









1707.

24. Thomaeus, Christianus: De facult. juridical . . . De curia
principis Evangelici circa ministerium ministrorum ecclesiae
lecturis . . . Bamberam Historicam. Pagendam commendat.
- 25^a = 6. Thomaeus, Christianus: De usu practico accuratae distinctionis
inter emptionem cum pacto de retrovendendo et contractum
pignoratitium 2 Sept.
- 25^c Thomaeus, Christianus: De usu practico accuratae distinctionis
inter emptionem cum pacto de retrovendendo et contractum
pignoratitium. 1753
- 26^a = 2 Thomaeus, Christianus: De jure aggravandi principis Evan-
gelici in causis homicidis 4 Sept. 1714, 1720 = 1739.
- 27^a = c Thomaeus, Christianus: De officio principis Evangelici circa
augenda salaria et honores ministrorum ecclesiae.
3 Sept. 1707 = 1729.
- 27^b Thomaeus, Christianus: De officio principis Evangelici circa
augenda salaria et honores ministrorum ecclesiae. Recens.
1749
- 28^a = c Thomaeus, Christianus: De usu magistri S. V. P. in foris
Germaniae. 3 Sept. 1707 = 1724

- 29^a Thomae, Christianus: De refectione vitibus ecclesiasticis.
2 Sept. 1707 i 1713.
- 30^a Thomae, Christianus: De bonorum secularisatorum
natura 3 Sept. 1707, 1730 i 1748
- 31^a Thomae, Christianus: De differentiis juris civilis
et canonici in doctrina de testamentis 4 Sept.
32. Wolff, Pincelius: Epistula gratulatoria, in qua
secundum Hippocratem opinionem medicam insomnia
adumbratur, ad Dominum Joh. Davidem Creytmann,
... Insuper themate inaugur. Victoris medici
juri et honores expresentem

[Faint, illegible handwriting in a cursive script, likely German, covering the majority of the page. The text is too light to transcribe accurately.]



21. Pri. 21. num. 27. ~~P.C. 11.~~

DISSERTATIO INAUGURALIS JURIDICA,
DE

**USU PRACTICO AC-
CURATÆ DISTINCTIONIS IN-
TER EMPTIONEM CUM PACTO DE
RETROVENDENDO ET CONTRACTUM
PIGNORATITIVUM,**

QVAM

RECTORE MAGNIFICENTISSIMO,
SERENISSIMO PRINCIPE AC DOMINO,
DN. PHILIPPO WILHELMO,

Principe Borussiae, Marchione Brandenburgico, ac Ducatus
Magdeburgici Gubernatore &c. &c. &c.

AUCTORITATE INCLYTÆ FACULTATIS JURIDICÆ

PRÆSIDE

DN. CHRISTIANO THOMASIO, Jcto,

SERENISSIMI AC POTENTISSIMI REGIS BORUSSIÆ
Consiliario, Professore Publico Ordinario,
ac Facultatis Juridicæ p. t. Decano,

PATRONO SUO SUMME DEVENERANDO,

P R O L I C E N T I A

Summos in utroque Jure honores & Doctoralia Privile-
gia legitime consequendi

IN AUDITORIO MAJORI

Horis ante 5 pomeridianis

d. IV. Julii ANNI M DCC VII.

Publicæ Eruditorum disquisitioni sistit

JOHANNES FRIDERICUS BASTINELLER,

Hallens. Magdeburg.

HALÆ MAGDEBURGICÆ, LITERIS SALFELDIANIS.



DISSERTATIO INAUGURALIS JURIDICA

USU PRACTICO AC

CURAE DISTINCTIONIS IN

RETRORIVENDO ET CONTRACTUM

IGNORANTIAM

RETRORIVENDO

RETRORIVENDO

RETRORIVENDO

RETRORIVENDO

RETRORIVENDO

RETRORIVENDO

RETRORIVENDO

RETRORIVENDO

RETRORIVENDO

RETRORIVENDO

RETRORIVENDO

RETRORIVENDO

RETRORIVENDO

RETRORIVENDO

RETRORIVENDO

RETRORIVENDO

RETRORIVENDO

RETRORIVENDO

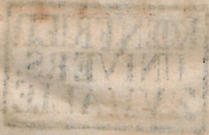
RETRORIVENDO

RETRORIVENDO

RETRORIVENDO

RETRORIVENDO

RETRORIVENDO



ILLUSTRISSIMIS ATQUE EXCELLENTISSIMIS
DOMINIS,
DN. NICOLAO BAR-
THOL. MICHAELI
LIBERO BARONI
DE DANCKELMANN,
SERENISSIMI ET POTENTISSIMI
REGIS BORUSSIAE MINISTRO STATUS
INTIMO,
REGIMINIS DUCATUS MAGDEBURGICI
PRÆSIDI ET RELIQUA,
NEC NON
DN. CAROLO
DE DIESKOV,
SERENISSIMI ET POTENTISSIMI
REGIS BORUSSIAE CONSILIARIO INTIMO
ET
REGIMINIS DUCATUS MAGDEBURGICI
CONSILIARIO ET RELIQUA,
FELICITATEM.

ILLUSTRISSIMI DOMINI,

Illustrissimis Vestris nominibus disserta-
tionem hanc nuncupaturus, non levi-
ter initio verebar, ne quid ingratum
Vobis, ILLUSTRISSIMI DOMINI, suscipere-
m, aut ne audacior Vobis viderer: unde
a proposito prope destitissem, nisi ingens
gratia Vestra me denuo confirmasset. Cum
enim quantum officium sit, quo erga Mæ-
cenates quisque obstringitur, rite perpen-
derem, jucundissima illa contemplatio sum-
mi illius favoris, cujus luculentissima mo-
nimenta in Parentem meum extare finitis,
alacrem hanc spem excitavit, fore, ut ex-
cusationem id indipiscatur, ad quod ratio
non vulgaris, sed pietas movet, inducit,
hortatur. Quod si olim apud Romanos be-
ne quisque interpretabatur, quod eorum
Patronorum in cultu, familia perseveraret,

sonp

quos Paterfamilias venerabatur; si que non
permittebant horum Parentum filii, ut ulla
pietatis comprobandæ prætermitteretur
occafio: ecquis mihi verteret vitio, si Ve-
ftram gratiam ILLUSTRISSIMI DOMINI, quam
Parenti meo indulgiffis, omni ratione &
colam, & tuendam curem. Huc itaque
tendit, quod fubmiffa veneratione Vobis
exhibeo, inaugurale fpecimen, quod qui-
dem ejusmodi efle fentio, ut longe aliud
requiratur, fi potius dignum aliquid Ve-
ftris nominibus velim offerre, quam ani-
mum Vobis dedicatiffimum explicare.
Quum itaque fpecimen tantum tefleram-
que venerationis exhibeam, neque vires
altius quiddam permittant, coepi confide-
re, Vos adprobaturos efle, quod probari
Vobis, follicite exopto. Accipiatis igitur
ferena fronte, quod Vobis decenti veneratione
consecro, veftramque in me indul-
gentiam derivate. Cui petitioni has pre-
ces

ces superaddo, ut benignissimum Numen
Vos Mæcenates, seruet atque tueatur in-
columes, quo Vobis florentibus, hujus
quoque Ducatus salus floreat, & splendor
Gentium Vestrarum Indies major majorque
fiat. Ego vero, ut Vestræ gratiæ me dili-
gentissime commendo, ita nihil in optatis
præter hæc habeo, quam ut ea felicitas
eaque rerum mearum facies, qua Vobis
evidentiori documento meam observan-
tiam demonstrarem, mihi primo quoque
tempore contingat!

*Vestrorum Illustrissimorum
Nominum*

Dab. e Museo IV. Cal. Jul.

M. DCC. VII.

Humillimus Cliens

JOH, FRIDERICUS BASTINELLER.



DISSERTATIO INAUGURALIS,

De,

Usu practico accuratæ distinctionis inter em-
tionem cum pacto de retrovendendo & contra-
ctum pignoratitium.

CAPUT I.

Monita generalia circa quæstionem ipsam
& nostram differendi methodum.

§. I.



Non dubito fore plerosque, qui thema Auctores,
disputationis nostræ in titulo legentes qui jam de
sibi mox sint imaginaturi, quasi more rebus huc
consueto, discursus hic noster ex duo pertinenti-
bus vel tribus auctoribus absq; artificio bus scripse-
sit compilatus & tantum non exscri-

ptus. Et fateamur ipsi, ultra quatuor vel quinque au-
ctores, antequam meditationes nostras in chartam
conjiceremus vix esse inspectos, puta *Jacobum Gottho-*
fredum, Strauchium, Schilcerum, Gundlingium, quoad
naturam pignoris, tam Romani, quam Germanici,
Berlichium vero quoad comparisonem pignoris cum

A

ven-



venditione sub pacto de retrovendendo. Fatemur etiam, multa nos fere cum tædio repetiisse in altero, quæ jam semel aut bis in altero & altero legeramus. Ut ita istis JCtis & eximiis Doctoribus præeuntibus, Candidato juris forte vitio nemo possit vertere, si eos imitaretur, & brevi compilatione in una dissertatione fisteret, quæ singuli singulis addidissent. Sed tamen non opus est, ut hoc responsionis genere utamur. Non exscribemus cum tædio, quæ isti auctores memorati recte posuerunt, sed in brevissimas tamen positiones contrahemus, quæ ex illorum doctrina ad nostram quæstionem pertinent. Ast sunt tamen nonnulla, ubi dissentienti causas putavimus reperisse. Hic sane non injucundum fore putavimus lectoribus, si paucis ostendamus, quomodo hæc posteriora cum prioribus sint connectenda.

§. II.

Propterea
raro hic al-
legandi.

Cum vero pauci sint scriptores, qui occasionem meditationi nostræ dederunt, & illi paucarum horarum spatio, intuitu doctrinæ, quæ ad nostram dissertationem pertinet, perlegi possint, non opus erit, ut eos in singulis positionibus, quibus nobiscum consentiunt, allegemus; multo magis vero allegationem eorum, ubi dissensuri sumus, dissuadebit sincerum nostrum studium veritatem inquirendi, absque respectu & irritatione personarum a quibus dissentimus. Pauci vero sunt, qui ferre possint dissentientes. Multi sunt, qui impatienter etiam ferunt dissentium ab aliis viris auctoritate, dum viverent, pollentibus. Ut tamen aliquo saltem modo Lector intelligat, quid causæ me impulerit, ut hoc thema, dissertationi inaugu-
rali

raii ut interserviret, eligerem, paucis historiam hujus controversiæ exponam.

S. III.

Fuit jure veteri Romano in affecuratione creditoris super credito, peculiaris quidam contractus usurpatus, tanquam certa species pignoris, qui fiducia nomine appellabatur. Fit ejus mentio subinde apud Ciceronem, Boëthium, Isidorum, maxime vero in fragmentis Pauli Jcti. Apud Justinianum in corpore juris nunquam memoratur. Unde dubium ortum, in quo constiterit ejus natura & cur a Justiniano non memoretur. Tractarunt has quæstiones ex Jctis præcipue Cujacius, Hottomannus, Antonius Faber (a), Salmasius pro more multa hic adversus Jctos innovare voluit, & in libro de modo usurarum circa doctrinam de fiducia seu fiduciario contractu sæpe eandem crambem recoquit. Examinavit fluctuationes & aberrationes Salmasii prolixè & cum judicio Jacobus Gothofredus (b) ita ut simul totam naturam fiduciæ illius exponat animis legentium. Totum hunc Gothofredi discursum repetiit, atque exscripsit, etiam ubi non citat, quisquis est auctor disputationis sub præsidio Strauchii (c) habitæ. Ipse vero Strauchius ibidem erudite inquisivit in naturam oppignorationis Germanicæ, eamque toto cælo differre ostendit a contractu pignoratitio juris Justiniani, & nihil aliud esse, quam fiduciam illam veterem Romanorum, ope Codicis Theodosiani jam sub Carolingis ad Germanos traductam. Strauchianam hanc dissertationem de pignore Germanico repetiit, & hujus contractus comparationem cum emptione sub pacto de retro vendendo

Synopsis
doctrinæ il-
lorum au-
ctorum.

(a) Horum
omnium loca
relata vide
ap. Jacobum
Gothofredum
& Strau-
chium, quo-
rum libros
statim indi-
cabitur.

(b) In Com-
ment. ad L.
un. Cod.
Theod. de
commissoriam
rescindenda.

(c) Jene An.
1671. de op-
pignorationi-
bus impe-
rialibus.

(d) De jure retrovenditionis adjuncta praxi artis analytica in jure p. 167. seq. (e) Peculiari dissertatione de jure oppignoratorii anno 1705, mense Decembr. habita. (f) Part. II. pract. concl. concl. 1.

dendo erudite docuit rerum Germanicarum peritissimus scbilterus, peculiari dissertatione, (d) simul vero quoad usum practicum varias talium emtionum formulas item responsa juridica varia adjecit. Non ita pridem *Cl. Gundlingius* noster *Strauchianas* istas & *Schilterianas* assertiones laudabili diligentia adductis pluribus documentis & diplomatibus, singularem notitiam antiquitatum Germanicarum spirantibus, illustravit (e). Porro *Matthias Berlichius*, Pragmaticorum Princeps tamigeratissimus, quaestionem de contractus pignoratitii & emtionis cum pacto de retrovendendo differentiis plane exhaustisse videtur, dum prope quinquaginta differentias, cumulatis eam in rem aliorum Doctorum & legum auctoritatibus suppeditavit. (f) Ut adeo, quod in hac materia addi possit, nihil plane superesse videatur.

§. IV.

Quid in illis desideremus. Sed his tamen non obstantibus, non defuit occasio, haud pauca in praesenti discursu partim aliter definiendi, quam haectenus ab istis viris celeberrimis fuit, partim supplendi, quae ab illis fuere non tacta, sive ista praeterviderint, sive studio omiserint, quia magis de oppignoratione Germanica, quam retrovenditione erant solliciti. Saltem praecipua hic in prooemio, quasi per indicem, breviter notabimus. Et *Gothofredus* quidem, dum *Cujacium* & alios refutare vult, fiduciam veterum Romanorum & legem commissoriam in pignore nimis unientes, non ubique satisfacere videtur *Lectori*, magis ad rationes, quam ad auctoritatem & merita tanti viri respicienti. Cumque *Strauchius* hic καὶ αὐτὸν sequatur *Gothofredum*, non

non solum eadem de hujus dissertatione judicanda sunt, sed & insuper JCtus hic famigeratissimus in eo aliquid humani videtur passus, dum naturam pignoris, seposita lege civili non plene exposuit (g) & insu- (g) §. 1. 2. per prætervidit, quod magna sit differentia inter oppignorationem Germanorum & contractum fiduciæ Romanum. Adde quod nondum demonstraverit, oppignorationem hanc Germanorum mediante Codice Theodosiano in Germaniam esse introductam. In *Schilteri* erudita dissertatione id potissimum desideramus, quod vel præterviderit, vel certe non satis perspicue indicaverit, oppignorationem veterum Germanorum, usque ad traductum ex Italia in Academias Germaniæ jus Justinianicum, tantam habere cum emtione sub pacto retrovendendi convenientiam, ut vix ulla differentia intuitu effectuum supersit, adeoque emtionis sub hoc pacto vix ulla extare vestigia in Germania ante receptum jus Justinianicum : Post receptionem vero juris Justiniani Pragmaticos formularum fabricatores sæpe misere confundisse pro more illorum temporum jus patrium de oppignorationibus & jus Romanum de retrovenditionibus, ut adeo propter infinitudinem confusionis istius vix possint regulæ convenientes dari quæ ad separationem rerum ita confusarum aptæ sint. Porro *Berlichium*, quod attinet, cum eo, quo scribebat tempore, vitio seculi, magna in Academiis Germaniæ regnaret ignorantia juris patrii, adeoque doctrina Berlichii omnis, non hausta sit ex fontibus genuinis, verum ex lacunis Glossatorum & JCtorum Pragmaticorum peregrinorum, non difficile est, concipere, differentias illas plures,

A 3

quas

(g) §. 1. 2. cit. loc.



quas suppeditat, de secernendo contractu pignoratitio ab emtione sub pacto de retrovendendo, potius implicare rem quam explicare. Breviter, sunt eae differentiae intuitu diplomatatum & contractuum de oppignorationibus, ante receptionem juris Justiniani in Germania (per modo dicta) plane inutiles & superfluae, insufficientes vero & dubiae intuitu confusionum post receptum jus Justinianum in Germania orturum. *Gundlingiana* dissertatio, etsi de retrovenditione saltem obiter tractet, pro ratione instituti, uberem tamen nobis praestabit usum, ut ex diplomatibus ibi collectis assertiones nostras subinde corroboremus.

