



UNIVERSITÄTS-
BIBLIOTHEK
PADERBORN

Universitätsbibliothek Paderborn

Dissertationes Juridico-Theologicæ De Jure, & Justitia

Karchne, Simon

Augustæ Vindelicorum ; [Graz], 1714

Articulus. V. De jure servitutis, pignoratitio, & hypothecario

urn:nbn:de:hbz:466:1-40013

ARTICVLVS QVINTVS.

De iure seruitutis, pignoratitio, & hypothecario.

§. I.

De iure seruitutis.

139. **S**eruitus ut sic prout præscindit à personali, & reali definitur ab Haunold, *tract. 3^o n. 63.* quod sit jus in re alteri (nempe rei, vel personæ) constitutum jus Domini minuens alterius augendi causa, ut cogatur Dominus, aut quid non facere in suo, aut alterum facientem pati, quatenus commoda utentis requirunt: hæc est definitio seruitutis activæ ut sic: passiva autem seruitus dicto juri respondens: est ipsa obligatio, qua res aliena, aut persona usui nostro obstricta est.

Hinc dividitur in personalem & realem: personalis dicitur, quæ à re aliena immediatè debetur personæ, à qua & in cuius utilitatem Dominus illius rei aliquid pati in suo cogitur. Ejus tres sunt species usus, usufructus & habitatio: de usa constat à numero 127. de usufructu à numero 135. habitatio est jus habitandi in ædibus alienis salvâ illarum substantia. Quæ definitio, nec coincidat cum servitute usus in ædibus constituta addit Haunold. n. 147. habitandi vel per se vel per alium, conformiter §. sed si, cui habitatio *Instit. de usu & habitatione*: U-

bi habetur, quod vi hujus juris non solum quis cum liberis, & uxore possit habitare, sed habitationem etiam alijs elocare, per quod differt ab usu, ab usufructu autem, quod jus habitandi finiatur solum morte habitantis *L. habitatio Cod. de usu, & habitatione.*

Realis servitus, est quæ immediate ab uno prædio debetur alteri: servitus igitur prædialis dicitur illa, quam unum prædium debet præstare alteri prædio ad diversum Dominum spectanti, eam sic definit Schneid. *quod sit jus in re aliena contra naturam constitutum, quod prædij dominantis utilitatem auget, servientis verò diminuit.* Dicitur constitutum jus contra Naturam, etsi enim de natura rerum sit esse in Dominio hominum, est tamen contra earundem naturam servire non Domino. Prædium Dominans vocatur illud, cui debetur servitus, serviens, quod debet servitutem. Alia est urbana, alia rustica, quæ divisio non desumitur à rure, vel urbe, prædium enim Urbanum in jure dicitur, quod constructum est principaliter ad habitandum, vel etiam lucri, aut voluptatis causa, id-

cir-

circo vocatur *ades*, inter quæ etiam numerantur stabula meritoria pro recipiendis mercede tam equis, quam hostibus. Rusticanum prædium est, quod principaliter est exstructum in usum pro conservandis fructibus, & pecoribus, uti sunt stabula, granaria, horti olitorij, herrea separatim exstantia, quæ omnia Comuni nomine vocantur fundi. Varias tam prædialis rusticæ quam urbanæ servitutis species vide apud Cit. Haunold. à n. 159. ad 200. Aliquas mox subjiciemus.



§. II.

De varijs speciebus servitutis Urbanae & Rusticanae.

DE hoc vide infra à n. 413.

§. III.

De pignore ejusque differentia ab hypotheca.

140. IN jure maximè momenti est nosse, in quo sensu voces accipiuntur, quia ab eorum acceptione pender, qualiter legislator usurpaverit, cum ex vocibus ejus mens judicanda sit, unde cum vox pignus, & hypotheca diversimodè sumatur in jure, ad evitandam confusionem usus duplicis hujus vocis, est prænotandus;

Sumitur igitur primo pro contractu fundante actiones pignoratitias: unde cum in latiore Significatione pignus, & hypotheca idem sonent L. 5. §. 1. ff. de pignoribus & hypothecis, hoc sensu pignus; ac hypotheca nominis tantum sono differt, nempe ut notant interpretes, si considerentur relatè ad actionem hypothecariam, proprie autem pignus dicitur, inquit Lex p. §. 1. ff. de pignorat. act. quod ad creditorem transit, hypothecam autem, cum non transit, nec

possessio ad creditorem. Sic sumitur pignus toties nempe strictè, quando aliquid onus illi imponitur.

Secundò sumitur pro pignoris Instrumento L. 22. ff. eodem. Tertio pro objecto materiali dicti contractus, seu re, quæ datur in pignus. Quarto pro ejusdem contractus effectu, seu pro jure exinde creditori quæsito. Porro cum hic contractus à jure adnumeretur contractibus, qui re, seu rei traditione perficiuntur, hicque conceptus sit specificus, nec hypothecæ communis, hinc prius est exponendus conceptus generalis, seu communis pignori, & hypothecæ specificè sumptis, postea utriusque specificè differentia.

