

2949/5

DISSERTATIO INAUGURALIS IURIDICA
CONTINENS

CAPVT IVRIS CONTROVERSVM

AN ET QVATENVS AD REDDENDAS RATIONES, ET AD RE-
STITVENDVM, QVOD VLTRA MODVM VSVRAE LEGITIMAE
LVCRI FECIT, TENEATVR CREDITOR ANTICHRETICVS

QVAM

INDVLTV AMPLISSIMI IVRISCONSVLTORVM
ORDINIS

IN VNIVERSITATE LITERARVM CAESAREA DORPATENSI
PRO GRADV DOCTORIS INDEQVE PENDENTIBVS
PRIVILEGIIS

A. D. XXVIII. M. AVG. CIOIDCCCVII

PVBLYCO ERVDITORVM EXAMINI SVBIECIT

IOANNES LÜTKENS

PHILOSOPHIAE DOCTOR AA. Q. LL. MAGISTER AVGVSTISSIMO RVINENIAE INFRATORI A
CONSILIIIS RECMINI QVOD REVALIAE CONSTITVTVM EST A SECRETIS ET ADVOCATVS
INMATICVLATVS

BIBLIOTH.
ACADEM.
DORPAT.

DORPATI

EX OFFICINA ACADEMICA MICH. GERH. GRENZII.

Ø30370

INSTITVTI RATIO

Tenuitatis suae sibi conscia verecunde, dubitanter ac modeste in publicum prodit, quae, ex Amplissimi Jureconsultorum in Vniuersitate Caesarea Dorpatensi Ordinis decreto, pro Jurium Doctoris dignitate obtinenda, a me edenda fuit, iuris ciuilis Exercitatio; stat equidem, tenuitatis suae sibi conscia, non secus ac nauis, truci committenda pelago; vix sibi confidit, vt altum hoc prospicit; praecipitem horret Africum, decertantem Aquilonibus; vnicam, parum sibi fidens, cynosuram fixo obtutu intuetur lectoris candidi beneuolique indulgentiam, vt maleuolorum procellas et liuoris salebras euitet, vt feliciter Scyllaeam rabiem penitusque sonantes perrumpat scopulos. Spinofam admodum, non nisi cauto ac suspenso pede incedendam, ingredior viam, subtile, intricatum, densisque tenebris obductum enodaturus iuris ciuilis argumentum, cuius difficultas plurimum humanioris doctrinae Ictorum ingenia

ita exercuit, ut non minus, ac Hercules in Lernaeo conflictu, palpauerint, quo tot tantaeque solebras, ad quas uterque haereat, fluctuet, titubet pes, superesse intelligunt, qui diligentius curatiusque istud examinauerit. Cui igitur argumento illustrando quamuis plures interpretes ceteroquin doctissimi operam adhibuerunt, ex quibus MENCKENIVM^{a)}, BROCKESIVM^{b)}, KEMMERICHIVM^{c)}, KRAVSIVM^{d)}, COCCEIVM^{e)}, TESMARIVM^{f)}, LEYSERVM^{g)}, LAVTERBACHIVM^{h)}, WE-

a) GOTTF. I. V. D. MENCKENIVS in Diff. nullum excessum vsurarum in pacto antichretico esse tolerandum, Viteb. 1745. et inter EIVS Opusc. n. 8.

b) HENR. BROCKESIVS in Diff. de antichresi, quatenus est vsurariae prauitatis inuolucrum, cautelis eliminanda, ibid. 1734.

c) DIETR. HERM. KEMMERICHIVS in Diff. de creditore antichretico, rationes non reddente. Ienae 1733.

d) GE. FRID. KRAVSIVS in Disp. num creditor conducens antichresin fructus legitimam quantitatem excedentes lucretur. Viteberg. 1768.

e) HENR. COCCEIVS in Diff. de antichresi. Heidelb. 1678. et inter EIVS Exercitat. Vol. 1. n. 29.

f) IO. TESMARVS in Diff. de excessu antichretico. Marb. 1691.

g) AVG. LEYSERVS de pignore antichretico; exstat in EIVS Meditat. ad Pand. Spec. 157.

h) WOLFG. AD. LAVTERBACHIVS in Diff. de iure antichreseos, Tub. 1654. et inter EIVS Dissertat. Tubingens. Vol. 1. n. 9.

BERVM i) nominasse sufficiat, in summa tamen, quae hunc iuris civilis locum premit, difficultate nostrae adhuc operae non tam spicilegium, quam messem potius, superesse animadvertimus. Magnum me adire periculum sentio; sed iacta est alea, et facile veniam dabunt benevoli lectores, si imperitus nata in periculoso Oceano ad syrtes offendero. Minime quidem ignarus sum consilii, quo Pisones suos instruit HORATII curiosa felicitas, in libello vel satyra potius, quae de ARTE POETICA inscribitur, „ut si quid olim scripseris, in Metii descendat iudicis aures, et patris et nostras, nonumque prematur in annum;“ ast contra omnino non differendum est tyrocinium in senectutem: nam quotidie metus crescit, maiusque fit semper, quod ausuri sumus, et dum deliberamus, quando incipiendum sit, incipere iam serum est. Quare fructum studiorum viridem adhuc et dulcem promi decet, dum et venia, et spes est, et paratus favor, et audere non dedecet; et, si quid desit operi, supplet aetas; et, si quae sint dicta iuveniliter, pro indole accipiuntur. Quod in difficillima re valeat ad explicandam iudicii mei rationem, paucis dabo, ne libelli academici limites excessisse arguar, nec Venufui Vatis illud: amphora coepit institui; currente rota cur vrceus exit?“ occinatur mihi; vbique

i) SAM. REINH. WEBBERVS in Tract. iurid. mathematic. de pacto anachretico. Gott. 1772.

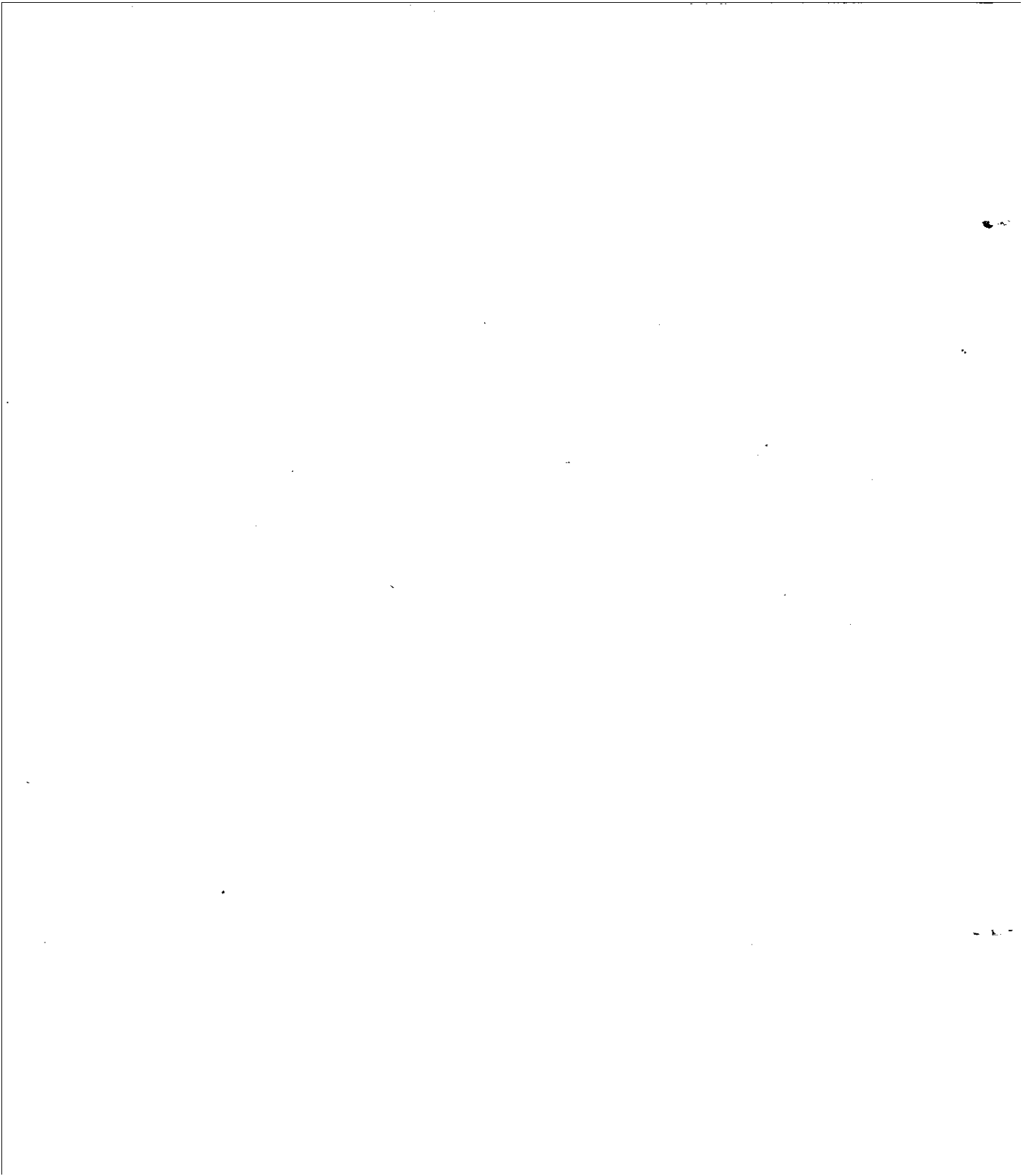
vero ipsa iuris fragmenta praecipue me sollicita habuisse, non displicebit, queis de meliore luto contigit ficta habere praecordia. Si qui forte sint, qui ex glossarum, opinionum consiliorumque voluminibus, quibus vtplurimum nec frigidius quidquam legi, nec insanius quidquam cogitari potest, me vellicare conentur, sciant, me spreterum esse furorem, quo id hominum genus valde rapitur.

