

sed pecoris causa, vel amoenitatis (quid autem discernimus est inter amoenitatem & voluptatem?) aqua duci possit; tum propter l. item fundi 9. §. 2. & ult. ff. de Usufr. & l. Divus Hadrianus 22. ff. de usu & habit. ubi, cum de Servitute usufructus in lapidina vel sylva constituta supponatur, usufructuarium posse lapides & ligna vendere, utique Servitus, quæ commercii causâ imponitur, satis aperte agnoscitur.

5 Neque obstat cit. l. 8. in pr. quamvis enim posita sit sub rubrica generali de Servitutibus, non tamen officit, quò minus exponatur de Servitutibus realibus, ubi utilitas præstatur rei à re; nullatenus verò extendatur ad Servitutes personales, ubi utilitas à re præstatur personæ, qualis protectio est voluptas, non-

QUÆSTIO II.

An detur Servitus, in faciendo consistens?

7 Communius id negatur, exceptâ Servitute oneris ferendi, prout dictum in hoc cap. num. 12. Quin verò saltem ex hodierna praxi Servitus, in faciendo consistens, possit constitui, vix dubito ob dicta ibid. num. 14. & 8 seq. Confirmat me in mea opinione Author Theatri Servitut. tit. 6. §. 4. ubi observat, non esse contra essentiam, sed tantum regularem Servitutis naturam, ut in patiendo conquiret: quippe cum aliâ Servitus oneris ferendi vera Servitutis species appellari non possit. Eaque propter existimat, uti dantur

quidem vaga aliqua, illicita, aut in pura imaginatione consistens, sed honesta, conveniens, & determinata, qualis est deambulatio aut cænatio in alieno agro v. g. aut horro, quæ multum conducit ad animi hilaritatem & sanitatem.

Neque etiam obstat d. l. ergo 5. §. 1. nam & ista est concepta de Servitute reali seu rustica, non de personali, quæ commercii causâ ita constitui potest, ut non quidem infinitè liceat v. g. lapides excindere, aut ligna cedere & vendere, sed arbitrio boni viri & salvâ rerum substantiâ. Vid. Bruem. ad cit. l. 8. in pr. ff. de Servitut. ubi advertit, saltem de consuetudine plures inveniri Servitutum species, Juri Communi haud perspectas; uti etiam reverâ plures sunt.

aliæ Servitutes, in faciendo consistentes, v. g. ædificandi vel reparandi pontem, aut ligna advehendi; ita etiam Servitute altius tollendi introduci posse, ut vicinus meus teneatur ædes suas altius tollere: potest siquidem ejusmodi Servitus specialem mihi utilitatem præstare, dum per exaltationem vicinarum ædium ventorum impetus, pluviarum vehementia, aliæque cœli injuriæ à meis ædibus arcentur, amplior umbra conciliatur, & radii solares declinantur. Vid. Manz. de Servitut. tit. 2. n. 78. & seqq. & n. 83. & seqq.

QUÆSTIO III.

Rectène statuatur Ususfructus causalis?

11 Rectè statui, colligitur ex hoc cap. num. 88. Neque ambigere licet, quin dominus rei suæ usufructum alteri concedere valeat: at hoc ipso consequitur, eum antea usufructum habuisse. Quod si tamen, quis usufructum in causalem & formalem, tanquam geminas & genuinas Servitutis personalis species, dissecare vellet, perperam id faceret: quia, ut loquitur Huberus ad cit. Inst.

de Usufr. num. 3. species, quæ cum genere suo non habet idem genus commune, species legitima esse nequit: atque usufructus, de quo in præsentia agitur, pro genere habet Servitute; causalis autem usufructus non est Servitus, utpote conjunctus cum dominio, cui res sua propria servire nequit l. uti frui 5. in pr. ff. Si usufr. per. adeoque ad speciem usufructus malè revocatur.

QUÆSTIO IV.

Utrum in operis servorum Ususfructus an Usus considerari possit?

