





1774.

1707 25-6 10

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

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

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

AUCTORITATE INCLYTÆ FACULTATIS JURIDICÆ
PRÆSIDE

DN. CHRISTIANO THOMASIO, JCTO,

SERENISSIMI AC POTENTISSIMI REGIS BORUSSÆ

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

PATRONO SUO SUMME DEVENERANDO,

P R O L I C E N T I A

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

IN AUDITORIO MAJORI

Horis ante & pomeridianis

d. IV. Julii ANNI M DCC VII.

Publicæ Eruditorum disquisitioni sistit

JOHANNES FRIDERICUS BASTINELLER,

Hallens. Magdeburg.

HALÆ MAGDEBURGICÆ, LITERIS SALFELDIANIS.



DISSERTATIO INAUGURALIS JURIDICA

DE
RE
PRACTICA
CURATAE DISTINCTIONIS IN
TERMINUM CUM FACTO DE
RETROVENDENDO DE CONTRACTU
ILLEGITIMO

AVCTORE WERNERISSIMO
SERENISSIMO PRINCIPIS AD DOMINUM
DR. PHILIPPO WILHELMO

Principe Boruic Mensionis Brandenburgiae ac Ducum
Magistrali Consensu ac de
AVCTORITATE INCL. PATENTIS

DR. CHRISTIANO THOMASIO
SERENISSIMO AC POTENTISSIMO REGIS BORUIC
Consensu, Tractore Publico Ordinario,
ac Ordinariae Jurisdictionis

PATRONO SUO SUMME DEVOTISSIMO
P. R. O. V. A. C. E. V. T. I. S.

Summus in iudicio iure honoris & Doctorialis
Legimus commendandi
M. AVCTORIS MAIORIS

Publicae Editionis distributioni
JOHANNES FRIDERICUS BASTIENNER
H. M. S. B. H. U. S.

HABE MAGISTERICA, LITERIS S. A. L. I. S. T. I. S.





DISSERTATIO INAUGURALIS,

De

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

CAPUT I.

Monita generalia circa quæstionem ipsam
 & nostram differendi methodum,

§. I.



Non dubito fore plerosque, qui thema Auctores, qui jam de
 disputationis nostræ in titulo legentes sibi mox sint imaginaturi, quasi more rebus huc
 confveto, discursus hic noster ex duobus pertinenti-
 bus vel tribus auctoribus absq; artifi- bus scrip-
 cio sit compilatus & tantum non ex- serunt.
 scriptus. Et fatemur ipsi, ultra quatuor vel quinque
 auctores, antequam meditationes nostras in chartam
 conjiceremus vix esse inspectos, puta *Jacobum Gottho-*
fredum, Stranchium, Schilterum, Gundlingium, quoad
 naturam pignoris, tam Romani, quam Germanici,
Berlichium vero quoad comparationem pignoris cum
 ven-

A

venditione sub pacto de retrovendendo. Fatemur etiam, multa nos fere cum tædio repetiisse in altero, quæ jam semel aut bis in altero & altero legeramus. Ut ita istis JCtis & eximiis Doctoribus præeuntibus, Candidato juris forte vitio nemo possit vertere si eos imitaretur, & brevi compilatione in una dissertatione fisteret, quæ singuli singulis addidissent. Sed tamen non opus est, ut hoc responsonis genere utamur. Non exscribemus cum tædio, quæ isti auctores memorati recte posuerunt, sed in brevissimas tamen positiones contrahemus, quæ ex illorum doctrina ad vosram quæstionem pertinent. Ast sunt tamen nonnulla, ubi dissentiendi 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 nosram dissertationem pertinet, perlegi possint, non opuserit, ut eos in singulis positionibus, quibus nobiscum consentiunt, allegemus; multo magis vero allegationem eorum, ubi dissensuri sumus, dissuadebit sincerum nostrum studium veritatem inquirendi, absque respectu & irritatione personarum a quibus dissentimus. Pauci vero sunt, qui ferre possint dissentientes. Multi sunt, qui impatienter etiam ferunt dissentium ab aliis viris auctoritate, dum viverent, pollentibus. Ut tamen aliquo saltem modo Lector intelligat, quid causæ me impulerit, ut hoc thema, dissertationi inaugu-
rali

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

§. III.

Fuit jure veteri Romano in assecuratione cre-
ditoris super credito, peculiaris quidam contractus doctrinæ il-
lurpatus, tanquam certa species pignoris, qui fidu-
ciæ nomine appellabatur. Fitejus mentio subinde
apud *Ciceronem*, *Boëthium* *Isidorum*, maxime vero in
fragmentis *Pauli Jcti*. 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 *Jctis*
præcipue *Cujacius*, *Hottomannus*, *Antonius Faber* (a). *Sal-*
masius pro more multa hic adversus *Jctos* innovare
voluit, & in libro de modo usurarum circa doctrinam
de fiducia seu fiduciario contractu sæpe eandem cram-
bem recoquit. Examinauit fluctuationes & aberrationes
Salmasii prolixè & cum judicio *Jacobus Gothofredus* (b) ita ut simul totam naturam fiducia illius
exponat animis legentium. Totum hunc *Gothofredi*
discursum repetiit, atque exscripsit, etiam ubi
non citat, quisquis est auctor disputationis sub præ-
dico *Strauchii* (c) habitæ. Ipse vero *Strauchius* ibidem
erudite inquisivit in naturam oppignorationis Ger-
manicæ, eamque toto cælo differre ostendit a con-
tractu pignoratitio juris *Justiniani*, & 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
lorum au-
ctorum.

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

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

(c) *Jena An.*
1671. de op-
pignoratitio-
nibus impe-
rialibus.

(d) *De jure retrovenditionis adjuntis analytica in jure p.*

167. seq.

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

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

Quid in illis desideremus.

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

§. IV.

Sed his tamen non obstantibus, non defuit occasio, haud pauca in praesenti discursu partim aliter definiendi, quam 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 retrovenditione erant solliciti. Saltem praecipua hic in prooemio, quasi per indicem, breviter notabimus. Et *Gothofredus* quidem, dum *Cujacium* & alios refutare vult, fiduciam veterum Romanorum & legem commissoriam in pignore nimis unientis, non ubique satisfacere videtur Lectori, magis ad rationes quam ad auctoritatem & merita tanti viri respicienti. Cumque *Strauchius* hic *na la rōda* 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) & insti. (g) §. 1. 2. per prætervidit, quod magna sit differentia inter oppignorationem Germanorum & contractum fiduciæ Romanum. Adde quod nondum demonstraverit, oppignorationem hanc Germanorum mediante Codice Theodosiano in Germaniam esse introductam. In *Schilteri* erudita dissertatione id potissimum desideramus, quod vel præterviderit, vel certe non satis perspicue indicaverit, oppignorationem veterum Germanorum, usque ad traductum ex Italia in Academias Germaniæ jus Justinianicum, tantam habere cum emtione sub pacto retrovendendi convenientiam, ut vix ulla differentia intuitu effectuum supersit, adeoque emtionis sub hoc pacto vix ulla extare vestigia in Germania ante receptum jus Justinianicum: Post receptionem vero juris Justiniani Pragmaticos formularum fabricatores sæpe misere confudisse pro more illorum temporum jus patrium de oppignorationibus & jus Romanum de retrovenditionibus, ut adeo propter infinitudinem confusionis istius vix possint regulæ convenientes dari, quæ ad separationem rerum ita confusarum aptæ sint. Porro *Berlichium* quod attingit, cum eo, quo scribebat tempore, vitio seculi, magna in Academiis Germaniæ regnaret ignorantia juris patrii, adeoque doctrina Berlichii omnis, non hausta sit ex fontibus genuinis, verum ex lacunis Glossatorum & Jctorum Pragmaticorum peregrinorum, non difficile est, concipere, differentias illas plures, T

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

§. V.

