



16.
Pr. 21. Num. 3

1733, 1. 11

DE
PACTO FIDVCIAE
EXERCITATIO II.

QVAM
PRAESIDE

D. FRANCISCO CAROLO CONRADI
IN ACADEMIA IVLIA PROF. PVBL. IVR.
ORDIN.

IN IVLEO MAIORI

A. D. AVGVSTI MDCCXXXIII.

AD DISPVTANDVM PVBLICE PROPONET

FRIDERICVS BENEDICTVS KVBEL
HALBERSTADIENSIS.

HELMSTADII,
TYPIS PAVLI DIETERICI SCHNORRI
ACAD. TYPOGR.





CONSPECTVS
EXERCITATIONIS II.
DE PACTO FIDVCIÆ
IN QVA ACTIO ET IVDICIUM FIDVCIÆ
EXPLICANTVR ET VESTIGIA EIVS IN
PANDECTIS ET CODICE RELIQVA
ILLVSTRANTVR.

Distinctæ Formule pacti & iudicii Fiduciæ, §. I.

Pacti Fiduciæ propria verba, §. II.

Arbitrii Fiduciæ propria formula, §. III.

Fiduciæ iudicium bonæ fidei & famosum, §. IV.

*ACTIO FIDVCIÆ ex Lege XII. Tabularum deduci-
tur, §. V. quomodo ea potuerit ex pacto esse? & quæ
eius Formula? §. VI.*

*Actionis huius natura. Erat alia directæ, alia utilis,
§. VII.*

Actio Fiduciæ directæ ad quid data? §. VIII.

*Dubia contra omnis culpæ & periculi præstationem ob-
iecta, §. IX. Quæ diluuntur, §. X.*

*Etiæm damnum culpa lata aut levi datum non ultro re-
stituens possessor fiduciarius, infamia notatus, §. XI.*

*Actio Fiduciæ dabatur etiæm heredibus & adversus he-
redes, §. XII. cessabat, pignore iuste vendito, §. XIII.
nec Fiduciæ iudicio tenebatur, qui liberum hominem
noxæ deditum manumiserat, §. XIV.*

*Transitio ad disquisitionem, quo tempore & auctore subla-
tum sit pactum Fiduciæ? §. XV.*

Ne-

Necessitas pignoris fiduciarii minor post Actionem Hypothecariam introductam, §. XVI.

Fiducia non abrogata Lege CONSTANTINI M. §. XVII. sed simul cum solenni mancipatione, a IUSTINIANO sublata, in usu esse desit, §. XVIII.

Vestigia Fiduciæ in PANDECTIS, in L. 5. §. 2. commodat. §. XIX. in L. 9. §. 2. & L. 35. §. 1. de pignor. act. §. XX. in L. II. de pignor. & hypoth. §. XXI.

Questio tractatur de servitutibus urbanorum prædiorum, utrum oppignorari, aut hypothecæ dari nequeant, & ob quam causam? & CVIACII, DVARENI, MERRILLII diversæ sententiæ recensentur, §. XXI. DVARENI sententia pluribus argumentis a GALVANO firmata & ab obiectionibus vindicata, §. XXIII.

Vestigium Fiduciæ & emblemata TRIBONIANI in L. 16. §. ult. D. de pign. & hypoth. negatur, §. XXIV.

Vestigia Fiduciæ in L. 23. §. 1. D. eod. tit. §. XXV. in L. 12. pr. D. de distract. pignor. §. XXVI. in L. 9. D. de supell. leg. §. XXVII. in L. 45. D. de Reg. iur. §. XXVIII.

Fiduciæ vestigia quedam in CODICE IUSTIN. in L. 9. de pignor. act. L. 2. si vendit. pign. agat. §. XXIX.

Fiduciæ mentio in Legibus Langobardorum, §. XXX.

Nomen Fiduciæ pignus nudum apud Langobardos & Francos notavit, §. XXXI. Conventiones, Fiduciæ Romanorum similes, ab illa non repetendæ, §. XXXII.





DE
PACTO FIDUCIAE
EXERCITATIO II.

§. I.

IAm vero sanctitatem pacti Fiduciae porro spectabi-
mus in solenni eius formula, quam in Exercita-
tione priore a) inter emancipationis ritus talem re-
tulimus, qualis a CAR. SIGONIO b) aliisque
referral solet. Nunc tamen accuratius constituemus
propria & solennia Fiduciae contrahenda verba, lucu-
lentissimo CICERONIS indicio, c) quod, uti IAC.
RAEVARIVS d) bene animadvertit, discernere iu-
bet

*Distincta
Formula
pacti &
iudicii
Fiduciae.*

a) §. V.

b) *De Iudiciis Lib. I. cap. §. 5 n.*

c) *De Officiis Lib. III. c. 17. Nam quanti verba illa: VT INE
PROPTER TE FIDEMVE TVAM CAPTVS FRAVDA-
TVSVE SIEM! quam illa aurea: VT INTER BONOS
BENE AGIER OPORTET, ET SINE FRAVDATIONE!
Manifeste CICERO has verborum solennes conceptiones
distinguit: priorem vero esse formulam conventionis, nemo
dubitabit: posteriorem esse iudicii formulam, probabitur
ad §. III.*

d) *De Auctoritate Prudent. cap. 5.*

bet ipsam pacti formulam ab altera formula, in quam iudicium live potius arbitrium Fiduciae dabatur.

§. II.

*Pacti Fi-
duciae
propria
verba.*

In concipiendo igitur Fiduciae pacto solennia verba erant haec: VTI NE PROPTER TE, FIDEMVE TVAM CAPTVS FRAVDATVSVE SIEM. *Quanti verba illa!* inquit CICERO. Breviter huius formulae potestatem expressit laudatus modo RAEVARDVS: *Ea postulatumeffe, ut interposita servaretur fides reman- cipationis, ne dolus, qui in hoc iudicium venit, ipso iure vindicetur.* Sed potissima verborum vis ad fidem singularem & exuberantem, a mancipatore in amico rem fiduciariam accipiente requisitam, ipectat. Haec enim est fides illa, qua vitam contineri CICERO alibi dixit, a) intelligens istas vitae necessitates, quae fiduciariae mancipationis usum suaserunt, praesertim in depositi & pignoris contractibus. Haec est bona fides, quae, secundum illud TRYPHONINI, b) exigit, *ut commissam rem recipiat is, qui dedit.* Nec sine causa in Fiduciae pacto Romani haec duo coniungi voluerunt: CAPTVS FRAVDATVSVE SIEM: quae verba alias quoque iunguntur, velut in Actionis de peculio formula: ET SI QUID DOLO MALO DOMINI CAPTVS FRAVDATVSQVE ACTOR EST. c) Verbum enim, *capi*, proprie ad negotii vere gesti mendacem dissimulationem & cavillationem, *fraudari* vero ad damnum, quod inficiatione rei sub Fiducia mancipatione insertur, pertinet. *Fraudis enim conditio ea est, opinor, si quis alienum rapiat, aut alii debitum deneger,* uti TERTVLLIANVS ait, d) & secundum illud

PRV-

a) *Pro Q. Roscio Comedo, c. 6.*

b) *L. 31. §. 1. D. depositi.*

c) *L. 36. §. 1. D. de pecul. L. 1. §. 42. D. de pos.*

d) *De Idololatria, c. 1.*

EXERCITATIO II.

3

PRVDENTII, *Fidei fraus est inficiatrix.* a) Hinc TVLLIVS *fraudatorum atque inficiatorum impudentiam* coniungit, b) idemque in istis negotiis fidem sanctiorem & exuberantem desiderantibus *fraudationis* verbo semper utitur: c) & sic Iurisconsulti veteres pariter in tutela, societate, deposito circumventionem factam *fraudis* appellatione designant: d) quoniam in his præsertim regnat bona fides, *contraria fraudi & dolo.* e) Itaque integra mancipationis fiduciariæ formula talis fuisse videtur: EGO HANC REM MEAM TIBI MANCVPO, VT EAM MIHI REMANCVPE, VTI NE PROPTER TE FIDEMVE TVAM CAPTVS FRAVDATVSVE SIEM.

§. III.

