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 credito 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. Ofualdus, *l.* 14. *Donel. c.* 7. *litterâ* 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 31. §. 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 evition.* 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. Limonsi*, *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 forte sua contentus existat, pensionibus præfati pignoris computatis in *e* sortem, & domum ipsam, & hortum prefato Rubeo omni postposita dilatione resignet, per censuram ecclesiasticam, pacto, vel tali juramento nequaquam obstante, admonitione præmissa, sublato contradictionis, & appellationis obstaculo compellatis. Datum Laterani.

NOTÆ.

a *Idem.*) Ita legitur in hac sexta collectione, & in quarta, *sub hoc tit. c. unic.* non tamen exprimitur quibus Innocentius referibat, 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 ulura 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 Ofualdo *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. Schiforded *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.

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. Schiforded. *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.* 37. 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 Limonsi*, *ad hunc textum*, *n.* 4. Sixtinus *consil.* 12. *volum.* 2. *consil. Vultreji*, Leotardus *de usur. q.* 69. & 70. Gibalinus *eod. tract. l.* 3. *de usur. c.* 7. *art.* 3. *per totum*, Ritherurf. *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.

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 commiss.* igitur & in pignoribus sustineri debet. Augetur secundo ex eo, quod debitor pro pecunia accepta pignus in solutum dare potest, *l. cum dominum* 18. *Cod. d. pign. l. Titius* 34. *ff. de pignor. ult. 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.

4 Impugnatur tradita assert.

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 fit, 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 hæreditas 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 acceptra. 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 Ofualdus *litt. E.* Vela *assert.* 97. Carvallho *in c. Raymutius*, 2. *p. n.* 228. Faber *de error. decad.* 45. *errore* 8. & *decad.* 95. *errore* 3. Ant. Gomez *t.* 2. *var. r.* 2. *n.* 30. ubi plures Ayllon, Merlin. *de pign. l.* 4. 4. 123. *n.* 2. Vela *assert.* 30. *n.* 53.

6 De eodem pacto in pignoribus l.

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 faculatem 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 jureiur.* Rodriguez *de annuis redditi. l.* 2. *q.* 2. *n.* 24. Mantica *de Tacitis l.* 4. *tit.* 29. *nu.* 6. Balduinus *de pign. t.* 17. Donellus *eod. tr. c.* 11. Argenterius *ad consuet. Britannæ*, *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 *Calisto* 45. *ff. de solutionibus*. Sed circa conventionem improbatam a Constantino *in d. l. ult. C. de pact. pign.* seu ut vult Ritherr. 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 Trequel. volum.* 2. *disp.* 2. *q.* 39. Rither. *in d. l. fin.* Molina *de justitia disp.* 324. Caldas *inl. 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 texta 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. *success. cap.* 20. *n.* 2. licet Balduinus *de pign. cap.* 17. Donellus *in d. l. ult.* putent; jam prisco jure displiciuile hujusmodi pactum dumtaxatque a Constantino pœnam adjectam esse; quorum sententia facile refellitur ex Cicerone *op.* 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. Ofualdus *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 coderet, 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 transisse, 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. Cod. 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 proprie 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 pignoribus agere, patet ex synopsi Basilic. *l.* 23. *tit.* 17. *c.* 10. & ex summario his verbis relato ab Harmenopulo *l.* 3. *prompt. 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 inutum, & 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. Schiforded *l.* 3. *tract.* 13. *q.* 1. 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.* 23. D. Josephus de Retes *l.* 1. *epist. 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 duplici 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 cedit. " 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 fit apud Paulum *l.* 1. *sent. tit.* 9. §. *fin.* ibi: *Pignorum*, *& fiduciarum*. Etl. 2. *tit.* 13. §. *si quis suppositam pignori*, *vel fiduciæ*; & *l.* 3. *tit.* 6. §. *rem legatam pignori*, *vel fiduciæ*; & *l.* 5. *tit.* 16. §. *fin.* ibi: *Fiduciam vero*, *& pignora*; & *l.* 9. *C. Theod. de inofficiosis dotibus*, *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. *responsorum. Papin.* ibi; & *ad tit. C. de pact. pign.* D. Josephus de Retes *l.* 1. *epist. 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.* 14. & mendosam dicat Muretus *in obs. juris*, *c.* 3. & *in l. res obligata* 21. *C. de pign. in lib.* 3. *legum Langebard. 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 UANL

transfertur in creditorem, *l. cum & fortis* 35. §. *ult. ff. de pign. l.* 1. & 2. *de distract. pignor. l. certe* 6. §. *final. de precario, l.* 33. §. 6. *de usucap. l.* 73. §. *eo vero, de legat.* 3. *l.* 9. *de pign. act. l. si dominium* 9. *l. cum dominam* 13. *Cod. hoc tit.* fiduciæ vero dominium transfertur. Paulus *d. l.* 2. *tit.* 13. §. 3. id supponit, dum ait debitorem creditori fiduciam vendere non posse, quia ut exponit Cujacius ibi: jam creditori satis per mancipationem, seu in jure cessionem acquisita est. Dicebatur autem contractus hic fiducia, quia sub ea fiducia res mancipabatur, ut soluto pretio statuto, iterum res debitori manciparetur: uteriam fiducia dicitur cum quis dubium tempus timens, & sibi, suisque prospiciens, rem aliquam amico suo ea lege dimittebat, ut transacto eo tempore sibi, suisque redderetur. Boetius ubi proxime. Inde ille, cui pater filium fiducia contracta mancipabat; fiduciarius dicebatur, *l.* 2. §. *obiicitur, ff. ad Tertyl.* §. *praterea, Instit. quibus modis jus patria potestatis*; & ille, cujus fidei committitur, ut hæreditatem restituat, dicitur hæres fiduciarius, *l. servus* 46. & 67. *ff. ad Trebel.* & ipsa hæreditas fiduciaria, *l. certi* 9. §. *competit, ff. si certum petat*. Prosequuntur fiduciæ species, & solemnitates, Revardus *de auctor. prud. c.* 5. Corrasius *l.* 6. *miscel. c.* 9. Alciatus *lib.* 3. *c.* 26. *parerg.* Pancirola *lib.* 3. *var. c.* 21. Retes *lib.* 1. *opusc. cap.* 21. Valeron *d. c.* 1. Gibalinus *d. cap.* 7. *art.* 1. Masius *singul.* 1. 3. *c.* 2.

His suppositis existimant Faber, Schiffordeg. & alii supra laudati, Constantinum in dicta lege ultima sustulisse pactum legis commissoriæ in pignoribus fiduciariis, cum fiducia interveniret, ita ut statuto die debitore solvente pecuniam, teneretur creditor iterum remancipare; eo autem in solutione cessante, amplius luitio non daretur, sed res perfecte, & irrevocabiliter penes creditorem remaneret. Rationes autem hujus constitutionis, & improbationis similis pacti, nonnullas incongruas assignarunt ipsi Faber *decade* 21. *errore* 1. *n.* 4. & *errore* 8. *n.* 6. Schiffordeg *d. tract.* 13. *q.* 3. Rationem petunt hujus abrogationis ex impossibilitate rei, & contrarietate, seu contradictione ipsius conventionis, quod scilicet fieri non possit, ut in eundem casum, idemque tempus & pignus contractum, & venditio pignoris facta videatur: quod fieri nequit, quia eodem tempore rei oppignoratæ dominium simul acquireretur creditori per venditionem, & simul non acquireretur. Sed hæc ratio falsa est, nam venditio, quam una cum pignore concurrere ait Faber, non tempus præsens respicit, sed futurum: mancipatur enim pignus, sed non in perpetuum, nec irrevocabiliter, sed si statuto die soluta non sit pecunia: tunc enim ex solutione, vel cessatione in ea, cognoscitur an pignus fuisset: si iterum remancipatur res debitori; vel dominium translatum, si non remanciperur, sed penes creditorem remaneat. Quare convenio, quæ ejusmodi venditionem, & oppignorationem simul complectitur, nec seipsam destruit, nec implicat contradictionem, nec creditor sit eodem tempore dominus irrevocabilis, & non dominus. Nec felicius Hothomanus *de verbis juris, verbo Lex commissoria*, rationem prohibitionis ex eo reddit, ne quod Principis auctoritate fieri debet, *ex l.* 1. *Cod. de jure dominii imperit.* privatorum pactionibus permittatur; cui consentire videntur Revardus *de auctor. prud. cap.* 5. Schiffordeg. *d. tract.* 13. *q.* 2. dum existimant, adhuc fiducia contracta necessarium esse creditori impetrare dominium a Principe, *ex l. magis* 5. §. 3. *ff. de rebus eorum*; *l. fin. C. si in causam iudic.* Sed omisso aljo misero lapsu ipsius Hothomani, dum ibi refert legem commissoriam inter leges populi Romani, quem jam notarunt Cujacius *lib.* 13. *obs. c.* 16. & *in recit. ad d. l. ult. ff. de contrah. emptione*, Faber *decade* 21. *errore* 1. *n.* 13. & ipse agnovit *lib.* 12. *obs. c.* 29. dicendum est, proprium esse mancipationis, vel cessionis in jure dominium transferre, unde tunc non ex privatorum voluntate tantum, sed ex solemni actu dominium quæritur: idcoque tunc superflua est dominii impetratio ab Imperatore; ex vulgari principio legis unicæ, *C. de thesaur. l.* 10.

Igitur omnibus his omissis, præsentis prohibitionis pacti legis commissoriæ in pignoribus ratio duplex est. Prima ut creditorum avaritia cohibeatur, & captionibus succurratur. Hæc enim conventio juxta formam supra relatam fœneratoribus maximam doli, & fraudis materiam præbebat; debitores enim pecuniæ necessitate coacti, nec hanc, nec aliam quamlibet pactionem recusare solent, dum sperant se pignus intra tempus præfinitum luere posse; unde parum sua interesse putant, pluris, aut minoris pignus esse, ut notarunt Caldas *in l. si. curatorem, verbo sua facilitate, n.* 101. Donellus *in d. l. ult. n.* 4. & *de pign. c.* 11. Cujacius *ad titulum de pactis pign. in fine*. In qua tamen re, ut ipes hominum fallax est, qui de rebus suis plusquam in eis est, confidunt, ut ajebat Gajus *in l. in fraudem* 10. *ff. qui & a quibus*, & testatur Ovidius dum ait:

Fallitur auspicio spes bona sæpe suo.

Debitores sæpissime falli necesse fuit, & pignora quantumvis pretiosa pleno jure creditoribus committi. Unde obiter notandus venit Faber, dum *in d. decade* 21. *error.* 1. *n.* 19. & *error.* 6. docet pactionem hanc legis commissoriæ non fuisse odiosam debitoribus, sed potius favorabilem, cum eis soluta pecunia statuto die res ipsis erat remancipanda a creditore. Nam hoc procedit solvente sua die debitore, sed si cessaverit, nonne pro modica pecunia creditor rem pretiosam pignori datam assequitur? Secunda ratio præsentis improbationis provenit ex eo, quia ex hoc pacto pravitas usuraria insurgit, cum creditor lucretur ultra sortem aliquid pecunia æstimabile; atque ita, tanquam usuraria conventio improbatur a Constantino *in d. l. unic.* & ab Innocentio III. in præsenti: docuerunt Cujacius & Donellus *in d. l. unic.* Covar. *l.* 3. *var. c.* 2. *n.* 8. Pachineus *l.* 10. *controv. c.* 73. Caldas *ubi proxime, n.* 101. Molina *de justitia disp.* 324. *n.* 2. Cyriacus *t.* 2. *controv. c.* 393. *n.* 10. Leotardus *de usur. d. q.* 69. unde nec consuetudine, aut statuto posse talem conventionem confirmari, resolvit Argentreus *in consuet. Britan. artic.* 266. *n.* 6. An etiam tale pactum repugnet juri naturali, aut divino, post alios late disputat Gibalinus *d. art.* 13. *consell.* 4. *n.* 33.

