *stabulariis*, qui depositum ex officio suscipiunt? Resp. teneri de culpa *levissima. l. 3. §. 1. ff. Nautæ, Caupon. stabul.* quod si tamen protestati fuerint, ut unusquisque res suas servet, neque damnnum 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, etsi deponentes expressè non consenserint, 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 expressè consentiant, tacite consentire non videntur, cum homines istos jam obligatos sciant, etsi ad rixas fortè cavendas taceant.

Dico IV. Si depositarius ad majorem

rem

rem gradum diligentiae se ultrò obligaverit, quae ex natura hujus contractus alias praestanda non foret, eandem quoque impendere obstringitur, contractus enim ex conventionem legem accipiunt. *l. 1. §. 6. §. 35. ff. b. t. l. 23. ff. de R. J.*

19 Dico V. Depositarius de casu fortuito regulariter non tenetur. *l. 6. C. de Pignorat. act. l. 37. ff. de V. O. l. 23. ff. de R. J.* excipe, nisi de hoc specialiter conventum fuerit. *d. l. 6. §. cap. 2. b. t.* aut culpa casum praecesserit. *d. cap. 2. b. tit.* intellige tamen culpam illam, ad quam ex natura contractus depositarius tenetur, non verò majorem, nam alias sequeretur, quod depositarius etiam levi culpa adstringeretur contra claram juris 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 cuique mora, non alteri nocere debet. *l. 37. ff. Mand.* quod tamen rursus ita limita, nisi res deposita etiam restituta apud creditorem peritura fuisset. *l. 14. ff. b. t. §. arg. d. l. 47. ff. de Legat. 1.*

20 Haud ignobilis se nunc offert quaestio: An scilicet, qui in rebus suis consuevit esse diligentissimus, res quoque depositas eadem omnino diligentia curare teneatur? Pro utraque contradictionis parte non proleteria proferuntur rationum momenta, nec desunt, qui tam uni, quam alteri parti patrocinentur. 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 tuentur Magnif. P. Schmier *cit. lib. 3. tract. 3. cap. 3. n. 125.* Clariss. D. D. P. Ludovicus Engl *b. t. n. 8.* P. Placidus Böckhn *ibidem num. 24.* & D. D. Schlogängl ab Edlenbach in *Tract. de Dolo, Culpa &c. Dissert. general. cap. 3. num. 29. §. seqq.* Mediam quasi viam ingreditur Clariss. D. D. Peregrini *Inst. ad cit. tit. quib. mod. re contrab. num. 22.* dicens, quod is, qui rerum suarum curandarum studiosissimus est, tam exactam quidem diligentiam rebus depositis servandis impendere non teneatur, neque tamen sufficiat, ut ad vulgarem duntaxat modum diligens sit, sed mediocrem saltem diligentiam adhibeat, quam si omittat, culpa, quae in abstracto considerata non nisi levis foret, in concreto tamen, seu respectu ipsius depositarii culpa lata censeretur debet. *Profectò talis (sunt verba laudati Doctoris) utpote in exactissima diligentia, ut ita dicam, habitatus, in alienis autem neque mediocrem adhibens, videtur egredi terminos sinceri patrisfamilias, §. ita incidere in dolum praesumptum, seu committere culpam latam concretivè, seu respectivè talem.* Mihi sententia simpliciter affirmans, depositarium, qui in rebus suis exactissimae diligentiae est, non posse non aequali vigilantia res depositas curare, haecenus praepalavit, probationem dedi in *lib. 1. Decret. ad Tit. de Pact. num. 50.* Unde in praesentiarum duntaxat laborandum erit, ut oppositae sententiae argumentis congrua quadam responsione satisficiamus.

Dicunt igitur I. Depositarium tantum teneri de culpa lata, est de regula per textus generales in *l. 32. ff. §. l. 1.*

(1)

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 accidit) tantum de *culpa lata* teneatur; atqui tam una, quam altera regula eluderetur, si depositarius, qui res suas exactissime 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 præstanda sit, quod secundam regulam conculcit. 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, fit, ut diligentissimus paterfamilias deterioris sit conditionis, quam unus aliquis vulgariter diligens, dum illum in rebus depositis ad summam vigilantiam obligamus, in isto vero communi, sive infimo diligentia gradu contenti sumus. Quanta absurditas! IV. Nostra sententia ulterius hoc absurdum admittit, quod depositarium obliget non modò ad æqualem, sed majorem omnino diligentiam rebus depositis impendendam, quàm 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, qui nonnunquam dormituriat, quod impunè quidem faciet in rebus suis; non item in depositis, ad quas curandas ipsum summè vigilantem omni loco, & tempore esse volumus. 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, oportet deponens, si res suas solertissimo aliàs in rebus suis, custodiendas commendet. VI. Nostra sententia impingit in regulas ordinatæ charitatis, dum enim hæc jubet, se, & sua magis diligere, quàm aliena, per *l. 97. ff. de solut.* ibi: *potior habetur propria, quàm 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, quàm propriis, unde infirmum omnino præsidium in *l. 32. ff. b. t.* (quæ velut lapis angularis nostræ sententiæ est) nos collocare agnoscamus, necesse est; tamen enim ibi dicatur, quod salva fide majorem rebus nostris diligentiam impendere nequeamus, quàm alienis, id tamen intelligendum est, *salva lege charitatis.* VII. Nostra sententia offendit etiam in regulas bonæ 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 pensulaculius executi ocys occurret. Hæc sunt potiora, & prægnantiora AA. fundamenta, quia ta-

men

men demonstrationes istæ analytica nobis esse non videntur, herbam AA. non porrigimus, sed tela in nos evibrata aut excutiemus, aut retorquebimus.

22 Ad I. respondemus, nos neutri regulæ vitium inferre, non primæ, quæ dicit, depositarium de sola culpa lata teneri, nam etiam is depositarius, qui in rebus suis diligentissimus est, si minori diligentia curet res depositas, à culpa lata immunis non est. Ne gratis hoc dixisse videamur, nôsse oportet, quod culpa lata duobus modis committi possit (ut gnauiter aduertit 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, quàm propriis. d. l. 32. ff. b. t. Esto igitur, quod talis depositarius, de quo in præsentiarum nobis sermo est, culpam latam prioris generis, sive culpam in abstracto non committat, committit tamen culpam latam posterioris generis, sive in concreto, hoc est, respectivè talem, quatenus nempe non ad suum modum, quo res suas curat, res depositas tractat. Neque etiam alteri regulæ de gradibus culpæ in singulis contractibus præstandis vim inferimus. Et si culpæ hujus reos nos agere AA. velint, Ulpianum, qui allegatam regulam condidit in l. 5. §. 2. ff. Commod. Cajum, & Paulum nobilissimos Juris-Consultos, imò ipsùm Imperatorem Justinianum eodem crimine, condemnent, necesse est. Numquid Ulpianus, qui creditorem pignoratitium à culpa levissima immunem pronuntiavit in cit. l. 5. §. 2. mox in tit. seq. in l. 13. §. 1. ff. de Pignorat. act. illum exactissimæ custodiæ nexu obstrictum

esse, respondit. Audiamus ejus sententiam: Venit autem in hac actione (pignoratitia) & dolus, & culpa, ut in commodato; venit & custodia: vis major non venit. Quid aliud de contractu emptionis venditionis respondit Cajus in l. 2. §. 1. ff. de Peric. & commod. rei vend. lubet etiam ejus verba referre: Custodiam autem ante admetiendi diem, qualem præstare venditorem oporteat, utrum plenam, ut & diligentiam præstet; an vero dolum duntaxat, videamus? Et puto, eam diligentiam venditorem exhibere debere, ut fatale damnum, vel vis magna, sit excusatum. Ecce venditorem, quem Ulpianus in cit. l. 5. §. 2. ff. commod. à culpa levissima immunem pronuntiat, Cajus ad diligentiam exactissimam obligat. Cajo æquali tenore succinit Paulus in l. 3. ff. b. t. his verbis: Custodiam autem venditor talem præstare debet, quam præstant hi, quibus res COMMODATA est; ut diligentiam præstet exactiorem, quàm in suis rebus adhiberet. Nec aliter de conductore sensit Justinianus in §. penult. Inst. de locat. conduct. Culpæ gradum contra regulam Ulpiani sic definiens: Qui pro usu, aut vestimentorum, aut argenti, aut jumenti mercedem aut dedit, aut promisit, ab eo custodia talis desideratur, qualem 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 solertissimum ad parem solertiam rebus depositis impendendam obstringamus. Sed nondum oppositioni factæ satisfacisse

videtur, quanquam imperiali auctoritate, suffragantibus quoque Juris-Consultis, muniti sumus. Sensus ergo regulæ ab Ulpiano in sæpe cit. l. 5. §. 2. ff. commod. positæ referendus 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 admittet, cum 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 præstandis 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 exigì possit. Sit exemplo contractus *locationis conductionis*, 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 verò 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 graduum computatio quoad culpam fieri non potest, cum non sit alius homo vigilantior, ex cujus vigilantia comparatione levissimus culpa modus fieri possit: ergo in tali homine nunquam reperiri poterit præter dolum & *latam* culpam alia culpa, vel *levis*, 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* admittit; unde patet, depositarium in rebus suis studiosissimum, si non in eodem diligentia gradu res depositas curet, diligentem non fore *ad suum modum*, ac consequenter culpam *latam* admittere. Atque hac explicatione nihil alterutri regulæ dempsisse nos credimus, dum verum manet, quod depositarius in data hypothese culpa *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 hypothese obstringatur ad exactissimam diligentiam, sequi, eum pari passu ambulare cum altero, qui ex contractu omne fert emolumentum; 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; cum enim ad suum modum, quo res proprias curat, etiam rebus depositis intendere debeat, cit. l. 32.

l. 32. ff. b. t. is verò modus fit hominis diligentissimi, consequens est, ut inferiorem diligentiam rebus fidei suæ conceditis citra fidei violatæ periculum adhibere non possit. Ad III. Itidem negamus, deterioris esse conditionis depositarium diligentissimum, ac communiter diligentem, nisi fortè dicere malis, eam, qui bene agendi habitum contraxit, infeliciorem fore, altero illo, qui in virtutum exercitio hætenus 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 vigilantia agere, quæ agit. Ad IV. dicimus, tametsi pro humana conditione contingat, ut diligentissimus quoque paterfamilias de vigilantia studio tam in rebus propriis, quàm 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, à qua lege mortalium nemo eximius est. V. Argumentum ponderis haudquidquam habet. Dicant, amabò, ipsi Adversarii, si res quasdam pretiosissimas, aut unde omnes eorum fortunæ dependeant, deponere necesse haberent, nunquid diligentiorum, quo reperiri possent, quærerent depositarium? cur ita? Haud alio fine, quam, ut res suas tutiori loco, ac vigilantiori custodia servatum iri scirent: at verò hunc finem neutiquam assequerentur, & inani fiducia se lactarent, siquidem certum foret, depositarium talem, 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 justitiæ teneatur, quin hoc ipso legi charitatis ex æquo deferimus, dum, ne quid noxæ sibi consciscat depositarii conscientia, ad suum modum rebus depositis intendere jubemus. Ad VII. respondemus, nobis malè imponi, quod à regulis bonæ Dialecticæ deslectamus. 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 reperiri 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 instante 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 suppareis suis posthabeam, cum conditio rei depositæ talis non sit, ut secundum prudentum hominum existimationem meis præferenda videatur, & aliàs notum est, quod ordinata charitas, incipiat à se ipsa. Hac Conclusio non tantum procedit in depositario vulgariter diligente, sed etiam diligentissimo: etenim iste hoc quoque casu ad suum modum curasse res depositas dici debet, qui de contingentibus nihil omisit, quo eas salvare possit, unde interitus rei depositæ ei in culpam imputari nequit, sed id factu, & casui, quem præstare non tenetur, imputandum est.

Respondeo II. Si res meas viliores perire sinam, ut salvem res depositas pretiosiores, officium boni viri, & amici præsto, habeo tamen in simul deponentem mihi devinctum ad restituendum pretium earum rerum, quas ejus causa perdidit, siquidem deponens ex infra dicendis depositario indemnitate 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, amicitia duntaxat, & humanitatis jura violet, à præstanda rei perditæ præstatione cæteroquin immunis, eò, quod nec locupletior inde evaserit, nec intermissa nudæ amicitia, & humanitatis officia ad refusionem detrimenti inde orti obligent. Nam, si ignavum illum hominem judicamus, qui de rebus suis oborto v. g. incendio viliores salvat, pretiosioribus Vulcano relictis, fidem contractus profecto non implet, qui ea-

dem segnitie utitur 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 fide fecisse non præsumitur; quapropter ad refusionem damni, quod passus est deponens, tenebitur, nisi præsumptionem, cum 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 amisisti.* Vid. Panormit. *ibidem n. 2. §. 8.*

Minus principaliter ex contractu depositi deponens obligatur ad indemnitate 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 simplum agitur, quia ex contractu descendit, & rem, quæ vel deponenti, vel depositario abest, persequitur *§. 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.*

ff. b. t. polliceatur. Duplici enim modo Prætor actiones dare solet: aut enim civiles litigantibus applicat, aut sua jurisdictione actionem introducit, uti constat ex *§. 3. ff. 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. Prætorum edicto suo aliquas duntaxat circumstantias addidisse, nihil verò primario introduxisse.

25 Actio *directa* datur deponenti, & ejus hæredibus, cum rei persecutoria sit *§. 1. §. 2. ff. de perpet. §. temp. act.* adversus depositarium, & ejus hæredes ad rem depositam cum omnibus accessionibus, & usuris à tempore moræ recuperandam. Quod si plures hæredes sint, & res deposita *individua*, hoc est, certæ species depositæ v. g. libri, uni hæredi agenti, præstita cautione idonea de satisfaciendo reliquis cohæredibus, restituetur, aut in ædem sacram deponetur & depositarius omni actione liberabitur. *l. 1. §. 36. ff. b. tit.* sin 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, cujus 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 perit. 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: econtra hæredes absque suo consensu in communionem incidunt.

Actio contraria datur depositario, 26 & ejus hæredibus contra deponentem, & ejus hæredes, ut ratione sumptuum in conservationem rei depositæ factorum indemnis 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 condemnatur 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. S. 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 pœnam 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*

COR-

convenientur, etsi aliàs solùm 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. acceperit,
 singuli pro parte convenientur, sin
 vero singuli tanquam causa partialis in
 damnium rei indivisibilis influxerint,
 v. g. lancem conflaverint, aut conflari
 passi sint, *in solidum*, si res extet, secùs
 si periit, adeoque æstimatio præstanda.
 Tunc nonnisi pro parte hæreditaria
 conveniri poterunt, si tamen quisque
 solvendo sit: aliàs, qui solvendo est
 solus, *in solidum* tenebitur *l. 22. ff. b. t.*
 aut, si solus habeat rei restituendæ fa-
 cultatem. *l. 3. §. 3. ff. Commod.*

28 Quid autem de hærede bona fide
 rem depositam alienante? Resp. eun-
 dem teneri postea re cognita pretium
 restituere, aut, si illud nondum con-
 secutus esset, actiones deponenti con-
 tra emptorem cedere. *l. 1. §. fin. l. 3. ff.*
b. t. tametsi putativus tantum hæres fo-
ret. l. 4. ff. eod.

Illa quæstio hic prætermittenda non
 est, qua quæritur: an depositarius ex-
 ceptione *compensationis* uti possit, si for-
 tè deponens ex alia causa ipsi quidquam
 debeat? Resp. non posse. *§. 30. J. de*
act. l. ult. C. de compensat. adeò quidem,
 ut, nec deductio doli, vel non nume-
 rata pecuniæ, 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
 impenas in rem depositam factas de-
 positario debitor factus sit, num is com-
 pensatione improprie tali, hoc est, *re-*
tentione, dum ei satisfactum fuerit, uti

poterit? Affirmant præter alios com-
 plures Salisburgenfes nostri DD. omnes,
 moti tum *l. 18. §. 4. ff. commod.* ubi Ca-
 jus hanc generalem ponit regulam:
quod contrario iudicio consequi quisque po-
test, id etiam recto iudicio, quo cum eo
agitur, potest salvum habere jure pensa-
tionis. Accedit, quòd hæc sententia
 summam æquitatem habeat, eo quod
 durum foret, depositarium pro præsti-
 to beneficio ad prolixum *reconventionis*
 processum ablegare, & ideò teste Schil-
 tero *cit. exercit. 28. §. 60.* jure Germa-
 nico idipsum receptum fuit. Quod si
 tamen textui *cit. l. 11. C. b. t.* strictè in-
 hærendum sit, timeo vehementer, ut
 hæc sententia sustineri possit; hoc quip-
 pe argumento, quod ex Treutlero *lib. 1.*
disp. 26. th. 5. lit. C. & Hunnio *ibid. in*
resol. q. 7. adducit Haunoldus, impu-
 gnari potest: si tali depositario com-
 peteret jus retinendi, tunc hanc reten-
 tionem defendere deberet *exceptione*
doli, & contra deponentem excipere,
 quasi dolo repetat depositum, si nolit
 solvere expensas; sed *exceptio doli* ex-
 pressè rejicitur in *d. l. 11. C. b. t.* ergo.
 Nec facit quidquam *cit. l. 18. §. 5. ff.*
Commod. ab illa quippe regula deposti-
 tum exceptum esse, patet ex *§. 30. l. de*
act. ibi: *SOLA depositi actione excepta.*

Hac sententia posteriore recepta, tan-
 to firmiter concludendum erit, quod
 nec tunc retentioni locus sit, quando
 duo à se reciprocam depositum habent.
 v. g. Petrus à Paulo, & is vicissim ab
 illo; tunc enim, si Petrus prior depo-
 situm repetat, Paulus restitutionem re-
 cusare, & depositi sui compensationem
 præterdere nequit. per *cit. l. 11. C. b. t.*
 Quocirca ad hunc casum malè appli-
 cant 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 eadèmq; 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 impropriam tunc non impediri, quando inter contrahentes expressè conventum fuit, ut depositum propter reciprocum debitum, aut aliam causam compensari, aut retineri possit: quia Imperator in *sepe 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 quocunque, 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, quòd rem oppignoratam ex postfacto in depositum acceperit, custodiam pro natura contractus promississe censetur; si post, tunc deponens à priori contractu depositi per subsequenterem oppignorationem recessisse, & potius in pignus consensisse præsumitur, ut scilicet res deposita juxta naturam pignoris retineri possit, ob jus reale quæsitum, donec luatur, & hoc quidem, si res in specie fuerit oppignorata; secus, si in genere, quia tradi non solet.

Cum actione depositi directa concurrunt etiam actio de recepto adversus nautas, cauponos, stabularios *l. 3. §. 1. ff. Naut. caupon.* Actio 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.* Actio ad exhibendum *l. 1. C. b. t.* Rei vindicatio *cit. l. 1. §. 1. l. 2. §. 32. ff. eod.*

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

TITULUS 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 eminent *Emptio Venditio*, qua quidem appellatione olim generaliter omnis contractus domini 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. *Syntagm. jur. lib. 25. cap. 1. num. 2.* tum, quod firmissimus domini 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, quàm cui venditio esset adjuncta, ut constat ex *§. 1. J. de testam.* & testatur Plinius *lib. 33. Histor. natur. cap. 3.* Nos *Emptionem Venditionem* magis specificè, prout ab aliis Contractibus se distinguit, impræsentiarum delineabimus.

§. I.

Quid, & quotuplex sit Emptio Venditio.

SUMMARI A.

1. Contractus emptionis venditionis definitur. 2. Singula datæ definitionis particule explicantur. 3. 4. 5. Emptio venditio varie dividitur. 6. Quandonam venditio ad corpus, vel ad quantitatem fieri dicatur? hæc questionibus quedam notamina præmittuntur. 7. Subjuncta nostra resolutione.

EMPTIO venditio communiter describi solet, quod sit *Contractus bonæ fidei, juris gentium, consensualis, de re pro certo pretio tradenda.* Quo clarius datæ definitionis conceptus pateat, singularum particularum analysis subjungere placet.

Dicitur I. *Contractus bonæ fidei*, non quatenus *bona fides* opponitur *malæ 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.* secus in emptione venditione per *l. 6. §. 1. ff. de contrab. empt.*

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

Dicitur III. *Consensualis*, quo notatur hujus contractus differentia à contractibus *realibus*, qui ad sui substantiam actualem rei *traditionem* exigunt, qua sine non contractus, sed *nudi pacti* rationem 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 præstito utriusque consensu de *merce*, & *pretio*, mox actio ex *empto*, & *vendito* oriatur, & periculum rei venditæ in emptorem transeat. Debet autem iste consensus, si inter præsentés contrahatur, etiam esse præsens, & 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. ff. l. 2. §. 1. ff. h. t. l. 25. §. 1. l. 8. ff. eod. l. 11. §. 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 *actus re-tis*, *captus avium* &c. item *partus*, & *fructus* futuri rectè emuntur *d. l. 8. ff. h. tit.* debet insuper res tradi, eo effectu, ut vel *dominium*, vel *usucapiendi conditio* in emptorem transferatur; aliquando tamen sine *traditione* rei dominium transfertur, quando scilicet *fictione juris* sine actuali possessionis apprehensione res tradita censetur juxta *§. 44. & 45. ff. 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 expellatò locò pretii pecuniarii res, v. g. *frumentum*, venditori volenti tradatur, modo ab initio de pretio pecuniario conventum fuerit, quia initium contractus potius spectandum, quàm exitus, & ipsa solutio pecuniæ 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. h. 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. h. t. l. fin. C. eod.* in arbitrium ementis vel vendentis vel idèd remitti nequit, quia neuter necessitate adstringitur, & possent omnino non, vel nummo tantum æstimare rem, quod est contra naturam hujus contractus. *l. 35. §. 1. ff. d. t. l. 13. C. eod.* Pro complemento traditæ definitionis illud insuper notandum venit, quod, quamquam veteres appellatione *emtionis*, *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.* re ipsa 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 ver. permut.* Et ideo etiam alia actio emptori, alia venditori datur. *§. 1. Inst. b. t. ff. de A. E. V. Donell. lib. 13. cap. 1.*

3 Dividitur I. *Emptio* *Venditio* in *publicam*, & *privatam*, illa sit auctoritate publica, quando scilicet bona debitoris, qui fisco debet, & solvendo non est, sub hasta solenniter, & publicè veneunt. *tt. C. de fid. instrum. §. jur. hasta §. 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 definitione jam expositum est, sed expressa partium conventionione, dum scilicet consensum suum ita præcisè alligant *scriptura*, ut aliter eundem valere nolint, nisi desuper instrumentum emptionis venditionis vel ab ipsis contrahentibus fuerit scriptum, aut ab alio quidem, à 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* alligare voluerint, præsumendum est, quod scripturam tantum probationis, & majoris securitatis gratiâ adhibuerint. *arg. l. 4. ff. de pign. l. 4. ff. de fidejuss.* in dubio enim præsumimus, quod

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

Dividitur III. In eam, quæ sit ad *corpus*, & quæ sit ad *quantitatem*. Ad corpus venditio fieri dicitur, quando plures res, sive *homogeneæ*, sive *heterogeneæ*, sive quantitatis, aut mensuræ conditione quasi unum corpus cumulativim, & acervativim 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 prior *puræ*, hæc verò *conditionata* sit, donec nempe res emptori *adnumerata*, *ponderata*, 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 sæpè 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 verò, & 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 reperitur, 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 præsumitur nuda *demonstrationis* gratiâ quantitas fuisse adjecta, sed allegans id probare debet, quod tamen ei haud difficile erit, si venditio per *aversionem* facta est. *Wann ein Sach nicht mit Zahl, Pfund, Ellen, oder Morgen ist verkaufft worden. Aut, si quantitas incerta adjecta est, obhnges sehr bey zehen Morgen Gelds.*

II. Potest adjici quantitas *taxativè*, eo effectu, ut, si major aut minor quantitas, quàm expressa fuit, postea reperitur, pretium augeri, aut minui debeat. *l. 13. §. 14. ff. de act. empt. l. 2. prine. l. 4. §. 1. ff. de peric. & commod. rei vend.* *Molin. tract. 2. disp. 367. n. 9.* in dubio semper *taxationis* gratiâ quantitas fieri mentionem præsumitur. *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 *pranotatis*

Dico, in dubio tunc censerem rem ad **7** *corpus* esse venditam, quando primum *corporis*, constituto insuper unico pretio, facta est mentio, licet postea *quantitas*, aut *mensura* addita fuerit; econtrà 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.* quòd, ubi duo conjuncta 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.

SUMMARI A.

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

endum compelli non possunt. 12. Alienis nummis rem emens, non acquirit dominium illi, cujus nummis res emptæ est, sed sibi. 13. Id quod fallit in milite, pupillo, Minorene, Ecclesia, dote.

EMere 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 absolute, simpliciter, sed sub certo respectu, in quantum nempe ipsis interdicitur negotiatio quæstiosa, solius lucri gratiâ instituta, ad instar mercatorum, qui rem emptam, & in se nihil immutatam, rursus vendunt, sed pretio cariori. Textus sunt in *cap. 9. Et passim dist. 88. cap. penult. Et ult. de vita, Et honest. Cleric. cap. 1. Et 6. Ne Clerici vel Monachi res tamen sibi necessarias, aut utiles emere non vetantur; sicut nec res superfluas distrahere. Casus plures, in quibus negotiatio aliàs 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. Et mercat.* quod tamen duntaxat ad negotiationes, & mercimonia privata restringendū est, qualia plebejos magis, quàm nobiles exercere decet. Mercimonia majora, quæ amplos sumptus exposcunt, Regibus, & Principibus exercere probrosum non est, uti patet in Regibus Lusitaniæ, qui mercaturam amplissimam & quæstuosissimam, instituta naviga-*

tionem in Indiam, cum magno Reipublicæ emolumento jam à ducentis annis, & ultra exercent, quod ipsum ab Hispanis, Anglis, Batavis, Belgis, Venetis &c. praticari scimus. III. Interdicitur emptio venditio *Præsidibus, & Magistratibus* in illa Provincia, quam administrant. *l. 62. princ. ff. h. t.* & hoc ob metum concussionis, quia timendum foret, nè subditi metu concussi, res, quas aliàs nolent, vendere, aut certè pretio multò viliori dare deberent. Quam prohibitionem non afficere hodiernos Magistratus cum aliis judicat Clarissimus P. Böckhn ad *h. t. num. 9.* quia hodie Magistratus sunt *perpetui*, qui olim erant temporarii, unde nimis dura redderetur 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, dilucidè exponit prælaudatus Clariss. P. Böckhn ad *h. t. n. 12.*

Quæres I. An, quis invitus ad emendum vendendum cogi possit? Respondeo in regula negative, textus in *l. 11. 13. Et seq. C. de contrah. empt. l. 2. C. ut nemini liceat in empt. specier.* Ratio est, quod iste contractus mutuo, & libero partium consensu inœatur, & quilibet rerum suarum moderator sit, & arbiter. *l. 21. C. mand.* sunt tamen casus quidam excepti, ubi quis ob justam causam, & utilitatem publicam res suas vendere, aut alienas emere compelli potest.

teff. Sic I. dum metuitur, ne caritas annonæ provinciam flagellet, possunt subditi, à magistratu cogi ad victualia, quæ ipsis superfluum, vendenda, tametsi alias venalia non habeant, id quod maximè locum invenit in *Dardanariis*, vulgò *Rornæ Juden*, & qui habent granaria copioso frumento instructa. l. 2. C. ut nemi. liceat in empt. Specier. l. 1. §. 11. ff. de Offic. Præf. 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 coëmât, & eam dein quæstus, & lucri causa carius vendat. *Bocerus Class. 2. D. 3. sb. 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 *Gotterlästereyn*. §. 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 suprâ allegati, & testantur *Schneidew. ad §. fin. J. b. t. num. 8.* *Harprecht ad §. 11. J. de Publ. jud. num. 22. & seq.* II. Ex causa utilitatis publicæ possunt privati compelli ad vendenda prædia sua. Ut, si domus annonaria in usum civitatis extruenda, aut fortalitiu erigendum, aut mœnia urbis amplius proferenda sint. arg. l. 15. §. 2. ff. de R. V. l. 11. princ. ff. de Evict. hoc quippe jure adversus seiplos utuntur etiam ipsi Principes,

quod communiter omnibus prodest (ait Justinianus in l. un. §. 14. C. de caduc. toll.) hoc privata nostre utilitati præferendum esse censemus. Ex qua causa nunquam 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 tract. 10. disput. 341. num. 2.* III. Ad evitandam *communio-nem*, quæ discordias non rarò parere solet, si quis partem suam fundi communis vendidit, isque ante traditionem *communi dividundo* judicium accipere coactus fuit, in quo ipsi totus fundus adjudicatus est, cogi ab emptore potest, ut totum fundum sibi vendat; & econtrà 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 æquo sæviebat, jubebatur eundem æquis conditionibus vendere. §. 2. J. de his, qui sui, vel alien. l. 2. ff. eod. Unde *Mynsingerus lib. 5. observ. 8.* & *Gail. lib. 1. observ. 17. num. 2.* inferunt, quod hæc constitutio hodiedum obtineat, ut, si dominus in subditos suos nimium sæviet, à superiore cogi possit, ut jurisdictionem suam vendat, ac consequenter subditos suos à sua jurisdictione eximat.

His exceptionibus etiam accense-¹⁰ tur *jus stapule*, die *Stapel*, oder *Staffel-Recht*, *freye Widerlag*. vi cujus merces in illum locum, qui hoc jure gaudet, delatæ, in commodum in-

incolarum ad tempus vānum 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, quā mercatoribus, aut civibus ibidem existentibus vendere teneantur. Stryck. in *U. M. ad Tit. de contrab. 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. cū personæ Ecclesiasticæ sint membra Reipublicæ, ac ejusdem legibus vi *directiva indirectè* teneantur, inde est, quod pro casu necessitatis, aut exigente utilitate publica ad vendendum cogi possint, non tamen à Magistratu politico, cujus jurisdictioni non subsunt, 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 Salisburgenfisibus Magn. P. Schmier *lib. 3. tract. 3. cap. 2. n. 36.* Clariss. PP. Benedictus Pettschacher de *contract. in particul. quest. 4. num. 705.* Ranbeck in *panopli. immunit. Eccles. disput. 2. cap. 7. num. 5.* Placidus Böckhn in *Comment. hic num. 16.*

Illud non extra rhombum hic quaeritur, an, qui aliena pecunia rent emit, ejus subsecuta traditione, dominium sibi acquirat, num illi, cujus 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 patitur exceptionem in *milite*, cujus nummis si res quæpiam 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. quando ex factō tutor. l. 52. V. planè ff. de pecul.* Idem obtinere in Ecclesia, si ejus nummis quidquam comparatum est, in *Dissert. præambul. §. 1. num. 8.* ostendimus.

§. III.

Qualiter merx constituat objectum Emptionis Venditionis?

S U M M A R I A.

14. Res omnes, quæ 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 potest. 17. Solvitur objectio. 18. Aliæ res vendi prohibite 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 actiones & nomina vendi possint? 24. Quid lege Anastasiana circa emptiones nominum cautum sit? 25. Quomodo hereditas objectum venditionis constituat? 26. Jus accrescendi transit in emptorem. 27. Solvuntur contraria. 28. Quomodo res, quam quis cum alio communem habet, vendi possit?

Objectum emptionis venditionis constituit *merx*, & *pretium*, utrumque huic contractui ita essentialiale, ut sine eo consistere, & 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 obnoxiiis, de quibus hæc generalis est regula, quod omnes res vendi possint, quas quis habere, vel possidere, vel persequi potest. *l. 34. §. 1. ff. de contrab. empt.* hoc est, quæ sunt in commercio humano *l. 1. §. 1. ff. quæ 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. quàm singulares. l. 35. §. 5. §. 6. ff. de contrab. empt. mobiles, & immobiles. princ. Inst. de inut. stipul. corporales, & incorporales, 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, quàm in personam l. ult. C. d. t. etiam quæ ex delicto descendunt. *arg. l. 14. princ. ff. de furt. l. 35. §. 4. ff. de contrab. empt.* non tamen vendi possunt actiones criminales publicæ. *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 illæ privatam nostram concernunt 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 hæc actio ad meram vindictam tendat. *l. 2. §. 4. ff. de collat. & eapropter ad hæredes injuriam passi non transeat, cum tamen cæteræ actiones pœnales ipsis non denegetur. §. 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 præstari non possit.

Inter res vendi prohibitas primo *l. 5* 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 inæstimabilis sit, quæ nullo pretio adæquari valeat. *l. 106. ff. de R. J. duos tamen casus exceptos reperias I. cum homo liber annis viginti major ad participandum pretium se vendumdari passus est. §. 4. Inst. de jure Person. l. 21. ff. de stat. hom.* venditio valet, supposito tamen, quod ipse venditor conditionis suæ gnarus esset, & pretii partem verè accepisset, emptor verò probabili ignorantia ductus ipsum pro servo habuisset. *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 confurgit 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 distrah.* concessit Patri facultatem vendendi liberos *sanguinolentos*, etiam in liberis 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 *nimie paupertatis, egestatisque.*

18 Ulteriùs prohibentur vendi res *sacrae l. 6. princ. l. 22. cum 2. seqq. ff. h. t. Religiose ad. II. § l. 2. § 9. C. de Religios.* 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. h. t. res Universitatis. §. ult. Inst. h. t. cit. l. C. princ. ff. eod. Venena mala l. 35. §. 2. ff. h. t.* hoc est, quæ alterius rei mixtura, bona effici nequeunt. Similiter prohibentur arma, & instrumenta bellica Christiani nominis, & Imperii Romani hostibus vendi. *cap. 6. § 17. de Judæis, § Saracen, l. ult. C.*

quæ res ex part. non deb. adeo, ut, qui ejusmodi barbaris arma vendiderit, in Legem Juliam 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 *Judæis*, aut *hereticis. l. 1. § 2. C. Ne Christian. mancip.* quia ab istorum commercio exempta sunt. Hodie, cum 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 ignoranti vendiderit, actio emptori datur in id, quod interest, ipsum deceptum non esse. *l. 57. §. 1. ff. h. t. §. ult. Inst. eod.* si nescierit ipse venditor, emptor pretium, quod solvit, tanquam indebitum condicet *l. 22. § seq. ff. h. t. l. 8. princ. ff. de peric. § commod. rei vend. & arg. l. 11. §. ult. ff. de act. 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

versa, vel denique uterque ignoraverit? Primo casu venditio est nulla l. 34. §. 3. ff. de contrab. Empt. l. 70. ff. eod. Ratio gemina assignatur, I. quod contractantes non censeantur habuisse animum transferendi rei venditæ dominium, id quod tamen de natura hujus contractus est, ut dominium emptor habeat l. 80. §. ult. ff. b. t. II. Quod bonæ fidei repugnet; eam alienationem approbare, qua uterque & emptor, & venditor in furti crimen incidit, si nimirum talis res sit vendita, quæ furto obnoxia esse possit. Facit huc l. 66. princ. ff. de Furt. l. 36. ff. de noxal. Act. Unde hoc assertum 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 certè spem non vanam affulgere, fore, ut venditor rem hanc à domino compareret. Secundo casu, quo venditor scivit, rem esse alienam, non etiam emptor, contractus in præjudicium venditoris 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 postea rei venditæ fiat dominus, venditio planè firmetur l. 72. ff. de R. V. l. 14. C. eod. Quod si 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 Evict. imò nec ad pretium solutum restituendum; quia solvens scienter indebitum, illud non repetit l. 1. ff. de Condit. 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 accepit, eandem reddere debet. Et hoc sensu exaudienda sunt illa verba in cit. §. 3. l. 34. *Nec tamen ex vendito (venditor) quidquam consequitur, nisi ultro, quod convenerit, præstet.* Tertio demum casu, ubi uterque ignoravit, rem esse alienam, contractus cum mutua utriusque obligatione, & actione subsistit, nam, ut ait Ulpianus in l. 25. §. un. ff. b. t. qui vendidit (intellige, bona fide) *necessè non habet, fundum emptoris facere, sed sufficit, quod possessionem tradat venditor, & ad evictionem se obliget l. 1. ff. de Rer. permut.*

Sed quid, si emptor sciens rem alienam emerit, contestans se eandem in gratiam Domini emere, eisque refuso pretio se restitutum, an inquam eodem casu dominum, rem suam vindicare volentem, exceptione negotiorum gestorum, dum pretium expositum refuderit, repellere possit? Respondeo, hanc exceptionem emptori non esse denegandam, supposito tamen, quod res fortè à fure vel prædone empta alia ratione commodè domino conservari non potuit, aut periculum imminens fuit, ne res periret, aut denique facultas recuperandi 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 solvit, emptor repetit. Ita Lessius de J. & J. lib. 2. cap. 21. dubit. 18. Schiltnerus exercit. 16. §. 63. qui insuper mo-

ne uti possit, necesse esse, ut fundamentum suæ exceptionis prius probet, videlicet emptionem hanc in domini utilitatem cessisse, id quod probare potest ex communi aliorum opinione, qui in his circumstantiis utiliter negotium fuisse gestum existimant, quam tamen probationem contraria probatione rursus elidere potest dominus, si ostendat, rem gestam speciatim sibi esse odiosam, fortasse (ut exemplificat Lessius) si emptor 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, refundere non tenetur, sed illius jacturam emptor ferat oportet. Vid. l. 10. ff. de negot. gest. Hanc exceptionem, cum summa æquitate nitatur, etiam illi emptori accommodat Grotius de J. B. § P. lib. 2. cap. 10. §. 9. qui ab initio protestatus non est, quod in gratiam domini emere velit, modo appareat, ut dictum est, quod ipse dominus hanc rem fortè à pirata detentam, sine impendio aliquo probabiliter recuperare non potuisset. Interim si hæ circumstantiæ, rei recuperationem difficilem reddentes, absint, sentio cum laudatis AA. emptorem, tametsi rem domini bona fide emerit, eandem restituere debere, nec posse ab eodem erogatum pretium repetere, quia domini conditio potior est, quam emptoris, vel cujuscunque alterius possessoris, utpote infirmiori jure subnixi.

21 Quæres II. An, & quomodo spes in hunc contractum venire possit? Spem non esse extra objectum emptionis venditionis, 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, scilicet aleæ, & fortunæ commisit. V. G. si pretium certum statuat in præsentem jactum retis. Est hæc venditio pura, & absoluta, & tenetur emptor ad conventum pretium solvendum, 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 propitiâ expertus est, ut res captæ pretium conventum duplo excedant, de pretio nihil quidem remittere tenetur. l. 12. ff. de act. empt. nec locus est l. 2. C. de rescind. vendit. de qua infra, & ratio est, quod sicut damnus omne est emptoris, si fortunam adversam experitur, ita æquum est, ut commodum, & emolumentum ferat omne, si spe major est fortunæ eventus; Etenim in ejusmodi venditione initium contractus spectandum est, quo tempore & modus, & valor contractus 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 nascuntur, vel feras, qui per autumnum proximum capientur. In hoc quippe casu emptor intentionem suam non incerto fortunæ beneficio alligat, sed rei ipsimet, sub conditione tamen: si quid natum, aut captum fuerit; unde lata est disparitas inter unum, & alterum contractum, dum emptio spei est pura & absoluta, & emptor ad solvendum pretium obligatus est, quamquam nihil natum fuerit; emptio verò rei futura est quidem ab initio valida, futuro tamen eventui alligata, ita, ut diem conti-

tineat. *l. 99. ff. de condit. & demonstr. &c.* si nihil nascatur, contractus retro red-
ditur nullus, nec quidquam à vendito-
re ei debetur, sed si quid eo nomine sol-
vit, conditione *causæ data, causa non*
secuta repetere potest *l. 8. princ. ff. b. t.*
Molina *tract. 2. disput. 340. n. 14.* Man-
tica *lib. 4. tit. 18. num. 26.* In dubio,
si non satis liquet de mente, & inten-
tione contrahentium, an *spem*, vel res
ipsas, ut *futuras* in contractum deduce-
re voluerint, ita sentiendum censet Mo-
lina *cit. disput. num. 14.* ut, si venditio
celebrata sit super fructibus, qui natu-
ra sua primum nascentur, censeatur esse
emptio *conditionata, si quid natum fue-*
rit; sin vero hæc incertitudo non se te-
neat ex parte rei, quæ jam est nata, aut
in rerum natura existit, sed ex parte, &
voto ipsorum contrahentium, non *rei*,
sed *spei* emptio facta fuisse præsumat-
ur.

33 **Quæres III.** An, & quomodo *actio-*
nes, sive *nomina* vendi possint? *Actio-*
nes, & *nomina* rectè in contractum em-
ptionis venditionis deduci posse, con-
stat ex rubrica, & *tt. ff. de H. vel A. V.*
& quidem sive debitum sit purum, si-
ve *conditionatum, l. 17. ff. de H. vel A.*
V. sive debitor nomen à creditore alte-
ri fuisse venditum sciat, sive ignoret,
l. 3. C. d. t. quia non æquè interest *de-*
bitoris, quem habeat creditorem, sicut
creditoris, quem debitorem nanciscatur,
cum substituto alio debitore, qui aut
solvendo non est, aut difficilioris for-
tè conventionis, durior *creditoris* con-
ditio effici possit, id quod *debitori* ex
mutata *creditoris* persona non est timen-
dum, excepto, si eo invito actio in
potentiorum transferatur, quo casu, si
appareat, quod venditor id fecerit ma-

ligna hac voluntate, ut debitor poten-
tia novi emptoris opprimatur, non mo-
do venditio est nulla, sed ipse vendi-
tor omni jure, quod ad tale debitum
habuit, excidit, & potentior, cui ces-
sa est actio, arbitrariè est puniendus
l. 2. C. Ne liceat potentior &c. Scribit
quidem Grænweg *de LL. abrogat. ad*
cit. l. hanc pœnam legalem hodie esse
abrogatam, sed nimis confidenter hæc
eum asserere notat Perez. *ad b. t. in Not.*
& Joann. à Sande *de Cession. Act. cap. 6.*
num. 10. qui *num. seq.* rectè limitat hoc
jus in cessione à patre facta filio poten-
tiori, 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 credito-
ris ita adhæret, ut ad alium transferri
nequeat, cum primis, quando jus est
reale, quod præcisa traditione non ac-
quiritur *l. 20. C. de Pact. l. 8. C. de H.*
vel A. V. Emptor ergo actionis jus
utile agendi per venditionem duntaxat
acquirat, idque singulari legis benefi-
cio 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 constituatur procura-
tor *in rem suam.* Quomodocumque ta-
men emptor hoc jus agendi in se trans-
tulerit, plus petere nequit, quàm ipse
venditor potuerit; & ideo, si debitor
solvendo non sit, regressum adversus
venditorem non habet, cum venditor,
qui nomen vendit, *verum* duntaxat, non
etiam *bonum* vendidisse præsumatur, si-
ve ut Ulpianus in *l. 4. ff. de H. vel A. V.*
explicat, venditorem, *locupletem esse de-*
bitorem, non debere præstare: debitorem
autem esse, præstare, nisi aliud convénit.

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 Tract. 2. disput. 340. num. 5. Et hæc quidem, quæ de venditione nominum hætenus 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 constituatur *procurator in rem suam*, sed eundem plene dominum absque reservatione *actionis*, seu *juris directi* effici, quia, quod jus *directum* maneat penès 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 adjiciendum est, licuisse de jure veteri vendere, vel cedere *nomen*, sive *actionem*, quocumque ferè pretio, quoniam verò postea compertum fuit, illos, qui ejusmodi *nomina*, quæ ut plurimum dubia, incerta, & litigiosa erant, viliori pretio coëmerunt, id duntaxat debitores vendendi 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.) hujusmodi subiret *cessionem*, (adeoque *nomen* & *actionem* emeret) usque ad ipsam tantummodò 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 excepit 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, d. l. 22. V. exceptis, tunc enim, cum 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, quam 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 sit, ad quod aliàs de jure non adstringebatur. l. 16. C. de Solut. III. Obtinet in ea cessione, *quam is, qui res alias possidet, pro rerum apud se constitutarum munimine, ac tuitione accepit.* d. l. 22. quorum verborum explicationem vide apud Card. Tuschum 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 illis *cessionibus*, quas inter legatarios, seu fideicommissarios, quibus debita, vel actiones, seu res alia relictae sunt,

sunt, pro his fieri necesse sit. d. l. 22. id est, si hæres legatariis, aut fideicommissariis, quibus actiones, & debita, seu nomina, aut res legata 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 Anastasiane* dabit D. D. Bernardus Gletle *Select. Quest. ad part. 3. Pandect. cap. 19. n. 7. §. seqq.* & Manzius in *speciali Discursu super interpretatione d. l.* ubi *Quest. 9.* advertit, Constitutionem 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 abolita, sicut ex eo, quod advocati, si alicubi ab ipsis per longissimum tempus *juramentum calumnie* non fuisset exactum, ab hac obligatione non sunt facti eximii, sed hodie dum ab iis exigi poterit, ut idem Manzius probat ex *Alexandro Consil. 45. num. 2. Vol. 2.* & *Mascardo Vol. 1. Conclus. 424. num. 3. §. 4.* De praxi *Legis Anastasiane* 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 hereditas sive tota, sive pro parte vendi possit? Respondeo, hereditatem semel delatam, non tantum vendi, sed quo-

cunque alio titulo domini translativo, puta donando, permutando, 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 & aditionem hereditas in dominium hæredis perfectè transferit. Quod si hereditas delata nondum sit, venditio ejus non subsistit, sed æque, ac pactum de hereditate viventis, tanquam contra bonos mores initum, improbat in *l. ult. C. de Pact.* nisi, ut ibidem limitatur, ipse forte, de cujus hereditate pactum est, voluntatem suam eis (paciscentibus) accommodaverit, & in ea usque ad extremum vite sue spatium perseveraverit. Interim, cum moribus Germaniæ pacta Successoria de hereditate 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 hereditatis nondum delatæ subsistit. Unde non dubito scribit Stryck. *cit. §. 2.* subsistere contractum, si quis à sorore sua speratam hereditatem patris pro certo pretio emat, modo accedat jurata sororis renuntiatio, quam Jus Canonicum, & mores Germaniæ tali casu regulariter exigunt. *cap. 2. de Pact. in 6.* & ibi DD.

Venditio hereditatis hunc operatur effectum, quod omnia jura, & commoda, quæ ad hæredem ratione hereditatis pertinere, ipsaque nomina activè spectata, ac jus agendi utile in emptorem transeant; jus verò directum non nisi facta cessione, qua emptor constituatur procurator in rem suam. Nomina verò passiva in emptorem non transeunt, sed iisdem hæres venditor oneratus manet, ita, ut creditores non

ca-

emptorem, sed venditorem convenire debeant, quia is suo facto, scilicet venditione hæreditatis, à nexu, quo per *aditionem* 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 *hypotheca* nexu obligatam; tunc enim à creditore hypothecario conventus, actionem declinare non poterit, cum hæc contra possessorem hypothecæ qualemcunque competat. Priori tamen casu, si venditor hæreditatis vel legatariis, 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 hæreditariarum non eodem modo in emptorem, quo in hæredem transeat, sed, quod in hærede per solam *aditionem* acquiritur, id in emptore non nisi *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 acquir. vel amitt. Hæred.* ubi dicitur, quod deficientis pars alteri cohæredi quoque *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 hæreditariae* negas, adeoque vis dicere, quod *jus accrescendi* quasi offibus ipsius hæredis instituti inhæreat, licet cum aliquali respectu ad portionem à se agnitam; siquidem qualitas hæredis per *aditionem* ipsi hæredi quasi characterem indelebilem imprimat, & facit, ut semel factus 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 adcrefant:* 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 adcrefcere 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. 1.* 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*

sub-

substitutus is, qui vendidit hereditatem testatoris, an etiam id, quod ex impuberis hereditate ad eum, qui vendidit hereditatem, pervenit, ex empto actioni locum faciat? Hæc quæstio in AA. principiis non potest non esse *Domitiana*, siquidem ipsis certum, & indubitatum est, quod, quidquid ad hæredem post venditam hereditatem pervenit, illud non emptoris, sed venditoris compendio cedit. Et tamen de hoc casu prudenter adhuc quæri posse, *Ulpiano* visum est. Quæ ergo ratio dubitandi subesse poterat? illa, quod venditor hereditatis in eodem testamento, & hæres scriptus fuerit, & insimul impuberi substitutus, quæ tamen ratio *Ulpiano* insufficientis videbatur, ut illam portionem, quæ venditori titulo substitutionis obvenerat, emptori adjudicaret. Cur ita? quia alia hereditas 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 hereditas est; licet enim unum testamentum sit, alia tamen, atque alia hereditas est: ergo si una eademque fuisset hereditas, emptoris commodo ex mente Ulpiani utraque portio cessisset: quoniam verò in Thesi nostra portio deficientis cohæredis ad eandem hereditatem spectat, ad quam portio alterius cohæredis pertinet, per legitimam consequentiam inferas oportet, portionem defectam non hæredem venditorem, sed emptorem sequi.* Probat *III. ex l. ult. ff. de H. vel A. V.* ubi *Labeo* sic rescribit: *Si excepto fundo hereditario, venit hereditas, deinde ejus fundi nomine venditor aliquid acquisivit, debet id præstare emptori hereditatis.* Ratio decidendi erat, quod, hæ-

reditas, cum sit aliquod corpus mysticum, incrementa, & decrementa suscipiens *l. 20. §. 3. ff. de H. P.* faciat, ut, quidquid ex fundo hereditario excepto emolumentum percepisset venditor, emptori restitueret, quia emolumentum illud non pars fundi excepti, sed hereditatis venditæ esset. Unde sic argumentor: vendita hereditate fructus fundi excepti non sunt excepti, sed lucro emptoris cedunt: ergo etiam vendita portione ab uno cohæredum, venditum quoque est *jus accrescendi*, respectu portionis alterius cohæredis, quia licet hæc portio non veniat sub venditione alterius portionis, sed habeatur quasi excepta, tamen emolumentum, quod occasione hujus portionis defectæ, deinde hæres venditor effectivè acquirit, scilicet *jus accrescendi* (quod nihil aliud est, quam *jus obtinenda portionis vacantis*) emptori hereditatis præstare debet, quoniam *jus accrescendi* non est pars portionis defectæ, sed ad complexum reliquorum jurium hereditariorum pertinet. Probat *IV. ex cit. l. 2. princ. ff. de H. vel A. V.* ubi dicit *Ulpianus*: quod *id inter ementem, & vendentem agatur, ut neque amplius, neque minus juris emptor habeat, quam apud hæredem futurum esset.* Et *§. 2.* *Non tantum autem, quod ad venditorem hereditatis pervenit, sed & quod ad hæredem ejus ex hereditate pervenit, emptori restituendum est. Et non solum, quod jam pervenit, sed & quod quandoque pervenerit, restituendum est.* Si dixeris, his verbis *Juris-Consultum* nihil aliud innuisse, quàm quod emptor hereditatis nec plus, nec minus juris quoad partem venditam debeat habere, quàm ipse venditor habuerit, & quod omne id, quod

(M)

ad

ad hæredem expofactò intuitu *illius partis* perventurum est, emptori restituendum fit, non autem quoad partem alteram, alterius nempe cohæredis, quæ diversa, & distincta est, quamque venditor hæres comprehendere nec potuit, nec voluit. Si inquam ita responderis, nã tu Ulpianum imprudentiæ damnas, ut qui tam otiosa exaggeratione venditori hæreditatis quoad fructus, & emolumenta partis venditæ, tam, quæ pervenerunt, quam quæ quandòque perventura sunt, onus restitutionis impositum esse voluit, cum 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 act. empt.* Ne igitur labem hanc inferri patiamur prudentiæ tam celebris Juris-Consulti, dicendum est, Ulpianum, non de restitutione fructuû ipsius partis *venditæ*, sed portionis *defectæ* sensisse. Et sanè ita sensisse, elucet ex citatis verbis: *Sed §. quod ad hæredem ejus EX HÆREDITATE pervenit.* Aliàs enim scribere debuisset: *Quod ad hæredem ejus EX PARTE SUA HÆREDITARIA pervenit, vel quandòque pervenerit, restituendum est.* Quoniam verò simpliciter, quod ad eum *ex hereditate* pervenit, aut perventurum est, restituere jussit, & portio cohæredis deficientis pertineat ad *hereditatem*, concludenter inferimus, mentem Ulpiani fuisse, ut venditor partis hæreditariæ illam quoque portionem, quæ sibi *jure accrescendi* aliàs obvenisset, emptori restituat. Ipse Gerardus Noodt, utut adversam sententiam strenuè propugnet, fateri cogitur, omne emolumentum, quod ad hæredem vendito-

rem pervenit, 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. cum nihil est actum, emptori præstare, quidquid jure accrescendi ad eum venerit, quasi hereditate vendita, venditus sit effectus universi juris, quod ad venditorem ex hereditate, ea non vendita, pervenisset.* Ita oportet emptorem non plus, non minus habere, quam venditoris fuisset, quocumque tempore pervenerit, 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, æquissimum esse, EMPTOREM HÆREDITATIS (venditoris respectu: sic enim interpretor) VICEM HÆREDIS OB-TINERE.* Aliis argumentis referendis, dum relatis causam emptoris jam satis munitam fore confidimus, consultò superfedemus. Plura ejusmodi munita studiosus lector collecta reperiet apud Magnif. D. P. Schmier *l. 3. tract. 3. cap. 2. à num. 69. & Clariss. Duumviros Bernard. Gletle Select. Quest. 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. §. alios.*

Qui ex adversa acie stant, an sicut 27 numero: ita robore potiores sint, id judicis, præjudicatas opiniones non fovendis, arbitrio dirimendum relinquimus. Unum tamen, alterumve argumentum, quo AA. causam venditoris 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 volun-

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.* ergo hæredi venditori *jus accrescendi* leges adjudicant, non verò emptori. 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, cum 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 videntur velle, ut cum omnibus prærogativis, quibus præ resingulari 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, & decremента; quapropter hæreditate vendita, semper illud jus venditum intelligitur, quod penes hæredem futurum fuisset, si ea vendita non fuisset, *jus verò accrescendi*, si hæreditas vendita non fuisset, apud hæredem fuisset; ergò, dum vendita, est, apud emptorem esse debet, cum emptor, *neque amplius neque minus juris habeat, quam apud hæredem venditorem 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 sciverit, libertatem à *LL.* hæredi esse indulgam, 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, quam 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 desit esse hæres. Ad hoc respondeo, quod quidem venditor maneat hæres, sicut in emphyteusi dominus *directus* manet dominus rei in emphyteusin constituta, *effectivè* tamen, & *utiliter*, sicut solus emphyteuta est dominus, ita emptor *effectivè* est hæres. Quod ulterius sic ostenditur: Emptor hæreditatis omne jus in defuncti bona, quod hæres habuit, consequitur, adeoque & actiones contra debitores hæreditarios *l. 5. C. de H. vel A. V.* ergò ef-

fectivè, & utiliter ipse est *heres*, non *venditor*. Et quanquam creditores hereditarii 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 *heres* consideratur.

Opponunt III. Nos ipsi, inquit, fatemur, quod *jus directum*, vendita hereditate, adhuc maneat penes venditorem: ergò *jus accrescendi* non fundatur, vel non adhæret parti venditæ, sed potius characteri *heredis directi*. Ad hanc oppositionem reponimus, quod sicut admittimus, in herede posse considerari *jus hereditatis directum*, & *utile*, ita sine absurdo dicere possumus, quod *jus accrescendi* aliud sit *directum*, aliud *utile*; illud heredi *directo*, sive venditori, istud emptori tanquam heredi *utili* vindicamus. Vid. Gerardus Noodt *loc. supra cit.*

Sed quid immoramur huic quaestioni, 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 quis cum alio communem habet, vendi possit? Respondeo rem communem eatenus 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 *venales*, quæ in hunc finem sunt, ut vendantur, hos quisque sociorum *in solidum* vendere potest, quia ad id sibi invicem socii mandatum dedisse censentur. Idem die 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. fisci.*

§. IV.

De Justitia pretii in Contractu Emptionis Venditionis observanda.

SUMMARIUM.

29. Pretium est de substantia hujus Contractus. 30. Pretium justum aliud est legitimum, aliud naturale. 31. Pretium naturale est vel summum, vel medium, vel inf-

infimum. 32. Pretii iustitia non est mensuranda ex intrinseca rei qualitate, sed ex aestimatione hominum. 33. Unde pretium iustum 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 sententia referuntur. 36. Nos cum Tiraquello resolvimus, idem pretium venditori ab eo, qui jus reluendi 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. *J. b. t.* ubi Tribonianus ait: *Nulla emptio sine pretio esse potest.* Et quod hoc pretium debeat esse *nummarium, verum, & non simulatum, certum, vel certitudine absoluta, vel respectiva, proprium, & iustum,* constat ex *l. r. ff. b. t. l. 36. § 55. ff. l. fin. C. eod. l. 11. §. 2. ff. de Act. empt. vendit.* & à nobis in explicatione definitionis jam præoccupatum fuit. Inpræsentiarum de *iustitia pretii* agendum erit, circa quod

30 Notandum I. Pretium iustum 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 ipsismet rebus confurgit, cum multa tamen dependentia ab hominum affectu, & aestimatione, 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 *naturale* tam arcto limite non circumscribitur, sed habet suam latitudinem in *linea iustitie*, modo, pensatis circumstantiis omnibus, puta, necessitate, utilita-

te &c. quæ reipsa hic & nunc in commercio humano concurrunt, merci sit commensuratum. Schilterus exercit. 30. §. 25.

