




Zur
Gräfl. vom Hagen'schen
 Majorats - Bibliothek



MÖCKERN
 gehörig.

N^o **1403**

Vgl.

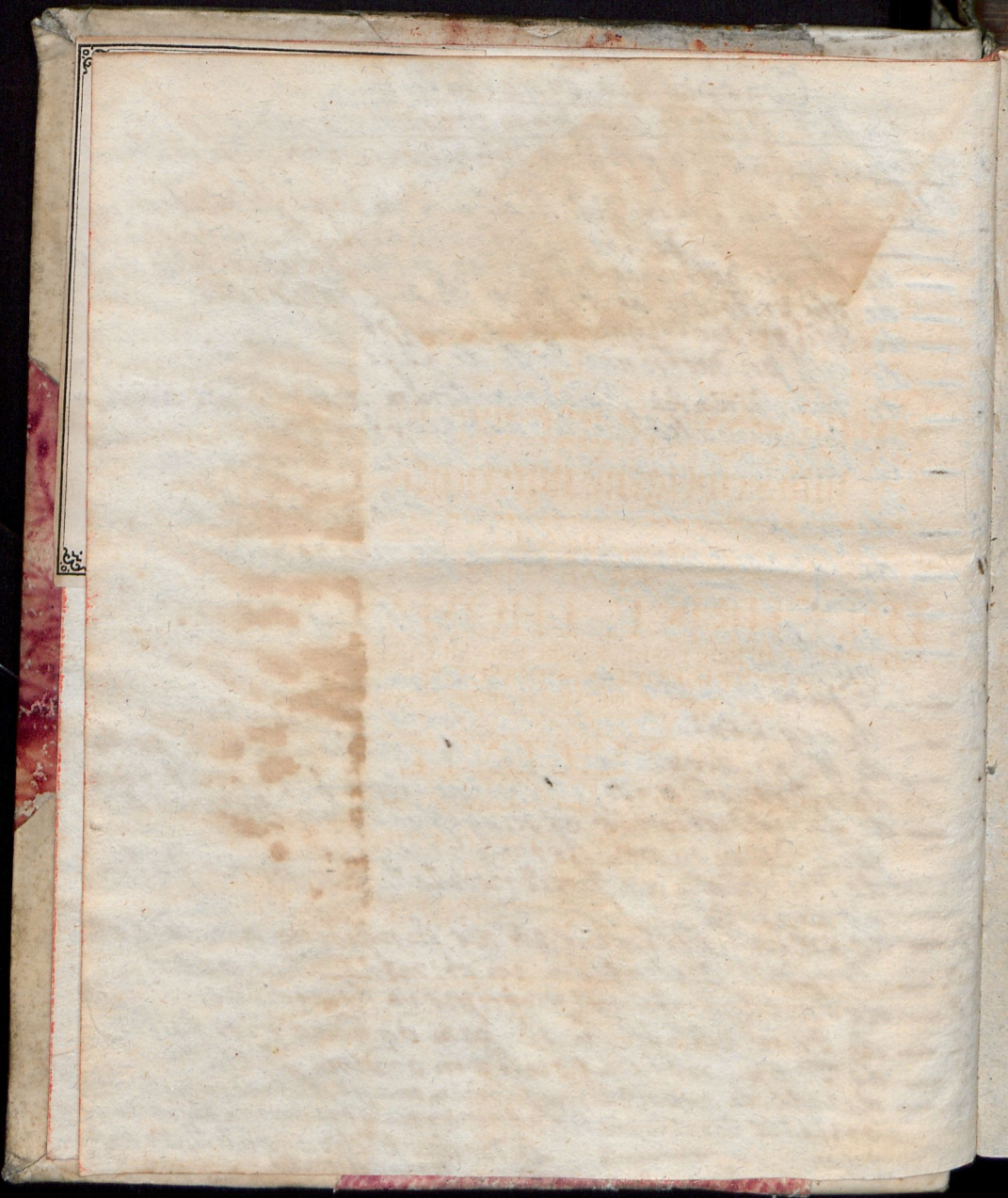
- 1.
- 2.
- 3.
- 4.
- 5.
- 6.
- 7.
- 8.
- 9.
- 10.
- 11.
- 12.
- 13.
- 14.
- 15.
- 16.
- 17.
- 18.
- 19.
- 20.
- 21.
- 22.
- 23.
- 24.
- 25.
- 26.



Conspectus Dissertationum
in hoc Volumen Comprehensarum

1. Thomafius. de Vfu pratico diftinctionis hominum in liberos
et ferros.
2. — de Vfu pract. Diff. hominum in ingenuos et libertinos
3. — de Vfu pr. doctrinae de impedimentis matrimoniorum
4. — de Vfu pr. doctrinae Inf. de his qui sui vel aliorum iuris sunt
5. — de Vfu pr. doctrinae Inf. de Patria Potestate.
6. — de Vfu pr. doctrinae Inf. de Nuptiis.
7. — de Vfu pr. doctrinae Inf. de Legitimatione
8. — de insufficientia fundamentorum definiendi causas
matrimoniales hactenus receptorum.
9. — de Validitate conjugii inuitis parentibus contra,
10. — ²ⁱ de Vfu pr. doctrinae Inf. de Adoptionibus.
11. — de Quasi Emancipatione Germanorum.
12. — Idem de Tutelis.
13. — de Differentia Iuris Civitis et Canonici in Testa-
mentis.
14. — De Iure iniusto Hereditatum.
15. — de aequitate Cerebrina Regis Anastasianae
16. — de Vfu pr. accuratae Diff. inter emptionem cum pacto
de reddenda p^o, et contractum pignoratitium.
17. — de Iurisdictionis et magistratum differentia
secundum mores Germaniae.
18. — de Prioritate ac posterioritate temporis dubia
et inerta
19. — de pretio affectionis in res fungibiles non cadente
20. — de Iudicis sententiam in criminalibus ab act. remp.
21. — de Iure aggrandi principis in homicidis.
22. — de Iure Caluum impetu dandae civi Satis.
23. — de Templariorum equitum ordine sublato.
24. — de iniusta oppositione iurium magistratuum Superiorum
territorialis, et reservationum in peralona
num.

Ludovicus Philippus ab Hagen.
Hala 1742.



16

DISSERTATIO INAUGURALIS JURIDICA,
DE
USU PRACTICO
ACCURATÆ DISTINCTIONIS IN-
TER EMPTIONEM CUM PACTO DE
RETROVENDENDO ET CONTRACTVM
PIGNORATITIVM,

QUAM
RECTORE MAGNIFICENTISSIMO,
SERENISSIMO PRINCIPE AC DOMINO,
DN. PHILIPPO WILHELMO,
PRINCIPE BORUSSIÆ, MARCHIONE BRANDENBURGICO,
AC DUCATUS MAGDEBURGICI GUBERNATORE, &c. &c.
AVCTORITATE INCLYTÆ FACULTATIS JURIDICÆ

P R Æ S I D E
DN. CHRISTIANO THOMASIO, JCTO,
SERENISSIMI AC POTENTISSIMI REGIS BORUSSIÆ CONSILIARIO,
PROFESS. PUBLICO ORDINARIO, ET FACULT. JURID. p. t. DECANO,
PATRONO SUO SUMME DEVENERANDO,

PRO LICENTIA,
SVM MOS IN UTROQUE JURE HONORES ET DOCTORALIA
PRIVILEGIA LEGITIME CONSEQVENDI
IN AUDITORIO MAJORI,
HORIS ANTE- ET POMERIDIANIS D. IV. JULII ANNI MDCCVII.
PUBLICÆ ERUDITORUM DISQUISITIONI SISTIT
JOHANNES FRIDERICUS BASTINELLER.

HALENS. MAGDEBURG.

HALÆ MAGDEBURGICÆ, LITERIS Salfeldianis. (8



DISSERTATIO INAUGURALIS.
De
Usu practico accuratæ distinctionis
interemptionem cum pacto de retrovendendo
& contractum pignoratitium.

CAPUT I.

Monita generalia circa quæstionem
ipsam & nostram differendi methodum.

§. I.

