



UNIVERSITÄTS-
BIBLIOTHEK
PADERBORN

**D. D. Emanuelis Gonzalez Tellez, In Inclyta Salmanticensi
Academia Collegii Majoris Conchensis Alumni, &
antiquioris vespertinæ Sacrorum Canonum Cathedræ
propriarii Interpretis; in Pinciano Sanctæ ...**

Additis Notis uberioribus ab Historia, & Chorographia

Complectens Librum Tertium

González Téllez, Emanuel

Francofurti Ad Moenum, 1690

Titulus XXI. De Pignoribus.

[urn:nbn:de:hbz:466:1-74526](https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:hbz:466:1-74526)

Tradi-
tatio de-
videndi.

cet breviter, perfringit Innocentius in presenti, apparet vera ratio ipsius decisionis; licet enim in calibus ab Innocentio relatis feudum per alienationem, & mortem vassalli rediret ad dominum, & eo iterum mensa Ecclesie incorporato, videretur dicendum non posse Archiepiscopum, qui juramento promiserat non infeudare res Ecclesie, iterum novum vassallum de feudo illo investire: contrarium tamen decrevit Innocentius ex principio illo vulgari, videlicet, quod alienabiles res semel facta, semper manet alienabilis; quod axioma illustrat Barbosa in axiom. cap. 21. Solorzanus dicto cap. 32. unde licet res Ecclesie inalienabiles sint, ex traditis in cap. nulli 5. de rebus Ecclesie & per consequens in feudum Archiepiscopo dari non possunt, ex supra traditis; tamen ex quo jam in feudum data reperiebantur, alienabiles facta fuerunt; nec ipse Archiepiscopus de novo in feudum dare eas creditur, sed potius antiquum feudum conservare: unde recte docet Innocentius, absque metu perjurii ipsum posse iterum de feudo ipso alium possessorem investire. Facit exemplum pupilli, qui licet novum feudum concedere nequeat sine auctoritate tutoris, antiquum tamen renovare valet, lib. 2. feudorum, titul. 1. §. 1. quia non videtur de novo alienasse, ut ibi docetur: & sicut pupillus sine tutoris auctoritate non potest servum tabernae, aut negotiationi efficaciter proponere, l. verum 9. ff. de institut. tamen si jam prepositus reperitur, efficaciter ipse ex ipsa negotiatione obligatur, l. sed si pupillus 11. ff. eodem titul. Similiter ergo licet Praelatus Ecclesie non possit absque

justa causa, & debita solemnitate rem Ecclesie in feudum concedere, tamen antiquum renovare non prohibetur.

Nec obstat dubitandi ratio supra adducta; nam licet temporaria alienatio jus rei non muet, tamen feudi concessio non est temporaria alienatio, immo perpetua, ut supra adduxi: unde rem ipsam reddit alienabilem de cetero intra eandem alienationis speciem. Nec obstat augmentum ipsius difficultatis; nam licet controversum sit, an adhuc post prohibitionem Concilii Lateranensis relatum in dicto cap. prohibemus, juxta illius textus communem interpretationem possit Episcopus decimas infeudatas ante ipsum, iterum laicis in feudum concedere, & verior sententia sit, de illis iterum non posse investire laicum: inter illum tamen casum, & praesentem decisionem magna versatur differentia; nam in prohibitione infeudationis in laicum, ultra prohibitionem Concilii, & alienationem rerum Ecclesie reperitur incapacitas laicorum, quam agnoverunt Ecclesie Patres: unde cum eam post Concilium Episcopi, & similes Praelati tollere non possunt, ideo neque ex novo feudo, nec ex veteri, sed antiquo possunt decimas laicis concedere, noviter eas infeudando, aut per investituram jam infeudata aliis concedendo; quae incapacitas in praesenti textu non datur. Unde licet Archiepiscopus in ejus specie non possit res Ecclesie in feudum concedere, propter juramentum praestitum de ipsis non infeudandis, tamen feudum antiquum iterum concedere valet. Faciunt quae de precariis antiquis instaurandis adduxi in cap. 1. de precariis, n. 7.



TITULUS XXI.

De Pignoribus.

CAPUT I.

Ex Concilio (a) Rhemensis.

UT nullus clericus praesumat (b) calicem, vel (c) patenam, aut pallam altaris, vel (d) vestimentum sacerdotale, aut (e) librum tabernario, vel negotiatori, u t cuilibet laico, vel feminae in (f) vadimonium dare: quia tanta est sanctitas sacri ministerii, ut salva altioris mysterii intelligentia etiam per Prophetam (g) Dominus prohibuerit, ne cum sanctis vestimentis Sacerdos procedat ad populum, sed intra sancta illa dimittat, ad eum a colloquio divino rediens. Et cui in tabernas a sacris (h) canonibus ingredi prohibetur sanctificata sacro ministerio, nec ad contingendum immundis, quanto minus in vadimonium exhibere debet; sicut (i) Stephanus sanctus Papa & Martyr ad sanctum Hilarium in suis Decretalibus docuit.

NOTAE.

1. (a) Rhemensis.] Ita etiam legitur in prima collectione, sub hoc tit. cap. 1 apud Burchardum verò lib. 3. cap. 104. & Carnotensem p. 2. Decreti, cap. 139. additur cap. 11. Et licet in nullo ex Conciliis Rhemensibus hucusque ex D. D. Gonzal. in Decretal. Tom. III. Pars I.

eius reperiantur haec verba, referuntur tamen ab Hincmaro Rhemensis in capitulis anni 852. cap. 11. & ex eo refert Pater Simonius in notis ad capitul. Caroli, & tom. 21. Conciliorum, fol. 508. Sententia etiam hujus textus reperitur in Concilio Rhemensis celebrato anno 639. prout refertur à Corjolano in summa Concil. fol. 315. unde

credo canonem hunc esse Concilii Rhemenfis, Decretitas autem illum tranſcripſiſſe ex Hincmaro d. cap. 11. ex quibus ita præſentem litteram reſtituo.

(b) *Calicem.*] De quo, & ejus forma, ac materia agemus in capite finali, de celebratione Miſſarum.

(c) *Patenam.*] Patena eſt vaſis genus, à patendo dictum, vel ut ait Varro lib. 4. de lingua Latina, veteres patenas à patulo dixerunt, eò quòd his libarent cœnis patellas: inde patella vaſa pocula parva, ſacrificiis apta, auctore Feſto. Hinc patellarii Dii, apud Plautum in *Ciſtellaria*, qui his vaſis placabantur. Veteres enim aliquid de cœna libabant Diis, illudque patella imponebant: unde Ovidius in *Faſtis* ait:

Fert miſſos veſte parva patella cibos.

D. Iſidorus lib. 20. *originum*, cap. 4. non poculis adhibet patenas, ſed eccliſis; numeratque non inter vaſa potatoria, ſed inter vaſa eſcarum; præcipue enim apud antiquos dapes jurulentæ patenis in menſam ferebantur: unde Plautus in *Aſin.* ait: *Quovis pacto conditas, vel patinarium, vel aſſum verſes.* Id quoque liquet ex Horatio lib. 1. *ſaty.* 3.

Si quis eum ſervum patinam, qui tollere juſſus Semeſos piſces, tepidumque liquoris jus.

Columella lib. 12. cap. 43. ibi: *Columella patinus meus ex ea creta, quæ ſunt amphora, lata vaſa in modum patenarum fieri jubebat.* Notavit Marcellus Donatus ad *Trebellium*, in *Claudio*, tom. 6. *theſauri critici*, fol. 1615. In ſacris canonibus patena accipitur pro eo dumtaxat vaſe, in quo cœleſtis hoſtia in Altari adhibetur, quæ apud antiquos dicebatur etiam diſcus. D. Jacobus in *ſua liturg.* ibi: *Cum autem attollunt diaconi diſcos, & calices ad impariendum populo.* Evagrius lib. 6. cap. 20. dum recenſet Regis Coſtrois mandatum, ait: *Dedit mandatum Coſtrois Rex, ut ex eo pretio diſcus unus, & unus calix ferent, ut divinis myſteriis celebrandis inſervirent.* Patenarum uſum Miſſæ ſacrificio, jam ab ipſis Eccliſiæ cunabulis ad noſtram uſque ætatem derivatum probant Baronius anno 216. num. 13. & anno 233. num. 1. Noſtarin. in *Agno Eucharistico*, cap. 97. Joſephus Vicecomes volum. 4. de ritib. Miſſæ, lib. 6. cap. 19. & de earum materia, forma, & numero agunt Sauſay part. 3. *Panopl. ſacerd.* lib. 9. cap. 1. Vicecomes ex dicto cap. 19. usque ad 25. Bulengerus lib. 2. *opuſculorum*, cap. 2.

(d) *Veſtimentum ſacerdotale.*] Ut amictum, albam, ſtolam, planetam, & dalmaticam, & alia, de quibus in communi, & in particulari agit Vicecomes dict. volum. 4. libro 1. cum ſequenti. & nos in capite unice. de ſacra unct.

(e) *Librum.*] Ut Miſſale, ſeu Breviarium, de quo agemus infra in cap. 3. ſeu alia ſcripturæ ſacræ, non quia in eis aliquid ſacratum daretur, ſed quia cum divinis miniſteriis fuiſſent deputatæ, à prophanis hominibus retineri non debebant, præcipue ne ad Gentilium manus pervenirent: unde magna ſemper Eccliſiæ cura fuit, ne traderentur libri, & eccliſiaſtica ſcripturæ hominibus prophanis. Synodus 6. in *Trullo*. can. 68. ibi: *Nulli ex omnibus licere veteris, & novi Teſtamenti librum, nec Sanctorum noſtrorum Praconum, ac Doctorem corrumpere, vel conſcindere, vel librum cauſonatoribus, vel his qui dicuntur Unguentarii, vel alii alii ex omnibus ad eum perendum tradere, niſi utique vel à ſineis, vel ab aqua, vel*

aliquo alio modo redditus fuerit inutilis: qui autem tale quid facere deinceps deprehensus fuerit, anno uno ſegregetur. Concil. Arelat. 1. can. 13. ibi: *De his, qui ſcripturas ſanctas tradidiſſe dicuntur, vel vaſa dominica, vel nomina fratrum ſuorum, placuit nobis, ut quicumque eorum in actis publicis fuerit detectus, vel verbis nudis, ab ordine Cleri amoveatur.* Quem canonem late exponunt Albaſpineus in *ejus notis*, Bosquetus ad *Innoc.* libro 1. *epiſtol.* 130. Joannes Darius ad *Decretum diſt.* 15. fol. 47. Morinus lib. 2. *exercit.* cap. 12.

(f) *Vadimonium.*] In *vadium* legitur in prima, & ſexta colleſione, & apud Burchardum, & rectè; nam *vadium* eſt barbara vox ſignificans pignus; & *vadio* ſupponere idem eſt, ac oppignorare, in l. 19. titul. 14. lib. 1. *legum Longob.* ibi: *In vadium ſe ipſum pro pretio tradere.* Et in lege Salica, titul. 52. ibi: *De eo, qui fidem factam alteri reddere noluerit, ideſt, qui vadium alteri dat, & poſtea perſolvere ſpreverit.* Et in aliis congeſtis à Lindembrogio, verbo *Vadium*. Unde vadiare, idem eſt ac pignorare, in legibus Ripuariorum. & vadiare per ſtipitem, ideſt per ſtipulationem, dixit Innocentius lib. 2. *epiſtol.* ad *Magiſtr.* & *erat. Templ.* Illuſtrant Lindembrogius in *Gloſſario*. verbo *Vadium*, Notator *Capitularium eod. verbo*, Voſſius de *vitiis ſermonum* lib. 1. cap. 56. Aliquando dicitur *Gadium*, ut apud Petrum Mauricium lib. 1. de *mirac.* cap. 8. ibi: *Qui velut ex bona conſcientia andaer gadium in manu ejus ponens, ait: Huius (ut dixi) rei ego teſtis ſum, aliis quoque teſtibus, vel duello id ipſum probaturum.* Ubi uno in codice legi *gadium*, ſeu *vuadium* refert Pater Zerda in *adverſ.* cap. 168. Et quia pro multa ſæpius pignus dabatur, inde eſt, quod *vadium* etiam acciperetur pro multa, quam quis deberet. Concil. Cabilon. 2. can. 18. *Dictum eſt nobis, quod in quibusdam locis Epifcopi, & Comites ab inceſtuoſis, & ab his, qui decimas non dant, vadios accipiunt; & à presbyteris, pro quibusdam negligentis: & inter ſe pecuniam dividunt.* Sic in *conſtitut.* Caroli Calvi, tit. 27. poſt reditum à *Conſtuentibus*, cap. 6. ibi: *Si de ipſa pacificatione vadii ad noſtram partem venerit, ex toto perdonent.* Notarunt Voſſius ubi proxime, Bosquetus lib. 1. *epiſt.* 120.

(g) *Prophetam.*] Ezechielem cap. 44.

(h) *Canonibus.*] Relatis ſuprà in cap. à *crapula*.

(i) *Stephanus.*] Papa primus *epiſt.* 1. *decret.* ad *Hilarium Epifcopum*, cap. 3. ubi Cum rerum ſacrarum dignitati conſulere omnibus votis intenderet, ita ſcribit: *Veſtimenta eccliſiaſtica, quibus Domino miniſtratur, cultusque divinus omni cum honorificentia, & honeſtate à ſacerdotibus, reliquisque Eccliſia miniſtris celebratur, & ſacra debent eſſe, & honeſta: quibus cum aliis uſibus quam Deo, ejusque ſervitio conſecrata, & diſcata non ſint, nemo debet ſui quam in eccliſiaſticis, & Deo dignis officiis, qua nec ab aliis debent contingi, aut ferri, niſi à ſacris hominibus, ne ultio, qua Balibaſarem Regem percuffit, ſuper hæc tranſgredientes, & talia præſumentes veniat divina. Fragmentum refertur à Gratiano in capite 41. de *conſecr.* diſtinct. 1.*

COMMENTARIUM.

EX præſenti canone ſequens communiter de- Concilio
ducitur diſputanda aſſertio. Res Deo dicata pi- traditus,
enori: & primo
sur.

gnori dari non possunt, nisi ex gravi necessitate. Probant eam textus in c. 3. hoc tit. can. 72. Apostolor. cap. vestimenta 42. de consecr. distinct. 1. cap. qua semel 19. quast. 3. cap. cum Apostolus, de censibus, capite ad hoc 4. de relig. domib. Concilium Brachar. 3. can. 3. ibi: Sub hac quoque damnationis sententia & illi obnoxii tenentur, qui ecclesiastica ornamenta, vel alia qualibet indumenta atque etiam utensilia sciendi in suos usus transtulerint, vel aliis donanda vel vendenda crediderint. Theodulphus Episcopus Aurelian. in epistol. ad Clerum sua diocesis ibi: Nullus presbyter, seu laicus presumat calicem, seu patenam, aut qualibet vasa sacra, & divino cultui mancipata ad alios usus detorquere. Et l. sancimus, C. de sacros. Eccles. l. si in emptione 34 §. omnium, ff. de contrah. emptio. l. si monumento 3. C. qua res pignori, authent. de alienatione & emphytheusi, §. si vero. & §. ea vero, collat. 9. Consonant lex 3. titul. 13. part. 5. lex tit. 2. lib. 1. Recopilationis. Illustrant ultra congestos in presentia à Barbosa & Garanna, Pater Henao de sacris Missis tom. 2. dispus. 27. sect. 15. num. 166. Suarez de sacram. quast. 83. dispus. 81. artic. 3. sect. 8. Balamon in car. 68. Synod. 6. Legaufre ad tit. de rebus Eccles. in princip. Vicecomes de ritibus Missæ volum. 4. lib. 6. cap. 2. Barbosa de iure Eccles. lib. 3. cap. 2. in fine. Hunnius in encyclop. titul. 13. p. 3.

7. Sed pro dubitandi ratione in presentem assertionem sic argumentor: Si res sacra non possent pignori dari, maxime quia consecratae sunt, Deoque dicatae; unde pignoris obligationi, quæ rem ipsam afficit, subijci non possunt: sed res religiosa, quæ aequè ac sacra extra commercium est, inter 83. §. sacram. ff. de verb. obi. pignori dari potest dum religiosa est, l. 2. §. ultim. ff. de relig. ergo res sacra, dum sacra est, pignori etiam dari poterit. Secundo difficilis est ipsa assertio, dum in ea docetur, res sacras pignori dari posse urgente gravi necessitate, ex eo; nam si propter gravem necessitatem vasa sacra sunt alienanda, prius debent constari, & ita sub diversa forma alienari poterunt, cap. aurum 12. quast. 3. Authent. præterea C. de sacros. Eccles. Igitur etsi ob gravem necessitatem pignori dari possunt, debent prius constari, & comminui, ut non sub eadem forma laicis pertrahenda tradantur. Tandem superflua videtur præfens constitutio; nam si in generali prohibitione alienationis rerum Ecclesiæ cautum erat, ne res Ecclesiæ pignori, vel hypotheca dari possint, capite nulli, de rebus Ecclesiæ, si in ipsa prohibitione comprehensæ erant illæ res Ecclesiæ, videlicet vasa sacra, ornamenta, ac libri Ecclesiæ, ad quid necessaria fuit præfens constitutio.

Quibus difficultatibus minime obstantibus vera est præfens constitutio, cuius rationem ut percipiamus sciendum est, res Deo dicatas extra commercium hominum esse ex ipsa iure gentium, l. si in emptione 34 §. 1. ibi: Velocitum ff. de contrah. emptio. à quo descendit religio erga Deum, l. 2. ff. de iustis, et iure. Cum enim per consecrationem sint veluti Dei portio, aut patrimonium effecte, consequens est, & rationi consonum, ut tales res nullius in bonis sint, nec in commercio hominum remaneant, l. incantum. §. sacra ff. de rer. divis. §. nullius. Instituit. eod. titul. & ad instar sacrilegi est, quod semel Deo dicatum est, amplius humanis ulibus relinqui, cap. nulli 3. 12. quast. 2. cap. comperimus 2. 14. quast. 6. cap. qua se-

mel 4. 19. quast. 3. ex quo deprompta est regula Semel, de reg. iur. lib. 6. Unde res sacra vendi, permutari, aut alio modo alienari nequeunt, l. i. cælusus 6. l. ade sacra, ff. de contrah. emptio. l. continuus 137. §. cum quis, ff. de verb. obi. l. locum 9. C. de relig. §. utrum. Institut. de contrah. emptio. l. 1. titul. 13. part. 1. l. 22. titul. 11. part. 3. In qua parte observandi sunt textus in l. quod si 11. de relig. l. final. ff. de iur. l. 30. famul. erisc. l. final. ut in possess. leg. l. 9. de usucap. l. 7. §. 1. ff. de peric. & commodo, l. in fundo, ff. de res vind. l. 2. §. 1. de interd. l. 1. §. 15. ff. si quid in fraud. patron. l. 14. §. final. ff. de servitutibus, l. 3. §. penult. ff. de iure ficti, l. 4. §. fin. ad leg. jul. pecul. l. 53. §. 1. ff. de actio. n. empti, l. final. de mortuo inferend. l. 8. §. final. de verb. obi. nec legari, l. Maxius 66. §. 4. ff. de legat. 2. §. non solum 3. Instit. eod. titul. l. monumenta 14. C. eod. nec in stipulationem deduci, l. 1. §. si id quod, de obl. & act. l. continuus 137. §. cum quis, l. inter 83. §. sacra, ff. de verb. obi. §. idem iuris. Institut. de inutilibus stipulat. nec dividi in et hæredes, l. fundus 30. ff. famul. eriscund. nec possunt iure possideri, l. qui universas 30. §. 1. ff. de acquir. possess. ac proinde nec usufructuari, l. usufructu 9. ff. de usucap. §. sed al. quando, Instit. eod. titul. nec possunt promiscuo hominum usu versari, l. si quis sepulchrum 12. §. 1. ff. de re. l. 1. & per totum C. de sepulchro: idcirco vetat Prætor quicquam fieri in loco sacro, nisi ornamentis gratia fiat, l. 1. ff. ne quia in loco sacro, §. 1. Institut. de interd. l. 1. Eadem ratione servitus sepulchro imponi non potest, l. caveri, ff. communia præd. immo si inter prædium dominans, & prædium serviens locus sacer, vel religiosus intercedat, interrumptur servitus, quæ pars illa media nequit servire, l. si vitutes 14. §. 1. ff. de servit. l. si prius 17. §. sic, ff. de aqua pluvia, latius prosequuntur Cujacius lib. 3. respons. Papin. in d. l. ade, & in recit. ad l. 4. ff. eod. Donell. lib. 4. comment. c. 1. ubi Oualdus; Treutlerus volum. 2. select. disp. 20. thesi 1. & ibi Hunnius, & Bachovius, Vespertini nostri Antecessores in dist. l. inter 83. §. sacram, Gibalinus de negotiat. libro 1. capite 4. art. 1.

Patitur tamen hæc doctrina nobilem exceptionem, videlicet urgente necessitate gravi; tunc enim etiam res Deo dicatae alienari possunt, ac pignori dari, veluti propter redemptionem captivorum, seu injustè carceratorum, aut ob famem publicè grassantem, l. sancimus 21. C. de sacros. Eccles. Novella 7. cap. 8. & novella 65 & novella 120. cap. 9. §. sacra, Instit. de rerum divis. capite Apostolicis 13. cum duobus sequent. 12. quast. 2. l. 1. titul. 14. part. 1. Phorius in innocen. titul. 2. capite 3. Ratio redditur à Divo Ambrosio in capite Aurum, eadem causa & questione, ibi: Quoniam aurum Ecclesia non habet, ut servet. Et in hoc sensu accipi potest illa Imperatoris Alexandri sententia, referente Lampridio in eius vita, accepta à Persio satyr. 2.

Diserte Pontifices in Sanctis quid faciunt aurum.

Nempe hoc, quod Veneri donata à virgine puppe.

Utraque verò sententia procedit urgente gravi necessitate, quam auro suo redimere intendit Ecclesia, ut omnium mater: si verò omnia sunt prospera, nullibi religiosus auro impenditur, quàm in ornatum templi, & ministeriis divinis;

Gg 4 unde

unde templa pretiosa suppellectili ornata fuisse omni in religione, tam Judaica. Gentilica, quam Catholica, notum est: ut autem gravi urgente necessitate vasa sacra, aut vestimenta alienari possint, prius sunt conflanda, & ad aliam formam redigenda, ne homines ad prophanos usus illis abutantur, *d. cap. aurum*: docent Tiraq. de priv. l. pia causa, in princip. Cujacius in d. novella 65. Gothofredus in dist. l. sancimus, Covar. lib. 2. var. cap. 16. numero 8. Treutlerus volum. 2. select. disput. 20. thesi 1. Grotius lib. 3. de jure belli cap. 5. & in notis.

IO.
Traditur
ratio de-
cidendi.

Quibus ita animadversis ratio presentis assertionis ex eo provenit, nam cum vasa sacra, & ornamenta, & libri Ecclesiarum adeo sint extra commercium, ut nullo modo converti ad alios usus possint, ut probat late Vicecomes volum. 4. de ritibus Missæ, lib. 1. immò si contrectentur ab hominibus, polluantur, cap. ad nuptiarum 43. de consecr. dist. 1. ideo hujusmodi res nec ex causa pignoris possunt laicis tradi, quia id cederet in ipsarum injuriam, & irreverentiam, *d. l. sancimus* 21. ubi statuitur, posse vasa ita pignori data vindicare Episcopum, nomine videlicet Ecclesiæ, ut exponit Osualdus lib. 20. Donell. cap. 4. littera B. Erant tamen apud Romanos nonnulla privata sacra, quæ pignori dari poterant, de quibus Tertul. in apolog. cap. 13. ibi: *Domesticos Deos dicitis, domestica potestate tractatis, pignorando, vendendo, & demutendo.* Ubi observavit Zerdia, & post eum Gibalinus tom. 1. de negot. lib. 1. cap. 4. art. 1. Pietatis tamen causâ possunt tempore ingruentis famis, ad redemptionem captivorum pignori dari, ut ita pauperibus subveniatur, aut necessitati Ecclesiæ consulatur, cap. 13. cum sequentibus. 12. quest. 2. Gregorius Magnus lib. 6. epist. 35. & sacrorum canonum, & legalia statuta permittunt, ministeria Ecclesiæ pro captivorum esse redemptione vendenda, ut in exemplo Acacii Episcopi relato à Socrate lib. 7. cap. 21. & Agapeti Pontificis apud Cassiodorum lib. 12. variar. cap. 20. ubi de vasis sacris pignori datis restituendis ita ait: *Quapropter nostrâ præceptione communiti, & regiâ justione securi, sanctorum vasa, cum obligatione chirographi auctoribus sancti Petri Apostoli, sine aliqua dilatione refundite, ut lucrosè reddita, celeriter impetrata videantur; oprata referantur manibus Levitarum ministeria, toto orbe narranda: donetur quod proprium fuit, quoniam justè per largitatem recipit, quod sacerdos legibus obligavit.* Germonius lib. 2. de sacr. capite 17. numero 31.

II.
Respondetur
diffi-
cultati-
bus.

Nec obstant suprâ adductæ difficultates. Non prima, nam verum est, simul consistere non posse sacrum, & prophanum; sicut nec libertas, & servitus: quare nec fundus religiosus potest pignori dari, nec pignori suppositus religiosus fieri pro ea parte, pro qua religiosus est: at verò pro ea parte prædii, pro qua locus purus manet, nec religiosus efficitur, potest pignori dari; quo casu procedit textus in d. l. 2. §. final. Nam cum locus pro alia parte prædii remaneat purus, pro ea parte consistere pignus valet. Nec obstat secunda difficultas; nam magnum discrimen versatur inter eum casum, in quo res venduntur sacra ob redemptionem captivorum, vel similem necessitatem; & quando tantum pignori dantur. Primo casu debent prius conflari, *d. cap. aurum*: secundo verò in ea forma, in qua sunt, possunt pignori dari. Differen-

tia ratio ex eo provenit, quia per emptionem dominium cum ipso rei usu transferitur in emptorem per pignoris verò constitutionem non mutatur causa dominii, *l. cum & sortis 35. §. ult. ff. de pignorat. action. l. pignus 9. C. eod. tit. l. fenerator 6. vers. alias. ff. de nautico fœnore, l. rescriptum 12. ff. de distract. pignor. nec creditor potest absque vitio furti uti re pignorata, l. si pignore, ff. de furtis*: ideoque in pignoris datione necesse non est vasa ipsa conflare, ut in venditione docet Mancinus lib. 1. de rriplici juris collat. cap. 132. Nec in confirmationem hujus doctrinæ omittam mirandum exemplum, quod narrat Baronius tom. 11. anno 1180. Cum enim monachi Ecclesiæ sanctæ Mariæ, & sancti Amatoris mutuò accepissent pecuniam à divite quodam sub pignore cortinarum Ecclesiæ, & adveniente festo B. Virginis rogallent eum, ut ad ornandam Ecclesiam accommodaret statim restituendas, ille verò respondisset, cortinas esse circa lectum uxoris suæ, quæ nuper ex puerum peperat, nec posse inde amoveri, sicque die festo Ecclesia ornatum suum non habuisset, nocte sequente apprensus Dei genitrix uxori illius divitis significavit, virum ejus grande peccatum commisisse, & in ejus pœnam primò puerum tertia die spiritum exhalaturum, deinde patrem octava die hanc temporalem vitam mori, & supplicii æternis commutaturum; quæ omnia evenerunt ut prænuntiata fuerant.

Nec obstat ultima difficultas, pro cujus solutione sciendum est, inter alias alienationis species erga res Ecclesiæ prohibitas contineri & pignoris dationem, *dist. cap. nulli, novella de not. alienandis*; quia licet per pignoris constitutionem non mutetur causa dominii, tamen jus in re tribuitur, propter quod distractioni locus paratur: unde regulariter prohibita alienatione, pignoris constitutio prohibita censetur, *l. final. C. de rebus alienis, Tiraq. lib. 1. de retract. §. 1. gloss. 14. numero 7.* Nec contrarium probatur in l. si pupillorum 7. §. si Prator ff. de rebus eorum, quam exponunt Arias à Mesa lib. 3. var. cap. 28. & alii Vespertini Antecessores in dist. cap. nulli. His ergo suppositis dicendum est, in presentis textu, & similibus prohiberi sacra vasa, & ornamenta pignori dari laicis, etiam cum debita solemnitate, ex speciali ratione suprâ illustrata.

Ex suprâ traditis lucem accipit textus Concilii Lateranen. generalis, celebrati sub Innocentio III. cap. ultim. post princip. de expeditione in Terram sanctam, in illis verbis: *Ipsis clericis qui fuerint in exercitu christiano indigemus, ut beneficia sua integra percipiant per viciniam, ac si essent in Ecclesiis residentes; & si necesse fuerit, ea per idem tempus pignori valeant obligare.* Quæ verba difficillima sunt, cum beneficium ecclesiasticum sit jus spirituale canonica institutione acquiritum, cap. 1. de reg. jur. lib. 6. unde videbatur ex presentis textu, non posse pignori dari. Accedit, nam militia cœlestis, sive ecclesiastica clericorum sæpe equiparatur militia cœstrensis, ut probavi in capite 1. de renunc. Sed militia cœstrensis non potest pignori dari, *l. 5. C. quares pignori, l. 4. de execut. rei judic. novella 63. vers. quarta pars*: ergo nec militia clericalis. Sed his omnibus facile responderetur ex suprâ traditis, videlicet ideo in eo textu permissis clericis beneficia ecclesiastica pignori dare, quia agebatur de expeditione faciendâ in Terram

sanctam, unde ob causam illam totius Ecclesie, & ingruentem illam necessitatem permitti-

tur res ecclesiasticas, immo & ipsa vasa sacra pignori dare.

CAPUT II.

(a) Gregorius Fantino Defensori.

ATOR presentium Cosmas Syrus in (b) negotio quod agebat, debitum se contraxisse perhibuit, quod & multis aliis, & lacrymis ejus attestantibus verum esse (c) credidimus. Et quia 150. solidos debebat, volui, ut creditores illius cum eo aliquid paciscerentur: quoniam & (d) lex habet, ut homo liber pro debito nullatenus teneatur, si res defuerint, quae possint eidem debito addici. Creditores ergo suos, ut asserit, ad 80. solidos consentire possibile est. Sed quia multum est, ut à nihil habente homine 80. solidos petant, 60. solidos per notarium tibi transmisimus, ut cum eisdem creditoribus subtiliter loquaris, rationem reddas, quia filium ejus, quem tenere dicuntur, secundum leges (e) tenere non possunt. Et si potest fieri, ad aliquid minus quam nos dedimus, condescendant. Et quidquid de eisdem 60. solidis remanserit, ipsi trade, ut cum filio suo exinde vivere valeat. Si autem nihil remanet, vel ad eandem summam debitum ejus incidere stude, ut possit sibi liberè postmodum laborare. Hoc autem solerter age, ut acceptis solidis ei plenariam munitionem scripto faciant.

NOTAE.

(a) Gregorius.] Ita etiam legitur in prima collectione, sub hoc tit. cap. 2. & reperitur textus hic inter epistolas D. Gregorii, libro 3. epistol. 43. ex quo registro ita textus litteram restituo. De Fantino Defensore nonnulla notavi in cap. 1. de transact. cap. 1. de testam.

(b) Negotio.] Generaliter negotium accipitur pro quocunque contractu, l. inter 83. ibi: Inter stipulantem, & promittentem negotium geritur, ff. de verb. obl. Plerumque sumitur pro mercatura, lib. 1. Capitul. cap. 131. ibi: Si hoc propter necessitatem comparat, ut sibi habeat, & aliis tribuat, negotium dicimus.

(c) Credidimus.] Ut fatetur ipse Gregorius supra lib. 2. epistol. 56. Ad praedictum locum cum postulaverint, ingravanter accedas, veneranda solemnia Dedicacionis impendens, ut quoties necesse fuerit, à Presbyteris Ecclesiae in superscripto loco deservientibus celebrentur sacrificia veneranda Missarum, ita ut in eodem monasterio neque fraternitas tua, neque Presbyteri, praeter diligentiam discipline, aliquid molestiarum inferant: aut si quid pro diversorum devotione commoditatis accesserit, sibi astimet vendicandum: sive aurum sive argentum, sive praedium, sive vestimentum, omnibus modis constructio profusa possideat: cum ancillis Dei in eodem loco deservientibus debeat proficere quicquid asserri ibidem contigerit.

(d) Lex.] L. ob as alienum, C. de pignor.

(e) Leges tenere non possunt.] L. 1. C. de patribus qui filios. l. qui filios 6. C. qua res pignori: licet juxta easdem leges in extrema egestate possit pater filium sanguinolentum, idest recens natum, & adhuc à matre rubentem, ut exponunt Cujacius & Gothofredus in l. 2. C. de patribus, Ofualdus lib. 2. Donell. cap. 25. littera H. Solorzanus lib. 2. de parricidio, cap. 7. Gaspar Barthius lib. 43. adversus cap. 10. Carranza de partu, cap. 4. sect. 4. Larrea decis. Granar. 11. vendere ad sublevandam necessitatem, Paulus lib. 1. sentent. titul. 2. §. 1. l. 2. C. de patribus qui filios, l. unic. C. Theo-

dos, eod. titul. l. final. C. de patriapoteft. Ovidius lib. 8. Metamorph.

----- Et tandem dimisso in viscera censu
Filia natabat, non illo digna parente,
Hanc quoque vendidit inops.

Probant Samuel Petrus ad jus Atticum lib. 2. tit. 4. fol. 160. Balduinus ad leges Romuli, cap. 17. Gentilis de bonis matern. capite 2. Narbona de etate, anno 1. quest. 8. & anno 3. quest. 2. Petrus Gregorius lib. 12. syntagm. cap. 8. Fornerius in l. 135. ff. de v. s. Hunnius lib. 1. var. tract. 2. quest. 15. & in encyclop. 1. p. titul. 10. Cabreiros lib. 2. de metu, cap. 1. Wifembachius diffut. 6. thesi 9. vel tunc etiam pignori filium dare, ut supponitur in l. ultim. de alimentis, qua inopes parentes, & apud nos expresse sancitur in l. 8. titul. 17. partit. 4. docent Cujacius ad Paulum, ubi proxime, & in comment. ad titulum C. de patrib. qui filios, Molina de primog. lib. 4. cap. 5. numero 24. Solorzanus lib. 2. de jure Indiar. cap. 7. Acacius de privi. parent. cap. 2. fol. 1015. Grotius de jure belli lib. 2. cap. 5. numero 5. ubi in notis hujus facultatis rationem tradit ex Jornande, in illis verbis: Ut enim secus parentes faciant, salutem suorum pignorum providentes, satius deliberant ingenuitatem perire, quam vitam, dum misericorditer alendus quis venditur, qui moritur, si servatur: ecce quomodo, & patri, & filio per hanc venditionem consulitur; patri, ut ex capite filii miserabiliter aliquid accipiat; filio ipsi, ne apud egenum patrem fame pereat. Sed quod Jornandes supponit, ingenuitatem perire per talem venditionem, contrarium est juri, ut probavi in cap. final. de servis non ordin. Extra casum tamen famis imminens non potest pater filios pignori dare, dist. l. 1. C. de patribus qui filios: docent Amescua de potest. in seipsum, lib. 2. cap. 14. numero 27. Larrea decis. 9. numero 21. D. Josephus de Retes lib. 8. opuscul. cap. 5. licet olim pater filium, quem in potestate habebat, posset noxae dare pro damno, quod alii dedisset, §. ultim. Instit. de noxalibus, Paulus lib. 2. sentent. titul. 31. §. filius, quod alludunt Consulti in l. noxalis, cum sequent. ff. de noxal. l. 3. §. si eum qui,

qui, ff. de libero homine, l. 5. §. penult. l. ex contractibus 49. ff. de obl. & act. Sed quamvis filius ita noxæ deditur maneret in dominio bonitario illius, cui noxam dedit; tamen ubi tantum acquisivit, ut ex eo, vel alio modo illi satisfacere posset, Prætor eum cogebat, ut noxæ acceptum manumitteret, ut docet Papinianus apud Licinum Rufinum in collat. legum Mosaic. titul. 2. ubi explicat P. Pitheus: hæc tamen noxæ deditio sublata est per Justinianum in dict. §. ultimo, Instit. de noxal. de ea plura tradunt Cujacius libro 1. observ. capite 9. & libro 2. diffinit. Papin. in l. sanctio 41. ff. de penis, Menil. lib. 1. obs. cap. ultim. & ad 50. decis. Justin. in l. apud 21. C. de furtis, Mendoza ad leg. Aquil. lib. 2. cap. 2. sect. 3. a num. 36.

COMMENTARIUM.

3.
Conclusio
traditur,
& probatur.

EX hac Gregorii epistola sequens vulgò deducitur assertio: Liber homo non potest pignori obligari, etsi non habeat unde satisfaciat. Probant eam textus in l. ob as alienum 12. C. de oblig. & act. l. qui filios 6. C. qua res pignori, l. 1. C. de patribus qui filios, novella 133. Justiniani, l. ultim. ff. qua res pignori. Arnulphus Lexov. epistol. ad Episcopos Engolism. ibi: Contractus ejusmodi, quo liber homo pignori datur, nec de jure tenet, nec bonis convenit moribus. Concilium Ticinense anni 873. De liberis hominibus, qui super alterius re resident. Et usque nunc à ministris republicæ contra legem ad placita protrahantur, & ideo pignorantur, constitutum est, ut secundum legem patroni eorum eos ad placitum adducant, & si quis eos contra hanc nostram auctoritatem, & eorum legem pignorare, aut distringere præsumpserit, patronus ejus omnia cum lege commendet, & insuper præsumptione bannum nostrum componat. Et l. 3. titul. 13. p. 5. Illustrant ultra congestos in præfenti à Barbosa & Garanna Anguianus lib. 3. de legibus, controv. 25. Larrea decis. 9. Cujacius in dict. novella 133. & in dict. l. ob as alienum, Robertus libro 2. rerum judic. cap. 6. Panciroli lib. 2. var. cap. 20. Balduinus ad leges 12. Tabul. cap. 16. & de pignor. cap. 12. Bachovius eod. tract. lib. 2. cap. 12. Narbona de atate anno 20. quest. 5. Forcatulus in sphaera legali, numero 25. Osualdus lib. 22. comment. cap. 3. duplici littera HH. Amescua de potest. in se ipsum lib. 2. capite 14. Hothomanus illustr. quest. 22. Schifordeg. ad Fabrum rom. 2. tract. 21. lib. 3. capite 8. Salmasius ad jus Atticum cap. 11. Ferro Manrique de different. utriusque fori, quest. 135. Villadiego in l. 6. tit. 3. lib. 2. fori judic. Gibalinus de usuris lib. 3. cap. 7. artic. 3. Cujacius ad Papin. in l. sanctio legum, ff. de penis, Baronius anno 119. num. 2.

