empt. & vend. c. 16. n. 20. Secundo quia pactum legis commiſſoriæ juxta vulgarem ejus formam verbis tantum directis concipitur, veluti ut res ſit inempta, vel ſimilibus, ut probat Vela *differt.* 30. *n.* 51. At vero pactum retrovenditionis verbis tantum obliquis præcipue, puta ut res vendita per emptorem reddi debeat, aut per venditorem repeti poſſit, *d. l. ſi fundum, d. l. ſi convenit*. Vela *ubi proxime, n.* 57. Unde deducitur, dominium ex hujuſmodi pacto ita concepto in emptorem interim omnino eſſe translatum, nec ipſo jure, ſed novo facto, adveniente pacti conditione reſolvendum, & ad venditorem reverſurum, ita ut fructus perceptos ante pretium ſibi oblatum ſuos faciat, ex præſenti textu, *d. l. 2. C. de pactis*: per argumentum a contrario ſenſu docent Covar. *lib. 3. var. c. 8. n. 6.* Morla *in empor. tit. 9. q. 15.* idque indiſtincte, ideſt ſive pactum id in facultate venditoris ſit poſitum, in quo omnes conveniunt, verum eſt, ſive in emptoris voluntatem conceptum ſit, ut contra communem, quam refert Corraſius *lib. 3. miſcel. c. 9. n. 5.* docent Caſtillo *tom. 2. controv. c. 25. n. 6.* Vela *differt. 32. n. 6.* Quatenus tamen pactum hoc per ſe licitum, ex adjunctis circumſtantiis reddatur uſurarium, pro explicatione hujus textus expoſui *in capit. ad noſtram, de empt. & vendit.*

C A P U T V.

Idem *Epiſcopo* a *Aquinati*.

EX litteris tuæ fraternitatis accepimus, quod cum cauſam, quæ vertitur inter R. ſancti Gregorii, & R. mulierem ſancti Germani, tibi duxerimus committendam, cum fere per biennium ſtuduiſſes, ut eadem cauſa concordia finiretur, partibus non acquieſcentibus, accitis viris prudentibus, prædictæ cauſæ meritis diligentius examinatis, idem negotium de prudentum conſilio ad noſtram duxiſti præſentiam remittendum, ea maxime ratione, quia videbatur hoc ad regium judicium ſpecialiter pertinere; ſiquidem probatum eſt evidenter, quod facinore a marito prædictę mulieris commiſſo, eo fugam petente, tam frater mariti, præfatus videlicet R. quam ipſa mulier, licet minus juſte, ab R. Comite Caſerton, tunc Regio *b* Juſtitiario capti fuerint, & de ipſius mandato omnium bonorum delinquentis facta diſtractio, & ſoluta pecunia mercatori, qui a marito dictæ mulieris vulneratus fuerat, & rebus propriis ſpoliatus. Per prædictum autem R. illorum bonorum venditio facta fuit de mandato Juſtitiarii antedicti: ſed quædam poſſeſſiones penes eumdem R. mulieris ſororium remanſerunt, quas idem R. de mandato Curiæ retinuit, ſoluta pro eis pecunia mercatori, quia emptor alius, ſicut dicit, propter poſſeſſionum minutias non extabat. Pars vero mulieris firmiter allegabat, quod cum dos omnibus creditoribus *c* præferatur, & omnia bona mariti eidem mulieri propter dotem fuerint obligata, cum mulier in hoc non fuiſſet culpabilis, dotem ſuam amittere non debebat. Propter quod æſtimationem ejus inſtantius petebat ſibi confirmari, vel in poſſeſſiones, quæ mariti fuerant, ex officio delegationis induci: aſſerens culpa viri ſui nequaquam ei de jure debere nocere. Pars autem viri e contrario reſpondebat, ſe non debere ſuper his aliquo modo reſpondere; quia nihil voluntate, vel auctoritate ſua diſtractum fuerat de bonis mariti mulieris ipſius, ſed fiſcus ea capi fecerat, & mandaverat diſtrahenda, quod & teſtium aſſertione probavit. Sane cum pars mulieris diceret de poſſeſſionibus viri ſui aliqua remanſiſſe, quæ diſtracta non fuerant, & ex eis ſibi ſatisfieri poſtulabat, ab ea ſtudioſius inquiſiſti, quanta fuiſſet pecunia, quæ ſoluta fuerat mercatori: & ex confeſſione tibi conſtitit utriuſque, quod de immobilibus uſque ad XXIV. uncias auri alienatum extiterat, ſed præſcriptus R. ſe XVIII. vel XXIV. dicebat addidiſſe, & quadraginta duarum unciarum auri compleviſſe numerum mercatori. Allegabat quoque prædictus R. quod cum quinque filii eſſent unius patris, & omnes in bonis paternis ſuccederent, facta æſtimatione totius hæreditatis, non perveniebat ad maritum mulieris ipſius de hæreditate paterna, quod ultra XXIV. uncias valeret. Quia vero ad nos eadem cauſa remiſſa non fuit ſufficienter inſtructa, nec nobis conſtitit, utrum X. libras *d* tarenorum, quas petebat mulier, dediſſet in dotem, aut quod R. aliquid poſſidebat de bonis pertinentibus ad fratrem ſuum virum mulieris prædictæ, nec potuiſſemus examinationi cauſæ inſiſtere: tum quia in præſentia tua renuntiatum fuerit allegationibus, & probationibus, ſicut dicis: tum quia idonei, & ſufficientes ad noſtram præſentiam non venerant reſponſales; eandem cauſam tuo duximus examini remittendam, per A. ſ. præmandantes, quat. ſi tibi conſtiterit ex iis, quæ in præſentia tua fuere propoſita, & probata, quod mulier dicit, viro dediſſe in dotem: & prædictum R. de bonis fratris aliqua poſſidere, cum mulieribus favor multus in recuperandis dotibus debeatur; & cautum ſit etiam in jure, quod propter *e* maleficium viri mulier remanere non debeat indotata; cum & bona viri mulieri pro dote tacite obligata cum ſuo onere transierint ad quemlibet poſſidentem, prædictum R. eidem mulieri ad reſtitutionem dotis eatenus appellatione remota condemnes, quatenus de bonis fratris ſui præfati noſcitur poſſidere.

N O T Æ.

1 a AQuinati.) Ita etiam legitur in tertia collectione, *ſub hoc tit. c. 2.* Aquinum olim prope fluvium Memphim antiqua, & magna civitas fuit. Strabo *lib. 5.* "Aquinum urbs „ eſt magna, quam magnus præterfluit amnis Memphis. „ Colonia fuit Romanorum, ut affirmant Frontinus, & Plinius, ejuſque meminerunt Livius *lib. 26.* & Silius Italicus *lib. 12.* Aquini magnitudinem adhuc extantia veſtigia, ipſæque ruinæ produnt, certiſſimi humanæ inſtabilitatis, atque invidæ vetuſtatis teſtes. Jam a primis Eccleſiæ ſæculis Epiſcopali dignitas exornavit Aquinum, qua etiam cum Comitatu nunc condecoratur: & licet non habuiſſet Aquinum, unde ei ſplendor poſſet accedere, ſatis gloriæ habitura erat ex immortalitate nominis Angelici Doctoris Thomæ Aquinatis, Dominicanæ familiæ gloriæ, Theologorum Principis. Gregorio, qui ex Monaſterio Caſſini electus fuit Epiſcopus anno 1106. miſſa eſt præſens deciſio, licet Ughellius *tom. 1. Italiæ ſacræ, fol. 441, n. 3.* nullo motus fundamento exiſtimet, auctorem hujus textus eſſe Joannem III. & in præſenti ſcribere Joanni Epiſcopo Aquinati. Quare autem præſentis cauſæ cognitio, cum inter laicos diſceptaretur, & ſuper re temporali, judici Eccleſiaſtico committeretur, non conſtat inter Doctores. Aliqui affirmarunt, dotis cauſam etiam inter laicos, & principaliter agitatam, a Judice Eccleſiaſtico eſſe decidendam; & ideo quia in præſenti de dote agebatur, judici Eccleſiaſtico ejus deciſionem competere. Sed ea ſententia omiſſa, placet communis, quam ſequuntur Barboſa hic, & primarii noſtri Balboa, & Garanna *in c. 3. de ordine cognit.* videlicet quod cum in præſenti ſpecie mulier vidua eſſet, quia inutilem habebat maritum bannitum videlicet, & oppreſſa reperiretur a judice ſæculari, potuit in ejus defectum adire judicem Eccleſiaſticum: & cum eo caſu proprium ſit Eccleſiæ viduas fovere, ut probavi *in c. ex ore, de foro compet.* ideo in præſenti caſu licet cauſa fuiſset temporalis, & inter laicos diſceptaretur, potuit coram judice Eccleſiaſtico tractari.

2 b *Juſtitiario.*) Ideſt judici; plerumque enim juſtitiarius pro judice ponitur in legibus, & auctoribus poſterioris ætatis; in legibus Siculis *lib. 1. tit. 1. 36. 45. & 46.* apud Petrum de Vineis *lib. 3. epiſt. 14.* Matthæum Pariſium *anno* 1118. ibi; "Epiſcopus Dunelmenſis habuit juſtitiariam a magno flumi„ ne uſque ad Schotorum mare. Vvillelmus vero Elienſis ob„ tinuit juſtitiariam a flumine prædicto ad plagam Auſtra„ lem, quod Hugo Dunelmenſis Epiſcopus nimis moleſte fe„ rebat, tunc primo intelligens, quod Rex illum Juſtitiarium „ fecerat, non zelo juſtitiæ, ſed ut pecuniam ab eo extor„ queret. „ Et apud alios relatos a Voſſio *lib. 3. de vitiis ſermon. cap. 17.*

c *Creditoribus præferatur.*) Conſonant lex *aſſiduis, C. qui potiores*, Novella 97. Juſtin. docent Bachovius *de pign. lib. 4. c. 12.* Maqueda, & Pichardus *in l. privil. ff. de privil. credit. regul. 2, ampl. 6.* Caſtillo *lib. 3. controv. c. 4.* Hunnius *in Encyclop. p. 3. tit. 3. c. 5.* poſtquam enim Juſtinianus tacitam hypothecam conceſſit uxoribus in bonis mariti, *in l. un. §. & ut plenius, C. de rei uxor. act. §. fuerat, Inſtit. de act.* qua mediante omnibus creditoribus perſonalibus præferantur, *l. procurat. §. plane, ff. de tribut. act. l. pro debito 6. C. de bonis auctorit. judicis*: idem Imperator anno 3. ſui Imperii etiam illis conceſſit, ut in rebus quas in dotem dederant, ſi conſumptæ non eſſent, præferentur omnibus creditoribus: & quia adhuc illis ſatis proſpectum non erat, cum ſi res dotales conſumptæ fuiſſent, non habebant jus prælationis reſpectu anteriorum creditorum tacitam hypothecam habentium, ideo in d. lege *aſſiduis*, privilegium illis conceſſit anno 5. ſui Imperii, & Chriſti 534. quo mediante omnibus mariti creditoribus anterioribus præferuntur, *d. l. aſſidui*, ubi illa verba, *Alias duas conſtitutiones*, referenda ſunt ad textus *in d. l. un. C. de rei uxor. l. in rebus* 30. *C. de jure dot.* Illud tamen ſatis controverſum eſt apud Interpretes, utrum videlicet privilegium hoc prælationis ſit tantum reſpectu eorum qui tacitam, an vero & eorum qui expreſſam hypothecam habent? Eam quæſtionem late diſputant Faber *lib. 8. conject. cap. 11. & 12.* Gibalinus *de uſuris lib. 4. cap. 5. art. 25. num. 8.* Maqueda *in dicta l. privilegia, ex num. 52.* Coſtanus *de dotibus c. 7. ex n. 6.* Pichardus *in §. actionum, n. 74. Inſtit. de action.* Bachovius *de pignor. cap. 12.* qui docuerunt, verum eſſe omnibus creditoribus etiam expreſſam hypothecam habentibus mulierem præferri, quia cum Juſtinianus *in d. l. aſſiduis*, generaliter loquatur de omnibus creditoribus, generaliter eſt audiendus; *l. de pretio, ff. de public. l. 1. §. generaliter, ff. de legat. præſtand.* Accedit quod publicus favor in dotibus verſatur, qui ideo ſingulorum commodis præferendus eſt, *l. 1. ff. ſolut. matr. l. actione, §. Labeo, ff. pro ſocio*: præſertim cum in dubiis pro dotibus ſit reſpondendum, *c. ult. de re judic.* facit etiam illud tritum axioma: *Si vinco vincentem te, a fortiori vincam te*. Sed qui ad rem conſervandam, vel reficiendam pecuniam credidit, omnibus creditoribus præfertur, *l. creditor, ff. ſi certum petatur, l. interdum, ff. qui potiores*: ſed mulier pro dote illi præfertur, *authent. quo jure, C. qui potiores, authent. his conſequens, C. de collat. dotis* Caſtillo *lib. 3. controv. c. 8.* igitur omnibus creditoribus mulier præfertur. Jure tamen noſtro regio contraria ſententia recepta eſt, a qua in praxi recedi non poteſt, ob textum diſertum *in l. 33. tit. 13. partit. 5.* docuerunt ita Gregorius Lopez *ibi*, Covar. *lib. 1. var. c. 7.* Gomez *in ll. Tauri, n. 39.* Matienzus *in l. 7. tit. 16. lib. 6. recop.* Maqueda *ubi ſup. n. 66.* Nec uxoribus competere privilegium fiſco conceſſum *in leg. ſi quis mihi, ff. de jure fiſci*, pluribus relatis probat Olea *de ceſſ. jur. tit. 3. q. 7. n. 4.* Unde hæc verba præſentis textus, *Omnibus creditoribus præferatur*, exaudienda ſunt juxta textum *in d. l. aſſiduis*, de omnibus creditoribus, etiam expreſſam hypothecam habentibus.

d *Tarenorum.*) Genus monetæ eſt proprium illius provinciæ,

4 ut jam notavi in capite ad noſtram, de emption. & vendit.

e *Maleficium.*) *L. quiſquis, §. uxoribus, C. ad leg. Jul. Majeſt. l. ſi marito, ff. ſolut. matr. l. res uxoris 24. C. de don. inter, l. 2. C. ne uxor pro marito, c. decrevit, de hæret. in 6. l. ſi quis poſthac, C. de bonis proſcript. l. ſancimus 12. de pœnis, l. 1. C. de vi publica, novella 134. c. fin. Authent. bona, C. de bonis proſcript. l. 8. tit. 10. p. 7. l. 77. Tauri*, quæ eſt lex 10. *tit. 9. lib. 5. recop.* quod etiam procedit in arrhis, *d. l. res uxoris*: cui convenit lex 4. *tit. 10. partit. 7.* & in his, quæ ex conjugali acquæſtu ad uxorem pertinent, *ex d. l. 77. Tauri*, quæ eſt lex 10. *tit. 9. lib. 5. recopil.* & merito, quia pœna debet ſequi auctorem criminis, *d. l. ſancimus, C. de pœnis, c. quæſivit, de his quæ fiunt a majori parte*. Variis ampliationibus, & limitationibus exponunt Covar. *lib. 2. variar. c. 8. n. 7.* Guazinus *de confiſcatione, limit. 35.* Maſinus *eod. tract. q. 4. n. 34.* Sanchez *lib. 2. ſummæ, c. 27. per totum*, Acoſta *de privil. credit. ampliat. 7. n.* 203. Henellius *de dotalitio, c. 8. §. 18.* Ricciulius *de jure perſon. lib. 5. c. 36. a n. 30.* Borellus *tom. 3. tit. 5. a n. 319.* Azevedus *in d. l. 10.* Gomez *in d. l. 77.* Garcia *de conjug. acquæſtu, n.* 175. Sed tunc obſtat communis ſententia, in qua docetur, quod licet quis non poſſit pro alterius delicto pœna ſpirituali, aut corporali puniri, pœna tamen pecuniaria, ſeu temporali plecti valet. Covar. *lib. 2. var. c. 8. n. 7.* Petrus Greg. *lib. 35. ſyntagm. c. 1.* ſed privatio dotis eſt pœna pecuniaria: igitur propter delictum mariti poterat uxor ea mulctari, præſertim cum dotis dominium conſtante matrimonio penes maritum ſit, *princip. Inſt. quibus alienare*, plura D. Nicolaus a Caſtro *in l. 1. C. de fundo dot.* Cui difficultati ut ſatisfaciamus, ſupponimus juris conditores magnopere curaſſe dotes conſervare, & ne uxores indotatæ remanerent, *l. ult. ff. ſolut. matr. l. hoc modo 69. ff. de condit. & demonſtr. dicta l. aſſiduis*, Alex. ab Alex. *lib. 4. genial. c. 8.* eiſque innumera privilegia conceſſiſſe, quorum mentio ſit *in c. per veſtras, de donat. c. per ſalubriter, de uſuris, l. 2. leg. prædiorum 11. l. qui balneum, ff. qui potiores, l. ſi cum dotem, l. ſi conſtante, ff. ſolut. matr. l. unica, C. de rei uxor. l. in rebus, C. de jure dot.* quæ dotalia privilegia referunt, & exponunt Petrus Barboſa *in l. 1. 3. 5. & 6. ff. ſolut. matr.* Baldus Novellus *de dotibus p. 6. 7. 8. & 9.* Joannes Campegius *eodem tract. q. 8. per totam*, Conſtantius Rogerius *de dote, inſpect. 8.* Gubertus Coſtanus *de dotibus, c. 6. & 7.* Paleotus *eodem tract. n. 45.* Baptiſta a ſancto Blaſio *q. 350.* Olea *de ceſſ. jur. tit. 3. q. 7. n. 3.* Acoſta *de privileg. reg. c. 2. ampliat. 6.* inter quæ illud enumeratur, quod refert Innocentius in præſenti, & in cap. ex parte, de conſuet. videlicet ut propter mariti delictum uxor dote non privetur, ut notarunt hic Immola *n. 1.* Panormitanus *n. 2.* Anania *n. 12.* Zabarella *n. 5.* Ancharanus *n. 6.* Hoſtienſis *verſ. In jure*. Quod adeo verum eſt, ut ſi quis pro mariti debito res uxoris occupet, vim facere dicatur, *leg. 1. C. ad leg. Jul. de vi*. Nec obſtat difficultas proxime expenſa; nam licet verum ſit maritum conſtante matrimonio dotis dominum eſſe, nec eam reſtituere teneri, niſi ſoluto matrimonio, *leg. unica, Cod. ſi dos conſtante matrim.* favore tamen dotis introductum fuit, ut ſi maritus ad inopiam vergat, poſſit uxor conſtante matrimonio dotem exigere, *leg. ſi conſtante 25. ff. ſoluto matrimonio, leg. ubi adhuc 29. ff. de jure dot. leg. 29. tit. 11. partit. 4. cap. per veſtras*, ubi dicemus, *de donat. inter*: maritus autem, cujus bona publicantur, atque propter delictum capiuntur, aperte ad inopiam vergit, ita ut actio de dote naſcatur, ut bene notarunt Bartolus *in lege 2. n. 6. ff. ſoluto matr.* ubi Caſtrenſis, Baldus Novellus *ubi proxime, privil. 17.* atque ita quaſi adveniente cauſa dotis reſtituendæ, dominium rerum dotalium ad uxorem pertinet, argumento legis in rebus, Cod. de jure dot. & ſic res dotales non poſſunt cum mariti bonis publicari: quare Zabarella & Anania *ubi ſupra*, docent in præſenti textu, poſſe uxorem conſtante matrimonio de dote agere. Nec etiam obſtat textus *l. ſatis 4. C. de Primipilo, lib. 12.* ubi ob debitum, ſeu debitum mariti dos uxoris capitur. Nam textus ille procedit ſpecialiter in Primipilo, ut docent hic communiter repetentes, Covar. *lib. 1. var. cap. 16. n. 7.* cujus ſpecialitatis ratio ut agnoſcatur, ſciendum eſt, Primipilum apud Romanos fuiſſe Principem primi ordinis, & Præfectum legionis, ut probant Covar. *dicto n. 7.* Juſtus Lipſius *de militia Romana*, Pancirola *lib. 2. variar. cap. 74. & in notitia cap. 21.* Altamiranus *in rubr. de filiis official. cap. 2. n. 23.*