Non dubito fore plerosque, qui thema disputa- Auctores, tionis nostræ in titulo legentes sibi mox sint qui jam de imaginaturi, quasi more consueto, discursus rebus huc hic noster ex duobus vel tribus auctoribus pertinentibus scripserunt. absque artificio sit compilatus & tantum non exscriptus. Et fateamur ipsi, ultra quatuor vel quinque auctores, antequam meditationes nostras in chartam conjiceremus vix esse inspectos, puta *Jacobum Gorbafredum*, *Serauchium*, *Schilterum*, *Gundlingium*, quoad naturam pignoris, tam Romani, quam Germanici, *Berlichium* vero quoad comparisonem pignoris cum

A

ven-

venditione sub pacto de retrovendendo. Fatemur etiam, multa nos fere cum tadio repertiisse in altero, quæ jam semel aut bis in altero & altero legeramus. Ut ita istis JCtis & eximiis Doctoribus præeuntibus, Candidato juris forte vitio nemo possit vertere si eos imitaretur, & brevi compilatione in una dissertatione fisteret, quæ singuli singulis addidissent. Sed tamen non opus est, ut hoc responsonis genere utamur. Non exscribemus cum tadio, 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 dissensuri sumus, dissuadebit sincerum nostrum studium veritatem inquirendi, absque respectu & irritatione personarum a quibus dissentimus. Pauci vero sunt, qui ferre possint dissentientes. Multi sunt, qui impatienter etiam ferunt dissensum 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 assecuratione cre-
ditoris super credito, peculiaris quidam contractus
usurpatus, tanquam certa species pignoris, qui fidu-
ciæ nomine appellabatur. Fit ejus mentio subinde
apud Ciceronem, Boëthium Isidorum, maxime vero in
fragmentis Pauli JCr. Apud Justinianum in corpo-
re juris nunquam memoratur. Unde dubium ortum
in quo constiterit ejus natura & cur a Justiniano non
memoretur. Tractarunt has quæstiones ex JCr. ap. Jacobum
præcipue Cujacius, Hortomannus, Antonius Faber (a). Sal-
mafus pro more multa hic adversus JCr. innovare
voluit, & in libro de modo usurarum circa doctrinam
de fiducia seu fiduciario contractu sæpe eandem cram-
bem recoquit. Examinavit fluctuationes & aberrationes
Salmastii 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
citatur, quisquis est auctor disputationis sub præ-
sidio Strauchii (c) habitæ. Ipse vero Strauchius ibidem
erudite inquisivit in naturam oppignorationis Ger-
manicæ, eamque toto cælo differre ostendit a con-
tractu pignoratitio juris Justinianeæ, & nihil aliud esse,
quam fiduciam illam veterem Romanorum, ope Co-
dicis Theodosiani jam sub Carolingis ad Germanos
traductam. Strauchianam hanc dissertationem de
pignore Germanico repetiit, & hujus contractus
comparationem cum emtione sub pacto de retroven-
dendo

Synopsis
doctrina il-
lorum au-
ctorum.

(a) Horum
omnium loca
relata vide
ap. Jacobum
Gothofred.
& Strau-
cbium, quo-
rum libros
statim indi-
cavimus.

(b) In Com-
ment. ad L.
un. Cod.

Theod. de
commissoria
rescindenda.

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

(d) *De jure retrovendi-
zionis adju-
cta practi-
cis analytica
in jure p.
167. seq.*

(e) *Peculiari
dissertatione,
de jure oppi-
gnorati ter-
ritorii anno
1705. mense
Decembr.
habita.*

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

dendo erudite docuit rerum Germanicarum peritis-
simus *Schilterus*, peculiari dissertatione, (d) simul ve-
ro 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 no-
titiam antiquitatum Germanicarum spirantibus, illu-
stravit (e). Porro *Matthias Berlicbius*, Pragmatico-
rum Princeps famigeratissimus, quaestionem de con-
tractus pignoratitii & emtionis cum pacto de retro-
vendendo differentiis plane exhaustisse videtur, dum
prope quinquaginta differentias, cumulatis eam in
repe aliorum Doctorum & legum auctoritatibus sup-
peditavit (f). Ut adeo, quod in hac materia addi
possit, nihil plane superesse videatur.

§. IV.

Quid in il-
lis desiderare-
mus.

Sed his tamen non obstantibus, non defuit oc-
casio, haud pauca in praesenti discursu partim aliter
definiendi, quam haecenus 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 retroven-
ditione erant solliciti. Saltem praecipua hic in pro-
oemio, quasi per indicem, breviter notabimus. Et
Gorhofredus quidem, dum *Cujacium* & alios refutare
vult, fiduciam veterum Romanorum & legem com-
missoriam in pignore nimis unientis, non ubique
satisfacere videtur *Lectori*, magis ad rationes quam
ad auctoritatem & merita tanti viri respicienti. Cum-
que *Strauchius* hic *vera ratio* sequatur *Gothofredum*,
non

non solum eadem de hujus dissertatione judicanda sunt, sed & insuper JCtus hic famigeratissimus in eo aliquid humani videtur passus, dum naturam pignoris, seposita lege civili non plene exposuit (g) & insuper prætervidit, quod magna sit differentia inter oppignorationem Germanorum & contractum fiduciæ Romanum. Adde quod nondum demonstraverit, oppignorationem hanc Germanorum mediante Codice Theodosiano in Germaniam esse introductam. In *Schiltzeri* erudita dissertatione id potissimum desideramus, quod vel præterviderit, vel certe non satis perspicue indicaverit, oppignorationem veterum Germanorum, usque ad traductum ex Italia in Academiæ Germaniæ jus Justinianicum, tantam habere cum emtione sub pacto retrovendendi convenientiam, ut vix ulla differentia intuitu effectuum supersit, adeoque emtionis sub hoc pacto vix ulla extare vestigia in Germania ante receptum jus Justinianicum: Post receptionem vero juris Justiniani Pragmaticos formularum fabricatores sæpe misere confudisse pro more illorum temporum jus patrium de oppignorationibus & jus Romanum de retrovenditionibus, ut adeo propter infirmitudinem 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 sæculi, magna in Academiis Germaniæ regnaret ignorantia juris patrii, adeoque doctrina Berlichii omnis, non hausta sit ex fontibus genuinis, verum ex lacunis Glossatorum & JCtorum Pragmaticorum peregrinorum, non difficile est, concipere, differentias illas plures, quas

(g) §. 1. 2.
cit. loc.

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

§. V.

Methodus
dicendorum.

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

cum pacto de retrovendendo, potissimum comparata 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 paucae observationes, totum negotium expediendi, palpabiles & perspicuae, in quantum videlicet studiosa consultio duorum illorum contractuum evolutionem difficultatum inde ortarum admittit.

CAPUT 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 comparisonem pignoris & emtionis sub conditione retrovendendi.

§. II.

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

Etas præpri-
mis mutui.

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 natura, ut non possit propter debita ex aliis contractibus creditoribus securitatem præstare.

§. III.

Securitas
creditorum
consistit (1)
in possessio-
ne pignoris.

Porro natura securitatis, quam creditores ex pignore quærunt, postulat præcipue, ut possessio rei oppignorata transferatur ad ipsos. Etenim jus naturæ dicitur, debitores non solum obligatos esse, ut debita oportune solvant, sed etiam, ut ea creditoribus in loco commode 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 debita solutionis tempus adveniat, & creditores, si debitores morosos fuerint nacti, pro beneficio habeant, si post multas ac tædiosas interpellationes tandem debitores iis permittant, ut sine imploratione officii judicii, pecuniæ debita solutionem ipsi in debitorum ædibus accipiant. At si creditor pignus possideat, ipse quietus est, probe gnarus quod debitoris intersit, ut solutionem pignoris ipse quærat, ac sollicitet, si damnum rei familiaris evitare velit.

§. IV.

(2) Ut pi-
gnus valeat
ultra quan-
tatem de-
bitam,

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

cumstantiam in pignore produxit, ut pignus plus valeat quam pecunia, quæ debetur. Nam si minus valeret, aut etiam quantitati debitæ esset æquivalens, sæpe contingere posset, 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 (3) Ut æstimari, dum de ejus idoneitate quæstio est, non secundum tempus præteritum, sed præsens, quo pignori datur. Quid enim juvaret creditorem, si pignus, quod jam deterioratum est, vel cujus pretium ob varias causas decrevit, ante mensem vel annum duplo vel quadruplo plus valuerit. Sane circumstantia præteriti valoris non incitat debitorem ad pignus redimendum. Sed nec pretium futurum, si nempe speretur majus fore pretio præsentem, 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

tenſu contrahentium per plures annos differtur, neceſſe ſit contrahentes etiam in pignore reſpicere oportere ad pretium futurum, & quanti nempe valiturum ſit tempore ſolutionis. Ut enim raceam, multas eſſe poſſe cauſas, quæ ſuadeant pretium præſens duraturum eſſe in eodem valore, quæque non ita veros ſimiliter 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 quanti vendi poſſit pretio communi. Ergo ex dictis uti ſua ipſonte ſequitur, non conſiderari in pignore, quanti fuerit emtum, ſed quanti jam & tempore ſolutionis vendi poſſit; ita etiam in hac venditione non conſiderabitur pretium affectionis, quia res venduntur ſecundum pretium commune, & prærii affectionis conſideratio eſſe ſolet, non communiter in contractibus, ſed ubi agitur de damno injuria dato reſarciendo. Unde ſi v. g. debitor oppignorat catenam auream, quam a principe in teſtimonium ſingularis gratiæ accepit, iſta affectio, qua debitor & ejus familia proſequuntur pignus, & artificium, non veniunt in æſtimationem, ſed vere æſtimari ſolet quanti valeat aurum &c.

§. VII.