Dico primò pignus sumptum pro contractu sub generali conceptu præscindente à specifico conceptu pignoris, & hypothecæ est contractus quo aliquid cre-

ditori in debiti solutionem obligatur, ut inde satisfiat, si aliter non sit satisfactum. Unde sumptum pro objecto, seu materia rectè definitur cum Molin. *Disput. 528. n. 2. quod sit res subiecta, obligatavè pro debito, ut inde nisi impleatur satisfiat*: in stricta autem, proin in specifica Significatione pignus est contractus nominatus bonæ fidei, reinitus, quo res alterius creditori aut hujus nomine alteri traditur ob fidem seu securitatem restituendi creditum: Hypotheca autem constituitur solâ conventionione, seu consensu absq; traditione rei, sive hæc sit mobilis sive immobilis, regulariter quidem pignus fit in re mobili, idq; exinde accidit, quod mobilia facilius tradantur: de cætero etiam res immobilis, si traditur, fit materia pignoris, hypothecæ verò si solo consensu citra traditionem obligetur, creditorq; acquirit jus reale in tali re, quod est speciale in hoc negativo, provenitq; ex jure prætorio Haunold, *tract. 10. n. 809. vers. quod ergo*. Ex his liquet tertia pars conclusionis, quæ est de specifica distinctione pignoris ab hypotheca.

Quod autem etiam pignus contrahatur non solâ traditione, sed etiam nuda conventionione habetur expressè *L. 1. ff. de pignorat. act.* & idè sæpe pignus confunditur cum Hypotheca. Idcirco pars prima conclusionis definit Conceptum generalem, seu communem pignori, & hypothecæ: inde autem rectè sequitur pars secunda de objecto Materiali hujus contractus.

Etsi autem ad hypothecam constituendam non requiratur Scriptura, munita tamen publicâ authenticatione habet id utilitatis, quod eam habens præferatur carenti publico Instrumento, esto hujus hypotheca esset prior, nisi probet prioritatem alijs modis, quam privato instrumento, & fraudis præsumptionem elidat prout elideret, si privatum esset subscriptum à tribus vel pluribus viris integre fidei: tale enim æquivaleret publico *L. 11. fin. Cod. qui potiores in pignore Haunold. n. 870*.

141. Dico secundo vi contractus pignoratitij, aut hypothecarij debitor manet plenus Dominus, sive propriarius & usufructuarius rei oppignorata vel hypothecata: Creditor tamen acquirit jus in re, seu reale, quod dicitur nudum jus retentionis rei, seu jus Custodiæ, unde potest eam sorte sibi ablatam à quovis possessore vindicare. Conclusio hæc sequitur sex prima, nam hic Contractus nullam proprietatem nec utilitatem transfert in creditorem, sed præcisè traditur illi, aut sine traditione obligatur res in securitatem debiti (unde differt à deposito, commodato, mutuo, præterquam quod in mutuo etiam transferatur dominium) cum igitur realiter obligetur pignus creditori, defert secum hoc onus reale ad quemvis ejus possessorem *L. pignoris persecutio ff. de pignor.* Sed res habens annexum onus reale est vindicabilis per eum, cui est realiter obligata,





§. IV.

Plures quæstiones de pignore, & hypotheca resolvuntur.

142 **Q**uæritur primò quòtplex sit pignus, & hypotheca? cum Doctores hic loquantur variè, & non sine confusione dividentes pignus in conventionale expressum & tacitum sed cum tacitum rectius nominent legale, ut igitur evitetur confusio, *Resp.* Primò pignus presse sumptum prout opponitur hypothecæ juxta *numerum 140.* est triplex nempe conventionale, quod solâ partium conventionem fit, Prætorium, quod edito judicis ante definitivam Sententiam in pœnam contumaciæ debitoris constituitur per missionem in possessionem debitoris, quin tamen creditor fiat possessor rei, sed merus detentor rei velut pignoris prætorij, & demum judiciale, hoc fit à judice post condemnatum debitorem in executionem latæ Sententiæ per immissionem in bona ejus ut exinde creditori satisfiat, unde immissus acquirit possessionem similem possessioni ex pignore conventionali per traditionem pignoris acquisitæ *L. 25. ff. de pignor.* Unde ad constitutionem hujus pignoris requiritur actualis regulariter apprehensio rei *Hauhold. tract. 10. n. 373.*

Resp. Secundò hypothecam sumptam presse, seu specificè dividi in expressam, & tacitam, prior fit actuali partium consensu circa rem principaliter obligatam, tacita est quam lex imponit in

favorem certorum creditorum unde subsistit absque omni consensu debitoris, qui cum debeat consentire in legem, ideo aliqui vocant conventionalem, verum non rectè, sic enim omnis hypotheca esset conventionalis.

Secundò hypotheca alia est generalis (hâc quis obligat alteri omnia sua bona præsentia, ac etiam futura ante extinctum debitum *L. fin. Cod. quæ res pignori obligari possint*) alia specialis, hâc obligantur quædam specificata, aut cuncta bona certi generis, hâc specialitate comprehenduntur etiam rei accessoria per consequentiam E. g. si per eluvionem aliqui d fundo hypothecato accedat *L. 16. ff. de pignorib. & hypothec.* Item si oppugnoratæ rei quoad proprietatem obligatæ usufructus consolidetur *L. 18. §. 1. ff. de pignorat. ad.*

Inter hypothecam generalem, & specialem est multiplex differentia apud August. Michel *part 2. Theolog. Canonico-Moral. tract. 3. §. 6. à n. 61.* Prima quod res non sit capax specialis hypothecæ, nisi actu sit sub Dominio debitoris. *L. 1. ff. de pignorib. & hypothec.* ècontra hypotheca generalis se extendit etiam ad futura bona *L. fin. Cod. qui potiores in pignore Lab.*

Secunda conventus debitor titulo hypothecæ specialis nequit excipere, quod

quod sit alterius, nam specialiter rem obligans asserit tacite rem esse suam, *L. si inter Colonum 21. §. si debitor ff. de pignorib. & hypothec.* aliàs replicaretur adversus eum de dolo & mendacio.