Methodus
dicendo-
rum,

Nolumus tamen esse prolixi, sed quantum fieri potest paucissimis positionibus mentem nostram aperiemus; veniam sperantes, si in quaestione hac, quae non ita facilis jam apparebit, ut prima fronte videbatur, & ipsi aliquid humani patiamur. Promittimus emendationem, si ostensum fuerit, quod aberraverimus a scopo veritatis. Ne vero nullus sit discursus nostri ordo, praemittemus considerationem uberiolem, quid abstrahendo a lege civili pignus natura sua involvat, & quaenam media, naturae humanae consideratio suppediter 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 comparatæ ad fiduciam & pignus Romanum, ut & ad oppignorationes Germanorum, adjuncta indagazione, quando hujus pacti usus magnus esse cœperit, tam apud Romanos quam Germanos. Tum ostendemus, quomodo ex his considerationibus differentia & convenientia utriusque contractus sit facillima, & quæ ex ratione difficultas ista secernendi hos duos contractus sit orta. Loco vero multarum regularum a Berlichio traditarum dabuntur paucæ observationes, totum negotium expediendi, palpabiles & perspicuæ, in quantum videlicet studiosa confusio duorum illorum contractuum evolutionem difficultatum inde ortarum admittit.

CAP. II.

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

§. I.

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

Pignus inventum in securitatem creditoris.

§. II.

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

Etus pra-
primis mu-
tui.

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

§. III.

Securitas
credito-
rum confi-
sit (1) in
possessione
pignoris.

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

§. IV.

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

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

cumstantiam in pignore produxit, ut pignus plus valeat quam pecunia, quæ debetur. Nam si minus valeret, aut etiam quantitati debitæ esset æquivalens, sæpe contingere 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 æsti-
debeat æstimari, dum de ejus idoneitate quæstio est, matio pi-
non secundum tempus præteritum, sed præsens, quo gnoris fiat
pignori datur. Quid enim juvaret creditotem, si pi- secundum
gnus, quod jam deterioratum est, vel cujus pretium tempus
ob varias causas decrevit, ante mensẽ vel annum præsens.
duplo vel quadruplo plus valuerit. Sane circum-
stantia præteriti valoris non incitat debitorem ad pi-
gnus redimendum. Sed nec pretium futurum, si
nempe speretur majus fore pretio præsentẽ, poterit
commode in æstimanda idoneitate pignoris confide-
rari, quia talia pretiorum augmenta ob nimias cir-
cumstantiarum variationes valde incerta sunt. Nec
obstat, quod tamen in debito, cujus solutio cum consen-
B sensu

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

§. VI.

(4) Et quanti ven-
di possit
pretio com-
muni.

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

§. VII.

(5) Ut pi-
gnus habe-
at pretium
durabile.

Neque adeo omnes res aptæ sunt, ut pignoris locum sustineant. Sunt enim hoc intuitu res potissimum triplicis generis, scilicet vel habent pretium minus durabile & fere momentaneum, vel durabile & 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 durable quidem, sed varians est, securitati creditoris consulitur si res æstimeretur 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 oppignoratinem esse aptissimas.

§. IX.

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

(6) In rebus sterilibus sufficere rei custodiam.

§. IX.

(7) In non
sterilibus
ulterius re-
quiri, ut
fructuum
perceptio
relinqua-
tur credi-
tori.

Alia plane ratio est rerum non sterili-um. Nam si hic sola custodia relinquatur creditori pignus pos-
sidenti, securitati quidem creditoris nullum fieret
præjudicium, sed parum prospiceretur debitori, præ-
primis si fructuum perceptio ex istis rebus requireret
impensas, quarum deductione prævia, communiter
fructus in negotiis humanis æstimari solent. Requi-
runt 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 ve-
ro debitor velit fructus sibi vindicare. Ita sane pi-
gnus oneri foret creditori, & nemo in tali pignore se-
curitatem suam quæreret. At vero nec ipse debitor
in re creditori oppignorata poterit industriam adhibe-
re & impensas facere, ut non præjudicium fiat posses-
sioni creditoris, (in qua tamen primarius scopus con-
tractus pignoratitii vertitur) quibuscunque etiam cau-
telis & pactis istud præjudicium velis evitare. At
rem oppignoratam plane incultam relinquere velle
durante pignore, non prodesset creditori, & tamen no-
ceret debitori, qui sic perderet perceptionem fructu-
um ex re sua, & tamen cogeretur fructus civiles i. e.
ufuras pendere creditori pro usu pecuniæ debitæ. Ad-
de, quod hoc factò sæpe impensæ gratis faciendæ fo-
rent, cum multæ res tales requirant, sive iis utaris, si-
ve minus, ut jumenta & pecudes. Ergo vel perde-
rentur eæ res sine suppeditatione impensarum, & sic
non solum damnum pateretur debitor, sed & ipse
creditor re oppignorata perdita, securitatem crediti
amit-

amitteret; vel si creditor ad conservandam suam securitatem impensas in rem oppignoratam faceret, & tamen re oppignorata uti nequiret, augetur quotidie debitum, 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 relinquatur potestas, fructus ex re oppignorata percipiendi, loco usurarum, quas alias, pro usu summæ debitæ teneretur solvere debitor. Hoc enim modo cessant omnes difficultates memoratæ, & neutra pars causam conquerendi habet.

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

§. X.

Solent alias Jcti cum cura distinguere in contractibus substantialia seu essentialia, naturalia & accidentalia: Cui doctrinæ alias multa immiscentur, sæpe subtilia magis quam utilia. Solent equidem hæc tria communiter sic distingui, quod essentialia non possint abesse, & quod adeo sine iis contractus nequidem possit concipi, naturalia vero per pacta quidem possint removeri salva manente substantia contractus, interim tamen regulariter insint contractibus, etiam si verbis non fuerint expressa; accidentalia denique regulariter absint, nisi pactis 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 essentiæ sunt perpetuæ & æternæ; Horum es-

Idque præsumi, nec opus esse pacto antehæc

B 3 sentia

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

§. XI.

Imo creditorem non esse obstrictum ad reddendam rationem.

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

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

§. XII.

Cavegitur, ne auctoritas doctrinarum quotidiana. Responde-
rum tibi hic scrupulum moveat. Quid enim? An hæc tur dubiis
assertio convenit cum æquitate naturali? Annon repu- ex arcanis
gnat diserte juri divino, omnem usurariam pravitatem politica
ferio papalis.

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 poenis 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. Terigit id ulcus alibi Dominus Præses (k) Nobis sufficet, in præsentia pauca illa annotasse. Jus divinum usuras prohibens non universale & morale, sed forense est, respiciens solum rempublicam Israeliticam, ut latius probavit insignis Jctus Belga Gerhardus Noodt (l). Porro ex principiis juris constat, non licere quidem Principibus legibus civilibus permittere ea, quæ juri naturali sunt prohibita, aut prohibere quæ sunt præcepta; at in iis quæ jure naturæ licent, summæ potestatis est, pro ratione variantis utilitatis reipublicæ potestatem legistratoriam exercere, vel eadem præcipiendo, vel etiam prohibitione libertatem naturalem minuendo. Non asserimus, præcipere jus naturæ, ut creditor relinquitur 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 fanore & usuris.*

mum. Adeoque frustra nobis opponuntur quæcumque leges positivæ, cum naturam pignoris consideraremus 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. Præses d. dissert.* illa, quantum ad regulas justitiæ pertinet, relinquenda sunt prudenti arbitrio contrahentium. Dum vero regulæ charitatis suadent, aliquando vel nullas usuras, vel minores pro pecuniæ debitæ usu sumendas esse, huc non pertinent; cum jam versemur in quæstionibus juris, quid justum sit & injustum, non in quæstionibus decori, quid deceat, aut non deceat. Adde quod, ubi de decoro quæstio est, determinatio communis usurarum legitimarum, sive quincunces sive semisses, sive etiam trientes ad quæstionis resolutionem non sufficiat.