Notandum II. Hoc pretium *naturale*, ut suam conservet iustitiam, à DD. communiter distingui in *summum*, seu rigorosum, in *medium*, seu moderatum, in *infimum*, seu *pium*. Quod si subinde venditor intra hos gradus se contineat, nec rem ultra summum pretium vendat, *Iustitia commutativa* non violatur, & propterea fieri potest, ut uno eodémque tempore una res unicarius, quàm alteri vendatur, absque eo, quòd lædatur iustitia 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. Iustitiam pretii non esse mensurandam, aut desumendam ex ipsius rei intrinsecis qualitatibus, perfectione, aut nobilitate, sed ex usu, quem in ordine ad commercium humanum præstat; imò nec illum usum, quem res ex natura sua præstat, aestimandum esse, sed quatenus homines rem aliquam in ordine ad certum usum plus minusve aestimant. Sic videmus, quod nobiles gemmam aliquam pluris aestiment, quàm plurimos frumenti modios, utut frumenti usus ex natura sua utilior, meliòrque sit, quàm gemmæ
M 3 usus,

usus, quia tamen ejusmodi hominibus gemma ad ornatum magis deservire videtur, quàm frumenti copia, inde est, quod gemmam ad illum usum pluris æstimant, quàm 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 Markt-Rauff vendita fuit, quia pretia rerum non ex affectione particulari, sed publica affectione æstimanda sunt *cap. 3. b. t. l. 36. ff. ad Leg. falcid.* modo tamen pretium publicum non duraverit modico tempore, putà 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 votum 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, duplici hac via ad verum, & justum rei pretium deveniri posse, scribit Köppen *Decis. Quæst. illustr. Quæst. 43. num. 18. & seq.* I. Si res sub hasta veneant, tunc enim ex plurium licitatorum sententiis iudex verum rei pretium facilius detegere potest. *Arg. l. 50. ff. de Evict. & Autb. Hoc jus porrectum C. de SS. Eccles.* II. Per

peritos rerum æstimatores 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 a 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 *Mascard. de Probat. vol. 2. conclus. 651. & pluribus seq.* Vid. etiam *Köppen cit. Q. n. 28. & seq.*

Quæres III. Quando quis invitus rem suam vendere cogitur, an possit ab emptore exigere pretium summum, quod tertius forsàn obtulisset, vel an debeat esse contentus pretio medio, aut infimo? Sunt, qui venditorem in tali casu vulgari pretio contentum esse jubeant, eo, quod pretia rerum communiter non ex singulorum affectione constituentur, *cit. l. 63. ff. ad Leg. Falcid.* & videtur etiam ipsis patrocinari textus in *l. 9. princ. ff. de Public. & vectig.* ubi dicitur, quod locatio, quæ calore licitantis ultra modum solitæ conductionis fit, de facili admitti non debeat. Facit etiam huc *l. 1. C. de Metallar. & Metat.* ubi ei, qui vendere cogitur, competens, hoc est, ordinarium pretium exsolvi jubetur. Alii distinguunt cum *Wessenbecio Consil. 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 casu, dicit, retrahentem tantum ad justum, & ordinarium pretium venditori exsolven-

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

36 Ego cum Tiraquello *de Retract. lign.* §. 1. *Gloss. 18. num. 4. & seq.* Et D. Köppen *cit. Quest. 44. num. 38.* simpliciter, & sine distinctione emptorem, qui vel ex lege, vel ex pacto *jus Prohibitivum* 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.* & *l. ult. C. de jur. Emphyteut.* ubi dicitur, quod emphyteuta tantundem 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 hanc 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 Scutum Trebell.* Auth. *Hoc jus porrectum C. de SS. Ecclesiis.* Et denique ipsi æquitas suadet, ut venditor non defraudetur lucro, quod licite & justè ab alio emptore quærere potuisset. Unde non obstant textus pro prima sententia allati. Non *l. 9. ff. de Public.* & *Vendig.* 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 hypothese 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 illatio. *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 permissum*, aut *non puniri*. In quo sensu intelligit *Faber* illas juris maximas: *non omne, quod licet, honestum est*, item: *Non semper, quid liceat, sed quid honestum sit, est inspiciendum.* Volunt ergo jura ob modicam læsionem in emptionibus venditionibus *licere*, emptoribus & venditoribus se mutuo aliquo modo circumvenire, non quòd approbent lædentis fraudem, sed quòd non puniant, & hoc ex æquissima ratione, ut lites, quibus tribunalia frequentissimè replerentur, extinguantur, aut prævertantur. Per hanc tamen impunitatem lædens alterum, in foro conscientie 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 dispositione juris, nec ex intervallo adjici potest, sed hoc de Jure Romano, non etiam de moribus Germaniae. 40. Inest tamen tacite venditionibus fiscalibus, & bonorum Ecclesiasticorum. 41. Potest hoc pactum adjici vel indefinite, vel cum praescriptione temporis. 42. Si plures vendiderint fundum communem, nec singuli in hoc pactum consenserint, manebit totus priori venditori, quod tamen rursus limitatur. 43. Pactum hoc potest adjici vel sub conditione suspensiva, vel resolutive. Quid intersit, utro modo fiat, explanatur. 44. Aliqui distinguunt, num conditio fuerit verbis directis, vel obliquis adjecta. 45. Nos hanc distinctionem repudiamus. 46. Quid sit Pactum legis commissoriae? 47. Potest tantum adjici sub conditione resolutive. 48. Si indefinite conceptum, opus est interpellatione venditoris, ad hoc ut lex commissaria exerceri valeat; secus si cum praescriptione certi temporis. 49. Effectus hujus pacti panditur. 50. Venditione caduca facta emptor fructus non modo extantes, sed etiam consumptos restituere tenetur. 51. Hoc pactum in favorem venditoris, non emptoris adjicitur, cujus notabilis effectus ostenditur. 52. Pactum de retrovendendo explicatur. 53. Quae sit differentia inter hoc, & duo priora pacta. 54. 55. Duo Corollaria subnectuntur. 56. Si emptor durante hoc pacto rem tertio vendat, an venditor illam a tertio vindicare possit? aliorum sub distinctione respondentium opinio refertur. 57. Nos eidem actionem realem negamus, sed tantum personalem contra primum emptorem indulgemus. 58. Ad quem spectant fructus medio tempore percepti? 59. Quo pretio res sit revendenda? Discutitur. 60. Item an sumptus interim factos venditor refundere teneatur? 61. An contra hoc pactum locus sit praescriptioni?

38 **T**Ria potissimum pacta sunt, quae contractui emptionis venditionis adjici solent, quorum primum vocatur pactum additionis in diem, & a venditore, non vero emptore adjici potest; sicut enim emptoris est licitari, ita venditoris addicere. Pactum istud hoc modo contractui solet apponi: convenit nimirum venditorem 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 Addict. Censetur autem meliorem conditionem offerre is, qui aut plus solvit, l. 4. §. 6. ff. d. t. aut promptius, sive maturius solvit, etsi forte in minori quantitate, quam primus emptor, quia, qui ante tempus solvit, plus, qui vero tardius solvit, minus solvisse videtur §. 23. ff. de Act. Non enim ratione quanti tantum, 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 Struvium illustrat Strykius ad Tit. de in diem Addict. §. 12. Item censetur melior conditio offerri, si opportuniori loco solutionem emptor promittat, l. 4. §. 6. ff. de in diem Addict. nam & loco plus peti, & solvi potest d. §. 33. ff. de Act. aut si emptor posterior levioribus conditionibus rem emat, quam prior, aut, si ea remittat, quæ venditori molesta erant in priori venditione, utut fortassis majus pretium pro priori non offerat cit. l. 4. §. 6. Verbô: toties melior conditio offertur, quoties venditori notabile aliquod emolumentum intuitu alterius emptoris accedit, l. 4. §. ult. §. l. seq. ff. d. t. ubi tamen in arbitrio primi emptoris erit, eandem conditionem (propter quod à venditorè admonendus est) offerre, si volet, atque hoc pacto secundum emptorem excludet. l. 7. §. 8. ff. d. t.

39 Hoc pacto tacitè & ex dispositione juris non inest contractui, sed debet à venditore expressè adjici, & quidem in continenti, sive re adhuc integra, 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 quanquam, de jure Romano obtineat, moribus tamen Germaniæ non convenit, quibus teste Stryckio ad Tit. de in diem addict. §. 7. & Brunnemano ad l. 1. d. t. licèt ejusmodi pactum ex intervallo quoque adjicere, eo effectu, ut contractum rursus resolvat. Excipiunt tamen à data regula Strykius ad cit. tit. §. 2. Schilterus exercit. 30. §. 49. Venditiones 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 superârît, res addicatur, etenim hic ipse modus bona fiscalia sub hasta vendendi pacto additionis in diem originem dedisse, testatur Haunold. tract. 10. cap. 1. controuv. 20. n. 180. Hoc ipsum pactum tacitè inesse venditionibus bonorum Ecclesiasticorum, & aliorumque piorum locorum ex auth. Hoc jus porrectum C. de SS. Eccles. probat Stryckius, & cum eo Philippi de subhast. cap. 2. comm. 4.

Potest hoc pactum adjici vel cum præfinitione temporis certi, intra quod meliori conditione oblata venditio resolvatur, vel indefinitè, sine temporis determinatione, ut, si venditor simpliciter dicat: Si quis meliorem conditionem attulerit, recedatur ab emptione. Quo casu quæritur, quousque melior conditio offerri possit? Resp. cum laudato Stryckio ad cit. tit. §. 8. & Magnif. P. Schmier lib. 3. tract. 3. cap. 2. num. 114. §. seq. usque ad 30. annos, quia eò usque vitalem spiritum trahit actio personalis ex empto. arg. l. 3. C. de Prescript. 30. vel 40. Annor. Et licèt cum illa concurrat actio realis scilicet rei vindicatio (posito quod pactum additionis in diem sub conditione resolutiva verbis directis adjectum fuerit) quæ breviori Periodo vitam absolvit, poterit tamen hac actione neglecta, alteram personalem intentare. l. 6. §. 1. ff. de contrab. Empt. Imò nec actionem realem extingui existimat Stryckius, eò, quod emptor, cum rei venditæ jam dominus factus sit, usucapere nequeat, ac præterea mala fides obstat, ut rem ob-

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, oblata dein conditio duobus placeat, displiceat tertio, an hoc casu resolvatur contractus, num verò meliorem conditionem offerenti totus cedat fundus? Respondeo, contractum propterea non resolvi, sed totum manere priori emptori. *l. 11. l. 13. ff. de in diem addit.* quia in re communi potior est conditio prohibentis, ita Ulpianus in *l. 13. d. t.* quod si divisim partes suas venderint, venditio pro parte illius tantum resolvitur, qui oblatam conditionem accepit. *l. 11. §. ult. ff. d. t.* Mantica de *Tacit. & ambig. convent. lib. 4. tit. 28. num. 39.* D. D. Fleck. in *Biblioth. jur. lib. 3. tit. 31. num. 9.* Noodt ad *b. t. prope finem.*

43 Pactum additionis in diem vel adjicitur sub conditione suspensiva, dicendo v. g. *fundus meus tibi venditus esto, nisi intra 30. dies melior conditio offeratur.* Vel sub conditione resolutive v. g. *si venditor dicat, vendo tibi edes meas, hac conditione, ut, si alius intra mensem majus pretium afferat, res sit inempta.* In effectu autem multum interest, an hæc, vel altera conditio adjiciatur, dum venditio sub conditione suspensiva imperfecta est, & venditor dominus manet, non obstante traditione, quæ sub hac ipsa conditione facta est; & ideo emptor nec emolumenta rei percipit, nec damna fert. *l. 4. princ. ff. d. t.* si venditio sub conditione resolutive 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 adhuc pendeat, longe præstantior, & nobilior est altera, dum per ejusmodi venditionem, si venditor fuit dominus, mediante traditione in emptorem perfectum dominium transfertur, aut saltem usucipiendi conditio, si dominus non sit, *d. l. 2. ff. d. t.* & ad eum omnia commoda, & incommoda spectant, ipsique res perit. *d. l. §. 1.* si deficiat conditio, hoc est, si intra certum tempus conditio melior non fuerit oblata, emptio venditio fit irrevocabilis, & proinde habetur, ac si nunquam conditio fuisset adjuncta. Quodsi conditio existat, resolvitur venditio, & rei venditæ dominium sine traditione ad venditorem redit, isque à quocunque possessore rem unacum fructibus extantibus ex re vendita quæsitis vindicare. *arg. l. 4. ff. de R. V. l. 4. C. de Pact. int. empt. ratione* verò præstationum personalium actione venditi agere possit *lib. 4. §. 4. l. 14. §. 1. ff. de in diem addit.* imò & fructus cum locupletatione consumptos juxta nostra principia in *Tit. de caus. Possess. part. 1. num. 38.* exposita, ab emptore repetit, quod eo quocunque casu procedit, quo primus emptor oblatam 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 moneant, an conditio resolutive verbis directis, vel obliquis fuerit apposita, ita, ut priori modo factam venditionem hi effectus consequantur, quos paulò ante enumeravimus. Posteriori verò modo contractus non ocysus 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 Pact. inter empt. &
vendit. ubi hæc 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 discrimen
faciendum sit, sed si verbis directis,
sive obliquis conditio adjecta fuerit,
utrobique contractus, ea existente, re-
solvatur, & dominium ipso jure ad ven-
ditorem redeat &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)
quàm quod dominium illico ab eo dis-
cessit, & in venditorem ipso jure trans-
latum est. Quod vero id, quod AA.
volunt, in pacto legis commissoriae con-
stitutum fuerit, habet suam rationem
specialem, quia hoc pactum habet rati-
onem pœne, ideòque tanquam quid
odiosum restringi meretur, ut domi-
nium ipso jure ab emptore in vendito-
rem non transferatur, nisi fuerit conce-
ptum verbis directis, quæ ratio cum
cesset in Pacto additionis in diem, di-
spositio d. l. huc trahi nequit.

46 Alterum, quod emptioni adjici
nonnunquam solet, est pactum legis
commissoriae, 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 Rauff 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 emp-
tor moram faciendo in solutione in
legem venditionis committere, & pec-
care censeatur. 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 fuisse
translatum, quapropter, si venditioni
apponatur talis conditio: *Vendo tibi
fundum, si pro eo intra duos menses cen-
tum solveris*, non erit pactum legis
commissoriae, sed aliud pactum vagum,
& innominatum, suspendens effectum
venditionis in tempus soluti pretii.
Multum autem refert, an venditio sub
pacto legis commissoriae 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.
§. 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 commissoriae, sed indefinitè, hoc est,
sine præfixo certo solutionis termino,
ut venditio committi dicatur, & emp-
tor 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. §. ult.
ff.

ff. de Leg. commiss. quia dies, sive ipse terminus interpellat, & debitorem suae obligationis memorem facit. *l. 23. ff. de O. & A. l. 12. C. de Contrab. & 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, omniâque, tam commoda, quàm incommoda sentit, 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 Addict.* 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 redit. *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 Pact.* Ratio hujus singularitatis redditur à Gerardo Noodt *ad h. t. in fin.* quod venditione sub conditione resolutive facta, dominium fictione juris ultra ad venditorem pertineat, ac si venditio nunquam fuisset contracta, & dominium rei sine causa traditæ à venditore nunquam abiisset. Sed hoc ita, si verbis *directis* hoc pactum adjectum sit, puta, 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 mihi ex tunc eandem repeteri &c.*

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

Cum dictum sit, resoluta venditione, emptorem debere fructus unâ cum re vendita restituere. Hinc quaeritur, an hoc quoque de illis fructibus intelligendum sit, quos sine locupletatione consumpsit? Ratio dubitandi, & negandi videtur esse, quod hos fructus bona fide consumpsit, consequenter, sicut alius bonæ fidei possessor eosdem restituere non teneatur. At tamen, ut emptorem ad fructuum *consumptorum* restitutionem obligemus, facit autoritas Neratii in *l. 5. ff. de Lege commiss.* & ratio subjuncta, *quia nihil penes eum residere oporteret, ex re, in qua fidem sefellisset.* 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 Böckhn *in Comment. ad h. t. num. 74.* & Clariss. D. Collega D. D. Peregrini *Inst. ad h. t. num. 8.* qui posterior Author hanc reddit rationem quod ex opinione AA. negantium repetitionem; sequeretur hoc absurdum, quod emptor, qui se in procuranda solutione studiosum probasset, magis puniretur, quàm si de solutione parum, aut nihil sollicitus fuisset. Siquidem solvendo partem pretii, ejus jacturam ferre, nihil verò solvendo, nihil quoque damni subire cogeretur, quod æquitati, & saniori jurisprudentiæ contrariari videtur. Arrhas tamen, & quod proxenetæ nomine emptor dedit, eum amittere, constat ex *l. 6. ff. d. t.* & hoc idcirco, quod ad implendum contractum

ctum adhuc nihil impendisse videatur, secus, dum partem pretii jam solvit, vel in pœnam committæ 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, artham, & pretium una cum usuris à venditore repetit. Arg. l. 29. §. 2. ff. de Edilit. edict.

§ 1 Illud quoque circa pactum legis commissoriae notandum venit, quod il- lud in favorem venditoris, non empto- ris adjiciatur l. 2. ff. de Legat. commiss. idcirco, si emptor in præfixo termino non solvat, emptori integrum non est, invito venditore à contractu recedere, aut oblato pretio moram purgare, etsi casus fortuitus moræ causam dedisset, quia hic tantum excusat in contractu absoluto, & mora personali; non item in contractu conditionato, & mora reali, excepto casu, quo emptor per judicem solvere prohibitus fuisset l. fin. ff. de Lege commiss. bene verò est in ar- bitrio venditoris, an malit hoc pa- ctum exercere, sicque rem venditam cum fructibus vindicare, vel valere con- tractum, sicque 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 al- terutrum determinare, id quod potest verbis expressis, etiam extrajudicialiter, vel tacite post lapsum solutionis termi- num solutionem ab emptore recipien- do, qua electione facta, variare am- plius nequit, quia ad renunciata non datur regressus. l. 11. C. de R. C. l. 46. ff. de Pact. & emptori ex electione unius jus est quæsitum. 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 vendi- tionis adjectum, ut sive ipse venditor, sive hæres ejus emptori pretium quan- docunque, vel intra certum & defini- tum tempus restituerit, fundus vendi- tus reddatur, solet hoc pactum addi, vel in favorem venditoris (quod com- muniter fit) ut, scilicet, quandocun- que, vel ad certum tempus venditori li- buerit, rem redimere, emptor cogat- ur eam retrovendere; vel in favorem emptoris, ut in ejus arbitrio sit, vel quocunque, vel definito tempore, rem emptam restituere, venditorémque ha- bere obligatum, ut restituto pretio rem redimat: vel denique adjicitur hoc pa- ctum in utriusque favorem, ita, ut uterque, dum libuerit, contractum dissolvere 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 eò tendat, ut per retrovenditionem do- minium rei venditæ, in emptorem pri- ma venditione translatum, quasi per no- vum contractum, & novam venditio- nem 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, & ideo in pacto retrovenditionis nova traditio re- quiratur, secus ac in illis, uti colligi- tur ex d. l. 2. ubi expresse habetur, quod redimere volenti actio solum per- sonalis ex vendito competat; in illis ve-

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

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

55 Colliges II. quod ex hoc pacto venditio non ipso jure, sicut in prioribus duobus pactis, resolvatur, sed is, qui redempturus est, conditionem prius adimplere debet, antequam retrovenditionem petat, qua conditione adimpleta venditio demum resolvitur. *Arg. l. 13. §. 8. ff. de act. Empt. D. D. Fleck in Biblioth. jur. lib. 3. tit. 33. num. 6.* Verùm hæc 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 *rursus restituatur.* Ita, ut priori phrasi conceptum faciat, ut pretio soluto venditio resolvatur, & dominium rei venditæ ipso jure ad venditorem reverta-

tur, *arg. l. 4. C. de Pact. inter Empt.* posteriori verò casu hæc 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 resolutionem 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 factio 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 quæstionem sub pari distinctione resolvunt, ita, ut pacto verbis *directis* concepto, venditori actionem realem contra tertium possessorem competere asserant. *Arg. l. 13. princ. ff. de Pignorat. act. sin verbis obliquis:* actionem realem venditori contra tertium emptorem competere negent, per textum in *l. 2. C. de Pact. inter Empt.* ubi venditori duntaxat actio *personalis* conceditur, quæ extra contrahentes contra tertium se non porrigit.

Mihi, cùm hæc distinctio non us-
quequaque arrideat, cum Molina
Traç.

Tract. 2. disp. 374. num. 9. sic respondendum videtur, quod venditori primo nullum jus reale, ac per consequens nec actio realis competat, sed solum actio personalis, qua is duntaxat contra primum emptorem experiri valeat ad venditionem primam dissolvendam, si adhuc in ipsius, aut hæredum suorum dominio existat, alioquin ad interesse, si in tertii emptoris dominium sit translata. Ratio hujus sententiæ est palmaris, quoniam pactum *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 competat actio personalis ex contractu per vulgata, tantum minus ex pacto *de retrovendendo* potest venditor actionem realem contra tertium possessorem instituire. 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. act.* responderi potest cum Bartolo, quod debitor pignus in tertium emptorem translatum per vindicationem 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 ami-

ferit, rectè contra tertium emptorem rei vindicatione agere poterit.

Uterius quæri solet, ad quem fructus medio tempore percepti spectent, quando contractus ex pacto *retrovenditionis* rursus resolvitur? Resp. distinguendum esse inter fructus *perceptos & pendentes*. Illos suos facit irrevocabiliter emptor, quia hæc præsumitur fuisse intentio contrahentium, ut, sicut venditor fructus pecuniæ in suos usus interim convertit, nec illos, resoluta contractu, restituit, ita emptor fructus ex re vendita perceptos ex post restituere non teneatur, Tiraquellus *de Retract. convent. §. 1. Gloss. 1. n. 3.* & Stryckius *h. t. §. 61.* Clarissim. P. Böckhn *ad h. 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 initi contractus, & cedentis diei, ita, ut, si in prima venditione fructus *pendentes* venierint una cum re vendita, vicissim resoluta 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 sanè, si in arbitrio venditoris esset, ut, quocunque anni tempore pretium offerret, emptor rem redhibere teneretur, posset venditor expectare tempus messis & ibi oblato pretio rem unà cum fructibus redimere, non sine gravi præjudicio emptoris, id quod bona fides in hoc

contractu 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 lucratur *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 domini perfecti.

59 Hanc quæstionem excipit alia, quo scilicet pretio res sit revendenda? Ego sic existimo, ut, si ab initio, dum contractui partes pactum *retroventionis* adjecerunt, inter ipsas non conveniret, ut pretium tempore *retroventionis* 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 retroventionis solvendum expressè non determinaverint, solvendum sit pretium, quod tempore relutionis fuerit justum, defenditur à Tiraquello *de Retract. convent. §. 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 retroventio sit nova venditio, utut ex priori pacto debita, id quod confirmatur ex *l. 58. ff. de Pact.* ubi jurisconsultus de retroventionem loquens, ait, hoc pacto *non tam hoc agitur, ut à pristino negotio discadamus, quam ut novæ quedam obligationes inter nos constituantur.* Accedit altera ratio, quod alioquin venditor studiosè illud tempus opperiri posset, quo rei pretium crescit, sicque minori pretio, scilicet primitus constituto, rem redimere, non sine fraude, & damno emptoris.

Verùm ad has rationes respondetur, & quidem ad primam, negando, quòd retroventio sit nova venditio, sed emptor vi pacti, primo contractui incontinenti adjecto, ad retroventionem 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 ideò ab initio notanter diximus, quod dominium rei venditæ in emptorem prima venditione translatum, *QUASI per novum contractum, & novam venditionem redeat*

deat ad venditorem, non quod reverà nova venditio sit, sed quod quandam figuram novæ venditionis præferat. Quod ulterius ex eo confirmatur, quod primo venditori contra morosum emptorem ad redimendam rem venditam actio ex vendito, vel etiam præscriptis verbis ex eodem primo contractu competat. l. 50. ff. de contrah. empt. l. 6. ff. de rescind. vendit. Richter ad l. 2. C. de Pact. inter empt. fol. 219. num. 28. & fol. 267. num. 200. Textus in cit. l. 58. ff. de Pact. 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, quàm ut novæ quædam obligationes inter nos constituantur. Quia similia pacta, ex intervallo adjecta, non participant illas qualitates, quas habent pacta in continenti adjecta, & ideo procul dubio novæ obligationes constituuntur, nec prior contractus per illa resolvitur. Vid. Fabr. Rational. ad h. t. Altera ratio fraudem, quam in simili receptione latere putat, non degit. Nam responderi potest, quod emptor, si in ipsius gratiam pactum de retrovendendo adjectum sit (uti adjici posse jam supra diximus) satisfaciatur, si pretium in eo monetæ valore restituat, qui erat tempore primæ venditionis, tamen si is tempore retrovenditionis auctus fuerit, adeoque ad imparia emptor, & venditor in hoc pacto non judicantur.

60 Huic rursus alia succedit quæstio: An sumptus, & impensas 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. 1. 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 Edilit. edict. 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 præstita sint, retrovenditio non habet locum: nec emptor rem restituere tenetur, etiam si impensæ adhuc sint illiquidæ, & redimens de earum refusione, si postea fuerint liquidatæ, sufficienter cavere velit, quia venditor conditionis eventum: puta, quod omnia emptori sint restituta, & iterum soluta, expectare, adeoque moram pro liquidatione concedere 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 61 superanda, dum quæritur: An contractum retrovenditionis præscriptio quidquam possit? Ut huic quæstioni satisfiat, tres casus sunt distinguendi I. vel venditor paciscitur, 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 redimere. III. Vel denique simpliciter, & sine ulla præfinitione temporis paciscitur. Primo casu extinguitur jus redimendi post temporis conventi effluxum: nam quod intra certum tempus fieri debet, postea cenietur prohibitorium l. 23. ff. de Stat. liber. l. 42. §. 12. ff.

(O)

ff. de Fideicom. libert. Et paria sunt, juri suo renunciare, aut lapsu temporis excludi *l. 1. §. 11. ff. de Success. edict.* Secundo casu præscriptioni non est locus, quia ante diei adventum, ex quo agere potest venditor, jure impeditus est, quia ob diem nondum venientem agere prohibetur: jure autem impeditis non currit præscriptio. *l. 7. §. 4. C. de Præscript. 30. vel 40. Ann.* De tertio igitur casu quæritur, an si pactum retrovenditionis indefinitè, & sine ulla temporis determinatione adjiciatur, emptor juri reluendi, sive reemendi contra venditorem præscribere possit? Aliqui distinguunt: An venditor sine definitione certii temporis hoc pactum adjecerit, num verò expressè 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 aliæ personales 30. añorum limite circumscribantur. *l. 3. C. de Præscript. 30. vel 40. ann.* tum, ut ne emptor, in cujus arbitrio regulariter non est positum, venditorem urgere, ut redimat, perpetuo fluctuare necessum habeat, an rem retenturus sit. Tiraquell. *de Retract. Convent. §. 1. Gloss. 2. n. 1. & seqq.* Struvius *Exercit. 43. Thes. 3.* Altero casu viam cuicunque præscriptioni esse oclusam autumant 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. Knippfschildt de *Contract. Exercitat. 8. Quest. 11.* moventur hac principaliter ratione, quod cuilibet beneficio præscriptionis renunciare fas sit. Brunne-
man. ad Wessenbec. *tit. de Usucap. Quest. 34.* præscriptio enim est beneficium privatorum (seribit Stryckius *cit. loc.*) cui renunciare tutò possunt. Neque magnum incommodum ex hac renuntiatione in rempublicam redundat, cujus parum interest, quis bona possideat.

Sunt iterum alii, qui præscriptionem simpliciter excludunt, alii tricennariam admittunt. Illi praxim, hi theoriam magis amant, & colunt. De Praxi 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 contract. Empt. §. 45.* Gail. *lib. 2. observ. 18.* Pro theorica veritate strenuè depugnant Schrader de *Empt. num. 174.* Hunaius in *Resolut. ad Treutler. lib. 1. disp. 28. Thes. 20. Lit. D. Quest. 61.* & ex nostris Magnificus P. Schmier *cit. tract. & cap. num. 181.* & *lib. 1. tract. de Præscript. cap. 4. à num. 193.* & Clariss. P. Böckhn ad *h. t. num. 82.* Quorum fundamenta uti solidissima, ita copiosissima hic producere non vacat, ad quos subinde studiosum lectorem, theorix amantem, remittimus.



§. VI.

Quis Effectus ex parte venditoris oriatur, perfecto utrinque Contractu.

S U M M A R I A.

62. Obligaciones, 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, subiunctis duobus Corollariis. 71. Quid peculiare sit in emente à fisco? 72. Fructus & accessiones emptoris esse etiam ante traditionem, altera questione 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 evidionis præstationem venditor conveniri possit, enumerantur. 79. An venditor Ecclesiæ teneatur de evidione, si illa eidem litem non denuntiavit, casu, quo litem sibi fuisse motam venditor aliunde scivit? Affirmativè resolvimus. 80. Ad quid in casu evidionis venditor teneatur? 81. Si venditor rem vitiosam vendidit, duplex emptori competit actio, scilicet redhibitoria, & æstimatoria. 82. Utraque quando locum habeat, & quo effectu, exponitur.

62 **E**ffectus consistit in obligationibus, quibus venditor, emptione perfecta, subicitur, & sunt sequentes I. obligatur ad rem venditam tradendam, liberam ab oneribus inconsumptis, & vacuum ab alterius possessione tam civili, quàm 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 detertere potest, indicare necessarium habet l. 1. §. 1. ff. d. t. & si quid dissimulet, dolum facere dicitur in l. 43. §. 2. ff. h. t. & tenetur emptori ad id, quod interest l. 30. ff. de Act. empt. ut ut 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 Contrah. 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. §. 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. cujus tamen etiam traditæ dominium non aliter emptori acquiritur, quàm si is venditori pretium solverit, vel alio modo satisfecerit, velut expromissore, aut pignore dato, aut, si venditor fidem emptoris secutus fuerit. IV. Ob-

ligatur quoque venditor rem venditam absque vitio tradere, aliàs tenetur de vitio, & morbo rei venditæ. *t. t. ff. de Edilit. edict.* V. Denique tenetur damna, quæ dolo, vel culpa lata, & levi intulit, refarcire, quia hic contractus utriusque utilitatem respicit. *l. 5. §. 2. ff. Commod.*

63 Quæritur 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: ergò multò magis venditor hac obligatione tenebitur, cum illius conditio sit favorabilior, quàm istius, siquidem ille *evictionem* non præstat *l. 18. §. ult. ff. de Donat. l. 2. C. de Eviç.* nec in plus, quàm facere potest, condemnatur *§. sed & si quis ff. 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 utrique præstando interesse, satisfaciet: ergò. 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 venditor 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. 49. ff. Mand. nec alteri per alterum iniqua conditio inferri l. 24. ff. de R. J.* Hoc autem fieret, si venditor compelleret emptorem ad probandum interesse rei venditæ, cujus probatio difficilis est. *l. ult. ff. de Prætor. stipul.* ergò 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 perièrit, interesse præstare teneatur, id quod colligitur ex verbis finalibus *cit. l. 1. princ. ff. de Act. empt.* ubi dicit jurisconsultus, quod interesse emptoris quandoque egrediatur pretium, unde, cum 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 loquantur de casu, quo venditor in re tradenda culpabiliter morosus extitit; tunc enim si emptoris amplius non interest, rem ha-

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

65 Opponunt II. *l. 13. §. 1. ff. de re Judic.* ubi præcisè ad factum, quod quis promisit, præstandum nemo obligari dicitur; obligatio autem tradendi ex parte venditoris 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, ædificare &c. quæ facta propriam in se æstimationem habent, ad hæc facta, non diffitemur, nemo obligari per se potest: ad facta verò, quæ tanquam media ad aliud, ut in præsentem, ad transferendum dominium serviunt, & in seipsis propriam æstimationem non habent, negamus, aliquem non posse obligari. Fodiens quippe, vel ædificans &c. quacunque intentione id faciat, factum tamen ejus suam æstimationem habet; venditor verò, etsi rem tradat sine intentione tamen transferendi dominium, aut usurpandi conditionem, factum ejus in se solo æstimabile non est, & hinc venditor complere etiam contractum potest sine facto proprio, permittendo scilicet emptori, rem venditam propriis manibus auferre.

66 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 evictione, non verò, quod res

omnino tradenda non sit. Similis responsio redditur ad *l. 60. ff. de Evict.*

Opponunt IV. In illis actionibus, 67 in quibus *juratur in litem*, præstando interesse liberamur, sed ex causa emptionis juratur in litem, quia est iudicium *bonæ 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 duntaxat *bonæ fidei* iudiciis, ubi agitur ad aliquid exhibendum, vel restituendum, quia tuac actor rem suam sibi non exhibitam, aut restitutam per juramentum *in litem* quasi vendere censetur reo, in emptore verò 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 reddita est disparitas inter hoc, & alia *bonæ fidei* iudicia.

Quæritur II. Quare fructus & ac- 68 cessiones rei emptæ etiam ante traditionem sint emptoris, cum aliàs quævis res suo domino fructificet; venditor autem ante traditionem, & pretii receptionem juxta *§. 3. J. b. t. & l. 20. C. de Pañ.* 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 incommodum, ita æquum est, ut omne quoque commodum ferat. Unde

Colliges I. Re vendita, fructus 69 quoque pendentes, utut jam maturos, ad emptorem spectare. *l. 13. §. 10. & 18. ff. de Act. empt l. 13. & 16. C. eod.*
O 3 quia

quia pars rei sunt, & vendita re censentur omnes partes vendita *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 detrahare, quanti fructus pendentes aestimabuntur. Sumptus tamen, si quos venditor bona fide in conservationem rei vendita 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.* sin verò tempore contractus fructus adhuc nulli percepti sint, sive tunc pensio à colono soluta fuerit antecederet, sive non, ea tota emptoris erit, quia pensio ratione fructuum solvitur, 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 proportionem, qui pendebant 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, cum enim ista pensio in singulos quasi dies anni debeatur, pro temporis proportionem 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 facilius emptorem inveniat; aut quia emptor in hoc gravatur, ut teneatur stare contractui colonum inter, & venditorem prius inito, contra dispositionem *l. 9. C. locat.* ideò 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. h. t.* Probatur II. ex *l. 13. §. 18. ff. de act. empt.* ubi emptori adjudicatur, quod servus ante traditionem ex operis suis quasi- vit; atqui opera fructibus æquiparantur. *l. 40. ff. de A. R. D.* ergò. 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, obijciunt I. Quævis res fructificat suo domino; venditor autem ante traditionem adhuc manet dominus: ergo. Respondeo, emptorem jam tum *fictione juris* censerì dominum, quia periculum rei emptæ ad ipsum pertinet.

74 Obijciunt II. *l. 5. C. de act. empt.* ubi dicitur, quod emptor venditori post traditionem rei venditæ ob perceptos fructus usuras præstare teneatur, utut 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 ta-

lem nullam commiserit, indemnis tamen servandus est.

Leges aliæ, quas objicere solent, 75 ut in specie *l. 13. §. 8. §. 9. l. 25. ff. l. 5. §. 16. C. de Act. empt.* haud aliud probant, quàm quod remedia quædam emptore in pretii numeratione cessante, venditori competant, non verò, quod fructus ad venditorem potius, quàm emptorem spectent. Re quippe jam tradita poterit venditor ex *cit. l.* ex vendito agere, ut emptor pretium eum usuris restituat. *d. l. 5. §. 16. C. d. t.* imò & inhibitoriales impetrare, quibus emptor prohibeatur, fructus colligere, aut re vendita uti ante solutionem. *d. l. 25.* Sin res emptæ 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 tenetur *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 postmodum à vero domino judicialiter recuperata est, ad quid venditor emptori obstrictus sit? Resp. teneri eum præstare evictionem. Verùm, quia hæc ipsa responsio multis adhuc innodata est difficultatibus, idcirco illam distinctius exponere præstat. Evictio igitur à Bœhmero *introd. ad Jus digest. Tit. de Evict. num. 1.* sic describitur, quod sit *legitima*, & *per judicium facta oblatio rei ex justa causa possesse, ad instantiam veri domini, alteriusve, qui potius jus habet. l. 21. §. 1. ff. de Evict.* Evictionis verò præstatio nihil aliud est, quam

quam damni illius, quod possessor ex re hæcenus justo titulo possessa, sibi verò autoritate iudicis ablata, patitur, refarcitio, ab eo facienda, qui damni causa extitit.

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

78 Porro, ut venditor dura hac evictionis lege teneatur, necesse est I. ut ipse suo nomine, & jure, rem emptori, cui evincitur, tradiderit, hinc creditor, qui pignus distraxit, emptori de evictione non tenetur, quia non suo nomine, & jure rem tradidit. *l. 10. l. 12. § 1. ff. de Distract. pign.* II. Ut res, quæ evincitur, ab emptore jam fuerit possessa. Si pars tantum evincatur, videntum est, an pars *homogenea* fuerit, vel *heterogenea*. Dicitur autem pars *homogenea*, quæ ejusdem cum *toto* nominis 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*, quamvis 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 materiam est iste: si pars *homogenea* sit evicta, tenetur venditor non minus de evictione, quam si totum fuisset evictum, agitürque contra venditorem tum actione *ex stipulatu*, tum actione *empti. l. 1. ff. de Evict. l. 46. princ. ff. de Solut.* Ratio est, quod, cum pars nomen totius referat, ea evicta, ad modum totius rectè agatur. *Arg. l. 45. ff. de Evict.* Si pars *heterogenea* evicta sit, tunc rursus dispiciendum, an contineatur sub aliquo *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, acervus lapidum* &c. Priore casu non præstatur evictio per actionem *ex stipulatu*, sed tantum agitür *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 refert, tanquam ad aliquid distinctum extendi non debet, actio verò *empti*, cum sit *bonæ fidei*, quousque æquitas trahit, latissimè se porrigit. Cujus tamen distinctionis in foris Germaniæ nullum usum esse, testatur Stryck. ad *tit. de Evict. § 28.* Schilterus *Exercit. 34. § 23.* sed potest ob quamcunque partem simplex rei pretium, & id, quòd interest emptoris, ex empto agi. Posteriore casu, si totum per aversionem 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 pretium sit constitutum, tunc, sicut singula capita

videntur esse vendita, ita quoque ob singula capita, vel corpora evicta singula dantur actiones ad evictionem præstandam. *arg. l. 72. ff. de Evict.* Magnif. P. Schmier *lib. 3. tract. 3. cap. 2. à n. 214.* Stryck. *ad tit. ff. de Evict. §. 27.* §. *seq.* III. Requiritur, ut res autoritate judicis fuerit evicta. *l. 24. ff. de Evict.* Hinc, si emptor, postquam illi de re possessa controversia mota fuit, in arbitrium sponte compromisit, cessat obligatio præstandi evictionem. *l. 56. §. 1. ff. d. t.* duas limitationes subjungit Stryckius *cit. tit. §. 10.* ubi vide. Item, si cum evicente transegit, *l. 17. C. de Evict.* 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. *Præscriptionis* non opposuit, aut à sententia, per quam res est evicta, non appellavit, aut siquidem appellavit, eandem rursus sua culpa deferuit, venditor à præstatione evictionis liberatur. Vid. *l. 56. §. 3. ff. de Evict. l. 63. §. 2. ff. eod.* Exceptionem facit Modestinus ibidem *§. 1.* si venditore præsentem condemnatus sit emptor. V. Requiritur, ut emptor laudet suum venditorem, id est, ut eidem litem sibi motam fuisse tempestivè denuntiet, petatque, ut veniat, sibi que assistat. *cap. 7. §. ult. h. t. l. 55. §. 1. ff. l. 8. 9. §. 17. C. de Evict. l. 1. C. de Peric. §. commod. rei vend. Dixi, tempestivè, adeoque faciendâ eo tempore, ubi adhuc integra est defensio, non verò post tempus probationum,*

vel exceptionum jam elapsam. *l. 29. §. 2. ff. de Evict.* Tutius subinde aget, emptor, si ante litem 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. h. t.* Quodsi tamen jus Authoris notoriè injustum, vel necessitas denunciandi pacto fuerit remissa, denuntiatione opus non est. *l. 63. princ. ff. de Evict.* Plures casus, in quibus venditor de evictione non tenetur, referunt, & exponunt interpretes *ad tit. ff. C. de Evict. & Canonistæ ad cap. ult. h. t.*

Sed quid, si venditor litem emptori 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, litem 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. ll.* 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 Evict.*

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

eorum est, quod hoc procedat in *Minoribus*, qui debitorem citra interpellationem in mora constituunt. *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. præambul.* probatum dedimus, idem etiam de Ecclesia quo ad hoc punctum tenendum est. Exceptio hæc displicet Bœhmiero, tum quod elumbe sit argumentum, quod ducitur à *Minore* ad Ecclesiam: tum, quod *interpellatio*, & *litis denuntiatio* sint duo admodum diversa, dum illa adhibetur, ut debitor constituatur in mora; hæc verò, ut venditor præparatus, & instructus veniat ad assistendum emptori. Licet ergò *cit. l. 3. C. in quibus caus. in integr.* interpellat ipso jure debitores *minorum*, & *Ecclesiæ* ad solvendum, alioquin eos in mora constituat, non tamen sequitur, quod hæc interpellatio habeat etiam vim *litis denuntiationis*, venditorémque obliget, ut ultrò veniat, & Ecclesiæ, cui super re vendita lis mota est, assistat. Ita sentit, & scribit Bœhmerus ad *b. tit. §. 10.* ubi in fine assertionem suam rursus ita mitigat: *Per indirectum tamen, inquit, ad hunc (scilicet regressum adversus auctorem suum) admitti potest, si contra omissam litis denuntiationem petat restitutionem in integrum, cum alioquin admodum læderetur, si regressus ei denegaretur.* Verùm inania sunt hæc Bœhmeri 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 hypothese dignus est, ut venditori, qui non nescius est, intentatæ litis, ipsum jus litem denuntiet in ordine ad assistendum; ideòque, si non compareat, meritò ipsum in mora, sibi soli nociva, constituat. Unde ad illud subsidiarium juris auxilium scilicet *restitutionem in integrum* recurrere opus non est.

Concurrentibus itaque omnibus illis requisitis, quæ supra 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. h. t.* (quod etiam intellige, si plures venditores fuerint *l. 62. §. 1. ff. eod.*) nec non contra fidejussores in subsidium *l. 40. ff. l. 7. §. 11. C. de Evict.* (qui etiam Authores secundi appellantur *l. 4. ff. d. t.*) absque eo, quod ipsis lis denuntietur. *d. l. 7. C. de Evict.* ad restituendum pretium rei. *l. 70. ff. h. t.* ad damnum, & quantum interest emptoris, rem evictam non esse *d. l. 70. & l. 17. C. eod.* & ad sumptus litis, aliòsque, 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 Evict.* id tantum continet, quod expressè promissum

sum est, & consequenter attenditur tempus in ita venditionis l. 1. l. 64. princ. ff. d. t. Posterior verò largior, utpote *bona fidei* ea, quæ paulo ante recensuimus, persequitur, fitque æstimatio damni, sumptuum, & interesse secundum tempus *evictionis*. l. 13. l. 66. §. 3. l. 70. ff. d. t. Boehmer. in introd. ad jus Digest. ad d. t. num. 15. Quo autem effectu plures venditores, aut hæredes in solidum conveniantur, & 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 Quæritur VI. Quibus remediis emptori prospectum sit, si venditor illi rem vitiosam tradiderit? Respondeo, duplex eo casu prodita est actio ex *edictio edicto, redhibitoria* nimirum, & *æstimatoria*. Priori 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. edict.* & ad damna culpa lata, & levi data rescindienda. l. 23. §. 1. ff. d. t. imò emptor rem emptam non prius restituere tenetur, quàm ratione vitii indemnitas servatus fuerit d. l. in fin. Alteram, *æstimatoriam*, sive *quanti minoris* eo sine instituit emptor, ut venditor refundat, quanti minoris rem emisisset, 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 emisisset, sed minori pretio. Et si quidem venditor vitium sciverit, præter refusionem pre-

tii etiam ad interesse convenitur. l. 1. C. de *Ædilit. act.* secus ad solum pretium 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.* ideòque emptoris, cum actoris vices sustineat, erit, probare vitium rei emptionem præcessisse, quia actori incumbit probatio. Stryck. ad tit. de *Ædilit. edict.* §. 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, distinguantur, 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 edicto locus sit, regulariter corporis esse debent, l. 1. §. 10. §. seq. l. 2. ff. de *Ædilit. edict.* eaque *latentia* l. 14. §. ult. ff. d. t. aliquando tamen ob vitia quoque *patentia* hoc edictum datur, de quo consule Stryck. ad d. t. §. 8. Vitia *animi* non æquè huic edicto substant, nisi venditor ea præstare promiserit, aut falso abesse dixerit, aut tale sit, quod usum quoque corporis impediatur. l. 3. §. 4. ff. d. t. ubi *vitii, morbique* appellatio non nisi ad

corpora pertinere dicitur: ex empto tamen agi contra venditorem poterit emptor, si sciens id vitium reticuerit. l. 2. §. penult. ff. eod. Quod si verò emptor illud facile deprehendere potuisset, ut, si externum fuit, homo v. g. cæcus, gibbosus, mutus &c. iterum edicto locus non erit. l. 3. ff. d. t. multò minùs, si vitii à venditore admonitus fuerit. l. 48. §. 3. & 4. ff. d. t.

Qua verò actione emptori consultum erit, si venditor re redhibita pretium restituere moretur? Respondeo competere ipsi actionem in factum, quæ in hoc reliquis duabus præstantior, ipsique 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 rectius Bachovius ibidem Lit. B. sentit, eam esse perpetuam, eo quod nihil aliud gravaminis venditori imponat,

sed solum duntaxat pretium persequatur. Et licet, tam hæc, quàm priores duæ, ad actiones honorarias, sive Prætorias referatur, perpetuitati tamen ejusdem nihil officit, quia etiam actiones Prætorie, quæ contractum Jure Civili validum non rescindunt, nec pœnales sunt, perpetuitate gaudent. l. 35. ff. de O. & A. Stryck. de Ædilit. edict. §. 34. qui etiam cum Bachovio loc. cit. conditionem sine causa (quæ perpetua est) emptori adjudicant.

Illud finaliter notandum est, quod ex recensitis duabus actionibus Ædilitiis 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 emptori, quo minus post lapsum sex mensium redhibitoria exclusus, intra annum adhuc æstimatoria agere possit. l. 42. §. 2. ff. d. t.

§. VII.

Qualis effectus ex parte Emptoris nascatur?

SUMMARI A.

82. Effectus consistit in obligationibus, quas emptor habet adversus venditorem, quæque singillatim hic enumerantur. 83. Usure pretii ante rei traditionem à venditore rectè petuntur. 84. Non etiam re tradita, aut fide de pretio habita. 85. Cur res vendita etiam ante traditionem stet periculo emptoris, aliorum sensa referuntur. 86. Nos sub distinctione huic periculo emptorem subjicimus. 87. Venditor debet in casum amissa, vel deterioratæ rei emptori cedere actiones, quas adversus corrumpentes aut perdentes habet. 88. 89. Periculum rei emptæ in duobus casibus non est penes emptorem. 90. 91. Quid eo casu, ubi emptio ad mensuram, pondus, aut numerum celebratur, & nunc pondus, mensura &c. demonstrativè vel restrictivè accipiendum sit, declaratur. 92. Effectus remotus exponitur.

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 præfinito 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. eod.* æquissimum enim est, ut, cum emptor rei venditæ emolumenta percipiat, usuras pretii nondum soluti pendat, nè alias simul fructus ex re perceptos lucretur, & pretium retineat, venditor verò utroque careat. II. Teneatur ad sumptus refundendos, quos venditor in re fecit vel necessarios, vel utiles, v. g. si quid in ædificii 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 præstanda, 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 prædium *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. ll.* 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.* Zoëf.

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 debere, quod fructus non perceperit: ergo à contrario, si fructus perceperit, ad usuras tenebitur. Quodsi igitur emptor fructus ex re emptæ, utpote sterili, nullos perceperit, 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.* tametsi enim ibi casus duntaxat traditionis exprimitur, tamen hæc lex per alias jam allegatas exponi debet, quæ se non tam in traditione, quam perceptione fructuum fundant.

Quod si verò 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, licitè tamen apponi pactum, ut emptor solvat, quod venditoris intererit, ratione lucri cessantis, vel damni emergentis ob non solutum pretium. Zoëf. ad *tit. de act. empt. num. 25.*

Cùm in *preced. §.* dictum fuerit, 85 quod contractu emptionis venditionis perfecto etiam ante traditionem omne commodum, & periculum rei venditæ in emptorem transeat, ipsique res pe-

reat, non venditori *l. 24. §. 4. ff. h. t. §. 3. J. h. t.* tamen si venditor ejus rei dominium nondum amiserit, eam curam rei adhiuerit, quàm diligens, & solers paterfamilias suis rebus adhibet, qua scilicet *culpa levis* excludatur. *l. 3. ff. de Peric. & Commod. rei vend.* Per periculum autem intelligitur casus fortuitus, si vel res tota, vel pars ejus per vim extrinsecam, pereat, aut interno quidem vitio, sed ex causis naturalibus proveniente, aut, si illa injustè ab alio fuerit surrepta. Puffendorff *de J. N. & G. l. 5. cap. 5. §. 3.* Ideò jam inquirendum est, an, quod ita jure civili statutum est, æquitatem habeat. Grotius equidem *de J. B. & P. lib. 2. cap. 2. §. 15.* hanc juris civilis ordinationem inter commenta rejicit. Communiter ergò ista ratio ab AA. afferri solet, quod venditor sit debitor certæ speciei (de hac enim procedit quæstio) qui ejus interitu, sine culpa sua interveniente, ab obligatione liberatur. *l. 23. ff. de V. O. l. 5. ff. de R. C. l. 30. §. 4. ff. ad Leg. falcid.* Verùm displicet hæc ratio, quia *cc. II.* tantum loquuntur de causis *lucratis*, ubi haud dubio durum foret, si, qui rem gratis alteri promisit, illa perdita, ejus æstimationem præstare teneretur. Unde aliam rationem reddunt Haynold & Lugo, quod, cum emptor velit commodum rei venditæ, etiam non traditæ, ut fructus, accessiones, iniquum haud sit, ut etiam incommodum, hoc est, deteriorationem, aut interitum rei sentiat, eisque 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 venditor hoc casu emptori solum obligatur actione personali, & vicissim emptor nondum tradito pretio etiam actione personali: ergò, si venditori impossibilis redditur traditio, extinguitur obligatio; cum verò à contrario pretii solutio adhuc possibilis maneat, manebit quoque obligatio.

Mihi cum Puffendorffio *cit. loc. 86* sic placet distinguere: an res perierit ex mora, quæ necessaria est, ad hoc, ut contractu per consensum perfectò, res tradi, aut sisti in loco emptoris possit, ut, si v. g. pecora, quæ venditor in pascuis remotis habebat, vendita sint, & interim, dum à venditore adducuntur, à latronibus, lupis, aut alio casu intercipiuntur. Et hoc casu puto, periculum non esse emptoris, sed venditoris, & habebit locum illa juris maxima ex *l. 9. C. de Pignerat. act.* quod res pereat suo domino. Neque enim tali casu emptor fingi potest dominus, utut ei actio ad rem venditam jam sit quæsitæ, quia hætenus ex re vendita nullum commodum sensit, aut sentire potuit, cujus intuitu tamen dicitur omne periculum esse emptoris. Quodsi interitus rei ex mora venditoris acciderit, procul dubio ipse solus damnum ferret *l. 4. l. fin. C. de Peric. & Commod. rei vend. l. 51. princ. ff. de Act. empt.* Sin verò emptor in mora fuerit, quo minùs 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, dominium,

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, praestationem fortuitorum casuum requireret. Quia nec tunc exigere posset, si emptor rei venditae custodiam tantisper venditori commendasset, cum *depositarius casum* fortuitum non praestet.

87 Interim id omnino aequum esse censemus, ut actiones, quae venditori propter rei amissionem deteriorationem, aut interitum v. g. contra furem rei *vindicatio*, *condictio furtiva*, *actio furti*, aut contra eum, qui culpa rem deteriore fecit, *actio legis Aquiliae*, emptori cedantur, prout etiam id iure cautum est, in §. 3. *J. 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 Haec verò regula, quod periculum rei venditae 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 venditae pereat, tunc enim, cum purificata conditione contractus retrahatur ad tempus initae conventionis *per l. 8. ff. de Peric. & Commod. rei vend.* damnum erit emptoris. Idem dicendum, si *dies* adjiciatur emptioni, quia solet communiter traditioni adjici,

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 aequè sub conditione censetur esse initus, ac subinde, antequam gustatio, vel probatio fiat, periculum erit venditoris. *l. 1. §. 4. §. 1. ff. h. t.* Idem est, si res emanatur ad *pondus*, *numerum*, vel *mensuram*, v. g. ex determinato grege certae oves, ex acervo tritici sex modii, duae urnae ex dolio vini, pro pretio in singulas oves, modios, urnas statuto; tunc enim ante numerationem, mensuram &c. censetur 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*, vulgò *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, ematur, pretio 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 Wesenbecio 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-

ad mensuram fuerit, adeoque ante ad mensurationem periculum interitus sit venditoris. *cit. l. 35. §. 5.*

91 Qualiter emptio venditio rei consistentis numero, pondere, vel mensura cum 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. *Traët. 10. cap. 1. controuv. 10.*

92 Effectus remotus est actio empti, quæ datur emptori, & ejus hæredibus adversus venditorem, & ejus hæredes ad præstandum omne id, quod inter

partes convenit, aut, si nihil expressim convenit, ad id, quod jure empti continetur, & quæ emptioni naturaliter insunt. *l. 6. §. 8. l. 11. §. 1. ff. de Act. 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 Act. empt. l. 8. princ. C. eod.* alias eum venditor exceptione pretii non soluti repellat *dd. ll. de qua vid. Gail. lib. 2. observ. 17. per tot.* & ratio est, quod, qui prius vult agere, prius etiam contractum adimplere teneatur. *d. l. 13. §. 8. Knippchildt de Contract. exercit. 8. num. 23.*

§. VIII.

Quomodo Emptio Venditio ex lesione immodica rescindatur?

S U M M A R I A.

93. Emptio Venditio variis ex causis rescindi potest, præcipuè tamen ex capite lesionis immodicæ. 94. Quomodo lesio computari debeat, ut dicatur immodica? 95. An beneficium l. 2. C. de rescind. vend. utrique tam emptori, quam venditori communicetur? Resolvitur affirmativè. 96. Quomodo computetur lesio immodica tam ex parte emptoris, quam venditoris? 97. An obligatio reparandi damnum ex immodicitate pretii venditori causatum sit alternativa? Boehmeri 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 possit uti beneficio hujus legis? 103. An hujus legis beneficium etiam aliis Contractibus comunicetur? 104. In quibus casibus cesset? 105. Cur beneficium hujus legis non detur infra dimidium lesis? 106. Graviter lesis 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 consensu, re adhuc 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.* Quod si 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 pacta*, quæ à partibus adjici solent, vel, si res empta evincatur, aut, ex *adilitio edito*, si res vitiosa vendita sit, de quibus omnibus jam §§. antecedentibus actum est, famosissimus tamen dissolvenda, & rescindenda venditionis modus est, læsio *immodica*, sive ultra dimidium justii pretii; habet ille sedem in *l. 2. C. de Rescind. vend.* ubi Imperatores Diocletianus, & Maximianus in hæc verba rescripserunt: *Rem majoris pretii, si tu, vel pater tuus minoris distraxerit, humanum est, ut vel pretium te restituente emptoribus, fundum venundatum recipias, autoritate 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 verbò genuinus legis hujus sensus non cuilibet obvius est, idcirco lubet eum per distinctas quæstiones declarare.

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

trahitur, regulari solet. *l. 6. ff. de Evict. Gail. l. 2. observ. 9. num. 5. § 6. III.* Tempus præsens contractus, non præteritum, aut futurum; ideò, qui rem tempore belli minori pretio vendidit, quàm 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. Affirmativè. Ratio est, quod hoc beneficium primario propter merita causæ, non personæ concessum sit, hinc, cum eadem ratio pugnet pro emptore, quàm quæ stat pro venditore, etiam eadem Juris dispositio, maximè, cum favorabilis sit, ad utrumque ex mente concedentium extendenda est. *Arg. l. 12. § 23. ff. de ll. & praterea*, cum 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. contr. 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 cum ex causa *humanitatis* se ad hoc beneficium concedendum motos fuisse dicant, apertum est, quod idem de emptore dictum voluerint.

(Q)

Quæ-

26 Quæres III. Quomodo lætio immodica, sive ultra dimidium justii pretii tum ex parte venditoris, tum ex parte emptoris computandum sit? Respondeo, ex parte quidem venditoris rem esse expeditam; si enim merx æstimateur, quanti valuerit tempore contractus, 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 prius, tunc, qui emit equum valentem 100. & dedit 151. jam dedit ultra dimidium justii 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.* *Perez. C. ad b. t. Zoël. in Decret. b. t.*

*num. 17. Pauormie. ad cap. 3. h. t. n. 2. Oldendorp. 4. Act. class. act. 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 emptore. Et ideò hi authores monent, attendendum esse quoad emptorem, an res emptæ valeat minus, quam dimidium justii pretii, incipiendo in computatione à re emptæ, non à pretio dato. Sicut enim venditori pretium est rei venditæ æquæ æstimatione; ita emptori res emptæ nil aliud est, quam pretii conventi justæ pensatio: ergò sicut venditor enormiter læditur, si pretium non adæquat mediam 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 emptæ. 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 priorè computatione stant Covarruv. *var. resol. lib. 2. cap. 3. num. 8.* Canis. *b. t. num. 13.* Gomez *var. resol. lib. 2. cap. 2. n. 22.* Molin. *disp. 389. n. 2.* Magn. P. Schmier *lib. 3. Traç. 3. cap. 2. num. 237.* & Clariss. DD. Peregrini *ad b. t. l. num. 11.* qui etiam in

em-

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

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

Quæres IV. An beneficium *l. 2. l. 2. l. 2.* denti optionem concedat, utrum velit totam rem restituere, an verò læsionem rescire, seu pretium supplere, adeoque an hæc obligatio ex parte emptoris sit *alternativa*? ita quidem interpretibus, qui ad *d.l.* commentati sunt, nemine (quod sciam) contradicente, hætenus visum est, ad stipulantibus quoque cum suo Principe Panormitan. ad *cap. 6. h.t. num. 1.* Canonistis omnibus. Bœhmerus tamen solus vult sapere, negat identidem hanc obligationem *alternativam* esse, sed obligationem restituendi rem venditam duntaxat in obligatione esse, supplementum verò pretii ex peculiari *d.l.* beneficio emptori concessum esse. Quod Bœhmerus à communi, & trita semita discesserit, non viæ compendio id factum esse existima, sed ut quasi per insidias adoriretur Pontificem, ejusque Decretales dispositiones fugillandi opportunam occasionem captaret. In *cap. 3. h.t.* Alexander III. irritavit sententiam, qua judices delegati condemnarant lædentem simpliciter ad restitutionem 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 justii pretii comparatur;* adeoque supposuit, obligationem emptoris esse *alternativam*, & electionem penes ipsum esse, utro medio venditori indemnitate præstare velit. Cujus mentis etiam fuisse Innocentium III. patet ex *cap. 6. eod. tit.* Verum

rum infelicem interpretem (ait Bœhmerus 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 venditæ 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 venditor. Quod autem utrumque non sit in obligatione, inde probat, quia actor sive venditor 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, cum 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 Bœhmerus, 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 iudicis ad restitutionem rei emptæ simpliciter dirigenda sit. III. Quod re perempta apud emptorem, venditor læsus amplius

agere nequeat, cum restitutioni nullus possit esse locus.

Miramur, iterumque miramur, quod 98 Bœhmerus l. 2. *C. de Rescind. vend.* sensum adeo peregrinum, adeo exoticum affingere potuerit, & dicere, quod nulli interpretum, ipso ætate, consilio, & sapientia potiorum, hæctenus 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 duriorum conditionem à se amoliri velit (quæ obligatio ipsum principaliter stringit) eligere possit favorabiliorem, ipsique minus gravem, sicque quod alias in obligatione non esset, ex hypothese tamen, si velit se debito liberare, id ipsum præstare necesse habeat. Demus exemplum de *arbitrio*, de quo sic ipse Bœhmerus scribit ad *Tit. de Arbitr. §. 12. De Jure Romano*, inquit, *distinquitur, utrum compromissum NUDO PACTO* esset *initum*, an verò *STIPULATIONE*. *Posteriori casu ex stipulatu actio comparata erat vel ad satisfaciendum sententiæ, vel ad pœnam solvendam, salva electione actoris, in cuius favorem pœna adjicitur. l. 30. ff. de Recept. qui arbitr.* Sed dixeris, hoc exemplum extra rhombum versari, quia & stare laudo arbitri, & pœnam 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 minus, quam læso (cum uterque extra dolum in contractu versatus fuisset supponatur) Imperatores æquitate moti succurrere voluerunt. Ast oppidò falleris: sicut enim pœna in compromisso adjecta fuit, non, ut liberius a laudo recederetur, sed, ut eidem tanto firmitus 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 Bœhmere teste, obligatio fuit *alternativa*, ita & in præsentis nostra hypothese eandem Imperatores emptori imponere voluisse, præsumendum est. Et sanè quis prudenter dubiter, hanc fuisse mentem Imperatorum, dum ex textu *cit. l.* perspicue videmus, ipsos particula *alternativa*, sive *disjunctiva* usos fuisse, 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 verò pretii tanquam *extraordinarium beneficium* emptori concessum, ànne per hoc S. Pontifici legem dicere potuerunt, quominus ille utrumque sub obligatione *alternativa* emptori imponeret? Verùm replicas in §. 2. §. 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 Bœhmere, si ex hac nostra solutione te *immodicè læsum* opineris, opus haud erit, *d. l. 2.* beneficium implorare, nam mercem putidam, quam nobis vel invitis obtulisti, ultrò reddimus, reddituri etiam paulò post supplementum pretii, ad quod, te ipso iudice, obligati non sumus. Ecce, quomodo adversum te abundat charitas nostra!