Tertia Prælati non possunt sine solennitate juris ad alienandum requisita res Ecclesiæ subicere speciali hypothecæ per expressum in *c. nulli 5. de rebus Ecclesiast. non alien. nulli*, inquit, *liceat alienare rem immobilem Ecclesiæ suæ &c. neque specialis hypotheca titulo obligare.* Contra verisimilius est posse obligare hypothecâ generali; quia cum allegatus textus expresserit duntaxat hypothecam specialem, Colligitur à contrario sensu noluisse comprehendere generalem, utpote minus præjudiciosam, quia in hac non ita facilè devenitur ad venditionem rei hypothecatæ, sicut in speciali, ita communis cum Fagn. *n. 30. ad d. c.* attestante suo tempore ita fuisse decisum S. Congreg. Trid. pro contrahibus Regularium.

Quarta Maritus per generalem hypothecam non revocat donationem uxori factam confirmandam Morte Mariti, *L. qui potest 3. Cod. de legatis*, revocat verò per hypothecam specialem, ita clarus text. in *L. cum hic status §. si Maritus ff. de donat. inter vir. & uxor. vide Zoës. ff. eodem: n. 23.* volentem hanc legem corrigi per *Novell. 162. §. 1.*

Quinta rei specialiter hypothecatæ cum pacto expresso de ea non alienanda, alienatio est ipso jure nulla *L. si debitor 7. §. final. ff. de distract. pignor.* valet econtra alienatio rei generaliter hypothecatæ, etsi tale pactum adjiciatur; *arg. L. ex L. c. de condit. ob causas.* Dat disparitatem *Cir. Michel. n. 24.* quod in

primo Casu hypotheca specialis cum pacto singulariter officiat, & reservet rem creditori secùs hypotheca generalis. Hinc

Sexta differentia est, quod generalis hypotheca minus juris tribuat, quam specialis per *L. 3. Cod. de servo pignori dato manumisso*, vi cujus mancipia generaliter obligata possunt manumitti, secùs obligata specialiter. Vide Magistralem gloss. in *Can. quamprimum verbo plus dist. 23.* enumerantem casus in quibus plus operatur provisio specialis, quam generalis. Cæterum communis opinio est cum *Abb. in c. fin. ne Prælati vi. ces &c.* quod rerum aliarum specialiter hypothecarum secluso expresso pacto non sit irrita alienatio, potest enim actione hypothecariâ revocari, secùs mancipium semel libertate donatum, cum durum foret hominem liberum absque facto suo fieri servum, ita *Cir. Michel. n. 28.*

143. Quæritur secundo quæ res sub generali hypotheca, seu nomine bonorum omnium veniant? & quibus competat ex Lege hypotheca tacita? *Resp.* Ad primum venire etiam merces venales mercatorum juxta communioem Sententiam *Haunold. n. 876.* quia substantia mercatorum in mercibus est sita, ijs divenditis cessat hypotheca quoad eas, & loco earum pretium hypothecatur, *Molin. apud Cir. Haunold.* Item comprehenduntur actiones, & nomina debitorum, ut litteræ censuales, &c. Tertia eadem generali hypotheca sunt oppignorati fructus ex re oppignorata alienata postea cænti, & percepti ab illo alio nomine v. g. ex oppignorato agro vendito à Domino agri debitore, si ab hoc facti sunt (secùs facti ab emptore agri hypothecati post hujus emptionem & percepti, *L. 29. §. 1. ff. de*

ff. de pignor. Hoc amplia ad fructus factos, & perceptos à colono, seu conductore fundi oppignorati, æquiparantur enim fructibus in agro empto satis ab emptore, Mol. Ita Mol. *D. 529. n. 5.* Haunold. *n. 878.*

Resp. Ad secundum tacitam, seu legalem hypothecam habet Primò fiscus in omnium suorum debitorum bonis universis presentibus, & futuris *L. 2. Cod. in quibus causis pignus tacitum.* Hæc hypotheca præfertur hypothecæ uxoris in bonis Mariti ratione doris *L. 2. cod. de privil. fisci.* Secundò Pupilli, & Minores 25. annis in bonis suorum tutorum, & curatorum *L. 20. Cod. de administrata tut.* Item Pupilli habent tacitam hypothecam non solum in bonis Matris ut tutricis, sed etiam in bonis vitrici, si huic Mater nupsit ante petitem pro ijs tutorem ita Bárt. & Baldus. Tertio Filiusfamilias in bonis Partis nomine administrationis bonorum adventitiorum Maternorum, ut ea mortuo Patre impeti possint, ita Haunold. *Tract. 10. n. 975. ex L. 6. §. 4. c. de bonis, qua liberis.*

Quartò uxor propter dotem habet hanc hypothecam in bonis Mariti cum prælatione ante omnes anteriores hypothecas similiter non privilegiatas per jus citatem *n. 84.* ubi excepimus hypothecam fisci.