DISSERTATIO INAUGVRALIS IVRIDICA

CONTINENS

CAPVT IVRIS CONTROVERSVM

AN ET QVATENVS AD REDDENDAS RATIONES, ET AD RE-
STITVENDVM, QVOD VLTRA MODVM VSVRAE LEGITIMAE
LVCRI FECIT, TENEATVR CREDITOR ANTICHRETICVS



§. I.

De pactis pignori adiectis generalia. Pacti antichretici notio figitur.

Ne illotis forte ad nobilissimam quaestionem manibus accessisse arguamur, iam generalia nonnulla, quibus specialis decisio quaestionis deinceps superstruatur, in ipso disputationis nostrae vestibulo praelibare lubet. Ac primum quidem monuisse operae pretium erit, varia passim pignoribus adiecti pacta, quorum alia sunt licita, alia illicita ex legum dispositione. Illicite pignori adicitur tum pactum, ut liceat creditori, inuito debitore, pignoris possessionem ingredi, tum inprimis quoque pactum commissorium a), ut, debito

a) Vnde hoc pactum commissorii nomine insignitum fuerit, non satis constare auctum GUIL. MARANVS Paratitl. Pand. ad tit. de lege commiss., ideoque varus vndique collectis significationibus vocis: committere, anxie admodum laborat in excutienda denominationis ratione. Sed ex artis nostrae principis minime obscura est denominationis ratio; imo ex ipsa definitione sat luculenter apparet. Dicitur pactum commissorium pari modo, quo commissura in Pand. Rubrica: de publicanis, et vectigalibus, et commissis, dicuntur fisco acquisita in poenam vectigal fraudantis, Legis commissoriae nomine venit tum in Inscript. Pand. tituli: de lege commissoriae, tum in ipsis huius tituli fragmentis; nec perperam, quum lex saepissime et alibi idem, quod pactum, sit. Vix autem est, ut loquendi formam: pactum legis commissoriae, nonnunquam obviam, ab ineptitudinis nota vindicaueris; est sane perissologia perquam ridicula, a pragmaticorum erroribus arcessenda. Optime ceterum materiam pacti commissorii illustrarunt Io. GUIL. VAN MUSSCHENBROECK

sua die non soluto, pignus pro quantitate debita pleno iure cedat creditori. Quod scilicet pactum quamvis emtioni recte adiciatur b), ac olim forte, juxta quorundam certe opinionem, in pignoribus quoque toleratum fuerit c), postea tamen in his, foeneratorum improbitatis coercendae causa, iure et romano d) et canonico e) prohibitum inuenitur f). Licite contra adicitur pignori tum pactum, ut creditor, debitore non solvente, possit sua auctoritate possessionem fundi pignorati ingredi g), tum pactum, ut, si intra certum tempus debitum solutum non fit, creditor iure emtoris rem, iusto pretio tunc

Differt. de lege commissoria in pignore, Lugd. Batav. 1752. et in Ger. OELRICHSII Thes. nou. Differt. Belg. Vol. 1. Tom. 2. pag. 632, seq. *AO. DIETR. WEBER Erörter. der Frage: wie weit erstreckt sich bey Verpfändung das Verbot der legis commissoriae? in den Versuchen über das Civilrecht, Num. 5. et IO. LEOP. VAN CATTENBURGH Disput. ad tit. C. de pactis pignorum et lege commissoria in pignoribus rescindenda. Harderou. 1733.*

b) Vid. tit. ff. de lege commiss.

c) Lectu dignissima sunt, quae IO. GVIL. VAN MVSSCHENBROECK c. 1. Cap. 2. ap. OELRICHSIUM pag. 647. seq. non sine magno eruditionis apparatu hac de re disputavit.

d) L. 3. C. de pact. pignor.

e) Cap. 7. X. de pignor.

f) Idem legibus Imperii germanici, hostili nuper admodum armorum strepitu sublatis, repetitum videmus. R. I. d. 2. 1577. tit. 20. §. 5. Si, quod haud raro vaferrime fit, alius contractus simulatus fuerit, prudentiam adhibeat iudex necesse est, ne ob artes illicitas licitum credat, quod in fraudem legis factum est.

g) L. pen. C. de pignor. act. Quo pacto efficitur, ut creditor, debitore non contradicente, ingressus non incidat in decretum D. Marci. L. 3. C. de pignor.

aestimandam, possideat h), tum denique pactum, vi cuius utendi fruendi ius cedit creditori. Vltimum pactum vocatur **ANTICHRESIS**. Accipitur nimirum antichresis modo pro re, quae in antichresin datur, modo pro conuentione, qua antichresis constituitur, pari ratione, qua pignus dicimus pro re, quae pignori datur, et pro conuentione pignoris. Ac si quidem antichresin pro eiusmodi conuentione accipiamus, recte eandem generaliter definire licet, ut sit mutuus rei oppignoratae usus, creditori in vicem usurarum concessus, donec debitum solutum fuerit. Quae **CLAVD. SALMASIVS**ⁱ⁾, acerrimus iuris romani censor, minus recte intellectis legibus^{k)} nixus, aduersus hanc definitionem, omnibus omnino melioribus notae **ICUS** probatam, cum magna animi contentione monuit, quum nullius prorsus momenti sint, ac a **GER. NOODTIO**^{l)} dudum profligata, merito praetermittimus, ne chartam et tempus frustra perdere voluisse videamur. Ad utiliora iam properemus.

§. 2.

Antichresis num licita sit, disquiratur.

Praecipua pacta, quae tum licite tum illicite pignori adiciantur^{m)}, modo memorantes, antichresin inter haec, qui-

h) L. 2. 3. C. de pignor. act.

i) **CLAVD. SALMASIVS** de modo usurarum, Lugd. Batau. 1639. Cap. 14. pag. 611. seq. pag. 631. seq.

k) L. 33. ff. de pignor. act. L. 14. §. 1. ff. de pignor. et hypoth. L. 9. §. 2. ff. de supellect. leg.

l) **GER. NOODT** Obseru. Lib. 2. Cap. 9. 10. in Operib. Tom. 1. pag. 269. seq.

m) Alia insuper, non adeo magni momenti, pacta pignori adiecta dari in vulgus notum est.

bus creditor pignoratitius utendi fruendi ius recte acquirere possit, retulimus; quod an bene aut male a nobis factum sit, paucis dispiciamus. Inter veteres Ictos diu multumque in utramque partem disputatum est, pactum antichreseos utrum licitis pactis adnumerandum sit, nec ne. Sunt omnino, qui antichresin, tamquam negotium minime iustum ac neutiquam rationale, ex quaeris republica eliminandam esse contenduntⁿ⁾, minime iustis autem ac neutiquam rationabilibus uti rationibus, quas muscae pedibus niti haud inmerito dixeris. Acerbum plerumque hoc esse pacti genus clamant, tum quod debitores aegre admodum possessionem rerum suarum frugiferarum amittant, tum quod pignora, ex usu hominum negotiique natura, tantum in securitatem creditorum constituentur, nec ullum iis lucrum aut fructum ex rebus pignoratitiae sine furti vitio capere liceat^{o)} tum denique, quod praetextu fructuum plus lucri, quam per usuram liceat, hac ratione percipi possit. Sufficiat miserrimas rationes allegasse, quum profecto dignae non sint, quae refellantur. Dum antichreseos pactum magnopere ad securitatem commodaque creditorum pertinet, debitoribus autem non solum non obest, sed potius manifeste prodest, quatenus hoc pacto facilius passim creditores inuenire licet, dubium non est, quin secundum ipsum ius naturale antichresis pro iusto ac honesto negotio habenda sit. Ac quamvis negari nequeat, plane prohiberi antichresin iure canonico^{p)},

n) Cf. ERN. COHMANNVS *Respons.* Vol. 2. resp. 57. n. 14. DAV. MEVIVS *Discuss.* leuaminum inopiae debitorum, Cap. 4. Sect. 11. n. 14.

o) §. 6. I. de oblig. quae ex delicto nascunt. L. 54. 76. ff. de furt. L. 7. C. eod.

p) Cap. 1. 2. X. de usur.

expresse tamen probata est iure romano q), quocum, quemadmodum ANDR. GAILIVS r), IOACH. MYNSINGERVS s) et MATTH. WESENBEICIVS t) testantur, consuetudines indubitatae Francogalliae, Italiae ac Germaniae amice conspirant. Quapropter et communi recentiorum ICtorum sententia pro iusto et rationabili negotio habetur antichresis v), nec desunt leges prouinciales, quibus diserte firmata reperitur. In ipsa Esthonia, qua sane sub saluberrimo ALEXANDRI I. imperio dulcior feliciorque patria nuspiam locorum contingere mihi potuisset, ab antiquissimis inde temporibus pactum antichresios in viridi fuit obseruantia; videmus quoque antichresin in iure prouinciali patrio expressis verbis probatam x).

q) I. 11. §. 1. ff. de pignor. I. 8. ff. ex quib. causis in poss. eat. L. 33. ff. de pignorat. act. L. 14. 17. C. de vsur.

r) ANDR. GAILIVS Obseruat. Lib. 2. obs. 3.

s) IOACH. MYNSINGERVS A FRUNDECK Consil. Cent. 6. obs. 71.

t) MATTH. WESENBEICIVS Consil. et respons. N. 8.

