



UNIVERSITÄTS-
BIBLIOTHEK
PADERBORN

**Henrici Canisi[i] Noviomagi, Belgæ, Jn Academia
Ingolstadiensi SS. Canonum Profess. Ordinarii & Primarii,
Opera Quæ De Ivre Canonico Reliqvit**

Canisius, Heinrich

Coloniae Agrippinae, 1662

Capvt V. De usu pignoris & pacto antichreseos. In Cap. 1. c. Quoniam non
solùm 2. & c. Conquestus 8.

[urn:nbn:de:hbz:466:1-62169](https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:hbz:466:1-62169)

provenit, sed cum ipsa spe lucri, quæ cum omnino dubia sit, sustinetur instar emptionis jactus reus, vel tractus avium.

10. Restat postremò textus in *cap. Per vestras 7, vers. cum autem sup. De donat. inter virum & uxorem*. qui hic explicandus est, eo quòd à crimine usurarum vix excusari posse videatur. Verba textus prius audiamus: *Cum ergò possit ei modicum credi dotis, cui creditum est corpus uxoris. mandamus, quatenus dotem assignari faciat ei eadem sub ea, quam potest, cautione prestare, vel alicui mercatori committi, ut de parte honesti lucri dictas vir onera possit matrimonii sustentare.* Similis verò text. est in *l. Si cum dotem 22, §. fin autem in savissimo D. Solutio matrim.* Hoc igitur scriptum valde torquet Dd. nostros, quomodo tradi possit mercatori dos cum participatione lucri, manente nihilominus eà salvà: Quare sunt, qui id singulari jure statutum existimant, in favorem dotis. Sed malè, cum ne quidem pro redimendis captivis fœnerari permissum sit, *cap. Super eo 4, hoc tit. Glof. verò in verb. honesti lucri*, interpretatur honestum lucrum, quod sine fœnore ex societate vel alio honesto commercio quæritur. Idem Hostien. Joan. Andr. & Panorm. *ibid.* Sed tunc alia quæstio exurgit, quòdnam honestum lucrum ex societate accipiendum sit. Hoc nimirum, ut maritus pecuniam dotalem conferat & mercator operas suas; & tamen utrique communelucrum sit, vel pro parte. Idem est, & si ipse mercator pecuniam quoque suam in eandem societatem conferat unà cum operis suis. Nam utroque casu honestum lucrum est, *tit. Inst. De societate in pr. & seq. & l. Si non fuerit 29, D. Pro socio.* At si ita inita fuerit societas, ut solus maritus lucrum capiat, & mercator non nisi damnum sentiat, improbata & non nisi leonina societas esset, *d. l. Si non fuerint §. Aristo.* Idem existimat Panorm. *n. d. cap. Per tuas num. 8.* eà specie, quæ quis depo-

neus apud mercatorem pecuniam paciscitur eam sibi salvam fore, ut tamen de lucro ejus participet. Nam & hoc illicitum pactum est; cum fieri possit, ut mercator præter operas & impensas suas amissas, ad refarciendam dotem, si qua ex parte læsa est, conveniatur. Neque obstat textus in *d. c. Per vestras*, quia licet is dotem marito consignandam esse jubeat, si cavere possit dotem salvam fore, vel saltem tradendam mercatori, cum spe alicujus lucri honesti; non tamen addit textus, id fieri oportere, salvà manente dote. Nam idem non repetit in mercatore, quod antea in marito, sicut rectè quoque animadvertit Panormit. *ibid. num. 8.* Tamen si ab hac interpretatione dissentiat Navarrus in *Manuali c. 17, num. 256, cum seqq.* dum vult, non aliam fuisse mentem Innocentii III. in *d. cap. Per vestras*, quàm ut dos integra & salva apud mercatorem maneret. Nam ob id mandat eam à marito auferri, ne si simul ad lucrum & ad damnum dos mercatori credatur, ea periculo amissionis subjiciatur. Addit præterea, Innocentium voluisse, ut certa aliqua lucri pars spectaret ad maritum pro matrimonii oneribus sustinendis. Sed cum iniquum sit, eà saltem specie, quæ mercator operas & impensas suas perdit, salva nihilominus dote; putat Navar. id non aliter posse fieri, quàm cum pacto assurationis, & lucri incerti pro certo redemptione, vel ut v. g. si pro duodecim, quæ alioqui verisimiliter ex commercio pecuniæ sperabantur, quatuor certò promittantur. De assurationis pacto id facile crediderim, item de lucro certo pro remissione magni & verisimilis lucri, ex iis, quæ antè dicta sunt. At neutrum convenit textui in *d. c. Per vestras*, qui simpliciter vult debere consignari dotem mercatori, in eum finem, ut partem honesti lucri inde maritus percipiat. Itaque prior sententia magis accommodata est *d. c. Per vestras.*

CAPUT V.

De usu pignoris & pacto antichreses.

In Cap. 1. c. Quoniam non solum 2. & c. Conquestus 8.

SUMMARIUM.

1. *Fructus rei pignorate in diminutionem sortis referendos esse.*
2. *Facti species.*
3. *Ratio decisionis.*
4. *Furti crimine obstringitur creditor re mobili pignorate utens.*
5. *An & si re immobili utatur?*
6. *Fructus pignoris quomodo in compensationem veniant.*
7. *Fru-*

Lll 2

7. Fru-

7. *Fructus qui intelligantur.*
8. *Creditor ob expensas in rem factas retentionem habet vel repetitionem.*
9. *De pacto antichresios.*
10. *Pactum hoc de lucrando fructibus pignori accedit.*
11. 12. 13. *An illud licitum sit, variè contenditur.*
14. 15. 16. *Illicitum esse probatur.*
17. *Rationes contraria refutata.*
18. *Zafu, Molinet, Wesemb. Myss. & aliorum opiniones refutata. & seqq.*
25. 26. 27. *Unusculdus opinio improbat.*
28. *Certa conclusio, anti-chresim illicitam esse.*
29. *Cautio, ne incurramus antichresim, videl per emptionem & venditionem.*
30. *Cerasus iudicium del. 23. Cod. De pactis inter en pt. & vend.*
31. *Declaratio c. Ad nostram sup. De empt. & vend.*
32. *Fred Martini explicatio non admissa.*
33. *De laratio c. Ille vos sup. De pignori.*
34. *Solvuntur alia argumenta.*