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

servando servari nequeunt, fere ad usum pignoris sunt ineptæ, nisi ubi solutio debiti post pusillum tempus facienda est, Inter res, quæ pretio durabili gaudent, eæ, quæ constans habent pretium, ad pignus omnium maxime sunt aptæ. Ubi pretium durabile quidem, sed varians est, securitati creditoris consulitur si res æstimetur secundum pretium medium. Cæterum utrum res oppignoratæ mobiles sint, an immobiles, abstrahendo a circumstantiis peculiaribus & rarioribus, non multum videtur interesse, modo priora observentur, 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 producant, vel natura quidem inhabiles sunt, industria tamen civili ut puta 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 steriliū. Nam si hic sola custodia relinquatur creditori pignus possidenti, securitati quidem creditoris nullum fieret præjudiciū, sed parū prospiceretur debitori, præprimis si fructuum perceptio ex istis rebus requireret impensas, quarum deductione prævia, communiter fructus in negotiis humanis æstimari solent. Requirit 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 præjudiciū fiat possessioni creditoris, (in qua tamen primarius scopus contractus pignoratitii vertitur) quibuscunque etiam cautelis & pactis istud præjudiciū 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 cogereretur fructus civiles i. e. usuras pendere creditori pro usu pecuniæ debitæ. Adde, quod hoc factō sæpe impensæ gratis faciendæ forent, cum multæ res tales requirant, sive iis utaris, sive minus, ut jumenta & pecudes. Ergo vel perderentur æ res sine suppeditatione impensarum, & sic non solum damnum pateretur debitor, sed & ipse creditor re oppignorata perditā, securitatem crediti amittit.

amitteret; vel si creditor ad conservandam suam securitatem impensas in rem oppignoratam faceret, & tamen re oppignorata uti nequiret, auferetur quotidiè debitum, circa tamen ullam novam debitoris utilitatem & sic spes recuperandi pignoris ipsi periret. Unde & Germanis talia pignora voracia vel, si mavis, cancrina (b) dici solent. Hic igitur, si omnia exacte consideres, apparebit, nihil magis ad scopum & naturam pignoris aptius esse, quam si creditori relinquitur 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.

§. X.

Solent alias Juri cum cura distinguere in contractibus substantialia seu essentialia, naturalia & accidentalialia: 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 insunt contractibus, etiam si verbis non fuerint expressa; accidentalialia denique regulariter absint, nisi pactis exprimentur. Interim tamen quoad essentialia, potissimum id cogitandum est, contractuum essentiam dependere ab impositione hominum, adeoque diversam rationem esse creaturarum seu entium physicorum & moralium. Illorum essentia sunt perpetuæ & æternæ; Horum es-

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

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 sufficere ista observatio, quod abstrahendo a lege positiva, in oppignoratione rerum frugiferarum creditor percipiat fructus, etiamsi pactum antichreseos nullum adjectum 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, quantumcunque etiam usuras solvat creditori, sapissime tam-

men

men pecunia credita plus lucratur, adhibita videlicet varia industria, de quo lucro usuras excedente, nullas rationes reddit creditori. Ergo si & creditor fructus industria sua ultra usuras conventas lucretur, eadem est ratio. Nec obest, quod supra ⁽ⁱ⁾ dixerimus, pignus debere plus valere, quam est quantitas pecuniae debita adeoque plus videatur percipere creditor quam debitor ex pecuniae usu. Nam valet illa prior observatio praecipue in pignore sterili, ut creditor etiam ratione usurarum possit esse securus, ut jam supra eam ita declaravimus. Quare huic praesenti observationi, quae de oppignoratione rei non sterilis loquitur, eadem opponi nequit. Ut taceam, regulariter, aut certe frequenter, majores usuras percipi posse ex pecunia, quam fructus ex praediis ejusdem valoris. Nam cum v. g. hodie in imperio usurae quincunces ita pro justis habeantur, ut etiam in probatione *et* interesse absque ulteriori probatione liquidatio earum admittatur, notum tamen etiam est, quod saepissime in aestimacione aut taxatione praediorum, respectus is haberi soleat, ut quatuor taleri ex fructibus percipiendi, computentur in singula centum taxae totius fundi. Ergo haec consideratio efficiet, ut raro fructus, ex rebus oppignoratis percepti, superent usuras consuetas pecuniae creditae, etsi pignus plus valeat quam quantitas credita.

§. XII.

Cave igitur, ne auctoritas doctrinarum quotidiana-
rum tibi hic scrupulum moveat. Quid enim? An haec
asseritio convenit cum aequitate naturali? Annon repu-
gnat diserte juri divino, omnem usurariam pravitatem
ferio palis.

(i) §. 4. B.
cap.



serio prohibenti? Annon juvenus talibus assertis, sub larva juris naturalis & gentium prolatis, corrumpitur, ut ea, quæ contraria sunt claris legibus & recessibus Imperii, contractus usurarios serio prohibentibus, imo quæ etiam apud Principes Protestantæ pœnis ecclesiasticis coercentur, pro licitis, & ex natura ipsius pignoris profluentibus habeat, & sic omnem pietatem & probitatem pedibus conculcet? Sed bona verba quæso. Nolo hic camarinam movere, de pietate fucata & larvata, quæ tot seculis imposuit incautis, nec prolixè ostendere, quomodo eæ objectiones omnes ex intimis arcanis papatus originem ducant, ac quomodo sub larva æquitatis, cerebrina & insulsa æquitas se animis Jctorum hic insinuaverit. Tetigit id ulcus alibi Dominus Præses (k). Nobis sufficiet, in præsentī pauca illa annotasse. Jus divinum usuras prohibens non universale & morale, sed forense est, respiciens solum rempublicam Israeliticam, ut latius probavit insignis JCrus 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 fenore & usuris.*

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

§. XIII.

Ergo vero hæc omnia, quæ hætenus memora- (8) Si cer- vimus fluere ex securitate creditoris, quæ in consti- tum tempus tutione pignoris inrenditur, debeant debitorem eo ad reluitio- fortius urgere, ut, tempore convento, debitam pecu- nem sit de- niæ summam offerat creditori, & ita luitionem pigno- termina- ris ipse urgeat, non tamen illa plenitudinem securita- tum, finito tis istius exhauriant. Possunt enim multæ circum- illo rem op- stantia intervenire, ut creditor tamen pignoris luitio- pignoratam nem negligat. Adeoque circumspiciendum est in commis- sum cadere. sium quid hic ratio dicitur, ut caveatur creditori. Duo vero in hac quæstione secundum naturam negotii casus erunt secernendi. Vel enim convenerunt partes in constituendo pignore, ut intra certum ac determi- natum

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

§. XIV.

Atque adeo
eam postea
vendi posse
a creditore
sine restitu-
tione pretii
superantis.

Ex dictis porro sequitur, ut creditor, qui plenus & irrevocabilis dominus rei oppignoratae, ab illo tempore factus est, possit eam pro libitu 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-
mre

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

§. XV.

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

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 praescribi possit; ita & creditor poterit, quocumque tempore urge- re debitorem, ut pignus reluat. Si creditor nolit admittere luitionem, debitor eum actione instituta, ad restituendum pignus adigere poterit. Similiter creditor debitorem, si sponte reluere nolit. Quod si via judicii illis displicuerit, uti debitor jus reluendi alii poterit vendere, ita creditor suum jus quod in pignore habet. Ulteriora remedia deficiunt, quibus creditor debitorem ad reluendum pignus adigat. Et sibi imputet, quod tempore accepti pignoris, tempus ad reluendum non determinaverit. Neque enim, abstrahendo a lege positiva, prima, neque secunda, neque tertia denunciatio creditoris id efficiunt, 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 acceptet, adeoque cum creditore de tempore relutionis conveniat, nullum est dubium, quin ea conventio eisdem 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 inconveniens 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.

Jus creditoris in res non steriles oppignoratas esse dominii revocabilis speciem.

§. XVIII.

Ergo & periculum hoc casu erit creditoris, hætenus videlicet, ut non possit reperere debitum, si sit periculum, 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 reperere pretium rei oppignoratæ quatenus ejus valor excedit summam quantitatis debitæ. Ita enim se res etiam habere solet, in venditione sub conditione retrovendendi. Adde, quod alias securitati creditoris fieret præjudicium, si cogeretur summam illam exceden-

Cujus tum periculum.

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

§. XIX.

Quid juris sit post re-
lutionem
circa im-
pensas in
pignus a
creditore
factas.