§. V.

Methodus
dicendo-
rum.

Nolumus tamen esse prolixi, sed quantum fieri potest paucissimis positionibus mentem nostram aperiemus; veniam sperantes, si in quaestione hac, quae non ita facilis jam apparebit, ut prima fronte videbatur, & ipsi aliquid humani patiamur. Promittimus emendationem, si ostensum fuerit, quod aberraverimus a scopo veritatis. Ne vero nullus sit discursus nostri ordo, praemittemus considerationem uberioiorem, quid abstrahendo a lege civili pignus natura sua involvat, & quanam media, naturae humanae consideratio suppeditet esse aptissima ad securitatem creditoris confirmandam, quam pignoris datio intendit. Tum paucis differemus de natura pignoris Romani partim antiquis illis temporibus, ubi vel simpliciter contrahebatur, vel cum solennitate in fiducia, partim secundum tempora juris Justinianei. Inde considerabimus oppignorationes Germanicas easque cum pignore Romano conferemus. Sequetur consideratio emtionis cum

cum pacto de retrovendendo, potissimum comparatæ ad fiduciam & pignus Romanum, ut & ad oppignorationes Germanorum, adjuncta indagazione, quando hujus pacti usus magnus esse cœperit, tam apud Romanos quam Germanos. Tum ostendemus, quomodo ex his considerationibus differentia & convenientia utriusque contractus sit facillima, & qua ex ratione difficultas ista secernendi hos duos contractus sit orta. Loco vero multarum regularum a Berlichio traditarum dabuntur pauca observationes, totum negotium expediendi, palpabiles & perspicuæ, in quantum videlicet studiosa confusio duorum illorum contractuum evolutionem difficultatum inde ortarum admittit.

CAP. II.

Pignoratitii contractus natura tam ex jure Gentium, quam ex Romano & Germanico,

§. I.

Est contractus pignoratitius inventus moribus Gentium eum in finem, ut securus reddatur creditor. Nec ulterius considerabimus hic naturam hujus contractus. Neque adeo mirabitur Lector, quod multa simus omisuri, quæ alias Dd. in expositione contractus pignoratitii expedire solent. Id enim solum adnotabimus, quod facit ad comparationem pignoris & emtionis sub conditione retrovendendi.

§. II.

Pignus igitur est contractus accessorius, qui per se non subsistit, sed semper præsupponit creditum alius contractus, quod,

etus præ-
primis mu-
tui.

quod, Sed inuitu accessionis fere comparatum est cum pignore, uti cum credito. Late creditum & debitum, item creditoris & debitoris voces denotant obligationes quasvis, stricte vero, & plerumque de contractu mutui dici solent. Sic & pignus plerumque accedere solet mutuo, non repugnat tamen ejus naturæ, ut non possit propter debita ex aliis contractibus creditoribus securitatem præstare.

§. III.

Securitas
creditorum
consistit (1)
in possessi-
one pigno-
ris.

Porro natura securitatis, quam creditores ex pignore quærunt, postulat præcipue, ut possessio rei pignoratæ transferatur ad ipsos. Et tamen jus naturæ dicitur, debitores non solum obligatos esse, ut debita oportune solvant, sed etiam, ut ea creditoribus in loco commodo ipsi offerant, nec expectent, ut creditores solutionem sollicitent, aut pecuniam debitam in ædibus debitorum quærant; Ita tamen plurimi ex humano genere solent esse comparati, ut variis interpellationibus opus sit, si debitæ solutionis tempus adveniat, & creditores, si debitores morosos fuerint nacti, pro beneficio habeant, si post multas ac tædiosas interpellationes tandem debitores iis permittant, ut sine imploratione officii judicis, pecuniæ debitæ solutionem, ipsi in debitorum ædibus accipiant. At si creditor pignus possideat, ipse quietus est, probe gnarus quod debitoris intersit, ut reuisionem pignoris ipse quærat, ac sollicitet, si damnum rei familiaris evitare velit.

§. IV.

(2) Ut pi-
gnus valeat
ultra quan-
titatem de-
bitam.

Eadem securitatis ratio, & ut creditor non opus habeat urgere debitorem ad solvendum, sed ut debitor potius redditionem pignoris urgeat, etiam illam circumstan-

cumstantiam in pignore produxit, ut pignus plus valeat quam pecunia, quæ debetur. Nam si minus valeret, aut etiam quantitati debitæ esset æquivalens, sæpe contingere possêt, ut & debitor non ultro solutionem offerret, sed pignus creditori in perpetuum relinqueret, præprimis si res non habeat pretium affectionis, & si creditoris conditio redderetur deterior, vel si non facile emtorem inveniret, aut, si inveniret, non tanti possêt vendere, quantum debetur, aut si retineret ipse, corpore oppignorato non ita ad varios usus uti possêt, uti pecunia numerata. Accedit quod, si debitum sit usurarium, & ex re oppignorata nulli fructus sperari possint, creditor etiam ob usurarium solutionem securus esse debeat, adeoque & hoc intuitu quantitas majoris valoris in pignore requiritur, quam in pecunia debita.

§. V.

Fluit etiam ex securitate creditoris, quod pignus debeat æstimari, dum de ejus idoneitate quæstio est, non secundum tempus præteritum, sed præsens, quo pignori datur. Quid enim juvaret creditorem, si pignus, quod jam deterioratum est, vel cujus pretium ob varias causas decrevit, ante mensem vel annum duplo vel quadruplo plus valuerit. Sane circumstantia præteriti valoris non incitat debitorem ad pignus redimendum. Sed nec pretium futurum, si nempe speretur majus fore pretio presente, poterit commode in æstimanda idoneitate pignoris considerari, quia talia præteriorum augmenta ob nimias circumstantiarum variationes valde incerta sunt. Nec obstat, quod tamen in debito, cujus solutio cum consensu

sensu contrahentium per plures annos differtur, necesse sit contrahentes etiam in pignore respicere oportere ad pretium futurum, & quanti nempe valiturum sit tempore solutionis. Ut enim taceam, multas esse posse causas, quæ suadeant pretium præsenturaturum esse in eodem valore, quæque non ita verosimiliter suadeant, id esse in posterum augmenta capturum, etiam intuitu illius durationis nova cautela erit opus, ut videlicet inter ipsa corpora quæ oppignorantur habeatur selectus, de quo mox erit dicendum.

§. VI.

(4) Et Ergo ex dictis uti sua sponte sequitur, non considerari in pignore, quanti fuerit emtum, sed quanti di possit jam & tempore solutionis vendi possit; ita etiam in pretio communi hac venditione non considerabitur pretium affectionis, quia res venduntur secundum pretium commune, & pretii affectionis consideratio esse solet, non communiter in contractibus, sed ubi agitur de damno injuria dato resarciendo. Unde si v. g. debitor oppignorat catenam auream, quam a principe in testimonium singularis gratiæ accepit, ista affectio, quam debitor & ejus familia prosequuntur pignus, & artificium, non venient in æstimationem, sed vere æstimari solet quanti valeat aurum &c.

§. VII.

(5) Ut pignus habeat pretium durable. Neque adeo omnes res aptæ sunt, ut pignoris locum sustineant. Sunt enim hoc intuitu res potissimum triplicis generis, scilicet vel habent pretium minus durable & fere momentaneum, vel durable & tum vel constans, vel sæpe varians. Res prioris generis, ut flores, fruges & si quæ sint res aliæ, quæ ser-

servando servari nequeunt, fere ad usum pignoris sunt ineptæ, nisi ubi solutio debiti post pusillum tempus facienda est: Inter res, quæ pretio durabili gaudent, eæ, quæ constans habent pretium, ad pignus omnium maxime sunt aptæ. Ubi pretium durabile quidem, sed varians est, securitati creditoris consulitur, si res æstimeretur secundum pretium medium. Caterum utrum res oppignoratæ mobiles sint, an immobiles, abstrahendo a circumstantiis peculiaribus & rarioribus, non multum videtur interesse, modo priora obferrentur, interim tamen nullum est dubium, res immobiles ad oppignorationem esse aptissimas.

§. IIX.

Quemadmodum autem, ut in plerisque negotiis humanis, finis determinat objectum, de quo jam diximus, ita etiam quoad modum contrahendi utroque oculo ad finem pignoris h. e. ad securitatem creditoris est respiciendum. Ubi statim se offert aliarum diversitas quæ oppignorari solent. Sunt enim aliæ vel steriles, vel non iteriles. Illas hic voco, ex quibus nullos fructus percipere licet, ne quidem civiles; has, quæ vel natura sua vel accedente ad naturam industria humana, fructus producunt, vel natura quidem inhabiles sunt, industria tamen civili utputa locatione, vel simili modo, sine substantiæ deterioratione utilitatem pecunia æstimabilem, hominibus præstant. In rebus sterilibus, si pignus in eis constituitur, nullum fere est dubium, quin securus sit creditor, si modo custodia rei ei relinquatur absque potestate utendi.

(6) In rebus sterilibus sufficere rei custodiam.

§. IX.

(7) In non
sterilibus
ulterius re-
quiri, ut
fructuum
perceptio
relinquatur
creditori.

Alia plane ratio est rerum non sterilium. Nam si hic sola custodia relinquatur creditori pignus possidenti, securitati quidem creditoris nullum fieret præjudicium, sed parum prospiceretur debitori, præprimis si fructuum perceptio ex istis rebus requireret impensas, quarum deductione prævia, communiter fructus in negotiis humanis æstimari solent. Requiritur etiam plerique fructus, si non omnes, industriam possessoris. At sub quo prætextu debitor posset a creditore postulare, ut hic industriam & impensas adhiberet, quas fructuum perceptio requirit, ipse vero debitor velit fructus sibi vindicare. Ita sane pignus oneri foret creditori, & nemo in tali pignore securitatem suam quæreret. At vero nec ipse debitor in re creditori oppignorata poterit industriam adhibere & impensas facere, ut non præjudicium fiat possessioni creditoris, (in qua tamen primarius scopus contractus pignoratitii vertitur) quibuscunque etiam cautelis & pactis istud præjudicium velis evitare. At rem oppignoratam plane incultam relinquere velle durante pignore, non prodesset creditori, & tamen noceret debitori, qui sic perderet perceptionem fructuum ex re sua, & tamen cogeretur fructus civiles i. e. usuras pendere creditori pro usu pecuniæ debitæ. Adde, quod hoc factò sæpe impensæ gratis faciendæ forent, cum multæ res tales requirant, sive iis uraris, sive minus, ut jumenta & pecudes. Ergo vel perderentur eæ res sine suppeditatione impensarum, & sic non solum damnum pateretur debitor, sed & ipse creditor re oppignorata perdita, securitatem crediti amit-

amitteret; vel si creditor ad conservandam suam securitatem impensas in rem oppignoratam faceret, & tamen re oppignorata uti nequiret, augetur quotidie debitum, citra tamen ullam novam debitoris utilitatem & sic spes recuperandi pignoris ipsi periret. Unde & Germanis talia pignora voracia vel, si mavis, cancrina (b) dici solent. Hic igitur, si omnia exacte consideres, apparebit, nihil magis ad scopum & naturam pignoris aptius esse, quam si creditori relinquatur potestas, fructus ex re oppignorata percipiendi, loco usurarum, quas alias, pro usu summæ debitæ teneretur solvere debitor. Hoc enim modo cessant omnes difficultates memoratæ, & neutra pars causam conquerendi habet.

(b) Fressen
de Pfänder
die wie der
Krebs umb
sich fressen.

§. X.

Solent alias Juri cum cura distinguere in contractibus substantialia seu essentialia, naturalia & accidentalia: Cui doctrinæ alias multa immiscentur, sæpe subtilia magis quam utilia. Solent equidem hæc tria communiter sic distingui, quod essentialia non possint abesse, & quod adeo sine iis contractus ne quidem possit concipi, naturalia vero per pacta quidem possint removeri salva manente substantia contractus, interim tamen regulariter insint contractibus, etiamsi verbis non fuerint expressa; accidentalia denique regulariter absint, nisi pactis exprimantur. Interim tamen quoad essentialia, potissimum id cogitandum est, contractuum essentialiam dependere ab impositione hominum, adeoque diversam rationem esse creaturarum seu entium physicorum & moralium. Illorum essentialia sunt perpetuæ & æternæ; Horum essentialia

Idque præsumi, nec opus esse pacto antichreseos.

B. 3. sententia

sentia variant pro moribus populorum & temporum. Sufficit, quod naturalia & substantialia in eo convenient & differant simul ab accidentalibus, quod utraque insint contractibus, etiamsi diserte de iis non fuerit conventum. Igitur & in praesenti quaestione parum intererit, siue dixeris, pertinere ad essentialia, siue ad naturalia pignoris, quod fructus rei debeant relinqui creditori. Nobis enim sufficet ista observatio, quod abstrahendo a lege positiva, in oppignoratione rerum frugiferarum creditor percipiat fructus, etiamsi pactum antichreseos nullum adiectum sit, & quod sufficiat, si perceptio fructuum per conventionem partium ipsi non sit interdicta.

s. XI.

Imo creditorem non esse obstrictum ad reddendam rationem.