§. XIII.

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

(8) Si certum tempus ad re-
lutionem sit determi-
natum, finito illo rem-
oppignotatum in-
commis-
sum acade-
re.

C

natum

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

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

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

§. XV. Cum autem in hoc casu, determinati ad reluendum pignus temporis, multæ circumstantiæ etiam intervenire 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, quæ in pignore accipiendo etiam eo tendit, ut in casu indigentæ habeat, quod alteri pro tanta pecuniæ summa, quantum creditit, 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 assercionibus, etsi scopus noster prolixam earum explicationem nobis haud permittat.) Adde quod hoc modo æqualitas conservetur inter creditorem & debito-

Pendente vero tempore etiam vendi posse jus creditoris in pignore.

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 censeretur, ut creditor ante relutionem 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 urgere debitorem, ut pignus reluat. Si creditor nolit admittere lutionem, debitor eum actione instituta, ad restituendum pignus adigere poterit. Similiter creditor debitorem, si sponte reluere nolit. Quod si via iudicii 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, abstraendo a lege positiva, prima, neque secunda, neque tertia denunciatio creditoris id efficiet, 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, quae hic deficit. Denunciatio enim est

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

§. XVII.

Quemadmodum autem ex hæcenus 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 dominii revocabilis species, abstrahendo a lege positiva habere solent. Quæ uti variæ sunt, ita jus creditoris hac parte quoad effectus istos simillimum esse juri, quod emtor habet in venditione sub pacto de retrovendendo, docebit caput sequens.

Jus creditoris in res nonsteriles oppignoratas esse dominii revocabilis speciem.

§. XVIII.

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

Cujus tum fit 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 oppignora-
tam a creditore interim factis, post relevationem debi-
toris. Loquor de impensis non in conservationem
rei factis, utpote quæ suo modo pertinent ad percep-
tionem & æstimationem fructuum, sed de impensis
quibus res aut melior facta fuit, aut facies rei oppi-
gnorate immutata. Distinctio juris Romani in im-
pensas necessarias, utiles & voluptuarias subtilis qui-
dem est, sed in applicatione ad negotia in societate
humana obvenientia rem magis implicat, quam ex-
plicat. Accedit, quod illa distinctio potissimum in-
venta sit in quæstionibus definiendis, de jure malæ
& bonæ fidei possessoris, nec adeo ad creditores ap-
plicabilis. Hic enim nec malæ fidei possessor est, cum
pignus possideat ex conventionione cum domino, & plus
juris ei competit in re oppignorata, quam cuilibet bo-
næ fidei possessori, ut ex hæcenus deductis liquet.
Est tamen & alia ratio differentie inter bonæ fidei
possessorem & creditorem, quæ hoc intuitu jus cre-
ditoris quodammodo facit deterius quam bonæ fidei
possessoris. Hic enim in justo errore versatur, pu-
tans, quod perpetuus rei vel unicus sit dominus, at
creditor & omnes qui dominium revocabile habent,

sci-

sciunt jus suum non esse perpetuum. Ergo abstrahendo a lege positiva, hic nihil æquius esse videtur, quam ut creditor nullam habeat directam actionem, adversus debitorem reluentem, ad impensas illas repetendas, sed ut tollat rem illam novam, in quam impensas fecit, aut, si malit debitor rem retinere, ut tum debitor reluens, restituat ejus pretium, quanti æstimaverit creditor. Quodsi de pretio convenire nequeant, & debitor vile nimis pretium offerat creditori, liberum huic erit rem tollere. Itaque electio creditoris est, utrum tollere velit rem, an justo pretio eam debitori relinquere. Ita neuter conquerendi occasionem habebit justam. Non creditor, quod debitorem adigere nequeat, ad pretium impensarum solvendum. Injustum enim esset, si debitoris conditionem velit reddere deteriorem, cujus forte non inter. est, 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, vel detraxerit iis observationibus, quas hucusque de jure creditoris in pignus, abstrahendo a lege positiva, fecimus. Ubi quidem ex iis, quæ nobis restant, fragmentis juris veteris ante Justinianum, (2) constat, olim

Jure Romano quid olim fiducia fuerit.

pi-

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

§. 1. & 2. tit. pignus duobus modis apud Romanos fuisse constitutum, partim, *simplici depositione*, (o) partim *fiducia*. Sed in quo capite præcise vel effectu hi duo modi differentiam agnoverint, ob brevitatem locorum, qui *fiduciam* memorant, valde in obscuro est, præprimis cum *fiducia* vox etiam in aliis negotiis, quam in mutuo & pignore adhibita legatur (p); & adeo sæpe dubium sit, utrum cum de fiducia sermo est, de illa specie pignoris loquantur scriptores. Quidam *fiduciam* putant idem esse cum *hypotheca*. Sed horum sententiam parum videtur verosimilis, cum hypothecæ possessionem creditor non habeat, at fiduciæ possessionem haud dubie habuit (q). Sed fecerit auctores primæ sententiæ, quod Cicero (r) dicat, *hypothecas commissas* esse, quod alias de *fiduciis* dicit Paulus (s). Sed haud dubie Cicero locutus est de alio pacto, cuius mentio fit in jure Justiniano (t). Decem cum §. cepti etiam sunt, quod observaverint, Tribonianum in legibus Pandectarum ubique terminum *fiducia* expunxisse, & ejus loco, vocem *hypotheca* substituisse. Secunda sententiæ vult, in fiducia rem oppignoratam cum solennitate mancipationis fuisse creditori traditam, sed cum duabus conditionibus, ut nimirum, si intra determinatum tempus debitor pignus lueret, id a creditore ei remanciparetur, si non redimeret, creditor potestatem haberet solummodo pignus vendendi. De priorè conditione nullum quidem est dubium (u). At posterior non probatur ex doctrina Pauli, qua docet, pactum fiduciæ adjectum, ut creditor, etiam non solvente debitore, fiduciam tamen vendere nequeat, nullam habere efficaciam (w). Nam ex

(o) *Hac pbr. Paulus dicitur aliter pignoris speciem a fiducia distinguit de l. II. §. 1. (p) Ita si a pud Paulum II. 4. rubricam cum §. cepti etiam sunt, quod observaverint, Tribonianum ult. jungas, videtur fiducia predicari de contractu estimatorio. Adde Gothofr. ad L. 1. Cod. Theod. p. 254. (q) Paul. II. 13. fere per totum. (r) 13. Famil. 56. (s) II. 13. (t) L. 1. C. de pacti, pign.*

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

eo

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 rei tempore isto elapso a debitore, at si creditor fiducias postea distraheret, superfluum debitori restitueret. (x) Qui hanc sententiam impugnant, fatentur, pactum legis commissoriae quandoque fuisse adjectum fiduciae, (y) at id non semper factum fuisse, & ubi id non accesserit, saltem creditori licuisse ex contractu fiduciae pignus vendere. Verum uti posterior hæc assertio per textum quem adducunt, (z) ut modo fuit ostensum, nequam probatur, ita contrarium præter istum locum Ciceronis verosimile est, quia Paulus fiduciam & legem commissoriam synonymice videtur usurpare (a).

(x) Paulus II.
13. S. 1.
(y) Propter
locum Cice-
ronis pro
Flacco c. 21.

(z) Pauli II.
13. 5.

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

§. XXI.