4.
Impugna-
tur prædi-
cta asser-
tio.

Hæc tamen assertio ita illustrata difficilis redditur sequenti juris consideratione; nam homo liber ab hostibus redemptus jure pignoris detinetur, ut constat, donec se redimat, redemptionis-que pretium persolvat, l. 2. & 5. cum sequent. l. Praeses 8. l. ab hostibus 12. l. commercio 16. l. liber captus 17. C. de postlim. revers. l. qui testament. 20. §. potestatis, ff. qui testamenta facere, l. 1. §. qui ab hostibus 17. ff. de collat. honor. l. 3. ff. de libero homine, l. postliminium 19. §. si is qui 9. ff. de captivis, l. 43. §. fin. ff. de legat. 1. l. 1. §. penult. ff. de vi armat. l. 2. l. 5. l. 7. l. Praeses 8. l. si liberum 11. l. si is qui 13. l. is qui 15. ff. de postlim. l. si patre 15.

l. si quis ingenuam 21. ff. de captivis, l. 2. §. 1. in fine, ff. ad Tertul. l. nam 21. ff. de negot. gest. l. 8. de re milit. Balduinus de pignor. cap. 2. Amaya lib. 2. observ. cap. 14. Retes 6. opusc. cap. 13. Larrea disputat. 9. numero 9. Pinell. 1. select. cap. 3. num. 24. & cap. 9. numero 10. Igitur juri contrarium non est, liberum hominem pignoris nexu detineri. Augetur primò hæc difficultas ex eo, nam cujusque rei venditione permixta facilius pignoris constitutio concessa creditur: sed libero homini licet ad pretium participandum se vendere, & virtute talis venditionis servus maneat, l. 5. §. 1. l. homo liber 21. ff. de stat. homin. l. si ex causa 9. §. Papinianus, ff. de minor. l. si quis filio 6. §. irritum, ff. de injust. rupto, l. 1. & fere per totum ff. quibus ad libertatem, l. 2. ff. si liber ingenuus, l. liberis 7. §. 1. l. si usum fructum 23. l. cum pacto 40. ff. de liber. caus. l. quedam 14. ff. de penis, l. 5. §. si ministerium 16. C. de liber. caus. l. scientis 6. l. ultim. C. de ingenuis manumiss. Paulus lib. 2. sentent. titul. 21. §. libertas, l. si servus 23. §. in summa, de liber. caus. l. & scientis, C. de ingen. licet ea servitus sublata sit ex novella 59. & apud nos in defuetudinem aberit, ut illustrant Petrus Gregorius lib. 4. syntagm. cap. 3. numero 8. & lib. 22. cap. 1. numero 2. Osualdus lib. 2. Donell. cap. 9. littera N. Faber in jurisprund. tit. 3. princip. 4. illar. 3. Balduinus ad Quintum Mutium in dict. l. si usum fructum 23. Illustrissimus Ramos in Academicis ad dict. l. inter, §. sacram, in apendic. cap. 1. ff. de verb. oblig. igitur multo magis licebit libero homini pignori se obligare: quod & docetur in legibus Bajubar. lib. 5. titul. 1. cap. 11. ibi: Si verò non habet ipsi, se in servitio deprimat, & per singulos menses, vel annos, quantum lucrari quiverit, persolvat, donec universum debitum restituat. In Capitul. Caroli lib. 3. cap. 29. ibi: Liber, qui se loco vadis in alterius potestate commiserit; junctis quæ de vadio notavi in capite antecedenti. Augetur hæc difficultas ex more apud varias nationes recepto oppignorandi filios proprios pro debito civili. De Hebræis enim constat ex Salomone cap. 22. & lib. 4. Regum, cap. 4. ubi vidua pauperula Prophetam Eliseum ita alloquitur: Ecce creditor venit, ut colat duos filios meos ad servendum sibi. Quod etiam respicit D. Matthausc. 18. ibi: Cum autem non haberet unde redderet, jussit eum dominus ejus venditari, & uxores ejus, & filios, & omnia quæ habebat. D. Ambrosius de Tobia: Vidi miserabile spectaculum, liberos pro paterno debito in auctionem deduci. De Romanis idem liquet ex Dionysio Halicarnasico lib. 6. ibi: Unde factum est, ut cum solvendo non essem, ductus sim a sævitate in servitium unâ cum duobus. Igitur in præfenti casu rectè filius ipsius debitoris jure pignoris detineri poterat. Augetur tandem hæc difficultas, nam jure civili Romanorum, qui non poterant pecuniam solvere, corpore suo creditoris satisfacerebant, ab Atheniensibus jure illo accepto; & non solum si corpora ipsa oppignorata erant, in nervum, & in vinculum duci poterant; sed etiam si ad solvendum condemnati, intra dies justos, triginta videlicet; judicatio non parebant, in jus trahebantur, & creditoribus addicebantur, ex lege XII. Tabul. ita concepta: *Aris confessis, rebusque jure dicatis 30. dies justis sumto; post deinde manus injectio esto, in jure ducto; ni judicatum facit, aut Quipsi, endo eo in jure vindicet, secum ducto, vincito, aut nervo, aut compedibus XV. pondo, ne majore: at si volet, mi-*

nore vincito: si volet, suo V. ito: ni suo V. it, quien vincitum habebit, libras faris endo dies dato: si volet, plus dato: Ni cum eo pacit, LX. dies endo vinculis retineto: in Tiberi trinis nudinis continuis in comitium prociaturo, arisque astimiam iudicari predicato. At si plures erunt, rei ternis nudinis parit fecanto: si plus minusve secuerunt, se fraudesto: si volent, uls Tiberim peregre venudato. Quam exponunt Jacobus Gothofredus in 4. fontibus, Revardus ad leg. XII. Tabul. cap. 5. Et sequenti, Heraldus libro 2. de auct. rit. rei iudic. capite 24. Hieronymus Mas. lib. 1. obs. cap. 8. Turturicus dissert. 2. jurid. Fornerius lib. 3. rerum quod. cap. 10. Scipio Gentil. ad Apul. apolog. fol. 366. igitur verum non est, liberum hominem iure pignoris detineri non posse, etiam unde solvat non habeat, præcipue juxta vulgare illud juris dicitur, Qui non habet in are luat in corpore. l. si quis 7. §. in seruos, ff. de iurisdic. l. ult. ff. de in ius vocand. l. si quis iniuriam 35. ff. de injur. l. 1. §. ult. de penis, D. Ambrosius serm. 78. Calpodorus lib. 4. var. epist. 10. Et lib. 9. epist. 2. ibi: Reddat debitum penis, quod non potuit compensare pecuniis. Accedit, nam locus pignori datus potest fieri religiosus, quin impediatur concursus pignoris, & religionis, l. 2. §. final. ff. de relig. ergo similiter stare potest ius pignoris cum libertate.

Qua difficultate ita fulcita non obstante, vera est præfens decisio, quam ut perfecte exponamus, sciendum est, inter res, quæ extra commercium sunt, hominem liberum referri, ita ut ille naturali iure, & ratione à commercio exemptus sit, l. si in emptione 34. §. omnium, ff. de contrah. emption. abhorret enim à naturali hominum dignitate, ut sit homo merx alterius hominis, pecuniaque comparetur is, cujus causâ pecunia, ceteraque res, quæ humanis usibus deservire possunt, comparate fuerunt, ut in simili casu aiebant Consulti in l. vetus 68. ff. de usufruct. l. in pecudum 28. ff. de usufruct. l. iustissime 44. ff. de adit. edit. §. in pecudum. Instituit de rerum divis. Cicero enim ex sententia Cyprii Stoicæ sapientie Principis, agnovit hominum causâ omnia nata fuisse, lib. 3. de iudibus, & Ovidius ingeniosè lib. 1. Metamorph. vers. 66. cecinit, natum hominem fuisse, ut possit inter cetera dominari: & Propheta Rex Psalm. 8. vers. 8. omnia subiecta osse illius pedibus ait; quod rectè expressit Florentius Schenobius embl. 1. morali; unde & natos esse homines liberrimos, & ut animantia subijciant, ipsi verò nulli subijciantur, philosophatur Jacobus Vander. Graf. de iure publico, ad l. non dubito, ff. de caprivis, cap. 6. numero 2. Humanæ ergo dignitatis conditio facit, ne homo liber intra commercium sit, ut probant, & illustrant Menchaca lib. 2. illustr. cap. 82. numero 13. Amaya lib. 3. obs. cap. 1. §. 1. numero 3. Carranza de partu cap. 3. ex numer. 21. D. Martinus Saravia ad dict. l. vetus, numero 3. fusè Gibalinus de negot. tom. 1. lib. 1. cap. 4. artic. 3. confect. 2. Ex his constat, liberum hominem vendi non posse, l. bona 27. §. 1. ff. ad Vellei. l. sed Celsus 6. dict. l. si in emptione 34. §. 1. l. continuis, ff. de verb. oblig. et si vendatur in casum, quo servus sit, quia omninosus casus non est spectandus, l. sed Celsus 6. ff. de contrah. emption. l. bona 27. §. 1. ff. ad Vellejanum: nec in stipulationem deduci, l. 1. §. id quod, ff. de oblig. & act. l. liber homo 130. dict. l. continuis 137. §. cum qui, ff. de verb. obl. §. idem iuri, Instituit de inutilibus; nec possideri, l. si quis

liberum 20. ff. de prob. l. cum hæredes 23. §. ultim. l. qui universa 30. §. 1. de acquir. possess. nec ulucapi. l. usucapionem 9. de usucap. §. sed aliquando, Instituit. eod. titul. l. ultim. C. de longi tempor. præscript. quæ pro libertate; nec inter cohæredes dividi, l. quadam 41. ff. famil. ercisc. l. ultim. de iure patron. nec vindicari, l. 1. §. per hanc, de rei vindicat. nec pignori conventionaliter obligari, l. 1. C. de patribus qui filios distraxerunt, l. ob as alienum 12. C. de oblig. & action. l. qui filios 6. C. quæ res pignori, cum aliis supra adductis. Eademque ratione dicitur corpus liberum nullam astimationem recipere, l. 1. §. sed cum homo, l. ultim. ff. de his qui deiecerunt, l. 3. ff. si quadrupes, l. 2. §. cum in eadem, ff. ad leg. Rhodiam.

Nec contrarium docetur in l. §. liberi hominis 4. cum duabus sequent. l. liberi 70. ff. de contrah. Emptionem, l. minor. 39. §. pater, ff. de evict. l. si ribi 25. C. eod. titul. l. Lucinius 4. ff. quibus ad libertatem, §. ultim. Instituit. de empt. & vendit. ubi docetur, liberi hominis intelligi contractam emptionem, si ematur ab eo, qui ignoravit ejus conditionem, quia difficilè dignosci potest liber homo à servo. Nam sciendum est, venditionem consistere, dici duobus modis. Primò, ut per eam dominium rei empta acquiramus, l. cum manu 80. §. ultimo, ff. de contrah. emption. & hoc respectu venditio hominis liberi, quamvis ab ignorante ematur, non valet, l. 4. ff. de contrah. emption. Secundo, ut ex ea venditione nascatur actio ex empto, quæ utatur emptor adversus venditorem, ut pretium, interesseque recuperet. Hæc autem actio non supponit perfectam venditionem, nec adid tendit, ut contractum confirmet, sed potius ut illum rescindat, quia ad ejus rescissionem datur, l. ex empto 11. §. animalium 4. & §. si quis virginem 5. ff. de act. empti, docet D. Joannes Suarez ad leg. Aquil. lib. 2. cap. 2. sect. 5. numero 12. Unde mens Jurisconsultorum in dictis legibus est, valere emptionem liberi hominis, quamvis haberi non possit, ut ex ea actio ex empto competat emptori bonæ fidei, quæ non posset competere, si sciens emisset, quia pretium jactare videretur, dict. l. liberi 70. de contrah. emption. & expressè tradit Modestinus in l. qui officii 62. ff. eod. tit. docent Phocius in nomocanone, titul. 2. cap. 2. Ant. Silvius & Clarus ad l. Regias cap. 2. Jacobus Gutherus de iure manium lib. 3. cap. 5. Duarenus ad titul. de contrah. emption. cap. 2. Pichard. in dict. §. idem juris, Amaya lib. 1. observ. cap. 7. numero 5. Antonius Faber in jurisprudent. titul. 3. princip. 3. illat. 3. ideo hæc actio in factum dicitur, l. ossa 8. §. 1. ff. de relig. & sumpt. quia competit ratione emptionis, quæ possit dominium transferre, ut docuerunt post Odofredum in dicta l. 8. Paulus Vulfus lib. 1. subtilit. Julius Pacius in conciliat. legum, cent. 5. question. 7. Circa hanc tamen emptionem liberi hominis à commercio observandi sunt textus in l. quod vulgo 11. ff. pro empt. juncto Cujacio ibi, l. 27. §. si liber homo, ff. ad leg. Jul. de adult. l. eum qui 14. §. si filius, ff. de furtis, l. 14. §. 1. ff. de servo corrupto, l. 44. in princip. ff. de usucap. l. 44. §. penult. de legat. 1. l. 27. ff. de liber. caus. l. 38. ff. de furtis, l. sanctio, ff. de penis, l. 1. in fine, ff. de vi & vi armat. l. 6. vers. Imperatoris, ff. de liber. agnosce. l. 15. ff. de probat. l. 2. §. si primus, ff. de statulib. l. 3. §. 1. ff. de libero hom. exhib. l. 4. §. ultim. ff. de condit. instit. l. is qui 45. ff. de oblig. & act. l. 26. §. 4. ff. de noxal. l. sed et si 19.

§. 1. ff. de evict. l. 4. ff. quibus ad libertatem proclamare, l. cum servus §. 4. §. 1. ff. mandati, l. 3. §. in hoc, de lib. exhib. l. 5. §. 1. ff. ut legatorum nomine, l. penult. §. sed et alium, ff. de operis libert. l. si eum hominem 33. l. si quis pro eo §. 6. ff. de iust. l. 7. ff. de assignand. libert. l. 4. §. ult. l. mulier 20. §. si quis hereditarium, ff. de condit. instit. l. 12. juncta l. sequenti, ff. ad exhibendum, in collat. legum Moisaic. tit. de abigeatoribus, l. 5. §. final. de servo corrupto, junctis Larrea decis. 7. Fabio irration. ad l. 12. ff. ad exhibendum.

7. Librum hominem pignori dari an liceat.

Secundo sciendum est, quod licet servi pignori dari possint, l. Paulus 29 §. si sciente, ff. de pignoribus, quia sunt in bonis nostris, ut late probat Merlinus lib. 2. de pignor. quest. 27. de hominibus tamen liberis non iidem semper fuerunt mores, & leges, sive apud Romanos, aut Græcos, sive Barbaros. Apud Græcos quondam in more fuit, corpore suo obligato, pecuniam mutuum accipere, ut refert Plutarchus in Solone; sub nexuque liberorum as alienum contrahere. Diodorus Siculus lib. 1. Plutarchus lib. de favore accipiendi; & ut res ceteræ, debitore in solutione cessante, vendebantur; ita etiam & liber homo pignori datus. Nec solum in hoc casu virtute conventionis homo liber nexui tradebatur, verum etiam citra conventionem debitorem inopem manu injecta capere, & abducere creditori licebat, ut late probat Salmalius de modo usurarum, cap. 17. quod lege speciali sustulit Solon, cavens, ne quis deinceps sub homine libero pecuniam crederet, ut ex Laërtio, Diodoro, & Suida probat late Gibalinus lib. 3. de usur. cap. 7. art. 3. Apud Romanos etiam sæpius in hanc partem variarum legimus, nam initio quidem, Regum tempore licuit cuiilibet se nexui dare creditori, & oppignorare. Unde Servius Tullius populo promisit apud Dionysium lib. 4. legem se laturum ne deinceps liceret sub pignore liberorum corporum mutuum dare, & deinde mensis in foro positus omnium oblatorum nomina propria pecuniâ exsolvit, & per præconem pronunciare iussit, nemini creditorum licere deinceps civium corpora propter privata debita abducere. Dionysius lib. 6. Sed hæc lex contrariis moribus obliterata fuit, & nexorum ob as alienum jus statutum in l. XII. Tabul. verbis supra relatis: quare ex ea lege debitor damnatus, qui non solvebat, addicebatur creditori, quod respexit Terentius in Phormion, ibi:

Mihi socium nihil esse, Duces ducent damnatum domum:
Alere nolunt hominem edacem, & sapiunt,
meâ quidem sententiâ.

Duravit hic mos addicendi obaratos creditoribus ad annum urbis conditæ 427. quo Pætilio, & Papirio Coss. lata fuit lex, ne quis nervo, aut compedibus ob as alienum teneretur, ibi: Eo anno plebi Romane, velut aliud initium libertatis factum esse, quod necesse deservint, cautumque in posterum, ne necerentur. Sed ea lex usu sensim sublata fuit; nam apud Livium libris sequentibus plures sunt querimonie debitorum in vinculis nexorum: & Varro lib. 6. de lingua Latina, ait: Cajo Popilio rogante, Lucio Sylla dictatore, latam legem esse, ne nexi essent, qui operas suas in servitute pro pecunia darent. Sed nec hæc lex diutius tenuit, immo, ut suspicatur Hothomanus illustr. quest. 26. sicut pleraque acta Syllæ rata non fue-

runt, sic nec lex illa. Demum lex Julia ab Augusto lata legem Petilianam restituit, edixitque, ut debitoribus, qui solvendo non essent, bonis suis cedere liceret, eaque bona venderentur, in corpora autem debitorum animadvertere fas non esset, l. 1. §. 4. C. qui bonis cedere: latius prosequemur in capite Odoarum, de solut.

His animadvertis apparet jam vera ratio præsentis conclusionis; nam cum earum rerum, quæ in commercio non sunt, pignoris obligatio non consistat, l. 1. §. eam rem, C. qua res pignori, & videndi, inter eas homo liber enumeretur, l. inter 82. §. sacram, ff. de verb. obl. ideo nec liberi hominis pignoriatio subsistit, nec liber homo potest se obligari, aut filium suum simili nexui subicere, l. finali, ff. qua res pignori, ubi talis pignorationis penam pro arbitrio suo mitigasse Tribonianum credo, cum Paulus lib. 5. senent. tit. 1. ex quo desumpta est dicta lex finalis, ut constat ex ejus epigraphæ, scribat, eo casu creditorem deportandum esse, nisi mavis loco illius verbi relegatur, reponere deportatur, ut tradit Cujacius in notis ad ipsam, lib. 5. tit. 25. §. Rectè ergo, & secundum juris utriusque principia in præsentis scribit Gregorius, nec Cosman ipsam, aut ejus liberos posse pro debito civili jure pignoris retineri; unde cognoscitur injustitia feneratorum illorum, qui cadavera debitorum jure pignoris detinebant, quos reprehendit Sanctus Ambrosius de Tobia cap. 10. ibi: A feneratoribus teneri defunctos pro pignore, & negari tumulum, dum senus expositum? Carnificibus duriores, quoniam quem vos tenetis, carcer non suscipit, exaltor absolvit: peccatorum reos post mortem è carcere mittit, vos clauditis; legum severitate defunctus absolvitur, à vobis tenetur.

Nec obstat dubitandi ratio supra adducta, nam verum est, in homine libero ab hostibus redempto, jus pignoris naturalis dari; quod jus introductum fuit favore libertatis, ut carceri facilius allicerentur ad redimendos captivos, dum majorem securitatem exinde habent pretii recuperandi, ut docet Grotius lib. 3. de jure belli, cap. 9. §. 10. non tamen levis questio est, cujus status interim maneat redemptus, & propter fictivam postliminiam in suspensio est, l. finali, ff. de suis & legitimis; quia redemptio liberat illum à penuria captivitatis, non verò ejus conditionem mutat, ut disertè docetur in l. si captivus 20. §. ultim. ff. de captivis, ubi malè reponit Faber in jurispr. tit. 11. princip. 8. illar. 8. pro redundi, re-luendi. Interim ergo quoad juris effectus pro captivo habetur, excepto eo, quod potest adire hereditatem, ut inde habeat quo se redimat, l. si qui 15. C. de postliminio: docent Faber ubi supra, tit. 1. princ. 4. illar. 3. & princip. 8. illar. 11. Schifodeg. ad Fabrum lib. 2. tract. 22. quest. 2. & lib. 3. tract. 21. quest. 7. Larrea decis. 5. numero 12. Xaravia relect. 2. de captiv. redempt. D. Joseph. de Retes lib. 6. opusc. cap. 13. per tot. A jure autem pignoris naturalis redemptus liberatur, si redemptionis pignus persolvat, argumento legis solutum 11. de pignorat. Item si redemptor ei pretium quomodolibet remiserit, l. 2. l. si librum 11. l. commercio 16. C. de postliminio, l. Senatus 43. §. ult. de legat. 1. unde si redimens redemptam uxorem duxerit, quasi remississe ei pretium videtur, l. si quis ingenuam 21. de captivis, l. si is qui te 13. l. si ber 17. C. de postliminio: extinguitur etiam morte redempti

redempti jus, quod in eus corpore redemptori competeat, l. 1. §. si filius 4. de suis & legit. hered. l. 2. §. sed etsi, ff. ad SC. Trebel. l. 1. par. 15. captivus. Tandem de conventionibus finitur, si redimens publicâ libidine redemptam prostituat, l. fœdissimè 7. C. de postliminio: si redemptus per quinquennium redemptori servierit l. ultim. C. eod. titul. ex quibus dignosci potest, redemptum non esse liberum, quando pignori naturali obstrictus manet, sed adhuc in eo durare vestigia pristinae captivitatis.

Nec obstat primum augmentum difficultatis, quia responderet, etiam certum esse, in pœnam doli proprii, & fraudis eum, qui cum esset liber homo, ad pretium participandam se venditari passus est ab aliquo tertio improbo venditore, qui simulavit se dominum esse, ut facilius deciperet emptorem, servum fieri, ex iuribus supra relatis. §. servi 4. ubi Theophilus, de jure person. l. 5. §. 1. de statu hominum, l. si quis filio 6. §. irritum, de injusto rupto, l. 1. & per totum ff. quibus ad libertatem, l. 10. eod. titul. Ofualdus libro 5. ad Donellum, capite 9. littera N. & O. adeoque servus fit, ut manumissus conditionis libertina maneat, l. homo 21. ff. de statu hominum, l. 2. ff. quibus ad libertatem; quia ex justa servitute manumissus est, l. cum pacto 40. ff. de liber. caus. quam sic accipiunt Ofualdus ad Donellum libro 2. capite 20. littera D. Pinellus lib. 2. selett. capite 7. numero 22. nisi antequam in libertatem proclameret, paratus sit emptori pretium reddere, l. 2. si ingenuus esse dicatur. Aliqua tamen desiderantur. Primò, quod emptor ignarus sit conditionis eus, alioquin si sciat liberum esse, & emerit, quia nulla injuria illi fit, non potest liber homo in pœnam delicti admitti ingenuitatem amittere, l. sciens 6. C. de ingenuis manum. l. liberis 7. §. si quis, l. qui sciens 33. ff. eod. titul. l. 4. vers. Idcirco, ff. quibus ad libertatem. Secundò, ut participet pretium, sibi que habeat de facto, & ipse consumat clam, & occultè id in suos usus convertat, l. 1. ff. quibus ad libertatem, l. liberis 7. ff. de liber. caus. l. 5. C. eod. tit. alioquin si non participet pretium, servus non fit, quamvis ad decipiendum alterum patiatur se donari, in dotem dari, pignori obligari, l. si ministerium 16. C. de liber. causa, l. ultim. C. de ingenuis manumiss. §. ultim. Tertio quod sit major viginti annis, dist. l. si ministerium: quamvis si minor sit, adversus hanc venditionem non restituitur, l. si ex causa 9. Papinianus, ff. de minor. cum hæc servitus provenit ex delicto, l. quadam 14. ff. de pœnis. & adversus delicta minoribus restituitio non datur, l. auxilium 37. ff. de minor. quæ in libero homine, qui se palam pignori dat, adesse non possunt: inde licet in pœnam delicti homo liber venditus concurrentibus dictis circumstantiis legitime ætatis, participationis pretii, & ignorantie in emptore, servus fiat, non tamen potest pignoris nexi se subijcere. In Gallia tamen fuisse receptam aliquando & venditionem, & pignorationem liberi hominis, constat ex canone 14. Concilii in incerto loco celebrati, paulò post Concilium Parisiense 5. relato rom. 14. Concilior. fol. 415. in illis verbis: De ingenuis, qui se pro pecunia, aut alia re vendiderint, vel oppignoraverint, placuit, ut quandoquidem D. D. Gonzal. in Decretal. Tom. III. Pars I.

dem pretium, quantum pro ipsis datum est, invenire poterint, absque dilatione ad statum sua conditionis reddito pretio reformentur, nec amplius quam pro eis datum est, requiratur; & integram si vir ex ipsis uxorem ingenuam habuerit, aut mulier ingenuum habuerit maritum, filii qui ipsis nati fuerint, in ingenuitate permancant. Nec obstat aliud augmentum difficultatis deductum ab annexis, & adductis ex lege XII. Tabular. Nam licet adeo debitorum solutioni obstringantur, ut olim debitor, qui condemnatus solvendo non erat; creditoribus addiceretur, inter quos ejus corpus secari, ac dividi lex XII. Tabular. permittebat, ut referunt Gellius libro 20. nocturnum, capite 2. Quintilianus libro 8. institut. capite 8. & lib. 7. capite 4. & exponit Robertus ubi proxime, quæ cuncta divitiis moribus repudiata fuit, ut refert Tertul. in apolog. cap. 4. ibi: Sed & indicatos in partes secari a creditoribus leges erant; consensu tamen publico crudelitas postea erasa est, & in pudoris notam capitis pena conversa est; & honorum adhibita proscriptione, suffundere maluit hominis sanguinem, quam effundere. Et tantum creditoribus permittum fuit debitorum in vincula ponere, ac eorum operis uti donec illis satisfactum esset, ut variis exemplis eleganter illustrent Revardus ad ll. XII. Tabul. capite 8. Desiderius Heraldus de auctorit. rei judic. lib. 2. capite 24. unde hi debitorum dicebantur nexi, & addicti, quia ex ipsa lege ob æs alienum in temporariam servitutem creditorum addicebantur; indeque obligatio ipsa nexus dicebatur, quia per eam corpus ut pignus afficiebatur, Budæus ad titulum de indiem addicti. Sed id Senatui indignum visum fuit, & cautum, ut bona debitoris venderentur, corpus autem obnoxium non esset. Livius lib. 8. cui mutationi causam dedit crudelitas simul, & libido Lucii Papirii fœneratoris. Cum enim ille Publium adolescentem sibi ob æs alienum nexum pellicere sermone ad flagitium conatus esset, illeque ingenuitatis magis, quam præsentis conditionis memor flagitium aspernaretur, ab impuro creditore nudari, verberarique iustus est, qui cum laceratus in publicum proripuisset, libidinem, crudelitatemque conquerens fœneratoris, populum concitavit, qui in forum, & post agmine facto in Curiam cucurrit, obtinuitque à Senatu, ut in posterum liberi homines non necerentur. Quod etiam Servium Tullium statuisse, ex Dionysio libro 4. supra retuli: & hæc esse jura, quorum Diocletianus meminit in l. ob as alienum, C. de oblig. & action. dum ait, ob as alienum servire liberos creditoribus jura non patiuntur, notavit Pancirola libro 2. var. capite 200. & novâ Justiniani sanctione in authentica Quia ut nulli, §. quia verò, collat. 9. creditor à debito cadit, si debitorem in servitute retinuerit: sed cum æquissimum sit debitorum solvere quod debent, ut ex Seneca libro 3. de benefic. tradit Covar. libro 2. var. capite 1. numero 1. ideo nostris legibus regis cavetur, ut debitor, qui solvendo non est, creditoribus servire cogatur, donec eis satisfaciatur, l. 4. & 5. titul. 16. libro 5. recopilation. tuncque tenetur debitor ferre torquem ferreum, ut statuitur in l. 6. eodem titul. & libro, quam ad praxim doctè exposunt Azevedus, & Matienzus ubi. Paz in praxi rom. 1. part. 5. capite 5. num. 20. Nec obstat H h ultimum

ultimum augmentum; nam magnum discrimen versatur inter locum religiosum, & liberum hominem, siquidem religio non afficit totum fundum, ut libertas hominem; sed pro minima parte à legibus taxata: unde in alia parte potest remanere jus pignoris. Et favor religionis evincit, ut non obstante pignoris nexu, locus religiosus fieri possit.

II. *Exponitur l. 8. de pignor.* Presenti assertioni opponi solent textus in cap. ex rescripto, de iurejur. c. exposita, de arbitris. cap. unic. de obligat. ad ratiocinia, quarum interpretationem adduxi in eorum notis: quare his remissis potius quam omissis, primò in presentem assertionem expendo textum in l. 8. ff. de pign. ubi docetur, in generali obligatione non contineri concubinam, aut ejus filios: igitur in speciali continentur, & per consequens libera persona potest pignori dari. Cui difficultati satisfaciendum est asserendo, in eo textu agi de concubina ancilla, cum qua concubinitas dari poterat, juxta adducta à Cujacio lib. 5. observ. cap. 6. unde ex natura & conditione personæ pignus in ea consistere poterat: non tamen generali pignore comprehenditur, quia generali obligatione non continentur quæ quis ob affectionem specialiter obligaturus non fuisse, l. 6. ff. eod. tit. Est autem quedam affectio erga concubinam, l. 3. §. 1. de donat. inter: & erga filios naturales, l. 41. §. 2. ff. de legat. 3. quam eleganter expresse D. August. in lib. confessionum: erga concubinam lib. 6. cap. 22. ibi: *Delectationes consuetudinis mee, ad quam si accessisset honestum nomen matrimonii, non eum mirari oportere. cur ego illam vitam nequirem spernere.* Erga filios naturales lib. 4. cap. 2. ibi: *Experiri exemplo meo, quid distaret inter conjugalis placiti modum, quod federatum est generandi gratiâ, & pactum libidinosi amoris, ubi proles etiam contra votum nascitur, quamvis jam nata cogat se diligi.* Unde rectè in dist. l. 8. docetur, generali obligatione non contineri concubinam, ejusque filios; quia ob specialem affectionem non creditur, nec speciali pignore patremfamilias eam obligaturum; & ut prophæta literæ divinis deserviant, rectè ex eo textu probat Meril. libro 2. observat. capite 18. Deiparam Virginem Mariam generali obligatione peccati, quæ omnes nascuntur obstricti, non teneri.

II. *Exponitur Papinianus lib. 2. definitio- num.* Deinde supra traditis lucem accipit Papinianus relatus à Licino Rufino lib. 2. collationis legum Mosaic. & Roman. in illis verbis: *Per hominem liberum noxæ deditum, si tantum acquisitum sit, quantum damnus dedit, manumittere cogendus est à Prætorè, qui noxæ deditum accepit, sed fiducia judicio non tenetur.* In quibus cum supponat Papinianus, liberum hominem noxæ dedi posse, quod etiam docetur in l. 3. §. proinde. ff. de libero homine, §. ultim. Instituit. de noxal. & à Paulo apud eundem Rufinum lib. singul. de adul. dum ait, marito licere occidere deditum hominem deprehensum in adulterio uxoris; agnovit tamen Papinianus magnum discrimen quod versatur inter servum noxæ deditum, & liberum hominem; nam servus noxæ deditus transit in verum dominium accipientis; at verò liber homo per noxæ deditorem servus non efficitur, immò nec ipsa deditio eum necit jure pignoris, aut fiduciæ; quia ex supra traditis homo liber pignoris jure detineri non potest: unde rectè docet Papinianus, liberum

hominem noxæ deditum, post satisfactionem manumittendum esse, quia non solum manumittuntur servi, verum etiam nexi, & addicti; non autem compelli qui eum detinebat, illum manumittere fiduciæ judicio, oblatâ ultimario- ne litis, quia nulla fiducia eo casu contracta fuit, ex quo translaturum esset dominium, ut infra exponemus, & docuit Cujacius libro 2. diffinit. Papin. in l. sancto 41. ff. de penis. Expendi etiam solent, cum præsens assertio pro rostris disputanda proponitur, textus in l. cognitio, §. 2. l. 27. ff. de liber. causi. l. 8. §. qui scribunt, ff. de pecul. legat. l. verbis legis, ff. de v. s. juncto Costa in capite si pater, 1. part. verbo *Moreretur*; de testam. in 6. l. 2. vers. datâ, de opt. legat. l. 25. §. 2. de adit. edit. l. Stichum, ff. de statulib.

Etiam supra tradita assertioni opponi potest textus in l. pignori 30. ff. de heredib. instit. ubi proponitur, dominum habentem servum pignori datum, eum heredem instituisse cum libertate: & docet Ulpianus, Imperatorem Severum rescriptisse, cum liberum posse fieri, heredemque domino necessarium, si paratus sit prius creditori satisfacere: quem textum sic expendo, Servo specialiter pignori dato, nec inter vivos, nec in testamento libertas directò dari potest, l. servus 3. l. Etianus 10. ff. de manumiss. l. servum 4. l. cum hereditas 5. §. final. cum l. sequenti l. generaliter 29. ff. qui & à quibus, l. servum 44. §. si idem 7. ff. de legat. 1. l. 1. §. 3. C. de servo pignori dato. l. 3. de manum. l. 1. §. 2. C. qui & à quibus. docent Donnellus lib. 2. cap. 3. Antonius Faber in Jurisprud. tit. 5. princip. 1. illat. 3. §. 4. & tit. 5. princip. 2. concl. 6. Olvaldus lib. 2. Donelli, cap. 15. litera C. Sed quando inutiliter libertas relinquatur, non potest servus domino existere hæres necessarius, l. si non lex 83. ff. de heredib. instit. ergo durante causâ pignoris liber factus fuit servus; siquidem hæres necessarius domino existit: igitur quia potest durare jus pignoris in libero homine. Cui difficultati ut satisfaciatur D. Josephus de Retes in repetit. prælect. ad §. faciam, legis inter 83. ff. de verbor. oblig. n. 32. supponit servum proprium institutum cum libertate, tanquam necessarium eo tempore domino suo existere debere heredem, & in ejus dominio esse, qui moritur, l. si post mortem 68. §. 1. l. quæstum 51. §. 1. ff. de legat. 1. unde si à domino post testamentum factum alienetur, ab ipso vivente debet redimi, ut possit illi hæres existere, l. quoties 9. §. servus 16. ff. de hered. instit. quia hac in re media tempora non nocent, l. servum 50. ff. eodem tit. servus autem est si libertatem tantum relinquit ser- vo proprio; sufficit enim, inspectâ aequitate, quod redemptus invenitur tempore adita hereditatis ab extraneo, l. verum est 58. ff. de manumiss. testam: quod an possit dici etiam de hereditate, si tanquam servum proprium liberum eum esse iussit, & pro parte heredem scripsit, dato cohæredæ extraneo, dubitavit Gothofredus in dist. §. servus 16. quia libertatis dies cedit ab adita hereditate, l. unica, §. libertatibus, C. de caduc. tol. l. hereditas 7. §. ultim. cum sequenti, ff. quando dies legato; idcirco sufficit si in hereditate jacente invenitur prius quana dies veniat, quo competitura libertas sit; at verò existentia heredis necessarii eodem tempore cum instanti mortis debet concurrere, alioquin inutilis foret: ex quo existunt

existimat Gothofredus, hunc liberum futurum, heredemque, sed voluntarium. Contrarium tamen tenendum est, propter aequitatem dictæ legis verum §8. cum quim eò processerit libertatis favor, ut non inspiciamus præcisè tempus mortis, sed aditæ hereditatis; & causa hereditatis pendeat à libertate, quæ suspenditur, æquius censet D. Joseph. de Retes ubi sup. servum in hoc casu, & liberum, & heredem necessarium fore, ex quo libertas confirmata fuit per additionem hereditatis à cohærede factam. Nec obstant textus præcitati, qui exigunt existentiam hæredis necessarii tempore mortis testatoris; qui accipiendi sunt regulariter, & suppositis terminis ordinariis, quorum exceptio est casus relatus in dict. l. verum §8. Quibus suppositis facile exponitur dicta lex pignori 30. fatemur enim, non posse eam accipi secundum principia juris, alioquin non esset necessarium rescipitum Severi, quod ibi refertur; ex jure enim certum est, servum specialiter pignori obligatum institui posse à domino heredem cum libertate, & institutionem fortiri effectum, si dominus eum redemerit, id est luerit pignus, l. 1. C. de necessar. servis: suo rescipito autem hoc amplius Severus induxit, ut quamvis

mortis tempore non inveniretur à domino redemptus, non evanesceret datio libertatis, nec hæredis institutio; sed sustineretur, si servus ipse paratus esset se redimere, & creditori ex pecunia sua, aut hereditaria satisfacere, ut supponunt ibidem Glossa & Cujacius: in enim pignoris obligatio inutilem ab initio non fecit institutionem servi, sic noluit Imperator ut irritaretur manente causa pignoris. Quod si quæras, an durante causâ pignoris sit liber? Respondebo, nec liberum, nec heredem esse, quia propter vinculum pignoris suspensa est potestas legis. Nec competit libertas cum hereditate, donec se redimat; unde nunquam concurrit jus pignoris cum libertate: erit ergo interim statulibervi ipsa, ut ii qui in fraudem creditorum manumittuntur, quorum libertas non impeditur quousque creditores uti incipiant jure suo, l. 1. §. 1. ff. de statulib. docent Faber in jurisprudent. titul. 6. princip. 2. illat. 10. 11. & 16. Donellus lib. 3. comment. cap. 1. ubi Osvaldus littera B. ex quo principio exponit D. Josephus de Retes ubi supra, num. 34. & 35. textus in l. quoties 9. §. ultim. ff. de hered. instituend. Ulpianus in fragmentis, titul. 1. de libert. §. servus 19.