Restat quæstio, de impensis in rem oppignorata a creditore interim factis, post reolutionem 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 oppignorata immutata. Distinctio juris Romani in impensas necessarias, utiles & voluptuarias subtilis quidem est, sed in applicatione ad negotia in societate humana obvientia rem magis implicat, quam explicat. Accedit, quod illa distinctio potissimum inventa sit in quæstionibus definiendis, de jure malæ & bonæ fidei possessoris, nec adeo ad creditores applicabilis. Hic enim nec malæ fidei possessor est, cum pignus possideat ex conventionem cum domino, & plus juris ei competit in re oppignorata, quam cuilibet bonæ fidei possessori, ut ex hæcenus deductis liquet. Est tamen & alia ratio differentię inter bonæ fidei possessorem & creditorem, quæ hoc intuitu jus creditoris quodammodo facit deterius quam bonæ fidei possessoris. Hic enim in justo errore versatur, putans, quod perpetuus rei vel unicus sit dominus, at creditor & omnes, qui dominium revocabile habent, sci-

sciunt, jus suum non esse perpetuum. Ergo abstractendo 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 Romano vel detraxerit iis observationibus, quas hucusque de jure creditoris in pignus, abstractendo a lege positiva, fecimus. Ubi quidem ex iis, quæ nobis restant, fragmentis juris veteris ante Justinianum, (n) constar, olim fuerit.

pi-

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

§. 1. & 2. 17. pignus duobus modis apud Romanos fuisse constitutum,
 13. §. 7. 7. pri- partim, *simplici deponitione*, (o) partim *fiducia*. Sed in
 oribus. lib. 3. quo capite præcise vel effectu hi duo modi differentiam
 tit. 6. §. 16. & agnoverint, ob brevitatem locorum, qui *fiduciam* me-
 69. Cicero pro morant, valde in obscuro est, præprimis cum *fiducia*
 Flacco c. 21. vox etiam in aliis negotiis, quam in mutuo & pignore
 & lib. 13. fa- adhibita legatur (p), & adeo sæpe dubium sit, utrum
 mil. 56. &c. cum de *fiducia* sermo est, de illa specie pignoris lo-
 (o) Hac phra- si Paulus di- quantur scriptores. Quidam *fiduciam* putant idem esse
 fert alteram cum *hypotheca*. Sed horum sententia parum videtur
 pignoris spe- verosimilis, cum *hypotheca* possessionem creditor non
 ciem a fidu- habeat, at *fiduciam* possessionem haud dubie habuit (q).
 cia distinguit Sed fefellit auctores primæ sententiæ, quod Cicero (r)
 de l. 11. §. 1. (p) Ita si a- dicat, *hypothecas commissas* esse, quod alias de *fiduciam*
 pud Paulum (s). Sed haud dubie Cicero locutus est de
 II. 4. rubri- alio pacto, cujus mentio fit in jure Justiniano (t). De-
 cam cum §. cepti etiam sunt, quod observaverint, Tribonianum
 ult. jungas, in legibus Pandectarum ubique terminum *fiduciam* ex-
 videtur fidu- punxisse, & ejus loco, vocem *hypotheca* substituisse.
 cia prædicari Secunda sententia vult, in *fiduciam* rem oppignoratam
 de contractu cum solennitate mancipationis fuisse creditori tradi-
 & estimatorio. tam, sed cum duabus conditionibus, ut nimirum, si
 Adde Gottho- intra determinatum tempus debitor pignus lueret, id
 fr. ad L. 1. a creditore ei remanciparetur, si non redimere, cre-
 Cod. Theod. ditor potestatem haberet solummodo pignus venden-
 p. 254. di. De priore conditione nullum quidem est dubi-
 (q) Paul. II. um (u). At posterior non probatur ex doctrina Pauli,
 13. fere per qua docet, pactum *fiduciam* adjectum, ut creditor, et-
 rotum. iam non solvente debitore, *fiduciam* tamen vendere
 (r) 13. Famil. nequeat, nullam habere efficaciam (w). Nam ex
 56. eo
 (s) II. 13.
 (t) L. 1. C. de
 pact. pign.

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

eo id solum sequitur, quod creditor elapso tempore pignus possit vendere, (quod etiam potest ex tertia sententia,) non vero probatur, quod præter potestatem vendendi non possit ipse retinere. Unde tertia sententia videtur omnium verosimillima, fiduciam esse contractum, quo pignus solenni mancipatione tradebatur creditori, ut si determinato tempore debitor solvat, id ei remanciparetur, si non solveret debitum, pignus caderet in commissum, id est, ut creditor illud quiete possideret, nec posset id relui tempore isto elapso a debitore, at si creditor fiducias postea distraheret, superfluum debitori restitueret. (x) Qui hanc sententiam impugnant, fatentur, pactum legis commissoriae quandoque fuisse adjectum 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).

(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 quidem ullos fructus ex re per fiduciam tradita percipere licuit, sed si quos percepit, illi in sortem fuere impurati

D

ti

- (b) *Paulus II. ti* (b). At inquit, 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 subfuit ratio, quod creditor jam tuerit 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 Sed sustulit illam *legem commissoriam* in pignore, Constantino adeoque simul fiduciam veterum Romanorum Constantinus M. (e). Dissidentes contra urgent, quod (e) *Lib. 3. Cod. Theod.* non confundenda sit lex commissoria cum contractu fiducia. Sed ad istam objectionem jam fuit responsum (f). Ista objectio prima fronte gravior, post Constantinum Magnum diu fieri mentionem fiducia, ergo ab illo eam non fuisse abrogatam. Nam, dicunt, Ambrosius (g) fiducia meminit, & Sidonius Appollinaris. Quinimo ipsi Imperatores Arcadius & Honorius contractum fiducia expressis verbis confirmant (b). Sed responsio tamen ad ista non longe est

(b) *Cod. Theod. lib. 15. tit. 14. de infirm. his qua sub tyrann. aut.*

est quaerenda. Nihil frequentius illis temporibus, *barb. g. f.*
quam ut Imperator antecessoris leges mutaret. Er- *sunt. leg. 9.*
go id demum ex dictis sequitur, Constantini M. abro- *verbis: pi-*
gationem fiducia & legis commissoriae apud succes- *gnoris atque*
ssores caruisse effectu: imo compilatores Codicis *fiducia obli-*
Theodosiani leges contradicentes compilationi suae *gatio perse-*
inferuisse, videlicet legem illam Constantini, & le- *verent.*
gem Arcadii & Honorii. Sed nec hoc aliquid inusita-
tum est (i).

(i) Adde *Dn. Praesidis Navos Jurispr. ante Justin. l. 2. c. 6. p. 95.*
Et p. 108. n. 5.

§. XXIII.

Interim, quicquid sit de illa Constantini M. Et a Justini-
constitutione, nobis sufficiet, quod Imperator Justi- *ano ex cor-*
nianus in suum Codicem constitutionem illam Con- *pore juris*
stantinianam retulerit, (k) istam vero alteram Arca- *expuncta.*
dii & Honorii omiserit, atque hoc modo priorem ap- *(k) d. l. 3. C.*
probaverit, posteriorem vero, quae fiduciae mentio- *de pact. pign.*
nem fecit, tacite improbaverit. Unde etiam ii,
qui negant, Constantinum cum lege commissoria fi-
duciam abrogasse, concedunt, a Justiniano tamen fi-
duciam fuisse abrogatam, quia a vo Justiniani solennes
illae emancipationes & remanicipationes, tanquam
fabulae antiqui juris dudum in usu esse deserint. Et
quamvis alii etiam quoad hanc assertionem illud ob-
jiciant, quod Justinianus quidem solennitates illas an-
tiquas non agnoverit, propterea tamen rem ipsam
& nempe contractum fiduciae non sustulerit; vellem
tamen, ut illi auctores id cogitassent, Justinianum,
si contractum fiduciae voluisset retinere, non fuisse
permissurum, ut Tribonianus ex omnibus Jctorum

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

§. XXIV.

Pignus Justinianicum in quibus conveniat cum pignore juris gentium.

(m) *vide supra §. 1. & 2.*

hujus cap. §. fin. Inst. quibus mod. re contr. oblig.

l. ii. §. 2. de pign. act.

(n) *supra §. 3.*

(o) *l. 15. §. 2. qui satisd. cog. l. 16. l. 3.*

de usurp.

(p) *vide supra §. 4. 5. 6. 7.*

(q) §. 8.

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

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

§. XXV.

Ergo hic incipit differentia inter jus gentium & Romanum. Diximus, in rebus non sterilibus oppignoratam & securitatem creditoris & utilitatem debitoris requirere, ut fructuum perceptio relinquatur creditori, idque præsumi, nec opus esse pacto antichreseos (r). Ar 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 debitorum re oppignorata utatur, actione furti conveniri possit, & fructus percepti qualescunque imputentur in sortem & usuram (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 desunt (y), ubi videlicet Paulus norat, ne quidem in fiducia licere fructus percipere, sed si percipiantur, computari in sortem (z). Ergo tantum abest, ut ex

D 3

men-

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

(r) l. u. §. 1. de pign. & hypoib. §. 6. Inst. de obl. qua ex del. nasc. l. 1. 2. 3. C. de pign. act. (s) ex l. 8. in quib. caus. pign. Cujac. l. 8. Ant. Fab. l. 8. Ant. Fab. Err. Pragm. §. 5. dec. 9. & Commentatores communiter.

mente Pauli in pignore simplici id licuerit. Diximus
 (a) *supra* §. 11. 12. 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 reluitionem 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 fuerit sublatum. Unde omnino superfluum pretium, quod scilicet pecuniam creditam excedit, debitori & ejus heredi erat reddendum (h). Diximus porro, pendente tempore ad reluendum 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),

con-

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

(a) *supra* §. 11. 12.

(b) *de vario usurarum fato 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 distr. 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.

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 hactenus 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 eae 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) l. 1. C. de jure domin. impetr. Schwepf. ad tit. Dig. de distr. pign. n. 3. seq. & ibid. Dd. commun.
 (o) supra §. 17. & 18.
 (p) L. 12. pr. de distract.
 (q) L. 24. §. fin. de pign. act. §. ult. Inst. quib. mod. re con- irab. obliga- tio.