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

In contra-
ctu fiduciae
dominium
non statim
transiisse ad
creditorum

D ti

- (b) *Paulus II* 31. 2. *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 subsuit ratio, quod creditor jam fuerit dominus, Sed & hic falluntur. Potius ratio fuit, quod creditor fiduciam contrahens deberet ex lege commissoria expectare tempus determinatum, ante tempus istud vero non potuerit, ne quidem supposita persona tertia istud sibi acquirere (d). Et parum cohæret ista doctrina, dum mox fatentur ejus auctores, quod *dominium* istud creditoris pendente lege commissoria acquisitum sit *non proprie* tale. *Domini*um 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
Constanti-
no M. sub-
lata.
(e) *Lib. 3.*
Cod. Theod.
tit. 2. l. un-
& l. 3. Cod.
Juss. de pa-
elis pign.
(f) §. 20.
hujus capit.
(g) *in cap.*
12. Tobie.

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

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

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

(i) *Addo Dn. Præsidis Nevos Jurispr. ante Justin. l. 2. c. 6. p. 95.*
Et p. 108. n. 5.

§. XXIII.

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

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

§. XXIV.

(l) *Salmastius de modo usurarum p. 179. 590. seq.*

Pignus Justinianeum in quibus conveniat cum pignore iuris gentium.

(m) *vide supra §. 1. & 2. hujus cap. §. fin. inf. quibus mod re contr. oblig. l. 11. §. 2. de pign. act.*

(n) *supra §. 3. (o) l. 15. §. 2. qui satis d. cog. l. 16. l. 33. de usurp.*

(p) *vide supra §. 4. 5. 6. 7.*

(q) §. 8.

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

bus

bus constituitur, idem juris esse voluerunt. Denique quod de cessante impensarum repetitione intuitu creditoris asseruimus §. 19. etiam juri Romano est conveniens 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 oppignoratis & securitatem creditoris & utilitatem debitoris requirere, ut fructuum perceptio relinquatur creditori, idque præsumi, nec opus esse pacto antichreseos (r). (r) §. 9. 10. At jus Romanum regulariter etiam in his rebus nihil aliud vult transire ad creditorem, quam possessionem & custodiam, potestatem utendi & fructus percipiendi non nisi ex pacto antichreseos, in tantum, ut si tale pactum non fuerit adjectum & creditor invito debitorum re oppignorata utatur, actione furti conveniri possit, & fructus percepti qualescunque, imputentur in fortem & usuras (s). Neque enim antichresis tacita, quam fingunt sibi Dd. (t) ullum fundamentum in jure Romano habet, ut adeo Hottomannus etsi forte alias infelix emendator legum sit, hic tamen, ex necessitate doctrinæ juris (u) textum emendaverit (x). Adde, quod & explicatio Hottomanni conveniat exacte cum alia doctrina Pauli in eodem libro, ex quo ille textus desumptus (y), ubi videlicet Paulus notat, ne quidem in fiducialicere fructus percipere, sed si percipiantur, computari in fortem (z). Ergo tantum abest, ut ex

In quibus differat.
(s) L. 11. §. 1. de pign. & hypoth. §. 6. Inst. de obl. quæ ex del. nasc. l. 1. 2. 3. C. de pign. act.
(t) ex l. 8. in quib. caus. pign. Gujac. l. 19. obs. 17. Dion. Gothofr. ad d. l. 8. Ant Fab. Err. Pragm. §. dec. 9. & Commenta-

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) se, ex lib. 2. sent. Pauli. Nam ipsa illa l. 8. in fragmento hodierno sententiarum non extat. (z) vid. supr. §. 21.

tores com- muniter.

mente Pauli in pignore simplici id licuerit. Diximus
 (a) *supra* §. 11. 12. jure gentium creditorem fructus percipientem ex pi-
 (b) *de vario usurarum facto in Rep. Rom. vid. omnino Gerb. Noodt de fenore & usuris l. 2. c. 3. 4. seq.* gnore non teneri ad reddendas rationes de perce-
 (c) *Quem re- furat idem D. Noodt ibid. libr. 2. cap. 9.* ptis fructibus (a). At apud Romanos aliter se res ha-
 (d) *arg. l. 2. C. de pign. l. 1. C. de distract. pign. Carpz. 7. II. Const. 30. def. 40.* bebant, ibi enim cum legitimus determinatus esset usu-
 (e) *supra* §. 13. rarum modus (b) etiam, ubi pignori pactum antichre-
 (f) *l. 3. C. de pact. pign.* seos esset adjectum, non licebat tamen legitimum
 (g) *supra* §. 14. hunc modum usurarum in perceptione fructuum ex-
 (h) *l. fin. C. si vend. pign. agat. l. 42. de pign. act.* cedere, frustra dissentiente in hac quaestione Cujacio (e)
 (i) *supra* §. 15. unde non potuit non sua sponte sequi quod creditor ra-
 (k) *l. 1. C. si pignus pignori datum sit, l. 13. §. 1. de pign. adde Schaeff. ad Dig. de distract. pign. n. 30.* tiones reddere debuerit de perceptis fructibus (d). Di-
 ximus porro, finito tempore ad reluitionem pignoris
 determinato, jure gentium pignus in commissum cade-
 re (e). At postquam Constantinus M. legem hanc
 commissariam in fiducia sustulerat, & Justinianus eam
 legem corpori juris inferuerat (f), etiam jure
 Justiniano sublata est lex commissoria. Diximus,
 jure gentium creditorem, qui post legem commissio-
 riam pignus vendidisset, non teneri, ut debitori resti-
 tuat pretium exuberans (g). At jure Romano id non lice-
 re, vel ex eo patet, quod pactum legis commissoriae fue-
 rit sublatum. Unde omnino superfluum pretium, quod
 scilicet pecuniam creditam excedit, debitori & ejus he-
 redi erat reddendum (b). Diximus porro, pendente tem-
 pore ad reluendum determinato jus ereditoris, 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 distra-
 ctione pignoris ipsius secernat, appellare dationem (k),
 con-

conveniente utique nomine, cum novus emtor, cui (1) *supra*
jus pignoris saltem est venditum nihil amplius, quam §. 17.
jus pignoris in re emta, consequatur. Denique dixi- (m) *Paulus*
mus in casu temporis ad reluendum indeterminati, *Lib. 2. sent.*
jure gentium a creditore non pignus ipsum vendi posse, *tit. 5. §. 1.*
sed saltem jus pignoris, id est, pignus ipsum pignori (n) *t. t. C. de*
rursus posse dari (l). Sed & hic jus Romanum aliud *jure domin.*
constituit. Etenim jam jure veteri, ubi adhuc con- *impetr.*
tractus fiducia in usu erat, creditor simpliciter sibi pi- *Schuepf. ad*
gnus depositum vendere poterat (m) Jure vero Ju- *tit. Dig. de*
stiniano, quo contractus fiducia & pactum legis *Distr. pign.*
commissoriarum erat sublatum, necesse erat, ut credito- *n. 3. seq. &*
ris securitati circa venditionem pignoris alio modo pro- *ibid. Dd.*
spiceretur, interim tamen antiqua illa pignoris ven- *commun.*
dendi licentia, variis modis fuit restricta (n). Ex di- (o) *supra §.*
ctis vero sua sponte sequitur, ut ea, quæ jure gentium *17. & 18.*
supra asseruimus, de jure domini revocabilis, credi- (p) *L. 12. pr.*
tori in pignore non sterili competentis, & quod res *de distract.*
oppignorata sit hactenus ipsius periculo (o), etiam ju- *pign.*
re Justiniano, se plane habuerint aliter. Nam eo jure *(q) L. 24. §.*
nec dominium transit in creditorem, sed apud debi- *fin. de pign.*
torem manet (p) nec adeo in pignore periculum cre- *act. §. ult.*
ditoris est, sed solius debitoris (q). *Inst. quib.*
mod. re con-
brab. obliga-
tio.

§. XXVI.