Ramirez de Prado *in l. ſuper creandis, Cod. de jure fiſci*, ad quem veluti ad Principem totius legionis pertinebat cura militaris annonæ; unde militaris annona Primipilus appellari ſolet *in l. officialis, C. de Epiſcop. & Cleric. l. 3. Cod. de Primipilo, l. ſpeciebus, Cod. de cohortalibus, l. 12. l. 1. Cod. de priv. fiſci, l. ſed & militis, §. fin. l. non ſolum, §. qui Primipilum, ff. de excuſat. tut. l. pater, ff. de aliment. legat. l. fin. §. patrimoniorum, ff. de muner. & honor.* Cujacius *in l. creditor 52. §. inter, ff. de act. empti*, Pancirola *lib. 1. variar. cap.* 243. cujus fraudatio, iniquaque diſtributio Reipublicæ valde perniciosa eſt, ut late probat Altamarinus dicto cap. 2. n. 9. ſiquidem a militari annona totius exercitus robur, ac per conſequens ſalus Reipublicæ pendet; unde in odium hujus delicti ſtatutum fuit, ut dos uxoris caperetur; & filii, quamvis non hæredes, pro debitis Primipili tenerentur, ut docuerunt Oſualdus *lib. 15. Donelli, cap. ultim. littera C*, Ripol. *variar. cap. 10. numer.* 329. Merenda *lib. 2. controv. cap. 63.* Bulengerus *de Imperio Romano, lib. 3. cap. 31.* Solorzanus *lib. 5. de jure Indiarum, cap. 1. numer. 129.* Altamiranus *ubi ſupra, num. 11.* Marinis *allegat.* 125. Nec huic interpretationi obſtat textus *in leg. 1. codice de privil. fiſci*, ubi in eadem ſpecie docetur, occupatis bonis mariti ex cauſa Primipilaris adminiſtrationis, bona uxoris illis reſtituenda eſſe; nam ut docuerunt ibi Accurſius, Bartolus, Baldus, & Gothofredus, textus ille procedit in bonis paraphernalibus uxoris, quæ pro adminiſtratione Primipilari mariti nec tacite obligata ſunt, ideoque nec occupatis mariti bonis ipſa capi poſſunt.

COMMENTARIUM.

COmmuniter ex hoc textu ſequens deducitur aſſertio: *Mulier pro dote ſua habet tacitam hypothecam*. Probant eam textus *in lege unica, §. & ut plenius, Cod. de rei uxor. act. leg. aſſiduis 12. verſ. Ad hæc, Cod. qui potiores, §. fuerat, Inſtit. de action. leg. ubi 29. Cod. de jure dot. l. 17. tit. 11. partit. 5.* Illuſtrant ultra congeſtos in preſenti a Barboſa *in collect. & ſelect.* & a Garanna, Petrus Barboſa *in l. 1. 3. p. n. 31. ff. ſoluto matr.* Maqueda *in leg. privil. n. 48. ff. de priv. credit.* Pichardus *ad eumdem textum, in §. quadam 20. n. 74. Inſtit. de action.* Bachovius *lib. 1. de pignor. c. 10.* Coſtanus *de dotibus c. 6.* Gaito *de credito c. 41. qu. 11. n. 168.* Fontan. *de pactis nupt. tom. 2. clauſul. 7. gloſſ. 2. part. 1. ex n. 28.* plures congeſti ab Acoſta *de privileg. credit. regul. 2. ampliat. 6. per tot.* Giurba *ad conſuetud. Meſſan. c. 13. gloſſ. 3.* Merlinus *de pignor. lib. 3. tit. 2. per totum*, Gibalinus *de uſuris lib. 3. cap. 7. art. 4. n. 9.* Bachovius *lib. 5. declar. capit. 92.* Balduinus in Juſtin. *pag. 220.* Petrus Gregorius *lib. 9. ſyntagm. c. 24.* Cujacius *in Novella 91. & in leg. unica, §. ſed ut plenius, Cod. de rei uxor.* Donellus *de pignor. cap. 12.* Faber *lib. 8. conject. cap. 11. 12. & 13.* Fachineus *lib. 3. controv. 99. & 100. & lib. 10. cap. 33. & 55.* 5 Concluſio deducitur & probatur.

Sed in hanc aſſertionem ita pro dubitandi ratione inſurgo: Pignus, hypotheca, & fidejuſſor regulariter eiſdem obligationibus accedere ſolent, *l. 1. ff. de fidejuſſ. leg. res hypothecæ 5. Cod. de pignor.* ſed fidejuſſor dotis nomine nec peti valet, nec dari poteſt, *l. 1. Cod. ne fidejuſſores dot.* probant Mudeus *de pignor. cap. 5. n. 12. & cap. 11. n. 24.* P. Barboſa *in l. cum dotem 12. §. transgrediamur, num. 29. ff. ſoluto matr.* Oſualdus *lib. 15.* Donelli, *c. 49. littera F*, Gratianus, *2. tom. diſcept. c. 233. n. 33.* Igitur nec pignus ob dotis ſecuritatem conſtitui valet. Augetur primo hæc dubitandi ratio ex eo, nam mulier rerum dotalium dominium habet, *l. divortio 8. §. fundum l. ſi conſtante 25. §. ſi maritus, ff. ſoluto matr. l. in rebus 30. Cod. de jure dot.* ſed in re propria nec pignus, nec hypotheca conſiſtit, *l. nec pignus 46. ff. de reg. jur.* Ergo pro dote recuperanda non poteſt mulier in rebus ipſis tacitam hypothecam habere. Augetur ſecundo, nam vir, & uxor omnium bonorum ſocii ſunt, *l. 1. ff. de ritu nupt. l. 4. C. de crimine expil. cap. cum ſocietas 22. q. 2.* latius dicemus *in c. 2. de donat. inter*. Ergo tam lucra, quam damna debent eſſe communia, ex *l. ſi non fuerit 21. §. Ariſto, ff. pro ſocio*, & per conſequens ſi res dotales perierint, periculo uxoris & mariti pereunt. 6 Impugnatur tradita aſſertio.

Qua difficultate ita fulcita non obſtante, vera eſt preſens deciſio, pro cujus expoſitione ſciendum eſt, olim pro recuperanda dote nullam inſtitutam fuiſſe actionem, teſte Gellio *lib. 4 noctium, c. 3.* obſervavit Cujac. *lib. 10. obſer. c. 1.* cum matrimonia morte ſolum diſſolverentur, & ſuperſtitibus liberis materna bona ſucceſſionis jure adjudicarentur; poſtea vero cum divortia in uſum venire cepiſſent quibus initium præbuit Carbilius anno 523. qui uxorem repudiavit, ut minus aptam liberis ſuſcipiendis, ut refert Gellius ubi ſupra, & nos fuſe in *c. 1. de divortiis*; introducta inde fuit actio rei uxoriæ, qua ſoluto matrimonio mulieri ſubveniebatur contra maritum, *l. 1. cum ſeq. ff. ſolut. matr. l. un. in principio C. de rei uxor. action.* notarunt Sigonius *de antiquo jure Romano, lib. 1. c. 9.* Guevara *in topic. Cicer. §. 1. n. 3.* Roſinus *lib. 5. antiq. c. 34.* quamvis poſtea æquitate ſuadente ad alios caſus diſſolutionis matrimonii, veluti mortis mariti paulatim protraheretur, *l. dotis 9. l. ult. C. ſoluto matr. l. 1. C. Theodoſ. de dotibus, l. rei 15. §. 1. l. ſi cum dotem 22. ff. ſolut. matr.* Ita vero hæc actio appellata eſt; quia quamvis rei uxoriæ nomine tam dos, quam cetera uxoris bona veniant, *l. penult. ff. ad leg. Falcid.* ut ſunt bona paraphernalia, *l. donationes 31. §. ceterum*, ubi pro *Galli*, recte legit *alii*, D. Joſephus de Retes *lib. 5. opuſc. c. 1. n. 7.* proprie tamen, & per excellentiam res uxoria dos ipſa dicitur, quia patrimonium præcipuum uxoris eſt, *l. 3. §. ſed utrum, ff. de minor. l. in rebus 30. C. de jure dot.* inde actio, 7 De actione rei uxoriæ.

BIBLIOTECA CENTRAL U.A.N.L.

quæ pro ipſa dote competit, rei uxoriæ dicta fuit, dicta l. unica, §. accedit, & §. 29. notarunt Cujacius ibi, in princip. Hothomanus de dotibus c. 1. n. 3. Acoſta de privileg. reg. 5. ampl. 6. in princip. quæ actio dabatur tam mulieri, quam ejus Patri, Ulpianus titul. 6. reg. ibi: Quod ſi in poteſtate patris ſit, pater adjuncta filiæ perſona habet actionem rei uxoriæ. In qua ultima voce mendum eſſe ſuſpicatur Hothomanus de dotibus cap. 13. n. 91. legendumque exiſtimat rei uxoria. Hujus actionis formulam Cicero lib. 3. de officiis, hanc fuiſſe ſcribit, quantum æquius melius ſit dari. Habemus aliquot ejus veſtigia in l. penult. ff. ſoluto matrim. l. ſi cum Cornel. 82. ff. de ſolut. quare Cajus, in leg. ea 8. ff. de capite minut. ſcribit in bonum, & æquum conceptam eſſe, & naturalem præſtationem habere, ob eamque cauſam etiam poſt capitis diminutionem durare. Alia notarunt de ipſa actione Giſanius, & Cujacius in d. l. unica Idem Cujacius lib. 22. obſer. cap. 14. Hothomanus de dotibus cap. ult. Coſtanus eod. tract. cap. 5. Pichardus, & alii Inſtitutarii in d. §. fuerat, Oſualdus lib. 14. Donelli, c. 14. littera F. Erat etiam olim alia ratio repetendæ dotis cauſa, videlicet ex ſtipulatu, quæ mulieri competebat, vel parenti, vel extraneo, qui utiliter dotem ſibi reddi ſtipulabatur, leg. etiam 8. Cod. de jure dot. l. quotiens 29. ff. ſolut. matrimon. l. ex morte 9. §. ult. Cod. de pact. convent dabatur etiam actio præſcriptis verbis, quæ tunc competebat, quando extraneus ſibi dotem reddi paciſcebatur, dict. leg. unica, §. accedit, l. avia, l. ſi dotem 24. C. de jure dot.

8 De privilegiis dotis. Imperator Juſtinianus agnoſcens dotium cauſam publicam, & favorabilem eſſe, ut vulgo docetur ex l. 1. ff. ſoluto matrim. & illuſtrabimus in c. 1. de donat. inter, ut dotes conſerventur, varia privilegia ipſis, & earum cauſa uxoribus conceſſit. Primo conſtituit, ut actio ex ſtipulatu tantum daretur, transfuſis in eam omnibus commodis, quæ ex actione rei uxoriæ proveniebant, quia plenior erat ex ſtipulatu actio, d. §. fuerat, Inſtit. de action. ideſt, accommodatior, favorabiliorque. Actionem autem ex ſtipulatu ſemper dari voluit, etiamſi ſtipulatio non præceſſiſſet, ſupponendo verba adfuiſſe, & ita ex illis actionem ex ſtipulatu oriri cum qualitatibus bonæ fidei, ut late exponunt Cujacius, & Giſanius in d. l. un. docte, & erudite illuſtriſſimus D. Franciſcus Ramos in privato ſchediaſmate. Huic privilegio aliud adjunxit Imperator dotium cauſa, dum uxoribus conceſſit tacitam hypothecam dotis nomine, ita ut etſi de ea non conveniret, ſemper tamen ineſſe intelligeretur, cum antiquitus tantum hypotheca daretur pro dote, ſi ſpecialiter contraherentur, ut in l. 1. ff. qui potiores, l. quod autem 7. §. ſi uxor, ff. de donat. inter, leg. vir 17. §. 1. ff. ad Vellejanum. Quæ tacita hypotheca adeo procedit, ut contracta dicatur quantumcumque maritus minor ſit, etſi decretum judicis non præcedat, contra textum in l. ſi pupillorum, §. 1. ff. de rebus eorum: pro qua ſententia faciunt textus in l. mater, ff. de jure dotium, ubi docetur, valere conſequentiam: Is qui matrimonium contrahere poteſt, & pro dote obligari valet: ſed minor abſque decreto matrimonium contrahere poteſt, l. in copulandis, C. de nup. igitur & pro dote obligari, ac per conſequens ejus bona. Faciunt etiam textus in l. in conditionibus, ff. de condit. & demonſtr. prout illum expendit Coſta, lib. 2. ſelect. c. 3. per totum, l. 2. ff. de rebus eorum, pluribus relatis defendit Acoſta de privil. d. ampliat. 6. Quæ tacita hypotheca non ſolum competit pro dote, verum etiam pro augmento dotis, authent. de quantitate dotis, §. his conſequens, collat. 7. juncta etiam lege 8. C. de jure dot. imo & ad donationem propter nuptias plures privilegium hoc protrahunt, quia cum talis donatio ſit velut dos contraria a marito uxori data, & eodem jure utatur, l. pen. & ult. C. de donat. ante nupt. authent. æqualitas, C. de pactis conventis; jus quoque tacitæ hypothecæ habere debet; ut pluribus relatis docent Caſtillo lib. 3. controv. cap. 4. Myſing. lib. 5. obſ. c. 4. quamvis contrarium teneant Giſanius in dicta leg. un. Donellus lib. 24. c. 9. hanc etiam hypothecam ad ſponſalitiam largitatem, quæ ab ipſo ſponſo ſponſæ, quaſi in munificentiæ, & amoris pignus datur, l. 1. & 3. titul. 11. part. 4. extendit Antonius Gomez, in l. 50. Tauri, n. 54. ſed non recte, quia nec certæ legis auctoritas, nec dotis, aut donationis propter nuptias favor, & æquitas ad inducendam tacitam hypothecam pro ſponſalitia largitate concurrunt. Unde apparet, falſum etiam eſſe, quod idem Gomezius affirmat, tacite obligari mulieris, & mariti bona pro dimidia parte lucratorum conſtante matrimonio, videlicet conjugalis quæſtus, de quo agemus in c. 2. de don. inter. Apud Pragmaticos etiam receptum eſt, hanc hypothecam tacitam competere pro alimentis ex dote præſtandis, vel conſtante, vel ſoluto matrimonio intra annum, quoad reſtituatur, ſive pro fructibus dotis, ex quibus alimenta præſtantur, l. pro oneribus, C. de jure dot. l. ſi cum dote, §. ſin autem, ff. ſolut. matrim. quod etiam apud eos obtinuit in uſuris, quæ marito poſt moram in dote ſolvenda debentur, ex l. ult. §. propterea, C. de jure dot. cap. ſalubriter, de uſuris, quia pro eis maritus tacitam hypothecam obtinet in bonis ejus, qui dotem promiſit, argumento legis Lucius, ff. de aliment. legat. docent Gratianus, lib. 1. diſcep. c. 53. n. . Faber, in ſuo Codice, lib. 5. tit. 8. diffinit. 26. Surdus de alimentis, tit. 8. privil. 49. Illud etiam certum eſt, eam hypothecam competere pro rebus marito datis extra dotem, quæ bona paraphernalia dicimus, ex l. ult. Cod. de pactis conventis. Et quamvis jure civili ea ſententia non ſit extra controverſiam, cum ab ea diſcedat, diſſentiatque nervoſe Giſanius in d. leg. ult. jure tamen noſtro extra dubium eſt, ex l. 27. titul. 11. part. 4. & in praxi ita receptum eſſe teſtantur Azevedus, in l. 3. n. 23. tit. 9. lib. 5. recop. Faber in ſuo Codice, tit. 8. definit. ultima: his tamen caſibus donationis propter nuptias, & bonorum paraphernalium, etſi privilegium tacitæ hypothecæ mulieri competat, non tamen datur privilegium prælationis, de quo ſupra egi; quia cum id contra jus, dotis contemplatione, & ſpeciali gratia receptum ſit, non debet extendi ad alia bona, quæ æquali favore digna non ſunt, ut docuerunt Cujacius, & Giſanius in d. l. aſſiduis 12. Gratianus diſcept. 1. tom. capit. 53. Caſtillo lib. 3. controv. cap. 4. Pichardus in dicto §. fuerat, n. 45. proſequitur Acoſta, dicta ampl. 6. n. 337. An hæc hypotheca intelligatur reſpectu eorum creditorum, qui eam prius expreſſam habuerant, & ita uxor illi præferatur, diſputat Bronchorſt. enantioph. cent. 3. aſſert. 9.