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, percipit 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 licentia usurarum, quæ determinatio mere civilis est, cum abstrahendo a legibus civilibus liceat usuras promittere & accipere pro lubitu. Adde, quod cum in lege civili determinatio usurarum eum in finem fiat, ne indigentes a creditoribus adigantur ad promittendas graviore usuras, hic finis fere cesset in debitoribus, qui habent pignora non sterilia, illi enim facile creditores alios inveniunt, si unus sub levioribus usuris credere nolit. Imo nec illud omittendum, si forte fructus in pignore superent usuras leviores, quod pars illa superans a creditoribus non injuste retineatur in compensationem

nem curæ & culturæ &c. Uterius Constantinus M. dum legem commissoriam sustulit, & quæ ab effectu legis commissoriæ dependet, retentionem pretii exuberantis, si pignus fuerit postea venditum, id quod propter abusum non simul tollendus erat usus, quem in se & abstrahendo a captionum asperitate, nihil injusti inferre jam supra (r) ostendimus. Denique quod jus Romanum, circa vendendum pignus a creditore tot cautelas adhibuerit, id omne necessitas postulat, propter sublatam legem commissoriam, quæ si fuisset in usu rerum omnes erant superflua, cum creditor tum sibi imputare debuisset, quod tempus reluendi non determinaverit adjecta lege commissoria (r).

(r) l. 3. C. de pact. pign.

(r) §. 13. in fine.

(r) per dicta supra §. 16.

§. XXVII.

Et facile patet accuratius leges Romanas considerantibus, in istis articulis, in quibus pignus Romanum differt a pignore juris gentium, non subsuisse conservationem veræ utilitatis reipublicæ, quia jus Romanum permisit aperte ea, quæ in fraudem legum, talia de pignoribus disponentium, facta sunt; & non permisit solum, sed & approbavit, dum in favorem eorum qui fraudem hanc commiserant, cum res in judiciis controverteretur, pronunciavit. Aut igitur 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

Præmissis cum illæ differentia omnes eludi potuerint evidenter per venditionem cum pacto de retrovendendo.

E

bus

bus de pignore. Fraus fieri legi dicitur, si quis salvis
 (u) l. 29. & verbis legis, sententiam ejus circumvenit. (u). Ver-
 30. ff. de LL. ba legum Romanarum loquuntur de pignore. Sen-
 tentia ejus & intentio est, ut creditor non debeat per-
 cipere fructus majores usuris licitis, & ut pignus non
 cadat in commissum, & ut adeo creditor non fiat do-
 minus pignoris temporarius ante casum legis com-
 missoriae, nec perpetuus post eam. Jam finge, Titium
 velle mutuum sumere a Cajo, Cajum etiam velle
 mutuum dare, si Titius aedes suas pignoris loco det,
 sed loco usurarum velle percipere fructus aedium
 etiam majores, quam usurae consuetae sunt, quas ex
 pecunia mutuo danda stipulari licet, velle etiam tem-
 pus relvendi pignoris determinare ad quinquennium
 sub pacto legis commissoriae. At non licet hoc per
 leges Justiniani. Quid igitur agendum? Omitran-
 tur voces mutui, & pignoris, & loco ejus adhibeantur
 termini emtionis, venditionis, pretii, pacti de retroven-
 dendo, tum habebit creditor quod desiderat, rumpan-
 tur etsi illa Justiniano & Triboniano. Res clarius pa-
 tebit ex dicendis capite sequente.

§. XXIX.

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

cautio de vinea. Domino fratri illo ille. Ad petitione Capit. Baluz.
 mea mihi non denegasti, nisi ut in summa necessitate mea ^{zui p. 463.}
 argento vel amicto valentes solidos tantos in manu mea
 ad praestitum beneficium mihi praestitisti. Propterea OP-
 PIGNORO tibi vineam proprietatis meae in pago illo, in loco,
 qui dicitur, illo, ari pounos (z) tantos. Subjungit de am- (z) Forte ju-
 bobus lareribus & ambobus frontibus terra lui (a), intra gera.
 ipsa terminatione & mensura ad integrum, & USQUE (a) Hla. Du
 ANNOS TANTOS FRUCTUM, quem ibidem Deus de- ^{Fresne hac}
 derit, ad parte tua elidiatum (b) habere debeas, & per te- ^{voce.}
 metipsum ipsa vinea condirgere (c) facias, & quomodo ipso ^{(b) i. e. Sine}
 FRUCTUS TANTOS ANNOS TRANSACTOS habueris ^{lite, firmi-}
 & debito tuo reddidero, cautionem meam per manus recipi- ^{ter. conf. Du}
 am, stipulatione subnixta. Actum illo &c. In formulis illa. ^{Fresne voce}
 Sirmondicis (d) secundum legem Romanam talis for- (c) i. e. uti.
 mula reperitur. Magnifico fratri illo ego ille. Ad me- ^{Idem.}
 am petitionem vestra decrevit voluntas, ut mihi beneficium (d) Form. 3.
 de rebz vestris illis INTER ANNOS TANTOS facere de- ^{ap. Baluz.}
 beretis, quod & ista fecistis. Et ego pro bujus merito be- ^{Tom. 2. p.}
 neficii OPPIGNORO tibi locellum (e) rem proprietatis mea- ^{475.}
 nuncupantem illum, situm in pago illo, cum omni sua ^{(e) Puto par-}
 integritate vel soliditate. Ea vero ratione, ut quomodo ^{vum locum.}
 jam dicti anni adimpleri fuerint, & tu FRUCTUS ipsius trum Du
 terra PER QUINQUE ANNOS TANTOS exinde col- ^{Fresne buc}
 legeris, ego supra dictum debitum tuum tibi desolvam, & re- ^{non quadrat.}
 bus meis, una cum cautione mea de manibus tuis recipiam.
 Et si negligens aut tardus exinde apparvero, supra scriptum
 debitum tuum in DUPLUM partibus tuis sum redditurus.
 Nec omitti debet alia formula, quae ex archivo regio
 Barcinonensi defurta 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. Baluz. d. obligarum, robur obtineat plenissimum, idcirco ego Raimundus Comes Paliarensis PIGNORATOR sum tibi Arnallo Mironis & Arfindi tuae uxoris. Volo satis ut sciatur a cunctis, tam praesentibus quam etiam futuris, qualiter Valentiam filiam vestram in conjugio accipio. Et vobis manifeste convenio, ut eam semper cum honore teneam, sicut homo debet tenere suam legitimam uxorem, & nunquam eam dimittam, dum vixero, nisi propter cucuciam (g), 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 stabilimentum. Insuper convenio vobis, sicut scriptum est in alia convenientia, quam in Limingana juxta ipsum castrum inter nos fecimus, ut faciam ei commendare omnes meos meliores homines, & faciam eis fidelitatem ei facere, & per

(g) adulte-
rium,

(h) Fidem
dare.

(i) i. e. da-
no (i).

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

Et ego nunquam tollam ei castros, nec ipsam terram ex mea, quas, & quam modo ei dare convenio & inantea (k) fraude Du ei dabo. Et super hoc ut rotum, sicut superius est dictum, Fresne voce: teneam, & faciam & adimpleam, mitto vobis & filiae venenium. frae Valentia jam dicta in pignore ipsum castrum de Arengs, & castrum de Montangana & castrum de Muro, & castrum de Limingana, cum omnibus eorum terminis & pertinentiis cunctis. Sub ea scilicet lege, ut si praedictam omnem convenientiam non adimplevero, & non observavero, praefata omnia incurrant in VESTRA POTESTATE, sine aliqua contradictione, ad faciendum, quodcumque VOLUERITIS face-

facere. Et sic de meo jure TRADO hoc totum secundum modum superius comprehensum, in vestrum DOMINIUM, & 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.

Et si vero, quas adduximus, formulæ magis respiciant Francos in Gallia, quam Germanos interiores, jucundum 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 excerpisse juretur, ut eo-

Textus juris Germanici.

melius convenientia cum præcedentibus formulis eo melius incurrat in oculos. Quilibet poterit bona sua (1) oder auf-juste amittere, ut puta, si ea vendat, OPPIGNORET vel L. 2. art. 24. judicialiter tradat (1) &c. His casibus possessionem jure amit- (2) Witt seiz-rit (m). Quicumque alteri commodat equum, vestimenta, nem Wils-vel alia bona mobilia, aut qui ea OPPIGNORAT, vel quo- len. Non ut- cunque modo ea ex possessione sua ex libra & præmeditata Schilterus vult, mit jo- voluntate (n) dimittit, si postea is, qui possidet, eas alteri nes Willen. vendat, aut ulterius oppignoret, vel ludo perdat, aut fur- Exerc. 25. to vel rapina amittat, commodans vel OPPIGNORANS eas ad Pand. §. 6. propter commodatum non vindicabit, sed solum commoda- seq. restitu- zarium & creditorem, cui rem oppignoravit, (vel ejus be- tus a Dn. redem Præside Inst.

E 3

Jur. Germ. MCS. L. i. Tit. 6. f. 30. & D. Gundling. §. 79. 80. Conf. ipsum Schilterum, de jure retrov. p. 181. seq.

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

(p) L. 3. art. 5.
(q) L. R. Cap.
247. n. 2. 3. &
244. n. 1. &
248. n. 1.

§. XXX.

Pignus Germanicum cum pignore J. G. plane convenisse.

