



**Quæstionum Canonicarum, In Quinque Libros
Decretalium, Tomus ...**

In Lib. III. Decretalium. In quo agitur De Rebus, quae in iudicium devenire solent, cujusmodi sunt, de vita et moribus Clericorum, ...

Schlüter, Georg

Augustæ Vindelicorum, 1708

Quæstio XXI. In Titvlvm XXI. De Pignoribus, Et Aliis Cautionibus.

[urn:nbn:de:hbz:466:1-73045](https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:hbz:466:1-73045)

QUÆSTIO XXI.

IN TITVLVM XXI. DE PIGNORIBUS, ET ALIIS CAUTIONIBUS.

Cum contractus principales muniti soleant accessoriis, in securitatem conventionis, seu debiti; de his accessoriis contractuum, postquam de illis actum est, præfens titulus subjungitur; ejusmodi autem accessoria sunt pignus, hypotheca, aliæque cautiones; de quibus ea, quantum sunt præsentis tituli, potissimum respicientis res Ecclesiæ, breviter dicemus.

ARTICULUS I.

De Cautionibus, Pignoribus & hypothecis, in genere.

Cautio in genere est quædam prudentia, qua avertimus, & vitamus, ne quid mali nobis accidat; apud Jurisconsultos sumitur multipliciter, nempe 1. pro actione L. 1. §. si quis. ff. de cloacis; 2. pro satisfactione L. 1. C. de procur. 3. pro instrumento L. lecta. ff. si cert. petat. 4. pro dilatione, authent. de litigan. §. si vero pro cautela; L. quoniam liber C. de testi; & 5. pro securitate, authent. de mandatis princ. neque autem. Cæterum in proprietate sermonis, & ut regulariter accipitur, est nuda promissio, ex qua inducitur firma obligatio, & securitas L. sancimus. C. de verb. signif. quando v. g. quis tenetur cavere de evictione, de vitis, & morbis. Dixi: nuda, intellige à fidejussoribus, & pignoribus; sed non, à stipulatione; nam obligatus cavere, debet stipulatione cavere, ut obligatio sit firma: L. pen. §. docere. ff. ne quis eum, qui in jus voc. Sic notavit Alex. Scot. V. cau-

sio; est igitur cautio, generaliter accepta, omnis securitas, qua quis securus redditur de eo, quod sibi promittitur, & dividitur in pratoriam, idoneam, chirographicam, hypothecariam, pignoratitiam, fidejussoriam, juratoriam, & fidei propriam.

Cautio Pratoria est, quæ fit jussu Pratoris, quando scilicet Prator jubet, pro collatione bonorum faciendâ, rectè caveri, L. 1. §. jubet. ff. de collat. bon. & debet fieri cum fidejussoribus, vel pignoribus; idonea (quæ etiam sufficiens appellatur ab Alberico v. eod. ubi de significatu hujus verbi sufficit) est fortior nuda cautione, proindeque fidejussoria, vel pignoratitia esse debet; ut, quando Creditor mandavit procuratori, ut reciperet idoneam cautionem à debitore (alias non daret dilationem) intelligitur cum fidejussoribus, vel pignoribus L. si mandato. §. fin. ff. mandati; nam vox idonea apponitur, ut cautioni nudæ firmitatem addat; sic etiam tradunt Molina tr. 2. D. 334. n. 4. & Sanch. lib. 16. Mat. D. 18. n. 35. Ubi addit, idem procedere, si cautioni adjiciatur particula plena, competens, vel diligens; hoc tamen limitat Alex. conf. 35. n. 11. lib. 4. ut procedat, nisi materia repugnet; quia juxta subjectam materiam intelligi debet.

Chirographica est, quæ fit accepto chirographo, vel charta; nam charta, in qua scribitur computatio, vocatur cautio. Luc. 16. accipe cautionem tuam. Hypothecaria datur, quando hypotheca supportatur; sicut pignoratitia, cum pignus datur. Fidejussoria est, quando principali obligationi intervenit fidejussor; hæc tres vocantur satisfactiones; juratoria (quæ etiam ad juratoria appellatur) est.

est, quando promissio roboratur juramento; ut, si jures solemniter, te debere aliquid, vel impleturum; cautio, *fidei propria* intervenit, dicitur, quæ fit per fidem præstitam sine solemnitate juramenti; sunt & cautiones, quæ nomen habent, vel ab authore, vel à materia, in qua versantur.

1811 His aliqui addunt cautionem *Mutianam*, ex L. *Hæres meus*. ff. de condit. & demonstrat. introductam à Mutio Jurisconsulto, ut testatur Molina tr. 2. D. 206. locum vendicat in ultimis voluntatibus potius, quam in contractibus; traditur per conditiones negativas, puta, *si scichum non manumisseris, si Capitolium non ascenderit*; item: *si Legatarius conditionem facturus sit, restituet rem legatam cum fructibus*; *Mortuoria* est, quæ datur, ut quis differat, & expectet; cautio nullo peccato est, cum quis tantam fidem tibi habet, ut contentus sit nuda promissione tua.

1812 Cautio demum *de evictione* dicitur, quando præstatur securitas emptori, à venditore, ut, si ab eo evincatur, venditor ei restituat æstimationem rei in duplum, vel simpliciter, prout convenerint; cautio *de usufructu* est, in qua de duobus cavetur, nempe, quod usufructuarius re non male utatur; & quod, usufructu finito, restituat, quod ex re ipsa supererit.

1813 *Pignus* latine, & *hypotheca* græcè, solis nominibus differre videntur; unde si late accipiatur pignus, cum hypotheca coincidit, & utrumque dupliciter sumi potest; 1. *pro re* subjecta pignori. 2. *pro contractu* pignoratitio. In *prima acceptione* sic definitur à Molina tom. 2. D. 528. est res subjecta obligatæ, pro debito, ut nisi impleatur inde satisfiat, in *secunda* acceptione sic est contractus, quo aliquid creditor in debiti solutionem obligatur, ut inde satisfiat, si aliter non sit satisfactum.

1814 Si vero pignus, & hypotheca *strictè* sumantur, definitionibus traditis aliquid addendum est, nempe definitioni *pignoris strictè accepti* hæc particula: *facta traditione creditor, aut alteri loco illius rei ita obligata*; definitioni autem *hypothecæ strictè acceptæ*, hæc particula: *non facta traditione rei ita obligata*; nam

hypotheca proprie fit per rem obligationi subjectam, quamvis non sit creditor tradita possessio; *pignus* vero fit per rem non solum obligatam, sed & creditor traditam; proindeque *pignus* consistit in rebus mobilibus, quæ non manent penes debitorem; nam proprie *pignus* dicimus, ut habetur L. 9. §. 1. ff. de pignorat. act. *quod ad creditorem transit*; hypothecam autem, *cum non transit, nec possessio ad creditorem*; hinc etiam verius est, differentiam utriusque non tam attendi, an res in securitatem tradita sit *mobilis*, vel *immobilis*, quam, *an sit tradita, vel non tradita Creditori*? si primum, erit *pignus*; si secundum; *hypotheca*. Unde Haunoldus tom. 4. de Just. tr. 10. c. 9. docet, *pignus* strictè sumptum *traditione*; hypothecam, *conventionem* perfici.

1815 Divisio pignoris quadruplex est; *Conventionalis*, *Prætorii*, *judicialis*, & *legalis*. *Conventionale* est, quod sola conventionem partium, nempe inter creditorem, & debitorem, statuitur; ita *Zoësius* ad instit. de action. §. *ita serviana*. *Prætorium* est, quando à Prætoribus, seu Prætoris decreto mittitur Actor in possessionem propter contumaciam Rei in non comparendo ante litem contestatam, vel post: nam per talem immisionem (ut inquit Molina D. 528. comparat ille jus in rem, & ea res subit rationem pignoris prætorii.