9 Quando hæc hypotheca competat marito. Deinde ſciendum eſt, hypothecam hanc, licet diverſo modo, competere etiam marito pro exigenda dote ſibi promiſſa; quemadmodum & tacita ſtipulatio, quæ eodem jure cum tacita hypotheca conſiſtit, ut exprimitur in d. l. un. in princ. & verſ. Et nemo, C. de rei uxoris, l. 23. tit. 3. partit. 5. docent Campegius, de dote 1. p. q. 27. Balduinus, de pignor. c. 7. Caſtillo, lib. 3. controv. c. 4. Petrus Barb. in l. 1. p. 3. n. 6. & 26. ff. de ſolut. matr. inde poteſt maritus eam actionem hypothecariam intendere, cum de evictione agit, quia res alienæ in dotem datæ ſunt: quod ut facilius agnoſcamus, diſcrimen conſtituendum eſt inter res dotales æſtimatas, & inæſtimatas; quippe ſi æſtimatæ res in dotem dentur, & evincantur, placet ſemper marito actionem ex empto de evictione competere contra eum, qui dotem dedit, l. 1. C. de jure dot. Cujacius, lib. 17. obſ. c. 1. quia æſtimatio rerum dotalium plerumque emptionem facit, l. intereſt 6. C. de uſufr. l. quotiens 5. C. de jure dotium: in emptione autem naturaliter ineſt evictionis actio, l. in vendendo 26. ff. de evict. e contra autem ſi res dotales inæſtimatæ dentur, & marito auferantur a Domino, nullam maritus de evictione habet actionem, ſive a muliere, aut ejus patre, ſive extraneo data ſit, l. 1. C. de jure dot. l. quotiens 69. §. cum res, ff. eod. tit. quia dotis datio donatio quædam eſt, etſi non ſimplex, l. ult. C. de donat. ante nup. ex donatione autem regulariter evictio non datur, l. ad res 26. ff. de ædil. edict. Ceſſat autem hæc doctrina tribus caſibus. Primus eſt, ſi dos non æſtimata prius promiſſa ſit, ut plerumque accidit, & poſtea data; quo caſu rebus evictis, ex ſtipulatu, vel certi condictione maritus agere poteſt, d. l. 1. C. de jure dot. l. ſed ſi 23. de evict. l. mater 34. ff. de jure dot. quia tradita non videtur dos, quæ evicta eſt, l. ſi patroni 51. §. ult. ff. ad Treb. l. ubi eadem 75. §. ult. ff. de verb. oblig. Secundus eſt, ſi in dotis conſtitutione ultro de evictione cautum ſit, vel ſimpliciter, vel ſtipulatione duplæ, l. non ſolum 52. ff. de jure dot. juncta l. 2. C. de donat. Tertio, ſi dolo malo res alienæ in dotem dentur; nam his evictis de dolo actio adverſus eum, qui dedit, competit, d. l. cum poſt 69. §. cum res, leg. Ariſto 18. §. ult. ff. de donat. niſi uxor in dote danda dolum commiſerit, quo caſu actione in factum, detracta doli mentione, convenitur, d. l. 1. C. de jure dot. ubi Giſanius, & in d. l. Ariſto 8. Faber de error. decade 81. Cujacius, lib. 4. reſponſ. Papin. in d. l. cum poſt, §. cum res, Barboſa, in d. l. æſtimatio, n. 51. ff. ſoluto matr. non tamen ullo caſu privilegium prælationis, de quo ſupra, uxori conceſſum, marito pro dote competit, quia hoc privilegium perſonæ mulieris cohæret: notarunt Caſtillo, d. lib. 3. controv. c. 4. n. 3. Balduinus, de pignor. c. 7. Molina, de juſtitia, diſp. 423. n. 7. Novellus de dote; q. 12. n. 10.

10 De tacita hypotheca. Rurſus ſciendum eſt, quoad privilegium hoc tacitæ hypothecæ nihil intereſſe, an dos ſit profectitia, an adventitia. Eſt autem dos profectitia, quæ a patre filiæfamilias, vel emancipatæ datur: adventitia vero, quæ a quovis alio præter patrem, veluti muliere, vel extraneo, traditur, & quodammodo extrinſecus advenit, l. profectitia, §. ſi pater, ff. de jure dot. l. 4. C. de collat. Ulpianus, in fragm. tit. 6. de dotibus notant Cujacius, tract. 8. ad Africanum, ff. ſolut. matr. Hothomanus de dotibus c. 3. Barboſa, in l. 2. §. quod in patris, ff. ſolut. matr. Schifordeg. ad Fabrum lib. 3. tract. 2. q. 8. In his ergo caſibus tacitam hypothecam habet maritus in bonis ejus, qui dotem promiſit, & uxor in bonis mariti, l. etiam 19. ff. de jure dot. Etiam hypotheca hæc tacita datur, ſi pater pro filiofamilias marito dotem acceperit, vel ei tradi juſſerit: hypothecaria enim actione conveniri poteſt, ut ex l. ſi cum dotem 22. §. tranſgrediamur, ff. ſolut. matr. probant Petrus Barboſa, ibi, n. 6. & 28. Faber, in ſuo C. lib. 8. diffin. 25. Si vero filio emancipato dotem accipienti conſenſerint, nec pater, nec ejus bona obligantur, l. un. Cod. de filiofam. & quemadmodum, lib. 10. l. ult. §. reſcripſerunt, ff. ad municip. juncta l. Lucius, ff. de adminiſtr. tutor. Barboſa, in dicto §. tranſgrediamur, n. 9. niſi eo caſu, quo pater pro dote filio data ſe obligare cogi poſſit, l. ſi filius 7. ff. de tutel. veluti quoties ſine patris cautione pro dote filius uxorem idoneam non inveniret, tunc ne matrimonium impediri videatur, l. c. 29. alias qui liberos 30. ff. de ritu nupt. & pater bona obligare cogitur, & filio emancipato dotem accipienti conſentire; quo caſu tacita hypotheca in ejus bonis inducitur, ut colligitur ex traditis a Barboſa in dicto §. tranſgrediamur, n. 31. Campegio de dote 3. p. q. 16. Guttierez, de juramento, 1. p. c. 46. Novello, de dote 6. p. privil. 10. Quare cum jure Regio poſt benedictiones nuptiales filius exeat a patris poteſtate, ex l. 47. Tauri, quæ eſt hodiæ lex 8. tit. 10. lib. 5. recopil. etiamſi filius patre conſentiente dotem poſt nuptias acceperit, ceſſabit tacita hypotheca in bonis patris, ut docent Molina, de juſtitia, tract. 2. diſp. 438. n. 2. Barboſa, ubi ſupra, num. 8. Hoc autem privilegium tacitæ hypothecæ adeo comitatur primum, prælationis videlicet, ut quodammodo illi inſit, d. l. aſſiduis, verſ. Ad hæc, §. fuerat, Inſtit. de actionibus, Ne-

guſantius de pignor. memb. 4. n. 29. Unde provenit, ut ſi extraneus pro muliere dotem dederit, quamvis reſtitui ſtipuletur, non tamen habeat in bonis mariti tacitam hypothecam, quia actioni tantum de dote ex ſtipulatu a Juſtiniano inductæ tribuitur, quæ nunquam extraneo competit, d. l. unic. §. accedit; docent Molina de juſtitia, diſp. 438. n. 3. Barboſa in d. l. 1. 3. p. n. 30. ff. ſolut. matrim. Inde etiam infertur, ut ſi pater pro filia dotem dederit, eamque ſoluto matrimonio petat per actionem ex ſtipulatione ficta, quæ patri pro dote profectitia competit, cum filiæ tribuatur, l. 2. §. quod ſi in patris, ff. ſolut. matrim. d. l. unic. §. extraneo, C. de rei uxor. jus quoque tacitæ hypothecæ ſimul habebit, ſive viva, & conſentiente filia experiatur, ſive poſt mortem filiæ ſuo nomine, juxta legem dos a patre 4. ff. ſoluto matrim. l. jure, ff. de jure dot. Barboſa in l. poſt dotem 40. n. 56. ff. ſoluto matrim. Si autem pater dotem petat actione ex ſtipulatione vera, quia dotem ſibi ſtipulatus eſt, ut in l. quoties 29. ff. ſolut. matrim. tacitam hypotecam non habebit, quia illa ſtipulatione a jure dumtaxat inducta datur: notavit Neguſantius ubi proxime, n. 34. Similiter circa prælationis privilegium ratiocinandum eſt: nam ſi pater agat ex perſona filiæ, illo utitur; ſecus vero ſi jure proprio. Novellus de dote, p. 12. n. 11. Barboſa in d. l. poſt dotem, n. 55. Unde cum apud nos filius poſt benedictiones nuptiales ſui juris efficiatur, & ſoluto matrimonio illi tantum competat de dote actio, ut docent Azevedus in d. l. 8. n. 11. Barboſa in d. l. 2. §. quod ſi in patris, n. 12. Cevallos communium q. 478. n. 5. ideo fruſtra de hypotheca patri competenti, vel non diſſeritur, niſi caſu quo quia matrimonium ſolutum eſt ante benedictiones nuptiales, dos patri reſtitui debet. Jus tamen hoc tacitæ hypothecæ mulieri pro dote quæſitum, ad eum, cui dotis actio ceditur a muliere, & ad hæredes ejus tranſit, quaſi conjunctum cum actione ex ſtipulatu, argumento legis unicæ, §. illo protul, Cod. de rei uxoriæ, leg. 1. §. præmittitur, ff. de aqua quotid. non tamen jus prælationis, quia hoc jus uxoris perſonale eſt, authent. ut ex actione dotis, collat. 7. novell. 91. juncta lege ex pluribus, ff. de adminiſtr. tut. Barboſa in d. l. poſt dotem 49. n. 57. ff. ſolut. matrim. Molina dicta diſp. 438. n. 4. niſi filii ſint, quibus pro dote matris jus tacitæ hypothecæ, & prælationis contra creditores alios in bonis patris ſpecialiter datum eſt, ex d. l. aſſiduis, verſ. Exceptis, l. ſi quis priore 8. §. ult. Cod. de ſecundis nuptiis, docent Gregorius Lopez, in leg. 33. tit. 13. partit. 3. Coſtanus de dote cap. 7. n. 13. Cujacius in dict. l. unica, §. cum autem, in fine, C. de rei uxoriæ, Gratianus tom. 1. diſcept. cap. 143. n. 43. Cancerius 2. p. variar. cap. 7. n. 92. Acoſta de privil. credit. in reg. 2. ampliat. 6. n. 130. quamvis nec filiis, nec hæredibus mulieris privilegium prælationis competere probabiliter contendant Fulgoſius, in d. l. aſſiduis, n. 8. Faber lib. 8. conject. c. 13. Schifordeg. & Hunnius laudati ab Olea de ceſſ. jur. tit. 6. q. 2. n. 24.

11 Quo tempore naſcatur hæc hypotheca. Supereſt, ut de tempore, in quo hæc hypotheca competat, tam marito, quam uxori, videamus. Et placuit marito ex tempore matrimonii contracti; mulieri vero ex die matrimonii ſoluti hypothecam competere, quia hypotheca actioni de dote tribuitur, & veluti accedit: actio autem de dote, nec marito ante nuptias, nec mulieri niſi poſt nuptias diruptas naſcitur, leg. talis 48. ff. de jure dot. leg. ſi conſtante 24. §. 1. ff. ſoluto matr. juncta leg. cum ſolvendo 4. ff. de diſtract. pignor. unde actio de dote ſemel nata retrotrahitur in marito ad tempus promiſſæ dotis, in muliere vero ad tempus contracti matrimonii. Unde conſequens eſt, hypothecam quoque tacitam marito ex die promiſſæ dotis competiiſſe, mulieri vero ex die matrimonii contracti, ex leg. qui balneum 9. leg. potior 11. ff. qui potiores, docent Petrus Barboſa in leg. 1. 3. p. n. 23. ff. ſolut. matrim. Giſanius in d. leg. aſſiduis. Jure autem noſtro Regio verius eſt, hypothecam tacitam mulieri tribui ex tempore dotis traditæ, ut exprimitur in leg. 47. tit. 11. partit. 4. docent Molina dicta diſp. 438. n. 10. Acoſta dicta ampliat. 6. n. 24. Ceterum ſi mulier pro dote expreſſa hypothecæ conventione ſibi caverit, ſoluto matrimonio ad tempus conventionis retrotrahitur hypotheca; & ideo ceteris creditoribus poſteriores hypothecas habentibus, communi jure præfertur: docent Molina ſupra n. 10. Gratianus 1. tom. diſcept. cap. 53. n. 23. quemadmodum in extraneo, qui pro dote, quam promiſit, hypothecam accepit, quæ poſtea alii obligata eſt, ſi quæratur quis potius ſit, eleganter reſponſum eſt in leg. 1. ff. qui potiores, cui convenit lex 23. tit. 15. partit. 5. Illuſtrant Cujac. lib. 8. qq. Papin. in d. leg. 1. Donellus de pignor. cap. 12. paz in praxi, tom. 1. p. 4. n. 5. & 6. Illud notandum eſt, mulierem quæ pro dote expreſſam hypothecam accepit, non amittere tacitam, ſi ei utilis futura ſit, argumento leg. Attilicinius, ff. de pactis dotalibus.

12 Traditur ratio decidendi. His ſuppoſitis ratio præſentis deciſionis, & hujus privilegii tacitæ hypothecæ hucuſque illuſtrati, provenit ex matrimonii favore: & quia intereſt Reipublicæ, ne uxores maneant indotatæ, leg. 1. ff. ſoluto matrim. unde cum olim uxoribus tantum actio perſonalis concederetur, & frequentes eſſent actiones hypothecariæ, a quibus facile præcedebantur uxores, ex regula legis eos, Cod. qui potiores, ſecundum quam actio perſonalis, quantumcumque privilegiata, a quacumque hypotheca vincitur, & ſuperatur; ideo ne ita facile mulieres indotatæ manerent, conceſſa fuit illis tacita hypotheca in dicta lege aſſiduis; quod privilegium ſine exemplo non eſt: nam in aliis quoque juris articulis extra partium conventionem tacita hypotheca inducitur, veluti in adminiſtratione rerum pupillarium, cujus nomine bona tutoris, ac curatoris, tacito pignoris jure pupilli obligantur, lege pro officio 20. ff. de adminiſtr. tut. l. fin. Cod. de legit. tut. docent Faber, in Juriſpr. tit. 22. princip. 13. illat. 11. Eſcobar de ratiociniis, cap. 39. in invectis, & illatis ab inquilino in prædium urbanum, quæ pro penſione tacitæ hypothecæ nexii ſubjiciuntur, leg. item 4. ff. de pactis, l. 4. ff. in quibus cauſis pignus, Bachovius de pignor. cap. 11. item quam habent legatarii in bonis defuncti pro rebus legatis, leg. 1. Cod. communia, de legatis, cujus meminit Tribonianus, in leg. 4. §. 1. ff. de ſeparat. ut poſt Cujacium ibi, lib. 12. reſponſ. Papin. docet Bachovius de pign. cap. 10. Prædicta igitur hypotheca conceſſa proſpectum eſt mulieribus, & earum imperitiæ conſultum; ideoque deinceps in dotalibus inſtrumentis conficiendis vix opus eſt Juriſconſultis, qui apud Romanos dictandis, & conficiendis obligationibus, ac teſtamentis plerumque adhibebantur, leg. Lucius 88. §. Lucius, ff. de legat. 2. ex Cicerone: & aliis illuſtrat Cujacius, in leg. 1. ff. qui teſtamenta, & in dict. leg. unica, §. 1. Cod. de rei uxor. Contrahitur itaque hypotheca ſola legis auctoritate, unde ſi maritus alia bona non habeat præter fideicommiſſo ſubjecta, in eis contrahitur tacita hypotheca, ex l. mulier 22. l. cum proponeretur, ff. ad Treb. authent. res quæ; C. communia de legatis: docent Faber, de erroribus. decade 20. errore 2. & decade 99. errore 9. Gratianus, tom. 1. diſcep. c. 43. n. 27. idemque in primogeniis Hiſpaniæ admittendum in his caſibus, quibus vel Regia auctoritate impetrata, vel ipſo jure pro dote obligari poſſunt; docent Molina, lib. 4. de primog. c. 6. n. 17. P. Molina, de juſt. diſp. 468. Illud tandem notandum eſt, poſſe mulierem renuntiare huic tacitæ hypothecæ, ut exprimitur in conſtitutione Anaſtaſii, quæ extat in l. jubemus 21. C. ad Vellejanum, & infertur ex d. l. unica, §. & cum lex, C. rei uxor. notaruntque Cujac. lib. 3. obſ. c. 75. Barboſa, in l. 1. n. 59. & 69. ff. ſolut. matr. An vero hæc tacita hypoteca competat pro dote confeſſata, aut accepto lata & putativa, late diſputat Acoſta ubi ſupra ampliat. 6.