Nec obstat dubitandi ratio supra adducta: nam licet pacta contrahentium servanda sint, quia ipsa sunt leges, & partes contractus: tamen id procedit cum pacta sunt juri consona, non vero contraria, *l. juris* 7. §. *ait Prætor, ff. de pact.* ut est præsens conventio, quæ ideo jure improbatur, quia non libere, sed adactus rei familiaris inopia ita pactus censetur debitor: & eadem inopia facit plerumque, ut ad diem statutam pecuniam solvere non possit. Confideratur etiam improba lucri captatio, & præsumptus creditoris dolus; ideoque talis conventio improbatur. Nec obstat primum augmentum ipsius difficultatis, pro cujus solutione in dubium vocatur, utrum Constant. *in d. l. fin.* non solum legem commissoriam in pignoribus, verum etiam & in venditionibus improbasset? Et Hothomanus *de verbis juris, verbo Lex commissoria*, Concius *l.* 2. *success. c.* 20. Gifanius *ad tit. C. de pact. pigno. pag.* 326. putant Constantinum generaliter pactum legis commissoriæ improbasse, cum indefinite loquatur in ea lege, prout jacet in Codice Theodosiano, sub titulo *de lege commis. rescind.* Sed prorsus verius est, legem commissoriam tantum in pignoribus esse abolitam, nec credi potest, ut ait Donellus ibi, similem conventionem in venditionibus improbasse. Nec interest, quod Constantinus indistincte loquatur in eadem lege, prout jacet in Codice Theodosiano: nam ut supra ex Harmenopulo, & synopsi Basilic. retuli, Imperator specialiter agebat de pignoribus, & ideo expendit acerbitatem creditorum, nulla venditionis facta mentione: nec talis acerbitas in venditione datur: unde dicendum est legem commissoriam in venditionibus, prout eam retulimus *in c. illo vos, hoc tit.* improbatam non esse, ut defendunt Covar. *l.* 3. *var. c.* 8. *n.* 1. Gomez *l.* 2. *var. c.* 2. *n.* 30. Molina *de justitia, tr.* 2. *disp.* 378. Mantica *de tacitis l.* 4. *tit.* 29. Donellus *l.* 16. *c.* 19. Leotardus *d. q.* 69. *n.* 34. Gibalinus *dict. consectar.* 4. Differentiæ autem rationes inter utramque legem commissoriam præcipuæ duæ sunt. Prima, quia lex commissoria in pignoribus dominium a debitore invito aufert, & in creditorem transfert: lex vero commissoria in venditione dominium venditori conservat. Secunda est, quia lex hæc rem venditori suo adjicit justo pretio, ut proinde nulla fraus existat emptoris, vel venditoris, si ob non solutum pretium rescindatur: quod secus est in pignore, cum plerumque pro pauca pecunia mutuata creditori addicatur; qui enim pecuniæ inopia premitur, facile quamlibet legem a creditore sibi dici patitur, & cuilibet pactioni consentit, ob spem futuræ luitionis. Quæ ratio cessat cum emptio, & venditio resolvitur, & res sit inempta, ut docet Larrea *decis.* 16. *n.* 34. Nec differentiam hanc evertit textus *in l. Æmilius* 38. *v. Quia tamen, ff. de minor.* ubi Paulus refert legem commissoriam in venditionem Imperatori Antonino displicuisse, non alia ratione, quam quia odiosa hæc pactio videretur, atque propter hanc conventionem venditio alias legitime contracta irritatur. Nam omissa sententia Fabri *decad.* 21. *error.* 6. qui contendit legem commissoriam olim odiosam fuisse in venditione, non vero in pignore; dicendum est, Imperatori Antonino generaliter legem commissoriam non displicuisse in venditione, sed tantum in specie a Paulo ibi relata, propter avaritiam videlicet, cum convenit, ut soluta parte pretii, si intra duos, vel tres menses reliqua pars non numeretur, fundus sit inemptus, ut *in l.* 4. §. 1. *l.* 6. *in princip. ff. de lege commissor.* quia hoc casu cum emptor, qui reliquum pretii statuto die non solvit, amittat id quod dedit, & venditor lucrifaciat, utraque ratio suadet legem commissoriam in pignoribus esse improbandam. Concurrere etiam videtur in præsenti venditione; nam sicut iniquum est, ut non soluta statuto die pecunia debitor pignus magni valoris amittat; ita etiam non minus injustum est, ut emptor, qui forte ob causam aliquam integre solvere non potuit, ob non solutum reliquum pretii amittat id quod dedit in partem pretii. Præterea, ut usura est ob non solutam sua die pecuniam creditorem id lucri facere, quod plus est in pignore, ita prorsus usura est venditorem ob non solutam sua die reliquam pretii partem, id quod numeratum est, captare, & retinere. Unde merito ea conventio displicuit Imperatori Antonino *in dicta l. Æmilius*, nisi in eo casu aliquid forte arrhæ nomine datum fuit, vel compensatio fiat cum fructibus, quos interim emptor suos facit, ut docetur *in d. l.* 4. §. 1. vel alio modo venditoris interest. Prosequuntur ipsius textus expositionem Eguinarius Varo, Faber, & Cujacius *ibi*, Duarenus *ad titulum Cod. si adversus venditionem pignor. columna* 2. & 3. Donellus *l.* 24. *comm. cap.* 7. ubi Osualdus *littera H.* Caldas *in d. l. si curatorem, num.* 49. Leo Pinellus *in præsenti*.

Nec obstat secundum augmentum ipsius difficultatis, pro cujus solutione examinandum venit, utrum conventio illa, ut si intra statutum tempus pecunia non solvatur, pignus ex causa soluti retineatur pro quantitate debita, licita sit? Et in jure admitti docuerunt Decius *consilio* 12. & 308. Parisius *l.* 2. *consilio* 81. Menochius *consil.* 1111. *n.* 23. Hondedeus *l.* 1. *consil.* 31. *n.* 32. Sed contraria sententia verior est, facileque probatur *ex l.* 1. *Cod. de pactis pignor. l. quamvis* 45. *ff. de solut.* ex eo, quia talis conventio æqualem captioneni, ac asperitatem

tem habet ac lex commissoria, cum vis & potestas utriusque pacti eo recidat, ut creditor pro debito ad diem non soluto consequatur dominium pignoris: & si hæc pactio titulo in solutum admitteretur, facile Constantini prohibitio elidi posset; quod admittendum non est, *l. ult. Cod. mandati*: & omne quod in fraudem legis fit, nullius est roboris & momenti, *l. si libertus, in princ. ff. de juratoriis, l. hoc modo, ff. de condit. & demonstr.* late probant Rodriguez *de annuis reddit. q.* 2. *n.* 24. Mudeus *ad tit. de lege commissoria, n.* 2. Leotardus *ubi supra, question.* 70. *n.* 17. qui numeris sequentibus satisfacit fundamentis contrariæ sententiæ. Et prædictæ difficultati dicendum est, quod quoties non designato justo pretio postea æstimando pactum apponitur, captiosum esse, & usurarium intelligi, cum evenire possit ut rem eximii pretii pro exiguo debito lucretur, ut docet Bachovius *l.* 1. *de pignor. c.* 15. *n.* 7. quod & ante Constantinum statutum fuisse, constat *ex d. leg. si fundus* 16. §. *finali*; & docent Accursius *ibi*, Donellus *in l. fin. C. de pactis pignor. n.* 4. I. Mister. *de leg. commiss. q.* 6. Negusant. *de pignor.* 4. *p. princ. n.* 2. Sed cum pretio justo postea designando pactum adjicitur, juste interponitur. Nec etiam obstat textus *in d. l. si fundus* 16. §. *ult. ff. de pignor.* nam licet lex commissoria esset improbata jure Digestorum, eo casu, quo pro debito pignus creditori committitur; tamen propter justi pretii interventionem convalescit, ut docuit Accursius *ibi*, cui consentiunt Covar. *dicto c.* 2. *num.* 7. Morla *in empor. p.* 1. *tit.* 9. *q.* 9. *a n.* 16. Guttierez *de jurament.* 2. *p. c.* 33. *n.* 4. Mantica *d. lib.* 11. *tit.* 10. *n.* 29. Quæ sententia probatur jure nostro Regio *ex l.* 41. *tit.* 5. *part.* 5. & *in l.* 12. *tit.* 13. *eod. part.* Nec eo casu dari proprie pactum legis commissoriæ probarunt Baldus *in l.* 1. *n.* 2. *C. de distract. pignor.* Hothomanus *lib.* 2. *epist. tit.* 1. *n.* 9. & *in l. ult. C. de distract. pignor.* ubi Gifanius *pag.* 401. Nec audiendus est Faber ubi supra, qui totum versiculum illum Triboniani esse affirmavit, etsi textum aliter accipiant Cujacius *in l.* 2. §. 1. *de contrah. emption.* Osualdus *lib.* 13. *c.* 1. *littera* O, Masius *l.* 3. *singul. opin. c.* 9. 10. & 12. Nec obstat ultimum difficultatis augmentum; licet enim plures docuerint legem commissoriam in pignoribus jurejurando firmari, quos referunt & sequuntur Tiraquellus *de retract. convent. in fine, n.* 21. Seraphinus *de privileg. juram. c.* 131. *n.* 13. Menchaca *de success. lib.* 5. §. 38. *n.* 47. Pachin. *l.* 10. *controv. c.* 13. Hondedeus *consil.* 31. *n.* 56. verior sententia est, conventionem hanc jurejurando non confirmari. Quamvis enim juramentum huic pacto adjectum, nisi remittatur, servandum sit, cum sine detrimento salutis æternæ servari possit, non tamen ea vis juramenti est, ut pactum improbum, & a jure damnatum confirmare valeat, licet ad evitandam perjurii exceptionem sit necessaria absolutio, & proinde poterit debitor petere, ut jurejurando solvatur, vel si illud servaverit, non possit repetere, ut de promissione usurarum juramento firmata, probavi *in c.* 1. *c. debitores, de jurejur.* ita docuerunt Covar. *in d. c. quamvis*, 2. *p.* §. 3. *de pact. lib.* 6. Guttierez *de juram. confirm. p.* 1. *c.* 33. *n.* 2. Morla *in empor. p.* 1. *tit.* 9. *q.* 12. Gaitus *de credito, p.* 4. *q.* 49. *n.* 1112. Merenda *l.* 1. *controv. c.* 3. *n.* 4. Cyriacus, & Leotardus *de usuris q.* 70. *n.* 28. Nec obstat, quod dicebamus, juramentum in præsenti specie servari posse sine dispendio salutis æternæ, & per consequens pactum legis commissoriæ jurejurando confirmari; quia licet jure hoc attento, cum quæritur, an juramentum servari debeat, tantum attendatur, an sine dispendio salutis æternæ servari possit, necne, recte tamen Interpretes observant, non eamdem semper, & in omnibus, & ubique jurisjurandi vim esse. Aliquando enim accidit, ut conventio alioquin nulla, & illegitima jurejurando confirmetur, ut sunt conventiones omnes, quæ contra prohibitiones Vellejani, legis Juliæ, & similes factæ sunt, quas ob auctoritatem jurisjurandi jus Pontificium tuetur. Aliquando vero ad id tantum prodest juramentum, ut perjurii exceptionem inducat, non etiam ut contractum sustineat odiosum, & a legibus prohibitum, ut exponit Faber *d. decade* 21. *errore* 8. *n.* 2. Hujus generis sunt conventiones illæ, quæ odio creditoris improbantur, & quæ rem ex se nefariam, & illicitam continent, ut est promissio usurarum, quæ juramento non confirmatur, quamvis jusjurandum servandum sit, & relaxatio petenda, *d. c. debitores, de usuris*. Ejusmodi etiam est pactum legis commissoriæ in pignoribus, quod non solum legibus prohibetur, verum & sua natura nefarium est, & fraudibus plenum, ut probat Baeza *de inopes debitore c.* 6. *n.* 9. unde similis conventio jurejurando firmari non potest, ut latius prosequuntur Leotardus *d. q.* 70. Leo Pinel. in præsenti, *ex n.* 58.

Sed supra traditis obstat text. *in l. Titius* 34. *ff. de pignor.* in illis verbis: *Ut fundum certo pretio emptum haberet*. Ex quibus deducitur, licitam esse illam conventionem, ut pignus pro debito committatur, pecunia non soluta suo tempore. Pro cujus textus solutione sciendum est, nonnullos Interpretes asseruisse, præsentem prohibitionem locum non habere, si pactum legis commissoriæ ex intervallo adjicitur, cum nulla necessitate pecuniæ premitur debitor: ita docuerunt Bartolus, & Baldus, Negusantius, & alii, quos refert, & sequitur Mantica *de tacitis convent. lib.* 11. *tit.* 10. *n.* 2. Sed contrariam sententiam, videlicet nihil interesse an pactum legis commissoriæ in pignoribus adjiciatur ex intervallo, vel in continenti, docuerunt Caldas *de empt. c.* 11. *n.* 19. Faber *decade* 2. *errore* 2. Covar. *l.* 3. *var. c.* 2. *n.* 28. Mudeus *de pignor. tit. de lege commiss. n.* 22. Leotardus *de usur. q.* 70. *n.* 2. & merito, cum eadem ratio asperitatis, & fraudis deprehendatur in hac conventione, sive ab initio, sive ex intervallo apponatur; & debitor, qui ad solutionem pecuniæ creditæ jam urgetur, improbam hanc legem subire æqualiter cogatur. Nec contrarium probatur *in d. l. Titius* 34. nam ibi non agitur de pacto legis commissoriæ, sed de pura, & præsenti datione in solutum, seu venditione cum certo pretio facta, quæ prorsus admittitur, *l.* 12. *ff. de distract. pign. l.* 1. *l. cum dominam* 13. *C. de pignor.* Quo etiam modo accipiendus est text. *in l. quamvis, ff. de sol.* quo modo textus illos exponunt Balduin. *de pignor. c.* 17. Pinellus *in rubr. C. de rescind.* 2. *p. c.* 1. *n.* 29. Rodriguez *de annuis reddit. q.* 2. *n.* 37. Leotardus *d. q.* 70. *n.* 3. Arias de Mesa *l.* 1. *var. c.* 37. Leo Pinellus in præsenti, *n.* 5.

Secundo obstat textus *in l. ult. ff. de contrah. emption.* ubi approbatur pactum illud, quod cavetur, ut debitore sua die pecuniam non solvente, pignus emptum censeatur. Igitur quia pactum legis commissoriæ omnino non improbatur in pignoribus. Pro cujus textus expositione sciendum est, controversum esse, an si lex commissoria non adjicitur ipsi rei pignoratæ, sed alii, pactum eo casu defendatur? Et plures ex antiquioribus, quos refert Mantica *d. tit.* 10. *n.* 12. existimarunt cessare prælentem prohibitionem, si res, de qua agitur, non sit pignori obligata. Sed contrariam sententiam merito docuerunt Covar. *d. c.* 2. *n.* 8. Caldas *ubi sup. n.* 101. Rodriguez *d. q.* 2. *n.* 30. Leotardus *d. q.* 70. *n.* 8. nam ratio præsentis prohibitionis, videlicet ut coerceatur asperitas creditorum, æqualiter procedit cum res, quæ legi commissoriæ subjicitur, pignori vel hypothecæ data est, ac cum pignore non datur. Nec contrarium probatur *in d. l. ult. de contrah. emptione*: nam in eo textu non quærebatur ab Scævola, an conventio illa subsisteret ex eo, quod prædia essent, vel non essent obligata fidejussori eo tempore, quo fidejussit, & conventio celebrata fuit, ac per consequens parum favet contrariæ opinioni tantum enim ibi docetur, quod licet fidejussori minime liberum sit emere pignora debitoris pro quo fidejussit, *ex l. si mandato* 39. §. 1. *ff. mandati, l. Paulus, ff. de fidejuss. l.* 1. *C. de dolo*; virtute tamen conventionis, ut fidejussor prædia pignori data empta haberet, posse fidejussorem solventem pro reo principali, ex causa emptionis prædia illa retinere; quo casu cessat ratio præsentis prohibitionis, cum creditor ultra sortem principalem nihil recipiat; fidejussor vero ex juris communis regulis, postquam pro reo principali solvit, possit ad emptionem prædiorum agere, *l.* 2. *ff. de distract. pignor.* Eo tamen casu luendi facultatem debitori competere, *ex d. l.* 59. §. 1. *ff. mandati, l.* 1. *C. de dolo*, recte notavit Leotardus *d. q.* 70. *n.* 13. qui prosequitur latius ipsius textus expositionem post Cujacium ibi, & Leonem Pinellum in præsenti.