1816 *Judiciale* pignus est, quando unus contententium, in executionem sententiæ (sic loquitur Molina cit.) prius latæ, aut in executionem obligationis *Guarentigiæ*, vel alterius, quod secum paratam affert executionem, non expectata Judicis sententiâ, mittitur in possessionem, seu tenentiam rei alterius, ut inde satisfiat. *Legale* est, quod ab ipsa lege inducitur, & *tacitum* appellatur, cujusmodi sunt bona debitorum Fisci, L. 2. C. in quibus caus.

1817 Similiter *hypotheca* dividitur in *expressam*, & *tacitam*, 2. in *universalem*, & *particularem*. *Expressa* est, quæ verbis, aut signis aliis explicitis contrahitur, sive Conventionem partium, sive auctoritate, & decreto Judicis; *Tacita* est, quæ censetur constituta dispositione legis, atque adeo multipliciter, ut videre est

apud Molinam tom. 2. D. 526. & Lefs. 1. 2. c. dub. 6. *Vniuersalis* est, in qua omnia bona presentia, & futura obligantur, & non impedit, quod res libere vendi possit: nam loco illius succedit pretium nempe hypothecatum: *Particularis* est, quando res certa obligatur, & semper afficit rem, ad quemcunque perveniat, donec debitum extinguatur.

1818 Præter hæc, propter modos loquendi de pignore, not. 1. *Repignorare* apud Ulpianum L. *si us certo loco*. §. *nunc videndum*. ff. commodati, esse idem, ac pignus recipere soluto pretio; *Luere pignus* idem; quod liberare, seu repignorare; Instit. de leg. §. *sed est rem*. Unde luitio pignoris tit. 31. C. l. 8. est idem, atque pignoris liberatio; *absolvere pignus* apud Paulum lib. sent. 2. c. 5. est idem, atque luere, seu liberare.

1819 Not. 2. *distrahere pignus*, ut habetur rit. 21. C. de capiendis, & distrahendis pign. lib. 10. & explicat ibid. Garcia, & Tolet: est pignus publicè vendere, seu auctioni exponere, ut ex pretio satisfiat Creditori: Unde distractio pignoris est huiusmodi venditio. Distrahere lites, seu controversias, est componere, dirimere. Cedere pignora apud M. Tullium in proem. lib. 3. de orat. sumitur pro vendere, seu auctione distrahere.

1820 Not. 3. *pignorare* idem esse, ac rem aliquam pro debito obligare creditori, ut securior sit de solutione debiti: seu est facere contractum pignoratitium; *Pignoratitia* res dicitur, quæ pignore data est; *Pignoratitius* vir est, cui pignus capere licet. *Pignorator* est, qui pignus accipit; *Nexa res*, & *nexa pignori* (ut sumitur ex L. 2. & 7. C. de dist. pig. & L. 1. §. *si quis*. ff. ne vis fiat) dicitur, quæ pignoris nomine obligata est; *Supponere*, est pignore obligare; & suppositum, est pignore obligatum, ut habetur auth. *ut immobilia ante nuptiales donationes*. §. 1.

1821 Not. 4. *redimere* pignus, esse oblato pretio recuperare, liberare; sicut redimere hæreditatem, est venditam hæreditatem iterum recipere: & redimere majestatem, vel jus suum, esse conservare; recolligere, ut habetur c. *significare*. de pign. idem ac redimere. Durare vincula pignoris L. 2. C. de Luitio,

pign. idem significat, ac permanere, perseverare. Pignus committi idem valet, atque pignus amitti per commissum aliquod: seu pignus devenire ad eum statum, ut debitor dominium pignoris amittat v. g. mutuavit Titius pecuniam Sempronio sub pignoris conditione, ut nisi præfixo die pignus lueret, vel redimeret debitum solvendo, pignus committeretur; id est, amitteretur.

ARTICULUS II.

De Pignoribus.

Questio 1. est, quænam res pignori, vel hypothecæ subijci possint? ¹⁸²² Res, quæ absolute, ac per se ipsas vendi non possunt, etiam non posse oppignorari, L. 1. ff. quæ res pignori oblig. non poss. L. *fin*. C. de reb. alien. junct. gl. V. *vel hypothecam*, in addit. Ex hoc autem, si attendamus ad ea, quæ dicta sunt, quæ res vendi, vel non vendi possunt, facile sequentur conclusiones particulares de pign. & hypoth. quo habetur, res Ecclesiæ, non nisi ex necessitate, vel utilitate in pignus dari posse Laicis, per c. 1. h. t. ibi: *Nullus Presbyter præsumat, calicem, vel patinam, vel vestimentum sacerdotale, aut librum Ecclesiasticum tabernario, vel negotiatori, aut cuilibet Laico, vel femina, in validum dare, nisi justissima necessitate urgente*.

Dices: res aliena vendi potest per n. ¹⁸²³ 1428. ergo etiam in pignus dari; ¹⁸²⁴ N. conseq. nam per pignus res ipsa obligatur sic, ut, si debitor non solvat, ea vendi possit; per venditionem autem non res vendita, sed solum venditoris persona obligatur; ut, si ea res evincatur, emptori à venditore satisfiat; hinc, quia nullus alteri in re non sua potest constituere jus reale; hoc autem fiat pignore, non autem venditione, merito antecedit. dato N. conseq.

Ex hoc nota, Rectorem Ecclesiæ pro necessitate propria non personali, sed patrimoniali, non posse res Ecclesiæ in pignus dare c. *Ex presentium*. 3. h. t. ubi agitur de sacerdote, seu Rectore Ecclesiæ, qui pro necessitate patrimoniali calicem

licem Ecclesie, & medietatem Breviarium oppignoravit; & , antequam redimeret, obiit; & ideo, quaestione mota, an successor in beneficio pignus illud, seu debitum, ab antecessore contractum, solvere teneatur? responsum est generaliter cit. c. 3. ibi: *unde quoniam indignum est, ut eidem Ecclesie res sua (praeterquam, quae sacris ministeriis deputatae sunt) taliter debeant deperire; mandamus, quatenus, si verum est, quod asseritur, filium eius, qui ex successione ipsius patrimonii jus dicitur obtinere, moneas, & compellas, ut ea recolligas, & restituas Ecclesie memoratae.*

1825 Quæstio altera est, an creditor fructus pignoris teneatur computare in sortem? pro resol. Suppon. 1. fructus pignoris computare in sortem, nihil aliud esse, quam computare in solutionem debiti; sic, ut quantum de fructibus percepit pignorarius, seu Creditor; tantum de quantitate debiti detrahatur in solutione, qua pignus redimitur. Suppon. 2. per sortem intelligi principale debitum, v. g. accepisti mutuo centum, & obligasti quatuor pro centum per annum; si creditor ex pignore accepto tali anno percipit fructus v. g. 10. fl. licite accipit 4. fl. pro censu; sed sex reliquos non potest retinere, nisi computet in sortem, seu solutionem debiti principalis, quo casu debitor non amplius ad centum, sed tantum ad 94. tenebitur. his positis.

1826 2. Creditorem teneri in sortem computare fructus ex pignore perceptos, saltem quoad eam partem, quae non debetur pro censu annuo, vel expensis in illud factis, exceptis tribus casibus L. 1. C. de pignorat. action; hoc etiam procedit de fructibus, quos percipere poterat, & sua negligentia non percepit L. Creditor C. eod. & L. 2. C. de pactis pignor. Gloss. in c. Cum contra. 6. h. t. V. perceptum; & constat ex verbis dicti c. ibi: *nos igitur attendentes, quod in talibus perceptio fructuum in solutione sortis accedat, cum secundum canonicas sanctiones fructus restituuntur, & in sortem debeant computari; considerantes etiam, quod possessiones ipsa jam extenuassent penitus totum onus, & debitum annullassent, ipsas tibi restituendas esse decernimus, & te per nun-*

tium nostrum in possessionem induci fecimus corporalem.