Quintò pupillus in re alteri empta ex pecunia sua donec restituatur pretium, ita ut præferatur omnibus anterioribus hypothecis etiam expressis *L. 7. ff. qui potiores.* Sextò locatori sunt obligati fructus prædij locati, uti, & res illatæ in prædium urbanum ab inquilino. Septimò Legatarij, fidei Commissarij in bonis testatoris *§. 2. Instit. de legatis.* Octavò

mutuam danti pecuniam pro ædificij reparatione tacite hypothecatur ædificium tale *L. 1. ff. in quibus causis pignus.* Nonò promittentis dotem bona hypothecata sunt tacite Marito, cui tamen non concedit prælatio sicut uxori Haunoldus *n. 974.* Decimò verius est administrantium Prælatorum bona Ecclesiæ, huic hypothecari tacite eorundem bona, gaudet enim Privilegio Minorum citatus Haunoldus *n. 974.*

144. Queritur tertio quæ res possint aut non possint oppignorari, & an eadem res pluribus? *Resp.* Primò non posse rem alienam in scio, aut non consentiente Domino. Secundò hypothecato prædij habente annexum jus patronatus ad Ecclesiasticum Beneficium hoc non oppignorari, ita non habetur decisum *in cap. 18. de Sententia, & re iudicata.* Non est paritas à venditione prædij ejusmodi, quo casu etiam jus præsentandi non seorsim, sed cum prædij venditum censetur, disparitas enim est, quod quæ possunt oppignorari in defectu solutionis, ex his creditor debet posse accipere solutionem, atqui jus præsentandi non est pretio æstimabile, ergo non potest in partem prædij computari.

Hinc generaliter res in vendibiles sunt etiam in oppignorabiles, uti sunt res Sacræ qua tales, quia non sunt in humano commercio. Dixi qua Sacra, quia ratione Materiæ, ut vasa Sacra, vestimenta &c. in necessitate egenorum, sicut possunt vendi, ita possunt in pignus dari.

Resp. Secundò posse oppignorari debita, ut litteras censuales, item ususfructus ab usufructuario non quoad jus ad fructus, cum hoc sit personale per

T

n. 135.

n. 135. in fin; Proinde nequit transire ad alium, sed quoad fructus seu commoditatem. Si ususfructus consolidetur cum proprietate hypotheca expirat, cum ut dictum est in Responso primò nihil alienum possit oppignorari Domino non consentiente.

Oppignorato prædio sive urbano sive Rusticano censentur etiam oppignorata servitutes eisdem prædijs debita oppignorata enim res transit in pignus cum omnibus juribus, & pertinentijs, nisi expressè excipiantur. Haunold. n. 895.

Res Emphyteutica potest oppignorari Domino irrequisito dummodo hinc nullum præjudicium imminet Domino L. 16. §. 2 ff. de pignorat. act.

Denique quæcunque sunt in rebus nostris pretio æstimabilia, oppignorari possunt, nisi specialiter prohibeantur, prout prohibetur oppignoratio dotalis fundi etiam cum uxoris consensu L. unie. §. & cum Lex c. de rei uxor. act. & Inst. quibus alienare licet & c. in princip. ne uxores ob facilitatem sexûs blanditijs Matitorum inductæ sibi nocere non possint. Item Minorum immobilia sine decreto judicis non cadunt sub pignus & c. ob lubricam ætatem, cui jura favere voluere L. fin. c. de reb. alien. non alien.

Resp. Tertio posse pluribus successivè eandem rem hypothecari hypothecâ

generali; item cum hac potest stare posterior hypotheca specialis in scio prior hypothecario, ut habet praxis quotidiana necessaria ad commercia humana, imò eadem res sufficiens ad exsolvenda plura debita potest pluribus hypothecari in specie, quia nulli fit injuria, secus si non sufficit, & fit ijs inscijs (si conscius est prior, & posterior creditor priorque consentit, potest utriusque obligari, cum consentienti non fiat injuria. An autem prior creditor consentiens ut res etiam alteri obligetur, sciens quod non sufficiat utriusque solvendo, hoc ipso censetur consentire, ut alter sibi in concursu debitorum præferatur, vid. Haunold n. 921.) tunc secundus creditor habet actionem hypothecariam personalem, ut alia res sufficiens pignori subjiciatur potestque simul agere de crimine stellionatus (hoc committitur quando aliquid per calliditatem agit in fraudem alterius arbitrio judicis plectendum, cum enim in jure non habeat nomen speciale, generali nomine dicitur stellionatus) nisi debitor præveniat solvendo alterutri creditori L. 19. §. 1. ff. de pignorat. act.

Ex dictis facillè colligitur, quod cum oppignoratio, & hypothecatio sit quædam species alienationis, prohibiti alienare etiam prohibiti sunt oppignorare Cit. L. fin.

§. V.

De pignoris Custodia, Venditione, & dissolutione.