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

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

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

(t) 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 subfuisse 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

E

bus

(u) l. 29. §
30. ff. de LL.

bus de pignore. Fraus fieri legi dicitur, si quis salvis verbis legis, sententiam ejus circum venit (u). Verba legum Romanarum loquuntur de pignore. Sententia ejus & intentio est, ut creditor non debeat percipere fructus majores usuris licitis, & ut pignus non cadat in commissum, & ut adeo creditor non fiat dominus pignoris temporarius ante casum legis commissoriae, 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 tempus reluendi pignoris determinare ad quinquennium sub pacto legis commissoriae. At non licet hoc per leges Justiniani. Quid igitur agendum? Omittantur voces mutui, & pignoris, & loco ejus adhibeantur termini emtionis, venditionis, pretii, pacti de retrovendendo, tum habebit Creditor quod desiderat, rumpan- tur etsi illa Justiniano & Triboniano. Res clarius patebit ex dicendis capite sequente.

§. XXIX.

Pignus
Germani-
cum, ejus
formulae
antiquae
tres,

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

(x) Formul.
50. Tomo II.

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

rerum n. 148. quod pro aliquo negotio deponitur, si per cautionem fuerit
 ap. Baluzz. d. obligatum, robur obtineat plenissimum, id circo ego Rai-
 Tom. II. f. mundus Comes Paliarensis PIGNORATOR sum tibi Arnallo
 1551.

Mironis & Arsindi tuae uxoris. Volo satis ut sciatur a
 cunctis, tam presentibus quam etiam futuris, qualiter Va-
 lentiam filiam vestram in conjugio accipio. Et vobis ma-
 nifeste convenio, ut eam semper cum honore teneam, sicut
 homo debet tenere suam legitimam uxorem, & nunquam

(g) adulte- eam dimittam, dum vixero, nisi propter cucuciam (g),
 rium. quam ipsa mihi faciet, & ipsa cucucia mihi sit probata a
 me legaliter, & manifeste convincita, & non sit facta per
 meum assensum, nec per meum consilium, nec per meum sta-
 bilimentum. Insuper convenio vobis, sicut scriptum est in
 alia convenientia, quam in Limingana juxta ipsum castrum
 inter nos fecimus, ut faciam ei commendare omnes meos me-
 liores homines, & faciam eis fidelitatem ei facere, & per

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

(i) i. e. da- no (i). Et ego nunquam tollam ei castros, nec ipsam ter-
 ram, quas, & quam modo ei dare convenio & inantea (k)
 mea fraude ei dabo. Et super hoc ut totum, sicut superius est dictum,
 Du Fresne teneam, & faciam & adimpleam, mitto vobis & filia ve-
 voce: ingen- stre Valentia jam dicta in pignore ipsum castrum de Arengs,
 um.

(k) In po- & castrum de Montangana & castrum de Muro, & castrum
 sterum. Ita- de Limingana, cum omnibus eorum terminis & pertinentiis
 lis inanzi, cunctis. Sub ea scilicet lege, ut si predictam omnem con-
 venientiam non adimplevero, & non observavero, praefata
 omnia incurrant in VESTRA POTESTATE, sine aliqua
 contradictione, ad faciendum, quodcunque 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 hac scriptura firmitatem obtineat. Quae 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 interioris Germaniae, 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 excerptisse juvabit, ut eorum convenientia cum præcedentibus formulis eo melius incurrat in oculos. Quilibet poterit bona sua juste amittere, ut puta, si ea vendat, OPPIGNORET vel judicialiter tradat (1) &c. His casibus possessionem jure amittit (m). Quicumque alteri commodat equum, vestimenta, vel alia bona mobilia, aut qui ea OPPIGNORAT, vel quocumque modo ea ex possessione sua ex libera & præmeditata voluntate (n) dimittit, si postea is, qui possidet, eas alteri vendat, aut ulterius oppignoret, vel ludo perdat, aut furto vel rapina amittat, commodans vel OPPIGNORANS eas propter commodatum non vindicabit, sed solum commodatarium & creditorem, cui rem oppignoravit, (vel ejus redem

Textus juris Germanici.

(1) ober auflassen.
 (m) Spec. Sax. L. 2. art. 24.
 (n) Mit seinem Willen. Non ut Schilterus vult, mit seinem Willen. Exerc. 25. ad Pand. §. 6. seq. refutatus a Dr. Præsule Inst.

E 3

Jur. Germ. MSC. L. 1. 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 commo- danti vel OPPIGNORANTI, aut solvere ei debet ejus pretium. Si vero equus vel pecus tempore OPPIGNORATIO- NIS moriatur sine culpa possidentis, si hic id probaverit, & juramento se purgaverit, pretium non restituit, sed tamen amittit crediti summam, pro qua res erat OPPIGNORATA,*
 (p) L. 3. art. 5. nisi aliter convenerint (p). *Convenit cum his locis ex-
 (q) L. N. Cap. acte jus Svevicum (q), nisi quod quaedam impertinen-
 243. n. 2. 3. & tia immisceat ex jure civili & glossa juris Saxonici, de
 244. n. 1. & quo mox,
 248. n. 1.*

§. XXX.

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

Constat vero ex dictis, quod plane conveniat pi-
 gnus germanicum cum pignore juris gentium, etiam
 in illis articulis, in quibus jus Justinianicum ab eo di-
 screpare observavimus. Etenim præter possessio-
 nem, etiam potestas, fructus omnes ex re percipiendi,
 ad creditorem fuit translata, sine redditione rationum,
 adeoque hypocraticum illud, & a clero Pontificio in-
 ventum crimen usurariæ pravitatis, Germanis fuit in-
 cognitum; transit etiam ad creditorem dominium
 (revocabile) pignoris, adeoque simul periculum, Quin
 & lex commissoria locum habuit, si certum tempus
 reluendi in prima conventionem fuit determinatum.
 Omnia hæc asserta probata invenies, si modo lectio-
 nem duorum paragraphorum, proxime præceden-
 tium placuerit repetere. Nec obstat, quod aliquo-
 ties mentio facta fuerit dupli restituendi, in eo casu, ubi
 tempore debito reluitio non fuerit facta, adeoque di-
 versum quid a lege commissoria hic videatur esse
 statutum. Vix enim casus dabilis est, ubi duplum
 vellet

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

§. XXXI.

Simul vero patet, oppignorationes Germanorum, a pignore Justiniano plane fuisse diversas, & adeo earum naturam ex jure Justiniano non nisi absurdè explicari, aut quæstiones circa oppignorationem Germanicam controversas, definiri. Ut tamen post introductas Academias 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 asserat, 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 tyronibus juris constat, dispositionem juris Romani etiam obtinere, ubi præter pignus nulli fidejussores dati, ita etiam casus vix dabile sunt, ubi quis simul fidejussores & pignora dare creditoribus soleat. Deinde, etiamsi dabilitatem hujusmodi casus concedamus, non repetet tamen jure Germanico creditor debitum

Et adeo a pignore Justiniano plane fuisse diversum.

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

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

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

(t) *in bistor.*
jur. Feud.

Germ. §. 45.
seq.

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

327.

Excerpta
ex aliis do-
cumentis.

(w) *in diff.*
supra citata

§. 88.
(x) *ibid. §. 90.*

(y) *vid. §.*
91. 92.

(z) *ibid. §. 93.*

§. XXXII.

Plura documenta pro demonstranda natura pignoris Germanici hic addere nolo, postquam laudabili diligentia, ea jam collegit *Excell. Gundlingius*. Huc pertinet potissimum, oppignoratio Caroli IV. Gunthero Schvvarzenburgico facta (w) item oppignoraciones 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 Guilielmi Reimundi, Comitis Ceritaniæ 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 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 perere. Unde jam facile responderi poterit dissentientibus, qui putant, fiduciam, quæ adhuc in Codice Theodosiano (c) memoratur, una cum Codice transiisse 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.