In illa vero Formula, qua iudicium sive arbitrium *Arbitrii* Fiduciæ dabat Prætor, solennia conceptaque verba *Fiduciæ* erant: VT INTER BONOS BENE AGIER OPOR-
TET ET SINE FRAVDATIONE: f) quæ, tanquam *propria formula.* aurea, prædicat, ac Fiduciæ iudicio illa diserte adscribit CICERO, pluribus locis. g) Atque hæc ipsa verba

A 2

ba

- a) *Psychomach. v. 632.*
 b) *In oratione pro Flacco c. 20.*
 c) *Pro Cecin. c. 3. Pro Q. Rosc. c. 6.*
 d) *L. 32. D. de positi. L. 60. §. ult. D. mandati. L. 3. §. ult. D. pro socio, L. 2. D. de suspect. tutor.*
 e) *PAVLVS in L. 3. §. ult. D. pro socio.*
 f) Hæc verba fuisse propria ac peculiaria arbitrii Fiduciæ, notavit etiam B. BRISSONIVS, *de Formulis Lib. V. p. 352. edit. nov.*
 g) *Topicorum c. 17. In omnibus igitur iis iudiciis, inquit, in quibus ex fide bona est additum: ubi vero etiam: VT INTER BONOS BENE AGI OPORTET. Et Epistolar. ad famul. Lib. VII. epist. 12. ubi in C. Trebatium Testam iocatur, quod in Epicuri castra transisset: Vbi porro illa erit formula Fiduciæ: VT INTER BONOS BENE AGIER OPOR-*

ba ex formula pacti Fiducia petita sunt, pariterque dolum malum abesse, & si reus per Fiducia rationem actorem fraudasse probetur, fidem fractam vindicare iubent. Equidem, *qui sint boni, & quid sit bene agere*, magna questio dicitur apud TVLLIUM: a) novimus tamen elegantem & vitae civili recte convenientem boni viri definitionem ab eodem propositam: *virum bonum esse, qui prosit, quibus possit, noceat nemini, nisi lacessitus iniuria*: b) *quique ita se gerit, ita vivit, ut eius probetur fides, integritas, aequalitas, liberalitas*. c) Et quamvis, virum bonum aliquem esse, innumerabilibus officiis & laudibus contineatur, in hoc tamen Fiducia iudicio boni viri nomen requirit praesertim fidem, etiam cum clam & impune posset, fallere nesciam, hominemque, ut in vetusto proverbio est, *dignum, quicum in tenebris mices*. Nec enim vulgarem fidem in alterius persona sperat & sequitur, qui dominium rei suae in alterum transferre non dubitat sub pacto de

OPORTET. Item de Officiis Lib. III. c. 15. Reliquorum autem IUDICIORUM haec verba maxime excellunt: in arbitrio Rei Vxoriam: MELIUS AEQUIVS: in Fiducia: VT INTER BONOS BENE AGIER.

a) De Offic. Lib. III. cap. 17.

b) Eodem libro c. 19.

c) In Laelio, c. 5. HORATIVVS Epist. I. 16. v. 40. f.

VIR BONVS est quis?

Qui consulta Patrum, qui leges iuraque servat:

Quo multae magnaeque secantur Iudice causae.

Quo Responfore, & quo causae teste tenentur.

Et sic in iure nostro Boni Viri nomine quilibet iustus, aequus, innocens, & prudens consideratusque paterfamilias intelligitur, ut plurimis exemplis ostendit BRISSONIVS de Verbo Signif. v. Bonus. Add. CUIACIVS ad Africanum Tractatum VI. ab initio. Tales vero quia iudiciis praeficiebantur, & Iudicem viri boni & innocentis officio fungi oportet, ut VLPIANVS ait in L. 4. §. i. D. Fam. ercisc. hinc est, quod indices

ea recipienda, & quomodo PVFENDORFIVS a) Fiduciæ rationem secundum Ius Gentium explicat, *cum alias, in quem dominium rei alicuius translatus fuit, de ea pro lubitu disponere, adeoque eandem sibi in perpetuum retinere, vel in quemcunque transferre queat, adiecto istoc pacto tantam de eius pudore ac fide fiduciam concipimus, fore, ut idem dominio suo non aliter, atque conventum fuit, utatur, eoque lubenter iterum cedere nobis velit.* Propter hanc fidem in altero positam spectatamque merito summum nefas Romanis habebatur, *alterum caprum fraudatumve esse, cumque se putaret invenisse fidem rei suæ custodem, eum incidisse in perfidum prædonem, hominem nequam & improbum furem, qui neget rem fidei suæ commissam, inficietur legem restituendi, contendat se perpetuo ac irrevocabili dominii iure ab altero mancipatam sibi rem tenere.* Quapropter in Fiduciæ iudicio reus, *ut inter bonos bene agier oportet & sine fraudatione, remancipare rem sibi sub Fiduciæ lege mancipatam iubebatur.*

§. IV.

Erat hinc Fiduciæ iudicium bonæ fidei & famosum. Ita enim Q. SCAEVOLA Pont. Max. *Fiduciæ iudicium bonæ fidei & famosum. Ita enim Q. SCAEVOLA Pont. Max. fidei bonæ nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, FIDUCIIS, mandatis, rebus emptis, venditis, conductis, locatis: quibus vitæ societates continentur: b) ac propterea hoc iudicium ad ea arbitria referebatur, in quibus adderetur: EX FIDE BONÆ: cuius arbitrii vim & effectum mox in Actione Fiduciæ*

Λ 3

tanquam proprio nomine boni viri appellentur. Ita VENULEIVS in L. 137. §. 2. D. de verb. oblig. Et magis est, ut totam eam rem ad iudicem, id est, VIRVM BONVM remittamus.

- a) De Iure Nar. & Gent. Lib. V. cap. 10. §. 8.
b) CICERO de Offic. Lib. III. cap. 17.

ducia videbimus. Imo vero, quoniam in hoc iudicio communi isti bonae fidei Actionum formulæ addebatur: VT INTER BONOS BENE AGIER OPORTET: erat illud bonae fidei iudicium per excellentiam, & quia de fide fracta a) agebatur, si quis eo esset damnatus, infamia norabatur. Ita CICERO: b) Si quae enim sunt privata iudicia summæ existimationis, & pene dicam capitis, tria hæc sunt, FIDUCIAE, Tutela, Societatis: æque enim perfidiosum & nefarium est, fidem frangere, quæ continet vitam, & pupillum fraudare, qui in tutelam pervenit, & socium fallere, qui se in negotio coniunxit. Neque dubitandum est, in Edicto Praetoris de his qui notantur infamia c) extitisse: QUI PRO SOCIO, TUTELAE, MANDATI, DEPOSITI, FIDUCIAE, SVO NOMINE, NON CONTRARIO IUDICIO, DAMNATUS ERIT: ubi FIDUCIAE mentionem TRIBONIANI manus expunxit.

§. V.

- a) Iudicia DE FIDE MALA, tutela, mandati, pro socio, FIDUCIAE, appellat CICERO de Nat. Deor. Lib. III. c. 30.
- b) Pro Q. Rosc. Comedo c. 6. Et in Orat. pro Cecina c. 3. Qui per tutelam, aut societatem, aut rem mandatam, aut FIDUCIAE rationem fraudavit quempiam, in eo, quo delictum maius est, eo poena est tardior. Est enim TURPE IUDICIUM, & FACTO quidem TURPE. Quamvis FREHERVS de infamia Lib. III. cap. II. §. 12. solum depositi iudicium his locis intelligendum putet. Recte vero censet Vir eruditissimus IOACH. POTGIESER de indole & natura pignoris. Sect. II. cap. I. §. 4. Cum fiducia in genere considerata per excellentiam esset bonae fidei, non video, quare iudicium fiduciae, quatenus pro pignore eiusmodi sumitur, haud æque famosum fuerit, quam tutela, aut societatis, aut depositi. Cui non obest, quod pignoratitia actio famosa non dicatur; quia hoc intelligendum est de illa pignoris specie, quæ a fiduciario pignore multum discrepat.
- c) L. I. D. de his qui not. infam.

§. V.