Tertio supra traditis obstat textus *in l. ult. Cod. de distract. pignor.* ubi cum quæreretur, an si creditor plus ex venditione pignoris redegerit, quam ei deberetur, & ex eo fundum emerit, an possit debitor in rem agere? Respondet Imperator, in personam tantum, idest pignoratitiam actionem ei de superfluo competere, nisi aliud specialiter conventum sit. Igitur speciali pacto caveri potest, ut ultra sortem principalem, quod superest, lucro creditoris cedat, & per consequens pactum legis commissoriæ, ut usurarium non improbatur. Cui difficultati respondendum est, verba illa, *Si non specialiter conventum sit*, non esse accipienda de ea conventione, ut quod ex venditione pignoris redigeret creditor, id sibi totum haberet, ut voluit Cujac. sed de pacto, ut si quid ex superfluo pignoris creditor compararet, esset debitoris, ut recte id docuit Accursius, quem sequitur Leotardus *de usuris q.* 69. *n.* 38. & tunc virtute talis conventionis potest debitor agere ad rem ipsam emptam ex residuo pretii, quod supererat soluta sorte principali. Prosequuntur hujusmodi pacti legis commissoriæ in pignoribus exceptiones, & ampliationes, novissime Gibalinus *d. l.* 3. *de usur. c.* 7. *art.* 13. *per totum*, Leotardus *de usur. q.* 70. *per totum*.

C A P U T VIII.

a Greg. IX.

CUm constet I. mulierem uxorem Ogerii, quoad usumfructum filio suo *b* successisse in bonis, quorum proprietas dam, quod utatur, & fruatur salva rerum *d* substantia rebus immobilibus, quæ usu non consumuntur, ad *e* arbitrium boni viri: *f* pecuniam vero, si quam habuit, vel habebit, ac æstimationem bonorum, quæ consumuntur usu, & in hæreditate inventa fuerint, in morte sua dictæ mulieri, vel hæredibus ejus restituat, per censuram ecclesiasticam compellatis.

BIBLIOTECA CENTRAL U.A.N.L.

NOTÆ.

a *Gregorius.*) Non exprimitur cui rescribat Pontifex; illud credo, rescribere aliquibus judicibus ecclesiasticis, vel sæcularibus illius provinciæ, quæ tam in spiritualibus, quam temporalibus parebat Ecclesiæ; alias de negotio mere temporali, & inter laicas personas disceptato, ad quid necessarium erat adire judicium Ecclesiæ? Illud enim notandum est, constitutionem hanc spectare ad secundam partem hujus rubricæ, ibi: *De aliis cautionibus*. Quæ verba propter præsentem constitutionem a se editam addere jussit Gregorius IX.

b *Successisse.*) Imo usufructus morte finitur, nec in eo datur successio, *l. liber* 23. *ff. de liber. caus. l.* 1. §. *si impuberi* 21. *ff. de collat. bonor. l. corruptionem, C. de usufruct.* §. *finitur, institut. eod.* ubi plura Institutarii. Cum hoc principium pro nostris disputandum proponitur, in contrarium acute expendi solent textus *in l. si unus* 22. *ff. quibus modis usufructus, l. generaliter* 42. §. *filios*, & §. *heredes*, *ff. de usufruct. legat. l. si servus* 18. §. *cum servus, ff. de stipul. servor. cum l.* 1. *l. sed esti* 25. §. *operas, Dig. de usufr. l. qui rem* 62. §. *si fundum, Dig. de evict. l. uxorem* 35. *Dig. de usufr. legat. l. a reo*, 70. §. *reo, Dig. de fideiuss. l. Sempronius* 36. *de usufruct. leg. l. computationi* 68. §. *sic denique, Dig. ad leg. Falcid. l. in annos* 8. *l. cum in annos* 11. *Dig. de annuis legat. l. Stichum* 95. §. *qui usumfructum, Dig. de solut. l. usufructu, l. usufructum, Dig. solut. matrim. l. in fundum* 21. *Dig. de jure dot. l.* 5. *Dig. de operis libert. l.* 1. §. *usufructus, Dig. ad leg. Falcid. l.* 7. *ff. de evict. l. publica* 4 *Dig. de remiss. l.* 3. §. *sed si habenti, Dig. de legat.* 3. *l.* 8. *l. Mela* 14. *l.* 20. §. *Titia, Dig. de aliment. legat. l. post litem* 12. §. 2. *Dig. famil. erciscund. l. si fundus* 16. *Dig. de evict. l. mulieri* 74. *Dig. de condit. & demonstrat.* Ergo in præsenti non recte supponitur dari successionem in usufructu. Cui difficultati, ut satisfaciant repetentes in præsenti, varios casus huic decisioni assignarunt. Certe plures adaptari possunt; ille facile supponi valet, videlicet filium testamentum fecisse, & in eo usumfrum I. mulieri Ægidii reliquisse, proprietatem vero ipsius rei M. & ita ex ipsa institutione, non vero continuata sucessione usumfructum rerum filii ad I. matrem ejus pervenisse.

c *Cautionem idoneam.*) Sed quænam cautio præstanda sit, merito dubitatur; quod enim nuda promissio sufficiat, probatum tum quia cautionis nomine nuda, & simplex promissio significatur: *l. sancimus* 3. *C. de V. S.* & cautionem per stipulationem præstari docetur *in l.* 1. §. 1. *ff. hoc tit.* Sed verius est, nudam promissionem non sufficere, ut probat Donellus *l.* 10. *comment. c.* 14. Galban. *de usufructu, c.* 19. Ratio est, quia jus a fructuario satisdationem exigit, *l. huic* 5. §. 1. *Dig. si usufructuarius, l. si cujus* 13. *in princ. Dig. de usufruct. l.* 4. *C. eod.* & eam Consulti cautionem passim appellant, *l.* 1. *d. l. huic* 5. §. *ult.* Satisdatio autem in jure accipitur pro ea, quæ fit datis fidejussoribus, *l.* 1. *Dig. qui satisd. cog. l. tribus* 8. *Dig. de usufr. earum rerum, l.* 1. §. *jubet, de collat. bonor.* Tum quia hæc cautio debet esset idonea, ut in præsenti docetur; idonea autem cautio in jure dicitur, quæ fit datis fidejussoribus, vel pignoribus, *l. si mandata*, §. *fin. Dig. mandati, l.* 4. §. 8. *Dig. de fideiussm. libert. d. l. qui satisd.* Unde recte Doctores tenent, cautionem hanc accipi pro ea, quæ fidejussoribus datis præstatur. Mancinus *ad titulum Dig. de usufr. n.* 46. Gabriel de Bellis *de usufructu c.* 3. §. 4. Velasc us *de privil. pauper. p.* 1. *q.* 57. Marinis *tom.* 1. *decisione* 208. Castillo *de usufruct. c.* 18. Accedit quod cautio ista desideratur ad securitatem proprietarii: sed dominus proprietatis securior non redditur nuda promissione, sed fidejussoribus datis: ergo cautio fidejussoria præstanda est. Et licet cautio indistincte a fructuario petatur *in l.* 1. *Dig. usufructuarius quem, l.* 1. *C. de usufruct.* tamen pro idonea, quæ fit fidejussoribus præstitis, est accipienda: unde si usufructus re tradita satisdatus non sit, erit in electione proprietarii rem vindicare, vel stipulationem fidejussoribus datis condicere. Sed an pignoribus datis utiliter caveatur, quæri solet, ex eo quia cautio hæc fructuaria prætoria videtur, Prætor fructuarium satisdare jubeat, *l.* 1. *in princ. d. l. huic* 5. §. 1. *Dig. si usufructuarius*. Prætoriæ autem satisdationis personas desiderant fidejussorum, nec cum pignoribus pecuniæ, vel auri depositione utiliter præstantur, *leg. prætoria, Dig. de prætor. stipul.* & merito, quia custodia pignorum molesta est, vel quia incertum est, quæ, & qualia pignora deponere necesse sit; & quia ipsa distractio pignorum difficultatem in se continet; & tandem quia creditor non est cogendus suscipere onus, & periculum custodiæ ipsorum pignorum. Verumtamen contraria sententia placet, videlicet cautionem hanc fidejussoribus, vel pignoribus datis utiliter præstari. Ratio est, tum quia idonea cautio in jure passim dicitur, quæ fit pignoribus captis, ut *in l. si mandata* 59. §. *ult. Dig. mandati, l.* 1. §. *jubet autem* 9. *Dig. de collat. bonor. l. promisser* 21. §. 1. *Dig. de constit. pecun.* Tum quia ad evitandum onus præstandi fidejussores, sufficit quandoque bona immobilia possidere, *l. pennis. Dig. qui satisd. cog.* & plerumque plus cautionis est in re, quam in persona, *l. plus* 7. *Dig. de reg. jur.* Nec obstat contraria sententiæ primum fundamentum; nam licet hæc cautio edicto Prætoris sit comparata, tamen judicialis est, cum officio judicis præstetur, *d. l.* 1. *si usufructuarius*; & in judicio, quod inter proprietarium, & fructuarium movetur, *l. si cujus* 13. *ff. de usufructu*; aut quia proprietatis dominus rem repetebat a fructuario, quia cautionem non præstiterat, ut *in l. usufructus*, §. *vero*, & *in leg. ult. ff. usufructuar. quemadmodum*: docet Galbanus *de usufructu c.* 19. *in fine*. Circa cautionem vero præstandam in usufructu earum rerum, quæ usu consumuntur, certum est, eam Senatusconsulto inventam esse, *l.* 2. & 3. *ff. de usufructu earum rerum*. Quid autem si ob paupertatem, vel similem difficultatem nequeat fructuarius fidejussores invenire, neque pignora dare? an cum juratoria cautione admittendus sit, non leve dubium est? Affirmant innumeri congesti a Barbosa *tom.* 6. *in select. ad hunc textum*. Negant quamplures congesti a Salgado *p.* 1. *labyrinthi, c. fin. ex n.* 53. & a Marinis *tom.* 1. *decis.* 208. Inter utramque opinionem, & alias, quas referunt Mancinus, & Gabriel de Bellis ubi proxime, libenter adhæreo Menochio *de arbitrar. casu* 139. *n.* 1. qui recte docet, id arbitrio judicis relinquendum esse, cum magna sit personarum, rerum, & temporum varietas. Judex enim perpensis omnibus circumstantijs, præsertim ubi periculum deterioationis, vel corruptionis timetur, aliquando tamen juratoriam cautionem ab usufructuario exiget, aliquando si periculum immineat, proprietarium, tanquam custodem, usufructuario adjungere valet, vel si lis timetur, rem fructuariam sequestrari jubebit, *l. sed etsi* 5. §. *quotiens, ff. de Carbon. edict.*

b *Substantia.*) Juxta definitionem usufructus adductam a Paulo *in l.* 1. *ff. de usufructu*, Justiniano *in princip. Instit. de usufructu*: quam ultra repetentes ibi, & Castillum, Galbanum, Mancinum, & Gabrielem de Bellis de usufructu scribentes, exponunt Donellus *l.* 10. *comment. c.* 8. Pinellus *in l.* 1. 2. *part. C. de bonis mater.* Alciatus *in l. reile*, 3. *ff. de V. S.* Leotardus *de usuris q.* 51. Faber *l.* 15. *conject. c.* 8. Robertus *l.* 3. *recept. sentent. c.* 18. Morla *in emperio; tit. de servit. q.* 1. Bronchorst. *cent.* 1. *assert.* 86. Amaya *in l. unic. C. de vendit. rerum, lib.* 10. Hothomanus *l.* 3. *obser. c.* 22. Scipio Gentilis *de bonis matern. c.* 6. Hunnius *ad Treutl. vol.* 1. *disp.* 16. *q.* 4. Corrafius *lib.* 5. *Miscel. c.* 3. Vvisembach. *disput.* 12. *thesi* 2. Vela *decis.* 47. circa quam, & ejus materiam observandi sunt textus *in l. si cum duorum* 32. *ff. de stipul. servor. l. cum ita* 16. §. 1. *quando dies legat. l.* & *per juriurandum* 15. §. *si quis usumfructum, ff. de acceptil. l. non quecumque*, §. *fundus, de legat.* 1. *l. inter* 44. §. *penult. ff. famil. erciscund.* cui obstat lex 30. cum lege *si qui*, sequenti, *de usufruct. legat. l. plane*, 34. §. *penult. ff. de legat.* 1. *leg. ult. ff. si cui plusquam per legem, l.* 2. *ff. de adimen. l. si cum* 21. §. *si fundum*, *ff. de except. rei judic. l.* 3. §. *ult. cum l. sequent. ff. qua in fraudem credit. l.* 3. §. *si ex noxali, l.* 2. §. 1. *ff. pro emptore, l. cum in fundo* 78. §. *quod si muliar, ff. de jure dot.*

c *Ad arbitrium boni viri.*) In vero usufructu cautio hæc duas continet clausulas. Prima de utendi modo, qua promittit usufructuarius usurum esse arbitrio boni viri, *l.* 1. §. *cavere, ff. usufruct. quemadmod.* idest, quod re utetur juxta ipsius conditionem, non vero re abutetur, aut eam mutando, aut deteriorem reddendo, & utrum custodiat, oneraque ipsius subeat, & alia, quæ paterfamilias curare solet, faciat; hoc enim est uti alienis rebus boni viri arbitrio, *l.* 1. §. *cavere, ff. usufructuarius quem l. si cujus* 13. §. *praeterits, l. sed cum fructuarius* 65. *ff. de usufr. l. fundi* 15. §. 1. *ff. si usufructus petatur*. Licet enim usufructuarius dominus sit, *l. uti frui* 5. *ff. eod. tit. l.* 4. *ff. de usufr.* non tamen ita absolute ut rem dissipare possit, sed potius eo moderamine, ut iciat re aliena uti, Donellus *d. l.* 10. *c.* 14. Faber *in rationali ad textum in d. l.* 1. §. *cavere*, Merenda *l.* 6. *controv. c.* 48. *per totum*, Mancinus ubi supra, *n.* 66. Secunda clausula est de restituendo; promittit enim fructuarius se restituturum id quod finito usufructu extabit, videlicet rem; aut si ipsius culpa perierit, ejus æstimationem, *l.* 1. §. 7. *ff. usufructuarius quem*, Gaillus *l.* 2. *observ. c.* 76. Quomodo tamen, & quibus casibus hæc cautio committatur, infra exponemus. Illud certo liquet, quod prima pars stipulationis statim ac non utitur fructuarius arbitrio boni viri, committitur; altera vero neque statim, neque sæpius, sed demum usufructu finito committitur.