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

vellet restituere debitor, & non mallet rem oppignoratam creditori relinquere. Aut, si tales casus contingerent, lex commissoria tamen vim regulæ haberet, & relitio 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 Academies in Germaniam, simul etiam jus Justinianicum cœpit primum combinari cum patrio, ita mirandum, quod Glossa Germanica in speculum Saxonicum (*r*), per distinctionem ineptissimam jus Romanum & Germanicum conciliare voluerit. Ubi enim jus Germanicum dicit, creditoris periculum in re oppignorata hætenus esse, ut amittat debiti petitionem, Glossa dispositionem juris Romani contrariam illi dispositioni opponens, ita conciliat, ut afferat, jus Romanorum loqui de casu, ubi creditor non solum securitatem crediti quæsiverit 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 tyroneibus 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 solet. 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. 1195.

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 recentiorum esse compilationem juris Saxonici, quod alibi adversus doctrinam Schilteri latius probavit Dn. Praeses. (t).

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

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

(u) *ad lib. 2.*
art. 24. p. m.
327.

Excerpta ex
aliis docu-
mentis.

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

(y) *vid. §.*
91. 92.
(z) *ibid. §. 93.*

teat, compilationem juris Suevici longe recentiorum esse compilationem juris Saxonici, quod alibi adversus doctrinam Schilteri latius probavit Dn. Praeses. (t). Nec illud hic omittendum, quod Glossa juris Saxonici contra principia juris patrii de natura pignoris inter alia tradat, quod fructus pignoris in sortem sint computandi (u).

§. XXXII.

Plura documenta pro demonstranda natura pignoris Germanici hic addere nolo, postquam laudabili diligentia ea jam collegit *Excell. Gundlingius*. Huc pertinet potissimum, oppignoratio Caroli IV. Gunthero Schwarzenburgico facta, (w) item oppignorationes civitatis Egranæ aliorumque 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 Guillelmi Reimundi, Comitis Ceritanæ fuisse adjectam (z).
His

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

(a) de Feudis juris Francici §. 12.

§. XXXIII.

Quare superfedere potuissent viri de jure patrio Pignus Germanicum alias meritissimi, qui Germanicum pignus allaborarunt deducere ex fiducia Romanorum, cum tamen superius dicta (b) satis demonstrent contrarium. Ostendimus enim in fiducia Romanorum non translatum fuisse dominium in creditorem, cum non licuerit creditori fructus ex re oppignorata percipere, quod in pignore Germanico aliter se habet. Neque adeo honoramus patriam, si putemus, eam ita fuisse stupidam, ut naturam contractus, qui tamen juris gentium est, non ex propria ratiocinatione discere potuerit, sed opus habuerit eam demum a Romanis petere. Unde jam facile responderi poterit dissentientibus, qui putant, fiduciam, quæ adhuc in Codice Theodosiano (c) memoratur, una cum Codice transisse ad Francos, ut pote 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 responsonem Schilterus (d) adeoque ut ei obveniret, maluit ineptienti glossæ asferentiri quam veritati: *præsertim*, inquit, *dum glossa* (e) *notet, etsi dominium pignore transfulerit, tamen fructus, perinde ut in fiducia contractu, detrahendos fuisse.* Hic varia supponuntur, aliter se habentia. Nam in pignore Germanico fructus non fuisse in sortem imputatos, hætenus ex variis documentis probatum fuit. De-

manicum non esse fiduciam Romanorum (b) §. 21.

(c) *vid. sum. Præ §. 22.*

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



inde, si fuissent imputati, quis diceret tum dominium in creditorem fuisse translatum. Certe nec ipsa Glossa 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 quaedam ex Romanis moribus transierunt ad Francos, id tamen de Gallis seu cisrhenanis, non de transrhenanis, seu Germanis intelligendum esse, alia occasione ex Alteserra (f) monstravit Dn. Præses (g). Ut taceam (3) formulas pignoris Germanici supra (b) descriptas satis probare, fiduciam Romanorum neque a Franco Gallis fuisse receptam, cum & ex illis pateat, dominium & fructuum perceptionem translata fuisse ad creditorem.

(f) *Rer. Aquit. lib. 3. c. & seq.*
 (g) *In append. ad hist. jur. Feud. Germ.*
 (b) §. 25.

CAPUT III.

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

§. I.

Juris retrovendendi & pignoris differentia.

HAud 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 emtione venditione constituatur ex libera voluntate contrahentium, & justum pretium non insit rei, sed alieno arbitrio (i) (i) v. Dn. Præsid. de
fit subjectum; adeoque nunquam prudentes legis- aquit. ce-
latores aut pacifcentes tale jus retroemendi introdu- rebr. L. 2. C.
cent, cum emtor hoc modo non possit cogi, adeoque de resc. vendi
jus istud imaginarium & inane foret. Etsi vero, si res eodem pretio retrovendatur, impropie sit nova emtio venditio, cum determinatio pretii non dependeat a libero arbitrio utriusque contrahentium, ac talis retroemtio nihil aliud sit, quam accurate loquendo reluitio, interim tamen propterea talis retrovenditio cum pignore non est confundenda, cum quo quidem id habeat 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 abstrahet 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) (k) Levit. XXV. 24. 25.
Conventionale vel fit sub conditione incerta, vel suspenditur a tempore. Sub conditione, v. g. si ea nupta esse desiisset, (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 & quatenus eæ cum jure pignoris & ejus reluitione conveniant,

F 2

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

niant, quatenus ab eo differant. Solliciti ergo sumus saltem de specie tertia, conventionali sub tempore.

Jus retro-
emendi con-
ventionale
sub tempo-
re. Ejus tres
casus.

§. II. Atque hoc iterum duo vel tria genera diversa habere potest. Vel enim potestas reluendi habet tempus indeterminatum, ut, quodcumque venditori liberit, restituito pretio rem reluere possit, vel dies determinatus est. Et tum vel ad quem sive intra quem, vel ex quo. Priori modo, si venditor intra tempus determinatum non offerat pretium, 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 liberit, 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 wiederkauflich) 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). Quidsi 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 potiore esse causam possidentis, quæ regula etiam juris gentium est. Video quidem doceri, ac si pactum, quod die redemptionem concedit, sit in gratiam emptoris adjectum, adeoque contra hunc expositionem fieri debere (q). Sed tamen clausula illa (auff drey Jahr wiederkauflich) in dubio magis censetur contractui adjecta a venditore quam emptore, quia emptor 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 JCTos 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, qua 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. Pra-

ses part. 2.

Logices cap.

3. §. 155.

(q) Schilt. d.

p. 306.

An detur.

casus mi-

xtus.

(r) Schilt. p.

216.

(s) ap. Carp.

lib. 5. Resp.

29. in fin.

(1) *post* triennium, scribere voluisse *intra* triennium. Et hinc etiam in eum sensum pro emtore contra venditorem pronunciatum fuit, etsi alias rationes afferat (1) p. 2. C. 1. Carpzovius (1). De eo non disputamus, annon diversis temporibus determinatis possit mixtura pacti fieri, v. g. si quis rem vendit ut *post* v. g. triennium *intra* aliud v. g. triennium redimere rem possit. Nam quis de hoc casu dubitaret?

§. V.

Hoc jus retroemendi parum differre a jure pignoris.

(u) v. g. *Majestatis vox dicitur de iis qui summam potestatem non habent.*

(w) *Ut precarium & commodatum intuitu Germanorum.*

(x) *Schilt. d. l. p. 232.*

Cum adsit eadem ratio impellens & finalis.

Jam videamus, an illa tria genera conventionalis retrovenditionis, non suspensa a conditione, sed qua adjectione temporis vel inderterminati 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, qua diversa sunt (u). Multa habent diversa nomina qua sunt eadem (w). Identitas rerum civilium & diversitas, potissimum a causa impulsiva & finali (qua duae parum differunt) dependent. Si ergo ostenderimus, eundem esse finem pignoris juris gentium ac emtionis cum pacto de retrovendendo, ac eosdem esse utriusque conventionis effectus, (qui a fine etiam dependent) (x) quilibet facile percipiet, exiguam esse aut remanere inter utrumque contractum differentiam.

§. VI.

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

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 determinanda: relutioni aut redemptioni. 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 relutionis jure dominii irrevocabilis sit retenturus; solet terminus relutionis determinari, priori casu ex tempore certo, posteriori ad tempus certum.

§. VII.

Sunt & iidem effectus in venditione sub pacto de retrovendendo, quos supra enumeravimus, dum naturam pignoris ex jure gentium consideravimus. Transfertur ad emtorem dominium rei sed revocabile (y), ut in pignore. Res non potest relui amplius, 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 emtorem, etiam circa pactum antichreseos (b) ut in pignore. In relutione idem pretium restituendum, non majus nec minus (c) ut in pignore. Emtor repetit saltem impensas necessarias, non utiles, sed has tollit (d), ut in pignore. Emtor reddita re vendita, non teneatur rationes reddere de perceptis fructibus (e) pendente tempore retrovendendi.

Tidem etiam affectus.

(y) Schilt. p. 233. 237.
(z) Id. p. 251.
(a) Id. p. 320.

(b) Id. p. 252.
254. conf.
p. 309.

(c) Id. p. 259.
seq. conf. p.

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

(e) lb. p. 273.

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

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

§. II. X.