Quæres V. An hæc optio, quæ in *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 compensare, quas emptor invitus non tenetur 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 verbò *restituere, & recipere*, atqui per hæc verba in jure non tantum intelligitur res ipsa restituenda, sed etiam fructus. *l. 173. §. 1. ff. de R. J.* II. Jure naturæ æquum est, ut nemo cum alterius detrimento locupletetur. *l. 206. ff. de R. J. l. 22. ff. de hered. petit.* III. Si *Minor* læsus adversus venditorem restituatur, jubentur eidem unâ cum re & fructus restitui *l. 24. §. 4. ff. de Minor.* IV. In *l. 1. in fin. C. si ma-*
ior

for fact. alien. expresse cautum est, ut, si pradia pupillaria sine Decreto Magistratus fuerint alienata, illa rursus unacum fructibus ad Minorem redeant. Et ita sentiunt præter complures alios Richter *Decif. 99. num. 200.* & *seqq.* Schilterus *exercit. 30. §. 102.*

101 At contrarium verius esse iudico cum Molina *cit. tr. disput. 394.* Haunoldo *d. Controv. 24. num. 262.* Voëtio *ad tit. ff. de rescind. vend. num. 10.* Leysero *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 resolutam ex læsione enormi venditionem emptori imposita legatur, & ipsa *l. 2.* altum de hac restitutione si leat. Accedit III. Ratio, quod venditor sibi imputare debeat, suoque infortunio, quod valorem rei suæ vel ignoraverit, vel necessitate compulsus distraxerit, nec maturius isthoc *l. 2.* remedio ad rescissionem egerit. IV. Probatur ex *cap. 11. de reb. Eccles. alien.* ubi jubetur, ut Ecclesiæ ex venditione feudi enormiter læsæ prædium duntaxat restituatur, non etiam fructus interrim percepti.

Nec AA. argumenta nos terrent. Non primum, quia verbum *restituere*, & *recipere* propriè tantum de pretio accipitur, unde adducta Regula Juris ex *l. 173. ff. de R. J.* huc non venit applicanda. Non etiam secundum, quia non potest dici emptor locupletior fieri cum damno venditoris, quippe qui fructus jure *dominii* percepit. Nec tertium, aut quartum nos concutit, 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 præsentis est: ne quid dicam, quod causa restitutionis quoad Minorenes præ Majorennibus in jure favorabilior sit. Alias Objectiones refert, & resolvit Voëtius *cit. l.*

102 Quæres VII. An venditor qui sciens, rem pluris valere, minimo pretio vendit, possit ex capite *lesionis immodicæ* agere ad rescindendum contractum? Sunt, qui etiam hoc casu beneficium *l. 2.* venditori patrocinari existiment, inter quos est Pinellus *ad h. l. part. 1. cap. 1. num. 10.* Fachinæus *lib. 2. Controv. cap. 20.* Forcatulus *Necyomant. Dialog. 100.* Illorum fundamenta sunt sequentia I. *d. l. 2.* non distinguit inter scientem, & ignorantem verum rei valorem, & 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 esset dabilis, in quo locus foret huic beneficio, cum quisque venditor præsumatur nôsse vires, & merita rei suæ, etiam prædii longè distiti. *l. 15. C. de rescind. vend.* III. Societas vitatur, ubi focii 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 nimia 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 obtinere videtur.

Verum contraria sententia, quæ beneficium *cit. l. 2.* simili venditori denegat, 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 Evict.* 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.* atqui 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. in fin. ff. de Act. empt.* Si subsistas: hoc dilemmate veritatem hujus propositionis 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, utpote qui sua venditione aliud agit, aliud simulat, volens id ipsum, quod verbis expressis valere jussit, clandestina inten-

tionem 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.*) cujus pecuniam elusoria venditione æruset; quemque ultrò negotiis involvit. Si venditor non habuit animum retractandi, palàm est, eum donasse, quanti pluris res valeret, contentus tantillo pretio *Arg. l. 57. §. 2. ff. de Contrab. empt. IV.* A parte hujus sententiæ stat textus rotundus in *l. 1. C. si major. fact. alien. fact. sine decret.* ubi expressè ei demum, qui inconsulto errore lapsus est, in hac læsione succurrendum esse, rescripsit Imperator Gordianus.

Ad opposita subinde oportet respondere. Ad I. igitur dicimus, hanc distinctionem haud obscure ex *d. l. 2.* colligi, hoc ipso, quod *læsis* 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 emptor justum rei pretium 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 Juris in l. 206. ff. de R. J.* quia volentibus ita emere, ac vendere non fit injuria, & *materialiter* tantum, seu impropria læsio subesse dicitur, ubi quis *scienter* ac voluntariè plus solito 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 ibidem dicitur, venditorem præsumi scire, sed *debere scire vires, vel merita rei familiaris*, qua 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. quest. lib. 1. cap. 52.*) in venditione non exposcitur, alioquin non liceret se mutuo venditorem, & emptorem naturaliter circumvenire, cum 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 auctione experiri fortunam summi pretii. At, inquires, alieno tempore cogitur vendere. Respondebo cum Seneca, pretium cujusque rei pro tempore esse.

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

Faber, Hunnius, & alii, quia beneficium *d. l.* est privilegium speciale, vendentibus, & ementibus expressè concessum, ideòque in consequentiam ad alios contractus trahendum non est. *cap. 28. §. 74. de R. J. in 6. l. 141. ff. eod.* Attamen potiores hanc extensionem faciunt ad omnia *bonæ 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.* Barbof. *in Cod. ad Tit. de Rescind. vendit. num. 3. §. pluribus seqq.* Stryckius *ff. ad eund. tit. §. 6. §. seqq.* quos consulte. 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 simonia crimen æstimari non possunt, sine æstimatione autem nulla enormis læsio doceri, aut emendari potest.

Quæres IX. In quibus casibus *d. l. 2.* beneficium cesset? Respondeo, complures ab authoribus referri. Barbof. *ad d. l. 2. num. 49. §. seqq.* cum aliis ibidem allegatis quatuordecim refert, quorum potiores sunt I. in venditione hereditatis *l. 10. l. 14. §. 1. ff. de H. vel A. V.* II. In emptione alex, 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. 1.* censetur enim, si scivit justum rei pretium, excessum ejus emptori legasse. IV. In venditionibus, quæ 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. bast. ff. conf. conferatur Haunold. d. Controv. num. 264. Voët. ad ff. d. t. n. 16.* V. Qui huic beneficio specialiter renuntiaverunt. *Arg. l. 14. §. 9. ff. de adilit. edict. & arg. l. 4. §. 4. ff. si quis caution. in jud.* etenim quisque favori pro se introducto renuntiare potest. *l. penult. C. de Pact.* VI. In casu, quo venditor enormiter læsus est, & res sine culpa emptoris perit. Sufficit enim ei tunc qualequale pretium habere, cum res aliàs, venditione non facta, eidem tanquam domino, tota perisset. *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.* Mozzium 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. h. t. num. 3.* hanc rationem

reddit: ubi vitium est potentiùs, quàm ratio favens contractui, actus denominatur à potentiore *arg. l. 10. ff. de stat. bom.* unde contractus ex læsione immodica videtur esse vitiosus: sed ubi ratio favens contractui est potentior, quia pretium est majus, quàm deceptio, vel saltem æquivalens, tunc contractus sustinetur. Aliam, eamque solidiorem rationem dat Barbof. 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 toleratæ. *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, & conscientia, 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 Barbof. ad *d. l. 2. num. 99. & seqq.*

Quæres XI. Quale juris remedium ultra dimidium læso competat? In resolutione hujus Quæstionis DD. concordēs non reperio. Sunt, qui existimant, læso dari *conditionem ex l. 2. C. de rescind. vend.* erroneè persuasi, actionem novam ex *d. l. 2.* fuisse introductam, quam, quod agendi genus non esset expressum, vocant *conditionem ex lege.* Alii succurrendum esse læso *Officio Judicis* autumant propter illa-

(R)

ver-

verba l. 2. *auctoritate judicis intercedente*. Sed hæc verba (ait Haunold. *d. Controv. num. 265.*) ad judicem relata, respiciunt executionem facti, & significare possunt officium judicis *mercenarium*, 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, *æquum*. 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 utilem* dari ad distraendam emptionem l. 11. §. 6. ff. *de act. empt.* & ad emendandam pretii iniquitatem, si animi vitiis, aut morbis corporis, vitiisque patentibus res empta laboret. l. 1. §. penult. in fin. §. ult. ff. *de adilit. 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 apparens *per judicium bonæ fidei* ut Paulus ait in *d. l. 79.* adeoque intentata actione *pro socio*, *ex empto*, *vendito*, aliæque simili Judex debebat juxta naturam actionis *bonæ fidei* ex æquo, & bono non observatam in contrahendo æqualitatem reducere: ut subinde non appareat 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.) reverà 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 utrobique 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 Ecclesiam non currat præscriptio, quàm quadragenaria. *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 gaudeat? Respondeo cum Panormitano ad *cap. 6. h. t. num. 10.* negativè, adeoque post 30. annos via præscriptionis Ecclesia ab his remediis ultrò intentandis excluditur, quia Jus Canonicum illa, cum his limitationibus, cum quibus à Jure civili adinventæ sunt, recepit videtur. Id quod etiam extenditur ad alias actiones, quarum aliqua *anno*, *biennio*, *semestri*, aut minori termino concluduntur, ut est actio *de dolo*, *quanti minoris*, *redhibitoria*, & similes, quarum vitam jam diuturniorem, jam breviorē distinctim exponit Magnificus P. Schmier *lib. 1. Tract. 2. cap. 5. §. 9. per tot.*

Quæres XIII. Qualiter emptio venditio ex *retractu* resolvatur? Ante resolutionem prænosse oportet, per *retractum* hic intelligi jus, quod quis habet bona ab altero vendita ad se retrahen-

hendi. Vocatur aliàs *jus congrui*, arrepta occasione à verbo initiali *l. 4. C. de Locat. præd. civil.* vel *jus protymiseos*, quod vocabulum à verbo græco Πρωτισμός derivatum, idem denotat, quod vox *pralatio Vorkauff, die Ablöfung, die Abtreibung, Einstand*, & describitur à Lindemanno in *Exegef. ad constit. Friderici de Jure Protymiseos num. 8.* quod sit *jus pralationis concessum certis personis ad rem immobilem, vel ejus jure habitam, per venditionem, venditionive similem contractum, aequali pretio intra tempus lege definitum redimendam.*

Dividitur retractus in *legalem, gentilitium, & conventionalem.* *Legalis* dicitur, qui jure communi, vel Principum constitutionibus, & statutis conceditur. *Gentilitius*, qui moribus & consuetudine introductus est, qualem consuetudinem in Germania ferè ubique locorum obtinere scribit Gail. *lib. 2. observ. 19. num. 1.* & cum eo D.D. Blumblachner *dissert. Jurid. de Retract. Thes. 1. num. 2.* *Conventionalis* denique est, qui ex pacto, & conventionione partium ortum habet. Inducitur per pactum *de retrovendendo*, de quo jam superius in §. 5. à num. 52. actum est.

Hoc jus retractus *legalis* habet *fiscus* in metallis. *l. 1. C. de Metallar. & Metall.* Minor in bonis Majorum. *l. 35. ff. de Minor.* Antiqui possessores in reconductione bonorum publicorum *l. 4. C. de Locat. præd. civil.* Habitatores *metrocomiarum*, hoc est, pagorum *Marcke, Flecke. l. un. C. non licere habitat. metrocom.* Dominus *directus* in re *emphyteuticaria*, vel *feudali*, si *emphyteuta*, vel *vasallus* eam vendere vult, *l. fin. C. de Jur. emphy-*

teut. quod tamen intelligendum est de alienatione licita, & in casu, quo *emphyteuta*, vel *vasallus* adhuc vivit, accipiendum est: nam illicita alienatione *caducum* domino fit *feudum*, & *emphyteuta*, vel *vasallo* mortuo, proximi *agnati* ex investituræ lege, & jure à primo acquirente *quæsito*, domino *directo* præferuntur. Hoc jus *pralationis* cessat in bonis *cenfiticis*, *verpachten, oder verzinnsten Gütern*, quia horum *debtores*, & *proprietatem*, & *possessionem*, habent, aliter ac *cenfiti* *debtores* de *Jure Romano. l. 2. C. in quib. caus. colon. D.D. Fleckh lib. 3. tit. 34. num. 14.* Lindemannus *ubi supra num. 22.* Sic etiam *creditor*, ac inter plures quidem ille *solus*, cui *major summa* debetur in bonis *debitoris*, si sub *hasta* vendantur, *jus retractus* habet præ omnibus *extraneis* *emptoribus l. 16. ff. de rebus Author. jud. possid.* sic etiam *cohares*, vel *alius*, qui rem cum altero *communem* habet, præfertur in rei *communis* *venditione* quibusvis *emptoribus* *extraneis l. 34. §. 2. C. de Donat.*

Vi contractus *gentilitii*, qui moribus introductus est, & antiquitate reliquis duobus præstat, utpote jam in *V. T.* usitatus, ut constat *Levit. 25. V. 25.* & auctoritate *Friderici Imperatoris* contra prohibitionem *Valentis, Theodosii, & Arcadii* in *l. 14. C. de Contrab. empt. restauratus. l. 5. Feud. tit. 13.* Possunt bona *vendita* retrahere, qui sunt de familia *venditoris*, quia valdè *lugubre* esse dicitur in *l. 22. C. de Administr. tut.* videre res *avitas*, ac *paternas* transire in *extraneas* familias. In exercitio hujus *juris* regulariter observatur idem *ordo*, qui in *successione* ab *intestato*

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 retractus exercere possunt: cum subinde liberi spurii, & illegitimi in bona paterna ab intestato non succedant, etiam jure retractus non gaudent. Vid. de hoc fufius agentem D.D. Fleckh cit. tit. n. 16. & seqq. Lindemann. à num. 39.

Jus retractus plerumque tantum in rebus immobilibus, & quæ iisdem æquivalent, ut sunt res incorporales, servitutes, redditus annui, actiones &c. exercetur, Gail. l. 2. observ. 10. & observ. 11. num. 10. quia Imperator Fredericus in cit. constitutione, dum describit rem retractui obnoxiam, agrum, vineam, & rem quamlibet immobilem, nominat, unde inferimus, res mobiles à retractu immunes esse. Inter res immobiles autem hæc insuper differentia notanda venit, quod res duntaxat avitas, seu, quæ à majoribus suis putà patre, matre, avo, aut ulterioribus parentibus venditor accepit, jus retractus afficiat, non etiam, quæ acquæstus nomine acquisivit, hoc est, illa bona, quæ venditor vel suamet industria, vel donationis titulo, non verò jure successionis acquisivit. Ratio discriminis est, quod in bona avita major videatur consanguineorum esse affectio, quàm ad bona aliunde quæsitâ, ideòque illorum distractio magis odiosa est, quàm acquisitorum. Arg. auth. Presbyteros C. de Episc. & Cleric. Lindemann. cit. exeges. cap. 2. num. 10.

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

currant, necesse est. I. Ut venditor, qui rem in tertium alienavit, proximioribus intra tempus legitimam venditionem, ejusque qualitates, & conditiones, nec non verum pretium denuntiet. II. Ut retrahere volens intra annum (qui terminus tam Jure Canonico, & Feudali cap. 8. de in integr. restit. feud. 2. tit. 26. §. Titius quàm praxi Camera Imperialis teste Gail. lib. 2. observ. 19. & Mynsing. cent. 3. observ. 51. receptus est) ex quo ipsi, per venditorem legitima denuntiatio facta est, numerandum, voluntatem retrahendi declaret, pretiumque offerat. Tempus hoc Annale est continuum, ex quo currere incipit. Arg. l. 8. ff. de his, qui not. infam. interim, an dies, ex quo terminus statuitur, soleat computari in termino, variè controvertitur, ut videre est apud Tiraquell. §. 1. Gloss. 11. n. 17. in plerisque statutis, ut litigandi occasio auferatur, eodem Tiraquello teste cit. Gloss. num. 12. annus, & dies pro termino statuitur. III. Debet retrahens justum & legitimum pretium realiter, & plenariè cum omni causâ offerre; adeoque non sufficit, solutionis locò pignora, aut fidejussores offerre. Arg. l. 3. §. 4. ff. de re jud. Dixi plenariè, & cum omni causâ, per quod intelligo, fructus, & impensas, tempore contractus factas, item arrhas: & præterea tenetur impensas necessariò, & utiliter factas refundere. Arg. l. 16. ff. de in diem addit. Pretium autem regulariter solvitur totum emptori, à quo quis rem retrahit, si is etiam totum venditori jam solvit, secùs, si partem tantum solvit, pars eidem tantum refunditur, reliquum venditori præstat. Justum verò pretium, quod retrahens sol-

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 utui, & 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 *condictio 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. 5. tit. num. 60*

Cessat jus *retractus gentilitii*, I. si cognati descendentes, & collaterales (quia ad hos tantum, non etiam ad ascendentes, 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.*

TITULUS XVIII.

De Locato, & Conducto.

Quoniam Locatio Conductio, Emptioni Venditioni tam arcto foedere conjuncta est, ut perhibente Justiniano *princ. Inst. h. t.* iisdem ponè regulis uterque Contractus consistat, ac eodem teste in §. 3. *Inst. eod. in quibusdam causis quaeri solet, utrum emptio, & venditio contrahatur, an locatio & conductio?* Idcirco Decretalium compilator Titulo de Emptione Venditione immediatè subjunxit Titulum de Locato & Conducto, quem ordinem etiam in Digestis observatum fuisse, constat ex *Tit. 1. & 2. lib. 19.* Et quia in *cap. 4. & ult. h. t.* de contractu *Emphyteutico* insimul agitur, nos quoque binos hos Contractus tanquam multum inter se affines, nolumus separare, de *Locato Conducto* 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 ferme genus Contractuum complectitur.
2. Pressius, & proprie accepta describitur.
3. In tribus precipue cum emptione venditione convenit.
4. Differentia 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.

- 1 **L**ocatio Conductio (germanicè ver-
 lehn, vermüden, verpach-
 ten, verdingen) quandoque tam
 large tum in jure, tum à Juris-Consul-
 tis accipitur, ut Contractum Libella-
 rium, Censualem, Superficiarium, & Em-
 phyteuticum, Emptionem Venditionem,
 ac quamvis aliam rei concessionem ad
 usum complectatur. l. 1. ff. si ager vedig.
 pet. l. 1. & seqq. C. de jur. Emphyteut.
 ipsaque vocabula emptionis venditionis,
 & locationis conductionis nonnunquam
 à Juris-Consultis promiscuè usurpata
 fuisse, pluribus ostendit Andreas We-
 gens *Tract. de loc. cond. cap. 1. num. 8.*
 & seqq. Sed hanc acceptionem utpo-
 te nimis impropriam, & æquivocam,
- 2 nos non moramur. Pressius, & in
 suo nativo, & proprio significato con-
 sideratam locationem conductionem de-
 scribimus, quod sit Contractus juris gen-
 tium, nominatus, bonæ fidei, consensua-
 lis, quo rei, vel operæ usus pro certa
 mercede conceditur. Esse hunc Con-
 tractum juris gentium testatur Paulus in
 l. 1. ff. b. t. quia à Jure Civili non ac-
 cepit novam formam, naturali simpli-
 citate contentus. Ejus substantia con-
 sistit in consensu, mercede, & usu rei, aut
 operæ, quæ ratio est, quod in l. 2. ff. b. t.
- dicatur emptioni venditioni proxima,
 iisdemque regulis consistere; nam si-
 cut emptio venditio, ita locatio conductionis
 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, & numerarium;
 ita quoque merces in locatione con-
 ditione certa sit, & in pecunia numerata
 consistat necesse est; alioquin uterque
 Contractus in Contractum innomina-
 tum degenerabit §. 2. *Inst. b. t.* Noodt
 ad h. 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
 præ-

præcisè tradere teneatur, & ibi semel tantum ad rei traditionem agi possit, secus in locatione, ubi, licet res semel fuerit tradita, si tamen postea ejus negetur usus, iterum ad rem tradendam agi potest, quia locatio est actus successivus. A *Mandato, & commodato* verò se discriminat *locatio conductio*, tum quod illi duo Contractus sint *reales*, hic *consensualis*; 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 solvatur, & denique à Contractibus *innominatis*, quod merces in his non debeat esse certa, & determinata. *§. 1. Inst. h. t.*

5. Locatio conductio variè dividitur. Et I. quidem in *publicam, & privatam*. Illa est, quando prædium publicum ad fiscum, vel Cameram Principis pertinet, hæc, quando prædium cujuscunque privati locatur. Inter utramque id discriminis est, quod in locatione *publica*, si de novo locetur, antiquus conductor omnibus aliis præferatur. *l. 4. C. de locat. præd. 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 præferatur, quia socii *jus fraternitatis* habere dicuntur in *l. 63. princ. ff. pro socio*. Fratres autem præ extraneis prælationis jus habent. *l. 16. ff. de rebus author. jud.* & quod insuper est, quibus res *communes* sunt, *jus retractus* in emptione venditione habent, unde, cum *locatio conductio* iisdem plerumque regulis constet. *princ. Inst. h. t.* hoc *jus prothimyseos* non sine fundamento con-

ductori asserimus. Clariss. P. Placidus Böckh in *Comment. ad h. t. n. 3.*

6. Dividitur II. In *expressam, & tacitam*. Illa *expressa* conventionione, hæc *tacito* sive *presumpto* partium consensu inducitur; contingit autem hoc modo: si conductor, finito locationis tempore, sciente, & patiente locatore, in re conducta permanet, censetur *locatio conductio* utriusque tacito consensu renovata. *l. 13. §. fin. l. 14. ff. h. t. l. 16. C. eod.* Sed quousque? Plerique inter conductionem prædii *rustici, & urbani* distinguendum esse existimant, ita ut in prædio *rustico* censeatur reconductio facta ad annum, utut primæ locationis tempus longius fuerit, in prædio verò *urbano* ad illud tempus, quod ab initio inter paciscentes placuit, vel quousque antecederet ædes conductor inhabitavit, ita, ut si prius per annum, vel mensura eas incoluit, ad tantundem temporis præsumantur esse reconductæ. Rationem discriminis hanc reddunt, quod ex prædio *rustico* regulariter per annum tantum semel fructus percipiuntur, econtrà in prædio urbano res quasi in singula momenta conductori fructificet, & ita exaudiendam esse *cit. l. 13. §. ult. ff. h. t.* Alii fortè melius sentiunt, qui hanc *tacitam* reconductionem tam in prædio *rustico*, quàm *urbano* locatori æquè, ac conductori *arbitrariam* esse censent, quia hæc tacita reconductio tantum nititur *presumptione*, quod scilicet hæc fuerit contrahentium intentio, & voluntas, quod si subinde vel locator, vel conductor contrariam mentem declaraverit, *presumptio* hæc eliditur, & locatio conductio, quæ eidem superstructa est, corrui. Vid. Me-

Menoch. lib. 3. *presumpt.* 85. num. 9. § 42. Mantic. de Tacit. § Ambig. conv. lib. 5. tit. 15. num. 8. Monet tamen D. Fleckh in *Biblioth. Jur.* lib. 3. tit. 36. num. 9. ut, si res non amplius sit integra, fortè, quod colonus sciente locatore agrum iterum seminaverit, vineas excoluerit, aut *inquilinus* in caupona vinum emerit, locator tempus messis, & donec caupo vinum suum prompserit, adhuc expectare teneatur, aut, siquidem conductorem in re conducta 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.* cum verò ubique sint certa tempora præstituta, ubi locationes conductiones vel finiuntur, vel renovantur, vulgò *die halbviertl, oder jährige Aufkündigung.*

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

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 conventionis forma contractus discerni convenit.* *l. 8. princ. ff. Mand.* Et esse hanc intentionem contrahentium, quod non *dominium*, sed *usum* duntaxat transferre velint, elucet ex *l. 1. §. 15. ff. de Exercit. act.* Actus autem agentium non operantur ultra ipsorum intentionem. *l. 19. ff. de R. C. l. 80. ff. de Contrab. empt.* In dubio, ubi ex antiquis documentis non liquidò constat, rem ad usum perpetuum fuisse concessum, præsumptionem potius pro *emphyteusi*, quàm pro *locatione* militare, facile admittimus, maxime tunc, cum per diuturnum tempus uniformis pensio soluta fuit, nam pensiones, quæ penduntur 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.*

8 Dividitur IV. in *locationem rerum*, & *operarum*. Illa fit, quando res, v.g. fundus, domus, vestimentum &c. alicui fruendum, vel utendum conceditur. Ista, quando quis operas suas alteri locat, uti potest per *l. 22. §. 2. ff. b. t.* faciunt hic aliqui distinctionem inter operas *simplices*, quæ post se nullum opus relinquunt, ut sunt operæ famulorum, & inter operas *pregnantes*, quæ opus post se relinquunt, ut sunt operæ artificum, & in his putant fieri *locationem reciprocam*, ita, ut si v.g. aurifabro dem aurum, ut mihi conficiat anulum, censear locasse anulum, &

con-

conduxisse operas aurifabri; ille verò vicissim locasse mihi operas suas, & conduxisse annulum videatur. Fundamentum suæ opinionis in *l. 22. §. 2. ff. b. t. & l. 2. princ. ff. ad leg. Rhod. de jact.* collocant, ubi is, cui insulam ædificandam loco, ut suis impensis construat, *conductor* insulæ dicitur, & quia insulam operas suas in ædificanda insula mihi locat, *conductor* operarum ego vocor. At reverà (ut scribit Stryckius ad *b. t. §. 2.*) lus tantum circa vocem est. Vox quippe *conductoris* ibi improprie sumitur, pro redemptione scilicet operis, für die Übernehmung eines gewissen Wercks, oder Gesändes, 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 ef-

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

Dividitur V. Locatio conductio in *regularem*, & *irregularem*. Prior servat omnia substantialia, & naturalia hujus Contractus. Posterior in alium Contractum desleat, 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.

SUMMARI A.

10. Locare conducere possunt omnes liberam administrationem habentes. 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 questio cum distinctione resolvitur. 13. Conductor domus potest sibi socium etiam inscio locatore assumere, non etiam conductor cubiculi. 14. Id quod fallit in studiosis. 15. Regulariter nemo cogitur ad res, vel operas suas locandas, subjunctis 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 *cit. loc. n. 29.* pro militari usu stabulum conducant. II. Decuriones & curiales *l. 30. C. cod.* exceptio reperitur in *l. 4. ff. d. t.* nisi scilicet

(S)

licet

licet jure successionis in conductione remaneant, quæ est conductio necessaria. Lauterbach. *h. t. §. 16.* III. Tutores & curatores, rationibus suæ administrationis nondum redditis, nequeunt prædia fiscalia, & Cæsaris patrimonialia conducere, & hoc eo fine, ut Minoribus & pupillis tantò magis sit cautum. *l. 49. princ. §. 1. ff. h. t. l. un. C. Ne tut. vel curat. veftig. conduct.* IV. Fabri, victores, 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 plurimum commendant, quæ prohibitio fallit, nisi ibidem talis opifex priùs domum, aut officinam conduxisset, vel emisisset, quàm Universitates erectæ sunt, aut Professor ibidem ædes conductas habuit, aut inhabitavit. Lauterbach. *h. t. §. 16.* Videatur Stryckius *de Jure sensuum differt. 3. cap. 2. à num. 10.* ubi hoc privilegium pensculatius trutinat. V. Prohibentur Clerici conducere possessiones, & prædia secularium in *cap. 1. Ne Cleric. vel Monach.* quæ tamen prohibitio de illo duntaxat casu intelligenda est, si id faciant quæstus, aut lucri gratiâ, non verò, ut propriæ indigentia succurrant, vel ex alia honesta, & rationabili causâ. *cap. 26. dist. 86. Panormit. 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, discernens *Nov. 123. cap. 6.* ut *conductionem teloniorum, aut cujuslibet possessionis eis credentes, nullam contra illas personas, quibus crediderint, habeant actionem.* Cujus tamen sanctionis rigorem (cùm Justinianus extra ollas saltaverit) neque olim, neque hodie vim obtinere facile cum Boehmero *h. t. §. 8.* admiserim. VI. Pupilli & Minores locare, vel conducere nequeunt, ita, ut vel ab initio talis conductio sit nulla, aut saltem ob beneficium restitutionis 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 efficaciter 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 conductam 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, eum prævalere, cui res tradita fuerit, tam-

tamen si is posterius conduxerit, arg. l. 15. C. de R. V. Priori tamen, si usum rei locator præstare nequeat, tenetur præstare interesse. Lauterbach. ad h. t. §. 16. Brunne man. 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 Brunne mano *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, in scio, vel etiam invito locatore, assumere possit? Respondeo, si totam domum conduxit, nec ipse locator easdem aedes simul inhabitet, non videri esse prohibitum, eo quod locatoris nihil interest, an conductor solus, aut cum socio easdem, inhabitet. Maxime cum sciverit, aut scire debuerit, quod integra quædam domus ab uno solo non solet inhabitari. Quoad conductorem cubiculi de rigore juris contrarium di-

cendum foret eo, quod locatori non aequè commodum sit, habere in eodem hypocausto duos, quàm unum conductorem. Ex more tamen Academia- rum, 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 subditi etiam domino suo præ aliis servire, aut operas suas pro mercede justa præstare teneantur, docet Richter *decis.* 98. num. 75. id quod etiam stringit opifices, qui ex artis suæ professione operas suas locare solent, hi enim cuicumque 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.

SUMMARI A.

15. Res, operæ, & merces constituunt locationis conductionis objectum. Que 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 fungibiles regulariter locari nequeunt. 19. Nec servitutes prædiales. 20. Nec res Ecclesiastica ultra triennium. 21. Illa Controversia, si prædium Ecclesiasticum ad plura triennia locatum sit, an locatio ex parte teneat, vel ex integro vitietur, sub distinctione resolvitur. 22. Jus Patronatus, & alia jura spiritualia locari nequeunt. 23. Nec jus cadendi monetam. 24. Enumerantur casus particulares, in quibus locatio locum habet. 25. Operæ Mercenariæ, 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,

15 **R**es, 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. §. 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 proprietates remaneat penes locantem, & usus rei duntaxat in conductorem transeat. *l. 20. C. h. t.* Accuratio subinde erit illa Regula, quæ dicit, quod res illæ locari possint, quarum usus conductori proficius esse potest, & quæ nec ex dispositione juris, aut ex natura sua transferri respuunt. Unde

16 Deduces I. Rem propriam conducti non posse, tametsi conductor credat esse alienam *l. 9. §. 5. ff. b. t. l. 45. ff. de R. J.* Ratio petitur ex *l. 20. C. h. t.* ubi dicitur, quod, qui rem propriam conduxit, existimans alienam, dominium non transfert, sed inefficacem conductionis contractum facit. Quia igitur hoc casu conductor rei conductæ adhuc manet dominus (id quod est contra naturam hujus contractus, utpote qui petit, ut dominium maneat penes locatorem, & usus in conductorem transeat) conductionis inefficax redditur. Excipiuntur tamen casus, quo possessio est penes alium, quam dominium, ut in *pignore*, cujus possessionem penes creditorem existentem debitor conducere non prohibetur. *l. 35. §. 2. §. l. 27. ff. de Pignorat. act.*

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

Deduces II. Res fungibiles, in nu-
mero, pondere, & mensura consisten-
tes regulariter locari non posse, sicut
nec commodari *l. 3. §. fin. ff. Commod.*
Ratio est, quod in his rebus usus à do-
minio separari nequeat, utpote, quo-
rum usus in abusu, sive consumptione
consistit: ergo locari non possunt, quia
in locatione res conceditur ad usum
absque translatione dominii. Possunt
tamen locari ad ostentationem, *arg. d.
l. 3. ff. Commod.* sed tunc erit locatio im-
propria, seu, ut alii, *irregularis.*

Deduces III. Servitutes prædiales, 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 constitui
possunt. *l. 4. ff. de Servit.* Poterit ta-
men conductor hac via sibi consulere,
si simul conducat prædium dominans,
cui debetur servitus Stryck. in *Cautel.
contract. cap. 9. §. 2.*

Deduces IV. Res Ecclesiasticas im-
mobiles ultra triennium utile locari non
posse, per expressam sanctionem in *ex-
trav. ambitiosa 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 censetur. Covarruv. var. resol. lib. 2. cap. 16. num. 6. Pignatell. Tom. 4. consult. 222.

21 Verùm 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 renovatio necessariò fieri debeat, aut, si locatio ex mente contrahentium ad novennium taliter inita sit, ut habeatur pro uno, & individo contractu, ipsaque merces, tametsi per partes, & successivè præstari possit, per modum unius mercedis solvi debeat. In his casibus judico, locationem ex toto vitari, 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 omninò sit roboris, & momenti, & recipienti jus aliquod non acquiratur. Fit autem in recensitis casibus conductio aliter, quàm 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: ergò. 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, & proximioris temporis locationem, consentire non potuit: ergò simpliciter non consensit. Arg. cap. 23. de Offic. delegat. Unde illa regula quod utile per inutile non debeat vitari. 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 paciscentium voluntate separari nequit. Aliud foret, si in plura quidem triennia locatio facta fuisset, ita tamen, ut elapso quolibet triennio, tam locatori, quàm 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. Wiestner 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 inhæret, 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 simoniæ labem

possint; adeoque etiam locari nequeant.

23 Deduces VI. Inter res locari prohibitas etiam recenseri jus *cludendi monetam*. Extant de hac prohibitionem varii Recessus Imperii, ut de Año 1551. §. 46. & de Anno 1559. §. 215. & seqq. Item de Anno 1570. §. 132. & seq. & 1594. §. 103. Ratio est, ne dum locatores, & conductores privata lucra quærunt, adulterina moneta in Imperium invehatur, cum maximo Reipublicæ damno, id quod, pro dolor! hodie dum experimur. Ut subinde Stryckius ad *h. t.* §. 67. temerè haud scripserit: *Contra hanc Legem ubivis hodie peccatur, dum quod splendori Principum promovendo concessum est regale, redditibus Camera annumeratur, & lucrum inde proveniens vocatur der Schläge = Schatz.* Videatur etiam Knippschildt. de *Contract.* Exercit. 9. *Quest.* 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*, habitator *habitationem* quoad exercitium licitè, & 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 resolutio jure dantis (ut vulgatum habet brocardicon) 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, quatenus 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 *communis* locari possunt, non tantum, si omnium dominorum consensus interveniat, sed etiam tunc, si unus illorum dissentiat, maxime si res aliàs locari solita fuerit. Nec hic habet locum illa Juris Regula, quod in re communi potior sit conditio prohibentis *cap. 56. de R. J. in 6.* quia sine causa talis socius, vel condominus locationem prohibet, cum res illa solita fuerit elocari, & consequente reliqui socii elocare volentes, jus habent, ne prohibeantur. Quod si tamen res commodam patiatur divisionem, quisque in sua libertate manet. *Rosignolo de locat. conduct. prenot. 11. num. 20.*

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

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

- Quo ad ipsas verò operas *mercenarias* sciendum est, quòd illæ duntaxat in hunc contractum venire possunt, quæ honestæ, & licitæ 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 promissit, se apud tertium effecturum, ut hoc vel illud opus præstet, promittens obligabitur, quia factum suum, non alienum promissit. Arg. l. 81. princ. ff. de V. O.
- 26 Pro usu rerum, aut operarum *merces* quoque præstari debet. princ. J. h. 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. h. t. Sufficit tamen, si ab initio fuerit constituta, etsi postea remittatur. l. 5. ff. h. t. Si post præstitas demum operas constituatur, non erit *locatio conductio*, sed contractus *innominatus*, per textum expressum in l. 22. ff. de Præscript. verb. §. 1. J. h. t.
- 27 Illud inter DD. non convenit, an *merces* in *pecunia numerata* necessario constitui debeat, num sufficiat, eam

in rebus *fungibilibus* constitui? P. Haunold. Tract. 10. cap. 4. contr. 2. utriusque partis fundamenta prolixo calamo producit, & illis adstipulatur, qui *mercem* in rebus quoque *fungibilibus*, scilicet, quæ numero, pondere, vel *mensura* constant, posse consistere defendunt, subjungens: *Hæc 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, cum 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, purificationem inter *emptionem, venditionem, & locationem* in eo institui, quod sicut *emptio* est, si *pecunia numerata* detur, quæ significatur per nomen *pretii*, ita *locatio* 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 *fungibiles*, *pretium* constituit, sed prout denotat *mone-*
tam

tam signatam, & pecuniam numeratam juxta sensum l. 4. §. 3. ff. ad SCtum Macedon. ergò 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 locò operæ servorum conceduntur, quia pecunia non datur, propriè locatio non sit. L. 35. in fin. ff. l. 8. §. 21. Cod. h. t. qui textus AA. puppis, & prora sunt, nostram Regulam haud destruunt, sed habent se per modum exceptionis, ut scilicet, si res frugifera locentur (de quibus casibus cc. ll. loquuntur) mercedis locò fructus dari possint, & hoc specialiter receptum esse favore rei rusticæ ait Gerardus Noodt ad h. t. ut fundus possit locari non modo nummis, sed etiam certa quantitate fructuum, ex ea nasciturorum, v.g. cer-

to pondere olei. Quo casu propter insolitam sterilitatem minui quantitatis fructuum promissæ præstationem, rescriptum est in d. l. 18. C. h. t. Quod si verò non fuerit certa fructuum quantitas determinata, sed portio pro rata ejus, quod in fundo nascetur, constituta fuerit, conductor ille Colonus partiarus ein Halb-Bauer dicitur in l. 25. §. 6. ff. h. t. magisque talis conventio ad societatem, quàm conductionem, accedit, & partiarus hic cum domino fundi quasi societatis jure damna, & lucra partitur. Voëtius ad h. t. num. 8. Lauterbach. ibidem. §. 30. Gerardus Noodt, & ex nostris Salisburgensibus Magnif. P. Schmier lib. 3. tract. 3. cap. 2. num. 348. Clariss. P. Placidus Bockh in Comment. hic num. 15. Clariss. D. D. Franz Inst. h. t. num. 24. & Peregrini ibid. num. 3.

§. IV.

De Obligationibus Locatoris.

SUMMARI A.

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 prædii rustici. 34. Rursus revocare potest, si conductor male versetur 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 pensio 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 competat?

Ef-

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

30 **C**onductor igitur habet sibi obstric- tum 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. h. t.* & conductori usque ad ter- minum locationis rei locatæ liberum usum præstet, omniaque impedimenta removeat, sine quibus eadem frui ne- quit. *l. 15. §. 1. l. 25. §. 2. ff. h. 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. h. t.* Sin- citra locatoris culpam usus rei condu- ctori noxius extitit (ut exemplum po- nitur in *cit. l. 19. §. 1.* de saltu pascuo locato, in quo mala herba nascebatur, ignorante vitium rei locatore) vel aliàs casu fortuito interversus sit, ad interes- se non tenetur, mercedem tamen, si jam anticipata sit, conductori remittere de- bet. Textus & exemplum in *l. 33. ff. h. t.*

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

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

I. Casus est, *superveniens necessitas*, 32 eaque gravis, qua fit, ut vel ipse loca- tor v. g. ædibus locatis opus habeat, vel ipsæ ædes refectioe, non differen- da, indigeant, quæque necessitas tem- pore locationis initæ nondum extitit, aut saltem prudenter prævideri non po- tuit; aliàs enim necessitas, in quam quis se ultrò conjicit, non excusat. *Arg. l. 1. §. fin. §. l. seq. ff. ut in possess. legat.* Talis verò necessitas censetur ingruere, si locatori fortè domus sua, in qua ha- ctenus habitaverat, corrui, aut igne absorpta est, vel, si ipse, aut filius ejus uxorem duxit, vel novam dignitatem sive officium indeptus est, ampliorem habitationem pro se, suoque famulatio requirens. *Canis. hic num. 10. Card. de Luca de locat. & conduct. Discurs. 47. num. 2.* quo tamen casu pensio pro rata temporis conductori remittenda erit, *cap. 3. h. tit.* Quodsi refectio perfici possit etiam sine emigratione condu- ctoris, expelli non debet, imò, recipi refecta domo, si emigrare necesse fuit, juxta Gloss. in *l. 3. §. inquilinus 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. h. t.* tantum loquitur de prædio urba- no. Sed melius Haunoldus *cit. cap. 4. Controv. 16. n. 539.* affirmat, quia non verba legis, sed intentio Legislatoris respicienda est, quæ fuit, ut præsentis necessitati locatoris, aut rei locatæ 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. h. 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 iudicis arbitrio relinquendum censet Menoch. *de arbitr. jud. cas. 78. num. 7. Canif. 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 immeritò longior terminus à legibus statutus est. Haunold. *loc. cit. num. 534.*

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

ductori esse remittendam, cum locatori 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 integram pensionem exigì, ne ex culpa inquilini damnum sentiat, non recipiendo scilicet pensionem in constitutum tempus.

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

Quamquam verò locator legi conventionis 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 locatæ conductorem expellere, *l. 9. C. h. tit.* juxta

juxta vulgatum illud: *Kauff gehet vor Mietz*. Ipse verò venditor efficere tenetur, ut emptor conductorem patiatur in re conducta, aut, si hoc efficere nequeat, præstare, quanti ejus interest, rem ante tempus locationis non fuisse venditam. *l. 25. §. 1. ff. b. t. l. 30. princ. ff. eod.*

39 Locatori, etsi facultatem vendendi rem locatam adimere nolumus, eam tamen ad casum propriæ indigentia 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 videretur, ac subinde textus, qui locatori facultatem vendendi concedunt, de casu necessitatis exaudiendos esse, non sine juris fumo asserimus. *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 conductore 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 duplici hoc argumento I. ipsæ leges desiderare videntur, ut expressa cautione conductori usus rei recipiatur. *l. 25. §. 1. ff. b. t. l. 53. §. ult. ff. de Act. empt.* II. Venditor, tametsi sciat, rem oppignoratam à debitore vendi, nec contradicat, sibi tamen non præjudicat, quia simul scit, quod jus pignoris adhuc penes tertium possessorem perduret. *l. 8. §. 15. ff. quib. med. pign. vel hypoth. solv.* Ergò idem dicendum de emptore, qui sciens rem locatam emit, quia simul scit, se non teneri stare legibus locationis. *l. 9. C. b. t.* Contraria resolvit *Tuldenus C. ad b. t. §. 15.*

Huic quæstioni succedit altera: an hæredes locatoris teneantur stare locationi ab ipso initæ? Resp. in locatione rerum affirmative, per *l. 10. C. b. t.* imò etiam in locatione operarum, nisi tales essent, quæ non æquè per hæredes præstari possent, sed singularem ipsius locatoris peritiam, vel industriam respuerent. 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 contractus ab illa pendens cessat. Excipitur II. si hæres fiduciarius rem fideicommissa gravatam locavit, huic enim locationi hæres fideicommissarius stare non tenetur. Ratio est, quod hæres gravatus non habet jus disponendi de fideicommissa in tempus restitutionis faciendæ, quia tenetur sine onere restituere, sine quo accepit. Unde subintrat regula: *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis.*

Ulterius tenetur locator conducto-42
T 2 rem

rem indemnem servare ratione impensarum, quas *necessario*, vel *utiliter* in rem conductam fecit *l. 55. §. 1. l. 61. ff. h. t.* Voluptuarias non repetit, eas tamen, si sine rei conductæ damno fieri possit, tollere non prohibetur. *Garfias de Expens. cap. 14. num. 27.* Conductor subinde expensas tam modicas, quam magnas (suppono, si *necessario*, 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, stercas, & tributa, quæ ratione rei conductæ solvit, à locatore repetit. *Garf. de Expens. cit. cap. 14. num. 19.* Onera tamen personalia die *Srohne-Dienst, und Wacht*, & alias collectas, quæ vel ratione personæ, vel mercaturæ, opificii &c. secundum jusque 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.* Verbò expensas necessarias, & utiles in rem locatam factas aut repetit, aut de mercede nondum soluta deducit. *d. l. 61. ff. h. t.*

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

impeditus fuerit, integram mercedem petere nequit. Probatum 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 ipsum 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 *Hauhold. 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 integram, vel ejus partem recipiat. Ipsum verò *operarum* conductorem similiter monet, ut in eo sibi caveat, nè præpropere mercedem locatori prænumeret; si enim integram ei mercedem solverit, isque morte subitanea præventus, operas præstare nequeat, nihil repetere poterit: facilius enim hic retentio, quam petitio. *Arg. l. 38. §. 1. ff. h. 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 interessè, & denique, si ex hoc contractu immodicè, sive ultra dimidium se læsum docere possit, *alternativè* agit, ut aut à locatione recedatur, aut locarium ad æquitatem reducat. *Arg. l. 2. C. de rescind. vendit.* Si locator locarium ad æquitatem reducere elegerit, etiam ratione annorum præteritorum, mercedem, quam ultra alterum tantum recipit, refundere debet, quia in hoc quoque læsus est, & restitutio in tantum re-

stituit, in quantum abstulit læsio. *Bœhmer. de action. sect. 2. cap. 8. §. 95. & seqq.* in locatione operarum agit adversus locatorem ad operas præstandas, quas, si sua culpa præstare non possit, tenetur conductori ad locarium anticipatò solum restituendum, & præstandum id, quod interest. Ad quod etiam tenetur, si opus, ad quod perficiendum ejus opera conducta fuit, haud debita diligentia fecit, vel aliàs vitiosum opus sit. *l. 51. §. 1. ff. h. t. Bœhmer. cit. loc. §. 101. & 102.* quæ omnia jam superius à nobis prolixius explicata sunt.

§. V.

De Obligationibus Conductoris.

SUMMARI A.

45. In tribus præcipuè consistit obligatio conductoris, quod mercedem convento tempore solvat, & rem conductam finito usu in specie restituat, & locatori, quoad durat locatio, in prædium urbanum invec̄ta sciat esse oppignorata. 46. Fructuum ante solutam mercedem perceptorum conductor sit dominus. 47. Dæ oppositiones enervantur. 48. An superveniente sterilitate merces remittenda, aut minnenda sit, certa ab incertis separantur. 49. Unde magnitudo sterilitatis desumenda sit, variæ opiniones sunt, quas omnes recipimus. 50. Ad opposita respondetur. 51. An in computatione fructuum in ordine ad minuendam, vel remittendam pensionem etiam seminis ratio habenda sit? 52. Quomodo conductori ultra dimidium læso remissio fieri debeat? 53. An ob supervenientem ubertatem locatori pensio augeri debeat? Affirmantium fundamentum expenditur. 54. Cum negantibus nos quoque negamus. 55. Conductor ante finitum locationis tempus à contractu recedere nequit, exceptis quibusdam casibus, qui enumerantur. 56. Clerici ampla prædia secularia conductentes possunt auctoritate judicis invito quoque locatore ante expletum locationis tempus à contractu resilire. 57. Actio locati exponitur.

Quoniam contractus locationis conductionis bonæ fidei est, & bilateralis, sequitur, quod uterque contrahentium ad mutuas, & recipro-

cas præstationes obligatus sit, & quidem æque principaliter, idcirco, cum de obligationibus locatoris in præcedenti §. egerimus, in præsentiarum ob-

T 3

liga-

ligationes conductoris evolvere instituimus.

45 Conductor igitur tam *rerum*, quam *operarum* obligatur ad solvendam mercedem tempore convento, aut secundum loci cujuslibet consuetudinem, qua deficiente, communiter ad finem anni *l. 34. ff. de R. J.* sicut enim emptor non tenetur solvere pretium, nisi *venditor* ex parte sua contractum adimpleverit, ita nec *conductor*: censetur autem locator contractum adimplevisse, si tempus locationi constitutum in singulos scilicet annos adimpleverit. Et hinc merces pro fundo conducto solvenda non erit ante fructus collectos. *l. 26. ff. quando dies legat. ced.* & si morosus in solvendo extiterit, etiam ad usuras tenetur. *l. 27. §. 1. l. 55. §. 2. ff. l. 17. C. b. t.* Quodsi operæ *pregnantes* locatæ fuerint, tunc vel merces solvitur integra, finito opere, aut per partes, si ita specialiter conventum fuerit. *l. 30. §. 3. ff. b. t. l. 72. §. 1. ff. de V. O.* Altera deinde obligatio est, ut rem conductam finito usu rursus in specie restituat, & si quid ipse, vel per se, vel per suos domesticos damni dolo, culpa lata, vel levi, in ea causavit, resarciat. *l. 9. §. 3. l. 11. §. 2. §. 3. l. 13. §. 1. §. 7. ff. b. t. l. 25. §. 3. l. 41. ff. b. t. l. 11. princ. l. 29. §. 9. eod. l. 11. ff. ad leg. Aquil.* Huic accedit tertia obligatio, quod res conductoris illata in prædium *urbanum* locatori pro mercede habitationis tacite hypothecata sunt, etsi eo ignorante illata sint. *l. 4. ff. de Pact. l. 4. princ. ff. in quib. caus. pign.* In prædium *rusticum* verò non nisi illæ, quæ sciente locatore, eo animo illatæ sunt, ut stabiliter ibi essent. *l. 5. C. b. t.* Si tamen postea mutato animo auferantur, non de-

sinent per hoc esse obligatæ, uti colligitur ex *l. 7. §. 1. ff. in quib. caus.* Merces autem mercatorum, quia non animo servandi, sed vendendi inferuntur, hypothecata non sunt, uti nec instrumenta opifici necessaria *l. 6. ff. de Pign.* & probabiliter nec libri studiosorum, circa quos tamen praxis, & consuetudo locorum attendenda est. Hæc quasi plana sunt, & in *Thest* verissima. Sunt tamen casus particulares, de quibus dubitatur, an recensitæ obligationes, & quousque ad illos se porrigant.

Dubitatur I. an conductor ante solutam locationis mercedem fructuum interea perceptorum dominium acquirat? Videtur negandum à paritate emptoris, qui rei venditæ, & traditæ dominium prius non acquirat, quam pretium 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 maneat tacite oppignorati locatori per *l. 7. ff. in quib. caus. tacit. pign.* & *l. 24. §. 1. ff. b. t.* atqui nemini res sua oppignorata esse potest: ergò.

Dices: etiam in re vendita & tradita pignus habet venditor, & tamen manet dominus, usque dum solvatur pretium. Resp. anteced. falsum esse, venditor solum potest rem venditam retinere *quasi pignus*, id est, non tenetur tradere ante oblatum pretium.

Instas: dominus fundi habet actionem furti contra conductorem *clam* fructus asportantem, mercede nondum soluta. *l. 61. §. 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. act.*

48 Dubitatur II. An fundo frugifero locato, si sterilitas superveniat, merces à locatore conductori remitti debeat? Hic certa ab incertis separanda sunt. Certum igitur est I. si damnum modicum casu fortuito illatum patiatur conductor, nil de pensione remittendum esse. *l. 25. §. 6. §. l. 4. §. 1. ff. h. t.*

Certum est II. si damnum, vel sterilitas tanta sit, ut conductor nihil omnino percipiat, totam pensionem remittendam esse, aut pro rata, si sterilitas magna fuerit. *d. l. 25. l. 15. §. 2. ff. h. t. §. l. 8. C. eod.* Nisi, ut limitat Pontifex in *cap. 3. h. t.* præcedentis, vel subsequents anni ubertate damnum compensetur. Ratio hujus in æquitate consistit, quia pensio, seu merces locationis, constituitur in compensationem fructuum ex re conducta percipiendorum: ergò si nulli, vel pauci fructus percipiuntur, nil etiam, vel parum præstandum erit, ne periculum damni penes solum conductorem maneat, locator verò semper securus sit. Quod, si ob præsentis anni sterilitatem pensio remissa fuerit, sequenti verò anno magna ubertas eveniat, ex eodem æquitatis motivo posse à locatore pensionem repeti, censet Lessius *lib. 2. c. 24. dub. 3. num. 19.* censetur autem sterilitas compensari, si conductor anno fertili, & sterili computato tantum commodi perceperit, 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 percepti, & à solo separati, casu fortuito perierint, pensionem non esse remitten-

dam, nam, cum perceptione, & separatione fructus facti sint coloni. *l. 26. §. 1. ff. de furt. §. 36. Inst. de R. D.* ipse solus ferre damnum debet, quia res perit suo domino; secus si adhuc pendentes, vel in solo existentes fructus essent. *l. 44. ff. de R. V. Gail. lib. 2. observ. 23. num. 13.* quia tunc sunt pars fundi, cujus proprietas ad locatorem spectat; adeoque tunc merito sterilitas colono, qui ex re aliena nullum fructum percepit, & pensionem pro usu rei præstat, pensionis remissionem tribuit.

Certum est IV. Si speciali pacto conventum sit, ut casus fortuitus ad conductorem pertineat, eoque nomine minor pensio constituta sit. *l. 9. §. 2. ff. h. t.* quo tamen pacto casum prorsus insolitum, & extraordinarium v.g. terræ motum in nostris partibus cum tanto damno inauditum non venire, saltem 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 inimicitias conductoris arbores v.g. excisæ sint. *l. 11. §. 25. §. 3. §. 4. ff. h. t.* Gail. *cit. tit. num. 21.* apud quem plures limitationes videre licet: aut si vitio rei locatæ eveniat, interveniente tamen aliqua culpa ipsius conductoris, *l. 15. §. 2. ff. h. t.* remissio pensionis peti nequit. Uti etiam, si damnum v.g. exundationis, si sæpius contingere solitum fuerit; adeoque conductor illud facile prævidere potuerit, & tamen pacto sibi ultro non prospexerit, frustra sibi pensionem remitti petit. *cit. l. 15. §. 2.* quia tunc censetur in damnum consensisse,

pro-

prout etiam tali periculo prævisio 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, detracto semine, & deductis expensis in colendum agrum factis, tot fructus non supersunt, ut dimidiam partem solvendæ pensionis adæquent; fructus enim dicuntur, qui deductis impensis supersunt. *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. modis 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: sin verò 6. aut plures modii remaneant, nil erit de pensione remittendum. Et hujus opinionis sunt Panormit. *ad cap. 3. h. 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 iudicio, & communi vicinorum opinioni, vel etiam prudentis iudicis arbitrio id relinquendum putant, cum ex loco, & tempore rerum pretia varientur. Gail. *l. 2. observ. 23. n. 1.* Laymann. *lib. 3. Tract. 4. cap. 22. num. 7.* Brunneinan. *ad d. l. 15. num. 16.* & seqq. specialem, eamque valde notabilem computationem affert. Vult nempe, 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, certe 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 advecti frumenti 4. fl. cum hoc damnum 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 displicet.

Verum tam contra unam, quam alteram opponitur *l. 15. §. 5. ff. h. t.* ubi dicitur, exiguitatis fructuum quo ad remissionem mercedis rationem habendam 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: ergò etiam conductoris. Sicut enim emptor in eo relevatur, quòd comoda 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, quàm hæc speranda. Deinde singulari Jure id receptum esse, notat Canilius ad *b. t. num. 2.* ob summam necessitatem contractus *emptionis*, quæ tanta non est, in *locatione*: item quod emptio præstito consensu quasi in momento absolvatur, & mox ad traditionem agi possit, locatio verò tractum habeat successivum, quia ad annum, mensem, aut aliud tempus longius conduci solet; unde sibi imputare debet 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 seminis, & expensarum jacturam 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 seminis 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 seminis disponere, non tamen casum

salvi seminis excludere, sed ab eo abstrahere.

Alterum est: An conductori ultra 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 sufficet 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; contra venditor nil refundere teneatur, si læso non sit ultra dimidium, consequenter etiam conductori ultra dimidium læso totius pensionis remissio facienda, nihil verò, si intra dimidium læsus sit, respondet, esse disparitatem, quòd venditor 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 hypothese integram pensionem conductori remittendam esse, veluti emptori ultra dimidium læso integrum pretium, quod persolvit, restituendum est: quia sicut emptor dicitur gravissimè læsus, quando plus altero tanto, quàm 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-

Dubatur 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 contigerit. 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 decreveret: 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.

Nos tamen in tali casu locatori favore nec possumus, nec volumus, prohibiti à Cajo in *l. 25. §. 6. ff. b. t.* ubi dicit: *Modicum damnum equo 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 insinuatæ restrictiones ea diversitatis ratio assignari potest, quod non sit eadem in conductore, quæ in locatore favoris, & æquitatis ratio; nam conductor ob sterilitatem magnam gravissimum damnum subit, ob fertilitatem verò neuter damnificatur: nec enim idem locator quidquam perdit de pensione sibi constituta; hinc æquitas suavit, ut conductori de damno certanti subveniretur, non verò 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, lucrifactorus est, durior causa est petitoris.* Unde & Baldus dixit, quod, ubi multi sunt fructus, ibi gaudium multum, scilicet ex parte utriusque; ubi verò sterilitas, ibi luctus & dolor, scilicet conductoris.

Dubatur IV. An conductor ante tempus locationis finitum à contractu recedere, & inquilinus v. g. ab ædibus migrare possit? Respond. id regulariter 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 conductam deserat, ad integram mercedem solvendam tenetur. *l. 55. §. fin. ff. b. t.* Quod si tamen causa justa urgeat emigrationem, fortè quod re conducta rectè uti prohibeatur, ut, si lumina ædium conductarum à vicino ædificio obscurata sint, si ostia, aut fenestræ, aut similia non debite reparentur à locatore. *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 elapso, 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 conductorem à solutione pensionis, saltem pro rata temporis. *cit. l. 27. §. 1. §. 1. §. 2. ff. b. t.* Quod si verò 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. 27.*

56 Dubitatur V. An Clerici, quibus quæstus causâ possessiones, & prædia sæcularia 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 Bœhmerus 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 fit, ut ab officiis suis spiritualibus ritè obeundis abstrahantur, animùmque, quem Divinis occupatum habere deberent, totum in terrena, & sæcularia

effundant: & etiam locator peccet, quippe qui scivit, aut saltem 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 licitè fiat, sententia judicis clericum ab hac lege absolvantis præcedere debet.

Denique, ut conductor obligatio- 57 nibus suis satisfaciatur, datur locatori, ejusque hæredibus actio *locati*, qua agit adversus conductorem, ejusque hæredes ad præstandum omne id, quod ex natura contractus præstandum est, scilicet ad rem locatam finito usu restituendam, fartam, & integram, & simul ad mercedem solvendam, prout hæc fusiùs jam supra à nobis deducta sunt. Vid. Bœhmer. *de act. sect. 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 *socidæ*, qui explicatur. 59. Quo etiam pertinet *admodiatio*. 60. Item Contractus *affictus*. 61. Et Contractus *Libellarius*, quorum natura cum suis effectibus exponitur.