1827 Quæstio 3. est, an Creditor rem, pignori acceptam, oppignorare alteri, vel aliter etiam uti possit? ad 1. Resp. cum Gloss. in c. cum contra. 6. h. t. quod sic; ibi: *Cum contra G. civem Anagninum super quibusdam possessionibus, quas quondam Pater eius L. de Saul pro certa quantitate pecunie obligaverat, & ipsius Creditoris heredes predicto G. pignoraverant.* Sed notandum, ut hoc procedat, sequentes conditiones observandas esse; primo, ut creditor non possit eam secundo in plus obligare, quam ei obligata fuerit a debitore primo. L. 1. & 2. C. si pignus pignori datum sit. 2. ut hoc non procedat ultra tres vices; adeoque, ut si dominus pignoris hoc dedit suo Creditori, iste secundo, & hic tertio; tertius non possit illam ulterius pignorare arg. c. 2. de rescript. in 6. 3. ut si solutione debiti jus primi Creditoris extinguatur jus pignoris etiam extinguatur in reliquis, esto hi suum debitum nondum solum habeant. L. 2. C. si pignus pignori detur; quo casu pignoranti, contra Creditoris pignorarios datur utilis actio pignoratitia (*restitutio des Anspruch wegen eines Pfandes*) c. Cum contra h. t. licet actio pignoratitia coeteroquin sit tantum personalis. Gloss. recepta in Rubric. tit. ff. de act. pignorat. Ad 2. 2. quod, si Creditor invito debitore, pignore utatur, furtum committat, & ad restitutionem teneatur secundum estimationem usus, non pignoris. §. 6. Instit. de obligat. quæ ex delicto.

1828 Quæstio est 4. an Creditor possit pignus vendere, si ipsi tempore constituto debitum non sit solutum? 2. (ut etiam de hoc dicitur aliquid n. 1867.) posse etiam invito debitore, licet de hoc expressè conventum non sit. L. 4. de pignor. act. & §. Contra autem. Instit. quibus alien. licet. Sed not. quod tunc pretium pignoris (sicut fructus) debeat computare in sortem; & si excedat sortem, censum annuum, & sumptus tam necessarios, quam utiles in pignus factos, excessum pretii, debitori restituendum; sic Card. Lug. de Just. tom. 2. D. 32. n. 40. Si autem redemptori pignoris, faciendæ per solutionem debiti, terminus

minus præfixus est, debitor tunc non solvens censetur esse in mora, etiam Creditore non petente, quia dies pro Creditore interpellat, L. *magnam* C. de contrahend. & Commir. stipul. Si autem dies non fuit præscriptus, mora incipit, quando elapso rationabili tempore interpellatur à Creditore, L. *si ex legati causa*. ff. de verbor. oblig.

1829 Creditor in venditione pignoris procedere debet bona fide, & vendere, quo majori pretio potest, adeoque subhastatione, L. *ult.* C. de jure dom. & si ipse debitor velit vendere, debet illi accepta cautione permittere; sic Lugo cit. n. 36. Creditor in casibus jure sibi permissis vendens pignus, ejus dominium transfert in Emptorem; quia, licet ipse non sit Dominus pignoris, est tamen in hoc casu debitoris Procurator à lege, vel Judice constitutus; sic Lugo n. 40.

1830 Quæstio est 5. an venditio rei in dubio judicanda sit contractus emptionis, vel pignoris, quando pacta venditioni adjecta, venditioni repugnant? ut, si adiciatur pactum 1. quod res redimi debeat à venditore majori pretio, quam vendita sit, si Emptori placeat. 2. ut fructus inter tempus venditionis & redemptionis percepti computentur in sortem? Resp. debere judicari potius esse contractum pignoris pro mutuo; nam secundum pactum repugnat venditioni; & ex primo sequitur usura prohibita ex mutuo; c. 4. h. t. ubi dicitur, quod si usurarius emit rem eo pacto, quod post tempus eam restituat venditori, recipiendo aliquid ultra sortem, fructibus tamen in ea computatis judicetur contractus fœneratitius.

1831 Quæstio est 6. an in pignoribus *promutuo* licitum sit pactum antichresios? pro resol. not. contractui pignoris, dari promutuo, quandoque adijci solere pactum, ut Creditor fructus pignoris tam diu percipiat, & suos faciat, quin eos in sortem computare teneatur, donec solutione sortis eliberetur pignus, esto interim illi fructus debitum exsolvant, vel etiam excedant, & hoc pactum vocatur *antichresis*. Quoposito Resp. tale pactum esse illicitum, & usurarium; ita Camisius in L. 5. decret. tit. 19. c. 5. n. 14. Hamold. rom. 4. de Just. tr. 10.

n. 928. cum comm. Theolog. Nam pactum usurarium est ipso jure nullum, & tam divinis, quam humanis legibus prohibitum est, ut constat ex toto tit. de usuris; hoc autem pactum est usurarium, si pignori adjectum sit; nam usura est, quidquid *in*, & *vi* mutui, *ultra sortem*, accipitur; sed in dato casu fructus pignoris accipientur ultra sortem *vi mutui*; cum expresse c. 1. & 2. de usuris dicantur computandi in sortem, ut caveatur usura; ergo si secus, eorum perceptio erit usuraria; & quoniam sit *vi* pacti supponentis mutuum, seu ex virtute mutui eo pacto informati, eo ipso erit *vi mutui*.

Dices 1. licitam esse antichresim, propter incertum fructuum eventum, etiam si fructus legitimum usurarum modum interdum excedant, ut dicitur L. *ex oleo*, L. *si pactione*, L. *si ea lege*. C. de usuris. Verum jure civili (ut constat ex toto tit. ff. & C. de usuris) etiam usura permissa, non tamen propterea in conscientia licita sunt; cum certus sit usuras *vi* solius mutui peccatum esse; hinc nihil probatur, cum jus civile non possit in conscientia licitum reddere, quod jure divino, & canonico prohibitum est, tanquam peccatum.

Dices 2. quod sit præcisè causa proximi juvandi, non est illicitum; ergo si antichresis eo solum titulo contrahatur, non erit illicita: hoc autem sæpe contingit, quando proximus graviter eget pecunia; ergo sæpe licita est; sic Andr. Gail. l. 2. observ. 3. n. 5. Verum N. anteced. universaliter; quia, quod ex se malum est, nec proximi causa licet; alias liceret mentiri, quando proximus à periculo gravi liberari potest mendacio; & quæ, quæso, est charitas proximi, præcisè titulo mutui, auferre proximo fructus pignoris? cum pecunia, per te mutuo illi data, cœteroque otiosa fuisset, vel si alias otiosa non fuisset, alio titulo licitum sit interesse justum.

Dices 3. fructus illos posse computari in vicem molestiæ, quam Creditor subit in colendo fundo, & credito non simul, sed per vices recuperando, quæ particularis solutio multa habet incommoda; ergo hoc titulo potest fructus ultra sortem recipere. Resp. non posse; quia

quia contractus initio quidem voluntatis sunt, postea vero necessitatis, ut dicitur L. Sicur. C. de act. & obligat. hinc Creditor sibi debet imputare, quod, cum jure non cogere ad mutandum, hanc sibi necessitatem iniecit ex fructibus rei pignorate sortem suam colligendi; quamvis, & hac molestia se liberare possit non recipiendo in se pignus, sed hypotheca nomine relinquendo debitori, ut notat Canisius cit. n. 24.

1835 Dices 4. in dato casu fructus non reciperentur vi mutui; ergo non sunt usura; ant. patet; quia in dato casu fors non possit revocari, quod est contra naturam mutui. Resp. tunc fructus non percipi vi mutui *nudi*, sed *vestiti pacto* propter mutationem præcedentem; hinc cum Creditor lucretur fructus pignoris, vi pacti, qua supponentis mutuum, merito incidit in usuram divino, & humano jure damnatam c. 1. & 2. ac 10. de usuris; idem est, si dicas, donari donatione supponente mutationem præcedentem; mutuo autem non obstat contrahi ad certum tempus, & in certum diem, adeoque nec illa irrevocabilitas.