HAs Decretales simul conjunximus, quòd sint ejusdem argumenti. Interdicitur enim Clericis, laicis & Monachis, ne ullum genus usurarum exercent. † Proinde si ex possessionibus, id est, prædiis sibi obligatis jure pignoris, fructus perceperint, eos in exonerationem sortis suæ referre tenentur. Itaque fingamus hanc facti speciem: Titius pecunia mutuo accepta à Sempronio castrum vel aliud prædium, unum vel plura, ipsi pignori obligavit; ex quorum fructibus cum Sempronius tantum percepisset, quod ad æquare ipsam sortem, hoc est, pecuniam mutuo sumptam, iustitit Titius, ut pignus sibi redderetur. Sempronio verò creditore id recusante, & nihilominus persistente in repetitione mutui, consultus Alex. III. rescribit his Decretalibus, teneri Sempronium creditorem ad restituenda prædia pignori obligata, adeoque invitum censura Ecclesiastica ad id compellendum esse. Hoc ramē addito, si Sempronius creditor ex fructibus nondum sortem integram collegerit, hac specie suppleri eam oportere à Titio, priusquam is agere possit ad restitutionem pignorum, expensis fructuum utroque calu deductis. † Decisionis ratio est, ut si aliter statuatur, quòd scilicet fructus percepti non imputentur in exonerationem sortis, sed cedant lucro creditoris; res necesse est in crimē usurarum incidat, sicut aperte colligitur ex hac Decretali & 2. Quippe usura est, quicquid causa mutui creditor lucrificat, sive id in pecunia

numerata, sive in fructibus sive in alia re consistat, can. Si fœneraveris, cum seqq. xiv. qu. 3. His enim verbis disertè utitur text. in d. can. Si fœneraveris homini, id est, mutuam pecuniam tuam dederis, à quo aliquid plus, quàm dediti, exspectas accipere, non pecuniam solam, sed aliquid plus quàm dediti, sive illud vitium sit sive oleum, sive vinum, sive quodlibet aliud, si plus, quàm dediti, exspectas accipere, fœnerator es, & in hoc improbandus, non laudandus. Excipiuntur verò duo casus in d. c. 1. & in d. c. Conquistus in fine b. t. quibus fructus perceptos lucratur creditor: sed utrumq; singulari jure, ut infra cap. sequenti explicabitur.

Ceterum hęc duplex inspectio incurrit: una, propter responsum Caii I. C. in l. Si pignore 36, D. De furtis, repetitum à Justiniano in § furtum Insti. De obligat. qua ex delicto nasci. quibus locis furti crimine obstringitur creditor, si re pignoratata utatur; quòd hęc videtur fieri, si in exonerationem sortis fructus imputandi sint. Altera est, quòd fructus ideo non possint cedere in exonerationem sortis, quòd solius quantitatis cum quantitate fiat compensatio, l. Si convenerit 18, in princ. D. De pignoratitia act. l. Grege 13, §. cum pignori D. De pignori. & l. Si constat 4, C. De compensat. Sed prior difficultas facilè amovetur; siquidem Caius & Justinianus indicatis locis loquuntur de re mobili in pignus concessa, qua uti creditor prohibetur, ideo quòd solius securitatis causa ipsi tradita sit. At in usu solo rei alienæ etiam furtum committitur, sicut constat ex definitione furti in l. 1, in fine D. De furtis, & in §. 1. Insti. ut. jam d. t.

Aliud verò receptum est in re immobili (de qua in presenti agitur) in cujus usu furtum minime committitur, § quod autem verba absoluta Insti. De usucap. Sed potius permittum est creditori possidenti re immobili uti, l. Creditor 23, D. De pignori, imò & ea uti tenetur; alioqui de fructibus aliisq; obventionibus, quas culpa sua non percepit, rectè convenitur; sicut & si deteriore eam fecerit, l. 1, l. 2, l. 6, De pignori act. Quod in re immobili utilitatis causa receptum est, quæ in eo vertitur, quòd prædia rustica per culturam meliora fiant, l. Non intelligitur 33, §. d. vi fratres D. De jure fisci. Urbana verò prædia per inhabitationem magis conserventur, l. Singularum 8, C. De adif. privata. Quod hęc adiciendum est ex jure Civili, ut non solum percepti fructus, sed etiam qui culpa creditoris percepti non fuerunt, una cum damno dato in sortem imputentur, d. l. 2, & l. 6, C. De pignori act. Nec mirum est, hanc supplementationem ex jure Civili ad has Decretales fieri debere, cum à Dd. passim approbata

probata sit hæc regula generalis, quod ubi in jure Canonico aliquid desideratur, quod extat in jure Civili, id peti debeat ex jure civili, & contra, per text. in c. 1. & 2. inf. De novi operis nuntiis. De quo fructus tractatur ab Interpretibus in c. Ecclesia S. Maria sup. De constit.

6 Altera difficultas de fructibus in compensationem deducendis ita dissolvitur, quod id fiat ratione æstimationis fructuum. Etenim fructus à creditore percepti, & adhuc extantes, non quidem compensantur cum ipsa sorte, sed jure pignoris remanent apud creditorem, donec debitum exsolutum sit. l. 3. C. in quibus causis pignus vel hypoth. tacite contrah. Quippe fructus debitoris sunt, etiam si à creditore sint facti, cum non jure seminis sed soli fructus percipiuntur, l. Qui fecit. 25. D. De usuris. Exceptis tamen bonæ fidei possessore, colono, usufructuario, & similibus, qui ob justum titulum, quem habent, fructus suos dicitur licet alieni suos recte faciunt, d. l. Qui fecit, l. Bona fidei 48. D. De rebus divisis. At creditor nulla alia ex causa pignus possidet, quam ut ei incumbendo securior sit de suo credito, §. fin. Instit. Quibus modis re contrah. obligat. Quamvis hoc amplius est in pignore rei immobilis, quod creditor ejus fructus recte percipiat, & perceptos licite consumat vel distrahat, juxta text. in d. l. 1. 2. & 6. C. De pignori. actione, ut & ante dictum est. Ideo quod fructus servando servati non possunt, l. fin. & fin. C. De administrat. tutor. Atque hoc modo fructus consumpti vel distracti, unâ cum illis, qui percipi potuerunt, & rei deterioratione, in compensationem sive extenuationem sortis venire dicuntur; non quidem per se, sed ratione æstimationis, quâ ipso jure compensatio inducitur cum ipsa sorte, usque ad concurrentem quantitatem Joan. ab Imola in cap. Cùm contra me. 1. & 2. sup. De pignori. Panormit. in d. cap. 1. num. 3. hoc tit. Uti sit & in ceteris rebus extra quantitatem, quæ similiter propter æstimationem invicem factam recte compensari dicuntur ipso jure, §. in bona fidei Instit. De actionib. & l. ult. Cod. De compensat.