13 Diversæ hic LL. occurrunt. In l. 4. ff. de Oper. servor. fructus hominis, ait Gajus, in operis consistit, & retro in fructus hominis sunt operis. In l. 5. ff. eod. Terentius ait: operis servi legatis, usum datum intelligi, & ego didici, & 14 Julianus existimat. In l. Lex Falcidia 1. §. 9. ff. ad Leg. Falcid. Paulus notat, operis servi legatis, neque usum neque usufructum in eo legato esse videri. Huberus ad cit. Inst. de Usu & habit. num. 4. dextrè has Leges, sibi in speciem adverfantes, componit. Accuratè loquendò (sunt ipsius verba) operæ jus medium sunt inter usum & fructum: plus enim

quàm usus continent, quia ex eo ultra necessitatem lucrum etiam oritur; minus, quàm fructus, quia non omne lucrum, sed quod ex operis provenit, duntaxat tribuit. Ergo propriè in operis servi legatis nec usus, neque fructus est d. l. 1. §. 9. Tamen, quia res tantum non est, ut distincta species constituatur, & proximè ad naturam utriusque accedit, idcirco operæ fructus esse videntur, quia plus sunt quàm usus d. l. 4. Rursus videntur usus esse, quia minus quàm usufructus sunt d. l. 5. Atque ita propriè nec usus nec fructus, impropriè verò utrumque appellari possunt. Id

18 Id verò (pergit Huberus) peculiare ab utroque habent operæ, quòd nec capitis diminutione, neque non utendò, nec denique mor-

te ejus, cui relicta sunt, sed morte vel utucapione servi finiuntur. l. hominis 2. ff. de Usu & usufructu &c. per legat. vel fideicommiss. relicta.

CAPUT V.

De Pignore.

SUMMARIA.

1. & seqq. An Prælati Ecclesiasticus in rebus immobilibus possit constituere hypothecam generalem absque solennitatibus? Motiva negandi. 5. Pro defensione sententia affirmantis ad Nov. 7. cap. 6. resp. 7. & seqq. Sensus cap. 5. de Reb. Eccles. non alienand. investigatur. 10. & seqq. Discrimen hypotheca generalis & specialis quoad modum distrabendi rejicitur. 14. Res

mobiles oppignoratae repeti possunt à tertio possessore. 15. & seqq. Agitur de consuetudine contraria. 18. & seqq. Examinatur, an & quando habens hypothecam generalem & specialem, præferatur alteri, habenti specialem in re alia? 21. & seqq. Quid consequatur posterior creditor, qui solvis priori? Satis ad captum declaratur.

QUÆSTIO I.

Possitne Prælati Ecclesiasticus in rebus immobilibus hypothecam generalem absque solennitatibus Canonicis constituere?

1 Opinioni negativæ, quam nostram fecimus in hoc cap. à num. 111. opponitur I. quòd aperte contradicat Nov. 7. cap. 6. quæ, tametsi non valeat in vim Legis, suâ tamen efficaciam non caret. II. quòd in cap. nulli 5. de Reb. Eccles. non alienand. solum referatur hypotheca specialis; quæ particula restrictivâ specialis prorsus inconsultè, imò captiosè fuisset adjecta, si etiam generalis foret prohibita. III. quòd, si debitum legitime contractum esse supponamus, Ecclesia per hypothecam generalem non magis gravetur, quàm per debitum simplex: vel enim debitum solvere potest, vel non: si prius; res aliunde salva est: si posterius, primò ad distractionem rerum mobilium; deinde ad cedenda vel vendenda nomina; demum ad alienationem immobilium devenitur, sive hypotheca fuerit constituta, sive non. Indè creditor per hypothecam generalem nihil aliud consequitur, quàm prærogativam ante creditores simplices, & actionem contra tertium possessorem; adeoque Ecclesia nihil detrimenti patitur.

His oppositionibus reponitur I. textum in cit. Nov. 7. cap. 6. hoc ipso, quòd non valeat in vim Legis, omni pondere & efficaciam destitui; præterquam quòd propter verba in §. 1. aut in solam necessariam videlicet & inevitabilem necessitatem &c. non sine ratione possit explicari de casu, quò Ecclesiæ necessitas est tanta, ut tempus non superfit, adhibendi solennitates Ecclesiasticas: tunc enim Imperator concedit quidem hypothecam generalem, non verò pignus speciale & tale, quòd rei traditione perficitur. II. textum in d. cap. nulli 5. non captiosè sed exemplificativè loqui, utpote non omnes alienandi modos, sed tantum aliquos exprimentem. Nec fuisse conditum ab aliquo Pontifice, sed excerptum ex quodam Concilio particulari, apud Silva-