1836 Ne autem in usurarium antichresis pactum temerè incidamus; prudenter monet Dominic. Soto de Just. & jure l. 6. q. 1. a. 2. apud Canis. cit. n. 29. ut creditor rem, quam alioquin debitor pignori destinaverat, certo pretio emat cum pacto reuisionis; nam tali casu fructus, aliæque obventiones lucro cedunt emptori licitè; cum jam eas percipiat *ex re sua*, L. qui scit. ff. de usuris; & hoc pactum revendendi esse licitum etiam in conscientia multis autoritatibus probat Tiraquellus, Navarrus, & alii apud Canis. loc. cit.

1837 Sed dices 1. antichresis, & emptio illa in eundem finem tendunt (videlicet ad fructus rei lucrandos) ergo si non licet antichresis, nec licebit illa emptio. Resp. esse diversitatem in modo; nam emptio est modus licitus lucrandi fructus; antichresis illicitus, & usurarius, quia ille tendit ad lucrandos fructus *ex re sua*, iste, *ex aliena*.

1838 Dices 2. etiam ille, qui per viam donationis, vel ususfructus lucratur fructus, Tom. III.

tus, tendit ad eos lucrandos ex re aliena, & tamen non est illicitus modus lucrandi. Resp. viam donationis & liberalitatis esse modum de se licitum; non autem viam vi solius mutui, cum in mutuo ea tantum res in obligationem veniat, quæ data fuit, non alia; quod autem eadem res rectè detur uno modo, & non altero, pat. nam hereditas justè dari potest testamento; non autem, pactis. L. hereditatis. C. de pactis. & L. licet C. eod.

Dices 3. antichresis etiam jure canonico (saltem aliquibus casibus) permittitur; ergo de se non est mala; ant. pat. nam Clericus potest beneficii sui fructus à Laico injustè possessi, & sibi pro mutuo obligati, licitè percipere, ut dicitur c. 1. de usuris. 2. Cum Domino feudi res feudalis in pignus datur, non tenetur fructus in sortem computare, c. conquestus eod. 3. gener fructus possessionum pro dote sibi obligatarum licitè non computat in sortem c. salubriter eod. Resp. non permitti antichresim ex pignore; nam in 1. casu solum ab injusto possessore avocatur Clericus possessionem *rei sua*; non autem percipit vi mutui fructus ex alieno. In 2. casu non est usura, cum fructus percipiat Dominus feudi ex re sua jam consolidata; feudum enim, cum à Vasallo in pignus datur domino, consolidatur, & Vasallus ab onere obsequiorum liberatur. In 3. casu percipiuntur fructus in defectum dotis, non sufficientis ad onera matrimonii supportanda, ut patet ex ipso textu; hinc simpliciter N. ant. de antichresis, quam rejicimus. V. Waldingum de contract. D. 6. d. 9. §. 1. & 2.

Quæstio est 7. an in pignore pro mutuo licitum sit pactum legis commissariae? per hoc intelligitur pactum contractui super mutuo adjectum, quo debitorem inter & Creditorem convenitur, ut, si ab illo non solvatur debitum intra certum tempus, pignus committatur, hoc est Creditori cedat, ad eumque pertineat, sic, ut à debitore amissum sit; pactum hoc jure canonico, & civili reprobatur, ac illicitum, nisi fiat cum limitatione ad justum pretium, & solum secundum æstimationem debiti. prob. ex c. significante de pignorib.

ibi: *Cum igitur pactum legis commissoria sit in pignoribus improbatum*; ut etiam dicitur L. 3. C. de pactis pignororum; & ratio est; quia, cum pignus communiter plus valeat, quam debitum ex mutuo; eo ipso vi mutui, aut saltem vi pacti essentialiter supponentis mutuum, perciperetur aliquid ultra sortem, quod est usura; hoc autem non contingit, facta illa limitatione; ergo. v. Molin. D. 324. Wading. cit. D. 10.

1841 Ex dictis colligitur, nec pignoratorem, nec pignoratium, strictè loquendo, habere plenum dominium pignoris; neuter enim habet omnem usum; *non primus*; cum non possit rem habere penes se; *non secundus*, cum non habeat proprietatem: quia tamen id, quo caret dominus pignoris, ethice, & moraliter propè nihil est, ideo Molin. tr. 2. d. 3. n. 26. censet, nullum jus in re, residens in alio à proprietario, obtinere, quo minus hic dicatur pleno jure dominus, præter usumfructum, maxime perpetuum, ut est in emphyteusi, feudo, superficie, perpetuis; Quare rem esse subiectam hypothecæ, pignori, servituti, censui, juxta hunc sensum, non facit, ut proprietarius, non sit rei plenus Dominus; sed moraliter, & ethice, sic ille.

1842 Not. autem prohibitionem pacti legis commissariae extendi 1. ut ei locus non sit, licet debitor renuntiaverit beneficio legis prohibentis tale pactum; quia hoc beneficium inductum est causa publicæ utilitatis; 2. prohiberi non solum hoc pactum adjectum pignoribus pro mutuo, sed etiam pro aliis debitis; quia tale pactum indefinitè prohibetur L. *fin.* C. de pact. pignor. 3. etiamsi tale pactum approbet consuetudo; cum adversetur juri naturali, & positivo divino, contra quam nihil potest consuetudo.

1843 Censent tamen aliqui licitum 1. si fiat contra fidejussorem; sic Azor tr. de pignoribus. p. 3. l. 7. c. 10. sed contrarium tenet Zoësius h. t. n. 20. quia hæc circumstantia non purgat vitium; 2. si sic fiat, ut, si debitor intra tempus præscriptum non solverit, pignus sit Creditori emptum, vel in solutum datum pro justo pretio, sive quanti tunc arbitrio boni viri, vel Judicis æstimabitur; L. *fundus.* §. *fin.* ff. h. t. quia sic debitor nihil per-

dit, & Creditor nihil accipit ultra sortem; & hoc modo pactum de committendo pignore pro dote non soluta intellectum, etiam licitum evadit favore doris; sic Azor cit.

1844 Not. autem, soluto integro debito, pro quo res pignorata fuit, pignoranti competere actionem pignoratitiam, *directam*, & personalem contra Creditorem, vel hæredes ejus, ut pignus integrum cum fructibus restituatur, nisi in debito fuerit compensatum. L. 11. C. de pignor. act. Creditori vero competere actionem pignoratitiam personalem *contrariam* ad id consequendum, quod sibi pignoris nomine probabiliter abest, vel damnificatus est ex pignore, L. 8. ff. de pignor. act. & hæc vocatur actio, *quasi Serviana*, quæ cuivis Creditori, tam ratione pignoris in specie sumpti, quam ratione hypothecæ, in specie pariter acceptæ competit, diciturque *vindicatio*; qua Creditor persequitur res pignori, sibi expresse, vel tacite obligatas. L. 3. ff. de pignorib. Quando autem Creditor, vel Locator prædij rustici vindicat res coloni in fundum conductum illatas, vel investas, & expressâ conventionem pro mercede locationis, & deterioratione fundi pignori suppositas, ab earum quavis possessione repetit, & actio realis *prætoriana*, (à servio Prætoris inducta & ideo *Serviana* dicta.) Actionem autem Prætoriam Adamus Volckmannus p. 4. de reb. Remp. concernentibus tit. 14. c. 68. Lit. E. exponit germanice *ein rechtliche Forderung der Obrigkeit*.

