



UNIVERSITÄTS-
BIBLIOTHEK
PADERBORN

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

Scharz, Oddo

Salisburgi, 1738

§. I. Quid, & quotuplex sit Pignus?

[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, quo judicium summarissimum, sive momentaneæ possessionis instituitur, hanc cognitionem judici ordinario deferunt. Fortè tamen non male distinxeris cum Pignatell. cit. consult. n. 17. num. Vasallus agat contra dominum ex causa spoliæ criminaliter, vel civiliter, quantum sua interest, fuisse à domino spoliatum, vel num. ita agat possessorio, ut hujus de-

cisio adminiculetur proprietati, ut si petat, dominum privari jure suo, quia propria autoritate rem à Vasallo possessam occupavit, vel interdicto *uti possidetis* ad possessionem suam ab ulteriore turbatione tuendam, & ut declaretur legitimus esse possessor. Priori casu cognitio erit judicis ordinarii, quia nullo modo vertitur quæstio feudi, ideòque non est, ut foro feudali præ foro communi judicandi prærogativa deferatur. In posteriore autem, cum altera alteri vel præjudicet, vel multum commodet, à domino feudi dijudicanda erit. Id quod pluribus confirmat Aretinus in cap. 5. de jud. n. 23.

TITULUS XXI.

De Pignoribus, & aliis Cautionibus.

Solent Contractibus ad majorem debiti, & conventionis securitatem à partibus cautiones adjici, inter quas illa idonea dicitur, quæ fit per *pignora* vel *fidejussores* juxta illud Martialis

Cum rogo te nummos sine pignore, non habeo, inquis,

Idem, si pro me spondet agellus, habes,

Quod mihi non credis veteri, Thelesine Sodali,

Credis colliculis, arboribusque meis.

Igitur præfenti Titulo materia *Pignorum*, sequenti verò *fidejussorum* discutienda proponitur.

§. I.

Quid, & quotuplex sit Pignus?

SUMMARIA.

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. objectivè pro re pignore affecta tt. ff. §. C. de distract. pign. II. Effectivè pro jure reali, quod creditor in rebus oppignoratis habet. tt. ff. §. C. Quib. mod. pign. vel hypoth. tacit. contrah. III. Formaliter pro Contractu, quo res pignori traditur. tt. ff. de Pignorat. act.

Pignus & Hypothecam Synonima vocabula dixeris, quia ex Marciani effato in l. 5. §. 1. ff. de Pignor. §. hypoth. solo nominis sono differunt, attamen notabile inter utrumque discrimen intercedit, dum pignus illud propriè dicitur, ubi possessio rei oppignoratæ in creditorem transfertur, non verò in pacto hypothecæ, ubi rei obligatæ possessio penès debitorem manet l. 1. princ. l. 9. §. 2. l. 85. §. 1. ff. de Pignorat. act. Stryck. ad tit. de Pignerat. act. §. 1. ubi insimul advertit, quod hodie hypothecis plerumque clausula constituti possessorii adjungi solet, quæ clausula id operatur, ut veram possessionem in creditorem transferat, & debitor nomine creditoris possideat. Alii inter pignus, & hypothecam id discriminis assignant, quod illud in re mobili, ista vero in re immobili consistat, illud traditione, hæc

nuda conventionione perficiatur. Verùm his obstat l. 1. ff. de Pignerat. act. ubi dicitur: Si Contractum sit pignus nuda conventionione, & si quis aurum ostenderit, quasi pignori daturus, & æs dederit, aurum obligatum erit, non æs, quia in hoc non consenserunt: ergo etiam in re mobili, licet non tradita, hypotheca constituta fuit. Si quis tamen (pergit ibidem Ulpianus §. 1.) cum æs pignori daret, affirmavit, hoc aurum esse, res pignori datum dicitur, quia in corpus consensum fuit. Id non negamus, res mobiles, si in illis pignus constituitur, ut plurimum tradi, non etiam res immobiles, sed id non fieri, ait Stryckius ad tit. de Pignorib. §. 6. ex natura pignoris, sed ex regulis prudentiæ, quoniam res mobiles facillè alienari, & in loca dissita transferri possunt, & sic, nisi tradantur, creditori non satis cautum foret, quod periculum non æquè in rebus immobilibus metuendum habet.