Vt vero Fiduciæ iudicium plenius exponamus, ACTIONIS, qua iudicium hoc intentaretur, originem, naturam atque formulam investigabimus. Vbi quidem nihil morabimur erroneam eorum opinionem, qui Fiduciam nihil aliud, quam ipsam hypothecam esse persuasi, Actionem Fiduciæ non aliam, quam hypothecariam ACTIONEM fuisse, a) sicut error ab errore gignitur, existimarunt. Satis enim superque ostensum est Exercitatione priore, Fiduciam neque pignus, nec hypothecam, sed mancipationum in variis negotiis civilibus solennium fuisse accessoriam de remancipando conventionem. Enimvero non in contractibus tantum, illis præsertim, a quibus præsidium vitæ humanæ penderet, & qui sunt quoad originem Iuris Gentium, fidem sanxerant Romani veteres: b) sed in Legibus XII. Tabularum quoque Decemviri Tabula VI. scripserant: QVVM NEXVM FACIET MANCIPIVMQVE, VTI LINGVA NVNCVPASSIT, ITA IVS ESTO: SI INFICIAS IERIT, DVPLIONE DAMNATOR: c) quæ Lex non a Græcis petita, nec ab Hermodoro dictata, aut a Decemviris Legum scribendam

- a) Quam opinionem post SALMASIVM in primis meri voluit IO. GE. GRAEVIUS in præfat. in Tomum II. Thes. Antiq. Rom. ubi SIGONIVM reprehendens scribit: ACTIO FIDVCIÆ veteribus ICti dicebatur, quæ postea est ACTIO HYPOTHECARIA. Et paulo post: Est igitur ACTIO FIDVCIÆ, qua debitor repetit hypothecam, aut pignus a creditore pecunia soluta, quæ ab Imperatore ACTIO QVASI SERVIANA dicitur, quod ad instar SERVIANÆ esset instituta, de qua multis in locis ICti in Pandectas. Quam rectius Vir doctissimus, sed non iuris, & reprehensionem SIGONII & Actionis hypothecariæ descriptionem omisit.
- b) GELLIUS Noct. Att. Lib. XX. cap. 1.
- c) Vid. IAC. GOTHOFREDVS in probation. ad Leges XII. Tabularum, ad Tab. VI.

rum inventa, sed ex æquissimis illis Servii Tullii legibus adscita & in XII. Tabulas translata videtur. Ea lege iubeatur pactum, in mancipatione dictum, omnino ratum sanctumque esse, ac inficiatorem dupli poena coerceri. Quamvis enim, CIGERONE auctore, a) sciamus, verba illa: VTI LINGVA NVNCVPASSIT, de legibus emptionum venditionum & de qualitatibus rerum a venditore dictis, nominatis promissive, intellecta fuisse: ipse tamen CIGERO & FESTVS b) legem istam in genere de dictis promissive in mancipationibus explicarunt: luculentissime vero CAIVS, optimus Legum Decemviralium interpres, Libro III. ad Legem XII. Tabularum commentatus erat his verbis: IN MANCIPATIONIBVS (pro quo verbo TRIBONIANVS substituit *traditionibus*, ut IAC. GOTHOFREDVS docet) c) RERVVM QVONCVNQUE PACTVM SIT, id valere manifestum est. Ex hac igitur Lege pactum Fiduciae mancipationibus adiectum, usu & necessitate ob rationes, quas inspicimus, civiles ita exigente, Actione munitum agnoverunt Prudentes, ac proinde formulam Fiduciae & Actionem singularem dictarunt, quemadmodum & aliis in rebus Legem istam interpretatione sua protulerunt. d)

§. VI.

Actio Fiduciae
quomodo
esse potue-
rit ex pa-
cto? eius-
que For-
mula.

Hæc origo actionis Fiduciae, neque amplius quærendum nobis videtur, quomodo ex pacto potuerit Actio esse? Agebatur enim ex pacto venditioni rerum mancipi per æs & libram i. e. mancipationi adiecto: idemque a Iurisconsultis merito prolaturum ad Fiduciam addi-

a) De Offic. lib. III. c. 16.

b) v. Nuncupata.

c) In Notis ad Tab. VI.

d) Vid. Exercit. I. §. 7. not a) ubi, familia mancipationem occasione huius legis a Prudentibus inventam, diximus.

additam cessione in iure, quæ in rebus nec mancipi adhibebatur, tanquam communis rerum mancipi & nec mancipi alienandi modus. Et quidem sicuti pactum Fiduciæ continebat promissionem de remancipanda, aut retro cedenda re alteri mancipata, siue in iure cessa: ita Actione ex hoc pacto principaliter atque directo agebatur ad remancipandam, aut retro cedendam rem illam. Quapropter Actionis formula, quantum conicere datur, fuisse videtur talis: AIO, TE MIHI FVNDVM, QVI EST IN AGRO, QVI SABI NVS VOCATVR, QVEM TIBI MANCVPAVI, (vel, IN IVRE CESSI APVD PRAETOREM) REMANCVPARE (RESTITVERE) OPORTERE, VT INTER BONOS BENE AGIER OPORTET ET SINE FRAVDATIONE. a)

§. VII.

Actio Fiduciæ semper veniebat ex pacto de remancipanda restituendave re, alteri mancipata: constat hinc, Actionis illius propriam intentionem fuisse, ut remanciparet siue retro in iure cederet reus actori rem, qua de ageretur. Non enim, finita & cessante causa mancipationis, ipso iure resolvebatur dominium atque revertebatur res ad priorem dominum: id quod non tantum auctoritate PAVLI ostendimus, b) sed confirmat hoc etiam generalis Iuris antiqui regula, secundum quam *nihil tam naturale est, quam eo genere* Actionis
huius na-
tura. Erat
alia dire-
cta, alia
utilis.

B

quid-

a) SIGONIVS de Iudiciis Lib. I. cap. 21. Actionis Fiduciæ formulam ita concepit: AIO TE MIHI DOMVM ILLAM, QVAM TIBI MANCVPAVI, VT MIHI REMANCVPARES, VT INTER BONOS BENE AGIOPORTET, SINE FRAVDE REMANCVPARE OPORTERE.

b) PAVLVS Lib. II. Sent. Tit. 13. §. 3. Vid. Exercit. I. §. 17.

quidque dissolvere, quo colligatum est: a) ideoque in solenni Fiducia formula ita conceptum fuit pactum: *Ego tibi rem meam manco, VT MIHI EAM REMANCIPES.* Continebat vero hæc Actio simul præstationes ex negotio bonæ fidei, cui fiduciaria mancipatio accesserat, provenientes: unde factum est, ut præter DIRECTAM ACTIONEM, qua mancipator principaliter agebat ad remancipandum, esset quoque CONTRARIA FIDUCIAE ACTIO, b) qua emptor fiduciarius repeteret impensas, quas in commodum mancipatoris, rei vel conservandæ vel augendæ causa, fecisset. Ita enim diserte PAVLVS: *Si creditor rem fiduciariam fecerit meliorem, ob ea recuperanda, quæ impendit, iudicio fiduciæ debitorem habebit obnoxium.* c)

§. VIII.

ACTIO FIDUCIAE DIRECTA ad mne id, quod ex bono & æquo, pro natura negotii five contractus, cui fiduciaria mancipatio accesserat, deberetur. Hinc etiam, si creditor distraxisset rem Fiduciæ datam,

Directa igitur Actione Fiduciæ non solum agebatur ad remancipandum, sed etiam ad præstandum. Oportet enim id, quod ex bono & æquo, pro natura negotii five contractus, cui fiduciaria mancipatio accesserat, deberetur. Hinc etiam, si creditor distraxisset rem Fiduciæ datam,

- a) L. 35. §. 153. D. de Reg. Iur. Itaque exemplum Fiduciæ addendum est illis variarum rerum contrahendarum distrahendarumque ritibus *divulgatus*, quos illustrat RAD. FORNERIVS *Res. quotidian. Lib. I. c. 9.*
- b) Duplicem Actionem Fiduciæ, directam & contrariam, observavit iam & descripsit CUIACIVS ad PAVLI *Sent. Lib. II. Tit. 13. §. 7.*
- c) PAVLVS l. c. Dubitandi rationem, quæ inde oritur, quia creditor fiduciæ dominus esset & mancipio haberet, removerunt IAC. GOTHOFREDVS ad l. un. C. Th. de commiss. resc. p. 253. & SCHVLTINGIVS add. l. PAVLI. Nimirum quia creditor non esset rei fiduciæ dominus incommutabilis, & occasione bonæ fidei contractus impensæ factæ essent in debitoris commodum, ratio bonæ fidei exegit, eum inde obligari.

datam, de hyperocha, a) five de superfluo debitor agebat adversus creditorem, sicuti residui petitio illi supererat, si creditor minoris vendidisset. b) Verum potissima dispectio est, quomodo fructus rei fiduciaria, quomodo damna dolo, culpave data in Fiduciæ iudicium venerint, & quæ singulorum fuerit habita ratio? Ac de fructibus quidem & accessionibus pignoris fiduciarii diximus Exercit. I. §. XIX. unde constare poterit, nisi pactum de lucrandis fructibus aut accessionibus intervenisset, in Fiduciæ iudicio una cum re fuisse restituenda eius commoda & augmenta, propter resolutam dominii causam. Nec de dolo erit, quod addamus, ex quo, suo nomine condemnatum, infamiam secutam esse, nullam habet dubitationem. c) Plus vero difficultatis est in definienda culpæ & periculi præstatione, quam in primis utilem fuisse rem suam sub Fiduciæ pacto mancipientibus, atque mancipationum harum tam frequentem in variis contractibus usum attulisse, nuper observavimus. d)

§. IX.