1845 Questio est 8. an, quando res venditur cum pacto reuisionis, seu revenditionis ad arbitrium Emptoris, talis venditio sit vera, & licita venditio? an vero contractus pignoris usurarius, si quid recipiatur ultra sortem? In casum istum haberi in c. *Illo vos* 4. h. t. ubi, cum Titius, & Cajus pro 23. libris argenti, mutuo acceptis à Gertrude muliere, quasdam vineas pro securitate dedissent, eas vero postea repetentibus ex parte Gertrudis, & Hæredum ejus propositum esset, *prædictas terras non esse pignori obligatas, sed pure venditas*, Titio, & Cajo firmiter asserentibus, fuisse solum pignori obligatas, non pure venditas, idque patere.

patere ex eo, quod dationi talis conditio adjecta fuerit, ut, si à tempore contractus intra duos annos emptio facta emptori displiceret, venditor, vel Pater ejus, intra annum post displicentiam emptionis; 26. libras (computatis perceptis fructibus in eis, id est in sorte,) solvere deberet; Judices delegati causam ad Innocentiam III. detulissent; inquirentes; an pura; & absoluta sit venditio? an præfatus contractus pignus debeat judicari?

1846 Pontifex questionem in hunc modum resolvit: quod qualiscunque fuerit intentio contrahentium, & ex forma contractus venditio non appareat conditionalis, sed pura; quamvis per conditionem possit resolvi; ex duobus tamen, quæ in pacto fuerunt expressa (videlicet, quod fructus percepti deberent in solvenda pecunia numerari; & quod ultra summam receptam; 60. solidi deberent persolvi) contra ipsum emptorem præsumitur vehementer, præsertim cum usuras consueverit exercere.

1847 Ex hac decisione deducitur, quod contractus emptionis cum pacto, quod emptor post certum tempus possit illam venditori restituere recipiendo quid plus, quam pro ea emenda persolverit, præsumatur contractus feneratorius, præsertim, si Emptor solutus sit, usuras exercere, sic Vivianus in Ration. Juris Pontif. l. 3. pag. 188. Alagona in Compend. juris Canon. pag. 439. & alii; consequenter in re esse contractum pignoris, palliatum venditione simulata præsumptione fundata 1. in eo, quod intra certum tempus tertæ fuerint redimenda, cum emptio, & venditio soleat contrahi in perpetuum sine temporis definitione; 2. quod fructus computati fuerint in sortem; est enim insolitum, ut quis rem, emptam à se, redimi patiatur minori pretio propter fructus perceptos. D. quia ratione solutionis dilatae aliquid ultra sortem debebat reddi, quod veluti usurarium merito damnatur à Pontifice. Ceterum si res, pro qua mutuanti mutuarius deberet constituere securitatem mutui, non pignoretur, sed mutuanti vendatur cum pacto, ut mutuarius deposita summa mutui, quam à mutuante accepit, possit eandem rem reluere,

Tom. III.

seu redimere, & contractus, & pactum licitum est, quia tali casu mutans; fructus rei sibi venditæ percipit re sua; & in venditione vi pacti nihil recipit ultra sortem, ut notavimus n. 1837. modo pretium emptionis sit intra latitudinem justii pretii, secundum æstimationem rei relucibiliter venditæ.

ARTICULUS III.

De Hypothecis.

Questio 1. est, quid sit hypotheca? 1848
2. quotuplex? 3. in quo differat à pignore? 4. quæ res hypothecari possint? 5. ad quæ bona extendat sese hypotheca generalis? 6. quæ bona cadant sub hypothecam specialem? 7. an jus Patronatus annexum fundo; hypothecæ subjecto, censetur cum illo datum in hypothecam? 8. quibus dispositione juris comperat hypotheca tacita? 9. quæ specialiter notanda circa tacitam uxoris hypothecam in bonis mariti? 10. an Ecclesia habeat tacitam hypothecam in bonis Prælati?

Ad 1. Resp. constare ex n. 1814.

Ad 2. Resp. id haberi n. 1817.

Ad 3. dictum esse n. 1814.

Ad 4. esse responsum in generali regula n. 1822. eadem enim etiam ratio est pro hypothecis; qualiter autem res Ecclesiæ in hypothecam dari possint? constat ex 1824.

Ad 5. Resp. quod extendat se etiam 1849
ad bona subsequente tempore acquirenda, quam diu debitum non extinguitur, esto horum expressa mentio facta non sit. L. fin. C. quæ res pign. obligari poss. item, ad mercès mercatorum; Haunold. mox citandus; ad actiones, & nomina; hæc enim nomine nostrorum bonorum veniunt per L. 10. §. 1. ff. ad Senat. Conf. Trebell. imo quidquid auget patrimonium nostrum; adeoque ad servitutes, fructus natos ex hypotheca &c. non tamen prædium emptum ex illis fructibus. L. 29. ff. de pignoribus; sed excipe 1. bona, quæ hæres defuncti debitoris acquisivit per se, non ab illo. 2. quæ quis non hypothecasset verosimiliter, facta expressa eorum mentione. 3. quæ quis non

lii 2

pd-

potest alienare. V. Haunold. tom. 4. tr. 10. n. 874.

Ad 6. Resp. quod sub hypothecam specialem cadant etiam ea, quæ nec designata per consequentiam accedunt fundo v. g. per alluvionem L. 16. ff. de pign. & hypoth. vel si rei quoad proprietatem obligatæ consolidetur usufructus L. 18. §. 1. ff. de pignorat. act. & determinata, seu specificata, vel in omnibus bonis certi generis.

Ad 7. Resp. quod, qui toparchiam, vel arcem aliquam subijcit hypothecæ, non propterea etiam censetur hypothecasse jus Patronatûs illi annexum c. 18. de sent. & re judicat. nam ex usu juris Patronatûs nihil nascitur pretio æstimabile, quod aptum sit venire in partem debiti computandum, pro cuius securitate constituitur hypotheca; Haunoldus tom. 4. de Just. tr. 10. n. 903.

1850 Ad 8. Resp. hypothecam generalem, ac tacitam 1. comperere Fisco in omnibus bonis debitoris L. 2. C. in quibus caus. pign. tacit. 2. pupillis, & minoribus in bonis Tutorum, & Curatorum L. 20. C. de administrat. tutor. imo etiam Vitrici, si Mater Tutrix prius nubat, quam liberis tutorem petierit, & reliqua persolverit. L. 6. C. ex quib. caus. pign. tacit. contrah. 3. pupillo in re, alteri empta, ex pecunia pupilli, hic enim habet hypothecam specialem pro pretio necdum soluto, & privilegiatam, ut omnes alios hypothecarios anteriores, etiam speciales præcedat, L. 7. ff. qui potiores. 4. Legatariis, & fideicommissariis in bonis Testatoris §. 2. Instit. de Legat. L. 1. C. communia delegatis; intellige tamen in bonis, quæ a testatore ad heredem perveniunt, ut apud ipsum maneant. Haunold. tom. 4. de Just. tr. 10. n. 981. 5. uxori pro dote, ac ejus restitutione in omnibus bonis mariti. §. fuerat. Instit. de actionib. & c. ex Literis. §. h. t. ibi: *mandamus, quatenus, si tibi constiterit ex his, quæ in presentia tua fuerint proposita, & probata, quod mulier dicit, viro dedisse in dotem, in prædictum R. de bonis fratris aliqua possidere: cum mulieribus favor multum in recuperandis dotibus debeat, & cautum sit in jure, quod propter maleficiam viri, mulier remanere non debeat in donata, cum etiam bona viri mulieri sine pro dote sacite obligata, & cum suo*

onere transierint ad quemlibet possidentem; R. prædictum eidem mulieri, ad restitutionem dotis eatenus condemnens, quatenus de bonis fratris sui præfati noscitur possidere.