Sunt quædam alia negotia, quæ locationi admodum propinqua sunt, quæ subinde pro complemento *b. t.* strictim referre placet. Inter hæc primo loco nominari meretur contractus *socidæ*, 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 substituatur, & propterea ejusmodi pecora vocantur communiter *ferrea pecora eiserne Vieh*. Tenetur subinde conductor periculum.

mortis in se suscipere, ex qua causa (ut fervetur contractus æqualitas) pro usu vilior merces constituitur. Quodsi tamen lues insperato conducta pecora aut omnia, aut pleraque depopuletur, & perimat, hoc damnum locator ferre debet, quia de hoc casu insolito tempore contractus contrahentes cogitasse non præsumuntur. Wegens *cit. Tract. cap. 7. num. 280.* Proximitas hujus contractus cum *locatione* in eo consistit, quod utrobique *consensus, rei usus, & merx* interveniat, ac pleraque, etiam locationis conductionis naturalia retineat. Plura de hoc contractu vide apud 59 Stryck. *ad h. t. §. 8. & seqq.* II. Huc spectat *Admodiatio*, quod est Gallicum vocabulum, & nobis Germanis significat *die Verpachtung, oder Verzinsung deren Renten, Steuern, Amts-Gebühren* &c. & describitur, quod sit conventio, qua alicui locantur redditus pro certa, eademque annua mercede, si fuerint certi redditus alicujus provincie, dicitur *propria*, si omnis generis redditus ad provinciam non spectantes, *impropria* salutatur, contractus hic à *locatione conductione* in effectu non differt, sed tantum ex objecto. Vid. Tabor *Dissert. de Ad-* 60 *modiat.* III. Contractus, qui vocatur *affictus* ab Italico *darè à fitto*, juxta multos à *locatione* non differt, nisi nominis sonò ut testatur Stryck. *hic §. 25.* juxta alios verò confunditur cum *colonia partiaria*, ubi scilicet prædium rusticum non pro pecunia, sed pro parte fructuum, videlicet *umb die Helffte, umbs Drittel* impensis, & periculo conducentis locatur, qui propterea *colonus partiarius, Halb-Bauer* nuncupatur. *l. 35. in fin. ff. l. 21. C. b. t.*

Panormit. *ad cap. 3. h. t. num. 14.* Magnif. P. König *h. 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 propius accedere existimant, ut Magnific. P. Schmier *l. 3. Tract. 3. cap. 2. num. 380.* Stryck. *ad h. t. num. 15.* quibus etiam ad stipulor cum Panormitano *ad cap. 3. h. 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 pecunie 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 vectigal. §. 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 faciendâ præfigere, ut interim commode tantum ex fructibus capere possit, quo pretium integrum ita successivè exsolvat. Exemplo rem declarat Stryckius, habeo e. g. prædium, cujus aestimatio est 10000. Thalerorum. Hoc amico cuidam vendere volo, qui tantum solvere

vere acquirit, ergo sub hac lege ipsi vendit, 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 venditæ in emptorem transferat, quia traditur ipsi ex titulo emptionis, perpetuæque 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.

A P P E N D I X.

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.

S U M M A R I A.

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. *Oppositio 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 hereditariam, & non hereditariam.*
10. *Huc etiam refertur Emphyteusis ex pacto, & providentia.*
11. *In Emphyteusi, abstrahendo à consuetudine, etiam femina possunt succedere.*
12. *Emphyteusis rursus alia est perpetua, alia temporalis.*

¹ **E**mphyteusis græcum vocabulum est ab *Εμψυτεω* derivata, quod idem est latinis, ac *insero*, substantivè *insitio*, vel *implantatio*, germanicè *ein Erb-Recht, Erb-Sinnß-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* præcipuè consideramus, in qua acceptione describimus emphyteusin, quod sit *contractus consensualis, juris gentium, nominatus, bonæ fidei, quo res immobilis, vel ei equipollens alicui colenda, & fruenda conceditur cum onere certæ pensionis annuæ in recognitionem domini directi solvende*.

² Ast circa primam mox particulam datæ definitionis inter DD. controversatur, an iste contractus solo *consensu* perficiatur, num verò ad sui substantiam *scripturam* desideret? Abstrahendo à jure locorum statuario, vel praxi recepta, prout in Austria, & Bavaria emphyteusin nonnisi litterariis documentis probari posse testantur. Clariss. D. D. Benedictus Finsterwalder *Prætic. observ. lib. 2 observ. 38. n. 5.* & Blumlachner *Tract. de Jure Emphyteut. vitalit. Sc. Quest. 1. num. 2.* Distinguo inter emphyteusin *Ecclesiasticam*, & *laicam*, ita, ut in priori requiratur Scriptura per *Nov. 7. in fin. præfat. l. 14. §. ult. C. de SS. Eccles.* 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 his, que sunt à Prelat. 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 Zoëtio *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.* quæ 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 *Anastasio*, ad quamcunque emphyteusin necessaria fuit Scriptura: ergò superflua erat sollicitudo Anastasii; constat autem ex verbis *d. Nov.* quod Anastasius primum *gesta monumentorum, constituerit fieri super alienationibus*, nisi fortè dixeris, Justinianum vera non scripsisse: ergo male inter substantialia à Zenone requisita numeratur scriptura.

³ Opponunt AA. *l. 1. C. de Jure Emphyteut.* ubi expressè mentio *scripturæ* fit, & quidem per ablativum absolute positum, ibi: *Pactionibus, 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 pactio- nibus habitis* etiam est ablativus absolute positus: ergo etiam ille conditionem importabit, & sine similibus pactis specialiter adjectis Contractus *Emphyteuticus* subsistere non poterit, quod vix ullus somniaverit. Ratio verò, cur Imperator Zeno in *l. 1.* & etiam *2. §. 3. d. t. scripturae* mentionem ingerat, est ista, quod ad id, quod frequentius fieri solet, respexisse videatur, frequentius autem fit, ut paciscentes super hoc Contractu Instrumentum erigi faciant, ne scilicet fides eorum, quæ specialibus pactis addita sunt, propter temporis diuturnitatem, in quod emphyteusis extendi solet, vacillare incipiat, dum mortuis fortè testibus pacta conventa 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. h. t.* expressè dicat Zeno Imperator, se *ius tertium* constituere, 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. §. it. ff. si ager vectigal. id est, emphyteut.* olim enim contractus *vectigalis*, & *emphyteuticarius* pro eodem capiebantur, nec quisquam utebatur eo jure in *vectigal*, & *emphyteusim* concedendi præter municipia, & respublicas, quæ agros communes habebant, eosque plurimum steriles privatis cultoribus, ut frugiferos redderent, sub annuo quodam censu dabant, ut pluribus demonstrat *Forcatulus 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*, puta agri, prædia. *l. 1. ff. si ager vectigal. l. 2. C. de Jur. emphyteut.* Eaque non tantum rustica, sed etiam urbana *l. 15. §. 26. ff. de Damn. 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 domini directi solvendæ.* Quo indicatur alterum Emphyteuseos partiale objectum, quod est pensio, seu (ut technicè 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 *venditione*, quod in illa *dominium directum*, in hac verò *utile* duntaxat transferatur. Ab *usufructu*, quod is morte usufructuarii extinguatur; hæc plerumque etiam ad hæredes transeat, nec ille, sicut emphyteuta *dominium nanciscatur*. A *feudo*, quod ejus finis sit fidelitas Vasalli, 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. §. 3. *Inst. de locat.* & l. 2. *C. de Jur. Emphyt.* ubi certæ solum pensionis, & reddituum mentio fit, qua non sola pecunia comprehenditur.

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

8 Dividitur II. in *novam*, & *veterem*. Noya est, quæ primum emphyteutam non transcendit. Vetus, quæ finito tempore primi pervenit ad secundum. Novus autem emphyteuta dicitur, qui sub prima concessione non comprehendebatur, ut, si alicui vendatur, doneatur, commutetur &c. modò debito, & licito. Quodsi eam ab alio emphyteuta consequitur, novus quidem emphyteuta erit, sed novam emphyteusim 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 emphyteusis, nec emphyteuta novus erit.

Dividitur III. in *hereditariam*, & *non hereditariam*. Hæc est, quæ non acquiritur successionis titulo, sed emptione v. g. donatione &c. Illa rursus subdividitur, ut alia sit *simpliciter hereditaria*, quæ ita conceditur, ut ad omnes hæredes, tam suos, quàm extraneos transeat; alia *hereditaria mixta*, quæ scilicet ad filios hæredes restringitur, quo casu non sufficit esse filium, aut descendantem, sed requiritur, ut actu sit hæres emphyteutæ, atque ita exhæredatus, aut repudians hereditatem in emphyteusi non succedit.

Huc etiam pertinet species emphyteusis, quæ vocatur ex *pacto* & *providentia*, ubi scilicet succedens necessario non est hæres, sed sufficit, ut sit ex descendantibus emphyteutæ, ut, si concedatur Petro, & descendantibus illius, vel indefinitè, vel ad certas generationes, quo casu descendens ex Petro, etsi hæres non sit, in emphyteusi succedet.

Quodsi emphyteusis concessa sit 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. emphyteuscos* incapaces non sunt, tum, quod ex æquitate, & benignitate juris, cui se contrahentes conformare censentur, etiam in contractu *stricti juris filiorum* nomen filias complectatur l. 116. ff. de V.S.

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

tutionem, quæ ideò fundus sterilis, & incultus in perpetuum fuit concessus *l. 1. ff. si ager vectig. Nov. 120. cap. 1. §. 2.* ut faciliùs idonei cultores reperirentur, & ad procurandas melioratio-

nes magis stimularentur, in perpetuum conceditur. Altera verò ad certum tempus, vel ad certas generationes indulgetur. *l. fin. ff. si ager vectig. Novell. 120. cap. 5. princ. & cap. 6.*

§. II.

De Domino Emphyteuseos, & Emphyteuta, & utriusque obligatione.

SUMMARI A.

13. Quis Dominus Emphyteusis, & Emphyteuta dicatur? 14. 15. De constituente, & 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 laudemio? 20. Si emphyteuta rem emphyteuticariam distrabere vult, emendi conditio domino offerenda est, cui jus protimyseos competit. 21. Actio emphyteuticaria datur utrique ad præstandum id, quod alter alteri debet.

13. **D**ominus Emphyteuseos, qui aliàs dominus directus salutatur, vulgò Grund-Herr, Zinns-Erb-Herr, est is, qui rem immobilem unacum dominio utili in alterum transfert, proprietate, & dominio directo penes se remanente. Emphyteuta, germanicè Zinns-Mann, Erb-Rechter, Erb-Bestander, dicitur ille, cui res colenda & utenda cum dominio utili conceditur.

14. Constituere emphyteusin possunt, quibus rei dominium plenum competit, & præterea disponendi, ac alienandi potestas jure impedita non est. Unde, cum pupilli de rebus suis liberè disponere nequeant, etiam eas in emphyteusin concedere non possunt, nisi tutoris autoritas, unà & decretum Magistratus cum causæ cognitione accedat *l. 3. §. 5. ff. de reb. eorum, qui sub tut. tt. C. de*

Præd. Min. sine Decret. non alien. Qualiter Prælatus res Ecclesiæ in emphyteusin dare possit, dictum est in tit. 13. hujus libri.

Emphyteusin accipere potest, qui 15 Juris alicujus acquirendi capax existit, seque contrahendo obligare potest, & quanquam emphyteusis etiam titulo lucrativo, & sine interventu pretii constitui possit, v. g. donando, legando &c. dummodo annuus Canon præstetur, tamen pupillis, & minoribus consultum non est, ut sine interventu, & consensu tutorum, & curatorum emphyteusin 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. König h. t. num. 35.*

Obligatio domini emphyteuseos in 16 duobus præcipuè consistit I. 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 *h. t. n. 40.*

17 Emphyteuta pluribus obligationibus oneratur, & quidem I. re in emphyteusin concessa arbitrio boni viri uti, eamque meliorare tenetur, nec impensas meliorandi causâ factas, finita emphyteusi, repetere potest, utpote quas ex natura contractus facere debuit. *Arg. l. 55. §. 1. §. 1. 6. ff. locat.* Aliiter, 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 æstimatio istorum melioramentorum, & qualiter emphyteuta interim emphyteusin retinere possit, dum sibi impensæ solvantur, nec fructus perceptos deducere teneatur, discutit Haunold. *tract. 9. cap. 4. contr. 14. num. 569. §. seqq.* Huc etiam reducitur obligatio solvendi tributa, & collectas aliásque pensationes publicas, quæ Reipublicæ, vel fisco quotannis præstantur. *l. 2. C. b. t.* quia æquum est, ut emphyteuta, quia omnia emolumenta & prædii commoda percipit, onera hæc ordinaria quoque ferat. De Praxi Austriæ dominus

directus collectas, & tributa Provincialia solvit, quæ tamen rursus ab emphyteuta eidem repetere licet. Clariss. D. D. Finsterwalder *Pract. Observ. lib. 2. Observ. 40. num. 5. §. 6.* An autem emphyteuta ad extraordinaria onera, à Principe imposita, & à contrahentibus nec prævisa, nec in contractum deducta, teneatur. Vide Molinam *disput. 456.* in favorem emphyteutæ respondentem.

II. Obligatur emphyteuta ad annum *Canonem* vulgò *Stifts-Grunds Dienst, jährliche Geld.* solvendum *l. 2. C. b. t. §. 3. Inst. locat.* & quidem communiter in fine anni, nisi aliter conventum, aut consuetudine receptum sit. Qui tamen ob supervenientem sterilitatem non remittitur, quia plerumque in quantitate modica consistit, & insuper non in compensationem fructuum, sed in recognitionem domini *directi* penditur. *l. 2. §. 3. C. de Jur. Emphyt.* quod etiam ex eo elucescit, quod si juxta primævam contractus hujus naturam res planè inculta & sterilis in emphyteusin daretur, ubi primis annis ille aut nullos, aut exiguos fructus perciperet, nihilominus constitutum Canonem solvere teneretur: ergo idem dicendum, si ex post uno alterove anno nullos fructus percipere possit.

An vero idem dicendum sit, si iuxta, ac fructibus annuis commensurata pensio solvenda sit, & sterilitas magna, seu damnum notabile contingat, disputatur. Practica, & benignior sententia cum Gail. *l. 2. Observ. 23. num. 2.* sustinet, in tali casu sicut in locatione, remissionem esse faciendam, eò quod non tantum in recognitionem domini *directi*, sed etiam pro usu rei tam ampla pensio præsumatur fuisse constitu-

ta. At contrarium verius est in theoria, quia *l. 1. C. h. t.* expressè dicit, tota rei substantia non pereunte, ad emphyteuta pertinere damnum; sed propter sterilitatem tota rei substantia non perit: ergo, & hanc theoreticam etiam consuetudo Austriæ firmat. Vid. Fachin. *lib. controv. 89.* Zoëf. ad *ff. locat. n. 88.* D.D. Finsterwalder *cit. lib. observ. 43. num. 5. & 6.*

19 III. Obligatur emphyteuta ad solvendum *laudemium* vulgò *die Anlait, Anoder Zufall.* Quod de Jure Civili est quinquagesima pars pretii, quo res tempore alienationis quoad percipiendas utilitates valuit. *l. 3. C. h. t.* quod jus moribus immutatum ac *laudemium* 5. pro 100. in plerisque locis auctum esse testatur Stryck. ad *tit. ff. si ager veftigal. §. 12.* Hoc *laudemium* tamen emphyteuta prius solvere non tenetur, quam renovatio, & nova investitura à domino directo facta sit, quia ob laborem renovationis, ac novæ investituræ dari solet. Struv. in *decis. Sabbath. decis. 31.* Berlich. *part. 1. Conclus. 47.* Creditor tamen *Cessionarius* *laudemium* quoad emphyteutica non præstat, quia emphyteutæ 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 emphyteuticariam vult distrahere, tenetur prærogativam emendi domino offerre, hoc est, pretium sibi ab alio emptore oblatum, prius domino denuntiare, si forte ipse idem pretium numerare, & emphyteusum in se recipere velit. Quod si eodem pretio se nolle renuntiaverit, aut à tempore denuntiationis duo menses effluxerint, tunc venditor emphyteuta...

poterit alteri emptori jus suum addicere *cap. ult. de locat. l. 3. C. h. t.* secus denuntiatione omissa, aut facta quidem, sed non expectato termino bimestri re nihilominus alienata, jure suo cadit, nisi speciali conventionione hæc 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 aliàs specialiter privilegiatæ, ut sunt Ecclesiæ, quæ nunquam moriuntur, & ideo dominus spem reversionis non haberet, 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. h. t.* ibi: *Et 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. h. t.* Ratio autem, cur *donare*, non etiam *vendere*, inconsulto domino, emphyteutæ integrum sit, ista redditur, quod non tam facile quisque donare soleat, sicut vendere, & ideo, tametsi mulier prohibeatur *fidejuberè*, donare tamen potest. *l. 4.*

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 satisfaciatur, 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 quemcumque possessorem ad rem vindicandam. Clariss. P. Böckhn ad tit. de locat. num. 92. & D. D. Peregrini ad tit. Inst. de locat. n. 13.

§. III.

Quibus modis Emphyteusis solvatur?

SUMMARI A.

22. Emphyteusis solvitur vel ex causis communibus, vel ex causis singularibus, quarum illæ singillatim recensentur. 23. Causa singulares resolutionis sunt duæ, 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 trinam limitationem patitur. 28. An, si dominus Canonem infra triennium non solum ab emphyteuta ex post recipiat, pœnam caducitatis remississe censeatur? Certa prius ab incertis separantur. 29. Affirmantium. 30. Negantium (que 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 incurse fructus perceptos suos facit. 36. 37. AA. Argumenta referuntur, & refelluntur. 38. Emphyteusi ad plures hæredes delapsa, & uno hæredum in solutione cessante emphyteusis quoad reliquos hæredes non sit caduea. 39. Solvitur AA. Argumentum. 40. Dominus inconsulto emphyteuta rem emphyteuticariam alienare potest.

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

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

§. 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. i. C. h. t. V. notabili, & insanabili, dolove, aut culpa facta deterioratione rei. *auth. qui rem C. de SS. Eccles. Novell. 120. cap. 8.* ubi tamen ad evitandam caducitatem emphyteutæ facultatem concedimus ante sententiam judicis (quam ad pœnam caducitatis incurrendam 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 in scio 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 cessaverit. *cap. fin. de locat. l. 2. C. h. tit.* & ratio est, quod emphyteuta per tantum temporis non solvendo canonem, videatur dominum contemnere, ideòque 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 relinquatur, Panormit. ad *cit. cap. 3. de locat. num. 12.*) sive oblatione canonis nondum soluti sibi consulere possit, per expressum textum in *cit. cap. 3.* non item

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

Pœnam caducitatis non evadit emphyteuta, si canonem pro parte solvit, quia dominus partialem solutionem recipere non tenetur. *l. 3. C. de locat.* cum multa incommoda habeat partialis solutio *l. 3. ff. famil. ercisc.* & qui tenetur ad aliquid præstandum sub pœna, in pœnam incidit, nisi totum præstet. *l. 85. §. 6. ff. de V. O.* unde, qui canonem non solvit, cum pro sua parte contractum non adimpleat, frustra eum petit à domino adimpleri. *l. 54. §. 1. ff. locat.* & quia emphyteuta canonem non solvens pœnam 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 videtur, ut non procedat, si pensio non integra solvatur propter paupertatem, errorem, aut ignorantiam facti, fortè quod nesciverit, rem esse emphyteuticam, in quo omnes fere conveniunt. 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 in integr. restitut.* nam talis solutio cedere

debet in durioſam cauſam, id eſt, quatenus magis debitori conducit. *l. 1. §. 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, quàm tenebatur uno anno: ſi igitur ob ſolutos 10. uno anno, non poteſt privari, etiamſi duobus ſequentibus annis nihil ſolvat, certè æquum non eſt, ut qui intra tres annos eodem 10. aut 15. ſolviſſet, emphyteuſi privaretur. *arg. cap. 9. de Pæn. ſecus, ſi iſtæ partiales ſolutiones non adæquent etiam 2. v.g. tertias unius annuæ penſionis, adeoque notabilis pars deficeret, & tunc procedunt ſupra allegata jura.*

27 Accedit tertia limitatio, ſi emphyteuta reiſa obtulit Canonem loco & tempore congruo, dominus verò 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, & controverſiæ, nos magis practicas ſeligimus, & decidimus.

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

tam privatum jure ſuo cecidiſſe, Canonem futuri temporis recipiat, per hoc caducitatis pœnam remiſiſſe meritò videri, quia injuria diſſimulatione aboletur *§. ult. §. de Injur.* Nec juvat proteſtatio, ſalvum ſibi eſſe jus caducitatis, utpote quæ factò contraria nil relevat *l. 1. §. 1. ff. ſi uſufr. petat. ſecus 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 quaerſtum procurator ſine ſpeciali mandato remittere non poteſt.

Difficultas ſubinde in eo hæret, ſi 29 dominus receperit Canonem temporis præteriti, & agatur de emphyteuſi privata, ſuppoſita etiam ſcientia caducitatis, an per hoc pœna commiſſi cenſeatur remiſſa? Affirmat Fachinæus, Clarus cum aliis, & probant I. ex *l. 10. §. 1. ff. de Pat.* ubi, ſi quis duplici via uti poteſt, æquum dicitur, remiſſam eſſe alteram; atqui dominus duplici via contra emphyteutam uti poteſt, eum vel expellendo, vel Canonem exigendo: 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 videtur: ergo idem in caſu noſtro dicendum.

Nos hoc jus alterativum non agno- 30
sci-

scimus, sed domino pensione etiam recepta integrum esse, contendimus, emphyteutam expellere, & hujus Sententia sunt Donellus, Cujacius, Harprecht, Molina, Haunoldus, & alii. Ratio nostrae Assertionis est, quod, pensione per triennium non soluta, duo conjunctim domino deferuntur, pensio scilicet triennii pro usu temporis praeteriti, & jus expellendi ob cessationem solutionis; unde uno admissio, non censendus est, alterum dimisisse, praesertim, quod talis receptio Canonis non sit restauratio emphyteutae quia non est recognitio emphyteutae de praesenti, vel pro futuro, sed de praeterito.

Confirmatur hoc I. ex *Novell. 120.* cujus ratio aequae militat in emphyteusi saeculari, 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 a colono recipiens, rem suam repetere non possit, sed censeatur contractum restaurasse, quod aperte falsum est.

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

tionem negatur paritas inter venditionem, & emphyteusin: ibi enim praestatur pretium non tam pro re in praeteritum, sed etiam in futurum habenda; hic tantum pro usu rei praeterito, ut proinde absurdum sit dicere, eum, qui pensionem praeteriti temporis debitam recepit, rei suae in futurum renunciasse, pro qua nihil adhuc accepit. Unde hic sibi dominus non praedjudicat, pensionem praeteriti temporis exigendo, & jure commissi in futurum ob non solutam pensionem utendo, secus ac venditor, qui accipiendo, vel petendo pretium, venditionem ratam habet, utendo vero *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 autoritate propria emphyteutam expellere, num vero sententia judicis declaratoria opus sit? Panormit. ad *cap. ult. h. t. num. 13.* Mynsinger *centur. 3. observ. 65.* nullam hic desiderant judicis sententiam. Ratio illorum est I. quod *l. 2. C. b. t.* absolute dicat, licere domino emphyteutam expellere. Accedit, quod de *locatore* hoc constitutum sit in *l. 3. C. de Locat.* ut, pensione non soluta, conductorem, non expectata judicis sententia, expellere possit. Ratio II. quia dominus rem emphyteuticam *civiliter* possidere dicitur; sed is, qui *civilem* possessionem habet, autoritate propria ingredi potest *naturalem*, ab alio occupatam: ergo.

Sed contrarium verius, quod abs- 33 que praecedente sententia judicis declaratoria dominus emphyteutam expellere

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

34 Ad I. rationem oppositam respondetur, quod, tametsi *l. 2. C. h. t.* sententiam iudicis 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 autoritate 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, & iudicis 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 Senutti *Tract. de Caducit. existent. part. 3. sect. 2. Quest. 3.*

Controvertitur III. An fructus ex re emphyteuticaria à die caducitatis, sive post triennium elapsum, incurse mox spectent ad dominum, vel apud emphyteutam maneat? Nos emphyteuta favemus ex sequentibus motivis, I. quod emphyteuta, antequam se dominus declaraverit, adhuc maneat dominus; ergò 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. Privatio emphyteuseos est *conditionalis*, dependet enim ab hac conditione: *Si dominus voluerit. l. 3. C. h. t.* Atque ante conditionis eventum nulla dispositio habet effectum *l. 41. ff. de Condit. & Demonstr. l. 8. ff. si quis omiff. caus. testam. l. 213. ff. de V. S.* ergò: III. Mora sua cuilibet 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: ergò, si intera patiat emphyteutam fructus percipere, sibi præjudicat, nec potest dici, emphyteutam contra jus domini facere, quia scienti, & non contradicenti non fit injuria. Et hanc sententiam tuentur Trentacinquar. *resolut. lib. 3. resp. 4. num. 6.* Clariss. D. D. Senutti *cit. Tract. sect. 2. Q. 4.*

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

debet, se cecidisse jure suo: ergò tanquam *male fidei* possessor fructus suos tacere 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, retrahitur ad tempus incurse caducitatis *l. 78. ff. de V. O.* maxime cum in favorem domini adjecta sit: ergò fructus interim perceptos emphyteuta tenetur restituere, & ita sentit cum Jafone, speculatore, Petro Barbosa, & aliis Gallus *de Fructib. disp. 26. art. 25. num. 21.*

37 Verum 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; bene verò in emphyteufi. Ad II. negamus, emphyteutam fieri *male fidei* possessorem; quia fecit, 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 censeatur, fictionem juris esse, quæ in pœnalibus 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, ceteris solventibus, nihilominus tota emphyteufis committatur? Respond. cum 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, cum hæredes defuncti emphyteutæ non accipiant emphyteusin à defuncto, sed à primo concedente (nisi pater adhuc vivens in commissum incidisset, tunc enim nullos in emphyteufi censeretur habere hæredes, sed ea cum proprietate consolidabitur, qui eam & defuncto, & hæredibus concessit: ergò non accipiunt *formaliter* ut hæredes & ex persona defuncti, seu ut representantes defunctum, sed potius tanquam personæ à *proprietario* nominatæ, & fiunt plures emphyteutæ: ergò, sicut si ab initio fuissent plures ejusdem prædii emphyteutæ, uno non solvente, ille solus caderet in commissum, ita & in præsentī hypothesi.

Unde facilè respondetur ad fundamentum AA. quod in eo collocantur, quod hæredes representent defunctum, & eodem jure, quo defunctus, utantur: cum ergo defunctus obligatus fuerit, totam pensionem solvere, hæc obligatio facta 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 personæ à proprietario ad emphyteusin defuncti priori jam denominatæ. Quod confirmamus ex *l. 8. §. 1. ff. de Publican. & vectigal.* ubi, si unus ex pluribus hæredibus rei communis vectigal non sol-

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

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

mus, hanc obligationem non esse recipiam. Ratio diversitatis est, quod emphyteuta tanti non interfit, cui solvat, quanti proprietarii, quem sibi obligatum habeat. Zoëf. ad tit. locat. num. 59. Hartmannus Pistor. part. 1. quest. 22. n. 17. & de praxi Austriae testatur D.D. Finsterwalder cit. lib. 2. Observ. 46. num. 2.

TITULUS XIX.

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, & conductionis, ita, ut inter veteres Juris-Consultos dubitatum fuerit, idemne esset Permutatio, quod emptio venditio cit. §. 3. Inst. de Empt. & Vend. eique vicina dicatur in l. 2. ff. h. t. l. 2. C. eod.

§. I.

Quid sit Permutatio? Et quis permutare possit?

SUMMARIA.

1. Permutatio describitur.
2. 3. 4. Data definitionis particule exponuntur.
5. Permutatio in multis convenit 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 possint?

Per-

1 **P**ermutatio, germanicè ein Tausch
utut vetustissimus negotiandi mo-
dus sit, utpote eò tempore fre-
quentatus, quo pecuniæ usus nondum
esset, l. 1. ff. de contrab. empt. necdum
tamen exolevit, sed multum adhuc ho-
die in foro usum habet; unde descri-
bitur, quod sit *Contractus innominatus*,
Juris gentium, bonæ fidei, quo res pro-
pria ita datur, ut alter rem propriam
vicissim det.

2 Dixi I. *Contractus innominatus* quia,
etsi *permutatio* certum nomen habere
videatur, illud tamen nimis *generale*
est, ita ut de plerisque aliis *Contracti-*
bibus putà *venditione, locatione* &c. spe-
cificum nomen habentibus prædicari
possit, idè non obstante hoc speciali
permutationis nomine, adhuc *Contra-*
ctibus innominatis meritò accensetur.
Nec quidquam facit, quod in §. 2. *Inst.*
de Empt. *permutatio* dicatur *propria*,
species Contractus quia id intelligendum
est de propria specie *Contractus inno-*
minati. D. D. Fleck in *Bibliothec. jur.*
lib. 3. tit. 3. num. 2.

3 Dixi II. *Quo res propria ita da-*
tur &c. unde colliges, *Permutationem*,
non minus, ac alios *Contractus inno-*
minatos rei traditione perfici. l. 1. §. 2.
ff. h. t. deinde quod *res propria* tradi
debeat: *rem alienam* si quis dederit,
contractui haudquaquam satisfactum
est: agitur enim utrinque de *dando*, sive
de *dominio* transferendo, & ideo etiam,
antequam *res tradita* evincatur, eo no-
mine agi potest, & alter, qui *rem pro-*
priam dedit, potest eam quasi *causa da-*
ta, *causa non secuta* condicere. l. 1. §. 4.
ff. h. t. re tamen *aliena tradita usuca-*
piendi conditio in accipientem transfer-
tur l. 4. §. 17. ff. de *usucap.* Bœhmer.

ff. ad h. t. num. 3. Huberus *ibidem in*
sine.

Hodie, cum ex quolibet *Pacto nudo* 4
tam de *Jure Canonico*, quam *moribus*
Germaniæ efficax detur actio, idem
operatur consensus de *permutando*,
quod ipsa *permutatio*, subsecuta rei tra-
ditione, nec *pœnitentiæ* 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 5
emptione, venditione (ut supra diximus)
& idè illa *pacta*, quæ *emptioni vendi-*
tionem adjici possunt, etiam in *permuta-*
tionem locum inveniunt, ac insuper ex
hoc *Contractu* evictio præstat. l. 1. C.
h. t. & ob *vicia rei latentia* ex *adilitio*
edicto agi potest. l. 19. §. 5. ff. de *adilit.*
edict. quia utriusque par ratio est, trans-
ferendi scilicet *dominii*; ratio enim na-
turalis dicit, ne, qui *rem morbidam*
pro *sana* dedit, locupletetur cum alte-
rius *injuria*. Schilter. *exercit. 34. §. 7.*
quin etiam, si alteruter *permutantium*
enormiter læsus est, ad rescindendum
contractum jus agendi habet. Bœhmer.
ad ff. h. t. num. 6. Harpprecht ad §. ult.
J. de *Empt. & vend. num. 147.* *Retra-*
ctus tamen *gentilitius* in *permutatione*
locum non habet. Frid. in *Constit. de*
Jure Protimys.

Differt autem rursus in multis ab 6
emptione venditione. I. Quod hic sit
contractus nominatus, ille *innominatus*.
II. Ille solo *consensu*, ille nonnisi *rei*
traditione (spectato scilicet *jure Roma-*
no) perficitur. III. In *emptione ven-*
ditor non præcisè obligatur, *rem pro-*
priam dare, sed sufficit, modo *vacuam*
rei possessionem tradat. l. 25. §. 1. ff. de
contrab. Empt. in *permutatione* verò

necesse est, res propria ut detur. *l. r. §. 1. 2. §. 3. ff. h. 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. r. §. 4. ff. h. t.* ubi dicitur, quod conditio competat 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. Quest. 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. h. t.* & aliis locis, ubi, dum mentio permutationis fit, simul etiam Vicariæ præstationis speciei pro specie fit.

8 Sed meritò ab Antonio Perez in *C. ad h. t. num. 5.* Knipschildt *d. Exercit. Quest. 4.* cum aliis tanquam inutile commentum rejicitur. Nullam ergo intercedere differentiam inter *permutationem*, & contractum *do, ut des*, defendimus, & probamus ex *l. 5. §. ff. de Præscript. verb.* ubi expressè 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. h. t.* ubi semper rei mentio fit in *genere*, nunquam in *specie*, & adhuc apertius ex *l. 7. C. h. t.* ubi utrinque genus datum fuit, frumenti scilicet certa modiatio pro olei designato pondere, & tamen ibi hic Contractus ab Imperatore *permutatio* vocatur. Contraria, cum tanti non sint momenti, præterimus. Dispuncta reperies apud Knipschildt *d. Exercit. 12. Q. 4.*

9 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. h. t.* vel, qui ex dispositione juris locò domini habentur, *cap. 6. de Except. ut sunt Prælati cap. 8. de Reb. Rccles. non alien. Nov. 7. cap. 2. §. 1.* Tutores, & Curatores, qui adhibitis præscriptis solennitatibus permutare non prohibentur. *d. l. 4. C. de Præd. Minor.*

¶

§. II.

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

S U M M A R I A.

10. Permutari possunt res omnes in commercio humano existentes, & alienari non prohibita. 11. Pecuniæ si spectentur ut corpora, permutari possunt. 12. An sit venditio, vel permutatio, si res cum pecunia detur, sub distinctione resolvitur. 13. Res emphyteuticæ etiam sine consensu domini permutari possunt. 14. Non etiam feudales. 15. Res spirituales permutationi obnoxie 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 recuset, primus auctoritate propria ad beneficium redire nequit, sed opus est auctoritate ordinarii. 19. 20. Duae oppositiones resolvuntur. 21. Debet insuper accedere consensus illorum, qui jus presentandi, conferendi, aut eligendi habent. 22. Permutatio fit inter res spirituales. 23. Poterit tamen quandoque 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, quàm incorporales, mobiles, & immobiles in hunc Contractum 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 dedignantur, maximè, si res, quæ in vicem ab altero data est, eidem non fuit venalis, sed officii, & amicitie causa data sit. Textus in l. 51. ff. de Legat. 1. l. fin. ff. de condit. causa dat. caus. 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 Mantica. d. lib. 25. n. 14. Voëtius h. t. num. 1.

Petis II. Utrùm 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 emptio fore censemus arg. l. 18. §. 1. ff. de Donat. in dubio attendendum, utrum pecunia, num species prævaleat. Tuldenus in C. h. t. num. 4. Mantica. d. lib. tit. 2. num. 3. 4. §. 22.

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

Y ;

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* permutet, hoc enim casu emphyteuta pœnam caducitatis non effugeret, cum videretur jus domini directi pervertere.

14 In rebus *feudalibus* permutationem, irrequisito domino directo, fieri posse negamus; tametsi enim aliàs ab emphyteusi ad feudum bonum argumentum duci non nesciamus, id tamen in presenti hypothese fallere existimamus, quia feudum magis quid *personale* est, quàm patrimoniale, utpote, eùm feudum 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 personæ inhærentem in alium inconulto domino transferre. Hæc ex Mantica *cit. lib. 25. tit. 4.*

15 Rerum spiritualium permutationem tantum abest, ut dicamus esse prohibitam, ut etiam in jure nostro *tt. de Rerum permut.* tam in *Decretalibus*, quàm in *Sexto*, & *Clementinis* singulariter approbatam inveniamus, adeò quidem ut Bonifacius VIII. in *cap. un. b. t. in 6.* jura permutantium omnibus *expectativis* aliorum ab Apostolica Sede impetratis præferat, & in *Clem. un. b. t.* irritas faciat quascunque beneficiorum commutatorum collationes in præjudicium permutantium factas.

16 Ut porrò beneficiorum permutationes 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 instituere. *cap. un. b. t. in 6.* Et si beneficia permutanda fuerint in diversis Diocesisibus, utriusque Episcopi auctoritas interveniat necesse est. Quodsi beneficiati propria auctoritate ejusmodi permutationem attentaverint, in pœnam suæ temeritatis per sententiam judicis 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 commun.* excommunicationem incurrunt. Ad hoc autem, ut Episcopus permutationem ratam habeat, debet ei de rationabili & justa causa constare, qualis esse potest, si Parochus v. g. propter aëris intemperiem in loco priori commorari nequeat, & ita causa saltem ex parte unius sufficiet ad permutationem inter duos instituendam. Garz. de *Benefic. part. 11. cap. 3. num. 49.* Si permutationem exposcat vel necessitas, vel utilitas Ecclesiæ, eam etiam motu proprio Episcopi sine consensu eorum, qui permutantur, fieri posse notat Panormit. *ad cap. 5. b. t. num. 7.* ut si unus Parochus minus utilis in tali loco repretetur, poterit auctoritate Episcopi illa Parochia privari, & ad aliam transferri. Idem *ibidem num. 8.* Imò etsi commutationes beneficiorum prævia conventionione partium sine auctoritate superioris fieri prohibeantur, poterunt nihilominus beneficiati de permutatione facienda inter se prius tractare. Videtur enim hoc medium moraliter esse necessarium ad finem permutationis, ut nempe partes prius conferant de hoc negotio, & sic cum concessus sit finis, media quoque concessa esse censentur. *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. h. t. cap. 6. de Except. unde, si alter permutans beneficium simoniacè, vel aliàs 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 secuta 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. h. t. altero resignare recusante ad beneficium suum resignatum redire vult, id propria autoritate possit, vel potius nova superioris autoritate, & collatione opus habeat? Probabilius cum Panormit. ad cap. penult. h. t. num. 8. & Zoësis h. t. n. 31. & seq. cenfeo, opus esse tali casu autoritate, & collatione Episcopi. Ratio est, quòd tale beneficium etiam ex causa permutationis resignatum verè vacet, & alteri conferri possit. Clem. un. h. t. Ergò cum resignans titulum beneficii ex causa permutationis resignati amiserit, citra vitium intrusionis non poterit illud autoritate propria occupare. cap. 18. de Præbend. in 6.

Non obstat I. quod talis resignaverit sub conditione: si & alter permutans resignet. Nam talis conditio non est suspensiva, sed resolutive, & subinde non impedit, quominus resignatio suam habeat effectum, & jus transferatur in alterum, licet restituendum decepto per judicem, uti colligitur ex l. 1. §. 4. ff. h. t. ubi unus quidem tradidit rem suam, alter verò tradere noluit, & tamen, quia primus per traditionem dominium transtulit, non rei vindicatio, sed conditio ei competere dicitur.

Non obstat II. cap. 20. de Præbend. in 6. ubi talis liberè ad beneficium reverti posse dicitur. Id verum esse hoc sensu fatemur, quatenus tali superior se difficilem 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 aliàs de contemptu agere possunt, & talis permutatio ipsis contradicentibus facta, nisi in evidentem Ecclesiæ utilitatem cederet, invalida foret. Gloss. in d. Clement. un. h. t. Canis. in Summa lib. 3. tit. 8. §. 1.

IV. Requiritur, ut permutatio 22 fiat inter res ejusdem generis. Spiritualia scilicet cum spiritualibus cap. fin. h. t. Non ergo permutari potest Ecclesia cum aliquo castro, jus decimandi pro fundo, aut annua pecuniæ summa sine labe simoniæ. per cit. cap. Poterit tamen juxta cap. 6. h. t. in permutatione Ecclesiarum certo modo etiam ali-

aliquid temporale 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 Ecclesiae, quae Monasteriis, aut aliis dignitatibus perpetuo fuerunt unitae, titulus beneficii uniti penitus extinguitur, & nil aliud, quam sola proprietates reddituum, & bonorum temporalium amplius consideratur. Quocirca simoniacum non est, ut in simili permutatione compensetur alterius Ecclesiae possessionum excessus pecuniario augmento, cum hic ex defectu *tituli* nullum jus spirituale permutetur. Vid. Barbof. *ad cit. cap. 6. h. t. num. 1.* Magnif. P. König *h. t. num. 8.* Et ideo, si beneficia taliter non sint incorporata, non licebit permutantibus inaequalitatem proventuum pecunia, vel alia re temporali compensare, quia jus

percipiendi fructus ex illis possessionibus beneficiorum, quae permutare volunt, à titulo spirituali inseparabile est, & consequenter sine vitio simoniae pretio aestimari, vel pro re temporali permutari non poterit. Quadrat huc Textus in *cap. 7. C. 1. Quest. 3.* ubi dicitur: *Quisquis horum alterum vendit, sine quo nec alterum provenit, neutrum invenditum delevinquit.* Interim fructus praesentes, vel futuros suarum Praebendarum, nec vendere, nec permutare prohibetur, quia ut sic sunt aliquid merè temporale.

Prædictis, quod scilicet defectus 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 aestimabilibus, qualia non sunt beneficia; tum, quia ibidem electio 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 *h. t. num. 33.*

§. III.

Qualis effectus ex Contractu permutationis nascatur?

SUMMARI 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 suae obligationi non satisfecit, licebit alteri, qui prior rem dedit, poenitere, eo effectu,

ut

ut in ipsius arbitrio sit, alterum ad implendum contractum actione *prescriptis verbis* compellere, vel conditione *causa data, causa non secuta* rem datam repetere, & sic Contractum resolvere. *l. 1. fin. l. 4. § 5. ff. h. t. l. 7. C. eod.* excipitur, nisi stipulatio præcesserit, hæc enim pœnitentiam excludit *l. 3. l. 7. C. h. t.* aliàs exceptiones vide superiùs *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. h. t.* quia ex *pacto nudo* efficax jus agendi non nascitur. Quòd si uterque contractum adimplevit, sed alterutrius res evincitur, datur actio *in factum* *prescriptis verbis.* *l. 1. §. 2. ff. h. t.* ad interesse. Aut etiam *condictio causa data, causa non secuta*, qua rem datam rursus repetit, quando alter, qui rem alienam dedit, suæ promissioni satisfacere aut non

potest, aut non vult. Bœhmer. *de Actionib. 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 *prescriptis verbis*, ut fides placiti servetur, contra emptorem nullam ei actionem, neque *realem*, neque *personalem* competere. *l. 4. C. h. t. Lauterbach h. t. §. 22.*

Effectus Permutationis de Jure Canonico, & moribus Germaniæ longè alius est, cum enim hoc jure detur efficax actio ex quolibet *pacto nudo*, ut docuimus ad *tit. de Pact.* obligatio mox nascitur ante alterius implementum, nec locus est pœnitentiæ, adeoque *l. 3. C. h. t.* in praxi recepta non est. Et ideò si res alterutrius casu perierit, res promissa exigì ad exemplum venditionis, & jam data retineri potest. *l. 5. §. 1. ff. de Prescript. verb.* Bœhmer. ad *ff. h. t. n. 5.*

TITULUS XX.

De Feudis.

LIadem nuce concludere velle non immeritò videri posset, qui amplissimam Contractus *feudalis* materiam integris etiam voluminibus vix satis ab aliis comprehensam pro consueta 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, infimul annotaturi, quis ejus usus in foro Canonico obtineat.

§. I.

Quid sit Feudum? Quæ ejus origo? Et quanta ejus varietas?

SUMMARI 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 alii 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 activè talium, sive, ubi Ecclesia spectatur ut domina? 11. Quando Ecclesia coeperit 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 Seculare. 15. Feudum Ecclesiasticum in Jure feudali specialiter est privilegiatum. 16. Est rursus aliud Nobile, aliud ignobile. 17. Et illud vel Regale, vel non Regale. 18. Feudum iterum abitur in ligium, & non ligium. 19. De feudi improprii speciebus remissivè. 20. Quid feudum hereditarium? ex pacto, & providentia? Quid mixtum? 21. Quid feudum scæmineum? 22. An scæmina in feudo pro masculis, & scæminis concessa, semel à masculo exclusa semper maneat exclusa? affirmantium. 23. Et negantium fundamenta referuntur. 24. Et respondetur prioribus. 25. Nos affirmantium Sententiam veriore, negantium equiorem censemus, cujus equitatis aliqua motiva proponuntur. 26. Scæmina 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 tamen 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 fit, 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 Vasallus in re feudali obtinet 2.

2. Feud. 1. § 33. & vocatur die *Lebens-Gerechtigkeit*. III. Pro conventione, qua feudum constituitur 2. Feud. 33.

3. *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, bonæ fidei, de re immobili, vel equipollenti cum dominio utili sub promissione fidelitatis, in alterum transferenda*.

4. Dicitur I. *Contractus*, cui non obstat, quod tit. 23. Feud. 2. vocetur *benevolentium*, quod ex *benevolentia datur*, nam ratio *benevolentium* adhuc salvatur, tamen si Vasallus 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 solet, sicque feudo per Contractum constituto tota definitio beneficii, quam tradidit Seneca, & refertur tit. 23. Feud. 2. convenit.

Dicitur II. *Consensualis*, quia investitura, ut ad complementum hujus contractus desideretur, ad hoc, ut *ius 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, bonæ fidei*. Nominatum voco, quia habet à consuetudine generali elegans nomen, per quod distinguitur à reliquis contractuum, & consuetudinum speciebus. Fortè existimas, melius contractibus

innominatis accenseri, eo, quod vasallo refutando liceat pœnitere? falleris, nam in contractu innominato tunc demum pœnitentiæ locus est, quando contractus ex una solum parte adimpletus est, in Feudo verò conventionem utrinque jam consummata renunciatio- ni 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 mutua præstationes, aut obligationes interveniant, quæ faciunt, ut contractus *bonæ fidei* esse dicatur.

Dicitur IV. *De re immobili, vel equipollenti*. Res equidem *mobiles*, quia ex illis fructus sine *directi* domini consumptione percipi non possunt, ideo nec in Feudum verè conceduntur.

Dicitur V. *Cum dominio utili sub promissione fidelitatis* per quas particulas convenientia, & simul differentia ab *emphyteusi* indigitatur, dum utrobique 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 præcipuè documenta revocantur, & *cit. Tit. 6.* specialiter memoriæ vasalli commendantur, nempe *incolume, tutum, honestum, utile, facile, possibile*, quod ibidem & *Tit. seq.* pluribus explicatur, circa quæ tamen ad locorum consuetudines recurrendum monent DD. Prout etiam dictum juramentum tam essentialè 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.* Accuratè discutit Clariss. D.D. de Herz *cit. cap. 2. §. 4. per tot.*

6 Originem *Feudorum* dubiam & obscuram facit opinionum varietas, quàm 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 strenuè navatam in bello operam compensationis, & præmii locò prædiis donabant. Verùm hæc derivatio non placet Bœhmero, quia prædia hæc, ait §. 3. veteranis assignata in *dominium eorum*, jure quodammodo *hereditario* transibant in compensationem præstitæ virtutis, & maxime illis, qui militia functi erant, concedebantur: non pro præstando imposterum servitio, sed pro jam præstito: ast verò *Feuda* primitus non *jure hereditario*,

sed magis *precariò* vasallis dabantur: in horum dominio non erant, quin potius disertè *proprietati* domini concedentis attribuebantur. In *re* ergò, & *nomine*, inquit, aliquam convenientiam deprehendo, identitatem tamen rei haud animadverto. Hanc analogicam convenientiam, nec propinquorem admittit sæpe 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.*

7 Alii *Feudorum* initia *Longobardis* tribuunt, qui in Italia rerum potiti sub regibus, quos XX. successivè habuerunt, sceptrum adversus æmulos ducentis plùs minùs 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. h. t. num. 8.*) natione *Longobardus*, jus *Feudorum* antiquissimum esse testatur. Rectiùs ergò alii *Feudorum* originem à Francorum moribus repetunt, ut perhibet Natalis Alexander *Histor. Eccles. Tom. 7. Sacul. 13. dissert. 8. art. 3.* Hi terras Marte suo occupatas in *Feudum* concedebant, ad onus recognitionis, juramenti fidelitatis, & cæterorum onerum militarium pro modo reddituum *Feudi*, & ad onus renovationis investituræ, certorùmque commodorum, mutatione vasalli contingente, cum exceptione mutationis in linea directâ, & quandoque sine ea exceptione. Hæc Natalis Alexander. Videatur etiam Clariss. D.D. de Herz *cit. cap. 1. §. 2. per tot. & Bœhmerus ad h. t. §. 4. Gonz. ad cap. 2. h. t. n. 8.*

8 Stephanus Forcatulus acuti ingenii, & multigenæ eruditionis 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 fluere, ut in bello benè meritis decernantur præmia, & ut impofterum 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 necere nolumus, abundet (per nos licet) quisque in suo sensu. Illud certum, & indubitatum est, quod hodie præ jure Feudali *Saxonico*, & *Alemannico* 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. §. 2. & 3.* ubi de collectoribus hujus juris, & de ejus usu prolixius discurret.

9 Alia jam quæstio superest enodanda, unde sua primordia trahant *Feuda Ecclesiastica*? Potest autem hæc quæstio institui de Ecclesia, vel ut est *Feudorum domina*, vel ut *vasalla*. In priori acceptione si *Feuda Ecclesiastica* considerentur, primam illis occasionem dedisse hostiles irruptiones, scribit Bœhmerus *hic §. 6.* quæ temporibus *Caroli Martelli* republicam graviter afflixerant, quibus retundendis Reges, & Principes, qui ea tempestate liberrimam de Ecclesiis, earumque bonis disponendi facultatem sibi sumpserant, Ecclesiæ bona militibus in præmium præstitæ virtutis dederunt, ipsæque *Carolus Martellus* primus fuit, qui *decimas* militibus

distribuit, æquum existimantes, ut, sicut Clerici fruere publica defensione, etiam ad militiam eo nomine institutam aliquid conferrent, quæ ratio in *Capitul. Caroli M. & Ludovici pii l. 5. cap. 3.* apud Baluzium *Tom. 1. Capitul. pag. 826.* traditur, teste eodem Bœhmero. Verùm cum 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 temerè concesserant, Ecclesiæ postliminio restituerentur. Querelas, quas super hac iniqua usurpatione ad *Carolus Calvum* Patres *Concilii Vernensis II.* detulerunt, *Leges Tom. 9. Concil. Edit. Venet. pag. 951. & seq.* & apud Bœhmerum *§. 8. h. t.* Ab initio quidem Ecclesia ad iteratas factas instantias eatenus votorum compos facta est, ut bona Laicis rursus eriperentur, ipsi tamen Ecclesiæ non alio, quam *beneficiario jure*, & sub *Vassalagii* onere fruenda concederentur. Post longas tandem moras id demum consecuta est Ecclesia, ut Reges, & Principes omni jure & dispositione circa bona Ecclesiastica sese abdicarent, & illa in plenum Ecclesiæ dominium redire permetterent; cum vero ea tempestate Ecclesia æquè ac imperium frequentibus bellorum, motibus quateretur, factum est, ut Episcopi ejusmodi bona ad Ecclesiam reversa 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 Ecclesiam 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 *Carolus Magnum* querelas detulissent, quod per similes parentum prodigas donationes eorum substantia penitus exhauriretur, ipsisque liberis, in quo ab intestato succederent, nihil superesset, sicque citra culpam suam ipso facto exhæredatos se viderent, Patres Concilii Turonensis III. jussu 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 nostram illis privari rebus, quas pater ejus, aut mater, aut frater, vel aliquis propinquorum ad Ecclesias DEI dedisset, & in ejus nomine iterum precaria à Rectoribus Ecclesiarum acciperetur. Sed in eodem conventu nostro neminem reperimus, qui de hac re adversus nos conqueri voluisset. Nam penè nullus est, qui res suas ad Ecclesias 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, posterij ejus sibi vindicent. Hic usus, & hæc ratio apud nos usque modo de tali-*

bus tenebatur. Nam & nobis visum est, prædictis heredibus hanc dare optionem, ut, si voluissent traditiones parentum suorum consequi, de qua illi jam erant per legem exclusi, Rectoribus Ecclesiarum se commendarent, & hæreditatem illam in beneficium, unde se adjuvare, ac sustentare possent, acciperent. Hac declaratione facta nemo erat, qui Ecclesie ulterius insultare, aut parentum donationes in eam liberaliter factas iniquitatis arguere, aut cum injuria liberorum factas fuisse dicere auderet. Boehmerus tamen modum adhuc in scripto quarit, scribens §. 3. h. t. Concilium Turonense III. luculenter probat, simulque ostendit, liberos nonnunquam ab hæreditate parentum fuisse exclusos, ob nimias in Ecclesiam factas donationes, cuius rei iniquitatem quodammodo Patres ipsimet confessi sunt. Patres in Concilio fatentur, neminem fuisse repertum, qui sacras id genus donationes iniquitatis damnaret, aut per injuriam se exhæredatum esse conquereretur, & Boehmerus asserit, id luculenter ex dicto Concilio probari. Quid impudentius!

Jam etiam præstat inquirere, quantum donam Ecclesia Vasallagii legibus se subdicere cœperit? Boehmerus ejus originem corruptis Ecclesie moribus ascribit. *Paulatim mores Clericorum, inquit, §. 71. h. t. à veteri instituto deflexerunt, & tum per ambitionem quotidie invalescentem, tum etiam per abundantiam bonorum, quibus tandem intumescebant, adeo corrupti sunt, ut Ecclesiam in Ecclesia, Clericum in Clerico vix amplius deprehendere licuerit. Quid ergo mirum, si tandem quoque vasallagium subierit, & schema hujus mundi in totum ferè assumpserit. Huic suæ propositioni*

sitioni ut si lera faciat, aliorum scriptorum testimonia in suppetias vocat, & per complures §§. hoc argumentum prosequitur. Nos hic Bœhmerum non morabimur, meliora, & veriora *Ecclesie Vasalle* initia damus. Est ergo, ut Ecclesia tunc cœperit esse regibus Vasallio nexu obligata, cum amplissimis bonis, & Regalibus Regum munificentia fuerat dotata, quæ ea lege Ecclesie concessa sunt, ut vicissim illa Reges cum quadam subjectionis testificatione recognosceret, cujus initium ad tempora Clodovæi Regis refert Petrus de Marca in *Concord. Sacerdot. & Imper. lib. 8. cap. 19. num. 2.* Quanquam verò hæc subordinatio Ecclesie jura non vulneraret, utpote solius juris regii temporalis titulo exhibita, & ideo etiam talis permissio in Concilio *Lateranensi I.* facta est, ut constat ex *Constitutione Calisti 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 argumento agit Eminentissimus Vincentius Petra *tom. 1. Comment. ad Constit. Apostol. pag. 412. & pluribus seqq.* Eminentiss. Cælestinus 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 *seniorem* feudi. II. Ut constituatur in re *immobili*, aut æquipollenti. 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 recedit. *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 agnatorum. V. Exclusio foeminarum à successione in feudo. Contingit autem ejusmodi alteratio feudi, quando vel ex ipsa dispositione juris *feudalis*, vel pacto, & conventionem vel etiam statuto, aut locali consuetudine quiddam detrahitur. Salva si maneant feudi *naturalia*, & nonnisi 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 confectetur, *2. feud. 48.* ac secundum illam interpretandum sit. *Zafius Epitom. 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 devolveretur feudum excluso fratre Titii, cujus 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 *avutum* vocatur; sin verò 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 *objecto* 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 sæculari possidet. Clar. D. P. Böckhn hic *num. 9.* talia feuda *Ecclesiasticis* merè talibus accenset, propter *dominium utile*, quod Ecclesia habet in ejusmodi rebus. Quòd si ergo aliæ res, bona & jura, maximè *realia*, & perpetua ad Ecclesiam pertinentia nomine *Ecclesiasticarum* rerum veniunt, quid vetat, res perpetuò Ecclesiæ in feudum concessas, & *dominium utile*, quod inde consequitur, rebus *Ecclesiasticis* accensere. Mihi sic videtur esse distinguen-

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, & Episcopopatibus juncta retinuerunt illam qualitatem, quæ alia feuda purè *temporalia* habent, ut scilicet super his alteri iudici, etiam Ecclesiastico, jurisdictio non competat, 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.* duplicem personam iustineant, & *Episcoporum, & Principum* aut aliorum *Statuum Imperii*. Nam ipsa Ecclesia ut scribit Böhmerus hic §. 22. hos respectus *Civiles* assumit, & eos Episcopis communicat: sin verò hæc feuda considerentur, prout substant *alienationi*, vel *prescriptioni*, iisdem favoribus gaudeant, quibus bona merè *Ecclesiastica*, & sic horum favorum intuitu feuda *Ecclesiastica* rectè indigitari possint.

Interim communiter notant AA. 15 quod feudum ab Ecclesia datum, & acceptum specialiter in jure feudali privilegiatum sit, & ab aliis feudis *Secularibus* in eo discrepet, quod in nova investitura feudi *Pares curiæ* non requirantur, consequenter neque ad illam probandam necessariò concurrant, quod contra obtinet in feudo *Seculari*. *tit. 26. feud. 1. princ.* Deinde & id singulare 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. Ægidius Ranbeck in *Sylva benefic. feudal. cap. 1. pag. 19. § 20.* P. König *b. t. n. 9.* Gonzalez ad *cap. 2. b. t. num. 11.* *Seculare* feudum illud audit, quod in rebus extra patrimonium Ecclesiæ constituitur, & de hoc majori ex parte *feudorum* libri differunt teste Zasius *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, vulgò *ein Ritter-Lehen*. Istud, cujus 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 Sahren-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 eminentis prærogativa Vasallis non confertur. Vultejus *de Feud. cap. 8. n. 18.* Zasius 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

proprus 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*, cum qualitates supra ordinariam feudi naturam habeat, non præsumatur, nisi per *investituram* expressè constet. Et quod à summis duntaxat Principibus dari, & ab uno tantum domino recognosci possit. In *non ligio* verò, si à diversis dominis simul & semel servitia ejusdem *Vasalli* exigantur, illa singulis exhibenda erunt, antiquiori quidem per ipsum Vasallum, alteri per substitutum, etsi mutuo sibi bella moverent. *Speculat. de Feud. §. 1. num. 26.* Hæc de feudo proprio.