7 Ubi ramentum observandum est, fructus non aliter intelligi, quam qui supersunt deductis expensis, quæ querendorum, colligendorum, & conservandorum fructuum gratia factæ sunt, per text. in l. Si à patre vel domino 19. §. fin. D. De petit. hered. Et hoc non tantum in proposito argumento obtinet, sed & in quolibet alio possessore, etiam malæ fidei, qualis est prædo, ut scilicet & ab eo sa-

etæ expensæ ex fructibus subducantur, quia naturalis ratio, inquit à §. fin. id postulat. Adde & l. Fructus 7. D. Solutio matrim. & l. 1. C. De fructib. & litium expensis. Hisigitur expensis subductis, quod reliquum manet ex fructibus consumptis vel distractis, æstimatione factâ, in diminutionem sortis redigitur, juxta text. nost. in d. l. c. 1. & 2. hoc tit. in verbis, deductis expensis.

Quin etiam creditor alias expensas in rem pignoratam, necessariò vel utiliter factas, recte repetit à debitore, vel retinet rem, donec hæc sibi soluta sint, l. Si necessarias 8. l. Si servos 25. D. De pignorat. act. & d. l. 6. C. eod. eleganter Bart. in l. Si non sortem 26. §. si centum, D. De condit. indeb. Ubi generaliter tradit, propter expensas factas in rem vel aliud debitum contractum propter utilitatem ipsius rei, dari possessori vel debitori retentionem, per text. in l. In rebus 18. D. Commodati, in l. Paulus 14. D. De doli mali & metus excepti. & in l. Si in area 33. D. De condit. indeb. Alioquin debitor sive alius ipsius rei dominus has expensas non refundens locupletaretur cum injuria alterius, contra naturalem æquitatem, l. Nam hoc natura D. De condit. indeb. & c. Locupletari De R. 1. lib. 6.

Adde, & per viam compensationis cum fructibus aliisque obventionibus, has expensas, tum etiam interesse damni emergentis vel lucri cessantis, creditorem consequi, vel retinere posse, usque ad concurrentem æstimationem, dummodo hæc liquida sint, ut antè monuimus ex d. §. in bona fidei, & d. l. ult. C. De compensat. De interesse vide quæ supra cap. 1. scripsimus. Atque hæc exploratissimè juris sunt, ubi nullum pactum inter debitorem & creditorem intercessit de lucrandis fructibus per creditorem.

At magis disputationis est, an idem obtineat in pacto expressè convento inter creditorem & debitorem, ut tamdiu creditor re oppignoratâ fruatur, donec debitum exsolutum fuerit; quod pactum Græcè ἀρρητοῦς dicitur, Latine contrarius sive mutus usus, scilicet rei in pignus concessæ pro usu pecuniæ mutuæ, Alciat. lib. 2. Dispositio 3.

Atque hanc pactionem quidam vocant contractum antichreseos, ut And. Gail. lib. 2. observ. 3. num. 2. & Myasing. cent. 6. observ. 71. Sed minus rectè, eo quod non sit separatus contractus à contractu pignoris, sed pactum adjectum pignori, ut ejus fructus interim creditor percipiat & lucretur, donec pignus solutione sortis liberatum sit. Quod liquet vel ex duplici responso Martiani

J.C. quotum unum extat in l. Si Pecuniam 31. D. De pignorat. act. Si pecuniam, inquit, debitor solverit, potest pignoratitia actione uti ad recuperandam auctorem suam cum pignus sit, hoc verbo poterit uti. Alterum est in l. Si is qui 11. §. 1. D. De pignorib. Si auctorem suum ait, facta sit, & in fundum aut aut in ad. aliquis inducatur, eoque retinet possessionem pignoris loco, donec illi pecunia solvatur, cum in usuras fructus percipiat aut locando, aut ipse percipiendo habitandoque.

11 De hoc itaque pacto antichreseos ingens contentio est inter Dd utrum licitum sit, an illicitum, id est, usurarium. Et quidem primâ fronte videtur hoc pactum justum esse, ex jam dictis responsis Martiani J.C. usque aded licet fructuum perceptorum astinatio legitimum modum usurarium, in l. Eos §. 1. C. De usuris præscriptum, ex-cesserit, propter incertum fructuum eventum, per text. in l. Si ea lege 17. C. De usuris.

12 Idem comprobare videtur jus Canonicum in e. 1. sup. De feudis, & in e. Salutariter 16. hoc tit. Quibus locis creditor pro pecunia debita fructus possessionum pignori datarum licite percipit & lucratur. Facit etiam text. in l. 2. C. De pactis inter emptorem & vendit. quo loco valet pactum venditioni fundi adjectum, ut quodcumque velit venditor, refuso pretio possit eundem fundum ad se revocare; & tamen fructus interea ab emptore percepti unâ cum restitutione fundi revenditi non veniant, sed maneat lucro emptori Castren. in l. 1. num. 3. C. eod. tit. Quem contractum nemo justè reprehenderit. Nihil autem interesse videtur, fructus rei cedant lucro alteri per viam emptionis & venditionis, an per viam contractus mutui, cum ad eundem finem tendant, e. Cum quid 39. De R. l. lib. 6.

13 Quibus accedat, quod de jure non improbetur hæc conventio, ut quis fundum ad certum tempus, vel quoad vixerit, possideat, fructusque inde perceptos lucretur, per text. in e. Nuper sup. De donat. inter virum & uxorem. Cur igitur hoc pactum antichreseos in pignore improbari debeat, vix videtur. Quia & hoc pactum licitum esse tradunt Zasius, Malinæus, Wesemb. Myasing. Gail, & Binsfeldius, adhibitis tamen suis distinctionibus, ut paulô pôst videbitur.