Ex hoc Resp. ad 9. Not. 1. hypothecam alicui rei impositam transire cum ipsa re in ejus possessorem vel exempto, vel ex alio titulo per cit. c. *Ex literis*. ibi: *cum suo onere transierit ad quemlibet possidentem*, & L. 12. C. de distraction. pignor. etiam si vendita esset mandato Judicis. c. *Ex tenore*. de for. Comper. c. *Cum super*. de sent. & re judic. L. 2. ff. ne quis in loco publico. Excipe tamen, nisi cum consensu Creditoris fundus, hypothecæ subjectus, alienatus sit. L. 8. & 11. ff. quib. mod. pignus solv. Not. 2. uxorem posse agere pro dote sua contra quemlibet possessorem, vel detinentem bona mariti, ut constat ex eod. textu. Not. 3. dictam uxoris hypothecam tacitam pro dote, non præferri alteri hypothecæ expressæ priori, etiam non privilegiatæ; juxta Barb. in L. 1. ff. solut. matr. p. 6. à n. 4. Verum circa hoc punctum V. dicenda §. seq.

Ad 10. Resp. Ecclesiam in bonis Prælati, vel alterius administratoris bonorum Ecclesiarum, habere omnia ejus bona sibi tacito hypothecata in securitatem malæ administrationis; Ecclesia enim gaudet jure minorum, ergo sicut isti habent tacitam hypothecam in bonis Tutorum, & Curatorum; sic Ecclesia in bonis Prælati, & cujuslibet administratoris bonorum Ecclesiarum; antec. est ex c. 1. de in integr. restit. ibi: *Cum Episcopo ejus conditionem deteriore facere non liceat. & Ecclesia jure Minoris debeat semper illa servari*, &c. *Audiri*. 3. eod. ibi: *nos attendentes, quod utraque Ecclesia fungatur jure Minoris*, æquitate pensata utramque restituimus contra reliquam ad probandam rationem omissam, ne alterutra pars, propter hujusmodi negligentiam, gravi jacturâ lædatur; de Minoribus autem etiam constat ex L. 20. C. de administrat. Tutor. ibi: *Pro officio administrationis, tutoris, vel Curatoris bona, si debitores existant, tanquam pignoris titulo obligata, minores sibi vindicare minime prohibentur*; idem est, & si tutor, vel Curator quis constitutus res

minorum non administraverit; his prænotatis :

§. I.

De privilegio hypothecæ pro dote Uxoris.

1853 **G**eneralem hypothecam tacitam, hoc est lege constitutam, Uxori competere in bonis mariti, cum jure prælationis ante omnes hypothecas tacitas, non similiter privilegiatas, constat ex L. in rebus C. de jure dotium, ibi : *in rebus dotalibus, sive mobilibus, sive immobilibus, sive movens, sive tamen extant, sive aestimata, sive inæstimata sunt, mulierem in his vindicandis omnem habere, post dissolutum matrimonium, prærogativam, jubemus; & neminem Creditorum mariti, qui anteriores sunt, posse sibi potiorum causam in his per hypothecam vindicare, cum eadem res, & ab initio uxoris fuerint, & naturaliter in ejus permanerint Dominio; & statim infra; volumus itaque eam in rem actionem in hujusmodi rebus, quasi propriis habere, & hypothecariam, omnibus anteriorem possidere, ut sive ex naturali jure ejusdem mulieres res esse intelligantur, sive secundum legum utilitatem ad mariti substantiam pervenisse videantur; per utramque viam, sive in rem, sive hypothecariam plenissime consulatur; & L. 12. C. qui potiores in pign. §. 1. ibi : Sancimus, ex stipulatu actionem, quam mulieribus jam pro dote instituenda dedimus, cuique etiam tacitam donavimus inesse hypothecam, potiora jura contra omnes habere mariti Creditores, licet anteriores sint temporis privilegio valenti. De eadem materia, §. Fuerat. 29. Infit. de Actionib. dicitur : fuerat antea & rei uxoria actio una ex bona fidei iudiciis; sed cum pleniorum esse ex stipulatu actionem invenientes, omne jus, quod res uxoria antea habebat, cum multis divisionibus in actionem ex stipulatu, qua de dote exigendis proponitur, transfulerimus, merito rei uxoria actione sublata, ex stipulatu actio, qua pro ea introducta est, naturam bona fidei iudicii tantum in exactio- ne dote meruit, ut bona fidei sit; sed & tacitam ei dedimus hypothecam; præferri autem aliis Creditoribus in hypothecis tunc*

consuimus, cum ipsa mulier de dote sua experiat, cujus solius providentia hoc induximus.

Circa istam juris dispositionem occurrunt sequentia dubia; 1. an mulier, vi sui privilegii, quoad suam hypothecam tacitam, sibi constitutam in bonis mariti habeat jus prælationis non tantum relate ad alios Mariti Creditores, habentes in ejusmodi bonis hypothecam tacitam; sed etiam expressam? videtur dicendum, quod non, 1. quia Fiscus, & Uxor in hac materia pari passu ambulant; sed Fiscus non præfertur Creditori expressam hypothecam habenti; ergo nec uxor. major est ex L. 2. C. de juribus Fisci; minor est ex L. 4. C. eod. ibi : *si fundum pignori accepisti, antequam rei publica obligaretur, sicut prior es tempore, ita potior es jure*; ergo nec dos præfertur; provisio enim hominis facit cessare provisionem legis; sed mulieri solum provideret lex; Creditori autem provisio expressa hominis; ergo. 3. L. 29. C. de jure dot. dicitur, de muliere ratione suæ dotis vindicandæ; sed ita eam posse easdem res vindicare, vel à Creditoribus posterioribus, vel ab aliis, qui non potiora jura legibus habere noscuntur; ex hoc autem textu sequitur, quosdam esse Creditores, qui quoad hypothecam suam habent potiora jura, quibus uxor ratione suæ dotis non præferatur, ergo.

Sed affirmativa probabilior est, exceptis casibus, de quibus à n. 1858. Ratio sumitur ex cit. §. Fuerat. in n. 1853. ubi expresse, ac indefinite præfertur aliis Mariti Creditoribus, hypothecam anteriorem habentibus; nec ratio urget restringendi dispositionem Legis ad hypothecarios solum tacitos; cujus ratio est, quia Creditor, cujus pecunia res empta; vel reparata est, præfertur habentibus hypothecam expressam, ut habetur L. 5. ff. qui potiores, ibi : *interdum posterior potior est priori, ut puta si in rem istam conservandam impensum est, quod sequens credit, velut, si navis fuit obligata; & ad armandam eam rem, vel resciciendam ego credidero*; at uxor in dote exactio præfertur Creditori, cujus pecunia res empta est, vel reparata, & ex Novella 97. c. 3. ibi : *quæsitum est igitur, simulier prætendens privilegium super antiqua dote, &*

augmentum, in quo etiam hoc servatur privilegium (sicut prædictum) prioribus voluerit præponi creditoribus, veniat autem, & alter creditor, posterior quidem, prætendens autem pecuniis suis emptam, aut reparatam navem, aut domum, aut agrum &c. utrum oporteat dotem etiam talibus præponi, &c. plurimum igitur super his cogitantes, non invenimus, mulierem jure existentem, cedere alicui tali privilegio.