145. **Q**uaritur primò cum pignus sit in Custodia creditoris, ad quam culpam præstandam teneatur? Cul-

pa alia est Theologica, seu à Theologis considerari solita, ut peccatum mortale, vel veniale; alia est juridica (sic dicta, qui

quia consideratur à Juristis, sive deinde sit, sive non sit Theologicè culpa) sita in omissione alicujus diligentiae, quam, sive ex Lege, sive ex contractu, sive Officio adhibere quis tenetur. Communiter est triplex, lata, levis, levissima. Lata est intermissio diligentiae communis, hoc est tantae, quantam homines communiter in tali negotio solent adhibere: Si id fiat scienter, & de industria, sive animo ut sequatur damnum dicitur dolus apertus, sive culpa latissima, quando autem fit aut omittitur scienter cum praevisione damni secuturi, aut hujus periculi secluso praefato animo, dicitur dolus praesumptus, seu culpa latior: culpa levis est ommissio diligentiae à providentioribus adhiberi solitae, ut si pignus aut depositum ponas intra cubiculum, sed hoc non claudis: levissima est ommissio diligentiae exactissimae, id est, à diligentissimis adhiberi solitae, ut si cubiculum claudas, sed non tentes an sit serà munitum. Hoc praenotato.

Resp. Quando pignus est conventionale, creditor tenetur solum excussa lata, & ex levi, non ex levissima. Haunold. tract. 10. n. 933. ex generali regula quod in contractibus ad utriusque contractantium utilitatem spectantibus (talis est pignus) culpa solum levis sit cavenda: hoc sensu intelligendus est. §. 4. *Instit. quibus modis re contrahitur obligatio*: ubi etiam habetur creditorem ad casum fortuitum non teneri, nisi huic dederit culpam suam occasionem, cui per se sit annexus casus fortuitus, ut si creditor res igni obnoxias incaute tractavit, unde incendio orto pignus est absumptum, cum possit praevideri, etiam potest praecaveri, Haunold. n. 938, quo spectat etiam

tiam casus fortuitus ex mora restituendi pignus: Culpabilis enim mora suo Authori nocet Haunold. obligans n. 936. creditorem ad satisfaciendum debitori, si fide bonae usus est pignore existimans debitorem non fore invitum: si pignus eo in usu pereat non perituum similiter apud debitorem, quia usus pignoris non est permissus creditori, ergo uti non potest ex praesumpta voluntate, nisi sub tacita conditione hac: *si tamen revera sit Dominus invitus, volo uti meo periculo.*

Quando autem pignus est Praetorium, aut judiciale, tenetur solum ad praestandum dolum, & culpam latam (haec saepe venit doli nomine) L. 9. §. 5. ff. *de rebus autoritate Judicis possidendis*: est autem dolum machinatio, seu deceptio, quae quis alterum decipit dicto. vel facto vel ejus omissione, quod dicere, aut facere tenetur.

146. Quæritur secundò, an, & quo tempore possit vendere pignus? *Resp.* Primò pignus conventionale interveniente pacto inter creditorem, & debitorem licite vendi post definitum tempus L. fin. Cod. *de jure Dominij impetrando* debet autem creditor expectare lapsum totius diei constituti L. 4. ff. *de distract. pignoris*. Quia inquit Haunold. n. 951. die primò elapso incipit debitor esse in mora, nec creditor tenetur monere debitorem: dies enim interpellat pro Creditore per generalem regulam expressam in L. 12. Cod. *de contrahenda & committenda stipulat*. Si nullus est praefixus dies solutioni, ut debitor sit in mora à Creditore est monendus L. 23. ff. *de verborum obligatione*.

Resp. Secundò si nullum pactum intervenit, jure Codicis necessaria est una

denuntiatio, quâ factâ est adhuc expectandum biennio à facta denuntiatione computando, dum debitum est liquidum, aliàs à puncto latæ Sententiæ. Haunold, n. 962. ex L. 3. Cod. de jure domini impetrando per quam abrogatæ sunt leges antiquiores, quibus continuo post moram venditio concedebatur, uti est L. 4. de pignorat. act. &c.

Resp. Tertio si creditor, & debitor pacti sunt, ut non liceat pignus vendere; pactum hoc aliter non tenet, quam ad hunc effectum, ut vendi nequeat, nisi post trinam factam debitori denuntiationem constituto in mora L. 4. in fin. ff. pignorat. act. Neque hoc est in Cod. mutatum Haunold, n. 963. notans tres denuntiationes faciendas cum aliquo intervallo E. g. trium dierum, aut arbitrio Judicis. Factis his denuntiationibus redditur ad jus codicis cit. L. 3. Consequenter per biennium expectandum.

Resp. Quarto, quando pignus est judiciale, quatuor Menses debitori condemnato, fidejussoribus sunt ad solvendum debitum concedendi, antequam capiatur pignus per Executionem definitivæ Sententiæ L. 2. Cod. de usuris rei judicata & Cap. 17. de Sententia, & rejudicata. ubi additur hoc tempus posse coartari, aut prorogari ex causis enumeratis in L. 2. ff. eod. apud Haunold. n. 966. elapso quadrimestri rapiuntur pignora iatra bimestre vendenda, si ante præfatam venditionem debitor exsolvat, restituuntur illi per L. 31. ff. de re judicata.

Resp. Quinto in Casu, quo pignus conventionale est pluribus obligatum, si hoc est datum in solutum, aut in venditum antiquiori creditori aut habenti jus Prælationis posteriori, si hic

priori offerat solutionem debiti: debet prior pignus reddere aut si malit posteriori solvere debitum sub eodem pignore L. 1. Cod. si antiquior Creditor pignus vendiderit. Si creditor gaudens jure prælationis vendat pignus posteriori, si debitor offerat utrique debitum, pignus recuperat, secus si alteri extraneo sit venditum L. 6. ff. de distract. pignorum. In casu quo creditori res plures sunt obligatæ, nempe aliæ generaliter aliæ specialiter, hæc prius vendendæ sunt, & ijs non sufficientibus reliquæ L. 9. Cod. eodem.