Quid enim? omnem culpam, omne rei periculum præstitisse depositarium, creditorem, conductorem, quomodo cum æquitatis & iuris ratione consistere potest? Itane vero amico debuit officium suum esse adeo molestum, & damnosam rei depositæ custodia? Quam periculosa illa cautio & securitas creditoris in pignore, quo, five culpa, five casu, pereunte, simul creditæ pecuniæ iacturam ille faceret? Quam dura conductoris alienæ rei periculum sustinentis conditio? An vero si-

*Dubia
contra om-
nis cul-
pæ & pe-
riculi
præstatio-
nem obie-
cta.*

B 2

des

a) Vt vocat TRYPHONINVS in l. 20. D. qui pot. in pign. de quo verbo ex Pandectis Florentinis restituto, cum antea legeretur pro eo *hypotheca*, vid. CUIACIUS *Observat. Lib. IV. c. 25.*

b) PAVLVS *Sent. Lib. II. Tit. 13. §. 1.* Vid. ibi CUIACIUS.

c) Vid. supra §. IV.

d) *Exercitatione I. §. XI.*

des illa singularis & exuberans iniquitatis tantæ potuit esse causa? Et quomodo tam periculosa conventio non potuit homines abstergere a fiduciariis illis mancipationibus, quas tamen apud Romanos diximus fuisse frequentissimas? Anne rectius statuetur, auctore MODESTINO: a) *In Fiduciae iudicio dolum & culpam, i. e. levem tantum, deduci, adeoque mediam solum diligentiam præstari: quia utriusque contrahentis utilitas intervenit*: quam idem Iurisconsultus rationem subiicit, neque dubitare licet, eum culpæ nomine tantum intelligere culpam levem, quia eadem verba simul & coniunctim dicit de Fiduciæ iudicio & de rei uxoriæ actione, in qua de levis tantum culpæ præstatione actum esse, satis constat? b)

§. X.

*Quæ di-
hucuntur.*

At enimvero statim liquebit, nihil adversari æquari, atque cum ratione iuris antiqui optime convenire, si dicamus, ubi possessor fiduciarius rem ultro restitisset per remancipationem, aut in iure cessionem, ab eo damnum in re factum non ultra culpam ex contractu, qui mancipationem causam dederat, præstari solitam, sarcinendum fuisse: c) quod si vero iudicio Fiduciæ ad restitutionem rei fiduciariæ compellendus fuerit, eum omnis culpæ nomine condemnatum esse: si res ipsa interiisset casu, eam periisse domino, scilicet ei, in cuius dominium venerat per fiduciariam mancipationem. Neque enim dominium illud per mancipationem eiusmodi

- a) *Collat. LL. Mosaic. & Roman. Tit. X. §. 2.* Sed vid. infra §. XIX.
b) *L. 17. D. de iur. dot. L. 18. §. 1. & L. 66. pr. D. Solut. matrim. dos quem. per.* Vid. GE. BEYER *Diff. de dote a plebe tumultuante direpta Liciniae restituenda, cap. 2. §. 33.* NOODT *Comment. ad Pand. tit. Solut. matrim. p. 527.*
c) *Quia per remancipationem, aut in iure cessionem resolutum iam dominium atque priori domino, qui sub Fiducia alienaverat, restitutum erat. Vid. Exercit. I. §. 18.*

modi translatum fuisse tantum imaginarium, apparet ex illius effectibus, Exercitatione prima recensitis. a) Iam vero id nemini durum nimis aut iniquum videbitur: si ex conventione speciali res deposita solet esse periculo eius, apud quem deponitur; b) si alias pactum inter contrahentes, *ut amissio pignorum liberet debitorem*, facit, ut creditor pignora, quæ fortuito casu interierint, præstare compellatur; c) si pacto, quo fundum quis ita locavit, *ut etiam si quid vi maiori accideret, hoc ei præstaretur*, standum est; d) si periculum, ab artifice receptum, eius est; e) si ad conductorem operis etiam periculum vis maioris pertinet ex pacto: f) eaque pacta neque iniqua, nec, quasi contra iuris formam facta, irrita dici possunt, suntque eadem, ut Iurisconsulti observarunt, usu frequentissima: g) nemini, inquam, id iniquum, aut iuris rationi adversum videri poterit, eum, qui per mancipationem, transferendi domini iure Quiritium proprium in rebus mancipi modum, in se derivari dominium passus esset, rei suæ periculum sustinuisse, h) atque adeo, si creditor esset, non recepissee pecuniam creditam, si conductor, summam, qua rem sibi mancipatam aut opus redemisset, fol-

B 3

- a) §. XVII. & XIX. *Add. STRAVCH. de Oppignor. rer. Imp. c. 2. §. 1. GVNDLING. de iure oppignor. territor. §. 67.*
 b) *L. 1. §. 35. D. de positi.*
 c) *L. 6. C. de pignor. act.*
 d) *L. 9. §. 2. D. locat.*
 e) *L. 13. §. 5. D. eod.*
 f) *L. 36. D. eod. Vid. V. C. EV. OTTO Diff. de Præstaz. cas. solit. insolit. & insolentiss. c. 2. §. 5. seq.*
 g) *L. 1. §. 35. D. de pos. L. 23. D. de Reg. Iur.*
 h) Quoniam securitatis aut commodi sui causa voluit esse dominus, non potuit noluisse periculum, quod est domini. Conferantur, quæ GVNDLINGIVS pro æquitate Iuris Saxonici periculum omne in creditorem pignoratitium conferentis, contra imaginariam Doctorum iniquitatem, disputavit in *sched. de iure oppignor. territor. §. 83.*

solvere condemnatum esse, si depositarius, eum pro re deposita pretium restituisse, qui propterea ex pacto adiici solito fructus rei lucratus esse videtur, eiusque proprio damno periisse rem depositi causa ipsi mancipatam, si eam accepisset forte ab amico in militiam, aut per periculosa loca ituro, hac lege, ut, cum is rediret, ei rem remaniparet, non reverente amico, perpetuo iure sibi retineret.

§. XI.

*Etiā
damnum
culpa lata
aut levi
datum ul-
tro non
restituens
possessor
fiduciari-
us infam-
ia nota-
tus.*

Vt omnis culpa praestanda esset a possessore fiduciario, rem ultro non restituyente, singularis fides & sanctitas Fiduciae poscebat, simul vero hoc ita ferebat ipsa vis dominii veri utrique & perfecti in fiduciarium illum emptorem translata. Quodsi enim res fiduciata, casu & vi maiore perditā, ipsi periit tanquam domino suo: non potuit non ei qualiscunque, etiam quā a providentissimo ac diligentissimo patrefamilias caveri potuisset, culpa damno esse, quā scilicet deterior facta esset res in fiduciarium mancipationem deducta. Meruit enim is hoc damnum ex duplici ratione: quod secundum fidem conventionis illico rem non restituerit ab amico compellatus, & quod per remancipationem aut in iure cessionem non statim resolverit atque a se removerit periculosam dominii causam. Imo vero sanctissima pacti fides effecit, ut fiduciarius possessor, qui damnum culpa lata vel levi datum ultro non reparasset, etiam in minimis rebus, tanquam litigator temerarius infamia notaretur. a) Non minus enim turpis culpa esse poterat in Fiducia, quam in mandati iudicio, cum utrobique *duas res sanctissimas*, ut CICERO ait, b) *amicitiam violaret & fidem*: nam neque

a) Quod CUIACIUS observavit in *not. ad §. 2. Inst. de pen. temere litigantium.*

b) *Orat. pro Sex. Roscio. c. 39. & c. 40. Ad cuius fidem quis confugiet, cum per eius fidem leditur, cui se commiserit?*

que vel mandat vel res suas committit quisque fere, nisi amico, nec credit, nisi ei, quem fidelem putat. Quippe in privatis rebus, si quis rem non modo malitiosius gessisset, sui questus aut commodi causa, verum etiam negligentius, cum maiores summum admisisset dedecus aestimabant: quare in minimis privatisque rebus etiam negligentia in crimen, iudiciiue infamiam revocabatur.

§. XII.