v) VLR. HYBERVS Praelect. iur. rom. et hod. Part. 3. tit. Pand. de pignor. et hypoth. §. 14. pag. 1036. IO. VOETIVS Com. ad Pand. Tom. 3. tit. eod. §. 23. pag. 601. ERNST CHRIST. WESTPHAL *systemat. Erläut. der römischen Gesetze vom Pfandrechte*. §. 65. pag. 124. AVG. A LEYSERVS *Meditat. ad Pand.* Vol. 3. Spec. 157. pag. 155. seq. IO. AVG. HELLFELD *Iurisprud. forens.* Tom. 1. §. 870. pag. 298. seq. CHRISTOPH. CHRIST. *DARTOW Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts*. §. 2387. pag. 571. CAR. CHRISTOPH. HOFACKERVS *Princip. iur. ciuil.* Tom. 2. §. 1198. pag. 372. IVDOV. GODOFR. MADIVNS *Princip. iur. rom.* Part. 1. §. 226. pag. 316. TUDOR SCHMAZZ *Handbuch des römischen Privatrechts*, §. 590. pag. 240. IVL. FRIDFR. MALBLANC *Princip. iur. rom. sec. ordin. Digest.* Part. 2. Sect. 2. §. 571. pag. 523.

x) Ius prouinc. Esthonic. Lib. 4. tit. 6. art. 7. Verba sunt: *Es kann sich Einer ein Haus, Land oder Bauern, gegen Darlehung einer*

*Continuatio, iuris romani limitationem exhibens.
Ambiguitas circa ius prouinciale Esthonicum
remota.*

Quamuis autem, quemadmodum supra euicimus, antichreticis legibus et Pandectarum et Codicis Iustiniani generatim omnino probata sit, memorabilis tamen pacti antichretici occurrit prohibitio in Nouella trigesima tertia^{y)}, quam ANR. CONTIVS^{z)}, doctissimus iuris ciuilibus interpret, egregiis plane notis illustrauit, e manuscriptis libris exhibens simul textum, nonnisi paucis quidem a vulgata editione discrepantem a). Cu-

Summa Geldes dergestalt wohl verpfänden lassen, das er das Haus, Land oder Bauern, anstatt der Rente auf eine Zeit von Jahren bewohne, gebrauche und genieße. Begübe es sich nun, das der Pfandherr aus seinem Besitz vor Ausgang der Jahre gedrungen würde, so soll er dennoch wieder eingesetzt werden und die übrigen Jahre friedlich zu genießen haben. Poli annum 1784. in rebus immobilibus, praesertim praedius rusticis, antichreticis tam frequenter, ac quidem vltimum ad 60. 70. 80. imo et 90. annos in Esthonia concessa fuit, vt emtio venditio eiusmodi bonorum penitus fere exulauerit. Quod proprie in fraudem legis factum esse, nemo est, quin videat. Ratio scilicet est: 1, vt protumescos ius, in bonis gentilitis heredibus proximis secundum Ius prouinc. Esthonic. Lib. 4. tit. 14. art. 2. competens, inefficax reddatur; 2, vt eludatur lex, a CATHARINA Imperatrice lata, iuxta quam in emtione venditione bonorum immobilium certa pretii pars, ex ipsius pretii magnitudine determinanda, fisco cedit.

y) Cui iungatur Nou. 32. et Auth. Ad haec C. de vsur. eiusdem fere argumenti.

z) ANR. CONTIVS Lection. subseciuar. Lib. 2. Cap. 2. in Operib. Parisiis 1626, pag. 73. seq.

a) Notas eius variasque lectiones ad verbum recudendas curauit celeberrimus Io. FRID. HOMBERGK v. VACH pag. 376. seq. Nouellarum versionis, quae Marburgi Cattor. 1717. forma quaternaria prodit.

ius quidem acutissimi Icti, ingenio, eruditione et auctoritate me longe superioris, vineta caedere quum animus non sit, strictim tantummodo mentem laudati nouissimae legislationis romanae textus exponere iuuat. Iubet scilicet Imperator, vt, si cui res sit cum agricola, possessionum eius, aut ouium, aut mancipiorum antichresin facere non liceat, addita ratione, ne rusticus in detrimentum rei publicae bonis suis cadat. Cui etiam illud Iustinianus adiungit, octauam dumtaxat partem modii in singulos modios, et in singulos solidos vnam siliquam quotannis ab agricolis vsurarum nomine accipere licere. Sunt quidem, qui cerebrina aequitate moti, agricolam tunc saltim, si plures forte possessiones illi sint, vnum alterumue fundum sub antichresis pacto oppignorare posse statuunt b); sed quis est, qui erroneae opinioni, aduersa fronte cum lege pugnant, calculum adiciat suum. Loquitur enim lex sine vlla distinctione, ac vbi leges non distinguunt, nec nostrum est distinguere, cui accedit, rationem legis allatam indistincte locum habere, agricola siue vnum fundum, siue plures fundos possideat.

Cum iuris romani dispositione haud obscure hac in re conuenit ius prouinciale Esthonicum c); dum enim eo cautur: „*Gewehr und Waffen, so zur Musterung und Landes-Rettung gehörig, imgleichen was der Bauers-Mann zum Feldebau und seiner Herrschaft Arbeit und Dienste bedarf und gebraucht, mögen nicht verpfändet werden. Da jemand dieselben*

b) WOLFF. AD. LAVTERBACHVS Differt. de iure antichresis, th. 10.

c) Ius prouinc. Esthonic. Lib. 4. tit. 6. art. 6.

„zum Pfande nimmt, und darauf borget, so soll er sie restituiren, und darzu, was er darauf geliehen, verlustig seyn“, sponte intelligitur, eiusmodi res quoque in antichresin dari non posse. Dubium interim videri possit, an femina in terris Esthonicis absque curatore sexus antichresin valide constituat, postquam iudiciorum ordo, qui ante annum MDCCCLXXXIII. in Esthonia existit, restitutus est. Ius provinciale Esthonicum ^{d)} enim ob iubecillitatem fragilitatemque sexus feminis denegat ius, negotia ciuilia et iudicialia sine curatoris auctoritate valide peragendi, quum contra mandato imperatorio speciali ^{e)} feminis idem illud ius difertis verbis concessum sit. Verum enim vero, quae ante annum MDCCCLXXXIII. floruerunt iudicia, mandato imperatorio citato restituta, quantumuis arbitrentur, iuri provinciali patrio, quippe quod tamquam ius quoddam privilegiatum in Esthoniae terris considerandum sit, simpliciter standum esse, tamen, si a recta via deflectere nolimus, in omnia alia eundem esse, persuasissimum nobis est. Nam ex introitu mandati imperatorii laudati apparet, Imperatricem CATHARINAM Magnam legibus provincialibus Liuoniae, Esthoniae et Fenniae hac in re obrogare voluisse. Quis autem est, qui Potentissimae Rutheniae Imperatrici ius leges abrogandi, iisdem obrogandi, vel derogandi, vel subrogandi, in terris summae eius ditioni subiectis denegare temere audeat.

^{d)} Ius provinc. Esthonic. Lib. 2. tit. 3. art. 2.

^{e)} *Inänoyukas vom 22. Decemb. 1785.*

§. 4.

Antichresis vtrum ius pignoris tribuat, nec ne.

Festinato gressu ex angustis iuris patrii occulti latibulis f) in amoenissima iuris romani latifundia redeuntes iam in id, quod dubium serenioris famae interpretibus nonnullis visum est, num ius pignoris antichresi reapse tribuatur, pro tenui virium modulo inquiremus. Si quidem Marcianum in L. 33. ff. de pignor. act. ita loquentem: „Si pecuniam debitor soluerit, potest pignoratitia actione vti ad recuperandam antichresin, nam, quum pignus sit, hoc verbo poterit vti,“ audiamus, vix est, vt antichresin pignus reuera non esse serio quemquam negaturum credideris; sin autem eundem Marcianum in L. 11. §. 1. ff. de pignor. et hypoth. ita loqui: „Si antichresis, id est mutuus pignoris vsus pro credito, facta sit, et in fundum, aut in aedes aliquis inducatur, eoufque retinet possessionem pignoris loco, donec illi pecunia soluatur, quum in vsuras fructus percipiat aut locando, aut ipse percipiendo habitandoque. Itaque si amiserit possessionem, solet in factum actione vti“, animaduertimus, quod serio negari non posse modo visum est, iam omnino et posse et debere serio negari videtur. Variasse videtur Marcianus, et diuersimode illi opem ferre nituntur docti aequae ac indocti.

f) Delitescunt maximam partem egregia iuris patrii monumenta, quum impressa non sint, sed tantum manu exarata existant. Vnde molesta eorum raritas, ob quam sat magno pretio non nisi difficulter passim comparari possunt. Quod exteris dictum velim, quibus forte disputatio nostra in manus inciderit.

