

Disputationes in hoc Tomo
exhibitae.

- 1) De usu actionum poenalarum juris Romani in foro Germaniae.
2. De pseudo privilegio pupilli, conueni contra-ria actione negotiorum gestorum.
3. De pactis dotalibus ad Jus statutarium Hamburgense.
4. De fide iuridica.
5. De iure consuetudinis et obseruantiae.
6. De iure in puto Herodipetarum.
7. De usu iuris paterni Romanorum secundum mores Germaniae et Jus Pruss.
8. De crimine bigamiae.
9. De legitima uiventis.
10. De Romanis propriis et liberis Germanorum.
11. De interpretatione beneficiorum Principis.
12. Morum cum iure scripto conuatis.
13. De archis emtionum.
14. De Noricorum causis adimendi legitimum.
15. De iurisdictionis et Magistratum diffi-
rentia secundum mores Germanorum.
16. Non ens actionis forensis contra aedificatorem
ex accumulatione.
17. Larva Legis Aquiliae detracta.
18. De Quasi emancipatione Germanorum.
19. De origine successione testamentariae.
20. De sortura ex Jure Christianorum
prohibenda.
21. Prima initia successione testamentariae apud Romanos.

afz

22. De aequitate cerebrina l. 2. C. d. R. V.
23. De testis practico accuratae distinctionis
inter emtionem cum pacto de retro vendendo
et contractum pignoratitium.
24. De Differentiis Juris Civilis et Canonici
in doctrina de testamentis.
25. De Judice sententiam in causis crimi-
nalibus labam ab actis remouente.
26. De feloniam Domini.
27. De perpetuitate debitorum pecu-
niariorum.
28. De natura pro cum Juridicarum.
29. De non rescindendo contractu conducti
quis ob. metum spectatorum.
30. De Originibus feudilibus.
31. De Jure agnoscendi Principis
Evangelicis in causis homicidii.
32. De Jure Principis contra Hae-
reticos.
33. De Jure statuum Imperii Danda
civitatis. Subditorum Brandenburg.
34. Felicitas Subditorum Brandenburg.
35. Indiciae Juris Majestatici circa
sacra.
36. De praescriptione Regalium.
37. De officio Directorum et Ducum
circularium in executione sententiarum.
38. De Jure excependi sententias Impe-
riales Directoribus Arceology competentibus.

39. Vindiciae distinctionis inter paragia
et apanagia.
40. De temporariorum equitum ordine
fablato.
41. De extinctione ordinis templariorum.
42. De jure Principis circa adiastra.
43. Bechmanni Diss. de Privatorum Prin-
cipum, ac nobilitate tutelis.



25.
DISSERTATIO INAUGURALIS JURIDICA,
DE

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

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

Confiliario, Professore Publico Ordinario,
ac Facultatis Juridicæ p. t. Decano,

PATRONO SUO SUMME DEVENERANDO,

PRO LICENTIA

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

IN AUDITORIO MAJORI

Horis ante & pomeridianis

d. IV. Julii ANNI M DCC VII.

Publicæ Eruditorum disquisitioni sistit

JOHANNES FRIDERICUS BASTINELLER,

Hallens. Magdeburg.

HALÆ MAGDEBURGICÆ, LITERIS SALSFIELDIANIS.



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, qui jam de
disputationis nostræ in titulo legentes sibi mox sint imaginaturi, quasi more
consueti, discursus hic noster ex duobus vel tribus auctoribus absq; artificio
sit compilatus & tantum non excris-
ptus. Et fatemur ipsi, ultra quatuor vel quinque au-
ctores, antequam meditationes nostras in chartam
conjiceremus vix esse inspectos, puta *Jacobum Gotbo-*
fredum, Strauchium, Schilcherum, Gundlingium, quoad
naturam pignoris, tam Romani, quam Germanici,
Berlichium vero quoad comparationem pignoris cum
ven-

A

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 sisteret, 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 dissentendi 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 dissenturi 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 dissentum ab aliis viris auctoritate, dum viverent, pollentibus. Ut tamen aliquo saltem modo Lector intelligat, quid causæ me impulerit, ut hoc thema, dissertationi inaugurali

rali ut inferviret, eligerem, paucis historiam hujus controversiæ exponam.

§. 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, Horttomannus, 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 cram- bem 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 præfido *Strauchii (c)* habitæ. Ipse vero *Strauchius* ibidem erudite inquisivit in naturam oppignorationis Germanicæ, eamque toto cælo differre ostendit a contractu pignoratitio juris Justinianeï, & nihil aliud esse, quam fiduciam illam veterem Romanorum, ope *Codici Theodosiani* jam sub *Carolingis* ad Germanos traductam. *Strauchianam* hanc dissertationem de pignore Germanico repetiit, & hujus contractus comparationem cum emtione sub pacto de retrovendo

Synopsis
doctrinæ il-
lorum au-
ctorum.

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

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

(c) *Jenz An-
1671. de op-
pignoratio-
nibus impe-
rialibus.*

(d) *De jure retrovenditionis adjunctis analytica in jure p. 167. seq.*

(e) *Peculiari dissertatione de jure oppignorati territorii anno 1705. mense Decembr. habita.*

(f) *Part. II. pract. concl. concl. 1.*

Quid in illis desideremus.

dendo erudite docuit rerum Germanicarum peritissimus *Schilterus*, 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 famigeratissimus, 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 supeditavit. (f) Ut adeo, quod in hac materia addi possit, nihil plane superesse videatur.

§. IV.

Sed his tamen non obstantibus, non defuit occasio, haud pauca in praesenti discursu partim aliter definiendi, quam hactenus 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 processu, 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 κατὰ πόδα sequatur *Gothofredum*,

non

non solum eadem de hujus dissertatione judicanda sunt, sed & insuper JCrus hic famigeratissimus in eo aliquid humani videtur passus, dum naturam pignoris, seposita lege civili non plene exposuit (g) & insuper prætervidit, quod magna sit differentia inter oppignorationem Germanorum & contractum fiducia 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 Justinianeum, 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 Justinianeum : 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* & *JCrutorum Pragmaticorum peregrinorum*, non difficile est, concipere, differentias illas plures,

quas suppeditat, de discernendo contractu pignoratitio ab emtione sub pacto de retrovendendo, potius implicare rem quam explicare. Breviter, sunt eæ differentię intuitu diplomatum & contractuum de oppignorationibus, ante receptionem juris Justiniani in Germania (per modo dicta) plane inutiles & superfluæ, insufficientes vero & dubiæ intuitu confusionum post receptum jus Justinianicum in Germania ortorum. *Gundlingiana* dissertatio, etsi de retrovenditione saltem obiter tractet, pro ratione instituti, uberem tamen nobis præstabit 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 quæstione hac, quæ 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, præmittemus considerationem uberiorem, quid abstrahendo a lege civili pignus natura sua involvat, & quænam media, naturæ humanæ 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 solemnitate in fiducia, partim secundum tempora juris Justinianeï. 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 paucæ 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 omissuri, 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 accessorium contra-

Etus præ-
primis mu-
tui.

quod, Sed intuitu 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 oppignoratæ transferatur ad ipsos. Etsi enim 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 exploratione officii judicis, pecuniæ debitæ solutionem, ipsi in debitorum ædibus accipiant. At si creditor pignus possideat, ipse quietus est, probe gnarus quod debitoris inter sit, ut solutionem 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 possit, 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 posset vendere, quantum debetur, aut si retineret ipse, corpore oppignorato non ita ad varios usus uti posset, uti pecunia numerata. Accedit quod, si debitum sit usurarium, & ex re oppignorata nulli fructus sperari possint, creditor etiam ob usurarum 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 menssem 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 pretiorum augmenta ob nimias circumstantiarum variationes valde incerta sunt. Nec obstat, quod tamen in debito, cujus solutio cum con-

(3) Ut æstimatio pignoris fiat secundum tempus præsens.