nectum habito, veluti patet ex ejus inscriptione. Adnectit autem Gonzalez in not. ad 7 idem cap. num. 1. quòd, licet Silvanectense Concilium fuerit celebratum temporibus Nicolai I. anno 863. ad depositionem Rothaldi Episcopi Sueffionensis, ut constat ex Synodo Romana, celebratâ sub eodem Nicolao, ex Epist. 32. ejusdem, & traditis à Baronio tom. 10. d. anno 863. n. 69. tamen inter ejus acta non reperiantur hæc verba; sed, cum extant in lib. 2. Capitular. Lotharii cap. 29. credit ille, in aliqua Synodo, apud Silvanectum habitâ, relata fuisse ea verba, & transcripta ex Constit. 7. Instit. cap. 1. apud Jul. antecess. Integram verò 8 citati text. lecturam idem Gonzalez ita restituit: nulla sub Romana ditione constituta Ecclesia vel Xenodochium, vel pœchotrophium, vel gerentocodium, vel brephotrophium, vel Monasterium, tam Monachorum quàm Sanctimonialium, Archimandritam habens vel Archimandritissam; ergo his omnibus non liceat alienare rem immobilem, sive domum, sive agrum, sive rusticum mancipium, vel panes civiles; nec creditoribus, sive specialis sive generalis hypothecatiulo obligare. Alienationis autè verbum continet venditionem, donationem, permutationem, & emphyteusicos perpetuum contractum. Sed omnes omnino Sacerdotes hujusmodi alienatione abstineant, penas timentes, quas Leonina Constitutio minatur &c. Hucusque Gonzalez. Cum igitur Constitutio hujus Concilii Silvanectensis tantum mutilatè referatur in d. cap. nulli 5. & in plena lectura apud Gonzalez tam generalis quàm specialis hypotheca exprimitur, ea magis obstabit Adversariis, quàm nobis: præsertim cum Paulus II. in Extravag. execrabilis de Reb. Eccl. non alienand. inter commun. quæ Extravag. hodie in materia alienationis videtur esse magistralis, indistinctè prohibeat hypothecam, cujus nomine tam generalis quàm specialis continetur per l. ult. Cod. de Reb. alien.

10 non alienand. III. quæ proponuntur pro hypotheca generali, æquè ad specialem extendi posse: si enim debitum sit legitime contractum, Ecclesia per hypothecam specialem non magis gravatur, quàm per debitum simplex, ex quo, si solvendo sit, nihil timendum de alienatione; sin verò ad solvendum sit impos, ad alienationem eodem ordine, quò in hypotheca generali, procedendum est.

11 Textus siquidem, quem nonnemo ex l. non est 2. Cod. de Prad. & aliis reb. minor. pro hypotheca generali allegat, loquitur manifestè de hypotheca speciali in verb. possessionem, licet pignori nexam, vendiderunt; ideòque si in generali non liceat statim ad distractionem rei immobilis devenire, in speciali quoque id facere non licebit.

12 Neque dicas, creditorem, solutione non factâ, ex communi intentione & usu contractantium non teneri expectare, donec alie-

nata fuerint bona minùs pretiosa, sed alienationem ipsius rei, quæ in specie huic textui supposita est, illicò fieri posse per l. qua specialiter 9. Cod. de Distract. pignor. Nov. 112. cap. 1. §. hoc autem &c. Enimverò alienationem illicò fieri non posse, inclarescit ex l. debitores 10. Cod. de Pignor. & l. ult. §. 1. Cod. de Fure Dom. impetr. ubi pignoris etiam specialis distractio non permittitur, nisi priùs debitor à creditore pro solutione fuerit interpellatus: cùmque ex l. si rem alienam 9. §. 3. ff. de Pignorat. act. l. liberatur 6. in pr. ff. Quib. mod. pignus solv. pariter notum sit, secutâ jam interpellatione creditorem submoveri, si quòcunque modò debitum expungatur; non poterit Ecclesiæ Prælati ad cessionem rei immobilis, specialiter oppignoratæ, compelli, aut salvâ conscientia in cessionem consentire, quando ad sunt alia bona mobilia aut jura, ex quibus creditore satisfieri poterit.

QUÆSTIO II.

An, si res mobilis in pignus veniat, possit etiam à tertio possessore repeti?