f *Pecuniam.*) In rebus, quæ usu consumuntur, neutrum istorum, idest de utendo re boni viri arbitrio, & ipsa restituenda cavetur; sed hoc solum, se finito usufructu tantam pecuniæ quantitatem, quantam acceperat, vel rem ejusdem valoris, & qualitatis, seu ejus æstimationem restituturum, *l.* 2. *l.* 4. *l. si uni* 7. *ff. de usufruct. earum rerum*. Ratio est, quia earum rerum, quæ usu consumuntur usufructuarius dominus fit, & ita sub arbitrio eis uti potest, & eis utendo nihil remanebit quod restituatur, nisi eadem quantitas, vel alia res ejusdem æstimationis. Fachineus *l.* 8. *controv. c.* 43. nonnullæ enim differentiæ versantur inter usumfructum rerum fungibilium, & quæ usu non consumuntur. Primo, quia in his rebus tantum quasi usufructus constituitur in testamento, non vero inter vivos, *l.* 1. & 2. *ff. de usufruct. ear. rerum*; quia cum ex natura hujus quasi usufructus proveniat, ut dominium ipsarum rerum in fructuarium transferatur, ilque tantundem restituere debeat, certe si hoc fieret inter vivos, nihil aliud celebraretur quam mutuum. Secunda, quia in vero usufructu quis utitur re aliena, *l.* 1. *ff. de usufructu*: in quasi usufructu autem rebus propriis, quia illarum dominus fit, *d. l. si uni* 7. Quatenus tamen in his rebus dominium secerni possit ab usu, exponit Theophilus Raynaud. *tom.* 4. *lib.* 3. *de variis, sect.* 3. *c.* 3. *fol.* 241. Tertia, quia in his rebus fungibilibus nihil interest, an usufructus, an usus legetur, *l.* 5. §. *fin. l. quoniam*, §. 1. *ff. de usufr. ear. rerum*; in vero usufructu usus ab usufructu separationem recipit, *l.* 1. *ff. de usu & habit.* Quarta, quia usufructus verus finitur rei mutatione, cessatione, & consolidatione, §. *finitur, Institut. de usufructu*; improprius vero tantum morte, & capitis diminutione; non autem prædictis modis, aut rei interitu, vel non utendo. Tandem quia in his rebus fungibilibus quasi usufructus admissus est ex Senatusconsulto remedio cautionis, *d. l.* 1. §. *constituitur*. Circa quasi usumfructum rerum, quæ usu consumuntur, notandi sunt textus *in l.* 1. §. *si decem*, *l.* 6. *ff. ut in possessionem legat. l.* 1. *ff. de usufr. legat. l. uxori* 24. *eod. eisdem leg. ult. ff. usufructuarius quemadmod. l. usufructus* 69. *ff. ad l. Falcid. l.* 1. *C. de usufr. l. usufructus, ff. solut. matrim.* Ulpianus *tit.* 24. §. *Senatusconsulto*, ubi Cujacius, *l. Julianus* 9. §. *mutcel. ff. ad exhib. l. sed si* 11. §. 2. *ff. de juriejur. l. si pauis* 10. *ff. de præscript. verb. l. videamus* 19. *ff. de usur. l. in numerationibus* 44. §. 2. *ff. de solut. l.* 15. *ff. de auro & argent. l.* 32. §. *uxori, ff. de usufr. legat. l. fin. ff. si cui plusquam per legem*, junctis Castillo *de usufructu cap.* 14. & 17. Galbanus *de usufructu cap.* 4. Mancino *ad tit. de usufructu earum rerum*.

COMMENTARIUM.

7 Conclusio traditur, & probatur.

EX hac Gregorii decretali sequens communiter deducitur disputanda assertio: „ Usufructuarius cavere debet, quod „ utatur fruatur rebus immobilibus, salva earum substantia; „ & finito usufructu eas restituet, si extent, alias ipsarum „ rerum æstimationem. „ Probant textus *in l. si cujus* 13. *Dig. de usufructu, l.* 1. & *per totum Dig. usufructuarius quemadmodum, l.* 4. *C. de usufructu, l. uxori*, 24. *ff. de usufr. legat. l. si pecunie* 6. *ff. ut in possess. legat. l. fin. C. eod. tit. l. fin. ff. si cui plus. Paulus l.* 1. *sent. tit.* 11. §. *ult. & lib.* 3. *tit. de legat.* §. *usufructu*. Consonant lex 20. *tit.* 30. *partit.* 3. Illustrant ultra congestos in præsenti a Garanna, & Barbosa, idem Barbosa *in l.* 1. & 4. *C. de usufr.* Donellus *l.* 10. *comment. c.* 14. Cujacius *l.* 7. *Pauli ad edict. in l.* 2. *Dig. de usufr.* & *lib.* 75. *in l. idem*, & *in l. si tibi* 8. *Dig. eod.* & *lib.* 7. *respons. Papin. in l. usur. penult. Dig. eod. tit.* & *lib.* 38. *Digestor. Juliani, in l.* 6. *Dig. ut in possess.* Castillo *de usufruct. c.* 17. Galbanus *eod. tr. c.* 19. & 20. Gabriel de Bellis *eodem tr. c.* 3. §. 1. Mancinus *ad tit. usufructuarius quemadmod.* Vinnius *lib.* 2. *selectar. c.* 19. Hunnius *ad Treutl. vol.* 1. *disp.* 16. *q.* 17. & *lib.* 1. *variar. tr.* 7. *q.* 24. & 25. Sesse *tom.* 1. *decis.* 63. Moron. *responso* 63. Valenzuela *consil.* 29.

8 Impugnatur prædicta assertio.

Sed hæc assertio difficilis valde redditur sequentibus juris considerationibus. Prima nascitur ex eo, nam fructuarius, sicut nemo alius, superflua cautione, præsertim quæ exigit fidejussores, onerandus non est, *ex l. hac* 14. §. 1. *Dig. ut legator.* sed superflua hæc cautio est, cum satis prospectum sit domino proprietatis aliis juriis remediis: igitur hac cautione gravari non debet fructuarius. Probatur minor; nam quoad primam clausulam cautionis de utendo boni viri arbitrio, aperte constat; siquidem si aliter fructuarius utatur, quam boni viri arbitrio proprietarius potest ipsum prohibere, ne ipsa re utatur, *l. sed si quis*, §. *proprietatis; Dig. de usufructu*. Quoad secundam clausulam de restituenda re finito usufructu, proprietarius habet eo finito rei vindicationem, *l.* 7. *Dig. de usufructu quemadmod.* Ergo superflua est hæc cautio. Accedit, nam præsens cautio præstatur per stipulationem, *l.* 1. §. 1. *Dig. usufructuarius quemadmod.* Ergo nihil refert, quod teneatur fructuarius virtute propriæ promissionis, aut ex natura usufructus. Secunda difficultas nascitur ex eo, nam debitores conditionales, qui sub conditione aliquid debent, non tenentur interim cautionem præstare, *leg. ult. in fine, Dig. quibus ex causis in possessionem*: sed usufructuarius est debitor conditionalis, videlicet si usufructus finiatur: ergo non tenetur pendente conditione, scilicet durante usufructu, cautionem præstare. Tertio etiam in præsentem assertionem ita insurgo. Cautio ista de restituendis ipsis rebus finito usufructu repugnat juris principiis: igitur minime admittenda, aut exigenda est. Antecedens probatur; nam ut supra dixi, hæc cautio per stipulationem præstatur: sed stipulatio post mortem promissoris concepta, videlicet cum quis promittit aliquid post mortem suam, nulla est, §. *post mortem, Instit. de inutilibus*; ne incipiat obligatio ab hærede, quæ non cœpit a defuncto ejus auctore: ergo præsens cautio ut juris principiis contraria, repellenda est. Accedit, nam nemo rem suam sibi dari stipulari potest, §. *item Instit. de inutilibus*: ergo proprietarius, qui est dominus rei fructuariæ, non potest stipulari a fructuario rem propriam, videlicet eam, in qua ususfructus constitutus est.

9 Cautio fructuaria an sit defuba stantia usufructus.

Quibus difficultatibus minime obstantibus vera est præsens assertio, pro cujus expositione sciendum est, quod cum usufructuarius deteriorem causam proprietatis facere non debeat, & æquum sit, reddi securum proprietarium, ideo Prætorem caviße usufructuarium cogere cautionem præstare de utendo boni viri arbitrio, & de restituendo quod superfit finito usufructu: circa quam cautionem præcipuum dubiam apud Interpretes est, an hujusmodi cautio sit de substantia ususfructus? Quod ut exponamus discrimen est constituendum inter cautionem, quæ præstatur in vero usufructu, & quæ intervenit in quasi usufructu. Circa primam certum est, non esse de substantia ususfructus, ut post alios probant Donellus *lib.* 10. *comment. c.* 14. Galbanus *de usufr. cap.* 19. quæ sententia suadetur primo ex eo, quia in definitione usufructus adducta tam a Paulo *in d. l.* 1. *Dig. de usufructu*, quam Justiniano *in d. princ. Institut. de usufr.* nulla mentio fit similis cautionis: igitur quia non est de substantia. Secundo si esset de substantia, non posset a jure remitti illis personis, quibus remitti solet, ut infra dicemus. Deinde quia hanc cautionem edicto Prætoris introductam esse refertur *in l.* 1. *ff. usufructus quemadmod.* Sed pluribus retro annis usufructus reperiebatur: igitur quia hæc cautio non est substantialis. Faciunt etiam plura juris testimonia, in quibus supponitur, cautionem præstari post constitutum usumfructum imo & usumfructum finiri adhuc ea non præstita, *l.* 1. §. *illud, l.* 3. §. *desinere, ff. usufructuar. quemadmod. l.* 4. *C. de usufr.* Igitur quia talis cautio non est de substantia. Nec obstat, quod cautione non