Extendit porro conceptus ulterior securitatis assertionem nostram, ut non solum creditor percipiat fructus ex pignore, sed etiam eos lucretur, nec opus sit, ut de iis rationem reddat, aut quosdam ex iis restituat debitori, si modo a debitore non postulet usuras sibi pendi ultra perceptionem fructuum. Cum enim, ut diximus, fructuum fere omnium perceptio requirat & impensas & industriam percipientis, id quidem receptum est inter homines, ut fructus computentur deductis impensis, sed industria in computatione fructuum nec solet deduci nec commode potest: Ergo si rationes cogeretur reddere creditor de perceptione fructuum, & superfluos reddere, aut in sortem creditam computare, loco quietae securitatis, quam in acceptione pignoris intendit, sibi attraxisset laborem & onus. Adde, quod par debeat esse condicio creditoris & debitoris. Debitor, quantascunque etiam usuras solvat creditori, saepissime tamen

men pecunia credita plus lucratur, adhibita videlicet varia industria, de quo lucro usuras excedente, nullas rationes reddit creditori. Ergo si & creditor fructus industria sua ultra usuras conventas lucretur, eadem est ratio. Nec obest, quod supra (i) dixerimus, pignus debere plus valere, quam est quantitas pecuniæ ^{cap.} debita: adeoque plus videatur percipere creditor quam debitor ex pecuniæ usu. Nam valet illa prior observatio præcipue in pignore sterili, ut creditor etiam ratione usurarum possit esse securus, ut jam supra eam ita declaravimus. Quare huic præsentì observationi, quæ de oppignoratione rei non sterilis loquitur, eadem opponi nequit. Ut taceam, regulariter, aut certe frequenter, majores usuras percipi posse ex pecunia, quam fructus ex prædiis ejusdem valoris. Nam cum v. g. hodie in imperio usuræ quincunces ita projectis habeantur, ut etiam in probatione r̄s interesse absque ulteriori probatione liquidatio earum admittatur, notum tamen etiam est, quod sæpissime in æstimatione aut taxatione prædiorum, respectus is haberi solear, ut quatuor taleri ex fructibus percipiendi, computentur in singula centum taxæ totius fundi. Ergo hæc consideratio efficiet, ut raro fructus, ex rebus oppignoratis percepti, superent usuras consuetas pecuniæ creditæ, etsi pignus plus valeat quam quantitas credita.

§. XII.

Cave igitur, ne auctoritas doctrinarum quotidianarum tibi hic scrupulum moveat. Quid enim? An hæc assertio convenit cum æquitate naturali? Annon reputat diserte juri divino, omnem usuram pravitatem serio

Respondetur dubiis ex arcanis politicæ papalis.

serio prohibenti? Annon iuuentustalibus asseris, sub larva juris naturalis & gentium prolatis, corrumpitur, ut ea, quæ contraria sunt claris legibus & recessibus Imperii, contractus usurarios serio prohibentibus, imo quæ etiam apud Principes Protestantæ pœnis Ecclesiasticis coercentur, pro licitis, & ex natura ipsius pignoris profluentibus habeat, & sic omnem pietatem & probitatem pedibus conculcet? Sed bona verba quæso. Nolo hic camarinam movere, de pietate fucata & larvata, quæ tot seculis imposuit incautis, nec prolixè ostendere, quomodo eæ objectiones omnes ex intimis arcanis papatus originem ducant, ac quomodo sub larva æquitatis, cerebrina & insulsa æquitas se animis Jctorum hic insinuaverit. Tetigit id ulcus alibi Dominus Præses (k) Nobis sufficere, in præsentia pauca illa annotasse. Jus divinum usuras prohibens non universale & morale, sed forense est, respiciens solum rempublicam Israeliticam, ut latius probavit insignis Jctus Belga Gerhardus Noodt (l). Porro ex principiis juris constat, non licere quidem Principibus legibus civilibus permittere ea, quæ juri naturali sunt prohibita, aut prohibere quæ sunt præcepta; at in iis quæ jure naturæ licent, summæ potestatis est, pro ratione variantis utilitatis reipublicæ potestatem legislatoriam exercere, vel eadem præcipiendo, vel etiam prohibitione libertatem naturalem minuendo. Non asserimus, præcipere jus naturæ, ut creditori relinquatur potestas fructus percipiendi ex re oppignorata, indicamus saltem, quod dictamen rectæ rationis indicet, hunc modum constituendi pignoris esse, ex natura pignoris, ad finem contrahentium obtinendum, aptissimum.

(k) *Dissert. de pecul. de æquit. cerebrina l. 2. C. de Rescind. vendit. c. 1.*

(l) *Tractatu integro de fenore & u. juris.*

num. Adeoque frustra nobis opponuntur quæcun- que leges positivæ, cum naturam pignoris confidere- mus abstrahendo a lege omni positiva. Non magis in illa consideratione per regulam determinari potest, quantæ usuræ sint licitæ, quam in venditione rerum determinari potest, quanti res valeat (m), sed omnia (m) *Dn. Prae- ses d. dissert.* illa, quantum ad regulas justitiæ pertinet, relinquen- da sunt prudenti arbitrio contrahentium. Dum vero regulæ charitatis suadent, aliquando vel nullas usuras, vel minores pro pecuniæ debitæ usu sumendas esse, huc non pertinent, cum jam versemur in quæstioni- bus juris, quid justum sit & injustum, non in quæstio- nibus decori, quid deceat, aut non deceat. Adde quod, ubi de decoro quæstio est, determinatio com- munitatis usurarum legitimarum, sive quincunces sive semisses, sive etiam trientes ad quæstionis resolutio- nem non sufficiat.

§. XIII.

Etsi vero hæc omnia quæ hæcenus memora- vimus fluere ex securitate creditoris, quæ in consti- tutione pignoris intenditur, debeant debitorem eo- fortius urgere, ut, tempore convento, debitam pecu- niæ summam offerat creditori, & ita luitionem pigno- ris ipse urgeat, non tamen illa plenitudinem securita- tis istius exhauriunt. Possunt enim multæ circum- stantiæ intervenire, ut creditor tamen pignoris luitio- nem negligat. Adeoque circumspiciendum est ulte- rius quid hic ratio dicat, ut caveatur creditori. Duo vero in hac quæstione secundum naturam negotii ca- sus erunt fecernendi. Vel enim convenerunt partes in constituendo pignore, ut intra certum ac determi- natum

(8) Si cer- tum tem- pus ad re- luitionem sit determi- natum, fini- to illo rem oppignora- tam in- commis- sum cade- re.

C

natum

natum tempus relucio fiat, vel talis conventio non est addita, sed relucionis tempus mansit indeterminatum. Priore casu id videtur tacite actum, ut, si intra tempus determinatum, luitio pignoris a debitore non fiat, pignus cadat in commissum h. e. ut ab illo tempore, ejus dominium irrevocabile transeat ad creditorem. Dum enim tempus relucendi pignus ista conventionione fuit determinatum, alius sensus esse nequit, quam ut post illud tempus debitor juri relucendi renunciassse censeatur. Renunciatio relucionis vero alium effectum habere nequit, quam ut pignus, jure domini, apud creditorem maneat. Quod si vero pactum legis commissoriae, expresse fuerit additum multo minus dubii subest, ab eo tempore creditorem accepisse dominium irrevocabile. Neque hoc pactum, siue expressum, siue tacitum, abstrahendo ab aliis circumstantiis, pro iniquo erit habendum. Censetur enim tum debitor aestimasse, rem oppignoratam tanti valere, quanti est quantitas debita, & ita tempore relucionis elapso, eam pure vendidisse pro illa summa creditori.

§. XIV.

Atque adeo & irrevocabilis dominus rei oppignoratae, ab illo tempore factus est, possit eam pro lubitu alii vendere, & sic tanquam verus rei dominus, dominium in emtorem transferre. Neque adeo obligatus est, ut, si rem pluris vendiderit, excedentem summam restituat priori debitori, (nisi ex charitatis regulis id facere sponte velit, de quo jam non est quaestio.) Nihil enim afferri potest ex natura conventionis, quod credito-
rem

rem ad eam restitutionem adigat. Rursus si minus receperit, quam antea fuit pecunia credita, aut si res oppignorata tempore determinato elapso forte mutata & absque facto creditoris deteriorata sit, ut tanti non valeat, quanti erat antea, creditor id, quod ipsi ex credito adhuc abest, a debitore repetere etiam nequit, (adeoque justum est, ut creditor qui hoc casu incommodum sentit, in priore illo etiam sentiat commodum.) Diximus enim, ubi tempus reluendi determinatur, id tacite actum censei, inter creditorem & debitorem, ut res oppignorata pro pretio summæ debitæ creditori debeat esse vendita. Periculum autem & commodum rei venditæ pertinet ad emtorem.

§. XV.

Cum autem in hoc casu, determinati ad reluendum pignus temporis, multæ circumstantiæ etiam intervenire possunt, ut creditor pecunia credita valde indigeat, etiam illud tacite actum esse censetur, ut creditor jus suum, quod pendente illo tempore in pignore habet, alii vendere possit. Ita enim prospicitur & securitati creditoris, quæ in pignore accipiendo etiam eo tendit, ut in casu indigentæ habeat, quod alteri pro tanta pecuniæ summa, quantum credidit, iterum vendere queat, & juri debitoris, cujus regulariter non interest, a quo pignus suum reluat. (Dico regulariter. Uti enim jam, in natura pignoris exponenda, de regulis sumus solliciti, ita non excludimus limitationes & in hac & in omnibus reliquis assertionibus, etsi scopus noster prolixam earum explicationem nobis haud permittat.) Adde quod hoc modo æqualitas conservetur inter creditorem & debito-

bitorem. Cum enim debitor pendente illo tempore possit rem oppignoratam alii, quoad jus reluendi vendere, cur creditor respectu juris, quod interim habet in pignore, deterioris conditionis esse deberet.

§. XVI.

(9) At si tempus reluendi sit indeterminatum, saltem jus pignoris a creditore vendi posse.

Posteriore casu, & ubi pignus simpliciter traditum fuit creditori absque determinatione temporis, ad reluendum destinati, id actum esse censetur, ut creditor ante reluitionem non majus jus habeat, quam quod habet in casu temporis determinati, pendente tempore. Igitur uti tum in arbitrio debitoris est, quocumque tempore velit, solutione debiti, reluere pignus, ita ut juri huic reluendi nunquam prescribi possit; ita & creditor poterit, quocumque tempore urge- re debitorem, ut pignus reluat. Si creditor nolit admittere luitionem, debitor eum actione instituta, ad restituendum pignus adigere poterit. Similiter creditor debitorem, si sponte reluere nolit. Quod si via judicii illis displicuerit, uti debitor jus reluendi alii poterit vendere, ita creditor suum jus quod in pignore habet. Ulteriora remedia deficiunt, quibus creditor debitorem ad reluendum pignus adigat. Et sibi imputet, quod tempore accepti pignoris, tempus ad reluendum non determinaverit. Neque enim, abstra- hendo a lege positiva, prima, neque secunda, neque tertia denunciatio creditoris id efficient, ut per eas jus vendendi ipsius corporis oppignorati acquirat. Imo etsi centies denunciaverit. Quod enim in casu tem- poris determinati, post illud elapsum ipsi potestatem vendendi corporis indulserimus, id ex conventionem deriyatum fuit, quæ hic deficit. Denunciatio enim est

est actio solius creditoris, quæ debitorem ad novum contractum ineundum cogere nequit. Quodsi debitor ultro denunciationem illam acceptet, adeoque cum creditore de tempore relutionis conveniat, nullum est dubium, quin ea conventio eosdem producat effectus, quos diximus oriri, si ab initio statim tempus reluendi determinent.

§. XVII.

Quemadmodum autem ex hæctenus dictis abunde constat, quod, ubi res non steriles pignori sunt traditæ, cum possessione majus jus in creditorem transferat, quam sola custodia rei, ita non inconueniens erit, si istud jus omne, antequam res in commissum cadat, dixerimus esse dominium revocabile. Habet enim omnes effectus, quos alias, aliæ dominii revocabilis species, abstrahendo a lege positiva habere solent. Quæ uti variæ sunt, ita jus creditoris hac parte quoad effectus istos simillimum esse juri, quod emtor habet in venditione sub pacto de retrovendendo, docebit caput sequens.

§. XIX.

Ergo & periculum hoc casu erit creditoris, hæctenus videlicet, ut non possit repetere debitum, si non possit reddere pignus in eadem bonitate, in qua idem acceperat. Nam ex altera parte etiam periculum ad debitorem pertinet, ut non possit a creditore repetere pretium rei oppignoratæ quatenus ejus valor excedit summam quantitatis debitæ. Ita enim se res etiam habere solet, in venditione sub conditione retrovendendi. Adde, quod alias securitati creditoris fieret præjudicium, si cogeretur summam illam excedentem

dentem solvere debitori, & quod alias, in aliis etiam negotiis debitor speciei liberetur, si res citra ejus culpam intereat. Quæ ultima ratio efficit, ut idem, quod de periculo hic diximus, etiam extendamus ad casum, ubi res sterilis oppignorata fuit creditori, etsi hic dixerimus cum possessione solam custodiam transire ad creditorem.

§. XIX.

Quid juris sit post resolutionem, circa impensas in pignus a creditore factas.

Restat quæstio, de impensis in rem oppignoratam a creditore interim factis, post resolutionem debitoris. Loquor de impensis non in conservationem rei factis, utpote quæ suo modo pertinent ad perceptionem & æstimationem fructuum, sed de impensis, quibus res aut melior facta fuit, aut facies rei oppignoratæ immutata. Distinctio juris Romani in impensas necessarias, utiles & voluptuarias subtilis quidem est, sed in applicatione ad negotia in societate humana obvenientia rem magis implicat, quam explicat. Accedit, quod illa distinctio potissimum inventa sit in quæstionibus definiendis, de jure malæ & bonæ fidei possessoris, nec adeo ad creditores applicabilis. Hic enim nec malæ fidei possessor est, cum pignus possideat ex conventionione cum domino, & plus juris ei competit in re oppignorata, quam cuilibet bonæ fidei possessori, ut ex hæcenus deductis liquet. Est tamen & alia ratio differentiæ inter bonæ fidei possessorem & creditorem, quæ hoc intuitu jus creditoris quodammodo facit deterius quam bonæ fidei possessoris. Hic enim in justo errore versatur, putans, quod perpetuus rei vel unicus sit dominus, ac creditor & omnes qui dominium revocabile habent, sci-

sciunt jus suum non esse perpetuum. Ergo abstra-
hendo a lege positiva, hic nihil æquius esse videtur,
quam ut creditor nullam habeat directam actionem,
adversus debitorem reluentem, ad impensas illas repe-
tendas, sed ut tollat rem illam novam, in quam im-
pensas fecit, aut, si malit debitor rem retinere, ut
tum debitor reluens, restituat ejus pretium, quanti
æstimaverit creditor. Quod si de pretio convenire
nequeant, & debitor vile nimis pretium offerat cre-
ditori, liberum huic erit rem tollere. Itaque electio
creditoris est, utrum tollere velit rem, an justo pretio
eam debitori relinquere. Ita neuter conquerendi oc-
casionem habebit justam. Non creditor, quod debi-
torem adigere nequeat, ad pretium impensarum sol-
vendum. Injustum enim esset, si debitoris conditio-
nem velit reddere deteriorem, cujus forte non inter-
est, eam rem retinere ex qua utilitatem & jucundita-
tem percepit creditor. Nam hominum utilitates &
jucunditates variant. Neque debitor. Si enim hic
nolit rem auferri, semper in ipsius arbitrio erit, per
indirectum debitorem impedire, ne rem destruat, si
scilicet justum pretium ei offerat. Stultus enim foret,
si non mallet pretium hoc acceptare, quam rem de-
struere.