Actio Fiduciæ ex pacto de restituendo dabatur etiam heredibus debitoris, & adversus creditoris heredes. *Actio Fiduciæ dabatur etiam* Quod enim PAULVS a) dixit: *Heredibus debitoris adversus creditorem, qui pignora vel fiducias distraxit, nulla actio datur, nisi a testatore inchoata ad eos transmissa sit*: id de actione, qua ageretur tanquam ex pignore vendito v. c. ad hyperocham, intelligendum esse, *adversus heredes*. IACIUS b) & SCHVLTINGIUS c) docuerunt. Hæc enim actio requirebat, ut is, a quo transmitteretur, eam adquisierit, ratam habendo venditionem, quod debitor fecisse videbatur, si pretii nomine cum creditore experiretur: ante ratihabitionem vero actio non fuit, ergo nec potuit transmitti in heredem, nec post mortem debitoris nasci ex heredum approbatione. d) In heredes creditoris Actionem Fiduciæ disertis verbis statuit PAULVS: e) *Si creditor rem fiduciæ datam uni ex heredibus vel extraneo legaverit, adversus omnes heredes Actio Fiduciæ competit. Ad quem locum CIVI-*

IACI-

- a) Sent. Lib. II. Tit. 17. §. 12. quem locum ex Consultatione veteris Iurisconsulti incerti, quæ in SCHVLTINGII Iurisprud. Ante-Iustin. extat p. 30. restituit CIVIACIUS.
b) Observat. Lib. VII c. 26.
c) Ad PAULI Sent. d. t. not. 32 p. 296.
d) Propter regulam iuris: Ab herede actionem non incipere, quæ non competierit testatori: de qua vid. IAC. GOTHOFREDVS ad l. 8. C. Theod. de div. Rescr.
e) Sent. Lib. II. Tit. 13. §. 6.

IA CIVS notavit, hanc Actionem, ut pigneratitiam, a) in heredes dari, cum sit ex contractu. Et quoniam hoc nihil dubii habet, PAVLVS id solum explicandum censuit, Actione Fiducia de re uni ex heredibus prælegata, vel etiam extraneo legata, oblati nummis restituenda, non tantum eum, cui prælegata est fiducia, sed omnes creditoris heredes teneri: siquidem nec ille, quatenus prælegatum accepit, sed quatenus heres factus est, nec extraneus, qui nudus est legatarius, sed heredes, & inter eos quoque coheres, cui est prælegatum, conveniuntur.

§. XIII.

Actio Fiducia cessabat, pignore ignore iuste vendito.

Quod speciatim ad pignoris Fiduciam porro attinet, Actio Fiducia debitori non competebat, b) si pignus esset a creditore iuste venditum. Iusta vero venditio, nisi vulgare pactum c) de vendendo palam interpositum fuisset, tunc demum erat, si creditor debitori ante rem denunciaverat, ut solveret, & ab hoc erat cessatum, idque obtinebat perinde, siue nihil de distractione convenisset, siue convenisset inter creditorem & debitorem, ne distraheretur pignus fiduciarium. Vtroque enim casu denunciationem requirit PAVLVS, de illo scribens: d) *Creditor, si simpliciter sibi pignus depositum distrahere velit, rem ante denunciare debitori suo debet, ut pignus luat, ne a se distrahatur: de altero casu sic definiens: e) Si inter creditorem & debitorem convenerit, ut fiduciam sibi vendere non liceat, non solvete debitor, creditor denunciare ei sollemniter potest, & distrahere: nec enim ex tali conventionem fiducia*

- a) L. 10. C. de pign. act. CUIACIUS ad PAVLI Sent. l. c.
 b) Nimirum Actio Fiducia de restituenda re fiduciaria: sed competeat debitori tantum Actio pigneratitia ad hyperocham, l. 6. §. 1. & l. 7. D. de pign. act. l. 1. & 4. C. eod.
 c) Vti dicitur in l. 4. C. de pign. act.
 d) Sent. Lib. II. Tit. 5. §. 1.
 e) Sent. Lib. II. Tit. 13. §. 5.

cia actio nasci potest. Priore loco *pignoris depositi*, quod a Fiducia distinxit alias, a) tantum mentionem facit PAVLVS: ut proinde vera videri possit IAC. GOTHOFREDI b) sententia, in Fiducia nullam denunciationem necessariam fuisse, quia creditor dominus rei per mancipationem factus iure suo distractionem posset peragere. Sed merito tamen SCHVLTINGIVS V. C. monuit, c) nimis durum hoc esse, cum creditor quidem fuerit dominus, sed revocabili iure, ac iustam & hic rationem adfuisse debitorem admonendi, adeoque pignus & Fiduciam paris videri conditionis. Neque vero obstat, quod PAVLVS, ubi de Fiducia loquitur, tantum eo casu denunciationem exigit, cum pactum placuerit de non vendendo. Nam nec VLPPIANVS d) in altera specie, si de pignoris nudi alienatione nihil convenerit, trina denunciationis meminit, quam tamen omnino necessariam esse, tradit PAVLVS. Morem hunc plane fuisse Iurisconsultis, ut, prateritis iis, quæ minus haberent dubitationis, extricarent potissimum has species, de quibus magis posset ambigi, V. C. GER. NOODT e) observavit, & nos tale exemplum ex ipso PAVLO in §. præcedente vidimus. Et trina quidem denunciatione opus fuisse, non solum ex VLPPIANI & PAVLI locis, qui de nudo pignore tractant, colligendum est, sed etiam in isto PAVLI posterius adducto loco talem numero denun-

C

cia-

- a) In rubrica Tit. 4. Sent. Lib. II. de commodato & deposito pignore, Fiduciave: ad quam vid. SCHVLTINGIVS.
 b) In Commentar. ad L. un. C. Theod. de Commissor. rescind. p. 254.
 c) Ad PAVLI Sent. Lib. II. Tit. 5. §. 1.
 d) L. 4. D. de pign. act. Conf. NOODT Comment. ad tit. D. de pignorib. & hypoth. p. 442
 e) Probabil. Iur. civ. Lib. I. cap. 5.

ciationem requiri, cognoscimus ex ipsius Interprete, qui verba, *denunciare solenniter*, explicat: *post trinam conventionem*, i. e. *admonitionem*, quo nomine in altero loco a) usus est. Vnde coniectura subnata est laudatissimo SCHVLTINGIO, forte scriptum olim fuisse: *solenniter*, i. e. *solenniter ter*, eique de hoc ingeniosissimo, forte & verissimo invento applaudit NOODTIVS. b) Frustra vero & sine auctore GVIL. RANCHINVS c) contendit, semper trina denunciatione opus esse, quotiescunque denuntiatio requiritur: falsum quoque est, quod Viro insigni PETRO FABRO d) in mentem venit, denunciations has esse quasi actus legitimos, & hinc neque per alium fieri posse, neque recipere tempus vel conditionem.

§. XIV.

Nec Fiducia iudicio tenebatur, qui liberum hominem noxae deditum manumiserat.

Quid vero est, quod pariator Legum Mosaicarum & Romanarum ex PAPINIANI libro II. Definitionum refert: e) *Per hominem liberum noxae deditum si tantum acquisitum sit, quantum damnum dedit, manumittere cogendum esse a Praetore, qui noxae deditum accipit, sed Fiduciae iudicio non teneri?* Crucem fixit hoc fragmentum Viro sagacissimo PETR. PITHOEO, f) qui ad aliena dilapsus, subtilioribus coniecturis, quibus hunc locum explicare praeter rem tentavit, sese tandem extricare non potuit. Nihil vero aliud significatum fuit a PAPINIANO, quam, liberum hominem noxae datum, si per eum tantum acquisitum esset, quantum damni

a) Lib. II. Sent. Tit. 5. §. 1.

b) Comment. ad D. I. c.

c) Variar. lect. Lib. III. cap. 14.

d) Semestr. Lib. II. cap. ult.

e) Tit. II. §. 3.

f) In not. ad Collat. LL. Mos. & Rom. l. c.

damni dederat, quoniam actor id iam consecutus, quod in condemnatione fuerat, manumittendum fuisse, cogente Prætor eum, qui deditum acceperat, quamvis nulla interposita esset, ut in emancipatione, Fiducia, ac proinde is ad remancipandum Fiduciarum iudicio non esset obligatus. Neque enim per manumissionem iniuria fiebat ei, qui hominem dedendo abiecerat, nec usum hic Fiduciarum pactum habere, ut in emancipatione, poterat, cum eiusmodi manumissor liberi hominis ius patroni non consequeretur: quia liber homo manumissus non fiebat libertinæ conditionis, sed ingenuitatem recuperabat a) haud secus, ac filius a parente venundatus. Et acute coniicit V. C. SCHVLTINGIUS, b) filium a patre noxæ deditum & manumissum recidisse iterum in patriam potestatem, non item ceteros liberos, præter filium, qui, auctoribus CÆLIO c) & VLPIANO, d) una mancipatione manumissioneque sui iuris fiebant.