B

sensu

fensu 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 præsens duraturum 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 con-
 quanti ven- siderari in pignore, quanti fuerit emtum, sed quanti
 di possit jam & tempore solutionis vendi possit; ita etiam in
 pretio com- hac venditione non considerabitur pretium affectio-
 muni. nis, quia res venduntur secundum pretium commune,
 & pretii affectio- nis consideratio esse solet, non
 communiter in contractibus, sed ubi agitur de da-
 mno injuria dato resarciendo. Unde si v. g. debitor op-
 pignorat catenam auream, quam a principe in testi-
 monium singularis gratiæ accepit, ista affectio, qua
 debitor & ejus familia prosequuntur pignus, & arti-
 ficium, non venient in æstimationem, sed vere æstima-
 ri solet quanti valeat aurum &c.

§. VII.

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

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 æstimetur secundum pretium medium. Cæterum utrum res oppignoratæ mobiles sint, an immobiles, abstrahendo a circumstantiis peculiaribus & rarioribus, non multum videtur interesse, modo priora offerrentur, 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 alia rerum diversitas quæ oppignorari solent. Sunt enim aliæ vel steriles, vel non steriles. 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 cogerefructus 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 utaris, sive minus, ut jumenta & pecudes. Ergo vel perderentur eæ res sine suppeditatione impensarum, & sic non solum damnum pateretur debitor, sed & ipse creditor re oppignorata perditâ, securitatem crediti amittit.

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, apparet, 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) Gressen
de Pfänder
die wie der
Krebs umb
sich fressen.

§. X.

Solent alias Jcti 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, etiam si 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 crearum seu entium physicorum & moralium. Illorum essentialia sunt perpetuæ & æternæ; Horum essentialia

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 sufficiet 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.

§ . 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 conditio creditoris & debitoris. Debitor, quantascunque etiam usuras solvat creditori, sapissime 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 lucratur, eadem est ratio. Nec obest, quod supra (i) dixerimus, pignus debere plus valere, quam est quantitas pecuniæ 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 præsentis 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 pro justis habeantur, ut etiam in probatione *et* interesse absque ulteriori probatione liquidatio earum admittatur, notum tamen etiam est, quod sæpissime in æstimatione aut taxatione prædiorum, respectus is haberi soleat, 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 quotidiana. Responde-
rum tibi hic scrupulum moveat. Quid enim? An hæc tur dubiis
assertio convenit cum æquitate naturali? Annon repu- ex arcanis
gnat diserte juri divino, omnem usurariam pravitatem politica pa-
ferio palis.

ferio prohibenti? Annon juventustalibus affertis, 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 sæculis imposuit incautis, nec prolixè ostendere, quomodo eæ objectiones omnes ex inimicis 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. pecul. de æquit. cerebrina l. 2. C. de Rescind. vendit. c. 1.*

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

mum. Adeoque frustra nobis opponuntur quæcunque leges positivæ, cum naturam pignoris consideremus 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 illa, quantum ad regulas justitiæ pertinet, relinquenda 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 quæstionibus juris, quid justum sit & injustum, non in quæstionibus decori, quid deceat, aut non deceat. Adde quod, ubi de decoro quæstio est, determinatio communis usurarum legitimarum, sive quincunces sive semisses, sive etiam trientes ad quæstionis resolutionem non sufficiat.

(m) Dn. Præses d. dissert.

§. XIII.

Etsi vero hæc omnia quæ hætenus memoravimus fluere ex securitate creditoris, quæ in constitutione pignoris intenditur, debeant debitorem eo fortius urgere, ut, tempore convento, debitam pecuniæ summam offerat creditori, & ita luitionem pignoris ipse urgeat, non tamen illa plenitudinem securitatis istius exhauriunt. Possunt enim multæ circumstantiæ intervenire, ut creditor tamen pignoris luitionem negligat. Adeoque circumspiciendum est ulterius quid hic ratio dicat, ut caveatur creditori. Duo vero in hac quæstione secundum naturam negotii cavendi erunt fecernendi. Vel enim convenerunt partes in constituendo pignore, ut intra certum ac determinatum

(8) Si certum tempus ad resolutionem sit determinatum, finito illo rem oppignoratam in commissum cade- re.

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, luctio 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 conventionem fuit determinatum, alius sensus esse nequit, quam ut post illud tempus debitor juri relucendi renunciasset censetur. 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, si 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
eam postea
vendi posse
se a credito-
re sine restitu-
tione
pretii super-
perantis.

Ex dictis porro sequitur, ut creditor, qui plenus & irrevocabilis dominus rei oppignoratæ, ab illo tempore factus est, possit eam pro lubitu alii vendere, atque 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 debitorē repetere etiam nequit, (adeoque justum est, ut creditor qui hoc casu incommodum sentit, in pignore illo etiam sentiat commodum.) Diximus enim, ubi tempus reluendi determinatur, id tacite actum censei, inter creditorem & debitorem, ut res oppignorata pro pretio summae debitaē creditori debeat esse vendita. Periculum autem & commodum rei venditaē pertinet ad emtorem.

§. XV.

Cum autem in hoc casu, determinati ad relu-
endum pignus temporis, multae circumstantiae etiam
intervenire possint, ut creditor pecunia credita valde
indigeat, etiam illud tacite actum esse censeatur, ut
creditor jus suum, quod pendente illo tempore in pi-
gnore habet, alii vendere possit. Ita enim prospici-
tur & securitati creditoris, quae in pignore accipiēdo
etiam eo tendit, ut in casu indigentiae habeat, quod al-
teri pro tanta pecuniae summa, quantum credidit, ire-
rum vendere queat, & juri debitoris, cujus regula-
riter non interest, a quo pignus suum reluat. (Dico
regulariter. Uti enim jam, in natura pignoris ex-
ponenda, de regulis sumus solliciti, ita non excludi-
mus limitationes & in hac & in omnibus reliquis as-
sertionibus, etsi scopus noster prolixam earum ex-
plicationem nobis haud permittat.) Adde quod hoc
modo aequalitas conservetur inter creditorem & de-
bitore.

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 præscribi possit; ita & creditor poterit, quocumque tempore urgere 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, abstrahendo 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 temporis determinati, post illud elapsum ipsi potestatem vendendi corporis indulserimus, id ex conventionione derivatum fuit, quæ hic deficit. Denunciatio enim
est

est actio solius creditoris, quæ debitorem ad novum contractum ineundum cogere nequit. Quodsi debitor ultro denunciationem illam acceperit, 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 hætenus dictis abunde constat, quod, ubi res non steriles pignori sunt traditæ, cum possessione majus jus in creditorem transeat, 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 domini 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, hætenus 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 cogereetur 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 etiam hic dixerimus cum possessione solam custodiam transire ad creditorem,

§. XIX.

Quid juris
in postre-
lutionem,
circa im-
pensas in
pignus a
creditore
factas.

Restat quæstio, de impensis in rem oppignorata 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 oppignoratae 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 de finiendis, de jure malæ & bonæ fidei possessoris, nec adeo ad creditores applicabilis. Hic enim nec malæ fidei possessor est, cum pignus possideat ex conventionem cum domino, & plus juris ei competit in re oppignorata, quam cuilibet bonæ fidei possessori, ut ex hæcenus deductis liquet. Est tamen & alia ratio differentia inter bonæ fidei possesorem & 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, at creditor & omnes qui dominium revocabile habent,*

sci-

sciunt jus suum non esse perpetuum. Ergo abstrahendo a lege positiva, hic nihil æquius esse videtur, quam ut creditor nullam habeat directam actionem, adversus debitorem reluentem, ad impensas illas repetendas, sed ut tollat rem illam novam, in quam impensas fecit, aut, si malit debitor rem retinere, ut tum debitor reluens, restituat ejus pretium, quanti æstimaverit creditor. Quodsi de pretio convenire nequeant, & debitor vile nimis pretium offerat creditori, liberum huic erit rem tollere. Itaque electio creditoris est, utrum tollere velit rem, an justo pretio eam debitori relinquere. Ita neuter conquerendi occasionem habebit justam. Non creditor, quod debitorem adigere nequeat, ad pretium impensarum solvendum. Injustum enim esset, si debitoris conditionem velit reddere deteriore, cujus forte non interest, eam rem retinere ex qua utilitatem & jucunditatem 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 destruere.

§. XX.