14 Cùm æquè res mobiles quàm immobiles in pignus venire possint, & respectu mobilium & immobilium detur actio hypothecaria §. item serviana 7. Instit. de Act. consecratorum est, rem mobilem etiam à tertio possessore per creditorem repeti posse per l. si fundus 16. §. 3. ff. de Pignor. Verumtamen hodiernis ferè Gentium moribùs obtinuisse, perhibet Huberus ad tit. ff. de Pignor. num. 10. rem mobilem à tertio possessore per actionem hypothecariam avocari non posse; idque propter ingens incommodum, quod ex ejusmodi per-

secutionibus in mercaturam invehetur. Sed, quia res mobiles non solum inter mercatores, sed etiam inter alios in pignus deducuntur, saltem hæc consuetudo, Juri Communi adversa, ultra mercatores porrigi non poterit. Imò Huberus cit. l. spontè fatetur, apud Frisios, qui procul dubiò mercaturam colunt, Jus Civile servari, quatenùs non est mutatum; ut in contradictorio creditore hypothecaria rei mobilis persecutio negari non posse videatur, prout ex relato ibidem casu practico demonstrat.

QUÆSTIO III.

An prior creditor, qui habet generalem hypothecam & specialem, præferatur alteri posteriori, habentem specialem in re alia?

18 Resp. Esse quidem in arbitrio prioris creditoris, quam ex pignoratibus sibi rebus persequi velit l. creditoris 8. ff. de Distract. pignor. quippe cùm hypotheca generalis ex dictis in hoc cap. num. 28. afficiat res singulas; ea æquitate tamen observari, ut, si ille creditor possit ex aliis rebus jus suum consequi, posteriori creditori rem, ipsi specialiter obligatam, relinquat l. quamvis 2. Cod. de Pignor. ubi Imperatores Severus & Antoninus, quamvis, in-

quiunt, constat, specialiter quadam & universa bona generaliter adversarium unum pignori accepisse, & æquale jus in omnibus habere: jurisdictionio tamen temperanda est. Ideòque, si certum est, posse eum ex his, quæ nominatim ei pignori obligata sunt, universum redigere debitum, ea, quæ postea ex eisdem bonis pignori accepisti, interim sibi non auferri, Præses Provincia subebit. Clarissimus D. D. Franz ad tit. ff. Qui posteriores in pignore 1b. 47.

QUÆSTIO IV.

Quid consequatur posterior creditor, qui solvit anteriori?

21 Explicatum hoc in præs. cap. à num. 280. quòd nempe is in locum prioris succedat, eademque privilegia quoad jus prælationis acquirat; quod tamen ita intelligendum, ut creditor posterior eatenùs in locum prioris substituatur, quatenùs & quantum solvit: quia, si ipsi plus debeatur, quoad hoc anti-

quus ordo servatur, ut probè notat Huberus ad tit. ff. Qui posteriores in pign. num. 27. Quòd si ponamus, duobus creditoribus in una re pignus competere, nec aliud esse in bonis debitoris, unde possit utrique satisfieri, res tamen pignoratæ plus valeat, quàm primo creditori debeatur, potest secundus creditor,

ditor, priùs ad distractionem procedere nolente, ei solvere suum debitum, ac illius jura re ad venditionem devenire. Casu quo autem posterior creditor ob inopiam anteriori pecuniam offerre nequit, putant aliqui, anteriorem non posse cogi ad distractionem rei pignoratæ; quorum quidem opinionem Huberus d. num. 27. admittit, quando creditor anterior incumbit pignori, aut sub clausula constituti pignus possidet; non

etiam, quando debitor pignus possidet, ut plerumque contingit: tunc enim verius judicat, quemlibet creditorem hypothecam suam exsequi posse usque ad distractionem, salvò jure ordnis primo creditori in distributione pecuniæ, ex distractione pignoratæ rei comparatæ: nam, ut alioqui primus creditor reliquorum jura listat, & impediatur, mali res exempli foret; nec malitiam indulgeri juris ratio patitur, ac ita fert usus fori. Sic ille.

CAPUT VI.

De Possessione.

SUMMARIUM.

1. & seqq. Quædam rationes contra possessionem, quòd non sit species juris in re, proferuntur. 4. & 5. Possessio verè talis non est sine jure. 6. & seqq. Possessio juris non amittitur in re mobilis erepra. 8. Possessio defuncti non transit ad heredem. 9. Possessor fructus naturales suos facit. 10. & seqq. Referuntur argumen-

ta contradicentis Huberi. 15. & seqq. Resoluntur. 21. & seqq. Adducitur expositio Vinnii ad §. 35. Inst. de A. D. 25. & seqq. Quisnam possessor censetur esse factus locupletior? Textus apparenter oppositi allegantur. 28. & seqq. Mediâ quadam distinctione inter se conciliantur.