13 Diſſolvitur ratio dubitandi. Nec obſtat dubitandi ratio ſupra adducta; nam licet verum ſit, fidejuſſores pro dotium ſecuritate peti non poſſe, hypotheca tamen conſtitui valet. Differentiæ ratio provenit ex eo, quia fidejuſſor perſonam debitoris reſpicit, pignus vero rei debitæ locum habet, & fidejuſſor cum contumelia quadam debitoris exigitur, l. teſtamento 17. ff. de teſtam. tut. & præcipue mariti, cujus poteſtati mulier ſe committit: unde fidejuſſorem pro dote exigendo, ejus perſonæ diffidere, & alienam fidem præponere, pernicioſo exemplo videtur, l. 2. C. de fidejuſſ. dotium, l. hæc lex, C. de pactis conven. c. per veſtras, de donat. docuit Larreatigui lib. 8. ſelect. cap. 13. & late illuſtrat Larrea deciſ. 7. per totam. Ceſſat autem hæc contumelioſæ diffidentiæ ratio in pignore, quod non mariti, ſed dotis loco cedit, quo magis in tuto ſit. Eleganter Cujacius tr. 4. ad Africanum, in l. vir uxori 17. ff. ad Vellejanum, & ad titulum C. ne fidejuſſores, ubi Giſanius, & Pacius. Nec obſtat primum augmentum ipſius difficultatis; nam hæc tacita hypotheca non ipſis rebus dotalibus inducta eſt a Juſtiniano, ſed in bonis mariti. Nec ad rem pertinet, quod ſcriptum eſt in l. rebus 30. C. de jure dotium; mulierem dotales res, vel vindicare jure dominii, vel per hypothecariam actionem jure pignoris petere poſſe, quia quamvis perverſam Triboniani Juriſprudentiam extare in eo textu contendat Faber de erroribus, decade 99. errore 1. verius tamen eſt, non agi ibidem de tacita hypotheca pro dote, quæ ſequenti anno poſt eam legem editam a Juſtiniano inducta fuit; ſed de expreſſa, quæ ſolemni conventione plerumque pro dote adhibetur, leg. quod autem 7. §. ſi uxor, ff. de donat. inter, leg. 1. ff. qui potiores, notarunt Giſanius in dict. leg. in rebus, Cujacius, ad tit. Cod. de jure dot. Idcirco autem res dotales nexu expreſſi pignoris mulieri obligari poterant, quia earum dominium tam conſtante matrimonio, quam ſoluto ad maritum pertinebat jure veteri, prius quam mulieri traderentur, ut probavi in capite cum contingat, de jurejur. Ceterum cum Juſtinianus vindicationem rerum dotalium mulieri tanquam earum dominæ ſoluto matrimonio concederet in dict. lege in rebus 30. ne dominio dotis dato pignus impediretur, & vendicatio mulieris favore inducta ei actionem hypothecariam adimeret, contra regulam legis quod favore 6. Cod. de legibus, voluit utrumque jus uxori competere; & vindicationem, quaſi dominæ rerum dotalium, ex ſua conſtitutione; & hypothecariam, quaſi retento jure veteri. Præſenſit Cujacius, ubi proxime, quamvis aliter poſt Accurſium, Bartolum, & Salicetum textum illum accipiat Coſtanus, de dotibus, cap. 6. n. 14. Nec obſtat ultimum augmentum difficultatis; nam ſocietas illa conjugalis conſiſtit in rebus conſtante matrimonio acquiſitis, cap. 2. de donat. inter; non vero in rebus antea quæſitis: unde mulierem extra dotem ſibi paraphernalia bona retinere poſſe notum eſt, quæ non communicantur marito: & ita ſocietas illa quoad lucra conſtante matrimonio obvenientia procedit.

BIBLIOTECA CENTRAL U.A.N.L.

C A P U T VI.

Idem *R. de Monte* a *Fortino*.

CUm contra nobilem virum G. Deventen civem *b* Anagninum, ſuper quibuſdam poſſeſſionibus, quas quondam pater tuus Laudun de Salis pro certa pecuniæ quantitate obligaret, & creditoris hæredes prædictos G. pignorarant, moviſſes in noſtra præſentia quæſtionem, tibi, & ei dil. fil. P. de Saxon. Sub. & Capellanum noſtrum conceſſimus auditorem. Conſtitutus igitur in noſtra præſentia legitime probaviſti, quod poſſeſſiones ipſæ pignoris titulo fuerunt obligatæ, ac ex earum proventibus tantum fuerat tunc ab eodem G. ab aliis, qui eas tenuerant, a tempore, quo fuerant obligatæ, perceptum, quod fructus ſorti poterant adæquari. Nos igitur attendentes, quod in talibus perceptio fructuum in ſolutione ſortis accedat, cum ſecundum *c* canonicas ſanctiones *d* fructus reſtitui, & in ſortem debeant computari, conſiderantes etiam quod poſſeſſiones ipſæ jam extenuaſſent penitus tuum onus, & debitum annullaſſent, de conſilio fratrum noſtrorum ipſas tibi reſtituendas eſſe decernimus, & per Nuntium noſtrum in poſſeſſionem induci fecimus corporalem.

N O T Æ.

1 a *FOrtino.*) Ita etiam legitur in tertia collectione, *ſub hoc tit. c.* 3. quia enim agebatur in præſenti de contractu uſurario, & per conſequens de crimine uſurarum, Judici Eccleſiaſtico præſentis cauſæ cognitio committitur, ut in ſimili ſpecie notavi *in c. illa vos, de pignorib.*

b *Anagninum.*) Anagniæ civitas Hirnicorum eſt in Latio, bi Antonius ſorore Auguſti contempta, Cleopatram in uxorem accepit: de ea Virgilius *lib.* 7. ait:

Quos dives Anagnia paſcit, &c.

2 c *Canonicas ſanctiones.*) Imo, & juxta regales ſanctiones idem obſervatur, *leg.* 1. *&* 2. *C. de pign. action.* unde potius dicendum erat, *ſecundum canonicas & civiles conſtitutiones*, ut *in cap. cum ſuper* 17. *de re judic.* Sed recte Innocentius ſignanter dixit, *ſecundum canonicas ſanctiones;* nam cum jure civili attento fructus rei pignoratæ non imputentur in ſortem principalem, ſi inter contrahentes id placuerit, ita ut ex natura antichreſis eo caſu creditor fructus rei pignoratæ ſuos faciat, *l.* 1. *§. pacto, ff. de pign. l. pecunia, l. placuit* 29. *ff. de uſuris*, infra latius dicemus; jure tamen canonico nec ex tacito, nec ex expreſſo contrahentium placito poſſunt fructus juſte retineri a creditore: ideo Innocentius tantum expreſſit ſecundum canonicas ſanctiones fructus in ſortem principalem imputandos eſſe: notavit Arias a Meſa, *lib.* 3. *variar. c.* 46. *n.* 15.

3 d *Fructus reſtitui, & in ſortem debeant imputari.*) Hæc verba ſunt disjunctive accipienda, *ex l. ſæpe* 65. *ff. de verb. ſign.* cum fructus ſimul reſtitui, & imputari in ſortem nequeant: imo cum reſtituuntur, non imputantur, nec e converſo. Duplici enim modo poſſunt fructus rei pignoratæ lucro debitoris cedere, vel compenſatione facta cum debito principali, quod contingit quando fructus ſunt ejuſdem ſpeciei, vel jam ſunt conſumpti & æſtimati, quo caſu debitum principale ipſo jure minuitur, & extenuatur, *leg.* 1. *&* 2. *Cod. de diſtract. pign. l.* 1. *&* 2. *C. de pignor. act.* vel reſtitutione eorum illi facta, quod contingit quando fructus ſunt diverſæ ſpeciei, & extant: quo caſu non compenſantur, ſed reſtituuntur: unde dum utrumque caſu comprehendit Innocentius, dixit fructus reſtitui, & imputari: multum enim intereſt, an fructus extent, vel conſumpti ſint: nam ſi adhuc extant, in dominio debitoris ſunt, *l. qui ſcit, ff. de uſuris*, illique ſoluto debito reſtitui debent cum pignore, tametſi interim ipſi tacite obligati cenſeantur, *l.* 3. *Cod. in quibus cauſis pignus; l.* 1. *C. de partu pignor.* docent Caniſius, *de uſuris, c.* 5. *n.* 7. Baptiſta Coſta, *de ratione rata, qu.* 142. *n.* 16. Eſcobar *de ratiociniis, cap.* 17. *n.* 15. atque ita fructus conſumpti extenuant ſortem, qui deductis ſumptibus in eorum collectione factis debent æſtimari juxta tempus, in quo conſumuntur, ut probat Leotardus *de uſuris q.* 11. *n.* 40. Hæc tamen procedunt in fructibus, quæ non ſunt ejuſdem ſpeciei ad debitum principale, veluti ſi pecunia credita eſt, & creditor ex agro frumentum, vel ex prato fœnum percepit; tunc enim refert, an hujuſmodi fructus extent, vel ſint conſumpti: ſed hujuſmodi generis ſint, & qualitatis cum ſorte principali, veluti ſi creditor eſt pecuniæ, & ex domo, vel navi, vel jumentis pignori acceptis, penſiones in pecunia percipit, quo loco fructuum cedunt, *l.* 36. *ff. de uſuris*, tunc non obligantur pignori, nec inſpicitur, an conſumpti ſint, ſed ſtatim cedunt in ſolutionem debiti, & ipſo jure minuunt ſortem, ut docent Donellus *in l.* 2. *C. de pign.* Leotardus, *d. q.* 11. *in fine;* nec eo caſu tacitum pignus datur, quia in ea re, quæ ex juris diſpoſitione compenſari poteſt, pignus tacite non contrahitur, *l. ſi convenerit* 18. *ff. de pignor. action.* nec contrarium probant textus, *in l.* 3. *C. in quibus cauſis pignus, l.* 7. *ff. eodem;* nam illi accipiendi ſunt de fructibus, qui ſunt alterius generis, nec cum ſorte debita functionem recipiunt.

COMMENTARIUM.

4 Concluſio traditur, & probatur. EX præſenti textu ſequens communiter deducitur aſſertio: Fructus ex re pignorata percepti imputantur in ſortem debiti principalis. Probant eam textus *in c. illos vos* 4. *c.* 6. *hoc tit. c.* 1. *c.* 2. *conqueſtus, de uſuris, c.* 6. *&* 7. *eod. tit. in* 1. *collect. c. ad noſtram; el* 1. *c. ex litteris* 32. *de jurejur. l.* 1. *&* 2. *C. de pignor. action. l.* 2. *C. de pact. pignor. l. ſi dominum, C. de pignor. l.* 2. *tit.* 13. *p.* 6. Illuſtrant ultra congeſtos in præſenti a Barboſa, Balboa, *in d. cap. ad noſtram*, Petrus Greg. *l.* 3. *partit. tit. de uſuris, c.* 4. & *in tract. de uſuris l.* 2. *c.* 9. *n.* 1. Cujacius *hic*, & *in d. lib.* 1. *C. de pignor.* & *in l.* 17. *C. de uſuris*, & *l.* 11. *obſ. c.* 31. Leotardus, *de uſuris q.* 11. *cum ſeq.* Noguerol *allegat.* 10. *n.* 167. Caſtillo, *l.* 3. *controv. c.* 23. Arias de Meſa, *lib.* 3. *var. c.* 46. Didacus Perez, *in l.* 2. *tit.* 2. *lib.* 8. *ordin.* Bronchorſt *centur.* 2. *aſſert.* 71. Diana, *p.* 11. *tract.* 7. *reſol.* 26. D. Joannes de Larrea, *alleg.* 41. Merlinus, *lib.* 5. *de pignor. tit.* 14. Hothom. *l.* 1. *obſ. c.* 4. & *de fœnore c.* 4. Gibalin. *de uſuris l.* 3. *c.* 7. *art.* 13. Æneas Robertus, *lib.* 2. *rerum judic. c.* 8. Balduinus, *de pign. c.* 16. Faber *de errorib. decade* 9. *errore* 1. *&* 9. Salmaſius, *de modo uſurarum, c.* 14. Binsfeldius, *in c.* 1. *de uſuris*, Leo Pinel. *in c. ſignificante, hoc tit.* Gaito, *de credito, c.* 2. *ex n.* 1637. Marinis, *l.* 2. *reſol. c.* 172. Tapia, *caten. mor. lib.* 5. *c.* 17. *art.* 10. D. Joſephus de Retes, *de donat. c.* 3. *n.* 18.

Sed pro dubitandi ratione in præſentem aſſertionem ita inſurgo. Pactum antichreſis, per quod creditor percipit fructus hypothecæ in compenſationem uſurarum: inutile non eſſe ait Papinianus *in l.* 1. *§. pacto, ff. de pignor. &* expreſſius Martianus *in l. ſi is qui* 11. *§.* 1. *ff. eodem, & in l. ſi pecuniam* 33. *ff. de pignor. action.* & ſupponitur *in l. legata* 9. *§. fin. ff. de ſupellect. legat.* Quorum prudentum reſponſa ſequuti ſunt Imperatores Alexander *in l. ſi ea pactione* 14. & Philippus *in l. ſi ea* 17. *de uſuris*. Juſtinianus tamen noluit cum ruſticis, & colonis hujuſmodi antichreſin celebrari, ut probant late leges: & differentia hujus contractus exponentes Faber, *de error. decade* 9. *errore* 1. Balduinus *de pign. c.* 1. *n.* 16. Salmaſius *de modo uſurarum c.* 14. Rodriguez, *l.* 3. *de annuis reddit. qu.* 4. *n.* 52. Leotardus *de uſuris dicta q.* 10. 11. *&* 12. Bachovius, *de pignor. l.* 1. *cap.* 14. Vinnius *lib.* 2. *ſelect. c.* 7. Hunnius *ad Treutl. diſp. de pignor. diſp.* 37. Maſius *ſingul. opin. lib.* 4. *c.* 1. *cum ſeq.* Ergo non recte in præſenti docetur, fructus rei pignoratæ in ſortem imputari debere. Augetur primo hæc difficultas ex eo, nam creditor pignus ſibi traditum poſſidet, *l. cum & ſortis* 35. *§. pignus, l. ſi pignus* 37. *ff. de pignor. action. l. per ſervum* 37. *ff. de acquir. domin. l. ſi pignori* 13. *Digeſt. de uſuſap.* ſed fructus ſequuntur poſſeſſorem, *l. bonæ fidei* 48. *Digeſt. de acquir. domin.* Igitur fructus rei pignoratæ ratione poſſeſſionis ad creditorem ſpectant. Augetur ſecundo hæc difficultas ex eo, quia fructus rei pignoratæ non percipiuntur, ut uſuræ, ſed in compenſationem uſurarum, cum debitor utatur, fruaturque commodis pecuniæ, & creditor in compenſationem utatur, fruaturque re pignorata: igitur ex hac cauſa mutuæ compenſationis juſte retinet creditor fructus rei pignoratæ. Augetur tandem hæc difficultas *ex cap* 1. *cap. ſalubriter*, de uſuris, ubi in eadem ſpecie docetur, fructus rei pignoratæ lucro creditoris cedere. 5 Inpugnatur tradita aſſert.

Qua difficultate ita fulcita non obſtante, vera eſt præſens aſſertio, pro cujus expoſitione ſciendum eſt, variis pignoris acceptionibus omiſſis, quas poſt Mudeum, Neguſantium, Donellum, Baldum, Bachovium, & alios de pignoribus ſcribentes exponit Gibalinus, *lib.* 3. *de uſuris, cap.* 7. *art.* 1. Ulpianus *in leg. plebs* 238. *§. pignus, ff. de verb. ſign.* pignus appellatum dicere a pugno, quia res quæ pignori datur, manu traditur, quod & docuerunt Connanus *l.* 4. *comment. c.* 14. Corraſius, *in l.* 1. *ff. de acquir. poſſeſſ. n.* 3. & *in l. ei qui, n.* 12. *de ſervitut.* Valla *de rebus dubiis, tract.* 11. Verumtamen hanc vocem potius alluſionem quandam, quam veram etymologiam continere, recte animadvertunt Neguſantius *de pignor. part.* 1. *n.* 1. Gaitus *de credito, cap.* 4. *q.* 1. Merlinus *de pignor. tit.* 1. *cap.* 1. Bachovius *eodem tr. l.* 1. ſiquidem alluſione hac non impediente, pignora etiam vocantur, quæ manu non traduntur: & ita non ſolum rei mobilis pignus contrahi poteſt, verum etiam rei immobilis, veluti fundi, aut ædium, *l.* 8. *§. ſi anni* 5. *ff. de tranſact. l.* 2. *§. fin. ff. de relig. & ſumptibus, l. Gajus* 39. *ff. de pignor. l. ſciendum* 15. *§.* 1. *ff. qui ſatiſdare, l.* 1. *§. cum prædium* 2. *l.* 11. *§.* 1. *l. creditor* 23. *ff. de pignor. l.* 6. *C. de pignoratitia, l. cum notiſſimi, §. ſed cum illud, C. de præſcr. triginta, l. ſi dominium* 9. *C. hoc tit.* Plautus in Phormione. 6 Pignus quid?

Ager appoſitus eſt pignori.

Martialis *l.* 12. *epigr.* 25.

Cum rogo te nummos ſub pignore: non habeo inquis.
Idem ſi pro me ſpondet agellus, habes.

Tacitus *l.* 19. *hiſt.* Credebatur affectam ejus fidem præbuiſſe, domo, agriſque pignori acceptis. Non quia manu immobilia tradantur, & accipiantur, dum de illorum terra, vel ſubſtantia pugno aliquid accipitur, & traditur, ut voluit Salicetus, *in l. ſi rem, §. propriæ, ff. de pignor.* ſed quia uſu hominum exigente eo tandem perventum eſt, ut rerum quocumque modo nexarum, creditori tamen ſuppoſitarum, licet non traderentur, pignus eſſet; ut nominum, cautionum, ſervitutum, & uſusfructus, *l.* 2. *&* 4. *C. quæ res pignori, l.* 11. *§. uſusfructus, cum ſeq. ff. hoc tit. l. ſi convenerit* 18. *ff. de pignor. l. poſtquam* 7. *ff. de hæredit. vendita:* in quibus juribus docet id Cujacius *l.* 70.

l. 70. *qq. Papin. in l.* 64. *ff. de rei vindic. in l.* 3. *§. ult. ff. de uſur.* Faber *l.* 8. *conject. cap.* 17. & *l.* 19. *cap.* 6. *&* 7. Hunnius *ad Treutl. volum.* 2. *diſput.* 1. *theſi* 1. *qu.* 13. Olea *de ceſſ. jur. titul.* 4. *qu.* 2. Bachovius *l.* 2. *de pignor. cap.* 6. 7. *&* 8. Meril. *l.* 1. *obſ. cap.* 36. Galbanus *de uſufruct. cap.* 39. Hoc modo accipiendus eſt Marcianus, *in l.* 5. *§.* 1. *ff. de pignor.* (ne cum inſulſiſſimo Grammatico Valla *l.* 6. *elegant. c.* 57. pugnare cum Ulpiano dicamur, ob quod ridiculus vocatur a Connano *l.* 4. *comment. c.* 14. *n.* 2. Mendoza *de pactis, c.* 12. *n.* 14. & reprehenditur a Sichardo *in hac rubrica Cod. n.* 10.) dum aſſerit inter pignus & hypothecam tantum nominis ſonum differre, non ob id ſolum, quod hypotheca Græcum nomen ſit, pignus autem Latinum; nam ex acceptione Juriſconſultorum pignus de rebus mobilibus, hypotheca de rebus immobilibus uſurpabatur, *d. l. plebs, §. pignus, Inſtit. de action.* ſed quia poſtea Jureconſulti neglecta proprietate promiſcue illis vocibus uſi ſunt, *ut in l.* 5. *ff. hoc tit. l.* 9. *§. proprio l. cum & ſortis* 35. *ff. de pignorat. l.* 88. *ff. de acquir. hæredit.* tradunt Theophilus, *in §. item Serviana, Inſtit. de action.* Fornerius *in dicta l.* 236. *§. pignus*, unde nulla differentia inter pignus, & hypothecam agnoſcebatur.

