

- 20 Tertium argumentum contra Communem expenditur, consuetudineque, & urbanas, & rusticas servitutes precario concedi posse.
- 21 Hugonis Donelli fortissimum argumentum contra communem distinctionem adductum.
- 22 Jacobi Cujacii opinio relata, juxta quam communis differentia urbanae, & rusticae servitutis defendi potest, & n. seqq.
- 23 Pignus inutile est, quod alteri vendi non potest.
- 24 Censur utrum in servitutibus constitui possit?
- 25 Cujacii sententiam, qui tueri velit, & communem distinctionem probare, qualiter respondere possit ad nonnulla, quae in contrarium excipiuntur.
- 26 Cujacii opinio convicta.
- 27 Servitius tam rustica, quam urbana sui naturam perpetuitatem desiderat.
- 28 Pignori ea dare possumus, quae in bonis nostris sunt.
- 29 Connani resolutio, sive concordia in hac materia, noviter relata, & confutata per Auborem.
- 30 Servitutes etiam rusticas oppignorari non posse, sed earum commoditatem duntaxat, ex sententia quorundam, quae improbat.
- 31 Ripae, & aliorum traditio circa alienationem usufructus rejecta.
- 32 Neotericorum distinctio in superiori dubio recipitur, multum interesse, utrum de servitute constituta jam agatur, an de servitute constituenda: & ipsorum interpretatio ad l. si is qui, 11. §. jura praediorum, cum l. sed an via, 12. ff. de pignori. approbatur.
- 33 Recentiorum interpretationem ad praesata jura, de mente Bartoli fuisse.
- 34 Contra superiorem resolutionem duplex argumentum propositum.
- 35 Et utriusque satisfactum.
- 36 Inter usufructum, & servitutes urbanas, ac rusticas, vera differentia ratio proposita.
- 1 Praecedentis Capituli resolutioni opportunè annectitur praesens dubium: utrum scilicet usufructus, (qui vendi & locari potest) & obligari, pignori, aut hypothecae dari possit? Item in servitutibus realibus, urbanis & rusticis, an idem, diversumve jus, quod in usufructu, constitutum fuerit: quod pertinet omnino ad explicationem textus in l. si is qui, 11. §. usufructus, & jura praediorum, cum l. sed an via, 12. ff. de pignori.
- 2 Et ut clarior praediorum resolutio habeatur, quae intricate nimis traduntur ab aliis, ego postquam in hac materia evolveram infinita, & Antiquorum, Neotericorum etiam scripta, & resolutiones attentè, atque originaliter praegeram, pro accurata, & solida hujus capituli explicatione, sequentes casus distinguere, aut constituere necessarium duxi.
- 3 Sic igitur primus casus, cum quaeritur an fructus obligari possint: Et quidem non est dubium, quin fructus obligari possint, tam à domino proprietatis, quam ab usufructuario, l. prior, §. si de futura, ff. qui potiores in pignore habeantur, l. & quae nondum in principio, ff. de pignori, in illis verbis: Idque servandum est, sive dominus convenerit, aut de usufructu, aut de his, quae nascuntur: sive is, qui usufructum habet, sicut Julianus scribit.
- 4 Secundus casus sit, cum quaeritur, an usufructus obligari pignori, sive hypothecae dari possit à domino proprietatis: quod dubium est & apud ipsosmet Jurconsultos altercatum; altercationis autem, & dubitandi rationes rectè expendit, & considerat Gabriel Mudæus tract. de pignori & hypothecis, cap. quae res obligentur, vel obligatae intelligantur, n. 10. per totum. Nihilominus tamen decisum est, in usufructu & pignus, & hypothecam consistere, & à domino proprietatis posse obligari per textum in d. l. si is qui, 11. §. usufructus, ff. de pignori: ubi pro certo tradunt omnes Doctores communiter, Mudæus ubi supra, d. n. 10. Negulantius de pignori 3. membro, 2. part. n. 10. & 11. Francisc.

Balduius eodem tract. cap. 12. colum. 6. vers. ipsum itaque usufructum, Francisc. Connanus commentariorum juris civilis, lib. 4. cap. 14. n. 1. in principio, fol. 296. Ludovic. Charondas vero - similitum lib. 1. cap. 5. Et esse verum, & formalem usufructum ex causa pignoris creditori constitutum à domino proprietatis, docuerunt Baldus, & Salicetus in l. 1. c. si pignus pignori datum sit. Contrarium tamen tenuit Fulgos. in d. l. si is qui, §. usufructus, dicens, quod est usufructus quidam sub domino, & non verus usufructus, quem vocamus Formalem, ut refert, & latius declarat Mudæus praecitato num. decimo.