Jam videamus, quod jus Romanum addiderit, jure Ro. vel detraxerit 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- cia fuerit. mentis juris veteris ante Justinianum, (n) constat, olim

pi-

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

§. 1. & 2. tit. 13. §§. 7. prioribus. lib. 3. tit. 6. §. 16. & 69. Cicero pro Flacco c. 21. & lib. 13. fam. mil. 56. &c. (o) *Hac phn. si Paulus diferte alteram pignoris speciem a fiducia distinguit d. l. II. §. 1. (p) Ita si apud Paulum II. 4. rubricam cum §. ult. jungas, videtur fiducia predicari de contractu estimatorio. Adde Gothofr. 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 constitutum, partim *simplici depositione*, (o) partim *fiducia*. Sed in quo capite præcise vel effectu hi duo modi differentiam agnoverint, ob brevitatem locorum, qui *fiduciam* memorant, valde in obscuro est, præprimis cum *fiducia* 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 loquantur 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 sefellit 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). Decepti etiam sunt, quod observaverint, Tribonianum in legibus Pandectarum ubique terminum *fiducia* expunxisse, & ejus loco, vocem *hypotheca* substituisse. Secunda sententia vult, in fiducia rem oppignoratam cum solennitate mancipationis fuisse creditori traditam, sed cum duabus conditionibus, ut nimirum, si intra determinatum tempus debitor pignus lueret, id a creditore ei remanciparetur, si non redimeret, creditor potestatem haberet solummodo pignus vendendi. De priorè conditione nullum quidem est dubium (u). At posterior non probatur ex doctrina Pauli, qua docet, pactum *fiduciæ* adjectum, ut creditor, etiam non solvente debitore, *fiduciam* tamen vendere nequeat, nullam habere efficaciam (w). Nam ex

eo

(u) Propter notatam 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 fiduciae, (y) at id non semper factum fuisse, & ubi id non accesserit, saltem creditori licuisse ex contractu fiduciae 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 synonymice videtur usurpare (a).

(x) Paulus II.
l. 3. §. 1.
(y) Propter
locum Cice-
ronis pro
Flacco c. 21.

(z) Pauli II.
l. 3. §. 5.

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

§. XXI.

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

In contra-
ctu fiducia
dominium
non statim
transiisse ad
creditorum.

D

ti

- (b) *Paulus II. ti* (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. Potius ratio fuit, quod creditor fiduciam contrahens deberet ex lege commissoria expectare tempus determinatum, ante tempus istud vero non potuerit, ne quidem supposita persona tertia istud sibi acquirere (d). Et parum cohæret ista doctrina, dum mox fatentur ejus auctores, quod *dominium* istud creditoris pendente lege commissoria acquisitum sit *non proprie* tale. *Dominium* enim improprie dictum, *dominium* plane non est. Imo ne quidem postquam pignus in commissum cecidit, *dominium* regulare pignoris acquisivit, quia post venditionem, superfluum coactus fuit redere debitori.

§. XXII.

Fiducia a Constantino M. sublata. (e) *Lib. 3. Cod. Theod. tit. 2. l. un. § l. 3. Cod. Just. de pign. §. 20. hujus capituli. (g) in cap. 12. Tobie.*

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 fiduciæ. Sed ad istam objectionem jam fuit responsum (f). Ista objectio prima fronte gravior, post Constantinum Magnum diu fieri mentionem fiduciæ, ergo ab illo eam non fuisse abrogatam. Nam, dicit, Ambrosius (g) fiduciæ meminit, & Sidonius Appollinaris. Quinimo ipsi Imperatores Arcadius & Honorius contractum fiduciæ expressis verbis confirmant (b). Sed responso tamen ad ista non longe est

(b) *Cod. Theod. lib. 15. tit. 14. de infirm. bis que sub tyrann. aua*

est quærenda. Nihil frequentius illis temporibus, quam ut Imperator antecessoris leges mutaret. Er-
go id demum ex dictis sequitur, Constantini M. abrogationem fiduciæ & legis commissoriæ apud successores caruisse effectu: imo compilatores Codicis Theodosiani leges contradicentes compilationi suæ inseruisse, videlicet legem illam Constantini, & legem Arcadii & Honorii. Sed nec hoc aliquid inusitatum est (i).

(i) adde Dn. Præsidis Novos Jurispr. ante Justin. l. 2. c. 6. p. 95.
& p. 108. n. 5.

§. XXIII.

Interim, quicquid sit de illa Constantini M. constitutione, nobis sufficiet, quod Imperator Justinianus in suum Codicem constitutionem illam Constantinianam retulerit, (k) istam vero alteram Arcadii & Honorii omiserit, atque hoc modo priorem approbaverit, posteriorem vero, quæ fiduciæ mentionem fecit, tacite improbaverit. Unde etiam ii, qui negant, Constantinum cum lege commissoria fiduciam abrogasse, concedunt, a Justiniano tamen fiduciam fuisse abrogatam, quia ævo Justiniani solennes illæ emancipationes & remancipationes, tanquam fabulæ antiqui juris dudum in usu esse desierint. Et quamvis alii etiam quoad hanc assertionem illud obijciant, quod Justinianus quidem solennitates illas antiquas 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 permissurum, ut Tribonianus ex omnibus Jurorum

& Imperatorum legibus *fiducia* vocem expungeret,
& loco ejus *pignoris* vel hypothecæ nomen subitue-

(l) *Salmastri* ret, quod jam ab aliis sufficienter probatum fuit (l)
us de modo contra quos nihil memini allatum fuisse a dissentien-
usurarum p. timentibus quod ulteriorem responfionem mereatur.
179. 390. seq.

§. XXIV.

Ergo jam ordo postulat, ut consideremus, utrum
Pignus juris Justinianeum pignus juris Justinianeum conveniat cum iis, quæ ab-
in quibus strahendo a lege positiva sua sponte quasi, & jure gen-
conveniat rium, ex natura pignoris fluere, in antecedentibus ostem-
cum pi- dimus fufius. In conceptu quidem generico nihil mu-
gnore juris tatum. Nam & jure Justiniano pignus in securita-
gentium. tem creditoris constituitur, & est contractus accessio-
(m) *vide su-* rius præprimis mutui (m) & creditoris est possessio in
pra §. 1. & 2. pignore (n), scilicet detentio rei qualis ad securitatem
hujus cap. §. sufficit (o). Nec in iis mutationem observare licebit
fin. inst. qui- in jure Justiniano, quæ supra de idoneitate pignoris
bis mod. re incuitu securitatis notavimus, nimirum, ut pignus valeat
contr. oblig. ultra quantitatem debitam, ut æstimatio pignoris respec-
l. 11. §. 2. de ctu hujus valoris fiat secundum tempus præsens, quo res
pign. act. oppignoratur, & quidem, quanti res vendi possit præ-
(n) *supra §. 3.* tio communi, non pretio affectionis, item ut pignus
(o) *l. 15. §. 2.* habeat pretium durable (p). Non opus est, ut de
qui fatid. singulis leges conquiramus, fluunt enim ex regulis
cog. l. 16. l. prudentiæ, de quibus leges non solent dari. Neque
33. de usurp. enim prudentia præcipit, sed suadet. Ergo sufficit,
(p) *vide su-* quod jus Romanum hac parte per leges nihil muta-
pra §. 4. 5. verit. Quod porro diximus, in re sterili ad securi-
6. 7. tatem sufficere rei custodiam absque potestate utendi
(q) §. 8. (q), id tantum abest, ut displicuerit Romanis, ut po-
tius in omni pignore etiam, quod in rebus non sterili-
bus

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 & In quibus Romanum. Diximus, in rebus non sterilibus oppignoratis & securitatem creditoris & utilitatem debitoris requirere, ut fructuum perceptio relinquatur creditori, idque præsumi, 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 debitoris, re oppignorata utatur, actione furti conveniri 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 doctrinæ juris (u) textum emendaverit (x). Adde, quod & explicatio Hottomanni conveniat 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