7 De pignore, & hypotheca. Sunt tamen qui adhuc putant, illam inter utramque vocem remanſiſſe differentiam, quod in pignore poſſeſſio transferatur in creditorem, ſecus autem in hypotheca, in qua penes debitorem manet, *dict. lib.* 9. *d. l. cum & ſortis, §. fin.* illud fere in mobilibus; hoc in immobilibus accidere; ſed tamen hoc perpetuum non eſt; nam etiam rei mobilis poſſeſſio poteſt relinqui debitori, *l. ſi quis rem* 66. *ff. de furtis;* vel non transferri in creditorem, *l.* 20. *ff. hoc tit.* & rei immobilis obligatæ transferri in creditorem, *leg. quid de creditore* 11. *ff. de damno infecto, l.* 9. *de operis novi nunc. l. ei qui* 16. *de ſervitut. l. Gajus Sejus, de pignor. d. §. item Serviana;* maxime ſi mobilis ſit, *l.* 9. *§.* 1. *l. fin. ff. quibus modis pignus*. Hoc autem certum eſt provenire ex hac promiſcua vocum acceptione, ut comprehendatur ſub pignoratitia actione actio etiam hypothecaria. Sunt textus diſerti *in l. rem* 41. *ff. de pignorat. l.* 3. *§.* 3. *ff. ad exhib. l. duobus* 19. *l. penult. §.* 1. *ff. de except. rei judic. l. Titius* 9. *ff. quibus modis pignus, l. Mævio* 66. *§. fundo, ff. de legat.* 2. *l.* 5. *C. ſi aliena res pignori*. Vera tamen, & perpetua differentia inter pignus, & hypothecam in modo conſtituendi nexum conſiſtit, quippe pignus re conſtituitur, & traditione; hypotheca autem pacto, *l.* 1. *&* 4. *ff. de pignor. l.* 17. *§. de pignore, ff. de pactis, l. qui balneum* 9. *ff. qui potiores, l. ſolutam* 49. *ff. de ſolut. l. non ſolum* 33. *§. qui pignori, ff. de uſucap. l.* 4. *de fide inſtrum. l.* 1. *tit.* 13. *p.* 5. Pignus quod re conſtituitur, depoſitum pignus vocatur a Paulo *in l. ſervus* 36. *ff. de condict. indebit.* & *l.* 2. *ſentent. tit.* 51. & *lib.* 5. *tit.* 16. *§. fin.* & in legibus Wiſigoth. 2. & 3. *tit.* 6. *lib.* 5. Poni etiam hac ratione dicitur pignus *in l. præteriti* 27. *ff. de pignor.* ſupponi pignus, *in l. creditor* 7. *C. hoc tit.* ac denique apponi, pro re conſtitui, dicit Seneca *l.* 7. *de benef. c.* 14. ibi: *Rebus meis dixit in ſecuritatem appoſitis*. Plautus *in Pſeud. act.* 1. *ſcena* 1.

Vix hercle opinor, ſi me apponam pignori.

Ex cujus verbi ambigui ſignificatione intelligitur Catullus ad Furium in illis verſibus.

Furi, villula noſtra non ad Auſtri
Flatus oppoſita eſt, nec ad Favoni,
Nec ſævi Boreæ, aut Apeliotæ,
Verum ad millia quindecim & ducentos.
O ventum horribilem, atque peſtilentem!

Hypotheca autem cum non deponatur, aut ſupponatur, pacto etiam conſtitui poteſt: nec inconveniens eſt quod ex pacto naſcatur actio, cum pactum ſit jure honorario confirmatum, *l.* 6. *l.* 17. *§.* 2. *de pactis*, ut latius docent Cujacius *ad tit. C. de pign.* Hothom. *l.* 6. *obſ. c.* 13. Mendoza, *de pactis l.* 1. *c.* 17.

8 Pignus definitur. Deinde ſciendum eſt, pignus, & hypothecam ſumi aliquando pro ipſa re, quæ in pignus & hypothecam datur; nonnunquam pro ipſo pignorationis contractu, tandemque pro obligatione ex ipſo contractu proveniente, ut docuerunt Donellus *de pignor. c.* 2. Merl. *l.* 1. *tit.* 1. *q.* 1. res enim ipſa nexa pignus appellatur. Unde dicimus pignus idoneum eſſe, venditum, diſtractum, ſeu traditum creditori eſſe. Ut contractus autem ita definitur. „Pignus eſt contractus, quo res aliqua obligatur creditori in ſecuritatem debiti. „ Dicitur contractus: & eſt quidem nominatus, *l.* 25. *ff. de pign. l. juris* 7. *ff. de pact. §. item Serviana*, ubi plures Pichardus, *Inſt. de action.* Mendoza, *l.* 3. *de pact. c.* 12. *a n.* 3. eſtque bonæ fidei, & juris gentium, atque aliquando tum re, tum ſolo conſenſu perficitur. Re quidem, quando pignus poſſidendum traditur creditori, ut contingit plerumque, ſolo vero conſenſu, quando non traditur res creditori, ſed illi tantum obligatur, ut in hypotheca ſæpius contingit. Nec ſcripturam, nec certa verba requirit neceſſario, & eſſentialiter, *l.* 1. *ff. de pignoratitia actione, authent. ſi quis, C. quæ res pignori:* plura tradunt Neguſantius 3. *p. de pign. membro* 1. *a n.* 3. Merlinus, *l.* 1. *tit.* 2. *c.* 9. *&* 14. ex quo contractu res ipſæ, non perſonæ obligantur, ideoque dicuntur res nexæ, *l.* 1. *§. ſi quis ideo, ff. ne vis fiat, l.* 1. *&* 7. *C. de diſtr. pign. l. res quæ* 22. *§.* 1. *ff. de jure fiſci, l. petenti* 27. *ff. de pign. action.* indeque nexus pignoris dicitur *in l. epiſtolam* 52. *§. pactum, ff. de pactis, l. ſi pater, ff. famil. erciſcund.* & nexus fieri prædiorum *in l. penult. C. ſi aliena res;* non tamen principalis eſt iſta obligatio, ſed acceſſoria, & ſubſidiaria, ut fuſe docent Donellus *de pign. c.* 2. Balduinus *eodem tr. c.* 2. Pignus enim tantum datur ad cautionem, & magnam; nam regula juris eſt, plus cautionis eſſe in re quam in perſona, *l. plus* 15. *ff. de reg. jur.* ubi cautio in perſonam accipitur pro fidejuſſione, ut ajunt Ulpianus, *in l.* 1. *ff. de fidejuſſ.* Cajus, *in l.* 1. *§.* 2. *ff. de oblig. & act.* & Paulus dixit de pignore *in l. legata, §. ult. ff. de ſupellect. legat.* pignus deponi apud creditorem propter contractus fidem, & rei debitæ vinculum: & Martialis agrum oppignoratum ſponſionem nominat ibi:

Cum rogo te nummos ſub pignore: non habeo, inquis,
Idem ſi pro me ſpondet agellus, habes.
Quod mihi non credis veteri Teleſina ſodali,
Credis colliculis, arboribuſque meis.

Et apud Athenienſes ad majorem ſecuritatem in prædiis oppignoratis columnæ, ſeu ſepes lapidei erigebantur, cum inſcriptione; qua cavebatur, prædia illa eſſe oppignorata, ut ex Julio Polluce, & Theophraſto probant Gibal. *d. l.* 3. *c.* 7. *art.* 1. Salmutius *de modo uſurarum, c.* 15.

Tertio ſciendum eſt, pignus communiter dividi in prætorium, judiciale, & conventionale, *l. fin. de prætor. pign. l.* 1. *de pign. act. l. contrahitur, ff. hoc tit.* Prætorium dicitur, quod a Prætore, ſeu alio magiſtratu conſtituitur ante latam ſententiam, mittendo actorem in poſſeſſionem bonorum quatenus ipſi cautum ſit; de quo in titulis Codicis de *prætorio, de damno infecto, in poſſeſſ. legat.* Donellus, *lib.* 15. *comment. c.* 46. Duarenus, *ad titulum de damno infecto*, Connanus, *lib.* 4. *comment. cap.* 16. Balduinus, *c.* 8. *de pignor.* Merlin. *lib.* 1. *tit.* 3. *q.* 17. & late egi *in c. quoniam, ut lite non conteſt.* Judiciale vero eſt, quod ex cauſa judicati capi ſolet, *de quo in l. a D. Pio, §. in venditione, ff. de re judic. tit. Cod. ſi in cauſam judicati, & de excuſatione rei judic. l. ſed & jure* 10. *C. qui potiores, l. ſi plus* 74. *§.* 1. *ff. de evict. l.* 3. *§.* 1. *de rebus eorum, l.* 9. *de minoribus, l.* 15. *§.* 2. *l.* 40. *de re judic. l.* 2. *C. qui potiores, l. penult. C. de pign. act. l.* 13. *Cod. de evict. & aliis congeſtis* a Bachovio, *de pign. cap.* 3. A. Guibert. *lib.* 1. *qq. juris, cap.* 19. Cujacio, *in l. penult. ff. pro emptore*, & *lib.* 1. *qq. Papin. in l.* 5. *de offic. Proconſul.* Gothofredus, *in praxi juris civil. l.* 2. *tit.* 8. Tandem conventionale eſt, cum inter partes convenit, ut certæ res propter aliquod debitum ſint pignori obligatæ, *l.* 4. *ff. de pignor. leg. ſi tibi, §. pignori, ff. de pactis*, de quo agitur in præſenti titulo. Ex hoc contractu pignoratitio mutuæ naſcuntur obligationes inter contrahentes. Primo debitor tenetur tradere creditori pignus illud, quod promiſit loco, & tempore ſtatutis, *l.* 13. *§. etiam, l. pignoris* 15. *ff. de pignor.* nec poterit illud repetere, niſi debitum ſolverit, aut alio modo ſatisfecerit creditori. Deinde tenetur debitor ad omnes expenſas, quas creditor in conſervando pignore fecit, *l. ſi neceſſarias* 8. *l. ſi ſervos* 25. *ff. de pignorat. act. l. creditori* 6. *Cod. eod. tit.* Sapienter vero monet Ulpianus *in d. l. ſi ſervos* 25. ita moderatum eſſe debere creditorem in iſtis expenſis, quamvis utilibus faciendis, ut non cogat creditorem, qui eas omnes ſolvere nequit, aut pignus dimittere creditori, aut alii vendere: e contra vero creditor obligatur, primo ad fidelem pignoris cuſtodiam, teneturque de dolo, ac lata, & levi culpa, ita ut ſervet rem illæſam, in eamque ſumptus neceſſarios faciat, *d. l. ſi ſervos, l. in domo, ff. de pign. l. quæ fortuiti* 6. *C. eod. tit. l.* 19. *C. de pign.* Deinde tenetur creditor rem ita ſervare, ut ea non utatur, alias furtum committit, *l. ſi pignori, ff. de furtis, §. placuit, Inſtit. de obligat. quæ ex delicto:* & ſimiliter reſarcire cogitur damna pignoris, quo uſus eſt, *l. creditor, C. de pignor. l. eleganter, §. in pignoratitia, ff. eodem tit.* niſi talis uſus cedat in commodum debitoris, ne videlicet pignus deterius fiat, *l. creditor, ff. de pignor.* ubi permittitur creditori prædia ſibi oppignorata locare, quia cultura meliora redduntur. Idemque dicendum eſt, quando uſus nullum incommodum affert creditori, deinde obligatur creditor ſolutionem quandocumque ſibi oblatam recipere, & pignus illico reddere, *l.* 9. *cum ſeq. C. de pign. act.* quia ſublata principali obligatione, & acceſſoria deeſſe debet; & ita tenetur rem reddere cum ſuis fructibus, meliorationibus, & acceſſionibus: tum quia illæ acceſſiones nunquam fuerunt creditoris, ſed debitoris, *l. ſi fundus* 16. *ff. de pign.* ibi: „ Si fundus hypothecæ datus ſit, deinde alluvione major factus eſt, totus obligatur. “ Igitur & totus reſtituendus eſt, quia integrum pignus, quod obligatur, reddendum eſt; unde aperte dicit Ulpianus *in l. ſi inter* 21. *§.* 2. *ff. eodem*, quicquid pignori commodi, ſive incommodi fortuito acceſſit, id ad debitorem pertinet. Eodem etiam ſpectat *lex ſi convenerit* 18. *§. ſi nuda, ff. de pignor. act.* Harum præſtationum, & aliarum cauſa datur actio pignoratitia, quæ duplex eſt, directa, & contraria. Directa eſt civilis, perſonalis, bonæ fidei, qua debitori, aut ei qui rem ſuam oppignoravit, ubi ſoluta pecunia eſt, aut alio modo ſatisfactum creditori eſt, res reſtituuntur. Contraria vero datur creditori adverſus debitorem, quæ ex omni juſta cauſa competit contra debitorem, ut quantum illum dare facere æquum videbitur, tanti condemnetur, nempe ad rem ipſam, ſi forte ipſius poſſeſſionem adeptus ſit poſt contractum pignus ex precario, vel ex conducto, *l.* 3. *l. ſi pignori* 22. *§. ſi poſt diſtractum, ff. de pignorat. l. ſi in pignore* 54. *ff. de fidejuſſ.* item ſi rem alienam, aut alteri obligatam, aut donatam oppignoravit, *l. ſi rem* 9. *l. tutor.* 16. *§.* 1. *l. ſi quis in pignore* 36. *§.* 1. *ff. de pignor.* ſi quos ſumptus creditor in res pignoratitias fecerit, *l.* 6. *C. eodem tit.* ſi ſervos artificiis imbutos reddiderit inſtructiores, *d. l. ſi ſervos*, ſi eos ægrotos curavit, ſi domum ruinoſam refecit, *l. ſi neceſſitas* 8. *ff. de pignorat.* ſi ſervus oppignoratus, quem debitor furem ſciebat, creditori furtum fecerit, *l. ſi ſervus* 31. *ff. de pignor. action. l. ſi ſervus* 61. *§.* 1. *ff. de furtis*. Denique ſi pignus a creditore venditum emptori evictum ſit, *l. in creditore* 38. *ff. de evict.*

10 Traditur ratio decidendi. Quibus ita animadverſis apparet præſentis deciſionis vera ratio: nam cum dominium rei pignoratæ penes debitorem ſit, *l. ſi*

BIBLIOTECA CENTRAL

l. ſi pignus 9. C. de pignor. act. l. cum & ſortis 35. §. pignus, ff. eodem, etſi creditor jus reale in ipſo habeat, *l. ſi pignoris 17. ff. de pign.* junctis traditis a Fabro, *lib. 7. conject. c. 18. & de error. decad. 18. errore 3.* Donello *lib. 17. comm. c. ult.* ubi exponunt textum *in l. ſi pignore 22. ff. de pignor.* inde neceſſario provenit, ut fructus ipſius rei ad debitorem ſpectent, quia ſequuntur dominum, utpote pars rei, *l. fructus, ff. de rei vind. l. in Falcidia, ff. ad l. Falcidiam*; pignus enim non traditur creditori, ut lucrum ex eo faciat, ſed ut in tuto creditum habeat, *l. ſi pignore 54. §. 1. ff. de furtis*; quare pignus non numeratur in bonis creditoris, *l. itaque 12. ff. de furtis, l. ſtatuliber 38. ff. ad l. Falcidiam*: qua etiam de cauſa ſervus pignori datus generaliter manumitti poterit a debitore, dum tamen in fraudem creditorum non manumittatur, *l. generaliter, C. de ſervo pignori dato*; & debitor creditori pignus vendere poteſt, *l. receptum 12. ff. de diſtract. pignor. l. ſi pignus 37. ff. de pignor. act.* per conſtitutionem enim pignoris, etiam ſecuta traditione, tantum poſſeſſio naturalis transfertur, *d. l. cum & ſortis 35. §. ult.* probavi late in cap. quoniam, ut lite non conteſt. idcirco quodcumque fortuitum commodum, vel incommodum ad debitorem pertinet, *l. pignus 8. C. de pign. l. ſi inter 22. ff. de pignor. l. ſicut vim 19. C. eodem, §. ult.* unde ſi creditor retineat fructus perceptos ex re pignorata, retinet aliquid ultra ſortem, quam mutuo dedit, & per conſequens uſuram committit: quare recte Innocentius in præſenti decrevit, creditorem teneri imputare in ſortem principalem fructus ex re pignorata perceptos: quod procedit ſive fructus extent, ſive conſumpti ſint, imo & ſi percepti non ſint, dummodo percipi potuerint propter culpam latam, vel levem creditoris. Harmenopolus *lib. 3. tit. 8.* ibi: „ Fructus ex prædio pignori nexo percepti in exonerandi debiti rationem computantur, non ſolum quos creditor percepit, verum & quos percipere potuit. Latius proſequuntur ex hac doctrina varios caſus reſolventes Pet. Greg. *l. 2. de uſuris, c. 9. n. 6.* Caniſius, *eodem tract. c. 5. n. 6.* Gibalinus, *de uſuris, l. 3. c. 7. art. 7.* Leotardus, *de uſuris q. 11. n. 33.* Nec audiendi ſunt Bartolus, & Baldus, *in l. legata 9. ff. de ſupellect. legat.* & alii congeſti a Tiraquello, *de retract. in præf. n. 36.* dum docent creditorem non teneri fructus imputare, quoties pignus datum eſt pro ea quantitate, quæ æquat, vel excedit valorem rei. Nam contrarium rectius docuerunt Gaitus, *de credito, c. 4. n. 1097.* Gratianus *diſcept. c. 422. n. 14.* Leotardus, *de uſuris, q. 12. per totam*; ubi exponit textus, *in l. legata 9. Digeſt. de ſupellect. legat. l. qui habebat 101. ff. de legat. 3.*