Feudi *improprii* plurimæ sunt species, quas Zasius *part. ult. cit. epitom. feud.* enumerat. Ejusmodi sunt feudum *Camera*, *Cavena*, *Quardia*, *Castaldia*, *Soldata*, *Francum*, *emptum*, *fæmineum*, *hereditarium*, & *ex pacto*, sive *providentia*. Nos ex recensitis tres ultimas duntaxat species exponemus, reliquas explanatas lector reperiet, apud nostrates Magnif. P. König *num. 11. § seqq.* Clariss. P. Böckhn hic *num. 5.* Illustr. D. D. de Herz *cit. cap. 3. §. 3. per tot.*

Igitur feudum *hereditarium*, *ein Erb-Lehen* dicitur illud, quod alicui pro se, & quibuscunque hæredibus, etiam extraneis simpliciter concessum est. Feudum *ex pacto*, & *providentia*, quod etiam *Gentilitium* dicitur, vulgò *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, etsi 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* obtinere, id quod tamen in feudo familiæ propriè dicto filio arbitrarium est. Textus in *tit. 45. feud. 2.* consulantur 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 *fœmineum*, prout contra ponitur *masculino*, illud vocatur, quod fœmina primitus acquisivit. *Arg. tit. 30. & 50. feud. 2.* Quo etiam nomine illud feudum dignatur, ad quod fœminæ ex speciali pacto admittuntur, saltem in defectum masculorum *tit. 8. §. filia. & tit. 6. §. 1. feud. 1.* Quod verò fœminæ ad feuda non æque, ac mares admittantur, ideòque feudum *fœmineum* *improprium* dicatur, variæ causæ afferuntur, imprimis, quod beneficiū *feudi* (uti describitur *tit. 23. feud. 2.*) detur propter officium. *tit. 21. feud. 2.* Officium autem, sive servitium feudale dominis exhibere non possint fœminæ *tit. 36. feud. 2.* Deinde nec arma tractare, nec publicis rebus interesse ob sexus verecundiam *l. 2. §. 1. C. de his, 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 quæritur, an fœmina in casu, quo Feudum alicui vasallo concessum est, pro se, & descendentibus *masculis, & fœminis*, semel exclusæ à masculino, semper exclusæ maneat? sit exemplum. Vasallus moriens relinquit filium, & filiam, decedit etiam filius sine liberis, quæritur jam, an filia possit admitti ad successionem? Illud quidem extra dubium est, si fœmina in principio fuerit in Feudo investita, & filias reliquerit, eas succedere *tit. 30. Feud. 2.* deficientibus scilicet masculis *Tit. 1. §. 3. Feud. 1.* Qui fœminas in proposita thesi perpetuò exclusas volunt, nituntur præcipuè *Tit. 6. §. 1. Feud. 1.* ubi expressè statuitur: *Si quis eo tenore Feudum acceperit, UT EJUS DESCENDENTES MASCULI, ET FŒMINÆ ILLUD HABERE POSSINT, relicto masculino, ULTERIUS fœmine non admittuntur.* Si autem ulterius non admittuntur, nunquam amplius admittuntur, ergò semper exclusæ manebunt. II. Est de primordiali natura Feudi, quod fœminæ, nisi ex pacto vocentur, non succedant, *Tit. 50. Feud. 2.* ergo hoc pactum est strictè interpretandum, ut scilicet filius semel existentibus filia amplius non succedat. *Tit. 8. §. ult. Feud. 1.* III. Faciunt paritatem à statuto municipalis, quo fœminæ à successionem, stantibus masculis, simpliciter exclusæ, perpetuò exclusæ censentur: ergò idem in successionem 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-*

Sucess. 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) nacta 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 Bavaricum *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 superest ex eo, qui primus de hoc Feudo fuerit investitus:* ergo fœmina non perpetuo, 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 extitit, 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, cum æqua disparitatis ratio assignari vix possit, cur fœmina semel exclusa, quando scilicet tempore successionis masculo delatæ jam extitit, semper exclusa

esse debeat, quæ tamen admitteretur, si postea primum nata esset.

Quare hujus sententiæ propugna-²⁴tores ad opposita argumenta sic respondent, imprimis textum in *Tit. 6. §. 1. Feud. 1.* varios sensus recipere, nempe, quod existentibus masculis fœminæ ulterius, 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 investituræ 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 investituræ masculis deficientibus, fœminas vocasse censetur. Ad III. discrimen assignant inter statutum municipale, quod vigore illius, fœminis exclusis, tota hæreditas ad masculos pleno jure spectet, & proprium ipsius patrimonium esse incipiat: in præsentem verò casu fœminam expresso investituræ pacto ad Feudum vocatam esse, consequenter non omnino exclusam. Etsi enim potior causa sit masculorum, non tamen sequitur, per hoc omne jus fœminarum extinctum esse, cum in Feudis quotidianum sit, ut pluribus ad Feudum vocatis, unus quidem obtineat, cæterorum verò jus in casum mortis illius nihilominus adhuc inte-

grum permaneat. *arg. Tit. 11. & Tit. 18. Feud. 2.* Sic etiam in successione ab intestato proximior quidem excludit remotiorem, sed non ulterius, sive diutius, quam pro vita sua, eo vero sine hærede decedente, succedit iterum, qui prius fuerat remotior.

25 Si meam jam jubear edicere sententiam, cenfeo argumenta negantium in puncto juris veriora, affirmantium vero æquiora. Æquitatis hujus aliquaduntaxat motiva afferro I. quod sententia affirmans nec filiis masculis præjudicet, nec spem fœminarum penitus inanem reddat, de benignitate domini melius mereatur, voluntati primi acquirentis sit conformior, imò rationi, & juribus, præsertim cum per investituram semel à regulari natura Feudorum recessum sit. II. Licet alias in Feudis favorabilior conditio sit masculorum, quam fœminarum, cessat tamen hic favor in præsentem, propter expressam vocationem, & æqualem investituram masculi, & fœminæ, & sufficit, quod propter majorem aliàs favorem masculi, eo existente, fœmina non admittatur, non verò, quod perpetuò 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, quæ considerasse censetur, hæc verò ratio æquè militat, sive masculi semel extiterint, sive nunquam, neque enim ideò, quod masculus semel extitit, filia desit esse filia, nec favor adeò 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 præsumendum est. Et hanc sententiam Carpozovius *loc. cit.* tam certam, saltem in praxi, esse dicit, ut qui hodie relicto tritico glandibus vesci malit, vix inter prudentes locum suum tueri possit, & si præstare adhuc veritati reluctari pergat, potius commiseratione, quam acriori castigatione dignus videatur Clariss. P. Placidus Böckhn *in Comment. ad h. t. n. 49.* has invicem pugnantes sententias ope distinctionis subtiliter conciliat, quem consule, & si placet (placebit autem) sequere.

Facilioris resolutionis altera est quaestio, qua quaeritur, an fœmina, quæ nullis extantibus masculis Feudum semel adeptæ est, si proles mascula postea superveniat, per hanc iterum repellatur, & Feudum cedere cogatur, v. g. filia ultimi possessoris non extantibus masculis succedit in Feudum, postea ex sorore defuncti nascitur proles mascula, an hæc filiam defuncti iterum excludet? Videtur, quod sic, quasi fœmina tantum sub conditione, & in defectum masculorum admissa sit, & res ad eum statum ex postfacto devenerit, in quo fœmina 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 Scutum Trebell.* Neque verum est,

est, quod conditionatè tantum jus in hoc casu foeminae quaesitum fuerit, quia jure Feudali *d. Tit. 17. Feud. 2.* tantum prohibetur foemina acquirere Feudum existente masculo, non autem acquisitum eo non existente postea retinere, & casus postea eveniens jus quaesitum

evertere non potest, licet impedivisset, si prius evenisset, sicut impedimenta quaedam matrimonii illud non dissolvunt, si contracto jam matrimonio supervenerint, licet impedivissent, si praecessissent. *Zafius part. 7. n. 53. Hauldus Tract. 9. cap. 5. n. 790.*

§. II.

Quinam Feudum constituere, vel accipere possint?

SUMMARI A.

27. Circa Feudum constituentes ponitur regula. 28. 29. 30. An infantes, prodigi, furiosi, minores, filii familias, muti, & surdi Feudum constituere valeant, per distinctas resolutiones exponitur. 31. Etiam plebeji, & rustici res suas in Feudum dare possunt. 32. 33. Duæ oppositiones solvuntur. 34. Etiam foemina Feudum constituere possunt. 35. Imperator de bonis imperii cum consensu Electorum. 36. S. Pontifex, nisi per speciales conventiones impediatur, omnes res Ecclesie in Feudum dare potest, similiter alii Pralati res ab antiquo in Feudum dari solitas, de novo verò non aliter, nisi accedente justa causa, & adhibitis praescriptis solemnitatibus, 37. quod nec in bonis à Laico Ecclesie oblati 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, quicumque rerum immobilium dominium habent, earumque liberam administrationem, Feudum dare, & constituere possint, & qui alterutro destituuntur, hoc est, vel dominio, vel libera administratione, illi Feudorum constituendorum incapaces habeantur, textus expressus in *Tit. 3. Feud. 2.* *Hunniius 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, 28 prodigi, pupilli, minores, filii familias, surdi, & muti Feudum constituere possint? Resp. I. quoad infantes, furiosos, & prodigos negativè, quia hujusmodi personæ vel consensu carent, aut si eum quidem præstare possint, is tamen à jure pro nullo habetur, unde hi in feudare 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 aliena-

tio (cujus species est infeudatio) concessa non sit. *tt. C. de Prædiis min. Vultej. d. cap. n. 6.* Feudi tamen semel legitimè constituti renovatio ipsis conceditur *d. Tit. 3. Feud. 2.* & quidem solis, si curatorem non habeant. Qui verò sub curatela constituti sunt, haud alio casu, curatore non interveniente, Feudum renovare posse, quàm quo uni, vel alteri ex agnatis necessariò, ex voluntate nimirum patris renovatio facienda est, nam filio, tamen si sub curatore sit, prohibitum non est, etiam se solo ab obligationibus patris se liberare *arg. l. 3. C. quando decret. non est opus. l. 7. §. 2. ff. de Pecul.* Clariss. P. Ranbeck *c. Tract. cap. 2. pag. 45. & seq.* ubi Hotomanni, Duareni, & aliorum dissentientium argumentis satisfacit.

30 Resp. III. Filium familias Majorenem in bonis adventitiis *extraordinariis* feudum etiam se solo constituere posse, quia in his bonis ipsi libera, saltem inter vivos, disponendi facultas concessa est. *Nov. 117. cap. 1.* P. Ranbeck *cit. loc.*

31 Resp. IV. Mutos, & surdos ex natura tales, cum negotia ejusmodi civilia intelligere non præsumantur, etiam ad infeudandum inhabiles censentur. Si ex accidenti tales sint, vel soli, si feudi obligationes satis calleant, aut accedente consensu Curatoris, cum decreto Magistratus feudum constituere posse. Idem laudatus Author.

32 Quæres II. An Plebeji, & rustici rem suam *allodiam* in feudum dare possint? Conclusio nostra est affirmativa, ex data jam Regula *tit. 3. feud. 2.* quod, qui liberam rerum suarum administrationem habent, feudum constituere possint. Nec illa Regula ex *d.*

tit. 3. (ut videtur Duareno) *negative* est concepta, nam particula illa: *non ab alio, nisi* orationem faciunt *affirmativam*, ac idem significant, ac *omnis, qui* legitimam rerum suarum administrationem habet, etiam de novo alterum infeudare possit. Cui etiam consonat Rubrica illius *tit. 3.* quæ *affirmative* concepta est, scilicet, *per quos fiat investitura, & per quos recipiatur?* Hunnius *d. tract. cap. 7.* Ranbeck *cit. cap. 2. pag. 48.*

Duo præcipuè obstare videntur I. 33 quod feudistæ *tit. 1. feud. 1.* propositum fuerit, omnes recensere personas, quæ feuda dare possunt, nullam verò is mentionem plebeji, sive rustici ibidem fecerit; unde augurari licet, rusticos ab hoc jure esse exclusos, maxime, cum ibidem tantum recensentur personas dignitate quadam insignes. II. Cum dominus in Vasallum per investituram acquirat jurisdictionem *tit. 55. §. fin. feud. 2.* illa autem privatorum pactis dari nequeat. *l. 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 propria feudum constituere possunt, sed de illis personis feudistam agere, de quibus dubitari poterat, an res, quas non proprio jure possident, aliis in feudum dare queant. Agitur enim eo in loco de personis Ecclesiasticis, & Prælati non suam, sed Ecclesiæ rem in feudum dantibus. Item de Ducibus, Marchionibus &c. qui feuda Imperii possidentes ea rursus in aliis feudum concedunt. Ad II. responderetur, *jurisdi-*
ctio-

tionem feudalem non tribui privata conventionem; sed lege feudali deferri domino, & *paribus Curie. 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 *jurisdictio feudalis* non videtur esse *muneris publici*, sed habet se ad instar *compromissi*, cujus rustici 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. affirmative. 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 *dict. 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 neutiquam hanc potestatem Majestati Imperatoris dubiam, ac controversam reddere volumus, sed eam duntaxat ita limitamus cum Magnif. P. Schmier *lib. 3. tract. 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 damnosa sit, necessarium 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 Prælati similiter certum est, quod res ab antiquo in feudum dari solitas rursus in feudum concedere possint, per *cap. 2. h. tit. Extrav. Ambitiosa 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 debitis solemnitatibus, quia & hæc species alienationis est. Censetur autem res de novo in feudum data, quæ, antequam Prælati Ecclesiam obtinuit, in feudum dari non consuevit. *tit. 35. feud. 2.* Hodie post Decretum Urbani VIII. editum Anno 1625. Calendis Novemb. quod refert Afcanius Tamburinus *tom. 3. de J. A. disput. 14. Q. 4. num. 6.* Prælati sub gravissimis pœnis interdicitur, ne res Ecclesiæ quascun-

que

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 Prælatibus inferioribus requirendum, recessum fecisse, testis est P. Engel ad *tit. de reb. Eccles. alien. n. 15.* P. Wiestner *ibidem. num. 114.* & alli.

38 Sed quid, si Laicus bona sua *allo-dialia* offerat Ecclesiæ, an Prælatibus absque consensu Capituli dicta bona donatori laico in feudum dare possit? Affirmandum esse iudicat Bœhmerus *h. t. §. 23.* eo, quod talis infeudatio non videatur esse *alienatio*, sed potius domini *directi* acquisitio, in qua nulla deliberatione opus, cum 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 acquisivisset, tamen rursus pateretur quandam diminutionem sui juris, si dominium *utile* (id quod per infeudationem fieri debet) in donantem transferret. Quapropter ratio Bœhmeri haud aliud probat, quam quod congruat, ut Capitulum in similem alienationem pronis suffragiis consentiat.

39 De Capitulo fortè 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.* affirmat, nullam tamen sui asserti reddit rationem. Malo cum Bœhmero *hic §. 21.* 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 talem infeudationem Episcopus necessario facere debeat, unde, sicut Capitulum Sede vacante in jurisdictione necessaria succedit, ita & in infeudatione. Verum Struvii suppositum fallit: nec enim Prælatibus 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; secus 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 prohibitorium, cujus ea est indoles, ut omnia censeantur permessa, quæ non specialiter reperiuntur prohibita. *arg. l. 1. ff. de Testib.* Quapropter hodie nulla textus, conditionis, status, vel ætatis ratione habita legales alioquin personæ ad Feudum admittuntur. Zasius, & cum eo laudat. P. Ranbeck *cit. c. 2. Thes. 2.* ubi consequenter personas enumerat, addita declaratione, quæ, & quomodo in Feudis succedant, ac in specie illam quæstionem ventilat. *pag. 17. & seq.* An Feudo filiofamilias concessio, usufructus patri quærat? ad quem, uti & ad Fachinæum *lib. 7. cap. 77.* tempo-

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. §. qui Clericus Feud. 2. §. tit. 36. in fin. eod. lib.* quia, ut dicitur *tit. 21. feud. 2. desit esse miles seculi, qui factus est miles Christi.*

42 Jure tamen Canonico non solum Ecclesiarum, & Monasteria, sed etiam Clerici, & Religiosi feudorum capaces sunt. *cap. 6. §. 7. de foro compet. cap. 21. §. 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 *Quest. 3. in fin.* Nam id solum intelligendum est de illis legibus feudalibus, quæ generaliter disponunt, & hæc censentur approbatæ ab Ecclesia, quando Canones non expressè contradicunt: non verò illæ, quæ in specie disponunt de personis, & rebus Ecclesiasticis. *cap. 14. de Elect. & idèd,* quatenus Clericos, & Monachos excludunt à successione in feudis, non habent autoritatem legis, sed prævalent tunc 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 Ecclesiasticæ 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 hæc feuda aut sint franca, & libera ab omni servitio præstando, 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 potiorum, eo quod desit esse miles seculi, 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 scripserit *disc. 54. de feud. n. 19.* quod, quotiescunque agitur de feudo, in quo debet præstari *Juramentum fidelitatis.*

litatis, deficiat capacitas in Clericis, quia continet in se implicitum onus serviendi personaliter in militia: nam constat, Episcopos, & Clericos imò Religiosos *juramenta fidelitatis* præstare dominis feudorū *cap. 30. de Jurej. cap. un. §. verum de stat. Reg. in 6.* & tamen in juramento fidelitatis de servitio personali mentio fiat, tamen, cum consuetudine jam generali inductum sit, ut per substitutum illud præstare liceat, Clerici omnino capaces sunt feudorum, quanquam juxta formam *cap. 30. de Jurejur.* Juramentum fidelitatis præstare debeant.

- 43 Sed quid de Monasterio, vel Religione? Resp. si bonorum capax sit, feudumque à servitio liberum, vel quod honestè à Monasterio saltem per substitutum præstari valeat, pariter in feudo sui professi succedere. Panorm. in *cap. 8. 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 duntaxat vitæ ipsius professi feudi utilitas ad Monasterium spectet, & eo mortuo ad agnatos, vel dominum directum redeat: etsi enim Monasterium aliàs locò filii censeatur, ita, ut, si hæres hæreditatem 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. Hæc 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.

Quæ res in feudum dari possint?

SUMMARI.

44. Regula proponitur circa res in feudum dari idoneas. 45. Excluduntur res mobiles. 46. Non item quæ rebus immobilibus coherent. 47. Neque etiam res incorporales. 48. Debent tamen hæ res in commercio humano existere. 49. An decimæ laicis in feudum dari possint? Resolvitur negativè. 50. Consuetudinem contrariam legitimam non agnoscimus. 51. Res aliæ, quæ in feudum dari nequeunt, enumerantur. 52. Res feudales rursus subinfeudari possunt. 53. Pecuniâ non est objectum feudi. 54. Bene verò res aliena, & quo effectu?

- 44 DE rebus, quæ in feudum dari possunt, habemus Regulam *tit. 1. in fin. feud. 2.* quam feudista his verbis expressit: *Sciendum est autem, feudum, sive beneficium non nisi in rebus soli, aut solo coherentibus, aut in iis, quæ inter immobilia communerantur (veluti cùm de Camera, aut de caverna feudum*

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 sanè feudista tit. 23. feud. 2. feudum, non benè in rebus immobilibus constitui dixisset, si res mobiles æque materia habilis fuissent judicata. Mobilia, quæ ab AA. afferuntur argumenta, figit, & configit Hunnius d. tract. cap. 9. Q. 1. pag. 157.

46 Res, quæ immobilibus cohærent, 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 custodia causa sint repositi. Huc etiam referuntur fructus, quatenus illi adhuc sunt pendentes, & rebus immobilibus cohærent. Item Sylva in feudum data etiam arbores cæduæ unà videntur esse concessæ, ubi tamen Vasallum Stryck, in Exam. feud. cap. 8. quest. 17. civilitatis memorem esse jubet, ne cædendo arbores Sylvam devastet. Num verò etiam jus venandi transeat, dubitaveris? ego paucis respondeo, in nostra Germania, ubi jus venandi ad Regalia Principum relatum est, sola in feudum sylvæ concessione jus venandi non transire; secus ubi

hæc consuetudo non viget, sed jus venandi aliquod appertinens, & connexum cum fundis est. Vid. P. Ranbeck cap. 2. thes. 4.

Denique res incorporales aptum feudi objectum esse possunt, quia rebus immobilibus æquiparantur. Huc refer Imperia, Magistratus, Jura, pensiones pecuniarias &c. Et hæ res bifariam in feudum concedi possunt, vel recisæ, & quasi avulsæ à fundo, vel castro, cui aliàs inhærent; vel accessoriè cum re immobili, ut si jurisdictio unacum territorio in feudum detur. Quomodo Regalia objectum feudi constituant, consule Illustr. D.D. de Herz in laudat. tract. cap. 5. §. 3. per tot. & Clariss. P. Ranbeck cap. 2. thes. 4. pag. 73. & seqq.

Porro, ut res immobiles, aut eidem æquipollentes in feudum concedi valeant, debeat existere in commercio humano, & nulla lege alienari specialiter esse prohibita. Unde sequitur, quod res sacre, Religiosæ, spirituales (nisi accessoriè, & in consequentiam unacum castro, civitate &c. veniant arg. cap. 3. §. 6. de J. P.) in feudum dari nequeant, quia ejusmodi res non sunt in commercio hominum, adeoque alienari nequeunt. Arg. l. 72. §. fin. & l. seq. ff. de contrab. empt.

De Decimis quæri solet, an in feudum 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, ad eoque 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 sunt à Prælat.* ubi hoc specialiter constitutum est, ut Laico liceat, alteri loco spirituali, quàm ille sit, cui de jure communi alias competere decimæ noscuntur, saltem de consensu Ordinarii jus percipiendi decimas subinfeudare, quia non multum refert, quanam Ecclesia decimas habeat, dummodo Laicis, tanquam iniquis detentoribus auferantur, quæ ratio sine dubio in concessione feudi decimabilis per Laicum Laico factam cessat.

50 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, rectè fieri, unde Proculus ait in *l. 12. ff. de Offic. Præsid.* 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, cum animarum suarum periculo (ut plurimum saltem) detinere, hoc est, ut explicat Panormitanus ibidem: *Non cum aperto peccato, sed periculum videtur imminere, quia timeandum est, ne DEUS provocetur, cum 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 indulgisset, 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, aliæque jura Ecclesiis Parochialibus restituerent, experientia quippe constat, quod ea tempestate, qua Hæreses in Germania invaluerunt, ac Ecclesiæ jura, & bona súsque deque verterunt, etiam Patroni, & Advocati Ecclesiarum jura, & redditus in suam utilitatem liberè converterint. Quamquam nolimus inficiari, in illis quoque turbidis temporibus pios, & Ecclesiæ fideles extitisse Laicos, quibus ob insignia in Ecclesiam merita, vel etiam ob ipsius Ecclesiæ utilitatem, vel per privilegia, vel per contractum feudalem decimæ fuerint concessæ. An autem decimæ Laicales censeantur ante Concilium Lateranense concessæ, quoties de initio talis factæ concessionis non constat, & quid juris in illas Laicis competat, prolixius examinat P. Engl *cit.*

cit. Tit. num. 26. § seq. P. Ranbeck de cap. pag. 89.

§¹ Dicitur est superius, quod res alienari prohibita non sint aptum objectum feudi per textum *tit. 3. §. 1. feud. 2.* unde non tantum prohibentur in feudum dari res Ecclesie sine justa causa, & debita solemnitate, ut *ad tit. de his, quæ fiunt à Prælat. § de rebus Eccles. alienand.* probatum dedimus, sed etiam huc referuntur res litigiosæ *l. 2. § ult. C. de Litigios. fundus dotalis l. 1. § tit. 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 extra decretum Magistratus l. 22. C. de Admin. tut. res communes, cum 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. h. t. n. 9.**

§² 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 prohibeatur *tit. 25. § 55. feud. 2.* tamen ad correctionem jurium evitandam, dicendum est, dictos Imperatores ad subinfeudationem factam prohibitionem extendere noluisse, & hoc colligimus ex *tit. 26. § 34. feud. 2.* ubi expressè subinfeudatio permittitur, quod etiam confirmat perpetua consuetudo infeudandi, quæ hodie 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 præstanda, & denique III. ut sub iisdem pactionibus, & conditionibus fiat, sub quibus primo vasallo feudum concessum fuerat. Vid. Hunnium *d. cap. 9. pag. 186.*

An in pecunia ex vendito fundo §³ 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 pecuniæ intendat, quia nemo pecuniis uti potest, nisi ipsam substantiam consumendo, id verò repugnare naturæ feudi, jam superius dictum est. Nec officit, quod surrogatum sapiat naturam ejus, in cujus locum surrogatur. *l. 10. §. 2. ff. si quis caution. sisti 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, cujus est res, cui surrogatum est, quæ itenditas non reperitur in pecunia, ex fundo feudali redacta, & ipso feudo, ut satis ex dictis constat, & præterea fallit in rebus singularibus, hinc pretium 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 constitua-
tur (hoc enim repugnat naturæ feudi,
ut in re fungibili, & quæ ipso usu con-
sumitur, constituatur) sed ut vasallus
sibi aliud venderet feudum. Schrader
Tract. feud. part. 3. cap. 1. num. 8. Hun-
nius *d. cap. 9. pag. 161.*

54 Res aliena, quod in feudum dari
possit, dubitare non finit Textus in
tit. 8. § 25. feud. 2. sed quomodo? at-

tendere oportet, an vasallus sciens rei
alienæ investituram acceperit, num ig-
norans? Priori casu, nisi speciali pacto
sibi prospexerit vasallus, dominus pu-
tativus de evictione ei non tenetur, po-
steriore verò aut aliud ejusdem æsti-
mationis feudum præstare, aut num-
mos, quibus aliud comparet, solvere
tenetur. Clariss. P. Benedictus Schmier
h. t. num. 20.

§. IV.

Quibus modis Feudum constituatur, & acquiratur.

SUMMARI A.

55. Tribus modis feudum constituitur. 56. Quid sit investitura? 57. An per inve-
stituram abusivam dominium utile unicum possessione transferatur, acriter dispu-
tatur. 58. Nostra sententia est, quod jus in re quidem transferatur, non etiam
possessio. 59. Ratio ejus redditur. 60. Investitura vel est simplex, vel simulta-
nea, & 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
feudum cum allodio referuntur. 64. Nostra sententia cum communi DD. facit.
65. Præscriptio in feudis Ecclesiasticis 30. annis non absolvitur. 66. 67. 68. Quo-
modo successione feudum acquiratur, notatu digniora compendio referuntur.

55 **T**Ribus præcipuè modis feudum
constitui posse dicimus. I. In-
vestitura. II. Præscriptione, quæ
etiam teste Rosenth. *d. Tract. cap. 6.*
conclus. 1. investitura præsumpta dicitur.
III. Successione, ubi mox notandum oc-
currit, quod constitutio, & acquisitio
feudi promiscuè ab ipsis feudorum com-
pilatoribus usurpetur, ut patet *ex tit. 25.*
feud. 1. Re ipsa tamen diversa hi ter-
mini connotant: ita constitui feudum di-
citur 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 feu-
dum dicatur constitui per investituram,
acquiri verò per successione.

Est verò investitura in genere spectata 56
actus, quo dominus vasallo, vel ejus procu-
ratori fidelitatem promittenti vel per se,
vel per alium possessionem feudi concedit.
Et hæc, si vasallus actualiter in possessio-
nem rei feudalis inducatur, investitura
propria vocatur: sin verò solis verbis
fiat, cum actu tamen corporeo, ut lo-
quitur Zasius *part. 6. num. 6.* hoc est,
porrectione alicujus symboli, ipsam
collationem feudi designantis, investi-
tu-

tura *abusiva* audit, ut si dominus dicat in praesentia *parium curiae*, vel aliorum testium: *Investio te isto annulo, vel ense, vel hasta, vel vexillo*. Convenientia utriusque investiturae in eo est, quod feudum tam per investituram *propriam*, quam *abusivam* constituitur, 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 existunt. Inter *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 investiturae *abusivae* 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 mediam viam ingrediuntur, tribuentes effectum *possessionis* investiturae *abusivae*, si symbolum vasallo porrigatur in re *praesente*, aut non procul ab ea. *arg. l. 74. ff. de Contrab. 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 tamen si 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.* quae 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*. Asertum hoc ex Boehmero *ad tit. de Investit. §. 3. & 4.* sic illustro: Antiquis Germanis id in more positum erat, ut, cum jus aliquod in alterum transferre vellent, signa quaedam, & *symbola* adhiberent, ex qua *symbolica* translatione duo potissimum nascebantur emolumenta. I. Ne, quod perfidis, & ad fraudem faciendam (sunt verba Boehmeri) natis admodum solenne est, amplius allegari posset, actum nondum fuisse perfectum, sed in finibus simplicium *tractatum* substituisse. 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 pinquiores conditionem offerenti rem tradat, & jus suum resignet. Multa enim potuere occurrere obstacula, 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 Boehmerus, per investituram *symbolicam* tantum *jus in re*, per *realem* vero, sive *propriam* actualem demum possessionem fuisse translatam, idque hodieum obtinere quoad utrumque membrum ex jure feudali nullo negotio demonstrari potest. Et quidem, quod per investituram *abusivam*, *jus in re*, sive dominium *utile* transferatur, ostendit.

ostenditur ex *tit. 8. §. rei autem feud. 2.* ubi vasallo rectè 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 verò actualem possessionem investitura *abusiva* non tribuat, patet ex *tit. 7. in fin. feud. 2.* ubi dicitur, quod *investitura 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 mediam sententiam, quæ effectum *possessionis* tribuit investituræ *abusivæ*, quando res in *presentia* 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 *presentia* fuerint, per Symbolum rectè transfertur, ut optimè explicat Menoch. *de Retin. poss. remed. 3. n. 577.* unde paritas ad translationem possessionis in feudo fieri non potest, utpote, quod in rebus duntaxat *immobilibus*, aut æquipollentibus constitui potest, ut ex dictis constat.

60 De *investitura* id porro notandum est, quod alia sit *simplex*, alia *simultanea*. Per illam unus tantum in re quæpiam 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 alteruter illud possideat, unus tamen fructus solus percipiat, cui, si pramortuus 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 talem *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 succedendi 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-Expectantz*. Clariss. D. D. de Herz cit *Tract. cap. 6. §. 3. n. 9.* ubi pluribus de *expectativa* agit.

In nostro foro Canonico etiam usum esse *expectativæ*, sive investituræ *conditionalis* in feudis *Ecclesiasticis*, nullus dubito, non obstante, quod similes *expectativæ* 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.* actum est. Ratio est, quod illa turpitudine, ob quam *expectativæ* in beneficiis reprobantur, non æque *expectativas* in feudis *Ecclesiasticis* dehonestet, cum similes *expe-*
ctati-

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 1. feud. 3. & 2. feud. 26. §. 2. Exceptiones dabit Boehmerus ad b. tit. §. 46. & pluribus seqq.

62 Alter modus acquirendi feudi est *Præscriptio*, quæ idem jus tribuit Vasallo, quod ipsa investitura *propria*, sive *realis*, qua de causa etiam communiter vocatur investitura *presumpta*. Quod si igitur aliquis rem alterius *allodialem* bona fide possederit, ac se pro Vasallo gesserit, *exhibendo servitia* 2. feud. 26. §. 4. tametsi ea non *prestiterit*, fortè quod dominus ea non exegerit, modo paratus fuerit ea *præstare*, *præscriptio*ne feudum acquisivit. Sed quantum temporis spatium requiritur, ut *præscriptio* completa dicatur? Communis feudistarum sententia est, tempus *tricennale* supremum esse absolvendæ *præscriptio*nis terminum, nec minorem à jure feudali agnosci per Textum expressum in *cit. tit. 26. §. 4. feud. 2.*

63 Ab hac vulgatissima sententia recessum 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 *præscriptio*nis 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 putetur, LONGI*

TEMPORIS PRÆSCRIPTIONE Jus sibi acquirit. Sin verò *titulus habilis* deficiat, tempus 30. Annorum desideratur, quod de rebus *allodialibus* rursus liquidum est. De *feudalibus* sic probat: in *tit. 26. §. 4. feud. 2.* (qui solus Textus communiter ab AA. pro tricennali *præscriptio*ne in feudis allegatur) ideò 30. *Anni* exiguntur, quia Vasallus non est investitus, & consequenter deficit *titulus*, cum alias supposito titulo communiter etiam fieri soleat *investitura*: ergo jus feudale hoc in passu à jure communi nec quidquam recedit, quod etiam in *allodialibus*, deficiente *titulo*, tricennaria minorem *præscriptio*nem non agnoscit. Ergo quod in *cit. tit. 26.* de tempore in *præscriptio*ne feudi sine *titulo* dispositum est, non est extendendum ad casum, quo feudum *præscribens* justo *titulo* munitus est. Et consequenter, cum in jure *feudali* alia specialis ordinatio non reperitur, obtinebit juris communis dispositio.

Sed pace hujus viri Clarissimi, cu-
jus doctrinam solidam, & fundatam
undequaque 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-*
*scriptio*nem fiat æquiparatio; notum
verò est, quod *actionibus* ex *contracti-*
bibus descendentes non minori tem-
pore, quam 30. Annorum *præscriba-*
tur. t. t. *C. de Præscript. 30. vel 40. ans.*
tum quod in *d. tit.* *præscriptio*ne *jus* ac-
quiri dicatur; jura verò 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, respondemus, nos de contrario ex hoc capite esse persuasos, quod tanto tempore continuata patientia domini, permittentis alterum re feudali uti, non possit non fortissimam præsumptionem tituli, & quidem *lucrativi*, videlicet *donationis* in specie inducere. De natura quippe feudi est, ut Vasallus *amore* & *honore domini* feudum quærat, 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 complendam proficiat.

65 An verò eadem temporis meta præscribendo feudo Ecclesiastico præfinita sit? in ancipiti 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 adeò deprime-re voluerit, ut eandem cuicunque pri-

vato parificaret. Magnific. P. Schmier lib. 3. tract. 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*, quàm ab *intestato*; in *feudis* verò (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 quæsitum; imò, etsi ab *intestato* tam in hæreditate fratris, quàm 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 Tuscus Lit. F. Conclus. 158. num. 10. II. In *feudis* quoque proximior excludit remotiorem, proximitate cum respectu ad ultimum possessorem, non verò ad primum acquirentem considerata. Sic filii, & nepotes ultimi possessoris alios excludunt, & frater defuncti ejusdem patrum, licet hic primo acquirenti proximior 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 ascendentes verò regulariter feudi successio non transit. tit. 50. feud. 2. Et quia feuda hæc per solum patrem regulariter de-

feruntur, mater verò ad illa impertinens est, idèò in *feudalibus* fratres *con- sanguinei* non excluduntur à *Germanis*, ut in *allodialibus* fit. Sic etiã differentia inter *agnatos*, & *cognatos*, quæ à Justiniano in *Nov. 118. cap. 1. § 4.* sublata fuit, in *feudalibus* adhuc hodie obtinet, ita, ut, nisi feudum *fœmineum* sit, vel ex speciali pacto *fœminæ* admittantur, eadem semper exclusæ maneat, ut jam supra insinuatum fuit.

67 Porro, cùm alia beneficia sint *individa*, uti feuda Regalia, Ducatus, Marchionatus &c. *tit. 55. feud. 2.* alia *dividua*, qualia, saltem de consuetudine, sola Regali dignitate excepta, reliqua omnia censentur, etiã ratione jurisdictionis, & administrationis teste Gail *lib. 2. observ. 153.* idèò in illis potissimum ad tenorem investituræ, & consuetudinem Provinciæ attendendum erit, qua communiter primogenitus omnibus suis fratribus præferri solet, prout etiã in aliis familiarum conservationi utilius, & magis è re Imperii fore, notat Gail *d. loc. num. 2. § seqq.* si ejusmodi feuda indivisa manerent, & jus *primogenituræ* locum obtineret, ac reliquis confortibus ex feudalium, aut priorum honorum proventibus prospiceretur, ne juxta illud Evangelicum regna in se divisa desolentur & principales familiæ ita demum labefiant, ut præter inane dignitatis nomen, & titulum vix aliud supersit.

In *dividuis* verò non secus, ac in *al-* 68 *lodialibus* juxta dicta succeditur; quoties enim circa feuda nihil speciale in jure feudali constitutum est, ad jus commune recurritur *tit. 1. feud. 2.* Unde, si ultimus Vasallus filium v.g. relinqueret, & ex alio filio prædefuncto tres nepotes, mediam partem feudi filius, alteram medietatem tres nepotes loco patris sui acciperent inter se dividendam. Quodsi igitur plures filii, vel agnati ejusdem gradus ad successionem concurrant, vel omnes investituram petent, juramentum, ac servitia præstabit, vel (quod in Germania communissimum est) unum ex ipsis quasi Curatorem eligent, qui nomine omnium feudum recipiant, & juramentum præstet. *tit. 26. §. omnes filii feud. 2.* vel *divisionem* aut *transactionem* inter se instituent, ut unus feudum solus retineat, cæteris *allodialia* integra relinquat, & excessum pecunia compenset; sin verò vice versa dominus moreretur reliquis pluribus hæredibus, in Germania teste Zasius *part. 7. num. 11.* receptum est, ut uni vice omnium juretur, quoad servitia vero, cùm ad plura non teneantur mortuo, quàm vivo domino, singulis etiã 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.

SUMMARI A.

69. Feudum, utut beneficium dicatur, non est sine onere beneficiarii. 70. Feudi commoda & jura recensentur. 71. Obligationes, quæ Vasallo incumbunt, enumerantur.

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 præstationum onere, quæ Vasallum gravant; unde impræsentiarum 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 Utróque modo consideratum sequentes prærogativas, & jura favorabilia Vasallo adjicit. I. Dominium utile in re feudali tit. 8. §. rei autem feud. 2. explosa Hotomanni, aliorumque sententia, qui feudum usufructum esse dicunt, persuasi Textu in tit. 23. in fin. feud. 2. ubi hoc jus, quod in Vasallum transfertur, usufructus indigitatur, verum hoc cap. ex priori Textu cit. explanationem recipit, quod scilicet intelligatur usufructus non formaliter talis, sed causaliter, quatenus is in dominio utili continetur. Vi hujus utilis domini competunt ei omnia remedia juris, quibus illud conservare, & tueri possit, adeoque in petitorio utilis rei vindicatio, in possessorio interdicta, quod eatenus cum Zasio part. 8. num. 37. ampliamus, ut & agendo, & defendendo jus suum domino præjudicare valeat, & consequenter in casu, 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. §. 1. feud. 2. IV. Etiam transigere potest, modo non in fraudem domini, & sine prævia denuntiatione fiat. tit. 26. §. si Vasallus feud. 2. tit. 43. eod. quin, quod compromittere quoque possit in arbitros, 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 Sc. 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 quoscunque hæredes transmittit, excipe, nisi dominus quosdam in specie sibi retinuit (id quod feudum in curte constitutum dicitur) tit. 4. §. si quis de manso feud. 1. Qualiter autem circa fructus pendentes computus ini-

iniri debeat, ut constet, qui fructus ad hæredes defuncti Vasalli transeant, dicitur P. Raubeck *loc. cit.* VI. Investitura facta, & fidelitate præstita, dominum obligatum habet, ut eum in possessionem mittat, & si in eo morosum se exhibeat, Vasallo ad omnem utilitatem præstandam teneatur, nec præstando interesse liberetur, quia est obligatio *dandi. tit. 7. in fin. feud. 2.* VII. Potest 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 *novum* fuerit, nequidem cum consensu agnatorum; secus, si *antiquum*, illum omittere nequit. Ratio prioris, quod in illo nec ipem succedendi habeant agnati *tit. 11. feud. 2.* Ratio secundæ, quod in feudo paterno agnatis jus jam sit quæsitum, quod ipsis per Vasallum nullatenus minui potest. *tit. 39. princ. feud. 2.* IX. Servitutem realem fundo feudali imponere potest, quæ tamen cum ipso imponente rursus expirat, & ad dominum revertitur. *tit. 8. §. rei autem feud. 2.* servitutem verò *personalem*, sicubi periculum foret, ne ad servitia domino præstanda impotens reddatur, eum imponere posse rectè negat Wesembec. *Comment. feud. cap. 11. num. 5. §. 19. Rudinger 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 principium: qui sentit commodum, sentiat

& onus *cap. 55. de R. J. in 6.* Quapropter domino obstrictus est. I. Ut in recognitionem ejusdem dominiæ fidelitatem, & servitia præstet. *tit. 5. feud. 1. tit. 3. 6. 7. feud. 2.* II. Ut renovationem *investiture* petat, quotiescunque persona domini, vel Vasalli mutatur, & hoc intra annum, & diem *tit. 3. 24. §. 40. feud. 2.* III. Ut feudum sine consensu domini non alienet; est enim ipsi omnis alienatio generaliter prohibita *tit. 52. §. 55. feud. 2.* & quidem sub pœna *caducitatis, cit. tit.* unde nec vendere, nec donare, nec pignoris nexu feudum obligare potest. Excipitur feudum *fœmineum*, quod ad fœminam devolutum rectè marito in dotem datur. *tit. 13. feud. 2.* Interim & hoc commodo Vasalli cedit, quod dominus eo irrequisito feudum similiter alienare nequeat. *tit. 34. §. 1. tit. 55. §. 1. V. præterea feud. 2.* Num 72 verò dominus alienans suo *directo* dominio privandus sit, veluti Vasallus suo dominio *utili*, si ad alienationem propria sponte deproperaverit, in ambiguo est. Negativa tamen probabilior videtur, tum, quod inter Vasallum & dominum in hoc casu purificatio institui haud possit, quia ingratitude & irreverentiæ labe se inquinat Vasallus, feudum sua unius autoritate alienando, quæ macula in dominum non cadit, tum quod AA. dominum suo dominio privari volentes sine lege sententiam condemnatoriam ferant, neque enim de hac privationis pœna in jure feudali quidquam cautum est. Vid. P. Raubeck *cit. thes. 5.*

Denique ex feudo etiam nascuntur 73 actiones, & quidem, si consideretur ut species *juris in re*, producit *rei vindicatio*

tionem, ex parte domini directi directam, ex parte Vasalli utilem, quæ eo casu potentior est directâ, quo dominus directus in rei vindicatione cum Vasallo concurrat, huic enim ille tunc cedere debet. Vultej. de feud. lib. 2. cap. 1. num. 19. Quòd si 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, quòd sit personalis, bonæ fidei, rei persequatoria, & perpetua. Assumit nomen sui Contractus, quamquam alii (quod jus 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?

SUMMARI A.

74. Aliud est finire 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 directè, vel indirectè committi. 84. Quomodo indirectè? 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. Sin extra personam domini ob delictum admissum caducetur, ad proximos agnatos devolvitur. 89. Ob non petitam investituram ad dominum redit. 90. Feudum tamen in his casibus non ipso jure, sed per Sententiam judicis amittitur. 91. An ob delictum Prælati, vel Clerici Ecclesia amittat feudum?

74 **N**E in errorem quis inducatur, credens finire feudum, & amitti idem esse, scire oportet, quod feudum dicatur finire, quando sua quasi propria natura feudum esse desinit, amitti verò, quando ex culpa feudum Vasallo aufertur, & sic non ex propria, & intrinseca natura feudi extinguitur. Feudum finitur vel re ipsa, ut interitu, 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 decedat 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 iudicis, aliisque modis feudum acquiri diximus, ita etiam finiri non dubitamus.

75 De modis *amittendi* feudi varii varias Regulas adstruere laborarunt, ipse tamen feudista fatetur, eosdem una Regula generali non posse comprehendere *tit. 23. feud. 2.* Celebriores sunt duo, alienatio videlicet rei *feudalis* incisco & invito 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, aliàs partem duntaxat, quam distinxit *tit. 38. § 2. ff. 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 dolo, non verò ignorante committitur, nisi (ut limitat Rosenth. *cap. 9. Conclus. 60.*) ignorantia *juris*, aut *facti* valde crassa 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 pœna caducitatis incurrant, *qui feudum vendunt, & in alios TRANSFE-*

RUNT. At qui feudum nondum tradidit, non censetur illud transtulisse *arg. l. 20. C. de Pact. ergo. Clar. D. D. Sennotti in Tract. de Caducit. exist. & non exist. part. 3. sect. 3. §. 1. n. 4.* si tamen *ficta* saltem traditio fiat, putà per *constitutum* & venditor quasi colonus, aut procurator emptoris constituatur, atque ita rem *feudalem* venditam non quidem actu traditam, emptoris tamen nomine possideat, probabilius hæc *ficta* possessionis translatio sufficiet, quia reverà venditor intendit emptorem constituere dominum, & actualem possessorem rei emptæ, præsertim quando & hoc casu depauperatio Vasalli, præjudicium, & contemptus domini, aliæque inconvenientia sequuntur, propter quæ feudorum alienatio sub pœna caducitatis prohibetur.

Mitius cum Vasallo agendum esse 77 censeo eo casu, quo extrema famis, aris alieni, aut alia ejusmodi necessitate pressus feudum alienat, ita, ut in afflictis ejusmodi circumstantiis pœnam caducitatis non incurrat, modo dominum præsentis suæ calamitatis monuerit, ac, ut vel consensum alienationi impertiat, vel ipse feudum emat, decenter insinuaverit. Cessat enim hoc casu ratio prohibita alienationis, quam feudista singulariter collocat in contemptu domini *d. tit. 24. §. fin. feud. 2.* & præsens necessitas facit licitum, quod alias de lege illicitum foret.

Nilominus 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-

teneatur emere, vel vendere, nec invitus in rei suæ venditionem consentire, nec de suo alteri benefacere *cap. 4. C. 10. Q. 2. l. 16. C. de Jur. delib.* Verùm hæc gnomæ 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 hypothese Vasallus autoritate judicis dominum, vel ad redimendum feudum, vel ad impertiendum consensum in ejus alienationem cogere possit. *V. laudatum D.D. Senutti cit. §. 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 *commissio*, quæ tecnico, & 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 *investiturae* est repetenda, *cit. tit. 24. feud. 2.* cujus 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, ideòque Vasallus eò usque expectare poterit, dum à domino ad juramentum fidelitatis præstandum citatus fuerit. Vid. *Vultej. cap. 11. num. 139.*

81 Hanc caducitatis pœnam evadunt *impuberes*, nec illis à tutore omiſſa peti-

tio *investiturae* 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 casu ademptum non esse probabilius censeo, quia nullibi jus *feudale* à jure *communi*, quod generaliter læsis *minoribus* succurrit, recessum fecisse legitur, ergò subintrat regula, quod, quoties aliquis casus de jure feudali decifus non est, ejus decifio ex jure *communi* petenda sit. *tit. 1. feud. 2.*

Vasallus indignum se reddit ulterio-
ri beneficii possessione, quando illa ser-
vitia domino præstare detrectat, ad quæ
ex lege contractus feudalis est obliga-
tus, & quidem hanc æquissimam esse
caducitatis causam, ipse feudista insinuat
in *tit. 24. feud. 2.* his verbis: *Sed non
est alia justior causa beneficii auferendi,
quàm si id, propter quod beneficium da-
tum fuerit, hoc servitium facere recusa-
verit.* III. Si Vasallus domino *directo*
justitiam administrare detrectet. *cit. tit. 24. V. illud tamen Sc.* Id quod
fit, si à *paribus curiæ* electus officium
judicis facere recuset, aut illud non ex
fide administret, aut, ut censet *Schra-
der 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 satisfactio-
ne præstanda præsentem non sistat, aut
occasionem latendi filio præbeat. *tit. 55.
V. insuper feud. 2.* IV. Si Vasallus do-
minum in pugna constitutum, & de
vita periclitantem non defendat, aut,
priusquam ille mortuus fuerit, vel le-
thaliter vulneratus sit, deserat *tit. 5.*

§ 17. *princ. feud. 2.* aut imminens periculum personæ domini, aut fortunæ ejus, cum possit, eidem non denunciât. *tit. 7. feud. 2.* His ergò 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 pœna caducitatis liberat, ut probare videtur Textus in *tit. 42. feud. 2.*

83 Felonia, sive culpa *commissionis* à Vasallo commissâ potest vel *directè*, vel *indirectè* in injuriam domini redundare. *Directè* dicitur dominus lædi, 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, sædus, & amicitiam cum hostibus ejus ineat. *tit. 24. §. 2. feud. 2.* II. Si ejus secreta malitiosè 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 attentet, actionem v. g. *criminales*, vel *civilem*, sed infamantem ultro contra eum intentando, aut advocatum in iis agendo. *d. tit. 24. §. item qui.*

84 *Indirectè* felonia committi dicitur, quando delictum Vasalli tantum occasione rerum, vel bonorum ipsius domini, aut etiam personarum eum atinentium, & 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 aliæ inhonestæ debasiationes ad expugnandam uxoris pudicitiam adhibitæ. Quid de osculo libidinoso censendum sit, pluribus exponit Menoch. *de Arbitr. Cas. 287.* II. Eodem crimine se obstringit Vasallus, si cum filia, vel nepte ex filio, vel cum nuru, sive quæ nupta est filio, & etiam cum sorore domini fornicetur, aut saltem hoc delictum attentet. *d. tit. 5. feud. 1.* Delictum hoc cum *nepte*, quæ ex filia domini talis est, commissum dicta pœna non ferit, quia neptis ex filia non est de familia *avi*, ideòque injuria familiam domini proximè non attingit. Ut Vasallum cum sorore domini turpiter agentem hæc pœnalis constitutio feriat, duo concurrant necesse est. I. Ut sit adhuc de domo, hoc est, de familia domini, retinet enim, quamdiu nupta non est, & fratris insignia, & nomen gentilium 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* commissâ.

Cæterum & alia delicta reperiuntur 85 in jure feudali expressa, quæ, tametsi dominum neque *directè*, neque *indirectè* concernant, Vasallum tamen indignum *Curia*, & *Paribus Curia* exosum reddunt, & in pœnam sceleris admissi feudo exuunt. Huc refertur Crimen *Parricidii* quod, quanquam in plures committi possit per *l. 1. ff. ad Leg. Pompej. de Parricid.* in libris feudorum speciatim tantummodo enume-

(D d)

ra-

ratur cædes fraterna, & cædes nepotis ex fratre, vel filii fratris. *tit. 5. §. item qui feud. 1. & tit. 24. §. fin. feud. 2.* & hoc ideò statutum fuisse existimo, quod intentione consequendæ hereditatis, vel feudi parricidium factum fuisse præsumatur, nam si propter atrocitatem parricidii hæc pœna fuisset decreta (id quod vult Rosenth. *Concl. 36. cap. 10. num. 7. §. 8.*) non esset major ratio, cur cædes fratris &c. potius quam cædes fratris 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 Ecclesia 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 Curia 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 resolvendæ.

87 Quæritur I. An feloniam in domino commissa, feudum aperiatur domino, vel proximis Vasalli agnatis? Respondeo, aperiari 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, cum illis jus ad feudum non sit absolute, & simpliciter quæsitum, sed juxta naturam feudi, quæ vult, ut Vasallo delincente, 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 patrocinari 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 aperiari agnatis Vasalli gradu proximioribus, tum, quod hic ordo in successione ab intestato observetur de jure communi *tt. ff. de suis, & legitim. hered.* 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 perspicue deciditur, proximi autem in jure dicuntur, quos nullus alius 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: *¶ 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 inceperit, sed quod defici-

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. pract. lib. 4. observ. 75.* Haunold *tract. 9. c. 5. Controv. 14. num. 905.* & Clariss. D. D. Sennuti, qui tam præsentem, quam præcedentes quæstiones latius discutit *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. Posteriorè 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 postliminiò revertatur *tit. 40. §. item si Clericus feud. 2.* Rosenthal *cap. 10. conclus. 3.* Gonzalez ad *cap. 2. h. t. num. 111.* ubi Halberstadensem, & Bremensem Episcopos ad tempus vitæ feudis Regalibus, quod defuerint in expeditione Italica, à Friderico I. Imperatore privatos refert.

Quod si feudum pertineat ad solum Capitulum, tunc delictum Prælati Ecclesiæ non nocebit: sin verò communiter ad Prælatum, & Capitulum, tunc vel solus Prælatus feloniam commisit, & fructus amittuntur pro parte, quæ Prælato competeret. Rosenth. *d. l. si etiam Capitulum in delicto cum Prælato communicavit, eo casu æquius fore, cenfeo cum Panormit. ad cap. 1. de Dolo, §. contum. num. 14. §. 18.* ut Ecclesia feudum non amittat, sed delinquentes tantum ad tempus vitæ suæ fructibus priventur, qui, illis amotis, vel mortuis, denuò ad successores, & Ecclesiam revertantur. Ratio est, quod major pœna jure feudali expressa non sit, etsi fortè statui potuisset, & quia aliàs hoc absurdum sequeretur, quod Prælatus, & Capitulum communi consensu saltem tacitè delinquendo possent efficere, quod expressè non valent, videlicet rem Ecclesiæ sine justa, & necessaria 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, & ornamentum concessa sunt. Panormit. ad *cit. cap. n. 16.* Rosenth. *d. Conclus. 3.*

§. VII.

Quis in Controversiis feudalibus Judex competens sit?

SUMMARI 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, que vertitur inter dominum, & Vasallum, judicandi Provincia defertur paribus Curie.* 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 (pluresve) Vasallos de feudo sit Controversia, domini cognitio, & per eum Controversia terminetur.* Quòd si dominus *directus* suspectus sit, fortè, quod alterutri litigantium de *evictione* teneatur, sicque causa ipsius propria, & interesse vertatur, non ipse, sed *pares Curie* (per quos intelligimus Vasallos, quorum res feudales unius domini territorio, & Curie, sive domui *Dominicali*, ut vocant; subsunt, v. g. Vasalli in territorio Austriae *pares Curie* 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 Ecclesie. 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 irradicata sit. Sicut 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 domini *directi* vis & efficacia tollatur, aut diminuatur, ex eo, quod persona feudataria sit *Ecclesiastica*. Additur tertia ratio, quod hæc subiectio Cle-

Clerici respectu iudicis Laici non veniat immediatè ex lege laica, à cuius vi *coactiva*, & *directiva* Jure Divino Clericos exemptos dicimus, sed ex conventionem, 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 Ecclesiasticæ personæ, cuius jura anteriora sunt, aut potiora jure feudi: & ideò, si contra Clericum Vasallum agatur ad amissionem feudi *criminaliter*, vel *civilliter* propter crimen, cognitio non ad dominum Laicum spectat, sed illa ad forum Ecclesiasticum remittenda est. Fagnanus ad *cap. 5. de iudic. num. 29. § seq.*

94 Dico III. Si Controversia sit inter Dominum, & Vasallum super amissione, vel constitutione feudi, iudices 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 asserat, quo casu cognitio eatenus saltem ad iudicem ordinarium spectabit, quatenus is cognoscat, num res *feudalis* sit, & ad hunc vel alium dominum per-

tineat, quo confuto causam ad competentem iudicem 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 est cum extraneo, putà 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 iudicem ordinarium spectat. Faciunt huc Textus *tit. 26. §. si Vasallus. tit. 43. feud. 2.* Idem dicendum, si dominus cum extraneo in litem incidat. Ratio universalis redditur, quod similis causa non sit *feudalis*, utpote, in qua (ut supponimus) actor non nititur aliquo jure *feudali*, ideò cognitio causæ non secundum jus feudale regulanda, sed, ut de Jure communi obtinet, ad forum iudicis ordinarii deferenda est per ea, quæ notat Mynsiger *Cent. 1. Observ. 99.* Nicol. Everard. *Consil. 158.*

Illud pro coronide hujus Tituli ad-96 huc quæsieris: Ad quem causæ cognitio spectet, si vel inter duos Vasallos, vel inter dominum & Vasallum contentio sit non super *proprietate* feudi, sed super *possessione*? Videri posset, quod in tali casu jus cognoscendi privativè ad iudicem ordinarium pertineat, quia, ut dicit Ulpianus in *l. 11. ff. de A. vel A. P. nihil commune habet proprietate cum possessione*, quod roborari videtur ex *cap. 15. de foro compet.* ubi exceptio illa, quod Regina, tanquam Vasalla agere debuisset coram iudice *feudali*, non fuit admittà, eo, quod hic lis tantum vertebatur super *possessione*, non super *proprietate* feudi. Verum quia valde molestum accidit, ut

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. Zasio part. 11. num. 2. Schurf. cent. 2. consil. 32. in fin. contrarium tenent, qui tamen in casu, quo judicium summarissimum, sive momentaneæ possessionis instituitur, hanc cognitionem judici ordinario deferunt. Fortè tamen non male distinxeris cum Pignatell. cit. consult. n. 17. num. Vasallus agat contra dominum ex causa spoliæ 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 autoritate rem à Vasallo possessam occupavit, vel interdicto *uti possidetis* ad possessionem suam ab ulteriore turbatione tuendam, & ut declaretur legitimus esse possessor. Priori casu cognitio erit judicis ordinarii, quia nullo modo vertitur quæstio feudi, ideòque 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 dijudicanda erit. Id quod pluribus confirmat Aretinus in cap. 5. de jud. n. 23.

TITULUS XXI.

De Pignoribus, & aliis Cautionibus.

Solent Contractibus ad majorem debiti, & conventionis securitatem à partibus cautiones adjici, inter quas illa idonea dicitur, quæ fit per *pignora* vel *fidejussores* 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 præfenti Titulo materia *Pignorum*, sequenti verò *fidejussorum* discutienda proponitur.

§. I.

Quid, & quotuplex sit Pignus?

SUMMARI A.

1. Pignus sumitur tripliciter.
2. Quod discrimen 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 constituuntur. Prioris. 7. Et posterioris exempla recensentur. 8. Illata in prædium rusticum tacitè hypothecata domino prædii non sunt. 9. 10. 11. 12. 13. Objectiones diluuntur. 14. An Libri studiosorum locatori ædium tacitè hypothecati sint? 15. Item an merces in domum conductam importate? 16. Idem queritur de nominibus, sive debitis. 17. Et de rebus Minorum. 18. Binis Objectionibus satisfiit. 19. An ratione dotis tacita hypotheca constituta sit? 20. An legatariis, & fideicommissariis? 21. An credentibus in refectionem domus?

Pignus etymologiam trahit à pugno l. 238. §. 2. ff. de V. S. & sumitur tripliciter I. objective 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. act.

Pignus & 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 oppignoratæ in creditorem transfertur, non verò in pacto hypothecæ, ubi rei obligatæ possessio penès debitorem manet l. 1. princ. l. 9. §. 2. l. 85. §. 1. ff. de Pignorat. act. Stryck. ad tit. de Pignerat. act. §. 1. ubi insimul advertit, quod hodie hypothecis plerumque clausula constituti possessorii adjungi solet, 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 conventionione perficiatur. Verùm his obstat l. 1. ff. de Pignerat. act. ubi dicitur: Si Contractum sit pignus nuda conventionione, & si quis aurum ostenderit, quasi pignori daturus, & æs dederit, aurum obligatum erit, non æs, quia in hoc non consenserunt: ergo etiam in re mobili, licet non tradita, hypotheca constituta fuit. Si quis tamen (pergit ibidem Ulpianus §. 1.) cum æs pignori daret, affirmavit, hoc aurum esse, res pignori datum dicitur, quia in corpus consensum fuit. Id non negamus, res mobiles, si in illis pignus constituitur, 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 facillè alienari, & in loca diffita transferri possunt, & sic, nisi tradantur, creditori non satis cautum foret, quod periculum non æquè in rebus immobilibus metuendum habet.

Pignus in ratione contractus (sub quo respectu hic præcipuè considerandum venit) describitur, quod sit contractus realis, quo res aliqua creditori in securitatem crediti traditur, ea lege, ut, debito persoluto, eadem in specie restituitur. Ex qua definitione colliges, quod

quòd res pignoris nexu obligata in dominio debitoris maneat, ac lubinde casus fortuitus, si circa rem oppignoratam emergat, non ad creditorem, sed debitorem spectet. *l. 6. l. 9. C. de Pignorat. act. Scriptura* ad hujus contractus perfectionem necessaria non est, licet seruiat 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 statutorio, 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 Prætorè vel alio Magistratu constituitur ante latam sententiam, imò ante litem contestatam, dum scilicet actor, quia reus non præstitit rei, vel debiti seruandi debitam cautionem, aut contumaciter abest, in possessionem bonorum ipsius immittitur, quæ missio etiam locum habet, ut legatariis ratione legati satis cautum sit. *l. 14. §. tt. ff. ut legat. §. fideicom. seruand. caus.* Item ex causa damni infecti *l. 4. §. 1. l. 15. ff. de Damn. infect.* vel in novi operis nunciacione 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. distrahantur.* *Conventionale* denique est, cum inter partes convenit, ut certæ res

propter aliquod debitum sint pignori obligatæ. *l. 4. ff. de Pignor. l. 1. ff. de Pignorat. act.*

Hypotheca, si magis specificè consideretur, in duas præcipuè species abit, scilicet in *expressam, & tacitam.* Illa constitui dicitur per verba inter præsentem, 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. dicitur. *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 occurrunt 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 aliasque præstationes. l. 1. C. in quib. caus. pign. l. 1. C. Si propter publ. caus. quo reducuntur etiam debita vengalium, 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. §. l. 1. C. de Privileg. fisci. In pœnis verò & mulctis, ubi bona rei non publicantur, probabilius hoc jus tacite 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 pro tut. III. Mulier suscepta liberorum tutela, si ad secunda vota transeat, antequam liberis prioris matrimonii tutorem dari postulaverit, eisque, quod debetur ex ratione tutelæ gestæ, persolverit, non sua modo, sed & novi mariti bona liberis per hoc tacite 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 tacite 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 nexu obligatæ sunt locatori prædii Urbani omnia à conductore invecata, & illata, eo tamen animo, ut perpetuo ibidem sint, pro pensione scilicet, & deterioratione rei locatæ, etsi locator ea illata esse ignoraverit. l. 5. C. locat. l. 4. ff. de Pact. 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 invecata sunt, tacito pignore affecta sint. l. 11. §. 5. ff. de Pignorat. act.