Tertius casus sit, cum quaeritur, utrum usufructus pignori, hypothecae dari possit ab eo qui usufructum tantum habet: Et omnia disputatione Mudæi d. n. 10. in fine, & n. 11. Negulantius de pignori, 3. membro, 1. part. n. 9. & quatuor seqq. Dicendum est, usufructum pignori dari posse, quia & vendi potest ab eo, qui usufructum habet, ut capite praecedenti resolutum est.

Et sic quantum vendendo in alium transferre potest usufructuarius, tantum per oppignoracionem in creditorem transferet: quod optimè annotavit Hugo Donellus tract. de pignori, cap. 3. col. 3. in princ. vers. de servitutibus personarum. Connanus commentariorum lib. 4. cap. 14. in princ. Petr. Augustinus Morla empirii 1. part. tit. 6. ff. de servitutibus, n. 20. Cujacius lib. 15. observationum cap. 6. & probatur expressim in d. l. si is qui, 11. §. usufructus, ff. de pignori, in illis verbis: Sive ille, qui solum usufructum habet? Et scribit Papinianus lib. 11. Responsorum, tuendum creditorem. Et si usufructus vendatur per creditorem vigore pignoris, & hypothecae in eo constitutae, ex hoc non amittitur, nec ad proprietatem revertitur, quia licet sit alienatio ex permissione legis, ut multis probant Negulantius ubi supra, n. 13. & 14. Mudæus n. 11. & concludenter fundatur ex his, quae capite praecedenti annotavimus.

Tandiu tamen durabit usufructus pignori datus, 9. quoad usufructuarius vivit, eoque mortuo pignus extinguitur argumento text. in l. necessario, §. finali, ff. de periculo, & commodo rei venditae, cum adnotatis supra, cap. praeced. & ita declarant Balduin. d. col. 6. vers. discrimen est tamen notandum. D. Felicianus de Solis tract. de censibus lib. 2. cap. 4. n. 4. circa finem, & n. 5.

Quartus casus sit, cum quaeritur, utrum usus pignori, hypothecae dari possit: Et cum ille personae cohaereat, nec vendi, cedi, locari, aut gratis concedi possit, per textum in §. 1. Institut. de usu & habitatu. nec etiam pignori in alium transferri poterit, ut resolvit Hugo Donellus d. col. 3. in princ. vers. usum nullo modo, qui ad hoc simpliciter allegat textum in d. l. si is qui, §. usufructus, ff. de pignori: ubi Martianus Jureconsultus de servitute ulus nihil dicit, quasi sentiens aperte, in eo diversum jus constituendum, quam in usufructu nec aliter induci potest ille textus in eam partem, quam etiam tenuit Cujacius observationum lib. 15. cap. 6. & eum referens Felicianus de censibus, lib. 2. d. cap. 4. n. 6. ubi n. 7. de habitatione tractat, resolvitque, illam pignori, sive hypothecae dari posse, & super ea censum constitui per text. in l. cum antiquitas, C. de usufructu, ubi Antiquorum controversia sublata, Justinianus statuit, eum, cui habitatio relicta est, posse vendere eam, donare, locare, aut alteri concedere: & confirmat l. ult. tit. 31. parti. 3. Unde praetermittendum non erit (ad quod nullus hactenus animadvertit) durum videri, & juri contrariam Francisc. Connani sententiam commentariorum juris civilis, lib. 4. d. cap. 14. n. 2. in vers. idem dicendum in usu.

Quo loco servitutum usus rusticis servitutibus aequiparatur, existimatque in eo, sicut in illis, à summo, strictoque jure recedendum, ut obligationem, cessionemque aut alienationem permittamus, quoniam quae ex illo percipitur commoditas, aliis quoque utilis est, & sine debitoris damno conceditur: quod tamen, & superioribus repugnat, & destruitur expressim per text. in d. l. si is qui,

qui,

qui §. usufructus, ff. de pignori, inducendo eum, prout inducitur supra, n. 11. per textum etiam in §. 1. Institut. de usu & habitatu. qui venditionem, locationem, aut concessionem quaecumque prohibet indistinctè, alia & longè quidem diversa ratione, non ea, quod contrahentium nulla possit utilitas esse, ut ex illo textu constat aperte, & agnovit ipse ibidem dicto n. 2. in principio.