§. XV.

Atque hæc sunt, quæ in tanta huius argumenti, a *Transitio*
Viris Doctis tam varie intellecti, obscuritate ex paucis *ad dis-*
simis veterum testimoniis & fragmentis eruere licuit *quisitio-*
nem de
ad genuinam Fiduciarum naturam explicandam. Dabimus *tempore*
nunc operam, ut præcipuis quibusdam IVRIS IVSTI *& aucto-*
NIANI locis ex his, quæ de Fiducia disputavimus, lux *re sublati*
adfundatur. Quod ut recte atque ordine agamus, vi *pacti Fi-*
dencie. *ducie.*
dendum prius erit de tempore & auctore, quo pactum
hoc

C 2

- a) QUINTILIANVS *Inst. Orat. Lib. V. c. 10. Lib. VI. c. 3. & Declam. CCCXI.* CUIACIUS *Observation. Lib. XIII. c. 9.* SALMASIUS *de modo usur. c. 17. & 18. Conf. Ampliss. HEINECCIUS Antiquit. Iur. ad Tit. Inst. de Nox. Act. §. 3.*
b) *Ad Collat. LL. Mos. & Rom. l. c. not. 12.*
c) *Inst. Lib. I. Tit. VI. §. 3.*
d) *Fragm. Tit. X. §. 1. Vid. Exercit. I. §. IV.*

hoc olim celeberrimum ab usu & consuetudine sublatum fuerit: unde factum, ut Fiduciae nomen in omni Iustiniana Iuris Romani digestione nullo loco compareat.

§. XVI.

*Neccitas
pignoris
fiduciarum
minor post
Actionem
Hypothecariam
introducitur
etiam.*

Equidem postquam de pignore quoque Actio in rem Iure honorario prodita erat, minor fuit necessitas, per mancipationem aut cessionem fiduciarum dominium in creditorem transferendi, ut pignus vindicare posset a quocunque possessore. Neque dubitandum est, cum semel hypothecarum utilitas placuisset, rariorem inde factum esse fiduciarum pignoris usum, a) utpote plurimum habentem incommodi: dum non erat semper, nec ubique copia quinque civium Romanorum puberum, qui tanquam testes idonei, una cum libripende, requirebantur, ut mancipatio fieri posset: b) difficilior vero in iure cessio, quae ius & Praetorem desiderabat: c) accedit, quod mancipatio tantum in rebus Mancipi & inter cives Romanos Latinosque colonarios & Latinos Iunianos obtineret, non etiam in rebus nec Mancipi, neque inter peregrinos, nisi quibus commercium datum esset. d)

§. XVII.

*Fiducia
non abrogata
Legem
CONSTANTINI M.*

Nec tamen ante IUSTINIANI tempora solentitas Fiduciae omnino ex usu recessit, quod SALMASIO

- a) SCHULTING. ad PAULI Sent. Lib. II. Tit. 13. §. 1. NOODT Observation. Lib. II. c. 8.
- b) CAIUS Inst. Lib. I. Tit. 6. apud BOETHIUM Lib. III. Commentar. in Topic. CICERONIS, ULPIANVS Fragm. Tit. XIX. §. 3.
- c) CAIUS Inst. Lib. II. Tit. 1. apud BOETHIUM l. c. ULPIANVS l. c. §. 9.
- d) ULPIANVS ibid. §. 4. sequ.

SIO a) aliisque viris doctis visum, aut sublata est Constitutione CONSTANTINI *de lege commissoria rescindenda*, b) ut CUIACIUS c) praesertim credidit suae auctoritate alios induxit, legem commissoriam omni pignori fiduciario semper coniunctam fuisse, atque adeo Fiduciam pignoris una cum lege commissoria pignorum a CONSTANTINO abolitam putans, cui IAC. GOTHOFREDVS d) & ANTON. SCHVLTINGIUS e) satisfecerunt. Fiduciam enim, siue pignus fiduciarium a lege commissoria plurimum differre, neque hanc illi naturaliter inesse, vidimus supra: f) ergo CONSTANTINI lex ad Fiduciam trahi non potest: quid? quod Fiducia, etiam in pignoribus contracta, nullum odium, nulla captio, nulla tanta asperitas fuit, g) quae causa legis commissoriae in pignoribus sublatae ab Imperatore indicantur. Praeterea vero post CONSTANTINVM M. in Constitutione ARCADII & HONORII h) Fiducia pignorum exercitis verbis confirmatur, & scriptores post illam aetatem, D. AMBROSIVS i) & SIDONIUS APOLLINARIS, k) Fiduciam, tanquam rei adhuc vigentis, mentionem fecerunt.

C 3

§. XVIII.

a) *De modo usurarum c. 13.*b) *L. un. Cod. Theod. de commissor. resc. L. ult. C. de pact. pign.*c) *Ad PAULI Sent. Lib. II. Tit. 13. rubr.*d) *Ad d. L. un. Cod. Theod. p. 253.*e) *Ad PAULI Sent. l. c.*f) *Exercit. I. §. XX.*g) Quamvis dissentiat FRANC. BALDVINVS in *vita Papiniani*, p. 204. *edit. Halens.* Sed haesit BALDVINVS in errore vulgari, Fiduciam speciem quandam legis commissoriae fuisse.h) *L. 9. C. Theod. de infirm. his, quae sub tyrann.*i) *Libr. de Tobia c. 12. Hypothecarum flagitat, pignus usurpat, Fiducias vocat.*k) *Lib. IV. epist. 24. Pecuniam mutuam postulavit, impetravitque, nihil quidem loco Fiduciae pignorisque, vel argenti sequestrans, vel obligans praediorum.*

§. XVIII.

*Fiducia
simul cum
solenni
mancipa-
tione a
IVSTINIA-
NO subla-
ta in usu
esse desit.*

Quare nihil certius est, quam pactum Fiducia, tanquam accessorium mancipationum in variis negotiis civilibus adhibitarum, cum ipsis mancipationum solennitatibus & differentiis rerum mancipi & nec mancipi a IVSTINIANO sublatis, a) evanuisse. Cumque idem Augustus etiam in emancipationibus liberorum venditiones illas in liberas personas figuratas omnemque veteris illius fiduciarie mancipationis & remancipationis & manumissionis circuitum quiescere iussisset, huius Constitutionis virtute quoque voluit, ut emancipationes liberorum semper viderentur contracta Fiducia fieri: cum apud antiquos non aliter hoc obtinebat, nisi specialiter contracta Fiducia parens manumississet. b) Hinc & CONSTANTINI quidem Constitutio de lege commissoria pignorum abolenda in Codicem IVSTINIANI relata, sed altera ARCADII & HONORII, qua Fiduciarie vigorem confirmatum diximus, omissa: imo vero TRIBONIANVS eiusque socii nullo Pandectarum vel codicis loco Fiduciarie nomen extar-

- a) *L. un. C. de Vscap. transform. §. de sublat. differ. rer. mancipi. & nec mancipi.* Neque putamus cum Cl. GYNDLINGIO, *sched. de iur. oppign. territorii §. 74.* ritus mancipationis & in iure cessionis tantum a IVSTINIANO sublatis fuisse, ipsam vero Fiduciarie conventionem remansisse. Cur enim, si abrogatis licet solennitatibus adhuc illa perduravit, ex omnibus Iuriconsultorum locis atque Imperatorum Constitutionibus in Pandectis & Codice nomen Fiduciarie tam sollicitè eiectionum? uti recte monuit Vir doctissimus POTGIESER *de indole & natura Pignor. sect. II. c. 1. §. 13.* imo vero, quomodo mancipationibus sublatis accessorium earundem pactum remanere potuit?
- b) *L. ult. C. de emancip. liber. §. 8. Inst. de Legit. adgnator. successione.*

re passi sunt, eo vel penitus deleto, vel, ubi de pignore fiduciario sermo esset, *pignoris* aut *hypothecae* vocabulis substitutis, atque hoc modo textus de Fiducia loquentes pignori accommodarunt.

§. XIX.