CAPUT III.

Alexander III. (a) Exon. Episcopo.

EX præsentium latoris insinuatione accepimus, quod Alex, quondam Sacerdos de Ofecolon. (b) calicem argenteum, & medietatem unius (c) breviarii ejusdem Ecclesiæ pro sua necessitate pignori obligavit, & ea morte præventus, minimè recollectit. Unde quoniam indignum est, ut ejusdem Ecclesiæ res suæ, & præsertim quæ sacris mysteriis deputatæ sunt, taliter debeant deperire; f. t. per A. f. p. m. quat. si verum est quod asserit, (d) filium ejus Walterium, qui ex successione ipsius patrimonii jus dicitur (e) obtinere, moneas diligenter & compellas, ut res ipsas pignoras recolligat, & eas Ecclesiæ restituat: quod si facere noluerit, eum vinculo anathematis noa differas coercere.

NOTÆ.

(a) *Xonienfi.*] Ita etiam legitur in prima electione, sub hoc tit. cap. 3. & post Concilium Lateranense part. 29. cap. 1. De Exonienfi Ecclesia nonnulla notavimus in capite 6. de filiis Presby.

(b) *Calicem argenteum.*] De quo agemus in cap. final. de celebrat. Missar.

(c) *Breviarii.*] Breviarium si simpliciter accipiamus, opus concilium significat, seu summarium; à Græcis epitome dicitur, quo modo sumitur à Plinio lib. 18. ibi: *Ut omnis cultura quoddam breviarium peragatur.* Suetonio in Augusto, capite 101. ibi: *Tertio breviarium totius Imperii, quantum militum sub signis ubique essent.* Quod etiam Breve, nonnulli appellaverunt. Lampadius in Alexandro, ibi: *Milites suos sic ubique servit, ut in cubiculo haberet breves, & numerum.* & tempora militantium. Vopiscus in Aureliano, ibi: *Breve nomen inscripsit.* Quod si brevium dixerimus cum additione rationum, erit summarium dati, & expensæ. Suetonius in Galba, cap. 12. ibi: *Dispensatori brevium rationum afferenti parapsidem leguminis pro sedulitate, ac diligentia porrexisse.* Sic apud Scaevolam in l. ult. ff. D. D. Gonzal. in Decretal. Tom. III. Pars. I.

de pecul. legat. brevium rationes dictæ in epitomen, & compendium contractæ. Brevis etiam dicitur in l. ultim. ff. de conveniend. fisci debitoribus. Ulpianus in l. 3. §. 6. ff. de penu legat. videtur appellasse brevium logarium, ibi: *Chartas ad ratiunculam, vel ad logarium parvas contineri.* Notavit Marcellus Donatus ad Suetonium capite 101. Seneca brevium parum Latinam dictionem esse contendit epistol. 39. his verbis: *Commentarios, quos desideras, diligenter ornatos, & in angustum coactos ego verò componam; sed vide ne plus profectura sit oratio ordinaria, quam hæc, quæ nunc vulgò brevium dicitur.* Olim cum latine eloqueremur, summarium vocabatur. Inde etiam enchiridion, seu epitome precum, seu horarum canonicarum dicitur brevium. Ut autem veram hujus vocis originem agnoscamus, sciendum est, quod olim ad usum Chori, sive psalmodiæ Ecclesiasticæ diversi libri sub diversis nominibus habebantur: Psalterium nimirum, ex quo psalmi decantabantur: Hymnarium, ex quo hymni; Antiphonarium, ex quo antiphonæ decantandæ accipiebantur. Erant & Lectionaria, in quibus libri sacrarum scripturarum continebantur: Evangelistarium, ex quo lectio Evangelica legebatur: Sermonarium,

Hh a rium,

rium, ex quo Sanctorum PP. sermones legendi sumebantur; & denique Homiliarium, ex quo alicujus sancti Patris super lectum Evangelium expositio accipiebatur. Postquam verò lectiones omnes, tam quæ ex sacris scripturis, quam quæ ex sanctorum PP. libris & homiliis sumuntur, ad certum numerum, ac breviter quendam Ecclesie decretis redactæ fuerunt, & in unicum librum omnes connectæ, prædicti libri breviter dici cœperunt: notarunt Cironius libro 2. observ. capite 12. Grethferus ad Codinum lib. 1. cap. 6. Juretus ad Symmachum lib. 6. epistol. 25. Vossius de vitis sermon. lib. 1. cap. 32. An verò in præfenti breviarium pro summario rationum Ecclesie; an verò pro libro precum & horarum Ecclesie sumatur, excogitandum reliquit lectori Cironius ubi supra; credo tamen pro breviario divini officii accipi: tum quia conjungitur cum calice; tum quia pro ratione suæ decisionis Alexander eam assignat, ne Ecclesie res, præsertim quæ sacris mysteriis deputatæ sunt, pereant. Quæ verba comprehendunt tam calicem, quam breviarium horarum canonicarum; & ita breviarium in præfenti accipitur, quod temporibus Alexandri, & pluribus postea annis, antequam libri typis mandaretur, magno in

pretio erat: unde in Ecclesiis tantum majoribus ferè unum breviarium erat, & adhuc in Ecclesiis porantiquis extat locus ubi breviarium fixum erat, ut ibi clerici ipsius Ecclesie horas canonicas recitarent: & quia breviarium hoc duabus partibus, hiemali videlicet, & vernali constabat, Presbyter, de quo in præfenti, unam, quam dimidiam partem breviarii appellat Alexander, pignori dedit.

(d) *Filium.*] Ante sacerdotium videlicet genitum, & ita legitimum, ut in cap. 1. de testam. Si autem filius illegitimus esset, ut ex damnabili coitu susceptus, patri non succedebat, ut probat Pichardus in princip. Infit. de hereditatibus, qua ab intestato §. 7. ex num. 10.

(e) *Obrinere.*] Etiam si adhuc illis non se immiscuerit, sed se abstinerit; nam interim rectè conveniri poterat, l. 2. §. ult. ff. de stipul. servor. Quo modo accipit textum hunc Arias à Mesa libro 3. var. capite 1. numero 30. In præfenti autem casu Ecclesia etiam poterat avocare res ipsas tanquam impignorabiles, ex l. sancimus 21. de sacros. Eccles. novella 7. cap. 6. novella 120. cap. ult. ex quibus deductus est textus in cap. hoc jus, §. qui verò 10. quest. 2. ut latius dicemus in cap. 2. de solut.

CAPUT IV.

Innocent. III. Gallando Subdiacono nostro, & B. Vitali, Canonici (a) Pisanis.

ILLO vos credimus scientiæ dono vigere, quòd super eo, de quo nos consuleret voluistis, quid juris sit, liquidò cognoscatis. Quia tamen nostro postulastis edoceri responso, ne sub ipsius expectatione responsi decisio negotii prorogetur, præsentibus vobis litteris duximus respondendum. Sanè per vestras nobis litteras intimastis, quòd cum causam, quæ vertitur inter H. & B. filios G. de Cosa; & G. filiam Teberti, & hæredes ipsius super quibusdam vineis præfatis personis pro xxvi. libris pignori obligatis, vobis duximus committendam, dantes vobis per nostras litteras in mandatis, ut ipsam G. & hæredes ipsius ad restituendas vineas, & quicquid ultra (b) sortem perceperant, eidem restituerent conquerentibus, per pœnam in (c) Later. Concil. contra usurarios promulgatam cogere curaretis: vos, ut juxta mandatum nostrum procederetis in negotio memorato, partes citare curastis; cumque in vestra essent præsentia constituta, ex parte prædictæ G. & hæredum ipsius fuit propositum coram vobis, terras, & vineas, quas iidem H. & B. repetebant ab eis, non esse pignori obligatas, sed purè venditas, sicut in instrumento confecto exinde plenius continetur: præfatus verò H. pro se, ac fratre (d) suo firmiter assererat, terras non esse purè venditas, sed pignore obligatas, cum venditioni prædictæ talis fuerit adjecta conditio, ut si à tempore contractus usque ad duos proximos annos præfato T. emptio displiceret, G. pater H. abinde usque ad annum xxvi. libras, perceptis fructibus computatis in ipsis, dare debuerit, sicut in eodem instrumento assererat firmiter contineri. Verùm quia sicut in eisdem litteris continetur, ambigitis, utrum pura sit, & absoluta venditio, an præfatus contractus pignus debeat judicari, per nostras postulastis litteras edoceri. Nos autem consultationi vestræ taliter respondemus; quod qualiscunque fuerit intentio contractuum, ex forma contractus venditio non apparet conditionalis, sed pura; quamvis possit per conditionem resolvi. Ex duobus tamen, quæ in pacto fuerunt expressa, videlicet quod fructus percepti debent in solvenda pecunia numerari, & quod ultra summam receptam xl. solidi debent persolvi, contra ipsum emptorem præsumitur vehementer, præsertim cum usuras consueverit exercere.

NOTÆ.

NOTÆ

(a) *Pisanis.* Ita etiam legitur in tertia collectione, sub hoc tit. cap. 1. De Pisana Ecclesia egi in capite 8. de temporibus ordin. quia agebatur de contractu usurario in presenti; ideo presentis cause cognitio iudicibus ecclesiasticis commissa fuit.

(b) *Ultra sortem.* Iuxta dicenda infra in cap. cum contra.

(c) *Laceran.* Relato in cap. 1. de usuris.

(d) *Fratre suo.* An frater pro fratre absque eius mandato possit in iudicio comparere, exposui in cap. confisus, de in integrum restit.

COMMENTARIUM.

Emptio, & venditio, sicut ceteri contractus, varia pacta, tam in continentem, quam ex intervallo admittit, l. 1. C. de pactis inter emptor ubi post Cujacium, & Donellum plura confessit Christophorus Philippus Richter. Sunt autem præter alia pacta, quæ huic contractui in continentem adijci solent, pactum additionis in diem, pactum legis commissoriae, pactum redimendi, seu de retrovendendo. Pacto additionis in diem venditor sibi prospicit de alia meliori conditione per licitationem, ita ut allatâ meliori conditione, res sit inempta; & tunc venditio est conditionalis, perficienda, & purificanda si melior conditio non afferatur, l. 2. l. ubi 4. l. per. ff. de in diem addit. hujus pacti naturam, & legem exponunt Donellus lib. 16. comment. capite 18. Carel. Cotta verbo Addico, Hermosilla in l. 36. tit. 5. part. 5. Moez obser. jur. cap. 8. Manlius de empt. & vendit. tit. 6. ex num. 6. Valentia rom. 3. tract. 1. cap. 2. Gibalimus rom. 2. de negot. lib. 4. artic. 2. cap. 5. & circa illud observandi sunt textus in l. statuliber 38. ff. ad leg. Falcid. l. in diem 9. ff. de aqua & aqua plu. l. 2. §. 3. & 4. ff. pro emptore, l. si quis hoc 41. ff. de rei vindic. l. si res civile 3. ff. quibus modis pignus, l. si mandavero 22. §. penult. ff. mandati, l. 9. §. final. ff. de except. rei judic. l. is qui in puteum, §. 10. ff. quod vi aut clam, l. bovem 43. §. pignus, ff. de adilit. edit. l. 6. ff. de divers. & tempor. l. 6. ff. de contrab. emptor. l. 13. §. 2. ff. de act. empti, l. si hominem 19. ff. de usu. cap. l. 12. ff. de pignor. l. inficiando 67. §. cum servus, ff. de furt. l. 11. §. Aviso, ff. quod vi aut clam, l. Emilium 38. ff. de minor. l. si in emptio. nem 35. ff. eod. juncto Fabro decad. 21. cum sequent. l. final. ff. de jure fisci, l. 4. C. de fide & jure hær. l. statuliber 38. §. ultim. de statulib. Pactum, seu lex commissoria est conventio adjecta emptioni, & venditioni, quâ id agitur, ut si in diem statutum emptor pretium non solverit; & venditor rem vendere nolit, res inempta sit, nec alienata censeatur, l. 1. 2. 4. & 7. ff. de lege commiss. l. final. ff. de rescind. vendit. l. 4. C. de pact. inter empt. & tunc potius sub conditione resolvitur contractus, quàm sub conditione celebrari videatur, dict. l. 1. Quando verò committatur hæc lex, sive pactum, & ejus naturam, exponunt Donellus lib. 16. comment. capite 19. Hermosilla in l. 38. tit. 5. part. 5. Faber decad. 45. errore 8. Cujacius ad titulum C. de pact. inser. D. Josephus Vela dissert. 97. Carvalho in cap. Raynutius, 2. p. numero 228. Richter in dict. l. 4. C. de pactis. Manlius de em. D. D. Gonzal, in Decretal. Tom. III. Pars. I.

pign. tit. 33. Gibalimus de negot. rom. 2. lib. 4. cap. 5. artic. 1. Circa pactum hoc observandi sunt textus in l. 1. C. de pact. pignor. l. final. ff. de contrab. emptor. l. final. ff. de rescind. l. 22. ff. locati, l. traiecitia 23. ff. de oblig. & action. l. si fundus 16. §. ultim. ff. de pignor. l. si creditor 7. §. illud, de distract. pignorib. l. Emilium 38. ff. de minor. l. item si pretio 22. ff. locati, juncto Roberto lib. 1. animado, cap. 11. l. 3. C. de pact. inter, l. 17. §. cum autem, ff. de furtis, l. 6. §. 1. ff. de divers. & tempor. l. 17. §. penult. de furtis, l. statuliber 38. ad leg. Falcid. l. si quis 11. §. penult. ff. quod vi aut clam, l. 23. §. final. ff. de adilit. edit. l. si in rem, ff. de rei vindic. l. si hominem, 19. ff. de usucap. l. 9. §. final. ff. de except. rei judic. l. sed si hac 4. ff. de rei vind. l. sed si 25. ff. de peti. heredit. l. is qui 11. §. penult. ff. quod vi aut clam, l. 3. quibus modis pignus, l. 2. §. in diem, ff. pro empt. juncto Fabro de erroribus pragmatic. decad. 25. error. 6. De pacto hoc legis commissoriae in pignoribus adjecto fusè agemus infra in cap. significante, hoc titulo, de pignoribus. Pactum revendendi, seu ut Pragmatici ajunt, de retrovendendo, seu retrovenditio, ut dicitur in l. 2. & 7. C. de pactis inter; quodque fiduciarium venditionem veteres vocabant, contrahitur cum inter partes convenit, ut oblato pretio intra certum tempus, vel quandocunque, res restituatur vendenti, dict. l. 2. & 7. Pactum hoc à pacto legis commissoriae in duobus potissimum differt. Primò, quia in commissoriae legis conventionie pretii solutio sub resolutionis contractus pœna in diem differtur, l. 2. ff. de lege commiss. at verò in pacto revendendi, non pretii solutio, quæ jam ab initio facta supponitur; sed ipsa tantum venditionis rescissio confertur in diem, quo vel emptori res vendita displicuerit, vel per venditorem pretium fuerit emptori oblatum, l. qui fundum 40. ff. de contrab. empt. l. si convenit 6. ff. de rescind. l. si sterilis 21. alias 22. §. sed est, ff. de act. empti, l. si vir uxori 12. ff. de prescript. verb. l. quod si nolite 21. §. si quid ita, ff. de adilit. edit. docet Caldas Pereyra de empt. & vendit. cap. 18. num. 20. Secundò quia pactum legis commissoriae juxta vulgarem ejus formam verbis tantum directis concipitur, veluti ut res sit inempta, vel similibus, ut probat Vela dissert. 30. num. 51. At verò pactum retrovenditionis verbis tantum obliquis præcipuè, puta ut res vendita per emptorem reddi debeat, aut per venditorem repeti possit, d. l. qui fundum, d. l. si convenit. Vela ubi proxime, n. 57. unde deducitur, dominium ex hujusmodi pacto ita concepto in emptorem interrim omnino esse translatum, nec ipso jure, sed novo facto, adveniente pacti conditione resolvendum, & ad venditorem reverfurum, ita ut fructus perceptos ante pretium sibi oblatum suos faciat, ex presenti textu, & d. l. 2. C. de pactis: per argumentum à contrario sensu docent Covar. lib. 3. var. cap. 8. n. 6. Morla in emptor. tit. 9. q. 15. idque indistinctè, id est sine pacto in facultate venditoris sit positum, in quo omnes conveniunt, verum est, sive in emptoris voluntatem conceptum sit, ut contra communem, quam refert Corrahus lib. 3. miscel. c. 9. n. 5. docent Castilolo rom. 2. controv. c. 25. num. 6. Vela dissert. 32. n. 6. Quatenus tamen pactum hoc per se licitum, ex adjunctis circumstantiis reddatur usurarium, pro explicatione hujus textus exposui in cap. ad nostram, de empt. & vendit.

CAPUT V.

Idem Episcopo (a) Aquinati.

EX litteris tuæ fraternitatis accepimus, quod cum causam, quæ vertitur inter R. sancti Georgii, & R. mulierem sancti Germani, tibi duxerimus committendam, cum ferè per biennium studuisses, ut eadem causa concordia finiretur, partibus non acquiescentibus, accitis viris prudentibus, prædictæ causæ meritis diligentius examinatis, idem negotium de prudentum consilio ad nostram duxisti præsentiam remittendum, ea maximè ratione, quia videbatur hoc ad regium iudicium specialiter pertinere; siquidem probatum est evidentè, quod facinore à marito prædictæ mulieris commisso, eo fugam petente, tam frater mariti, præfatus videlicet R. quam ipsa mulier, licet minus iustè, ab R. Comite Caserton. tunc Regio (b) Justitiariorum capti fuerint, & de ipsius mandato omnium bonorum delinquentis facta distractio, & soluta pecunia mercatori, qui à marito dictæ mulieris vulneratus fuerat, & rebus propriis spoliatus. Per prædictum autem R. illorum bonorum venditio facta fuit de mandato Justitiariorum antedicti: sed quædam possessiones penes eundem R. mulieris fororum remanserunt, quas idem R. de mandato Curie retinuit, solutâ pro eis pecuniâ mercatori, quia emptor alius, sicut dicit, propter possessionum minutias non extabat. Pars verò mulieris firmiter allegabat, quod cum dos omnibus creditoribus (c) præferatur, & omnia bona mariti eidem mulieri propter dotem fuerint obligata, cum mulier in hoc non fuisset culpabilis, dotem suam amittere non debebat. Propter quod æstimationem ejus instantius petebat sibi confirmari, vel in possessiones, quæ mariti fuerant, ex officio delegationis induci; asserens culpam viri sui nequaquam ei de jure debere nocere. Pars autem viri econtrariò respondebat, se non debere super his aliquo modo respondere; quia nihil voluntate, vel auctoritate sua distractum fuerat de bonis mariti mulieris ipsius; sed fiscus ea capi fecerat, & mandaverat distrahenda, quod & testium assertione probavit. Sanè cum pars mulieris diceret de possessionibus viri sui aliqua remansisse, quæ distracta non fuerant, & ex eis sibi satisfacti postulabat, ab ea studiosius inquisisti, quanta fuisset pecunia, quæ soluta fuerat mercatori: & ex confessione tibi constitit utriusque, quod de immobilibus usque ad xxiv. uncias auri alienatum extiterat, sed præscriptus R. se xviii. vel xxi. dicebat addidisse, & quadraginta duarum unciarum auri complevisse numerum mercatori. Allegabat quoque prædictus R. quod cum quinque filii essent unius patris, & omnes in bonis paternis succederent; factâ æstimatione totius hæreditatis, non perveniebat ad maritum mulieris ipsius de hæreditate paterna, quod ultra xxiv. uncias valeret. Quia verò ad nos eadem causa remissa non fuit sufficienter instructa, nec nobis constitit, utrum x. libras (d) tarenorum, quas petebat mulier, dedisset in dotem, aut quod R. aliquid possidebat de bonis pertinentibus ad fratrem suum virum mulieris prædictæ, nec potuissimus examinationi causæ insistere: tum quia in præsentia tua renunciatum fuerit allegationibus, & probationibus, sicut dicit: tum quia idonei, & sufficientes ad nostram præsentiam non venerant responsales: eandem causam tuo duximus examini remittendam, per A. f. præ. mandantes, quatenus si tibi constiterit ex iis, quæ in præsentia tua fuere proposita, & probata, quod mulier dicit, viro dedisse in dotem; & prædictum R. de bonis fratris aliqua possidere; cum mulieribus favor multus in recuperandis dotibus debeatur; & cautum sit etiam in jure, quod propter (e) maleficium viri mulier remanere non debeat indotata; cum & bona viri mulieri pro dote tacitè obligata cum suo onere transierint ad quemlibet possidentem, prædictum R. eidem mulieri ad restitutionem dotis eatenus appellatione remotâ condemnnes, quatenus de bonis fratris sui præfati noscitur possidere.

NOTE.

1. (a) *Aquinati.* Ita etiam legitur in tertia collectione, sub hoc vii. cap. 2. Aquinum olim propè fluvium Melphim antiqua, & magna civitas fuit. Strabo lib. 5. *Aquinum urbs est magna,*

quam magnus præterfluit amnis Memphis. Colonia fuit Romanorum, ut affirmant Frontinus, & Plinius, ejusque meminerunt Livius lib. 26. & Silius Italicus lib. 12. Aquinii magnitudinem adhuc extantia vestigia, ipsæque ruinæ produunt, certissimi humanæ instabilitatis, atque invide veritatis

veritatis testes. Jam à primis Ecclesiæ sæculis Episcopalis dignitas exornavit Aquinum, quæ etiam cum Comitatu nunc concederetur: & licet non habuisset Aquinum unde ei splendor posset accedere, satis gloriæ habitura erat ex immortalitate nominis Angelici Doctoris Thomæ Aquinatis, Dominicanæ familiæ gloriæ, Theologorum Principis. Gregorio, qui ex Monasterio Cassini electus fuit Episcopus anno 1206, missa est præfens decisio, licet Ughellius tom. 1. Italia sacra, fol. 441. num. 3. nullo motu fundamento extilimet, auctorem hujus textus esse Joannem III. & in præfenti scribere Joanni Episcopo Aquinati. Quare autem præfentis causæ cognitio, cum inter laicos disceptaretur, & super re temporali, judici Ecclesiastico committeretur, non constat inter Doctores. Aliqui affirmant, doris causam etiam inter laicos, & principaliter agitam, à Judice Ecclesiastico esse decidendam; & ideo quia in præfenti de dote agebatur, judici Ecclesiastico ejus decisionem competere. Sed eâ sententiâ omisâ placet communis, quam sequuntur Barbosa hic: primarii nostri Balboa, & Garaña. in cap. 3. de ordine cognit. videlicet, quod cum in præfenti species mulier vidua esset, quia inuilem habebat maritum, bannitum videlicet, & oppressa reperiretur à judice seculari, potuit in ejus defectum adire judicem Ecclesiasticum: & cum eo casu proprium sit Ecclesiæ viduas fovere, ut probavi in cap. ex ore, de foro compet. ideo in præfenti casu licet causa fuisset temporalis, & inter laicos disceptaretur, potuit coram judice Ecclesiastico tractari.

(b) *Justitiario.* Id est judici; plerumque enim justitarius pro judice ponitur in legibus & auctoribus posterioris ætatis: in legibus Siculis lib. 1. tit. 1. 36. 45. & 46. apud Petrum de Vineis lib. 3. epist. 14. Marthæum Parisium anno 1188, ibi: Episcopus Dunelmensis habuit justitiariam à magno summe usque ad Schotorum mare. Wilhelmus vero Elenfis obtinuit justitiariam à flumine prædicto ad plagam Australem: quod Hugo Dunelmensis Episcopus nimis honeste ferebat, tunc primo intelligent, quod Rex illum justitiarium fecerat, non zelo justitiæ, sed ut pecuniam ab eo exorqueret. Et apud alios relatos à Voffio lib. 3. de viuis sermon. cap. 17.

(c) *Creditoribus præferatur.* Consonant lex *assiduis*, C. qui potiores. Novella 97. Justin. docent Bachovius de pignor. lib. 4. cap. 12. Maqueda, & Pichardus in l. privilegia, ff. de privil. credit. regul. 2. ampliat. 6. Castillo lib. 3. controu. cap. 4. Hunnius in Encyclop. p. 3. tit. 3. cap. 5. postquam enim Justinianus tacitam hypothecam concessit uxoris in bonis mariti, in l. unica, §. & ut plenius, C. de rei uxor. act. §. fuerat, instit. de act. qua mediante omnibus creditoribus personalibus præferrebat, l. procuratoris, §. plane, ff. de tribu. act. l. pro debito 6. C. de bonis auctorit. judicis; idem Imperator anno 3. sui Imperii etiam illi concessit, ut in rebus, quas in dotem dederant, si consumptæ non essent, præferrentur omnibus creditoribus: & quia adhuc illis fatis prospectum non erat, cum si res dotales consumptæ fuissent, non habebant jus prælationis respectu anteriorum creditorum tacitam hypothecam habentium, ideo in dicta lege *assiduis*, privilegium illis concessit anno 5. sui Imperii, & Christi 534. quo mediante omnibus mariti cre-

ditoribus anterioribus præferuntur, d. l. *assiduis*, ubi illa verba, *Aliis autem constitutiones*, referenda sunt ad textum in d. l. *unica*, C. de rei uxor. l. in rebus 30. C. de jure dot. Illud tamen satis controversum est apud Interpretes, utrum videlicet privilegium hoc prælationis sit tantum respectu eorum qui tacitam, an verò & eorum qui expressam hypothecam habent? Eam questionem latè disputant Faber lib. 8. *conject.* cap. 11. & 12. Gibalinus de usuris lib. 4. cap. 5. art. 25. num. 3. Maqueda in dicta l. *privilegia*, ex num. 52. Costanus de dotibus cap. 7. ex num. 6. Pichardus in §. *actionum*, num. 74. *Instit. de action.* Bachovius de pignor. cap. 12. qui docuerunt, verum esse omnibus creditoribus etiam expressam hypothecam habentibus mulierem præferri, quia cum Justinianus in d. l. *assiduis*, generaliter loquatur de omnibus creditoribus, generaliter est audiendus, l. de pretio, ff. de public. l. 1. §. generaliter, ff. de legat. præstand. Accedit, quod publicus favor in dotibus versatur, qui ideo singulorum commodis præferendus est, l. 1. ff. solut. matrim. l. *actione*, §. *Labeo*, ff. pro socio: præsertim cum in dubiis pro dotibus sit respondendum, cap. ult. de re judic. facit etiam illud tritum axioma: *Si vinco vincentem te. à fortiori vincam te.* Sed qui ad rem conservandam, vel resciscendam pecuniam credidit, omnibus creditoribus præferatur, l. *creditor*, ff. si certum petatur, l. *interdum*, ff. qui potiores: sed mulier pro dote illi præferatur, *authent. quo jure*, C. qui potiores, *authent. his consequens*, C. de collat. dotis. Castillo lib. 3. controu. cap. 8. igitur omnibus creditoribus mulier præferatur. Jure tamen nostro regio contraria sententia recepta est, à qua in praxi recedi non potest, ob textum disertum in l. 33. tit. 13. partit. 5. docuerunt ita Gregorius Lopez ibi, Covar. lib. 1. *variar.* cap. 7. Gomez in l. *Tauri*, num. 39. Matienzus in l. 7. tit. 16. lib. 5. *recopil.* Maqueda ubi supra, num. 65. Nec uxoris competere privilegium fisco concessum in l. si quis mihi, ff. de jure fisci, pluribus relatis probat Olea de cess. jur. tit. 3. q. 7. num. 4. Unde hæc verba præfentis textus, *Omnibus creditoribus præferatur*, exaudienda sunt juxta textum in d. l. *assiduis*, de omnibus creditoribus, etiam expressam hypothecam habentibus.

(d) *Tarenorum.* Genus monetæ est proprium illius provincie, ut jam notavi in cap. ad nostram, de empr. & vendit.

(e) *Maleficium.* L. quisquis, §. uxoris, C. ad leg. Jul. Majest. l. *simarito*, ff. solut. matrim. l. *res uxoris* 24. C. de donat. inter. l. 2. C. ne uxore pro marito, cap. decrevit, de hæret. in 6. l. si quis post hæc, C. de bonis proscript. l. *sancimus* 22. C. de poenis, l. 1. C. de vi publica, Novella 134. cap. final. *Authent. bona*, C. de bonis proscript. l. 8. tit. 10. p. 7. l. 77. *Tauri*, quæ est lex 10. tit. 9. lib. 5. *recopil.* quod etiam procedit in artibus, dicta l. *res uxoris*: cui convenit lex 4. tit. 1. partit. 7. & in his, quæ ex conjugali acquæstu ad uxorem pertinent, ex d. l. 77. *Tauri*, quæ est lex 10. tit. 9. lib. 5. *recopil.* & merito, quia poena debet sequi auctorem criminis, d. l. *sancimus*, C. de poenis, cap. *quæstio*, de his qui sunt à majori parte. Variis ampliationibus, & limitationibus exponunt Covar. lib. 2. *var.* cap. 8. n. 7. Guazinus de confiscatione limit. 35. Masinus eod. tract. q. 4. n. 24. Sanchez lib. 2. *summa*, cap. 27. per totum. Acofta de privil. credit. ampliat. 7. num. 203. Henellius de dotalitio, cap. 8. §. 18.

H h 4 Riccius

Ricciulus *de jure person. lib. 5. cap. 36. à num. 30.*
 Borellus *tom. 3. tit. 5. à num. 319.* Azevedus *in d. l. 10.* Gomez *in d. l. 77.* Garcia *de conjug. ac-
 qualtu. num. 175.* Sed tunc obstat communis sen-
 tentia, in qua docetur, quod licet quis non pos-
 sit pro alterius delicto pœna spirituali, aut cor-
 porali puniri, pœnâ tamen pecuniariâ, seu tem-
 porali plecti valet, Covar. *lib. 2. var. cap. 8. num. 7.*
 Petrus Gregorius *lib. 35. syntagm. cap. 1.* sed pri-
 vatio dotis est pœna pecuniaria: igitur propter
 delictum mariti poterat uxor ea mulctari, præ-
 fertim cum dotis dominium constante matrimo-
 nio penes maritum sit, princip. *Instit. quibus alie-
 nare, plura D. Nicolaus à Castro in l. 1. C. de sin-
 do dot.* Cui difficultati ut satisficiamus, suppo-
 nimus juris conditores maânopere curasse do-
 tes conservare, & ne uxores indotatâ remane-
 rent, *l. ult. ff. solut. matrim. l. hoc modo 64. ff. de
 condit. & demonstr. dista l. assiduis.* Alex. ab Alex.
lib. 4. cenial cap. 8. eisque innumera privilegia
 concessisse, quorum mentio fit *in cap. per vestras,
 de donat. cap. salubriter, de usuris, l. 2. l. porior
 II. l. qui balneum, ff. qui potiores, l. si cum do-
 tem, l. si constante, ff. solut. matrim. l. unica, C. de
 rei uxor. l. in rebus, C. de iure dot.* quæ dotalia
 privilegia referunt & exponunt Petrus Barbosa
*in l. 1. 3. 5. & 6. ff. solut. matrim. Baldus Novellus
 de dotibus p. 6. 7. 8. & 9. Joannes Campegius eod.
 tract. q. 8. per totam, Constantius Kogerius de
 dote, inspect. 8. Gubertus Costanus de dotibus
 cap. 6. & 7. Paleotus eodem tract. num. 45. Baptista
 à sancto Blasio quest. 350. Olea de cess. jur. tit. 3.
 q. 7. num. 3. Acolsta de privileg. regul. cap. 2. am-
 pliat. 6. inter quæ illud enumeratur, quod refert
 Innocentius *in presenti, & in cap. ex parte, de
 consuet.* videlicet ut propter mariti delictum
 uxor dote non privetur, ut notarunt hic Immola
*num. 1. Panormitanus num. 2. Anania num. 12.
 Zabarella num. 5. Ancharanius num. 6. Hostiensis
 vers. In jure* Quod ad id verum est, ut si quis
 pro mariti debito res uxoris occupet, vim facere
 dicatur, *l. 1. C. ad leg. Jul. de vi.* Nec obstat diffi-
 cultas proximè expensâ; nam licet verum sit,
 maritum constante matrimonio dotis dominum
 esse, nec eam restituere teneri, nisi soluto ma-
 trimonio, *l. unic. C. si dos constante matrim.* favore
 tamen dotis introductum fuit, ut si maritus ad
 inopiam vergat, possit uxor constante matrimo-
 nio dotem exigere, *l. si constante 24. ff. soluto
 matrim. l. ubi adhuc 29. C. de iure dot. l. 29. tit. 11.
 partit. 4. cap. per vestras, ubi dicemus, de donat.
 inter: maritus autem, cujus bona publicantur,
 atque propter delictum capiuntur, apertè ad
 inopiam vergit, ita ut actio de dote nascatur,
 ut bene notarunt Bartolus *in l. 2. num. 6. ff. so-
 luto matrim.* ubi Castrensis, Baldus Novellus *ubi
 proximè, privil. 17.* atque ita quasi adveniente
 causâ dotis restituendæ, dominium rerum dota-
 lium ad uxorem pertinet, argumento legis *in re-
 bus, C. de iure dot.* & sic res dotales non possunt
 cum mariti bonis publicari: quare Zabarella &
 Anania *ubi supra,* docent in presenti textu,
 posse uxorem constante matrimonio de dote
 agere. Nec etiam obstat textus *in l. faris 4. C. de
 Primipilo, lib. 12.* ubi ob delictum, seu debitum
 mariti dos uxoris capitur. Nam textus ille pro-
 cedit specialiter in Primipilo, ut docent hic
 communiter repetentes, Covar. *lib. 1. var. cap. 16.
 num. 7.* cujus specialitatis ratio ut agnoscat,
 sciendum est, Primipilum apud Romanos fuisse**

Principem primi ordinis, & Præfectum legionis,
 ut probant Covar. *dicto num. 7.* Justus Lipsius
*de militia Romana, Pancirola lib. 2. variar. cap. 74.
 & in notitia cap. 21.* Altamiranus *in rubric. de
 filijs official. cap. 2. num. 23.* Ramirez de Prado
in l. super creandis, C. de iure fisci, ad quem veluti
 ad Principem totius legionis pertinebat cura
 militaris annonæ; unde militaris annona Primipi-
 pilus appellari solet *in l. officialis, C. de Episcop.
 & Cleric. l. 3. C. de Primipilo, l. speciebus, C. de
 cohortalibus, lib. 12. l. 1. C. de privil. fisci, l. sed &
 militis, §. final. l. non solum, §. qui Primipilum,
 ff. de excusat. tur. l. pater, ff. de aliment. legut.
 l. final. §. patrimoniorum, ff. de muner. & honor.
 Cujacius *in l. creditor 52. §. inter, ff. de act. empiri,
 Pancirola lib. 1. variar. cap. 243.* cujus fraudatio,
 iniquaque distributio Reipublice valde pernici-
 osa est, ut latè probat Altamiranus *dicto cap. 2.
 num. 9.* siquidem à militari annonâ totius exer-
 citus robur, ac per consequens salus Reipublice
 pendet; unde in odium hujus delicti statutum
 fuit, ut dos uxoris caperetur; & filii, quamvis
 non hæredes, pro debitis Primipili tenerentur,
 ut docuerunt Olvaldus *lib. 15. Donelli, cap. ult.
 littera C. Ripol. variar. cap. 10. num. 329. Me-
 renda lib. 2. contrrov. cap. 63. Bulengerus de Im-
 perio Romano lib. 3. cap. 31. Solorzanus lib. 5. de
 jure Indiarum, cap. 1. num. 129.* Altamiran. *ubi su-
 pra, num. 11. Marinis alleg. 125.* Nec huic inter-
 pretationi obstat textus *in l. 1. C. de privil. fisci,*
 ubi in eadem specie docetur, occupatis bonis
 mariti ex causa Primipilaris administrationis,
 bona uxoris illi restituenda esse: nam ut docue-
 runt ibi Accursius, Bartolus, Baldus, & Go-
 thofredus, textus ille procedit in bonis para-
 phernalibus uxoris, quæ pro administratione
 Primipilari mariti nec tacitè obligati sunt,
 idèque nec occupatis mariti bonis ipsa capi
 possunt.*

COMMENTARIUM.