1856 Ad rationes in contrarium in n. 1853.

Resp. ad 1. N. ma. Fiscus enim non præfertur anteriori Creditori, expressam hypothecam habenti; nec etiam privato habenti hypothecam anteriorem, ex L. si pignus. 8. ff. qui potiores in pignore, ibi: *Si pignus specialiter res publica acceperis, dicendum est, præferri eam Fisco debere, si postea Fisco debitor obligatus est: quia & privati præferuntur.* Deinde, lex 2. in qua fundantur Contrarii, nihil aliud dicit, quam, quod Fiscus anteriorem hypothecam habens præferatur mulieri, & viceversa. Cæterum quando dicitur, Fiscum non præferri alii habentibus hypothecam expressam, procedit in bonis obligatis Fisco ratione delicti; non autem, ex contractu, per L. 28. ff. de jure Fisci, ibi: *Si qui mihi obligaverat, qua habet, habiturusve esset, cum Fisco contraxerit, sciendum est, in re postea acquisita Fiscum potiores esse debere, Papinianum respondisse, quod & constitutum est; prævenit enim causam pignoris fiscus.*

1857 Igitur universaliter negandum, in hac materia parem esse conditionem Fisci, & mulieris; nam si Fiscus, & mulier inter se comparentur, par est utriusque ratio, ut scilicet anterior vincat posteriorem, & sit locus regulæ, qui prior tempore, potior jure, cæteris paribus; si autem comparentur cum privato; privatus habens hypothecam anteriorem vincit fiscum; mulier autem privatam; & eo titulo, quod vincat istum, vincit etiam fiscum, juxta L. 14. §. 3. ff. de perper. & temporal. præscript. ubi dicitur: *Si viro vincentem te, multo magis ego te vincere debes.*

1858 Ad 2. Resp. tunc solum, facta provisione hominis, cessare provisionem legis, quando super eadem re concurrat eum dispositione, non autem, quando

hæc sit in defectum provisionis ab homine factæ. Ad 3. ex L. 29. Resp. exinde solum deduci, paucos aliquos casus, in quibus alii hypothecarii, propter speciales causas, vincunt etiam mulierem; primus est ex L. 4. C. ex quibus causis pignus tacite contrah. ubi dicitur, quod, si ex mala administratione primipilari factus sis debitor Fisci, non solum res tuæ obligentur tacite Fisco, sed dos uxoris tuæ, ita videlicet, si bona mariti exhausta sunt, neque aliquid residuum invenitur.

Secundus est, quando cum Noverca concurrunt liberi prioris matrimonii in exactione dotis per L. 12. C. qui potiores §. 1. vers. *Exceptis*, ibi: *exceptis videlicet contra novercas anterioris matrimonii filiiis, quibus pro dote matris suæ jam quidem dedimus hypothecam contra paternas res, vel ejus Creditores: in præsentem autem similem eis prærogativam servamus, ne jus, quod posteriori datum est uxori, hoc anteriori denegetur, sed sic maneat eis jus incorruptum, quasi adhuc vivente matre eorum; duabus enim dotibus ab eadem substantia debitis ex tempore prærogativam manere volumus.*

Tertius est in causa funeris, ubi, ne contra omnem humanitatem, cadavera insepulta jaceant, actio funeraria præfertur doti per L. 45. ff. de religiof. & sumptib. fun. ibi: *Impensa funeris semper ex hereditate deducitur, quæ etiam omne creditum solet præcedere, cum bona solvendo non sint.*

Not. autem, per primipilum, seu primipilariam, ut notat Pereyra in Elucid. n. 610. intelligi Centurionem annonæ inter milites distribuendæ; talis enim, ratione officii, obligatur Fisco, & non solum illius, sed etiam uxoris bona, in defectum honorum mariti, fisco sunt oppignorata ratione administrationis suæ, propter ingens reipublicæ periculum ex mala talis officii administratione; propter quod causa uxoris censetur causa privata, cui merito præferatur hæc, causa boni publici.

Questio altera est, an hæc hypotheca tacita, cum prædicto privilegio, detur etiam hæredibus uxoris? Resp. distinguendum inter ejus hæredes extraneos ac ab illa descendentes; nam in primis hæc nega-

negatur, in L. unic. C. de privilegio dotis ibi: Scire debes, privilegium dotis, quo mulieres vivunt in actione de dote, ad heredem non transire; quoad descendentes videtur obflare. I. quod privilegia personalia non transeant ad heredes, ne quidem liberos. Deinde §. fuerat. Infit. de actionib. ibi: hoc privilegium solum mulieris providentia esse introductum. Dicendum tamen, dari etiam heredibus uxoris ab ea descendentes. ratio sumitur ex L. 12. C. potiores. V. Exceptis, relata n. 1859. ubi expresse dicit Imperator, quod filius anterioris matrimonii contra novercas, pro dote matris suae in rebus paternis, jam providerit hypothecam; nullam autem aliam dedit, quam istam, nimirum, ut gaudeat privilegio matris in rebus paternis contra Novercas, & alios Creditores; ergo, ad r. in contrarium Resp. id n. intelligi de privilegio concessis parentibus in iusu liberorum, sic personale beneficium competentiae, quod L. 12. ff. soluto matrimonio, negatur heredibus, non intelligitur nisi de extraneis; & descendentes L. 18. ff. cod. conceditur; ex quo etiam habetur solutio ad L. unicam. ad 2. ex §. fuerat. Resp. etiam extensionem ob descendentes pertinere ad providentiam mulieris.

§. 2.

An uxor in bonis Mariti habeat tacitam hypothecam ratione aliorum bonorum.

1863 Ante resolut. not. aliud esse, quod uxor propter certa bona habeat tacitam hypothecam in bonis mariti; aliud, quod eam habeat cum privilegio praelationis ad anteriores Creditores; quo praenotato r. uxori, etiam pro bonis paraphernalibus, quorum administrationem habet maritus, in bonis mariti habere tacitam hypothecam; sed, non cum privilegio praelationis; prima pars desumitur ex L. ubi adhuc. 29. C. de iure dot. ibi: ubi, adhuc matrimonio constituto, maritus ad inopiam sit deductus, & mulier sibi prospicere velit, resque sibi suppositas pro dote, & ante nuptias donatione, rebus-

que extra dotem constituitis tenere: non tantum mariti res ei tenenti, & super his ad iudicium vocata, exceptionis praesidium ad expellendum ab hypotheca secundum Creditorem praestamus; Sed etiam, si ipsa contra detentatores rerum, ad maritum suum pertinentium, super iisdem hypothecis aliquam actionem secundum legum distinctionem moveat, non obesse ei matrimonium adhuc constitutum, Sancimus; sed ita eam posse easdem res vindicare, vel à Creditoribus posterioribus, vel ab aliis, qui non potiora iura legibus habere noscuntur, ut potuisset, si matrimonium eo modo dissolutum esset, quo dotis, & ante nuptias donationis exactio ei competere poterat. Ubi vides ex hoc textu idem dicendum de donatione propter nuptias; ut notat etiam Azor p. 3. l. 7. c. 3. & alii. Secunda vero pars videtur colligi ex illis verbis: *Vel à Creditoribus posterioribus, vel ab aliis, qui non potiora iura legibus habere noscuntur.*

Hæc tamen secunda pars à nonnullis 1864 traditur cum distinctione, an uxor agat præcisè pro donatione propter nuptias acquirenda? an pro illa acquirenda non utcumque, sed tanquam sibi tacite hypothecata pro sua dote? in primo affirmant tacitam illi competere hypothecam etiam pro illis bonis, ut diximus præced. numero, sed sine privilegio praelationis: Secus, in secundo; quia tunc potius agit pro dote, comparatione cuius habet tacitam hypothecam cum privilegio ad alios Creditores etiam anteriores, quaestio esse potest, an dos, quam puella secumferunt ad monasterium, nullis bonis stabilibus vi suae regulæ fundatum, sed ex sola dote ad centum applicata præbens alimentis suis, gaudeat privilegio praelationis ad alios anteriores Creditores in casu, quo bona debitoris non sufficiunt ad solvendo omnes Creditores?

Resp. etsi hoc claro iure civili non videatur stabili posse; nihilominus rectius affirmari ex ratione. I. quia causa pia in plurimis præfertur aliis; & cum de his agitur, non est iudicandum secundum leges, sed sacros canones, ut constat ex dictis; in sacris autem canonibus matrimonium spirituale, consequenter

& dos, à spiritualiter nubente, monasterio allata, gaudet prerogativis matrimonii carnalis in huius favorem à jure indulto, præsertim quoad dotem allatam ad sustentanda matrimonii onera, quod à fortiori tenet, cum fiat loco alimentorum sponsæ; arg. c. *inter corporalia* 2. de translat. Episcopi; illud certum videtur, ubi concurrunt plures Creditores, tempore quantumvis posteriores, præferendos esse anterioribus, quando debita istorum non sunt liquida, hoc est, non habent causam debendi; eorum verò liquida sunt, & expressam habent causam debendi.