11 De antichreſi. Nec obſtat dubitandi ratio ſupra adducta, pro cujus ſolutione ſciendum eſt, inter alias conventiones a jure receptas, & approbatas circa contractum pignoratitium, eam referri, juxta quam creditor ad compenſandum uſum pecuniæ mutuo datæ pignus certo tempore tenere poſſit; & fructus illius lucretur, ita ut detur mutuus quidam uſus, cum debitor utatur pecunia mutuo accepta, & creditor fruatur pignore ſibi dato: quam conventionem antichreſin Græci dixerunt, *l. 33. de pign. act.* ubi male olim legebatur, *ad recuperandam antiphonam*: quæ corrupta littera antiquos Interpretes in nugas, & mera ſomnia induxit, ut obſervat Alciatus, *lib. 2. diſp. c. 3.* cui voci *antichreſis*, latine reſpondet *promutuum*; licet in jure aliquando promutuum accipiatur pro præmutuo, ideſt illo, quod datur in anteceſſum, *l. ex conducto 15. ff. locati, l. nomen 34. ff. de legat. 3. l. Sticho 40. ff. de ſtatulib.* apud Cæſarem *lib. 3. de bello civili*, ibi: „ Publicani uti in Syria fuerant, inſequentis anni vectigal promutuum imperatum, &c. " notarunt Salmaſius: *de modo uſur. c. 14.* Gibalinus, *lib. 3. c. 7. art. 13.* non autem eſt antichreſis contrarium mutuum, quia mutuum niſi in rebus fungibilibus non conſiſtit, *l. 2. §. mutui datio, ff. de rebus creditis.* Hanc antichreſin duplicem faciunt, expreſſam videlicet, & tacitam, Cujacius *l. 8. obſ. c. 17. & lib. 30. c. 35. & in l. Gajus, ff. de pignor.* Faber, *decad. 9. errore 5.* Bronchorſt. *Enantioph. cent. 2. aſſert. 71.* Merillus, *l. 2. obſ. c. 23.* Arias de Meſa; *lib. 3. var. c. 46. n. 8.* Pacius, *centur. 9. q. 55.* Balduinus, *de pignor. c. 16.* Hothom. *l. 1. obſ. cap.* ∴ & *lib. 1. feudor. tit. 27.* Hunnius, *volum. 2. diſp. 1. q. 37.* Schifordeg. *ad Fabrum tr. 27. q. 3.* Antichreſin expreſſam appellant, cum inter contrahentes placuit, ut debitor mutua pecunia uteretur, creditor vero pignore ipſo frueretur: quo caſu adeo jure civili creditor fructus lucratur pignoris, ut quamvis eo anno fructus excedat fines legitimæ uſuræ, eos omnes lucretur, propter incertum fructuum proventum: ad quam ſpeciem referunt textus, *in l. ſi ea l. 17. l. oleo 24. C. de uſuris, l. 2. Cod. Theodoſ. de prædiis & mancipiis, l. 27. l. 40. §. prædia, ff. de minorib. l. 65. ff. de rei vind. l. ult. ff. de peric. & com. l. 12. ff. de actionib. empti, l. 5. Cod. eodem tit. l. 2. de uſuris, l. 1. ff. de pign. l. antepenult. ff. quibus ex cauſis pign. tacite.* Tandem vero dari ajunt cum pignus indiſtincte traditur, & nihil dicitur de fructibus: quo caſu docent tacite videri antichreſin contractam, atque ita fructus uſurarum vice creditorem retenturum, non tamen ſupra legitimum modum: de qua tacita antichreſi accipit Cujacius textum *in l. cum debitor 8. ff. in quibus cauſis*: ſed hanc tacitam antichreſin dari rectius negarunt Salmaſius, *de modo uſurar. c. 14.* Vinnius, *l. 2. ſelect. c. 7. per totum*, Maſius, *l. 4. ſingul. opin. cap. 1.* Bachovius, *ad Treutl. diſp. 1. volum. 2. theſi 6. & de pign. lib. 1. cap. 14.* nam ſi hæc antichreſis tacita daretur, quonam caſu procederet illud, quod tot juris locis ſimpliciter traditur, creditorem fructus ex re ſibi pignorata perceptos in ſortem principalem imputare debere, *l. 1. 2. 3. & ult. C. de pign. act. l. 1. C. de diſtract. pignor.* Nec ex pignoris datione; ſeu conſtitutione conventio tacita ſuper uſuris facta intelligi poteſt, quoniam pignoris finis eſt, ut creditori cautum ſit de ſorte, ne moretur in damno. Nec rationi convenit; ut ad alium finem pignoris dationem torqueamus, ut creditor videlicet lucretur fructus pro uſuris, & ita circumveniatur miſer debitor, & dum ſe gratuitam pecuniam putat accipere, graviſſimis uſuris ſubjiciatur. Accedit nam ſi pignoris traditio pro mutua pecunia gratis accepta eum effectum habeat, ut uſus ejus, & facultas percipiendi fructus translata cenſeatur, quomodo generaliter ſcripſit Gajus, *in l. ſi pignori 54. ff. de furtis*; creditorem pignore utentem furtum committere? quo modo ejus ſententiam amplectendo Juſtinianus, *in princ. Inſtit. de obligat. quæ ex delicto*, hujus furti cauſam diſertis verbis eam allegat: quod creditor invito domino pignus contrectet. Et ſi hæc Juſtiniani ratio vera eſt, qua fronte aſſerere poſſumus, tacito ſimpliciter pignore creditorem eo uti poſſe, ut latius proſequitur Mazius, *d. c. 1. per totum.*

12 Exponitur l. cum debitor 8. ff. quibus mod. pign. Nec auctoribus contrariæ ſententiæ favet textus *in leg. cum debitor 8. ff. quibus modis pignus*, ubi ait Conſultus, quod cum debitor gratuita pecunia utatur, poteſt creditor de fructibus rei ſibi pignoratæ ad modum legitimum uſuras retinere: quæ difficilia verba varie acceperunt interpretes. Cujacius *l. 8. obſ. c. 17.* quem ſequitur Vitalis, *l. 2. var. c. 15.* idem Cujacius *in l. 1. C. de pign.* exiſtimat textum illum eſſe accipiendum juxta ſententiam tituli, ſub quo jacet, juxta textum *in l. Imperator, ff. de in diem addict.* atque ita cum reperiatur ſub hoc titulo, „ Quibus in cauſis pignus, vel hypotheca tacite contrahatur, " veroſimile eſt, etſi nihil ſuper uſuris conventum ſit, tamen ex vi, & natura contractus uſque ad legitimum modum creditori licere uti retentione fructuum ex tacita conventione, ſecundum ſententiam ejuſdem tituli, in quo de tacitis conventionibus pignorum agitur; atque ita contendit Cujacius, ex tacita antichreſi fructus in ea ſpecie retineri. Sed hæc ſolutio convincitur ex proxime traditis. Accurſius ex ſententia Irnerii, quem ſequitur Mudeus, *de pign. c. de pact. pignorum, n. 58.* exiſtimat, in ea ſpecie uſuras ſaltem pacto, & per conſequens naturaliter fuiſſe debitas, ideoque per detentionem pignoris detineri potuiſſe, *ex l. per retentionem, C. de uſuris.* Sed hæc ſolutio convincitur ex illis verbis, *Gratuita pecunia*; quia licet in pactum deductas uſuras ſimpliciter indebitas dixerint juris auctores, propterea quod non debeant exactionem; naturaliter tamen debitas eſſe notum eſt, ut docet Ulpianus *in l. in his 5. §. 2. Dig. de ſolut.* qua ratione ſit, ut minus recte dicatur gratuita pecunia uti debitorem, qui ſuper uſuris pactum fecit. Adhuc tamen Bachovius *de pignor. l. 1. c. 16.* amplectitur Accurſii ſententiam & gratuitam in eo textu dici poſſe pecuniam ea ratione arbitratur, quod uſuræ etiam pacto promiſſæ indebitæ dicantur, *d. l. in his 5. §. 2. l. ſi non ſortem 26. in principio, ff. de cond. indeb.* Verum tunc dicuntur indebitæ jure civili, non naturali, *d. l. ſi non ſortem*; docet Maſius *d. lib. 4. obſ. cap. 3.* Oppreſſus difficultate Hothomanus *lib. 1. obſ. cap. 4.* non erubuit textum emendare, & addita negatione ita legere, *cum debitor non gratuita pecunia*, &c. Sed illum merito reprehendunt Maſius, *l. 4. ſingul. c. 2.* Robertus *tit. 1. recep. c. 14.* Quare rejectis his interpretationibus, Maſius *d. c. 2.* textum illum accipit in expreſſa antichreſi, in qua pecunia gratuito datur, & pro ejus uſu pignoris uſusfructus conceditur; ſed, ni fallor, ſententia hæc facilius refellitur, quam quælibet ex ſuperioribus, nam quis dicet pecuniam gratuitam fuiſſe, ſi creditor fructus pignoris pro uſuris lucretur, qui imputandi erant in ſortem principalem, aut debitori reſtituendi, juxta ſupra tradita. Deinde nam cum datur jure civili expreſſa antichreſis, non attenditur, an fructus rei pignoratæ excedant modum uſurarum, necne, *l. ſi ea pactione 14. l. ſi ea lege 17. C. de uſuris*: docent Cujacius *lib. 3. obſerv. cap. 35.* Bronchorſt. *enantioph. centur. 2. aſſert. 71.* Harmenopolus *lib. 3. prompt. tit. 5.* Faber *decad. 9. errore 5.* Balduinus *de pign. cap. 16.* Burgenſis *cent. 3. obſ. 33.* cum duabus ſequentibus. Unde cum in eo textu dicatur, retineri tantum poſſe fructus juxta modum legitimarum uſurarum, non poteſt accipi de antichreſi expreſſa. His ergo omiſſis ſolutionibus ex ſententia Vinnii *l. 2. ſel. c. 8.* aliter textum illum accipi poſſe credo: & dum alius meliora non affert, ſuppono debitorem in ea ſpecie pecuniam gratuitam mutuo accepiſſe, quam cum debito tempore non ſolveret, in moram incidit: quo caſu licet uſuræ pecuniæ non debeantur, ut peti poſſint, quia in contractibus ſtricti juris niſi deducantur, non debentur; tamen per retentionem pignoris conſequi valent, *l. 3. & 4. Cod. de uſuris.* Etiam obſervandum eſt, pignus non ſolum pro debito principali, verum etiam pro uſuris accipi poſſe, *l. grege 13. §. ult. ff. de pignor.* Unde licet in eo textu pecunia gratuita mutuo eſſet data, tamen cum poſt moram uſuræ deberentur, ita ut earum ratione fructus pignoris retineri poſſint, recte ait Paulus juxta rubrum, ſub quo jacet, eo caſu tacite fructus rei pignoratæ retineri poſſe per creditorem, pro uſuris decurſis poſt moram, etſi a principio gratuito mutuum datum eſſet, juxta legitimum tamen modum uſurarum; quia ſicut expreſſe paciſci non poteſt de majori uſurarum quantitate, contra legem Gaviniam; ita nec ex mora tacite deberi poteſt major ſumma, & per conſequens nec ejus ratione fructus rei pignoratæ, ut tacite pro his uſuris pignorati, retineri.

13 Antichreſis jure canonico improbatur. Hæc autem quæ de antichreſi adduximus, procedunt jure civili inſpecto. Jure vero canonico ſimilis conventio ut uſuraria omnino improbata eſt, & merito: quia cum uſura ſit aliquid ultra ſortem accipere, idipſum capere intelligitur, qui percipit fructus, ac ſi pecuniam acciperet pro uſuris, non enim tantum uſura committitur, cum quis pecuniam credidit

ſub avido fœnore, & ſtipulatur uſuras ejuſdem generis, ſed etiam cum commodum fructuum, aut aliud compendium captat, *l. cum non frumentum 16. C. de uſur.* faciunt D. Aug. *in Pſalmo 36.* ibi: „ Si fœneraveris homini, ideſt mutuam pecuniam dederis, a quo aliquid plus quam dediſti expectes, non pecuniam ſolam, ſeu aliquid plus quam dediſti, ſive illud triticum ſit, ſive vinum, ſive oleum, ſive quodlibet aliud, ſi pluſquam dediſti, expectas accipere, fenerator es. " D. Ambroſius *lib. de Tobia*, ibi: „ Et eſca uſura eſt, & quodcumque ſorti accedit, uſura eſt: & quod velis ei nomen imponas, uſura eſt. " Proinde cum per pactum antichreſis creditor fructus rei pignoratæ percipiat ultra ſortem, *d. l. ſi ea 14. & 17. C. de uſuris*, merito talis conventio improbata eſt, inde infertur, per jus canonicum abrogatas eſſe dictas leges 14. & 17. *C. de uſuris*, legem 1. *§. pacto, l. ſi is qui, §. 1. ff. de pign.* & ſimiles, in quibus permittitur creditoribus fructus pignoris vice & loco uſurarum percipere, & retinere uſque ad modum uſurarum legitimarum, quas omnino jus Pontificium improbavit, c. 1. & per totum, de uſuris: docuerunt Cujac. *in c. 1. de feud.* Duarenus, *ad tit. de uſur. c. 1.* Petrus Gregorius *l. 2. de uſuris, c. 14.* Robertus *l. 2. rerum judic. c. 8.* Leotardus *eodem tr. q. 11. n. 17.* & magna cum ratione antichreſin improbatam eſſe in præſenti, conſtat; nam apud Plutarchum legimus, & Lucullum cum Aſiæ præeſſet, lege ſpeciali quartam dumtaxat fructuum partem creditoribus permiſiſſe, ut obſervant Cujacius *l. 3. obſ. c. 35.* & Ariſtoteles *l. 6. polit.* legem Ozei legislatoris refert, ne cuiquam ſuper aliqua alieni fundi parte fenerari liceret, & ut recte concludit Martialis ſupra relatus, in caſu antichreſis mutuum non datur tam debitori, quam rei pignoratæ: notavit Petrus Gregorius, *lib. 22. ſyntagm. c. 3.* imo major ratio eſt improbandæ antichreſis, quam prohibendi fœnoris; nam in fœnore certis uſuris avaritia cohibetur, *l. ſi non ſortem, ff. de condict. indeb. l. placuit, l. eos, C. de uſuris*; in antichreſi vero incerta eſt uſura, cum fructus percipiendi incerti ſint: & cum frequenter creditores pro pecunia modica pignora amplioris redditus retineant, inde provenit, ut majores uſuras percipiat creditor in caſu antichreſis contractæ, quam ſi uſuras ſpecialiter ſtipuletur.

14 De quibuſdam pactis antichreſi ſimilibus. Unde improbandi ſunt nonnulli contractus, quod facile admiſſos video. Primus eſt, cum paciſcitur, ut quamdiu debitor patiatur creditorem percipere fructus pignoris in antichreſin datos, tamdiu nequeat ipſe ſortem debitam exigere, nec debitor invitus illam cogatur reddere: atque ita mutuum ſit irrevocabile reſpectu dantis; non vero reſpectu accipientis; nam in hoc pacto ultra ſortem principalem fructus percipiuntur, & per conſequens uſura committitur. Nec intereſt quod mutuum ſit irrevocabile ex parte dantis, quia pactio illa nec tollit naturam mutui, *l. lecta 40. ff. de rebus creditis, l. 9. ff. de uſuris*, nec malitiam uſurarum, *l. 4. in fine, ff. de pactis*, & per conſequens improbanda eſt; late docet Gibalinus *l. 3. de uſuris, c. 7. art. 13.* Secundo in his Regnis ſolet pactum fieri; ut unus det rem ſuam alteri, ab eoque pecuniam accipiat: utrique vero liberum ſit quod dedit, repetere, reſtituendo quod accepit. Exempli gratia Titius dat Cajo mille aureos, & Cajus dat Titio domum ad habitandum, quam locare ſolitus erat quinquaginta aureis, hoc pacto, ut quando Titius voluerit, repetat pecuniam ſuam a Cajo, ipſique domum reddat; & cum libuerit, etiam Cajus repetat domum ſuam a Titio, pecuniis reſtitutis: qui contractus vulgo dicitur, *ganar a ganar*, quem ut licitum probarunt Covar. *l. 3. var. in c. 9. n. 3.* Sotus, *l. 6. de juſtitia, q. 5. art. 1.* Navarrus *de uſuris, n. 97.* Azor. *3. p. Inſtit. l. 9. c. 20.* Sed rectius illum improbavit Gibalinus, *d. c. 7. art. 13.* ex eo, quia in hoc contractu, qui dat pecuniam, cum facultate retineat illas dum voluerit, & uti voluerit repetendi, videtur omnino illas mutuo dare, & fructus rei pignoratæ percipere, quod improbatum eſt: unde verius credo, hoc pactum uſurarium eſſe, ſi res frugiferæ dentur, ſecus vero ſi res infructiferæ, veluti quæ ſpectant ad ſupellectilem, & ornatum domus: ſi enim res frugiferæ dentur, quia ultra ſortem creditor percipit fructus illos pretio æſtimabiles, uſura committitur, ſi vero res ſteriles pro ſecuritate pecuniæ acceptæ traduntur ut illis creditor utatur, donec pecunia illi ſolvatur, uſura non committitur quia ex tali uſu non provenit, quid pretio æſtimabile.