Communiter ex hoc textu sequens deduci-
 tur assertio: *Mulier pro dote sua habet tacitè
 tam hypothecam.* Probant eam textus *in l. unica,
 §. ut plenius, C. de rei uxor. act. l. assiduis 12. tit.
 vers. Ad hoc, C. qui potiores, §. fuerat, Instit. de
 action. l. ubi 29. C. de iure dot. l. 17. tit. 11. partit.
 5.* Illustrant ultra congestos in presenti à Barbo-
 sa *in collect. & selectè, & à Garaña, Petrus Barbo-
 sa in l. 1. 3. p. num. 31. ff. soluto matrimon. Ma-
 queda in l. privilegia, num. 48. ff. de privileg.
 credit. Pichardus ad eundem textum in §. quadam
 20. num. 74. Instit. de action. Bachovius lib. 1. de
 pignor. cap. 10. Costanus de dotibus cap. 6. Gaito
 de credito cap. 4. q. 11. num. 1628. Fontan. de pa-
 tris nupt. tom. 2. clausul. 7. glos. 2. p. 1. ex num. 28.
 plures congesti ab Acolsta de privileg. credit. re-
 gul. 2. ampliat. 6. per tot. Guirba ad consuetud.
 Messan. cap. 13. glos. 3. Merlinus de pignor. lib. 3.
 tit. 2. per totum. Gibalinus de usuris lib. 3. cap. 7.
 art. 4. num. 9. Bachovius lib. 6. declar. cap. 92.
 Balduinus *in Justin. pag. 220.* Petrus Gregorius
 lib. 9. syntagm. cap. 24. Cujacius *in Novella 91.
 & in l. unica §. sed ut plenius, C. de rei uxor. Do-
 nellus de pignor. cap. 12. Faber lib. 8. conject. cap.
 II. 12. & 13. Fachineus lib. 3. contrrov. 99. & 100. &
 lib. 10. cap. 33. 34. & 35.**

Sed in hanc affectionem ita pro dubitandi ra-
 tione insurgo: Pignus, hypotheca, & fidejussor
 regulariter

regulariter eisdem obligationibus accedere solent, l. 1. ff. de fidejuss. l. res hypotheca 5. C. de pignor. sed fidejussor dotis nomine nec peti valet, nec dari potest, l. 1. C. ne fidejussores dot. probant Mudeus de pignor. cap. 5. numero 12. & capite 11. num. 24. P. Barbosa in l. si cum dote 22. §. transf. grediamur, num. 29. ff. soluto matrim. Osvaldus lib. 15. Donelli, cap. 48. littera F. Gratianus 2. tom. dissect. cap. 233 num. 33. Igitur nec pignus ob dotis securitatem constitui valet. Augetur primò hæc dubitandi ratio ex eo, nam mulier rerum dotialium dominium habet, l. divortio 8. §. si fundum, l. si constante 24. §. si maritus, ff. soluto matrim. l. in rebus 30. C. de jure dot. sed in re propria nec pignus, nec hypotheca consistit, l. nec pignus 45. ff. de reg. jur. Ergo pro dote recuperanda non potest mulier in rebus ipsis tacitam hypothecam habere. Augetur secundo, nam vir, & uxor omnium bonorum socii sunt, l. 1. ff. de ritu nupt. l. 4. C. de crimine expil. cap. cum societas 22. g. 2. latius dicemus in cap. 2. de donat. inter: Ergo tam luera, quam damna debent esse communia, ex l. si non fuerit 29. §. aristo, ff. pro socio, & per consequens si res dotales perierint, periculo uxoris & mariti pereunt.

Qua difficultate ita sulcata non obstante vera est præsens decisio, pro cujus expositione sciendum est, olim pro recuperanda dote nullam iustitiam fuisse actionem, teste Gellio lib. 4. nocturnum, cap. 3. observavit Cujacius lib. 10. observ. cap. 1. cum matrimonia morte solum dissolverentur, & superstitibus libetis materna bona successione jure adjudicarentur; postea verò cum divortia in usum venire cepissent, quibus initium præbuit Carbilus anno 523. qui uxorem repudiavit, ut minus aptam liberis suscipiendis, ut refert Gellius ubi supra, & nos fusè in cap. 1. de divortio; introducta inde fuit actio rei uxoriæ, qua soluto matrimonio mulieri subveniebatur contra maritum, l. 1. cum sequent ff. solut. matrim. l. unica, in princip. C. de rei uxoriæ action. notarunt Sigonius de antiquo jure Romano lib. 1. cap. 9. Guevara in topic. Cicer. §. 1. num. 3. Rolinus lib. 5. antiquit. cap. 34. quamvis postea æquitate suadente ad alios casus dissolutionis matrimonii, veluti mortis mariti paulatim protraheretur, l. dotis 9. l. ult. C. de soluto matrim. l. 1. C. Theodos. de dotibus, l. rei 15. §. 1. l. si cum dote 22. ff. soluto matrim. Ita verò hæc actio appellata est, quia quamvis rei uxoriæ tam dos, quam cetera uxoris bona veniant, l. penult. ff. ad leg. Falcid. ut sunt bona paraphernalia, l. donationes 31. §. ceterum, ubi pro Galli, rectè legit aliis D. Josephus de Retas lib. 5. opusc. cap. 1. num. 7. proprie tamen, & per excellentiam res uxoria dos ipsa dicitur, quia patrimonium præcipuum uxoris est, l. 3. §. sed jurum, ff. de minor. l. in rebus 30. C. de jure dot. inde actio, quæ pro ipsa dote competit, rei uxoriæ dicta fuit, dicta l. unica, §. accedit, & §. 29. notarunt Cujacius ibi, in princip. Hothomanus de dotibus cap. 1. num. 3. Acosta de privul. credit. reg. 5. ampl. 6. in princip. quæ actio dabatur tam mulieri, quam ejus Patri. Ulpianus tit. 6. regul. ibi: Quod si in potestate patris sit, pater adjuncta filie persona habet actionem revera. In qua ultima voce mendum esse suspicatur Hothomanus de dotibus cap. 13. num. 91. legendumque existimat rei uxoriæ. Hujus actionis formulam Cicero lib. 3. de officiis, hanc fuisse scribit, quantum æquius melius sit dari. Habe-

mus aliquot ejus vestigia in l. penult. ff. soluto matrim. l. si cum Cornel. 82. ff. de solut. quare Cajus in l. cas. 8. ff. de capite minue. scribit in bonum, & æquum conceptam esse, & naturalem præstationem habere, ob eamque causam etiam post capitis diminutionem durare. Alia notarunt de ipsa actione Gifanius, & Cujacius in d. l. unica. Idem Cujacius lib. 22. observ. cap. 14. Hothomanus de dotibus, cap. ult. Costanus eod. tract. cap. 5. Pichardus, & alii Institutarii in d. §. fuerat, Osvaldus lib. 14. Donelli, cap. 14. littera F. Erat etiam olim alia ratio repetendæ dotis causâ, videlicet ex stipulatu, quæ mulieri competebar, vel parenti, vel extraneo, qui utiliter dorem sibi reddi stipulabatur, l. etiam 8. C. de jure dot. l. quotiens 9. ff. solut. matrim. l. ex morte 9. §. ult. C. de pact. convent. dabatur etiam actio præscriptis verbis, quæ tunc competebar, quando extraneus sibi dorem reddi pacificebatur, d. l. unica §. accedit, l. avia, l. si dorem 24. C. de jure dot.

Imperator Justinianus agnoscens dotium causam publicam & favorabilem esse, ut vulgò docetur ex l. 1. ff. solut. matrim. & illustrabimus in cap. 1. de donat. inter, ut dotes conferrentur, varia privilegia ipsis, & earum causâ uxoris concessit. Primò constituit, ut actio ex stipulatu tantum daretur, transfusus in eam omnibus modis, quæ ex actione rei uxoriæ proveniebant, quia plenior erat ex stipulatu actio, d. §. fuerat, insti. de action. id est, accommodatior, favorabiliorque. Actionem autem ex stipulatu semper dari voluit, etiam si stipulatio non præcessisset, supponendo verba adiuvisse, & ita ex illis actionem ex stipulatu oriri cum qualitatibus bonæ fidei, ut late exponunt Cujacius, & Gifanius in d. l. unica: doctè, & eruditè illustrissimus D. Franciscus Ramos in privato schediasmate. Huic privilegio aliud adjunxit Imperator dotium causâ, dum uxoris concessit tacitam hypothecam dotis nomine, ita ut etiam de ea non conveniret, semper tamen inesse intelligeretur, cum antiquitus tantum hypotheca daretur pro dote, si specialiter contraheretur, ut in l. 1. ff. qui potiores, l. quod autem 7. §. si uxor, ff. de donat. inter, l. vir 17. §. 1. ff. ad Vellejanum. Quæ tacita hypotheca adeò procedit, ut contracta dicatur, quantumcunque maritus minor sit, etiam decretum judicis non præcedat, contra textum in l. si pupillorum, §. 1. ff. de rebus eorum; pro qua sententia faciunt textus in l. mater, ff. de jure dotum, ubi docetur, valere consequentiam: Is, qui matrimonium contrahere potest, & pro dote obligari valet: sed minor absque decreto matrimonium contrahere potest, l. in copulandis, C. de nupt. igitur & pro dote obligari, ac per consequens ejus bona. Faciunt etiam textus in l. in conditionibus, ff. de condit. & demonstr. prout illum expendit Costa lib. 2. select. cap. 3. per totum, l. 2. ff. de rebus eorum, pluribus relatis defendit Acosta de privul. dicta ampliat. 6. Quæ tacita hypotheca non solum competit pro dote, verum etiam pro augmento dotis, auctent. de quantitate dotis, §. his consequens, collat. 7. juncta etiam lege 8. C. de jure dot. immò & ad donationem propter nuptias plures privilegium hoc protrahunt, quia cum talis donatio sit velut dos contraria à marito uxori data, & eodem jure utatur, l. penult. §. ult. C. de donat. ante nupt. auctent. equalitas, C. de pactis conventis; jus quoque tacite hypothecæ habere debet, ut pluribus relatis docent Castillo

lib. 3. *controv. cap. 4.* Myſing. lib. 5. *obſerv. 4.* quamvis contrarium teneant Giſanius in *dicta l. unica*, Donellus lib. 14. *cap. 9.* hanc etiam hypothecam ad ſponſalium largitatem, quæ ab ipſo ſponſo ſponſæ, quaſi in munificentia, & amoris pignus datur, l. 1. *§ 3. tit. 11. part. 4.* extendit Antonius Gomez in l. 50. *Tauri, num. 54.* ſed non rectè quia nec certæ legis auctoritas, nec dotis, aut donationis propter nuptias favor, & æquitas ad inducendam tacitam hypothecam pro ſponſalium largitate concurrunt. Unde apparet, falſum etiam eſſe, quod idem Gomezius affirmat, tacitè obligari mulieris, & mariti bona pro dimidia parte lucratorum conſtante matrimonio, videlicet conjugalis quaſtus, de quo agemus in *cap. 2. de donat. inter.* Apud Pragmaticos etiam receptum eſt, hanc hypothecam tacitam competere pro alimentis ex dote præſtandis, vel conſtante, vel ſoluto matrimonio intra annum, quoad reſtituatur; ſive pro fructibus dotis, ex quibus alimenta præſtantur, l. *pro oneribus, C. de jure dot. l. ſi cum dote, § ſin autem. ff. ſolut. matrim.* quod etiam apud eos obtinuit in uſuris, quæ marito poſt moram in dote ſolvenda debentur, ex l. *ult. § propter ea, C. de jure dot. cap. ſalubriter. de uſuris*, quia pro eis maritus tacitam hypothecam obtinet in bonis ejus, qui dotem promiſit, argumento legis *Lucius, ff. qui poſtiores, l. 2. ff. de aliment. legat.* docent Gratianus lib. 1. *diſcept. cap. 53. num. 7.* Faber in *ſuo Codice, lib. 5. tit. 8. diſſinit. 26.* Surdus de *alimentis tit. 8. priviſ. 49.* Illud etiam certum eſt, eam hypothecam competere pro rebus marito datis extra dotem, quæ paraphernalia dicimus, ex l. *ult. C. de pactis conventis.* Et quamvis jure civili ea ſententia non ſit extra controverſiam, cum ab ea diſcedat, diſſentiatque nerveſe Giſanius in *dicta l. ultima*; jure tamen noſtro extra dubium eſt, ex l. *17. tit. 11. part. 4.* & in praxi ita receptum eſſe reſtantur Azevedus in l. 3. *num. 23. tit. 9. lib. 5. recop.* Faber in *ſuo Codice, tit. 8. diſſinit. ultima*: his tamen caſibus donationis propter nuptias, & bonorum paraphernalium, etſi privilegium tacitæ hypothecæ mulieri competat, non tamen datur privilegium prælationis, de quo ſuprà egit; quia cum id contra jus, dotis contemplantione, & ſpeciali gratiâ receptum ſit, non debent extendi ad alia bona, quæ æquali favore digna non ſunt, ut docuerunt Cujacius, & Giſanius in d. l. *affidris 12.* Gratianus *diſcept. 1. tom. cap. 53.* Caſtillo lib. 3. *controv. cap. 4.* Pichardus in *dicto § fuerat, num. 45.* proſequitur Acoſta *dicta ampliat. 6. num. 337.* An hæc hypotheca intelligatur reſpectu eorum creditorum, qui eam prius expreſſam habuerunt, & ita uxor illis præferatur, diſputat Bronchorſt. *enantioph. cent. 3. aſſert. 9.*

9. Quando hæc hypotheca competit marito, Deinde ſciendum eſt, hypothecam hanc, licet diverſo modo, competere etiam marito pro exigenda dote ſibi promiſſa; quemadmodum & tacita ſtipulatio, quæ eodem jure cum tacita hypotheca conſtitit, ut exprimitur in *dicta l. unica, in princip. & verſ. Et nemo, C. de rei uxoria, l. 23. tit. 3. partit. 5.* docent Campegius de dote 1. p. 9. 57. Balduinus de *pignor. cap. 7.* Caſtillo lib. 3. *controv. cap. 4.* Petrus Barboſa in l. 1. p. 3. *num. 6. § 26. ff. ſolut. matrim.* Inde poteſt maritus eam actionem hypothecariam intendere, cum de eviſione agit, quia res aliene in dotem data ſunt: quod ut facilius agnoſcamus, diſcrimen conſti-

tuendum eſt inter res dotales æſtimatas, & inæſtimatas; quippe ſi æſtimata res in dotem datur, & evincantur, placet, ſemper marito actionem ex empto de eviſione competere contra eum qui dotem dedit, l. 1. *C. de jure dot.* Cujacius lib. 17. *obſerv. cap. 1.* quia æſtimatio rerum dotalium plerumque emptionem facit, l. *interest 6. C. de uſufruct. l. quotiens §. C. de jure dotium*: in emptione autem naturaliter ineſt eviſionis actio, l. *in vendendo 66 ff. de contr. empt.* contra autem ſi res dotales inæſtimatae dantur, & marito auferantur à Domino, nullam maritus de eviſione habet actionem, ſive à muliere, aut ejus patre, ſive extraneo data ſit, l. 1. *C. de jure dot. l. cum poſt 69. §. cum res, ff. eodem tit.* quia doris datio donatio quædam eſt, etſi non ſimplex, l. *ult. C. de donat. ante nupt.* ex donatione autem regulariter eviſio non datur, l. *ad res 62. ff. de adlit. edict.* Ceſſat autem hæc doctrina tribus caſibus. Primus eſt, ſi dos non æſtimata prius promiſſa ſit, ut plerumque accidit, & poſtea data; quo caſu rebus eviſis, & ſtipulatur, vel certi conditione maritus agere poteſt, *dicta l. 1. C. de jure dot. l. ſed § ſi 23. de eviſ. l. marer 34. ff. de jure dot.* quia tradita non videtur dos, quæ eviſa eſt, l. *ſi patroni 55. §. ult. ff. ad Trebel. l. ubi eadem 75. §. ult. ff. de verb. oblig.* Secundus eſt, ſi in dotis conſtitutione ultrò de eviſione cautum ſit, vel ſimpliciter, vel ſtipulatione duplæ, l. *non ſolum 52. ff. de jure dot. juncta l. 2. C. de donat.* Tertius, ſi dolo malo res aliena in dotem datur; nam his eviſis de dolo actio adverſus eum, qui dedit, competit, *dicta l. cum poſt 69. §. cum res, l. Aristo 18. §. ult. ff. de donat.* niſi uxor in dote danda dolum commiſerit, quo caſu actione in factum, detractâ doli mentione, convenitur, *dicta l. 1. C. de jure dot.* ubi Giſanius, & in d. l. *Aristo 8.* Faber de *error. deced. 81.* Cujacius lib. 4. *reſponſ. Papin in d. l. cum poſt, §. cum res, Barboſa in d. l. æſtimatio, num. 51. ff. ſolut. matrim.* non tamen ullo caſu privilegium prælationis, de quo ſuprà, uxori conſeſſum marito pro dote competit, quia hoc privilegium perſonæ mulieris coheret: notarunt Caſtillo *dicto lib. 3. controv. cap. 4. num. 3.* Balduinus de *pignor. cap. 7.* Molina de *juſticia, diſput. 423. num. 6.* Novellus de *dote, q. 12. num. 10.*

Rurſus ſciendum eſt, quod privilegium hoc tacitæ hypothecæ nihil intereſſe, an dos ſit profectiva, an adventitia. Eſt autem dos profectiva, quæ à patre filiefamilias, vel emancipatæ datur: adventitia vero, quæ à quovis alio præter patrem, veluti muliere, vel extraneo, traditur, & quodammodo extrinſecus advenit, l. *profectiva, §. ſi pater, ff. de jure dot. l. 4. C. de collat.* Ulpianus in *fragm. tit. 6. de dotibus*: notant Cujacius *tract. 8. ad Africanum, ff. ſolut. matrim.* Hothomanus de *dotibus cap. 3.* Barboſa in l. 2. *§. quod in patris, ff. ſolut. matrim.* Schifordeg ad *Fabrum lib. 3. tract. 2. q. 8.* In his ergo caſibus tacitam hypothecam habet maritus in bonis ejus, qui dotem promiſit, & uxor in bonis mariti, l. *etiam 19. ff. de jure dot.* Etiam hypotheca hæc tacita datur, ſi pater pro filiofamilias marito dotem acceperit, vel ei tradi juſſerit; hypothecaria enim actione conveniri poteſt, ut ex l. *ſicum dorem 23. §. transgrediamur, ff. ſolut. matrim.* Probat Petrus Barboſa *ibi, num. 6. §. 28.* Faber in *ſuo Codice lib. 8. diſſinit. 25.* Si vero filio emancipato dotem accipienti conſenſerit, nec pater

10.
De tacita
Hypotheca.

hec ejus bona tacite obligantur, l. unica, C. de filiofamil. & quemadmodum, lib. 10. l. ult. §. rescripterunt, ff. ad municip. juncta l. Lucius, ff. de admistr. tutor. Barbosa in dicto §. transgrediamur, num. 9. nisi eo casu, quo pater pro dote filio data se obligare cogi possit, l. si filius 7. ff. de tucl. veluti quoties sine patris cautione pro dote filius uxorem idoneam non inveniret, tunc ne matrimonium impediri videatur, l. capite 19. aliis qui liberos ff. de ritu nupt. & pater bona obligare cogitur, & filio emancipato dotem accipienti consentire; quo casu tacita hypotheca in ejus bonis inducitur, ut colligitur ex traditis à Barbosa in dicto §. transgrediamur, num. 31. Campegius de dote 3. p. quest. 16. Gutierrez de juramentis, l. p. cap. 46. Novello de dote, 6. p. privil. 10. Quare cum jure Regio post benedictiones nuptiales filius exeat à patris potestate, ex l. 47. Tauri, quae est hodie lex 8. tit. 10. lib. 5. recopil. etiam filius patre consentiente dotem post nuptias acceperit, cessabit tacita hypotheca in bonis patris, ut docent Molina de justitia, tract. 2. disput. 438. num. 2. Barbosa ubi supra, num. 8. Hoc autem privilegium tacite hypothecae adeo comitatur primum, praelationis videlicet, ut quodammodo illi insit, d. l. assiduis, vers. Adhuc §. fuerat, insit. de actionibus, Negulantius de pignor. memb. 4. num. 29. Unde provenit, ut si extraneo pro muliere dotem dederit, quamvis sibi restitui stipuletur, non tamen habeat in bonis mariti tacitam hypothecam, quia haec actio tantum de dote ex stipulata à Justiniano inducitur tribuitur, quae nunquam extraneo competit, d. l. unic. §. accedit, docent Molina de justitia, disput. 438. num. 3. Barbosa in d. l. 1. 3. p. num. 30. ff. solut. matrim. Inde etiam inferitur, ut si pater pro filia dotem dederit, eamque soluto matrimonio petat per actionem ex stipulatione ficta, quae patri pro dote profecticia competit, cum filia tribuatur, l. 2. §. quod si in patris, ff. solut. matrim. d. l. unic. §. extraneo, C. de rei uxoria, jus quoque tacite hypothecae simul habeat, sive viva, & consentiente filia experiat, sive post mortem filia suo nomine, juxta legem dos à patre a. Cod. soluto matrim. l. jure, ff. de jure dot. Barbosa in l. post dotem 40. num. 56. ff. solut. matrim. Sicutem pater dotem petat actione ex stipulatione vera, quia dotem sibi stipulatus est, ut in l. quoties 29. ff. solut. matrim. tacitam hypothecam non habeat, quia illa stipulatione à jure dumtaxat inducta datur: notavit Negulantius ubi proxime, num. 34. Similiter circa praelationis privilegium ratiocinandum est, nam si pater agat ex persona filiae, illo utitur; secus vero si jure proprio, Novellus de dote, p. 12. num. 11. Barbosa in d. l. post dotem, num. 55. Unde cum apud nos filius post benedictiones nuptiales sui juris efficiatur, & soluto matrimonio illi tantum competat de dote actio, ut docent Azevedus in d. l. 8. num. 29. Barbosa in dicta l. 2. §. quod si in patris, num. 12. Cevallos communium 9. 478. num. 5. ideo frustra de hypotheca patri competenti, vel non, disseritur, nisi casu quo, quia matrimonium solum est ante benedictiones nuptiales, dos patri restitui debet. Jus tamen hoc tacite hypothecae mulieri pro dote quaesitum, ad eum, cui dotis actio creditur à muliere, & ad heredes ejus transit, quasi conjunctum cum actione ex stipulatione, argumento legis unicae, §. illo procul, C. de rei uxoria, l. 1. §. promittitur, ff. de aqua quodid.

non tamen jus praelationis, quia hoc jus uxoris personale est, authent. ut ex actione dotis, collat. 7. novell. 91. juncta lege ex pluribus, ff. de admistr. tut. Barbosa in d. l. post dotem 40. num. 57. ff. solut. matrim. Molina dicta disput. 438. num. 4. nisi filii sint, quibus pro dote matris jus tacite hypothecae, & praelationis contra creditores alios in bonis patris specialiter datum est, ex d. l. assiduis, vers. Exceptis, l. si quis prioris 8. §. ult. C. de secundis nuptiis, docent Gregorius Lopez in l. 33. tit. 13. part. 3. Costanus de dote cap. 7. num. 13. Cujacius in d. l. unica, §. cum autem, in fine, C. de rei uxoria, Gratianus tom. 1. discept. cap. 143. num. 43. Cancerius 2. p. variar. cap. 7. num. 92. Acofta de privil. credit. in reg. 2. ampliat. 6. num. 130. quamvis nec filiis, nec heredibus mulieris privilegium praelationis competere probabiliter contendat Fulgofius in d. l. assiduis, num. 8. Faber lib. 8. conject. cap. 13. Schiffordeg. & Hunnius laudati ab Olea de cess. jur. tit. 6. §. 2. num. 24.

Superest, ut de tempore, in quo haec hypotheca competat, tam marito, quam uxori, videamus. Et placuit, marito ex tempore matrimonii contracti; mulieri vero ex die matrimonii soluti hypothecam competere, quia hypotheca actioni de dote tribuitur, & veluti accedit: actio autem de dote, nec marito ante nuptias, nec mulieri nisi post nuptias diruptas nascitur, l. rati 48. ff. de jure dot. l. si constante 24. §. 1. ff. soluto matrim. juncta l. cum solvenda 4. ff. de distract. pignor. unde actio de dote semel nata retrahitur in marito ad tempus promissae dotis, in muliere vero ad tempus contracti matrimonii. Unde consequens est, hypothecam quoque tacitam marito ex die promissae dotis competisse, mulieri vero ex die matrimonii contracti, ex l. qui balneum 9. l. potior 11. ff. qui potiores, docent Petrus Barbosa in l. 1. 3. p. num. 23. ff. soluto matrim. Gifanius in d. l. assiduis. Jure autem nostro Regio venius est, hypothecam tacitam mulieri tribui ex tempore dotis traditae, ut exprimitur in l. 47. tit. 11. part. 4. docent Molina dicta disput. 438. num. 10. Acofta dicta ampliat. 6. num. 24. Caterum si mulier pro dote expressam hypothecam conventionem sibi caverit, soluto matrimonio ad tempus conventionis retro abitur hypotheca; & ideo ceteris creditoribus posteriores hypothecas habentibus, communis jure praefertur: docent Molina supra, num. 18. Gratianus r. tom. discept. cap. 53. num. 23. quemadmodum in extraneo, qui pro dote, quam promissit, hypothecam accepit, quae postea alii obligata est, si quaeratur, quis potior sit, eleganter responsum est in l. 1. ff. qui potiores, cui convenit lex 23. tit. 15. part. 5. Illustrant Cujacius lib. 8. 99. Papin. in d. l. 1. Donellus de pignor. cap. 12. Paz in praxi, tom. 1. p. 4. num. 5. & 6. Illud notandum est, mulierem quae pro dote expressam hypothecam accepit, non amittere tacitam, si ei utilis futura sit, argumento legis Arrilicini, ff. de pactis dotalibus.

His suppositis ratio praesentis decisionis & hujus privilegii tacite hypothecae hucusque illustrati, provenit ex matrimonii favore: & quia interest Reipublicae, ne uxores maneat indotatae, l. 1. ff. soluto matrim. unde cum olim uxoris tantum actio personalis concederetur, & frequentes essent actiones hypothecariae, à quibus facile precedebantur uxores, ex regula legis

ii.
Quo tempore nascitur hac hypotheca.

ii.
Traditur ratio decidendi.

eos, C. qui potiores, secundum quam actio personalis, quantumcunque privilegiata, à quacunque hypotheca vincitur, & superatur; idè ne ita facilè mulieres indotatae manerent, concessa fuit illis tacita hypotheca in dicta l. assiduis; quod privilegium sine exemplo non est, nam in aliis quoque juris articulis extra partium conventionem tacita hypotheca inducitur, veluti in administratione rerum pupillarum, cuius nomine bona tutoris, ac curatoris tacito pignoris jure pupillis obligantur, l. pro officio 20. C. de administr. eur. l. fin. C. de legit. tutel. docent Faber in jurisprudent. tit. 12. princip. 13. illar. 11. Escobar de rationibus cap. 39. in investis, & illatis ab inquilino in pradium urbanum, quæ pro pensione tacite hypothecæ nexui subjiciuntur, l. item 4. ff. de pæctis, l. 4. ff. in quibus causis pignus Bachovius de pignor. cap. 11. item quam habent legatarii in bonis defuncti pro rebus legatis, l. 1. C. communia de legatis, cuius meminit Tribonianus in l. 4. §. 1. ff. de separat. ut post Cujacium ibi, lib. 12. respons. Papin. docet Bachovius de pignor. cap. 10. Prædicta igitur hypothecæ concessa prospectum est mulieribus, & earum imperitia consultum; idèque deinceps in dotalibus instrumentis conficiendis vix opus est jurisconsultis, qui apud Romanos dictandis, & conficiendis obligationibus, ac testamentis plerumque adhibebantur, l. Lucius 88 §. Lucius, ff. de legat. 2. ex Cicerone, & aliis illustrat Cujacius in l. 1. ff. qui testamenta, & in d. l. unica, §. 1. C. de rei uxor. Contrahitur itaque hypotheca solâ legis auctoritate; unde si maritus alia bona non habeat præter fideicommissis subjecta, in eis contrahitur tacita hypotheca, ex l. mulier 22. §. cum proponeretur, ff. ad Trebel. audent. res que, C. communia de legatis: docent Faber de errorib. decad. 20. error. 2. & decad. 99. error. 9. Gratianus tom. 1. discept. cap. 43. n. 27. idemque in primogeniis Hispaniæ admittendum in his casibus, quibus vel Regia auctoritate impetrata, vel ipso jure pro dote obligari possunt: docent Molina lib. 4. de primog. cap. 6. num. 17. P. Molina de iustitia, disput. 468. Illud tandem notandum est, posse mulierem renunciare huic tacite hypothecæ, ut exprimitur in constitutione Anastasii, quæ extat in l. jubemus 21. C. ad Vellejanum: & inferitur ex d. l. unica, §. Et cum lex, C. de rei uxor. notaruntque Cujacius lib. 3. observ. cap. 75. Barbosa in l. 1. num. 59. & 69. ff. solut. matrim. An verò hæc tacita hypotheca competat pro dote confessata, aut accepto lata & putativa, latè disputat Acofta ubi supra, ampliat. 6.

13.
Dissolvi-
tur dubi-
tandi ra-
tio.

Nec obstat dubitandi ratio supra adducta; nam licet verum sit, fidejussores pro dotium securitate peti non posse, hypotheca tamen constitui valet. Differentia ratio provenit ex eo, quia fidejussor personam debitoris respicit, pi-

gnus verò rei debita locum habet, & fidejussor cum contumelia quadam debitoris exigitur, l. testamento 17. ff. de testam. tutel. & præcipue mariti, cuius potestati mulier se committit: unde fidejussorem pro dote exigendo, ejus personæ diffidere, & alienam fidem præponere, pernicioso exemplo videtur, l. 2. C. ne fidejuss. dotium, l. hæc lex, C. de pæctis convent. cap. per vestras, de donat. docuit Larreatigui lib. 8. select. cap. 13. & latè illustrat Larrea decis. 7. per totam. Cessat autem hæc contumeliosa diffidentia ratio in pignore, quod non mariti, sed dotis loco cedit, quo magis in tuto sit. Eleganter Cujacius tract. 4. ad Africanum, in l. vir uxori 17. ff. ad Vellejanum & ad titulum C. ne fidejussores, ubi Gifanius, & Pacius. Nec obstat primum augmentum ipsius difficultatis; nam hæc tacita hypotheca non ipsis rebus dotalibus inducta est à Justiniano, sed in bonis mariti. Nec ad rem pertinet, quod scriptum est in l. in rebus 30. C. de iure dotium, mulierem dotalis res vel vindicare jure domini, vel per hypothecariam actionem jure pignoris petere posse; quia quamvis pervertam Triboniani Jurisprudenciam extare in eo textu contendat Faber de erroribus decad. 99. errore 1. verius tamen est, non agi ibidem de tacita hypothecæ pro dote, quæ sequenti anno post eam legem editam à Justiniano inducta fuit; sed de expressa quæ solenni conventionem plerumque pro dote adhibetur, l. quod autem 7. §. si uxor, ff. de donat. inter. l. 1. ff. qui potiores, notarunt Gifanius in d. l. in rebus, Cujacius ad titulum C. de iure dot. Idcirco autem res dotalis nexu expressi pignoris mulieri obligari poterant, quia earum dominium tam constante matrimonio, quam soluto ad maritum pertinebat jure veteri, pretis quam mulieri traderentur, ut probavi in cap. cum coniugat. de iurejur. Ceterum cum Justinianus vindicationem rerum dotalium mulieri tanquam earum dominae soluto matrimonio concederet in d. l. in rebus 30. ne dominio dotis dato pignus impediretur, & vindicatio mulieris favore inducta ei actionem hypothecariam adimeret, contra regulam legis quod favore 6. C. de legibus, voluit utrumque jus uxori competere; & vindicationem, quasi dominæ rerum dotalium, ex sua constitutione; & hypothecariam, quasi retento jure veteri. Præfensit Cujacius ubi proxime, quamvis aliter post Accursum, Bartolum, & Salicetum textum illum accipiat Costanus de dotibus, cap. 6. num. 14. Nec obstat ultimum augmentum difficultatis; nam societas illa conjugalitatis consistit in rebus constante matrimonio acquisitis, cap. 2. de donat. inter; non verò in rebus antea acquisitis; unde mulierem extra dorem sibi paraphernalia bona retinere posse notum est, quæ non communicantur marito, & ita societas illa quoad lucra constante matrimonio obvenientia procedit.

CAPUT VI.

Idem R. de Monte (a) Fortino.

CUM contra nobilem virum G. Deenten, civem (b) Anagninum, super quibusdam possessionibus, quas quondam pater tuus Laudum de Salis pro certa pecuniæ quantitate obligarat, & creditoris hæredes prædicto G. pignorarant, movisses in
nostra

nostra presentia questionem, tibi, & ei di. fil. P. de Saxon. Subd. & Capellanum nostrum concessimus auditorem. Constitutus igitur in nostra presentia legitime probavisti, quod possessiones ipsae pignoris titulo fuerunt obligatae, ac ex earum presentibus tantum fuerat tunc ab eodem G. & ab aliis, qui eas tenuerant, a tempore, quo fuerant obligatae, perceptum, quod fructus sorti poterant adaequari. Nos igitur attendentes quod in talibus perceptio fructuum in solutione sortis accedat, cum secundum c) canonicas sanctiones (d) fructus restitui, & in sortem debeant computari, considerantes etiam quod possessiones ipsae iam extenuassent penitus tuum onus, & debitum annullassent, de consilio fratrum nostrorum ipsas tibi restituendas esse decernimus, & per Nuntium nostrum in possessionem induci fecimus corporalem.

NOTAE.

(a) **Fortino**] Ita etiam legitur in tertia collectio-
one, sub hoc tit. cap. 2. quia enim agebatur
in presenti de contractu usurario, & per conse-
quens de crimine usurario, Judici Ecclesiastico
presentis causae cognitio committitur, ut in
simili specie notavi in cap. illa vos, de pigno-
ribus.

(b) **Anagninum**] Anagnina civitas Hirnicorum
est in Latio, ubi Antonius sorore Augusti con-
tempta Cleopatram in uxorem accepit: de ea
Virgilius lib. 7. ait:

Quos dives Anagnina pascit, &c.

(c) **Canonicas sanctiones**] Immo, & juxta le-
gales sanctiones idem observatur, l. 1. § 2. C. de
pignorat. action. unde potius dicendum erat, se-
cundum canonicas & civiles constitutiones, ut in
cap. cum super 17. de re judic. Sed recte Innocen-
tius signanter dixit, secundum canonicas sanctiones;
nam cum jure civili attento fructus rei pigno-
ratae non imputentur in sortem principalem, si
inter contrahentes id placuerit, ita ut ex na-
tura antichresis eo casu creditor fructus rei pi-
gnoratae suos faciat, l. 1. §. pacto, ff. de pignor.
l. pecunia, l. placuit 29. ff. de usuris, infra latius
dicemus; jure tamen canonico nec ex tacito,
nec ex expresso contrahentium placito possunt
fructus iuste retineri a creditore: ideo Innocen-
tius tantum expressit secundum canonicas san-
ctiones fructus in sortem principalem imputan-
dos esse: notavit Arias a Mesa lib. 3. variar. c. 46.
num. 15.

(d) **Fructus restitui, & in sortem debeant imputari**.
Haec verba disjunctive sunt accipienda, ex l.
sepe 53. ff. de verb. signif. cum fructus simul resti-
tuitur, & imputari in sortem nequeant; immo
cum restituuntur, non imputantur, nec e con-
verso. Duplici enim modo possunt fructus rei
pignorate lucro debitoris cedere, vel compen-
satione facta cum debito principali, quod
contingit quando fructus sunt ejusdem speciei,
vel jam sunt consumpti & aestimati, quo casu
debitum principale ipso jure minuitur, & ex-
tenuatur, l. 1. C. de distract. pignor. l. 1. § 2. C.
de pignorat. act. vel restitutione eorum illi
facta, quod contingit quando fructus sunt di-
versae speciei, & extant; quo casu con compen-
santur, sed restituuntur: unde dum utrumque
casum comprehendit Innocentius, dixit fructus
restitui, & imputari; multum enim interest, an
fructus extant, vel consumpti sunt; nam si adhuc
extant, in dominio debitoris sunt, l. qui scit,
ff. de usuris, illique soluto debito restitui de-
bent cum pignore, tamen interim ipsi tacite
obligari censentur, l. 3. C. in quibus causis pi-
gnus. l. 1. C. de parvu pignor. docent Canisius de
D.D. Gonzal. in Decretal. Tom. III. Paris.

usuris, cap. 5. num. 7. Baptista Costa de ratione
rate quest. 142. num. 16. Escobar de ratiociniis,
cap. 17. num. 15. atque ita fructus consumpti
extenuant sortem, qui deductis sumptibus in
eorum collectione factis debent aestimari juxta
tempus, in quo consumuntur, ut probat Leo-
thardus de usuris quest. 11. num. 40. Haec tamen
procedunt in fructibus, quae non sunt ejusdem
speciei ac debitum principale, veluti si pecunia
credita est, & creditor ex agro frumentum, vel
ex prato fenum percepit; tunc enim refert, an
hujusmodi fructus extant, vel sint consumpti;
sed si ejusmodi generis sint, & qualitatis cum
sorte principali, veluti si creditor est pecu-
niae, & ex domo, vel navi, vel jumentis pi-
gnori acceptis, pensiones in pecunia perci-
pit, quae loco fructuum cedunt, l. 36. ff. de
usuris, tunc non obligantur pignori, nec inspi-
citur, an consumpti sint, sed statim cedunt
in solutionem debiti, & ipso jure minuunt sor-
tem, ut docent Donellus in l. 2. C. de pignorat.
Leothardus dicta 9. 11. in fine; nec eo casu ta-
citur pignus datur, quia in ea re, quae ex
juris dispositione compensari potest, pignus
tacite non contrahitur, l. si convenerit 18. ff. de
pignor. action. nec contrarium probant textus
in l. 3. C. in quibus causis pignus, l. 7. ff. eodem;
nam illi accipiendi sunt de fructibus, qui sunt al-
terius generis, nec cum sorte debita functionem
recipiunt.

COMMENTARIUM.