D 3

(u) d. l. 1. 2. 3. C. de pign. act. (x) l. obs. 4. ut adeo frustra contra Commentarium disputet Ant. Faber. Legit vero pro gratuita pecunia, non res gratuita. (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 pacto in Rep. Rom. vid. omnino Gerb. Noodt de fenore & usuris l. 2. c. 3. 4. seq.*
 (c) *Quem refutat 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 antichreseos 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 (d). Diximus porro, finito tempore ad restitutionem pignoris determinato, jure gentium pignus in commissum cadere (e). At postquam Constantinus M. legem hanc commissoriam in fiducia sustulerat, & Justinianus eam legem corpori juris inseruerat (f), etiam jure Justiniano sublata est lex commissoria. Diximus, jure gentium creditorem, qui post legem commissoriam pignus vendidisset, non teneri, ut debitori restituat pretium exuberans (g). At jure Romano id non licere, vel ex eo patet, quod pactum legis commissoriae tueri sublatum. Unde omnino superfluum pretium, quod scilicet pecuniam creditam excedit, debitori & ejus heredi erat reddendum (h). Diximus porro, pendente tempore ad restituendum 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) *t. t. C. si pignus pignori datum sit. l. 13. §. 1. de pign. Adde Sebapf. 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 re emta, consequatur. Denique dixi
mus in casu temporis ad reluendum 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 fiducia in usu erat, creditor simpliciter sibi pi-
gnus depositum vendere poterat (m). Jure vero Ju-
stiniano, quo contractus fiducia & pactum legis
commissoriae 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, quae jure gentium
supra asseruimus, de jure domini revocabilis, credi-
tori in pignore non sterili competentis, & quod res
oppignorata sit haecenus 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).

§. XXVI.

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

(l) supra §. 17.
(m) Paulus Lib. 2. sent. tit. 5. §. 1.
(n) t. t. C. de jure domin. impetr. Schaeff. 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 conbrab. obligatio.

penes creditorem sit potestas fructus percipiendi, partim in eo videtur fuisse sita, quod mutuum statuerint esse sua natura gratuitum, & quod usuræ 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 usuræ erant stipulatæ &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 graviores 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

nem curæ & culturæ &c. Ulterius Constantinus M. dum legem commissoriam sustulit, & quæ ab effectu legis commissoriæ dependet, retentionem pretii exuberantis, si pignus fuerit postea venditum, id quidem fecit propter abusum legis commissoriæ, (r) sed (r) l. 3. C. de propter abusum non simul tollendus erat usus, quem *pass. pign.* in se & abstrahendo a captionum asperitate, nihil injusti inferre jam supra (s) ostendimus. Denique (t) §. 13. in quod jus Romanum, circa vendendum pignus a *sine.* creditore tot cautelas adhibuerit, id omne, necessitas postulavit, propter sublatam legem commissoriam, quæ si fuisset in usu retenta omnes erant superflue, cum creditor cum sibi imputare debuisset, quod tempus reluendi non determinaverit adjecta lege commissoria (t).

(t) per dicta supra §. 16.

§. XXVII.

Et facile patet accuratius leges Romanas con- Præmissis siderantibus, in istis articulis, in quibus pignus Romanum differt a pignore juris gentium, non subfuisse differentie se conservationem veræ utilitatis reipublicæ, quia jus omnes eludi potuerint Romanum permisit aperte ea, quæ in fraudem legum, talia de pignoribus disponentium, facta sunt; & evidentem non permisit solum, sed & approbavit, dum in favorem per venditionem eorum qui fraudem hanc commiserant, cum res cum pacto in judiciis controverteretur, pronunciavit. Aut igitur de retrovendendo. tur jus Romanum imprudentiæ accusandum foret, quod non puniverit, aut saltem non infirmaverit fraudes istas; aut fatendum erit, leges illas Romanas, in quibus pignus differt a pignore, quod juris gentium esse diximus, non quadrasse ad regulas prudentiæ legislatoriæ. Probamus assertum de fraude facta legibus

E

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 commissoriæ, nec perpetuus post eam. Jam finge, Titium velle mutuum sumere a Cajo, Cajum etiam velle mutuum dare, si Titius ædes suas pignoris loco det, sed loco usurarum velle percipere fructus ædium etiam majores, quam usuræ consuetæ sunt, quas ex pecunia mutuo danda stipulari licet, velle etiam tempus reluendi pignoris determinare ad quinquennium sub pacto legis commissoriæ. 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 etiam illa Justiniano & Triboniano. Res clarius patebit ex dicendis capite sequente.

§. XXIIIX.

Pignus
Germani-
cum, ejus
formulæ
antiquæ
tres.

Jam de Germanis nostris adhuc dicendum sed paucissimis. Horum pignus exacte convenit cum pignore juris gentium, & potissimum in iis, in quibus jus Justinianeum ab eo differre diximus. Ne tamen more andabatarum hic procedamus & ut potius Lector de veritate assertionis nostræ convincatur. primo ponamus fundamenta ex formulis & legibus antiquis, & potissimum ea, quæ ab aliis neglecta sunt. In

(x) *Formul.*
50. *Tomo II.*

Appendice formularum Marculphi (x) habetur talis cautio

cautio de vinea. Domino fratri illo ille. Ad petitione Capit. Balu-
 mea mihi non denegasti, nisi ut in summa necessitate mea xii p. 463.
 argento vel amicto valentes solidos tantos in manu mea
 ad prestitum beneficium mihi prestitisti. Propterea OP-
 PIGNORO tibi vineam proprietatis meae in pago illo, in loco,
 qui dicitur, illo, ari pennos (z) tantos. Subjungit de am- (z) Forte ju-
 bobus lateribus & ambobus frontibus terra lus (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. Sinc
 metipsum ipsa vinea condingere (c) facias, & quomodo ipso lite, fir-
 FRUCTUS TANTOS TRANSACTOS habueris, & miter. miter.
 debito tuo reddidero, cautionem meam per manibus recipi- conf. Du
 am, stipulatione subnixam. Actum illo &c. In formulis Fresne voce
 Sirmondicis (d) secundum legem Romanam talis form- illa.
 ula 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.
 neficii OPPIGNORO tibi locellum (e) rem proprietatis meae 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 vum locū.
 terre PER QUINQUE ANNOS TANTOS exinde college- Nam fere-
 ris, ego supra dictum debitum tuum tibi desolvam, & re- rum. Du
 bus meis, una cum cautione mea de manibus tuis recipiam. Fresne buc
 Et si negligens aut tardus exinde apparuero, supra scriptum non quadrat.
 debitum tuum in DUPLUM partibus tuis sum redditurus.
 Nec omitti debet alia formula, quae ex archivo regio
 Barcinonensi desumpta est, & annum 1055. adscriptum
 habet (f). Quia legibus seculi est decretum, ut PIGNUS (f) In ap-
 quod pend. act. ve-

terum n. 148. quod pro aliquo negotio deponitur, si per cautionem fuerit
 ap. Baluzz. d. obligatum, robur obtineat plenissimum, idcirco ego Rai-
 Tom. II. f. mundus Comes Paliarensis PIGNORATOR sum tibi Arnallo
 1554. Mironis & Arsindi tue uxoris. Volo satis ut sciatur a
 cunctis, tam presentibus quam etiam futuris, qualiter Va-
 lentiam filiam vestram in conjugio accipio. Et vobis ma-
 nifeste convenio, ut eam semper cum honore teneam, sicut
 homo debet tenere suam legitimam uxorem, & nunquam
 (g) adulte- eam dimittam, dum vixero, nisi propter cucuciam (g),
 rium. quam ipsa mihi faciet, & ipsa cucucia mihi sit probata a
 me legaliter, & manifeste convincita, & non sit facta per
 meum assensum, nec per meum consilium, nec per meum sta-
 bilimentum. Insuper convenio vobis, sicut scriptum est in
 alia convenientia, quam in Limingana juxta ipsum castrum
 inter nos fecimus, ut faciam ei commendare omnes meos me-
 liores homines, & faciam eis fidelitatem ei facere, & per
 (b) Fidem sacramentum affidare (b), ut si Deus ei dederit infantes ex
 dare. me post meum obitum, si illa viva remanserit, tendant ad
 eam & ad infantes ejus cum omni honore, quod nunc tenent,
 & tunc tenuerint per me, & hoc totum faciant sine engan-
 no (i). Et ego nunquam tollam ei castros, nec ipsam ter-
 (i) i. e. da- ram, quas, & quam modo ei dare convenio & inantea (k)
 mino ex ei dabo. Et super hoc ut totum, sicut superius est dictum,
 mea fraude teneam, & faciam & adimpleam, mitto vobis & filia ve-
 Du Fresne stroe Valentia jam dicta in pignore ipsum castrum de Arengs,
 voce: ingeni- um. & castrum de Montangana & castrum de Mauro, & castrum
 (k) In po- de Limingana, cum omnibus eorum terminis & pertinentiis
 sterum. Ita- cunctis. Sub ea scilicet lege, ut si predictam omnem con-
 lis inanzi. venientiam non adimplevero, & non observavero, prefata
 omnia incurrant in VESTRA POTESTATE, sine aliqua
 contradictione, ad faciendum, quocumque VOLUERITIS
 face-

facere. Et sic de meo jure TRADO hoc totum secundum modum superius comprehensum, in vestrum D MINIMUM, & in vestram potestatem. Et qui hoc voluerit vobis dirumpere, nullo modo possit facere, sed in DUPLO vobis hoc totum componat, & postea hæc scriptura firmitatem obtineat. Quæ est acta Nonis Septembris 25. anno Regis Henrici. Signum Reimundi Comitis &c.