14 Sed quid distinctionibus opus est in re tam manifesta, utpote quæ aperte pugnet cum jure divino, cum sacris Canonibus, cum posterioribus Imperatorum constitutionibus, quibus omnis accessio lucri causâ facta in mutuo condemnatur, sicut à nobis supra cap. 1. latius demon-

stratum est. Et profectò, si usura pecuniariz in stipulationem vel pactiorem deducta non valeat, ut est omnium Theologorum & Canonistarum sententia, non video, cur secus statui debeat in fructibus rei oppignoratz, qui etsi de jure Civili propriè usura non sunt, tamen eodem jure in vicem usurarium percipi dicuntur, ut in l. Si is qui 11. §. 1. in verbis. cum in usuras fructus percipiat D. De pignorib. in l. Si ea lege 17. in verbis, fructus in vicem usurarium, & l. 14. C. De usuris, in l. Si servus 6. C. Quod cum eo, qui in aliena potest. & in l. Si capiti 14. ibi, ut vice usurarium domum inhabitaret C. eod. tit. De usur. Imò de jure divino & Canonico propriè & verè usura dicuntur, cap. Consuluit 10. h. tit. & xiv. quæst. 3. per tot. ut d. c. 1. supra latè comprobavimus.

Igitur cum certò constet, fructus pignoris à creditore perceptos, & qui percipi poterunt, in exonerationem fortis venire, per text. in l. 2. & 6. C. De pignorat. act. & d. cap. 1. & cap. 2. hoc tit. si ultra queritur, an saltem pacto effi. ci possit, ut fructus cedant lucro creditoris; siquidem hoc pactum usurarium est, d. cap. 1. & cap. 2. & ibid. in cap. 1. notant Panorm. num. 2. & Aug. Berous num. 6. Joan. de Anania num. 1. in fine. Item Panormit. in cap. 1. num. 3. vers. tertia lect. sup. de feudis, & ibid. Joan. ab Imola num. 7. vers. Unde alii & quarto, ex Dd sententia. Ubi diserte ait, quòd conveniri non possit, ut usuralicite percipiatur, contra prohibitionem novi & veteris Testamenti, c. Quia in omnibus hoc tit. Usuram verò vocat hanc perceptionem fructuum. Sed & Raphael Cumanus, cons. 19. circa fin. tradit, non valere pactum de lucrando fructibus quasi usurarium sit. Idem Baldus in l. 1. Cod. De distract. pignori ubi etiam asserit, non valere pactum de lucrando fructibus loco usurarium. Quibus consonat & Did. Covarr. Variar. resolut. lib. 3. cap. 1. num. 3. aperte vocans creditorem usurarium, qui fructus pignoris ultra sortem sibi præcipuos habet. Eiusdem sententiæ est Dominic. Soto de Justit. & in l. 6. quæst. 1. art. 2. circa finem. Accedat postremò auctoritas D. Thomæ, inter Theologos Scholasticos maximi nominis, in 2. quæst. 78. art. 2. ad 6. dum his verbis utitur: Quòd si quis pro pecunia sua mutuatur obliget rem aliquam, cujus usus pretio estimari potest, debet usum illius rei illi, qui mutuavit computare in restitutionem ejus, quòd mutuavit; alioquin si usum illius rei quasi gratis superaddi velit, idem est ac si pecuniam acciperet pro mutuo, quòd usurarium est.

Quo fit, ut August. Berous, in cap. Quia in em. 16. nib. circa princ. h. tit. improbet loci consuetudinem, quâ creditor non tenetur reddere pignus, nisi prius

prius fors debita sibi planè numerata fuerit à debitorè, amissis interim fructibus à creditore pignoris perceptis; quasi ob hanc consuetudinem cessatur debitor illos fructus donare ultra sortem creditori. Improbatur inquam ex eo, quoniam ait, *Cum accipere fructus ex re pignoratâ, & illos lucrari, sit propriè usura, ut in c. 1. sup. eod. tit. & in cap. 2. cum similibus profectò non poterit induci seu effici licitum ex consuetudine loci certi, cum nec sufficeret consuetudo in universali totius orbis. Et movetur hac ratione, Quod id, quod reputatur illicitum ex dispositione juris divini, veteris & novi Testamenti, & à lege Canonica, ob generalem & universalem consuetudinem totius orbis non efficitur licitum. Quod argumenti genus futilissimè persequitur Royfus in decisionib. Lituanicis decis. 5. num. 87. cum seqq. Quo loco & hanc consuetudinem refellit, & quidem rationibus gravioribus. Ex his igitur liquidò evincitur, pactum antichresis esse illicitum, & tamquam usurarium è Republ. explodendum. Neque enim ratio patitur, ut quod per se est illicitum, ut usura, pacto fiat licitum.*

17 Nec movent jura & rationes suprâ in contrarium allatæ. Nam quod attinet ad *Si pecuniam D. Depignorat. act. cum similib.* mirum non est, his juri-bus permitti antichresin, cum ex jure Civili desumpta sint, quo & usuræ impunè permittuntur, sicut constat ex toto tit. *Dig. & Cod. tum & ex aliis locis*, in quarum vicem eodem jure succedit ex conventionne partium hæc antichresis, *l. Si quis 11. §. 1. D. De pignori. & d. l. Si ea lege C. De usuris*. Sed aliter de jure divino & Canonico, quo hac in re utimur, teje èto jure Civili, ex ratione & *fin. sup. De prescript. ut & fatetur Petrus Costalius in l. Si pecuniam 33. D. Depignor. act.* Quod attinet ad *c. 1. sup. De feudis*, infra cap. seq. respondebitur.

18 Jam ad Zafium, Molinæum, aliosque, qui antichresin tamquam licitam exculare conantur, deveniamus.

Itaque Zafius in *l. Rogasti. §. si tibi D. Si certum per* prout citatur à Frid. Martini in *tract. de Cenfib. c. 1. numer. 12 §.* putat antichresin tunc usurariam vitio laborare, ubi à fœnatore exercetur, non si ab alio probo viro. Sed hanc distinctionem mentò idem Frid. Martini loco citato refellit, quod fundamentò caret; siquidem hic tantum modò controvertitur, utrum antichresis naturâ suâ licita sit, an usuraria: si licita, non solum à probo viro, sed & à fœnatore rectè exercetur: si usuraria, ne quidem à probo licitè celebratur.