Neque tamen ita tolli potuit Fiducia, atque tam *Vestigia* studiosè ex Iurisconsultorum Veterum fragmentis & *Fiducia* Imperatorum Rescriptis eliminari, quin vestigia eius in *in Pandectis, ac* variis Pandectarum & Codicis locis, cognoscere ac vel *primum* ut indagine consequi detur, quorum proinde aliquot ex *in L. 5. §. 2. Com-* tantiora scrutabimur atque cum natura Fiducia a no- *modat.* bis descripta conferemus. In Digestis itaque primum nobis occurrit locus VLPIANI, ex Libro XXVIII. ad *Edictum*: a) *Sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in dote, ut in pignore, ut in societate, & dolus, & culpa praestatur: ubi olim scriptum extitisse: Ut in actione rei uxoriae, ut in Fiducie iudicio, satis perhibent verba MODESTINI ex libro Differentiarum secundo in Collationem Legum Mosaiticarum & Romanarum relata: b) Sed in ceteris quoque partibus Iuris ista regula custoditur: sic enim & in Fiducie iudicio, & in Actione rei uxoriae, & dolus & culpa deducitur; quia utriusque contrahentis utilitas intervenit: idque notarunt PETR. PITHOEVS c) & WISSENBACHIVS. d) Certe ambo isti loci adeo sibi sunt similes, ut MODESTINVS ex praeceptoris sui e) traditis differentias de praestatione doli & culpa in variis contractibus, petiisse utique videatur. Simul vero VLPIANI verba, in Pandectis inter-*

po-

a) L. 5. §. 2. D. Commodati.

b) Tit. X. §. 2.

c) In not. ad Collat. LL. Mos. & Rom. l. c.

d) In Emblemat. Triboniani, ad h. l.

e) Vid. GUIL. GROTIUS de Vitis IGlor. Lib. II. c. 12. §. 6.

polata, ostendunt, per iudicium Fiducia apud MODESTI-
NVM illud tantum iudicium, quo de damno in pigno-
ribus fiduciariis dato ageretur, significari, atque hoc
intellecto dubium illud resolvitur, quod ex MODESTI-
NI verbis supra a) fuit excitatum.

§. XX.

*Vestigia
Fiducia
in L. 9. §.
2. & L. 35.
§. 1. D. de
pignor.
act.*

Recte etiam laudatus modo WISENBACHIVS obser-
vat, alio loco VLPIANI, ex eodem Libro XXVIII. ad Edi-
ctum b), post verba: *Proprie pignus dicimus, quod ad
creditorum transit: hypothecam, cum non transit, nec
possessio ad creditorem: olim extitisse hac: nec proprie-
tas, ut in Fiducia.* Locum, uti hodie in Pandectis le-
gitur, manum esse, quilibet videt. Deficere autem
verba illa, quae WISENBACHIVS restituit, compro-
bat etiam locus ex FLORENTINI Libro VIII. Insti-
tutionum: c) *Pignus, MANENTE PROPRIETATE
debitoris, solam possessionem transfert ad creditorem.*
Vbi Iurisconsultum olim differentias inter Pignus, Fi-
duciam & Hypothecam proposuisse, ita, ut, in Pigno-
re transferri possessionem, in Fiducia vero etiam pro-
prietatem, in Hypotheca neutrum fieri, doceret, facile
sentiet, qui non sit naris obesa. Idem itaque in ver-
bis hic adscriptis VLPIANVS docuerat: sed TRI-
BONIANVS utroque loco Fiducia, a Domino & Prin-
cipe suo per solennitates mancipationum abrogatas
simul ab usu sublata, mentionem tanquam inutilem &
superfluum exulare iussit.

§. XXI.

Accedimus ad L. XI. D. de pignor. & hypoth. quae
de-

a) *Hac Exercit. §. IX.*

b) *L. 9. §. 2. D. de pignor. act. WISENBACH. Emblem. Tri-
bon. ad h. l.*

c) *L. 35. §. 1. D. cod. tit.*

desumpta est ex MARCIANI libro singulari ad Formulam hypothecariam, ubi §. 3. dicitur: *Iura prædiorum urbanorum pignori dari non possunt: igitur nec conveniri possunt, ut hypothecæ sint.* Et elegans quidem est observatio EM. MERILLII, a) servitutes etiam fiduciario pignore mancipari solitas fuisse creditori, contracta Fiducia, ut eam creditor soluta pecunia debitori remanciparet: credimus etiam, a MARCIANO scriptum fuisse: *pignori AUT FIDUCIAE dari non possunt:* sed quod idem Vir acutissimus rationem huius iuris in conditione servitutum urbanarum quærit, quia hæ fuerint res nec mancipi, id non æque probari potest. Itaque hic locus erit disputandi quæstionem, in fine Exercitationis primæ delibatam, & cuius diligentius examen nos in præsentem opellam differre meminimus.

§. XXII.

Quæstio est de servitutibus urbanorum prædiorum, an & hypothecæ obligari & pignori dari nequeant, cum in rusticorum prædiorum servitutibus utrumque fieri possit? & quæ sint eius, quam in d. L. XI. §. ult. & eam proxime sequente L. XII. MARCIANVS & PAVLVS prædiorum, innuerentur, differentiæ rationes? Enimvero magna est Interpretum hac de quæstione dissensio. Non solum ACCVRSIVS & BARTOLVS b) existimarunt, servitutes prædiorum urbanorum vel ideo pignori non posse, quia causa earum perpetua, pignus vero temporarium sit: verum & CVIACIVS c) pignorationi servitutum urbanarum, præter istam Iuris Civilis rationem obflare monet alteram, quia servitutes hæ

D non

a) Observation. Lib. VI. cap. 4.

b) In h. l. Confer. DION. GOTHOFREDVS ad eand. not. m).

c) Observation. Lib. XV. c. 6. Et iam ante CVIACIVM eandem sententiam defendit FRANC. CONNANVS Commentar. Iur. Civ. Lib. IV. c. 14.

non sint æque vendibiles, ac rusticæ, & hinc inutile foret earum servitutum pignus, cum alium vicinum emptorem non sit inventurum, inutile vero existat pignus, quod, non solvente debitore, alii vendi non potest. a) EM. MERILLIVS eam substituit, quam iam indicavimus, rationem: quia servitutes rusticæ fuerint res mancipi, non urbanæ: ergo illas tantum fiduciario pignore mancipari potuisse. Primus autem a recepta opinione recessit FRANC. DVARENVS b) atque servitutes prædio sive rustico, sive urbano iam constitutas, indistincte pignerari non posse statuit. Cum enim prædiis cohereant, c) adeoque dari, i. e. in creditorem transferri, nisi pignerato fundo, cui debentur, non possint: frustra talem conventionem fieri, si creditor a debitore hypothecam avocare nunquam possit. d) Hanc rationem tradere MARCIANVM, quamvis de urbanis tantum expresse loquatur. Aliam esse causam servitutis titulo pignoris quodammodo constituendæ, a domino prædii, eodemque debitore, tantisper dum fuerit exsoluta pecunia, quam debet creditori. Hoc fieri ita posse, non quidem summo strictoque iure, e) sed propter utilitatem, idque PAVLVM cum POMPONIO f) pronunciare. Et hic iterum nullam esse inter urbanas & rusticas servitutes differentiam, quamvis apud PAVLVM rusticarum tantum mentio fiat, loco exempli. Nam eandem esse in urbanis rationem, eum hæc pariter ac rusticæ precario concedi possint, auctore CAIO. g) At vero CIVI-

a) L. 4. D. de pign. act. l. n. C. de distr. pign.

b) Disputation. anniverf. Lib. II. c. 13.

c) L. 23. §. 3. L. 24. D. de serv. præd. rust.

d) L. 16. §. 5. D. de pignor. & hypoth.

e) Quia servitus ad tempus constitui non potest, L. 4. D. de Servit. L. 28. D. de Servit. urb. præd.

f) L. 12. D. de pignor. & hypoth.

g) L. 3. D. de precar.

CIVIS differentiam inter utrasque servitutes perquam evidenter calumnia eludi his, quæ DVARENVS disputat, acriter contendit. *Non incidissent, inquit, in istas salebras, si rationes iuris tenuissent.* Hæ sunt: primum, in hac quæstione usufructum separari a ceteris servitutibus, ut qui potest vendi, locari & pignerari a domino in corpore, quod eius est proprium, imo & ab usufructuario, cuius est solum ius utendi fruendi alieno prædio: a) quia fructus est, vel locare & pignori dare licere. b) Servitutes autem prædiorum rusticorum vel urbanorum a domino vel ab eo, cui debentur, etiam vendi possint, locari tamen non posse: c) quia omnis locatio fit ad tempus, & servitus ad tempus constitui non potest. Quod vero servitus locari non potest, accipiendum esse generaliter, ut nemo, v. c. neque dominus, neque is, cui servitus debetur, servitutem locare possit. At contra tam a domino, quam ab eo, cui servitus debetur, servitutem rustici prædii pignori poni posse: quia quasi fructus cuiuslibet rei est sive corporalis, sive incorporalis, vel pignori dare licere. d) Aliam enim esse rationem pignoris atque locationis: cum hæc lex semper pignori insit, ut distrahi possit in perpetuum, saltem debitore trina denunciatione convento. Servitutem autem urbani prædii neque a domino, neque ab eo, cui servitus debetur, pignerari posse utiliter: & rationem differentiarum esse: ut sit utile pignus servitutis, non tantum necesse esse, creditorem habere prædium vicinum, sed etiam, ut huiusmodi pignus alii vicino distrahi possit. Atqui creditori habenti ades vicinas, cui pignori concessum est ius tigni aut stillicidii

D 2

dii

-
- a) L. ii. pr. L. 15. pr. D. de pignor.
 b) L. i. pr. L. ult. D. de usur.
 c) L. 44. D. locat. cond.
 d) L. ult. D. de usur.

dii immittendi, non alium esse vicinum, cui ea servitus usui esse possit: cum econtra ius praedii rustici alii vicino distrahi possit, idque forsân magno alium vicinum redempturum esse, cum possit uno itinere pluribus patere aditus in suos fundos. Denique argumentum a precario refellit CUIACIUS: quia precaria possessionis utilitas, non, ut ius pignoris, in distractione consistit; ideo summa ratione differentiam servitutum in precario non servari.