præstita, non competat usufructuario petitio ex titulo Digestorum si usufructus petatur, *leg. si cujus* 13. §. *usufructu, ff. de usufructu*: nec etiam potest fructus percipere ante præstitam cautionem, *l. si uxori* 24. *ff. de usufr. legat. l. tribus* 8. *ff. de usufr.* 1. 1. *C. eod.* 1. 6. *ut in possess.* Imo proprietatis Dominus cautione non præstita a fructuario, vindicat, aut repetit rem ipsam, in qua ususfructus est constitutus, *l. etsi* 7. *leg. ult. ff. usufructuarius quemadmod.* Nam ea omnia evincunt teneri usumfructuarium cautionem præstare, non tamen usumfructum constitui non posse absque cautione; ut enim emolumentum percipiat fructuarius, debet cautionem præstare, non tamen prohibetur absque ea ususfructus constitui. Facit Paulus *lib.* 3. *sentent. tit. de legatis*, §. *usufructu*, ubi ait, cautionem ab usufructuario præstari solere. Igitur quia non desideratur pro substantia. Circa cautionem vero, quæ datur in quasi usufructu earum rerum, quæ usu consumuntur, difficilior hæsitatio est. Et de substantia ususfructus esse, tenuerunt Bartolus, Paulus, Fulgosius, Alexander, & alii relati a Pinello *in l.* 1. *n.* 28. *ff. de bonis matern.* Angelus, Aretinus, & alii relati a Castillo de usufructu *lib.* 1. *c.* 15. *n.* 25. pro quibus faciunt sequentia juris fundamenta. Primo textus *in* §. *constituitur, institut. de usufr.* ibi: „ Sed per cautionem, quasi usumfructum constituit. „ Ubi docet Justin. usumfructum ipsa cautione constitui, & probatur ex *l.* 2. §. 1. *ff. de usufruct. earum rerum*, in illis verbis: „ Sed remedio introducto cœpit quasi usufructus haberi. „ Remedium enim pro cautione dixit Consultus, qui cautiones remedia appellantur, *l. Mutians* 7. *l. heres meus* 79. §. *caveri, ff. de condit. & demonstr.* ergo talis cautio tamquam constitutiva, quasi usufructus substantialis est. Secundo facit textus *in l.* 1. *C. de usufr.* ibi: „ Oblatam secundum formam Senatusconsulti cautionem. „ Ubi pro forma cautionem in hoc, quasi usufructu deberi docetur. Facit tandem textus *in l. penult. ff. de usufructu earum rerum*, ubi cum agatur de hoc quasi usufructu, & de cautione in eo præstanda, hæc verba profert Ulpianus: „ Sed ad Senatusconsultum erit descendendum, quod de cautione eorum loquitur. „ Ex quibus deduci videtur, cautionem hanc substantialem esse, quasi usufructus. Contrariam tamen sententiam, quam ut veriorem amplectimur, videlicet, nec in hoc quasi usufructu cautionem esse de substantia, tenuerunt Glossa *in l.* 1. *C. de usufruct.* Azo *in summa, C. eod. tit. n.* 2. Immola in præsenti, *n.* 18. Castillo *de usufructu, c.* 15. *n.* 26. Besoldus *in dellib. juris ad tit. usufructuarius*, &c. Galbanus *eod. tr. c.* 19. *n.* 14. & pro ea faciunt primo textus *in l. hoc* 5. §. 1. *ff. de usufr. earum rerum*, ubi refertur, cautione non præstita, quasi usumfructum constitui, & finiri; igitur quia absque ea consistere poterat. Secundo textus *in l. si tibi* 7. *ff. eod.* ubi consultus ait, hanc cautionem a quasi usufructuario desiderari, satis innuens, ex necessitate eam non provenire; imo cum ad similitudinem veri ususfructus iste improprius introductus sit, & in usufructu vero cautio essentialis non sit, nec in hoc improprie necessario desideratur. Deinde, nam hæc cautio introducta est ad securitatem, non ut ea usumfructum constituat; ergo non est substantialis; quis enim dicat, quod si mutuo accedat fidejussor, fidejussorem esse substantialem mutui. Similiter ergo in quasi usufructu ratiocinandum est, cum tantum in eo differat mutuum ab hoc quasi usufructu, quod mutuum est contractus inter vivos celebratus: at quasi ususfructus testamento constituitur. Retenta igitur hac opinione, non obstant contrariæ sententiæ fundamenta. Non primum deductum *ex d. l.* 1. §. 1. & §. *constituitur, Instit. de usufr.* Nam respondendum est, eorum juriam verum sensum esse, quod Senatusconsultum inducto hoc cautionis remedio fecit, ut quasi ususfructus natura constitueretur: sed sicut in vero usufructu distinguitur substantia a natura, ita in quasi usufructu separatur; substantia enim quasi usufructus in eo consistit, ut restator leget alicui facultatem utendi, & abutendi tali re fungibili: quo casu proprietatis loco habetur obligatio reddendi quantitatem, seu æstimationem, finito usufructu, *l.* 1. *ff. de usufr. earum rerum*. De natura autem improprii ususfructus illud est, ut accedat satisdatio, seu prædicta cautio; unde cum ea, quæ sunt de natura actus, non omnia sint de substantia, ideo præsens cautio Senatusconsulto inducta non est substantialis, licet sit de natura ipsius, quasi ususfructus. Nec obstat textus *in d. l. penult.* Nam respondetur, usum hujus cautionis Senatum introduxisse, non pro substantia, sed ad naturam quasi usufructus; nam licet in usufructu vero cautio, nec ad ejus naturam spectet, in improprio tamen ex natura ejus desideratur. Ratio differentiæ in promptu est, nam cum in usufructu vero, etiam non præstita cautione, finito usufructu habeat proprietatis dominus vindicationem ad repetendam ipsam rem, non ita necessaria est cautio; in quasi usufructu autem, cum non detur talis vindicatio, necessaria est ad securitatem prædicta satisdatio. Nec obstat textus *in d. l.* 1. *C. de usufructu*: nam ibi forma accipitur pro præcepto Senatusconsulti, non vero pro forma ipsius, quasi usufructus, ut *in l. inter* 42. *ff. de pact. l. in integr.* 22. *ff. de minor.*

10 An hæc cautio remitti possit.

Hac quæstioni proxima est alia non minus vexata, an videlicet hæc cautio a fructuario præstanda, remitti possit a testatore. Et remitti non posse, *ex leg. penult. C. ut in possess. legat. l.* 6. *ff. eod. tit. l.* 1. *C. de usufructu*, docuerunt Gaillus *lib.* 2. *observ. c.* 145. Castillo *de usufructu d. cap.* 15. Cujacius *in d. l. penultim.* Donellus *lib.* 10. *c.* 14. ubi Osualdus *littera E*, Bronchorst. *enunciph. centur.* 2. *assert.* 89. pro quibus etiam faciunt nonnullæ juris rationes. Prima, quia nemo potest fa-

BIBLIOTECA CENTRAL U.A.N.L.

cere quin leges in suo testamento locum non habeant, *l. nemo* 55. *ff. de legat.* 1. nec privatorum cautionibus jus publicum lædi valet, *l. jus publicum, ff. de pactis, l. ult. ff. de suis, & legitimis*. Secunda, quia hæc remissio est contra bonos mores, siquidem invitat fructuarium ad delinquendum, hoc est non utendum boni viri arbitrio: quare ut juris dispositioni contraria attendi non debet, *ex l. filii* 15. *ff. de condit. & demonstr.* Tertio, quia non potest testator hæredem proprium legis Falcidiæ beneficio privare, *l. quod de bonis* 15. *§. frater, l. Sejus* 27. *ff. ad leg. Falcid.* ergo nec beneficio hujus cautionis. Contraria tamen sententia, videlicet testatorem cautionem prohibere posse, non levioribus nititur fundamentis. Primo, quia quod potest fieri lege, potest fieri testamento. *Novel.* 22. *§. disponat testator, & erit lex*; sed lege remitti potest hæc cautio, ut statim dicemus; ergo & testamento remitti valet. Secundo, quia quilibet potest jus pro se introductum remittere, *l. si judex* 41. *ff. de minor.* sed testator dominus est rerum hæreditariarum, *l. 1. §. sciendum, ff. de legat.* 3. *non solum, Instit. de leg.* ergo non potest prohibere hæredi ne cautionem exigat pro his rebus conservandis: ita docuerunt Alexan. *vol. 6. cons.* 120. *& vol. 3. cons.* 58. Franc. Vivius *commun. opin. verbo Usufructus*. In qua opinionum varietate Marc. Lyclam. *lib.* 7. *membr. eclog.* 19. & Arnoldus Vinnius *lib.* 2. *select. c.* 19. novatuntur distinctione, discrimen constituendo inter cautionem fructuariam pro ea parte, quæ circa usum boni viri arbitrio versatur, & inter eam, quæ rei restitutionem finito usufructu vertitur. Quoad primam partem affirmant, cautionem remitti non posse a testatore: quoad secundam vero clausulam remitti posse; quia remanet proprietario aliud hæredem, videlicet rei vindicatio, ad vindicandam rem finito usufructu. Noviter etiam Marcus Aurelius Gibalinus de usufructu *c.* 20. discrimen constituit inter jus exigendi hanc cautionem, & usum ipsius juris; ita ut testator non possit remittere jus exigendi cautionem, usum vero remittere possit; & supra relata utriusque sententiæ fundamenta accipit ita, ut quæ probant cautionem hanc remitti non posse, procedant respectu juris eam exigendi; quæ vero eam remitti posse evincunt, ad usum ipsius referantur. Illud vero notandum est, remisso a testatore jure exigendi cautionem, posse legatarium eam offerre, & usumfructum consequi, *l. 6. ff. ut in possessionem, l. 1. C. de usufr.* licet contrarium teneat Hunnius *ad Treutl. lib.* 2. *tr.* 2. *q.* 26. motus ex eo, quod contra legem fit, pro infecto haberi, *l. non dubium, C. de legibus*: nam in præsenti casu testator legando usumfructum non disponit contra jus, licet contra illud faciat remittendo jus exigendi cautionem: unde recte potuit constitui usufructus, oblata cautione.

11 De Personis a quibus, & quibus cavendum est.

Superest, ut de personis, a quibus, & quibus præstatur hæc cautio agamus. Et generaliter ab omnibus usufructuariis hæc cautio præstanda est, *l. si cujus* 13. *in princ. ff. de usufructu*; unde sive ususfructus sit rei mobilis, sive soli, interponi debet cautio *l. 1. §. 1. ff. usufructuarius quemadmod.* quocumque modo constituatur usufructus, sive a lege, sive a judice, sive a testamento, aut contractu, sive ipso jure, sive tuitione Prætoris, ut *in l. si ususfructus, §. illud, ff. usufructuarius quemadm.* sive a vero domino constituatur, sive ab illo, qui tantum habet dominium utile, ut superficiarius, & emphyteuta, *l. 1. ff. quibus modis usufr.* imo etsi non ususfructus, sed quid aliud sub appellatione ususfructus relinquatur, ut si habitatio, vel operæ servorum, vel animalium, aut si messis, vel vindemia in singulos annos legetur, cautio præstanda est, *leg. 4. §. ult. l. 5. ff. usufructuarius quemadmod.* Quinimo etsi non ususfructus, sed usus tantum relictus sit, cautio præstari debet, *l. 4. §. 1. l. penult. ff. usufructuarius quemadm.* Et licet legatum relictum habitationis, seu operarum per omnia usumfructum non imitetur, *l. fundi* 38. *ff. de usufr. legat. l. si habitatio, ff. de usu, & habit. l. cum antiquitatis* 13. *C. de usufr.* tamen hujusmodi legatarii uti debent boni viri arbitratu, & morte finitur tale legatum, ideoque cautio ista in illis locum habet. Omnes igitur usufructuarii regulariter cavere debent; & si plures sint fructuarii, omnes cavere tenentur: in ea autem specie cum testator Mævio legavit usumfructum, & rogavit, ut illum restitueret Sejo; Sejus tantum satisdare debet, nisi aliquo casu ususfructus redire possit ad legatarium, *l. si ususfructus* 9. *ff. usufructuarius quemadmod.* Mævius enim non videtur in re usufructuarius, cum illum debeat Sejo restituere, *l. non videtur, ff. de reg. jur.* Excipiuntur tamen ab hac generali regula, primo pater, qui usumfructum legalem habet in bonis adventitiis filii, illi enim sacris constitutionibus hujus cautionis necessitas remissa est, *l. cum oportet, §. non autem, l. fin. §. sed autem, C. de bonis maternis*; ubi ait Imperator, pro justa reverentia remitti patri hanc cautionem: Cur enim pietas, ac reverentia paterna satisdationis vicem supplebunt? Docent Donellus, & Galbanus ubi supra, Scipio Gentilis *de bonis maternis, c.* 8. Sed hæc Imperatoris constitutio difficilis redditur ex sequentibus juris principiis. Nam si pater gerat tutelam filii impuberis, tenetur satisdationem præstare, *l. si superstitem, C. de doctbus, l. licet ad l. Falcid.* Ergo similiter tenetur ratione ususfructus legalis cautionem præstare. Deinde, nam si pater administret bona filii, tenetur satisdationem præstare, rationes reddere, *l. liberi, §. patres, ff. de negotiis gestis*: ergo & utens rebus adventitiis filii tenetur rationes reddere, & per consequens satisdationem præstare. Faciunt etiam textus *in l. jubemus, §. in supradictis, C. ad Trebell. l. hac edictali, §. si illud, C. de secund. nupt.* in quorum specie pater cautionem præstat pro rebus filii; igitur & præsentem cautionem præstare cogendus est: Ratio etiam ab Imperatore adducta non levem continet difficultatem; nam æqualem reverentiam debet filius Patri, ac matri, *l. 4. ff. de curat. furios.* unde sicut ob reverentiam filius non potest absque venia in judicium vocare patrem, *l. parenti* 16. *ff. de in jus vocando*: ita nec matrem, *leg. 4. §. 1. ff. eodem*, sed mater eo casu, quo habet usumfructum bonorum filii, tenetur cautionem, præstare, *l. usu* 11. *C. de usufr. de l. hac edictali, §. his illud*: ergo & pater cautionem istam præstare teneatur. Sed adhuc defendenda est prædicta Imperatoris constitutio. Nec obstat, quod de patre tutore dicebamus; nam magnum discrimen versatur inter patrem tutorem, & fructuarium; quod in eo consistit, quia tutela tantum respicit utilitatem pupilli, at vero ususfructus continet totius rei emolumentum, plenissimamque potestatem, quam in illis rebus jus patri tribuit, *l. 1. & passim, C. de bonis maternis*. Similiter etiam *in d. l. litis, §. patri*, non agitur de satisdatione a patre præstanda, sed de rationibus reddendis. Nec recte sequitur: Cogitur pater rationes reddere: igitur & cautionem præstare. Deinde quia ibi agitur de filio emancipato, inter quem, & patrem obligatio contrahi potest, *l. 4. C. de pactis conventis*. Nec etiam obstat textus *in d. l. jubemus, l. hac edictali*, qui loquuntur in parte transeunte ad secundas nuptias, in quo adest specialis ratio, ut pater teneatur cautionem præstare, quam assignat Scipio Gentilis ubi supra. Nec obstat augmentum deductum a matre, quæ cogitur præstare hanc cautionem, nam inter utrumque parentem magna versatur differentia: pater enim non cogitur cautionem præstare, quia non spectat ad ipsum ususfructus, tamquam ad dominum ipsarum rerum, sed tanquam ad patrem virtute patriæ potestatis, *l. 6. C. de bonis, quæ lib.* quæ cum non detur in matre, *§. femina, Instit. de adopt.* imo ad ipsam ex aliis causis spectet ususfructus, ideo ipsa tenetur præstare hanc cautionem: & cum quoad titulum de in jus vocando, tantum attendatur naturalis reverentia, quæ æqualis est in patre, ac in matre, ideo mater etiam fine venia in jus vocari non potest: at in cautione præstanda, vel non respicimus patriam reverentiam conjunctam cum patria potestate, & sic pater eam non præstat, mater vero cavere cogitur: docuerunt Galbanus, & Gentilis ubi proxime; unde infertur, quod si pater aliquo casu habeat usumfructum bonorum castrensis peculii, ut *in l. pater* 15. *§. ult. ff. de castrensi pecul.* tenebitur præstare cautionem, argumento textus *in l. 2. ff. ad Maced. l. lis nulla* 4. *ff. de judiciis*. Secundo cautionem hanc præstare non tenetur fiscus *l. 1. §. si ad fiscum, ff. ut legatorum*; quia fiscus non solet satisdare, *l. 3. §. 2. ff. de carbon. edict. l. 3. §. 5. ff. si cui plus quam per legem*; cum semper præsumatur esse solvendo, *l. 2. in fine, ff. de fundo dotali*. Unde cum cautio hæc petatur ad securitatem, frustra exigitur a fisco. Etiam cautionem præstare non cogitur usufructuarius, cui in diem certum proprietas relicta est, *l. si ususfructus, §. plane, ff. de usufructu*, cum superflua videatur talis cautio, quia proprietas ad ipsum spectat: unde in casu legis *pecunia* 8. *ff. de aliment. legat.* usufructuarius non cavet, quia proprietas ad ipsum quoque spectabat. Succedunt personæ, quibus cautio hæc præstatur; & certum est, cavendum esse illi, ad quem finito usufructu res ipsa pertinebat, aut redituram fore speratur, *l. si tibi, ff. usufructuarius quemadmod.* ut si ususfructus legatus sit, proprietate pœnes hæredem remanente, illi caveatur; si autem alii proprietas legata est, illi cavendum erit; & si plures sint legatarii, omnibus pro sua parte caveri oportet: imo etsi proprietas legata sit sub conditione, & legatario propter implementum conditionis, & hæredi propter ejus defectum cavendum est, *d. l. si tibi, l. servi* 10. *ff. usufructuarius quemadmod.* Nec contrarium probant textus *in l. fin. ff. si cui plus quam per legem*: ubi cum legata esset proprietas sub conditione, legatario illi conditionali non cavetur. Nam discrimen est constituendum inter eum casum, in quo proprietas legatur sub conditione, si navis ex Asia venerit, quæ adimpleri potest durante usufructu; & inter illum, in quo conditio adjecta est, si ususfructus ad fructuarium defierit pertinere; quæ conditio adimpleri non potest, nisi finito usufructu. Unde usufructuarius illi cavere non cogitur, cum evenire non possit, ut usufructu pendente proprietas ad illum pertineat.