19 Molinæus in *tract. Commere. & usur. quaest. 35. num.*

299. cum seqq. distinguit inter antichresin temporariam & antichresin perpetuam: quarum illam, quæ ad certum tempus limitata est, valere æsserit; perpetuam minimè in præjudicium debitoris, neque eum obligari, quin quodcumque voluerit fundum repetere, & à creditore etiam fructuum rationem exigere possit. Refert eum Andr. Gail. *lib. 2. observ. 3. num. 3.* Sed profectò non video, quo jure aut ratione hæc distinctio defendi possit, cum in antichresi temporaria etiam prospectu mutui fructus veniant & cedant emolumento creditori pignoris. Quod & haud dubiè usurarium est, uti constat ex his, quæ ante cap. 1. & hic fusè deduximus.

Matth. Wesemb. in *p. 1. conf. 2. num. 90 & seq. ut 20* observavit Frid. Martini, *sup. cit. loco num. 128.* existimat antichresin esse contractum emptionis & venditionis, cum pacto retrovendendi. Sed huic apertissimè refragatur Martianus J. C. in *d. l. Si pecuniam 33. D. Depignor. act. ibi. nam cum pignus sit.* Idem Martianus in *d. l. Si us 1. §. 1. D. Depignorib. in verbis,* retinet possessionem pignoris loco. Uterobique vocat antichresin pignus, non quidem nudum, sed pacto informatum. Quo fit, ut & Cujacius de *Feudis lib. 2. cap. 3. in fine* hanc sententiam expressè improbet, *præcessit, inquit, pecunia debita, cuius nomine respignori obligatur. ea lege. ut creditor fructus non computet in sortem, neque non aliter rem eam debitori restituat, quam omni pecuniâ solutâ. Est igitur pignus, non venditio.* Ita Cujacius.

Joachim Mynfingerus, *cent. 6. observ. 71. sim. 28* simpliciter affirmat antichresin licitam esse propter incertum fructuum eventum, etiam si fructus legitimum usurarum modum interdum excedant, *per text. in l. Si oleo, l. Si pactio, l. Si ea lege C. De usuris.* Sed vides, lector, quibus juri-bus hanc suam sententiam confirmet, videlicet ex legibus civilibus jam allegatis. Eodem modo potuisset probare etiam usuras permissas esse *ex toto tit. Dig. & C. De usuris.* Utrumque enim quoad leges civiles expediti juris est. At de jure Canonico, quod in hac re sequimur propter peccatum, *cap. fin. sup. De prescript. ut & idem fatetur Mynsing cent. 4. observ. 6. num. 3.* licitam esse antichresin nemo rectè dixerit, eo quod juri divino adversatur, *cap. Consuluit 10. hoc tit. ut suprâ latius explicatum est.* Quod mirum est, non considerasse Mynsing cum & alibi asserat *Dd. dicta secundum leges, quas allegant, exaudienda esse, cent. 5. observ. 61. num. 6 & Joann. Andree in cap. Cum nuntius prope fin. sup. De testib.*

Andr. Gail. *lib. 2. observ. 3. num. 5.* licet hic non 22 expli-

explicatè sententiam suam proferat, tamen in id videtur proclivior, quòd antichrestis usuraria sit, quando creditor sui tantum quaestus & emolumentum gratia eam celebrat: contra verò licita sit & inculcata, si iurandi solummodò debitoris causa eadem contracta sit. Nam hoc posteriore casu (inquit) non offenditur dilectio proximi, quæ in materia usurarum omnium maxime consideranda est. Verum nec hæc distinctio fundamento nititur; cum negari non possit, creditorem etiam posteriore casu lucrum quaerere prospectu mutui sui. Et quæ, obsecro, dilectio proximi in antichrestis in qua fructus rei oppignoratae creditor debitori suo aufert, & in usum suum convertit cum damno ipsius debitoris, idque ob pecuniam mutuo datam & acceptam, quæ alioquin otiosa erat apud creditorem? (nam de non otiosa, ratione interesse supra cap. 1, discerimus.) *Simultaneum dederitis his*, inquit Christus Lucæ 6. *à quibus speratis recipere, quæ gratia est vobis? Nam & peccatores peccatoribus scenerantur, ut recipiant aequalia.*

33 Refert idem Andr. Gail. *d. num. 5, sententiam Gabr. Mudæi in tract. de Pignorib. & hypoth. cap. de pactis legis commiss. num. 34*, ubi asserit Mudæus, pactum creditoris de habendo pignore non quidem perpetuò, sed ad tempus, donec pecunia solvatur, non esse improbatam legem commissoriam, sed permissam antichrestis. Sed cum ipse Mudæus, ad probandam hanc sententiam suam, adducat tantummodò textum juris Civilis, in *l. Si u qui bona* 11, §. 1, *D. De pignorib.* non aliter exaudiri debet quàm secundum jus Civile, ut paulò antè diximus in refutatione Mynsingeri.

Affirmat quidem idem Mudæus *d. tract. de Pignorib. cap. de pactis pignor. num. 35*, pactum antichresteos non fuisse in cognitum sacris Canonibus: sed cum ibidem addat, *fortè*, videtur hæsitare sive dubitanter loqui. Interim probare nititur *per c. 1, sup. De feudis*, quo sententia sua minimè juvatur, cum singularem causam contineat, ut infra cap. seq. declaratur.