§. XXIX.

Es si vero, quas adduximus formulæ, magis respiciant Francos in Gallia, quam Germanos interiores Germaniæ, juncundum tamen erit & utile eas adduxisse, ut appareat, hac parte in Gallia & Germania mores conspirasse, & ut hoc supposito, mores Germanorum ex moribus Gallorum & vice versa suppleri possint & explicari. Ergo quod mores Germanorum propius tangit, quatuor textus ex speculo Saxonico potissimum huc pertinent, quos excerptisse juvabit, ut eorum convenientia cum præcedentibus formulis eo melius incurrat in oculos. Quilibet poterit bona sua

juste amittere, ut puta, si ea vendat, OPPIGNORET vel judicialiter tradat (l) &c. His casibus possessionem jure amittit (m). Quicumque alteri commodat equum, vestimenta, vel alia bona mobilia, aut qui ea OPPIGNORAT, vel quocunque modo ea ex possessione sua ex libera & præmeditata voluntate (n) dimittit, si postea is, qui possidet, eas alteri vendat, aut ulterius oppignoret, vel ludo perdat, aut furto vel rapina amittat, commodans vel OPPIGNORANS eas propter commodatum non vindicabit, sed solum commodatarium & creditorem, cui rem oppignoravit, (vel ejus heredem) ober auflasset. (m) Spec. Sax. L. 2 art. 24. (n) Mit setzen Willen. Non ut Schilterus vult, mit setzen Willen. Exerc. 25. ad Pand. §. 6. seq. refutamus a Dn. Præs. de Inst.

E 3

Jur. Germ. MSC. L. 1. Tit. 6. f. 30. & D. Gundling §. 79. 30. Conf. ipsum Schilterum, de jure retrov. p. 181. s. 9.

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

§. XXX.

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

Constat vero ex dictis, quod plane conveniat pi-
 gnus germanicum cum pignore juris gentium, etiam
 in illis articulis, in quibus jus Justinianeum ab eo di-
 scerepare observavimus. Etenim præter possessio-
 nem, etiam potestas, fructus omnes ex re percipiendi,
 ad creditorem fuit translata, sine redditione rationum,
 adeoque hypocriticum illud, & a clero Pontificio in-
 ventum crimen usurariæ pravitatis, Germanis fuit in-
 cognitum; 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 lectio-
 nem duorum paragraphorum, proxime præceden-
 tium placuerit repetere. Nec obstat, quod aliquo-
 ties mentio facta fuerit dupli restituendi, in eo casu, ubi
 tempore debito reluitio non fuerit facta, adeoque di-
 versum 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 absurdè explicari, aut quæstiones circa oppignorationem Germanicam controversas, definiri. Uti tamen post introductas Academias in Germaniam, simul etiam jus Justinianum cepit 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 debitor 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 debitum

Et adeo a pignore Justiniano plane fuisse diversum.

(r) ad l. 3. art. 5. p. 195.

2. hie (r)

50 12

ad l. 3. art. 5.

bitum suum, pignore perduto, a fidejussoribus, quia, jus Germanicum satis perspicue indicat, debitum tum esse extinctum. Extincto vero debito simul fidejussoris obligatio interit. Et tamen compilatori juris Suevici absurda illa Glossæ distinctio ita placuit, ut eam infereret compilationi suæ, addens disertis 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 recentiore[m] esse compilationi juris Saxonici, quod alibi aduersus doctrinam Schilteri latius probavit Dn. Præses (t). Nec illud hic omitendum, quod Glossa juris Saxonici contra principia juris patrii de natura pignoris, inter alia tradat, quod fructus pignoris in sortem sint computandi (u).

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

(t) in histor.
jur. Feud.
Germ. §. 45.
seq.

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

§. XXXII.

827.
Excerpta
ex aliis do-
cumentis.

(w) in diss.
supra citata
§. 88.
(x) ibid. §. 90.

(y) vid. §.
91. 92.
(z) ibid. §. 93.

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 Schvarzenburgico facta (w) item oppignorationes civitatis Egranæ aliarumque civitatum imperialium (x). Atque 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 sorte non esse deducendos (y) & clausulam commissoriam in charta Guilielmi 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 superfedere potuissent viri de jure patrio Pignus Germanicum
alias meritisissimi, qui Germanicum pignus allaborarunt manicum
deducere ex fiducia Romanorum, cum tamen superioribus dicta (b) satis demonstrarent contrarium. Ostendimus enim in fiducia Romanorum non translatum non esse fiduciam Romanorum,
fuisse dominium in creditorem, cum non liceret creditori fructus ex re oppignorata percipere, quod in (b) §. 21.
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 jure a Romanis petere. Unde jam facile responderi poterit dissentientibus, qui putant, fiduciam; quæ adhuc in Codice Theodosiano (c) (c) vide supra §. 22.
memoratur, una cum Codice transiisse ad Francos, utpote qui permiserint populis Romanis in Gallia devictis, ut jus ipsis, secundum Codicem Theodosianum diceretur. Nam (1) differentia ingens est, inter fiduciam Romanorum & pignus Germanicum, ut modo dictum. Sensit hanc responsionem Schilterus (d) a (d) de jure retrovend. p. 185.
deoque ut ei obveniret, maluit ineptienti glossæ asferri, quam veritati; præsertim, inquit, dum glossa (e) (e) ad l. 2. notet, etsi dominium pignore transfulerit, tamen fructus, art. 24. spec. periinde ut in fiducie contractu, detrahendos fuisse. Hic varia supponuntur, aliter se habentia. Nam in pignore Germanico fructus non fuisse in sortem imputatos, hæc tenentur, probatum fuit. Deinde

inde, si fuissent imputati, 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, assuit requisita pignoris ex jure Romano. (2) Etsi cum Codice Theodosiano quædam 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 (h) descriptas satis probare, fiduciam Romanorum neque a Franco Gallis fuisse receptam, cum & ex illis pateat, dominium & fructuum perceptio- nem translata fuisse ad creditorem.

(f) *Rer. Ac-
quii. lib. 3. c.
§. seq.*

(g) *In ap-
pend. ad hist.
jur. Fend.
Germ.*

(h) §. 25.

CAP. III.

Emtionis cum pacto de retrovendendo natu-
ra, tam ex jure Gentium, quam ex jure Roma-
no & Germanico.

§. I.