§. XX.

Jam videamus, quod jus Romanum addiderit, jure Ro-
vel derraxerit iis observationibus, quas hucusque de mano quid
jure creditoris in pignus, abstrahendo a lege positiva, olim fidu-
fecimus. Ubi quidem ex iis, quæ nobis restant, frag-
mentis juris veteris ante Justinianum, 2) constat, olim

pi-

(n) Paulus Sent. L. 1. tit. 9. §. ult. L. 2. tit. 4. rubr. & §. ult. tit. 5.

§. 1. & 2. tit. 13. §§. 7. pri-
 oribus. lib. 3.
 tit. 6. §. 16. &
 69. Cicero pro
 Flacco c. 21.
 & lib. 13. fa-
 mil. 56. & c.
 (o) *Hac pñct.*
 si Paulus di-
 ferre alteram
 pignoris spe-
 ciem a fidu-
 cia distinguit
 d. l. II. §. 1.
 (p) *Ita si a-*
 pud Paulum
 II. 4. rubri-
 cam cum §.
 ult. jungas,
 videtur fidu-
 cia predicari
 de contractu
 estimatorio.
 Adde Gotho-
 fr. ad L. 1.
 Cod. Theod.
 p. 254.
 (q) Paul. II.
 13. fere per
 totum.
 (r) 13. Famil.
 56.
 (s) II. 13.
 (t) L. 1. C. de
 pact. pign.
 pignus duobus modis apud Romanos fuisse constitu-
 tum, partim *simplici depositione*, (o) partim *fiducia*. Sed in
 quo capite præcise vel effectu hi duo modi differentiam
 agnoverint, ob brevitatem locorum, qui *fiduciam* me-
 morant, valde in obscuro est, præprimis cum *fiducie*
 vox etiam in aliis negotiis, quam in mutuo & pignore
 adhibita legatur (p), & adeo sæpe dubium sit, utrum,
 cum de fiducia sermo est, de illa specie pignoris lo-
 quantur scriptores. Quidam *fiduciam* putant idem esse
 cum *hypotheca*. Sed horum sententia parum videtur
 verosimilis, cum hypothecæ possessionem creditor non
 habeat, at fiduciæ possessionem haud dubie habuit (q).
 Sed fecellit auctores primæ sententiæ, quod Cicero (r)
 dicat, *hypothecas commissas esse*, quod alias de *fiduciis*
 dicit Paulus (s). Sed haud dubie Cicero locutus est de
 alio pacto, cujus mentio fit in jure Justiniano (t), De-
 cepti etiam sunt, quod observaverint, Tribonianum
 in legibus Pandectarum ubique terminum *fiducie* ex-
 punxisse, & ejus loco, vocem *hypotheca* substituisse.
 Secunda sententia vult, in fiducia rem oppignoratam
 cum solennitate mancipationis fuisse creditori tradi-
 tam, sed cum duabus conditionibus, ut nimirum, si
 intra determinatum tempus debitor pignus lueret, id
 a creditore ei remanciparetur, si non redimeret, cre-
 ditor potestatem haberet solummodo pignus venden-
 di. De priore conditione nullum quidem est dubi-
 um (u). At posterior non probatur ex doctrina Pauli,
 qua docet, pactum fiduciæ adjectum, ut creditor, et-
 iam non solvente debitore, fiduciam tamen vendere
 nequeat, nullam habere efficaciam (w). Nam ex
 eo

(u) Propter notata a Paulo II. Sent. 13. §. 3. (w) II. 13. §. 5.

eo id solum sequitur, quod creditor elapso tempore pignus possit vendere, (quod etiam potest ex tertia sententia,) non vero probatur, quod præter potestatem vendendi non possit ipse retinere. Unde tertia sententia videtur omnium verosimillima, fiduciam esse contractum, quo pignus solenni mancipatione tradebatur creditori, ut si determinato tempore debitor solvat, id ei remanciparetur, si non solveret debitum, pignus caderet in commissum, id est, ut creditor illud quiete possideret, nec posset id relui tempore isto elapso a debitore, at si creditor fiducias postea distraheret, superfluum debitori restitueret. (x) Qui hanc sententiam impugnant, fatentur, pactum legis commissoriae quandoque fuisse adjectum fiduciæ, (y) at id non semper factum fuisse, & ubi id non accesserit, fallacem creditori licuisse ex contractu fiduciæ pignus vendere. Verum uti posterior hæc assertio per textum quem adducunt, (z) ut modo fuit ostensum, nequam probatur, ita contrarium præter istum locum Ciceronis verosimile est, quia Paulus fiduciam & legem commissoriam synonymicè videtur usurpare (a).

(a) Si in d. L. II. tit. 13. jungas rubricam cum textu.

§. XXI.

Quare & auctores secundæ sententiæ in eo falluntur, quod doceant, in contractu fiduciæ dominium pignoris statim ab initio transisse, non demum vi legis commissoriae elapso tempore determinato. Quale enim istud dominium foret, ubi creditori ne quidem ullos fructus ex re per fiduciam tradita percipere licuit, sed si quos percepit, illi in sortem fuere impu-

D

ti

(b) Cod. Theod. lib. 12. tit. 14. de instrum. lib. 1. que sub communi...

(b) Paulus II.
l. 2.

(c) Paul. II.
l. 3.

(d) Paulus
lib. 13. 4.

(b). At inquirunt, si non fuisset dominus factus, nulla posset ratio dari, cur debitor creditori non potuisset fiduciam vendere, cum tamen aliis vendere potuerit (c). Ergo, dicunt, illa subsistit ratio, quod creditor jam fuerit dominus. Sed & hic falluntur. Porius ratio fuit, quod creditor fiduciam contrahens deberet ex lege commissoria expectare tempus detorminatum, ante tempus istud vero non potuerit, ne quidem superposita persona tertia istud sibi acquirere (d). Et parum coheret ista doctrina, dum mox farentur ejus auctores, quod *dominium* istud creditoris pendente lege commissoria acqisitum sit *non proprie* tale. *Domini*um enim improprie dictum, dominium plane non est. Imo ne quidem postquam pignus in commissum cecidit, dominium regulare pignoris acquisiuit, quia post venditionem, superfluum coactus fuit redde-
dere debitori.

§. XXII.

Fiducia a
Constanti-
no M. sub-
lata.

(e) Lib. 3.
Cod. Theod.

lit. 2. l. un.
& l. 3. Cod.

Just. de pa-
ctis pign.

(f) §. 20.
hujus capituli.

(g) in cap.
12. Tobia.

Sed sustulit illam *legem commissoriam* in pignore, adeoque simul fiduciam veterum Romanorum Constantinus M. (e). Dissidentes contra urgent, quod non confundenda sit lex commissoria cum contractu fiduciae. Sed ad istam objectionem jam fuit responsum (f). Ista obiectio prima fronte gravior, post Constantinum Magnum diu fieri mentionem fiduciae, ergo ab illo eam non fuisse abrogatam. Nam, dicunt, Ambrosius (g) fiduciae meminisse, & Sidonius Appollinaris. Quinimo ipsi Imperatores Arcadius & Honorius contractum fiduciae expressis verbis confirmant (b). Sed responsio tamen ad ista non longe est

(b) Cod. Theod. lib. 15. tit. 14. de infirm. his quae sub tyrann. ab

est quærenda. Nihil frequentius illis temporibus, ^{barb. gest.} quam ut Imperator antecessoris leges mutaret. Er- ^{sant. leg. 9.} go id demum ex dictis sequitur, Constantini M. abro- ^{verbis: pi-} gationem fiduciæ & legis commissoriae apud succes- ^{gnoris atque} sores carnisse effectu: imo compilatores Codicis ^{fiducia obli-} Theodosiani leges contradicentes compilationi suæ ^{gatio perse-} inseruisse, videlicet legem illam Constantini, & le- ^{verent.} gem Arcadii & Honorii. Sed nec hoc aliquid inusita-
tatum est (i).

(i) adde Dn. Præsidis Nexos Jurispr. ante Justin. l. 2, c. 6. p. 95.

Et p. 108. n. 5.

§. XXIII.

Interim, quicquid sit de illa Constantini M. Et Justiniano ex constitutione, nobis sufficiet, quod Imperator Justiniano ex constitutionem illam Con- corpore ju- stantinianam retulerit, (k) istam vero alteram Arca- ris expun- dii & Honorii omiserit, atque hoc modo priorem ap- cta. probaverit, posteriorem vero, quæ fiduciæ mentio- (k) d. l. 3. C. nem fecit, tacite improbaverit. Unde etiam ii, ^{de pact.} qui negant, Constantinum cum lege commissoria fi- ^{pign.} duciam abrogasse, concedunt, a Justiniano tamen fi- duciam fuisse abrogatam, quia ævo Justiniani solennes illæ emancipationes & remanicipationes, tanquam fabulæ antiqui juris dudum in usu esse desierint. Et quamvis alii etiam quoad hanc assertionem illud ob- jiciant, quod Justinianus quidem solennitates illas anti- quas non agnoverit, propterea tamen rem ipsam & nempe contractum fiduciæ non sustulerit; vellem tamen, ut illi auctores id cogitassent, Justinianum; si contractum fiduciæ voluisset retinere, non fuisse permitturum, ut Tribonianus ex omnibus JCtorum

& Imperatorum legibus *fiducia* vocem expungeret, & loco ejus *pignoris* vel hypothecæ nomen substitueret, quod jam ab aliis sufficienter probatum fuit (1) contra quos nihil memini allatum fuisse a dissentientibus quod ulteriorem responsum mereatur.

§. XXIV.

Ergo jam ordo postulat, ut consideremus, utrum Pignus Justinianeum pignus juris Justinianeum conveniat cum iis, quæ abstrahendo a lege positiva sua sponte quasi, & jure generatium, ex natura pignoris fluere, in antecedentibus ostendimus factus. In conceptu quidem generico nihil mutare non potest. Nam & jure Justiniano pignus in securitatem creditoris constituitur, & est contractus accessorius præprimis mutui (m) & creditoris est possessio in pignore (n), scilicet detentio rei qualis ad securitatem sufficit (o). Nec in iis mutationem observare licebit in jure Justiniano, quæ supra de idoneitate pignoris intuitu securitatis notavimus, nimirum, ut pignus valeat ultra quantitatem debitam, ut æstimatio pignoris respectu hujus valoris fiat secundum tempus præsens, quo res oppignoratur, & quidem, quanti res vendi possit pretio communi, non pretio affectionis, item ut pignus habeat pretium durabile (p). Non opus est, ut de singulis leges conquiramus, fluunt enim ex regulis prudentiæ, de quibus leges non solent dari. Neque enim prudentia præcipit, sed suadet. Ergo sufficit, quod jus Romanum hac parte per leges nihil mutaverit. Quod porro diximus, in re sterili ad securitatem sufficere rei custodiam absque potestate utendi (q), id tantum abest, ut displicerit Romanis, ut potius in omni pignore etiam, quod in rebus non sterilibus

(1) *Salmasii de modo usurarum p. 179. 90. seq.*
 (m) *vide supra §. 1. & 2.*
 (n) *hujus cap. §. 1. in fine.*
 (o) *infra mod. re contr. oblig. l. ii. §. 2. de pign. act.*
 (p) *supra §. 3. l. 15. §. 2. qui sacrad. cog. l. 16. l. 33. de usurp.*
 (q) *vide supra §. 4. 5. 6. 7.*
 (9) §. 3.



bus constituitur, idem juris esse voluerunt. Denique quod de cessante impensarum repetitione intuitu creditoris asseruimus §. 19. etiam juri Romano est conueniens L. 7. C. de pign. act. l. 8. pr. & omnino l. 25. ff. eod.

§. XXV.

Ergo hic incipit differentia inter jus gentium & Romanum. Diximus, in rebus non sterilibus oppignoratitatis & securitatem creditoris & utilitatem debitoris requirere, ut fructuum perceptio relinquatur creditori, idque praesumi, nec opus esse pacto antichreseos (r). (r) §. 9. 10. At jus Romanum regulariter etiam in his rebus nihil aliud vult transire ad creditorem, quam possessionem & custodiam, potestatem utendi & fructus percipiendi non nisi ex pacto antichreseos, in tantum, ut si tale pactum non fuerit adjectum & creditor invito debitore, re oppignorata utatur, actione furti conueniri possit, & fructus percepti qualescunque, imputentur in sortem & usuras (s). Neque enim antichresis tacita, quam fingunt sibi Dd (t) ullum fundamentum in jure Romano habet, ut adeo Hottomannus etsi forte alias infelix emendator legum sit, hic tamen, ex necessitate doctrinae juris (u) textum emendaverit (x). Adde, quod & explicatio Hottomanni conueniat exacte cum alia doctrina Pauli in eodem libro, ex quo ille textus desumptus (y), ubi videlicet Paulus notat, ne quidem in fiducia licere fructus percipere, sed si percipiantur, computari in sortem (z). Ergo tantum abest, ut ex

In quibus differat.

(r) L. 11. §. 1. de pign. & hypoth. §. 6. Inst. de obl. que ex del. nasc. l. 1. 2. 3. C. de pign. act.

(t) ex l. 8. in quib. caus. pign. Cujac. l. 11. obs. 17. Dion. Gothofr. ad d. l. 8. Ant. Fab. Err. Pragm. §. dec. 9. &

D 3

men-

(u) d. l. 1. 2. 3. C. de pign. act. (x) l. obs. 4. ut adeo frustra contra eum disputet Ant. Faber. Legit vero pro gratuita pecunia, non tores communita. (y) sc. ex lib. 2. sent. Pauli. Nam ipsa illa l. 8. in fragmento hodierno sententiarum non extat. (z) vid. supr. §. 21.

(a) *supra* §.
11. 12.

(b) *de vario
usurarum
fatis in Rep.
Rom. vid.
omnino*

*Gerb. Noodt
de fenore &
usuris l. 2. c.
3. 4. seq.*

(c) *Quem re-
futit idem
D. Noodt
ibid. libr. 2.
cap. 9.*

(d) *arg. l. 2.
C. de pign. l. 1.
C. de distract.
pign. Carpz.
p. II. Const.*

30. *def. 40.
(e) supra* §.
13.

(f) *l. 3. C. de
pact. pign.*

(g) *supra* §.
14.

