



**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

Caput VI. Idem R. de Monte (a) Fortino.

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

eos, C. qui potiores, secundum quam actio personalis, quantumcunque privilegiata, à quacunque hypotheca vincitur, & superatur; idè ne ita facile 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 jurisprud. tit. 12. princip. 13. illar. 11. Escobar de ratiocinis cap. 39. in investis, & illatis ab inquilino in pradium urbanum, quæ pro pensione tacite hypothecæ nexui subjiciuntur, l. item 4. ff. de pactis, 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 pactis 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 domina 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 dotem 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 ipsæ pignoris titulo fuerunt obligatæ, ac ex earum presentibus tantum fuerat tunc ab eodem G. & ab aliis, qui eas tenuerant, à tempore, quo fuerant obligatæ, perceptum, quod fructus sorti poterant adæquari. 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 ipsæ jam extenuassent penitus tuum onus, & debitum annullassent, de consilio fratrum nostrorum ipsas tibi restituendas esse decernimus, & per Nuntium nostrum in possessionem induci fecimus corporalem.

NOTÆ.

(a) *Fortino*] Ita etiam legitur in tertia collecti-
one, sub hoc tit. cap. 2. quia enim agebatur
in presenti de contractu usurario, & per conse-
quens de crimine usurario, Judici Ecclesiastico
presentis causæ 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-
ratæ non imputentur in sortem principalem, si
inter contrahentes id placuerit, ita ut ex na-
tura antichresis eo casu creditor fructus rei pi-
gnoratæ 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 justè retineri à creditore: idè Innocen-
tius tantum expressit secundum canonicas san-
ctiones fructus in sortem principalem imputan-
dos esse: notavit Arias à Mesa lib. 3. variar. c. 46.
num. 15.

(d) *Fructus restitui, & in sortem debeant imputari*.
Hæc verba disjunctivè sunt accipienda, ex l.
sepe 53. ff. de verb. signif. cum fructus simul resti-
tuitur, & imputari in sortem nequeant; immò
cum restituuntur, non imputantur, nec è con-
verso. Duplici enim modo possunt fructus rei
pignoratæ lucro debitoris cedere, vel compen-
satione facta cum debito principali, quod
contingit quando fructus sunt ejusdem speciei,
vel jam sunt consumpti & æstimati, 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-
versæ 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 tacitè
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 æstimari juxta
tempus, in quo consumuntur, ut probat Leo-
thardus de usuris quest. 11. num. 40. Hæc tamen
procedunt in fructibus, quæ non sunt ejusdem
speciei ac debitum principale, veluti si pecunia
credita est, & creditor ex agro frumentum, vel
ex prato fœnum 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-
niæ, & ex domo, vel navi, vel jumentis pi-
gnori acceptis, pensiones in pecunia perci-
pit, quæ 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, quæ ex
juris dispositione compensari potest, pignus
tacitè 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 pignoratæ 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 à 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 à 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 fœnore 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. Salsmasius 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.

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 huius contractus exponentes Faber de error. decad. 9. errore 1. Balduinus de pignor. cap. 1. num. 16 Salsmasius 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.

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. Gaius 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. qq. 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 infimissimo 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. Gaius Sejus, de pignorat. dicto §. item Serviana; maxime si mobilis sit, l. 9. §. 1. l. final. ff. quibus modis

6.
Pignus
quid?

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 usufr. 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 condit. indeb. & lib. 2. sentent. tit. 5. & lib. 5. tit. 26 §. final. & in legibus Wilsigoth. 2. & 3. tit. 6. lib. 5. Poni etiam hac ratione dicitur pignus in l. petens 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 favi 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 necessario, & 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. petens 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.

*Quod 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. & late 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. titulus 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 artificii imbutos reddiderit instructiores, *dista l. si servos*; si eos ægrotos 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*; quæ 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 12. 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 ^{ii.} conventiones à jura receptas, & approbatas ^{De Anti-} cithresh, contra contractum pignoratitium, eam referri, juxta quam creditor ad compensandum usum pecuniæ mutuo datæ 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 antichreshin Græci dixerunt, *l. 33. de pignor. action.* ubi malè olim legebatur, *ad recuperandam antichreshinam*; quæ corrupta littera antiquos Interpretes in nugas, & mœra somnia induxit, ut observat Alciatus *lib. 2. disput. cap. 3. cui voci antichresh,*

antichresis, latine respondet *promutuum*, licet in iure aliquando *promutuum* accipitur pro *mutuo*, 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. observ. cap. 23. Arias de Mesa lib. 3. variar. cap. 46. num. 8. Paucicentur. 9. q. 55. Balduinus de pignor. cap. 16. Hothomanus lib. 1. observ. 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 iure 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 prædiis & mancipiis, l. 27. l. 40 §. prædia, 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 Treut. 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. observ. 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. observ. cap. 3. Oppressus difficultate Hothomanus lib. 1. observ. 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.

12. Exponitur l. cum debitor 8. ff. quibus modis pignus. Quibus modis pignus.

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 expressè 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. 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 improbat, 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 quinquaginta 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 restitutis: 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 succulentem, & 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 late non contest. dicendum est, creditorem retinere rem pignoratam pro securitate debiti;

13. Antichresis jure canonico improbat.

14. De quibusdam paucis antichresis fructibus.

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 usucap. Unde nullam habet iustam causam creditor percipiendi fructus ex re pignoratiticia. Nec obstat secundum augmentum ipsius difficultatis; nam illud ipsum, quod in antichresi vice usurarum 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 usurarum, sed ex fructibus usuras posse retinere; & proinde cum non sit minor asperitas creditoris; siue usuras percipiat, siue fructus in vicem usurarum, 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 usuris 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 usurarum, & proinde nihil fieri contra leges videbatur, etiam si interdum plus esset in fructibus, quam pro ratione sortis liceret consequi titulo usurarum; 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. §. ult. de contrab. 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. jur. 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 subripientem rem pignoratiticiae; 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. jur. l. poena, ff. de cond. indeb. ne dominus ex proprio delicto commodum consequatur, aut saltem damnum non sentiat: si verò egerit contra tertium rem subripientem, 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 condic. 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 liberor.* 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, *animadvers. cap. ultim.* licet aliter textum illum exponant Faber *lib. 7. conject. cap. 19.* Osvaldus *lib. 14. Donel. cap. 7. littera I.* 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, & Marsiæto, 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 sua 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