EX presenti textu sequens communiter de-
ducitur assertio: *Fructus ex re pignorata per-
cepti imputantur in sortem debiti principalis.* Pro-
bant eam textus in cap. illo vos 4. cap. 6. hoc ritu
lo, cap. 1. cap. 2. cap. conquestus, de usuris, cap. 6.
§ 7. eodem tit. in 1. collect. cap. ad nostram, 7.
cap. ex litteris 22. de jurejur. l. 1. § 2. C. de pi-
gnor. action. l. 2. C. de pacto pignor. l. si dominum,
C. de pignor. l. 2. tit. 13. part. 6. Illustrant ultra
congestos in presenti a Barboza; Balboa in dicto
cap. ad nostram, Petrus Gregorius lib. 3. part. 1.
tit. de usuris, cap. 4. & in tract. de usuris lib. 2.
cap. 9. num. 1. Cujacius hic, & in dicta l. 1. C. de
pignor. & in l. 17. C. de usuris, & lib. 11. observ.
cap. 31. Leothardus de usuris quest. 11. cum se-
quent. Noguero allegat. 10. num. 167. Castillo
lib. 3. controv. cap. 23. Arias a Mesa lib. 3. variar.
cap. 46. Didacus Perez in l. 2. tit. 2. lib. 8. ordin.
Bronchorst. centur. 2. assert. 71. Diana p. 11.
tract. 7. resol. 26. D. Joannes de Larrea alleg. 41.
Merlinus lib. 5. de pignor. tit. 14. Hothomanus
lib. 1. observ. cap. 4. & de fenore cap. 4. Gibalinus
de usuris lib. 3. cap. 7. artic. 13. Aneas Robertus
lib. 2. rerum judic. cap. 8. Balduinus de pignor.
lib. 1. cap. 16.

cap. 16. Faber de erroribus decad. 9. errore 1. § 9. Salmasius de modo usurarum. cap. 14. Binsfeldius in cap. 1. de usuris, Leo Pinel. in cap. significante, hoc tit. Gaito de credito cap. 2. ex num. 1637. Martinis lib. 2. resol. cap. 172. Tapia caten. mor. lib. 5. cap. 17. art. 10. D. Josephus de Retes de donat. cap. 3. num. 18.

5. Sed pro dubitandi ratione in presentem assertionem ita insurgo. Pactum antichresis, per quod creditor percipit fructus hypothecae in compensationem usurarum, inutile non esse ait Papinianus in l. 1. §. pacto, ff. de pignor. & expressus Marcianus in l. si is qui 11. §. 1. ff. eodem, & in l. si pecuniam 33. ff. de pignor. action. & supponitur in l. legata 9. §. final. ff. de suppellect. legat. Quorum prudentum responsa sequuti sunt Imperatores Alexander in l. si ea pactione 1. & Philippus in l. si ea 17. C. de usuris. Justinianus tamen noluit eum rusticis, & colonis huiusmodi antichresin celebrari, ut probant late leges, & differentias hujus contractus exponentes Faber de error. decad. 9. errore 1. Balduinus de pignor. cap. 1. num. 16. Salmasius de modo usurarum cap. 14. Rodriguez lib. 3. de annuis reddit. q. 4. num. 52. Leothardus de usuris dicta quest. 10. 11. & 12. Bachovius de pignor. lib. 1. cap. 14. Vinius lib. 2. sect. 1. cap. 7. Hunnius ad Treutl. disput. de pignor. disput. 17. Masius singul. opin. lib. 4. cap. 1. cum sequent. Ergo non recte in presenti docetur, fructus rei pignorate in sortem principalem imputari debere. Augetur primò hæc difficultas ex eo, nam creditor pignus sibi traditum possidet, l. cum & sortis 35. §. pignus, l. si pignus 37. ff. de pignorat. action. l. per servum 37. ff. de acquir. dom. l. pignori 13. ff. de usucap. sed fructus sequuntur possessorem, l. bone fidei 48. ff. de acquir. dom. Igitur fructus rei pignorate ratione possessionis ad creditorem spectant. Augetur secundò hæc difficultas ex eo, quia fructus rei pignorate non percipiuntur ut usura, sed in compensationem usurarum, cum debitor utatur, fruaturque commodis pecuniæ, & creditor in compensationem utatur, fruaturque re pignorate: igitur ex hac causa mutæ compensationis iuste retinet creditor fructus rei pignorate. Augetur tandem hæc difficultas ex cap. 1. cap. salubriter, de usuris, ubi in eadem specie docetur, fructus rei pignorate lucro creditoris cedere.

6. Quà difficultate ita fulcitã non obstante, verã est præfens assertio, pro cuius expositione sciendum est, variis pignoris acceptionibus omittis, quas post Mudeum, Negufantium, Donellum, Baldum, Bachovium, & alios de pignoribus scribentes exponit Gibalinus lib. 3. de usuris, cap. 7. artic. 1. Ulpianum in l. plebs 238. §. pignus, ff. de verb. sign. pignus appellatum dicere à pugno, quia res quæ pignori datur, manu traditur? quod & docuerunt Connanus lib. 4. comment. cap. 14. Corraius in l. 1. ff. de acquir. possess. num. 3. & in l. ei qui, num. 12. de servitut. Vallã de rebus dubiis, tract. 11. Vertuntamen hanc vocem potiùs allusionem quandam, quàm veram etymologiam continere rectè animadvertunt Negufantius de pignor. part. 1. num. 1. Gaitus de credito cap. 4. q. 1. Merlinus de pignor. tit. 1. cap. 1. Bachovius eodem tract. lib. 1. cap. 1. siquidem allusione hac non impediende, pignora etiam vocantur, quæ manu non traduntur; & ita non solum rei mobilis pignus contrahi po-

test, verum etiam rei immobilis, veluti fundi, aut ædium, l. 8. §. si anni 5. ff. de tranlat. l. 2. §. finali, ff. de relig. & sumptibus, l. Gajus 39. ff. de pignorat. l. sciendum 15. §. 1. ff. qui satisdare, l. 1. §. cum prædium 2. l. 11. §. 1. l. creditor 23. ff. de pignor. l. 6. C. de pignoratitia, l. cum notissimi, §. sed cum illud, C. de prescript. triginta, l. si dominium 9. C. hoc tit. Plaurus in Phormione.

Aer oppositus est pignori.

Martialis lib. 12. epigr. 25.

Cum rogo te nummos sub pignore, non habeo inquis:

Idem si pro me spondet agellus, habes.

Tacitus lib. 19. hist. Credebatur affectam ejus fidem præbuisse, domo, agrisque pignori acceptis. Non quia manu immobilia tradantur, & accipiantur, dum de illorum terra, vel substantia pugno aliquid accipitur, & traditur, ut voluit Salicetus in l. si rem, §. proprie, ff. de pignorat. sed quia usu hominum exigente eò tandem perventum est, ut rerum quocunque modo nexarum, creditori tamen suppositarum, licet non traderentur, pignus esset, ut nominum, cautionum, servitutum, & usufructus, l. 2. & 4. C. qua res pignori, l. 11. §. usufructus, cum sequent. ff. hoc tit. l. si convenerit 18. ff. de pignorat. l. postquam 7. ff. de heredit. vendita: in quibus iuris docet id Cajacius lib. 70. q. 99. Papin. in l. 64. ff. de res vind. in l. 3. §. ult. ff. de usur. Faber lib. 8. conject. cap. 17. & lib. 19. cap. 6. & 7. Hunnius ad Treutl. volum. 2. disput. 1. thesi. q. 13. Olea de cess. jur. tit. 4. q. 2. Bachovius lib. 2. de pignor. cap. 6. 7. & 8. Meril. lib. 1. observ. cap. 36. Galbanus de usufruct. cap. 39. Hoc modo accipiendus est Marcianus in l. 5. §. 1. ff. de pignor. (ne cum infuillissimo Grammatico Valla lib. 6. elegant. cap. 57. pugnate cum Ulpiano dicamur, ob quod ridiculus vocatur à Connano lib. 4. comment. cap. 14. num. 2. Mendoza de pactis, cap. 12. num. 14 & reprehenditur à Sichardo in hac rubrica Codicis, num. 10.) dum asserit inter pignus & hypothecam tantum nominis sonum differre, non ob id solum, quod hypotheca Græcum nomen sit, pignus autem Latinum; nam ex acceptione Jurisconsultorum pignus de rebus mobilibus, hypotheca de rebus immobilibus usurpabatur, d. l. pignus, §. pignus, Instit. de actionib. sed quia postea Jureconsulti neglectã proprietate promiscue illis vocibus uti sunt, ut in l. 5. ff. hoc tit. l. 9. §. primo, l. cum & sortis 35. ff. de pignorat. l. 88. ff. de acquir. heredit. tradunt Theophilus in §. item Serviana, Instit. de actionib. Fornerius in dicta l. 238. §. pignus, nulla differentia inter pignus & hypothecam agnoscebatur.

Sunt tamen qui adhuc putant, illam inter utramque vocem remansisse differentiam, quod in pignore possessio transferatur in creditorem, in hypotheca autem in hypotheca, in qua penes debitorem manet, dicta l. 9. dicta l. cum & sortis, §. final. illud ferè in mobilibus; hoc in immobilibus accidere: sed tamen hoc perpetuum non est; nam etiam rei mobilis possessio potest relinqui debitori, l. si is qui rem 66. ff. de furtis, vel non transferri in creditorem, l. 10. ff. hoc tit. & rei immobilis obligate transferri in creditorem, l. quid de creditore 11. ff. de damno infecto, l. 9. de operis novi nunc. l. ei qui 16. de servitut. l. Gajus Sejus, de pignorat. dicto §. item Serviana; maxime si mobilis sit, l. 9. §. 1. l. final. ff. quibus modis

modis pignus. Hoc autem certum est provenire ex hac promiscua vocum acceptione, ut comprehendatur sub pignoratitia actione etiam hypothecaria. Sunt textus diferti in l. rem 4. ff. de pignorat. l. 3. §. 3. ff. ad exhib. l. duobus 9. l. penult. §. 1. ff. de except. rei judic. l. Titius 9. ff. quibus modis pignus, l. Mevio 66. §. fundo, ff. de legat. 2. l. 5. C. si aliena res pignori. Vera tamen, & perpetua differentia inter pignus, & hypothecam in modo constituendi nexum consistit, quippe pignus re constituitur, & traditione; hypotheca autem pacto, l. 1. §. 4. ff. de pignor. l. 17. §. de pignore, ff. de pactis, l. qui balneum 9. ff. qui potiores, l. solutam 40. ff. de solut. l. non solam 31. §. qui pignori, ff. de usufruc. l. 4. de fide instrum. l. 1. tit. 13. p. 5. Pignus quod re constituitur, depositum pignus vocatur à Paulo in l. servus 6. ff. de conduct. in deb. & lib. 2. sentent. tit. 6. l. 5. tit. 26 §. final. & in legibus Wilsigoth. 2. & 3. tit. 6. lib. 5. Poni etiam hac ratione dicitur pignus in l. petenti 27. ff. de pignorat. supponi pignus, in l. creditor 7. C. eod. ac denique apponi pro re constituitur, dicit Seneca lib. 7. de benef. cap. 14. ibi: *Rebus meis dixit in securitatem appositis.* Plautus in Pseud. act. 1. scena 1.

Vix hercle opinor, si me opponam pignori.

Ex cuius verbi ambigui significatione intelligitur Caullus ad Furium in illis verbis:

*Furi, villula nostra non ad Austri
Flatus opposita est, nec ad Favoni,
Nec saxi Borea, aut Appellioe,
Verum ad millia quindecim & ducentos,
O ventum horribilem, atque pestilentem!*

Hypotheca autem cum non deponatur, aut supponatur; pacto etiam constitui potest; nec inconveniens est quod ex pacto nascatur actio, cum pactum sit iure honorario confirmatum, l. 6. l. 17. §. 2. de pactis, ut latius docent Cujacius ad titul. C. de pignorat. Hothomanus lib. 6. observ. cap. 130. Mendoza de pactis lib. 1. cap. 17.

Deinde sciendum est, pignus, & hypothecam sumi aliquando pro ipsa re, quæ in pignus & hypothecam datur, nonnumquam pro ipso pignoratitiois contractu, tandemque pro obligatione ex ipso contractu proveniente, ut docuerunt Donellus de pignor. cap. 2. Merlinus lib. 1. tit. 1. q. 1. res enim ipsa nexa pignus appellatur. Unde dicimus pignus idoneum esse, venditum, distractum, seu traditum creditori esse. Ut contractus autem ita definitur: *Pignus est contractus, quo res aliqua obligatur creditori in securitatem debiti.* Dicitur contractus; & est quidem nominatus, l. 25. ff. de pignor. l. juris 7. ff. de pactis, §. item Serviana, ubi plures Pichardus, Instit. de action. Mendoza lib. 2. de pactis, cap. 12. à num. 3. estque bonæ fidei, & juris gentium, atque aliquando tum re, tum solo consensu perficitur. Re quidem quando pignus possidendum traditur creditori, ut contingit plerunque: solo vero consensu, quando non traditur res creditori, sed illi tantum obligatur, ut in hypotheca sæpius contingit. Nec scripturam, nec certa verba requirit necessarium, & essentialiter, l. 1. ff. de pignoratitia actione, aut bene, si quis, C. que res pignori: plura tradunt Negulantius 3. p. de pignor. membro 1. à num. 3. Merlinus lib. 1. tit. 1. cap. 9. & 14. ex quo contractus res ipsa, non personæ obligantur, ideoque dicuntur res nexæ, l. 1. §. si quis D.D. Gonzal. in Decretal. Tom. III. Pars I.

ideo, ff. ne vis fiat, l. 1. §. 7. C. de dir. pign. l. res qua 22. §. 1. ff. de iure fisci. l. petenti 27. ff. de pignorat. actio. indeque nexum pignoris dicitur in l. epistola 52. §. pactum, ff. de pactis, l. si pater 33. ff. famul. evictund. & nexum fieri prædiorum in l. penult. C. si aliena res non tamen principalis est ista obligatio, sed accessoria, & subsidiaria, ut fusè docent Donellus de pignor. cap. 1. Balduinus eodem tract. cap. 2. Pignus enim tantum datur ad cautionem, & magnam; nam regula juris est, plus cautionis esse in re quam in persona, l. plus 25. ff. de reg. jur. ubi cautio in personam accipitur pro fideiussione, ut ajunt Ulpianus in l. 1. ff. de fideiuss. Cajus in l. 1. §. 2. ff. de oblig. & act. & Paulus dixit de pignore in l. legata §. ult. ff. de supellect. legat. pignus deponi apud creditorem propter contractus fidem, & rei debita vinculum: & Martialis agrum oppignoratum ipso nomine nominat ibi:

Cum rogo te nummos sub pignore, non habeo inquis!

Idem si pro me spondet agellus, habes.

*Quæ mihi non credit vereri Telesina sodalis,
Credis colliculis, arboribusque meis.*

Et apud Athenienses ad majorem securitatem in prædiis oppignoratis columnæ, seu sepes lapidei erigebantur, cum inscriptione, quæ cavebatur, prædia illa esse oppignorata, ut ex Julio Polluce, & Theophrasto probant Gibalinus dicto lib. 3. cap. 7. art. 1. Salmutius de modo usurarum cap. 15.

Tertio sciendum est, pignus communiter dividitur in prætorium, judiciale, & conventionale; pignus l. final. de prætor. pign. l. 1. de pign. act. l. contra- hitor ff. hoc tit. Prætorium dicitur, quod à Præ- tore, seu alio magistratu constituitur ante latam sententiam, mittendo actorem in possessionem bonorum, quatenus ipsi cautum sit: de quo intitulus Codicis de prætorio, de damno infecto, ut in possess. legat. Donellus lib. 15. comment. cap. 46. Duarenus ad titulum de damno infecto Connanus lib. 4. comment. cap. 16. Balduinus cap. 8. de pignor. Merlin. lib. 1. tit. 3. q. 17. & latè egi in cap. quoniam, ut lite non contest. Judiciale verò est, quod ex causa iudicati capi solet, de quo in l. a D. Pies §. in venditione, ff. de re judic. in l. 1. C. si in causam iudicati, & de executione rei judic. l. sed & iure 10. C. qui potiores, l. si plus 74. §. 1. ff. de evict. l. 3. §. 1. de rebus eorum, l. 9. de minoribus, l. 15. §. 2. l. 40. de re judic. l. 2. C. qui potiores, l. penult. C. de pign. act. l. 13. C. de evict. & aliis congestis à Bachovio de pign. cap. 3. A. Guibert. lib. 1. q. 99. jur. cap. 19. Cujacio in l. penult. ff. pro emptore, & lib. 1. q. 99. Papin. in l. 5. de offic. Proconsul. Gothofredus in praxi juris civil. lib. 2. tit. 8. Tandem conventionale est cum inter partes convenit, ut certæ res propter aliquod debitum sint pignori obligatæ, l. 4. ff. de pignor. l. si tibi §. de pignore, ff. de pactis, de quo agitur in præfenti titulo. Ex hoc contractu pignoratitio mutua nascuntur obligationes inter contrahentes. Primò debitor tenetur tradere creditori pignus illud, quod promittit loco, & tempore statutis, l. 13. §. etiam, l. pignoris 17. ff. de pignor. nec poterit illud repetere, nisi debitum solverit, aut alio modo satisfecerit creditori. Deinde tenetur debitor ad omnes expensas, quas creditor in conservando pignore fecit, l. si necessarias 8. l. si servos 27. ff. de pignorat. act. l. creditor 7. C. eodem tit. Sapienter verò monet Ulpianus in d. l. si ser-

vos 25. ita moderatum esse debere creditorem in istis expensis, quamvis utilibus faciendis, ut non cogat creditorem, qui eas omnes solvere nequit, aut pignus dimittere creditori, aut alii vendere; è contra verò creditor obligatur, primò ad fidelem pignoris custodiam, teneturque de dolo, ac lata, & levi culpa, ita ut seruet rem illaefam, in eamque sumptus necessarios faciat, *d. l. si servos, l. domo, ff. de pignorat. l. que sunt titis 6. C. eodem tit. l. 19. C. de pignor.* Deinde tenetur creditor rem ita servare, ut ea non utatur, aliàs furtum committit, *l. si pignore, ff. de furtis, §. placuit, Instit. de obligat. qua ex delicto*: & similiter resarcire cogitur damna pignoris, quo usus est, *l. creditor, C. de pignorat. l. eleganter, §. in pignoratitia, ff. eodem tit.* nisi talis usus cedat in commodum debitoris, ne videlicet pignus deterius fiat, *l. creditor, ff. de pignor.* ubi permittitur creditori prædia sibi oppignorata locare, quia culturâ meliora redduntur. Idemque dicendum est, quando usus nullum incommodum affert creditori, deinde obligatur creditor solutionem quandoacunque sibi oblatam recipere, & pignus illicò reddere, *l. 9. cum sequent. C. de pignorat. act.* quia tublatâ principali obligatione, & accessoria deesse debet: & ita tenetur rem reddere cum suis fructibus, meliorationibus, & accessionibus: tum quia illæ accessiones nunquam fuerunt creditoris, sed debitoris, *l. si fundus 16. ff. de pign. ibi: Si fundus hypothece datus sit, deinde alluvione major factus est, totus obligatur*. Igitur & totus restituendus est, quia integrum pignus, quod obligatur, reddendum est; unde aperte dicit Ulpianus in *l. si inter 21. §. 2. ff. eodem*, quicquid pignori commodi, sive incommodi fortuito accessit, id ad debitorem pertinet. Eodem etiam spectat lex *si convenerit 18. §. si nuda, ff. de pignorat. act.* Harum præstationum, & aliarum causâ datur actio pignoratitia, quæ duplex est; directa, & contraria. Directa est civilis, personalis, bonæ fidei, quâ debitori, aut ei, qui rem suam oppignoravit, ubi soluta pecunia est, aut alio modo satisfactum creditori est, res restituuntur. Contraria verò datur creditori adversus debitorem, quæ ex omni iusta causa competit contra debitorem, ut quantum illum dare facere æquum videbitur, tantum condamnetur. nempe ad rem ipsam, si fortè ipsius possessionem adeptus sit post contractum pignus ex precario, vel ex conducto, *l. 3. l. si pignore 22. §. si post distractum, ff. de pignorat. l. si in pignore 54. ff. de fideiuss.* item si rem alienam, aut alteri obligatam, aut donatam oppignoraverit, *l. si rem 9. l. tutor 16. §. 1. l. si quis in pignore 36. §. 1. ff. de pignor. act.* si quos sumptus creditor in res pignoratitias fecerit, *l. 6. C. eodem tit.* si servos artificis imbutos reddiderit instructiores, *dista l. si servos*; si eos ægros curavit, si domum ruinolam refecit, *l. si necessarias 8. ff. de pignorat.* si servus oppignoratus, quem debitor furem sciebat, creditori furtum facerit, *l. si servus 31. ff. de pignorat. action. l. si servus 61. §. 1. ff. de furtis*. Denique si pignus à creditore venditum emproi evictum sit, *l. in creditore 38. ff. de evict.*

10.
Traditur
ratio deci
dendi.

Quibus ita animadversis apparet præsentis decisionis vera ratio; nam cum dominium rei pignoratæ penes debitorem sit, *l. pignus 9. C. de pignorat. act. l. cum & sortis 35. §. pignus, ff. eodem*, et si creditor ius reale in ipso habeat, *l. pi-*

gnoris 17. ff. de pignor. junctis traditis à Fabro lib. 7. comit. cap. 18. & de error. decad. 18. errore 3. Donello lib. 17. comment. cap. ult. ubi exponunt textum in *l. si pignore 22. ff. de pignorat.* unde necessariò provenit, ut fructus ipsius rei ad debitorem spectent, quia sequuntur dominum utpote pars rei, *l. fructus, ff. de re vind. l. in Falcidia, ff. ad legem Falcidiam*; pignus enim non traditur creditori ut lucrum ex eo faciat, sed ut in tuto creditum habeat, *l. si pignore 54. §. 1. ff. de furtis*: quare pignus non numeratur in bonis creditoris, *l. itaque 12. ff. de furtis, l. statuliber 38. ff. ad legem Falcidiam*; qua etiam de causa servus pignori datus generaliter manumitti poterit à debitore, dum tamen in fraudem creditorum non manumittatur, *l. generaliter, C. de servo pignori dato* & debitor creditori pignus vendere potest, *l. res ipsa 12. ff. de distract. pignor. l. si pignus 27. ff. de pignorat. action.* per constitutionem enim pignoris etiam secuta traditione, tantum possessio naturalis transferretur, *dista l. cum & sortis 35. §. ult. probavlatè in cap. quoniam, ut licet non contest.* idcirco quodcumque fortuitum commodum, vel incommodum ad debitorem pertinet, *l. pignus 9. C. de pignorat. l. si inter 22. ff. de pignor. l. sicut vim 19. C. eodem, §. ult.* unde si creditor retineat fructus perceptos ex re pignoratâ, retinet aliquid ultra fortem, quam mutuo dedit, & per consequens uluram committit: quare rectè Innocentius in præsentis decrevit, creditorem teneri imputare in fortem principalem fructus ex re pignoratâ perceptos; quod procedit sive fructus extant, sive consumpti sint, inamò & si percepti non sint, dummodo percipi poterint propter culpam latam vel levem creditoris. Harmenopolus lib. 3. tit. 8. ibi: *Fructus ex prædico pignori nexo percepti in exonerandi debiti rationem computantur, non solum quos creditor percepit, verum & quos percipere potuit.* Latius profequuntur ex hac doctrina varios casus resolventes Petrus Gregorius lib. 2. de usuris, cap. 9. num. 6. Canisius eodem tractatu, cap. 5. num. 6. Gibalinus de usuris, lib. 3. cap. 7. artic. 7. Leothardus de usuris 9. 11. num. 33. Nec audiendi sunt Bartolus & Baldus in *l. legata 9. ff. de supellect. legat.* & alii congesti à Tiracuello de retract. in præf. num. 36. dum docent creditorem non teneri fructus imputare, quoties pignus datum est pro ea quantitate, quæ æquat, vel excedit valorem rei. Nam contrarium rectius docuerunt Gaius de credito cap. 4. numero 1097. Gratianus disceptat. cap. 42. num. 14. Leothardus de usuris 9. 12. per totam, ubi exponit textum in *l. legata 9. ff. de supellect. legat. l. qui habebat 101. ff. de legat. 3.*

Nec obstat dubitandi ratio supra adducta, pro cuius solutione sciendum est, inter alias conventiones à jura receptas, & approbatas cit-
ca contractum pignoratitium, eam referri, juxta quam creditor ad compensandum usum pecuniæ mutuo date pignus certo tempore possidet, & fructus illius lucratur, ita ut detur mutuo quidam usus, cum debitor utatur fructu pecuniæ mutuo acceptæ, & creditor fructu pignore sibi dato; quam conventionem antichresin Græci dixerunt, *l. 33. de pignor. action.* ubi malè olim legebatur, ad recuperandam antichresin; quæ corrupta littera antiquos Interpretes in nugas, & mœra somnia induxit, ut observat Alciatus lib. 2. disput. cap. 3. cui voci antichresis,

antichresis, latine respondet promutuum, licet in jure aliquando promutuum accipitur pro promutuo, id est illo, quod datur in antecessum, l. ex conducto 15 ff. locati, l. nomen 34. ff. de legat. 2. l. Sisco 40. ff. de statulib. apud Cætare lib. 3. de bello civili, ibi: Publicani utri in Syria fuerant insequentis anni vectigal promutuum imperator. &c. notavit Salmasius de modo usur. cap. 14. Gibalinus lib. 3. cap. 7. artic. 13. non autem est antichresis contrarium mutuum, quia mutuum nisi in rebus fungibilibus non constitit, l. 2. §. mutui dati, ff. de rebus creditis. Hanc antichresin duplicem faciunt, expressam videlicet, & tacitam, Cujacius lib. 8. observat. cap. 17. & lib. 30. cap. 35. & in l. Gajus ff. de pignor. Faber decad. 9. errore 5. Bronchorst. Enantioph. cent. 2. assert 71. Merillus lib. 2. observat. cap. 23. Arias de Mesa lib. 3. variar. cap. 46. num. 8. Paucicentur. 9. q. 55. Balduinus de pignor. cap. 16. Hothomanus lib. 1. observat. cap. 1. & lib. 1. feudor. tit. 27. Hunnius volum. 2. disput. 1. q. 37. Schifordeg. ad Fabrum tract. 27. q. 3. Antichresin expressam appellant, cum inter contrahentes placuit, ut debitor mutua pecunia uteretur, creditor vero pignore ipso frueretur; quo casu adeo jure civili creditor fructus lucratur pignoris, ut quamvis eo anno fructus excedant fines legitimæ usuræ, eos omnes lucretur, propter incertum fructuum proventum: ad quam speciem referunt textus in l. si ea lege 17. l. oleo 23. C. de usuris, l. 2. C. Theodos. de pradiis & mancipiis, l. 27. l. 40. §. pradia, ff. de minorib. l. 65. ff. de rei vind. l. ult. ff. de peric. & com. l. 12. ff. de actionibus empti, l. 5. C. eodem tit. l. 2. C. de usuris, l. 1. ff. de pign. l. antepenult. ff. quibus ex causis pign. cavet. Tacitam vero dari ajunt cum pignus indistincte traditur, & nihil dicitur de fructibus; quo casu docent tacite videri antichresin contractam, atque ita fructus usurarum vice creditorem retenturum, non tamen supra legitimum modum; de qua tacita antichresi accipit Cujacius textum in l. cum debitor 8. ff. in quibus causis: sed hanc tacitam antichresin dari recedunt negant Salmasius de modo usurar. cap. 14. Vinus lib. 2. select. cap. 7. per totum. Masius lib. 4. singul. opin. cap. 1. Bachovius ad Treul. disput. 1. volum. 2. thes. 6. & de pignor. lib. 1. cap. 14. nam si hæc antichresis tacita daretur, quoniam casu procederet illud quod tot juris locis simpliciter traditur, creditorem fructus ex re sibi pignorata perceptos in sortem principalem imputare debere, l. 1. 2. 3. & ultim. C. de pignor. act. l. 1. C. de distract. pignor. Nec ex pignoris datione seu constitutione conventio tacita super usuris facta intelligi potest, quoniam pignoris finis est, ut creditori cautum sit de sorte, ne moretur in damno. Nec rationi convenit ut ad alium finem pignoris dationem torqueamus, ut creditor videlicet lucretur fructus pro usuris, & ita circumveniat miser debitor, & dum se gratuitam pecuniam putat accipere, gravissimis usuris subiciatur. Accedit nam si pignoris traditio pro mutua pecunia gratis accepta eum effectum habeat, ut usus ejus, & facultas percipiendi fructus translata censeatur, quomodo generaliter scripsit Gajus in l. si pignori 54. ff. de furtis, creditorem pignore utentem furtum committere? quo modo ejus sententiam amplectendo Justinianus in princip. Instit. de obligat. que ex delicto, hujus furti causam disertis verbis eam allegat, D. D. Gonzalez. in Decretal. Tom. III. Pars 1.

quod creditor invito domino pignus contrectet. Et si hæc Justiniani ratio vera est, quæ fronte asserere possumus, tacito simpliciter pignore creditorem eo uti posse, ut latius prolequitur Mazius dicto cap. 1. per totum.

Nec auctoribus contraria sententia favet textus in l. cum debitor 8. ff. quibus modis pignus, ubi ait Consultus, quod cum debitor gratuita pecunia utatur, potest creditor de fructibus rei sibi pignorate ad modum legitimum usuras retinere: quæ difficilia verba variè acceperunt Interpretes. Cujacius lib. 8. observat. cap. 17. quem sequitur Vitalis lib. 2. variar. cap. 15. Idem Cujacius in l. 1. C. de pignor. existimat textum illum esse accipiendum juxta sententiam tituli, sub quo jacet, juxta textum in l. Imperator. ff. de in rem addict. atque ita cum reperitur sub titulo, Quibus in causis pignus, vel hypotheca tacite contrahatur, verisimile est, etiam nihil super usuris conventum sit, tamen ex vi, & natura contractus usque ad legitimum modum creditori licere uti retentione fructuum ex tacita conventionione, secundum sententiam ejusdem tituli, in quo de tacitis conventionibus pignorum agitur: atque ita contendit Cujacius, ex tacita antichresi fructus in ea specie retineri. Sed hæc solutio convincitur ex proximè traditis. Accursius ex sententia Inerit, quem sequitur Mudeus de pignor. cap. de pactis pignorum. num. 58. existimat in ea specie usuras saltem pacto, & per consequens naturaliter fuisse debitas, ideoque per detentionem pignoris detineri potuisse, ex l. per retentionem, C. de usuris. Sed hæc solutio licet in pactum deductas usuras simpliciter indebitas dixerint juris auctores, propterea quod non debeant exactionem; naturaliter tamen debitas esse notum est, ut docet Ulpianus in l. in his 5. §. 2. ff. de solut. quæ ratione fit, ut minus rectè dicatur gratuita pecunia uti debitorem, qui super usus pactum fecit. Adhuc tamen Bachovius de pignor. lib. 1. cap. 16. amplectitur Accursii sententiam, & gratuitam in eo textu dici posse pecuniam ea ratione arbitratur, quod usura etiam pacto promissa indebita dicantur, d. l. in his 5. §. 2. l. si non sortem 26. in principio, ff. de condict. indeb. Verum tunc dicuntur indebita jure civili, non naturali, d. l. si non sortem; docet Masius d. lib. 4. observat. cap. 3. Oppressus difficultate Hothomanus lib. 1. observat. cap. 4. non erubuit textum emendare, & addita negatione ita legere, cum debitor non gratuita pecunia. &c. Sed illum meritò reprehendunt Masius lib. 4. singul. cap. 2. Robertus lib. 1. recept. cap. 14. Quare rejectis his interpretationibus Masius d. cap. 2. textum illum accipit in expressa antichresi, in qua pecunia gratuito datur, & pro ejus usu pignoris usufructus conceditur: sed, ni fallor, sententia hæc facilius refellitur, quam qualibet ex superioribus; nam quis dicit pecuniam gratuitam fuisse, si creditor fructus pignoris pro usuris lucretur, qui imputandi erant in sortem principalem, aut debitori restituendi, juxta supra tradita. Deinde nam cum datur jure civili expressa antichresis, non attenditur an fructus rei pignorate excedant modum usurarum, nec ne, l. si ea pacto 14. l. si ea lege 17. C. de usuris: docent Cujacius lib. 3. obs. cap. 35. Bronchorst. enantioph. cent. 2. assert 71. Harmenopolus lib. 3. prompt. tit. 5. Faber decad. 9. errore 5. Baluinus de pignor. cap. 16. Burgens. cent. 3.

12.
Exponitur
L. cum de-
bitor 8. ff.
Quibus
mod. pign.

FINIS

II.
Annot.

cent. 3. observ. 33. cum duabus sequentibus. Unde cum in eo textu dicatur, retineri tantum posse fructus juxta modum legitimarum usurarum, non potest accipi de antichresi expressa. His ergo orationibus solutionibus ex sententia Vini lib. 2. sect. cap. 8. aliter textum illum accipi posse credo: & dum alius meliora non asserit, suppono debitorem in ea specie pecuniam gratuitam mutuo accepisse, quam cum debito tempore non solveret, in moram incidit; quo casu licet usura pecunia non debeatur, ut peti possint, quia in contractibus stricti juris nisi deducantur, non debentur; tamen per retentionem pignoris consequi valent, l. 3. §. 4. C. de usur. Etiam observandum est, pignus non solum pro debito principali, verum etiam pro usuris accipi posse, l. grege 13. §. ult. ff. de pignor. Unde licet in eo textu pecunia gratuita mutuo esset data, tamen cum post moram usura deberentur, ita ut earum ratione fructus pignoris retineri possint, recte ait Paulus juxta rubrum, sub quo jacet, eo casu tacite fructus rei pignorate retineri posse per creditorem, pro usuris decurris post moram, etsi a principio gratuito mutuum datum esset, juxta legitimum tamen modum usurarum; quia sicut expresse pacisci non potest de majori usurarum quantitate, contra legem Gaviniam; ita nec ex mora tacite deberi potest major summa, & per consequens nec ejus ratione fructus rei pignorate, ut tacite pro his usuris pignorati, retineri.

13. Antichresis jure canonico im-
probatur.
Hæc autem quæ de antichresi adduximus, procedunt jure civili inspecto. Jure verò canonico similis conventio, ut usuraria omnino improbata est, & merito; quia cum usura sit aliquid ultra sortem accipere, id ipsum capere intelligitur, qui percipit fructus, ac si pecuniam acciperet pro usuris; non enim tantum usura committitur, cum quis pecuniam creditit sub avido fenore, & stipulatur usuras ejusdem generis; sed etiam cum commodum fructuum, aut aliud compendium captat, l. cum non frumentum 16. C. de usur. faciunt D. Augustinus in psalmo 36. ibi: Si fœneraveris homini, id est mutuum pecuniam dederis, à quo aliquid plus quam dedisti expectes, non pecuniam solum. seu aliquid plus quam dedisti, sive illud triticum sit, sive vinum, sive oleum, sive quodlibet aliud, si plusquam dedisti expectas accipere, fœnerator es. D. Ambrosius lib. de Tobia, ibi: Et esca usura est, & quodcumque sorti accedit, usura est; quod velis ei nomen imponas, usura est. Proinde cum per pactum antichresis creditor fructus rei pignorate percipiat, ultra sortem, d. l. si ea 14. §. 17. C. de usuris, merito talis conventio improbata est. Inde inferitur, per jus canonicum abrogatas esse dictas leges 14. §. 17. C. de usur. legem 1. §. pacto, l. si is qui, §. 1. ff. de pignor. & similes, in quibus permittitur creditoribus fructus pignoris vice & loco usurarum percipere, & retinere usque ad modum usurarum legitimarum, quas omnino jus Pontificium improbavit, cap. 1. §. per totum, de usuris: docuerunt Cujacius in cap. 1. de feud. Duarenus ad tit. de usur. cap. 1. Petrus Gregorius lib. 2. de usuris, cap. 14. Robertus lib. 2. rerum judic. cap. 8. Leothardus eodem tract. q. 11. num. 17. & magna cum ratione antichresin improbatam esse in præfenti constat; nam apud Plutarchum legitimus, Lucillum cum Africæ præfesset, lege speciali quartam duntaxat fructuum partem creditori-

bus permisisse, ut observant Cujacius lib. 3. observ. cap. 35. & Aristoteles lib. 6. politic. legem Ozei legislatoris refert, ne cuiquam super aliqua alieni fundi parte fœnerari liceret: & ut rectè concludit Martialis supra relatus, in casu antichresis, mutuum non datur tam debitori, quam rei pignorate: notavit Petrus Gregorius lib. 22. synagm. cap. 3. immò major ratio est improbandæ antichresis, quam prohibendi fœneris; nam in fœnore certis usuris avaritia cohibetur, l. si non sortem, ff. de condit. indeb. l. placuit, l. eos, C. de usuris: in antichresi verò incerta est usura, cum fructus percipiendi incerti sint; & cum frequenter creditores pro pecunia modica pignora amplioris redditus retineant, inde provenit, ut majores usuras percipiat creditor in casu antichresis contractæ, quam si usuras specialiter stipulerur.

Unde improbandi sunt nonnulli contractus, quos facile admissos video. Primus est, cum patitur, ut quandiu debitor patitur creditorem percipere fructus pignoris in antichresim datos, tandiu nequeat ipse sortem debitam exigere, nec debitor invitus illam cogatur reddere; & atque ita mutuum sit irrevocabile respectu dantis, non verò respectu accipientis; nam in hoc pacto ultra sortem principalem fructus percipiuntur, & per consequens usura committitur. Nec interest quod mutuum sit irrevocabile ex parte dantis, quia pactio illa nec tollit naturam mutui, l. lecta 40 ff. de rebus creditis, l. 9. ff. de usur. nec malitiam usurarum, l. 4. in fine, ff. de pactis, & per consequens improbanda est: late docet Gibalinus lib. 3. de usuris, cap. 7. art. 13. Secundò in his Regnis solet pactum fieri, ut unus det rem suam alteri, ab eoque pecuniam accipiat; utriusque verò liberum sit quod dedit, repetere, restituendo quod accepit. Exempli gratià Titius dat Cajo mille aureos, & Cajo dat Titio domum ad habitandum, quam locare solitus erat quinquegintra aureis, hoc pacto, ut quando Titius voluerit, repetat pecuniam suam à Cajo, ipsique domum reddat; & cum libuerit, etiam Cajo repetat domum suam à Titio, pecuniis restituitis: qui contractus vulgò dicitur, ganar à ganar, quem ut licitum probarunt Covar. lib. 3. variat. in cap. 9. num. 3. Sotus lib. 6. de justitia, quest. 5. artic. 1. Navarrus de usuris num. 97. Azor 3. Instit. lib. 9. cap. 20. Sed rectius illum improbat Gibalinus dicto cap. 7. artic. 13. ex eo, quia in hoc contractu, qui dat pecunias, cum facultatem retineat illas dum voluerit, & uti voluerit repetendi, videtur omnino illas mutuo dare, & fructus rei pignorate percipere, quod improbatum est: unde verius credo, hoc pactum usurarium esse, si res frugifera dentur, secus verò si res infructifera, veluti quæ spectant ad succellibilem, & ornatum domus; Si enim res frugifera dentur, quia ultra sortem creditor percipit fructus illos precio æstimabiles, usura committitur; si verò res steriles pro securitate pecuniæ acceptæ tradantur, ut illis creditor utatur donec pecunia illi solvatur, usura non committitur, quia ex tali usu non provenit quid pretio æstimabile.