Juris retro-
vendendi
& pignoris
differentiæ. **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-

trovendi debeat, exiguum fructum sentiret venditor ex hoc jure, cum pretium in em̄tione venditione constituatur, ex libera voluntate contrahentium, & justum pretium non insit rei, sed alieno arbitrio (i) sit subjectum; adeoque nunquam prudentes legislatores aut pacificentes tale jus retroemendi introductum, cum em̄tor hoc modo non possit cogi, adeoque jus istud imaginarium & inane foret. Et si vero, si res eodem pretio retrovendatur, improprie sit nova em̄tio venditio, cum determinatio pretii non dependeat a libero arbitrio utriusque contrahentium, ac talis retroem̄tio nihil aliud sit, quam accurate loquendo reluitio, interiam tamen propterea talis retrovenditio cum pignore non est confundenda, cum quo quidem id habet commune, quod in pignore æque ac in retrovenditione sit reluitio rei cujus dominium, revocabile, ad alium transit, in eo tamen differt, quod pignus præsupponat creditum aliud, cujus adeo accessorium est, jus vero retrovendendi in laxiore ambitu abstrahat ab alio credito, & adeo absque pacto etiam contrahentium subsistere possit. Est enim jus retroemendi vel legitimum vel conventionale. Legitimi exemplum est in Republica Hebræorum. (k) Conventionale vel fit sub conditione incerta, vel suspenditur a tempore. Sub conditione, v. g. si ea nupta esse desisset, (l) si venditor ad justam ætatem pervenerit (m). Duæ hæc juris retroemendi species (legitimum, & conventionale sub conditione) hujus loci non sunt. Adeoque nostra non intererit, an & quantum tenus eæ cum jure pignoris & ejus reluitione conveniant,

(i) v. Dn. Præsid. de æquit. ce- rebr. L. 2. C. de resc. vend.

(k) Levit. XXV. 24. 25. Schilt. de ju- re retrov. p. 175. (l) L. 12. ff. de præsc. verb.

(m) Schilt. ibid. p. 174. 215.

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, quodcumque venditori libuerit, restituto 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, emtor rem venditam retinet in perpetuum, & venditor a redemptione ejus est exclusus. Posteriori casu venditor ante tempus elapsum rem venditam redimere nequit, sed tempus reluendi incipit post diem, ab illo vero tempore convenit cum primo casu, ut, quodcumque postea venditori libuerit, rem venditam queat 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 reluitio debeat terminari intra triennium, & quod emtio debeat durare ad triennium. Non est otium, controversiam hanc determinandi. Saltem id notamus, non indubiam esse definitionem eorum, qui in favorem venditoris eam resolvunt, 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. Schilt. de jure retrov. p. 215.*

qui debuisset (o), aut, si hæc regula interpretandi videatur provenire ex jure civili (p), in dubio potio- rem 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.

§. 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 Ictos 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

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

(q) Schilt. d. p. 306.

An detur casus mixtus.

(r) Schilt. p. 216.

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

post triennium, scribere voluisse *intra* triennium. Et hinc etiam in eum sensum pro emtore contra venditorem pronunciatum fuit, 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?

(t) P. 2. C. 1.
d. 8.

§. 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 (v). Identitas rerum civilium & diversitas, potissimum a causa impulsiva & finali (quæ duæ parum differunt) dependent. Si ergo ostenderimus, eundem esse finem pignoris juris gentium ac emtionis cum pacto de retrovendendo, ac eosdem esse utriusque conventionis effectus, (quæ 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.
(v) *Utricarium* & *commodarium* intuitu Germanorum.
(x) *Schilt. d. l. p. 232.*

Cum adsit eadem ratio impellens & finalis.

§. VI.

Quod impellentem causam ac finem attinet, uterque & mutuam accipiens & rem sub retrovenditione vendens opus habet pecunia, alias nec mutuam 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 reluitioni aut redemationi. 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 forte post tempus ipse utetur, sit recepturus, aut utrum rem traditam absque ulteriori metu reluitionis jure domini irrevocabilis sit retenturus; solet terminus reluitionis determinari, prior causa ex tempore certo, posteriori ad tempus certum.

§. VII.

Sunt & iidem effectus in venditione sub pacto de lidem etiã retrovendendo, quos supra enumeravimus, dum na effectus turam pignoris ex jure gentium consideravimus. Transfertur ad emptorem 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 & commoda rei pertinent ad emptorem, etiam citra pactum antichreseos (b) ut in pignore. In reluitione idem pretium restituendum, non majus nec minus (c) ut in pignore. Emptor repetit saltem impensas necessarias, non utiles, sed has tollit (d), ut in pignore. Emptor redhibita re vendita, non tenetur rationes reddere de perceptis fructibus (e) pendente tempore retrovendendi. (d) *Doffo. res citati ib. p. 263. seq.*

(e) *ib. p. 273.*

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

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

§. IIX.

Cur tamen circa effectus retrovenditionis Dd. valde dissentiant.

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

(h) *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? (h) 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 dissentiant, putaverint, quaestiones non ex natura pignoris, quod juris Gentium est, sed ex natura generica emtionis, quam a pignore valde diversam esse fassi sumus, esse definiendam. 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, non bis tamen ob dictam rationem integrum erit de veritate assertionis dubitare. Ita asserunt, in venditione sub retrovenditione, sine determinatione temporis reluendi, non statim relucionem 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 emtori, quod redimere velit, & tamen, cum emtor restituere paratus esset pretium, realiter non obtulerit, quod tunc venditor secundo offerens non amplius audiatur, nisi expresse clausula fuerit addita, *quoviescunque voluerit* (k). Nos utrobique dissentimus, quia utrobique in pignore juris Germ. se res habet aliter. Ita docent, periculum rei venditæ sub pacto de retrovendendo statim post conventionem pertinere ad emtorem, etiamsi res nondum fuerit tradita. (l) (1) *Ibid. p. 238.*
Nos ex eadem ratione dissentimus. Varie dissentiunt circa quæstionem de fructibus pendentibus tempore reclusionis, an sint emtoris, an venditoris, an dividi debeant? &c. (m) *Ibid. p. 252. 254. 297. --- 304.*

§. IX.

Jam, quoad jus Romanum, etsi ut modo diximus, vix tres textus juris 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 Justinianicum diximus differre a pignore juris gentium, potissimum in eo, quod emtor dominus fiat rei emtæ, & fructus percipiat absque pacto antichreseos, creditor in pignore dominus non fiat, & pacto antichreseos habeat opus, quod emtor post redemptionem non reddat rationes de fructibus perceptis, creditor, etiam cum pacto antichreseos, reddat, ne committatur usuraria pravitas; Quod emtor retineat rem, si venditor eam intra tempus determinatum

Jus retrovend. Romano quomodo differat a pignore Romano. (n) l. 12. de præscr. verb. 1. 2. § 7. C. de Pact. inter emt. (o) cap. 2. §. 25.

G rum



tum non redemerit, creditor vero non retineat pignus, propter sublatam legem commissoriaam.

§. X.

Ufus hujus contractus apud Romanos.

(p) *de qua §. 1. in fine.*

(q) *Conf.*

Schæpf. ad

Tit. de pign.

lib. n. 12.

(r) *c. 2. §. 27.*

Quando

apud Ger-

manos ce-

perit esse

in usu.

Si Romani pignoris naturam intactam reliquissent, rarissimus fuisset usus emtionis cum pacto de retrovendendo, nisi forte conditionalis illius retrovenditionis (p). At postquam Romani, creditori, dominium in pignore, potestatem fructuum percipiendorum, fructum legis commissoriae 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, quae non licebant in contractu pignoris. Stupidus enim fuisset creditor, juris patrii gnarus, cum debitor mutuum ab ipso voluisset sumere, si non loco contractus pignoratii elegisset emtionem cum pacto de retrovendendo (q). Sed ita omnes illas dispositiones juris Justiniani de pignore juri gentium contrarias fuisse elusas, notavimus jam superius (r).

§. XI.

Ergo quod Germanos attinet, ex dictis ratio apparet, cur ante receptum jus Justinianum in Germaniam, nulla quod sciam, legatur commemoratio venditionis cum pacto retrovendendi (eines Wiederkauffs) sed solum commemorentur oppignorationes Pfandschafften / Pfand Schillinge / quia videlicet tum Germanis nullum praestabant usum peculiarem venditiones cum pactis retrovenditionis, cum omnes ejus usus inessent oppignorationibus. Postquam vero jus Justinianum in Academiis Italiae docebatur, & exinde



exinde in academias Germaniæ fuit translacum, 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 invaluerunt, oppigno-
rationes & retrovenditiones esse unum, idemque, aut
(Germanicas) oppignorationes esse (secundum stylum
Romanum) venditiones cum pacto de retrovendendo
(s). Huc refero diploma Ludovici Bavari de anno 1321.
(s) (Nam eo tempore jam Academiae florebant 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-
nis effectuum.