(h) *l. fin. C.
si vend. pign.
agat. l. 42.
de pign. act.*

(i) *supra*
§. 15.

mente Pauli in pignore simplici id licuerit. Diximus jure gentium creditorem fructus percipientem ex pignore non teneri ad reddendas rationes de perceptis fructibus (a). At apud Romanos aliter se res habebat, ibi enim cum legitimus determinatus esset usurarum modus (b) etiam, ubi pignori pactum antichreoseos esset adjectum, non licebat tamen legitimum hunc modum usurarum in perceptione fructuum excedere, frustra dissentiente in hac quaestione Cujacio (c), unde non potuit non sua sponte sequi quod creditor rationes reddere debuerit de perceptis fructibus (a). Diximus porro, finito tempore ad relutionem pignoris determinato, jure gentium pignus in commissum cadere (e). At postquam Constantinus M. legem hanc commissoriam in fiducia sustulerat, & Justinianus eam legem corpori juris inferuerat (f), etiam jure C. de pign. l. 1. Justiniano sublata est lex commissoria. Diximus, C. de distract. pign. Carpz. riam pignus vendidisset, non teneri, ut debitori restituat pretium exuberans (g). At jure Romano id non licere, vel ex eo patet, quod pactum legis commissoriae fuerit sublatum. Unde omnino superfluum pretium, quod scilicet pecuniam creditam excedit, debitori & ejus heredi erat reddendum (h). Diximus porro, pendente tempore ad relutionem determinato jus creditoris, quod in pignore habet, pro tanta pecuniae summa alii vendi posse (i). Etsi vero jus Romanum hic non dissentiat, solet tamen hanc venditionem, ut eo melius a distractione pignoris ipsius secernat, appellare dationem (k),

(k) *l. 1. C. si pignus pignori datum sit. l. 13. §. 1. de pign. Adde Schaff. ad Dig. de distract. pign. n. 3.*

conveniente utique nomine, cum novus emtor, cui
 jus pignoris saltem est venditum nihil amplius, quam
 jus pignoris in rem emta, consequatur. Denique dixi
 mus in casu temporis ad valendum indeterminati,
 jure gentium a creditore non pignus ipsum vendi posse,
 sed saltem jus pignoris, id est, pignus ipsum pignori
 rursus posse dari (l). Sed & hic jus Romanum aliud
 constituit. Etenim jam jure veteri, ubi adhuc con-
 tractus fiduciæ in usu erat, creditor simpliciter sibi pi-
 gnus depositum vendere poterat (m). Jure vero Ju-
 stiniano, quo contractus fiduciæ & pactum legis
 commissoriæ erat sublatum, necesse erat, ut credito-
 ris securitati circa venditionem pignoris alio modo pro-
 spiceretur, interim tamen antiqua illa pignoris ven-
 dendi licentia, variis modis fuit restricta (n). Ex di-
 ctis vero sua sponte sequitur, ut ea, quæ jure gentium
 supra asseruimus, de jure domini revocabilis, credi-
 tori in pignore non sterili competentis, & quod res
 oppignorata sit hætenus ipsius periculo (o), etiam ju-
 re Justiniano, se plane habuerint aliter. Nam eo jure
 nec dominium transit in creditorem, sed apud debi-
 torem manet (p), nec adeo in pignore periculum cre-
 ditoris est, sed solius debitoris (q).

(l) supra §. 17.
 (m) Paulus Lib. 2. sent. tit. 5. §. 1.
 (n) l. 1. C. de jure domin. impetr. Schæpf. ad tit. Dig. de Distr. pign. n. 3. seq. & ibid. Dd. commun. (o) supra §. 17. & 18.
 (p) l. 12. pr. de distract. pign. (q) l. 24. §. fin. de pign. act. §. ult. Inst. quib. mod. re con- trah. obliga- tio.

§. XXVI.

Quod si in causas harum differentiarum inquirere
 velimus, latus hic dicendi campus se offert, si modo
 institutum nostrum pareretur, ut prolixius quæstionem
 hanc evolveremus. Si dicendum, quod res est, subtilio-
 res eæ videntur, quam solidæ. Scilicet, ut a potestate
 fructus percipiendi ex pignore incipiamus, causa, quod
 oppignoratio jure Romano citra pactum non inferat, ut
 penes

Rationes harum dif- ferentiarum subtiles magis, quàm solidæ.

penes creditorem sit potestas fructus percipiendi, partim in eo videtur fuisse sita, quod mutuum statuerint esse sua natura gratuitum, & quod usurae in mutuo per expressam promissionem debeant constitui. Cum igitur contractus pignoratitius sit contractus accessorius plerumque mutui, & si creditor fructus percipiat, percipiat quasi in compensationem usurarum, noluerunt etiam in pignore potestatem indulgere fructus percipiendi citra expressam conventionem. Sed hanc rationem esse mere civilem & subtilem, vel ex eo patet, quia partim mutuum ex jure gentium non est contractus sua natura gratuitus, sed saltem ex jure Græcorum & Romanorum; partim, quia si hæc ratio a natura accessorii, deberet aliquid inferre, saltem jus antichreseos, citra pactum etiam, debuisset competere creditori saltem in contractu mutui, ubi usurae erant stipulatae &c. Porro quod creditor, si pactum antichreseos accesserit, deberet tamen rationes reddere, ne contractus fiat usurarius, satis ostendit, rationem desumptam esse a determinatione licentiæ usurarum, quæ determinatio mere civilis est, cum abstrahendo a legibus civilibus liceat usuras promittere & accipere pro lubitu. Adde, quod cum in lege civili determinatio usurarum eum in finem fiat, ne indigentes a creditoribus adigantur ad promittendas graviore usuras, hic finis fere cesset in debitoribus, qui habent pignora non sterilia, illi enim facile creditores alios inveniunt, si unus sub levioribus usuris credere nolit. Imo nec illud omittendum, si forte fructus in pignore superent usuras leviores, quod pars illa superans a creditoribus non injuste retineatur in compensationem

nam curæ & culturæ &c. Ulterius Constantinus M.
dum legem commissoriam sustulit, & quæ ab effectu
legis commissoriæ dependet, retentionem pretii ex-
uberantis, si pignus fuerit postea venditum, id qui-
dem fecit propter abusum legis commissoriæ, (r) sed (r) l. 3. C. de
propter abusum non simul tollendus erat usus, quem *pañ. pign.*
in se & abstrahendo a captionum asperitate, nihil in-
justi inferre jam supra (r) ostendimus. Denique (s) §. 13. in
quod jus Romanum, circa vendendum pignus a sine
creditore tot cautelas adhibuerit, id omne, neces-
sitas postulavit, propter sublatam legem commissoriam,
quæ si fuisset in usu retenta omnes erant superfluæ,
cum creditor tum sibi imputare debuisset, quod tem-
pus reluendi non determinaverit adjecta lege com- (t) per dista
missoria (t). supra §. 16.

§. XXVII.
Et facile patet accuratius leges Romanas con- Præprimis
siderantibus, in istis articulis, in quibus pignus Ro- cum illa
manum differt a pignore juris gentium, non subsuis- differentia
se conservationem veræ utilitatis reipublicæ, quia jus omnes elu-
Romanum permittit aperte ea, quæ in fraudem le- di potuerint
gum, talia de pignoribus disponentium, facta sunt; & evidenter
non permittit solum, sed & approbavit, dum in favo- per vendi-
rem eorum qui fraudem hanc commiserant, cum res tionem
in judiciis controverteretur, pronunciavit. Aut igi- cum pacto
tur jus Romanum imprudentiæ accusandum foret, de retro-
quod non puniverit, aut saltem non infirmaverit frau- vendendo.
des istas; aut fatendum erit, leges illas Romanas, in
quibus pignus differt a pignore, quod juris gentium
esse diximus, non quadrasse ad regulas prudentiæ le-
gislatoriæ. Probamus assertum de fraude facta legi-
bus

(u) l. 29. §
30. ff. de LL.

bus de pignore. Fraus fieri legi dicitur, si quis salvis verbis legis, sententiam ejus circum venit (u). Verba legum Romanarum loquuntur de pignore. Sententia ejus & intentio est, ut creditor non debeat percipere fructus majores usuris licitis, & ut pignus non cadat in commissum, & ut adeo creditor non fiat dominus pignoris temporarius ante casum legis commissoriae, nec perpetuus post eam. Jam sige, Titium velle mutuum sumere a Cajo, Cajum etiam velle mutuum dare, si Titius aedes suas pignoris loco det, sed loco usurarum velle percipere fructus aedium etiam majores, quam usurae consuetae sunt, quas ex pecunia mutuo danda stipulari licet, velle etiam tempus reluendi pignoris determinare ad quinquennium sub pacto legis commissoriae. At non licet hoc per leges Justiniani. Quid igitur agendum? Omittantur voces mutui, & pignoris, & loco ejus adhibeantur termini emtionis, venditionis, pretii, pacti de retrovendendo, tum habebit creditor quod desiderat, rumpantur etsi ilia Justiniano & Triboniano. Res clarius patebit ex dicendis capite sequente.

§. XXIIIX.

Pignus
Germani-
cum, ejus
formulae
antiquae
tres.

Jam de Germanis nostris adhuc dicendum sed paucissimis. Horum pignus exacte convenit cum pignore juris gentium, & potissimum in iis, in quibus jus Justinianicum ab eo differre diximus. Ne tamen more andabatarum hic procedamus & ut potius Lector de veritate assertionis nostrae convincatur, primo ponamus fundamenta ex formulis & legibus antiquis, & potissimum ea, quae ab aliis neglecta sunt. In Appendice formularum Marculphi (x) habetur talis cautio

(x) Formul.
50. Tomo II.

cautio de vinea. Domino fratri illo ille. Ad petitione Capit. Bal-
mea mihi non denegasti, nisi ut in summa necessitate mea ^zii p. 463.
argento vel amicto valentes solidos tantos in manu mea
ad prestitum beneficium mihi prestitisti. Propterea OP-
PIGNORO tibi vineam proprietatis mee in pago illo, in loco,
qui dicitur, illo, ari pennos (z) tantos. Subjungit de am- (z) Forte ju-
bobus lateribus & ambobus frontibus terra lui (a), intra gera.
ipsa terminatione & mensura ad integrum, & US QUE (a) Illa. Du
ANNOS TANTOS FRUCTUM, quem ibidem Deus dede- Fresne hac
rit, ad parte tua elidiatum (b) habere debeas, & per te- (b) i. e. Sine
metipsum ipsa vinea condirgere (c) facias, & quomodo ipso lite, fir-
FRUCTUS TANTOS ANNOS TRANSACTOS babueris, & miter.
debito tuo reddidero, cautionem meam per manibus recipi- conf. Du
am, stipulatione subnixā. Actum illo &c. In formulis Fresne voce
Sirmondicis (d) secundum legem Romanam talis for- illa.
mula reperitur. Magnifico fratri illo ego ille. Ad me- (c) i. e. uti.
am petitionem vestra decrevit voluntas, ut mihi beneficium Idem.
de rebus vestris illis INTER ANNOS TANTOS facere de- (d) Form. 13.
beretis, quod & ista fecistis. Et ego pro hujus merito be- ap. Baluz.
nescii OPPIGNORO tibi locellum (e) rem proprietatis mee Tom. 2. p.
nuncupantem illum, situm in pago illo, cum omni sua 475.
integritate vel soliditate. Ea vero ratione, ut quomodo (e) Puto par-
jam dicti anni adimpleti fuerint, & tu FRUCTUS ipsius Nam fere-
terre PER QUINQUE ANNOS TANTOS exinde college- trum Du
ris, ego supra dictum debitum tuum tibi desolvam, & re- Fresne buc
bus meis, una cum cautione mea de manibus tuis recipiam. non quadra.
Et si negligens aut tardus exinde apparvero, supra scriptum
debitum tuum in DUPLIUM partibus tuis sum redditurus.
Nec omitti debet alia formula, quæ ex archivo regio
Barcinonenfi desumpta est, & annum 1055. adscriptum
habet (f). Quia legibus seculi est decretum, ut PIGNUS

E 2

(f) In ap-
quod pend. act. ve-

rerum n. 148. quod pro aliquo negotio deponitur, si per cautionem fuerit
 ap. Baluzz. & obligatum, robur obtineat plenissimum, idcirco ego Rai-
 Tom. II. f. mundus Comes Paliarensis PIGNORATOR sum tibi Arnal-
 551.

Mironis & Arsuadi tua uxoris. Volo satis ut sciatur a
 cunctis, tam presentibus quam etiam futuris, qualiter Va-
 lentiam filiam vestram in conjugio accipio. Et vobis ma-
 nifeste conuenio, ut eam semper cum honore teneam, sicut
 homo debet tenere suam legitimam uxorem, & nunquam
 eam dimittam, dum vixero, nisi propter cucuciam (g),

(g) adu-
 rium.

quam ipsa mihi faciet, & ipsa cucucia mihi sit probata a
 me legaliter, & manifeste conuincta, & non sit facta per
 meum assensum, nec per meum consilium, nec per meum sta-
 bilimentum. Insuper conuenio vobis, sicut scriptum est in
 alia convenientia, quam in Limingana iuxta ipsum castrum
 inter nos fecimus, ut faciam ei commendare omnes meos me-
 diores homines, & faciam eis fidelitatem ei facere, & per

(b) Fidem
 dare.

sacramentum affidare (b), ut si Deus ei dederit infantes ex
 me post meum obitum, si illa virga remanserit, tendant ad
 eam & ad infantes ejus cum omni honore, quod nunc tenent,
 & tunc tenuerint per me, & hoc totum faciant sine engan-

(i) i. e. da-
 mno ex
 mea fraude
 Du Fresne
 voce: ingeni-
 um.

no (i). Et ego nunquam tollam ei castros, nec ipsam ter-
 ram, quas, & quam modo ei dare conuenio & inantea (k)

(k) In po-
 sterum. Ita-
 de inanzi.

ei dabo. Et super hoc ut totum, sicut superius est dictum,
 teneam, & faciam & adimpleam, mitto vobis & filie ve-
 stre Valentia jam dicta in pignore ipsum castrum de Arengs,
 & castrum de Montangana & castrum de Muro, & castrum
 de Limingana, cum omnibus eorum terminis & pertinentiis
 cunctis. Sub ea scilicet lege, ut si predictam omnem con-
 uenientiam non adimplevero, & non obseruauero, prefata
 omnia incurrant in VESTRA POTESTATE, sine aliqua
 contradictione, ad faciendum, quodcumque VOLUERITIS

face

(o) L. 2. art. redem) conveniet (o). *Quicquid alicui commodatur, aut oppignoratur, restituere is debet sine deterioratione commodanti vel OPPIGNORANTI, aut solvere ei debet ejus pretium. Si vero equus vel pecus tempore OPPIGNORATIONIS moriatur sine culpa possidentis, si hic id probaverit, & juramento se purgaverit, pretium non restituit, sed tamen amittit crediti summam, pro qua res erat OPPIGNORATA, nisi aliter convenerint (p).* Convenit cum his locis ex-
 (p) L. 3. art. 5. *acte jus Svevicum (q), nisi quod quædam impertinentia immisceat ex jure civili & glossa juris Saxonici, de quo mox.*
 (q) L. R. Cap. 243. n. 2. 3. & 244. n. 1. & 248. n. 1.

§. XXX.

Pign9 Ger-
 manicum
 cum pi-
 gnore J. G.
 plane con-
 venisse.

Constat vero ex dictis, quod plane conveniat pignus germanicum cum pignore juris gentium, etiam in illis articulis, in quibus jus Justinianum ab eo discrepare observavimus. Etenim præter possessionem, etiam potestas, fructus omnes ex re percipiendi, ad creditorem fuit translata, sine redditione rationum, adeoque hypocriticum illud, & a clero Pontificio inventum crimen usurariæ pravitatis, Germanis fuit incognitum; transit etiam ad creditorem dominium (revocabile) pignoris, adeoque simul periculum. Quin & lex commissoria locum habuit, si certum tempus reluendi in prima conventionem fuit determinatum. Omnia hæc asserta probata invenies, si modo lectionem duorum paragraphorum, proxime præcedentium placuerit repetere. Nec obstat, quod aliquoties mentio facta fuerit dupli restituendi, in eo casu, ubi tempore debito relutio non fuerit facta, adeoque diversum quid a lege commissoria hic videatur esse statutum. Vix enim casus dabilis est, ubi duplum vellet

vellet restituere debitor, & non mallet rem oppignoratam creditori relinquere. Aut, si tales casus contingerent, lex commissoria tamen vim regulæ haberet, & relutio per restitutionem dupli, exceptionis instar esset.