Cur tamen
circa effe-
ctus retro-
venditionis
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 fassus sumus, esse definendam. Accedit, quod Dd. omnia quae jus Romanum de contractibus, qui juris G. dici solent, disponit, habuerint etiam pro moribus & jure gentium, & quod jure Romano insignis sit differentia inter pignus & pactum de retrovendendo, & oppositi plane utriusque effectus, paucissimae etiam leges de retrovenditione disponentes in corpore juris compareant. Unde non solum in his, sed & in aliis quaestionibus ad jus retrovendendi pertinentibus, doctores non possunt non dissentire. Aut si etiam non dissentiant, nobis tamen ob dictam rationem integrum erit de veritate assertio- nis dubitare. Ita asserunt, in venditione sub retrovenditione, sine determinatione temporis reluendi, non statim relutionem fieri posse, sed tamdiu expectandum venditori, donec emtor ex ea emtione commo- dum

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, *quotiescunque voluerit* (k). Nos utrobique dissentimus, (k) *Schilt. p. 238.* quia utrobique in pignore juris Germ. se res habet aliter. Ita docent, periculum rei venditæ sub pacto de retrovendendo statim post conventionem pertinere ad emtorem, etiamsi res nondum fuerit tradita. (l) (l) *Ibid. p. 252. 254.* Nos ex eadem ratione dissentimus. Varie dissentiunt circa quæstionem de fructibus pendentibus tempore relutionis, an sint emtoris, an venditoris, an dividi (m) (m) *Ibid. p. 297 -- 304.* debeant &c.

§. IX.

Jam, quoad jus Romanum, etsi ut modo diximus, vix tres textus juris (n) de venditione sub pacto de retrovendendo agant, id tamen certum est, hanc retrovenditionem in plerisque & præcipuis effectibus differre a pignore Justiniano. Summatim in iis, in quibus pignus Justinianæum diximus differre a pignore juris gentium, (o) 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. Romanum quomodo differat a pignore Romano.

(n) l. 12. de præscr. verb. i. 2. § 7. C. de Pact in- ter emt. (o) cap. 2. §. 25.

G

tum

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

§. X.

Ufus hujus contractus apud Romanos.

(p) *de qua §. 1. in fine.*

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

Quando apud Germanos coeperit esse in usu.

Si Romani pignoris naturam intactam reliquisent, 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, quæ non licebant in contractu pignoris. Stupidus enim fuisset creditor, juris patrii gnarus, cum debitor mutuum ab ipso voluisset sumere, si non loco contractus pignoratitii 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 Wiederkauffes) sed solum commemorentur oppignorationes Pfandschaften, Pfand-Schillinge, quia videlicet tum Germanis nullum præstabant usum peculiarem venditiones cum pacto retrovenditionis, cum omnes ejus usus inessent oppignorationibus. Postquam vero jus Justinianum in Academiis Italiae docebatur, & exinde

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

(f) Gylm.
Symphor. T.
3. voce
Pfund:
Schilling,
Et voce reclusio.
Besold.
Thef. Pract.
voce Pfund:
Schilling.
Schilber. d. l.
p. 178. 181. sq.
(t) ap. D.
Gundling.
S. 97.

§. XII.

Posteaquam vero Jcti Academici etiam in foris
Germaniæ regnare inciperent, & ita jus Romanum
etiam in usum forensem introducerent, tum sane evi-
dens est, pignoratitium contractum & venditionem
cum pacto retrovendendi, incepisse esse contractus
æque diversos ac oppositos, atque iidem fuerunt, jure
Justiniano. Quo tempore id factum fuerit, non-
dum invenire potui. Edidit anno 1528. anonymus
Rheticam vel Formulare 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 *Unterpfand*
de (u).

Et quidem
tanquam
distinctus
contractus
ab oppigno-
ratione.
(u) *ibid. f.*
197.

§. XIII.

Emtionis
annuorum
redituum
origo &
progressus.

De annuis redivibus eorumque origine & progres-
su multa mihi restarent dicenda, si instituti ratio id
permitteret. Breviter putarem sic se habuisse. Con-
stat, jus Canonicum, cujus integro seculo, ante re-
ceptum jus Justinianicum, in Germania fuit usus, pro-
hibere omnes usuras, etiam quæ hodie & jure Justi-
niano, 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 annuo-
rum redituum. Sunt enim, si exacte consideres ta-
les emtiones, nihil aliud, quam mutua usuraria pallia-
ta, & adeo ab oppignorationibus antiquis Germanicis
& venditionibus Romanis cum pacto de retrovenden-
do, quoad illam primam originem, nihil vel parum
differebant, nisi quod in his creditor aut emtor, omnes
fructus rei perciperet, nec teneretur de perceptis red-
dere 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 omitendum,
Wehnerum errare, dum putat, oppignorationes Ger-
manicas originem sumfisse ab emtionibus redituum,
feu censuum. (c)

(a) Schilter.
p. 225.
(b) e. tit. von
Wucherli-
chen Contra-
kten. conf.
Schilter. p.
333.
(c) Voce
Pfand-
schafft.

Confusio
utriusque
contractus
vnde?

§. XIV.

Cum vero postea successu temporis introductio
juris Romani obumbraret mores patrios, & Jcti eos
pro viribus expellere intenderent ex foris Germaniæ,
nec tamen id pro voto dare possent effectui, securæ
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 patrium ^(e) Tom. 1.
iniquitatis accusent, & juris Romani placita introdu- ^{Part. I. q.}
cant. Neque tamen confusio metuenda fuisset, si sim- ^{52. & 53.}
pliciter receptum fuisset jus Justinianeum, & 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
utrumque, & pignus & retrovenditionem, ^(f) vel ex ^(f) *Exem-*
ignorantia vel ex studio eludendi dispositiones juris *plum ap. Il-*
Canonici & recessuum imperii. Hinc illæ lacrymæ! *lustr. Stry-*
kium de cau-
relis contra-
ctuum Sect.
II. Cap. IV.
§. 31. & 32.

CAPUT IV.

Usus practicus differentiarum inter
contractum pignoris & retrovenditionis.

§. I.

Nequè tempus neque chartam perdemus, exscri-
bendis & seorsim examinandis illis regulis vel
signis quadraginta octo, secernendi contra-
ctum pignoratitium a retrovenditione, collectis a Ber-
lichio, ubi, quicquid Doctores hac de re dixerant vel
dicere

Confusio
Doctorum
doctrinam
hanc expo-
nentium.

dicere poterant, majori diligentia quam iudicio conscripsit, & unde haurire solent fere, quicumque post eum hac de re disserunt. 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 de-
claratur ul-
terius.

Et quidem statim miscentur duæ vel plures quæstiones diversæ & distinctæ, cum 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 quamnam 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
retroven-
ditionis &
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 pignori- bus conjuncta. Igitur hoc intuitu formanda erat quaestio: Utrum contractus pro licito sit habendus sive pignoris nomen sive retrovenditionis praeseferat, utrum sub eo lateat usuraria pravitas? Neque enim in proposito usu doctrinae praesentis, retrovenditio supponitur tanquam contractus indefinite licitus, cum, ut vidimus, sit inventus ad palliandum contractum, qui vocatur usurarius.

§. IV.

Unde doctrinam hanc id etiam maxime reddidit difficilem, quod Doctores communiter, quia videntur in jure Romano emtione 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 haec inconvenientia apud nos hodie major est, quam apud Romanos. Apud Romanos usurae quaedam erant illicitae, & 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 praesuppositis illis de natura pignoris dispositionibus, permiserit tamen, inven-

Vana doctrina, retrovenditionem apud nos esse contractum licitum.

inven-

(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 ejciendarum e Rep. usurarium pravitatum, stabilientes, etsi citra propositum, arcana 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 asyla.

(b) *per dicta*
cap. 2. §. 12.

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

pretationis, non peculiare his contractibus duobus, de quibus quæritur, sed communes omnibus negotiis civilibus, non multæ tamen, ut vulgo fieri solet, sed paucissimæ (i). Ad posteriorem pertinent regulæ prudentiæ politicae, & 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. Praes. 2. Log. c. 3. & in controversia cum Placcio de favorab. & odios.

§. 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, & notitia formularum quibus pro diversitate circumstantiarum uti solent. His correspondent etiam diversi usus practici. Unus est applicatio regularum theoreticarum ad formulas contractuum propositas, ut ex diversis pignoris & retrovenditionis effectibus judicemus, quem contractum celebrare partes voluerint, quem usum differentiæ causa appellabimus usum Doctoris & Interpretis. Alter est applicatio doctrinæ de moribus & inclinationibus hominum ad casus propositos, ut appareat, quem contractum occultare voluerint contrahentes, quem doctrinæ causa dicemus usum Advocati & Judicis. Hæc etsi subordinata sint, sunt tamen distincta, neque adeo debuissent a Doctoribus, ut fieri solet, in hac doctrina misceri.

Observatio confusio-nem emendans.

H

§. VII.

§. VII.

In contra-
ctibus prin-
cipum diffe-
rentiam pi-
gnoris & re-
trovenditio-
nis non esse
attenden-
dam.

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 differentiæ 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 præsens.

§. IIX.