§. 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. *Unterschied*
de. (u)

inducti
sunt
munt
(s) Gylm.
Sympbor. 13.
voce Pfand
Schilling/
& voce relin-
quio. Besold.
Thes. Pract.
voce Pfand
Schilling.
Schilter. d. l.
p. 178. 181. sq.
(s) ap. D.
Gundling.
§. 97.

§. XIII.

Emtionis
annuorum
redituum
origo &
progressus.

De annuis redivibus eorumque origine & progressu multa mihi restarent dicenda, si instituti ratio id permetteret. 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) c. iii. von
Bucherle
den contri-
cten. conf.
Schilter. p.
333.

(c) Voce
Wfands
schafft.

§. XIV.

Confusio
utriusque
contractus
unde?

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 retro-
venditio. Jam suo tempore Mynfingerus ^(d) de dif- ^{(d) cent. 6.}
ferentia horum duorum contractuum incepit agere, ^{obs. 70.}
Auctores item Consultationum constitutionum Saxo-
nicarum ^(e) magno conatu id agunt, ut jus patrum ^{(e) Tom. 1.}
iniquitatis accusent, & juris Romani placita introdu- ^{Part. 1. q.}
cant. Neque tamen confusio metuenda fuisset, si sim- ^{52. & 53.}
pliciter receptum fuisset jus Justinianæum, & mixtura
juris Canonici ac recessuum Imperii, contractus usu-
rarios interdicientium, 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 Cano-
nicum id haud liceret, inde confusio orta, notariis &
advocatis sæpe miscentibus, in formulis contractum u-
trumque, & pignus & retrovenditionem, ^(f) vel ex ^{(f) Exem-}
ignorantia vel ex studio eludendi dispositiones juris ^{plum ap. II.}
Canonici & recessuum imperii. Hinc illæ lacrymæ! ^{lustr. Sery-}
^{kium de cau-}
^{telis contra-}
^{ctuum Sect.}
^{II. Cap. IV.}
^{§. 31. & 32.}

CAP. IV.

Ufus practicus differentiarum inter contra-
ctum pignoris & retrovenditionis,

§. I.

Nequè tempus neque chartam perdemus, exscri- ^{Confusio}
bendis & seorsim examinandis illis regulis vel ^{Doctorum}
signis quadraginta octo, secernendi contra- ^{doctrinam}
ctum pignoratitium a retrovenditione, collectis a Ber- ^{hanc expo-}
lichio, ubi, quicquid Doctores hac de re dixerant vel ^{nentium.}
dicere

G 3

dicere poterant, majori diligentia quam iudicio conscripsit, & unde haurire solent fere, quicumque 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 ob 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 quæstio: 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 red- dit difficilem, quod Doctores communiter, quia vident in jure Romano emtionem cum pacto retrovenditionis tradi tanquam licitam, etiam recepto jure Justiniano apud Germanos, idem doceant, & commendent 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 legislativam, quod præsuppositis illis de natura pignoris dispositionibus, permiserit tamen, inven-

Vana doctrina, retrovenditionem apud nos esse contractum licitum,

Alia doctrina

(g) *Supra*
cap. 2. §. 27.

inventa emtione venditione cum pacto retrovenditionis eas eludi a subditis, (g) multo minus coherent leges nostræ & doctrinæ Juris, quod toties de crimine usurariæ pravitatis loquantur, ac contra eam severe pronuncient; & 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 (b); 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 asylo.

§. V.

Alia confusionis 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 quærare quid voluerint partes significare per verba contractus, & quid voluerint occultare. Ad priorem quæstionem pertinent *regula Logica* bonæ interpretationis.

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

(i) *Dn. Praeses a. Log. c. 3. & in controversia cum Placcio de favorib. & odio.*

§. VI.

Est & illud notandum. Differentiæ pignoris & retrovenditionis traduntur vel per *regulas theoreticas* desumptas ex doctrina jurisprudentiæ de pignoris & retrovenditionis natura, vel per *regulas practicas*, desumptas ex moribus hominum hos contractus celebrantium, & noticia 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 *Doctõris & 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 debuissent a Doctõribus, ut fieri solet, in hac doctrina misceri.

Observatio confusio- nem emendans.

§. VII.

In contra-
ctibus prin-
cipum dif-
ferentiam
pignoris &
retrovendi-
tionis non
esse atten-
dendam.

His observatis personæ contrahentes sunt fecerendæ, 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 & retrovenditionem. Ubi ergo nullæ differentia sunt inter contractus, ibi frustraneæ sunt & inutiles tam regulæ theoreticæ, illa duo secernendi, & regulæ practicæ tam interpretis quam judicis. Nulla occultatio timenda, cum nulli adsint effectus diversi. Ergo ad has personas plane non pertinet caput præfens.

§. IIX.

Intuitu ju-
ris Romani
esse quidē
attendendam,
sed id
fieri 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 legislatoræ,) nulla tamen fuit causa occultandi, uti nec occurreret exemplum in historia Romana. Ergo hic sufficient regulæ theoreticæ ex notitia tituli de pignoratitia actione & iis, quæ de differentia retrovenditionis 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, siue vox oppignorationis, siue venditionis; siue relutionis, siue 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 eisdemque.

§. X.

Ergo omnis difficultas remanebit in dijudicandis contractibus Germanorum post receptum jus Justinianum. Neque hic tamen tanto acervo regularum videtur esse opus, sed sufficient pauca. 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, quibus retrovenditio a pignore secernitur, putanda 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 supeditabit 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 adjudicatione 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 poſſunt, 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 objectio-
nem pati ex eo, quod ibid. §. 29. adduximus ex legibus Ger-
manicis, creditorem, ſi pignus vendat, etiam pendente re-
lutionis 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. Praſes in Inſtit. juris
germ. priv. l. i. 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
reſtricta

COROLLARIA.

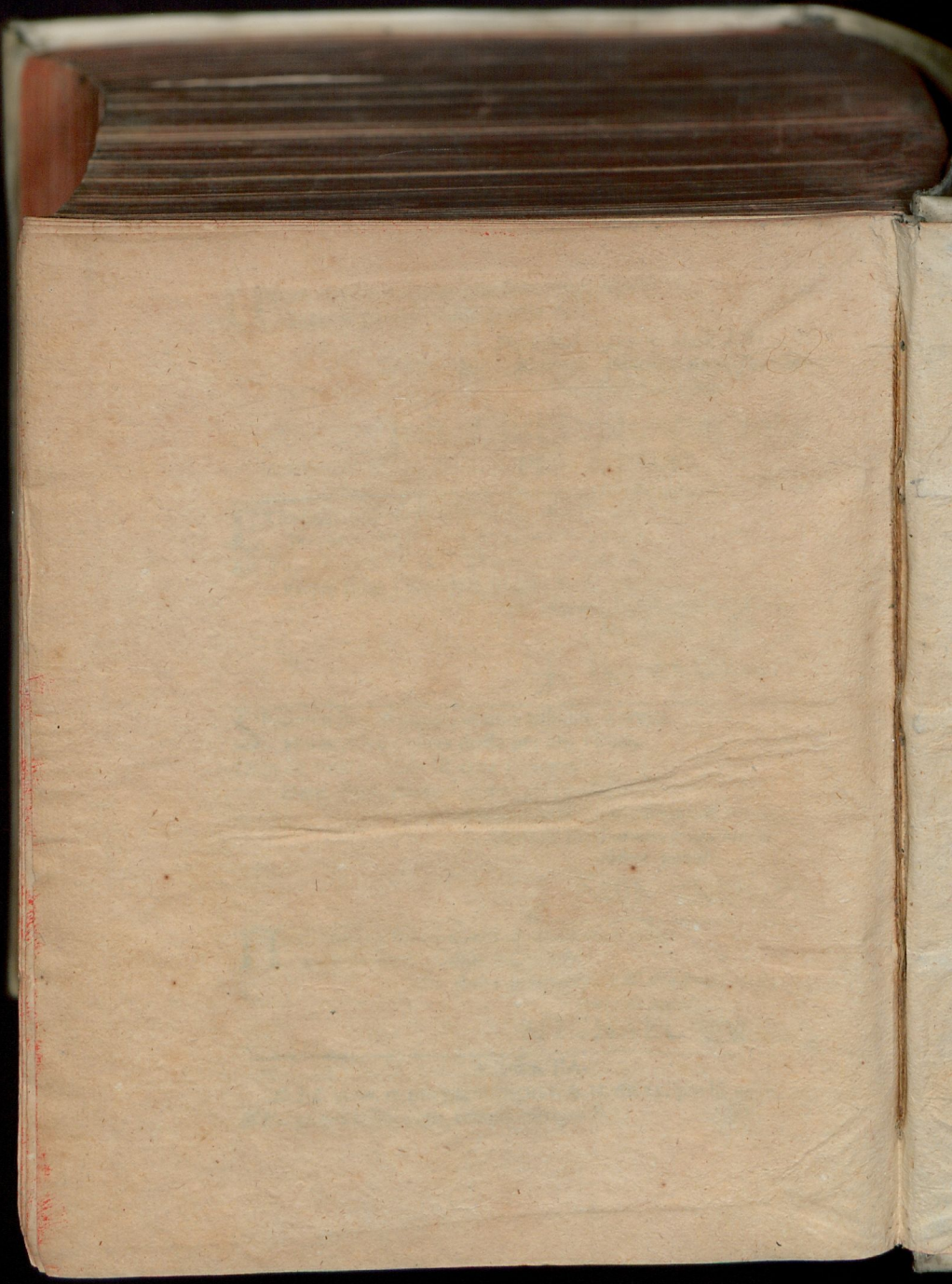
restringenda ad res mobiles, de quibus textus loquitur. Quod expedire jam nostrum non est.