34 Nec ratio Mudæi quicquam evincit, cum ait: *Nam alioquin quis creditor vellet multis in colendo fundo pignorato molestiis particulatim sibi solvi, & vix tandem ex fructibus multorum annorum colligi creditum, quod unà vice numeravit; cum particularis solutio multa habeat incommoda, l. Pland. D. Familia ercisc.* Nam responderetur, creditorem sibi imputare debere, quòd, cum nullo jure cogere ad mutuandum, hanc sibi necessitatem iniecerit, ut ex fructibus rei pignorate vellet sortem suam colligere, juxta

text. in *l. 1, & l. 2, C. De pignorat. act. & cap. 1, & c. 2, h. t.* Quippe contractus initio voluntatis sunt, postea necessitatis, *l. Sicut C. De act. & obligat.* Quamvis & hac molestia creditor se liberare possit, non recipiendo in se pignus, sed debitori relinquendo sub hypothecæ nomine, adjecta lege, ut, si statuto die mutuum solutum non erit, liceat creditori possessionem hypothecæ sua sponte ingredi, juxta *l. 3, & que ibi notant Dd. C. De pignorib.* & eam postea vendere, ut sortem suam ex pretio una vice consequatur, *per text. in l. fin. vers. sanctimus C. De jure domini impetr. & in l. Si convenit 4, D. De pignorat. act.*

Ultimò quod ad Petr. Binsfeldium attinet, hic in *c. 1, h. t. q. 2, concl. 1, & 2*, arbitratur creditorem licitè posse fructus pignoris sibi ab aliquo Principe indigente in antichrestis concessi, percipere & lucrari, non quidem integros, sed quatenus correspondent justæ pensioni pro legibus & consuetudine patriæ. Citat pro hac sententia Conrad. Major. & Carolus Molina. quam & confirmat duabus rationibus. Una, *Si non esset licitum*, inquit, *talis contractus, maxime quia talis mutuatio esset usuraria, utpote quia mutuando vellet percipere fructus, non computando eos in sortem: sed hoc non arguit, cum non sit mutuatio. Arguit nec usura, quæ supponit mutuationem; cum in casu nostro sors non possit revocari, quòd est contra naturam mutui.* Altera est. *Talis contractus in virtute videtur emptionis & venditionis reddituum cum pacto de retrovendendo, cum sors alienetur, nec possit repeti, & fructus pignoris, deductis expensis, sint loco justæ pensionis.* Quare etiam moderantur ad rationem moderatam & taxatam pensionis pro more & statutu provincie & patriæ. Ita Binsfeldius. Quæ rationes si veræ essent, non tantum concluderent in Principe indigente, de quo solum Binsfeld. loquitur, sed & in quovis alio debitore, qui pignus antichrestis concessit.

Ceterum nec hæc rationes mihi probantur, quia prior est præsupponat conventionem antichresteos non esse mutuum, ut verissimum est, negari tamen non potest, quin in eam propter mutuum sive mutuationem præcedentem, dato pignore cum pacto antichresteos: cuius vicum lucraretur creditor fructus pignoris, meritò in usuram incidit, *can. 1, 2, & 3, xlv. q. 3, c. 1, c. 2, & c. Consuluit 10, h. t.* Neque ideo cessat mutuum, quòd non possit pro arbitrio creditoris repeti, cum id ipsum non pertineat ad essentiam mutui, quæ est, ut idem in genere reddatur, *l. 2, in princ. & l. 3, D. Si certum pet.* Sed potius pertinet ad naturam

turalia contractus mutui; quod vel inde liquet, quod mutuum contrahi possit ad certum tempus, puta ad Kalendas proximas, vel ad duos, tres, five plures annos, *l. Lecta 40. D. Sic certum si- cut & communiter mutuum in diem certum restituendum contrahi solet: & tamen nemo recte dixerit, ut quia interea temporis pro arbitrio creditoris mutuum reperti non possit, ideo extinctum esse mutuum, aut transisse in alium contractum, contra tit. *Instit. Quib. modis tollitur oblig.* Etenim essentialia contractus pactionibus mutari non possunt, ut idem maneat contractus, sed naturalia possunt, salvo manente contractu, *l. Pacta conventa 72. in princ. D. De contrah. emptione & l. iuris gentium 7. §. adio D. De pactis.**

27 Sed neque altera ratio quidquam efficit; non enim potest dici, talem conventionem habere vim emptionis & venditionis reddituum; cum longe ab eo contractu distet. Nam in constitutione redditus per emptionem & venditionem, principaliter & verè contrahitur emptio & venditio, cum in ea hæc tria concurrant, consensus contrahentium, pretium certum, & res, quæ in emptionem & venditionem deducitur, ut est ipse redditus sive obligatio annua ad præstandam certam pensionem; ita quod hæc etiam simul juncta perficiant emptionem & venditionem, *tit. Instit. De empt. in princ. & §. pretium, & l. Nec emptio 8. cum l. seq. D. De contrah. empt.* sicut infra cap. 10 latius demonstrabitur. At in antichresi fructus pignoris veniunt per modum accessionis, idque in vicem usurarum, propter pecuniam mutuo datam.

28 Ex his patet, quam variè Dd. sentiant de hoc pacto antichresios, & quam lubricæ, ne dicam absurdæ sint eorum rationes in eo defendendo. Unde nihil illis impediens, certa à nobis regula hæc constituenda est, quod i pactum antichresios licitum sit, eo quod usurarium, & consequenter absque peccato exerceri non possit, sed fructus perceptos cum iis, qui percipi potuerunt ex pignore, & damno in pignore dato, in extinctionem sortis imputari oportere; & si quid fortè; his subductis, supererit, restituendum esse debitori, salvo tamen & ipsi creditori expensis in rem factis, & si quid aliud ipsi haberit ratione interesse, ut antè diximus. Quod certè non potest accommodari ad pensionem lege vel consuetudine patriæ receptam, ut Binsfeld. vult; sed pro ut interesse ipsa probabitur à creditore, juxta ea, quæ supra cap. 1. de interesse dicta sunt. Et me-

mini non ita pridem in hanc sententiam respondisse Collegium Juridicum hujus Academiæ Ingolstadtienfis in causa cujusdam Baronatus annos circiter centum oppignorati cum pacto antichresios.