Nec obstat primum augmentum rationis dubitandi; nam omniâ questione, an creditor verè pignus possideat, quam examinavi in cap. quoniam, ut licet non constet, dicendum est, creditorem retinere rem pignoratam pro securitate debiti;

biti; non autem accipit animo domini, aut iure domini, sed ut naturaliter detineat ad securitatem; idque agitur inter debitorem, & creditorem, ut nihil ex pignore acquiritur creditori, sed tantum ut res pignoratiticia sit apud eum pro contractus principalis fide, in securitatem creditoris, l. legata, §. utrum, ff. de suppellect. legat. l. pignori 13. ff. de usufructu. Unde nullam habet iustam causam creditor percipiendi fructus ex re pignoratiticia. Nec obstat secundum augmentum ipsius difficultatis; nam illud ipsum, quod in antichresi vice usufructus percipitur, usura est, & illicita extorsio; quia accedit forti, & percipitur ultra sortem ex solo tempore tardae solutionis; unde in dict. l. 8. ff. in quibus causis pignus, non dicitur creditor fructus in usuras, vel in vicem usufructus, sed ex fructibus usuras posse retinere; & proinde cum non sit minor asperitas creditoris; siue usuras percipiat, siue fructus in vicem usufructus, nec minus damnum debitori inferatur in antichresi, quam in aperto fenore, immo interdum majus, ut supra probavi, meritis talis conventio ut usuraria prohibetur. Nec interest, quod in antichresi nullam certam quantitatem pro usibus creditor stipulatur, sed fructus tantum, qui incerti sunt, & multis casibus obnoxii; quia haec incertitudo fructuum non tollit rationem usurae; sufficit enim ut virtute hujus conventionis creditor ultra sortem fructus consequatur, siue plures sint, siue pauciores, & interdum exigui, & ferè nihil. Incertitudo enim facit tantum, ut expressa antichresis secundum jus civile non servet legitimum modum usurarium, & proinde nihil fieri contra leges videbatur, etiam si interdum plus esset in fructibus, quam pro ratione sortis liceret consequi titulo usufructus; quia potuit & minus esse in fructibus, & interdum etiam nihil. At non ideo minus conventio usuraria est, in qua fors debetur, & pro usu, & dilacione solvendae sortis fructus ei accedunt, quae procul dubio aestimationem recipiunt; nam & vendi possunt certo pretio, etiam futuri, l. 78. §. ultimum de contrah. emptio. l. si sterilis, §. 3. de act. empt. Nec obstant textus in dict. in cap. 1. de feudis, cap. 1. cap. em. questus, de usuris, cap. salubriter, eod. tit. cap. ad nostram, de iur. iur. quorum interpretationes in eorum commentariis dedi, & praecipue in dict. cap. 1. de feudis.

16. Sed supra traditis primò obstat textus in l. si pignore 22. ff. de pignorat. actio. ubi docetur, quod si pignore subrepto creditor actione furti, vel ex conditione furtiva aliquid allecutus est, id totum sorti imputandum esse; si verò, ait Ulpianus, id creditor actione furti ab ipso debitore consequutus fuit, lacro creditoris cedere; quod etiam Papinianus docuit in l. si debitor 79. ff. de furtis. Ex qua postrema textus parte constat, creditorem non teneri restituere quicquid ex pignore, aut ejus occasione percepit: ergo quia non tenetur fructus, vel similes obventiones pignoris in sortem imputare. Etiam difficultis est textus ille in illis verbis: *Etiamsi culpa creditoris furtum factum sit*; ex vulgari regula, quae docetur, secundum naturam esse, commoda cuiusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda, §. cum autem, Inst. de emptio. & vendit. sed culpa creditoris facit, ut periculum rei pignoratiticiae subrepta ad eum pertineat, l. si cum vim, C. de pignor. §. ultimo, Inst. qui us

modis re contrahitur: ergo & commodum ad eum pertinere debet. Quod & comprobatur argumento commodatarii, in quo post varias Consultorum altercationes placuit, ut si commodatario re. commodata subrepta fuerit, quicquid actione furti ultra ipsam rem commodatam fuerit allecutus, id non teneatur commodanti reddere, l. finali, §. sed cum, C. de furtis: ergo idem multò magis in creditore procedere debet, cum commodatum gratià commodatarii tantum celebretur, pignus autem gratià utriusque, creditoris videlicet, & debitoris constituitur, dict. §. final. Inst. de quibus mod. re contrahitur. Agnoverunt hujus textus difficultatem Cujacius lib. 9. qq. Papin. in dict. l. si debitor 79. ff. de furt. Faber decad. 81. errore 1. Schifordeg. libro 2. tract. 1. quest. 6. Bachovius in chilsad. ad ipsum. Larreatigui lib. 3. select. cap. 9. Vitalis lib. 1. var. cap. 26. ex quorum doctrina dicendum est, certum esse, pignore subrepto, creditori competere non solum actionem furti, verum & conditionem furtivam, quoad debiti aestimationem, non verò valorem ipsius rei, ut doctè exponit Larreatigui ubi supra. Etiam liquet, posse creditorem agere contra ipsum dominum subripiens rem pignoratiticia; quo casu omne id, quod actione furti ab eo consequitur, non tenetur in sortem debiti imputare, ex l. id quod 74. ff. de solut. l. quod à quoquam 46. ff. de reg. iur. l. poena, ff. de cond. indeb. ne dominus ex proprio delicto commodum consequatur, aut saltem damnum non sentiat: si verò egerit contra tertium rem subripiens, omne id, quod consequitur, debet in sortem principalem imputare; & si excesserit sortem principalem, debitori restituere, l. creditoris, l. si debitor, ff. de furtis. Nec obstat argumentum ab exemplo commodatarii deductum; nam inter utrumque casum magna versatur differentia, quae provenit ex eo, quia ad commodatarium semper periculum rei spectat, cum teneatur prestare exactissimam diligentiam, creditor verò hujusmodi diligentiam prestare non tenetur; ideoque commodatarius emolumentum sibi acquirit, quia ad eum periculum pertinet, culpa ejus non interveniente. Creditor autem de culpa tantum tenetur, sed non levissimam praestat. Accedit, nam creditori in id solum pignus traditur, ut in tuto habeat debitum suum, non ut luerum ex eo faciat, ut supra probavi; commodatario verò res traditur, ut ea utatur, commodumque ex ea percipiat, ut docent Donellus lib. 13. comment. cap. 8 & lib. 14. cap. 3. ubi Olvaldus littera C. Faber decad. 81. errore 1.

Ex supra traditis etiam lucem accipit textus in dict. l. si pignore 22. §. si prado, ff. de pignorat. act. ubi docetur, quod si prado rem pignori dederit, competit ei in fructibus pignoratiticia actio, quamvis ipse fructus suos non faciat; quia illi prodest bona fides creditoris. Quae ratio difficultis est; nam quomodo poterit creditor bonam fidem habere, qui scit rem alienam esse, & tantum ejus possessionem retinet absque jure percipiendi fructus, juxta supra tradita? Pro cuius textus expositione sciendum est, quod licet pradoni actio furti denegetur ob rem sibi subreptam, ne ex improbitate sua commodum consequatur, l. itaque 12. §. 1. l. qui re 76. §. 1. ff. de furtis; pignoratiticia tamen actio competit, si rem pignori supposuerit; quia haec actio proxima

mam causam habet præter delictum, & per eandem actionem repetit fructus ipsius rei, quos injustè creditor detineret, ex supra traditis; quia licet prædo fructus suos non faciat, cum teneatur eos restituere re evicta, *l. si urbana, in fine ff. de condit. indeb. l. certum 22. C. de rei vind.* tamen quos per se in præsentis casu capere non potest, capit ex persona creditoris, juxta regulam textus in *l. Aristo, in fine, ff. qua res pignori, l. cum hereditate 55. ff. de acquir. heredit. l. cum autem, §. final. ff. de adilit. edict. l. 3. §. si quis ex liber. l. non putavit 8. §. si ex hereditate, ff. de bonor. possess. contratab. l. filius 13. ff. de bonis liber.* non ut sibi acquirat, quia bona fides creditoris vitium furtivitatis tollere non poterat; sed ut percipiat, & postea cum re ipsa eos restituat. Sententia ergo Ulpiani est, si prædo rem alienam pignori dederit, & soluta pecunia per ignorantiam eam repetat, repetit etiam & fructus, quos injustè detineret creditor: repetit autem rem cum fructibus propter bonam fidem, quam creditor habuit, id est, quia creditor ignoravit à prædone rem ipsam pignori datam fuisse; alius si ipse sciret prædonem eam in pignus dedisse, non prædoni, sed vero domino restituere deberet rem cum fructibus, *ex l. lo us fides 31. ff. de positi.* Hanc autem ignorantiam appellat Ulpianus bonam fidem, non quia existimasset creditor rem suam esse; sed quia creditur rem esse ejus, qui pignori dedit, ut cæteri alii bonæ fidei possessores dicuntur illi, qui à non dominis res acceperunt, §. si à non domino, *Institut. de rer. divif.* atque ita propter hanc ignorantiam debet restituere rem cum fructibus prædoni, non vero domino: præsentit Valero, *animadvert. cap. ultim.* licet aliter textum illum exponant Faber *lib. 7. conject. cap. 19.* Osvaldus *lib. 14. Donel. cap. 7. littera l.* Cujacius *lib. 6. qq. Papin. in dict. l. urbana,* Pichardus in §. actionum 28. *quest. 24. num. 21.*

Instit. de act. Oroz lib. 2. de apicibus juris, cap. 1.
 Adhuc supra traditis, videlicet jure civili in contractu pignoris antichresin permitti, ita ut virtute ejus conventionis creditor fructus rei pignorate lucretur, obstat textus in *l. si quis 11. §. 1. ff. de pignor.* ubi docet Marcianus, quod si contracta fuerit antichresis, & creditor possessionem pignoris amiserit, debet actione in factum uti, non ea, quæ datur ex contractibus innominatis, sed in factum prætoriam, quæ datur deficientibus aliis actionibus, *l. juris 7. §. 2. ff. de pactis, l. in rem 23. §. item, l. cum autem 52. ff. de rei vind.* Sed tunc sic insurgo: Si antichresis à jure civili approbata esset, ex tali conventionem in contractu pignoratitio adjecta daretur actio pignoratitia, ut regulariter datur actio propria contractus ex pactis in continenti adjectis, *l. 2. C. de pactis inter emptor.* igitur non actio in factum subsidiaria, sed ipsa pignoratitia, seu hypothecaria danda erat in ea specie, si talis conventio à jure approbata reperiretur. Cui difficultati respondendum est asserendo, antichresin in eo textu, non in continenti, sed separatim adjectam fuisse, non simul cum ipso contractu pignoratitio; & quia antichresis per se hypotheca non est, ideo ob talem conventionem non potest dari actio hypothecaria, quæ tantum creditoris competit, ad avocandam possessionem rei pignorate, *l. si cum debitor 66. ff. de evict.* non autem ad percipiendos fructus rei pignorate: unde ad recuperandam possessionem pro fructuum perceptione, seu ad fructus lucrandos virtute antichresis, actio in factum tantum datur, ut docuerunt Cujac. *lib. 5. observ. c. 35.* Meril. *lib. 2. obs. cap. 23.* prosequuntur alia de ipsa conventionem, antichresin videlicet, *Malius dict. lib. 4. singul. opin. c. 1.* Leothardus *de usuris dict. quest. 11. cum sequent.* Leo Pinek *pro Academ. Liminensi, in cap. significante, hoc titulo. ex num. 93.*

CAPUT VII.

Idem (a) Hugoni, & Comiti, & Marsiceto, Pisanis Canonicis.

Significante dilecto filio Rubeo cive Pisano, ad (b) nostram noveritis audientiam pervenisse, quod cum domum suam cum horto, Gallicano Pisano civi pro ducentis quinquaginta duabus libris pignori obligasset, & promississet, cautione præstita juramenti, quod nisi domum ipsam statuto inter eos termino recolligeret, eundem creditorem ulterius super ea minime molestaret; infra statutum tempus per certum & fidelem nuncium, prout ei videbatur, creditori mutuam pecuniam remisit, quamidem nuncius infideliter agens, sicut ei injunctum fuerat, non persolvit. Cumque postmodum prædictus R. ab Imperatore captus, pariter & detentus, multa pericula sustinerit, & labores, nec dicto G. satisfacere potuerit, ut debebat, nunc (per Deigratiam) libertati pristina restitutus, paratus est pecuniam reddere creditori, licet ipse profusus eam recusaret recipere, quia ei non fuit statuto termino persoluta. Cum igitur pactum legis (c) commissoria sit in (d) pignoribus improbatum, & quantum in eo fuit, prædictus Rubeus juramenti debitum adimpleverit, cum per eum, quem certum, & fidelem nuncium sperabat, pecuniam remisit termino confuturo, & ut in Imperiali fuit cautione detentus, satisfacere non potuerit creditori: devotioni vestrae præsentium auctoritate mandamus, quatenus (si præmissis veritas suffragatur) prædictum creditorem, ut sorte suâ contentus existat, pensionibus præfati pignoris computatis in (e) sortem, & domum ipsam, & hortum præfato Rubeo omni postposita dilatione resignet, per censuram ecclesiasticam, pacto, vel tali juramento

juramento nequaquam obstante, admonitione præmissâ, sublato contraditionis, & appellationis obstaculo compellatis. Datum Lateran.

NOTÆ.

(a) [Dem.] Ita legitur in hac sexta collectione, & in quarta, *sub hoc tit. cap. unic.* non tamen exprimitur, quibus Innocentius referat: ex epistolis autem editis à Sileo, *fol. 14.* ita inscriptionem & litteram textus restituo. De Pisana Ecclesia nonnulla notavi in capite 8. de tempor. ordin.

(b) [Nostram] Quia cum de contractu usurario ageretur, & dubitaretur an usura in eo intervenire, ad eundem erat iudex ecclesiasticus, ut notavi in cap. illo vos, hoc titulo.

(c) [Pactum legis commissoriae.] Aliqui putant Innocentium minus latinè, sequutum Interpretum barbaram locutionem, dixisse pactum legis commissoriae, ut notarunt Duarenus, Concinius, & Carond. relati ab Osvaldo *lib. 16. Donelli, cap. 19. littera A.* Cujacius in *recit. ad textum in l. ultim. ff. de contrah. emptio. Faber de errorib. decad. 21. errore 1.* & in suo Codice, *tit. de pactis pignoris, diffinit. 1.* Schilfordeg. *ad Fabrum lib. 3. tract. 13. quest. 1.* Sed ut idem Cujacius docuit ad titulum C. de pactis pignoris & lib. 4. *seud. tit. 66.* vulgaris hæc locutio defendi potest ex eo, quod quemadmodum rectè dicitur, pactum conditionis, in l. 1. C. de condit. ind. b. l. 2. ff. de condit. ob causam. actio conditionis, in l. 3. & 4. C. de usur. conventio pactorum, in l. 1. C. de jure emphyt. ita etiam rectè dicitur pactum legis commissoriae. Cujacium sequuntur Gibalinus *lib. 3. de usur. quest. 69. num. 6.* unde non improprie pactum committendi pignoris, vel non, dixit Innocentius pactum legis commissoriae.

(d) [In pignoribus improbatum.] Nequaquam referas hæc verba ad constitutionem Imperatoris Constantini in l. 2. C. de pactis pignoris. cum per eam pactum legis commissoriae pignoris fiduciarum præcipue improbetur: referenda enim sunt hæc verba ad pactum legis commissoriae, cum ita concipiebatur, ut cessante debitore in solutione usque ad certum terminum, res oppignorata perfecte penes creditorem remaneret; quod genus conventionis jam Digestorum tempore erat improbatum.

(e) [In sortem.] Juxta adducta proximo commentario.

COMMENTARIUM.

EX hac Innocentii epistola sequens deducitur disputanda assertio: *Si is, qui sub pacto legis commissoriae pignori dedit rem suam, & juravit pactioni non contravenire, & justè impeditus infra diem statutum rem oppignoratam non redemerit, post diem redimere poterit.* Probant eam textus in l. ultim. C. de pactis pignoris. l. 3. C. plus valere, l. 21. tit. 5. partit. 5. l. 12. tit. 15. ead. partit. Illustrant ultra congestos à Barbosa, & Garafnia hic. Faber de errorib. decad. 21. error. 1. cum sequens. & in suo Codice, *tit. de pact. pignoris.* Fachin. *lib. 10. contrav. cap. 73.* Schilfordeg. *lib. 3. ad Fabrum, tractat. 13. quest. 1. 2. 3. & 4.* Suarez de relig. *rom. 2. lib. 2. cap. 26.* Bronchorst. *rom. 1. miscel. assert. 77.* Bachovius *lib. 1. de pignoris cap. 15.* Cujacius in l. 4. C. de pignoris. & in *recit. ad textum in l. final. ff. de contrah. emptio.* Rodriguez de

annis reddit. lib. 2. quest. 2. Acofta de privileg. *credit. regul. 3. limit. 2. a num. 8.* Leo Pinel. *pro Academia Lamenfi, ad hunc textum, num. 4.* Sixtinus *consil. 12. volum. 2. consilior. Vultesi.* Leothardus de *usur. quest. 69 & 70.* Gibalinus *ead. tract. lib. 3. de usur. cap. 7. artic. 2. per totum,* Rithe-rut. *ind. l. 2. C. de pact. pignoris.* Mudeus de *pignoris. de pactis legit. num. 2.* Donellus de *pignoris. cap. 11.* Bellonus de *potest. eorum que in continenti, lib. 1. capite 34. numero 2.* Valeron *animadvers. juris cap. 1.*

Sed ita in præsentem assertionem pro dubitandi ratione argumentor. Unicuique licet de rebus suis pro libito pacisci, & conditionem suam paciscendo deteriorem facere, l. 4. l. juris 7. l. ff. de paciscar. l. penult. ff. de pactis: igitur sicut alia pacta sunt permissa in pignoribus, pactum etiam de quo in præsentem in eis improbari non debet. Augetur hæc difficultas, nam si pactum legis commissoriae in pignoribus improbaretur, etiam in venditionibus adjectum improbari debebat, maxime cum constitutio Constantini relata in l. 3. C. de pactis pignoris. in Theodos. compilata sit sub titulo generali de lege commissoria rescindenda: sed in emptione, & venditione tale pactum admittitur, l. 1. & per totum ff. de lege commiss. igitur & in pignoribus sustineri debet. Augetur secundo ex eo, quod debitor pro pecunia accepta pignus in solutum dare potest, l. cum dominam 13. C. de pign. l. Titius 31. ff. de pignoris. act. l. si prædium 4. C. de evict. l. si fundus 16. §. final. hoc tit. Igitur in præsentem specie poterat pacisci, ut si intra statutum tempus creditor non redimeret pignus, maneret creditoris ex causa soluti. Accedit tandem; nam si hoc pactum regulariter ut usurarium improbaretur, accedente juramento, propter ejus religionem adhuc servandum erat, juramentumque adimplendum, cap. 1. cap. debitoribus, ubi late probavi, de jurejur. igitur non rectè in præsentem specie docetur, pactum etiam juramento firmatum, ut constituto tempore pecuniâ debitâ non solutâ, res oppignorata efficeretur creditoris, injustum, & improbatum esse.

Quâ dubitandi ratione minime obstante, ut veram præsentem decisionis rationem agnoscamus, sciendum est, verbum *committi*, in Pandectis significare aliquid evenire, propter quod certa res debeat uni dare, & alteri adimi; quia videlicet quidpiam vel factum non sit quod fieri debuit; vel factum est, quod fieri non debuit: inde dicitur lex commissaria, id est pactum impletum, l. 4. §. eleganter, ff. de lege commissor. commissaria hæreditas, apud Ciceronem 1. in Verrem, quando hæreditas ablata fuit, quia quid factum non est. Similiter pactum, ut si debitum intra certum tempus non sit satisfactum, res pignoratâ creditori committatur, ejusque fiat pro ipso debito; dicitur pactum commissorium, seu lex commissoria, ad similitudinem emphyteusis commissæ, in l. 2. C. de jure emphyt. cap. potuit, de locato, id est amissa, cum quis privatur ob non solutum canonem re in emphyteusim accepta. Item merces commissæ dicitur in l. commissaria 14. l. final. ff. de publicanis. quando in penam non soluti vectigalis fisco res acquiritur. Similiter ergo pactum in venditione,

venditione, aut pignoris constitutione adjectum, ut ex eo res uni acquiritur, & alii adimatur, dicitur lex commissoria, eo quod ob legem contractus commissum sit ab emptore, vel venditore, l. 3. § 4. C. de pact. inter. l. final. ff. de lege commissor. Larius illustrant Salmasius de modo usur. cap. 14. Donellus lib. 16. commentariorum, capite 19. ubi Osvaldus littera F, Vela disert. 97. Carballo in capite Raynuius, 2. part. numero 228. Faber de error. decad. 45. errore 8. & decad. 95. errore 3. Antonius Gomez tom. 2. var. capite 2. num. 10. ubi plures Ayllon. Merlin. de pignor. lib. 4. quest. 123. num. 2. Vela disert. 30. num. 53.

6. Pactum hoc legis commissoriae in pignoribus variis modis concipi potest: vel cum inter contrahentes convenit, ut si intra praescriptum tempus pecunia non solvatur, res pignori data fiat creditoris, vel ut non liceat amplius eam luere: vel ut creditor rem pignori obligatam, emptam, vel in solutum pro debito retineat, aut in jus debitoris propter ejus moram succedat creditor, quoad facultatem pignus distrahendi. Denique quoties id agitur, nisi intra certum tempus pecuniam debitor solvat, creditor pro pecunia mutuo data rei dominium acquirit, ut exponunt Negulantius de pignor. p. a. in princip. Cujacius in capite 9. de jurejur. Rodriguez de annis reddit. lib. 2. quest. 2. num. 24. Mantica de tacitis lib. 4. tit. 29. num. 6. Balduinus de pign. cap. 17. Donellus eod. tract. cap. 11. Argenterius ad consuet. Britanniae artic. 266. cap. 6. num. 2. Covar. lib. 3. var. cap. 2. num. 7. Connanus lib. 4. comment. cap. 8. num. 8. Fachineus lib. 10. contror. cap. 24. qui inde exponunt legem Calippo 25. ff. de solutionibus. Sed circa conventionem improbatam à Constantino in dict. l. ultima. C. de pact. pignor. seu ut vult Rither. à Constantio, & ab Innocentio III. hic non consentiunt Interpretes. Aliqui existimant, Constantinum eam conventionem improbasse, quâ cautum erat inter contrahentes, ut nisi ad certum tempus pecunia credita solveretur, creditor pignus plene acquireret, atque illud in commissum caderet: ita omnes ferè repetentes in dict. l. ultima, Donellus ibi, Fachineus lib. 10. contror. cap. 74. Valla de rebus dubiis tract. 11. num. 15. Mafius lib. 3. singul. opin. cap. 4. Connanus lib. 4. comment. capite 8. num. 8. Covar. lib. 3. var. c. 2. n. 7. Pinel in l. 2. C. de rescind. 2. p. c. 1. num. 26. Gaitus de credito cap. 4. quest. 11. à num. 1107. Mantica de tacitis lib. 11. tit. 9. num. 3. Hermosilla in l. 41. tit. 5. partit. 5. glos. 1. num. 6. Merlin. de pignor. lib. 4. quest. 123. Larrea decis. 16. num. 34. Merenda lib. 1. contror. cap. 3. Hunnius ad Trenti. volum. 2. disputat. 2. quest. 39. Rither. in dict. l. final. Molina de justitia disput. 324. Caldas in l. si curatorem, verbo sua facilitate. Sed hæc sententia refellitur primò ex dict. l. final. in illis verbis: *Creditores re amissa, jubemus recipere quod dederunt.* In quibus supponitur jam pignoris dominium quæsitum esse creditoris, siquidem rem tantum is dicitur amittere, qui ejus dominium habuit, l. non videntur 83. ff. de reg. jur. notavit Cujacius in dict. l. final. ergo non potest accipi Constantinus de simpliciter pignore conventionali, cujus dominium penes debitorem remanet. Quâ difficultate oppressus Leothardus de usuris dict. quest. 69. num. 17. existimavit in eo textu pro illis verbis, *re amissa*, reponendum esse, *re di-*

missa. Secundò refellitur ex eo; nam constitutionem illam novam esse, junctâ novâ rubricâ de lege commissoria in pignoribus rescindenda, omnes agnoverunt, & facile suadet ex illis verbis, *lacet infirmari*; & ibi, *Hac auctoritate.* In quibus jus novum veteribus incognitum profertur. Pinellus in rubric. de rescind. 2. p. cap. 1. num. 27. Concius lib. 2. success. cap. 20. num. 2. licet Balduinus de pignor. cap. 17. Donellus in dict. l. ultim. putent, jam prisco jure displicuisse hujusmodi pactum, duntaxatque à Constantino pecuniam adjectam esse; quorum sententia facile refellitur ex Cicerone epist. 13. faml. prout expendit Verrucius de v. s. verbo *Commissa*; etiam ad minus dicat, jure Digestorum improbatam esse illam conventionem, ut ad diem statutum pecuniâ non solutâ pignus committeretur, & creditori acquireretur, l. si fundus 16. § ultim. ff. de pignor. ubi ita demum hæc conventio admittitur, si justo pretio pignus æstimetur, ut notantur pro ejus explicatione Arias à Mesa libro 1. var. cap. 37. num. 18. Osvaldus lib. 12. Donel. cap. 1. littera O. Igitur si nunquam fuit permittita illa conventio, ut res pignori data, non solutâ pecuniâ pro debito cederet, superflua erat illa constitutio. Salmasius de modo usurarum cap. 14. conventionem hanc legis commissoriae in pignoribus aliter accipit, & contendit legem commissoriam pignorum fuisse cautionem, vel pactionem, quâ debitor creditori cavebat, ut si pecuniam statutâ die non solvisset, pignus committeretur, id est possessione, & dominio hypothecæ cederet, non ut pleno jure pignus acquireretur creditori, & jus domini ipse in eo haberet; sed ut pleno jure sine ulla diminutione illud proferberet, & distrahere posset, atque ita per hanc conventionem commissoriam auferbatur possessio, aut dominium à debitore, quod in creditorem transibat. Docet ergo Salmasius, per legem commissoriam pignoris dominium ex titulo venditionis, aut donationis in solutum, in creditorem non transisse, sed tantum jus vendendi & distrahendi illud: quæ sententia probatur ex l. 1. C. de pactis pignor. in illis verbis: *Qui pactus est, nisi intra certum tempus pecuniam, quam mutuam accepit, solveret, cessurum creditoribus hypothecæ, venditionem non contraxit: sed id comprehendit, quod creditor in adipiscendo pignore habiturus erat. Communi itaq. jure creditor hypothecam vendere debet. Quæ ita legit, & emendat Salmasius: Qui pactus est, nisi intra certum tempus pecuniam, quam mutuam accepit solveret, cessurum se creditoribus hypothecæ, venditionem non contraxit, sed id comprehendit, quod jure suo creditor in adipiscendo pignore habiturus erat; aut melius, cessurum se creditoris jure hypothecæ, venditionem non contraxit. Quâ doctrinâ suppositâ existimat Salmasius Constantinum in dict. l. ultim. C. de pact. pignor. non agere de lege commissoria in pignoribus adjecta, sed in venditione, ut liquet ex illis verbis: *Jubemus recipere pretium, quod dederunt; pretium enim proprie emptionis est, non contractus pignoris.* Accedit, quod in ipsa constitutione, quæ extat in C. Theodos. deest vox *pignorum*, immò in eo Codice illa compilatur post titulum de contrahend. emptione. Quæ omnia evincunt non agere Imperatorem de lege commissoria in pignoribus, sed in venditionibus adjecta. Verum & hæc Salmasii sententia convincitur primò, quia absque lege commissoria, ut*

constitutionis, & improbationis similis pacti, nonnullas incongruas assignarunt ipsi Faber *de cad. 21. error. 2. num. 4. & error. 8. numero 6.* Schifordeg. *dist. tract. 13. quest. 2.* Rationem petunt hujus abrogationis ex impossibilitate rei, & contrarietate, seu contradictione ipsius conventionis, quod scilicet fieri non possit, ut in eundem casum, idemque tempus, & pignus contractum, & venditio pignoris facta videatur; quod fieri nequit, quia eodem tempore rei oppignorata dominium simul acquireretur creditori per venditionem, & simul non acquireretur. Sed hæc ratio falsa est, nam venditio, quam unâ cum pignore concurrere ait Faber, non tempus præsens respicit, sed futurum; mancipatur enim pignus, sed non in perpetuum, nec irrevocabiliter, sed si statuto die soluta non sit pecunia; tunc enim ex solutione, vel cessatione in ea, cognoscitur an pignus fuisset, si iterum remancipetur res debitori; vel dominium translaturum, si non remancipetur, sed penes creditorem remaneat. Quare conventio, quæ ejusmodi venditionem, & oppignorationem simul complectitur, nec seipsam destruit, nec implicat contradictionem, nec creditor fit eodem tempore dominus irrevocabilis, & non dominus. Nec feliciter Hothomanus *de verbis juris, verbo Lex commissoria*, rationem prohibitionis ex eo reddit, ne quod Principis auctoritate fieri debet, *ex l. 1. C. de jure domini impetr. privatorum* pactionibus permittatur: cui consentire videntur Revardus *de auctorit. prud. cap. 5.* Schifordeg. *dist. tract. 13. quest. 2.* dum existimant, adhuc fiducia contractâ necessarium esse creditori impetrare dominium à Principe, *ex l. magis 5. §. 3. ff. de rebus eorum, l. final. C. si non casum judic.* Sed omissio alio misero lapsu ipsius Hothomani, dum ibi refert legem commissoriam inter leges populi Romani, quem jam notarunt Cujacius *lib. 15. observ. cap. 16.* & in *recit. ad dist. l. ultim. ff. de contrah. emptione*, Faber *de cad. 21. error. 1. num. 13.* & ipse agnovit *lib. 12. observ. capite 29.* dicendum est, proprium esse mancipationis, vel cessionis in jure dominium transferre; unde tunc non ex privatorum voluntate tantum, sed ex solenni actu dominium quaeritur; ideo tunc superflua est domini impetratio ab Imperatore, ex vulgari principio legis unice, *C. de thesaur. lib. 10.*

10. Igitur omnibus his omissis præsentis prohibitionis pacti legis commissoriæ in pignoribus ratio duplex est. Prima ut creditorum avaritia cohibeatur, & captionibus succurratur. Hæc enim conventio juxta formam supra relatam feneratoribus maximam doli, & fraudis materiam præbebat; debitores enim pecuniæ necessitate coacti, nec hanc, nec aliam quamlibet pactionem recusare solent, dum sperant se pignus intra tempus præfinitum luere posse; unde parum sua interesse putant pluri, aut minoris pignus esse, ut notarunt Caldas *in l. si curatorem, verbo Sua facilitate, num. 101.* Donellus *in dist. l. ultima, num. 4.* & *de pignor. cap. 11.* Cujacius *ad titulum de pactis pignor. in fine.* In qua tamen re, ut spes hominum fallax est, qui de rebus suis plusquam in eis est, confidunt, ut agebat Gajus *in l. in fraudem 10. ff. qui es à quibus*, & testatur Ovidius dum ait:

Fallitur aucticio spes bona sepe suo.
Debitores sepe falli necesse fuit, & pigno-

ra quantumvis pretiosa pleno jure creditoribus committi. Unde obiter notandus venit Faber *in dist. de cad. 21. error. 1. num. 19.* & *error. 6.* docet pactionem hanc legis commissoriæ non fuisse odiosam debitoribus, sed potius favorabilem, cum eis soluta pecuniâ statuto die res ipsis erat remancipanda à creditore. Nam hoc procedit solvete sua die debitor, sed si cessaverit, nonne pro modica pecunia creditor rem pretiosam pignori datam allequitur? Secunda ratio præsentis improbationis provenit ex eo, quia ex hoc pacto pravitas usuraria infurgit, cum creditor lucratur ultra sortem aliquid pecuniâ æstimabile; atque ita, tanquam usuraria conventio improbat à Constantino *in d. l. unis.* & ab Innocentio III. in præfenti: docuerunt Cujacius & Donellus *in dist. l. unis. Covar. libro 3. var. capite 2. num. 8.* Fachineus *lib. 10. contrrov. capite 73.* Caldas *ubi proxime, num. 101.* Molina *de justitia disput. 324. num. 2.* Cyriacus *tom. 2. contrrov. cap. 393. num. 10.* Leo- thardus *de usur. dist. quest. 59.* unde nec consuetudine, aut statuto posse talem conventionem confirmari, resolvit Argentreus *in consuet. Britan. artic. 266. num. 6.* An etiam tale pactum repugnet juri naturali, aut divino, post alios latè disputat Gibalinus *dist. artic. 13. consuet. 4. num. 23.*

Nec obstat dubitandi ratio supra adducta; nam licet pacta contrahentium servanda sint, quia ipsa sunt leges, & partes contractus; tamen id procedit cum pacta sunt juri consona, non verò contraria, *l. juris 7. §. 5. ac Prætor, ff. de pact.* ut est præsens conventio, quæ ideo jure improbat, quia non liberè, sed adactus rei familiaris inopia ita pactus censetur debitor; & eadem inopia facit plerunque, ut ad statum pecuniam solvere non possit. Consideratur etiam improba luci captatio, & presumptus creditoris dolus; ideoque talis conventio improbat. Nec obstat primum augmentum ipsius difficultatis, pro cujus solutione in dubium vocatur, utrum Constantinus *in dist. l. finali*, non solum legem commissoriam in pignoribus, verum etiam & in venditionibus improbasset? Et Hothomanus *de verbis juris, verbo Lex commissoria*, Concilius *lib. 2. success. cap. 20.* Gifanius *ad titul. C. de pact. pign. pag. 326.* putant Constantinum generaliter pactum legis commissoriæ improbare, cum indefinite loquatur in ea lege, prout jacet in Codice Theodosiano, sub titulo *de lege commiss. rescind.* Sed profus verius est, legem commissoriam tantum in pignoribus esse abolitam: nec credi potest, ut ait Donellus ibi, similem conventionem in venditionibus improbare. Nec interest quod Constantinus indistinctè loquatur in eadem lege prout jacet in Codice Theodosiano: nam ut supra ex Harmenopulo, & synopsi Basilic. retuli, Imperator specialiter agebat de pignoribus, & ideo expendit acerbitatem creditorum, nullâ venditionis facta mentione; nec talis acerbitas in venditione datur: unde dicendum est legem commissoriam in venditionibus, prout eam retulimus *in cap. illo vos, hoc tit.* improbatam non esse, ut defendunt Covar. *lib. 3. var. cap. 8. num. 1.* Gomez *lib. 2. var. capite 2. num. 30.* Molina *de justitia tract. 2. disput. 378.* Mantica *de tacitis lib. 4. tit. 29.* Donellus *lib. 16. capite 19.* Leo- thardus *dist. quest. 69. num. 34.* Gibalinus *dist. consuetar. 4.* Differentiæ autem rationes

raciones inter utramque legem commissoria præcipue duæ sunt. Prima, quia lex commissoria in pignoribus dominium à debitore invito auferit, & in creditorem transfert: lex verò commissoria in venditione dominium venditori conservat. Secunda est, quia lex hæc rem venditori suo adjicit justo pretio, ut proinde nulla fraus existat emptoris, vel venditoris, si ob non solum pretium rescindatur; quod secus est in pignore, cum plerumque pro pauca pecunia mutuata creditori addicatur; qui enim pecunie inopiâ premitur, facile quamlibet legem à creditore sibi dici patitur, & cuilibet pacti consentit, ob spem futura lucionis. Quæ ratio cessat, cum emptio, & venditio resolvitur, & res fit inempta, ut docet Larea dicit. 16. num. 34. Nec differentiam hanc evertit textus in l. *Amilius* 38. *vers. Quia tamen ff. de minor.* ubi Paulus refert legem commissoria in venditione Imperatori Antonino displicuisse, non aliâ ratione, quam quia odiosa hæc pactio videretur; atque propter hanc conventionem venditio aliâ legitime contracta irritatur. Nam omnia sententiâ Fabri *de cad.* 21. *error.* 6. qui contendit legem commissoria olim odiosam fuisse in venditione, non verò in pignore, dicendum est, Imperatori Antonino generaliter legem commissoria non displicuisse in venditione, sed tantum in specie à Paulo ibi relata, propter avaritiam videlicet, cum convenit, ut solutâ parte pretii, si intra duos, vel tres menses reliqua pars non numeretur, fundus sit inemptus, ut in l. 4. §. 1. 6. in princip. ff. de lege commissor. quia hoc casu cum emptor, qui reliquum pretii statuto die non solvit, amittat id quod dedit, & venditor lucrificat, utraque ratio suadet legem commissoria in pignoribus esse improbandam. Concurrere etiam videtur in præsentî venditione; nam sicut iniquum est, ut non solutâ statuto die pecunia debitor pignus magni valoris amittat; ita etiam non minus injustum est, ut emptor, qui fortè ob causam aliquam integrè solvere non potuit, ob non solum reliquum pretii amittat id, quod dedit in partem pretii. Præterea, ut usura est ob non solum suâ die pecuniam creditorem id lucrificare, quod plus est in pignore; ita prorsus usura est venditorem ob non solum suâ die reliquam pretii partem, id quod numeratum est, captare, & retinere. Unde merito ea conventio displicuit Imperatori Antonino in dicit. l. *Amilius*, nisi in eo casu aliquid fortè arhæ nomine datum fuit, vel compensatio fiat cum fructibus, quos interim emptor suos facit, ut docetur in d. l. 4. §. 1. vel alio modo venditoris interfit. Prosequuntur ipsius textus expositionem Eguinarius Varo, Faber, & Cujacius ibi, Duarens ad titulum C. si ad eius venditionem pignus colunt. 2. & 3. Donellus lib. 24. comment. cap. 7. ubi Osiwaldus litteras H. Caldas in dicit. l. si curatorem, num. 49. Leo Pinellus in præsentî.