§. XXXI.

Simul vero patet, oppignorationes Germanorum, a pignore Justiniano plane fuisse diversas, & adeo earum naturam ex jure Justiniano non nisi absurde explicari, aut quæstiones circa oppignorationem Germanicam controversas, definiri. Uti tamen post introductas Academias in Germaniam, simul etiam jus Justinianum cœpit primum combinari cum patrio, ita mirandum, quod Glossa Germanica in speculum Saxonicum (r), per distinctionem ineptissimam jus Romanum & Germanicum conciliare voluerit. Ubi enim jus Germanicum dicit, creditoris periculum in re oppignorata hætenus esse, ut amittat debiti petitionem, Glossa dispositionem juris Romani contrariam illi dispositioni opponens, ita conciliat, ut asserat, jus Romanum loqui, de casu, ubi creditor non solum securitatem crediti quæsierit in pignore, sed etiam ultra pignus, fidejussores sibi dari curaverit; jus Germanicum autem loqui de casu, ubi in solo pignore securum se esse putaverit. Nam uti vel tyronibus juris constat, dispositionem juris Romani etiam obtinere, ubi præter pignus nulli fidejussores dati, ita etiam casus vix dabiles sunt, ubi quis simul fidejussores & pignora dare creditoribus soleat. Deinde, etiamsi dabilitatem hujusmodi casus concedamus, non repetet tamen jure Germanico creditor de-

bitum

Et adeo a pignore Justiniano plane fuisse diversum.

(r) ad l. 3. art. 5. p. 1195.

bitum suum, pignore perduto, a fidejussoribus, quia, jus Germanicum satis perspicue indicat, debitum tum esse extinctum. Extincto vero debito simul fidejussoris obligatio interiit. Et tamen compilatori juris Suevici absurda illa Glossæ distinctio ita placuit, ut eam infereret compilationi suæ, addens discretis verbis, creditorem, si simul fidejussores habeat, post pignoris interitum, pecuniam creditam a fidejussoribus repetere posse (s). Ut adeo etiam ex hoc argumento pateat, compilationem juris Suevici longe recentiorē esse compilationi juris Saxonici, quod alibi advertus doctrinam Schilteri latius probavit Dn. Præses (t). Nec illud hic omittendum, quod Glossa juris Saxonici contra principia juris patrii de natura pignoris, inter alia tradat, quod fructus pignoris in fortem sint computandi (u).

(s) d. cap.
243. n. 3.

(t) in *hisor.*
jur. Feud.
Germ. §. 45.
seq.

(u) *ad lib.* 2.
art. 24. p. m.

§ 27.

Excerpta
ex aliis do-
cumentis.

(w) in *diff.*
supra citata
§. 28.

(x) *ibid.* §. 90.

(y) *vid.* §.
91. 92.

(z) *ibid.* §. 93.

§. XXXII.

Plura documenta pro demonstranda natura pignoris Germanici; hic addere nolo, postquam laudabili diligentia, ea jam collegit *Excell. Gundlingius*. Huc pertinet potissimum, oppignoratio Caroli IV. Gunthero Schvvarzenburgico facta (w) item oppignorationes civitatis Egranæ aliarumque civitatum imperialium (x). Arque istis antiquioribus temporibus, etiam in aliis regnis Europæ magis in usu fuit pignus Germanicum, vel, si mavis, juris gentium, quam pignus Romanum, prout id varia documenta ibidem adducta abunde docent, ex quibus perspicue constat, fructus pignoris de forte non esse deducendos (y) & clausulam commissoriam in charta Guillelmi Reimundi, Comitis Ceritanæ fuisse adjectam (z).

His

His omnibus adde aliud exemplum a Schiltero adductum (a) de oppignoratione ab Imperatore Heinricho VII. a. 1308. facta.

(a) de Feudis
juris Francici
§. 12.

§. XXXIII.

Quare supersedere potuissent viri de jure patrio alias meritisissimi, qui Germanicum pignus allaborarunt deducere ex fiducia Romanorum, cum tamen superius dicta (b) satis demonstrent contrarium. Ostendimus enim in fiducia Romanorum non translatum fuisse dominium in creditorem, cum non licuerit creditori fructus ex re oppignorata percipere, quod in pignore Germanico aliter se habet. Neque adeo honoramus patriam, si putemus, eam ita fuisse stupidam, ut naturam contractus, qui tamen juris gentium est, non ex propria ratiocinatione discere potuerit, sed opus habuerit eam de nunc a Romanis petere. Unde jam facile responderi poterit dissentientibus, qui putant, fiduciam, quæ adhuc in Codice Theodosiano memoratur, una cum Codice transiisse ad Francos, utpote qui permiserint populis Romanis in Gallia devictis, ut jus ipsius, secundum Codicem Theodosianum diceretur. Nam (1) differentia ingens est, inter fiduciam Romanorum & pignus Germanicum, ut modo dictum. Sensit hanc responsionem Schilterus (d) adeoque ut ei obveniret, maluit ineptienti glossæ asferentur, quam veritati; præferim, inquit, dum glossa (e) notet, etsi dominium pignore translulerit, tamen fructus, perinde ut in fiducia contractu, detrahendos fuisse. Hic varia supponuntur, aliter se habentia. Nam in pignore Germanico fructus non fuisse in sortem imputatos, hæctenus ex variis documentis probatum fuit.

Pignus Germanicum non esse fiduciam Romanorum.
(b) §. 21.

(c) vide supra §. 22.

(d) de jure retrovend. p. 185.
(e) ad l. 2. art. 24. Spec. Sax.

F

inde

inde, si fuissent impurati, quis diceret tum dominium in creditorem fuisse translatum. Certe nec ipsa Glosfa tam ineptit, ut dominium pignoris creditori tribuat, & simul neget potestatem percipiendi fructus, sed saltem pro more, textui juris Germanici, affluit requisita pignoris ex jure Romano. (2) Etsi cum Codice Theodosiano quadam ex Romanis moribus transierunt ad Francos, id tamen de Gallis seu cisrhenanis, non de transrhenanis, seu Germanis intelligendum esse, alia occasione ex Alteserra (f) monstravit Dn. Præses (g). Ut taceam (3) formulas pignoris Germanici supra (b) descriptas satis probare, fiduciam Romanorum neque a Franco Gallis fuisse receptam, cum & ex illis pateat, dominium & fructuum perceptionem translata fuisse ad creditorem.

(f) *Rer. A-*
g III. lib. 3. c.
8. seq.

(g) *In ap-*
pend. ad hist.
jur. Feud.
Germ.
(b) §. 25.

CAP. III.

Emtionis cum pacto de retrovendendo natura, tam ex jure Gentium, quam ex jure Romano & Germanico.

§. I.

Juris retrovendendi & pignoris differentia. **H**Aud dubie pignoris & emtionis contractus in se sunt diversissimi, moribus gentium, & in specie etiam Romanis, & Germanicis. Retrovenditionis seu potius juris retroemendi eadem est ratio, si id in genere consideres. Est enim illud, in latiori suo ambitu, jus, quo venditor rei, emtorem obligatum habet, ad rem eodem pretio retrovendendam. Dico eodem pretio, nam si pretio novo retro-

44 *Dissert. Inaug. de usu pract. accur. distinct. inter emtionem &c.*
niant, quatenus ab eo differant. Solliciti ergo sumus
saltem de specie tertia, conventionali sub tempore.

§. II.

Jus retro-
emendi
conventio-
nale sub
tempore.
Ejus tres
casus.

Atque hoc iterum duo vel tria genera diversa
habere potest. Vel enim potestas reluendi habet
tempus indeterminatum, ut, quandoque vendito-
ri libuerit, restituito pretio rem reluere possit, vel dies
determinatus est. Et tum vel ad quem sive intra
quem, vel ex quo. Priori modo, si venditor intra
tempus determinatum non offerat pretium, em-
tor rem venditam retinet in perpetuum, & venditor a
redemptione ejus est exclusus. Posteriori casu vendi-
tor ante tempus elapsum rem venditam redimere ne-
quit, sed tempus reluendi incipit post diem, ab illo
vero tempore convenit cum primo casu, ut, quando-
cunque postea venditori libuerit, rem venditam que-
at redimere. In priori casu adhiberi solet particula
intra (binnen v. g. zwey Jahren) in posteriori *post*
(nach zwey Jahren.) Res plana.

Alius casus
dubius.

§. III. Id tamen dubium, si venditio fiat
in certum tempus (auff drey Jahr widerkauflich)
quid tum partes voluerint. Sane sensus potest
esse, quod relitio debeat terminari intra trienni-
um, & quod emtio debeat durare ad trienni-
um. Non est otium, controversiam hanc determi-
nandi. Saltem id notamus, non indubiam esse defi-
nitionem eorum, qui in favorem venditoris eam re-
solvunt, ut post illud tempus determinatum, liceat
venditori rem venditam redimere (n). Quid si enim
alter urgeat, in dubio interpretationem in hoc pacto
faciendam esse contra venditorem, ut qui clarius lo-
qui

(n) *Carpz. p. 2. C. 1. def. 9. §. lib. 5. resp. 28. Schill. de jure retrov. p. 215.*

qui debuisset (o), aut, si hæc regula interpretandi videatur provenire ex jure civili (p), in dubio potiore esse causam possidentis, quæ regula etiam juris gentium est. Video quidem doceri, acsi pactum, quod ex die redemptionem concedit, sit in gratiam emtoris adjectum, adeoque contra hunc expositionem fieri debere (q). Sed tamen clausula illa (auff drey Jahr widerkauflich) in dubio magis censetur contractui adjecta a venditore quam emtore, quia emtor regulariter magis vult dominium perpetuum, quam revocabile.

(o) Schilt. ibid p. 306.
(p) Dn. Prales part. 2. Logices cap. 3. §. 155.

(q) Schilt. d. p. 306.

§. IV.

Cæterum cum conventiones de redimendo ad diem & ex die non solum diversos sed & oppositos habeant effectus, patet impossibile esse, ut utraq; concurrere possint, ita ut unum idemque tempus denotet terminum, a quo offerendi facultas oriri, & quousque durare, aut & post quod & intra quod revenditio fieri debeat. Etenim si intra triennium retrovenditio fieri debet, ante triennium redimenda est res vendita; post triennium id non licet, si post triennium, tum non licet ante triennium. Quomodo ergo conjungi possent, quæ contradicunt, ut idem simul liceat & non liceat. Et tamen videas JCros etiam philosophia claros hic errare (r). Occasio errori dedit, partim non recte perceptus sensus formulæ, quæ tamen si accuratius inspicias, est saltem ex die (s), partim inepta formula ab imperito notario concepta, quæ venditor stipulatus erat, ut sibi liceret post triennium sed non diutius rem redimere. Quilibet negotiorum civilium, gnarus videt, notarium imperitum loco

An detur casus mixtus.

(r) Schilt. p. 216.

(s) op. Carp. lib. 5. Resp. 29. in fin.

F 3

post

8/



post triennium, scribere voluisse *intra* triennium. Et hinc etiam in eum sensum pro emtore contra venditorem pronunciatum tuit, etsi alias rationes afferat Carpzovius (*t*). De eo non disputamus, annon diversis temporibus determinatis possit mixtura pacti fieri, v. g. si quis rem vendit ut *post* v. g. triennium *intra* aliud v. g. triennium redimere rem possit. Nam quis de hoc casu dubitaret?

§. V.

Hoc jus retroemendi parum differre a jure pignoris.

Jam videamus, an illa tria genera conventionalis retrovenditionis, non suspensæ a conditione, sed quæ adjectione temporis vel indeterminati vel determinati fieri solet, multum differant a pignore juris gentium? Atque hic ante omnia supponendum est, in negotiis civilibus non tam consideranda esse rerum nomina, quam rem ipsam. Multa vocantur eodem nomine, quæ diversa sunt (*u*). Multa habent diversa nomina, quæ sunt eadem (*w*). Identitas rerum civilium & diversitas, potissimum a causa impulsiva & finali (quæ duæ parum differunt) dependent. Si ergo ostenderit, eundem esse finem pignoris juris gentium ac emtionis cum pacto de retrovendendo, ac eosdem esse utriusque conventionis effectus, (qui a fine etiam dependent) (*x*) quilibet facile percipiet, exiguam esse aut remanere inter utrumque contractum differentiam.

(*u*) v. g. *Majestatis vox dicitur de iis qui summam potestatem non habent.*
(*w*) *Ut precarium & commodatum intuitu Germanorum.*

(*x*) *Schilt. d. l. p. 232.*
Cum adfit eadem ratio impellens & finalis.

§. VI.

Quod impellentem causam ac finem attinet, uterque & mutuum accipiens & rem sub retrovenditione vendens opus habet pecunia, alias nec mutuum sumeret, nec rem venderet; Uterque re quam pignori dat,

dat, vel sub retrovenditione vendit, non vult perpetuo carere, sed si ad meliorem fortunam pervenerit, eam restituta pecunia reluere aut redimere. Si res ex voto solo illius, qui pecuniam accipit, peragenda esset, nullum tempus adjiceretur, determinandæ relutioni aut redemtioni. Sed cum securitas ejus qui pecuniam solvit, aut utilitas sit diversa, ita, ut modo velit re, quæ in securitatem ipsi datur aut venditur, non statim privari, modo velit certior esse, utrum pecuniam suam, qua tunc post tempus ipse utetur, sit recepturus, aut utrum rem traditam absque ulteriori metu relutionis jure domini irrevocabilis sit retenturus; solet terminus relutionis determinari, priori causa ex tempore certo, posteriori ad tempus certum.

§. VII.

Sunt & iidem effectus in venditione sub pacto de retrovendendo, quos supra enumeravimus, dumna effectus. turam pignoris ex jure gentium consideravimus, Transfertur ad emtorem dominium rei sed revocabile (y), ut in pignore. Res non potest relui amplius, (y) Schilt. p. 233. 237. si non offeratur intra tempus determinatum (z), nisi fiat prorogatio (a), quod convenit cum pacto legis commissoriae in pignore. Periculum omne & com. (a) Id. p. 320. moda rei pertinent ad emtorem, etiam citra pactum antichreseos (b) ut in pignore. In relutione idem pretium restituendum, non majus nec minus (c) ut in pignore. Emtor repetit saltem impensas necessarias, non utiles, sed has rollit (d), ut in pignore. Emtor redhibita re vendita, non tenetur rationes reddere de perceptis fructibus (e) pendente tempore retroven-

(d) Doctores, res citati ib. p. 263. seq.

(c) lb. p. 273.

dendi, emtor rem venditam non potest vendere efficaciter (f), ut in pignore.

(f) *Sande cum multis aliis citat. ibid. p. 275.*

§. IIX.

Cur tamen
circa effe-
ctus retro-
venditionis
Dd. valde
dissentiant.