ARTICULUS IV.

De Cautionibus.

1866 Quid, & quotuplex sit cautio, diximus in principio hujus tit. à n. 1803. de aliis porro cautionibus particularibus, ibi non expressis, (ut sunt *de non offendendo, iudicio fessi, aut iudicatum solvi, vel rem ratam haberi*) egimus lib. 1. tit. 28. de Procuratoribus. Illud nota, cautionem realem esse omnium fere securissimam; nam *juratoria* sæpe violatur, vel agrè non raro ad executionem trahitur; *fidejussoria* etiam Creditores frequenter litibus implicat; quia tamen debitores, etiam cautionem realem, quandoque non redimunt cum damno Creditoris, quæstio est, an, & qualiter Creditor pignus possit vendere, si debito ipsi tempore debitum non sit solutum? Re. posse ut dictum est à n. 1828.

1867 Hinc not. 1. si redemptioni pignoris faciendæ per solutionem debiti terminus præfixus est, debitorem tunc non solventem censeri esse in mora, etiam Creditore non petente; quia dies pro Creditore interpellat *L. magnam*, C. de contrahend. & committ. stipul. si autem dies non fuit præscriptus, moram incipere, quando elapso rationabili tempore interpellatur à Creditore *L. si ex legati causa*. ff. de verb. oblig. Creditorem autem in pignoris venditione procedere debere bona fide, & vendere, quo majori pretio potest, adeoque Subhastatione, *L. ult.* C. de jure dom. &, si ipse debitor

velit vendere, debere illi accepta cautione permittere; sic Lugo cit. n. 36.

Not. 2. Creditorem in casibus jure sibi permittis vendentem pignus, ejus dominium transferre in Emptorem; quia, licet ipse non sit dominus pignoris; est tamen in hoc casu debitoris Procurator à Lege, vel Judice constitutus, sic Lugo cit. n. 40.

In c. *Cum constet* fin. h. t. fit specialis mentio de cautione, quam proprietarius exigere potest ab usufructuario; cum enim quidam reliquisset testamento proprietatem bonorum suorum Mariæ uxori Cajæ; usumfructum Joannæ Matris suæ, uxori Augerii; *Maria* proprietaria, mortuo testatore, petiit ab Joannæ uxore Augerii, præstari idoneam cautionem, quod utatur, & fruatur rebus immobilibus salva illarum substantia ad arbitrium boni viri; pecuniam verò, ac æstimationem bonorum, quæ consumuntur usu, & in hæreditate reperta fuerint, dictæ Mariæ, vel hæredibus ejus in morte sua restituat, super quibus ad cautionem præstandam; Pontifex illam compellimandam; hoc autem spectat proprie ad secundam partem hujus tituli, de cautionibus in genere, quod à se editum Gregorius IX. apponi voluit, ut corresponderet nigrum etiam alteri parti Rubricæ.

Ex hac Gregorii decretali deducunt communiter Canonista, istam conclusionem: *Usufructuarius cavere debet, quod utatur fruatur rebus immobilibus, salva earum substantia, & finito usufructu eas restituet, si exierit; alias, ipsarum rerum æstimationem*; id quod etiam jure civili merito cautum est; cum enim Usufructuarius deteriorem causam proprietatis facere non debeat, & æquum sit, reddi securum proprietarium, ideo Prætores cavisse, usufructuarium cogere, cautionem præstare de utendo boni viri arbitrio & de restituendo, quod super sit, finito usufructu.

Circa hanc decretalem moveri potest quæstio ex illis verbis dicti canonis: cum *constet Joannam, mulierem, uxorem Augerii, quoad usum fructum filio suo successisse*; videtur enim usufructus non posse continuari successione; cum morte finiat, nec in eo detur successio, *L. Liber*. 23 ff. de

de liber. caus. l. 1. §. si impuberi. 21. ff. de collat. bonor. §. Finitur. Instit. de usufruct. videtur tamen dicendum usufructum ad Joannam Mulierem venisse, ipsa defuncti institutione; non autem continuatam successione.

1871 Altera quaestio est, an Testator, qui uni relinquit rerum suarum proprietatem, alteri earundem usufructum, possit usufructuario remittere obligationem

praestandi cautionem? §. l. 1. C. de Usufructu dici negative, ibi: *Si usufructus omnium bonorum testamenti uxoris marito relictus est: quamvis cautionem à te prohibuerit exigi; tamen non aliter à debitoribus solutam pecuniam accipere poteris, quam oblata secundum formam Senatusconsulti cautione*; aliud est de proprietario; is enim huic dispositioni juris, in suum favorem introducta, renuntiare potest.



QUÆSTIO XXII.

IN TITVLVM XXII. DE FIDEJUSSORIBUS.

1872 Altera species post cautionem *ignorantiam* (sub qua venit etiam *hypothecaria*) & *fidejussoria*; cum enim quandoque contingat, ei, qui cavere debet, nihil esse, in quo Creditori suo securitatem debiti constituere possit; proxima plerumque est, quæ fit per fidejussores, nimirum eos, qui promittunt, se soluturos, quod alius debet, si debitor principalis non solverit, ut notat Lessius l. 2. de Just. c. 28. D. 1. à n. 1.

ARTICULUS I.

Quid, & quomplex sit fidejussio?

1873 Suppon. 1. *fidejussionem* sumi posse 1. *generaliter*; & sic omnes, qui alienam obligationem in se suscipiunt, fidejussores dicuntur, sed generaliter, & late, 2. *specialiter*, proprie, ac stricte; & sic illi tantum fidejussores dicuntur qui alienam obligationem in fidem suam suscipiunt (*ich will gut darfür seyn*) manente nihilominus priore obligatione; ex quo vides per fidejussionem strictè sumptam, non fieri novationem, seu mutationem prioris in posteriorem obligationem, perempta priori; ita Sichardus in L. 3. C. Tit. 3. de Fidejussorib. in rubric. n. 4.

Tom. III.

Suppon. 2. quod contractus fidejussionis juxta jus civile perficiatur *verbis*; & sine forma stipulationis non pariat actionem in foro externo, tanquam pactum nudum; sic Pereyra in Elucidario n. 1037. §. *juxta*; toto jure civili frequens mentio est de fidejussione, & fidejussoribus; de his enim est titulus 41. Codicis lib. 8. tit. 21. Instit. lib. 3. tit. 7. ff. lib. 27. & tit. 1. L. 48. Fidejussio autem dicitur à *fide*, & *jubeo*; ut enim constat ex L. *ubi autem*. ff. de verb. oblig. fiebat hac stipulatione: *fide tua ides se jubes*, hoc est, suscipis, & esse vis? ad quod se Titius mihi adstrinxit? respondebat alter: *fidejubeo*; sic igitur definitur à Lessio lib. 2. c. 28. n. 1. *est aliena obligationis in se susceptio, qua se quis obligat ad eam implendam, si debitor principalis non solverit.*

Suppon. 3. juxta jus *canonicum*, & in foro conscientiae, ad fidejussionem sufficere consensum, verbis expressum cum quatuor conditionibus; 1. ut sic contractus *accessorius*, supponens alium debitorem, & aliam obligationem principalem; vel presentem, vel futuram; 2. ut fidejussor non possit in plus obligari, quam principalis debitor; possit tamen obligari *arbitrio*, ut juramento, hypotheca, vel garantigio, id est, instrumento publico, quod habet paratam executionem; 3. est, ut,

Kkk

fi