Aliud dicendum de illatis in prædium rusticum, quæ aliter locatori non obligantur, nisi sciat esse illata, & insuper expressa conventionem illa fuerint hypothecata, id quod probo ex §. 3. l. de interd. ubi clarissimè 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 tacite convenerit, in rusticis prædiis contra ob-

(E e)

ser-

servatur. Idem colligitur ex *l. 7. ff. d. t.* à sensu contrario, nam dicuntur ibi *fructus* in prædiis rusticis nascentes, tacite obligari domino fundi locati, *etiamsi nominatim id non convenerit*: ergo *illata* non obligabuntur, nisi nominatim convenerit. Hinc occasione hujus legis ratio differentiae inter prædia *rustica*, & *urbana* nullo negotio redditur, quod scilicet in illis per *fructus* tacite obligatos sufficienter cautum sit locatori; non item in istis, ubi *fructus* non nascuntur. Ex quo facile conjicies, 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, que 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 conventio ad hoc, ut *illata* obligentur, sed sufficiet sola scientia & voluntas domini. Ad hoc Resp. voluntatem hic sumendam esse pro conventionem juxta *d. l. 4. ff. in quib. caus. pign.*

10 Opponitur *II. l. ult. C. in quib. caus.* ubi omnia *illata*, & *invecta* tacite locatibus 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 conventionem 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 reddimus, quod in *princ. d. l.* *Juris-Consultus* dixerit, in prædiis *rusticis* *fructus* ibi natos tacite 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* tacite obligentur. Resp. *horreum* ibi sumi, sicut *diversorium*, & *aream*, adeoque pro prædio urbano, in quo merces recondantur juxta *l. 74. ff. de contrab. empt. & l. 55. 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. intelligendum esse de expressa conventionem juxta alias jam *cc. ll.*

Regula de illatis in prædium urbanum

num in casibus particularibus nonnullas patitur difficultates, hinc mox

- 14 Quæritur I. An libri studiosorum in Musæum conductum illati tacitè oppignorati censeantur? Respondeo probabiliter 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, quàm 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 obligatæ censeantur? Resp. eas non quidem in specie, sed in genere, quatenus venditis aliæ semper substituuntur, obligatas esse per *l. 34. ff. de Pign.* Unde, si illas mercator distraherit, cessabit 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. probabiliter 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 illatæ nexu pignoris tacitè sint affectæ? Resp. affirmativè tum quod exemptæ non inveniuntur, 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 excipiuntur, de tacito aliud definitum fuisse censebitur, quàm de expresso, præsertim quod in tacito pignore legis autoritas interveniat, non etiam in expresso.

Objicies II. Res Minorum sine decreto Magistratus, & causæ cognitione obligari non possunt. *l. 12. C. de admistr. 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, &

uxori in bonis mariti, vel alterius, qui dotem accepit, ut præstita restituatur. *l. un. §. 1. C. de rei uxor. act.* 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, culpâsque in administratione dotis admissas in parapherna conjiciendi. Ita cum Panormit. ad *cap. 5. h. t. num. 8.* & Covarruv. *lib. 1. var. resol. cap. 7. n. 1.* Mynsinger, Berlichius, & alii. Quin imò legale hoc pignus spectare quoque ad donationem propter nuptias censent Gail. *lib. 2. observ. 83.* Brunnem. per *l. 29. C. de jur. dot.* Covarruv. & alii.

Cæterum ad pretium ex re dotali vendita legitimè redactum, & alteri mariti debitori solutum probabilius pignus tacitum non extenditur, quia hoc absterret meritò contrahentes cum maritis. Nec etiam ad dotem confessatam, 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 scripserit, 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 tacita hypothecæ uxori competens etiam ad hæredes transit, imò & ad cessionarium 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. act. & arg. l. 6. §. 23. ff. de hered. vel act. vend. quanquam contrarium defendi ab aliis non nesciamus per *§. 29. Inst. de act. l. 12. C. qui pot. in pign. Nov. 91. princ. & cap. 1.*

Quæritur VI. An tacita hypotheca legatariis & fideicommissariis particularibus tam in bonis testatoris, quam ejus hæredum constituta sit? Resp. quoad bona testatoris affirmative. *§. 2. Inst. de legat. l. 1. C. commun. de legat.* Quoad hæredis bona negative, nisi fortè hæres à die mortis defuncti, & adita 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 restaurationem 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, cujus 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 recipiant, latè examinat Stryck. ad *tit. quib. mod. pign. tacit. §. 21. & plur. seqq.* quem consule.

§. II.

Quinam Pignus constituere, & accipere? Et quæ res oppignorari possint?

SUMMARI A.

22. Regula cum quibusdam illationibus circa eos, qui pignus constituere possunt, ponitur. 23. Qui pignus accipere valeant, eisdem 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 sacræ, & 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 oppignoratæ fiat hæres debitoris oppignorantis? 34. Quæ aliæ 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 intersit?

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 acceperit. l. 3. C. si alien. res pig. dat. quod etiam ad curatorem furiosæ, vel adolescentis extenditur. l. 16. ff. de Pignorat. act.

Inferes III. Procuratorem, si mandatum speciale aut generalem bonorum

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 verum fuerit. Poterit creditor pignus tamdiu retinere, quoad ipsi satisfactum fuerit, saltem in tantum, in quantum probare potuerit pecuniam mutuo datam in utilitatem domini versam esse. l. 1. C. si alien. res.

Inferes IV. Eum, qui bona Reipublicæ administrat, & mutuum pecuniam pro ea accipit, posse res ejus obligare. l. 1. princ. ff. de Pignor. Quid Prælati possint circa constitutionem pignoris in rebus Ecclesiæ, jam in tit. de reb. Eccles. alien. num. 26. discussum fuit.

23 De iis, qui pignus accipere possunt, eadem procedit Regula, quod scilicet illi duntaxat pignus accipere valeant, qui se contrahendo obligare possunt, & ideò, cum pupillus se solo libere contrahere nequeat, etiam eidem pignus constitui nequit, & hoc optima ratione. 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. act. Pupillo capienti pignus propter metum pignoratitia actionis necessaria est tutoris autoritas.*

24 Pignoris obligationem non tantum per nosmetipsos, sed & personas nostræ potestati subjectas acquirimus, uti filios, & servos *t.t. Inst. per quas person. nob. oblig.* non autem per liberas, veluti Procuratores. *l. 11. §. penult. ff. de Pignorat. act. 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 ipsi, quia pignoris obligationem 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, quæ pignori obligari possunt, etiam Regulam quandam generalem in *l. 9. ff. de Pignor. l. 1. §. 2. ff. quæ res pign. oblig.* positam reperimus, quod scilicet omnis res vendibilis oppignorari possit. Fortè Juris-Consulti in *dd. LL.* dicere voluerunt, quod omnis res illa oppignorari valeat, quæ 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 patiantur, veluti autem casus necessitatis, aut gravis indigentia pauperum eas alienabiles, & vendibiles reddit, ita etiam oppignorabiles, id tamen discrimen inter *venditionem*, & *oppignorationem rei sacræ* advertit Panormitanus in *cap. 1. h.t. num. 3.* & Gonzalez *ibid. num. 11.* quod vendi non possint, nisi contractæ, oppignorari verò etiam integre, quia scilicet per *emptionem* dominium cum ipso rei usu transfertur in emptorem, at per *pignoris* constitutionem causa domini non mutatur *l. 35. §. ult. ff. de Pignorat. act. 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. Præterea ex Panormit. ad *cit. cap. num. 4.* duo adhuc notabis, I. quod res sacræ laico oppignoratæ potius detineri ab eo, donec debitum solutum fuerit, quam propriè oppignoratæ censerì debeant, & hoc ideò, quod Laicus in re sacræ jus reale acquirere non possit. *l. 3. C. quæ res pign.* Deinde inter res sacræ, & alias Ecclesiasticas hæc intercedit differentia, quod illæ non nisi ex casu necessitatis, hæc verò etiam propter utilitatem Ecclesiæ oppignorari, imò & vendi possint. Vid. Gonzalez ad *cap. 1. b.t. num. 13.*

Secundò oppignorari nequit Jus Patronatus solitariè & seorsim spectatum *cap. 18. de Sent. C. re jud.* aliud, si

accessorie veniat, ubi oppignorato castro etiam illud in consequentiam oppignoratum censetur, & hoc ideo, quod hoc jus utpote spirituale humanum commercium effugiat. Ex qua similiter ratione homo liber aptum pignoris objectum esse nequit *cap. 2. b. t. l. 12. C. de O. & A. l. 6. C. quæ res pign. explicatius de utroque Molin. tom. 2. disput. 530. n. 1. Gonzalez ad cap. 2. b. t. num. 4.*

28 Nomina, sive debita pignorari posse constat ex *l. 13. §. 2. ff. de Pignorib. & quidem, si debitum pecuniarium fuerit, idque creditor exegerit, fiet pecuniæ dominus, & cum debito suo compensabit; secus si nomen pecuniarium non fuerit, corpus in pignus retinebit. l. 18. princ. ff. de Pignorat. act. Unde in tali casu creditori, cui nomen oppignoratum est, datur actio pignoratitia utilis contra debitorem debitoris sui, in quantum scilicet sibi debetur, & in quantum ille debitoris debitor oppignoranti debet. l. 4. C. quæ res pign. Tulden. ad C. d. t. n. 1. An, & quomodo servitutes oppignori possint, prolixius 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.* pugnantes Sententias subtili interpretatione conciliat.*

29 An feudum, & prædium emphyteuticum oppignorari possit? Quæstio tam plana non est. Sunt enim, qui utrumque affirmant, alii ex opposito, qui utrumque negant, alii denique, qui pignus in emphyteusi, non etiam in feudo admittunt. Patronos discordantium harum opinionum nominatos reperies apud Knipschildt *de Contract. exercit. §.*

quest. 2. §. 4. Ego de hypotheca in feudo sic sentio, ut illa quidem à Vasallo absque consensu domini constitui possit, eo tamen duntaxat effectu, ut fructus feudi afficiat, non etiam ipsam feudi substantiam, ad quam oppignorandam Vasallus procul dubio consensu domini directi opus habet per Textum in *tit. 55. feud. 2.* Vid. Stryck. ad *tit. quæ res pign. oblig. §. 3.*

In Emphyteusi pignus eatenus locum habere existimo, quatenus domini directi jus salvum manet, hoc est, ut pignus tamdiu duret, quoad jus datoris sive emphyteutæ durat, si vero jus ejus resolvatur, pignus quoque evanescat, quia Regula Juris est, quod resoluta jure dantis, resolvatur jus accipientis. Et hoc videntur probare Textus in *l. 31. ff. de Pignor. l. 16. §. seq. ff. de Pignorat. act. non repugnante l. fin. C. de jar. emphyt. aut l. ult. C. de reb. alien. non alien.*

Quid autem de re aliena, num illa, sicut vendi, ita oppignorari potest? Responsio in Regula est negativa. Textus aperti in *l. 2. ff. de Pignorat. act. l. 1. 2. 6. §. 7. C. si aliena res ratio redditur, quod nemo possit alteri jus constituere in re, in qua ipse jus nullum habet. 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 necessitas Contractus emptionis, quam pignoris, & ideo 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, quò satisfiat debito suo: prius ergo facile ad-

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 Pignorat. 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 contrab. empt.*

32 Dixi, in Regula Conclusionem nostram procedere, quæ porro in sequentibus casibus fallit. I. Si domini voluntas accedat, aut rati habitio sequatur, quæ retrò ad tempus contractus oppignorationem convalidat. *l. 16. §. 1. ff. de Pignorat. 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 debitorè data sit, cum dantis facta fuerit *l. 16. §. 7. ff. de Pignorat. 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 conditionatum 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 Pignorat. act. l. ult. §. de Donat.* V. Si debitor postmodum ejus rei dominus fiat, veluti si hæres scribatur. *l. 41. ff. de Pignorat. act. l. 5. C. si alien. res.*

33 An autem vicissim, si dominus rei, quam debitor oppignoravit, fiat hæres illius 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 Pignorat. act.* videtur affirmari, quod scilicet, etsi pignus directè non convalescat, utilis tamen pignoratitia detur. Negativam suadet *l. 41. ff. de Pignorat. act.* Communior interpretatio (licet aliqui apertam antinomiam agnoscant) dari solet, quod *l. 22.* loquatur de *Pignoratitia* in personam *utili contraria*, *l. 41.* verò de actione in rem *hypothecaria*, adeoque tali casu pignoratitia creditori competat, 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 succedat, juxta *d. l. 41.* hæc assignari potest, quod priori casu opponens exceptionem rei alienæ, possit replicatione doli, & mendacii repelli; talis enim replicatio non posset objicere domino, qui succedit debitori. Et licet hæres aliàs 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 Pignorib. l. 13. 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 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 istæ vendi possunt. Contradicit Bachov. ad *vol. 2. def. 1. thes. 5. Lit. D.* Item instrumenta ad agriculturam spectantia *l. 7. § 8. C. que res pign. oblig.* adeo quidem, ut si pignoris loco à possessoribus auferantur, pœna quadrupli, & infamiæ capientes mulcentur. *Auth. agricultores C. eod.* quod etiam AA. communiter extendunt ad libros studiosorum, illos intellige, quibus in addiscendis iis disciplinis, ad quas impræfens incumbunt, opus habent.

35 Demum res semel oppignorata de-
nuo oppignorari potest à creditore, & ejus hærede, non tamen pro majori quantitate, quàm ei fuerit obligata à primo debitore. *l. 1. § 2. C. si pign. dat.* ita tamen, ut resoluta 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. h. t. n. 5. § 7. arg. cap. 2. de Rescript. in 6.* Quod si fructus percepti à primo creditore cum fructibus perceptis à secundo extinguant debitum principale primi creditoris, tunc secundus tenetur restituere rem oppignoratam, etsi 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. h. t.* hypothecam dividerimus in *generalem*, & *specialem*, hinc jam quæritur, quæ bona ad utram-

que speciem referantur? Respond. sub hypotheca generali comprehendi omnia bona tam præsentia, quàm futura, & post pignus constitutum quæsitæ, ita, ut sub oppignoratione *mobiliæ & immobiliæ* etiam *nomina* veniant, non quidem ex proprietate verborum, sed ex præsumpta contrahentium voluntate. *Arg. l. ult. C. que res pign. oblig.* Excipiuntur tamen res maximè necessariæ, quas quis verosimiliter obligaturus non fuisset, ut sunt vestes quotidiana, 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 quæsitæ *l. 29. ff. de Pignor.* Interim, dum dicimus, quod Pignus generale omnia bona debitoris afficiat, hoc ita accipiendum est, ut ultra quantitatem debiti non extendatur. Ad hypothecam *specialem* referuntur etiam ea, quæ rei obligatæ in consequentiam accidunt, veluti per alluvionem *l. 16. ff. de Pignor.* consolidationem usufructus 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 Pignorat. act.*

Illud porro circa utramque hypothe- 37
cæ speciem notandum est, quod uni facta, & constituta non impediatur, quominus etiam alteri constitui possit, supposito, si plurium debitis exsolvendis sufficiat, quia tunc neuter creditor læditur. *l. 36. §. 1. in fin. ff. de Pignorat. act.* si verò utrique debito non suffi-

(Ff)

ce-

ceret, tunc sine consensu prioris creditoris obligari non posset. Quod si subinde debitor rem eandem uni jam hypothecatam alteri, constituta prioris hypothecæ ignaro, obligasset, eidem

actione hypothecaria personali teneretur, ut aliam rem sufficientem substituat, imò etiam crimine stellionatus se obstringeret. l. 16. §. 1. ff. de Pignorat. actio.

§. III.

De Pactis Contractui Pignoratitio adjici solitis.

SUMMARI A.

38. Duplex pactum solet pignoratitio Contractui adjici, legis nimirum commissoriae, & Antichresticum, utriusque justitia examinatur. 39. An pactum legis commissoriae juramento firmari queat? 40. Quid discriminis, quod hoc pactum emptioni venditioni secure adjici possit? Expuncta quadam objectione respondetur. 41. Quid sit pactum Antichresticum? de Jure Civili sustinetur tanquam justum sub variis AA. distinctionibus. 42. Reprobatur à Jure Canonico. 43. Exceptis tribus casibus. 44. Quid sortis nomine veniat? 45. Pactum Juris non relucendi similiter iniquum ostenditur. De aliis pactis licitis remissive.

38 **D**uo præcipuè pacta sunt, quæ nonnunquam Contractui Pignoratitio adjici solent, videlicet Pactum Legis Commissoriae, & Pactum Antichresticum. De utriusque justitia jam indagandum erit. Est verò Pactum Legis Commissoriae, quando inter creditorem, & debitorem convenit, ut, debito definito tempore non soluto, pignus creditori in commissum, vel solum 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 quodcunque consentiant, unde justissime hoc pactum non tantum à SS. Canonibus in cap. 7. h. t. sed etiam ab Imperatore Constantino in l. 3. C. de Pact. pign. ita reprobatum fuit, ut in

posterum omnem ejus memoriam aboleri voluerint. Dixi hoc pactum regulariter esse injustum, nam si ita convenit, 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. h. t. n. 6. & in hoc sensu etiam exponi debent Textus in l. fin. princ. ff. de contrah. empt. l. 34. ff. de Pignorat. act. l. 12. ff. de distract. pign. l. 1. & 13. C. de Pign.

Quæres: An Pactum Legis Commissoriae in primo significato acceptum juramento firmari & revalidari queat? Resp. negativè cap. 7. h. 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

iniquitas pacti non verferetur, juramentum ex virtute Religionis servare tenetur: nec enim malum involvit, rem suam minori pretio penès 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; imò & hæres 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 præstare 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 cenetur, 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 Commissoria* citra injulitiam contractui *emtionis* adjici potest? Resp. breviter, quia cessat illud periculum inæqualitatis, ob quod in pignore reprobat.

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 relatae propter avaritiam venditoris, ut scilicet soluta parte pretii, si intra duos menses reliqua pars non numeraretur, fundus esset inemptus juxta *l. 4. §. 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. §. 1. ff. de Pignor.* Hoc pactum Juri Civili invisum non est, ut constat ex *l. 1. §. 3. ff. d. t. l. 23. ff. de Pignorat. act. in l. 14. §. 17. C. de usur.* accedit ratio, quæ hoc pactum cohonestare videtur, quod scilicet fructus rei oppignoratae non percipiantur ut *usurae*, sed in compensationem usurarum, ut, sicut debitor fruitur commodis pecuniæ, ita æquem sit, ut creditor vicissim in vicem compensationis fructus rei pignorate retineat. In hoc verbò hujus Juris interpretes laborant, an eo quoque casu pactum *Antichresticum* subsistat, quo fructus modum legitimum usurarum excedunt? Alii simpliciter negant per *cit. l. 1. §. 3. ff. de Pign.* Vid. Echold ad *b. tit. ff. §. 5.* Alii ita distinguunt, ut, si fructus sint *certi*, quidquid usurarum modum excedit, in sortem imputari debeat *arg. l. 24. C. de usur.* sin 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, iique legitimam usurarum quantitatem transcendant. *d. t.* & hoc vocant pactum Antichresis tantum. Vid. Cujacius *lib. 8. observ. cap. 17.* & *lib. 30. cap. 35.* Pacius *cent. 9. quest. 55.* Hunnius *vol. 2. disp. 1. quest. 37.*

42 Contra hos omnes stat autoritas Juris Canonici, quod pactum *Antichresiticum* ab iniquitate aliter non absolvit, nisi fructus ex re pignolata percepti imputentur in sortem debiti principalis, sive deinde extent, sive consumpti sint, imò, etsi percepti non sint, qui tamen percipi potuissent *l. 3. C. de Pignorat. act.* uti dicitur infra, cum de culpa, ad quam tenetur creditor, agemus. Textus sunt in *cap. 4. § 6. h. 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 penès debitorem manet *l. 9. C. de Pignor. act. & l. 35. §. 1. ff. 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. §. 1. ff. de furt.* & ideò quodcunque fortuitum commodum vel incommodum ad debitorem pertinet. *l. 21. §. 2. ff. de Pignorib. l. 19. C. eod.* unde si creditor retineret fructus perceptos ex re pignolata, 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 *scenoris* propriè dicti ratio urget,

nam in isto certis usurarum limitibus avaritia constringitur. *l. 16. C. de Usur. & l. 26. §. 1. ff. 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 oppignoratæ 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 facilius 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 redit ad Ecclesiam. *cap. 1. de Usur.*

Cæterum fortis nomine, in quam fructus imputari jubentur, venit etiam *lucrum cessans*, & *damnum emergens*, susceptum 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.*

Vi-

45 Vitium quoque illud pactum habet, quod vocatur pactum *juris non relucendi*, quo creditor sibi stipulatur, ut debitor pignus nunquam reluere possit. Hoc pactum cum in fraudem *l. fin. C. de Pact. pign.* prohibentis *legem commissoriam* 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 Pignorib. §. 5.* & Clarissim. P. Böckhn *b. t. num. 11.*

§. IV.

Quis sit effectus Pignoris, vel hypothecae?

SUMMARI 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 juri luendi pignoris praescribatur. 50. 51. 52. Aliorum opiniones referuntur. 53. Nos hanc questionem medio distinctionis resolvimus, 54. oppositioni occurritur. 55. Quando nascatur actio pigneratitia? 56. 57. Non nasci ex contractu proxime ostenditur. 58. Instantia ab emptione enervatur. 59. Actio pigneratitia semel nata praescribitur. 60. Effectus pignoris, si consideretur ut species juris in re, enumerantur. 61. Quid circa distractionem pignoris judicialis jure cautum? 62. Quid juris, si pignus creditori evincatur? 63. Actio serviana, & quasi serviana ad persequendum pignus introducta est, 64. cujus loco etiam interdicto Salviano agere licet. 65. Quo quandoque utilius est experiri, quandoque non.

46 **E**ffectus pignoris, in quantum spectatur, ut contractus, consistit principaliter in obligatione, qua sibi mutuo adstricti sunt creditor, & debitor. Ille principaliter teneri dicitur, & quidem ad rem pignori traditam factam, & 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* praestat creditor, *§. fin. ff. 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 creditori, sed minus principaliter, ad eum indemnem 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.*

l. 25. ff. d. t. Aut, si rem jam alteri obligatam dedit, nisi res utrique creditori 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 debitor solvendo sit. *l. 32. ff. eod.* Si damnum per culpam debitoris passus sit ex re oppignorata *l. 22. §. seq. ff. d. t.* aut si fraudulenter pignus receperit, non soluto pretio, vel creditor ei precario 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 movere 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 flet, 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 Pignor. n. 40.* Datur inquam hæc actio debitori, quantum dominus is non sit. *l. 9. §. 4. ff. d. t.* Cum nec prædoni denegetur *l. 22. §. 2. ff. d. t.* & quidem contra creditorem eo casu *utilis*, quo is *tacitum* pignus habet, vel *prætorium* ex immiffione. *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* conveniendus est. Con-

dictio ex cap. 6. de Pignorib. merito à Boehmero *d. l.* repudiatur, quia Pontifex quidem actionem contra tertium possessorem 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 quaestio: 49 An scilicet *juri luendi pignoris*, sive, ut alii (sed malè) efferunt, actioni *pigneratitiae directae* 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. §. num. 10.* D. D. Peregrini *ibidem num. 12.* quorum præcipuè fundamentum est, quod omnes actiones *judicii silentio* 30. vel 40. annorum permantur, *l. 3. C. de Prescript. 30. vel 40. ann.* à qua lege actio *pigneratitia* immunis non reperitur.

Sententia negans Doctorum *Meta-physicas subtilitates* non attendentium receptissima est, ut scribit Brunneman. *ad l. 9. §. 3. ff. de Pignerat. act. num. 8.* ubi DD. tam practicum, tum theoreticorum catalogum exhibet, eamque non modo praxi Camerae teste Gallio *lib. 2. observ. 18.* & Mynfingero *cent. 1. observ. 16.* sed passim etiam in tribuna-

libus Germaniæ receptam, multisque præjudiciis confirmatam asserit.

52 Alii cum Hubero, ad tit. ff. *Quib. mod. pign. n. ult.* & Clariss. P. Böckhn ad h. t. num. 46. ita distinguunt, an nimirum creditor semper sciverit, se rem jure pignoris possidere, num ignoraverit, vel negaverit esse rem pignoris nexu affectam, sed bona fide judicaverit esse suam (id quod in hærede creditoris facile fieri potest) primo casu actionem pigneratitiam nullius temporis præscriptione periri posse, bene verò altero casu. Fundamenta hujus sententiæ vide apud laudatum Clariss. P. Böckhn num. cit.

53 Mihi hæc lis sic componi posse videtur, ut jus luendi pignoris nunquam, actio verò pigneratitia, ut debitum solutum est, præscriptionis exceptione elidi posse dicatur. Hæc assertio est bimembris. Probatum quoad I. membrum argumento solido, quod suggerit Illustr. D. D. Neumann de Puchholz in *Annot. ad Zoef. ad tit. de Pignerat. act. 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 lutionem, 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, lutionem 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 admittit præscriptione creditor haberet jus retinendi pignus, & simul obligationem illud restituendi, quod evidenter absurdum est.

Antequam II. membrum probem, 55 prius quæstio illa præjudicialis excutienda 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. act. *Omnis pecunia soluta esse debet, aut eo nomine satisfactum esse, ut NASCATUR PIGNERATITIA ACTIO.*

Scio, quid reponas: Actio hæc, in- 56 quis, mox, ut contractus pignoris perfectus est, quoad substantiam jam nata est, efficaciter tamen moveri nequit, donec debitum ex integro solutum fuerit, & ideo actioni pigneratitiæ aut nul-

Io tempore, aut tēte decurso 30. annorum spatio (facta computatione temporis à die celebrati contractus) præscribi potest.

57 Verùm contrà est: actionis *pignoratitia* ea est natura, & indoles, ut soluto demum debito moveri possit per l. 11. C. de *Pignerat. act.* ubi dicitur: *pignoris causa res obligatas, soluto debito, restitui debere pignoratitia actionis natura declarat.* Si autem hæc est natura actionis *pignoratitia*, non perspicio, quomodo *nata* dici possit, mox ut Contractus celebratus fuit. Non enim causa *remota*, ut aliquid natura esse dicatur, sed *proxima* attendenda est. Quæ respectu actionis *pignoratitia* est *solutio*, non verò ipse Contractus pignoris.

58 Insuper: *Actio empti* à 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 *pignoratitia*. Puto hoc argumentum claudo pede incedere. Quod enim actio *empti* statim à principio celebrati Contractus, & ante solutum pretium jam quoad substantiam nata sit, ratio specialis est, quia scilicet ante pretium solutum omne commodum, & periculum rei venditæ in emptorem transit, adeoque etiam jus agendi ex empto, & consequenter actio *empti* quoad substantiam statim nascitur. Hæc ratio non obtinet in pignore, cujus nec commodum, nec periculum sustinet debitor, si pignus in ratione pignoris spectetur, sed commodum illud, quod ex pignore redundat, scilicet *crediti securitas* solum creditorem spectat, qui ideò etiam periculum commune, hoc

est, damna ex culpa lata vel levi causata solus ferre debet. Ne quid dicam, quod hæc 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: econtrà in Contractu pignoris, cum sine *traditione* non constituatur *in esse*, benè inferimus, debito non soluto actionem *pignoratitiam* non nasci: ergo etiam eadem non obtinebit dispositio, & sic actio *pigneratitia* non dicitur *nata* factò Contractu, sed debito soluto.

Probatum jam II. membrum. Quando debitum est ex integro solutum, actio *pigneratitia* est nata: ergo si debitor eandem intra 30. annos non intenter, præscriptione perimitur. Hæc enim meta omnibus actionibus personalibus, *ex quo jure competere ceperunt*, posita est in l. 3. princ. C. de *Præscript. 30. vel 40. Annor.* Vid. Treutl. vol. 2. disp. 1. thes. ult. Interim premissa hac actione pignoris dominium à debitore non abit, sed poterit rei *vindicatione* pignus à creditore repetere. Si reponas: tali modo creditor in effectu nihil præscripsit. Replicabit tibi Clariss. D. D. Peregrini ad tit. *Inst. de Usucap. num. 12. in fin.* præscriptionem talem non esse sine commo-
creditoris præscribentis, nam rei *vindicatione* amplius conveniri nequit, si res non extet, posse verò conveniri actione *pigneratitia*, in qua etiam alia multa veniunt, quæ exigi non possunt in rei *vindicatione* V. l. 6. §. un. l. 42. ff. de *Pignerat. act.* ne quid dicam, quod dominium difficilioris sit probationis, maxime si negotium sit debitori cum hæredibus creditoris. Et hæc quidem de effe-

effectibus Pignoris in ratione *Contractus* spectati.

60 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, modò 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 oppignoratae tam tenaciter inhæret, ut, quamdiu debitum ex integro non fuerit solutum, se ab ea neutiquam avelli patitur. *l. 6. §. 16. C. de distract. pign.* Vid. *l. 11. §. 4. ff. de Pignorat. act. 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 distrahere, & 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 promissit, ipse in memoria sua servare, non ab aliis sibi manifestari debeat poscere. Si autem dies solutioni præfixa non esset, interpellatione opus foret. *Arg. l. 23. ff. de V. O.* Quodsi expressè conventum fuisset de non distrahendo pignore, vendi nihilominus poterit, præcedente tamen trina denuntiatione (interpolatim facta) cujus interpolationis tempus judici determinandum relinquitur, *l. 4. ff. de Pignorat. act.* Quodsi nullum pactum de vendendo pignore intervénit, Jure Co-

dicis una requiritur denuntiatio, quæ facta in ordine ad acquirendum dominium expectandum est per biennium à denuntiatione facta, si debitum est liquidum, aut à tempore latæ sententiæ, 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 constituatur, 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 domini possidere liceat, quod etiam impetrabit, hoc tamen cum temperamento, ut intra biennium à tempore rescripti computandum debitor adhuc habeat facultatem pignus recuperandi, offerendo pecuniam debitam cum usuris & omni damno, quod creditor accepit, ex frustratione debitoris, ratione cujus juramento creditoris statur. Hoc 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; sin 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 debeat, 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 cogere. 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 extrajudicalem, sive conventionalem pignoris distractionem.

61 Aliter obtinet in pignore judiciali, in cujus 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 debitori adhuc integrum est, oblato pretio, & refusis expensis pignus reluere, *l. 37. 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 creditori 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 Pignorat. act.* & ideò 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 pigneratitiam *contrariam*, quam habet contra debitorem, cedit emptori, nam reviviscit quasi pignus creditori 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 sum-*pto nascitur actio *Serviana*, & quasi *Serviana*. Illa est *in rem Prætoris* à Prætoris Servio introducta, & datur locatori fundi pro rebus coloni, quæ pro mercede fundi expressa conventionem oppignoratae sunt. *§. 7. Inst. de action. Quasi Serviana*, quæ etiam *hypothecaria* subinde vocatur, *d. §. 7.* quandoque etiam *Pigneratitia* *l. 22. ff. de Pignorat. l. 41. ff. de Pignorat. act.* quatenus nempe *pignus* & *hypotheca* in ratione *juris in re* promiscuè sumuntur, est similiter actio *realis*, quæ non à Servio Prætoris, sed à Juris-Consultis ad similitudinem *Serviane* 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. In 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 concurrat, etiam interdictum *Salvianum*, quod datur ad adipiscendam possessionem pignoris, estque locatori multo utilius quam ipsa actio *Serviana* ob facilitatem probationem; in actione enim *Serviana*, utpote *petitorio* iudicio, 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 illationis à debitore fuisse possessam, & actorem esse creditorem ex causa locationis.

Quamquam 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 oppignoratæ possessorem datur, non etiam interdictum *Salvianum*. *l. 1. C. de Precar. §. Salvian. interd.* Putant quidem aliqui *b. l.* loqui duntaxat de interdicto *directo*, adeoque *utile* non excludere. Sed malè hi, nam, si actor utili interdicto experiri posset, actionis *Serviane* ibi insinuatæ nulla foret necessitas, imò actio *Serviana* omnino inutilis evaderet, nemo enim relicto interdicto ad difficilem probandi modum actionis *Serviane* descenderet.

§. V.

De Prioritate Creditorum.

SUMMARI A.

66. In concursu creditorum ad prioritatem attenditur quæ secundum 5. Classes ordinatur. 67. Omnibus creditoribus præferuntur rerum domini. 68. In prima Classe ponuntur creditores specialiter privilegiati, & qui illi? 69. In secunda hypothecarii speciali prerogativa muniti, qui similiter enumerantur. 70. Mulier præfertur omnibus creditoribus etiam hypothecam anteriorem expressam habentibus. 71. Contrarie Sententiæ fundamenta referuntur. 72. Quibus suo ordine satisfit. 73. Qui ulterius in hanc Classem privilegiatam referantur? 74. In tertia Classe sunt hypothecarii simplices, potiori tamen jure præ chirographariis gaudentes. 75. Quid de Usuris? 76. Quarto loco veniunt chirographarii personali privilegio muniti. 77. Ultimo demum loco reliqui creditores non privilegiati.

66 **E**ffectus pignoris speciali reflexione dignus est *Prioritas* sive *Jus Prælationis*, 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* vulgò *Gand's Process* præponantur. Communiter 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. de posit. l. 1. C. de Privil. fisc. ex hoc titulo præfertur omnibus creditoribus mulier in dote l. 30. C. de Jur. dot. filiusfamilias in bonis castrensibus, & adventitiis, deponens, locans, commodans &c. venditor in re vendita, secuta 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. qui potior in pign. Gail. l. 2. observ. 21. aut si ad fidem de pretio habendam do-*

lo emptoris inductus fuerit. l. 3. ff. de Pignorib. Gail. cit. lib. observ. 15. n. 8. Item decimas extantes contra quemcunque possessorem vindicat Parochus c. 28. § 33. de Decim. Hoc eminenti prælationis jure gaudere Ecclesias, Monasteria, aliâque 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. præmittend. 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, & salaria 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. Impensæ 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 nomi-

mine veniat, consuetudo singulorum locorum definit, ea quidem, quæ in corpore defuncti uti unquenta, pretium loci, ubi humatur &c. præstanda 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 meritò accensentur impensæ in Medicos, Chirurgos, Pharmacopolas, item ratione testamenti, inventarii &c. factæ l. 4. C. de Petit. hered. l. 3. C. de Religios. & sumpt. Si quidem ex morbo fuerit defunctus, secus 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 practitari testis est D. D. Arnold. de Priorit. credit. class. 1. Opifices verò hoc nomine non veniunt, nec Advocati, quia non servili mercedis titulo salaria sua recipiunt. D. Rath. d. l. assert. 40.

II. CLASSIS CREDITORUM.

69 IN secunda classe reponuntur creditores hypothecarii, speciali juris privilegio, & prioritatis prærogativa muniti, 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. J. de Act. 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 **an-70** 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. Clariff. P. Böckhn ad h. t. n. 28. Clar. D. D. Franz in Jurisprud. quintupl. quest. 13. num. 6. & seqq. Affirmare non dubitamus ex sequentibus fundamentis. I. ex l. 12. C. qui potior in pign. ubi Justinianus generaliter, & indefinite dicit, quod mulier habeat *potiora jura contra omnes mariti creditores, licet anterioris sint temporis privilegio vallati*; atqui in sententia AA. non essent privilegiatæ *contra omnes, sed paucos* tantum, ut infra dicetur, præterquam, quod in jure non reperiatur distinctio inter creditores *expressam*, vel *tacitam* hypothecam habentes: ergò nec hic censetur Justinianus distinguere voluisse. Accedit in confirmationem

I. quod etiam verbum *hypotheca* generale sit, tam *expresse*, quam *tacite* conveniens §. 29. *J. de Act. l. 2. C. de Praetor. pign.* II. Imperator in *d. l. 12.* dicit, se mulieri tale dare privilegium praelationis in hypotheca, quale olim in personalibus actionibus habuit, atqui in illis omnibus olim creditoribus prioribus, & posterioribus praeferebatur. *l. 17. §. ult. l. 19. ff. de reb. auth. jud. possid. ergo.* II. Ratio concessi mulieribus privilegii fundatur in obsequiis marito praestitis, in periculo partus, procreatione liberorum, fragilitate, & aequitate, ut nimirum habeat, unde se alat; atqui haec ratio, & haec motiva tueatur mulierum etiam contra creditores hypothecam expressam habentes: ergo. III. In *Nov. 97. cap. 3. & Auth. quo jure C. qui potior in pign.* mulier praefertur creditori, cujus pecunia res empta, vel reparata est; atqui isti mutuantes, licet posteriores, praeferruntur aliis expressam anteriorem habentibus: ergo si istis mutantibus saltem posteriorem hypothecam habentibus mulier praefertur, tanto magis praelationem habebit praeter aliis creditoribus anteriorem expressam habentibus per vulgatum illud juris Brocardicon: *Si vinco vincen- tem te, multo magis vinco te.* IV. Si mulier tantum praeferreretur creditoribus anteriorem hypothecam *tacitam* habentibus, privilegium hoc nimis angustum, & ferme sterile foret, cum valde pauci sint, qui hypothecam *tacitam* habent, quod tamen non correspondet intentioni, & enixae 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. Denique 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 fundamentis autumant, sic I. objiciunt. Fiscus & mulier aequiparantur *l. 2. C. de Privileg. fisci*, fiscus autem creditori anteriori expressam hypothecam habenti non praefertur *l. 4. §. 8. ff. qui potior. ergo nec mulier.* II. In *l. 12. §. 1. C. qui pot. in pign.* uxor praefertur iis creditoribus, qui temporis privilegio sunt muniti, atqui privilegio temporis tantum illi creditores sunt muniti, qui habent hypothecas *tacitas*, nam qui habent expressas, habent hoc ex conventionione, & beneficio juris communis: ergo non his, sed illis tantum praefertur. III. Iniquum foret, ut creditoribus jus hypothecae, semel quaesitum propter hoc praecise auferatur, quod aliquis uxorem ducat *l. 11. §. 74. ff. de R. J.* IV. Princeps non potest privato jus suum auferre, aut deterius reddere, nam privilegia constitutionibus principalibus concessa ad alienam injuriam porrigi non oportet *l. 4. C. de emancipat. liber. l. 40. ff. de administ. tut.* V. Prior tempore potior est jure. VI. Provisio hominis tollit provisionem 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 tantæ roboris nobis esse non videntur, quin congruis responsionibus enervari possint, sicque mulierum jus inconcussum 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, & econtra, ex quo tamen non sequitur, privilegia mulieris competere fisco, & vicissim; alias 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.

Institas: 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, aliæque in *d. l. 12. §. 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* quæsitum auferre, concedo, jus *conditionatè* quæsitum, nisi scilicet superveniat potentior hypotheca lege firmata, nego. Ad IV. hæc redit responsio, quod absurdi nil sit, si Princeps in hoc casu propter utilitatem publicam per legem universalem jus privato auferat, imò non aufert, 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 concurrant, 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; secus 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 fisco in causa primipili *l. 4. C. in quib. caus.* si nimirum ex mala administratione primipilus, vel centurio annonæ inter milites distribuendæ præfectus factus sit debitor fisco, non solum res suæ obligantur fisco, sed in defectum bonorum mariti etiam dos uxoris, quia respectu hujus causæ publicæ causæ dotis censetur *privata*.

Ad hanc Classem etiam referuntur 73 ii, qui in rem rescindendam, aut confer-

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 huc pertinent pupilli & Minores (adduat 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. sin alius, 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 verò 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. observ. 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. § l. 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, & hæc ex illo æquitatis naturalis principio, quod jus pignoris creditori semel quæsitum facto debitoris auferri non debeat. l. 15. C. de Pignor.

Et hæc quidem circa principale debitum fortis ita procedunt, *usura* verò licet quidem jure comuni eodem prioritatis privilegio gaudeant. l. 18. ff. qui potior. Aliter tamen de Jure Bavarico, & Salisburgensi obtinet, ubi unius duntaxat anni usuræ ante processum Edictalem debita hoc Privilegio fruuntur, durante verò processu sistuntur, quia scilicet debitori tunc mora imputari non potest. Arg. l. 21. ff. de Usur. Currunt tamen de Jure Bavarico. Vid. D. D. de Arnold. cit. tract. Class. 3. num. 10. Regula de Prioritate temporis superius tradita variis limitationibus restringitur, quas passim interpretes, & qui ex professo de concursu & Prioritate Creditorum scripserunt, exhibent, ad quos subinde pro re nata recurrendum erit.

IV. CLASSIS CREDITORUM.

76 **H**ypothecarios 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. ant. jud. possid. tale personale pri-

vilegium habet I. deponens, cujus res deposita non amplius extat. *l. 24. §. 2. ff. de reb. auth. jud.* vi cujus 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, republicæ *l. 38. §. 1. ff. d. t.* pupillus ratione pecuniæ suæ creditæ, *l. 23. ff. d. t.* sponsa, quæ dedit dotem, nuptiis non secutis, 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 Classsem rejiciuntur chirographarii simplices, reliquique debitorum *Current-Glaubiger.* Hi in residuis debitoris facultatibus (si quid adhuc superest) æqualiter pro rata debiti, 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 assignatur, quod Privilegium Prioritatis procedit ex jure *positivo*, consequenter ultra non extendendum, jus autem tantum concessit hoc privilegium *hypothecariis. V. l. 17. ff. cit. tit. & Brunnem. ibidem num. 3.*

§. VI.

Quomodo Pignus dissolvatur?

SUMMARI 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 remissum esse censetur. 81. Creditor sciens rem oppignoratam à debitore distrabi, & non contradicens, regulariter non præsumitur pignus remississe. 82. Pignus etiam solvitur satisfactione. 83. Totali rei oppignoratæ interitu. 84. Vel si tantum ex fructibus perceptum est, quod ipsum debitum adæquat. 85. Quæ alia cautiones in jure locum habeant?

78 **P**ignus variis modis solvitur, I. solutione debiti *l. 6. ff. quib. mod. pign. l. 9. §. 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 hæres existit, vel procuratori ejus, aut servo exigendis pecuniis præposito *l. 11. §. 5. ff. de*

Pignerat. act. Et, quoniam oblatæ, & obsignatæ pecuniæ depositio in loco publico vim solutionis habet *l. 1. C. qui potior. in pign.* eadem etiam juvari poterit debitor *l. 10. §. ult. C. de Pigner. act. l. 9. C. de Solut.* & tunc creditor vel actione *pigneratitia* vel rei vindicatione, ut pignus restituat, conveniri poterit *d. l. 10.*

II. Solvitur pignus remissione eaque
(H h) vel

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, ideò 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, quæ ex tali facto eruitur, quod consensum necessarid 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.**

80 Noli tamen credere, cum dixerimus, reddito chirographo, aut instrumento pignus remissum esse, etiam per hoc sortem principalem remissam esse; tametsi enim chirographi, seu cautionis redditio remissionem sortis 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 accessorie, & ideò sublata principali obligatione per redditionem chirographi etiam pignus sublatum censetur, econ-

trà si chirographum, cui pignus infer-tum est, redditur, id tantum, cujus Scriptura meminit, nempe pignus remissum censetur, salva manente principali obligatione, sive sorte. *l. 43. ff. de solut.*

Quæres: An scientia creditoris remissionem pignoris operetur, quando præsens videt rem oppignoratam à debitore vendi, & non contradicit? Resp. in Regula negativè, quia, ut dicitur *l. 8. §. 15. ff. Quib. mod. pign.* ideò passus est venire, quòd 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 præsens jus suum prosecutus non est *l. 6. C. de remiss. pign.* item si actus aliàs 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 Pignorat. act.* Hæc autem fit vel de sorte, vel de Pignore. De sorte, quemadmodum creditor voluit, licet non sit solum, ut dicitur in *d. l. 9. §. 3.* & hoc vel ipso jure, veluti per novationem, aut acceptilationem vel per exceptionem, ut, si judicatum, pactum, aut juratum sit, nil deberi, vel pignus non esse obligatum *l. 5. §. fin. ff. d. t. & in tali casu, dum debitor liberatur sorte, sive principali obligatione, per consequens etiam pignus tanquam accessorium extinguitur *l. 178. ff. de R. J. de Pignore satisfactio fit, si convénit, ut alia pignora, vel fidejussor dentur. l. 5. §. 2. ff. quib. mod. pign.**

IV.

83 IV. Dissolvitur pignus totali rei oppignoratae interitu, alias, si pars adhuc superstes sit, v. g. area ex combusta domo, in illa jus pignoris creditori salvum manet. *l. 21. ff. de Pignorat. act. l. 29. §. penult. ff. de Pignor. idem obtinet in grege, aut taberna oppignorata, ubi jus pignoris non expirat, licet nonnulla capita gregis perierint, aut merces distrahantur, quia utrobique alia substituuntur, in quibus pignoris vinculum perdurat. l. 13. princ. §. l. 34. ff. de Pignor.*

84 V. Dissolvitur pignus fructuum perceptione tanta ex pignore, quae debitum adaequet; tenetur enim creditor fructus pignoris in sortem computare, sive in partem solutionis debiti *l. 1. C. de Pignorat. act.* & si sufficientes sint ad totum debitum, solvitur actio, & redditur pignus, si vero fructus excedunt, ipsi fructus redduntur. *cap. 1. §. 2. de Usur. cap. 6. h. t.* ut jam supra insinuatum est.

85 De secunda parte rubricae, quae in-

scribitur *de aliis Cautionibus*, ut pauca dicamus, notandum est, *cautionem* in genere nil aliud esse, quam securitatem, quae alteri praestatur. *l. 3. C. de V. §. R. S.* Est vero cautio triplex, *simplex, idonea, & juratoria.* *Simplex* est nuda promissio, quae cautio toties sufficit, quoties in jure cautio sine alio addito requiritur. *cit. l. 3. Idonea* vocatur, quae per pignora, vel fidejussores praestatur. *l. 4. §. 8. C. de fideicommiss. libert.* Illa, quae per pignora fit, *pignoratitia* in specie indigitatur, *fidejussoria* vero *satisfactio* audit. *cit. l.* sub quo nomine si cautio in jure praestari jubetur, non sufficit cautio pignoratitia, sed fidejussor dari debet. *l. 1. ff. qui satisf. cogantur.* Cautio denique *juratoria* praestatur interposito juramento, quae tunc adhibetur, quando vel pars adversa eandem petit, vel is, à quo exigitur, ob paupertatem, vel aliam similem causam aliam idoneam hic & nunc praestare nequit. Vid. P. Reiffenstuel ad *h. t. num. 92. §. seqq.*

TITULUS XXII.

De Fidejussoribus.

Non minus per cautionem *fidejussoriam* creditoris securitati prospectum itur, quam per cautionem *pignoratitiam*: idcirco, postquam de hac actum est in praecedente titulo, illius vim & efficaciam sub praesenti rubrica expendimus.

§. I.

Quid, & quotuplex sit fidejussio?

SUMMARIUM.

1. Fidejussio describitur.
2. Ex sua origine est contractus verbalis, & stricti juris, hodie consensualis, & bonae fidei.
3. Differt ab expromissione, constituto, mandato.
4. Variæ fidejussionis divisiones afferuntur.

H h 2

Fi-

1 **F**idejussio describitur, quod sit *contractus verbalis, juris civilis, stricti juris, quo quis alienae obligationi ita accedit, ut se soluturum promittat, salvo manente debito principali.* Bœhmer. 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 Germaniæ potest etiam *nudo pacto* isthic contractus iniri, ut testantur Manzius, Stryckius, & alii, ideoque naturam & substantiam suam ita alterasse videtur, ut jam contractibus *consensualibus & bonæ fidei* accenseri mereatur.

3 Dixi II. *Quo quis alienae obligationi accedit* &c. hæc sunt particulae differentiales, quibus se fidejussio ab aliis negotiis affinis 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 Prætorii*, ibi rigor, hic sola æquitas observetur. III. *A mandato*, quod istud obligationem regulariter præcedat, fidejussio verò sequatur, non obstante

§. 3. *Inst. h. 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 *bonæ fidei*, hæc verò (spectata primordiali natura) *stricti juris*. Unde etiam differt fidejussor à *correo*, quod hic se obliget principaliter, nec accedat obligationi accessorie, 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 proprie *satisfatio* appellatur §. 4. *Inst. de satisf. l. 1. ff. qui satisf. 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 satisf. cogant. Alia fidejussio vocatur *simplex*, alia *indemnitas*, illa alienam obligationem simpliciter, & absolute 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 *Schadlos-Bürg.*

§. II.

Quinam fidejubere possint?

SUMMARI A.

5. Regula ponitur 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 hac duntaxat sub cautela, ne frequens sit eorum fidejussio. 7. Quid de Prælati Ecclesiæ? 8. Fœmina 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 respondetur. 14. 14. Mulier jurato 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 possunt l. 3. ff. h. t. ex qua regula mox patescit, Religiosum privatum absque licentia sui Prælati, & consensu majoris partis Capituli nec licite, nec valide fidejubere posse cap. 4. h. 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 fidejussio eorum teneat? Bœhmerus quosdam AA. ad h. t. §. 1. refert, qui asserunt, talem fidejussorem non tenere, eo, quod in Nov. 123. cap. 6. dicatur, quod contra fidejussores Clericos creditoribus nulla sit danda actio. Sed hunc esse calum exceptum, bene respondet Bœhmerus §. 3. ut ex tenore dictæ Novellæ liquet. Unde dicimus, Clericis non esse simpliciter prohibitum pro aliis intercedere, sed tantum fidejussionum frequentia ipsis interdicitur in cap. 1. h. t. ne scilicet litibus ac negotiis sæ-

cularibus per assiduas, & non necessarias intercessionem se implicent. In casu ergo necessitatis, aut magnæ utilitatis præsertim pro egenis, & oppressis ac miserabilibus personis si fidejubeant, bonum opus faciunt; est enim fidejussio officium charitatis & misericordiæ. Panorm. ad cap. 1. h. t. n. 3. §. 4. & ideo ipsemet S. Paulus propria sua syngrapha apud Philemonem fidejussisse legitur. Et Ecclesiastici testimonio cap. 29. vir bonus fidejubet pro proximo suo, & homo imprudens patitur fidejussorem 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. h. tit. cap. 29. C. 11. Q. 1. An verò fidejussio talis non tantum sit illicita, sed etiam invalida, pro utraque parte rationes solidas affert P. Engel h. t. n. 5.

Quid autem de Prælati tum sæcularibus tum regularibus dicendum, an ne illorum fidejussio firma subsistit? Resp. sub distinctione: si bona habeant

Hh 3.

men-

mensalia, etiam irrequisito capitulo, modo iusta causa accedat, fidejubere possunt, quia etiam de iis aliquas donationes facere possunt. Panormit. ad cap. 1. b. t. num. 1. si Prælatum cum consensu Capituli pro aliis fidejubeat, Ecclesia vel Monasterium obligatur arg. cap. penult. b. t. modò tamen fidejussio 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 fidejussione sua damnum pateretur, restitutio in integrum ei competeret exemplo *Minorum*. Et propterea non solum Ecclesia ob dictum beneficium restitutionis, sed neque Clericus fidejussor invito creditori obtrudi potest ob incommoda privilegiorum *fori*, & *competentiæ*, quoniam in genere actores tales fidejussores reculare possunt, qui gaudent præscriptione *fori*. l. 7. ff. qui satisd. poss. Panormit. ad cap. 1. b. t. num. 6. Bæhmerus ad h. 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 ministris 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 Bæhmerus, privilegium *fori* non fuisse concessum Clericis, quatenus illi constituunt aliquod corpus particulare (quale corpus efficiunt Ministri Principum)

sed concessum est toti statui Sacerdotali cap. 2. §. 4. de jud. ergo non est æqua illatio, quod sicut Ministri Principum, ita quoque Clerici *fori* privilegio renunciare valeant. Ne quid dicam, quod aliàs juri aut beneficio, quod quis commune habet cum alio pro *indiviso*, ne quidem pro parte facta renunciatio subsistat. l. 15. §. 17. ff. de Pact. l. 7. ff. de Postul.

Inefficax quoque redditur intercessio mulieris, idque ob sexus imbecillitatem, & lubricum iudicium, assistente mulieri *Senatus-Consulto Vellejano*, l. 3. §. 48. ff. h. 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. §. 1. 9. C. ad SC. Vellej. l. 40. ff. de condict. indebit. Nov. 134. cap. 8. fidejussio tamen talis probabilius ipso jure subsistit, sed effectus tantum obligationis per SC. Vellej. impeditur, quia exceptio supponit actionem l. 9. C. d. t. Zoëf. ad h. t. num. 3. Ratio verò hujus SCti in eo est, quod fidejussio plurima incommoda contineat, & ideo in templo Apollinis scriptum memorant veteres, comitem aris alieni, & sponsonis esse miseriam, quia paria videtur solvere, & spondere, nam qui fidejussorem sibi destinavit, mandasse ei videtur, ut suo nomine solvat l. 47. ff. de condict. indeb.

An mulier exceptioni SCti Vellejani 9 renunciare valeat, acriter iterum inter se confligunt AA. Procedit autem hæc quæstio in tali hypothese, ubi mulier jam majorennis 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 clausulæ 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. h. t. num. 14.* ac novissimè Clar. P. Bœckhn *in Comment. ad h. t. num. 9.* Eorum fundamenta sunt I. quòd 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 Vellejani, quia etiam fidejussio, contra quam dictum SCTum eas tutas præstat, officium civile, & virile est. *l. 1. §. 1. ff. ad SCTum Vellejan.* Accedit, quòd etiam fœminæ per fidejussionem rem familiarem in discrimen conjiciant. III. Mulier magis obstringitur marito, quàm 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 confuleretur, si renunciatio teneret: ergò. V. Exceptio firmat regulam in casibus non exceptis: atqui in casu suscipiendæ tutelæ matri, vel aviæ 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, *11* 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 relati *ad tit. SC. Vellej. §. 18.* qui etiam de Germaniæ praxi testantur. Probat ex Auth. *Matri §. aviæ §. l. ult. C. quando mulier tutr. Nov. 94. cap. 2. & Nov. 118. cap. 5.* ubi mulier tutelam liberorum suscipere volens in *judicio* huic beneficio renunciare jubetur. Et quamquam hi textus tantum loquantur 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 *judicalem* admitteret, quatenus nempe hac via SCTo tam facilè fraus fieri nequeat, nec ipsæ fœminæ renunciantes inconsultò 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 *judicalem*, & *extrajudicalem* assignant, quod in illa præsumatur mulier de suo beneficio sufficienter edocta, cum in *judicio* omnia ritè, & solenniter fieri præsumantur, quæ præsumptio in *extrajudiciali* cessat. Et ratio demum hujus affirmativæ sententiæ, 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 uti non vult, non videtur esse decepta. *l. 145. ff. de R. J.* Ergò. Accedit, quòd quisque favori pro se introducto possit renunciare *l. penult. C. de Pact.* & 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 enervanda 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 locò habenda est. Ad II. repōnimus, eam rationem, quod fidejussio sit munus *civile*, non esse principalem, sed ideo eis Sctum subvenire voluit, ut imprudentiæ illarum contra latens periculum rei familiaris consuleret *d. l. 1. §. 2.* unde, quod aliis legibus, quæ fœminas à muneribus civilibus arcant, renunciare 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 permetteret mulierem pro alio solvere? Ad III. redditur disparitas ex arctiori amoris vinculo, quo uxor marito præ quocunque extraneo devincta est. Nam utique propter amorem, & reverentiam mariti facilius renunciarer, quàm propter extraneos. Ad IV. dicimus, *plenissimè* ita intelligendum, quod scilicet, cum antecederet 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 omninò præcipitur renunciatio hujus beneficii: ergò, 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 juratò huic beneficio 14 renunciare valeat, ex præmissis satis constat: num verò etiam hoc casu de beneficio *Scti 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 Juliæ, quæ ejusmodi alienationem in favorem mulieris irritat, instructa non fuerit. *cap. 28. de Jurejur. cap. 2. de Pact. in 6.* cui hanc addi-

dimus rationem, quod ipsum juramentum instar instructionis habeatur, eo, quod non nisi re bene explorata interponi soleat. Gail. tamen *lib. 2. obs. 77. num. 10.* ex causa enormis læsionis mulierem sublevari existimat, quia inde dolus præsumitur *l. 17. §. lucius ff. que 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 gessit.

Et quæ successit, renuit, vel debita cepit.

Horum versuum compendiarium analysin damus. Si scilicet pro libertate fidejusserit *l. penult. C. ad SC. 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 callidè versata fuerit. *l. 2. §. 3. l. 29. §. fin. l. 30. ff. d. tit. ut, si sumpta veste virili se virum simulaverit, creditoris decipiendi causâ l. 30. ff. d. t. secus, si mulier nil simulasset, sed creditor se ipsum decepisset. l. 4. §. 5. C. d. t.* Si post biennium intercessionem repetat *l. 22. C. eod.* quamvis enim non obligetur, si infra biennium bis, vel sæpius fidejussionem suam repetat, aut fidejussione facta alio tempore pignus

pro eodem debitore constituat: si enim elapso biennio eandem repetat, 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 gessit, & in utilitatem propriam fidejussit, pro suo v.g. fidejussore, 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, etsi fortè foemina illud deinde amiserit.

Quæ hactenus dicta sunt de Mulierum intercessionibus, procedunt, quomodocunque illæ seu verbis, seu re, seu quocunque alio contractu intercesserint, etiam pignus dando pro alio, quia etiam tunc, etsi non personam, res tamen suas obligant.

Illud porrò ex *Heringio cap. 7. numer. 517.* notari volumus, quod foemina 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 imbecillitati 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 inito 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 delicto descendantibus, si civiliter agatur, fidejussor accedere potest. 24. Etiam eam criminaliter opponitur. 25. Solvitur oppositio.

Regulam generalem ponit Ulpianus in l. 1. ff. h. t. dicens: *omni obligationi fidejussor accedere potest, sive civilis sit illa, sive naturalis, sive mixta, §. 1. Inst. h. tit. l. 7. l. 16. §. 3. ff. eod.* Circa obligationem civilem id notari vult Cl. D. D. Peregrini ad h. t. num. 4. ut, si illa sit efficax, nulla exceptione elidibilis, fidejussio quoque firma subsistat: sin ipsa principalis obligatio nutet, utpote exceptione infirmanda, etiam fidejussio, tanquam accessoria lubricitet, arg. l. 12. C. de N. N. P. adeoque, quæ debitori principali competit exceptio, eadem quoque fidejussori competat. Aliud dicendum, si obligationi debitoris naturali tantum fidejussor accedat, 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. h. t. Nec obstat, quod fidejussor durius obligari nequeat, quàm ipse, principalis l. 8. §. 7. l. 34. ff. h. t. nam fal-

sum est, quod durior sit conditio in tali casu, fidejussoris, quam principalis, quia etiam ipse debitor natura debet, & si solverit, repetere nequit. Quod verò servus, vel Minor civiliter non obligetur, defectus est personæ, qui non est in fidejussore, unde is sibi imputet damnum, quod ex hac obligatione sentit, cum à fidejussione abstinere potuisset. Manzius Tract. de fidejuss. cap. 3. num. 19.