(g) *Schilt. p.
259. seq.*

(b) *ib. p. 264.
seq. 268.*

(i) *ibid. p.
274. 287.*

Fateor quidem, quod Doctores in aliquibus sententiis modo notatis valde dissentiant, ut in quaestionibus, annon majus pretium offerri debeat in redemptione (g) annon utiles impensas possit repetere emtor, & ratione earum etiam jus retentionis exercere? (b) annon emtor, non obstante pacto de retrovendendo possit tamen efficaciter vendere? (i) Sed si quis genuinam causam hujus dissensus quaerat, ratio in eo consistit, quod illi, qui a nobis dissentiunt, putaverint, quaestiones non ex natura pignoris, quod juris Gentium est, sed ex natura generica emtionis, quam a pignore valde diversam esse fassus sumus, esse definitam. Accedit, quod Dd. omnia quae jus Romanum de contractibus, qui juris G. dici solent, disponit, habuerint etiam pro moribus & jure gentium, & quod jure Romano insignis sit differentia inter pignus & pactum de retrovendendo, & oppositi plane utriusque effectus, paucissimae etiam leges de retrovenditione disponentes in corpore juris compareant. Unde non solum in his, sed & in aliis quaestionibus ad jus retrovendendi pertinentibus, doctores non possunt non dissentire. Aut si etiam non dissentiant, nobis tamen ob dictam rationem integrum erit de veritate assertio- nis dubitare. Ita asserunt, in venditione sub retrovenditione, sine determinatione temporis reluendi, non statim reluitionem fieri posse, sed tamdiu expectandum venditori, donec emtor ex ea emtione commodum

dum aliquod, cujus gratia contraxit, perceperit. Item: si isto casu temporis non determinati venditor denuntiet emptori, quod redimere velit, & tamen, cum emptor restituere paratus esset pretium, realiter non obtulerit, quod tunc venditor secundo offerens non amplius audiatur, nisi expresse clausula fuerit addita, *quotiescunque voluerit* (k). Nos utrobique dissentimus, (k) *Schilt. p. 238.* quia utrobique in pignore juris Germ. se res habet aliter. Ita docent, periculum rei venditæ sub pacto de retrovendendo statim post conventionem pertinere ad emptorem, etiam si res nondum fuerit tradita. (l) (l) *Ibid. p. 252. 254.* Nos ex eadem ratione dissentimus. Varie dissentiunt circa quæstionem de fructibus pendentibus tempore reuisionis, an sint emptoris, an venditoris, an dividi (m) (m) *Ibid. p. 297. --- 304.* debeant? &c.

§. IX.

Jam, quoad jus Romanum, etsi ut modo diximus, vix tres textus juris (n) de venditione sub pacto de retrovendendo agant, id tamen certum est, hanc retrovenditionem in plerisque & præcipuis effectibus differre a pignore Justiniano. Summatim in iis, in quibus pignus Justinianeum diximus differre a pignore juris gentium, (o) potissimum in eo, quod emptor dominus fiat rei emtæ, & fructus percipiat absque pacto antichreseos, creditor in pignore dominus non fiat, & pacto antichreseos habeat opus, quod emptor post redemptionem non reddat rationes de fructibus perceptis, creditor, etiam cum pacto antichreseos, reddat, ne committatur usuraria pravitas; Quod emptor retineat rem, si venditor eam intra tempus determinatum

G tum

50 *Dissert. Inaug. de usu pign. accur. distinct. inter emtionem &c.*
tum non redemerit, creditor vero non retineat pignus,
propter sublatam legem commissoriam.

§. X.

Usus hujus
contractus
apud Ro-
manos,

(p) *de qua §.*
i. in fine.

Si Romani pignoris naturam intactam reliquif-
sent, rarissimus fuisset usus emtionis cum pacto de re-
trovendendo, nisi forte conditionalis illius retroven-
ditionis (p). At postquam Romani, creditori, do-
minium in pignore, potestatem fructuum percipien-
dorum, fructum legis commissoriæ abstulerant, &
onus reddendarum rationum de fructibus perceptis
imposuerant, nullum est dubium, frequentiora fuisse
exempla venditionum cum pacto redimendi, cum in
hoc contractu creditori seu emtori omnia licerent,
quæ non licebant in contractu pignoris. Stupidus
enim fuisset creditor, juris patrii gnarus, cum debi-
tor mutuum ab ipso voluisset sumere, si non loco con-
tractus pignoratii elegisset emtionem cum pacto de re-
trovendendo (q). Sed ita omnes illas dispositiones
juris Justiniani de pignore juri gentium contrarias
fuisse elusas, notavimus jam superius (r).

(q) *Conf.*
Schæpf. ad
Tit. de pign.
act. n. 12.
(r) c. 2. §. 27.

§. XI.

Quando
apud Ger-
manos cœ-
perit esse
in usu,

Ergo quod Germanos attinet, ex dictis ratio ap-
paret, cur ante receptum jus Justinianum in Germa-
niam, nulla quod sciam, legatur commemoratio ven-
ditionis cum pacto retrovendendi (eines Wieder-
kauffs) sed solum commemorentur oppignorationes
Pfandschaften / Pfand Schillinge / quia videlicet
tum Germanis nullum præstabant usum peculiarem
venditiones cum pacto retrovenditionis, cum omnes
ejus usus inessent oppignorationibus. Postquam ve-
ro jus Justinianum in Academiis Italiæ docebatur, &
exinde

exinde in academias Germaniæ fuit translatum, retro-
venditio non statim quidem in formulis contractuum
fuit adhibita, sed tamen a JCTis academicis contracti-
bus oppignorationum, ob identitatem effectuum, ap-
plicata. Unde modi loquendi in valuerunt, oppigno-
rationes & retrovenditiones esse unum, idemque, aut
(Germanicas) oppignorationes esse (secundum stylum
Romanum) venditiones cum pacto de retrovendendo
(s). Huc refero diploma Ludovici Bavaride anno 1321.
(t) (Nam eo tempore jam Academia florebat in Ita-
lia) ubi verba; *omnia bona impignorata, vel sub spe redemptio-
nis vendita*, item verba: *licebit nobis eadem emere, redi-
mere* non indicant, meo quidem judicio, diversitatem
horum duorum contractuum, sed identitatem ratio-
ne effectuum.

*Emptio
contractuum
(s) Gylm.
Symphor. Tz.
voce Pfand
Schilling/
& voce retu-
itio. Besold.
Thes. Pract.
voce Pfand
Schilling.
Schilter. d. l.
p. 178. 181. sq
(t) ap. D.
Gundling.
§. 97.*

§. XII.

Posteaquam vero JCTi Academici etiam in foris
Germaniæ regnare inciperent, & ita jus Romanum
etiam in usum forensem introducerent, tum sane evi-
dens est, pignoratitium contractum & venditionem
cum pacto retrovendendi, incepisse esse contractus
æque diversos ac oppositos, atque iidem fuerunt, jure
Justiniano. Quo tempore id factum fuerit, non-
dum invenire potui. Edidit anno 1528. anonymus
Rhetoricam vel Formularem in lingua germanica. Ibi
nec dum formulam pignoratitii contractus, nec ven-
ditionis cum pacto retrovendendi invenio, sed solum
formulas emtionum annuorum reddituum, quæ etiam
vocantur aliquando oppignorationes Unterpfan-
de. (u)

Et quidem
tanquam
distinctus
contractus
ab oppi-
gnoratione
(u) *ibid. f.
197.*

§. XIII.

§. XIII.

Emtionis
annuorum
redituum
origo &
progressus.

De annuis reditibus eorumque origine & progressu multa mihi restarent dicenda, si instituti ratio id permitteret. Breviter putarem sic se habuisse. Constat, jus Canonicum, cujus integro seculo, ante receptum jus Justinianicum, in Germania fuit usus, prohibere omnes usuras, etiam quæ hodie & jure Justiniano, pro legitimis habentur. Uti vero Clerus Pontificius multa invenit in fraudem constitutionum Canonicarum, ubi utilitas eorum ita exigeret, ita etiam inventum clericale esse arbitror, emtionem annuorum redituum. Sunt enim, si exacte consideres tales emtiones, nihil aliud, quam mutua usuraria palliata, & adeo ab oppignorationibus antiquis Germanicis & venditionibus Romanis cum pacto de retrovendendo, quoad illam primam originem, nihil vel parum differebant, nisi quod in his creditor aut emtor, omnes fructus rei perciperet, nec teneretur de perceptis reddere rationes, in emtionibus annuorum redituum vero reditus emti haberent proportionem cum usuris (a). Nam quod in emtione annuorum redituum prohibita censetur venditori repetitio pretii, id demum venit ex Ord. Polit. de anno 1548. (b). Id non omittendum, Wehnerum errare, dum putat, oppignorationes Germanicas originem sumxisse ab emtionibus redituum, seu censuum, (c)

(a) *Schilter.*

p. 225.

(b) *i. iii. von*

Buchelins

chen contra-

hen. conf.

Schilter. p.

333.

(c) *Voce*

Wfand,

schafft.

Confusio
utriusque
contractus
unde?

§. XIV.
Cum vero postea successu temporis introductio juris Romani obumbraret mores patrios, & Jcti eos pro viribus expellere intenderent ex foris Germaniæ, nec tamen id pro voto, dare possent effectui, secutæ fuere

fuere miræ confusiones utriusque juris, & dubitari cœptum, utrum contractus pignoratitius sit, an retrovenditio. Jam suo tempore Mynfingerus (d) de differentia horum duorum contractuum incepit agere. Auctores item Consultationum constitutionum Saxonicarum (e) magno conatu id agunt, ut jus patrium iniquitatis acculent, & juris Romani placita introducant. Neque tamen confusio metuenda fuisset, si simpliciter receptum fuisset jus Justinianæum, & mixtura juris Canonici ac recessuum Imperii, contractus usurarios interdicerent, simul non obstitisset. Tum enim in arbitrio contrahentium fuisset, utrum pignus, an retrovenditionem vellent contrahere, ut id jure Justiniano licuit. Sed, cum per recessus & jus Canonicum id haud liceret, inde confusio orta, notariis & advocatis sæpe miscentibus, in formulis contractum utrumque, & pignus & retrovenditionem, (f) vel ex ignorantia vel ex studio eludendi dispositiones juris Canonici & recessuum imperii. Hinc illæ lacrymæ:

(d) cent. 6. obs. 70.

(e) Tom. 1. Part. 1. q. 52. & 53.

(f) Exemplum ap. Ill. Iust. Strickium de cautelis contrahentium Sect. II. Cap. IV. §. 31. & 32.

CAP. IV.

Ufus practicus differentiarum inter contractum pignoris & retrovenditionis,

§. I.

NEQUE tempus neque chartam perdemus, excribendis & seorsim examinandis illis regulis vel signis quadraginta octo, fecernendi contractum pignoratitium a retrovenditione, collectis a Berlichio, ubi, quicquid Doctores hac de re dixerant vel

Confusio Doctorem doctrinam hanc exponentium.

G 3

dicere



dicere poterant, majori diligentia quam iudicio conscripsit, & unde haurire solent fere, quicunque post eum hac de re differunt. Et tamen si quis signa ista perlegerit & relegerit aliquoties, vel perplexior redditur, quam erat antea, cum videat unum signum sæpe alteri contradicere, vel agnoscat, ea, quæ paucis regulis tradi poterant, includi multis. Igitur operam dabimus, ut confuse proposita a Doctoribus, etiam in hoc capite, distinctionibus & observationibus perspicuis expediamus.

§. II.

Quod declaratur ulterius.

Et quidem statim miscentur duæ vel plures quæstiones diversæ & distinctæ, dum communiter usus doctrinæ illius de differentiis utriusque contractus dicitur in eo consistere, ut appareat, quem contractum voluerint, partes celebrare, an retrovenditionis, an contractum pignoratitium, *usurarium, & simulatum.* Hic multa confunduntur & obscure traduntur: primo de licentia retrovenditionis & prohibitione pignoris usurarii, deinde de quæstione quid partes in verbis contractus intellexerint, seu quænam eorum mens fuerit declarata per verba, & quid partes per verba occultare & simulare voluerint. Horum neglectam distinctionem, rem alias non difficilem, reddidisse difficillimam, docebunt sequentia.

§. III.

Minus apta oppositio retrovenditionis & contractus pignoratitii usurarii.

Nam, ut id initio constat, non omnem contractum pignoratitium esse usurarium, sed quosdam etiam sine usuraria pravitate contrahi; constat etiam quod sub retrovenditione quoque possit latere usuraria pravitas, cum supra ostenderit, regulariter & fere

fere plerumque emtiones cum pacto de retrovendendo esse inventas ad pallianda mutua cum pignoribus conjuncta. Igitur hoc intuitu formanda erat quaestio: Utrum contractus pro licito sit habendus sive pignoris nomen sive retrovenditionis præ se ferat, utrum sub eo lateat usuraria pravitas? Neque enim in proposito usu doctrinæ præsentis, retrovenditio supponitur tanquam contractus indefinite licitus, cum, ut vidimus, sit inventus ad palliandum contractum, qui vocatur usurarius.

§. IV.

Unde doctrinam hanc, id etiam maxime reddit difficilem, quod Doctores communiter, quia viderunt in jure Romano emtione[m] cum pacto retrovenditionis tradi tanquam licitam, etiam recepto jure Justiniano apud Germanos, idem doceant, & commententur etiam partibus, quod melius sit, loco contractus pignoratitii celebrare retrovenditionis contractum, cum tamen postea iterum sua consilia destruant, irritas reddendo tales retrovenditiones tanquam usurarias. Et quidem hæc inconvenientia apud nos hodie major est, quam apud Romanos. Apud Romanos usuræ quædam erant illicitæ, & fructus pignoris excedentes imputabantur in sortem, lex commissoria etiam tanquam favens usuris illicitis erat abrogata, sed tamen usuraria pravitas non erat tantum crimen quantum postea astutia Cleri factum est, & pro quanto etiam apud nostros, artes Papales Cleri non intelligentes, habetur. Si ergo jus Romanum peccavit contra prudentiam legislatariam, quod præsuppositis illis de natura pignoris dispositionibus, permiserit tamen, inven-

Vana doctrina, retrovenditionem apud nos esse contractum licitum.

(g) *Supra*
cap. 2. §. 27.

inventa emtione venditione cum pacto retrovenditionis eas eludi a subditis, (g) multo minus coherent leges nostræ & doctrinæ Jctorum, quod toties de crimine usurariæ pravitatis loquantur, ac contra eam severe pronunciant; & tamen simul doceant, retrovenditiones esse licitas, cum tamen, quantæ quantæ sint, sint pignora usuraria palliata. Aut tollendæ essent leges illæ, sub specie ejiciendarum e Rep. usurariorum pravitatum, stabilientes, etsi citra propositum, arca Papatus (h); aut, si videretur e republica esse, ut contractus usurarii, & lex commissoria pignoris ulterius prohiberentur, tollendæ essent emtiones sub retrovendendo, tanquam, ut ostendimus perspicue, pallia usurariorum contractuum. Ita uno ictu omnis difficultas esset abscissa. Quis enim quæreret, an contractus pro retrovenditione habendus sit, si solus contractus pignoris in usu maneret, & homines sub imaginaria licentia retrovenditionis ibi non quærerent asyla.