15 Diſſolvitur alia pars difficultatis. Nec obſtat primum augmentum rationis dubitandi; nam omiſſa quæſtione, an creditor vere pignus poſſideat, quam examinavi *in c. quoniam, ut lite non conteſt.* dicendum eſt, creditorem retinere rem pignoratam pro ſecuritate debiti; non autem accipit animo domini, aut jure dominii, ſed ut naturaliter detineat ad ſecuritatem; idque agitur inter debitorem, & creditorem, ut nihil ex pignore acquiratur creditori, ſed tantum ut res pignorata ſit apud eum pro contractus principalis fide, in ſecuritatem creditoris, *lege legata, §. ult. ff. de ſupellect. legat. l. pignoris 13. ff. de uſucap.* unde nullam habet juſtam cauſam creditor percipiendi fructus ex re pignorata. Nec obſtat ſecundum augmentum ipſius difficultatis: nam illud ipſum, quod in antichreſi vice uſurarum percipitur, uſura eſt, & illicita extorſio; quia accedit ſorti, & percipitur ultra ſortem ex ſolo tempore tardæ ſolutionis, unde *in d. l. 8. ff. in quibus cauſis pignus*, non dicitur creditor fructus in uſuras, vel in vicem uſurarum, ſed ex fructibus uſuras poſſe retinere; & proinde cum non ſit minor aſperitas creditoris, ſive uſuras percipiat, ſive fructus in vicem uſurarum, nec minus damnum debitori inferatur in antichreſi, quam in aperto fœnore, imo interdum majus, ut ſupra probavi, merito talis conventio ut uſuraria prohibetur. Nec intereſt, quod in antichreſi nullam certam quantitatem pro uſuris creditor ſtipulatur, ſed fructus tantum, qui incerti ſunt, & multis caſibus obnoxii: quia hæc incertitudo fructuum non tollit rationem uſuræ; ſufficit enim ut virtute hujus conventionis creditor ultra ſortem fructus conſequatur: ſive plures ſint, ſive pauciores, & interdum exigui, & fere nihil. Incertitudo enim facit tantum, ut expreſſa antichreſis ſecundum jus civile non ſervet legitimum modum uſurarum, & proinde nihil fieri contra leges videbatur, etiamſi interdum plus eſſet in fructibus, quam pro ratione ſortis liceret conſequi titulo uſurarum; quia potuit & minus eſſe in fructibus, & interdum etiam nihil. At non ideo minus conventio uſuraria eſt, in qua ſors debetur, & pro uſu, & dilatione ſolvendæ ſortis fructus ei accedunt, quæ procul dubio æſtimationem recipiunt, nam & vendi poſſunt certo pretio, etiam futuri, *l. 78. §. ult. de contrah. emption. l. ſi ſterilis, §. 3. eod. tit.* Nec obſtant textus; *in d. c. 1. de feudis, c. 2. cap. conqueſtus, de uſuris, c. ſalubriter, eod. tit. c. ad noſtram, de jurejur.* quorum interpretationes in eorum commentariis dedi, & præcipue *in d. c. 1. de feudis.*

16 Exponitur l. ſi pignore 22. ff. de pignor. act. Sed ſupra traditis primo obſtat textus *in l. ſi pignore 22. ff. de pignor. action.* ubi docetur, quod ſi pignore ſubrepto creditor actione furti, vel ex condictione furtiva aliquid aſſecutus eſt, id totum ſorti imputandum eſſe; ſi vero, ait Ulpianus, id creditor actione furti ab ipſo debitore conſequutus fuit, lucro creditoris cedere, quod etiam Papinianus docuit *in l. ſi debitor 79. ff. de furtis.* Ex qua poſtrema textus parte conſtat, creditorem non teneri reſtituere quicquid ex pignore, aut ejus occaſione percepit: ergo quia non tenetur fructus, vel ſimiles obventiones pignoris in ſortem imputare. Etiam difficilis eſt textus ille in illis verbis, „ Etiamſi culpa creditoris furtum factum ſit: " ex vulgari regula, qua docetur, ſecundum naturam eſſe, commoda cujuſque rei eum ſequi, quem ſequuntur incommoda, *§. cum autem, Inſtit. de emption. & vendit.* ſed culpa creditoris facit, ut periculum rei pignoratæ ſubreptæ ad eum pertineat, *l. ſi cum vim, C. de pign. §. ult. Inſtit. quibus modis re contrahitur*: ergo & commodum ad eam pertinere debet. Quod & comprobatur argumento commodatarii, in quo poſt varias Conſultorum altercationes placuit, ut ſi commodatario res commodata ſubrepta fuerit, quicquid actione furti ultra ipſam rem commodatam fuerit aſſecutus, id non teneatur commodanti reddere, *l. fin. §. ſed eum, C. de furtis*: ergo idem multo magis in creditore procedere debet, cum commodatum gratia commodatarii tantum celebretur, pignus autem gratia utriuſque, creditoris videlicet, & debitoris conſtituatur, *d. §. fin. Inſtit. quibus mod. re contrahitur.* Agnoverunt hujus textus difficultatem Cujacius, *l. 9. qq. Papin. in d. l. ſi debitor 29. ff. de furt.* Faber *decad. 81. errore 1.* Schifordeg. *l. 2. tract. 1. q. 6.* Bachovius *in chiliad. ad ipſum.* Larreatigui *l. 3. ſelect. c. 9.* Vitalis *l. 1. var. c. 26.* ex quorum doctrina dicendum eſt, certum eſſe, pignore ſubrepto, creditori competere non ſolum actionem furti, verum & condictionem furtivam, quoad debiti æſtimationem, non vero valorem ipſius rei, ut docte exponit Larreatigui *ubi ſupra.* Etiam liquet, poſſe creditorem agere contra ipſum dominum ſubripientem rem pignoratam: quo caſu omne id, quod actione furti ab eo conſequitur, non tenetur in ſortem debiti imputare, *ex l. quod 74. ff. de ſolut. leg. quod a quoquam 46. ff. de reg. jur. l. pæne, ff. de cond. indeb.* ne dominus ex proprio delicto commodum conſequatur, aut ſaltem damnum non ſentiat: ſi vero egerit contra tertium rem ſubripientem, omne id quod conſequitur, debet in ſortem principalem imputare; & ſi exceſſerit ſortem principalem, debitori reſtituere, *l. creditoris, l. ſi debitor, ff. de furtis.* Nec obſtat argumentum ab exemplo commodatarii deductum; nam inter utrumque caſum magna verſatur differentia, quæ provenit ex eo; quia ad commodatarium ſemper periculum rei ſpectat, cum teneatur præſtare exactiſſimam diligentiam, creditor vero hujuſmodi diligentiam præſtare non tenetur: ideoque commodatarius emolumentum ſibi acquirit, quia ad eum periculum pertinet, culpa ejus non interveniente. Creditor autem de culpa tantum tenetur, ſed non leviſſimam præſtat. Accedit, nam creditori in id ſolum pignus traditur, ut in tuto habeat debitum ſuum, non ut lucrum ex eo faciat, ut ſupra probavi; commodatario vero res traditur, ut ea utatur, commodumque ex ea percipiat, ut docent Donellus *lib. 13. comment. cap 8. de lib. 14. c. 3.* ubi Oſualdus *littera C*, Faber *decad. 81. errore 1.*

17 Exponitur idem textus in §. ſi prædo. Ex ſupra traditis etiam lucem accipit textus, *in d. l. ſi pignore 22. §. ſi prædo, ff. de pignor. act.* ubi docetur, quod ſi prædo rem pignori dederit, competit ei in fructibus pignoratitia actio, quamvis ipſe fructus ſuos non faciat; quia illi prodeſt bona fide creditoris. Quæ ratio difficilis eſt: nam quomodo poterit creditor bonam fidem habere, qui ſcit rem alienam eſſe, & tantum ejus poſſeſſionem retinet abſque jure percipiendi fructus, juxta ſupra tradita. Pro cujus textus expoſitione ſciendum eſt, quod licet prædoni actio furti denegetur ob rem ſibi ſubreptam, ne ex improbitate ſua commodum conſequatur, *l. itaque 12. §. 1. l. qui res 76. §. 1. ff. de furtis*; pignoratitia tamen actio competit, ſi rem pignori ſuppoſuerit: quia hæc actio proximam cauſam habet præter delictum, & per eamdem actionem repetit fructus ipſius rei, quos injuſte creditor detineret, ex ſupra traditis, quia licet prædo fructus ſuos non faciat, cum teneatur eos reſtituere re evicta, *l. ſi urbana, in fine, ff. de cond. indeb. l. certum 21. C. de rei vind.* tamen quos per ſe in præſenti caſu capere non poteſt, capit ex perſona creditoris, juxta regulam textus *in lege Ariſto, in fine, ff. quæ res pignori, l. cum hereditas 55. ff. de acquir. heredit. l. cum autem, §. fin. ff. de ædilit. edict. l. 3. §. ſi quis ex liber. l. non putavit 8. §. ſi heredatus, Digeſt. de bonor. poſſeſſ. contra tab. l. filii 13. ff. de bonis libert.* non ut ſibi acquirat,

BIBLIOTECA CENTRAL U.A.N.L.

rat, quia bona fides creditoris vitium furtivitatis tollere non poterat, ſed ut percipiat, & poſtea cum re ipſa eos reſtituat. Sententia ergo Ulpiani eſt, ſi prædo rem alienam pignori dederit, ſoluta pecunia per ignorantiam eam repetat, repetit etiam & fructus, quos injuſte detineret creditor: repetit autem rem cum fructibus propter bonam fidem, quam creditor habuit, ideſt quia creditor ignoravit a prædone rem ipſam pignori datam fuiſſe: alias ſi ipſe ſciret prædonem eam in pignus dediſſe, non prædoni, ſed vero domino reſtituere deberet rem cum fructibus, ex *l. bona fides* 31. *ff. depoſiti*. Hanc autem ignorantiam appellat Ulpianus bonam fidem, non quia exiſtimaſſet creditor rem ſuam eſſe, ſed quia credidit rem eſſe ejus, qui pignori dedit, ut ceteri alii bonæ fidei poſſeſſores dicuntur illi, qui a non dominis res acceperunt, *§. ſi a non domino, Inſtit. de rer. diviſ.* atque ita propter hanc ignorantiam debet reſtituere rem cum fructibus prædoni, non vero domino; præſenſit Valeron *animadv. cap. ult.* licet aliter textum illum exponant Faber *lib. 7. c. conject.* 19. Oſualdus, *l.* 14. *Donel. c. 7. littera I*, Cujac. *l. 6. qq. Papin. in d. l. urbana*, Pichardus *in §. actionum* 28. *qu.* 24. *n.* 21. *Inſtit de action.* Oroz, *lib. 2. de apicibus juris, c.* 1.

18 *Explicatur lex ſi quis 11. §. 1. ff. de pignor.* Adhuc ſupra traditis, videlicet jure civili in contractu pignoris antichreſin permitti, ita ut virtute ejus conventionis creditor fructus rei pignoratæ lucretur, obſtat textus in *l. ſi quis* 11. *§. 1. de pignor.* ubi docet Marcianus, quod ſi contracta fuerit antichreſis, & creditor poſſeſſionem pignoris amiſerit, debet actione in factum uti, non ea, quæ datur ex contractibus innominatis, ſed in factum prætoria, quæ datur deficientibus aliis actionibus, *l. juris 7. §. 2. ff. de pactis*, *l. in rem* 23. *ff. item, l. cum autem* 52. *ff. de rei vind.* Sed tunc ſic inſurgo: Si antichreſis a jure civili approbata eſſet, ex tali conventione in contractu pignoratitio adjecta datur actio pignoratitia, ut regulariter detur actio propria contractus ex pactis in continenti adjectis, *l. 2. C. de pactis inter emptor.* igitur non actio in factum ſubſidiaria, ſed ipſa pignoratitia, ſeu hypothecaria danda erat in ea ſpecie, ſi talis conventio a jure approbata reperiretur. Cui difficultati reſpondendum eſt aſſerendo, antichreſin in eo textu non in continenti, ſed ſeparatim adjectam fuiſſe, non ſimul cum ipſo contractu pignoratitio: & quia antichreſis per ſe hypotheca non eſt, ideo ob talem conventionem non poteſt dari actio hypothecaria, quæ tantum creditori competit ad avocandam poſſeſſionem rei pignoratæ, *leg. cum debitor 66. de evict.* non autem ad percipiendos fructus rei pignoratæ, unde ad recuperandam poſſeſſionem pro fructuum perceptione, ſeu ad fructus lucrandos virtute antichreſis, actio in factum tantum datur, ut docuerunt Cujac. *l. 5. obſ. c.* 35. Meril. *l. 2. obſ. c.* 23. proſequuntur alia de ipſa conventione, antichreſi videlicet, Maſius *d. l. 4. ſingul. opin. c.* 1. Leotardus *de uſuris d. q.* 11. *cum ſeq.* Leo Pinel. *pro Academ. Liminenſi, in c. ſignificante, hoc tit. ex n.* 93.

CAPUT VII.

Idem a *Hugoni*, & *Comiti*, & *Marſicto*, *Piſanis Canonicis*.

Significante dilecto filio Rubeo cive Piſano, ad *b* noſtram noveritis audientiam perveniſſe, quod cum domum ſuam cum horto, Gallicano Piſano civi pro ducentis quinquaginta duabus libris pignori obligaſſet, & promiſiſſet, cautione præſtita juramenti, quod niſi domum ipſam ſtatuto inter eos termino recolligeret, eundem creditorem ulterius ſuper ea minime moleſtaret; infra ſtatutum tempus per certum & fidelem nuncium, prout ei videbatur, creditori mutuam pecuniam remiſit, quam idem nuncius infideliter agens, ſicut ei injunctum fuerat, non perſolvit. Cumque poſtmodum prædictus R. ab Imperatore captus, pariter & detentus, multa pericula ſuſtinuerit, & labores, nec dicto G. ſatisfacere potuerit, ut debebat, nunc (per Dei gratiam) libertati priſtinæ reſtitutus, paratus eſt pecuniam reddere creditori, licet ipſe prorſus eam recuſaret recipere, quia ei non fuit ſtatuto termino perſoluta. Cum igitur pactum legis *c* commiſſoriæ ſit in *d* pignoribus improbatum, & quantum in eo fuit, prædictus Rubeus juramenti debitum adimpleverit, cum per eum, quem certum, & fidelem nuncium ſperabat, pecuniam remiſerit termino conſtituto: & ut in Imperiali fuit cautione detentus, ſatisfacere non potuerit creditori: devotioni veſtræ præſentium auctoritate mandamus, quatenus (ſi præmiſſis veritas ſuffragatur) prædictum creditorem, ut ſorte ſua contentus exiſtat, penſionibus præfati pignoris computatis in *e* ſortem, & domum ipſam, & hortum præfato Rubeo omni poſtpoſita dilatione reſignet, per cenſuram eccleſiaſticam, pacto, vel tali juramento nequaquam obſtante, admonitione præmiſſa, ſublato contradictionis, & appellationis oſtaculo compellatis. Datum Laterani.

NOTÆ.

1 a *Idem.*) Ita legitur in hac ſexta collectione, & in quarta, *ſub hoc tit. c. unic.* non tamen exprimitur quibus Innocentius reſcribat, ex epiſtolis autem editis a Sirleto, *fol.* 4. ita inſcriptionem & litteram textus reſtituo. De Piſana Eccleſia nonnulla notavi *in cap. 8. de tempor. ordin.*

b *Noſtram.*) Quia cum de contractu uſurario ageretur, & dubitaretur, an uſura in eo interveniret, adeundus erat Judex eccleſiaſticus, ut notavi *in cap. illa vos, hoc tit.*

c *Pactum legis commiſſoriæ.*) Aliqui putant Innocentium minus latine, ſequutum interpretum barbaram locutionem, dixiſſe pactum legis commiſſoriæ, ut notarunt Duarenus, Concius, & Carond. relati ab Oſualdo *l. 16. Donelli, c. 19. litt. A*, Cujacius *in recit. ad textum in l. ult. ff. de contrah. empt.* Faber *de error. decade* 21. *errore* 1. & in ſuo Codice, *tit. de pactis pignor. diffinit.* 1. Schifordeg *ad Fabrum l. 3. tr. 13. q.* 1. Sed ut idem Cujacius docuit *ad tit. C. de pactis pign.* & *lib. 4. feud. tit.* 66. vulgaris hæc locutio defendi poteſt ex eo, quod quemadmodum recte dicitur, pactum condictionis, *in l. 1. Cod. de condict. indeb. l. 2. ff. de cond. ob cauſam*: actio condictionis, *in l. 3. & 4. C. de uſur.* conventio pactorum, *in l. 1. C. de jure emphyt.* ita etiam recte dicitur pactum legis commiſſoriæ. Cujacium ſequuntur Gibalinus *lib. 3. de uſur. q. 69. n.* 6. unde non improprie pactum committendi pignoris, vel non, dixit Innocentius pactum legis commiſſoriæ.

2 d *In pignoribus improbatum.*) Nequaquam referas hæc verba ad conſtitutionem Imperatoris Conſtantini *in l. 2. C. de pactis pign.* cum per eam pactum legis commiſſoriæ pignoris fiduciarii præcipue improbetur: referenda enim ſunt hæc verba ad pactum legis commiſſoriæ, cum ita concipiebatur, ut ceſſante debitore in ſolutione uſque ad certum terminum res oppignorata perfecte penes creditorem remaneret; quod genus conventionis jam Digeſtorum tempore erat improbatum.

e *In ſortem.*) Juxta adducta proximo commentario.

COMMENTARIUM.

3 *Concluſio traditur, & probatur.* Ex hac Innocentii epiſtola ſequens deducitur diſputanda aſſertio; „ Si is qui ſub pacto legis commiſſoriæ pignori dedit rem ſuam, & juravit pactioni non contravenire, & juſte impeditus infra diem ſtatutum rem oppignoratam non redemerit, poſt diem redimere poterit. “ Probant eam textus *in l. ult. C. de pactis pign. l. 3. C. plus valere, l. 21. tit. 5. partit. 5. l. 12. tit. 15. tab. part.* Illuſtrant ultra congeſtos a Barboſa, & Garanna *hic*, Faber *de error. decad.* 21. *error.* 1. *cum ſeq.* & in ſuo Codice, *tit. de pact. pignor.* Fachin. *l. 10. controv. c.* 73. Schifordeg. *l. 3. ad Fabrum, tract.* 13. *q. 1. 2. 3. & 4.* Suarez *de relig. t. 2. l. 2. c.* 26. Bronchorſt. *t. 1. miſcel. aſſert.* 57. Bachovius *l. 1. de pignor. c.* 15. Cujacius *in l. 4. C. de pignor.* & *in recit. ad textum in l. fin. ff. de contrah. empt.* Rodriquez *de annuis red. l. 2. q.* 2. Acoſta *de privileg. credit. regul. 3. limit. 2. a n.* 8. Leo Pinel. *pro Academia Limenſi, ad hunc textum, n.* 4. Sixtinus *conſil.* 12. *volum. 2. conſil. Vulteji*, Leotardus *de uſur. q. 69. & 70.* Gibalinus *eod. tract. l. 3. de uſur. c. 7. art. 3. per totum*, Ritherurſ. *in d. l. 2. C. de pact. pignor.* Mudeus *de pignor. c. pactis legit. n.* 1. Donellus *de pignor. c.* 11. Bellonus *de poteſt. eorum quæ in continenti, l. 1. c. 34. n.* 2. Valeron *animad. juris c.* 1.