Intuitu ju-
ris Romani
esse quidem
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 legislatoriæ,) 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, sive vox oppignorationis, sive venditionis; sive relutionis, sive redemptionis terminus ibi occurrat. Neque enim & tum fuit ratio unum contractum sub altero occultandi, cum revera tum non fuerint contractus unus & alter, sed saltem diversa nomina contractus unius eisdemque.

Jure Germanico antiquo differentias illas nullum usum habere.

§. X.

Ergo omnis difficultas remanebit in judicandis contractibus Germanorum post receptum jus Justinianum. Neque hic tamen tanto acervo regularum videtur esse opus, sed sufficienti paucæ. Præsupponimus, ex hæcenus 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, opus esse.

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

puta perceptionem fructuum absque redditione rationum, item potestatem redimendi ex certo tempore suspensam, esse quidem retrovenditionem, sed usurariam & legibus imperii prohibitam ac illicitam. His præmissis vel dubium est, quem contractum voluerint celebrare contrahentes, vel de eo ex effectibus expressis constat. Priori casu una erit regula theoretica, in usu practico ab interprete applicanda. In dubio præsumendum esse pro pignore licito, non pro retrovenditione, quia regula bonæ interpretationis est, in dubio contractus esse ita exponendos, ut evitetur sensus absurdus & iniquus, cum quilibet præsumatur esse bonus. Posteriori casu, si quidem retrovenditionis vocabulum fuerit in contractu adhibitum, sed de effectibus tamen nihil expressum, præsumendus erit iterum contractus pignoris ex identitate rationis. Si vero effectus inveniantur 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, comprehendere posse doctrinam de dijudicatione contractuum illorum & differentiis eorum, quam alias plurali-

ralitate signorum magis implicant Dd. quam explicant. Quodsi forte ex infinitate circumstantiarum non omnes casus exinde deduci possint, pucissimi tamen erunt, relinquendi prudentiæ interpretis aut iudicis. Et de his cogitandum erit, infinitorum non dari nec doctrinam nec regulas.

COROLLARIA.

§. I.

Quod cap. 2. §. 30. diximus, convenire pignus Germanicum cum pignore juris gentium, videtur objectionem pati ex eo, quod ibid. §. 29. adduximus ex legibus Germanicis, creditorem, si pignus vendat, etiam pendente re-luisionis 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 creditor contra fidem datam efficaciter possit pignus vendere quamvis illa civilis constitutio Germanorum non ita iniqua sit, ut vulgo quibusdam videtur. Dn. Praeses in Instit. juris germ. priv. l. 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 ad huc in-quirendum sit, utrum illa dispositio juris germanici non sit
restrin-

COROLLARIA.

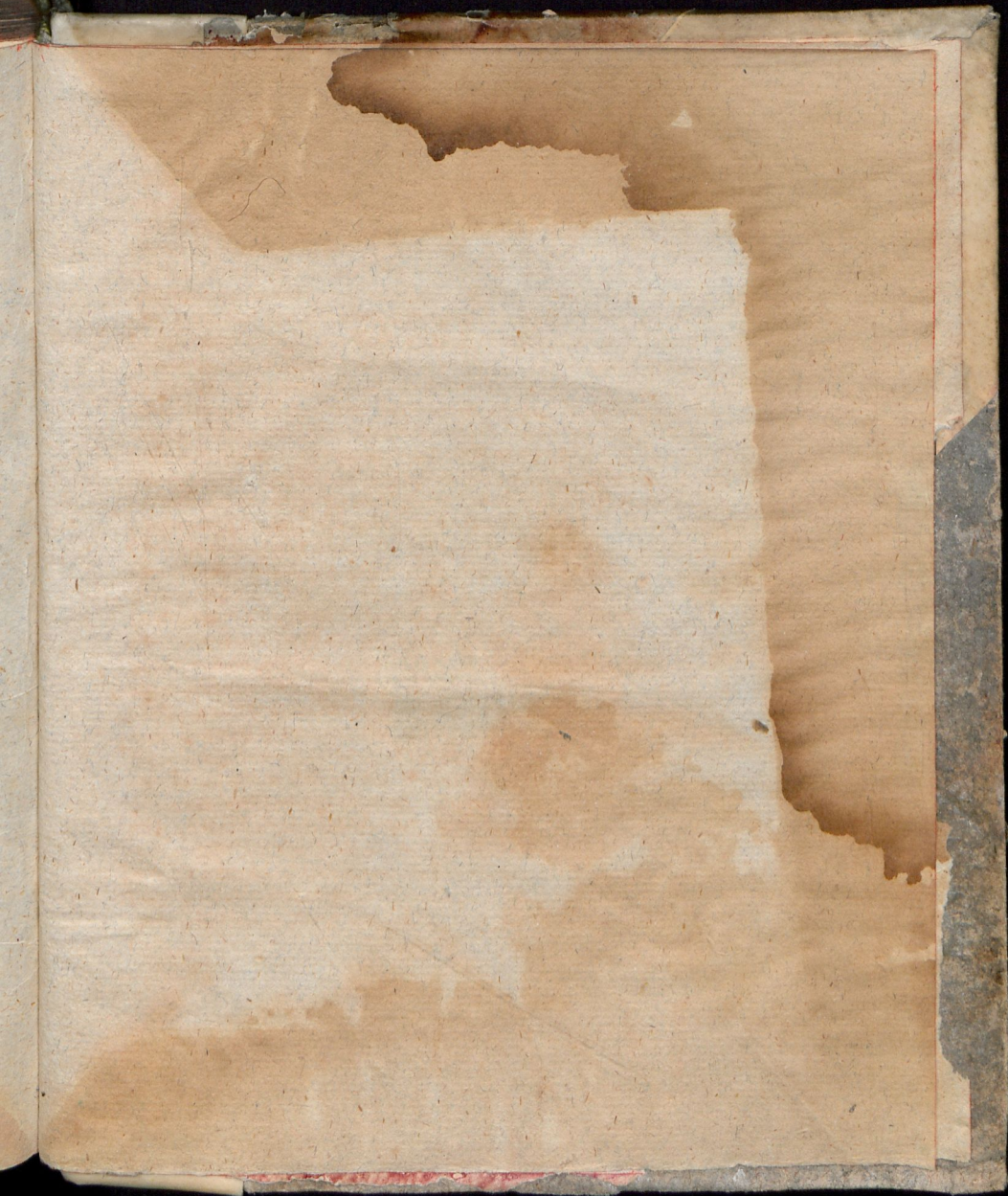
*restringenda ad res mobiles, de quibus textus loquitur.
Quod expedire jam nostrum est.*

§. II.

Quid jus gentium distinet 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. Schile. Instit. Jur. Feud. C. 7. §. 15. Seruv. Synt. J. F. cap. 15. aph. 16. quæ sententia etiam rationabilior est, quam adversa, de qua in cap. 3. §. 7. quod emtor postea retrovendens possit repetere impensas utiles &c.

FINIS.







99 A 6997

ULB Halle

002 824 833

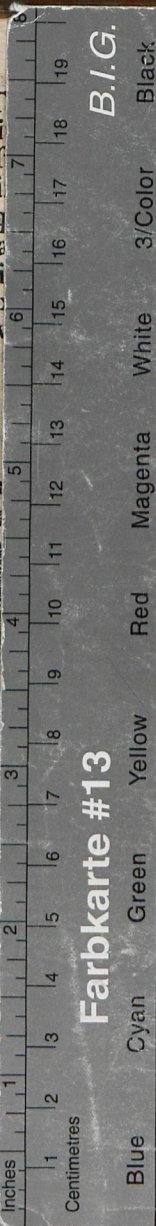


3

Rehov







16

DISSERTATIO INAUGURALIS JURIDICA,
DE
USU PRACTICO
ACCURATÆ DISTINCTIONIS IN-
TER EMTIONEM CUM PACTO DE
RETROVENDENDO ET CONTRACTVM
PIGNORATITIVM,

QUAM
RECTORE MAGNIFICENTISSIMO,
SERENISSIMO PRINCIPE AC DOMINO,
DN. PHILIPPO WILHELMO,
PRINCIPE BORUSSIÆ, MARCHIONE BRANDENBURGICO,
AC DUCATUS MAGDEBURGICI GUBERNATORE, &c. &c.
AVCTORITATE INCLYTÆ FACULTATIS JURIDICÆ

PRÆSIDE
DN. CHRISTIANO THOMASIO, JCTO,
SERENISSIMI AC POTENTISSIMI REGIS BORUSSIÆ CONSILIARIO,
PROFESS. PUBLICO ORDINARIO, ET FACULT. JURID. p. r. DECANO,
PATRONO SUO SUMME DEVENERANDO,

PRO LICENTIA,
SVMOS IN UTROQUE JURE HONORES ET DOCTORALIA
PRIVILEGIA LEGITIME CONSEQVENDI
IN AUDITORIO MAJORI,
HORIS ANTE- ET POMERIDIANIS D. IV. JULII ANNI MDCCVII.
PUBLICÆ ERUDITORUM DISQUISITIONI SISTIT
JOHANNES FRIDERICUS BASTINELLER.

HALENS. MAGDEBURG.

HALÆ MAGDEBURGICÆ, LITERIS SALFELDIANIS. (8)