Quintus casus, & magis dubius sit, cum quaeritur, utrum servitutes urbanorum praediorum, & rusticorum, pignori, sive hypothecae dari possint: Et cum fundus pignori datur, cui servitus debetur, atque sui ipsius natura adhaeret, non est dubium simul obligari servitutum, ejusque servitutis utilem petitionem creditori dari, l. ei qui pignori, ff. de servitutibus, l. creditori, ff. de novi operis nunciacione: ubi sic adnotantur glos. Bartolus, & omnes Doctores communiter, Balduin. de pignori, cap. 12. col. 6. vers. quarendum est generaliter. Mudæus eod. tractatu, cap. quae res obligentur vel obligatae intelligantur, n. 12. Sed an per se pignori, hypothecae dari possint; dubitatum est; & de servitutibus urbanorum praediorum extat Consulti Martiani responsum in d. l. si is qui, 11. §. jura praediorum, ff. de pignori, ubi expressè probat, jura haec oppignorari non posse, ac nec convenire, ut hypothecae sint; scribit enim in hunc modum: Jura praediorum urbanorum pignori dari non possunt; igitur nec convenire possunt ut hypothecae sint. E contra vero Jureconsultus Paulus in l. sed an via, 12. statim sequenti, probare videtur contrarium in servitutibus rusticorum praediorum, hypothecamque, sive pignus in eis propter utilitatem contrahentium admittendam, & scribit in haec verba: Sed an via, itineris, actus, aquaeductus pignoris conventio locum habeat, videndum esse Pomponius ait; ut si talis pactio fiat, ut quoad pecunia soluta non sit, his servitutibus creditor utatur, scilicet si vicinum fundum habeat, & si intra diem certum pecunia soluta non sit, vendere eas vicino liceat? Quae sententia propter utilitatem contrahentium admittenda est. Ex hoc Martiani, Paulique loco, passim, atque communiter colligere solent Scribentes in mille locis, urbanas servitutes pignori, sive hypothecae dari non posse, rusticas verò posse: & hanc differentiam inter urbanas, & rusticas servitutes tradunt glossa, verbo, utatur, in d. l. sed an via. Odofredus, Bartolus, Angelus, & Fulgosius in d. l. si is qui, §. jura praediorum, Capola de servitutibus urbanorum, cap. 12. n. 4. Gomez. in §. item serviana, n. 51. Institut. de actionibus: ubi receptam, & communem sententiam profertur Jason n. 117. Negulantius de pignori, 3. membro 2. part. n. 17. Ripa in l. obligatione, n. 6. ff. de pignori, & cum Cujacio securè hanc partem probavit D. Felicianus tract. de censibus, lib. 2. cap. 4. n. 8. Glossa autem in d. §. finali, & in d. l. sed an via, in superiori differentia firma non est; aliquando enim intelligit ea jura in servitute constituta, aliquando in constituenda, aliquando à domino praedii pignorata, aliquando à domino servitutis, id est ab eo, cui debetur servitus: quod rectè advertit, & eos casus declarat Nicolaus Bellonus in dict. §. item serviana, n. 52. in fine, intelligendo tamen juxta communem Doctorum differentiam: Accursius ideo putat diversum jus statutum inter urbanas, & rusticas servitutes, ne urbes deformentur ruinis, quod futurum erat, si servitus urbana, verbi gratia, tigni immittendi, posset dari pignori; nam soluto debito à debitore, talis servitus cessare deberet, atque teneretur creditor tignum immittum tollere: Quae ratio cessat in rusticis servitutibus, quae facilius ad suam naturam redeunt, ac in nullo deformatae remanent, si creditor ire, agere, aquam ducere, aut familia facere defuerit: inde ex hac ratione Bartolus in dict. leg. si is qui, §. ultim. deducit, quod si servitus urbana ejus naturae, & qualitatis sit, ut in ea cesset supradictum inconveniens, pignori, aut hypothecae dari possit; & proponit exemplum in servitute altius non tollendi, quae licet urbana sit, atque soluto debito extingui debeat, non ta-

mè propterea urbes deformari contingeret. Verum hanc, & aliam rationem Accursii eruditè confutavit Connanus lib. 4. d. cap. 14. n. 1. in vers. Accursus putat, & n. 2. confutarunt etiam, & communem differentiam improbant Ripa, Modern. Parif. Mudæus, Charondas, Duarenos, Donellus, & Balduinus quos in unum congestit D. Felicianus lib. 2. d. c. 4. n. 8. versic. eam autem rationem, Petrus Augustinus Morla empirii 1. p. tit. 6. ff. de servitutibus, n. 27.