QUÆSTIO I.

Utrum Possessio sit vera species juris in re?

1 Contra ea, quæ pro affirmativa habentur in hoc cap. num. 8. & 9. in medium afferitur I. quòd possessio possit esse sine omni jure, quin & consistere cum injuria, dum etiam fur & prædo possident per l. iusta enim 2. ff. uti possidet. ac uterque interdictò retinendæ & recuperandæ possessionis juvatur d. l. 2. & l. ait Prætor 1. §. ult. ff. eod. l. Prætor ait 1. §. 30. ff. de Vi & vi arm. II. Jus in re afficit rem ipsam, eamque devinctam tenet, ad quemcunque possessorem devenerit; possessio econtra, quamprimùm res alicui eripitur, amittitur l. rem que 15. ff. de A. vel A. P. III. Hæres in omne jus defuncti succedit; non tamen succedit in possessionem l. cum heredem 23. in pr. ff. d. t. bonò argumentò, possessionem non esse speciem juris.

2 Speciosa hæc sunt; sed non adeò momentosa. Enimverò quòd I. possessio possit consistere sine jure, si sit verè talis, nullatenùs indulgeo; neque novum est, quòd ex injuria nascatur jus, ut patet ex occupatione feræ, in alieno fundo occupatæ. Furi quoque & prædoni jus possessionis competere, non esse paradoxum, ait Clariss. D. Franciscus Josephus Herz de Beato Cive pars. 1. c. 5. §. 3. sub num. 29. quia hoc fit non in favo-

rem illius, sed partim ipsius domini, ne pro-miscuâ invasione rei difficilior reddatur ejus persecutio; partim in finem conservandæ tranquillitatis publicæ, ne violentiis privatis sub prætextu injuriæ possessionis via aperiantur. Quòd II. amitti dicatur possessio rei nobis ereptæ, exaudiendum erit de possessione facti, seu modò possidendi naturaliter: nam possessio, quatenùs jus est, uti & modus possidendi civilis, retinetur, etiam si res ad alium transeat per l. quemadmodum 8. ff. de A. vel A. P. ibi: quemadmodum nulla possessio acquiri, nisi animò & corpore, potest; ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque contrarium actum est. Unde etiam jus possessionis afficit rem ipsam. & si ad alium devenerit, ex doctrina Cardinalis de Luca, de qua meminimus in hoc cap. num. 243. datur remedium seu interdictum retinendæ possessionis, ex quo justè petit manuteneri in possessione, quam animò semper retinuit. Quòd denique III. hæres non succedat in possessionem defuncti, nihil ad rem confert: quia, ut explicatum fuit in præs. cap. à numer. 66. possessio, tanquam multum habens ex facto, non acquiritur solò animò, sed & corpore seu apprehensione.

QUÆSTIO II.

An bona fidei possessor fructus naturales faciat suos?

9 Affirmavi in hoc cap. num. 101. & ad textum in §. si quis 35. Instit. de R. D. ubi Imperator causam acquisitionis fructuum reddidit culturam & curam, respondi in n. 103. P. Schmier Supplem. Jurispr. Canonico-Civili.

causam illam non esse adæquatam; sed bonam fidem juxta l. bona fidei 48. in pr. ff. de A. R. D. & l. qui scit 25. §. 1. ff. de Usur. & Fruct.

10 Hâc responsione nequiquam contentus est Huberus ad *cit. tit. Inst. num. 46.* mihi Cæsaris, ajens, ratio non tantum auctoritate potior, sed & solidior in se esse videtur. Nam bona fides absolvit quidem non dominum à delicto, sed non à restitutione, & causam domini minimè præstat: absurdum enim foret, opinionem alterius meum jus minuere, vel mutare. Causa fructuum acquirendorum est factum aliquod possessoris, ut est in fine *l. fructus 45. ff. de Usur. & fruct.* Requisite quidem bona fides est, & conditio sine qua non, ut loquimur, sed causam positivam oportet aliam esse, quæ ex Jure Naturæ petenda, quod pro fundamento hujus rei Imperator supponit. Hoc autem dicitur, ait Grotius *l. 2. cap. 10. §. 4. fructus rei*, id est, merè naturales dominium sequi; verum industria fructus, etiam sine re non procederent, rei tamen non debentur, inquit, sed possessori bonam fidem habenti cedunt. Igitur, quibus neque ratio, neque curatio, neque perceptio artificialis adhibetur, hos ex naturali ratione non fieri possessoris, necessariò sequitur. Et cum Jus Civile hâc ratione se fundet, consecutaneum est, fructus naturales non fieri bonæ fidei possessoris.