Quod ad hos attinet, silentio haud praetereundi sunt Glossatores, qui, ut Marcianus in L. 11. §. 1. ff. de pignor. et hypoth. sibi constet, lepida ignorantiae graeci sermonis aegide armati pro: antichresis, legi volunt: antiphona, quam absurdissimam lectionem et BARTOLVS adoptauit, mulierculaeque instar cum omni, quod vnquam de antiphonis ecclesiasticis audiuisset, pie exposuit. ARN. VINNIUS g), PETRVS DE GREVE h) et IANVS A COSTA i) antichresin neutiquam pignus esse contendunt, quia Marcianus lege modo memorata illum, cui antichresis concessa est, si amiserit possessionem, non habere actionem hypothecariam, sed potius actione in factum vti, ait. GER. NOODTIVS k), effatum eiusdem Marciani in L. 33. ff. de pignor. act. sententiae huic manifeste obstare sentiens, textum ita emendandum censet, ut in L. 11. §. 1. ff. de pignor. et hypoth. pro: in FACTVM actione, potius: in HAC actione, legatur. Cui emendationi vero quum Basilicorum auctoritas obstet, eo minus illi adstipulamur, quo commodius eadem carere possumus. Propius ad veritatem accedunt, quae IAC. CUIACIVS l) cui et ERN. CHRIST.

g) ARN. VINNIUS Select. iur. quaest. Lib. 2. Cap. 7. adiect. Eius Com. in Institution. Tom. 2. pag. 118. seq.

h) PETRVS DE GREVE Exercitat. ad Pand. loca difficiliora, N. 15. pag. 373.

i) IANVS A COSTA Com. in Institution. tit. de action. §. 7 pag. 527.

k) GER. NOODTIVS Obseruat. Lib. 2. Cap. 9. in Oper. Tom. 1. pag. 271.

l) IAC. CUIACIVS Obseruat. et Emendat. Lib. 3. Cap. 35. pag. 95.

WESTPHALIVS ^{m)} calculum adiecit, nulla quantumvis addita ratione, protulit, ut uterque textus in fororiam reuocetur concordiam. Verba eius sunt: „De hypothecaria Marcianus scribit in L. II. §. I. ff. de pignor. et ait, creditorem, qui amisit possessionem antichresis, non hypothecaria, sed in factum actione uti solere, nimirum, quod antichresis proprie hypotheca non est. Recte autem ait, solere: nam id quod tentari potest, hypothecariam creditori competere: idque Azo notavit, sicut et debitori pignoratitiam competere, idem Marcianus scribit in L. 33. ff. de pignor. act.“ Ait IAC. CUIACIUS ⁿ⁾, antichresin proprie hypothecam non esse; negat itaque, quod erat demonstrandum. Falsa est ratio, ob quam ex eius sententia Marcianus creditorem, amissa possessione, in factum actione uti solere scribit; qua enim ratione posita, plane contraria uno eodemque loco scripsisset Marcianus, dum legis initio definit antichresin, quod *MVTVVS PIGNORIS VSVS PRO CREDITO* sit. Hypothecariam actionem creditori a Marciano haud denegari, non solum ex verbo: *SOLET*, in lege obvio, patescit, sed et vel inde apparet, quod lex sub Pandectarum titulo: *de pignoribus et hypothecis*, positum reperitur, ac insuper: Marcianus lib. singulari ad formulam hypothecariam, eius Inscriptio sit. Veram rationem, ob quam in specie proposita in factum actione uti solere Marcianus pronunciat, sagaciter ostendit FRID. ES.

^{m)} ERNST CHRIST. WESTPHAL *Systemat. Erläut. der röm. Gesetze vom Pfandrechte*, §. 66. pag. 125.

ⁿ⁾ IAC. CUIACIUS c. l.

PVFENDORFIVS o), quippe qui inuictissimis argumentis docuit, creditorem, si re legitime ablata possessionem amiserit, non alia actione quam in factum contra debitorem posse agere, ut et fructus amissos et aliam antichresin sibi restituat. Quae si ceterum legisset ERN. CHRIST. WESTPHALIVS P), cavisset sibi ab errore, actionem in factum, cuius Marcianus meminit, in effectu forte cum hypothecaria actione pari passu ambulare.

§. 5.

Num detur pactum antichreticum tacitum.

Variae a doctoribus antichresis divisiones vulgo proponuntur. Ac primum quidem distinguunt inter antichresin temporariam et perpetuam. Haec ex eorum doctrina adest, si debitor creditori tantummodo usum fructuum in vicem usurarum, donec debitum solutum fuerit, concedit; illam autem adesse volunt, si ita res creditori ad certum aliquod tempus utenda fruenda conceditur, ut elapso tempore fors ac usurae simul pro solutis habeantur, et pignus antichreticum simpliciter restituatur. Monstruosa divisio, paucis tantum probata q), pacti antichreseos naturae legali repugnans. Temporariam, quam vocant, antichresin pro vera antichresi haberi

o) FRID. ES. PVENDORFIVS Observat. iur. vn. Tom. 2. Obf. 169. pag. 539. seq.

p) ERNST CHRIST. WESTPHAL l. c.

q) ANDR. GAILIVS Observat. pract. Lib. 2. Obf. 3. n. 2. CAR. MOLINAEVS Tract. commercior. contract. usurar. et monet. Lugd. 1566. Qu. 35. n. 159. MATTH. BERLICHIVS Decision. Part. 2. Dec. 170. n. 12.

non posse, in aprico est, nec usquam in legibus haec diuisio occurrit. Recentiores Icti nonnulli^{r)} antichresin porro diuidunt in plenam et minus plenam, prout creditor fructus perceptos non solum in vsuras, sed etiam, quod residuum est, in ipsam sortem computare, adeoque eatenus sortem minuere debet. Quemadmodum vero in antichreseos pacto fructus cum vsuris compensantur, ita et haec diuisio cum ipsa antichresis notione pugnare nobis videtur. Maioris longe momenti est tertia antichresis diuisio in tacitam et expressam, quae quidem veteres Ictos vsque ad tempora Iac. Cuiacii, quippe qui auctor eiusdem recte dicitur, latuit. Expressa antichresis adest, si res ea conditione pignori datur, vt creditor percipiat rei fructus in vicem vsurarum, donec debitor pecuniam soluat; tacita vero, quando nihil de vsuris, nihil etiam de fructibus, vsurarum vice percipiendis, dictum est, sed pecunia gratuita, id est, sine vlla vsurarum expressa mentione, credita est, et eiusmodi res, quae fructus ferat, pignori data. Quum tamen non defint, qui distinctionis huius veritatem infringere conentur, vt paullo curatius in eandem inquiramus nostrum est. Omnis conuentio tum ex iuris naturalis, tum ex iuris romani principiis tacite aequae, ac expresse iniri potest. Vnde notissima pactorum in expressa et tacita diuisio^{s)}. Tacita pacta sunt, quae ex praesumptionibus et indiciis colliguntur^{t)}, eorumque vis ac pote-

r) Ivdov. GODOFR. MARIEN Princip. iur. rom. Part. 1. §. 226. pag. 316.

s) Cf. Henr. Theod. Pagenstecher Diff. de pactis tacitis, in Eius Comment. in Sexti Pomponii Icti ad Sabinum de re testamentaria, Lemgou. 1750. pag. 141. seq.

t) Quid sit, quod CHRIST. FRIDR. GLUECK Erläuter. der Pandecten

stas eadem, ac cuiuslibet pacti expressi, haud dubie est v). Maxima pactorum tacitorum in legibus existat copia^x); cur pactum antichreticum tacite iniri posse negaueris? Nulla sane adest in contrarium ratio; imo, ipsae leges antichretin tacitam evidentissime agnoscunt. Audiamus modo Paulum, in L. 8. ff. in quib. caus. pignus vel hypoth. tacite contrah. ita loquentem: „Quum debitor gratuita pecunia utatur, potest creditor de fructibus rei sibi pignoratuae ad modum legitimum usuras retinere.“ Quod ipse titulus, qui est de TACITIS pignoribus, exhibet, ponitur in hac lege exemplum tacitae antichretis. Species legis est: gratuito debitor utitur pecunia mea, quoniam usuras ab eo pactus vel stipulatus non sum, cuius beneficii pensandi causa dum mihi tradit agrum pignori, tacite id agere intelligitur, ut fructus percipiam eosque usurarum vice retineam. Gratuitam pecuniam hoc loco esse, circa quam de usuris nil conuenit, tota orationis series luculenter euincit, ac eiusmodi pecuniam exempli loco tantum proposuit Iustus. Nam similiter, si fundus aut ager detur pignori gratuitus, nec quid-

nach Hellfeld, Th. 1. Abth. 1. §. 289. pag. 87. inter consensum expressum, tacitum ac praesumptum, ratione modi pacti in eundi, distinguendum censuerit, nos quidem non intelligimus; potius, si rem penitus inspicimus, nulla omnino inter tacitum ac praesumptum consensum differentia hic intercedere nobis videtur. Strictum tantummodo ac compendiarie, nulla addita explicatione, proposuit rem GLUECKIUS, ac tota paragraphus nihil fere, nisi quod in ipso compendio illustrando exitet, continet, si forte a tribus notis, paragrapho subiectis, discesseris.

v) L. 2. 4. ff. de pact. L. 32. §. 1. ff. de legib.

x) Catalogum sat magnum exhibet Io. VOETIUS Com. ad Pand. tit. de pact. §. 15. pag. 405. seq.

quam de fructibus dicatur, vel usuris, itidem tacite videtur conuenta antichresis, adeoque fructus usurarum vice retinebit creditor.

§. 6.

Aduersariorum argumenta refelluntur. L. 8. ff. in quib. caus. pignus vel hypoth. tacite contrah. ab iniuriis interpretum vindicatur. L. 4. et 22. C. de usur. explicitae. Arn. Vinnius notatur.

