



UNIVERSITÄTS-
BIBLIOTHEK
PADERBORN

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

Scharz, Oddo

Salisburgi, 1738

Appendix. De Mutuo.

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

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 aliàs credendi verbum latius pateat, & aliis quoque obligationibus undecunque descendentibus 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 modò 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 poterit, 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 aestimanda 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?

SUMMARIA.

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, quandoque 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, maximè, si pecuniæ sub usuris licitis mutua dentur. Ratio est, quod mutuum dare, sit actus Christianæ charitatis, & misericordiæ, quam indigentibus impendere vel maximè Ecclesiam decet. Accedit, quod Prælati tutoribus æquiparentur, Stephan. Gratian. *discept. forens. cap. 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. Quinimodò, 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 debeat? 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 Praelati 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 Praelato mutuum dedit, fuisse in manifesta indigentia.

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

13 Nec unum, nec alterum assertum concutis, si dicas, tali modo, Ecclesiae indemnitati non satis prospici, si non pro omni casu, quo creditor Ecclesiae mutuas pecunias numeravit, ad hoc, ut eas condicere possit, versionem prius probare debeat: Etenim periculum fraudis, aut supplantationis haud abest, etiam tunc, cum Praelatus consensum Capituli requirit, quippe 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 Praelatum, 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 Ecclesiae probare teneatur.

Attamen hæc non absterrent, nec faciunt, ut Molinam inpraesens 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 Praelati 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 mutuam 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 pecuniam.

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 hæc 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-

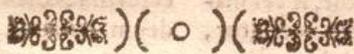
ponderis, pisces, ova, charta, ligna certæ mensuræ, lateres certo canone confecti &c. Clariss. D. D. Franz ad *Tit. Inst. Q. M. R. C. O. §. 5. num. 38.*

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 adèò 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 contrahentium fieri posse, tibi persuadeas, etenim quæ rei ex natura non insunt, partium consensus tribuere, aut supplere nequit; secus, ut bene monet Clariss. D. D. Peregrini ad *cit. tit. num. 2.* possent contrahentes etiam mutuum contrahere, dando *vinum pro oleo.* Quodsi igitur partibus allubescat ovem pro ove reddere, non *mutuum*, sed *permutatio* erit.

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 Wolferen 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 censetur 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, quàm 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 mutuatario 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 moneta, 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 usura 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, eadèque 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 Depositum?

SUMMARI A.

1. Depositum potest spectari vel objective, vel formaliter, & in hac posteriori acceptione definitur, & singule datæ definitionis particule explicantur.
2. Depositum dividitur in Depositum juris, & facti.
3. In Depositum 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-