4 *Impugnatur tradita aſſert.* Sed ita in præſentem aſſertionem pro dubitandi ratione argumentor. Unicuique licet de rebus ſuis pro libito paciſci, & conditionem ſuam paciſcendo deteriorem facere, *l. 4. l. juris 7. l. ſi paciſcar, l. pen. ff. de pact.* igitur ſicut alia pacta ſunt permiſſa in pignoribus, pactum etiam de quo in præſenti in eis improbari non debet. Augetur hæc difficultas, nam ſi pactum legis commiſſoriæ in pignoribus improbaretur, etiam in venditionibus adjectum improbari debebat, maxime cum conſtitutio Conſtantini relata *in l. 5. Cod. de pact. pignor.* in Theodoſ. compilata ſit ſub titulo generali de lege commiſſoria reſcindenda: ſed in emptione, & venditione tale pactum admittitur, *l. 1. & per totum ff. de lege commiſ.* igitur & in pignoribus ſuſtineri debet. Augetur ſecundo ex eo, quod debitor pro pecunia accepta pignus in ſolutum dare poteſt, *l. cum dominum* 13. *Cod. d. pign. l. Titius* 34. *ff. de pignor. act. l. ſi prædium 4. C. de evict. l. ſi fundus 16. §. fin. hoc tit.* Igitur in præſenti ſpecie poterat paciſci, ut ſi intra ſtatutum tempus creditor non redimeret pignus, maneret creditoris ex cauſa ſoluti. Accedit tandem: nam ſi hoc pactum regulariter ut uſurarium improbaretur, accedente juramento, propter ejus religionem adhuc ſervandum erat, juramentumque adimplendum, *cap. 1. cap. debitores*, ubi late probavi, de jurejur. igitur non recte in præſenti ſpecie docetur, pactum etiam juramento firmatum, ut conſtituto tempore pecunia debita non ſoluta, res oppignorata efficeretur creditoris, injuſtum, & improbatum eſſe.

5 *De pacto ſeu lege commiſſoria.* Qua dubitandi ratione minime obſtante, ut veram præſentis deciſionis rationem agnoſcamus, ſciendum eſt, verbum committi, in Pandectis ſignificare aliquid evenire, propter quod certa res debeat uni dari, & alteri adimi, quia videlicet quidpiam, vel factum non ſit, quod fieri debuit, vel factum eſt, quod fieri non debuit: inde dicitur lex commiſſa, ideſt pactum impletum, *l. 4. §. eleganter, ff. de l. commiſſor.* commiſſa hæreditas, apud Ciceronem 1. in Verrem, quando hæ-

reditas ablata fuit, quia quid factum non eſt. Similiter pactum, ut ſi debitum intra certum tempus non ſit ſatisfactum, res pignorata creditori committatur, ejuſque fiat pro ipſo debito, dicitur pactum commiſſorium, ſeu lex commiſſoria, ad ſimilitudinem emphyteuſis commiſſæ, *in l. 2. Cod. de jure emphyt. c. potuit, de locato*, ideſt amiſſæ, cum quis privatur ob non ſolutum canonem re in emphyteuſim accepta. Item merces commiſſa dicitur *in l. commiſſa 3. C. de publicanis: & in l. commiſſa 14. l. fin. ff. eod.* quando in pœnam non ſoluti vectigalis fiſco res acquiritur. Similiter ergo pactum in venditione, aut pignoris conſtitutione adjectum, ut ex eo res uni acquiratur, & alii adimatur, dicitur lex commiſſoria, eo quod ob legem contractus commiſſum ſit ab emptore, vel venditore; *l. 3. & 4. C. de pact. inter; l. fin. ff. de l. commiſſor.* Latius illuſtrant Salmaſius *de modo uſur. c.* 14. Donel. *l. 16. commentariorum, c.* 19. ubi Oſualdus *litt. F.* Vela *diſſert.* 97. Carvalho *in c. Raynutius*, 2. *p. n.* 228. Faber *de error. decad. 45. errore 8. & decad. 95. errore* 3. Ant. Gomez *t. 2. var. c. 2. n.* 30. ubi plures Ayllon, Merlin. *de pign. l. 4. q. 123. n.* 2. Vela *diſſert. 30. n.* 53.

6 *De eodem pacto in pignoribus.* Pactum hoc legis commiſſoriæ in pignoribus variis modis concipi poteſt, vel cum inter contrahentes convenit, ut ſi intra præſcriptum tempus pecunia non ſolvatur, res pignori data fiat creditoris, vel ut non liceat amplius eam luere, vel ut creditor rem pignori obligatam, emptam, vel in ſolutum pro debito retineat, aut in jus debitoris propter ejus moram ſuccedat creditor, quoad facultatem pignus diſtrahendi. Denique quoties id agitur, niſi intra certum tempus pecuniam debitor ſolvat, creditor pro pecunia mutuo data rei dominium acquirat, ut exponunt Neguſantius *de pignor. p. 4. in princ.* Cujac. *in c. 9. de jurejur.* Rodriguez *de annuis reddit. l. 2. q. 2. n.* 24. Mantica *de Tacitis l. 4. tit. 29. nu.* 6. Balduinus *de pign. c.* 17. Donellus *eod. tr. c.* 11. Argenterius *ad conſuet. Britanniæ, art. 266. c. 6. n.* 22. Covar. *l. 3. var. c. 2. n.* 7. Connanus *lib. 4. comm. c. 8. n.* 8. Fachineus *l. 10. controv. c.* 24. qui inde exponunt legem *Calippo 45. ff. de ſolutionibus*. Sed circa conventionem improbatam a Conſtantino *in d. l. ult. C. de pact. pign.* ſeu ut vult Rither. a Conſtantio, & ab Innocentio III. hic non conſentiunt interpretes. Aliqui exiſtimarunt, Conſtantinum eam conventionem improbaſſe, qua cautum erat inter contrahentes, ut niſi ad certum tempus pecunia credita ſolveretur, creditor pignus plene acquireret, atque illud in commiſſum caderet: ita omnes fere repetentes *in d. l. ult.* Donellus *ibi*, Fachineus *lib. 10. contr. c.* 74. Valla *de rebus dubiis tr. 11. n.* 15. Maſius *lib. 3. ſing. opin. c.* 4. Connanus *lib. 4. comment. cap. 8. n.* 8. Covar. *lib. 3. var. c. 2. n.* 7. Pinell. *in l. 2. C. de reſcind. 2. p. c. 1. n.* 16. Gaitus *de credito, cap. 4. q. 11. a n.* 1107. Mantica *de Tacitis l. 11. tit. 9. n.* 3. Hermoſilla *in lib. 41. tit. 5. partit. 5. gloſ. 1. n.* 6. Merlin. *de pign. lib. qu.* 123. Larrea *deciſ. 16. n.* 34. Merenda *l. 1. controv. c.* 3. Hunnius *ad Treutl. volum. 2. diſp. 2. q.* 39. Rither. *in d. l. fin.* Molina *de juſtitia diſp.* 324. Caldas *in l. ſi curatorem, verbo ſua facilitate*. Sed hæc ſententia refellitur primo ex *d. l. fin.* in illis verbis: „ Creditores re amiſſa, jubemus recipere, quod dederunt. “ In quibus ſupponitur jam pignoris dominium quæſitum eſſe creditori, ſiquidem rem tantum is dicitur amittere, qui ejus dominium habuit, *l. non videntur 83. ff. de reg. jur.* notavit Cujacius *in d. l. fin.* ergo non poteſt accipi Conſtantinus de ſimplici pignore conventionali, cujus dominium penes debitorem remanet. Qua difficultate oppreſſus Leotardus *de uſuris d. q. 69. n.* 17. exiſtimavit in eo textu pro illis verbis, re amiſſa, reponendum eſſe, re dimiſſa. Secundo refellitur ex eo: nam conſtitutionem illam novam eſſe, juncta nova rubrica de lege commiſſoria in pignoribus reſcindenda, omnes agnoverunt, & facile ſuadetur ex illis verbis, Placet infirmari; & ibi: Hac auctoritate. In quibus jus novum veteribus incognitum profertur. Pinellus *in rubric. de reſcind. 2. part. cap. 1. n.* 27. Concius *lib. 2. ſucceſ. cap. 20. n.* 2. licet Balduinus *de pign. cap.* 17. Donellus *in d. l. ult.* putent; jam priſco jure diſplicuiſſe hujuſmodi pactum dumtaxatque a Conſtantino pœnam adjectam eſſe; quorum ſententia facile refellitur ex Cicerone *ep. 13. famil.* prout expendit Verrucius *d. V. S. verb. Commiſſa*: etſi ad minus dicat, jure Digeſtorum improbatam eſſe illam conventionem, ut ad diem ſtatutum pecunia non ſoluta pignus committeretur, & creditori acquireretur, *l. ſi fundus 16. §. ult. ff. de pignor.* ubi ita demum hæc conventio admittitur, ſi juſto pretio pignus æſtimetur, ut notarunt pro ejus explicatione Arias de Meſa *lib. 1. var. c. 37. n.* 18. Oſualdus *lib. 12. Donel. c. 1. litt.* O. Igitur ſi nunquam fuit permiſſa illa conventio, ut res pignori data, non ſoluta pecunia pro debito cederet, ſuperflua erat illa conſtitutio, Salmaſius *de modo uſurarum cap.* 14. conventionem hanc legis commiſſoriæ in pignoribus aliter accipit, & contendit legem Commiſſoriam pignorum fuiſſe cautionem, vel pactionem, qua debitor creditori cavebat, ut ſi pecuniam ſtatuta die non ſolviſſet, pignus committeretur, ideſt poſſeſſione, & dominio hypothecæ cederet, non ut pleno jure pignus acquireretur creditori, & jus dominii ipſe in eo haberet; ſed ut pleno jure ſine ulla diminutione illud præſcribere, & diſtrahere poſſet, atque ita per hanc conventionem commiſſoriam auferebatur poſſeſſio, aut dominium a debitore, quod in creditorem tranſibat. Docet ergo Salmaſius, per legem commiſſoriam pignoris dominium ex titulo venditionis, aut dationis in ſolutum, in creditorem non tranſiiſſe, ſed tantum jus vendendi, & diſtrahendi illud: quæ ſententia probatur *ex l. 1. Cod. de pact. pignor.* in illis verbis: „ Qui pactus eſt, niſi intra certum tempus pecuniam, quam mutuam accepit, ſolveret, ceſſurum creditoribus hypothecæ, venditionem non contraxit; ſed id comprehendit, quod creditor in adipiſcendo pignore habiturus erat. Communi itaque jure creditor hypothecam vendere debet. “ Quæ ita legit, & emendat Salmaſius: „ Qui pactus eſt, niſi intra certum tempus pecuniam, quam mutuam accepit ſolveret, ceſſurum ſe creditoribus hypothecæ, venditionem non contraxit, ſed id comprehendit, quod jure ſuo creditor in adipiſcendo pignore habiturus erat; aut melius, ceſſurum ſe creditori jus hypothecæ, venditionem non contraxit. “ Qua doctrina ſuppoſita exiſtimat Salmaſius Conſtantinum *in d. l. ult. C. de pact. pignor.* non agere de lege commiſſoria in pignoribus adjecta, ſed in venditione, ut liquet ex illis verbis, „ Jubemus recipere pretium, quod dederunt: pretium enim propriè emptionis eſt, non contractus pignoris. “ Accedit, quod in ipſa conſtitutione, quæ extat *in C. Theod.* deeſt vox *pignorum*, imo in eo Codice illa compilatur poſt titulum *de contrahenda emptione*. Quæ omnia evincunt non agere Imperatorem de lege commiſſoria in pignoribus, ſed in venditionibus adjecta. Verum & hæc Salmaſii ſententia convincitur primo, quia abſque lege commiſſoria, ut eam concipit Salmaſius, poſſeſſio pignoris transfertur in creditorem, per ejus conſtitutionem, & traditionem; igitur non erat neceſſaria ea conventio, ut non ſoluta pecunia ſtatuto tempore, poſſeſſionem debitor amitteret. Secundo, nam ceſſante debitore in ſolutione, jure communi poſt trinam denunciationem licet creditori pignus vendere. Paulus *lib. 2. ſentent. tit. 5. §. item creditor, Inſtit. quibus alienare, l. ſi convenit 4. l. & eleganter, §. ſi vendiderit, ff. de pignor. act. l. ſi teſtamento 89. §. quatuor, ff. de legat. 2. l. qui creditori 18. C. de diſtract. pignor.* Illuſtrant Amaya *in l. 3. Cod. de jure fiſci, n.* 2. Connanus *l. 4. comment. c.* 18. Gaitus *de credito, c. 4. q.* 8. Arias de Meſa *l. 1. var. c.* 25. Merlin. *de pign. l. 4. tit. 3. q.* 95. Igitur ad quid erat neceſſaria tam accurata conventio, ut poſt moram debitoris liceret creditori pignus vendere? Nec etiam verum eſt, Conſtantinum non agere de lege commiſſoria in pignoribus: nam potius de pigeuoribus agere, patet ex ſynopſi Baſilic. *l. 25. tit. 17. c.* 10. & ex ſummario his verbis relato ab Harmenopulo *l. 3. promptuarii, tit.* 5. ibi; „ Si quis ita pactus fuerit, ut niſi ad diem præſtitutam ſoluta eſſet pecunia, rei oppignoratæ dominus fieret, ejuſmodi pactum invalidum eſt. “ In ipſis baſilicis ex verſione Fabroti legitur: „ Si creditor pactus fuerit, ut ſi ad diem pecuniam ſoluta non ſit, pignus ei acquiratur, pactum juſtum, & ratum non eſt. “ Unde neſcio, quomodo vox pignoris toties repetita expungi poſſit, & ad venditionem referri.

7 *Traditur vera interpretatio.* Tandem alii plures perdocti viri, & mihi magnæ auctoritatis, legem commiſſoriam in pignoribus referunt ad fiduciam, non ad pignus; ſed tantum ad fiduciariam conventionem, & ſimilem fiduciæ legem, Imperatorem Conſtantinum *in d. l. fin.* referunt. Ita docuerunt Faber *decad. 21. error. 1. n. 10. & 15.* Schifordeg *l. 3. tract. 13. q.* 2. Cujac. *ad tit. C. de pactis pign.* D. Nicolaus de Caſtro *in princ. Inſtit. de emptione & vendit. n.* 3. Leotardus *de uſur. q.* 69. Gibalinus *d. art.* 13. D. Joſephus de Retes *l. 1. opuſc. c.* 21. Valeron. *animadv. cap. 1. n.* 19. Gothofredus *in l. un. C. Theod. de commiſſoria reſcind.* quorum ſententiam ut facilius percipiamus, ſciendum eſt, olim pignus dupliciter contrahi, vel ſimpliciter, vel ſub fiducia: inter utrumque magna verſatur differentia, ut agnovit D. Iſidorus *l. 5. etym. c.* 21. ibi: „ Pignus eſt, quod propter rem debitam obligatur, cujus rei poſſeſſionem ſolum ad tempus conſequitur creditor; ceterum dominium penes debitorem eſt. Fiducia eſt cum res aliqua ſumenda pecuniæ gratia, vel mancipatur, vel in jure ceditur. “ Simpliciter pignus conſtituebatur, cum pro ſecuritate pecuniæ mutuo acceptæ res aliqua pignori tradebatur, ut probavi *in c. 1. hoc tit.* Sub fiducia pignus contrahebatur, cum quis pro certa pecunia rem ſuam mancipabat creditori, vel in jure cedebat ea lege, ut ſoluta intra ſtatutum tempus pecunia, ei res remanciparetur, non ſoluta, pleno jure creditori committeretur. Ejus fiduciæ mentio ſit apud Paulum *l. 1. ſent. tit. 9. §. fin.* ibi: *Pignorum, & fiduciarum*. Et *l. 2. tit. 13. §. ſi quis ſuppoſitam pignori, vel fiduciæ*; & *l. 3. tit. 6. §. rem legatam pignori, vel fiduciæ*; & *l. 5. tit. 26. §. fin.* ibi: *Fiduciam vero, & pignora*; & *l. 9. C. Theod. de infirmand. quæ ſub tyran.* & apud Modeſtinum *in collat. legum Moſaic. tit. de depoſit.* & *in l. legata 9. §. fin. ff. de ſupell. legat.* quam de pignore fiduciario accipit poſt Cujacium *l. 7. reſponſ. Papin.* ibi; & *ad tit. C. de pact. pign.* D. Joſephus de Retes *l. 1. opuſc. cap. 21. n.* 2. quamvis diſſentiat Valeron *d. c. 1. n.* 8. Ejus etiam pignoris veſtigia extant *in l. 1. §. Divi fratres, ff. de quæſtionibus*, licet eam legem aliter explicet Valentia *l. 3. tract. 1. c. 1. n.* 24. & mendoſam dicat Muretus *in obſ. juris, c.* 3. & *in l. res obligata 21. C. de pign. in lib. 3. legum Longobard. tit.* 15. apud D. Ambroſium *lib. de Tobia, cap.* 12. ibi „ Hypothecas flagitat, pignus uſurpat, fiducias vocat. *Tertul.* de idololatr. cap. 23. Pecuniam de ethnicis mutuantes ſub pignoribus fiduciatis, jurari cavent, & ſic negant. „ *Sidonium* lib. 4. epiſt. 24. “ Pecuniam mutuam poſtulavit, impetravitque, nihil quidem loco fiduciæ, pignoriſque, vel argenti ſequeſtrans, vel obligans prædiorum. „ *Ciceronem* in oratione pro Flacco; “ hanc fiduciam commiſſam tibi tenes, atque poſſides. „ *Boetium* lib. 4. in topicis, “ fiduciam accepiſſe dicitur cuicumque aliqua res ea lege mancipatur, ut mancipanti aliquando remancipet. „ Fiducia ergo in pignore nihil aliud erat, quam pignus, aut hypotheca, adjecta mancipatione, aut in jure ceſſione; unde non recte Hothom. *ad tit. de pign.* exiſtimavit, fiduciam proprie pignus non eſſe. Differt vero fiducia a pignore in eo, quia pignoris dominium non tran-

BIBLIOTECA CENTRAL U.A.N.L.