Et verè pro illis fortiter urgere videtur, in primis, 18. quod quam rationem Paulus adfert, ut probet rusticas servitutes pignori dari posse, eandem trahere & ad urbanas possumus; siquidem quod è diverso de urbanis dicit Marcian. de rusticis quoque posse dici videtur. Id autem ut rusticae servitutes facilius, quam urbanae pignori dari possint propter superiorem rationem, vel quod illae facilius quam haec videantur alteri utilis esse, & rusticis alterius servitutibus uti magis possumus quam urbanis, perpetuum non est, neque enim, aut rusticae, aut urbanae omnes sunt unius generis, ut in proposito contra Communem argumentatur Balduinus d. c. 12. colum. 6. in versic. sed discrimen non temerè admittit.

Secundò, quia naturae pignoris, & hypothecae repugnat omnino, perpetuam habere causam, cum solum dentur quoad pecunia soluta sit: sed jura praediorum, sive servitutes proferunt contrariae naturae sunt, quae ipso quidem jure, neque ex tempore, neque ad tempus, neque sub conditione, neque ad certam conditionem dari possunt, l. 4. ff. de servitutibus, & non urbanorum tantum, sed omnium praediorum servitutes sui naturae perpetuas causas habere debent, l. foramen, ff. de servitutibus urbanarum, l. certo generi, ff. de servitutibus rusticorum: quare videtur, quod nulla servitutes oppignorari possint, ut contendit Mudæus d. cap. quae res obligentur, vel obligatae intelligantur, n. 12. & 13.

Tertiò, quia sequeretur ex communi differentia, ut 20. banam servitutum precario dari non posse, cujus adhuc major est instabilitas, cum ex voluntate concedentis dependeat, & ad libitum ejus revocari possit, l. 1. ff. de precario, cap. ultimo ejusdem tit. quod utique falsum est, quia & urbana, & rustica servitus precario concedi potest, l. 1. l. 3. l. & habet, §. precario, ff. de precario, l. si quis sepulchrum, ff. de religiosis & sumptibus funerum: quo argumento utuntur ferè omnes, qui communem dictionem improbare solent.

Quartò denique, nam quaecumque servitus praedii 21. est, ea praedio cohaeret, nec potest, quoad praedium apud debitorem manet, servitus in alium transferri, ut ea utatur, quia non personae est, sed praedii; & praedii, non cujuslibet, sed praedii debitoris, à quo ipsa separari non potest, l. via, l. unus, ff. de servitutibus rusticorum. Quo fit, ut debitor alii vicino eam vendere non possit, nisi unaquaeque praedium suum distrahatur; quam venditionem si praetor non tuetur, nec pignorationem quidem tuetur, quia haec res oppignorari rectè dicuntur, quae vendi possunt, l. 9. ff. de pignori. Praeterea servitus creditori sit inutilis, quippe, quae non ipsi possit deberi; non enim personae servitus est, neque ejus praedio, quia alii praedio cohaeret, à quo invito domino fundi servientis in alium transferri non potest, & ita contra Communem, ac fortissimè quidem argumentatur Hugo Donellus de pignori, d. cap. 8. colum. 3. vers. quae sententia mihi verissima. Vides ergo inter urbanas, & rusticas servitutes vix aliquam differentiam assignari posse, quae firma sit, aut concludens.

Attamen Cujacius lib. 15. observationum, cap. 6. communem differentiam inter urbanas, & rusticas servitutes non superiori, & communi ratione, sed nova consideratione conatur defendere, subtilemque excogitavit inter eas diversitatis rationem, scilicet contrahentium utilitatem, in qua fundatur Paulus in dict. l. sed an via, non posse consistere in urbanis, sicut in rusticis; nam ut servitus pignus utile sit, necesse est, ut non solum utile sit creditori habenti praedium vicinum, sed etiam alteri vicino,