11 At certè Huberi discursus non evertit nostram responsionem. Nam, si intimiùs scrutemur rationem Cæsaris, ille principaliter se fundat in bona fide, de qua bis mentionem facit; statimque in casu diverso, quò possessor est in mala fide, statuit, ei, qui alienum fundum sciens possiderit, non idem concessum esse, dum cum fundo fructus, licet consumpti sint, cogitur restituere. Sin autem in cultura & cura præcipuam rationem lucrandi fructus posuisset, etiam malæ fidei possessori, qui & ipse colit & curat, lucrum adscribere debuisse. Neque absurdum est, opinionem alterius meum jus minuere, vel mutare: si enim opinio alterius in materia præscriptio-

nis totum jus meum auferre valeat; cur non possit illud diminuere, fructus rei in possessorem transferendò? Et quis bonæ fidei possessor aut culturam aut curam impenderet enutriendis & colligendis fructibus, si nunquam securus foret, utrum ad se pertineant?

Si præcisè insistamus Juri Naturali, non tantum fructus naturales sed etiam industriales spectant ad dominium rei, ex cujus corpore enascuntur, ut dictum in *cit. hoc cap. num. 97. & seq.* licet possessori expensas industriae deducere permittum sit. Naturalis tamen ratio, quam allegat Justinianus in *cit. §. si quis 35. Inst. de R. D. juxta numer. 15.* non incongruè refunditur in bonam fidem, quatenus æquitati consentaneum est, ut, qui rem alienam bonâ fide tractat, servat, & custodit ut suam, fructus exinde consequatur.

Taceo, quòd Vinnius doceat, rationem Imperatoris pro cultura & cura oppositionem inter fructus naturales & industriales non inferre: quia vix ulla res est, quæ sine cultura aut cura aliqua fructum ferat. Siquidem & hoc stomachum movet Hubero *cit. l. n. 47.* ubi dicit, hoc nihil aliud esse, quàm totam negare distinctionem inter fructus, quos sola natura, & quos industria producit. Quamquam, ut scribit Clariss. D. Herz de Beato Cive *p. 2. cap. 3. §. 3. num. 29.* malè metuat Huberus, cum culturam ad industriales, curam ad naturales vel utrosque referre possimus, maxime si curam non tam de ipsi fructibus, per rationem parandis, quàm colligendis, & re, unde proveniunt, curanda, intelligamus. Paulus certè in *l. bona fidei 48. §. ult. ff. de A. 24. R. D. de emptore bonæ fidei & sanè*, inquit, quin hoc suum faciat, quamvis oves plenis uberibus venierint, dubitari non potest; idemque in *lana juris est.* Et tamen nulla hic cultura, sed cura in emulgendo lacte & tondendis ovibus harumque pecudum pastura intervenit.

QUÆSTIO III.

Quisnam possessor ex fructibus perceptis censeatur esse factus locupletior?

25 Sensus quæstionis est, an ille, qui vel ipsos fructus, vel eorum distractorum pretium in usus proprios, aut familiæ suæ sustentationem impendit, censeatur esse factus locupletior? Ita enim concludendum videtur ex *l. in pupillo 47. §. 1. ff. de Solutio.* ubi pupillus, cui sine auctoritate tutoris solutum est, quasi locupletior factus intelligitur, si necessariam sibi rem emit, quam necessariò de suo erat empturus: nam hòc ipso, quò non est pauperior factus, locupletior est. Sic & in filiofamilias Scævola putabat, Macedonianum cessare, si in necessariis causis filius mutuam pecuniam acceperit, & eam perdidit. Idem propè decernitur in *l. sed et si 25. §. 16. ff. de Hæredit. petit.* ubi Ulpianus ait: quòd autem quis de hereditate erogavit, utrum totum decedat, an verò pro rata

patrimonii ejus: ut puta penum hereditatem exhibet: utrum totum hereditati expensum feratur, an aliquid & patrimonio ejus: ut in id factus locupletior videatur, quòd & solebat ipsa erogare ante delatam hereditatem? ut si quid lautius de contemplatione hereditatis impendit, in hoc non videatur factus locupletior; in statutis verò suis sumptibus videatur factus locupletior: utique enim, & si non tam lautè erogasset, aliquid tamen ad victum quotidianum erogasset.