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

quòd res pignoris nexu obligata in dominio debitoris maneat, ac lubinde casus fortuitus, si circa rem oppignoratam emergat, non ad creditorem, sed debitorem spectet. *l. 6. l. 9. C. de Pignorat. act. Scriptura ad hujus contractus perfectionem necessaria non est, licet seruiat ad probationem l. 4. ff. de Pignorib. & nonnunquam etiam ad prælationem, si scilicet instrumento publico firmetur. l. 11. C. Qui potior. in Pign. Nisi de jure statutorio, vel consuetudine aliud introductum sit, de quali consuetudine saltem quoad immobilia testatur Perez in Cod. ad h. t. num. 1. & alii.*

4 Pignus communiter dividitur in Prætorium, judiciale, & conventionale. *l. fin. C. de Prætor. pign. l. 4. ff. de Pignor. Prætorium est, quod à 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. §. tt. ff. ut legat. §. fideicom. seruand. caus. Item ex causa damni infecti l. 4. §. 1. l. 15. ff. de Damn. infect. vel in novi operis nunciacione de opere demoliendo. Judiciale pignus est, quando prævia plenaria causæ cognitione, & subsecuta re 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. §. tt. ff. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacit.* Noli tamen jus *tacitæ hypothecæ cum jure retentionis*, quod in certis casibus leges indulgent, confundere. Conveniunt equidem quoad hunc effectum, quod tam qui *jus retentionis* habet, quam qui *jus pignoris*, rem ante restituere non teneatur, donec debitum solutum fuerit. *l. 26. §. 4. ff. de Condit. indeb. l. 5. ff. de Dot. prælegat. l. 5. ff. de Impens. in rem dotal.* Disconveniunt autem in pluribus, & I. quod extincto pignore *retentio* adhuc dari possit. *l. un. C. etiam ob Chyrograph.* II. *Retentio* non æquè *jus in re* tribuit, sicut pignus *tacitum*, & sic III. non tribuit actionem *realem*, sed tantum exceptionem. *l. 5. §. ult. C. in quib. caus. pign. tacit. l. 33. ff. de Condit. indebit. Stryck. ad tit. Quib. mod. pign. tacit. §. 6.*

Hujusmodi *tacitæ hypothecæ* plura in jure occurrunt exempla, & quidem

dem intuitu personæ sine respectu ad rem conceditur I. hypotheca tacita fisco in omnibus bonis suorum debitorum. l. 46. §. 3. ff. de Jur. fisc. l. 2. §. 3. C. de Privileg. fisc. l. 1. §. 2. C. in quib. caus. pign. tacit. In bonis primipili. l. 4. C. d. t. In bonis subditorum propter tributa aliasque præstationes. l. 1. C. in quib. caus. pign. l. 1. C. Si propter publ. caus. quo reducuntur etiam debita vengalium, accisarum, detractionum, teste Cl. D. D. Vito ab Arnold de Priorit. credit. class. 2. num. 1. pag. 42. Imò in defectum bonorum mariti etiam dos uxoris obligatur pro debito principali. l. 4. C. in quib. caus. pign. Quia habentur quasi pro bonis mariti. l. 29. §. 30. C. de Jur. dot. Excipiuntur tamen bona paraphernalia l. 3. C. Ne uxor pro marit. §. l. 1. C. de Privileg. fisci. In pœnis verò & mulctis, ubi bona rei non publicantur, probabilius hoc jus tacite hypothecæ non habere locum, defendunt Perez, Zoësius, & Lauterbach apud Magn. P. Schmier lib. 3. Tract. 2. cap. 5. num. 54. II. Pupillus quoque, ac Minor tacitam hypothecam habent in bonis tutoris, vel curatoris. l. 20. C. de Administr. tut. tt. ff. de eo, qui pro tut. III. Mulier suscepta liberorum tutela, si ad secunda vota transeat, antequam liberis prioris matrimonii tutorem dari postulaverit, eisque, quod debetur ex ratione tutelæ gestæ, persolverit, non sua modo, sed & novi mariti bona liberis per hoc tacite obligat. l. 6. C. in quib. caus. pign. Nov. 22. cap. 40. IV. Filiifamilias ratione administrationis, quam pater in bonis eorum adventitiis maternis gerit, à tempore susceptæ administrationis bona patris tacite obligata habent. l. 6. §. 4. C.

de Bonis, quæ liber. §. l. 8. §. fin. C. de secund. Nupt. V. Liberi prioris matrimonii idem tacitum pignus habent in bonis patris, vel matris ad secunda vota transeuntis. l. 6. §. 2. §. l. 8. §. 4. C. de secund. Nupt. Probabilius tamen nec isti, nec pupilli, nec minores hypothecam istam habent in bonis hæredum, patris, tutoris, aut curatoris, quia, dum per expressam conventionem bona istorum obligantur, bona hæredum non comprehenduntur, l. 29. ff. de Pignorib. idèò multò minus in tacito pignore continebuntur. arg. l. 3. ff. de R. C. Et hæ recensitæ tacitæ hypothecæ intuitu personæ constituuntur.