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

Sensit hanc responsionem Schilterus (d) a deoque ut ei obveneret, maluit ineptientem glossæ asserenti quam veritati; præsertim, inquit, dum glossa (e) notet, etsi dominium pignore transtulerit, 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-

(c) vide supra §. 22.

(d) de jure retrovend. p.

(e) ad l. 2. art. 24. spec. Sax.

F

inde

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 requirita pignoris ex jure Romano. (2) Et si 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 Alferra (f) monstravit Dn. Praeses (g). Ut taceam (3) formulas pignoris Germanici supra (b) descriptas satis probare, fiduciam Romanorum neque a Franco Gallis fuisse receptam, cum & ex illis pateat, dominium & fructuum perceptionem translata fuisse ad creditorem,

(f) *Rer. A. quit. lib. 3. l. 3. seq.*
 (g) *In append. ad hist. jur. Fend. Germ.*
 (b) §. 25.

CAP. III.

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

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 re-

tro-

trovendi debeat, exiguum fructum sentiret venditor ex hoc jure, cum pretium in emtione venditione constituatur ex libera voluntate contrahentium, & fit subjectum; adeoque nunquam prudentes legislatores aut paciscentes tale jus retroemendi introductent, cum emtor hoc modo non possit cogi, adeoque jus istud imaginarium & inane foret. Et si vero, si res eodem pretio retrovendatur, improprie fit nova emtio venditio, cum determinatio pretii non dependeat a libero arbitrio utriusque contrahentium, ac talis retroemtio nihil aliud fit, quam accurate loquendo relitio, interim tamen propterea talis retrovenditio cum pignore non est confundenda, cum quo quidem id habeat commune, quod in pignore æque ac in retrovenditione fit relitio rei cujus dominium, revocabile, ad alium transit, in eo tamen differt, quod pignus præsupponat creditum aliud, cujus adeo accessorium est, jus vero retrovendendi in laxiore ambitu abstrahat ab alio credito, & adeo absque pacto etiam contrahentium subsistere possit. Est enim jus retroemendi vel legitimum vel conventionale. Legitimi exemplum est in Republica Hebræorum, (i) Conventionale vel fit sub conditione incerta, vel si spenditur a tempore. Sub conditione, v. g. si ea nupta esse defuisset, (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 ex cum jure pignoris & ejus relitione conveniant.

(i) v. Dn. Præsid. de acquir. ce. rebr. l. 2. C. de resc. vend.

Null. mita. amib.

(k) Levit. XXV. 24. 25. Schilt. de ju. re retrov. p. 175.

(l) L. 12. ff. de præsc. verb.

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

T



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

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

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

Alius casus
dubius.

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

qui

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

qui debuisset (o), aut, si hæc regula interpretandi vi- (o) Schilt.
 deatur provenire ex jure civili (p), in dubio potiore *ibid p. 306.*
 esse causam possidentis, quæ regula etiam juris genti- (p) Dn. Præ-
 um est. Video quidem doceri, acsi pactum, quod ex *ses part. 2.*
 die redemptionem concedit, sit in gratiam emtoris *Logices cap.*
 adjectum, adeoque contra hunc expositionem fieri *3. §. 155.*
 debere (q). Sed tamen clausula illa (auff drey Jahr (q) Schilt. d.
 wiederkauflich) in dubio magis censebitur contractui *p. 306.*
 adjecta a venditore quam emtore, quia emtor regu-
 lariter magis vult dominium perpetuum, quam re-
 vocabile.

§ IV.

Cæterum cum conventiones de redimendo ad An detur.
 diem & ex die non solum diversos sed & oppositos casus mi-
 habeant effectus patet impossibile esse, ut utræque xtus.
 concurrere possint, ita ut unum idemque tempus de-
 notet terminum, a quo offerendi facultas oriri & quo-
 usque durare, aut & post quod & intra quod revendi-
 tio fieri debeat. Etenim si *mira* triennium retroven-
 ditio fieri debet, ante triennium redimenda est res
 vendita, post triennium id non licet, si *post* triennium,
 tum non licet ante triennium. Quomodo ergo con-
 jungi possent, quæ contradicunt, ut idem simul liceat
 & non liceat. Et tamen videas JCtos etiam philo-
 sophia claros hic errare (r). Occasio errori dedit, (r) Schilt. p.
 partim non recte perceptus sensus formulæ, quæ ta- *216.*
 men si accuratius inspicias, est saltem ex die (s), par- (s) ap. Carp.
 tim inepta formula ab imperito notario concepta, qua *lib. 5. R. ff.*
 venditor stipulatus erat, ut sibi liceret *post* triennium *29. in fin.*
 sed non *duntius* rem redimere. Quilibet negotiorum
 civilium, gnarus videt, notarium imperitum loco

F 3

post

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

(*t*) p. 2. C. 1. d. 8.

Carpzovius (*t*). De eo non disputamus, annon diversis temporibus determinatis possit mixtura pacti fieri, v. g. si quis rem vendit *post* v. g. triennium *intra* aliud v. g. triennium redimere rem possit. Nam quis de hoc casu dubitaret?

§. V.

Hoc jus retroemendi parum differre a jure pignoris.

Jam videamus, an illa tria genera conventionalis retrovenditionis, non suspensæ a conditione, sed quæ adjectione temporis vel indeterminati vel determinati fieri solet, multum differant a pignore juris gentium? Atque hic ante omnia supponendum est, in negotiis civilibus non tam considerata esse rerum nomina, quam rem ipsam. Multa vocantur eodem nomine, quæ diversa sunt (*u*). Multa habent diversa nomina quæ sunt eadem (*w*). Identitas rerum civilium & diversitas, potissimum a causa impulsiva & finali (quæ duæ parum differunt) dependent. Si ergo 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.

(*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.

§. VI.

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

dat, vel sub retro venditione vendit, non vult perpetuo carere, sed si ad meliorem fortunam pervenerit, eam restituta pecunia reluere aut redimere. Si res ex voto solo illius, qui pecuniam accipit, peragenda esset, nullum tempus adjiceretur determinandæ relutioni aut redemptioni. Sed cum securitas ejus qui pecuniam solvit, aut utilitas sit diversa, ita, ut modo velit re, quæ inscuritatem 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 eadem etiam retrovendendo, quos supra enumeravimus, dum naturæ affectus, tutam pignoris ex jure gentium consideravimus. Transfertur ad emptorem 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 emptorem, etiam circa pactum antihrescos (b) ut in pignore. In relutione idem premium restituentum, non majus nec minus (c) ut in pignore. Emptor repetit saltem impensas necessarias, non utiles, sed has tollit (d), ut in pignore. Emptor reddita re vendita, non tenetur rationes reddere de perceptis fructibus (e) pendente tempore retrovendendi.

(y) Sch. li. 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.

310.

(d) Docto-

res citati ib.

p. 263. seq.

(e) Ib. p. 273.

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

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

§. IIX.

Cur tamen circa effectus retrovenditionis Dd. valde dissentiant.

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

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

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

Fateor quidem, quod Doctores in aliquibus sententiis modo notatis valde dissentiant, ut in quaestionibus, annon majus pretium offerri debeat in redemptione (g) annon utiles impensas possit repetere emtor, & ratione earum etiam jus retentionis exercere? (b) annon emtor, non obstante pacto de retro vendendo 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 definiendam. Accedit, quod Dd. omnia quae jus Romanum de contractibus, qui juris G. dici solent, disponit, habuerint etiam pro moribus & jure gentium, & quod jure Romano inignis 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 assertionis dubitare. Ita asserunt, in venditione sub retrovenditione, sine determinatione temporis reluendi, non statim reuisionem fieri posse, sed tamdiu expectandum venditori, donec emtor ex ea emtione commodum

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

§. IX.

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

Jus retrovend. Romano. quomodo differat a pignore Romano.

(n) l. 12. de præscr. verb. l. 2. & 7. C. de Pact. inter emt. (o) cap. 2. §. 25.

obnix

G

tum

-7



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

§. X.