Resp. Sexto venditio pignoris, quæ conformiter juri non est facta, est nulla L. 4. Cod. si venditio pignore agatur si legitime venditum est à creditore hic non tenetur de evictione emptori, sed huic tenetur cedere actionem adversus debitorem L. 38. ff. de evictionibus.

147. Quæritur tertio quibus modis dissolvatur obligatio pignoris? *Resp.* Sequentibus primò debiti solutione. L. 10. Cod. de pignorat. act. Etsi fiat ab alio, & debitor ignoret, dummodo fiat hujus nomine *Instit. pr. quibus modis tollatur obligatio.* Secundò si cum consensu creditoris pignus alienetur nisi consenserit salvo suo jure pignoris L. 4. §. 1. ff. quibus modis pign. Tertio restitutione pignoris, nisi constet ex alio sine esse restitutum. Quarto totale rei obligatæ interitu Physico, ut sit in re corporali, aut morali, ut in re incorporali v. g. in usufructu. Dixi *totali*: Combusta enim dono area manet obligata, & quidquid postea alii inædificatur (hæc omnia sunt diversis legibus decisa) Et universim rei hypothecata, mutatio non tollit obligationem pignoris L. 16. §. 2. de pignorb.



§. VI

De pignoris usu, fructibus, de pacto antichreseos,
& Legis Commissoriae.

148. Dico primò creditor nequit uti pignore extra consensum saltem tacitum Domini, aut nisi sit usus moderatus sine Domini damno, unde est licitus usus equi oppignorati ne otio torpeat, aut vasis argentei. Probatum res ubicunque est, suo Domino fructificat, sed pignoris Dominus non est creditor, est verò debitor per n. 141.

Hinc infero primò creditorem teneri ad restitutionem omnium fructuum, quos accipit ex re immobili hypothecata, & si eos consumpsit, debet illos in partem sortis computare, id est, tantum defalcare de sorte, si ve muruo dato, quantum valent percepti fructus detractis expensis L. 1. Cod. de pignorat. act.

Obligatio hæc computandi in partem sortis ex vera, & recepta sententia etiam procedit de fructibus Culpâ Creditoris non perceptis L. 2. Cod. eodem. : quia vi hujus contractus creditor cavere debet culpam latam, & levem in pignore conventionali, dolum verò, & latam in judiciali per n. 145. ergo cum per n. 143. etiam fructus rei frugiferae oppignorantur, ad quam culpam cavendam tenetur circa corpus, ad eandem tenetur circa fructus. Unde si creditor oppignoratam domum nolit inhabitare, pro pensione competente, nec alteri elocat, cum posset, tenetur ex cul-

pa ad pensionem, secus si ipse non eget habitatione, nec re conductor est reperibilis, quia sic nullum commodum portat, nec Domino nocet: si propensione inhabitaret aliam minus commodam potest oppignoratam commodiorem inhabitare pro eadem Haunold, tract. 10. n. 927.

Contra hanc primam illationem non est paritas à bonæ fidei Possessore, usufructuario &c. facientibus fructus suos ex fundo alieno §. si quis à non Domino Instit. de rerum divis quia hi, uti supponitur, sunt muniti titulo justo, quo caret creditor spectato solo pignore, hoc enim ut possidet, nisi ut assecutetur creditum per n. 141.

Infero secundò, ut creditor citra usuram fruatur pignore, rem datam in pignus emat à creditore cum pacto eam retro vendendi, quando idem pretium sibi reddetur, quia tunc fit Dominus pignoris, fructuumque, ita consulit Lugo Dispnt. 25. n. 132. quo Casu res amittit naturam pignoris.

Eosdem fructus si non excedant valorem census justificat contractus censualis, ut si oblato pignore creditor nolit id acceptare, nisi possit pro centum accipere §. aut 6. Salvo Capitali Lym. lib. 3. tract. 4. c. 16. n. 17.

149. Dico secundò pactum antichreseos pignori adjectum esse injustam,

ac usurarium ex communi Theologorum eum Cit. Laym. contra aliquos cum Alciato probatur: antichresis est contractus in quo mutuans paciscitur cum mutuuario, ut usque ad persolutionem crediti mutuans ex oppignorato v. g. agro fructus colligat, quin eisdem in sortem computet, sed talis Contractus est injustus, ac usuarius ut constat ex jure Canonico toto titulo de usuris, & Civili L. 1. & 2. Cod. de pignorat. alt. Wading. de Contract. Disput. 6. dub. 9. §. 1. quia fructus jure naturali spectant ad Dominum rei frugiferae, nisi Titulo justo in alium transferantur: atqui in casu pignoris nullo justo titulo transferuntur in creditorem, sed praesertim vi mutui accipiuntur ultra sortem, id est, ultra pecuniam creditam.