Ratione rei tacitæ hypothecæ nexu obligatæ sunt locatori prædii Urbani omnia à conductore invecata, & illata, eo tamen animo, ut perpetuo ibidem sint, pro pensione scilicet, & deterioratione rei locatæ, etsi locator ea illata esse ignoraverit. l. 5. C. locat. l. 4. ff. de Pact. l. 2. §. 2. seqq. ff. in quib. caus. Et hoc obtinet tam in secundo, quam primo conductore, ut illius bona non minus, quam istius, postquam invecata sunt, tacito pignore affecta sint. l. 11. §. 5. ff. de Pignorat. act.

Aliud dicendum de illatis in prædium rusticum, quæ aliter locatori non obligantur, nisi sciat esse illata, & insuper expressa conventionem illa fuerint hypothecata, id quod probo ex §. 3. l. de interd. ubi clarissimè habetur, interdicto Salviano uti dominum fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset. Accedit Textus in l. 4. ff. in quib. caus. pign. ubi illata quidem in prædium urbanum pignori esse dicuntur, quasi id tacite convenerit, in rusticis prædiis contra ob-

(E e)

ser-

servatur. Idem colligitur ex *l. 7. ff. d. t.* à sensu contrario, nam dicuntur ibi *fructus* in prædiis rusticis nascentes, tacite obligari domino fundi locati, *etiamsi nominatim id non convenerit*: ergo *illata* non obligabuntur, nisi nominatim convenerit. Hinc occasione hujus legis ratio differentie inter prædia *rustica*, & *urbana* nullo negotio redditur, quod scilicet in illis per *fructus* tacite obligatos sufficienter cautum sit locatori; non item in istis, ubi *fructus* non nascuntur. Ex quo facile conjicies, quod *illata* à colono coloni primo locatori obligata non sint (id quod paulò ante de inquilino inquilini concessimus) eo ipso, quod *illata* primi coloni citra expressam conventionem non oppignorentur. *l. 27. §. 4. in fin. ff. de Pact.*

9 Verum hæc nostra assertio non ubique applausum invenit. Opponitur enim nobis *I. l. 5. C. de locat.* ubi dicitur, certi juris esse, *ea, que voluntate dominorum coloni in feudum conductum induxerunt, pignoris jure dominis prædiorum teneri*, in *urbanis* verò domini scientiam necessariam non esse: ergo etiam in *rusticis* non requiretur expressa conventio ad hoc, ut *illata* obligentur, sed sufficiet sola scientia & voluntas domini. Ad hoc Resp. voluntatem hic sumendam esse pro conventionem juxta *d. l. 4. ff. in quib. caus. pign.*

10 Opponitur *II. l. ult. C. in quib. caus.* ubi omnia *illata*, & *invecta* tacite locatibus obligata dicuntur sine ulla distinctione prædiorum, num illa *rustica*, vel *urbana* sint. Resp. *cit. l.* explicationem, & illustrationem sumere ex *LL.* supra citatis.

Opponitur *III. l. 7. ff. in quib. caus.* 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 *invechantur*, eo fine, ut *ibi sint*, jam obligata erunt. Resp. *princ.* illius *l.* loqui de prædiis *rusticis*, *fin.* verò de *urbanis*, quod utique novum non est in jure, ut una lex de diversis loquatur. Ne verò hoc gratis, & sine fundamento dixisse videamur, rationem nostræ interpretationis reddimus, quod in *princ. d. l.* *Juris-Consultus* dixerit, in prædiis *rusticis* *fructus* ibi natos tacite intelligi pignori esse: ergo prudenter inferimus, eundem pignoris onus ad alias res præter *fructus* extendere noluisse.

Opponitur *IV. l. 3. ff. in quib. caus.* ubi dicitur, quod *illata* in *horreum*, *diversorium*, & *aream* tacite obligentur. Resp. *horreum* ibi sumi, sicut *diversorium*, & *aream*, adeoque pro prædio urbano, in quo merces recondantur juxta *l. 74. ff. de contrab. empt. & l. 55. ff. locat.* & adhuc clarius juxta *l. 3. §. 2. ff. de Offic. Prefat. Vigil.* ubi expressè dicitur, *homines pretiosissimam partem fortunarum suarum in horreis reponere.* Itaque nostra Conclusio tantum procedit de prædiis *rusticis* *fructus* ferentibus.

Opponitur *V. §. 7. Inst. de Action.* ubi res coloni pignoris jure domino prædii obligari dicuntur sine distinctione. Resp. intelligendum esse de expressa conventionem juxta alias jam *cc. ll.*

Regula de illatis in prædium urbanum

num in casibus particularibus nonnullas patitur difficultates, hinc mox

- 14 Quæritur I. An libri studiosorum in Musæum conductum illati tacitè oppignorati censeantur? Respondeo probabiliter negativè, quia obligatione generali non continentur, quæ quis verosimiliter in specie obligaturus non fuisset. *l. 6. ff. de Pignorib. & arg. l. 8. juncta auct. 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.