Ufus hujus contractus apud Romanos. (p) de qua §. 1, in fine.

Si Romani pignoris naturam intactam reliquissent, rarissimus fuisset usus emtionis cum pacto de retrovendendo, nisi forte conditionalis illius retrovenditionis (p). At postquam Romani, creditori, dominium in pignore, potestatem fructuum percipiendorum, fructum legis commissoriæ abstulerant, & onus reddendarum rationum de fructibus perceptis imposuerant, nullum est dubium, frequentiora fuisse exempla venditionum cum pacto redimendi, cum in hoc contractu creditori seu emtori omnia licerent, quæ non licebant in contractu pignoris. Stupidus enim fuisset creditor, juris patrii gnarus, cum debitor mutuum ab ipso voluisset sumere, si non loco contractus pignoratii elegisset emtionem cum pacto de retrovendendo (q). Sed ita omnes illas dispositiones juris Justinianeæ de pignore juri gentium contrarias fuisse elusas, notavimus jam superius (r).

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

§. XI.

Quando apud Germanos ceperit esse in usu.

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

exinde in academias Germaniæ fuit translatum, retro-
venditio non statim quidem in formulis contractuum
fuit adhibita, sed tamen a Jctis academicis contracti-
bus oppignorationum, ob identitatem effectuum, ap-
plicata. Unde modi loquendi invaluerunt, oppigno-
rationes & retrovenditiones esse unum, idemque, aut
(Germanicas) oppignorationes esse (secundum stylum
Romanum) venditiones cum pacto de retrovendendo
(r). 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,*

(r) *Gylm. Symphor. T. 3. voce Pfand Schilling & voce rety- itio. Bescold. Thes. Pract. voce Pfand Schilling. Schilter. d. l. p. 178. 181. sq. (t) ap. D. Gundling. §. 97.*

§. XII.

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

(u) *ibid. f. 197.*

-7



§. XIII.

Emtionis
annuorum
redituum
origo &
progressus.

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

(a) Schilter.

p. 225.

(b) r. tit. von

Wucherli-

chen Contm-

den. conf.

Schilter. p.

333.

(c) Voce

Wand-

schafft.

Confusio
utriusque
contractus
unde?

§. XIV.

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

fuere miræ confusiones utriusque juris, & dubitari
 cœptum, utrum contractus pignoratitius sit, an retro-
 venditio. Jam suo tempore Mynfingerus ^{(d) cent. 6.} de dif-
 ferentia horum duorum contractuum incepit agere. ^{obs. 70.}
 Auctores item Consultationum constitutionum Saxo-
 nicarum ^{(e) Tom. 1.} magno conatu id agunt, ut jus patrium ^{Part. 1. q.}
 iniquitatis accusent, & juris Romani placita introdu-
 cant. Neque tamen confusio metuenda fuisset, si sim-
 pliciter receprum fuisset jus Justinianæum, & mixtura
 juris Canonici ac recessuum Imperii, contractus usu-
 rarios interdicentium, simul non obstitisset. Tum
 enim in arbitrio contrahentium fuisset, utrum pignus,
 an retrovenditionem vellent contrahere, ut id jure
 Justiniano licuit. Sed, cum per recessus & jus Cano-
 nicum id haud liceret, inde confusio orta, notariis &
 advocatis sæpe miscentibus, in formulis contractum u-
 trumque, & pignus & retrovenditionem, ^{(f) Exem-} vel ex
 ignorantia vel ex studio eludendi dispositiones juris ^{plum ap. Il-}
 Canonici & recessuum imperii. Hinc illæ lacrymæ! ^{lustr. Stry-}
 kium de cau-
 telis contra-
 ctuum Sect.
 II. Cap. IV.
 §. 31. & 32.

CAP. IV.

Usus practicus differentiarum inter contra-
ctum 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
 Confusio
 Doctorum
 doctrinam
 hanc expo-
 nentium.
 G 3 dicere

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

§. II.

Quod declaratur ulterius,

Et quidem statim miscentur duæ vel plures quæstiones diversæ & distinctæ, 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 quænam eorum mens fuerit declarata per verba, & quid partes per verba occultare & simulare voluerint. Horum neglectam distinctionem, rem alias non difficilem, reddidisse difficillimam, docebunt sequentia.

§. III.

Minus apta oppositio retrovenditionis & contractus pignoratitii usurarii.

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

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

§. IV.

Unde doctrinam hanc id etiam maxime red- dit difficilem, quod Doctores communiter, quia vide- runt in jure Romano emtione[m] cum pacto retroven- ditionis tradi tanquam licitam, etiam recepto jure Ju- stiniano apud Germanos, idem doceant, & commen- dent etiam partibus, quod melius sit, loco contractus pignoratitii celebrare retrovenditionis contractum, cum tamen postea iterum sua consilia destruant, ir- ritas reddendo tales retrovenditiones tanquam usu- rarias. Et quidem hæc inconvenientia apud nos ho- die major est, quam apud Romanos. Apud Roma- nos usuræ quædam erant illicitæ, & fructus pignoris excedentes imputabantur in sortem, lex commissoria etiam tanquam favens usuris illicitis erat abrogata, sed tamen usuraria pravitas non erat tantum crimen, quan- tum postea astutia Cleri factum est, & pro quanto et- iam apud nostros, artes Papales Cleri non intelligen- tes, habetur. Si ergo jus Romanum peccavit con- tra prudentiam legislatariam, quod præsuppositis illis de natura pignoris dispositionibus, permiserit tamen, inven-

Vana do-
ctrina, re-
trovendi-
tionem a-
pud nos
esse contra-
ctum lici-
tum,

-7

(g) *Supra*
cap. 2. §. 27.

inventæ emtione venditione cum pacto retrovenditionis eas eludi a subditis, (g) multo minis cohærent leges nostræ & doctrinæ Juratorum, quod toties de crimine usurariæ pravitatis loquantur, ac contra eam severe pronuncient; & tamen simul doceant, retrovenditiones esse licitas, cum tamen, quantæ quantæ sint, sint pignora usuraria palliata. Aut tollendæ essent leges illæ, sub specie ejiciendarum e Rep. usurariorum pravitatum, stabilientes, etsi citra propositum, arcanæ Papatûs (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 icu omnis difficultas esset abscissa. Quis enim quæreret, an contractus pro retrovenditione habendus sit, si solus contractus pignoris in usu maneret, & hominès sub imaginaria licentia retrovenditionis ibi non quærerent asyla.

(b) *per di-*
ctâ cap. 2. §.
12.

Alia confu-
sionis nota.

§. V.
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 *regulæ Logicæ bonæ* inter-
pre-

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 *regula prudentiæ politica*, & singularis sagacitas ex quibusdam iudiciis apparentibus, aut regulis, ex natura humana morali detegendi sensus hominum occultos, aut facta occulta, quæ perpetuo confunduntur a plerisque Dd. præsentem quæstionem tractantibus,

(i) *Dn. Præses 2. Log. c. 3. & in controversia cum Placcio de favorab. & odios.*

§. VI.

Est & illud notandum. Differentiæ pignoris Observatio & 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, quam contractum *occultare voluerint* contrahentes, quem doctrinæ causa dicemus usum *Advocati & Judicis*. Hæc etsi subordinata sint, sunt tamen distincta, neque adeo debuisserent a Doctoribus, ut fieri solet, in hac doctrina misceri.

H

§. VII.

§. VII.

In contra-
ctib9 prin-
cipum dif-
ferentiam
pignoris &
retroven-
ditionis
non esse at-
tenden-
dam.

