



UNIVERSITÄTS-
BIBLIOTHEK
PADERBORN

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

Scharz, Oddo

Salisburgi, 1738

Titulus XXI. De Pignoribus, & aliis Cautionibus.

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

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, que 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 Pignorat. 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 Pignorat. 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 statuario, 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 Prætoribus 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. §. 1. 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, & subsequuta re iudicata Magistratus ex bonis debitoris jam condemnati pignora capit, ut illa secundum formam l. 15. §. 2. §. 3. ff. de Re iudic. 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. §. 1. 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 vegetalium, 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, tacitè 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* tacitè 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* tacitè locatorem 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 sine, 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 tacitè intelligi pignori esse: ergo prudenter inferimus, eundem pignoris onus ad alias res præter *fructus* extendere noluisse.

Opponitur IV. l. 3. ff. in quib. caus. 12 *pign.* ubi dicitur, quod *illata* in *horreum*, *diversorium*, & *aream* tacitè obligentur. Resp. *horreum* ibi sumi, sicut *diversorium*, & *aream*, adeoque pro prædio urbano, in quo merces 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 cit. l.

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 distraxerit, 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, eidem 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 pign. 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 versum 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. 11. princ. ff. de Pignor. Quid Prælati possint circa constitutionem pignoris in rebus Ecclesiæ, jam in tit. de reb. Eccles. alien. num. 26. discussum fuit.

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 auctoritas.*

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 obiectum 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.* pugnantēs 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, quàm 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 34 etiam referuntur res *litigiosæ* & quidem de rebus *mobilibus* expressus Textus est in *l. 1. §. 2. ff. quæ res pign. quam*

quam Constitutionem Haunold. etiam extendit ad res *immobiles* juxta *tit. C. de litigios.* quia nec 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 aræ 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-

ceret, tunc sine consensu prioris creditoris obligari non posset. Quodsi 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. actiõn.

§. 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 remissivè.

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 solutum cedat. Hoc pactum regulariter est injustum, eo quod nimiam complectatur inæqualitatem, cum pluris communiter valere soleat res oppignorata, quam sit in credito, & præterea creditores, pecunia indigentes, facile in pactum 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, ideòque 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 ini-

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 *emptionis* 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 percipiuntur 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 auctoritas Juris Canonici, quod pactum *Antichresiticum* ab iniquitate aliter non absolvit, nisi fructus ex re pignorata 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 pignorata, retineret aliquid ultra sortem, quam mutuo dedit, & per consequens *usuram* committeret: in effectu quippe nihil interest, an expressè quis sibi usuras stipuletur, num verò commodum fructuum, aut aliud compendium captet. *l. 16. C. de Usur.* Imò major pacti hujus, quam prohibendi *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 faciliùs 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 commissoria* 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 questio: 49 An scilicet *juri luendi pignoris*, sive, ut alii (sed malè) efferunt, actioni *pigneratitiæ directæ* à creditore præscribi possit? Affirmativam propugnant prius mi 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 *jugi 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 Gallo *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 perimi 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 admittitur præscriptione creditor haberet jus retinendi pignus, & simul obligationem illud restituendi, quod evidenter absurdum est.

Antequam II. membrum probem, 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, inquis, 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-

30 temporé, 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 nequam 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 promisit, 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, qua 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, Carpov. *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 Prætoria* à Prætorè Servio introducta, & datur locatori fundi pro rebus coloni, quæ pro mercede fundi expressa conventionè oppignoratae sunt. *§. 7. Inst. de action. Quasi Serviana*, quæ etiam *hypothecaria* subinde vocatur, *d. §. 7.* quandoque etiam *Pigneratitia* *l. 22. ff. de Pignor. l. 41. ff. de Pignorat. act.* quatenus nempe *pignus* & *hypotheca* in ratione *juris in re* promiscuè sumuntur, est similiter actio *realis*, quæ non à Servio Prætorè, 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 facilitorem 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 detur, 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, secùs si convaluerit. Clar. D.D. Rath in proc. edit. assert. 34. quo etiam reducuntur, saltem de consuetudine, mercedes famulorum, & ministrorum, qui in ædibus domini morantur, ejusque pane fruuntur. Berlich. part. 1. conclus. 64. num. 78. saltem unius anni, ut in Bavaria, & hic Salisburgi 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. h. 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 tueantur 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 Pignorat. 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 Pignorat. 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 Pignorat. act. l. 9. C. de Solut.* & tunc creditor vel actione *pignoratitia* 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?

SUMMARIA.

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-