Ex adverso stat textus in *l. si sponsus 5. §. 8. ff. de Donat. inter vir. & uxor.* ibi: definiti solent, eam domum donationem (inter conjuges) impediri solere, qua & donantem pauperiorem, & accipientem facit locupletiosem. Porro hic non videtur fieri locupletior in ea re, quam religioni dicavit. Nec movet quemquam, quòd emeret, nisi à mari-

20 accepisset: nam, et si pauperior ea fieret, nisi maritus dedisset, non tamen idcirco sic locupletior, quòd non expendit.

28 Clariss. D. Herz *cit. p. 2. cap. 3. §. 3. n. 41.* sapienter observat, locupletationem posse accipi strictiùs, aut laxiùs. Strictiùs accipitur in *d. l. si sponsus 5. §. 8.* & rectè applicatur ad donationes inter conjuges, quarum nul-

litas, cum odiosa sit, restringi, & nulla alia locupletatio prohibita censeri debet, ac ubi reipsâ augentur bona. In prioribus *l. 29* accipitur laxiùs, & merito adaptatur ad negotia, ubi pro actore, qui de damno vitando contendit, æquitas perorat, ne ultra modum emolumentò rei suæ privetur.



SUPPLEMENTUM
AD
TRACTATUM III.
DE
PACTIS ET CONTRACTIBUS.
CAPUT I.
De Pactis & Contractibus in genere.

SUMMARI A.

1. & seqq. Pactum tacitum eruitur ex literis receptis, non secutà in continenti protestatione. 5. & seq. Quòd tamen cum temperamento accipiendum est. 7. & 8. Nam hodie differentia superest inter contractus bonæ fidei & stricti juris? 9. & seqq. Adstruitur dolus verus & presumptus. 12. & seq. Dolus in omni contractu præstat. 14. & seq. Culpa divisa in tres gradus stabilitur. 16. Regula nostra de præstatione culpe. 17. Notatur adversarius.

18. & seqq. Refusatur. 21. Tractatur de culpa in concreto & in abstracto. 22. Illius fundamentum ex *l. 32. ff. Depositi.* 23. & seqq. Duplici responsione subvertitur. 25. & seqq. Notamen pro praxi. 28. Secundum aliquos quoad culpam levem est discrimen inter res communes & prorsus alienas. 29. & seqq. Impugnatur. 34. & seqq. Agitur de casu fortuito & insolito.

QUÆSTIO I.

An Pactum tacitum interveniat, quando quis recipit literas, in quibus agitur de obligando, easque sine protestatione retinet?

1 Admodum frequens est, ut is, cui aliquid debetur, mittat debitori suo literas, obligationem & causam debendi continentes, vel etiam schedulas, non signatas aut clausas vulgò Conti vel Hussjügl. Jam, si accipiens ad ejusmodi literas taceat, easque sine protestatione retineat, videtur consentire, & debitum agnoscere, sicque pactum tacitum consurgere. Id quòd probatur non solum ex *l. si filiusfamilias 16. ff. de Scto Macedon.* ubi ita disponitur de patre, cui filiiustamiliæ mutuam à se acceptam per literas denuntias petit, ut solvat; sed etiam arg. *l. qui negotia 34. in pr. ff. Mand. in verb. nuda pactione*, ubi quidem negatur esse mutuum, si mandatarius ad mandantem scribat, se pecunias, ejusdem mandantis nomine exa-

ctas, titulo crediti servaturum, non obscure tamen supponitur, pactum tacitum subesse; quin & ex *Clem. instrumento 1. de Probat.* ubi procuratoris officium suscipere obligatur, qui literas, in quibus procurator est constitutus, sine protestatione recepit, aditâ ratione: cum per hoc ad omnia suum præstitisse videatur assensum.

Tuetur hanc doctrinam cum aliis à se citatis Clariss. D. Franciscus Josephus Herz in *tract. de Fide pacta cap. 2. §. 6. num. 81. & seq.* & simul advertit, tacitum hoc pactum non statim & in momento oriri, quando is, qui ejusmodi literas accepit, in continenti non contradicit: nam, licet in *cit. l. si filiusfamilias 16.* reperitur *ly continuo*, recipit tamen aliquod temperamentum & laxamentum.