Ne autem in hoc pactum usurarium antichresios temerè incidamus, prudenter monet Domin. Soto de *Justit. & iure lib. 6. quest. 1. art. 2. in fine*, ut creditor rem, quam alioqui debitor pignori destinaverat, certo pretio emat, cum pacto retrovendendi. Nam hoc casu fructus aliaque obventiones lucro emptori cedunt. Et rectè, cum jam ex re sua creditor eas percipiat, *l. Qui scit 15. D. De usuris*. Et hoc pactum retrovenditionis sive potius revenditionis (nam & verbo revendendi utitur textus in *l. Iulianus 37. D. De bonis libertor.*) esse licitum etiam in foro conscientiæ, multis auctoritatibus probat Andr. Tiraquellus de *Retractu convent. in præfat. num. 2. cum seq. ubi pro hoc allegat locum Levit. 25. cap. Cuncta regio possessionis vestra sub redemptionis conditione venditur* Probat & Martinus V. & Calixtus III. constitutiones in *Entravag. communib. sub tit. De empt. & vendit.* dum hi apertè censent annuos census redimibiles licitos esse, non usurarios, prout infra cap. 10. latius explicabitur. Quare & Mart. Navarr. in *Manuale cap. 17. nu. 148.* idem hoc pactum tuetur, sive intra certum tempus, quo res redimi debeat, conceptum sit, sive sine præfixione temporis. Nam utroque casu licitum asserit, *per text. in cap. Cum Ioannes De fide instrumentor. l. Fundi partem D. De contrah. empt. l. Si fundum, l. Si à 15. Cod. De pactis inter empt. & vendit. & Levit. 28. secundum Holticof. Joann. Aadr. Panormitan. & communem Canonistarum in cap. Ad nostram De empt. & Logistarum, in dict. l. Si fundum, Cæpol. de simulat. casu 2. & omnes Theologos in 4. lib. Sentent. dist. 15.*

Et de eodem hoc pacto, ut multis placet, loquitur *l. 2. C. De pactis inter empt. & vend. sicut ibidem nuncupatum notant Angelus & Paulus Castrensis, teste Tiraq. d. præfat. num. 2.* Idem placet Panormitano in cap. *Cum ad nostram numer. 8. sup. De empt. & Navarr. d. num. 248.* Licet vehementer repugnet Joann. Corasius *Miscel. lib. 3. cap. 9.* cum in dicta *l. 2.* ne quidem fiat mentio pacti retrovenditionis, sed tantum de restituenda re, oblato pretio; sic enim habent verba *l. Si fundum parentes tui eâ lege vendiderunt, ut si vos ipsi sive heredes eorum emptori pretium quandocumque vel intra certa tempora obtulerint, restituatur, reque parato satisfacere conditioni dictæ.*

dicitur, hec emptoris non pariet, ut contractus fides servetur, actio præscriptis verbis vel ex vendito tibi dabitur, habita ratione eorum, qua post oblatam ex pacto quantitatem, ex fundo ad adversarium pervenerunt. Ecce textus d. l. 2. utitur verbo restitueretur, non revenderetur. Inter utrumque eam differentiam esse vult Corasius, quod verbum *Revendere* nudum tantummodo factum contineat, ac proinde emptor revendere rem emptam præcisè cogi non possit; sed id tantum quod interest præstare, sicut evenit in aliis faciendi obligationibus, l. Si quis ab alio 12. §. fin. D. De re judic. Verbum verò *Restituere* contineat causam bonorum, hoc est domini translationem, l. In conventionalibus 52. §. 1. D. De verb. obligat. De qua differentia hic non anxie quaero, quia majoris inspectionis est. Interim certissimum est, ex oblatione pretii in d. l. 2. nullam de novo emptionem contrahi, sed tantum ex vendito & præscriptis verbis agi; quæ utraque actio ex primo contracto oritur. Sed utrumque sit, si ve dicatur, d. l. 2. pactum contineri revenditionis sive pactum restitutionis (quod proprius videtur) utrumque validum & firmum est. Nec enim interesse video, actio à venditore intentetur ad revendam rem antea emptam, vel intentetur actio ad restituendam rem, refuso pretio: dum tamen in fraudem usurarum hoc pactum adjectum non sit emptioni & venditioni, ut in specie d. cap. Ad nostram sup. De emp. & in cap. Illo vos 4. De pignori. Nam in d. cap. Ad nostram, ex duobus colligitur, non fuisse vere celebratam emptionem & venditionem, sed simulatam; quod scilicet pactum restitutionis adjectum vix dimidiam justi pretii partem attingeret, & simul res in contractum deducit & redimi non possent, nisi elapso septennio; ut ita interea temporis emptor lucraretur fructus. His enim verbis utitur text. *Demos & olivas recepit ab eodem titulo emptionis, cum reverà contractus usurarius ageretur. Quod patet ex eo, quod creditor debitori promisit, quod quancumque à septennio usque ad novennium daret quadraginta uncias tarenorum, quæ vix dimidiam justi pretii contingebant, domos ejus restitueret & olivas.* Igitur ex duobus sibi junctis colligit S. Pontif. x. in c. Ad nostram, emptionem non succedere, sed fucate celebratam fuisse, in fraudem scilicet usurarum, quod & ibid. num. 10. animadvertit Panormit.

Quare miror Eridesium Martini, virum aliquo doctissimum, & quondam hujus Academia Ingolstadtensis Ant. celsorem, in tract. de Censibus

cap. 6. num. 228. his duobus non fuisse contentum, ad arguendum contractum usurarium: sed præterea addit, in specie d. cap. Ad nostram simul quoque concurrisse, præter pactum de retrovendendo, etiam laesionem circa pretium, tum & venditorem mutua pecunia exegisse & emptorem fœnerari consuevisse; item quod pactum redimendi fuerit restrictum ex tempore ad tempus certum. Quæ certe omnia concurrisse in specie d. c. Ad nostram aperte non eruitur, præsertim, quod emptor fœnerari consueverit. Sed S. Pont. ut ante memini, fundamentum decisionis suæ collocat in simulato contracto emptionis, eo quod relutio pignorum certo tempore, puta à septennio ad novennium, circumscripta erat, & interim fructus lucro emptoris cederent, quod usurarium est. Cujus suspicionem ex eo magis confirmat, quod redemptio pignorum multo minori justo pretio esset constituta; cum alioqui nemo facile præsumatur suum iactare, vulg. l. Cum de in debito 25. vers. qui enim solvit D. De probatione & cap. Super hoc 5. sup. De renuntiat. Neque, ut & hoc addam, in d. cap. Ad nostram agitur de pacto retrovenditionis, ut alii desperato existimant, sed de pacto solius restitutionis pignorum, sicut & in d. l. 2. C. De pactis inter empt. & vend.

Quo verò ad cap. Illo vos 4. De pignori. similiter ibidem præsumitur contractus emptionis & venditionis simulatus, & usurarius, ex duabus conjecturis simul concurrentibus, quod scilicet fructus ab emptore percepti imputarentur in sortem, & quod ultra sortem venditor idemque redemptor teneretur solvere sexaginta solidos, ut videre est in fine ejusdem capituli.