Quae omnia vero licet extra omnem dubitationis aleam posita esse videantur, non desunt tamen dissentientes, inter quos principem locum tenet ARN. VINNIUS y), quippe qui contra diuisionem antichresis in expressam et tacitam acerrime insurrexit. Urget primo, si aliqua tacita sit antichresis, ut creditor fructus ex re pignorata sine conuentione expressa percipere, et in usuras imputare queat, nullo casu procedere illud, quod in L. 1. 2. 3. et ult. C. de pignor. act. itemque L. 1. C. de distract. pignor. traditum inueniatur, creditorem fructus ex re sibi pignorata perceptos in fortem imputare debere, sicuti ex pignoris conuentione conuentionem tacitam super usuris factam intelligi non posse, quoniam pignoris finis est, ut creditori cautum sit de forte, ne moretur in damno, nec adeo rationi conuenire, ut ad alium finem datio pignoris torqueatur, nimirum ut creditor lucretur fructus pro usuris, ac ita circumueniatur miser debitor, dum, gratuitam accepisse pecuniam putans, grauissimis usuris subiiciatur. Ut autem dica-

y) ARN. VINNIUS Select. iur. quaest. lib. 2. Cap. 7. adiect. Eius Com. in Institution. Tom. 2. pag. 118. seq.

mus, quod res est, ARN. VINNIUS in de iura plane aberrasse videtur. Omnibus scilicet legibus, ab eodem excipitis, quae cum L. 8. ff. in quib. caus. pignus vel hypoth. tacite contrah. pugnare videntur, si curatius sub trutinam eas vocaueris, nil aliud cautum legitur, nisi hoc, ut creditor fructus rei non consideret tamquam lucrum accidentale, quo debitum haud minuatur, quum potius fructibus debitum minui ac tolli debeat in commodum debitoris. Iam vero quum, recte momente ERN. CHRIST. WESTPHALIO²⁾, debitum solvatur non solum eo, quod fructus in ipsam sortem debitam compensentur, sed et eo, quod usurae debitas iisdem minuantur, quaestio: an debitor usuras solvere debeat, quae fructibus compensatae sint? omnibus legibus, ab ARN. VINNIO^{a)} laudatis, decisa non est. Ac ita quoque LVD. VITALIS^{b)} sensisse animaduertimus.

Sed vrget ARN. VINNIUS^{c)} secundo Impp. Seueri et Antonini in L. 2. C. de usur., itemque Imp. Philippi in L. 22. C. eod., effata, iuxta quae creditori ius pro usuris retinendi pignoris, nisi de eo pactum sit, simpliciter denegandum esse contendit. Neque tamen vtraque lex ad quaestionem nostram facit. Nam minime in his legibus sermo est de pignoris fructibus, qui iure tacitae antichreseos retineantur, sed de pignore, cuius retentione creditor seruare velit usuras, pacto

²⁾ ERNST CHRIST. WESTPHAL' c. l. §. 67. not. 90. pag. 126.

^{a)} ARN. VINNIUS c. l.

^{b)} LVD. VITALIS LECTIO. variat. Lib. 2. Cap. 15. apud EV. OTTONEM Theol. iur. rom. Tom. 2. pag. 678. Cf. quoque LVD. MENCKENIUS Gymnas. polem. Lipsiae 1708. Disp. 5. n. 16. pag. 104.

^{c)} ARN. VINNIUS c. l.

vel stipulatione debitas, quod illi haud licet, nisi pignus conventionem pacti etiam usuris obstrictum fuerit, quum interim fructuum retentio tacita antichresi omnino fieri possit. Vtramque legem ceterum quum egregie iam ERN. CHRIST. WESTPHALIVS ^{d)} latius exposuerit, ab ulteriori eius interpretatione nos quidem merito abstinemus.

Denique, ut difficultates ex L. 8. ff. in quib. caus. pignus vel hypoth. tacite contrahitur oriundae evanescant, particula legi abnutiua: NON, ARN. VINNIO ^{e)} momente, inferenda est, qua in re et alios adversarios, qui cum illo in necem antichresis tacitae conspirarunt, habet consentientes. Deest autem negatio in Basilicis; deest in omnibus Pandectarum exemplis tam manu scriptis quam impressis, nec arbitrariis emendationibus leges sollicitandas esse constat. Quid, quod temeraria emendatione difficultates ne evanescant quidem. Siue enim legem, retenta eius lectione, de credito gratuito, seu ab initio non usurario, accipias, deque pignore in illud creditum obligato, ac creditorem, si nolit amplius gratuitam esse pecuniam, et debitor interpellatus moram faciat solutioni, ex eo tempore usuras de fructibus rei pignorateae retinere posse cum ARN. VINNIO ^{f)} statuas; siue e diverso in memorata lege, addita particula: NON, legendum esse: quum debitor non gratuita pecunia utatur, contendas; utroque casu tacitum antichreseos pactum adest. Creditor enim vel ob pecuniam, non gratuito concessam, usuras conventas ex fructibus pignoris sibi servat, ea conditione et si

^{d)} ERNST CHRIST. WESTPHAL c. 1. §. 10. not. 22. pag. 32. seq.

^{e)} ARN. VINNIVS c. 1.

^{f)} ARN. VINNIVS c. 1.

pignus non esset datum, adeoque expressum deesset pactum antichreticum; vel ex aduerso ob moram, in restituenda pecunia gratuita factam, ex fructibus perceptis vsuras deducit. Nonne, siue hoc, siue illud sumere velimus, pactum antichreticos tacitum aderit?

§. 7.

De fructibus, quos creditori antichretico percipere liceat.

Praemonitis, quae necessario de vera pacti antichretici indole atque natura praemonenda erant, iam ad quaestionis, cui quidem ex professo illustrandae operam nostram addiximus, decisionem progredi licebit. Si concessa antichresis est, creditori est ius, fructus tam naturales quam ciuiles percipiendi, eosque percipiendo suos faciendi, nec non eandem facultatem locando vel commodando aliis concedendi g). Simul concessa ipsi intelliguntur adminicula, sine quibus commode uti nequit re oppignorata h). Ipsam vero creditoris fruitionem quod attinet, speciali determinatione certis terminis circumscribi certusque modus ei praefiniri omnino potest; quod si factum est, intra terminum modumque conuentione definitum subsistit creditoris ius. Si autem ex aduerso indefinite ius antichreticos concessum sit expresse vel tacite, vulgo quaeritur: vtrum antichresis legitimum excedere possit vsurarum modum, nec ne? Quae quidem quaestio quemadmodum saepissime in foris obuenire solet, quum fructus

g) L. 11. §. 1. ff. de pignor.

h) Arg. L. 1. §. 1. ff. si vsus fruct. pet.

rei haud raro legitimum vsurarum modum superent: ita tot tantisque irretita inuenitur difficultatibus, vt a longis inde temporibus ICTORUM ingenia exercuerit, ac in diuerfas plane sententias distraxerit hos, qui scriptis eandem illustrare conati sunt. Atque vt status controuersiae rite formetur, iam in id, an creditor, quum fructus rei vsuras legitimas excedere possint, rationes reddere, ac quod ultra vsurae legitimae modum forte accepit, restituere teneatur, inquirendum erit.

§. 8.

*Obligationem creditoris ad reddendas rationes au
et quatenus leges agnoscant.*

Quid ex vera legum mente, miris interpretum diuinationibus misere passim contorta, circa creditoris obligationem ad rationum redditionem statuendum sit, age paucis dispiciamus. Quum pacta, quae legibus non repugnant, seruari debeant¹⁾, nec pactum, nisi contrarium fuerit probatum, tamquam legibus repugnans considerari possit, ac insuper pro creditore, debitorem, quippe qui, quantum fieri potest, commodo suo prospicere intelligitur, rei in antichresin datae fructus ita, vt legitimum vsurarum modum haud excedant, aestimasse, militet

1) L. 7. ff. de pact. Optime id in Iur. prouinc. Esthon. Lib. 4. tit. 1. art. 1. ita confirmatur: „Alle Verträge, in Sachen, die nicht wider Gottes Gebot oder Wort, Rechte und gute Sitten lauffen, und darin man sich keines beweislichen Betrugs gebraucht, ist man in allen Zeiten zu halten schuldig; und da jemand wider aufgerichtete und vollzogene Verträge handelt, der ist dem Königl. Landgerichte in Zwei Hundert Rheinischen Goldgülden verfallen, und muss nicht weniger dem Verträge in allen Punkten nachkommen.“ Cf. Io. MICHAELIS Diff. de pactorum, quibus vis metusque auctum praebuit, sanctitate ac firmitate, Tub. 1738.

praesumptio: statuendum merito est, creditorem pignoratitium ad rationes, iuxta quas usurarum excessus, ex fructibus forte proveniens, restituatur, minime obstrictum esse. Quod quidem eo magis procedit, quum nullibi existet lex, vi cuius creditor antichreticus ad rationes reddendas teneatur. Sin vero probari possit usuraria prauitas, aut contractus quodammodo, ut illi prauitas usuraria subsit, suspectus saltem reddi queat ^{k)}, tunc locum habet rationum redditio, quum leges fructuum usum ad legitimum usurarum modum discrete restringant ^{l)}, proindeque, antichresin legitimum usurarum modum respuere, cum ERN. CHRIST. WESTPHALIO ^{m)} nullo modo statui queat.

§. 9.

Quid aliis de creditoris obligatione ad rationes reddendas visum sit, exponitur.