(h) *per di-*
sta. cap. 2. §.
12.

§. V.

Alia confu-
sionis nota.

Deinde quid hoc est disquirere de differentia horum duorum contractuum, ut appareat quem contractum voluerint partes celebrare, an retrovenditionem, an *pignoratitium simulatum*? Initio aliud dicunt Auctores, quam quod volunt. In contractibus de quibus solliciti sunt, non pignus simulatum est, sed *simulata* retrovenditio & pignus *occultatum*. Deinde ita miscentur plane duæ quæstiones distinctæ. Aliud est quærere quid voluerint partes significare per verba contractus, & quid voluerint occultare. Ad priorem quæstionem pertinent *regula Logicæ bonæ interpre-*

pretationis, non peculiare his contractibus duobus, de quibus quæritur, sed communes omnibus negotiis civilibus, non multæ tamen, ut vulgo fieri solet, sed paucissimæ (i). Ad posteriorem pertinent *regule prudentiæ politica*, & singularis sagacitas ex quibusdam iudiciis apparentibus, aut regulis, ex natura humana morali detegendi sensus hominum occultos, aut facta occulta, quæ perpetuo confunduntur a plerisque Dd. præsentem quæstionem tractantibus.

§. VI.

Est & illud notandum. Differentiæ pignoris & retrovenditionis traduntur vel per *regulas theoreticas* desumptas ex doctrina jurisprudentiæ de & retrovenditionis natura, vel per *regulas practicas*, desumptas ex moribus hominum hos contractus celebrantium, & notitia formularum quibus pro diversitate circumstantiarum uti solent. His correspondent etiam *diversi usus practici*. Unus, est applicatio regularum theoreticarum ad formulas contractuum propositas, ut ex diversis pignoris & retrovenditionis effectibus judicemus, quem contractum *celebrare* partes voluerint, quem usum differentiæ causa appellabimus usum *Doctoris & Interpretis*. Alter est applicatio doctrinæ de moribus & inclinationibus hominum ad casus propositos, ut appareat, quem contractum *occultare* voluerint contrahentes, quem doctrinæ causa dicemus usum *Advocati & Judicis*. Hæc etsi subordinata sint, sunt tamen distincta, neque adeo debuisent a Doctores, ut fieri solet, in hac doctrina misceri.

H

§. VII.

§. VII.

In contra-
ctibus prin-
cipium dif-
ferentiam
pignoris &
retroventi-
tionis non
esse atten-
dendam.

His observatis personæ contrahentes sunt fecerenda, utrum legibus civilibus sint solutæ, an actiones eorum subjiciantur normæ legum civilium. Priorum ut Principum, qui superiorem non agnoscunt, contractus dijudicandi sunt ex solo jure naturæ: At secundum jus naturæ nullam ostendimus esse differentiam inter pignus & retroventiõnem. Ubi ergo nullæ differentiæ sunt inter contractus, ibi frustraneæ sunt & inutiles tam regulæ theoreticæ, illa duo fecernendi, & regulæ practicæ tam interpretis quam judicis. Nulla occultatio timenda, cum nulli adsint effectus diversi. Ergo ad has personas plane non pertinet caput præsens.

§. IX.

Intuitu ju-
ris Romani
esse quidẽ
attendendam, sed id
feri absque
difficultate.

Qui sub lege vivunt, illi vel contraxerunt secundum principia juris Romani vel Germanici. Priori casu fere cessant regulæ practicæ & usus practicus judicis, quia secundum jus Romanum cum uterque contractus pro licito fuerit habitus (etsi, ut ostensum, id non sit opus prudentiæ legislatoriæ,) nulla tamen fuit causa occultandi, uti nec occurret exemplum in historia Romana. Ergo hic sufficient regulæ theoreticæ ex notitia tituli de pignoratitia actione & iis, quæ de differentia retroventiõnis supra diximus; & usus practicus interpretis, ut, ubi invenitur concessa perceptio fructuum absque rationum redditione, & pactum de retrovendendo ad diem, ibi judicetur esse retrovenditio, etsi forte ex errore vox pignoris ibi sit adhibita, quia plus valet, quod actum, quam quod dictum est. Quodsi de effectibus nihil sit dispositum sed

sed solum nomen contractus expressum sit, tum effectus judicandi sunt ex nomine. Verbis enim firmiter & efficaciter exprimere solemus mentem nostram, nisi facta & acta sint verbis contraria.

§. IX.

Porro contractus a Germanis celebrati vel respiciunt tempora ante jus Justinianum receptum, vel huic receptioni posteriora. Priori casu nullum usum habet doctrina de differentiis utriusque contractus, cum ostenderit, oppignorationem illis temporibus quoad effectus fuisse unum eundemque, cum retrovenditione Romanorum. Adeoque semper talis contractus erit judicandus, sive vox oppignorationis, sive venditionis; sive relutionis, sive redemptionis terminus ibi occurrat. Neque enim & tum fuit ratio unum contractum sub altero occultandi, cum revera tum non fuerint contractus unus & alter, sed saltem diversa nomina contractus unius ejusdemque.

§. X.

Ergo omnis difficultas remanebit in dijudicandis contractibus Germanorum post receptum jus Justinianum. Neque hic tamen tanto acervo regularum videtur esse opus, sed sufficienti paucæ. Præsupponimus, ex hactenus demonstratis, saltem duas observationes. Retrovenditionem, si omnes effectus cum pignore communes habeat, non esse retrovenditionem veram, sed re ipsa pignus. Si vero gaudeat effectibus, quibus retrovenditio a pignore secernitur,

Jure Germanico antiquo differentias illas nullum usum habere.

Hodierno jure ad usum practicum pignus & retrovenditionem fecerunt paucissimis regulis opus esse.

puta perceptionem fructuum absque redditione rationum, item potestatem redimendi ex certo tempore suspensam, esse quidem retrovenditionem, sed usurariam & legibus imperii prohibitam ac illicitam. His præmissis vel dubium est, quem contractum voluerint celebrare contrahentes, vel de eo ex effectibus expressis constat. Priori casu una erit regula theoretica, in usu practico ab interprete applicanda. In dubio præsumendum esse pro pignore licito, non pro retrovenditione, quia regula bonæ interpretationis est, in dubio contractus esse ita exponendos, ut evitetur sensus absurdus & iniquus, cum quilibet præsumatur esse bonus. Posteriori casu, si quidem retrovenditionis vocabulum fuerit in contractu adhibitum, sed de effectibus tamen nihil expressum, præsumendus erit iterum contractus pignoris ex identitate rationis. Si vero effectus inveniatur in contractu expressi, quibus retrovenditio a pignore differt, tum ex regula practica usus practicus iudicis eam suppedirabit regulam, voluisse quidem contrahentes celebrare contractum usurarium illicitum, sive vocem pignoris, sive retrovenditionis adhibuerint, sed tamen illum contractum esse illicitum, & redigendum ad naturam pignoris liciti.

§. XI.

Conclusio. His paucis regulis & observationibus, puto, comprehendendi posse doctrinam de dijudicatione contractuum illorum & differentiis eorum, quam alias plurali-

ralitate signorum magis implicant Dd. quam expli-
cant. Quodsi forte ex infinitate circumstantiarum
non omnis casus exinde deduci possint, paucissimi
tamen erunt, relinquendi prudentiæ interpretis aut
judicis. Et de his cogitandum erit, infinitorum non
dari nec doctrinam, nec regulas.

COROLLARIA.

I.

Quod cap. 2. §. 30. diximus, convenire pignus Germa-
nicum cum pignore juris gentium, videtur obiectio-
nem pati ex eo, quod ibid. §. 29. adduximus ex legibus Ger-
manicis, creditorem, si pignus vendat, etiam pendente re-
lucationis tempore, valere alienationem, cum tamen jure
gentium non liceat creditori hoc casu pignus vendere, per
tradita §. 16. d. cap. 2. Sed respondemus, verum quidem esse,
in eo esse exceptionem a regula juris gentium, quod credi-
tor contra fidem datam efficaciter possit pignus vendere,
quamvis illa civilis constitutio Germanorum non ita iniqua
sit, ut vulgo quibusdam videtur. Dn. Praeses in Instit. juris
germ. priv. l. 1. c. 6. §. 31. seq. Dn. Gundling. de jure op-
pign. territ. §. 82. Interim nobis sufficit, quod jure ger-
manico illa venditio sit quidem efficax, sed intuitu vendi-
toris tamen injusta, quia tum convenitur a debitore ad in-
teresse. Vide textum in d. §. 29. Adde, quod adhuc in-
quirendum sit, utrum illa dispositio juris germanici non sit
restrin-

COROLLARIA.

restringenda ad res mobiles, de quibus textus loquitur. Quod expedire jam nostrum non est.

II.

*Quid jus gentium dicat circa restitutionem expensarum in rem oppignoratam factarum, indicavimus c. 2. §. 9. Jure germanico idem fuisse olim receptum constat arg. Jur. Sax. Prov. II. 53. & III. 38. Conf. Schilt. Instit. Jur. Feud. C. 7. §. 15. Struv. Synt. J. F. cap. 15. aph. 16. qua sententia etiam rationabilior est, quam ad-versa, de qua in cap. 3. §. 7. quod emtor postea retro-vendens possit repetere impensas
utiles &c.*

F I N I S.



Nobilissimo atque Consultissimo

DOMINO
BASTINELLERO,
PRO LICENTIA
DOCTORALI
CUM LAUDE DISPUTANTI
SALUTEM PLURIMAM

Dicit

SAMUEL STRYKIUS JC.

DUm promeriturus honores Academicos,
Cathedram conscendis publicam, am-
plissimum gratulandi campum mihi
apertum video, in quem prono adfectu excur-
rerem, nisi modestia illa singularis, quam con-
natam habes, mihi obicem poneret. Aliquot
enim anni jam elapsi, ex quo inter Auditores
maxime industrios locum occupasti & aliis ex-
emplum præbuisi plane eximium, quo ardo-
re & assiduitate Themidos decurrenda sint sta-
dia, Id vero ne frustra fecisse videri posses, in

fu:

publicis acroasibus partim opponendo, partim
respondendo, ita partibus Tuis defunctus es,
ut omnium consensu eruditi LL. Candidati
Titulum merueris. Quæ virtus Tua ac eru-
ditio latere non potuit, quo minus etiam aliis
innotesceret. Hinc factum, ut Illustrissimus
Dn. de Malsburg Haslorum ad Comitiam Impe-
rii Legatus Splendidissimus, prudenti Tuæ di-
rectioni studia Filii sui charissimi committeret,
qui in quantum manu ductione Tua profice-
rit, Marpurgensis pariter ac Giessensis Acade-
miæ testabuntur: Jam vero, cum summi juris
honores Tibi, præmisso iterum eruditissimo
studiorum Specimine, decernendi sint, gratu-
lor ex animo, & ut omnia in divini nominis
gloriam, Patriæ salutem, Parentisque optimi
solatium cedant feliciter, a Deo precibus con-
tendo. Vale & Forensibus curis causisque
perorandis ita Te mancipa, ut semper paratus
sis ad rationes summo judici, Deo scilicet opti-
mo maximo, reddendas. Dabam e mulco
Kalend. Jul. M. DCC. VII.

Sic

Sic jam promeritos cum laude capeffis honore
Quos confert studiis Fridriciana tuis,
Applaudunt omnes queis Te Virtute probasti,
Dum doctrina Tibi proemia digna parit.
Augeat ipse Deus quos fert industria fructus,
Proficiant Patria proficiantque Tibi.

Scribeb. gratulab.

PRÆSES.

Nobilissimo atque Consultissimo

DN. CANDIDATO

S. P. D.

D. CHRISTIANUS OTTO MYLIUS,

Synd. Civ.

Non Tuæ pietatis, honestatis, vel eruditio-
nis commendandæ causa hæc ad Te scri-
bo, sed publico Tibi gratulor alloquio, ut Ti-
bi aliisque significem, quanto amore Te pro-
tequor. Quamvis enim multas in Te postquam
familiaris mihi innotuisti, virtutes deprehende-
rim, attamen supervacuum duco eum laudare
quem plures commendant. Causam amicitia

X

nostræ

177
noſtra, nemo ex iis, quibus noti ſumus, igno-
rat. Verus autem & ſincerus amor quia nos
jungit, non fucatus, qui hodierno ſeculo pla-
cet, hinc honorum, quos publico Tuæ hoc eru-
ditionis documento Tibimet paries, me partici-
pem fore puto: ſiquidem amicitia natura alia
eſt quam ſtipulationis, quam tertio fieri antiqua
jura prohibent. Dum ita me bono ornas, bo-
num reddere mutui amoris & grati animi vin-
culum expoſcit; ac lubenter reddo, cum iterum
ad meum redundet fructum, qui amicus ero,
quoad vivam. Gratulor; quæ vero bona Tibi
maxime apprecari debeam, nescio. Honores &
opes Tuæ diligentia comites ſint, & erunt; aſt in-
vidiam gignere ſolent. Amici ſub bonis fortuna
itidem comprehenduntur; verum rari ſunt &
ſæpius inimici. Summum ætatis gradum
ut attingas, voveo, ſed media ætas læ-
pius eſt felicior, difficillimum autem lon-
gam tranſire ſine moleſtia & periculo. Et
ſi hæc unice precarer, amici debitum officium
non explerem. Tranquillus in Deo animus
omnia ſuperat. Is ſicuti unice bonus eſt, ita
Tibi bona quævis dabit. Vale. Dabam feſti-
nante calamo ex Mutæo d. I. Jul. M. DCC VII,

Carissimi amici
noſtra

Halle, Diss., 1707 Str-T

ULB Halle
005 360 765

3







21.

Pri. 21. num. 27. 250

DISSERTATIO INAUGURALIS JURIDICA,
DE

**USU PRACTICO AC-
CURATÆ DISTINCTIONIS IN-
TER EMPTIONEM CUM PACTO DE
RETROVENDENDO ET CONTRACTUM
PIGNORATITIVUM,**

QVAM
RECTORE MAGNIFICENTISSIMO,
SERENISSIMO PRINCIPE AC DOMINO,
DN. PHILIPPO WILHELMO,
Principe Borusfiæ, Marchione Brandenburgico, ac Ducatus
Magdeburgici Gubernatore &c. &c. &c.
AUCTORITATE INCLYTÆ FACULTATIS JURIDICÆ
PRÆSIDE

P. 224.

DN. CHRISTIANO THOMASIO, Jcto,
SERENISSIMI AC POTENTISSIMI REGIS BORUSSIÆ
Consiliario, Professore Publico Ordinario,
ac Facultatis Juridicæ p. t. Decano,
PATRONO SUO SUMME DEVENERANDO,
PRO LICENTIA

Summos in utroque Jure honores & Doctoralia Privilegia legitime consequendi

IN AUDITORIO MAJORI
Horis ante 5 pomeridianis
d. IV. Julii ANNI M DCC VII.
publicæ Eruditorum disquisitioni sistit

JOHANNES FRIDERICUS BASTINELLER,
Hallenf. Magdeburg.

HALÆ MAGDEBURGICÆ, LITERIS SALFELDIANIS.