12 Traditur posterior regula.

Quibus ita animadversis jam apparet vera ratio præsentis decisionis; nam sicut usufructuarius uti potest re fructuaria, ita & dominus proprietatis debet esse securus de ipsa proprietate, *l. si cujus* 13. *ff. de usufructu*: & quia illius interest ad jus dominii conservandum varias habere actiones, pluraque remedia, *leg. cum filius* 76. *& §. varios, ff. de legat.* 2. inde ut plene securus sit, illi caveri debet e fructuario, stipulatione interposita, & fidejussoribus datis; præcipue quia si ita usufructuarius obstrictus non esset, facile ipse invitaretur ad delinquendum utendo perperam re fructuaria: quare ut securus sit dominus proprietatis, hujusmodi cautio præstanda est, quæ committitur cum contingit aliquid ex eo, quod comprehensum est in ipsa cautione, videlicet si usufructuarius male ipsa usus fuerit, aut si ususfructus finiatur; ita tamen, ut ex priori clausula toties quoties usufructuarius boni viri arbitrio non utatur, agi possit; ex secunda vero tantum cum finitur ususfructus. Est tamen casus, in quo etsi committatur cautio, agi tamen ex ea non potest, de quo *in l. 3. §. ultimo, ff. usufructuarius quemadmod.* ubi si proprietarius alienavit proprietatem, & postea committatur cautionis stipulatio, proprietarius, cui cautum fuit, non potest agere; quia hæc cautio favore proprietatis interponitur, & cum ipse ejus dominus non sit, pervenit jam res ad eum casum, a quo incipere non poterat, & per consequens vitiatur, *l. existimo* 98. *l. pluribus* 140. *ff. de*

ff. de verb. oblig. l. quia in eum 16. *ff. ad leg. Aquil.* non proprietarius novus, quia ipse non fuit stipulatus; & ita ex ea stipulatione agere non potest, *ex leg. quidam* 9. *§. 1. ff. de edendo, l. damni* 18. *§. sed quod, ff. de damno infecto, l. quacumque, ff. de oblig. & act.* Duobus etiam casibus etsi committatur stipulatio, ex eaque agi possit, tamen exceptione doli opposita actio eliditur, veluti si ususfructus repetitus fit, qui repeti potest, *in l. repeti* 5. *ff. quibus modis usufructus*. Mocz *observ. cap.* 9. Robertus *lib.* 1. *animadv. c.* 5. Pareja *in otio quadrimestri*, 2. *p. n.* 20. tunc enim si amittatur ususfructus, committaturque stipulatio; quia tamen repetitus est, ex ea stipulatione cum effectu agi non potest, *l.* 3. *§.* 2. *ff. usufructuarius*; vel si proprietas cœpit pertinere ad ipsum fructuarium, ut *in l.* 3. *§.* 3. *ff. eodem*, ubi explicat Ant. Faber.

12 Dissolvitur dubitandi ratio,

Nec obstant dubitandi rationes supra adductæ. Non prima; nam præsens cautio nullo modo superflua est, siquidem interest proprietarii plures habere actiones ad conservandum jus proprium, præsertim cum vindicatio exigat probationem dominii, quæ perdifficilis plerumque est, *§. commodum, Instit. de interdict. l. ii, qui destinavit* 24. *ff. de rei vind.* & actione personali, quæ ex hujusmodi cautione nascitur, tantum quæritur, an stipulatio interposita, commissaque sit, ut detur actio in rem principalem; ejusque fidejussorem, *l. quicquid* 99. *l. qui Roma* 122. *ff. de verb. oblig.* unde nullo modo supervacua est præsens cautio. Nec obstat primum difficultatis augmentum; nam ut voluntas testatoris conservetur, non solum, qui pure debent, verum & qui sub conditione cautionem præstare coguntur, *l. 1. l. etiam* 15. *ff. ut legatorum nomine*; unde licet usufructuarius teneatur tantum restituere finito usufructu, recte potuit cogi cavere in casum restitutionis, finitu usufructu. Nec obstat secunda difficultas; nam stipulatio præsens non concipitur post mortem promissoris, sed casus illos diversos continet de re bene utendo, & restituendo, quod supereset finito usufructu. Et licet ususfructus præcipue morte finiatur; tamen nec eo casu incipit obligatio ab hærede, quæ non cæperat a defuncto; nam defunctus cum alienis rebus, tenebatur eas restituere, saltem eo tempore, quo jam illis uti non poterat, veluti in ultimo vitæ spiritu: unde eas restituet hæres tanquam alienus, & in quibus defunctus dominium non obtinebat. Nec obstat ultimum augmentum difficultatis, nam aliud est stipulari rem meam mihi dari, aliud rem propriam restitui. Primo casu stipulatio nulla est, quia quod meum est, amplius fieri non potest meum, *l. in bello*, 12. *§. si quis servum, ff. de captivis, §. sic itaque, Instit. de act.* Secundo vero casu, quod meum est, utiliter stipulor, quia id restitui potest, *l. officium* 9. *l. qui restituere* 68. *ff. de rei vind.* quo modo concipitur stipulatio in præsenti specie, videlicet de restituendo, quod supererit finito usufructu, exponit Faber *in l. 1. §. fin. ff. usufructuarius quemadm.*

13 Exponitur l. 24. de usufr. legat. l. 44. §. 2. ff. de solut.

Supra traditis, cum hæc cautio publice disputanda proponitur, varia juris testimonia opponi solent, ex quibus selectiora opponere, exponereque decrevi. Et primo opponi solet textus *in l. uxori* 24. *ff. de usufructu legat.* ibi: *Super his non cavebitur*. In quibus cum agatur de usufructu legato sortis principalis, docetur usufructuarium non teneri cautionem præstare: igitur quia præsens cautio necessario non desideratur. Pro cujus textus expositione dicendum est, usufructuarium teneri cavere de his rebus, quas finito usufructu restituturus est: non vero de his, quas statim lucratur: unde cum in eo textu agatur de usuris, quæ sunt fructus sortis, *l.* 3. *ff. de usufr. ear. rer. l. usura, ff. de usuris*; & eas jam hæres debuisset propter moram commissam in solutione legati, non tenetur usufructuarium de eis cautionem præstare, quia illas statim suas facit, nec finito usufructu restituere tenetur. Secundo opponi solet text. *in l. in numerationibus* 44. *vers. Item si, ff. de sol.* ubi asseritur, hæredem tradendo usumfructum, se liberare, & usumfructuarium simul sibi obligare; & nulla fit mentio cautionis præstitæ a fructuario. Igitur eriam nulla cautione præstita fructuarius obligatur hæredi, idest domino proprietatis. Cui difficultati respondendum est, supponendo in eo textu cautionem intercessisse, & ita uno actu hæres tradendo usumfructum liberatur, & simul virtute cautionis legatarius usumfructum accipiendo obligatur.

14 Exponitur l. hac edictali, c. his illud, C. de secund. nupt.

Tertio opponi solet text. *in l. hac edictali, §. 1. C. de sec. nupt.* ubi Imperatores Leo, & Anthemius cum pœnas in matres secundo nubentes statuerunt, inter alia sanxerunt, ut res sibi donatæ ante, vel propter nuptias a primo marito, quoad proprietatem reserventur filiis prioris matrimonii: quod etiam cavetur *in l. femine* 3. *C. eod. titul. Novella* 22. *de nupt. §. si petet*; earum vero ususfructus ad matrem spectet, ita ut non præstet cautionem, cum res immobiles non ita facile evertantur, & bona ipsius pro earum restitutione tacite obligata sint, *§. omnibus*, ejusdem legis. Inter immobilia enumerant Imperatores mancipia, idest servos illos, qui agris, & glebæ adscripti sunt, ut moveri non possint, & ut membra prædiorum judicantur; & ideo inter immobilia recensentur, *l. longe, ff. de diverf. & tem. pert. l.* 4. *§. in servis, ff. de censibus*. Enumerant etiam annonas civiles, id est panes illos, qui olim Romæ, & Constantinopoli pauperibus distribuebantur certo tempore: & quia in gradibus dabantur, panes gradales dicebantur, de quibus extat titulus 17. *lib.* 15. *C. Theodos. de annonis civicis, & pane gradali*: de eis Prudentius contra Symmachum agit ibi:

Et quo panis alit gradibus dispensus ab altis.

Eos civiles vocat Justinianus *in l. cum quidam* 31. *§. præterea C. de jure delib.* annonas civiles *in authent. de non alienandis, §. hac ergo*. Illustrant Alciatus *lib.* 8. *parerg. c.* 5. Lipsius *l.* 1. *relect. c.* 8. Cujac. *in d. l. hac edictali*, Cironius *ad tit. de prebend.* Plura Jacob. Gothofredus *in tit. C. Theodos. de annonis civicis*: & de pane gradali agit Petravius *in notis ad epistolam* 4. *Themistii*, Cujacius *l.* 26. *observ. c.* 17. Salmasius *in notis ad Flavium Vopisc. in Aurel.* Buleng. *lib.* 6. *de Impor. c.* 14. *&* 15. Pancirola *lib.* 2. *var. c.* 209. Schol. Juven. Satyr. Lipsius 1. *relect. c.* 8. Gutherus *lib.* 2. *offic. c.* 11. Juret. *ad Prud. lib.* 1. *contra Symm. c.* 108. Tales autem annonæ certis domibus assignabantur, unde recte inter immobilia recensentur. Prosequuntur Imperatores circa res mobiles, & ajunt, quod si res mobiles sint donatæ, vendantur, seu æstimentur per arbitros a partibus electos, & ususfructus matri tradatur, ita ut cautionem fidejussoriam præstet; & si eam præstare noluerit, filii eas res detineant, & cautionem præstent matri de reddendis usuris trientibus integræ æstimationis; si autem neutra pars præstet cautionem, res ipsæ mobiles remaneant penes matrem. Ex qua ultima parte deducitur, res remanere quoad usumfructum penes matrem, si cautionem præstare noluerit: ergo non cogitur præcise fructuarius cautionem proprietario præstare. Cui difficultati satisfaciendum est dicendo, in eo ultimo casu, cum nec filii cautionem præstant, bona illa mobilia remanere penes matrem, non jure ususfructus, sed eo jure, quo antea habebat, videlicet donationis propter nuptias, quare tunc nulla cautio fructuaria præstatur. Prosequitur latius ipsius textus interpretationem Gentil. *de bonis mater. c.* 12.

15 Explicatur l. 1. §. si decem ff. ut legator.

Quarto opponi solet text. *in l. 1. §. si decem* 17. *ff. ut legatorum*, ubi proponitur, Titio legata fuisse decem, quæ in arca testator habebat, *ut in l. si servus* 108. *§. quisquis, ff. de legat.* 1. Sempronioque ejusdem quantitatis usumfructum: quæsitum fuit, quomodo ambo pervenire debeant ad legatum? Et respondet Ulpianus, quod si pure utrumque legatum relictum est, Titium decem vindicaturum, Sempronium vero oblata cautione usumfructum quinque habiturum; quia cum alicui legatur fundus, & alii ipsius fundi ususfructus, ambo perveniunt ita ad legatum, ut scindatur inter eos ususfructus, *l. si Titio, l. si alii, ff. de usufructu legat.* docet Chamacero *select. disput.* 7. *n.* 7. sic in præsenti specie Titius propter proprietatem habet similiter partem legati ususfructus; & si Titius integra decem vindicaverit, repelletur exceptione doli, quia fructuarius de restituendis quinque finito usufructu hæredi cavere debet: sed si Titius decem jam sit assecutus, hæres, & fructuarius utilem actionem contra ipsum habent ad quinque; sed si sub conditione (prosequitur Ulpianus) relicta legata sint, fructuarium oblata cautione usumfructum habiturum, Titium vero posse petere cautionem ex titulo, *ut legatorum*; sed si extiterit conditio, adhuc non oblata cautione posse Titium ad exibendum agere; & si ignorans hæres fructuario decem tradiderit, ipsum ad exhibendum non teneri, quia nec possidet, nec dolo desiit possidere, *l. si hæres* 63. *ff. de legat.* 2. succurrendum tamen esse legatario. Ex qua diffusa specie constat, fructuarium non teneri cautionem præstare, nec legatario proprietatis, nec hæredi. Non legatario, ex illis verbis: *De restituendis quinque hæredi cavit*. Non hæredi, ex illis verbis: *Succurrendum legatario*. Igitur verum non est, fructuarium teneri cautionem præstare proprietario de utendo boni viri arbitrio, & restituendo finito usufructu quod supererit. Cui difficultati respondendum est, in primo casu tantum, de quinque cautionem præstari hæredi, quia adhuc legatarius proprietatem non fuerat assecutus: secundo casu succurritur tantum legatario, quia tempore, quo hæres tradidit decem fructuario, exigit cautionem ab eo; unde eo casu tantum succurritur legatario, tam ad repetendam cautionem, quam partem ipsius quantitatis; & ita in eo textu cautio præstatur utroque casu illi, cui de jure juxta supra adducta præstanda est.