Et si, quae modo diximus, in clarissima luce posita sint, nihilo tamen fecius nonnulli, iique magni nominis Icti, ex quibus magnum Iac. Cuiacium ⁿ⁾ dumtaxat nominabimus, di-

k) Quod admittendum, quoniam probatio usurariae prauitatis difficillima ut plurimum est, recte monente Avv. LEYSERO Meditat. ad Pand. Vol. 3. Spec. 191. pag. 432. seq.

l) L. 1. §. 3. ff. de pign. L. 14. 17. C. de viur.

m) ERNST CHRIST. WESTPHAL c. 1. §. 65. pag. 124. Cf. God. LUDOV. MENCKEN Diff. nullum excessum usurarum in pacto antichretico esse tolerandum, Vit. 1754. §. 14.

n) Iac. CUIACIUS Observat. et Emendat. Lib. 8. Cap. 17. pag. 239. Eandem sententiam inter alios tuetur quoque famosus Leyseri castigator, Io. ERN. IVST. MÜLLERVS Observat. pract. ad Leyseri Meditat. ad Pand. Tom. 2. fasc. 1. Obs. 345. pag. 191. seq., varias ceterum afferens distinctiones, quibus probare satagit, creditorem

vortium a nostra sententia faciunt, dum, in primis ad L. 8. ff. in quib. caus. pignus vel hypoth. tacite contrah. supra explicatam prouocantes, sententiam nostram in antichresi expressa quidem procedere concedunt, in tacita vero procedere negant. Verum enim vero in lege modo memorata, qua de antichresi tacita loquitur Paulus, aequae ac in legibus quibuscunque, quibus de expressa antichresi fermo est, rationum redditio creditori haudquaquam iniungitur. Inde, quam taciti pacti eadem vis ac expressi sit, eademque honestatis praesumptio eousque, donec probetur contrarium, pro utroque conuentionis genere militet, sequitur, ut et in antichresi tacita, nisi usurariam prauitatem illi subesse probatum fuerit, creditor ad rationes reddendas non teneatur. Nam sola ratio, propter quam creditor ad rationum redditionem obligatus ceteri debeat, est usuraria prauitas, factum istud turpe, quo creditor modum a legibus usuris tum ratione quantitatis tum

antichreticum utique interdum ad rationes fructuum reddendas prius obligari, quam debitor excessum legitimarum usurarum probauerit. Quae in re, dum Avc. LEYSERVM, a partibus nostris stantem, resellere studet, quam lepide veretur suo more, dici vix potest. Age, primam MÜLLERI distinctionem proposuisse sufficiat. „Aut antichresis“, inquit, „latiori sensu sic dicta, constituta est, i. e. qua praeter securitatem nullum ius in pignore frugifero competit, aut non. Illo in casu Leyseri sententia reiicienda et cum Menckenio dicendum est, creditorem ad rationes reddendas obligatum esse, quantumuis de excessu perceptorum fructuum supra legitimum usurarum modum non constet. Hoc in casu“ etc. Ex vngue leonem! Nouam planeque inauditam antichresis notionem nos docet MÜLLERVS, ex ipsis legibus erutam, dum in not. sub litt. c. addit pererudite: „Iure civili enim vox antichresis nonnunquam etiam pro mero pignore sumitur. Vid. L. 33. ff. de pignorat. act.“ Peruerse sensum huius legis intellexit MÜLLERVS ac, quod ridiculum est, contra LEYSERVM probare voluit, quae LEYSERO vniquam nec in mentem venerunt, nec venire potuerunt.

qualitatis praescriptum, siue directo siue per indirectum, dolo malo excedit, indebitasque accipit vsuras. Quo facto admodum turpi creditorum improborum auarorumque ^{o)} quemadmodum miseri debitorum, in necessitate et indigentia constituti, eneruantur et ad incitas rediguntur, subditorum conseruatio autem rei publicae curae cordique esse debet, ita tam ius civile quam pontificium eiusmodi sanguisugis poenas sat graues minatur. Inprimis ius canonicum infamem foeneratorum nationem grauissimis poenis affici vult, dum v. c. clericos criminis reos ab omni officio et beneficio suspendendos, laicos vero excommunicatione ligandos iubet ^{p)}; porro in hoc fordido luto decedentes, tamquam absolutionis gratia indignos, sepultura ecclesiastica tam diu, donec de vsuris plene satisfecerint, priuandos ^{q)}, eosque, qui sepulturae ecclesiasticae illos tradere ausi fuerint, ab omni officio ecclesiastico suspenden-

^{o)} Haud incongrue forte improbos foeneratores aequiparaueris piratis terrestribus, imo hirudini, quae admota cutem nisi plena cruoris haud dimittit. Quod hominum genus eo magis rei publicae nocium est, quo minus debitorum pressi in quascunque conditiones consentire et acerbissimas praestations subire detrectant. In contractibus aliis, quibus alter laeditur, rarissime accidit, vt sciens volensque in laesionem consentiat, cui minime ignoscendum nec succurrendum, si sua voluntate detrimentum capiat. Foeneratores econtra debitorum, nummos expetentes, facile inducunt, vt ultra modum vsuras et promittant et soluant, nec tantum debitoribus, sed et rei publicae detrimentum afferunt. Infinita inluper alia sunt, quae ad crimen eorum, atro carbone notandum, faciunt.

^{p)} Cap. 7. X. de vsur.

^{q)} Cap. 3. X. et Cap. 2. in 6to eod. Clem. 1. de sepultur.

dos ^{r)} cauet; testamenta foeneratorum manifestorum pro ipso iure irritis habendos ^{s)} vult, et quae sunt alia.

§. 10.

Quando in antichresi vsuraria prauitas adfit.

Quae quum ita sint, in eo quidem plurimos habemus consentientes, creditorum, quoties contractui vsurariam prauitatem reapse subesse constet, ad rationes reddendas indistincte teneri; sed noua exoritur disceptatio circa aliam quaestionem, scilicet: quando vsuraria prauitas in antichresi adesse intelligatur? Distinguunt multi, fructus rei vtrum certi sint, an incerti. Nimirum, si fructus certi seu uniformes sint certamue aestimationem recipiant, vsurariam aiunt adesse prauitatem, quoties fructus legitimas vsuras excedunt, unde tunc saltem, fructuone ad legitimum vsurarum modum restricta, excessum in sortem inputari debere ^{t)}; sin fructus vero incerti sint, quorum scilicet prouentus vel aestimatio tempore solet variari, illorum acquisitionem regulariter ad modum

r) Cap. 3. X. cit. Subiiciuntur quoque hi poenae Lateranensis concilii, contra vsurarios promulgatae. Cap. 2. in 6to cit.

s) Cap. 2. in 6to cit. Prohibentur in Cap. 3. X. cit. omnes, oblationes ab his accipere, ne fortassis hi, vltimum ducentes spiritum, iram sacerdotum vel monachorum lenire attentent, eorumque gratiam expugnent. Hinc testamentis omnis subtracta vis et efficacia, in quibus vtplurimum pro anima plura disponere solent, haud accipienda, tamquam impuro quaestu contaminata.

t) De computatione fructuum in antichresi tractat BEITLER Diff. de ICto mathematico circa antichresin et intervsurium, Tub. 1769.

vsurarum non restringi, siue fructus illi industriales siue naturales sint, nisi fructus percepti modum istum nimium excedant, quod iudicis arbitrio, compensata quoque annorum vbertate ac sterilitate, definiendum esse v).

§. II.

Continuatio, qua sententiae istius argumenta examinantur et remouentur.

Ineptas, ridiculas fere opiniones et coniecturas in praecedentibus explosimus aliquoties; sed iam debellanda venit sententia, quae, etsi penitus inspecta defendi nequeat, tantum tamen abest, ut eius fautoribus ignominiosa sit, ut potius pro doctrinae, ex ipsis legibus haustae, documento haberi debeat indubio. Quod enim villo modo negari nequit, praesto sunt leges, quae erroneam distinctionem fructus certos inter atque incertos tam probabilem reddunt, ut sane nescias, an non magis leges ipsae, quam Icti easdem sequuti iisdemque in deuiaseducti, culpandae sint. Audiamus, quae Inpp. Alexander et Philippus glacent ac gingriunt, ille in L. 14. C. de vsur. ita: „Si ex pactone vxor tua mutuam pecuniam „dedit, ut vice vsurarum domum inhabitaret, pactoque ita, ut conuenit, vsa est, non etiam locando domum pensionem rededit: referri quae „stionem, quasi plus domus redigeret, si loca-

v) Avo. Luyservs Meditat. ad Pand. Vol. 3. Spec. 157. n. 2. pag. 157. seq. ERNST CHRIST. WESTPHAL c. l. §. 65. pag. 124. FRID. ES. PVEENDORPIVS Obseruat. iur. vn. Tom. 2. Obl. 76. pag. 282. seq. CAR. FRID. WALCHIVS Intr. in controu. iur. ciu. Sect. 3. Cap. 4. Membr. 2. §. 4. pag. 540. alique ab his citati Doctores.