His observatis personæ contrahentes sunt secer-
nendæ, utrum legibus civilibus sint solutæ, an actio-
nes eorum subjiciantur normæ legum civilium. Pri-
orum ut Principum, qui superiorem non agnoscunt,
contractus dijudicandi sunt ex solo jure naturæ: At
secundum jus naturæ nullam ostendimus esse differen-
tiam inter pignus & retrovenditionem. Ubi ergo nul-
læ differentiæ sunt inter contractus, ibi frustraneæ sunt
& inutiles tam regulæ theoreticæ, illa duo secernendi,
& regulæ practicæ tam interpretis quam judicis. Nul-
la occultatio timenda, cum nulli adsint effectus diver-
si. Ergo ad has personas plane non pertinet caput
præsens,

§. IIX.

Intuitu ju-
ris Romani
esse qui-
dem atten-
dendam,
sed id fieri
absque
difficulta-
te.

Qui sub lege vivunt, illi vel contraxerunt se-
cundum principia juris Rumani vel Germanici. Prio-
ri 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 theore-
ticæ ex notitia tituli de pignoratitia actione & iis, quæ
de differentia retrovenditionis supra diximus; & usus
practicus interpretis, ut, ubi invenitur concessa percep-
tio fructuum absque rationum redditione, & pactum
de retrovendendo ad diem, ibi judicetur esse retro-
venditio, etsi forte ex errore vox pignoris ibi sit ad-
hibita, quia plus valet, quod actum, quam quod di-
ctum 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 nullū usum habere.

§. X.

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

Hodierno jure ad usum practicum pignus & retrovenditionem fecerunt, paucis opus est.

puta perceptionem fructuum absque redditione rationum, item potestatem redimendi ex certo tempore suspensam, esse quidem retrovenditionem, sed usufruariam & 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 pratico 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 judicis 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 adjudicatione 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, paucissimi tamen erunt, relinquendi prudentiæ interpretis aut judicis. Et de his cogitandum erit, infinitorum non dari nec doctrinam nec regulas,

COROLLARIA.

I.

Quod cap. 2. §. 30. diximus, convenire pignus Germanicum cum pignore juris gentium, videtur objectionem pati ex eo, quod ibid §. 29. adduximus ex legibus Germanicis, creditorem, si pignus vendat, etiam pendente re-luitionis 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 oppign. territ. §. 82. Interim nobis sufficit, quod jure germanico illa venditio sit quidem efficax, sed intuitu venditoris tamen injusta, quia tum convenitur a debitore ad interesse. Vide textum in d. §. 29. Adde, quod adhuc inquirendum 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 dicat circa restitutionem expensarum in rem oppignoratam factorum, indicavimus c. 2. §. 9. Jure germanico idem fuisse olim receptum constat arg. Jur. Sax. Prov. II. 53. & III. 38. Conf. Schilt. Instit. Jur. Feud. C. 7. §. 15. serv. Synt. J. F. cap. 15. aph. 16. qua sententia etiam rationabilior est, quam adversa, de qua in cap. 3. §. 7. quod emtor postea retrovendens possit repetere impensas utiles &c.

F I N I S.

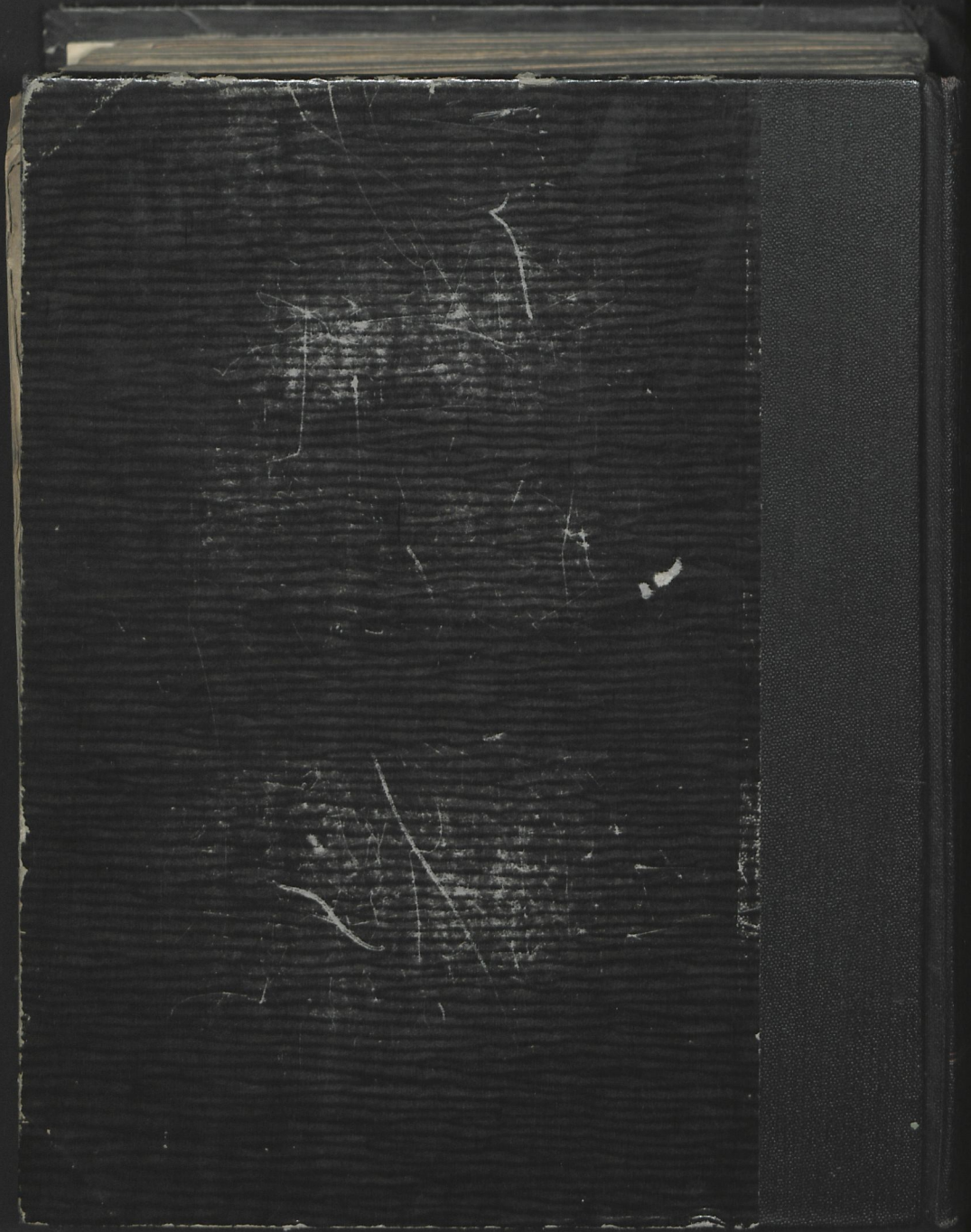


Halle 2, Diss., 1707 Str-T

ULB Halle
005 360 765

3





B.I.G.

Black

3/Color

White

Magenta

Red

Yellow

Green

Cyan

Blue

Farbkarte #13

timètres

1774.

1707 256 10

DISSERTATIO INAUGURALIS JURIDICA,
DE

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

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

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

AUCTORITATE INCLYTÆ FACULTATIS JURIDICÆ
PRÆSIDE

DN. CHRISTIANO THOMASIO, JCTO,

SERENISSIMI AC POTENTISSIMI REGIS BORUSSLÆ
Confiliario, Professore Publico Ordinario,
ac Facultatis Juridicæ p. t. Decano,

PATRONO SUO SUMME DEVENERANDO,
PRO LICENTIA

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

IN AUDITORIO MAJORI

Horis ante & pomeridianis

d. IV. Julii ANNI M DCC VII.

Publicæ Eruditorum disquisitioni fuffit

JOHANNES FRIDERICUS BASTINELLER,
Hallenf. Magdeburg.

HALÆ MAGDEBURGICÆ, LITERIS SALFELDIANIS.