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. quae sententia etiam rationabilior est, quam ad-
versa, de qua in cap. 3. §. 7. quod error postea retro-
vondens possit repetere impensas
utiles &c.*

F I N I S.





00 A 6408

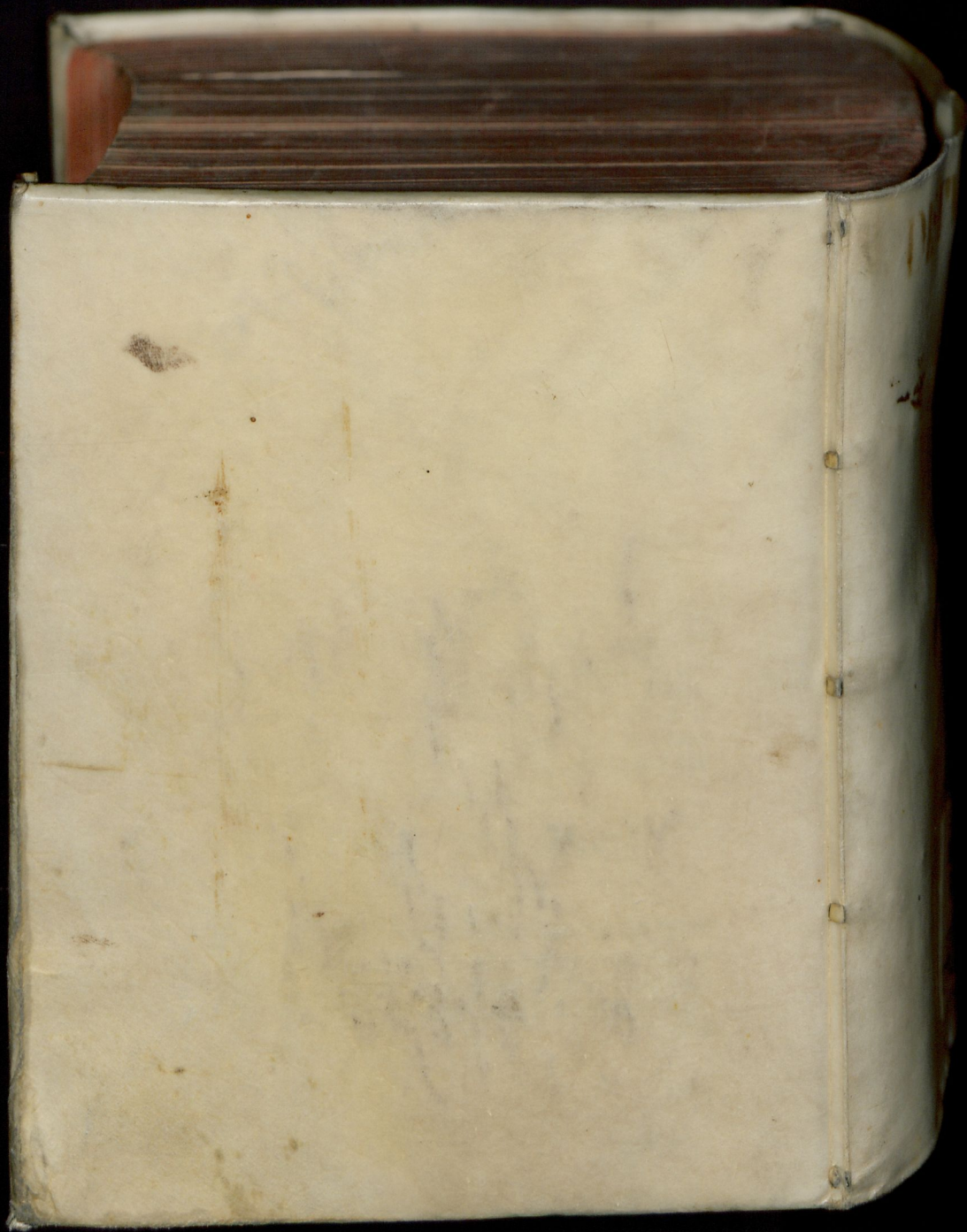
ULB Halle 3
002 925 389

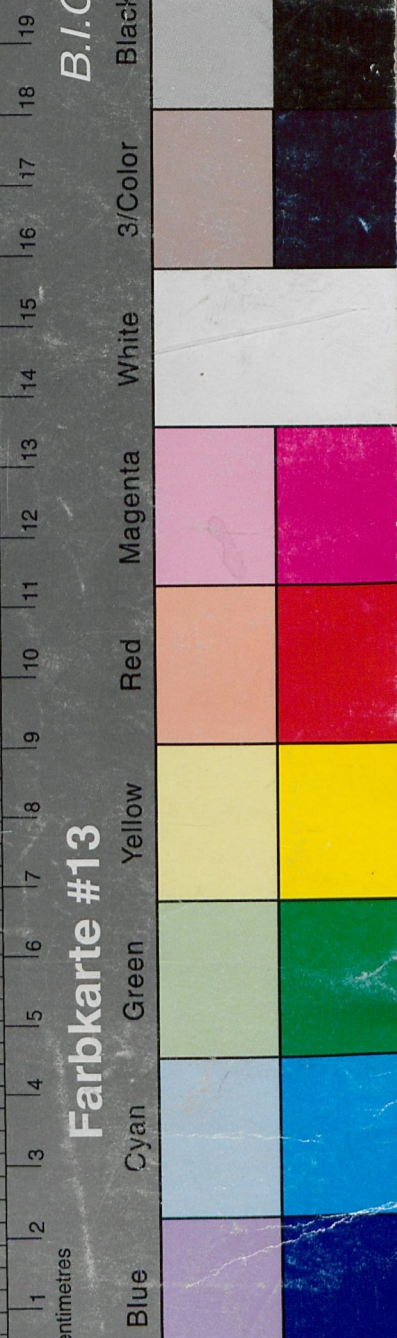


VO 17

Reho ✓







25.
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 Governatore &c. &c. &c.

AUCTORITATE INCLYTÆ FACULTATIS JURIDICÆ
PRÆSIDE

DN. CHRISTIANO THOMASIO, Jcto,
SERENISSIMI AC POTENTISSIMI REGIS BORUSSIÆ
Confiliario, 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 & pomeridianis

d. IV. Julii ANNI M DCC VII.

Publicæ Eruditorum disquisitioni ficit

JOHANNES FRIDERICUS BASTINELLER,
Hallenf. Magdeburg.

HALÆ MAGDEBURGICÆ, LITERIS SALFELDIANIS.