„retur, quam vfurarum legitimarum ratio colli-
 „git, minime oportet. Licet enim vberiore forte
 „potuerit contrahi locatio: non ideo tamen illi
 „citur foenus esse contractum, sed vilius con-
 „ducta habitatio videtur;“ hic in L. 17. C. eod.
 sic: „Si ea lege possessionem mater tua apud cre-
 „ditorem suum obligavit, vt fructus in vicem
 „vfurarum consequeretur, obtentu maioris per-
 „cepti emolumenti propter incertum fructuum
 „prouentum rescindi placita non possunt.“ Qua-
 rum legum sensus quo magis est ambiguus, eo propius her-
 meneuticae fax illi adhiberi debet, ne, eundem explicaturi,
 titubemus cum titubantibus. Vtramque legem de antichresi
 accipiendam esse, vel ex eo apparet, quod Constantinus, grae-
 cus auctor eam sub titulo: *negi atheniensis*, collocet. Species
 primae legis, recte monente Io. BRUNNEMANNO ^x), est haec.
 Debitor creditori suo, mutuo accepto, domum tradidit ea lege,
 vt vfurarum vice domo vteretur. Vsitatae sunt V. vel VI.
 pro C. vfurae. Creditor autem ex domo, si eam locasset, X.
 pro C. vfuras redigere potuisset; quaeritur: an non IV.,
 quae excedunt vfurarum legitimum modum, in
 fortem computanda sint? Negatur, meritoque negatur,
 quia domus vilius videtur locata; quid enim obstat, quo mi-
 nus creditor vilius locet aedes suas debitori. Qua vero legis
 specie posita, non video, quid ea huc faciat; ne illicitum qui-
 dem foenus adest, dum creditor nihil plane supra vfurarum
 legitimum modum cum debitoris damno lucratus est, quod

x) Io. BRUNNEMANNVS Com. in Codic. Iustinian. Lipsiae 1717.
 pag. 454.

non procederet, si forte aedes locatae fuissent, et creditor locarium, usurae legitimae modum excedens, percepisset. Similis ac gemella fere est species legis secundae, aequae in contrarium nihil facientis. Obiter tantum loquitur haec lex de fructibus rei incertis, ac insuper id tantum eadem sancitur, solum maioris emolumentum forte percepti obtentum, id est colorem seu praetextum, a fructuum incertitudine desumptum, haud sufficere ad placitorum rescissionem. Ne verbum quidem est, quo cautum legatur, creditorem ob fructuum incertitudinem ab obligatione ad reddendas usuras esse innumem; imo solius obtentus, quippe qui probatus non fuit, meminit lex. Cui accedit, quod inutilis plane ac otiosa sit distinctio, dum, si rem curatius inspexeris, praediorum tum rusticorum, tum urbanorum certi seu uniformes fructus nulli existunt. Et si enim in praediis urbanis fructuum proventus non aequae, ac in rusticis, a secundae aduersaeque tempestatis permutatione pendeant, tamen pro rerum diuersitate modo maiorem, modo minorem ex his quoque percipere licet fructuum quantitatem. Fructus praediorum urbanorum potissimum pensionibus eorum, qui aedes conduxere, consistere constat; quis vero nescit, eiusmodi conductorum pensiones, quae locarii nomine vulgo veniunt, pro re nata quam maxime differre, prout v. c. eiusmodi praedia oneribus publicis vel onerantur vel ab iisdem, siue in totum siue pro parte, liberantur, prout porro inhabitantium multitudo vel crescit vel decrescit, ut bella, inundationes, et quae sunt id genus alia, taceamus. BERN. LUDOV. MOLLENBECIUS ¹⁾) et HENR. HAHNIUS ²⁾), ceterum quamuis

¹⁾ BERN. LUDOV. MOLLENBECIUS *Diuision. iurid. Cent. 2. diu. 28. n. 7.*

²⁾ HENR. HAHNIUS *Obs. theor. pract. ad Wesenbec. Part. 2. tit. de pignor. n. 5.*

prata et hortos eiusmodi praedia, quae certos quotannis fructus ferant, esse, nobis persuadere tentent, de eo tamen nobis persuasum est nondum, adeo ut operam et oleum perdidisse duumuiros ingenue profiteamur. Quae modo de fructibus praediorum urbanorum diximus, in rusticorum prouentibus eo magis locum habent, quo minus horum maiorem minoremque uertatem a cuiusque anni tempestate pendere incicias iueris.

§. 12.

*Differentia excessum modicum inter et inmodicum
exploja.*

Eiusdem farinae sunt, quae modo recensitae distinctionis defensores circa excessum modicum ac inmodicum proferunt, bene illum, neutiquam hunc tolerandum esse contententes. Nusquam sane locorum, ubicunque quaeras, quisnam excessus pro modico habendus sit, quisnam pro inmodico, definitum inuenies. Leges tacent, tacent de eo ICI. Quid mirum, si eos, iudicis arbitrio rem esse relinquendam, clamare audias a). Verum enim vero apage, apage arbitrium istud. Si ullo, hoc sane loco e foris et scholis eliminandum est, quum, quod quisque videt, in ipsa fructuum aestimatione ut taxatorum et arbitratorum iudicia inter se discrepent, atque adeo facillime fallant, ullo modo euitari nequeat. Itane iudici potestatem, ob fallacem incertumque excessum grauissimis usurariae prauitatis poenis creditorem afficiendi, relictam censetis? Quod Dii

a) IAC. MENOCHIVS Tract. de arbitrar. iud. quaestion. Lib. 2. Cap. 145. n. 2. et Tract. de praesumpt. Lib. 3. Praef. 122. n. 8.

auertant! Ac nihilo tamen fecius ita omnes, si a solo SAM. COCCIO^{b)} et DAV. MEVIO^{c)} discefferis, qui tum demum, quando fructus dimidium vsurae legitimae excedunt, inmodicum excessum adesse volunt, ad celeberrimam L. 2. C. de rescind. vend. prouocantes. Neque tamen his quoque ad stipulari licet. Inest enim eorum opinioni tum petitio principii, tum contradictio. Illa haud ambigue latet in eo, quod quaestionis: an fructus legitimum vsurarum modum excedant quoad et supra dimidium? decisio ipsa rationum redditionem praeambulam requirat, proindeque eo creditoris obligatio ad rationes reddendas frustra quaeratur. Haec contra manifeste se exferit ex vtriusque ICti incongruo argumentandi genere. Vterque contendit, certis in fructibus vel minimum excessum esse curandum; in fructibus incertis ex aduerso modicum excessum ambo pro vsuraria prauitate haberi non posse aiunt, quum tamen, quod nemo negabit, minimus legitimae vsurae excessus reuera pro vsuraria prauitate habendus sit. Quodsi itaque et id, de quo sub iudice est adhuc acerrima lis, concedere forte velimus, L. 2. C. de rescind. vend. ad omnes mutuae praestationis contractus, in quibus aequitatis species blanditur, recte extendi, perperam tamen memoratam legem huc saltim trahunt duumuici laudati.

§. 13.

Quid sentiendum de iis, qui creditorem antichreticum indistincte ad rationes reddendas teneri negant.

Restat, vt doctrinam eorum, qui a nostra sententia defleunt, sub trutinam vocemus, ac, quam mire inter se inuicem

^{b)} SAM. COCCIOVS Iur. ciu. contr. Lib. 13. tit. 7. n. 5.

^{c)} DAV. MEVIVS Decision. Part. 3. Dec. 318. n. 11.

discrepent dissentientes, paucis ostendamus. Ac primum quidem, male intellectis legibus nixi, sunt, qui sine vlla distinctione creditorem antichreticum a rationum redditione immunem esse existiment, quos inter DIETR. HERM. KEMMERICHIVS ^{d)} principem facile locum tenet, quum ille hunc iuris ciuilis locum sigillatim illustrauerit. Non quidem est, quod argumentis, ex ipsa antichresis natura petitis, quibus id, quod probandum sibi fuit, fulcire tentauit, pluribus immoremur; corruunt enim per ea, quae de vera antichresis indole legali supra exposuimus, nec crambe repetita lectoribus nostris taedium mouere animus est. Missis itaque his, prouolemus illico ad arma, quibus militem nostrum togatum, in hac palaestra desudantem, ipsae leges cinxere. Clypeum DIETR. HERM. KEMMERICHIO ^{e)} porrexerit Imp. Alexander, galeam Imp. Philippus, quibus armis egregie comteque indutus certamen litterarium iussit noster, parum sollicitus, quot quantaque tela perniciem et exitum nihilo tamen fecius illi minentur. Probe nouimus pridem et clypeum et galeam; dum enim vtrumque armorum genus primo disputationis nostrae diluculo inspeximus, fieri vlllo modo nequit, vt, eius crepusculo iam imminente, ignotum nobis sit. Dudum scilicet laudatos Imperatores, illum in L. 14. C. de vsur., hunc vero in L. 17. C. eod., audiuimus loquentes; vtramque enim legem ad verbum et lectorum oculis subiecimus, et illustrauimus ^{f)}. Quod vltimum etsi, an ad lectorum palatum omni ex parte a nobis factum sit, nesciamus

d) DIETR. HERM. KEMMERICHIVS *Diff. de creditore antichretico rationes non reddente*, Ienae 1533.

e) DIETR. HERM. KEMMERICHIVS *c. l.*

f) Vid. supra §um 11. disputationis nostrae.

tamen ex opera, quam istis legibus explicandis adhibuimus, fat luculenter id saltim apparere arbitremur, DIETR. HERM. KEMMERICHIVM g) frustra easdem in auxilium vocasse. Egregie hallucinatus est noster tum eo, quod legibus istis vsurariae pravitatis speciem subesse sibi persuaserit, tum et eo, quod inprimis, iuxta L. 17. C. de vsur. citatam, antichresin ex locationis conductionis regulis aestimari debere putauerit. Est enim antichresis omnino vera pignoris species, qua, secus ac locatione conductione, ius reale in creditorem transfertur, quaque non nisi illa principia, quae iuris ciuilis conditores circa pignus tradidere, applicanda veniunt.

§. 14.

Quid tandem sentiendum de iis, qui creditorem antichreticum indistincte ad rationes reddendas teneri adfirmant.