Nec obstat secundum augmentum ipsius difficultatis, pro cuius solutione examinandum venit, utrum conventio illa, ut si intra statutum tempus pecunia non solvatur, pignus ex causa soluti retineatur pro quantitate debita, licita sit? Et in iure admitti docuerunt Decius consilio 12. & 308. Parisius libro 2. consilio 81. Menochius consil. 111. numero 23. Hondedus lib. 1. consil. 21. numero 32. Sed contraria sententiâ verior est, facileque probatur ex l. 1. C. de pactis pignor. l. D. D. Gonzal. in Decretal. Tom. III. Pars I.

quamvis 45. ff. de solut. ex eo, quia talis conventio æqualem captionem, ac asperitatem habet ac lex commissoria, cum vis & potestas utriusque pacti eò recidat, ut creditor pro debito ad diem non soluto consequatur dominium pignoris; & si hæc pactio titulo in solum admittetur, facile Constantini prohibitio elidi posset, quod admittendum non est, l. *ultim.* C. mandati: & omne quod in fraudem legis fit, nullius est roboris & momenti, l. si libertus, in princip. ff. de jure patron. l. hoc modo, ff. de condit. & demonstr. latè probant Rodriguez de an us reddit. q. 2. numero 24. Mudeus ad titulum de lege commissoria, numero 2. Leocharius ubi supra, qu. ff. o. numero 17. qui numeris sequentibus satisfacit fundamentis contrariæ sententiæ. Et prædictâ difficultati dicendum est, quod quoties non designato justo pretio postea æstimando pactum opponitur, captiosum esse, ut usurarium intelligi, cum evenire possit, ut rem eximii pretii pro exiguo debito lucretur; ut docet Bachovius lib. 1. de pignor. capite 15. numero 7. quod & ante Constantinum statutum fuisse, constat ex dicit. l. si fundus 16. §. finali. & docent Accursius ibi, Donellus in l. finali. C. de pactis pignor. numero 4. I. Miſter. de leg. commiss. quest. 6. Negulant, de pignor. 4. p. princip. numero 2. Sed cum pretio justo postea designando pactum adjicitur, justè interponitur. Nec etiam obstat textus in dicit. l. si fundus 16. §. ultim. ff. de pignor. nam licet lex commissoria esset improbata jure Digestorum, eo casu, quo pro debito pignus creditori committitur, tamen propter justî pretii interventionem convalescit, ut docuit Accursius ibi, cui consentiunt Covar, dicit. cap. 2. numero 7. Morla in empor. p. 1. tit. 9. quest. 9. à numero 16. Gutierrez de jurament. 2. p. cap. 33. numero 4. Mantica d. lib. 11. tit. 10. num. 29. Quæ sententiâ probatur jure nostro Regio ex l. 41. tit. 5. partit. 5. & in l. 12. tit. 13. ead. partit. Nec eo casu dari propriè pactum legis commissoria probant Baldus in l. 1. numero 2. C. de distract. pignor. Hochomanus lib. 2. epit. titulum 1. num. 9. & in l. ultim. C. de distract. pignor. ubi Gitanus pag. 401. Nec audiendus est Faber ubi supra, qui totum versiculum illum Triboniani esse affirmavit, etsi textum aliter accipiant Cujacius in l. 2. §. 1. de contrah. emptio. Osiwaldus lib. 13. cap. 1. litt. O. Masius lib. 3. singul. opin. cap. 9. 10. & 12. Nec obstat ultimum difficultatis augmentum; licet enim plures docuerint legem commissoria in pignoribus jurejurando firmari, quos referunt & sequuntur Tiraquellus de retract. convent. in sine, numero 21. Seraphinus de privileg. juram. cap. 131. numero 13. Menchaca de success. lib. 5. §. 8. numero 47. Fachin. libro 10. contro. cap. 13. Hondedus consil. 31. numero 56. verior sententiâ est, conventionem hanc jurejurando non confirmari. Quamvis enim juramentum huic pacto adjectum, nisi remittatur, servandum sit, cum sine detrimento salutis æternæ servari possit, non tamen ea vis juramenti est, ut pactum improbum, & à jure damnatum confirmare valeat, licet ad evitandam perjurii exceptionem sit necessaria absolutio, & proinde potest debitor petere, ut jurejurando solvatur, vel si illud servaverit, non possit repetere, ut de promissione usurarium juramento firmata, probavi in cap. 1. cap. debitores, de jurejur. ita docuerunt Covar. in dicit. capite

quamvis, 2. part. §. 3. de pact. lib. 6. Gutierrez de juram. confirm. p. 1. cap. 33. num. 2. Morla in emptor. p. 1. tit. 9. quest. 14. Gaius de credito p. 4. quest. 49. num. 112. Merenda lib. 1. controu. cap. 3. num. 4. Cyriacus, & Leothardus de usuris quest. 70. numero 28. Nec obstat, quod dicebamus iuramentum in praesenti specie servari posse sine dispendio salutis aeternae, & per consequens pactum legis commissoriae iurejurando confirmari; quia licet iure hoc attento, cum quaeritur, an iuramentum servari debeat, tantum attendatur, an sine dispendio salutis aeternae servari possit necne, recte tamen Interpretes observant, non eandem semper, & in omnibus, & ubique iurisjurandi vim esse. Aliquando enim accidit, ut conventio alioquin nulla, & illegitima iurejurando confirmetur, ut sunt conventiones omnes, quae contra prohibitiones Vellejani, legis Juliae, & similes factae sunt, quas ob auctoritatem iurisjurandi jus Pontificium tuetur. Aliquando vero ad id tantum prodest iuramentum, ut perjurii exceptionem inducat, non etiam ut contractum sustineat odiosum, & a legibus prohibentem, ut exponit Faber dict. decad. 21. error. 8. numero 2. Hujus generis sunt conventiones illae, quae odio creditoris improbantur, & quae rem ex se nefariam, & illicitam continent, ut est promissio usurarum, quae iuramento non confirmatur, quamvis iusjurandum servandum sit, & relaxatio petenda, dict. capite debitores, de iurejurand. Ejusmodi etiam est pactum legis commissoriae in pignoribus, quod non solum legibus prohibetur, verum & sua natura nefarium est, & fraudibus plenum, ut probat Baëza de inope debitore cap. 6. numero 9. unde similis conventio iurejurando firmari non potest, ut latius prosequuntur Leothardus dict. quest. 70. Leo Pinel. in praesenti. ex num. 58.

12.
Exponitur
textus in
l. si Titius
34. ff. de pignor.

Sed supra traditis obstat textus in l. Titius 34. ff. de pignor. in illis verbis: *Ut fundum certo pretio emptum haberet.* Ex quibus deducitur, licitam esse illam conventionem, ut pignus pro debito committatur, pecunia non soluta suo tempore. Pro cuius textus solutione sciendum est, nonnullos Interpretes asseruisse, praesentem prohibitionem locum non habere, si pactum legis commissoriae ex intervallo adjicitur, cum nullam necessitate pecuniae premitur debitor: ita docuerunt Bartolus, & Baldus, Negusantius, & alii, quos refert & sequitur Mantica de tacitis convent. libro 11. titul. 10 numero 2. Sed contrariam sententiam, videlicet nihil interesse, an pactum legis commissoriae in pignoribus adjiciatur ex intervallo, vel in continenti, docuerunt Caldas de emptor. cap. 11. numero 19. Faber decad. 21. error. 2. Covar. lib. 3. var. capite 2. numero 8. Mudeus de pignor. titul. de lege commis. num. 22. Leothardus de usur. quest. 70. num. 2. & merito, cum eadem ratio asperitatis, & fraudis deprehendatur in hac conventionem, sive ab initio, sive ex intervallo apponatur; & debitor, qui ad solutionem pecuniae creditae jam urgetur, improbam hanc legem subire aequaliter cogatur. Nec contrarium probatur in dict. l. Titius 34. nam ibi non agitur de pacto legis commissoriae, sed de pura, & praesenti datione in solutum, seu venditione cum certo pretio facta, quae prorsus admititur, l. 1. ff. de distract. pign. l. 1. cum dominam 13. C. de pignor. Quo modo etiam accipiendus est textus in l. quamvis, ff. de

solut. quo modo textus illos exponunt Balduinus de pignor. capite 17. Pinellus in rubric. C. de rescind. 2. part. capite 1. numero 29. Rodriguez de annuis reddit. questio. 2. numero 27. Leothardus dict. questio. 70. numero 3. Arias de Mesa libro 1. var. capite 37. Leo Pinellus in praesenti, num. 5.

Secundo obstat textus in l. ultima, ff. de contrah. emptor. ubi approbatur pactum illud, quo cavetur, ut debitore sua die pecuniam non solvente, pius emptum censetur. Igitur quia pactum legis commissoriae omnino non improbat in pignoribus. Pro cuius textus expositione sciendum est, controversum esse, an si lex commissoria non adjicitur ipsi rei pignoratæ, sed alii, pactum eo casu defendatur? Et plures ex antiquioribus, quos refert Mantica dict. titul. 10 num. 12. existimant cessare praesentem prohibitionem, si res, de qua agitur, non sit pignori obligata. Sed contrariam sententiam merito docuerunt Covar. dict. capite 2. numero 8. Caldas ubi supra, numero 101. Rodriguez dict. quest. 2. numero 30. dict. quest. 70. numero 8. nam ratio praesentis prohibitionis, videlicet ut coerceatur asperitas creditorum, aequaliter procedit cum res, quae legi commissoriae subicitur, pignori, vel hypothecae data est, ac cum pignori non datur. Nec contrarium probatur in dict. l. ultim. ff. de contrah. emptor. nam in eo textu non quaeretur ab Scavola, an conventio illa subsisteret ex eo, quod praedia essent, vel non essent obligata fidejussori eo tempore, quo fidejussit, & conventio celebrata fuit, ac per consequens parum faveret contrariae opinioni; tantum enim ibi docetur, quod licet fidejussori minimè liberum sit emere pignora debitoris pro quo fidejussit, ex l. si mandata 59. §. 1. ff. mandati, l. Paulus, ff. de fidejuss. l. 1. C. de dolo; virtute tamen conventionis, ut fidejussor praedia pignori data empta haberet, posse fidejussorem solventem pro reo principali, ex causa emptionis praedia illa retinere; quo casu cessat ratio praesentis prohibitionis, cum creditor ultra sortem principalem nihil recipiat, fidejussor vero ex juris communis regulis, postquam pro reo principali solvit, possit ad emptionem praediorum agere, l. 2. ff. de distract. pignor. Eo tamen casu luendi facultatem debitori competere, ex dict. l. 59. §. 1. ff. mandati, l. 1. C. de dolo, recte notavit Leothardus dict. quest. 70. num. 13. qui prosequitur latius ipsius textus expositionem post Cujacium ibi, & Leonem Pinellum in praesenti.

Tertio supra traditis obstat textus in l. ultim. C. de distract. pignor. ubi cum quaeretur, an si creditor plus ex venditione pignoris redegerit, quam ei deberetur, & ex eo fundum emerit, an possit debitor in rem agere? Respondet Imperator, in personam tantum, id est pignoratitiam actionem ei de superfluo competere, nisi aliud specialiter conventum sit. Igitur specialiter pacto caveri potest, ut ultra sortem principalem quod superest, lucro creditoris cedat, & per consequens pactum legis commissoriae, ut usurarium non improbat. Cui difficultati respondendum est, verba illa, *Si non specialiter conventum sit*, non esse accipienda de ea conventionem, ut quod ex venditione pignoris redigeret creditor, id sibi totum haberet, ut voluit Cujacius; sed de pacto, ut si quid ex superfluo pignoris

13.
Exponitur
l. ult. ff. de
contrah.
emptor.

14.
Exponitur
l. ult. C. de
distract.
pignor.

pignoribus creditor compararet, esset debitoris, ut rectè id docuit Accursius, quem sequitur Leochar-
de usuris quæ est. 69. n. 38. & tunc virtute talis con-
 ventio potest debitor agere ad rem ipsam em-
 ptam ex residuo pretii, quod supererat soluta for-

te principali. Prosequuntur hujusmodi pacti le-
 gis commissoriae in pignoribus exceptiones, & ampli-
 ationes, novissimè Gibalinus *dict. lib. 3. de usur.*
cap. 7. art. 13. per totum, Leocharde de usur. quæ est.
70. per totam.

CAPUT VIII.

(a) Gregorius IX.

Cum constet I. mulierem uxorem Ogerii quoad usumfructum filio suo (b) succes-
 sisse in bonis, quorum proprietates ad M. mulierem uxorem C. dignoscitur per-
 tinere: Mandamus quatenus eam ad cautionem (c) idoneam exhibendam, quod u-
 tatur, & fruatur salva rerum (d) substantiâ rebus immobilibus, quæ usu non consumun-
 tur, ad (e) arbitrium boni viri: (f) pecuniam verò, si quam habuit, vel habebit, ac
 ætimationem bonorum, quæ consumuntur usu, & in hæreditate inventa fuerint, in
 morte sua dictæ mulieri, vel hæredibus ejus restituat, per censuram ecclesiasticam
 compellatis.

NOTÆ.

1. (a) Gregorius.] Non exprimitur cui rescribat Pontifex; illud credo, rescribere aliquibus
 iudicibus ecclesiasticis, vel secularibus illius provin-
 ciarum, quæ tam in spiritualibus, quàm tempora-
 libus parebat Ecclesiæ; aliàs de negotio merè
 temporalis, & inter laicas personas disceptato, ad
 quid necessarium erat adire iudicium Ecclesiæ?
 Illud enim notandum est, constitutionem hanc
 spectare ad secundam partem hujus rubricæ, ibi:
De aliis cautionibus. Quæ verba propter præsen-
 tem constitutionem à se editam addere iussit Gre-
 gorius IX.

2. (b) Successisse.] Immo ususfructus morte fini-
 tur, nec in eo datur successio, l. liber C. 3. de usu-
 fructu l. 1. §. si insuperbi 21 ff. de collat. bonor. l. cor-
 ruptionem, C. de usufruct. §. finitur, Insti. eodem,
 ubi plura Institutarii. Cum hoc principium pro-
 rostris disputandum proponitur, in contrarium
 acutè expendi solent textus in l. si usufructu 21 ff.
 quibus modis usufructus, l. generali 32 §. filius,
 & §. hæredis, ff. de usufruct. legat. l. si servus 18. §.
 cum servus, ff. de stipul. servor. cum l. 1. l. sed est
 25. §. si operas, ff. de usufruct. l. si rem 62. §. si fun-
 dum, ff. de evict. l. uxori 35. ff. de usufruct. legat.
 l. à reo 70. §. reo, ff. de fideiuss. l. Sempronius 26.
 de usufruct. leg. l. computationi 68. pr. vers. sic de-
 nique, ff. ad legem Falcid. l. in singulos annos 8. l.
 cum in annos 11. ff. de annis legat. l. Stichum 95.
 §. usufructum, ff. de solut. l. usufructu, solut.
 matr. l. usufructum, ff. de usufruct. leg. l. in
 fundum 21. ff. de iure dot. l. 5. ff. de operis libert.
 l. 1. §. usufructus, ff. ad leg. Falcid. l. 7. ff. de e-
 vict. l. publica 4. ff. de remiss. l. 3. §. sed si habenti, ff.
 de legat. 3. l. 8. l. Mela 14. l. 20. §. Titia, ff. de
 aliment. legat. l. & post litem 12. §. 2. ff. famil.
 eresc. l. si fundus 16. ff. de evict. l. mulieri 74. ff.
 de condit. & demonstr. Ergo in præsentis non rec-
 tè supponitur dari successiorem in usufructu.
 Cui difficultati ut satisficiant repetentes in præ-
 senti, varios casus huic decisione assignarunt.
 Certè plures adaptari possunt; ille facilè sup-
 poni valet, videlicet filium testamentum fecisse,
 & in eo ususfructum I. mulieri Agidii reliquisse.
 D. D. Gonzal. in Decretal. Tom. III. Pars I.

se; proprietatem verò ipsius rei M. & ita ex ipsa
 institutione, non verò continuata successione u-
 sumfructum rerum filii ad I. matrem ejus perve-
 nisse.

(c) Cautionem idoneam.] Sed quænam cau-
 tio præstanda sit, meritò dubitatur; quod enim
 nuda promissio sufficiat, probatur; tum quia
 cautionis nomine nuda, & simplex promissio si-
 gnificatur, l. sancimus 3 C. de v. f. & cautionem
 per stipulationem præstari docetur in l. 1. §. 1. ff.
 hoc titul. Sed verius est, nudam promissionem
 non sufficere, ut probant Donellus lib. 10. com-
 ment. cap. 14. Galbanus de usufructu cap. 19. Ra-
 tio est, quia jus à fructuario satisfactionem exi-
 git, l. huic 5 §. 1. ff. usufructuaris, l. si cuius 13.
 in princip. ff. de usufruct. l. 4. C. eodem & eam Con-
 sulti cautionem passim appellant, l. 1. dicit. l. huic
 5. §. ultimo. Satisfactio autem in jure accipitur
 pro ea, quæ sit datis fidejussoribus, l. 1. ff. qui
 satisd. cog. l. tribus 8 ff. de usufruct. earum re-
 rum, l. 1. §. jubet. de collat. bonor. Tum quia
 hæc cautio debet esse idonea, ut in præsentis do-
 ceatur; idonea autem cautio in jure dicitur, quæ
 sit datis fidejussoribus, vel pignoribus, l. si man-
 datu, §. final. ff. mandati, l. 4. §. 8 ff. de fidei-
 commiss. libert. dicit. l. 1. qui satisd. Unde rectè
 Doctores tenent, cautionem hanc accipi pro ea,
 quæ fidejussoribus datis præstatur. Mancius ad
 titulum ff. de usufructu, numero 46. Gabriel de
 Bellis de usufructu cap. 3. §. 4. Velascus de pri-
 vil. pauper. part. 1. quæst. 57. Marinis tom. 1. deci-
 sion. 208. Castillo de usufructu cap. 18. Accedit,
 quod cautio ista desideratur ad securitatem pro-
 prietarii: sed dominus proprietatis securior non
 redditur nuda promissione, sed fidejussoribus
 datis: ergo cautio fidejussoria præstanda est. Et
 licet cautio indistinctè à fructuario petatur in l.
 1. ff. usufructuaris quem. l. 1. C. de usuf. tamen
 pro idonea, quæ sit fidejussoribus præstitis, est ac-
 cipienda: unde, si usufructus re tradita satisfactus
 non sit, erit in electione proprietarii rem vindicare,
 vel stipulationem fidejussoribus datis condice-
 re. Sed an pignoribus datis utiliter caveatur, quæ-
 ri solet, ex eo quia cautio hæc fructuaria præ-
 toria videtur, cum Prætor fructuarium satisfacere
 Kk 2 jubet,

jubeat, l. 1. in princip. dist. 1. huic §. 1. ff. si usufructuarius. Prætorie autem satisfactiones personarum desiderant fidejussorum, nec cum pignorbibus pecunie, vel auri depositione utiliter præstantur, l. prætorie 7. ff. de prætor. stipul. & merito, quia custodia pignorum molesta est, vel quia incertum, quæ, & qualia pignora deponere necesse sit; & quia ipsa distractio pignorum difficultatem in se continet; & tandem quia creditor non est cogendus suscipere onus, & periculum custodiæ ipsorum pignorum. Verumtamen contraria sententia placet, videlicet cautionem hanc fidejussoribus, vel pignorbibus datis utiliter præstari. Ratio est, tum quia idonea cautio in jure passim dicitur, quæ sit pignorbibus capris, ut in l. unan. d. 59. §. ultim. ff. mandati, l. 1. §. jubet autem 9. ff. de collat. bonor. l. promissor 21. §. 1. ff. de constit. pecun. Tum quia ad evitandum onus præstandi fidejussores, sufficit quandoque bona immobilia possidere, l. penult. ff. qui jurisd. cog. & plerumque plus cautionis est in re, quam in persona, l. plus 25. ff. de reg. jur. Nec obstat contrariæ sententiæ primum fundamentum; nam licet hæc cautio edicto Prætoris sit comparata, tamen judicialis est, cum officio judicis præstetur, dist. 1. si usufructuarius; & in judicio, quod inter proprietarium, & fructuarium movetur, l. si usus 13. ff. de usufructu; aut quia proprietatis dominus rem reperebat à fructuario, quia cautionem non præstiterat, ut in l. usufructus §. verò, & in l. ultim. ff. usufructu. quemadmodum docet Galbanus de usufructu capite 19. in fine. Circa cautionem verò præstandam in usufructu earum rerum, quæ usu consumuntur, certam est, eam Senatusconsulto inventam esse, l. 2. §. 3. ff. de usufructu earum rerum. Quid autem si ob paupertatem, vel similem difficultatem nequeat fructuarius fidejussores invenire, neque pignora dare? an cum juratoria cautione admittendas sit, non leve dubium est? Affirmant innumeri congesti à Barbosa tom. 6. in select. ad huic texum. Negant quamplures congesti à Salgado part. 1. labyrinth. capite final. ex numero 5. & à Marinis tom. 1. decis. 208. Inter utramque opinionem, & alias, quas referunt Mancinus, & Gabriel de Bellis ubi proxime, libenter adhaerec Menochio de arbitrar. casu 139. numero 1. qui rectè docet, id arbitrio judicis relinquendum esse, cum magna sit personarum, rerum, & temporum varietas. Juxta enim perpenis omnibus circumstantiis, præsertim ubi periculum deteriorationis, vel corruptionis timetur, aliquando tamen juratoriam cautionem ab usufructuario exigit, aliquando si periculum imminet, proprietarium, tanquam custodem usufructuario adjungere valet, vel si listimetur, rem fructuariam sequestrare jubebit, l. sed est §. 5. §. quatiens, ff. de Carbon. edict.

(d) *Substantia.* Juxta definitionem usufructus adductam à Paulo in l. 1. ff. de usufructu, Justiniano in principio Institut. de usufructu: quam ultra repetentes ibi, & Castillum, Galbanum, Mancinum, & Gabrielem de Bellis de usufructu scribentes, exponunt Donellus libro 10. comment. capite 8. Pinellus in l. 1. 2. part. C. de bonis matern. Alciatus in l. rectè, ff. de v. s. Leothardus de usuris quest. 51. Faber libro 15. conject. capite 8. Robertus libro 3. recept. sentent. capite 18. Morla in emporio, titul. de servitut. quest. 1.

Bronchorst. cent. 1. assert. 86. Amaya in l. unic. C. de vendit. rerum, libro 10. Hothomanus libro 3. observ. capite 22. Scipio Gentilis de bonis matern. capite 6. Hunnius ad Treutl. volum. 1. disputat. 16. quest. 4. Corrahus lib. 5. miscel. capite 3. Wisembach. disputat. 12. thesi 2. Vela decis. 47. circa quam, & ejus materiam observandi sunt textus in l. si cum duorum 32. ff. de stipul. servor. l. cum ita 16. §. 1. quando dies legat. l. §. per jurandum 13. §. si quis usufructum, ff. de acceptil. l. non quocunque, §. fundus, de legat. 1. l. inter 44. §. penult. ff. famit. ercis. cui obstat lex 30. cum lege is qui, sequenti, de usufruct. legat. l. planè 34. §. penult. ff. de legat. 1. l. ultim. ff. si cui pluraquam per legem, l. 2. ff. de adimend. l. si cum 21. §. si fundum, ff. de except. rei judic. l. 3. §. ultimo, cum l. sequenti, ff. qua in fraudem credit. l. 3. §. si ex noxali, l. 2. §. 1. ff. pro emptore, l. cum in fundo 78 §. quod si mulier, ff. de jure dot.

(e) *Ad arbitrium boni viri*] In vero usufructu cautio hæc duas continet clausulas. Prima de utendi modo, quæ promittit usufructuarius, utrum esse arbitrio boni viri, l. 1. §. cavere, ff. usufruct. quemadmodum, id est, quod re utetur juxta ipsius conditionem, non vero reabuteretur, aut eam mutando, aut deteriorer reddendo, & ut rem custodiat, oneraque ipsius subeat, & alia, quæ paterfamilias curare solet, faciat; hoc enim est uti alienis rebus boni viri arbitrio, l. 1. §. cavere, ff. usufructuarius quem l. sicus 13. §. præteritis, l. sed cum fructuarius 67. ff. de usufruct. l. fundi 15. §. 1. ff. de usu & hab. Licet enim usufructuarius dominus sit, l. uti frui §. ff. si usufr. per. 1. 4. ff. de usufruct. non tamen ita absolurè ut rem disipare possit, sed potius eo moderamine, ut sciat re aliena uti. Donellus dicit libro 10. cap. 14. Faber in rationali aditextum in dicit. l. 1. §. cavere. Merenda lib. 6. controv. capite 48. per totum. Mancinus ubi supra, num. 66. Secunda clausula est de retraendo; promittit enim fructuarius restituendum id, quod finito usufructu extabit, videlicet rem; aut si ipsius culpa perierit, ejus æstimationem, l. 1. §. 7. ff. usufructuarius quem. Gallus ub. 2. observat. capite 76. Quomodo tamen, & quibus casibus hæc cautio committatur, infra exponemus. Illud certò liquet, quod prima pars stipulationis statim ac non utitur fructuarius arbitrio boni viri, committitur; altera verò neque statim, neque sæpius, sed demùm usufructu finito committitur.

(f) *Pecuniam.*] In rebus, quæ usu consumuntur, neutrum istorum, id est de utendo re boni viri arbitrio, & ipsa restituenda, cavetur; sed hoc solum, se finito usufructu tantam pecunie quantitatem, quantam acceperat, vel rem ejusdem valoris, & qualitatis, seu ejus æstimationem restituendum, l. 2. l. 4. l. si uni 7. ff. de usufruct. earum rerum. Ratio est, quia earum rerum, quæ usu consumuntur, usufructuarius dominus sit, & ita suo arbitrio eis uti potest, & eis utendo nihil remanebit quod restituatur, nisi eadem quantitas, vel alia res ejusdem æstimationis. Fachineus lib. 8. controv. cap. 43. nonnullæ enim differentie versantur inter usufructum rerum fungibilium, & quæ usu non consumuntur. Prima, quia in his rebus tantum quasi usufructus constituitur in testamento, non verò inter vivos, l. 1. §. 2. ff. de usufruct. earum rerum.

verum; quia cum ex natura hujus quasi usufructus proveniat, ut dominium ipsarum rerum in fructuarium transferatur, isque tantundem restituere debeat, certe si hoc fieret inter vivos, nihil aliud celebraretur quam mutuum. Secunda, quia in vero usufructu quis utitur re aliena, l. 1. ff. de usufructu. in quasi usufructu autem rebus propriis, quia illarum dominus fit, dist. l. si vini 7. Quatenus tamen in his rebus dominium secerni possit ab usu, exponit Theophilus Raynaud, tom. 4. libro 3. de viuis, sect. 3. cap. 2. fol. 241. Tertia, quia in his rebus fungibilibus nihil interest, an usufructus, an usus legetur, l. 5. §. final. l. quoniam, §. 1. de usufruct. ear. rerum: in vero usufructu usus ab usufructu separationem recipit, l. 1. ff. de usu & habit. Quarta, quia usufructus verus finitur rei mutatione, cessatione, & consolidatione, §. finitur, Institut. de usufructu: improprius verò tantum morte, & capitis diminutione, non autem predictis modis, aut rei interitu, vel non utendo. Tandem quia in his rebus fungibilibus quasi usufructus admittitur est ex Senatusconsulto remedio cautionis, dist. l. 1. §. constituitur. Circa quasi usufructum rerum, quæ usu consumuntur, notandi sunt textus in l. 1. §. si decem, l. 6. ff. ut in possessionem legat. l. 1. ff. de usufruct. legat. l. uxori 24. eod. titulo, l. ultim. ff. usufructuarius quemadmod. l. usufructu 69 ff. ad leg. Falcid. l. 1. C. de usufruct. l. usufructu, ff. solut. matrim. Ulpianus tit. 24. §. Senatusconsulto, ubi Cujacius, l. Julianus 9. §. Marcel. ff. ad exhib. l. sed si 11. §. 2. ff. de jur. jur. l. partis 10. ff. de prescript. verb. l. videamus 19. ff. de usur. l. in numerationibus 44. §. 2. ff. de solut. l. 15. ff. de auro & argent. l. 32. §. uxori, ff. de usufruct. legat. l. final. ff. si cui plusquam per legem, junctis Castillo de usufructu capite 14. & 17. Galbano de usufructu capite 4. Mancio ad titul. de usufructu earum rerum.

COMMENTARIUM.

6. **E**X hac Gregorii decretali sequens communiter deducitur disputanda assertio: Usufructuarium cavere debet, quod utatur fruatur rebus immobilibus, salva earum substantia, & finito usufructu eas restituat, si extant alia ipsarum rerum estimationem. Probant textus in l. si cuius 13. ff. de usufructu, l. 1. & per totum ff. usufructuarium quemadmodum, l. 4. C. de usufructu, l. uxori 24. ff. de usufruct. legat. l. si pecunia 6. ff. ut in possess. legat. l. final. C. eod. titulo, l. final. ff. si cui plus. Paulus libro 1. sentent. titul. 11. §. ultim. & lib. 3. tit. de legat. §. usufruct. Consonat lex 20. tit. 30. part. 3. Illustrant ultra congestos in præfati à Garanna & Barbosa, idem Barbosa in l. 1. §. 4. C. de usufruct. Donellus lib. 10. comment. cap. 14. Cujacius lib. 7. Pauli ad edit. in l. 2. ff. de usufruct. & lib. 75. in l. idem, & in l. si tibi 8. ff. eod. & lib. 7. respons. Papin. in l. usus, penult. ff. eod. titul. & lib. 38. Digestor. Juliani in l. 6. ff. ut in possess. Castillo de usufructu capite 17. Galbanus eodem tractat. capite 19. & 20. Gabriel de Bellis eodem tractat. capite 3. §. 1. Mancius ad titul. usufructuarium quemadmodum. Vinus libro 2. selectar. capite 19. Hunnius ad Treutl. volum. 1. disputat. 16. quest. 17. & libro 2. variar. tract. 7. quest. 24. & 25. Sesse tom. 1. decis. D. D. Gonzal. in Decretal. Tom. III. Pars I.

63. Moron. respons. 63. Valenzuela consil. 29. Sed hæc assertio difficilis valde redditur sequentibus juris considerationibus. Prima nascitur ex eo, nam fructuarium, sicut nemo alius, superflua cautione, præsertim quæ exigit fidejussores, onerandus non est, ex l. hæc 14. §. 1. ff. ut legator. sed superflua hæc cautio est, cum satis prospectum sit domino proprietatis aliis juris remediis: igitur hæc cautione gravari non debet fructuarium. Probatur minor; nam quoad primam clausulam cautionis de utendo boni viri arbitrio, apertè constat; siquidem si aliter fructuarium utatur, quam boni viri arbitrio, proprietarius potest ipsum prohibere, ne ipsa re utatur, l. sed si quid, §. proprietatis, ff. de usufructu. Quoad secundam clausulam de restituenda re finito usufructu, proprietarius habet eo finito vindicationem, l. 7. ff. usufruct. quemadmodum. Ergo superflua est hæc cautio. Accedit, nam præsens cautio præstat per stipulationem, l. 1. §. 1. ff. usufruct. quemadmodum. Ergo nihil refert quod teneatur fructuarium virtute propriæ promissionis, aut ex natura usufructus. Secunda difficultas nascitur ex eo, nam debitores conditionales, qui sub conditione aliquid debent, non tenentur interim cautionem præstare, l. ultima, in fine, ff. quibus ex causis in possessionem: sed usufructuarium est debitor conditionalis, videlicet si usufructus finiatur: ergo non tenetur pendente conditione: scilicet durante usufructu, cautionem præstare. Tertio etiam in præsentem assertionem ita insurgo. Cautio ista de restituendis ipsis rebus finito usufructu, repugnat juris principiis: igitur minimè admittenda, aut exigenda est. Antecedens probatur; nam ut supra dixi, hæc cautio per stipulationem præstat: sed stipulatio post mortem promissoris concepta, videlicet cum quis promittit aliquid post mortem suam, nulla est, §. post mortem, Institut. de inutilibus, ne incipiat obligatio ab hærede, quæ non cœpit à defuncto ejus auctore: ergo præsens cautio ut juris principiis contraria, repellenda est. Accedit, nam nemo rem suam sibi dari stipulari potest, §. item, Institut. de inutilibus: ergo proprietarius, qui est dominus rei fructuarium, non potest stipulari à fructuario rem propriam, videlicet eam, in qua usufructus constitutus est.

8. **Q**uibus difficultatibus minimè obstantibus vera est præsens assertio, pro cuius expositione sciendum est, quod cum usufructuarium de anteriorem causam proprietatis facere non debeat, & æquum sit, reddi securum proprietarium, ideo Prætorum cavisse usufructuarium cogere cautionem præstare de utendo boni viri arbitrio, & de restituendo quod superest finito usufructu: circa quam cautionem præcipuum dubium apud Interpretes est, an hujusmodi cautio sit de substantia usufructus? Quod ut exponamus discrimen est constituendum inter cautionem, quæ præstat in vero usufructu, & quæ intervenit in quasi usufructu. Circa primam certum est, non esse de substantia usufructus, ut post alios probant Donellus lib. 10. comment. cap. 14. Galbanus de usufr. cap. 19. quæ sententia suadet primò ex eo, quia in definitione usufructus adducta tam à Paulo in dist. l. 1. ff. de usufructu, quam Justiniano in dist. princip. Institut. de usufr. nulla mentio fit similis cautionis: igitur

quia non est de substantia. Secundò si esset de substantia, non posset à iure remitti illis personis, quibus remitti solet, ut infra dicemus. Deinde hanc cautionem edicto Prætoris introductam esse refertur in l. i. ff. usufructus quemadmodum. Sed pluribus retrò annis usufructus reperiebatur: igitur quia hæc cautio non est substantialis. Faciunt etiam plura juris testimonia, in quibus supponitur, cautionem præstari post constitutum usufructum, immò & usufructum finiri adhuc ea non præstita, l. i. §. illud. l. 3. §. desinere, ff. usufructuar. quemadmodum. l. 4. C. de usufr. igitur quia talis cautio non est de substantia. Nec obstat, quod cautio non præstita non competat usufructuario petito ex titulo Digitorum si usufructus peratur, l. si cuius 13. §. usufructu. ff. de usufructu: nec etiam potest fructus percipere ante præstitam cautionem, l. si uxori 24 ff. de usufruct. legat. l. tribus 8. ff. de usufruct. l. i. C. eod. l. 6. ut in possess. Immo proprietatis dominus cautione non præstita à fructuario, vindicat, aut repetit rem ipsam, in qua usufructus est constitutus, l. est 7. l. ultim. ff. usufructuar. quemadmodum. Nam ea omnia evincunt, teneri usufructuarium cautionem præstare, non tamen usufructum constitui non posse absque cautione; ut enim emolumentum percipiat fructuarius, debet cautionem præstare, non tamen prohibetur absque ea usufructus constitui. Facit Paulus libro 3 sentent. tit. de legatis, §. usufructu. ubi ait, cautionem ab usufructuario præstari solere: igitur quia non desideratur pro substantia. Circa cautionem verò, quæ datur in quasi usufructu earum rerum, quæ usui consumuntur difficilior hæsitatio est. Et de substantia usufructus esse, tenuerunt Bartolus, Paulus, Fulgofius, Alexander, & alii relati à Pinello in l. i. num. 28. ff. de bonis m. uern. Angelus, Arelinus & alii relati à Castillo de usufructu lib. 1. cap. 15. numero 25. pro quibus faciunt sequentia juris fundamenta. Primò textus in §. constituitur, Institut. de usufruct. ibi: Sed per cautionem quasi usufructum constituitur. Ubi docet Iustin. usufructum ipsa cautione constitui; & probatur ex l. 2. §. 1. ff. de usufruct. earum rerum, in illis verbis: Sed remedio introducto cepit quasi usufructus haberi. Remedium enim pro cautione dixit Consultus, quia cautiones remedia appellantur, l. Mutiana 7. l. heres meus 79. §. caveri, ff. de condit. & demonstr. ergo talis cautio tanquam constitutiva quasi usufructus substantialis est. Secundò facit textus in l. i. C. de usufruct. ibi: Oblatam secundum formam Senatusconsulti cautionem. Ubi pro forma cautionem in hoc quasi usufructu deberi docetur. Facit tandem textus in l. penult. ff. de usufruct. earum rerum, ubi cum agatur de hoc quasi usufructu, & de cautione in eo præstanda, hæc verba profert Ulpianus: Sed ad Senatusconsultum erit descendendum, quod de cautione eorum loquitur. Ex quibus deduci videtur, cautionem hanc substantialem esse quasi usufructus. Contrariam tamen sententiam, quam ut veriore amplectimur, videlicet, nec in hoc quasi usufructu cautionem esse de substantia, tenuerunt Glossa in l. i. C. de usufruct. Azo in summa, C. eod. tit. num. 2. Immola in presenti, numero 18. Castillo de usufructu, capite 15. numero 26. Besoldus in delib. juris ad tit. usufructuar. &c. Galbanus eod. tractat. capite

19. numero 14. & pro ea faciunt primò textus in l. hoc §. 1. ff. de usufruct. earum rerum, ubi refertur, cautione non præstita, quasi usufructum constitui & finiri: igitur quia absque ea consistere poterat. Secundò textus in l. si tibi 6. ff. eod. ubi Consultus ait, hanc cautionem à quasi usufructuario desiderari; satis innuens, ex necessitate eam non provenire; immò eam ad similitudinem veri usufructus iste improprius introductus sit, & in usufructu vero cautio essentialis non sit, nec in hoc improprio necessariò desideratur. Deinde, nam hæc cautio introducta est ad securitatem, non ut ea usufructum constituat: ergo non est substantialis: quis enim dicat, quod si mutuo accedat fidejussor, fidejussorem esse substantialem mutui? Similiter ergo in quasi usufructu ratiocinandum est, cum captem in eo differat mutuum ab hoc quasi usufructu, quòd mutuum esse contractus inter vivos celebratus; at quasi usufructus testamento constituitur. Retentà igitur hac opinione, non obstant contrarie sententiæ fundamenta. Non primum deductum ex dicit. l. i. §. 1. & §. constituitur. Institut. de usufruct. Nam respondendum est, eorum iurum verum sensum esse, quod Senatusconsultum inducto hoc cautionis remedio fecit, ut quasi usufructus natura constitueretur: sed sicut in vero usufructu distinguitur substantia à natura, ita in quasi usufructu separatur; substantia enim quasi usufructus in eo consistit, ut testator leget alicui facultatem utendi, & abutendi tali re fungibili: quo casu proprietatis loco habetur obligatio reddendi quantitatem, seu estimationem finitò usufructu, l. i. ff. de usufruct. ear. rerum. De natura autem improprii usufructus illud est, ut accedat fidejussio, seu prædicta cautio; unde cum ea, quæ sunt de natura actus, non omnia sint de substantia, ideo præfens cautio Senatusconsulo inducta non est substantialis, licet sit de natura ipsius quasi usufructus. Nec obstat textus in dicit. l. penult. Nam respondetur, usum huius cautionis Senatui introduxisse non pro substantia, sed ad naturam quasi usufructus; nam licet in usufructu vero cautio nec ad ejus naturam spectet, in improprio tamen ex natura ejus desideratur. Ratio differentie in promptu est, nam cum in usufructu vero etiam non præstita cautione finitò usufructu habeat proprietatis dominus vindicationem ad repetendam ipsam rem, non ita necessaria est cautio; in quasi usufructu autem cum non detur talis vindicatio, necessaria est ad securitatem prædicta fidejussio. Nec obstat textus in dicit. l. i. C. de usufructu: nam ibi forma accipitur pro forma ipsius quasi usufructus, ut in l. inter 42. ff. de pact. l. in integre. 22. ff. de minor.