16 Adducitur l. 9. §. Marcellus ff. ad exhib.

Quinto objici solet textus *in l. Julianus* 9. *§. Marcellus, ff. ad exhibend.* ubi proponitur, usumfructum nummorum, aut numismatum ,, nam numismata etiam nummorum appellatione comprehenduntur, *l. si autem* 27. *ff. de auro, & argento*, docet Antonius Augustinus *de numism. dial.* 1. ,, fuisse relictum, hæredemque ignorantem usumfructum tradidisse fine ulla cautione: & cum quæreretur, quomodo legatario proprietatis succurrendum esset? Respondet Consultus legatario dandam esse actionem in factum. Ex quo textu ita arguitur. Si cautio esset præstanda a fructuario domino proprietatis, ipse posset eam condicere, cum assequamur per condictionem incerti, quod nobis debetur, *l.* 5. *§.* 1. *ff. de usufruct. l.* 4. *§. si pars, ff. de condict. indeb.* Ergo condictio, non actio in factum danda erat. Accedit, nam in eadem specie condictio datur *in l.* 7. *ff. usufructus quemadmod. l. pacto* 69. *§. fratre, ff. de legat.* 2. Pro cujus difficultatis solutione, illorumque jurium conciliatione discrimen est constituendum inter eum casum, in quo qui ignorans tradidit usumfructum, proprietarius erat; & inter eum, in quo qui tradidit, dominus non erat, quia ad alium proprietas spectabat. Primo casu proprietario ignoranti condictio competit, quia illi cavendum erat a fructuario: secundo casu illi, ad quem perventura est proprietas, datur actio in factum utilis, ad similitudinem actionis directæ, de qua late agit Merillus *lib.* 1. *variant. ex Cujacio, c.* 30. Unde *in d. l. Julianus, §. Marcellus*, legatario qui proprietarius non erat, tempore constitutionis ususfructus actio in factum datur; at vero *in d. l.* 7. hæredi, quia erat dominus proprietatis, condictio competit. Qua distinctione etiam exponendus est textus *in l. partis* 10. *ff. de præsc. verb.* ubi similiter actio in factum datur illi, qui dominus proprietatis non erat, nec ab eo ususfructus constitutus fuerat: quem textum late exponit Oroz *lib.* 1. *de apicib. juris, c.* 2. *per totum*.

BIBLIOTECA CENTRAL U.A.N.L.

17 Exponitur l. si homo 35. ff. de usucap.

Sexto opponi solet textus *in l. si homo 35. ff. de usucap.* ubi cum servi ususfructus legatus esset, & nondum traditus, seu constituto usufructu, servus surreptus esset, quæsitum fuit, an ipse efficeretur furtivus, & quis actione furti agere possit? Et respondit Julianus, quod cum adhuc servus traditus non esset fructuario, nec cautio præstita, ipsum tantum furti agere posse, non hæredem; si vero jam traditus fuerat, & cautio interposita, hæredem etiam furti agere valere. Quem textum ita adversus supra tradita expendo. En textum, ubi hæredi datur actio furti eo casu, quo constitutus, & traditus erat ususfructus: igitur quia aliam actionem propriam non habebat, & per consequens cautio interposita non erat, unde securus esset, alioquin illi non daretur furti actio, cum illius nihil interesset, quia alias securus erat: igitur quia cautio non præstatur a fructuario; & si præstatur, parum operatur. Pro cujus textus expositione, omissa alia ejus difficultate, quomodo videlicet in primo casu detur actio furti fructuario absque interventione possessionis, quam docte Pinellus *l. 2. select. c. 9.* Chumacero *select. disp. 4. n. 12.* Amaya *l. 2. obs. c. 7. ex n. 32.* D. Josephus de Retes *l. 7. epist. de substantia furti, n. 31.* exponunt, ut prædictæ difficultati satisfaciamus, dicendum est, hæredem habentem actionem ex cautione, habere etiam actionem furti; quia similes actiones diversis casibus competunt: actio videlicet ex cautione, quando stipulatio commissa est; furti vero actio, quando res surrepta fuit: quo casu stipulatio non committitur, & ideo non competit actio ex tali cautione: siquidem fructuarius non tenetur præstare nisi custodiam arbitrio boni viri, *l. 12. §. Julianus, ff. de usufr.* Unde dicendum est, in secundo casu ipsius textus jam cautionem fuisse præstitam, & nihilominus hæredem furti agere posse; quia eo casu stipulatio non committebatur, & per consequens actio ex cautione illi non competebat.

18 Explicantur l. cum itaque §. ult. ff. quando dies legat. l. inter, ff. de damno infecto.

Septimo supra traditis opponi solet textus *in l. cum ita 16. §. ult. ff. quando dies legati*, ubi supponitur, usumfructum posse pertinere ad hæreditatem jacentem, cum hæreditas cautionem præstare non possit: igitur quia necessario non exigitur, ut usufructuarius cautionem præstet proprietario: siquidem absque ea recte constituitur ususfructus. Cui difficultati respondendum est, negando usumfructum per personam servi posse pervenire ad hæreditatem jacentem; quia cum exigat personam, quæ utatur, fruaturque, *leg. hæreditas 61. ff. de acquiren. rer. dominio, l. ususfructus 16. ff. de stipul. server.* eamque hæreditas non habeat, *l. hæreditas, ff. de petit. hæredit.* Valentia *tom. 3. illustrium, tr. 3. q. 2.* ideo hæreditati jacenti acquiri ususfructus nequit. Nec contrarium probatur *in d. §. ult.* nam illa verba, *ad hæreditatem*, accipienda sunt, idest, ad hæredem, *ut in l. quæsitum 91. §. 6. ff. de legatis 1.* ut docuit Cujacius *lib. 35. ff. Juliani, in d. §. 6. & lib. 25. observ. c. 40.* Opponi solet *text. in l. inter fructuarium, ff. de damno infecto*, ubi docetur, virtute cautionis non teneri fructuarium reficere domum, quod spectat ad usum boni viri arbitrio. Igitur quia virtute cautionis non tenetur fructuarius uti juxta boni viri arbitrium. Cui difficultati respondendum est discrimen constituendo inter eum casum, in quo domus ruinam patitur ob vitium soli, quæ non potest vitari nisi destructa domo, quo casu fructuarius non tenetur domum reficere: aut vitium est ædium, & tunc reficere tenetur fructuarius, & nisi reficiat, committitur stipulatio ex prima clausula cautionis. Differentiæ ratio in eo consistit, quia primo casu diruta domo, rei mutatione finitur ususfructus, & ita fructuarius non tenetur domum diruere, & reficere: secundo vero casu, cum res non mutetur, imo ad utendum ea refectio desideretur, tenetur fructuarius eam reficere; & nisi reficiat, domusque diruatur, quia stipulatio committetur, & per eam satis prospectum est proprietario, non potest ipse a fructuario petere novam cautionem damni infecti nomine.

TITULUS XXII.

De Fidejussoribus.

CAPUT PRIMUM.

Ex Concilio a Cantuariensi.

C Lericus fidejussionibus inserviens *b* abjiciatur.

NOTÆ.

1 a (*Cantuariensi.*) Ita legitur in hac sexta collectione & in prima, *sub hoc t. c. 3.* & apud Burchardum *l. 3. Decreti, c. 70.* Ivonem Carnotensem *p. 6. Decreti, c. 260.* legitur *Carthaginensi*: sed certe in nullo ex Conciliis Carthag. reperiuntur hæc verba; extant tamen *in can. 20. Apostolorum*, & apud D. Clementem eorum auctorem, *c. 16.* & ipse Sanctus *ep. 1.* relata a Gratiano *in c. te quidem 11. q. 3.* ita scribit: „ Te quidem „ oportet irreprehensibiliter vivere, & summo studio niti, ut „ omnes vitæ hujus occupationes abjicias, ne fidejussor existas; „ ne advocatus litium fias, neve in ulla aliqua occupatione prius „ inveniaris mundialis negotii perplexus. „ Unde colligitur, præsentem prohibitionem jam a temporibus Apostolorum cœpisse.

b (*Abjiciatur.*) Ita etiam legitur *in d. c. 3. in 1. collect. & in can. 20. Apostolorum*, legitur *deponatur*.

COMMENTARIUM.

2 Conclusio traditur, & probatur.

EX hoc textu sequens communiter deducitur assertio: *Clericus fidejussionibus inserviens deponitur*. Consonant textus *in d. can. 20. Apostolorum*. D. Clemens *d. c. 16.* Egbertus Archiepiscopus Eboracensis *in exceptis, can. 17.* ibi: *Ut nulli sacerdotum liceat fidejussorem esse*. Justinianus *in Novel. 123. c. 6.* Leo *Novel. 86.* Ex jure nostro Regio *in l. 45. tit. 6. partit. 1.* Illustrant ultra congesta in præsenti a Barbosa, & Garanna, & *in l. curiales 30. C. locati*, Diana *par. 11. tr. 4. resol. 81.* Grassis *de effectib. clericatus, effectu 44. & 51.* Rodriguez *de annuis redd. lib. 2. c. 12.* Hunnius *in encyclop. 7. p. tit. 5.* Fornerius *ad Cassiodorum l. 4. variar. epist. 44.* Cironius *in c. exhibita, de arbitr. in 5. compilat.* Balsamon *in d. can. 20. Apostolorum, & in nomocan. tit. 9. c. 74.* Petrus Gregorius *lib. 2. partit. tit. 9. c. 8.* Borellus *tom. 3. decis. tit. 12. n. 51.* Velascus *de privil. pauper. tom. 3. q. 8. n. 284.* Martha *de jurisdict. 4. part. cont. 1. c. 105.* Coriolan. *in d. can. 20. Apostolorum*, Antonius Augustinus *in notis ad hunc textum, in 1. collect.* Herinqius *de fideiuss. c. 7. n. 265.* Pirrhus Maurus *eod. tract. 2. p. sect. 8. cap. 12.* Thomas Delbene *de parlam. cap. 1. dubit. 21.* Turrianus *pro canon. Apost. lib. 1. c. 12. per tot.*

3 Traditur ratio decidendi.

Sed hæc assertio difficilis redditur sequenti consideratione; nam fidejussio non solum est actus honestus, & necessarius ad usum commerciorum, sed etiam pro fratre egente actus pius: unde D. Paulus propria lyographa fidejussit apud Philemonem pro Onesimo: & *c. 29. Ecclesiastici* legitur: „ Vir bo„ nus fidejubet pro proximo suo, & homo imprudens patitur „ fidejussorem excuti, & luere, *Et statim*: Gratiam fidejusso„ ris ne obliviscaris, dedit enim pro te animam suam: „ idest, bona. Imo, & jure naturali teneri quemlibet pro proximo suo fidejubere, alias peccare, docuerunt Archidiaconus *in c. sicut 11. q. 1.* Aviles *in c. 23. Prætorum*: & quia fidejussio per se est actus virtutis, & charitatis, non valere juramentum præstitum de non fidejubendo, defendunt Abbas *in c. si vero, n. 5. de jurejur.* Sfortia *de in integr. restit. 1. part. c. 54. art. 2. n. 4.* Rodriguez *d. c. 12. n. 6.* Igitur clericus adimplens præceptum charitatis fidejubendo pro proximo egente, non ideo debet deponi. Augetur difficultas ex eo, nam clericum fidejubentem ex fidejussione, ut pote actu non improbato, efficaciter obligari constat *ex c. 2. & 3. hoc tit. c. pervenit, de arbitr.* & non solum pro aliis fidejubere, verum & seipsos in vadem dare posse liquet *ex c. exhibita, de arbitris, & ex rescripto, de jurejur.* Igitur non recte in præsenti docetur, clericum fidejubentem deponendum esse.