Claudant agmen a sententia nostra deflectentes alia ratione. Quod inter homines cuiuscunque conditionis ac fortis saepius videas, aduersa fronte alios dextrorsum, alios sinistrorsum tendere, an vlli hominum generi magis, quam nomine Eruditorum insignito, sit innatum, dubites fere. En casum in terminis. Sicut enim modo vidimus, dum, qui creditorem antichreticum indistincte ad rationes reddendas teneri negent, existunt, iam altera ex parte stant, qui idem illud indistincte adfirmare confidenter audeant. Ac cum his quidem, quorum agmen ducit GOTTFR. LVDOV. MENCKENIVS h), nunc nobis est

g) DIETR. HERM. KEMMERICHIVS c. l.

h) GOTTFR. LVDOV. MENCKENIVS Diff. nullum excessum vsura-

res. Sed vel praecipua argumenta eorum, quibus, querela inofficiosi testamenti vel actione suppletoria conuentum, et si vsuraria eius prauitas haud sit probata, ob probationis difficultatem, quae, si rationes non reddantur, locum habeat, ad inventarium edendum, aut iuratam specificationem exhibendam, indistincte teneri, euincunt, vix digna sunt, quae referantur refellanturue. Quid, quaeso, eiusmodi argumentis, e longinquo a diuersis ad diuersa petitis, ineptius, quum e diametro contraria sint naturae antichresis, quippe qua fructuum vsus vel tacite vel expresse creditori conceditur.

§. 15.

De renunciatione rationum redditionis, et de clausulis, quae vsurariae prauitatis suspicionem inducunt.

In ipsa, qua perficitur antichresis, conuentione, vi cuius creditori fructus rei vsurarum vice percipere licet, quaerenda est, quam leges probant, ratio, ob quam creditor ad rationes reddendas adstringi nequit, nisi adfit vsuraria prauitas. Qua vero probata, aut probabili saltim reddita, tunc debitori nec renunciatio rationum redditionis praeuia, nec vlla clausula, qua in contractu ineundo illicitum foenus tectum fuit, nocet. Nam cunctae dispositiones, in fraudem legis absolute prohibitiuae vel praeceptiuae factae, pro ipso iure nullis, atque adeo

rum in pacto antichretico esse tolerandum, Vit. 1744. Inter veteres ICtos eandem sententiam in primis fouet ANDR. GALLIUS Obseruat. pract. Lib. 2. Obs. 3. n. 3.

pro plane non factis habendae sunt i). Ceterum ex omnibus clausulis contractus minus vfitatis, quae antichresis naturam legalem mutant, vrgens suspicio vsurariae prauitatis palliatæ recte elicitur, ita vt creditor iis tamquam illiciti foenoris involucris vsus, indeque ad rationes reddendas obligatus merito cenfeatur. Pertinet huc praecipue, quae contractui nonnunquam inferta reperitur, clausula: „Dafs der Gläubiger „alles das, was er mehr, als die gesetzlichen Zin- „sen genossen, als einen Segen Gottes behalten „solle;“ item: „Dafs der Schuldner den Ersatz „aller und jeder Meliorationen, sie seyen nun noth- „wendige, nützliche, oder blofs zum Vergnügen „gereichende, vorhanden oder nicht, nach der blofs- „sen Aufgabe des Pfandgläubigers, bey der Ein- „lösung leisten solle, und der Pfandgläubiger zu „jeder Zeit für den verabredeten Pfandschilling „das antichretische Gut, ohne Einwilligung des „Schuldners, eigenthümlich erwerben könne;“ item: „Dafs jedoch die Einlösung des zum antichreti- „schen Pfandbesitz gegebenen Gutes vor Ablauf „von 70. 80. und 90. Jahren und nicht eher statt „finde, als bis alles, was vom Creditore antichre- „tico, nach seiner Aufgabe, als Ersatz verlangt „wird, bezahlt worden.“ Quis est, qui his similibusque

i) L. 5. C. delegib. l. 23. §. 1. C. mand. vel contr. l. 27. et l. 45. §. 1. ff. de regul. iur. Idem cauet Ius Prouinc. Esthonic. l. 4. tit. 1. art. 1. Cf. quoque Avc. LEYSERVS Meditat. ad Pand. Spec. 247. §. 8. et Spec. 158. §. 5. 6. *AD. DITZER, WENER Entwickel. der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit und deren gerichtlichen Wirkung.* §. 7A. FRID. ES, PFENDORFIYS Obseruat. iur. vn. Tom. 2. Obl. 76.

captatoriis clausulis pignoris antichretici finem, ut soluto debito res restituatur, eludi, imo perimi penitus, neget? Quis, qui non eiusmodi clausulis calumniosis asperum et iniquitatis plenum pactum commissorium, summamque usurariam prauitatem, sicut anguem sub herbis, latere videat?

§. 16.

Iuris romani usus in Esthonia, ex Iure prouinciali Esthónico erutus.

Finita erit disputatio, simulac, quod nobis, qui iustitiae sacerdotis munere in Esthonia fungimur, licebit, usum iuris romani hodiernum ex iure patrio ostenderimus. Nempe ex his, quae diximus, adparet, quam parum praediorum, in terris Esthonicis fitorum, possessores, qui sub eiusmodi clausulis illicitis antichreticum ius adquisuere, possessionis suae securitati consuluerint, dum principia iuris romani et in Esthonia adplicari omnino debent. Nam, quod anno MDCLXVI. ex privilegiis prouincialibus ac consuetudinibus compilatum fuit, ius equestre et prouinciale Esthonicum, iuxta quod, nisi noua lex in contrarium exstet, in nostris iudiciis eo magis procedimus, quo disertius Imperatricis CATHARINAE mandato tamquam lex prouincialis confirmatum est^k), expressis verbis cauet, ut causae in subsidium ex iure communi caesareo, id est ex iure romano, agantur^l). Atque hoc ius prouinciale,

Tom. 3. Obl. 57. ANT. FREDR. IVST. THINAVT *System des Pandecten-Rechts*, §. 370.

k) *Allerhöchst namentlicher Befehl vom 3ten Julius 1783.*

l) *Ius prouinc. Esthonic. Lib. 5. tit. 48. Art. 2. Cf. der zu Wolmar gehaltene Landtags-Schluss vom Jahr 1548. Donnerstags nach Lätare.*

et si antichresin ad certam quandam admittat annorum seriem m), prohibet tamen clausulas, quales supra memorauimus; vult potius, vt creditor tantummodo ad restitutionem sumtuum necessariorum, et in communem vtilitatem erogatorum agere n), ne utiquam vero, si forte debitor solutionem praestituto tempore haud praestiterit, pignus tamquam rem suam retinere possit, sed superfluum maioris pretii, quod praedium, sub antichresis lege traditum, iuxta veram eius aestimationem habet, exsoluere debeat o). Sapienter simul iure nostro prouinciali reprobatum inuenimus pactum commissorium propterea, quod maximi saepe momenti ac pretii res in aeris alieni exigui cederent exsolutionem, debitore egeno, ac praesentis rei nummariae angustia presso, facile patiente, dura quaeque et inhumana contra se scribi, dum ante infertum legi commissoriae diem molliora sibi tempora ac fortunam meliorem pollicetur, atque ita pacti asperitatem solutione se auersurum sperat, cui tamen spei, lubricae fati ac fallaci, euentus deinde haud raro non respondet. Generatimque reprobatae etiam in eodem reperiuntur quaelibet conuentiones, quibus id agitur, vt debitor vfuras ultra legitimum modum praestet, addita comminatione, vt creditor, qui vfuras illegitimas sibi stipulatus fuerit, quartam fortis partem mulctae nomine amittat p).

m) Ius prouinc. Esthonic. Lib. 4. tit. 6. art. 7.

n) Ius prouinc. Esthonic. c. l. art. 14.

o) Ius prouinc. Esthonic. c. l. art. 8. 9. tit. 3. art. 4.

p) Ius prouinc. Esthonic. Lib. 4. tit. 3. art. 4. Cum hac dispositione Recessus Imperii d. a. 1503. 1536. 1548. et 1577. amice conspirant. Poenam exasperatam esse postea, constat. Vid. Königl. Schwed. Resolution vom 16. Decbr. 1687.

§. 17.

Conclusiones.

Probata itaque usuraria prauitate, vel saltem probabili red-
dita, creditor antichreticus in terris quoque Esthonicis ad red-
dendas fructuum perceptorum rationes, et ad restitutionem
eius, quod ultra legitimum modum reapse percepit, obligatur.
Ac vel in eo nondum adqueuerunt iuris nostri prouincialis
auctores; insuper enim cautum legimus, creditorem quocun-
que tempore, proindeque et ante ipsum annorum,
ad quos pignus constitutum est, decursum, ad re-
stitutionem praedii, in antichresin dati, cogi posse, si debitor
fortem cum usuris, et inpenfas in pignus reuera factas, illi
soluat, aut, creditore in mora accipiendi versante, deponat in
iudicio q); imo alibi idem ius prouinciale, omne debitum
ante praefixum tempus in loco, vbi solutio ex con-
uentione praestanda sit, vel, vt ipsis articuli verbis utamur:
„vor der bestimmten Zeit, an dem Orte, da die Be-
zahlung zu thun, verschrieben oder verglichen
ist,“ creditori solui posse, statuit^{r)}. Luculenter quoque
illam iuris prouincialis Esthonicis dispositionem firmauit lex
Imperii, qua scilicet iubetur, vt heredi debitoris, tempore, ad
quod pignus est constitutum, vtut nondum elapso, pecuniam
debitam soluere liceat, addita ratione, quoniam hic non pig-
noris reluctio, sed potius debiti solutio adesse videatur^{s)}.

q) Ius prouinc. Esthonic. Lib. 4. tit. 6. art. 19. 20.

r) Ius prouinc. Esthonic. Lib. 4. tit. 9. art. 3.

s) *Imüncyukas vom 11. Decbr. 1799.*

Nouissima denique huc pertinens, nominatimque Esthoniae et Liuoniae data, lex Imperii iubet, vt hisce in terris tum contractus pignoratitii non nisi ad decennium ineantur, tum quoque debitores impensas non nisi necessarias, in pignus factas, restituere teneantur ¹⁾.

¹⁾ *Imänoyukas vom 25. April 1802.*