Huic questionì proxima est alia non minus vexata, an videlicet hæc cautio à fructuario præstanda, remitti possit à testatore Et remitti non posse, ex l. penult. C. ut in possess. mitti poss. ff. legat. l. 6. ff. eodem tit. l. i. C. de usu fructu, docuerunt Gailius libro 2. observ. capite 145. Castillo de usufructu dist. capite 15. Cujacius in dicit. l. penult. Donellus libro 10. capite 14. ubi Osualdus littera E. Bronchorst. enantioph. centur. 2. assert. 89. pro quibus etiam faciunt nonnulla juris rationes. Prima, quia nemo potest facere quin leges in suo testamento locum

eum non habeant, *l. nemo 55. ff. de legat. 1. nec* privatorum cautionibus jus publicum ladi valet, *l. jus publicum, ff. de pactis, l. ultim. ff. de suis & legitimis*. Secunda, quia hæc remissio est contra bonos mores, siquidem invitatur fructuarium ad delinquendum, hoc est non utendo boni viri arbitrio: quare ut juris dispositioni contraria attendi non debet, ex *l. filii 15. ff. de condit. & demonstr.* Tertio, quia non potest testator heredem proprium legis Falcidie beneficio privare, *l. quod bonis 15. ff. de frater, l. Servus 27. ff. ad leg. Falcid.* ergo nec beneficio hujus cautionis. Contraria tamen sententia, videlicet testatorem cautionem prohibere posse, non levioribus nititur fundamentis. Primum, quia quod potest fieri testamento. *Novel. 22. §. disponat testator, & erit lex*: sed lege remitti potest hæc cautio, ut statim dicemus: ergo & testamento remitti valet. Secundum quia quilibet potest jus pro se introductum remittere, *l. si iudex 41. ff. de minor. sed testator dominus est rerum hereditarum, l. 1. §. sciendum, ff. de legat. 3. §. non solum, Instit. de leg. ergo potest prohibere heredi ne cautionem exigit pro his rebus conservandis: ita docuerunt Alexand. volum. 6. consil. 120. & volum. 3. consil. 58. Franc. Vivius commun. opin. verbo Ususfructus. In qua opinionum varietate Marc. Lyciam. lib. 7. memb. eclog. 13. & Arnoldus Vinius lib. 2. select. cap. 29. novâ utrunque distinctione, discrimen constituendo inter cautionem fructuarium pro ea parte, quæ circa usum boni viri arbitrio versatur; & inter eam, quæ circa rei restitutionem finito usufructu vertitur. Quoad primam partem affirmant, cautionem remitti non posse à testatore: quoad secundam verò clausulam remitti posse, quia remanet proprietario aliud remedium, videlicet rei vindicatio, ad vindicandam rem finito usufructu. Noviter etiam Marcus Aurelius Galbanus de usufructu cap. 20. discrimen constituit inter jus exigendi hanc cautionem, & usum ipsius juris; ita ut testator non possit remittere jus exigendi cautionem, usum verò remittere possit; & suprà relata utriusque sententia fundamenta accipit ita, ut quæ probant cautionem hanc remitti non posse, procedant respectu juris eam exigendi; quæ verò eam remitti posse evincunt, ad usum ipsius referantur. Illud verò notandum est, remisso à testatore jure exigendi cautionem, posse legatarium eam offerre, & usufructum consequi, *l. 6. ff. ut in possessionem, l. 1. C. de usufruct.* licet contrarium teneat Hunnius ad Trem. lib. 2. tract. 2. q. 26. motus ex eo, quod contra legem sit, pro infecto haberi, *l. non dubium, C. de legibus*: nam in præsentī casu testator legando usufructum non disponit contra jus, licet contra illud faciat remittendo jus exigendi cautionem: unde rectè potuit constitui usufructus oblatâ cautione.*

Superest, ut de personis, à quibus & quibus præstatur hæc cautio, agamus. Et generaliter ab omnibus usufructuariis hæc cautio præstanda est, *l. si cuius 13. in princip. ff. de usufruct.* unde sive usufructus sit rei mobilis, sive soli, interponi debet cautio, *l. 1. §. 1. ff. usufructuarius quemadmod. quocunque modo constituitur usufructus, sive à lege, sive à iudice, sive testamento, aut contractu, sive ipso jure, sive tuitione Prætoris, ut in l. si usufructus, §. illud, ff. usufructuarius quemadmod. sive à vero domino constituitur, si-*

ve ab illo qui tantum habet dominium utile, ut superficies, & emphyteuta, *l. 1. ff. quibus modis usufruct.* immò etiam non usufructus, sed quid aliud sub appellatione usufructus relinquatur; ut si habitatio, vel operæ servorum, vel animalium, aut si messis, vel vindemia in singulos annos legetur, cautio præstanda est, *l. 4. §. ult. l. 5. ff. usufructuarius quemadmod.* Quinimò etiam non usufructus, sed usus tantum relictus sit, cautio præstari debet, *l. 4. §. 1. l. penult. ff. usufructuarius quemadmod.* Et licet legatum relictum habitationis, seu operarum per omnia usufructum non imitetur, *l. fundi 38. ff. de usufruct. legat. l. si habitatio, ff. de usu & habit. l. cum antiquitas 12. C. de usufruct.* tamen huiusmodi legatarii uti debent boni viri arbitratu, & morte finitur tale legatum; ideoque cautio ista in illis locum habet. Omnes igitur usufructuarii regulariter cavere debent; & si plures sint fructuarii, omnes cavere tenentur: in ea autem specie cum testator Mævius legavit usufructum, & rogavit ut illum restitueret Sejo, Sejus tantum satisfacere debet, nisi aliquo casu usufructus redire possit ad legatarium, *l. si usufructus 9. ff. usufructuarius quemadmod.* Mævius enim non videtur in re usufructuarius, cum illum debeat Sejo restituere, *l. non videtur, ff. de reg. jur. excipiuntur tamen ab hac generali regula, primò pater, qui usufructum legalem habet in bonis adventitiis filii; illi enim sacris constitutionibus hujus cautionis necessitas remissa est, l. cum oportet, §. non autem, l. final. §. si autem, C. de bonis maternis; ubi ait Imperator, pro justa reverentia remitti patri hanc cautionem. Cur enim pietas ac reverentia paterna satisfactionis vicem suppleant? Docent Donellus, & Galbanus ubi suprà, Scipio Gentilis de bonis maternis, cap. 8. Sed hæc Imperatoris constitutio difficilis redditur ex sequentibus juris principiis. Nam si pater gerat tutelam filii impuberis, tenetur satisfactionem præstare, *l. si superstitem, C. de dotibus, l. licet, C. ad leg. Falcid.* Ergo similiter tenetur ratione usufructus legalis cautionem præstare. Deinde, nam si pater administrat bona filii, tenetur satisfactionem præstare, & rationes reddere, *l. litis, §. patres, ff. de negotiis gestis*: ergo & utens rebus adventitiis filii tenetur rationes reddere, & per consequens satisfactionem præstare. Faciunt etiam textus in *l. jubemus, §. in supra dictis, C. ad Trebel. l. hac edictali, §. si illud, C. de secund. nup. in quorum specie pater cautionem præstat pro rebus filii: igitur & præsentem cautionem præstare cogendus est. Ratio etiam ab Imperatore adducta non levem continet difficultatem; nam æqualem reverentiam debet filius patri, ac matri, *l. 4. ff. de curat. furios.* unde sicut ob reverentiam filius non potest absque venia in iudicium vocare patrem, *l. parenti 6. ff. de in jus vocando*: ita nec matrem, *l. 4. §. 1. ff. eodem*: sed mater eo casu, quo habet usufructum bonorum filii, tenetur cautionem præstare, *l. usu 11. C. de usufruct. dicta l. hac edictali, §. his illud*: ergo & pater cautionem istam præstare tenetur. Sed adhuc defendenda est prædicta Imperatoris constitutio. Nec obstat, quod de patre tutore dicebamus; nam magnum discrimen versatur inter patrem, tutorem, & fructuarium; quod in eo consistit, quia tutela tantum respicit utilitatem pupilli, at verò usufructus continet totius rei emolumentum, plenissimamque potestatem, quam in illis**

rebus jus patri tribuit, *l. 1. §. passim, C. de bonis maternis*. Similiter etiam in *d. l. l. i. §. patri*, non agitur de satisfactione à patre præstanda, sed de rationibus reddendis. Nec rectè sequitur: Cogitur pater rationes reddere: igitur & cautionem præstare. Deinde quia ibi agitur de filio emancipato, inter quem, & patrem obligatio contrahi potest, *l. 4. C. de pactis conventis*. Nec etiam obstat textus in *d. l. jubemus, l. hac editali*, qui loquuntur in patre transeunte ad secundas nuptias, in quo adest specialis ratio, ut pater teneatur cautionem præstare, quam assignat Scipio Gentilis *ubi supra*. Nec obstat augmentum deductum à matre, quæ cogitur præstare hanc cautionem; nam inter utrumque parentem magna versatur differentia; pater enim non cogitur cautionem præstare, quia non spectat ad ipsum usufructus, tanquam ad dominum ipsarum rerum, sed tanquam ad patrem virtute patriæ potestatis, *l. 6. C. de bonis qua lib. quæ cum non detur in matre, §. femina, Instit. de adop. immò ad ipsam ex aliis causis spectet usufructus, ideo ipsa tenetur præstare hanc cautionem: & cum quoad titulum de in jus vocando tantum attendatur naturalis reverentia, quæ æqualis est in patre, ac in matre, sine venia in jus vocari non potest: at in cautione præstanda, vel non, respicimus patriam reverentiam conjunctam cum patriâ potestate, & sic pater eam non præstat, mater verò cavere cogitur: docuerunt Galbanus, & Gentilis *ubi proxime*; unde infertur, quod si pater aliquo casu habeat usufructum bonorum castrensis peculii, ut in *l. pater 15. §. ult. ff. de castrens. pecul. tenebitur præstare cautionem, argumento textus in l. 2. ff. ad Macedon. l. lio nulla 4. ff. de iudiciis*. Secundò cautionem hanc præstare non tenetur fiscus, *l. 1. §. si ad fiscum, ff. ut legatorum*; quia fiscus non solet satisfacere, *l. 3. §. 1. ff. de carbon. edict. l. 3. §. 5. ff. si cui plus quam per legem*; cum semper presumatur esse solvendo, *l. 2. in fine, ff. de fundo dotati*. Unde cum cautio hæc petatur ad securitatem, frustrâ exigitur à fisco. Etiam cautionem præstare non cogitur usufructuarius, cui in diem certum proprietatis relicta est, *l. si usufructus, §. pland, ff. de usufructu*, cum superflua videatur talis cautio, quia prioritas ad ipsum spectat: unde in casu legis pecunie *8. ff. de aliment. legat. usufructuarius non cavet*, quia proprietatis ad ipsum quoque spectabat. Succedunt personæ, quibus cautio hæc præstatur; & certum est, cavendum esse illi, ad quem finito usufructu res ipsa pertinebit, aut reddituram fore speratur, *l. si tibi, ff. usufructuarius quemadm. ut si usufructus legatus sit, proprietate penes heredem remanente, illi caveatur: si autem alii proprietatis legata est, illi cavendum erit; & si plures sint legatarii, omnibus pro sua parte caveri oportet: immò etsi proprietatis legata sit sub conditione, & legatario propter implementum conditionis, & heredi propter ejus defectum cavendum est, *d. l. si tibi, l. si servi 10. ff. usufructuarius quemadm.* Nec contrarium probat textus in *l. final. ff. si cui plus quam per legem*: ubi cum legata esset proprietatis sub conditione, legatario illi conditionali non caverit. Nam discrimen est constituendum inter eum casum, in quo proprietatis legatur sub conditione, si navis ex Asia venerit, quæ adimpleri potest durante usufructu; & in-**

ter illum, in quo conditio adjecta est, si usufructus ad fructuarium desierit pertinere; quæ conditio adimpleri non potest, nisi finito usufructu. Unde usufructuarius illi cavere non cogitur, cum evenire non possit, ut usufructu pendente proprietatis ad illum pertineat.

Quibus ita animadvertis jam apparet vera ratio præsentis decisionis; nam sicut usufructuarius uti potest re fructuaria, ita & dominus proprietatis debet esse securus de ipsa proprietate, *l. si cuius 13. ff. de usufructu*; & quia illius interest ad jus domini conservandum varias habere actiones, pluraque remedia, *l. cum filius 76. §. variis, ff. de legat. 2. inde ut plene securus sit, illi cavere debet à fructuario, stipulatione interpositâ, & fidejussoribus datis; præcipue quia si ita usufructuarius obstrictus non esset, facile ipse invitaretur ad delinquendum utendo perperam re fructuaria: quare ut securus sit dominus proprietatis, hujusmodi cautio præstanda est, quæ committitur cum contingit aliquod ex eo, quod comprehensum est in ipsa cautione, videlicet si usufructuarius male re ipsa usus fuerit, aut usufructus finiatur; ita tamen, ut ex priori clausula toties quoties usufructuarius boni viri arbitrio non utatur, agi possit; ex secunda verò tantum cum finitur usufructus. Est tamen casus, in quo etsi committatur cautio, agi tamen ex ea non potest; de quo in *l. 3. §. ultimo, ff. usufructuarius quemadm.* ubi si proprietarius alienavit proprietatem, & postea committatur cautionis stipulatio, proprietarius, cui cautum fuit, non potest agere; quia hæc cautio favore proprietatis interponitur, & cum ipse ejus dominus non sit, pervenit jam res ad eum casum, à quo incipere non poterat, & per consequens vitatur, *l. existimo 99. l. pluribus 140. ff. de verb. oblig. l. quia in eum 16. ff. ad leg. Aquil. non proprietarius novus, quia ipse non fuit stipulatus; & ita ex ea stipulatione agere non potest, ex *l. quedam 9. §. 1. ff. de edendo, l. damni 18. §. sed quod, ff. de damno infecto l. quæcumque, ff. de obl. & act.* Duobus etiam casibus etsi committatur stipulatio, ex eaque agi possit, tamen exceptione doli opposita actio eliditur, veluti usufructus repetitus sit, qui repeti potest, in *l. repeti 5. ff. quibus modis usufructus*. Moez observ. cap. 9. Robertus lib. 1. animadu. cap. 5. Pareja in orio quadrimestr. 2. p. num. 20. tunc enim si amittatur usufructus, committaturque stipulatio; quia tamen repetitus est, ex ea stipulatione cum effectu agi non potest, *l. 3. §. 2. usufructuarius*; vel si proprietatis cepit pertinere ad ipsum fructuarium, ut in *l. 3. §. 3. ff. eodem*, ubi explicat Ant. Faber.**

Nec obstant dubitandi rationes supra adductæ. Non prima; nam præsentis cautio nullo modo superflua est, siquidem interest proprietarii plures habere actiones ad conservandum jus proprium; præsertim cum vindicatio exigat probationem domini, quæ perdifficilis plerumque est, §. commodum, *Instit. de interd. l. is qui destinavit 24. ff. de rei vind.* & in actione personali, quæ ex hujusmodi cautione nascitur, tantum queritur, an stipulatio interposita, commissaque sit, ut detur actio in reum principalem, ejuque fidejussorem, *l. quicquid 99. l. qui Rome 122. ff. de verb. oblig.* unde nullo modo supervacua est præsentis cautio. Nec obstat primum difficultatis augmentum; nam ut voluntas testatoris conserve-

tur, non solum qui pure debent, verum & qui sub conditione cautionem præstare coguntur, *l. 1. eiam 15. ff. ut legatorum nomine*: unde licet usufructuarius teneatur tantum restituere finito usufructu, rectè potest cogi cavere in casum restitutionis finito usufructu. Nec obstat secunda difficultas; nam stipulatio præsens non concipitur post mortem promissoris, sed casus illos diversos continet de re bene utendo, & restituendo quod superest finito usufructu. Et licet usufructus præcipue morte finiatur; tamen nec eo casu incipit obligatio ab hærede, quæ non cæperat à defuncto; nam defunctus cum alienis rebus, tenebatur eas restituere, saltem eo tempore, quo jam illis uti non poterat, veluti in ultimo vite spiritu; unde eas restituet hæres tanquam alienas, & in quibus defunctus dominium non obtinebat. Nec obstat ultimum augmentum difficultatis; nam aliud est stipulati rem meam mihi dari, aliud rem propriam restituere. Primo casu stipulatio nulla est, quia quod meum est, amplius fieri non potest meum, *l. in bello 12. §. si quis servum, ff. de captivis*, §. sic itaque. *Instit. de action.* Secundo verò casu, quod meum est, utiliter stipulor, quia id restituere potest, *l. officium 9. l. qui restituere 63. ff. de rei vind.* quomodo concipitur stipulatio in præsentem specie, videlicet de restituendo quod superest finito usufructu, ut exponit Faber *in l. 1. §. final. ff. usufructuarius quemadmod.*

Suprà traditum, cum hæc cautio publicè disputanda proponitur, varia juris testimonia opponi solent, ex quibus selectiora opponere, exponereque decrevi. Et primò opponi solet textus *in l. 1. §. de in l. uxoris 24. ff. de usufruct. legat. ibi Super his non cavebitur.* In quibus cum agatur de usufructu legato sortis principalis, docetur usufructuarius non teneri cautionem præstare: igitur quia præsens cautio necessariò non desideratur. Pro cuius textus expositione dicendum est, usufructuarius teneri cavere de his rebus, quas finito usufructu restitutus est; non verò de his, quas statim lucratur: unde cum in eo textu agatur de usufructu, quæ sunt fructus sortis, *l. 3. ff. de usufruct. car. rer. l. usura, ff. de usuris*; & eas jam hæres debuisset propter moram commissam in solutione legati, non tenetur usufructuaria de eis cautionem præstare, quia illas statim suas facit, nec finito usufructu restituere tenetur. Secundo opponi solet textus *in l. in numerationibus 44. vers. Item si ff. de solut.* ubi asseritur, hæredem tradendo usufructum, se liberare, & usufructuarius simul sibi obligare; & nulla fit mentio cautionis præstite à fructuario. Igitur etiam nullà cautione præstita fructuarius obligatur hæredi, id est domino proprietatis. Cui difficultati respondendum est, supponendo in eo textu cautionem intercessisse, & ita uno actu hæres tradendo usufructum liberatur, & simul vitute cautionis legatarius usufructum accipiendi obligatur.

Tertiò opponi solet textus *in l. hac editi, §. 1. C. de secund. nupt.* ubi Imperatores Leo, & Anthemius cum pœnas in marces secundo nubentes statuerent, inter alias sanxerunt, ut res sibi donatæ ante, vel propter nuptias à primo marito, quoad proprietatem reserventur filiis prioris matrimonii; quod etiam cavetur *in l. firmine 3. C. eod. tit. Novella 22. de nupt. §. si petet*; earum verò usufructus ad matrem spectet, ita

ut non præstet cautionem, cum res immobiles non ita facile evantantur, & bona ipsius pro earum restitutione rectè obligata sint. §. omnibus, ejusdem legis. Inter immobilia enumerant Imperatores mancipia, id est servos illos, qui agris & glebæ adscripti sunt, ut moveri non possint, & ut membra prædiorum judicantur; & ideo inter immobilia recententur, *l. longè, ff. de divers. tempor. l. 4. §. in servis, ff. de censibus.* Enumerant etiam annonas civiles, id est panes illos, qui olim Romæ, & Constantinopoli pauperibus distribuebantur certo tempore: & quia in gradibus dabantur, panes gradales dicebantur, de quibus extat titulus *17. lib. 15. C. Theodos. de annonis civibus, & pane gradali*: de eis Prudentius contra Symmachum agit ibi:

Et quos panis alit gradibus dispensus ab albis.

Eos civiles vocat Iustinianus *in l. cum quidam 31. §. praterea, C. de iure delib. annonas civiles in aubent. de non alienandis, §. hæc ergo.* Illustrant Alciatus *lib. 8. parerg. cap. 5.* Lipsius *lib. 1. relect. cap. 8.* Cujacius *in d. l. hac editi*, Cironius *ad tit. de præbend. Plura* Iacobus Gothofredus *in tit. C. Theodos. de annonis civibus*; & de pane gradali agit Petavius *in notis ad epistolam 4. Theophrasti, Cujacius lib. 26. observ. cap. 17.* Salmasius *in notis ad Flavium Vopisc. in Aurel. Buleng. lib. 6. de hæper. cap. 14. & 15.* Pancitola *lib. 2. variar. cap. 209.* Schol. Juven. Satyr. Liplius *1. relect. cap. 8.* Gutherus *lib. 2. de offic. cap. 11. Juret. ad Prud. lib. 1. contra Symm. cap. 108.* Tales autem annonæ certis domibus assignabantur, unde rectè inter immobilia recententur. Prosequuntur Imperatores circa res mobiles, & ajunt, quod si res mobiles sunt donatæ, vendantur, seu æstimantur per arbitros à partibus electos, & usufructus matri tradatur, ita ut cautionem fidejussoriam præstet; & si eam præstare noluerit, filii eas res detineant, & cautionem præstent matri de reddendis usibus trientibus integræ æstimationis; si autem neutra pars præstet cautionem, res ipsæ mobiles remaneant penes matrem. Ex qua ultima parte deducitur, res remanere quoad usufructum penes matrem, si cautionem præstare noluerit: ergo non cogitur præcisè fructuarius cautionem proprietario præstare. Cui difficultati satisfaciendum est dicendo, in eo ultimo casu, cum nec filii cautionem præstant, bona illa mobilia remanere penes matrem, non jure usufructus, sed eo jure, quo antea habebat, videlicet donationis propter nuptias. Quare tunc nulla cautio fructuaria præstatur. Prosequitur latius ipsius textus interpretationem Gentil. *de bonis matern. cap. 12.*

Quartò opponi solet textus *in l. 1. §. si decem 17. ff. ut legatum*; ubi proponitur, Titio legata fuisse decem, quæ in arca testator habebatur, ut *in l. si servus 10. §. qu. quinque ff. de legat. 1.* Sempronioque ejusdem quantitatis usufructum: quaesitum fuit, quomodo ambo pervenire debeant ad legatum? Et responderet Ulpianus, quod si pure utrumque legatum relictum est, Titium decem vindicaturum, Sempronium verò oblatà cautione usufructum quinque habiturum; quia cum alicui legatur fundus, & alii ipsius fundi usufructus, ambo perveniunt ita ad legatum, ut scindatur inter eos usufructus, *l. si Titio, l. si alii, ff. de usufruct. legat.* docet Chumacero *select. disput. 7. num. 7.* sic in præsentem specie Titius propter proprietatem habet sumi-

15. Explicatur l. 1. §. si decem ff. ut legator.

liter partem legati usufructus; & si Titius integra decem vindicaverit, repellitur exceptione doli, quia fructuarius de restituendis quinque finito usufructu heredi cavere debet: sed si Titius decem sic assecutus, haeres, & fructuarius utilem actionem contra ipsum habent ad quinque: sed si sub conditione (protequitur Vipianus) relicta legata sint, fructuarium obligata cautione usufructum habiturum, Titium vero posse petere cautionem ex titulo, *De legato. rnm: sed si extiterit conditio*, adhuc non obligata cautione posse Titium ad exhibendum agere: & si ignorans haeres fructuario decem tradiderit, ipsum ad exhibendum non teneri, quia nec possidet, nec dolo desit possidere, *l. si haeres 61. ff. de legat. 2.* succurrendum tamen esse legatario. Ex qua diffusa specie constat, fructuarium non teneri cautionem praestare, nec legatario proprietatis, nec heredi. Non legatario, ex illis verbis: *De restituendis quinque heredi cavir.* Non heredi, ex illis verbis: *Succurrendum legatario.* Igitur verum non est, fructuarium teneri cautionem praestare proprietario de utendo boni viri arbitrio, & restituendo finito usufructu quod supererit. Cui difficultati respondendum est, in primo casu tantum de quinque cautionem praestari heredi, quia adhuc legatarius proprietatem non fuerat assecutus: secundo casu succurrit tantum legatario, quia tempore, quo haeres tradidit decem fructuario, exigit cautionem ab eo; unde eo casu tantum succurrit legatario, tam ad repetendam cautionem, quam partem ipsius quantitatis; & ita in eo textu cautio praestatur utroque casu illi, cui de iure iuxta supra adducta praestanda est.

16. *Quinto* objici solet textus in *l. Julianus 9. §. Marcellus, ff. ad exhibend.* ubi proponitur, usufructum nummorum, aut nummularum (nam nummularum etiam nummorum appellatione comprehenduntur, *l. si autem 27. ff. de auro & argento.* docet Antonius Augustinus de *nummularum dialog. 1.*) fuisse relictum, haeredemque ignorantem usufructum tradidisse sine ulla cautione: & cum quaereretur, quomodo legatario proprietatis succurrendum esset? Respondet Consultus legatario dandam esse actionem in factum. Ex quo textu ita arguitur. Si cautio esset praestanda a fructuario domino proprietatis, ipse posset eam condicere, cum assequamur per conditionem incerti quod nobis debetur, *l. 5. §. 1. ff. de usufruct. l. 4. §. si pars, ff. de condit. indeb.* Ergo conditio, non actio in factum danda erat. Accedit, nam in eadem specie conditio datur in *l. 7. §. usufructus quemadmod. l. peto 69. §. fratre, ff. de legat. 2.* pro cuius difficultatis solutione, illorumque iurium conciliatione discrimen est constituendum inter eum casum, in quo qui ignorans tradidit usufructum, proprietarius erat; & inter eum, in quo qui tradidit, dominus non erat, quia ad alium proprietatis spectabat. Primo casu proprietario ignoranti conditio competit, quia illi cavendum erat a fructuario: secundo casu illi, ad quem perventura est proprietatis, datur actio in factum utilis, ad similitudinem actionis directae, de qua late agit Merillus *lib. 1. variant. ex Cujacio cap. 10.* Unde in dicta *l. Julianus, §. Marcellus*, legatario qui proprietarius non erat, tempore constitutionis usufructus actio in factum datur; at vero in *d. l. 7.* heredi, quia erat dominus proprietatis,

conditio competit. Quae distinctione etiam exponendus est textus in *l. partis 10. ff. de praescript. verb.* ubi similiter actio in factum datur illi, qui dominus proprietatis non erat, nec ab eo usufructus constitutus fuerat: quem textum late exponunt Oroz *lib. 1. de apicib. juris, cap. 2. per totum.*

Sexto opponi solet textus in *l. si homo 35. ff. de usufruct. ubi cum servi usufructus legatus esset, & nondum tradito, seu constituto usufructu, servus furem us esset, quaesitum fuit, an ipse efficeretur furvus, & quis actione furti agere possit? Et respondit Julianus, quod cum adhuc servus traditus non esset fructuario, nec cautio praestata, ipsum tantum furti agere posse, non heredem; si vero jam traditus fuerat, & cautio interposita, heredem etiam furti agere valere. Quem textum ita adversus supra tradita expendo. En textum, ubi heredi datur actio furti eo casu, quo constitutus, & traditus erat usufructus: igitur quia aliam actionem propriam non habebat, & per consequens cautio interposita non erat, unde securus esset, alioquin illi non daretur furti actio, cum illius nihil interesset, quia alius securus erat: igitur quia cautio non praestatur a fructuario; & si praestatur, parum operatur. Pro cuius textus expositione, ommissa alia eius difficultate, quomodo videlicet in primo casu detur actio furti fructuario absque interversione possessionis, quam docet Pinellus *lib. 2. sect. cap. 9. Chumacero sect. diffus. 4. num. 12. Amaya lib. 2. observ. cap. 7. ex num. 32. D. Josephus de Retes lib. 7. opusc. de substantia furti, num. 31.* exponunt, ut praedictae difficultati satisfaciamus, dicendum est, heredem habentem actionem ex cautione, habere etiam actionem furti; quia similes actiones diversis in casibus competunt: actio videlicet ex cautione, quando stipulatio commissa est; furti vero actio, quando res surrepta fuit: quo casu stipulatio non committitur, & ideo non competit actio ex tali cautione; siquidem fructuarius non tenetur praestare nisi custodiam arbitrio boni viri, *l. 12. §. Julianus, ff. de usufructu.* Unde dicendum est, in secundo casu ipsius textus jam cautionem fuisse praestitam, & nihilominus heredem furti agere posse; quia eo casu stipulatio non committebatur, & per consequens actio ex cautione illi non competebat.*

Septimo supra traditis opponi solet textus in *l. cum ita 16. §. ultimo, ff. quando dies legati, ubi supponitur, usufructum posse pertinere ad hereditatem jacentem, cum hereditas cautionem praestare non possit: igitur quia necessarium non exigitur ut usufructuarius cautionem praestet proprietario; siquidem absque ea recte constituitur usufructus. Cui difficultati respondendum est, negando usufructum per personam servi posse pervenire ad hereditatem jacentem; quia cum exigit personam, quae utatur, fruaturque, *l. hereditas 61. ff. de acquir. rer. dominio, l. usufructus 26. ff. de stipul. servor.* eamque hereditas non habeat, *l. hereditas, ff. de perit. heredit. Valentia rom. 3. illustrium, tract. 3. q. 2.* ideo hereditati jacenti acquiri usufructus nequit. Nec contrarium probatur in dicto *§. ultimo*: nam illa verba, ad hereditatem, accipienda sunt, id est, ad heredem, ut in *l. quaesitum 91. §. 6. ff. de legatis 1. ut docuit Cujacius lib. 35. Digest. Julianus, in dicto §. 6. et lib. 25. observ. cap. 40.* Opponi solet*

solet textus in l. inter fructuarium, ff. de damno infecto, ubi docetur, virtute cautionis non teneri fructuarium reficere domum, quod spectat ad usum boni viri arbitrio. Igitur quia virtute cautionis non tenetur fructuarius vel juxta boni viri arbitrium. Cui difficultati respondendum est discrimen constituendo inter eum casum, in quo domus ruinam patitur ob vitium soli, que non potest vitari nisi destructa domo; quo casu fructuarius non tenetur domum reficere: aut vitium est ædium, & tunc reficere tenetur fructuarius, & nisi reficiat, committitur stipula-

tio ex prima clausula cautionis. Differentiæ ratio in eo consistit, quia primo casu diruta domo, rei mutatione finitur usus fructus, & ita fructuarius non tenetur domum diruere & reficere: secundo verò casu, cum res non mutetur, immò ad utendum ea refectio desideretur, tenetur fructuarius eam reficere; & nisi reficiat, domusque diruatur, quia stipulatio committetur, & per eam satis prospectum est proprietario, non potest ipse à fructuario petere novam cautionem damni infecti nomine,

TITVLVS XXII.

De fidejussoribus.

CAPUT I.

Ex Concilio (a) Cantuariensi.

CLERICUS fidejussionibus interserviens, (b) abjiciatur.

NOTÆ

(a) *Cantuariensi.* Ita legitur in hac sexta collectione, & in prima, sub hoc tit. cap. 3. & apud Burchardum lib. 3. Decreti cap. 70. & Ivonem Carnotensem 6 Decreti. cap. 264. legitur Carthaginensi: sed certe in nullo ex Conciliis Carthag. repetiuntur hac verba; extant tamen in can. 20. Apostolorum, & apud D. Clementem eorum auctorem, cap. 16. & ipse Sanctus epist. 1. relata à Gratiano in cap. te quidem 11. q. 1. ita scribit: *Te quidem oportet irreprehensibiliter vivere, & summo studio vitare, ut omnes vicia hujus occupationis abjicias, ne fidejussor existas, ne advocatus litium sis, nève in ulla aliqua occupatione prius inveniatis mundialis negotii perplexus.* Unde colligitur, presentem prohibitionem jam à temporibus Apostolorum cepisse.

(b) *Abjiciatur.* Ita etiam legitur in dicto cap. 3. in 1. collect. & in can. 20. Apostolorum, legitur deponatur.

COMMENTARIUM.

EX hoc textu sequens communiter deducitur assertio: Clericus fidejussionibus interserviens deponatur. Consonant textus in dicto can. 20. Apostolorum, D. Clemens dicto cap. 16. Egbertus Archiepiscopus Eboracensis in excerptis, can. 7. ibi: *Ut nulli sacerdotum liceat fidejussorem esse.* Iustinianus in Novel. 12. cap. 6. Leo Novella 86. Ex jure nostro Regio in l. 45. tit. 6. parit. 1. Illustrant ultra congestos in presenti à Barbosa & Garaña, & in l. curiales 30. C. locati, Dianap. 11. tract. 4. resol. 81. Grassis de effectibus clericatus, effectus 44. & 51. Rodriguez de annuis redd. lib. 2. cap. 12. Hunnius in encyclop. 3. p. tit. 5. Fornetius ad Cassiodorum lib. 4. variar. epist. 44. Ciro-

nus in cap. exhibita, de arbit. in 5. compil. Balsamon in dicto can. 20. Apostolorum, & in nomocan. tit. 9. cap. 74. Petrus Gregorius lib. 2. parit. tit. 9. cap. 8. Borellus tom. 3. access. tit. 13. num. 51. Velascus de privit. pauper. tom. 3. q. 8. num. 284. Martha de jurisdict. 4. p. cent. 1. cap. 105 Corjolan. in dicto can. 20. Apostolorum, Antonius Augustinus in notis ad hunc textum, in 1. collect. Heringius de fidejuss. cap. 7. num. 265. Pirrus Maurus e-dem tract. 2. p. sect. 8. cap. 12. Thomas Delbene de parlam. cap. 1. dubit 21. Turrianus pro canonib. Apost. lib. 1. cap. 12. per tot.

Sed hæc assertio difficilis redditur sequenti consideratione; nam fidejussio non solum est actus honestus, & necessarius ad usum commerciorum, sed etiam pro fratre egente actus pius: unde D. Paulus propriâ syngraphâ fidejussit apud Philomenem pro Onelino: & cap. 29. Ecclesiastici legitur: *Vir bonus fidejubeat pro proximo suo, & homo imprudens patitur fidejussorem excuti, & luere.* Et statim: *Gratiam fidejussoris ne obliviscaris, dedit enim pro te animam suam.* id est, bona. Immo & jure naturali teneri quemlibet pro proximo suo fidejubere, alias peccare, docuerunt Archidiaconus in cap. sicut 11. q. 1. Aviles in cap. 23. Pratorum: & quia fidejussio per se est actus virtutis, & charitatis, non valere juramentum præstitum de non fidejubendo, defendunt Abbas in cap. si verò, num. 5. de jurejur. Sfortia de in integr. restit. 1. p. cap. 54. artic. 2. num. 4. Rodriguez dicto cap. 12. num. 6. Igitur clericus adimplens præceptum charitatis fidejubendo pro proximo egente, non idèò debet deponi. Augetur difficultas ex eo, nam clericum fidejubentem ex fidejussione, utpote actu non improbatò, efficaciter obligari constat ex cap. 20. & 3. hoc tit. cap. pervenit, de arbit. & non solum pro aliis fidejubere, verum & seipsum in vadem dare