Nam licet hæc conditio, ut fructus in sortem imputentur, non sit contraria natura contractus venditionis, est tamen propria pignoratitii contractus, l. 1. l. 2. & l. 6. Cod. De pignorat. act. & idcirco conjuncta cum altera conjectura, ut ultra sortem sexaginta solverentur, præsumptionem usurariam inducit, de quo latius Tiracq. in d. tract. de retractu convent. in præfat. num. 31. cum seq. Did. Covarr. lib. 3. Variar. resol. cap. 9. num. 2. & Felicianus de Solis in Comment. de Censib. lib. 1. cap. 6. circa fin. ubi refert, contractum carere vitio, in quo adjecto pacto convenit, ut venditio fiat majore pretio. Item licitam esse pactiorem, quâ & etiam fuit, ut revenditio fiat majore pretio, fructibus in sortem principalem computatis. Utrumque is elicit ex d. cap. Illo vos. Verùm contra Mart. Navar.

ius in *Manuali cap. 17. num. 248. vers. secundum*, im-
probat illam conditionem, ut res majore pretio,
quàm empta est, redimatur, per text. *eiusdem cap. 11.*
lo vos. Sed hic textus in duobus se fundat, ut antè
dictum est; ita quod Navarrus eo se tuteri non pos-
sit. Puto tamen ejus sententiam veram esse, ubi
major quantitas in odium redemptionis adjecta
est, ut hac ratione retrahatur venditor à redi-
mendo, pro quo optimè facit text. in *l. Iulianus 14.*
§. ibidem Papinianus D. De act. empt.

Restant duo argumenta dissolvenda, quæ su-
prà nu. 12. & nu. 13. movimus, ex cap. 1. & c. *Salubri-*
ter hoc tit. & ex c. *Nuper 6. De donation. inter virum &*
uxor. Sed prius argumentum commodiùs rejici-
mus in caput proximum. Nisi quod & ibi citavi-
mus *l. 2. Cod. De pactis inter empt. & vend.* ubi dixi-
mus, pactum hoc venditioni fundi adjectum va-
lere, ut quandocumque velit venditor, refuso
pretio possit eundem fundum ad se revocare,
cùm tamen interea emptor percipit fructus suos
faciat, cur non item in antichresi? Diverstatis
ratio hæc est, quòd emptor rei à se empta factus
dominus, rectè eisdem fructus lucratur tam-
quam ex re sua provenientes, *l. Qui sit 2. D. De u-*
suris. At secus est in pignore, cujus dominium

cùm in creditorem non transeat, fructus ejus
tamquam rei alienæ non cedunt lucro credito-
ris; sed ad restituendum vel imputandum eos in
sortem tenetur, prout suprà dictum est. Nec
quoque movet, quòd antichresis & emptio in
eundem finem tendant, videlicet ad lucrandos
fructus rei: quia in modo diversitas est, cùm em-
ptio licitus modus sit, antichresis illicitus, ut po-
te usurarius. Simili ratione videmus hæredita-
rem rectè testamento relinqui, non verò pactio-
nibus, *l. Hereditas 5. C. De pactis conventis. Et l. Licet*
19. C. De pactis. Nam & in his modis diversitas est.

Quo verò ad argumentum ex d. c. *Nuper*, re-
spondetur usum fructumque suadilicite concedi
alteri per viam donationis sive liberalitatis, *l.*
Permissi 16. §. fin. l. Si gratuitam 17. in princ. D. De
prescriptis verb. Et l. Aquilius 27. D. De donat. quem-
admodum & per viam commodati, l. 5 §. 2. Com-
modati. At per viam mutui illicitè fructus fundi
conceduntur, cùm in mutuo ea tantummodò res
in obligationem veniat, quæ data fuit: & ideo si
quid amplius ejus ratione à creditore petitur vel
retinetur usura est, *l. Rogasti 11. §. si tibi decem & ibi*
Accurs. D. Si certum petatur, cum iis, qua hæctenus di-
ximus.

CAPUT VI.

Casus, quibus antichresis jure permessa est.

SUMMARI A.

1. Quibus casibus licitè percipiuntur fructus rei oppig-
norate.
2. Explicatio c. 1. in fine hoc tit.
3. & 4. Cap. 1. de feudis & c. Conquestus hoc
tit. & de ratione utriusque.
5. Hostiensis sententia probatur contra Covarr.
6. 7. De cap. Salubriter hoc tit. & de ejus ratione.
8. Tuzior ratio ipsius textus quàm qua à Dd. fingitur.

Quæ de antichresi superiore capite disse-
ramus, non sunt perpetua; habent enim
suas limitationes sive exceptiones, ut vul-
gè recepto more loquimur, seu, ut ego malim,
suas declarationes, ita quòd sub antichresi pro-
priè non comprehendantur. Una earum est in cap.
1. hoc tit. ubi cum Alexander III. S. Pontifex in
Concilio Turonensi decrevisset, ne quisquam
Clericorum genus aliquod usurarum exerceat, tan-

dem in fine ejusdem cap. hæc verba subjicit: *Nisi*
fortè Ecclesia beneficium fuerit, quod redimendum ei hoc
modo de manuali videtur. Hæc igitur una excep-
tio est sive declaratio, quæ antichresi permessa
est. Siquidem ex his verbis textus constat, Cleri-
cum posse beneficium sui fructus à laico injustè pos-
sessi & sibi pro mutuo obligati, licitè percipere
& retinere; ita quòd non cogatur eos in extenua-
tionem sortis referre. Et ratio est, quia hæc specie
nullum lucrum facit Clericus (quod alioqui ne-
cesse est in usura, ut sup. cap. 1. latius deduximus)
sed potius hac viâ redimit id, quod ad se legitimè
spectabat. Quod & Glossa *ibid.* rectè transfert ad
quemvis laicum, ut & is non minus possit hac ea-
dem via possessionem rei suæ avocare ab injusto
possessore. Suadet enim id eadem ipsa æquitas. In
quam rem confert elegans textus in *can. Dominus*
xxiii. quæst. 1. Et in l. fin. D. De condict. ob turpem cau-
sam. Nam hoc posteriore textu is, qui pecuniam
accepit ejus nomine, quod alioqui gratis præsta-

M m m 2 10 de