Quod si principalis obligatio omnino invalida sit, ita, ut nec naturaliter, nec civiliter teneat, etiam fidejussoria invalida erit l. 11. l. 16. princ. ff. h. tit. quia fidejussio est quædam accessio §. 5. J. l. 1. l. 5. l. 34. ff. h. 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 improbato ad dandum, vel faciendum se obstrinxerit, nulla est fidejussio. Wesenb. in paratitl. ff. h. t. n. 4. Alia exempla suggerunt textus in l. 11. l. 37. §. 47. ff. h. t.

Quomodo ergo, inquis, contractui
à pu-

à pupillo inito fidejussor accedere potest l. 25. ff. h. t. cum tamen principalis, scilicet pupillus ex contractu à se solo inito ne quidem *naturaliter* obligetur l. 41. ff. de condict. indebit. l. 59. ff. de O. & A. Communiter solent hic DD. *scitam* quandam obligationem pupillo affingere, ita, ut in odium fidejussoris fingatur esse obligatus. Melius dixeris, obligationem naturalem, quam pupillus stando in jure naturæ contraheret, quoad effectus ipsi pupillo noxios à jure positivo fuisse sublato, relictis aliis effectibus in suo robore, quod de jure naturæ habent. Et ideo, fidejussor cum effectu accedere potest contractui pupillari, quia quoad hunc effectum jus positivum nihil immutavit, sicque opus haud est, fingere in pupillo obligationem *naturalem*. Sicut in simili dicimus de filiofamilias mutuum accipiente, qui ad solvendum nequidem *naturaliter* obligatur, patrocinante eidem Scto Macedoniano: si tamen solvit, solutum repetere nequit, quia hic effectus obligationis naturalis per dictum Sctum sublatus non est. Eximius P. Guilielmus Beusch in tract. de Pact. 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 h. 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 quaritur, 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 fidejussorem non tenere dicunt, quia contrarium id esse videtur fiducia, qua alterna fides excitatur, & per quam uxor se suæque marito concedit. Altero casu subsistere, maxime, cum uxori pignora accipere vetitum non sit per l. 7. §. 6. ff. de Donat. inter vir. & uxor.

Attamen si litteræ legis insistere placet, dicendum esse exultimo cum Clar. D. D. Peregrini l. h. t. num. 3. fidejussorem 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 perfidiæ in eorum concubio generetur, si maritus ratione dotis socero inidoneus haberetur, cui mulier vitam, & corpus suum credendum existimavit, & sic plus alienæ, quàm 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 Justinæ-22
nei, cui zelotypia locum fecit, apud
1 i 2 alias

alias gentes, qua hoc igne pro genio nationis frequentius uruntur, fortè hodie obtinebit; apud Germanos, qui zelotypiæ furore non tam facile corripiuntur, hujus legis sanctionem locum non invenire scribit Leyserus *vol. 7. medit. ad Pandect. specim. 222. §. 8.* maximè cum datio fidejussoris in ejusmodi casu non directè honestatem naturalem lædat, 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 suspectum facit, tunc enim indubiè fidejussorem exigi, imò & ipsam dotem repeti, vel saltem 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 Justiniano, cum hæc cautio, quæ à marito in simili circumstantia exigitur, potius in favorem, quam odium mariti cedat. Probrosius equidem eidem foret, si dos penitus ei eriperetur, quam si duntaxat cautio fidejussoria exigitur, & 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. controvers. 5.*

23 An obligationibus ex delicto de-

scendentibus fidejussor intervenire possit, quæris? Resp. si ex delicto civiliter agatur, aut delictum tale sit, quod pœnam tantum pecuniariam meretur, fidejussorem admitti. Ratio est, quod tunc judicium, aut executio sententiæ non eludatur, cum nil intersit 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. & incarcer. quest. 23. regul. 1. n. 151.* affirmant è contrario alii, ita tamen, ut arbitrio judicis relinquatur, an consideratis circumstantiis, & rei conditione, ac qualitate ille carcer relaxandus ac fidejussor admittendus sit per *l. 1. & 2. seqq. ff. de custod. & exhibit. 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 relinquatur, an reum carceri tradere, vel cautioni committere velit, & in *l. 2.* etiam pro servo capitali judicio postulato iudex fidejussores à domino recipere posse dicitur, quidni etiam pro libero? & per *l. 3.* ubi in summis tantum delictis fidejussor non admittitur, bono argumento, quod in aliis minoribus judicis arbitrio id relinquatur. Accedit textus in *cit. l. 6. §. 3. C. de appellat.* ubi in capitalibus causis illi in vinculis detineri jubentur, qui fidejussorem idoneum propter inopiam non invenerunt.

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 reo sistendo, si absens fuerit, ne in absentem, & 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 compluribus creditum fuisse, hominem dominium habere sui corporis, eique licere vitam suam pro alterius vita pœnæ mortis subjicere.

§. IV.

De obligationibus fidejussoris.

SUMMARI 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 videtur, quorum argumenta referuntur, & refelluntur. 30. Fidejussor in plus extensivè obligari nequit, bene verò intensivè. 31. In plus autem quadrupliciter quis obligari potest. 32. In minus obligari fidejussorem non repugnat. 33. An fidejussio 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. Obligatio fidejussoris in eo præcipuè versatur, quod ex sua intercessione non minus teneatur, ac ipse principalis, pro quo intercessit, ita quidem, ut olim in arbitrio creditoris esset, malènt fidejussorem præ debitore 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 hæc tantum personas extraneas excludunt. Stryck. ad *h. t. §. 12.* Quòd si plures fuerint fidejussores, iique 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. l. eod.* Quid hodie obtineat, in §. seq. dicetur.

Caterùm, ne fidejussor plus æquo oneretur, ad id duntaxat tenetur, quod tempore fidejussionis fuit in obligatio-

ne, modò 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 judiciis ad usuras, aliásque accessiones nemo tenetur, 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 *h. t. §. 11.* quia ex moribus Germaniæ quoad effectum præstationis usurarum contractus *bonæ fidei*, & *stricti juris* non distinguuntur. Allegantur in hunc finem *Recess. Deput. de Anno 600. §. So vil nun 152. & Recess. noviss. §. anreichend die Künffrige Zinnsen 174.* & quanquam prior Recessus tantum de contractu *Mutui* agat, ita, ut à tempore moræ credito-

ri etiam citra promissionem *§. pro 100.* assignentur, tamen interpretes ob identitatem rationis ad reliquos contractus *stricti juris* extendunt, ita ut ex uno æquè, quàm altero post moram usuræ debeantur. Stryck. ad *tit. d. R. C. §. 10.* Verùm, quia multi hodièdum sunt, qui fidejussorem etiam de Jure Romano ad usuras, aliásque accessiones teneri autumant, eorum argumenta referre, & refingere placet.

Objiciunt I. *l. 88. ff. de V. O. & l. 29. §. 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, præsertim quod hic contractus sit *stricti juris. l. 99. ff. de V. O.*

Objiciunt III. *l. 17. ff. ut legat. seu fideicom. caus. 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 expostfacto 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 decipiantur; unde nisi fidejussor expressè in partem legati intercesserit, perinde habetur, ac si pro toto legato, etiam accreturo, fidejussisset, quia eventus docuit, hæredem totum legatum retrò debuisse, adeoque statim ab initio fidejussio illa fuit saltem conditio-

nate ad totum legatum, quia fuit ad omnem quantitatem legati, ad quam denique hæres teneretur etiam retrò per accretionem.

Objiciunt IV. l. 52. §. 2. ff. h. t. ubi fidejussor à colono datus etiam ob pecuniam dotis prædiorum, id est, straminum, graminum, boum arantium, aratorum &c. teneri dicitur: ergò 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 tenetur, sicuti locator ad easdem præstandas l. 11. §. 2. l. 24. ff. locat. unde cum ab initio insint principali obligationi, his etiam accessisse censetur fidejussor.

Objiciunt V. Indefinita propositio æquivalet universali: ergò, qui in causam alicujus contractus fidejubet, in omnem causam se obligasse censetur. arg. l. 8. §. 3. ff. de Pignorat. act. l. 44. ff. de Legat. 2. Resp. hoc tantum procedere in favorabilibus, non verò odiosis, uti hic.

Objiciunt VI. l. 18. ff. qui potior. in pign. ubi pignus datum etiam pro usuris obligatur: ergò idem dicendum de fidejussore. Verùm lata est disparitas inter pignus, & fidejussorem: pignus enim datur à principali debitore, qui sibi imputare debet, quod non solvendo maturius debitum, in usuras incidit, 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 firmitus, & arctius, ut, ubi principalis tantum tenetur obligatione 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. Zoëf. ff. h. t. num. 13. Quod verò in plus *extensivè* obligari nequeat, hanc rationem reddit Francus de Fidejuss. cap. 4. num. 87. quòd fidejussio sit accessio, quæ naturam principalis sequitur, & quia iniquum videtur, ut, qui gratis officium humanitatis præstat, graviores conditionem subeat, quàm principalis.

Potest autem quadrupliciter quis in 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; secus, si viceversa principalis deberet rem, fidejussor verò se obligaret in pecuniam, quia hæc est omnium rerum æstimatio, l. 42. ff. h. t. quod tamen Molina cit. disp. n. 10. limitat, nisi aliunde per hoc durior reddatur 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. h. 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 sticho

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 *purè*, & absolutè obligatus sit, potest fidejussor sub *conditione*, vel in *certum diem* fidejuberè. 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 hæc quæstio non procedit, quando fidejussor se ultro & sponte ad majorem summam se obligat, nam id fieri posse, elucet ex l. 33. ff. mandat. sed tunc is non accessoriè, sed principaliter obligabitur. Quando verò rogatus in majorem summam, (quam ipse principalis deberet, se obligavit, tunc quæritur, an fidejussio penitus sufflamineatur, num verò ad concurrentem summam debiti principalis subsistat? Si theoriam à praxi distinxeris, probabilius videtur, talem fidejussionem omni robore firmitatis destitui. Hujus sententiæ 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. Peregrini ad l. 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 duriores causam adhibiti, placuit eos OMNINO NON OBLIGARI.* Ratio datur, quod fidejussor ex natura fidejussionis non possit, nisi *accessoriè* obligari; atqui, quando quacunque ratione in plus assumitur, quam principalis debeat, verum non est dicere, quod obligetur *accessoriè*, 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 contineatur in minore. Unde huc non quadrat illa regula juris quam AA. objicere solent, quod utile per inutile vitari 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 hypothese procedere, ubi obligatio divisibilis est, vel multiplex, unde in fidejussione, ubi obligatio indivisibilis est, locum habere nequit.

Textus, quos AA. nobis objiciunt, 34 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 ultro, & non rogatus ad majorem summam obligat, quod &

nos admittimus. Cæterum non nescimus, alteram sententiam in praxi obtinere, quam Stryckius, Author practicus, ad *b. t. §. 9.* in theoria quoque veriore esse asserit, cujus tamen asseriti nulla congrua probatione fidem facit. Utramque sententiam conciliare studet Clar. D.D. Peregrinici. n. quem consule.

35 Cùm ex contractu nascatur obligatio, ex obligatione actio *arg. priuc. Inst. de mand.* ideo cùm de obligatione fidejussoris hæctenus 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. b. t. l. 33. ff. Mand.* quæ tamen regulariter ante solutionem non datur *l. 14. princ. l. 22. princ. l. 51. ff. Mand. §. 6. Inst. b. 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. b. t. l. 20. §. 1. ff. Mand. l. 4. l. 5. princ. ff. de negot. gest.*

§. V.

Quæ beneficia fidejussoribus competant?

SUMMARI A.

36. Tria beneficia fidejussori competunt. Beneficium ordinis describitur. 37. In quibus casibus hoc beneficium cesset? 38. Juramentum hic non habet vim renunciationis. 39. 40. Solvuntur duæ oppositiones. 41. Ulterius recensentur 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 quadam de fidejussoribus. 52. Quæ aliæ exceptiones fidejussoribus competant? 53. An termino solutionis debitori prorogato liberetur fidejussor, sub distinctione resolvitur. 54. De aliis beneficiis fidejussorum, & quomodo eorum obligatio evanescat, remissivè.

36 **T**ria præcipuè beneficia in jure reperire est, quibus fidejussores adjuvantur, videlicet beneficium *Ordinis*, seu *Excussionis*, *Divisionis*, & *cedendarum actionum*. De singulis sigillatim.

Beneficium *Ordinis*, sive *excussionis*, quod Justinianum Authorem habet *Novell. 4. cap. 1.* Auth. *presente C. b. t.* & Auth. *si debitor C. de Pignor.* in eo consistit, quod fidejussor conventus petat, ut prius conveniatur, sive excu-

(K k)

tia-

tiatur debitor principalis. Hæc exceptio secundum Harpprecht ad *Inst. h. t. num. 26.* regulariter ante litem contestatam opponenda est; nisi enim fidejussor excipiat, & debitoris principalis excussionem petat, iudex principalem excutere non debet, liberum enim est fidejussori isthoc beneficio uti, vel non. Gail. verò *lib. 2. observ. 27. num. 3.* & Berlich. *part. 1. conclus. 11. num. 21.* exceptionem hanc potius *peremptoriam* esse, & usque ad sententiam opponi posse censent, quia hæc exceptio in effectu vim *peremptoria* habet, si enim principalis solvendo sit, fidejussor omnino liberatur. Quòd si principalis ab initio quidem solvendo non sit, adeoque fidejussor conveniatur, & cum eo lis contestetur, postmodum verò principalis propter supervenientem v. g. insperatam hæreditatem solvendo fiat, beneficium *excussionis* fidejussori adhuc dandum tenet Fachinæus *lib. 8. cap. 56.* quia scilicet exceptio de novo emergens etiam post litem contestationem opponi potest. *l. 11. §. 8. ff. de interrog. in jur. faciend.* Caterum hæc excussio debitoris principalis facienda est *usque ad saccum, & peram*, ut loquuntur DD. & nil præter vestem, quâ tegatur, relinquendum.

37 Hoc beneficium *excussionis* certis casibus cessat. Et quidem I. si eidem renunciatur *l. penult. C. de Pact.* Gail. *d. observ. 27. num. 21.* Sed, an fidejussor, qui se ut principalem, *als selbst Schuldner* obligavit, per hoc beneficium *excussionis* renunciassè censendus sit? Affirmant contra Panormit. ad *cap. 2. h. t.* & Schneidew. ad *h. 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 secutus censetur, quæ aliàs 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 accessorie obligetur, & sic in majorem summam, ut fidejussio teneat, assumi nequeat, ut paulò ante ostendimus, potest tamen, si velit, in plus se obligare *§. 5. Inst. h. t.* imò, & principaliter, privilegio suo sponte cedendo *l. 23. ff. de R. J.* itaque cum renunciare aliud non sit, quàm se principalem debitorem constituere, hoc ipso renunciassè merito censetur, quia nihil interest, verbis, vel factò quis intentionem suam declarat. *l. 32. §. 1. ff. de LL.*

Objicies: *Novatio* non inducitur, nisi expressè 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 renunciatio? 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 verò probabilius Covarruv. in *cap. quamvis 2. part.*

part. 1. §. 4. num. 4. de Pact. 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 excussionis 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. tamen enim ibi S. Pontifex jubeat, fidejussores juratos solvere, per hoc tamen non probatur, quod voluerit illis beneficium excussionis adimere, sed supponitur ibi jussio 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 hærede præstitum, faciat, ut, quanquam aliàs testamentum non valeret, ex virtute tamen juramenti ultima voluntas sustineatur: ergo eandem quoque vim habebit juramentum, ut æquivalet 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 calumniat.

Et hæc nostra conclusio multò magis obtinet in fidejussore indemnitate, vel subsidiario *Schedlos-Bürg, oder Ruck-Bürg*, qui tantum sub conditione obligatus censetur, si à reo principali debitum exigi non poterit l. 116.

ff. de V. O. Gail. cit. obs. 27. num. 10. Gomez d. cap. 13. num. 3.

II. Non gaudet beneficio excussionis fidejussor, si principalis debitor in remotis degat, vel latitet, ita, ut sine magno creditoris incommodo conveniri nequeat. d. auth. presente C. h. t. quo casu judex certum tempus præscribet fidejussori, ut intra illud spatium reum principalem in judicio sistat, aut eo elapso excussio pro facta habeatur. Menoch. de Arbitr. lib. 1. casu 40. Hering 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 excussio, 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. h. t. num. 12. III. Cessat hoc beneficium, si debitor principalis notoriè solvendo non sit, quia tunc frustra excussio 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. h. t. Nemo enim fructum debet consequi ex eo, quod nisus 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-

venitur ut hæres. *l. 24. C. h. t.* Plures alia limitationes videantur apud Gomez, Hering, Vasquium *Illustr. controu. l. 1. cap. 33. num. 12.* & Berlich. *conclus. 29.* qui 91. casus excipit.

42 Alterum beneficium vocatur beneficium *divisionis*, vi cuius unus confidejssorum conventus petere potest, ut alii quoque pro rata conveniantur. *§. 4. J. l. 49. §. 1. ff. l. 10. §. 1. C. h. t.* Olim quidem, si plures fidejssores intercesserunt, singuli in solidum obligati fuerunt, postea verò Epistola Hadriani, à D. Pio in *l. 49. §. 1. in fin. ff. h. t.* repetita, obligatio inter illos aequaliter pro partibus virilibus divisa est. Quo verò huic beneficio locus sit, debent vel litis contestatae tempore, vel, cum creditor ab eis solutionem petierit, omnes fidejssores solvendo esse: quod si litis contestatae, vel divisionis tempore unus solvendo non fuerit, aut ante excussionem sine hærede decesserit, tunc unus solutionis reliquis accrescit, etiam uni, si ille solus solvendo existat: nec enim isthoc beneficium fidejssoribus aliter concessum est, quàm quateus fieri potest divisio sine gravi damno creditoris. Sin verò post litem contestatam, vel factam legitime divisionem unus solvendo non fuerit, id creditori nocebit, qui sibi imputare debet, quod illos tempestive non excusserit, & convenerit, dum adhuc solvendo erant: neque hoc obesse potest aliis confidejssoribus, qui semel liberati non possunt inviti reduci in pristinam obligationem, *§. 4. J. l. 26. §. seq. l. 51. §. 4. ff. l. 16. C. h. t.* adeo quidem, ut tametsi creditor esset *minor*, beneficium restitutionis propterea ei non competeret, propter illa verba *cit. l. 51. §. 4. Nec au-*

xilio defendetur etatis actor; non enim deceptus videtur jure communi usus.

Hoc beneficium fidejssoribus non ipso jure prodest, sed ope duntaxat exceptionis *l. 28. ff. h. t.* unde, si unus ex pluribus fidejssoribus sine ope exceptionis *solidum* solvit, nihil à creditore tanquam indebitum repetere poterit, sed sibi imputare debet, quod exceptionem hujus beneficii non opposuerit. *d. §. 4. J. §. l. 39. §. 49. §. 1. ff. h. tit.* Nec contra confidejssores habebitur actionem *d. §. 4. §. l. 39.* quia inter illos non contrahitur obligatio, imo nec illorum negotium gessisse dici potest, quia proprium magis, quàm aliorum negotium gessit, & se potius, ac principalem debitorem, quàm confidejssores obligatione liberare voluisse censetur. Cæterum hæc exceptio, tanquam *peremptoria*, etiam post litis contestationem usque ad sententiam definitivam opponi potest. *l. 10. §. 1. C. h. t.* & fidejssoribus quoque *indemnitatis* conceditur, *l. 7. ff. de Fidejss. tutor. l. 27. §. 1. ff. h. t.* imò & *correis* promittendi *Nov. 99. cap. 1. & auth. Hoc ita C. de duob. reis* sententia verò semel prolata non aliter admittitur, nisi ab ea provocatum fuerit, quia per appellationem res in eum statum reponitur, in quo fuit tempore litis contestatae. *Zoësius ad ff. h. t. num. 54.*

Cessat hoc beneficium variis casibus. I. Si eidem renunciaverint, quod factum censetur, si se fidejssores *indivisim, unverscheidentlich* obligaverint, impossibile quippe est, obligari *indivisim*, & reservare sibi beneficium *divisionis*. Gaudent verò adhuc hoc beneficio, si se *in solidum, gesambr, und sonders* obligaverint, est enim de
na-

natura fidejussionis, obligare fidejusso-
res *in solidum*, non item obligare se in-
divisim & veluti principalem. *l. 3. C. h. t.*
Zöel. *hic num. 29.* Cessat II. Si fide-
jussionem factam esse, temerè, & fal-
so inficiati fuerint. *l. 10. §. 1. ff. h. tit.*
III. Si plures pro uno tutore fidejusse-
rint, rem pupilli salvam fore, ne scili-
cet 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 effica-
citer obligare non potuit, ut, si quis
fidejubeat cum pupillo, aut vir cum
muliere, nam hæc *SC. Vellejano* juva-
tur, ille in solidum tenetur. *l. 48. ff.*
h. t. Harpprecht *h. t. §. 4. num. 17.*
& hoc, si in rem prorsus alienam fide-
jussio facta sit, secus, si in rem com-
munem, tunc enim pro parte sua tene-
bitur etiam mulier. *l. 13. 17. §. ult. §.*
l. 18. ff. ad SC. Vellej. V. Fidejussor
fidejussoris non potest petere benefi-
cium *divisionis* inter se, & suum fide-
jussorem, quia primus fidejussor locò
rei principalis censetur. Aliud, si cum
aliis confidejussoribus substitutis con-
currat. *l. 27. §. 4. ff. h. t.* VI. Cessat,
si fidejussores se ad factum obligarunt,
quod individuum pro parte præstari ne-
queat. *l. 25. §. 9. ff. famil. ercisc. 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* solven-
ti, aut solvere parato cedit actiones
tum contra debitorem principalem, tam
personales, quàm hypothecarias, & rea-

les, tum contra confidejussores, ut sci-
licet data occasione tam contra princi-
palem debitorem, quàm confidejusso-
res, aut etiam pignorum possessores uti,
& omni meliori modo sibi consulere
possit, *l. 11. 12. 17. 36. l. 41. ff. l. 11.*
§. 14. C. h. tit. Nov. 4. cap. 1. in fin.
Per hanc cessionem fit fidejussor pro-
curator *in rem suam*, nec desinit talis
esse, mortuo creditore, qui cessit.
Elucet verò hujus beneficii utilitas,
& necessitas tum maximè, cum prio-
ribus duobus beneficiis vel propter
absentiam, aut notoriam inopiam prin-
cipalis debitoris, aut confidejussorum
locus esse nequit, contra quos hoc
beneficium non tam utile, quàm neces-
sarium est, quoniam nullam aliàs con-
tra ipsos actionem haberet. *l. 39. ff. h. t.*
etsi enim solvens conditionem cætero-
rum meliorem faciat, sicque videri pos-
set, 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. Cætero-
quin utilitas hujus beneficii etiam per
hoc se commendat, quod, quanquam
fidejussor in certis casibus vel actione
mandati contraria, vel actione *nego-*
tiorum gestorum totum id repetere pos-
sit, quod pro principali debitore sol-
vit, cessa tamen à creditore actio ordi-
nariè pinquior sit, maximè propter hy-
pothecas, & pignorum creditori consti-
tuta: nam si fidejussor tantum actione
negotiorum gestorum debitorem princi-
palem conveniret, in classem credito-
rum *chirographariorum* tantum veniret,
& si bona debitoris non omnibus suf-
ficerent, proportionaliter cum aliis par-
tem debiti remittere deberet: sin verò
actio-

actione cessa utatur, in hypotheca creditorum constituta omnibus aliis preferatur, eamque persequi poterit tam contra ipsum debitorem, quam quoscunque alios rei oppignoratae, 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 praecesserit, vel in continenti 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, quae cedatur. II. Solutione debiti omnis sublata est obligatio *l. 107. ff. de solut.* ergo non est, quod creditor expost 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, quae ibi datur, quod fidejussor creditorum solvens quasi emptor nominis censeatur, cui pretio persoluto semper actio competit. *l. 11. § 13. § 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 cum tutore solventi contra tutores suos actio utilis competat, licet nulla ipsi actio à pupillo cessata sit *l. 1. § 13. ff. de tutel. § rat. distrah.* e contra fidejussori contra confidejussores nulla omnino actio competit, nisi beneficio cessionis. *l. 39. ff. § l. 11. C. b. t.* aequum 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 in *d. 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*, quae ipsis utcumque consultum est, non item tutoribus, nisi haberent hanc utilem *negotiorum gestorum* actionem. Ad *l. 107.* respondeo distinguendo antecedens: solutione debiti solvi obligationem ex parte creditorum, ita, ut idem bis exigere nequeat, concedo, ex parte confidejussoris, nego, quia is, ut diximus, censetur emere nomen; neque enim donatio in illo praesumi 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 obligationem, 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 praesumitur, sed fidejussor pro se, non pro principali solvisse censetur.

Sed quid proderit cessio actionum, 49 si ceteri solvendo non sint, adeoque debitorum inopia actiones excludat? Resp. teneri saltem, cum ad pinquiorum fortunam pervenerint.

Quodsi creditor actionem cedere 50 non potest, forte propter speciale pactum cum debitore initum, quod ab eo

petere nolit, hoc casu poterit ille à fidejussore quoque removeri, si solutionem urgeat. *l. 95. §. 11. ff. de Solut.*

51 Porro cessio ista fidejussori solvendi taliter facienda est, ut eas tantum partes, quas extra suam solvit, à confidejussoribus recuperet, non quidem à singulis *solidum*, sed ratas, & 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 ambobus, à quovis scilicet 100. *fl.* exigit. Francus de *Fidejuss.* cap. 5. num. 490. & seqq. Hering. cap. 27. part. 3. num. 28.

52 Præter recensita tria beneficia communicantur fidejussoribus illæ quoque exceptiones, quæ ipsi debitori principali competunt. Et quidem de *realibus* constat ex *l. 15. §. 32. ff. h. t. l. 21. §. seqq. ff. de Pact. l. 7. §. 1. l. 19. ff. de Except.* tales sunt res *judicata*, *doli mali*, *jurisjurandi*, *quod metus causa*, *non numeratæ pecuniæ*. §. *fin. J. de Replicat. l. 11. C. de Except.* Personales verò exceptiones, quæ non rei, sive obligationi coherent, sed personæ debitoris, fidejussoribus non competunt. *d. l. 7. ff. de Except.* quia privilegia personæ concessa personam non egrediuntur *l. 25. §. 1. ff. de Pact. cap. 7. de R. J. in 6.* tales exceptiones sunt beneficium *competentiæ*, aut, si principalis bonis cesserit. *d. §. fin. J. de Replicat.* Aut, si minor, pro quo aliquis fidejussit, restitutus sit in integrum. Exceptio tamen *SCTi Vellejani* mulieri competens etiam fidejussori datur, quia ibi nulla omninò, neque *naturalis* obligatio, etiam *fictione juris* adest. Item

exceptio *SCTi Macedoniani filiofamilias* data. *l. 9. §. 3. ff. ad SC. Maced.*

Quid autem, si debitori terminus 53 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 creditori satisfactum fuerit. *l. 54. ff. locat. l. 56. §. 2. ff. h. t.* Vel ad certum, & definitum tempus se obligavit, & tunc liberabitur (intellige quoad præstationes futuras) nam etiam tempus potest esse modus finiendæ obligationis, si ex hac causa appositum, & inter partes ita conventum fuerit. *l. 42. ff. de V. O. Gail. lib. 2. observ. 30. Fachin. 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 conductionis 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 ultro in nova obligatione constituit; secus esset, si alius res suas pro eo obligasset, tunc enim idem de his, quod de fidejussoribus, dicendum esset. *l. 13. §. ult. ff. locat.*

Duo alià adhuc beneficia fidejussoribus 54 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.

TITULUS 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 obligationis subjungimus.

§. I.

Quid, & quotuplex sit Solutio? à quo, & cui facienda?

SUMMARI 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 habens. Et quid de pupillo, & Minore, nec non tutore?*
4. *Alius pro alioolvere potest, ubi tamen refert, an pro mandante, ignorante, aut etiam invito solvatur.*
5. *An successor in beneficio Antecessoris sui debita expungere teneatur, huic questioni triplici responsione satisfi.*
6. *An creditor versionem in utilitatem Ecclesiæ probare teneatur, remissivè?*
7. *Præstanda 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 causâ 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, quàm legitima satisfactio pro eo, quod in obligatione est. *l. 52. ff. h. tit. l. 176. ff. de V. S.*

Solutio ita descripta est vel vera,

vel ficta. Sub hac continentur acceptilatio, novatio, delegatio, compensatio, confusio, rei interitus, perceptio fructuum ex pignore, ac debiti oblatio cum obsignatione & depositione facta, de quibus Interpretes ad *Tit. J. Q. M. T. O.* & nos in fine *h. t.* Solutio vera, seu in pressò suo significato specta-

ta est naturalis, seu physica præstatio ejus, quod debetur, animo tollendi obligationem facta l. 49. ff. h. t. particulae hujus definitionis ex dicendis patebunt.

3 Solvere potest, imò debet omnis debitor, qui liberam rerum suarum administrationem habet l. 14. §. ult. ff. h. tit. l. 5. §. 17. C. eod. unde pupillum sine tutoris autoritate solvere non posse, palam est, datique ab eo nummi non fiunt accipientis, sed vindicari poterunt; nisi consumpti fuerint à creditore, tunc enim convalescet 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; sin verò naturaliter tantum, sive deinde per errorem juris, sive facti solutionem præstiterit, existentis rei solutæ vindicatio, consumptæ verò conditio competet. l. 41. ff. de condit. indeb. Quòd si Minor curatorem non habens solverit, restitutio in integrum conceditur. l. 3. C. de integr. restit. Tutotes verò vel curatores non tantum aliis pupilli creditoribus, sed etiam sibi ipsis rectè solvunt, quia tunc non quàm tutores vel curatores, sed quàm creditores auctoritatem sibi interponunt. l. 9. §. 1. ff. de administr. tut.

4 Potest etiam alius 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 verò casu nulla ei actio competit. l. 40.

§. 53. ff. Mand. l. fin. C. de negot. gest. censetur enim donasse, non obstante, quòd 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 proniores sumus ad liberandum, quam ad obligandum l. 47. ff. de O. S. A. & in contrahenda obligatione præjudicium debitoris vertitur, non verò in dissolvenda.

Practica jam hic se insinuat quaestio, 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. h. 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. Barbof. ad d. cap. 1. h. t. num. 3. benè tamen hic notat P. Pirhing num. 19. quòd si antecessor sufficientes redditus Ecclesiasticos in vita habuerit, & nihilominus contractis debitis decesserit, relinquens tamen bona patrimonialia, debita illa ex patrimonialibus solvenda esse, etsi propter necessitatem infirmitatis contracta fuissent. arg. cap. 3. de pignorib. Resp. III. Si antecessor ad suam utilitatem & commoditatem privatam res alienum contraxit, successorem ad nihil teneri. Ratio in prioribus duobus casibus onerandi successorem, in posteriori verò eundem de obligandi petitur ex cit. cap. 1. h. t. quod is sit quasi hæres sui antecess-

(L1)

ccf-

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 persolvenda saltem secundum vires hereditatis, si inventarium confecit *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 instituyente, 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.* excussimus. Videndus etiam Clarus. P. Benedictus Schmier in *tract. de SS. Eccles. part. 3. dissert. 2. art. 2.*

7 Præstanda est solutio creditori, si legitima ætatis, & mentis compos fuerit; unde solutio pupilla, prodigo, furioso, vel Minori 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 doli submoveri poterunt. *l. 7. §. 1. ff. de Minor. l. 15. ff. h. t.* Ratio hujus asserti est, quod ejusmodi personæ sine tutore, vel curatore obligationes, & actiones amittere non possint.

Procuratori quoque rectè solvitur, 8 & quidem *generati* indistinctè. *Speciali* verò illud debitum, circa quod speciale mandatum habet *l. 34. §. 3. ff. h. tit.* falso autem, sive putativo non aliter, nisi secuta ratihabitione *l. 12. §. ult. ff. h. tit.* aut nisi pecunia ad creditorem pervenerit. *l. 28. ff. h. t. & d. l. 34. §. 4. & 9.* sed nec litis procuratori rectè solvitur, nisi ad hoc specialiter datus sit, fines enim mandati diligenter custodiendi sunt. *l. 86. ff. h. tit. & l. 5. ff. Mand.*

Sed nec alteri, nisi creditore jubente, rectè solvitur. *l. 12. 34. §. 3. & l. 49. ff. h. 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 succurreretur. *l. 43. ff. de negot. gest. Bachov. ad Treutler. disput. 29. thes. 3. lit. A.*

10 Illi, qui solutionis causa in contractu adjectus est, rectè solvitur, modo *disjunctivè* adjectus sit, ut *mibi, aut Titio decem dare spondes?* Nam *copulativa* adjectio *mibi, & Titio* inutilis est. *§. 4. & 19. l. de inutil. stipulat.* Priori igitur casu Titio adjecto promissor invito etiam stipulatore efficaciter solvit. *l. 12. §. 3. l. 106. ff. h. t.* interim solutum ab eo, qui adjectus est, mandati actione repeti potest. *l. 98. §. 3. ff. eod.*

§. II.

*An liceat debitum per partesolvere? Et in qua specie
Monetæ solutio sit faciendâ?*

S U M M A R I A.

11. Solutio invito creditore per partes fieri nequit. 12. Nec pretium pro specie, nisi hæc amplius præstari nequeat. 13. Mutatio monetæ vel ab intrinseco quoad materiam, vel ab extrinseco, quoad valorem impositum fieri potest. 14. Facta monetæ mutatione intrinseca debitor in eadem bonitate, qua fuit tempore contractus,olvere tenetur. 15. Subiuncta limitatione. 16. Facta mutatione monetæ extrinseca, 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 contractibus, non tantum in mutuo. 21. An hic locum invenire possit restitutio in integrum?

11 **C**irca primum quæsitum habemus regulam in l. 41. §. 1. ff. de usur. & l. 9. C. h. t. quod partialem solutionem invito 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. siltes, 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. h. t. quo sensu exaudiri debent textus in §. 1. l. Q. M. T. O. & l. 2. §. 1. ff. de V. O. fecus 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 creditori 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 fortè res debita præstari amplius nequeat l. 8. ff. de condit. furt. & auth. hoc nisi C. h. t. aut factum in obli-

gatione sit, ubi præstando interesse debitor liberatur l. 13. §. fin. ff. de re jud. aut nisi favore certarum personarum, aliud receptum inveniat, ut in l. 71. §. ff. de legat. 1. l. 35. §. C. de Donat. ubi donator aliud pro alioolvere 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 monetæ frequentius mutari soleat, & quidem vel intrinsecè, quando materia (durante valore extrinseco) vel pretiosior, vel vilior efficitur, v. g. si thaleri, vel floreni semi-cuprei cuduntur: vel accidit hæc mutatio extrinsecè, quando materiæ bonitate manente æstimatione 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-

ros mutuo acceptos in ea bonitate solvere tenetur, quã fuerunt tempore contractus. *cap. 20. § 26. de censib. Covarruv. cap. 7. §. un. num. 2. § 3. de Peter. Numm. coll. Molinæus de usurar. contract. quæst. 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 verò amplius non reperirentur, tantum solvet de moneta corrente, quantum boni viri arbitrio prioris ponderis, & bonitatis moneta tunc temporis aestimabitur. Moneta quippe nova succedit loco antiquæ, & sortitur naturam ejus, in cujus locum substituitur, ideòque solutio fieri debet secundum bonitatem intrinsecam, quæ fuit contractus tempore. *Gail. lib. 2. observ. 73. n. 7. Welsch. 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 monete est deteriorata, ne aliud pro alio invito solvatur. Nec enim verum est, totam rationem & substantiam monete in aestimatione tantum, & valore à superiore imposito consistere, nam pro moderno Reipublica statu non minus bonitas intrinseca, quam aestimatio à Principe imposita ad rationem monete 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.* singulis monete speciebus certum materiae pondus definitum est. Deinde obligatio dependet ex consensu; atqui

consensus tempore contractus circa bonam, non verò deterioratam monetam fuit, quia actus agentium ad incognita non extenduntur *l. 35. ff. de Pact.* ergo nec obligatio. Unde vicissim, si materiae bonitas augetur, id dicendum est, ut videlicet debitor non teneatur secundum meliorem monetam, sed priorem tantum solvere, quia non venit in solutionem, quod non fuit in obligatione.

Hæc tamen conclusio limitationem patitur, ut tunc in moneta usuali debita pecuniæ summa exsolvi possit, quando ita habet consuetudo, ut nimirum ad nudam monete aestimationem extrinsecam attendatur. *l. 71. ff. de contrah. empt.* aut, si à contrahentibus in censu v. g. annuo sola determinatio certi numeri florenorum in genere interposita fuerit sine respectu ad certam monete formam, vel materiam. Circa mutationem monete extrinsecam major difficultas esse videtur. Id quidem extra dubium est, quod, si inter partes specialiter conventum sit tempore contractus, ut certa species monete certa numero reddatur, v. g. 100. aurei in specie, conventioni tali standum sit. Abstrahendo autem à tali pacto quaeritur, quomodo solutio fieri debeat?

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 certae monete, aut numero corporum, tunc tot floreni restituendi sunt, quot accepti fuere sine respectu ad mutationem monete, ita, ut tali casu mutatio monete ad lucrum vel damnum debitoris spectet. *Layman. lib. 3. tract. 3. part. 1. cap.*

cap. 5. num. 15. qui testatur, à Ferdinando I. anno 1569. in Comitibus 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 pecuniæ determinari solet, rectè principes, & domini quicunque anno 19. vel 20. elapsi sæculi salaria officialium, stipeadia militum, mercedes operariorum, secundum æstimationem illius temporis solvebant pro 100. fl. 10. thaleros vel proportionaliter etiam monetam minorem.

17 Dices: crescente pecunia etiam crescunt 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 creverunt, 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 monetæ valor interim auctus, sive diminutus fuerit, quia tali casu creditor censetur ab æstimatione abstraxisse, & periculum crescentis vel decreascentis monetæ in se suscepisse.

Panormit. in cap. 18. de iurejur. n. 15. Covarruv. de collat. veter. numis. cap. 7. §. un. conclus. 1. Molina tract. 2. disput. 312. conclus. 2. V. excipe dummodo tamen pactio iusta fuerit ob æquale v. g. periculum augmenti, vel decrementi arg. cap. ult. de usur. & quia creditoris intererat, qui aureos v. g. ad illud tempus servasset. Ratio est, quod contractus ex conventionem 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 sententiæ 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 iudicis moderatione, & attenta certitudine, vel incertitudine lucri arg. l. un. C. de sentent. qua 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 presentis temporis præ-

stari debet. Ratio est, quod duæ cau-
sæ *lucratiuæ* in unum hominem & ean-
dem rem concurrere non possint. Pa-
normit. ad *cap. 18. de iurejur.* & 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 pretium pecu-
niæ decrescit, ita, ut in effectu 100.
tantum florenos habeam, an saltem re-
stitutio in integrum mihi competet?
Resp. negativè, sed occasione tantum
& consecutivè ad actum solutionis con-
tingit. Casus autem post solutionem
emergens solius creditoris est, tanquam

domiai, unde litium multitudini am-
putandæ meritò utilitas publica priva-
tæ antefertur, & beneficium restitutio-
nis negatur. *l. 1. §. 14. C. de caduc. tol-
lend.* Prolixius, & distinctius hoc pun-
ctum de monetæ augmento, & decre-
mento discutunt P. Reiffenstuel ad *h. t.*
§. 2. à num. 29. D.D. Ferdinandus Wei-
zenegger in *question. Monetar.* quos
consule. Cautelam, quam suggerit,
Stryck. de *caut. contr. sect. 1. cap. 2. §.*
31. nolumus prætereire, qua consulit,
ut, si pecunia mutuò detur, certa esti-
matio ab initio contractus cuius 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?*

SUMMARI 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 conventum præproperè solvit,
solutum repetere valeat, sub distinctione resolvitur. 26. Effectus solutionis est
præexistentis obligationis peremptio. 27. Quem tamen non operatur, si le-
ge prohibente facta est. 28. Quale debitum censeatur solutione expunctum,
quando debitor ex pluribus causis debet? 29. Quid quoad usuras?

22 **U**T solutio ritè fiat, attendendū est,
an locus faciendæ solutioni à par-
tibus determinatus sit, nec ne?
Priori casu ibi solvi debet, ubi promif-
sum est *l. 9. ff. de eo, quod cert. loc.*
nam si alibi solutio peteretur, plus lo-
co peteretur *l. 2. §. si quis Ephesi ff. d. t.*

excipitur casus, si fortè debitor ad lo-
cum destinatum nunquam veniret, tunc
enim prætor etiam extra locum con-
ventum debitorem utiliter conveniri
posse concessit, dummodo loci mentio
fiat, in quo solutio præstanda esset *l. 1.*
ff. eod. Posteriore casu in domicilio de-

debitoris, tanquam communi actionum foro, solutio fieri debet, sin debitum ex delicto oriatur, ibi satisfaciendum est, ubi creditor moratur, aut ubi rem, si ablata non fuisset, dominus possideret, quia creditor injustè læsus ex toto indemnus 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 fidejussorum 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. ff. 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 Pact.* Excipiuntur tamen tres casus I. si conventum fuerit, ut ante solutionem certo aliquo tempore resignatio sortis, *die Loß- oder Aufkündigung 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 mutationis monetæ. Idem *ibidem num. 9.* vel denique 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 permissis ante diem solvit, nihilominus id, quod interest, & usuras futuras usque ad destinatum solutionis diem, omnemque utilitatem, quæ creditori obvenire potuisset, si solutio ad diem demum destinatum facta fuisset, præstare tenetur, quia creditor omni modo indemnus servari debet. Idem censet Richter *cit. decis. num. 5.*

Cùm 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 debitor utgere possit? Duos casus ex Negusantio *de Pignorib. part. 4. num. 15.* & Schulzio *de Oblat. ob sign. 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 aliàs destinatum creditor cum effectu petere potest.

Sed quid, si aliquis errore facti solvit hodie, ad quod primum obligatus fuisset post semestre, an tanquam indebitè solutum condicere possit? Resp. sub distinctione: si dies certa fuit, uti hic, repetere nihil poterit. *l. 10. §. 17. ff. de Condit. indebit.* Sin verò 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 consultatum 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 meus 24. annorum fuerit*, hic enim facilè quidem scitur, quando 24. annorum futurus sit, si eoque 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 cecidisse debitor probaverit, ut in solutione *fundi, pecorum, pecuniæ* &c. fructus, fætus, & interurium &c. repeti posse æquitati conformius videtur, ne scilicet creditor cum damno debitoris sine ejus culpa locupletetur: *Cujus enim consultò dati donatio est, ejus per errorem dati repetitio est. l. 33. ff. de R. J. l. 22. §. 1. ff. de Cond. indeb.* Nec obstant *suprà cit. LL. l. 10. §. 17. ff. d. t.* quia vel de solutione sortis, non verò lucris, vel de rebus talibus, quarum repetitio nullam, vel modicam utilitatem affert, commode exaudiri possunt.

26 Effectus solutionis est, quod ea legitime facta omnis tollatur obligatio, item pignora, fidejussores, & mandatores liberentur. *l. 38. §. 2. l. 43. ff. h. t. l. 71. ff. de Fidejuss.* & ideo debitor præstita solutione *chirographum* quoad per-

sonam condicere potest, *l. sin. C. de Solut.* & petere *apocham*, seu quietantiam, 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, etsi postea solvat tanquam debitor, non liberatur, dum administrat: & si est creditor, perdit debitum. *Auth. Minoris C. qui dare tutor poss.* Pariter si solvitur res, quæ alteri antè fuit obligata *l. 20. ff. h. tit.* aut si res deterior redditur *l. 3. §. 1. ff. commod.*

Quod si quis ex pluribus causis debet, & summam, quæ non omnino debito expungendo sufficiat, solvat, in solventis arbitrio erit, declarare, quale debitum solutum velit *l. 1. C. h. t.* si negligat, creditor declarare poterit, attamen non aliter, quam ipse, si debitor esset, solvitur fuisse, adeoque semper in causam duriolem, & difficiliorem, quæ v. g. annexam habet *hypothecam, fidejussionem* &c. *l. ff. h. t.* si neuter voluntatem suam declaraverit, in duriolem causam solutum imputatur. *l. 3. l. 79. §. 103. ff. h. t.*

Speciale est quoad usuras, ut, si illa præter sortem principalem debeantur, prius usuræ, quam fors soluta censeatur. *l. 5. §. 3. ff. l. 1. C. h. t.* Licet utique utilius foret, solutum in sortem imputari, ut sublata illa etiam usuræ sisterentur, hoc tamen in potestate debitoris non est.

§. VI.

Ficta solutionis species exponuntur.

S U M M A R I A.

30. Prima species *ficta* solutionis est *acceptilatio*, pro cuius declaratione tria notamina subjunguntur. 31. Altera species est *novatio*. 32. Estque vel in specie talis, vel *delegatio*, prior explicatur. 33. Quomodo obligatio *condicionalis* novetur? Quid sit *Novatio voluntaria*? 34. Quid *necessaria*? Et quomodo utraque fiat? 35. Et quid *discriminis* inter utramque? 36. *Delegatio* describitur. 37. De *Compensatione*, Et *perceptione fructuum ex pignore remissive*. 38. Quomodo *confusione debitum solvatur*? 39. Quomodo *interitu rei*? 40. Aut *oblacione debiti, certo loco, Et tempore facta*. 41. Etiam *exceptione perimitur prior obligatio*.

Diximus in principio *h. t.* dari solutionem *veram*, & *fictam*, & species sub ista comprehensas enumeravimus. Jam lubet de singulis pauca quaedam delibare. *Ficta* igitur, sive *imaginaria* solutionis prima species est *acceptilatio*, quæ nihil aliud est, quàm *actus*, quo debitori interroganti *obligatio verbalis à creditore per subsequentem responsum remittitur*. Clar. D.D. *Peregrini l. 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 *§. 1. l. de V. O. ita & acceptum ferre l. 8. §. fin. ff. de acceptilat.*

Nota II. Olim per *acceptilationem* non aliæ obligationes tollebantur, quàm quæ *verbis erant contractæ §. 1. J. Q. M. T. O.* Alias obligationes non ali-

ter perimebat, quàm si fuissent in *stipulationem Aquilianam deductæ l. fin. C. de acceptilat.* Hæc enim stipulatio omnes alias obligationes novabat, & perimebat, ipsa verò per *acceptilationem* tollebat. Hodie, ut notat *Manzianus ad §. 2. J. Q. M. T. O. num. 16.* & *Bœhmerus in introd. ad jus Digest. Tit. de acceptilat. num. 3.* subtilitatibus istis (nisi pro abundanti cautela) opus haud est, cum pactum quodlibet in rem conceptum & liberatorium vim *acceptilationis* habeat, ipsoque jure obligationem 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. Et seq. d. t. quod rursus hodie non obtinere tradit Stryck. ad tit. de Acceptilat. §. 1. Et de Cautel. contract. sect. 4. cap. 3. §. 2.*

Secunda species *ficta* solutionis est *novatio*. Hæc describitur, quod sit *prioris debiti in aliam novam obligationem vel civilem, vel naturalem transmissio, ita ut prior obligatio perimatur.*
(M m) l. 1.

l. 1. princ. ff. de Novat. Ejus usus hodie obtinet, nec jura communia (ut Stryckius *cit. tit.* ait) quantum effectum novationis attinet, deliquium passa sunt, nisi quod olim solenni verborum conceptione, hodie pacto nudo, & quibuslibet verbis fieri possit.

32 Novatio dividitur in *delegationem*, & *novationem in specie*. Delegatio vulgò *ein Anweisung* fit interventu novi debitoris *l. 11. ff. de Novat.* Novatio in specie fit inter eundem creditorem, & debitorem. Hac tolli potest quæcunque obligatio antecedens, sive *re*, sive *verbis*, sive *consensu* contracta sit, sive *naturalis*, sive *civilis*, sive *honoraria* fuerit. *l. 1. §. 1. ff. d. t.* Ratio est, quod *novatio* non penitus perimit obligationem, sicut *acceptilatio*, sed tantum in aliam speciem transfundit, quod facilius est, & idè etiam obligationes *re initas*, vel quæ sunt *juris gentium*, tollere potest, dummodo sequens obligatio aut *civiliter* teneat, aut *naturaliter*. *d. l. 1. §. 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 primùm fit *novatio*, cum conditio existit, *l. 8. §. 24. ff. eod.* adeoque quasi in suspenso manet. *§. 3. J. Q. M. T. O.*

34 Novatio alia est *voluntaria*, alia *necessaria*. Illa de jure Romano mediante *stipulatione*, de consuetudine

Germaniæ quavis conventionem fieri potest. Wesenbec. *ad J. Q. M. T. O. num. 1.* quotiescunque ergo prior obligatio voluntate partium in alienam convertitur, sive adæquatè, sive inadæquatè, fit *novatio*, diciturque *voluntaria*, ut, si de novo adhibeatur fidejussor, cum prius sine fidejussore contractum sit, circa quam speciem *novationis* id ulterius notandum est, quod jure novo non producat, nisi cum 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, & iudicium etiam in invitum redditur *l. 83. §. 1. ff. de V. O.* Vocatur etiam hæc *novatio accumulativa*, quia non tam perimit, & extinguit primam obligationem, quam eidem novas qualitates adjicit. *l. 90. ff. de V. O. l. 1. C. de jud. sic,* cum ex delicto actio *pœnalis* de peculio in patrem non detur, *l. 58. ff. de R. J.* iudicio 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. pignora,

ra, fidejussores, pœna adjecta 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 censentur l. 3. ff. qui potior. in pign. Gail. lib. 2. observ. 30. num. 10. Negulant. de Pignor. part. 6. memb. 3. num. 7.

Delegatio, quæ est alterum membrum divisionis, & tertia species *fictæ* solutionis, describitur, quod sit mandatum, 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, requiritur I. consensus creditoris, cui fit delegatio, invito enim alius delegari nequit l. 1. C. de Novat. II. Consensus debitoris, aut ejus, qui delegatur, quia per hanc delegationem nova obligatione tenetur, qua nemo invitatus adstringi potest. l. 6. C. eod. de æquitate tamen etiam invitatus debitor delegari posse videtur, si nihil ejus inter sit, nam facere quis compellitur, quod alteri prodest, sibi verò non nocet. l. 2. §. 5. ff. de aqua, § aq. pluv. arænd. l. 38. ff. de Evict. III. De jure scripto, ut creditori stipulanti verbis promittat hic delegatus debitor. d. l. 1. Gail. d. observ. 30. num. 8. licet de consuetudine nudum pactum sufficiat. Differt delegatio ab *expromissione*, & *cessione*, quod neutrum consensus debitoris requiratur, cum & possit animo novandi promittere id, quod alter debet, utut ille

nolit. l. 8. in fin. ff. de Novat. & ut creditor alteri cedere nomen meum etiam ignorante, vel invito debitore. l. 1. C. de Novat.

De Compensatione (quæ est quarta species *fictæ* solutionis) ad tit. *commod.* §. 3. num. 24. § seqq. egimus. Similiter qua ratione perceptione fructuum ex pignore (qui modus imaginariam quoque solutionem præfert) tollatur obligatio, eosque creditor in sortem imputare teneatur, deductis expensis in pignus factis, in tit. *de Pign.* §. 3. jam expositum fuit. Unde ad reliquos tollendæ obligationis modos exponendos pergimus, inter quos est

Confusio, quando enim debitor creditori, vel creditor debitori hæres existit, tunc confunduntur eorum bona, & jura, & dissolvuntur eorum obligationes. Ratio est, quod hæres & defunctus fictione juris habeantur pro una persona, consequenter idem non potest sibi ipsi debere §. 15. *Inst. de act.* sed agens & patiens debent esse discreta, cap. 4. *de Baptismo* l. 7. C. *de Pact.* Quod si tamen duæ obligationes ejusdem generis concurrant, quarum utraque est accessoria, ut, cum fidejussor succedit confidejssori, una ab altera non perimitur, sed utraque in eadem persona persistit l. 12. §. 1. ff. *de fidejuss.* Idem est, si duo ejusdem generis principales concurrant; ut, si *correus* debendi, vel credendi alteri *correo* succedat, tunc enim pariter unus duas obligationes sustinet, & neutra confunditur. l. 93. ff. *de solut.* secus dicendum, si concurrant duæ obligationes non *absolute*, sed *relate*, ut, si creditor debitori, vel hic vicissim alteri, aut unus utrique succedat, tunc enim omnis tollitur obliga-

tio tam principalis, quam fidejussoria
*l. 75. ff. de solut. l. 38. §. 1. ff. de fide-
 juss.* nemo enim apud eundem pro eo-
 dem fidejussor esse potest. *l. 34. §. 8.
 ff. de solut. l. 21. §. 3. ff. de fidejuss.*

40 Rursus tollitur obligatio *interituri*,
 si nimirum *species* debita fuit, ut, si mi-
 hi aliquis promississet equum Bucepha-
 lum, isque sine culpa & mora debito-
 ris 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 *spe-
 cie* debita: nam si *genus* in obligatione
 est, ejus periculum indistinctè ad debi-
 torem spectat *l. 14. ff. de peric. & com-
 mod. rei vend.* quia *genus* perire non
 solet *l. 11. C. si cert. pet.*

41 Ultima *specie* solutionis *species* est ob-
 latio totius debiti cum consignatione,
 & depositione congruo loco, & tem-
 pore facta. Est verò alia *verbalis*, alia
realis. *Verbalis* regulariter non suffi-
 cit. *l. 72. §. 3. ff. de solut.* nisi res offe-
 renda *immobilis* sit, quia tunc lex ad im-
 possibile non censetur obligare. Obla-
 tio *realis* alia fit intra, alia extra judi-
 cium. *Extrajudicialis* sine obfignatio-
 ne, & depositione tres præcipuè effe-
 ctus habet. I. Quod per eam mora
 debitoris ante litem contestatam com-
 missa purgetur. *l. 91. §. sequitur ff. de*

V. O. secus, si post litem contestationem
 commissa esset, tunc enim oblatione
 judiciali opus esset, ut mora judiciali-
 ter commissa, judicialiter quoque pur-
 garetur *arg. l. 35. ff. de R. J.* II. Quod
 constituat in mora eum, qui oblatum
 non accipit, quia ultima mora nocet.
 III. Quod impediatur cursum *usurarum*,
 quando *usuræ* nondum sunt inchoatæ,
 secus obfignatio cum depositione re-
 quireretur. Oblatio *realis* judicialis ul-
 tra insinuatous effectus etiam causat in
 debitore actionem *pigneratitiam* ad re-
 petendum pignus contra creditorem *l. 9.
 §. fin. ff. de Pignerat. act.* *Realis* deni-
 que cum obfignatione & depositione
 facta plenissimæ solutionis effectum ha-
 bet. *l. 9. C. de solut.*

Porro, quia omnis obligatio tolli- 42
 tur vel ipso jure, vel ope *exceptionis*:
 ipso jure, cum nullum obligationis ve-
 stigium remanet, ut constat ex dictis:
 Ope *exceptionis* quando obligatio se-
 cundum se quidem manet, sed effectus
 impeditur, & ope *exceptionis* eliditur,
 ideò etiam *exceptiones* effectum solu-
 tionis habent, & ad modos tollendæ
 obligationis referuntur. Tales exce-
 ptiones sunt pacti *de non petendo*, *juris-
 jurandi*, *rei judicatae*, *transactiois*, *Præ-
 scriptionis* &c.

§. V.

De Privilegio competentie Clerico debitori competente.

SUMMARIUM

43. Privilegium competentie quid sit? 44. Bæbmerus hoc beneficium ex cap. 3. h. t.
 erui non posse ostendit. 45. Contrarium ostenditur. 46. Gaudent hoc beneficio
 Clerici etiam in Minoribus, modo cœlibes fuerint. 47. Statum paupertatis sue
 summariter docere debent. 48. Casus enumerantur, in quibus hoc privilegium
 cessat. 49. Cui renunciare nequeunt, expressè 50. Bene verò tacite.

In-

43 **I**nter alia Privilegia, quibus Clerici pro eminentiore & sanctiore præ Laicis status conditione à jure condecorati sunt, & 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 *competentia*, quo Clerico debitori succurritur, ut creditoribus suis plus solvere non teneatur, quam quod sibi salva congrua sua sustentatione superat. Deducunt hoc Privilegium DD. orthodoxi ex famoso illo *cap. Odoardus 3. h. t.* ubi statutum fuit, quod Clericus obærat, si non habeat, unde satisfaciat creditoribus, propterea excommunicari, aut in carcerem mitti nequeat, cautionem tamen idoneam, quæ fieri solet per pignora, vel fidejussores *l. 59. §. fin. ff. Mand.* aut in horum defectum *juratoriam* præstet, ut, si ad pinguiorem 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, neutiquam teneatur, cum probrosum foret, totique statui Clericali ignominiosum, mendicare, & ostiatim stipem rogare *cap. 23. dist. 93.* maxime cum milites sæculi isthoc beneficio gaudeant, ut non in plus conveniri possint, quam 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. Grananieto ad idem cap. n. 2.*

44 Bohmerus ad *h. tit. §. 29.* agnoscit quidem hoc Privilegium multa niti æquitate, ipsoque usu stabilitum, ac in

foris quoque protestantium civitate donatum esse, id tamen ex dicto *cap. 3. h. t.* probari, aut erui posse, rotundè 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 proposuit, quod, cum P. Clericus, D. Laicus, & quidam alii ipsum coram Officiali Archidiaconi Rhemensis super quibusdam debitis convenissent, idem in eum recognoscentem hujusmodi debita, sed propter rerum inopiam solvere non valentem, excommunicationis sententiam promulgavit &c. Mandamus, quatenus si constiterit, quod prædictus 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 prædicta persolvat. Ex quo textu nihil juris singularis Clericis assignari sic ostendit. Quod pro debito ait (*§. 24. h. t.*) in casu inopiæ Clerici excommunicari nequeant, juris communis est, & in laicis quoque obtinet, ut patet ex *cap. 5. de Usuris*, ubi Pontifex foeneratores usurarios, si non habent in facultatibus, unde solvant, prohibet ulla pœna multari, cum eos nota paupertatis evidenter excuset. Deinde in *cit. cap. 3.* minime asseritur, Clericos ob debitum capi, aut aliter molestari non posse. Et si vel maxime (inquit *§. 25.*) id ipsum Pontifex supposuisset, nihil aliud, quam commune beneficium Odoardo applicuisset, scilicet *cessionis bonorum*, cujus causa carcer evitatur *l. 1. §. 5. C. qui bon. ceder.* sed hoc rursus non est aliquod jus, vel beneficium singulare, quia etiam

laicis debetur. Denique (pergit in *cit.* §. 25.) de beneficio *competentia* nulla prorsus in hoc textu fit mentio, quod sanè Pontifex non prætermisisset, si ejus mens fuisset, Clericis illud indulgere, cum 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, simpliciter ordinavit, ut reditus beneficiorum in solutionem debitorum convertantur, nulla facta mentione alicujus privilegii, quo Clerici immunes præstentur, ut contra eos tantum facienda sit executio, *in quantum facere possunt*. Cum ergo ex *hoc cap.* nulla exceptio, sive jus aliquod privilegii erui possit, recta ratio, inquit, & bonæ interpretationis regulæ suadent, ut regulæ tamdiu sit standum, donec probetur exceptio, quam legislator expressè addere debet, cum non præsumatur. Quin & illud argumentum, quod nostri interpretes à milite terrestri, ad milites cœlestes (scilicet Clericos) faciunt, insigni laborare vitio scribit Bœhmerus §. 28. *hic.*) Nam, quicumque in uno, vel altero comparantur, non plane iidem sunt censendi, nec iisdem ubique debent gaudere juribus. Præterea *beneficium competentia* est *jus singulare*, quod interpretationem *extensivam* non admittit, nec ad alias personas extendi potest, quam quibus leges indulgere.