Infero injustam esse aliquarum Provinciarum praxim, vi cujus creditor immittitur in bona debitoris non reddentis mutuum tempore constituto, ac ex ijs colligit fructus omnes usque dum fors integra restituatur: quam consuetudinem de fructibus in sorte non computandis sub intentata pena excommunicationis Innocentius Tertius c. 1. & 2. de usuris abrogavit in Anglia, eandem Ferdinandus Secundus 1627. tenuit in Bohemia.

150. Objicies primo ejusmodi immissio cum jure faciendi fructus suos est pro bono publico, ut lites vitentur, & propter veram moram debitoris semper prudenter praesumptam. Secundo accessus fructuum ultra usuras legitimas, seu justum interesse percipiendum est incertus. Hac autem incertitudo justificat antichresim per L. si oleo & L. si pactione. & L. si ea Lege Cod. de usuris.

Resp. Ad primum sane nullam esse moram, nam hac in praesenti negotio est

delictum commissum in omiſſa solutione: haec autem crebro emanet absque culpa debitoris propter infortunia, casusque accidentales excusantes à mora utroque jure per text. in Cap. significante de pignoribus & L. trajectitia ff. de actionibus, & obligat. Communiter quidem non expedit admitti purgationem mora ad cohibendam prodigalitatē, aut negligentiam mutuariorum, ipsum tamen jus, dum est clarum impedimentum admittit purgationem ut in casu posito citati capituli.

Deinde licet mora interveniat, sequitur, quod plecti possit pena mediocri, secus tantā, haec enim non est pro publico bono: negatur igitur assumptum.

Ad secundum concessa major, nego minor. Civile enim jus etiam permittit usuras in toto titulo ff. & Cod. de usuris, quin haec in foro conscientiae evadant licita. Deinde teste Wadingo non approbat usuras Lucrativas citatum jus, sed compensatorias & morosas ad longum. Hinc quod lege Fulcinius §. Divus ff. quibus ex causis in possessionem eatur, statuatur posse decerni à judice ut missus in possessionem omnes fructus faciat suos, non faveat adversarijs, quia solutio servitur ex ipso contextu punit enim contumaciam debitoris non se sistentis, nec volentis parere judici, qui merito potuit talem oenam dicere.

151. Objicies tertio Jus Canonicum permittit fructus non computari in sortem, quas percipit gener ex pignore dato à seculo pro dote promissa non numerata Cap. salubriter. De usuris. Nec quos Dominus feudi colligit ex fundo feudali oppignorato à vasallo Cap. conquestus

fructus eodem. Quartò idipsum suadet praxis quotidiana: Princeps enim in publicis necessitatibus accipit à subditis magnam æris summam in pignus assignato dominio cameratico v. g. oppido aut telonio cum facultate fruendi ad tempus exhibendæ solutionis, quin videamus fructus in sortem computari.

Resp. Ad tertium admittendo tres allatos casus sed nego suppositum fructus percipi, gener enim eos colligit, ut docet Fagundez titulo emergentis damni, quod paritur gener ex proprijs alendo uxorem Pater enim filia etiam diviti tenetur dare dotem ad onera matrimonij sustentanda, quæ onera cum in se suscipiat gener, titulo eorum colligit fructus, donec dos solvatur. Adde ex Haunoldo n. 434. uxorem mortuo Marito posse continuare fructuum perceptionem, donec solutio dotis fiat, dos enim datur non solum ad onera matrimonij sustentanda, sed etiam viduitatis, utque vivere possit pro ratione statûs hinc ad eam spectat dotis Dominium naturale, & à morte Mariti etiam civile.

Secundò mortuâ uxore Maritus non suo, sed prolium nomine fructus percipere continuat; jis deficientibus hæredes uxoris.

Infeudans cum sit directus Dominus fundi, dum hujus fructus oppignorantur, illi Dominium utile consolidatur cum proprietate proinde fructus ex suo percipit, uti & Clericus in dicto casu, supponitur enim illud beneficium fuisse, aut Clerici aut Ecclesiæ proinde injustè possideri à Laico.

Resp. Ad quartum vel subditi sponte dant mutuuum, vel coactè: si spontè, secluso lucro cessante, aut damno emer-

gente nequeunt accipere interesse nec fructus facere suos juxta Wadingum §. 5. sunt enim pares cæteris mutuatoribus: si vero coactè, communis sententia inter quos est Molin. *Disput.* 315. in princip. & cit. Wading. justificat interesse lucri etiam cessantis, licet de hoc solvendo non sint expressè pacti cum Principe, nec hic fuerit in mora, unde hic non valet regula illa, quod interesse lucri cessantis sine pacto, aut mora solutionis non debeat: nam hic est quid speciale; rationem hujus specialitatis plerique revocant in motum, qui supplet tunc vicem contractûs consulentis eorum indemnitati. Proinde non censentur remittere interesse, nisi ex benevolentia mutuando non peterent interesse.

Cæterum praxis illa respectu coactorum est honesta, dicendo quod vel tunc non sit propriè pignus, sed au condonatio fructuum in diem ad tempus certum vel incertum usque ad refusionem aut sit emptio cum pacto retrovendendi Principi tempore restituendæ pecuniæ, Uterque modus est Justus, in primò enim accipiunt rem ex donatione suam, in secundo fructus ex suo, ita Wadingus *dub.* 9. §. 5. num. 2.