4 Traditur ratio decidendi.

Qua difficultate oppressi juris Interpretes varia adduxerunt huic canoni interpretationes, & Cenedus *collect. 163. n. 1.* fuetetur adhuc veram interpretationem a Doctoribus non esse scriptam, Zonaras, & Aristenus Græci Interpretes canonum Apostolorum, ita dictum canonem 20. accipiunt, ut clericis quidem non liceat pro publicanis, vel vectigalium redemptoribus fidejubere; pro aliis vero non prohibeantur, maxime si pietatis ratio urgeat. Quæ interpretatio adstrui videtur ex novella 128. *c. 6. & lib. 6. c. Caroli, c. 122.* quibus in locis dum prohibetur, ne clericis publicarum functionum exactores constituantur, aut vectigalia, vel privatas possessiones conducant, & in his fidem suam pro aliis obstringant, supponi videtur, in aliis negotiis recte fidejussores intercedere posse: sed cum generalis sit præsens prohibitio, indistincte vetans sub depositionis pœna clericos fidejussionibus inservire, non est ratio, quare ad fidejussiones pro publicanis tantum facta restringatur. Quare alii, quos refert Balsamon, Græcus etiam canonum Apostolorum Scholiastes, *in d. can. 20.* existimant in præsenti non prohiberi clericis pro aliis fidejubere, sed alios pro seipsis fidejussores dare, cum clericus in judicio conventus tantum alium clericum fidejussorem dare possit, ut refertur *in Nomocan. Photii, tit. 1. c. 1.* & statuitur *in l. omnes, C. de Episc. & clericis.* Verba Photii sunt: „ Episcopi clerici, & monachi a regione in regionem non protrahuntur, sed apud provinciarum Præsides conveniuntur; sin autem Constantinopoli inveniuntur, apud solos Præfectos Prætorio conveniuntur; ubi etiam ejus honor habetur, & advocatos accipiunt. Quod si in provinciis de rebus privatis conveniantur, solos œconomos, vel Ecclesiæ defensores dant fidejussores: sin autem apud Præfectos Prætorio pecuniarie conveniantur, vel pro se invicem fidejubent, vel sub hypotheca præbent cautionem. „ Notavit Pancirola *l. 2. variar. cap. 170.* Sed hæc interpretatio litteræ textus non convenit, nec dicto *canon. 20.* Apostolorum, ubi ita aperte statuitur: Clericus fidejubens deponatur. Quare his solutionibus omissis, & aliis relatis a Barbola in præsenti, Morla *in empor. tit. 8. q. 25. n. 34.* Guttierez *de juram. c. 7.* Heringio *de fidejuss. cap. 7. n. 265.* Pirrho Mauro *eodem tract. 2. part. sect. c. 12.* verius dicendum est, in præsenti non prohiberi absolute clericis fidejubere pro egenis, & oppressis, ceterisque miserabilibus personis, pro quibus fidejubere possunt, ut probat Velascus ubi supra, sed tantum ne assidua fidejussione negotiis sæcularibus se immisceant, & litibus implicentur, quæ hujusmodi fidejussionibus oriri solent. Accedit frequens juramentum, quo fidejussores adstringuntur; ideo monet Salomon *cap. 20. Proverb. Noli esse cum his, qui defigunt manus suas, & qui vades se offerunt pro debitis*. Quod refertur *in c. 2. hoc tit. in 1. collect.* Dixit Salomon *defigere manus*, pro devovere, sicut Plin. *l. 14. c. 2. Defigi dira deprecationibus*, dixit: quod proprium est sortilegorum. Virg.

Io! celebriacis animam defigere votis.

Similes defixiones frequenter perjuria pariunt, quæ ab omnibus, sed maxime a clericis vitari debent, *c. querelam, de jurejur.* Unde D. Hieronymus *in c. 1. hoc t. in 1. collect.* non dixit fidejussores manus suas defigere, sed animas. Alia de fidejussionum incommodis congessit Vvisembachius *disp. 14. n. 13.* Ergo non in præsenti textu, & *in d. can. 20. Apostolorum*, prohibetur clericis indistincte fidejubere, sed tantum lucri gratia, & negotiationis causa fidejussionibus inservire, quod satis denotat verbum *inserviens*, quod frequentiam significat in Græco exemplari, & *in d. can. 20.* legitur *fidejussionibus deditus*. Docuerunt Coriolanus, & Balsamon *in d. can. 20.* Cironius *ad hunc titulum*, Cujacius *in l. curiales 30. Cod. locati*. Unde liquet, male accepisse prædictum canonem Apostolicum Harmenopolum *in promptuario, lib. 3. tit. 6. §. de mulieres, versicul. Nec clericus*, dum indistincte scribit clericum comparari feminæ in hoc, ut fidejubere non possit. Unde infertur, quod licet honeste pecunia a fidejussore pro fidejussione recipiatur, *l. si remunerandi, §. fin. ff. mandati, l. hoc jure 19. §. Labeo, ff. de donat.* Covar. *lib. 3. var. c. 2. n. 6.* Leo Pinel. *in c. significante, n. 9. de pignor.* tamen clericus nihil recipere valet, quia tunc finis talis fidejussionis non esset actus charitatis, cujus ratione clericus tantum fidejubere valet.

5 Dissolvitur satyro dubitandi.

Nec obstat dubitandi ratio supra expensa: nam discrimen est constituendum inter eum casum, in quo clericus pro egena, & miserabili persona fidejubet: & inter eum, in quo lucro inhærendo assidue fidejussionibus implicatur. Primo casu non solum potest, imo tenetur fidejubere, cum id opus pietatis & charitatis sit, quam præcipue clerici exercere tenentur, juxta textum *in c. viventes 12. q. 2. capitul. quoniam quicquid 16. q. 1. c. quiescamus, 42. dist.* Secundo vero casu nullo modo licet clericis fidejubere, cum per assiduam fidejussionem negotiationibus immisceantur sæcularibus, & implicentur diversis litibus. Quare sapiens Rex sæpe sæpius improbavit hujusmodi assiduas fidejussiones, *c. 6. Proverb. Fili, si spoponderis pro amico, defixisti animam tuam*. Fatit Proverbiorum *cap. 11.* ibi: *Affligetur malo, qui fidem facit pro extraneo*. Et *cap. 17.* juxta vulgatam editionem: „ Qui stipulatur manu, & pro proxi„ mo fidejussor spondet, imprudens est. Et *cap. 20.* Tolle „ vestimentum ejus, qui fidejussor extitit alienis, & pro ex„ traneis aufer pignus ab eo. „ Eamdem sententiam repetit *c. 22. & 27.* unde emanavit Thaletis Milesii præceptum, *Ne spondeas*: & in veteri proverbio: *Sponsioni noxa præsto est*. Scriptumque veteres memorant in templo Apollinis, comitem æris alieni, & sponsionis esse miseriam, quia paria esse videntur spondere, & solvere. Inde si fidejussorem tibi destinasti, mandasse ei videris, ut tuo nomine solvat, *l. indebitato, ff. de condict. indeb.* Et si præcepit testator hæredi, ut pro aliquo fidejubeat, obtemperavitque hæres, & compulsus solvit solutum non repetit, *l. tribus, ff. de usufr. earum rer.* & a marito assidue fidejubente, posse mulierem constante matrimonio dotem repetere, quasi eo ad inopiam vergente, resolvunt Mancinus *l. 2. de triplici juris collat. c. 194.* Caldas Pereira *cons. 1.* Ut ergo similibus curis, & negotiis sæcularibus clerici non implicentur, recte illis prohibetur fidejussionibus inservire, alias abjiciuntur, id est deponuntur, *ex d. can. 20. Apostolorum*; nisi malis abjectionem hanc accipere pro privatione privilegii fori, ex traditis *in c. fin. de vita, & honest. cleric.* Nec obstat augmentum difficultatis deductum *ex c. 2. & 3. hoc tit.* pro cujus solutione examinandum est, an fidejussio ipsa assidua, quæ in clericis improbatur, ab eis interposita valida sit? clericum ex ea efficaciter non teneri, docuit Hunnius *ad Treutl. vol. ult. disp. 28. thesi 2. q. 12.* ex sequentibus. Primo, quia cum actus contra juris prohibitionem celebratus, pro infecto habeatur, *l. juris 7. §. 16. ff. de pactis, l. civitatibus 112. §. fin. ff. de legat. 1. l. non dubium, C. de legib.* & talis fidejussio sit a sacris canonibus improbata, nullius momenti erit. Secundo, quia Imperator Justinianus *in Novel. 123. c. 6.* fanxit judicem approbantem clerici fidejussionem, pœnam incurrere: unde deducit Elfricus Hunnius, Justinianum omnino improbasse clericorum fidejussionem, ita ut non solum eam ab initio fieri prohibeat, sed factam etiam improbet; & ea opinione retenta accipit sic textum *in d. c. 2. hoc tit.* eo casu, quo clericus pro alio clerico fidejussit; non vero pro laico; quia ut supra dixi, clerici pro se invicem licite fidejubent: quæ fidejussio vicaria dicitur *in l. cum clericis, §. 1. l. omnes, §. preterea, C. de Episc. & cleric.* Etiam *in c. 3. hoc tit.* contendit, non agi de fidejussore clerico, sed de laico; & ita nihil interesse, quod fidejussio ibi approbetur. Verum contrariam sententiam, quam ut veriorem amplectimur, tenuerunt Gregor. Lopez per textum ibi, *in l. 45. tit. 6. part. 1.* Guttierez *l. 1. de juram. c. 72.* Gedeus *de contrahend. stipul. c. 7. n. 306.* ex Theologis Molina *de justitia disp. 540.* Lugo *eod. tr. tom. 2. disput. 32. sect. 1. §. 2. n. 10.* Dicastillo *eod. tr. lib. 2. tr. 16. disp. 1. dub. 2. n. 29.* Diana *p. 11. tr. 4. res. 31.* pro qua opinione faciunt, primo, textus disertus *in l. 6. tit. 13. l. 3. fori*, ibi: *Pero si ellos* (clerici) *entraren en algunas de estas fiadurias, quales son defendidas, valdra la fiadura*. Ubi Montalvus. Secundo principium illud vulgo receptum, quod multa in jure fieri vetantur, quæ tamen facta tenent, *l. patre furiosa, ff. de bis, qui sunt sui, vel alieni juris, l. si fundum, ff. de fundo dotali, l. fin. ff. unde liberi*. Quod procedit in omnibus legibus imperfectis, idest omnibus illis, quæ actum prohibent, non vero irritant, quas imperfectas dixit Ulpianus *in fragment. tit. 1.* Unde licet fidejussio assidua in clericis utroque jure improbetur, & illi pœna depositionis imponatur; tamen quia nullo juris civilis, aut canonici testimonio improbatur, si semel interponatur, subsistit, & efficax est. Coram quo tamen judice sit conveniendus clericus, qui pro laico in causa temporali fideiussit, late examinat Martha *de jurisdict. c. 4. centur. 2. casu 105.*

CAPUT II.

Lucius III. a *Heliensi Episcopo, & Archidiacono Norwicen.*

PErvenit ad nos ex transmissa nobis conquestione R. clerici de S. Albano, quod cum ipse pro Helia, & Philippo clericis Lundon. ad eorum instantiam, pro altero, Helia videlicet in 6. & pro altero in 7. marchis argenti mercatoribus Bon. fidejussit, & eis, sicut unus fide, & alter *b* juramento promiserant, „ præscriptam pecuniam non *c* solventibus, coactus est creditoribus pro ipsis pecuniam, sicut inter eos convenerat, exhibere. Ne igitur supradictus R. dispendium patiatur, unde videtur præmium meruisse, vener. fr. nostro *d* Bonon. Episcopo dedimus in mandatis, ut super debitis illis instrumenta, quæ sunt apud creditores, inspiciat, & eorum rescripta suo *e* sigillo signata vobis mittere non postponat. Mandamus itaque discretioni vestræ, atque præcipimus, quatenus si ex confessione prædictorum clericorum, vel alias legitime vobis rem ita se habere constiterit, prædictos clericos moneatis, ut procuratori memorati R. pecuniam, quam pro eis solvit, dil. & ap. cess. restituant, ipsumque servent indemnem; si vero ad vestram justionem non egerint, vos auctoritate Apostolica freti, de eorum redditibus præscripta debita faciatis ap. remota m. R. solvi, & *f* damna, quæ idem R. propter hoc pertulerit, resarciri, aut procuratori ejus prædictos redditus assignetis, tamdiu sine molestia detinendos, donec ipsa damna resarcita fuerint, & debita sine diminutione soluta. Præfatos vero clericos, si *g* religionem fidei, & juramenti sui eos violasse constiterit, sub. ap. ob. officio, & beneficio *h* suspendatis. *i* Ceterum, quia novis morbis nova convenit antidota præparari: volumus & mandamus ut ad veritatem eliciendam ap. rem. præstari faciatis ab utraque parte calumniæ juramentum.

NOTÆ.

1 a (*Heliensis.*) Ita etiam legitur in prima collectione, *sub hoc tit. cap. 4. & in c. cæterum, de juram. calumn.* ubi extat posterior pars hujus textus, De Ecclesiis Heliensi, & Norwicensi nonnulla notavi *in cap. pastoralis, cap. si autem 9. de rescript.*

b (*Fide, ac juramento.*) Plerumque æquantur juramentum, & fides interposita, *cap. ad aures, de his, quæ vi*. Cicero pro Roscio Comœdo: *Quæ pœna a Diis immortalibus perjuro, hac eadem mendacio constituta est. Non enim ex pactione verborum, quibus jusjurandum comprehenditur; sed ex perfidia, & malitia, per quam insidiæ tenduntur alicui, Dii immortales hominibus irasci, & succensere consueverunt*. Et de Esdenis refert Josephus, quod quicquid dixerant, validius erat jurejurando, ac supervacuum apud ipsos jurare. Illustrat Grotius *de jure belli lib. 2. cap. 12. in fine*; fides enim ideo appellatur, quia fiat, quod dictum est. Cicero *lib. 4. de rep.* ibi: *Fundamentum justitiæ est fides, idest dictorum, conditorumque constantia, & veritas. Ex quo quamquam hoc videatur fortasse cuipiam durius, tamen ut videamur imitari Stoicos, qui studiose exquirunt, unde verba sint ducta, credamus quod sit, quod dictum est, appellatam fidem*. Jo. Sarisbar. *lib. 3. Policr. cap. 6. & 11.* Illustrant Philippus Camerarius *in oper. succis. cent. 1. cap. 77.* Connanus *lib. 1. comment. c. 6.* Cabreros *de metu lib. 2. c. 6.* qui plura de hac fide humana, & quomodo per dextram manum apud veteres præstaretur, congerit *ex num. 4. usque ad 15.*

BIBLIOTECA CENTRAL UANL