45 Fateor, adductas rationes, sicut alia Bœhmeri omnia, sub schemate veri se commendare: quod si tamen textus *cit. cap. 3.* accuratiori trutina expendatur, facilius erit ex pumice oleum, quam ex

Bœhmeri argumentis veritatem elicere. Quod laici æque, ac Clerici debitores pro eo, quod solvendo non sint, ut excommunicari non debeant, adeoque hoc jus non esse singulare, ac peculiare Clericorum beneficium, ultrò damus; sed de hoc puncto non est quæstio, in *cit. cap. 3. h. t.* agitur quidem ibidem de Clerico propter debita excommunicato, quem Pontifex relaxato vinculo jubet restitui, non ex communi jure (ut Bœhmerus sibi persuadet) quod debitores, quos inopia ad solvendum impotentes reddit, excommunicari nequeant, sed ex jure prorsus singulari, & privilegiario, 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; conventus delictum non inficiatus est, sed, ut ait textus, *idem recognovit*, solutionis tamen in præsens faciendæ ex statu inopiæ, 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 jussus *cedere bonis*, imperio jus dicentis non paruerit, sicque 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 possit, vinculum excommunicationis ei ocyus relaxetur, ipse vero, præstita idonea cautione se obliget, quod, si ad pinguiorem fortunam pervenerit, creditoribus ex æquo satisfacere velit. Jam Bœhmere, ipse confidera, 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, sicque *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 collegerunt, Clericum debitorem in plus non posse obligari, quam quod deducta congrua sustentatione facere potest. Quod verò Pontifex in *cap. 2. § 3. de fidejuss.* beneficii *competentia* non meminerit, tuæ opinioni, Bœhmere, nihil adjicit, sufficit, quod illud beneficium ibidem non excluderit. Per hoc enim, quod ex redditibus Clerici debita exsolvi jusserit Pontifex, non inferitur, quod ipsum ita emungi voluerit, ut nequidem tot proventus relinquerentur, qui Clericalem honestatem decenti sustentationi sufficiant, cujus equidem tam dicti Pontifices, horum Canonum conditores, quam eorum antecessores semper primam rationem habuerunt. Quod verò 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 verò 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 omnimoda rationis identitas id suadet, sed hoc duntaxat improbat, quod aliqui non ita magna ratione moti (sunt ejus verba) *privilegia omnia, etiam quæ consideratè, & 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 *cœlestibus*, sive Clericis attribuunt, maximè cum isthoc beneficium pluribus aliis personis, quibus peculiaris cujusdam reverentiæ 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, etsi alia requisita Concil. Trid. non habeant, habitum tamen Clericalem deferentes privilegio *competentia* gaudeant, præter Fagnanum, Antonellum, Pignatellum, & alios tenet Rota in *re-*
cent.

cent. part. 18. decis. 279. & ita decimū à Congregatione Concilii fuisse refert Eminent. Vincent. Petra tom. 4. Comment. ad constit. Apostol. pag. 459. num. 45. § 2. seqq. quo tamen privilegio non fruuntur Clerici conjugati, licet privilegio fori, & canonis muniti sint, Rota part. 15. in recent. decis. 207. Petra l. cit.

47. Ad hoc autem, ut privilegium hoc efficaciter Clericis competat, summarie saltem 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 quibus se Clerici beneficio competentia tueri nequeunt, quos Gonzalez ad c. 3. h. t. n. 16. & alii enumerant, videlicet, si Clericus neget se debitorem. Riccius in praxi resolut. 258. si dolose cum creditore versetur, laicum se fingens. Guttierrez de jurament. part. 1. cap. 17. num. 20. nam qui negat qualitatem personæ suæ, propter quam illi conceditur privilegium, merito illud amittit. l. 1. C. ad SC. Maced. l. 2. § 3. C. si minor 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. Molin. tract. 2. disput. 571. n. 11. si suspectus de fuga sit, tunc enim auctoritate Judicis Ecclesiastici capi, & in carcerem conjici potest, dum solvat, vel caveat. Covarruv. Var. resolut. lib. 2. cap. 1. n. 9. Molin. d. loc. n. 22. Barbof. ad cap. 3. h. t. n. 10. si luxuriose vivendo bona

sua consumat, quia hoc beneficium tantum datur illi debitori, qui sine culpa sua ad paupertatem reductus est. Barbof. d. l. num. 16. quod tamen ita limitat P. Pirhing. h. t. n. 33. ut talis Clericus incarcerari quidem, vel per centuras ad solutionem adigi, non verò propter hoc omnibus bonis cum dedecore status Clericalis exui valeat, ne factum delinquentis ad Ecclesiam extendatur contra l. 155. ff. de R. J. Item cessat, si creditor sit pauperior debitor Clerico Barbof. ad d. cap. n. 7. Fagnan. num. 20. & denique, si Clericus non actione personali, sed reali convenitur; nam beneficium hoc est personale. Barbof. num. 20. Fagnan. num. 52. aut, si conveniatur ratione depositi, quod penes se habet. Barbof. num. 13. Fagnan. num. 54.

Quæres: An Clerici beneficio competentia renuciare valeant? Ita quidem videtur Boehmero, ad illam rationem, quam nostri in contrarium allegant, quod scilicet talis renunciatio causans mendicitatem cederet in opprobrium status Clericalis, in cujus præjudicium renunciatio facta non tenet, ita respondentem §. 35. h. tit. Nescio, an unius, alteriusve Clerici inopia toti Ordini opprobrium adferat. Ita est, nescis omnino, non tamen ignorantia, quæ te excuset, quia affectata est. Numquid splendida quædam familia erubesceret, si vel unum de suo sanguine, mendicare videret? Nec verum est, quod asseris, quod, si hoc privilegium (ut quidam volunt) toti Ordini Senatorio concessum esset, eidem ab uno vel altero senatore renunciari possit. Quod militi fas sit renunciare huic privilegio, male ex l. penult. C. de Pact. 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 Provinciæ concessum sit, ut alibi ad solutionem cogi non possit, valebit huic Clericus renunciare, quia tantum respicit personas *cap. 17. de for. compet.*

50 Interim non diffitemur, Clericum beneficio *competentiæ* posse *tacite* renunciare, per actum nimirum contrarium negando debitum, aut nolendo

præstare cautionem de solvendo, cum ad pinguiorem fortunam pervenerit, sicut in simili tacite renunciare 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 renunciatio *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.

HAstenus de illis contractibus actum est, qui vel paciscendum utrumque, vel alterutrum certis quibusdam quasi vinculis ita ligatum tenent, ut citra alterius injuriam alter ab hoc nexu 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, & quotuplex sit Donatio?

SUMMARI A.

1. Donatio describitur.
2. Quam aliqui contractibus accensent.
3. Nos meliori fundamento negamus.
4. Ad textus oppositos respondemus.
5. 6. Reliquæ particule datæ definitionis explanantur.
7. Donatio regulariter non præsumitur.
8. Donatio alia est inter vivos, alia mortis causâ.
9. Alia perfecta, alia imperfecta, ad quam potiores Donationum species reducuntur.

Donatio sic dicta à dono, quasi doni datio *l. 35. §. 1. ff. de mort. caus. donat.* communiter descri-

bitur, quod sit actus, quo liberalitatem nostram erga alterum acceptantem exercemus.

(N n)

Di-

2 Dixi I. *Actus*, sed qualis? an *pacti*, vel *contractus* nomine insigniendus? Ita visum est Bartolo in l. 35. C. h. t. Jul. Clar. 4. sent. §. donatio quest. 1. Gomez lib. 2. var. resolut. 4. Cujacio in paratit. C. h. t. Zoëtio in Decret. h. t. & multis aliis. Faciunt pro ipsis textus in l. 17. C. de fid. instrum. l. fin. C. de bon. qua. liber. l. 8. C. de Præscript. 30. vel 40. ann. l. 7. C. de his, qua. vi. metusve, ubi donatio expressè contractibus annumeratur. Accedit ratio, quod nomen specificum habeat, & hodie instar aliorum contractuum actionem producat.

3 Sed melius negatur, donationem *contractus* nomine venire, tum propter l. 14. ff. de Precar. ubi *precarium* donationi æquiparatur, donatio verò contractui sive negotio opponitur l. 18. ff. h. t. l. 58. ff. de donat. inter vir. l. 6. §. 6. 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. h. t. tum quod omnis *contractus* sit vel *bonæ fidei*, vel *stricti juris*. §. 28. I. de act. jam verò donatio non est *contractus bonæ fidei* l. 22. ff. h. tit. nec etiam *stricti juris* per d. l. 14. ff. de Precar. ubi donatio negotio opponitur.

4 Unde ad textus oppositos dupliciter respondetur. I. quod illa verba, *vel alterius cujuscunque contractus* commode possint ad reliquos *contractus* ibidem recensitos referri. II. quod in cc. ll. nomen *contractus* latè & improprie sumatur, quod in jure haud infrequens est, ut patet ex l. 23. ff. de R. J. ubi *Precarium* *contractus* vocatur, non utique

proprie 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. qua. ex quasi contract. Alterum, quod donatio nomen specificum habeat, falsum est, quia prædicatur de donatione mortis causa, & aliis donationibus ob causam factis, quæ non numero, sed specie differunt, ut inferius patefiet. Quod verò donatio pariat actionem, id non habet ex primordiali sua natura, ut patet ex l. 18. ff. h. t. sed ex speciali beneficio l. 35. C. h. t. ab Imperatore Justiniano concessio. Verius ergo est, donationem de rigore juris non esse *contractum* strictè dictum, licet improprie *contractus* dici possit, quam tamen parvi momenti quæstionem esse putat P. Haunold. part. 3. tract. 9. cap. 2. controuv. 1. num. 140. licet ipsemet fateatur, in praxi donationem sub nomine *contractus* comprehendi in *favorabilibus*, non verò in *odiosis*, & ideò, si à Magistratu *contractibus* quoddam onus adjiceretur, donationes non censentur esse gravatæ.

Dixi II. In definitione, *quo liberalitatem nostram exercemus*, per quas particulas donationem non tantum à *contractibus* onerosis removemus, sed etiam donationem proprie talem, ab aliis donationis speciebus abusive talibus distinguimus, ut à donatione *remuneratoria* donatione *propter nuptias* &c. Proprie enim is donare dicitur, qui ob nullam aliam causam dat, quam ut liberalitatem & munificentiam suam exerceat.

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 primùm efficacem reddi, cùm antecederet ad nuntium donantis donatio revocari possit, l. 2. §. 6. l. 10. ff. h. t.

7 Priusquam ad divisionem progrediamur, obiter notandum est, donationem regulariter non præsumi, nisi fortè tunc, cùm quis prudens nullo jure cogente aliquid dat l. 29. ff. h. t. ita, ut alia interpretatio, aut conjectura fieri non possit. l. 25. ff. de probat. *cujus 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, quàm se ipsum amare. Ista intuitu mortis, vel mortalitatis exercetur, & est quasi conditionata, ut dominium rei donatæ & traditæ in donata-

rium irrevocabiliter transire non faciat, nisi morte donantis secuta l. 35. §. 1. ff. de mort. caus. donat. & ideo donator in tali casu præ donatario se magis dilexisse videtur.

9 Donatio rursus alia est perfecta, alia imperfecta. Illa ex nudo liberalitatis motivo, hæc concurrente alia causa exercetur. Ad hanc posteriorem pleræque 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 decursum 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?

SUMMARI A.

10. Donare possunt, qui liberè contrahere, & res suas liberè administrare possunt. 11. Quid de Prælati Ecclesiæ? 12. Quenam dicantur res immodicæ? 13. Quid peculiè circa donationes & dotationes Episcoporum jure cautum sit? 14. Prælati vetantur ditare suos consanguineos, id quod cum certis limitationibus accipiendum est. 15. Donatio inter parentes, & liberos non valet. 16. Sicut nec à filiofamilias. 17. Quid de uxore circa donationem rei dotalis, & reo criminis capitalis?

10 Donare possunt omnes, qui contrahere possunt, & liberam rerum suarum administrationem habent *l. 21. C. Mand.* unde liquet, pupillos, & Minores, sine tutoris, vel curatoris autoritate donare non posse *§. 2. Inst. Quib. alien. licet.* multo minus religiosos, qui nil proprii habent; quod si tamen administratio bonorum Monasterii ipsis commissa sit, ut œconomis, procuratoribus, possunt hi aliquas alienationes, & donationes facere, quatenus superior, consuetudo, aut statuta Ordinis, locique 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 Prælatiis dicendum, num illis manus quoque ita ligatæ sunt, ut de bonis Ecclesiæ liberales, & beneficos exercere se nequeant? Resp. cum Prælati procuratores sint rerum Ecclesiasticarum, non domini, ut dicitur in *cap. 2. h. tit.* & conditionem Ecclesiæ meliorare possint, deteriorem vero reddere non debeant *cap. 1. de in integr. restit.* donatio verò species alienationis sit *cap. 5. de reb. Eccles. alien.* ideò donationes mere liberales facere non possunt, nisi modicæ illæ fuerint, & loci consuetudine probatæ *cap. 3. h. tit.* secus donationes immodicas, si factæ fuerint, repetere poterit successor tam à Clericis, quàm à Laicis, imò & Prælati donans, quamdiu ab administratione remotus non est. *d. cap. 2. h. tit.* nisi causa justa, & debitæ solennitates intervenerint juxta dicta in *tit. 13. hujus libri.* Ipsas verò donationes modicas vel ideo facere Prælati non prohibetur, quod per easdem benevolentia hominum...

concilietur, sicque Ecclesiis utiles sint; multo magis autem similes donationes moderatas facere poterit ex causa pietatis & misericordiæ, sive titulo *elemosynæ.* Item remuneratorias, in compensationem meritorum erga Ecclesiam, vel ejus membra, quæ, si valde magna fuerint, poterit etiam donare rem Ecclesiæ immobilem, præmissis tamen tractatu, & aliis juris solennitatibus. *c. 66. C. 12. Q. 2. Panormit. in cap. 5. h. tit. n. 6.*

Quænam dicantur donationes *modice*, vel *immodice*, una certa regula definiri nequit, sed id sagaci judicis arbitrio relinquendum videtur, qui pensatis circumstantiis reddituum Ecclesiæ, qualitate donantis, & donatarii &c. illud æstimabit. *Molina disp. 144. n. 20.* existimat, donationem non fore *immodicam*, si Prælati vel Episcopus, qui annuos redditus numerat 10000. 500. donet.

Circa donationes, sive dotationes **13** Episcoporum peculiare jus statutum, est in *cap. penult. h. tit. & cap. 74. C. 12. Q. 2.* ut, si Ecclesiam, vel Monasterium in sua Diocesi extruant, hoc ex rebus Ecclesiæ suæ usque ad *quingagesimam* partem, illam verò usque ad *centesimam*, & non ultra etiam sine consensu sui Capituli semel, vel successivè dotare possint, quia dotatio, vel donatio hæc censetur fieri ex necessitate, & obligatione juris. *Panormit. ad cap. 9. de his, quæ fiunt à Prælat. n. 4. & ad cap. penult. h. tit. n. 7.* quod autem ultra donare non possint, ideò providè constitutum est, ut nimirum Episcopis incautè largiri volentibus occurratur, & cui tribuit, novæ scilicet Ecclesiæ, vel Monasterio subsidium conferat, cui verò tollit, scilicet Ecclesiæ suæ gravia dam-

na non infligat: durum enim est, propriis agris sitientibus, 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 Prælati non amplius habet administrationem rerum Ecclesiæ. Panormit. ad d. cap. penult. h. t. n. 9.

14 Interim Prælatos quoscunque illius constitutionis perpetuò memores esse cupimus, quam PP. Concilii Trident. Sess. 25. cap. 1. de Reform. sanxere, ne scilicet ex relictibus Ecclesiæ consanguineos, familiarésve suos augere studeant, cum & Apostolorum Canones prohibeant, ne res Ecclesiasticas, quæ DEI sunt, consanguineis donent. Interea tamen, ut bene notat Navarr. de relict. Eccles. q. 1. Monend. 27. num. 4. bona Ecclesiæ aliàs in feudum, vel emphyteusim concedi solita Prælati æquè, imò cæteris paribus magis consanguineis suis concedere poterit, quàm extraneis, ne sint deterioris conditionis, eo solum ex capite, quod consanguinei sunt. Imò si tales consanguinei pauperes sint, etiam juxta Trid. cit. Sess. 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 aliàs congruam sustentationem haberent, 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. h. 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, quàm sibi ipsi donare videtur. Donationem tamen remuneratoriam, & ob causam v. g. studiorum, militiæ, dotis &c. patrem filio facere posse tradunt DD. communiter ad l. 2. C. de inoffic. donat. dummodo in donatione remuneratoria merita non sint merè obsequialia, & rei donatæ æquivalent, ac per filium in dubio probentur. Menoch. lib. 3. Præsumpt. 29. imò dicta donatio, etsi ab initio non subsistat, si tamen non revocatur, morte donatoris, adinstar donationis inter conjuges, vel etiam emancipatione confirmatur. cap. fin. h. t. l. 11. § 17. C. eod. unde filio emancipato pater rectè donat, imò mater etiam filiofamilias quia in matre ratio patriæ potestatis, & peculii profectiis 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: accedente 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. h. 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 nupiam reperiatur. Berlichius id ita limitat

tat, nisi aliud haberent statuta locorum specialia. *part. 2. Concl. 17. n. 1.* Ad II. Resp. similiter negativè, si nimirum condemnatio sequatur *l. 15. ff. h. t.* quæ tamen prohibito cessare videtur post *auth. bona damnatorum C. de bon. præ-*

script. Bœhmerus cum Hubero ad *h. t. num. 4.* imo reus perduellionis, etiam, antequam postuletur, donare nequit, sed revocantur donationes ab illo post crimen commissum factæ. *l. 31. §. fin. ff. h. t.* Vid. Hunn. *Vol. 2. disp. 31. thes. 7. q. 67.*

§. III.

Quid, & quantum donari valeat? Et de jure Donatarii.

SUMMARI A.

18. Omnes res in commercio humano existentes donari possunt. 19. Donatio ultra quingentos 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 quascunque. 23. Contrarium ostenditur. 24. Donatio ultra quingentos solidos sine insinuatione facta tantum quoad excessum invalidatur. 25. Valet 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, propria, & aliena, & hæc quidem non alio effectu, quàm ut ufucapiendi conditio in donatarium transferatur *t. t. ff. pro donat.* Evictionem tamen donans non præstat *l. 18. §. ult. ff. h. t.* nisi eandem præviè promiserit, aut donatio fuerit remuneratoria; tunc enim, cum se habeat per modum tituli onerosi, evictio semper præstanda est. Stryck. *de Cautel. contract. sect. 3. cap. 9. §. 6.*

19 Circa quantitatem rei donandæ in *l. 36. C. h. 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 facillè 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. h. t.* Dixi, si nihil fraudis intervenerit. Nam, si donator jam prius animo dolosè concepisset plures ejusmodi permissam summam excedentes donationes successivè 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 variæ donationes excipiuntur, & quidem I. donatio à Principe privato facta *l. 34. juncta auth. C. h. t.* II. A Magistratu militum militi facta *l. 36. C. eod.* III. Donatio remuneratoria *l. 27. § 34. §. 1. ff. h. t.* quod tamen ita limita, ut, si talis donatio merita donatarii excederet, quoad illum excessum, utpote merè liberalis, insinuanda foret. Zoëf. ad *ff. h. 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, quam publicam utilitatem respicit, ne scilicet donatores domesticis fraudibus conjunctarum maximè personarum (ut habetur in *l. 27. C. h. t.*) suis bonis priventur, donando prodigaliter, nec dici potest, 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. sect. 3. cap. 9. §. 5.* quamvis in puncto Juris Romani contrarium probabilius censeat *arg. l. 5. C. de LL. V.* Ab hac insinuatione immunis est donatio in redemptionem captivorum, refectionem ædium ruina, vel incendio consumptarum facta *l. 34. § 36. pr. nc. §. 1. C. h. t.*

Num verò hoc Privilegium ad alias 22 causas *pias* jure extendi possit, disputatur. Boehmerus hanc extensionem nec Juris Civilis, nec Canonici suffragio subnixam esse contendit in *tract. de jur. Paroch. sect. 5. cap. 1. §. 12.* Nam, cum olim aliæ donationes absque insinuatione tantum valerent usque ad *ducentos solidos*, donatio hæc in redemptionem captivorum cum aliis in piissimas causas factis hoc privilegio aucta fuit à Justiniano Imperatore, in *l. 34. §. 1. C. h. t. § l. 19. C. de SS. Eccles.* ut valeret absque insinuatione usque ad *500. solidos.* Postea verò in *l. 36. C. h. 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 contrariæ sententiæ patroni provocant, tantum loquitur de *legatis ad pias causas* & quæ per ultimam

mam voluntatem *p̄is causis* relinquunt, quod scilicet in iis non sint sequendæ *LL. Civiles*, unde non possum adduci (scribit Bœhmerus) ut vi hujus Textus affirmem secundum dispositionem Juris Canonici valere donationem ad *causas p̄ias* absque insinuatione.

Adverto hanc Bœhmeri donationem, adversus Ecclesias, & alias p̄ias causas insinuatione non indigere, quia isthæc liberalitas excessiva, aut prodiga non est. Ego quidem Suffragium ex Jure Civili emendicare nolo, sed facile indulgeo, quod hoc jure se causæ p̄iæ 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. h. tit.* quæ tantum de redemptione 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 *p̄is causis*, ubi quis propriam animam redimit, quàm in redemptione captivorum, quia *redemptio animæ viri divitiæ ejus. Prov. 13.* neque temerarium dici potest, propter salutem animæ bonis temporalibus se spoliare. Jul. Clar. 4. *Sent. §. donatio quest. 17.* Quapropter nullam vim inferimus *l. 34. § 36. C. d. t.* si concessum ibidem donationi pro redemptione captivorum privilegium propter majoritatem rationis ad causas p̄ias extendamus, prout idipsum in *dissert.*

præambula hujus Tractatus pluribus exposuimus.

Porrò circa præscriptam donationis 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 debeat vitari*, cum unum ab altero separari possit. *l. 36. §. 3. C. h. t. Nov. 162. cap. 1. §. 2.* Requiritur autem hæc insinuatio non tantum in donatione pecuniæ numeratæ, sed etiam in liberali remissione certi alicujus debiti *cessione, pacto de non petendo* &c. quia etiam istæ remissiones, cessiones &c. lædere possunt donantem, & legis finem evertere. Clar. *quest. 16.*

Valere donationem omnium bonorum nullatenus dubito, quia hæc facultas disponendi de re inest ipsi dominio, & cuilibet donare naturaliter permixtum est. *§. 40. Inst. de R. D.* nec textum reperire est; qui hanc facultatem restringat, quin potius illimitate eam esse permissam eruitur ex *l. 35. §. 4. § 5. C. h. t. l. 8. C. de revoc. donat. l. 2. C. de 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. § D.* Gail. *lib. 2. observ. 11. n. 10.* Knipschild *de fideicommiss. famil. cap. 6. n. 18.*

Quod verò profusa ejusmodi donatio 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

rem testandi adimunt *l. 15. C. de Pact.* 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, quaeritur? Probabilius negatur, quia donatio est stricti juris, ideòque 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. quæ res 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 verò irrevocabilis est.
- 28 De jure Donatarii id juris est, quod habeat sibi obligatum donatorem ad

rem donatam tradendam, quo nomine datur ei, ejusque hæredibus *condictio ex lege*, nimirum *l. 35. §. ult. C. h. 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. h. t.* Aliud quippe est *donare*, aliud *promittere*, aliud *polliceri* strictè loquendo. *Promissio* enim fit ordinariè ad preces alterius, *Pollicitatio* sponte ac ultro, *Donatio*, cum res traditur, aut saltem verbalis oblatio acceptatur. Peculiare id est in Ecclesia, cui etiam ignoranti, & absenti donari potest, eo effectu, ut dominium rei donatæ 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?

SUMMARI 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 hærede donatoris revocari nequit.*

29 **Q**uanquam donatio legitimè facta ne quidem recripto 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 petens per exceptionem repelli potest. Sunt autem quatuor causæ ingratitude. I. Si donatarius graves, & atroces injurias in donantem effundat. II. Si manus impias donatori inferat. III. Si grave damnum in patrimonio donatoris causaverit. IV. Si ejus vitæ infidias 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 neutiquam 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 adimpleto res donata repetatur, & donatori, vel alteri, quem ille nominaverit, applicetur, valebit revocatio, *cap. 6. §. 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 Justinianæ ratio tam in hac, quam in reliquis ibidem enumeratis ingratitude speciebus militare. Et ita sentiunt Panormit. ad *cap. ult. b. t. num. 3.* Jul. Clar. *quest. 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. §. licet feud. 2.* ubi, si vasallus captiva dominum pecunia data liberare posset, sed omittit, propter hoc tanquam *omissionem*, non verò *commissionem* facti injuriosi feudo privari non potest; atqui etiam hic per *d. l. fin.* factum injuriosum ingrati donatarii requiritur, ergo propter solam omissionem præstationis alimentorum re donata privari non debet. Unde cum jura tantum eo casu succurrant donatori egenti, 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. sect. 3. cap. 9. §. 8.* ut donator, antequam rem tradat, per speciale pactum sibi in casum supervenientis inopiæ reservet alimenta ex bonis donatis, quamvis alii sint, qui talem donatarium officio judicis ad præstanda alimenta cogendum esse asserant.

Rursus quæritur, an ob insperatam 32

na-

nativitatem liberorum donatio antecederet à patre facta revocari possit? irrevocabilem dicit Fachinæus *lib. 3. cap. 89.* donationem remuneratoriam quia talis donatio, cum 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. h. t. num. 5.* Clar. *quest. 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 ingratitude à Prælati commissæ donatio Ecclesiæ facta revocari nequit, quia talis donatio DEO facta censetur, qui nunquam est ingratus, & aliàs vulgatum in jure, quod Prælati delictum in Ecclesiam redundare non debeat. Clar. *quest. 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 quæritur.

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 nascentium postea liberorum donationem revocare possit. An verò hæc constitutio ad quoscunque 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. observ. 63. & 64.* moventur hoc argumento quod ratio *d. l.* æque in uno ac altero casu militet, nempe tacita, ac præsumpta donatoris voluntas, qui sub illa tantum conditione donasse 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.* præsertim cum etiam aliàs Pater, & Patronus in jure æquiparentur. *l. 1. §. 2. ff. si quis à parent. manumiss.*

Videri quidem posset, quod *cit. l. 8.* dispositio vel ideo ad parentes extendi nequeat, quod ipsa *d. l.* per subsequentem *l. 10. C. de revocand. Donat.* revocata fuisse censeatur, cum ibi Justinianus omnes donationes semel legitime factas illibatas & inconcussas sustineri velit. *Generaliter sancimus (sunt verba L.) omnes donationes lege confectas, firmas illibatasque manere, si non donationis acceptor ingratus circa donatorem inveniatur.* Verum ad hunc, & similes textus generales dicimus, quod leges particulares antèrius latas, si qua-

dam peculiari æquitate nitantur, non censeantur corrigere aut abolere, nisi singillatim exprimant, sed ibi illa juris maxima locum inveniatur, 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 justitiæ, 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 inofficiose donantes jus hoc revocationis competit. *l. 4. C. de inoffic. donat.* quia hæc querela ad modum querelæ inofficiosi 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 inofficiosi testamenti competit *l. 27. ff. de inoffic. testam.* ut proinde & similis donatio resolvenda sit, non quidem in totum, sed pro parte *legitimæ*, ut constat ex *l. 2. §. 8. C. de inoffic. donat.* Fachin. *lib. 6. cap. 84.* Gail. *lib. 2. observ. 38. num. 15.* §. *observ. 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 *semissem* non pro dimidia parte hæreditatis sumi, sed pro dimidia quartæ partis debitæ, quæ querelam inofficiosi 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 hoc donatori tantum competit, & cum defuncto exspirat, quippe, qui per suam taciturnitatem injuriam illam remisisse censetur, *cap. fin. h. t. l. 1. C. de revocand. donat.* nisi prius lis cum defuncto contestata fuerit. *l. 13. ff. de injur.* vel donatarius dolose iudicium contra se institui impediverit, aut donator ingratitude 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, cum vellet. Panorm. *ibid. num. 7.* contra Zoësum *num. 104.* qui, quod hæc actio revocatoria oriatur 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. act.* licet *n. 264.* teneat, etiam hæredem donatoris revocare posse illo

ca-

casu, quo donatarius primum post mortem commisisset, infamando v.g. aut gravamini imposto non satisfaciendo.

§. V.

Donatio mortis causâ 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 intersit? 41. Donatio mortis causâ in quibus conveniat cum legato? 42. In quibus disconveniat? 43. Qui mortis causâ donare valeant? 44. Probabiliter talis donatio inter conjuges valet. 45. Tribus potissimum modis revocatur.

39 **D**onatio mortis causa (quam materiam hodie in viridi observantia esse, & requisita à jure civili in ejusmodi donationibus præscripta strictè adhuc observari testatur Stryck. in *us. mod. ad tit. de Donat. mort. caus. §. 1.*) dicitur illa, quæ fit ob suspensionem 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 causâ* donet, aliàs licet ægrotus & in extremis constitutus donet, donatio potius inter vivos facta fuisse præsumeretur *l. 42. ff. d. t.* ubi talis non tam mortis causâ, quàm moriens donâsse 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 expirat, dum donans in eadem voluntate perseverat, nisi fortè donatarius ante donatorem expiret. *l. 19. ff. de R. C.* vel fit 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 cum moriar*, vel *dono tibi, si in hoc periculo peream*, vel *in hoc morbo succumbam*. Stryck. *cit. tit. §. 2.*

Potest donatio hæc (uti aliæ) incipere vel à *traditione*, vel à *promissione*, & siquidem fiat traditio, rei donatæ dominium mox transit in donatarium, 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 causâ* in multis convenit 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 sortitur. *l. 23. ff. de mort. caus. donat. l. 37. §. l. fin. C. eod.* ita, ut sicut rei legatæ dominium post mortem testatoris ipso jure sine traditione ad legatarium transit *l. 80. ff. de legat. 2.* sic & donatæ. Covarruv. *in rubr. de testam. part. 3. num. 16.* si tamen acceptatio ante mortem

O o ;

tem

tem donantis ex parte donatarii accerserit; secus in fideicommissum commigraret, si praesenti, vel absentis 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. quest. 5. II. Convenit cum legato, quod utrumque s. testes requirat §. ult. Inst. de fideicommiss. l. 22. C. de fideicommiss. l. fin. C. de mort. caus. donat. III. Quod in donatione mortis causa tam parum insinuatione judiciali opus sit, ac in legato per l. 4. C. de mort. caus. donat. nam donans non laeditur, cum hanc donationem semper revocare possit. IV. Quod utrobique sit locus falcidia 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 causa, quo legatum, revocetur.

⁴² Differt e contra donatio mortis causa à legato, I. quod illa consensu duorum perficiatur, istud solius testatoris voluntate nitatur, & quod donator sibi possit hanc legem ponere, ne sibi liceat revocare l. 13. §. fin. ff. de mort. caus. donat. non verò ille, qui legat. l. 12. ff. de legat. 3. II. Quod donatio confirmetur morte donantis independenter ab aditione hereditatis, 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. caus. donat. secus ac in legatis l. 4. Inst. de hered. qualit. §. differ. IV. Quod legatum præstetur ab herede, donatio vero mortis causa à defuncto præstari queat. V. Quæ donata sunt, non revocantur propterea, quod temere quis testamentum impugnaverit

d. l. 5. §. 17. ff. de his, quæ ut indign. Vid. Bœhmer. introd. ad jus Digest. ad tit. de mort. caus. donat. n. 111.

Donare mortis causa possunt omnes, ⁴³ qui testamentum facere l. 25. ff. de mort. caus. donat. l. 32. §. 8. ff. de Donat. int. vir. quæ regula (ait Stryck. cit. tit. §. 3.) affirmativè rectè procedit. Ast negativè non valet illatio, ut, qui nequit condere testamentum, nec mortis causa donare queat, quod patet in filiofamilias, qui quoad peculium profectitium, & adventitium, etiam consentiente patre, testari nequit. l. 6. princ. ff. qui testam. facer. potest tamen cum consensu patris de utroque peculio donare mortis causa l. 25. §. 1. ff. de mort. caus. donat. l. 7. §. 4. ff. de Donat. quin, quod de peculio adventitio extraordinario, ubi nullum patris vertitur interesse, etiam sine ejus consensu mortis causa donare possit, probabilius censet Stryck. ad h. t. §. 3. & responso suæ facultatis confirmat.

Inter conjuges donatio mortis causa ⁴⁴ 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. caus. donat. & l. penult. eod. ubi donatio sub hoc pacto, ut nullo casu revocetur, inter conjuges facta improbat ex hac ratione, quia non donatio mortis causa, 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. Mynfinger lib. 2. observ. 33. Berlich. part. 2. conclus. 15. n. 6. Sanchez de matrim. lib. 6. disp.

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 hæres 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, quàm eum, cui donat, magisque eum, cui donat, quàm hæredem 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 hæredum 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 pœnitentia ductus donationem revocet, quia donatarius nudam spem, quæ sæpe 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 condictio *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 condict. caus. dat.* vel poterit uti *rei vindicatione.* Haunold. *cit. tract. num. 441.*

TITULUS XXV.

De Peculio Clericorum.

An tequam à contractibus ad testamenta, & successionem ab intestato progrediatur Decretalium Compiler, de Peculio Clericorum Rubricam præmittit, quò clarius evadat, qualiter Clerici de illo tam inter vivos, quàm in ultimis voluntatibus disponere valeant.

§. I.

Quid, & quotuplex sit Peculium Clericorum?

SUMMARIA.

1. *Quid sit peculium Clericorum?* 2. *Aliud est patrimoniale, aliud quasi patrimoniale, quo etiam referuntur redditus Capellanæ, & distributiones quotidiane. Et denique aliud vocatur profectitium.*

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 beneficiatorum sæcularium
accipitur, siue pro bonis illis, quæ seor-
sim ab Ecclesiæ rebus habent.
- 2 Dividitur hoc Clericorum peculium
tripliciter. Primum dicitur *patrimonia-
le*, consistens in illis bonis, quæ Cleri-
cus siue ante, siue post assumptum Cle-
ricatum ex hæreditate, legato, fidei-
commisso, 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-
ctant redditus *Capellaniæ*, vel aliorum
beneficiorum simplicium sub onere cer-
tarum Missarum singulis septimanis le-
gendarum, item *distributiones quotidiana*
æ, quæ Canonicis actualiter chorum
frequentantibus dari solent. Card. Tu-
scus lit. D. concl. 512. Haunold. tom. 2.
tract. 4. cap. 2. controu. 2. num. 86. li-
cèt enim distributiones istæ ex ipsis re-
ditibus Ecclesiæ sumantur juxta Conc.
Trid. sess. 21. cap. 3. adeoque naturam
suam retineant; non tamen præcisè ra-
tione **Canonicatus**, sed propter particu-
- lares actus, & labores dantur, nec fru-
ctuum siue reddituum **Canonicatus** no-
mine comprehenduntur, prout colli-
gitur ex cap. un. de Cleric. non resid. in 6.
Tertium appellatur *profectitium* (*adven-
titium* enim post Clericatum assumptum
cessat, & quidquid filiusfamilias Cle-
ricus acquirit, ad *quasi castrense* spectat
l. 34. iuncta auth. Presbyteros C. de Episc.
& Cleric.) eorum scilicet bonorum,
quæ secundum primam suam originem
ad Ecclesiam spectant, sed à Prælati-
bus Ecclesiæ per modum beneficii siue sti-
pendii specialiter assignata sunt mini-
stris Ecclesiæ, annui scilicet redditus
ex fundis, & prædiis Ecclesiæ, de
decimis Parochiarum &c. quæ explica-
tio suppeditat occasionem distinguendi
inter bona ipsius Ecclesiæ, & bona pro-
spectu Ecclesiæ acquisita: bona enim
Ecclesiæ dicuntur, quæ Ecclesiæ desti-
nata sunt, siue immobilia, siue mobilia
veluti agri, vineæ, sylvæ, domus, cali-
ces, & alia, quæ quocunque titulo do-
nationis, emptionis, vel legati ad Ec-
clesiam pertinent, & in istis Clericus
præter administrationem nil habet. cap. 2. de Donat. Bona verò prospectu
Ecclesiæ acquisita vocantur redditus illi
ex bonis Ecclesiæ quotannis percipi so-
liti, & isti ad peculium Clericorum
profectitium spectant. His suppositis.

§. II.

An, & quale dominium, in prædictis bonis Clerici habeant?

SUMMARI 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. Quam in superfluis. 6. Tenentur tamen istos fructus in usus pios expendere. 7. An ex iustitia, 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 congruæ sustentationis hic veniat? 13. Si beneficiatus moriatur, variis bonis relictis, ad quem ista pertineant? distinctè resolvitur.

3 **H**Æc quæstio una Conclusionem solvi non potest; ideo Dico I. in bonis patrimonialibus, vel quasi talibus Clerici sunt veri domini, & possunt de illis tam inter vivos, quam per ultimam voluntatem disponere. cap. 9. 12. & 15. de Testam. sicut enim horum bonorum laici sunt veri domini, ita nihil vetat, quominus etiam Clerici eodem proprietatis jure fruantur, cum per assumptum Clericatum domini incapaces non reddantur, aut illud à se abdicent. Navarr. tract. de rediv. Eccles. quæst. 1. Monit. 19. n. 2.

4 Dico II. Clerici beneficiarii habent dominium in peculio profectio, seu in bonis prospectu Ecclesiæ acquisitis, non tantum, in iis, quæ congruæ eorum sustentationi sunt necessaria, sed etiam quæ deducta sustentatione superfluunt. Hæc Conclusio est bimembris. Probatur quoad I. ex Concil. Trident. Sess. 24. de Reform. cap. 12. & Sess. 23. de Reform. cap. 1. ubi PP. sanxerunt, 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 indistinctè faciet suos, id est, do-

minium eorum acquireret. 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 sui 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, cujus nos ad tit. de Præbend. num. 3. jam meminimus, ostendi potest, qui Clericos dominio bonorum superfluum exuat, sed omnes, quotquot adduci possunt, loquuntur de redditibus & proventibus beneficiorum eosque lucrari, Clericos ac suos facere asserunt, nulla facta restrictione ad redditus congruæ sustentationi necessarios: ergo sine sufficienti fundamento juris loquuntur, qui in bonis superfluis Clericos negant esse dominos, maxime, cum etiam bona superflua habeant titulo divisionis, qui est domini translativus l. 17. ff. de usurpat. Probatur ulterius ex Conc. Trident. sess. 25. de reform. cap. 14. ubi hæc poena in Clericos fornicarios decreta est, ut, si à superioribus moniti se non abstineant.

(P p)

uac-

nuerint, tertia parte fructuum, obventionumque, ac proventuum beneficiorum suorum quorumcumque ipso facto sint privati; sin verò secunda monitioni adhuc non paruerint, fructus omnes ac proventus 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 primum dixeris, textui allegato violentiam infers, nam dicit, **FRUCTUS OMNES** sui beneficii peccantem Clericum amittere; si omnes, ergo non tantum *necessarios*, sed etiam *superfluos*, nam, qui dicit *omne*, nihil excipit. cap. 6. de *M. & O.* sin verò sub illa pœnali constitutione fructus quoque *superfluos* comprehendi asseras, jam non est, cur dominium in superfluis bonis Clericis deneges, siquidem illud, quod nostrum non est, non rectè dicimur amittere. Nam, ut ait Papinianus in l. 83. ff. de *R. J.* non videntur rem amittere, quibus propria non fuit. Accedit huic sententiæ singulare robur ex *Bulla Julii III.* 1550. edita, & durante Concilio Tridentino promulgata, ubi §. 1. ita loquitur Pontifex: *fructus, pecunias, & res alias, occasione Ecclesiarum, Monasteriorum, & beneficiorum Ecclesiasticorum provenientes, postquam ad manus beneficiorum pervenerunt, & cum aliis ipsorum beneficiorum fructibus commixti sunt &c. non ulterius in Ecclesiasticis sed potius in ipsorum beneficiorum propriis, & ab eis acquisitis bonis iudicari, & propterea quodammodo pro secularibus & profanis haberi debent.* Respondet ad hanc Bullam P. Reiffenstuel ad h. t. §. 2. num. 43. quod loquatur de fructibus superfluis, qui consistunt in

pecuniis, quarum commixtione acquiritur dominium commiscenti per l. 78. ff. de *Solut.* hoc autem est merè per accidens, nec probat d. *Bulla*, quod per factam à Pontificibus bonorum Ecclesiasticorum divisionem Clericis dominium *superfluorum* acquiratur. Miror, virum tam celebrem potuisse interpretationem textui è diametro oppositam dare. An non expressis verbis loquitur Pontifex de commixtione facta non tantum in pecuniis, sed aliis quoque rebus, *fructus, pecunias, & res alias &c. postquam cum aliis beneficiorum fructibus commixti sunt &c.*

Dico III. Clerici tenentur bona superflua in pauperes, & alios pios usus erogare. Hæc conclusio inter orthodoxos (quod sciam) contradictorem non habet. D. D. benè multos enumerat Card. de Lugo *disput. 4. sect. 2. n. 9. Thomass. part. 3. lib. 3. à cap. 34. usque ad cap. 42. ex Conciliis, & Patribus illustrat, nec non Natalis Alexander histor. Eccles. tom. 7. secul. 13. §. 14. art. 6. de quo argumento rursus redibit sermo in part. 3. b. l. tit. de testam. Probatur ex Concil. Trid. sess. 25. de reform. cap. 1. ubi S. Synodus Episcopis omnino interdicit, ne ex rebus Ecclesie consanguineis, familiaresve suos augere studeant, cum & Apostolorum Canones (videlicet canon 38.) prohibeant, ut res Ecclesiasticas, quæ **DEI** sunt, consanguineis donent, sed, si pauperes sint, iis ut pauperibus distribuant. Et paulò inferius pergit: *quæ de Episcopis dicta sunt, eadem non solum in quibuscunque beneficia Ecclesiastica tam secularia, quam regularia obtinentibus pro gradus sui conditione observari, sed & ad sanctæ Romanæ Ecclesie Cardinales pertinere de-**

eernit, & 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 verò de bonis superfluis prospectu Ecclesiæ acquisitis, quæ in dominium Episcoporum & beneficiorum jam transiverunt: attamen & in posteriori hoc significato dicta verba exaudienda esse, ex eo suadet, quod omnes DD. & maximè illi, qui Concilio Tridentino interfuerunt, hujus constitutionis verba de redditibus, & proventus Ecclesiasticis intellexerint, ut perhibet cit. Card. de Lugo *d. disp. num. 12.* Rationem autem, cur in usus pios bona superflua erogari debeant, varii 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 verò, & 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 pari obligatione susceperat, non ergo datur illi solum, ut stipendium sui laboris, & muneris, sed cum eadem obligatione, quam Ecclesia habebat, & alendi peregrinos, quod ipsum dendum de portionibus beneficiorum, eas non fuisse datas pro mero stipendio, sed cum eadem obligatione, quam bona illa intrinsecè afferbant. Hæc præfatus Cardinalis.

Quæres: an hæc obligatio expendendi bona superflua in usus pios oriatur ex lege *justitiæ*, adeoque, si Clerici ea ad alios usus profanos applicent, teneantur ad restitutionem? Pro affirmativa stat Navarrus de *redit. Eccles. quest. 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. sess. 25. de reform. cap. 1.* ubi Episcopi, & beneficiati consanguineos suos bonis Ecclesiasticis ditare prohibentur, & insimul iisdem imponitur, ut superflua in pauperum alimoniam, aliòque pios usus expendant. II. Probatur hac ratione, cui aliquid datur sub modo, v.g.

si alicui dentur centum floreni ad peregrinationem instituendam cum eo tamen onere, ut residuum erogat 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 impleatur, vel quantum interest, eum impletum non esse, præstetur; atqui fideles tam liberales redditus non alio fine, nec alio modo in beneficiatos 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 beneficiatum 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 *justitiæ*: Nam lex *charitatis* vel *misericiendiæ* 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 hæc obligatio non oriatur ex lege *charitatis*, sed *justitiæ*. Adeoque contravenientem ad restitutionem obliget. Deinde vel quarta illa, quæ olim per cap. 27. C. 12. Q. 2. ex redditibus Ecclesiæ erat assignata pauperibus, illis data fuit, vel permixta cum portione Episcopi & Clericorum? 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 *justitiæ* 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. Barbof. 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 Salisburgens. 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 h. t. n. 10. qui tamen omnes admittunt, Episcopum, vel beneficiatum de bonis superfluis in notabili quantitate ad usus profanos applicando mortaliter peccare. Fundamentum hujus sententiæ potissimum desumitur ex Ecclesiæ praxi, quæ similes donationes ex bonis superfluis beneficiatorum consanguineis factas non rescindit, quod tamen facere deberet, si ex *Justitia* pauperibus deberentur, 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 subtrahit, restituere. Subjungit deinde: si vero de illa parte, quæ sibi debetur, indigentibus non subveniat, ait, eum peccare contra debitum *charitatis*, nec quidquam meminit de restitutione, atque adeò innuit, eum non æque ex virtute *justitiæ* 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 *Eminentis Sc.* quamque refert Fagnan. *ad cap. ult. h. t. n. 24.* vi cuius d. Pontifex non solum tribuit omnimodam facultatem incolis, & civibus urbis Romæ, qui in ea, vel ejus districtu infra decem milliaria non tantum extra debitam residentiam decesserint, libere, & licite pro libitu voluntatis disponendi de omnibus suis bonis provenientibus ex quibuscunque fructibus, redditibus, proventibus, juribus, & emolumentis Ecclesiasticis, etiam decimabilibus Ecclesiarum, & beneficiorum quomodolibet qualificatorum, tam inter vivos, quam in ultima voluntate in favorem consanguineorum & affinium suorum, & quarumvis aliarum personarum etiam penitus extraneorum, sed etiam decrevit, ut iisdem ab intestato decedentibus, dicta bona ad eorum hæredes ab intestato venientes liberè deveniant, prout latius videre est apud Fagnan. *est. 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 incumben- tibus ac reparationi Ecclesiæ, 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 relic- tum sit.

Ad I. igitur fundamentum opposi- tæ sententiæ dupliciter responderetur, primo, quod *citt.* textus quidem probent, quod sine peccato talis abusus bonorum ad causas profanas fieri non possit, non verò, quod ex lege justitiæ 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 titularum beneficialium. Nam divisio ista, ac distributio sufficiens modus, ac titulus est, dandi dominium, & appropriandi, quòd alias commune fuerat, & ideo vicem *emptions* 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 distribuuntur, quocumque deinde modo ab iisdem expendantur; sicut satisfit, si bona pauperibus relicta semel in pauperes distribuuntur, utrunque ea deinde ab his ludendo aut alias luxuriando consumantur.

Ad III. Fatemur quidem tales abutentes peccare mortaliter, non tamen propter violatam justitiam, quia lex justitiæ tunc tantum lædi dicitur, cum quis de alieno in finem non permissum disponit, non verò, si de suo, sed ideo peccare, quia Clerici lege positiva Ecclesiastica scilicet Concil. Trid. *est. sess. 25.*

de reform. cap. 1. propter perfectionem status strictius teneatur pauperibus subvenire, quam Laici, adeoque gravius peccant per dictum abusum. Quod autem ibidem dicatur, partem pauperum cum parte Episcoporum & beneficiatorum esse permixtam, de hoc pariter non constat, sed potius verosimile est, ex illa parte, postquam pauperibus aliunde sufficienter provisum esse apparuit, nova beneficia instituta, templa, hospitalia, seminaria erecta vel eandem autoritate S. Pontificis Clericis adjunctam fuisse.

2 Diluenda jam sunt etiam potiora argumenta, quæ rigidiores Canonistæ contra I. & II. conclusionem objicere solent. Opponunt ergo I. varios Canones, in quibus bona, ac redditus Ecclesiastici bona pauperum, & patrimonium Christi dicuntur, ut in cap. fin. C. 16. Q. 1. cap. 16. de Præbend. & cap. 26. de Decim. ergo Clerici in his bonis dominium habere nequeunt, cum non possint duo esse domini ejusdem rei in solidum. l. 5. §. 15. ff. commod. II. Si Clerici haberent fructuum istorum verum dominium, tunc eos in usus profanos applicando furtum non committerent l. 1. §. fin. ff. de furt. atqui Clerici non tantum furtum, sed sacrilegium etiam committere dicuntur. cap. fin. C. 16. Q. 1. ergo. III. Clerici ex his fructibus amplius percipere nequeunt, quam necessaria ad victum c. 7. C. 10. Q. 2. cap. 7. C. 12. Q. 1. unde S. Bernardus epist. 40. ait: *quidquid præter necessarium victum, & simplicem vestitum retines, tuum non est, rapina est, sacrilegium est.* IV. Si Clerici horum bonorum veri domini essent, etiam possent de illis tam iater vivos, quam per

ultimam voluntatem disponere arg. l. 21. C. Mand. atqui hoc non possunt, ut jam dictum est: ergo.

Ad has oppositiones paucis respondemus. I. dd. cc. loqui de eo statu, & tempore, quo Clerici adhuc in communi vivebant, & dispensatores erant reddituum Ecclesiasticorum, sumentes ex iis, prout cuique necessarium erat, reliquum verò in pauperes distribuabant, quorum portio tunc nondum erat discreta: vel possunt intelligi de bonis Ecclesiæ, quorum duntaxat administratio ipsis competebat juxta jam supra memoratam bonorum distinctionem non verò de fructibus ex bonis Ecclesiasticis provenientius: vel denique potest cum Gonzalez dominium distribui in *summum*, & absolutum, quod solus DEUS habet, in *medium*, quod quisque privatus in re sua, in *infimum*, quod competit Principi in bonis subditorum exigente hoc utilitate, vel necessitate publica, & sic sub diverso respectu posse duos ejusdem rei esse dominos in solidum. Ad II. reponimus d. cap. fin. loqui de eo tempore, quò nondum facta est divisio bonorum Ecclesiasticorum. Ad III. similis repositio, aut potest dici, Patres ibidem loqui per quandam exaggerationem, innuere volentes, contra charitatem graviter delinquere Clericos, si bona superflua non in pauperum levamen exponant, quo sensu etiam divites Laicos pauperibus non subvenientes vocant pauperum homicidas, licet ad eleemosynam non teneantur ex justitia, sed tantum ex charitate, vide consimilem exaggerationem in cap. 11. dist. 47. Ad IV. per hoc dominium non destrui, quod libera facultas circa ea disponendi

di per SS. Canones impediatur, hoc enim novum in iure non est. Sic si deicommissarius hæres ante restitutionem dominus est. *l. fin. §. sin autem C. commun. de legat.* nec tamen liberè de eo disponere potest. Vid. Joseph. de Rhetes in *tractat. de Donat. cap. 12. per tot.*

II. Audio hic Clericum timoratoris conscientia ex me quærentem, quantum expendere possit de redditibus suis Ecclesiasticis, quin peccet mortaliter? Resp. certum imprimis esse, quod hic multo maior quantitas requiratur, quam quæ aliàs ad constituendum peccatum mortale in materia furti sufficit, quia per malam applicationem bonorum 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 carent necessariis ad sustentandum statum juxta suam qualitatem; unde etiam illa bona pauperibus erogari rectè dicuntur, quæ pro ornatu Ecclesiæ, fundatione Misarum, alimentatione religiosorum, aut studiosorum, quos parentes vel nolunt, vel non possunt alere 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; e contra, qui in *centum* superfluis *viginti* malè impenderit, dicatur graviter peccasse. Optimum factu fore existimo, si in hac re attendatur ad consuetudinem loci, ad dignitatem, & conditionem ipsius beneficiati, & quid alii docti, & timorata conscientia beneficiati soleant expendere.

Petis, quid nomine congruæ sustentationis veniat? Ante resolutionem hujus quæsitum, illud sciendum est, quod quisque beneficiatus integram 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 *1. Timoth. 5.* nec bovi trituranti obligandum os *Deut. 25.* sed omnino iustum ut ille consequatur stipendium, qui pro tempore suum reperitur commodare obsequium. *cit. cap. 45.* ad ipsam jam quæstionem respondeo, congruam cujusque beneficiarii in particulari sustentationem non consistere in indivisibili, sed eam esse mensurandam ex majori, vel minori quantitate reddituum, ex dignitate, & conditione ipsius beneficiati; unde nobilis vel graduatus plus pro sua sustentatione intumere poterit, quam alius minoris conditionis, Navar. *d. tract. quæst. 1. n. 36.* eodem nomi-

mi-

mine etiam venit debita hospitalitas erga pauperes, & peregrinos, quam maximopere commendat Concil. Trident. *sess. 25. cap. 8.* donationes moderatae, ac remuneratoriae, aliaque ex usu timoratae conscientiae virorum desumenda. Molina. *d. disput. n. 13.* quem prolixius hanc quaestionem tractantem consule.

13 Pro coronide hujus tituli placet illam quaestionem per partes resolvere: si beneficiatus moriatur, relictis variis bonis, emptis v. g. praediis, & rebus Ecclesiae melioratis, ad quem ista pertineant? Respondeo I. si tempore, quo ad praelaturam, vel beneficium promotus est, nullum, aut nonnisi exiguum patrimonium habuerit, praesumi talia praedia ex redditibus Ecclesiae empta esse, adeoque ad Ecclesiam pertinere *cap. 1. h. t.*

Dices: Tutor, vel curator, etiamsi pauper tutelam susceperit, & postea dives effectus sit, non ex bonis pupilli, sed propria industria acquisivisse praesumitur *l. 10. C. arbitr. tutel.* ergo idem praesumi debet de beneficiato. Resp. negando paritatem, quia tutori negotiatio non aequè prohibita est, sicuti Clerico, unde ne in isto praesumamus delictum contra *cap. 1. de scrut. in ord. faciend.* melius est, dicere; Clericum, similia ex bonis, & redditibus Ecclesiae comparasse, *arg. l. 51. ff. de donat. inter vir. & l. 6. C. eod.* ubi mulier durante matrimonio aliquid acquirens, ex bonis mariti id acquisivisse censetur, ne scilicet delictum, vel turpis quaestus praesumi debeat.

Respondeo II. Si tempore promotionis patrimonium habuit beneficiatus, non praesumi talia bona, saltem non omnia ex bonis Ecclesiae acquisita,

uti eruitur argumento à contrario sensu *d. cap. 1. h. t.* Quòd si patrimonium amplum habuerit, dubium tamen sit, an similia bona ex illo, vel potius ex redditibus Ecclesiae comparaverit, tunc inter Ecclesiam, & haeredes beneficiarii secundum quantitatem patrimonii & proportionem reddituum Ecclesiasticorum dividenda asserunt Panormit. ad *cap. 3. h. t. num. 3.* Vivian. in *ration. Jur. Can. cap. 1. h. t.* per textum expressum in *c. 1. C. 12. Q. 14.* Quia tamen istae praesumptiones tantum *juris* sunt, ideo probationem haeredum in contrarium admittunt. Panormit. ad *cap. 1. h. t. n. 7.*

Respondeo III. Si talia praedia, vel etiam bona mobilia notorie ex bonis, & redditibus Ecclesiasticis comparata fuerint, tunc ad Ecclesiam pertinebant, sive deinde Ecclesiae, sive nomine proprio emptae fuerint. *cap. 1. 3. & 4. h. t. Auth. licentiam C. de Episc. & Cleric.* Et ideò in *cap. 2. h. t.* talis Praelatus vel beneficiatus emens aliqua ex rebus, vel redditibus Ecclesiae instrumentum emptionis nomine Ecclesiae conficere, sub poena amotionis ab administratione jubetur, quia regulariter res empta praesumitur de pecunia illius, cujus nomine instrumentum emptionis confectum est, Panormit. ad *cap. 2. h. t. n. 3. & 5.* Ratio verò amotionis est, quia, ut dicitur in *d. cap. 1. C. 12. Q. 4.* Justum non est, *ut Ecclesia, quem suscepit extraneum, efficiat in alieno divitem, & in suo retineat fraudatorem;* ideò, quemadmodum Praelatus ille administratione privari debet qui jam per Ecclesiam acquisita alienat *cap. 18. C. 12. Q. 2.* ita & ille removendus est, qui ex fructibus Ecclesiae superfluis rem non nomine Ecclesiae emit *cap. 2. h. t. cap. 1. C. 12. Q. 3.* Quam-

Quamvis verò regulariter res alterius pecunia empta, non ad eum, cujus 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. & late 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 Ecclesiæ, prout nos in *dissert. præambul. §. 1. n. 8. privil. 7.* paritate desumpta à pupillo, vel minore ostendimus.

Respondeo IV. Meliorationes ex redditibus Ecclesiæ factas beneficiatus vitæ suæ sustentandæ causâ possidere potest, quamdiu vivit, post obitum verò ad Ecclesiam redeunt. *cap. 5. h. tit.* æquum enim est, ut cujus labore res exulta fuerat, eidem ad tempus vitæ relinquatur, ut etiam ob tale gratitudinis exemplum ad similia in Ecclesiæ utilitatem faciendâ alii excitentur *c. 9. de Constit.* quod si meliorationes istæ non ex redditibus Ecclesiæ superfluis, sed ex patrimonialibus beneficiati factæ fuerint, impensæ ab hærede repeti poterunt, nisi animo donandi meliorasse probetur beneficiatus. Panormitan. ad *cap. 5. h. tit. n. 5.* Barbof. *ibid. n. 2.*

Convenit igitur Beneficiatus aliqua-

liter cum usufructuario, quia, sicut usufructus morte hujus extinguitur, ita jus in beneficio morte Clerici: differt tamen I. quod usufructuarius fructus perceptos, & à solo separatos, ac reconditos absolute faciat suos, ita, ut de illis tam inter vivos, quam per ultimam voluntatem liberè disponere possit. *l. 12. §. Julianus ff. de usufr.* Non etiam beneficiatus, ut constat ex dictis. II. Ille tenetur satisfacere *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 & successione 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 in præsentiarum supersedere jubemur, fidem nostram liberaturi in Parte III. hujus Libri. Interim præsentis commentationi hoc votum subjungimus,

UT IN OMNIBUS GLORIFICETUR
D E U S.



(Q9)

PA-