Circa hoc quartum vide Less. *lib.* 2. c. 20. *dub.* 12. ex viris doctis referentem qualiter bonâ fide ineuntes contractum usurarium, aut aliàs injustum, cujus tamen injustitiam si scivissent, contraxissent alio titulo justo, proinde implicite intendant justum titulum, etsi explicite non cogitent, horum sententiam censet n. 105. non improbabilem si limitetur ad certos contractus, non tamen permittit ut deinceps sic contrahant sine titulo expresso lucri.

152. Pro sequente conclusione Nota in iure ff. dari titulum de lege commissoria: per quam aliud non intelligitur, quam pactum; vi cuius contrahentes sibi legem dicunt præsertim in venditione, & emptione, atque in mutuo cum pignore. Pactum commissorium venditioni adjectum nihil est aliud, quàm ut res inempta censeatur, si pretium statuto tempore non solvatur: jus tale pactum in hoc contractu approbat. *L. 1. & 2. ff. de lege commissor.*

Adjectum pignori est, vi cuius mutuator aut alius creditor accipiens pignus paciscitur, ut si certo tempore debitum non solvatur, pignus fiat creditoris.

Dico tertio pactum legis commissariae adjectum pignori, esse utroque iure irritum, ac illicitum, *L. fin. Cod. de pact. pignor. & cap. significante de pignoribus.* Imò etiam iure naturali, quando pignus excedit debitum, ut fit communiter, ideo ad cavendas pauperum perentium mutuum oppressiones iura simpliciter improbant talia pacta in pignoribus (vi quorum pignora incidant in commissum, id est, secundum phrasim juridicam, ut fiant creditoris: Similis ratio non est in venditione cum non sit grave, ac injustum onus, ut emptor reddat merces definito tempore non solutas. Pactum etiam juratum adjectum pignori superanti debitum est invalidum. ita communior apud Haunold. n. 932. Contra Fachin. contractus enim ex natura rei illiciti non firmanantur jramento.

Econtra validum ac licitum est pactum, vi cuius pignus maneat venditum non pro debito nec pro pretio aliquo determinato, sed pro justo nimirum boni viri arbitrio aestimando, quæ particula ex communi Doctorum apud Haunold. n. 930.

Subintelliguntur, etsi in pacto diceretur præcise ut sit venditum, secus si dicatur, sit creditoris in solutum seu loco debiti.

Pro meliore intelligentia hujus conclusionis Nota primò legem Commissoriam sic dici à committendo, quia si emptor pactam solutionem tempore constituto non deponit, res vendita priori Domino committitur: hinc adjecta pacto Condicio in isto casu non est suspensiva contractus, sed resolutive, proinde contractus non est conditionatus, sed absolutus secundum omnes ad *L. 3. c. de pactis inter Empt.*

Nota secundò non obstante isto pacto res empta statim transit in Dominium Emptoris, aliàs, dum iste non persolvit Pretium, res non committeretur priori Domino, nempe venditori, cum nunquam Dominium ejus amisisset, atque adeo contractus foret conditionatus conditioque suspenderet dominij translationem contra omnes.

Nota tertio legem commissoriam non favere emptori, aliàs semper res maneret inempta in præjudicium venditoris, sed venditori, & ideo huic est liberum rem habere pro commissa, aut omisâ commissa pœnâ pretium exigere *L. 2. ff. de L. commissoria, & L. 3. c. eod.* quamprimum autem est lex commissa, venditor debet se determinare, an velit eam exercere, aut pretium petere; factâ determinatione non potest variare *L. 4. §. eleganter ff. eod.* nam electo uno contrariò, censetur renuntiare alteri *L. Mater descendens ff. de inoffic. testament.*

Nota quarto legi commissoriae non esse locum nisi adjecta sit in continentis, id est, debet venditioni adjici in principio, aut fine contractus, proinde antequam contrahentes divertunt ad alia negotia, Moli. *Disp. 378. n. 10.* No-

Nota quintò-ut exerceatur lex commissoria, non est necessaria interpellatio prævia emptoris pro solutione, dum pro hac est dies certa adjecta, Molin. n. 4. i-

psa enim dies interpellat, & elapsa constituit emptorem in mora L. magnam c. de stipular.

§. VII.

Cujus pignus, aut hypotheca in concursu plurium creditorum prævalet.

Decisio legatur infra à num. 415.

ARTICVLVS SEXTVS.

De jure Emphyteutico, fideicommissorio, & feudali.

153. **F**inis contractus Emphyteutici est, ut res immobilis sterilis, & infrugifera alteri tradita ab eodem excolatur, ac frugifera reddatur unde vox græca Emphyteusis latinè dicitur insitio, seu plantatio, proinde primitus in hoc contractu dabantur agri inculti, hodie autem etiam fertiles, ut Dominus quid firmius & certius percipiat, & si minus, quam si ipse coleret. Agri in culturam hic concessi sunt vocati Emphyteutici, item vectigales à vectigali seu pensione à possessore persolvenda: ve-

ctigal enim quemvis redditum significat L. 1. ff. si ager vectigalis, uno autem nomine Emphyteusis. Inemphyteuticans, seu dans in Emphyteusim vocatur Dominus directus, germanicè Grundherr colonus fundum excolens dicitur Emphyteuticarius, seu Emphyteuta germanicè Erbd. Rechter / Gild. Baur / contractus iste, cum sit usitatissimus, ejus notitia pertinet etiam ad Theologum cum multa conscientiam concernentia contineat, sit igitur,



U

§. I.