§. XXIII.

DVARENI
sententia
a GALVA-
NO confir-
mata &
ab obie-
ctionibus
vindica-
ta.

Ivit tamen LVD. CHARONDAS a) in DVARENI sententiam; eandemque amplexus est FRANC. BALDVINVS, b) & postea praeclare confirmavit M. AVR. GALVANVS, c) in eo solum dissentiens, quod utrumque, MARCIANI & PAVLI, locum ad servitutis constitutionem pignoris contrahendi causa refert, ex intentione Compilatorum, qui hos textus, ut unam quaestionem tractantes, coniunxerint. Dominum itaque super suo praedio posse constituere pignus servitutis, non minus urbanae, quam rusticae, vel inde concludit, quoniam unusquisque potest praedium suum subiicere servituti, d) maxime si nihil desit ex his, quae sunt alioqui necessaria, ut pignus aut servitus valide constituatur, si non ex rigore, saltem ex aequitate. Ergo cum servitutes ex aequitate ad tempus imponantur, auctore PAPINIANO, e) & sint in commercio, & facultate vendendi creditori data a debitore constituyente, domini consensu vendantur, f) apparet, eas dicto modo pignori dari posse, & quidem non solum rusticas,

a) *Verisimilium Lib. I. c. 5. sect. 7.*

b) *De pignoribus, c. 12.*

c) *Dissert. Var. de Usufructu c. 39. n. 7. seq.*

d) *L. 1. D. commun. praed. L. 21. C. mand.*

e) *L. 4. D. de servit.*

f) *arg. §. 1. Inst. quib. alien. lic.*

cas, quod evidenter admittunt PAVLVS & POMPO-
 NIVS, sed etiam urbanas. Has enim posse aliis etiam
 vicinis utiles esse, & per consequens ipsas quoque per-
 inde ac rusticas esse vendibiles, ostendit Vir doctissi-
 mus exemplis servitutis altius non tollendi, ne prospe-
 ctus offendantur, & ipsius servitutis prospectum habendi,
 itemque servitutibus hauriendi aquam ex domo al-
 terius vel ducendi. MARCIANVM, porro monet, Iu-
 risconsultorum more, ad ea respicere, quæ frequentius
 eveniunt: a) cum utique servitutibus rusticis, velut
 itineris, actus, viæ, aquæductus, indigere possint plures
 vicini, non solum iuncti atque immediati, sed etiam
 disiuncti atque mediati, contra servitutibus urbanis ple-
 rumque indigere nequeant alii vicini disiuncti, imo &
 raro eveniat, ut eadem servitus & aliis vicinis iunctis
 ultra creditorem possit prodesse, exemplis servitutis stil-
 licidii, tigni immittendi, foraminis. Ergo MARCI-
 ANI sententiam esse, urbanas servitutes regulariter pi-
 gnori dari non posse, cum regulariter non sint vendi-
 biles, ceterum, si quæ urbana sit vendibilis, eam sub re-
 gula non contineri. Aliter omnino respondendam esse
 quæstionem, *an is, qui habet veterem servitutem iam*
constitutam, possit illam creditori suo dare pignori? Ad
 hunc casum pertinere locum MARCIANI, saltem ex
 veteri sensu & intentione ICI, non invitus concedit
 GALVANVS, ut ex eius sententia statuatur, dominum
 servitutis non posse illam pignori dare creditori suo,
 nec hypothecæ. Imo vero sufficere rationem ad intel-
 ligendum, non posse huiusmodi servitutem pignori
 dari. Cum enim initio hæc servitus concessa fuerit
 prædio debitoris, non posse hunc servitutem auferre
 prædio suo & transferre ad prædium creditoris: quia
 servitus, statim ac separatur a prædio dominante, extin-

D 3

gui-

a) L. 5. § seq. D. de Legib.

guitur & perit, tanquam amisso subiecto, cui ea qualitas inharebat: quodsi ea extincta ipse aliam eius loco velit constituere, & creditori concedere, id multo minus licere, quoniam super alieno praedio nemo potest imponere servitutem. Atque rationibus ita subductis, constat, plurimum hac in parte interesse inter servitutes rusticas urbanasve constitutas iam & constituendas, a) quod negabat CVIACIVS, non item differentiam esse inter servitutes rusticas & urbanas, quod Vir Summus defendebat. Denique, ut EM. MERILLIO etiam respondeat GALVANVS, accurate monet, non valere hanc illationem: Servitus urbana erat nec mancipi, ergo non poterat fiduciari. Fiduciam enim non solum per mancipationem, sed etiam per cessionem in iure contractam esse, quae locum habebat quoque in rebus nec mancipi, & speciatim in rebus incorporalibus, ergo & in servitutibus urbanis. Eleganter & hoc observat, MARCIANVM iungere pignus & hypothecam servitutum urbanarum & ex aequo utrumque removere ab istis servitutibus: ac in hypotheca non adhibebatur mancipatio, cum solo nudoque consensu contraheretur, & consequenter etiam in rebus nec mancipi. Addit, omnem antiquam rerum mancipi & non mancipi differentiam exulare iussam esse a Iurisprudencia IVSTINIANI. Ergo nec iuri novissimo, nec veteri convenit ratio differentiae servitutum a qualitate rerum mancipi & nec mancipi petita, & quam ipse MERILLIVS b) alias dubitanter protulit.

§. XXIV.

Iam ad locum MARCIANI ex libro singulari ad

Vestigi-
um Fidu-
ciae & em-

- a) Atque hanc distinctionem probat & sequitur quoque GER-
NOODT, *Comm. ad D. i. de pignorib. p. 439.*
b) *Commentar. ad Tit. D. de servit. ad l. 14. pr. ill. tit. in The-
sauro Iur. Civ. Tom. III. p. 645.*

formulam hypothecariam in L. XVI. §. ult. D. de pign. blema
 & *hypoth.* sistit nos WISSENBACHII a) eumque se-^{TRIBONIA-}
 cuti VLR. HUBERI b) opinio, latere in eo loco pi-^{ni in L. 16.}
 gnus fiduciarium, ut quod in se continuerit legem ^{§. ult. D.}
 commissoriam. Verbis autem: *Potest ita fieri pigno-*^{de pign.}
ris datio hypothecæque, ut si intra certum tempus non^{& hypoth.}
sit soluta pecunia, iure emptoris possideat rem, adiectam
esse a TRIBONIANO clausulam, quæ sequitur: iusto
pretio tunc aestimandam. His postremis verbis attem-
 peratum esse MARCIANI locum iuri novo, c) a
 CONSTANTINO, sublata lege commissoria pigno-
 rum, inducto, ita, ut si res non simpliciter addicatur
 pro pecunia credita, sed eo pretio, quod elapso tempo-
 re definitum fuerit boni viri arbitratu, tale pactum,
 quippe in quo nihil sit acerbi, valeat. At enimvero
 ad liquidum iam perducta res est, fiduciam nihil habu-
 isse commune cum lege commissoria, nisi hæc pignori
 fiduciario speciatim adiecta fuisset. Neque hunc MAR-
 CIANI locum ad legem commissoriam pertinere, lu-
 culenter ostendit Vir Summus, IAC. GOTHOFRE-
 DVS: d) quia scilicet res debitoris non simpliciter
 committitur, nec creditori absolute relinquitur, sed con-
 ditionalem esse venditionem, quanti ea iusto pre-^{o suo}
 tio aestimabitur: cum econtra lex commissoria sit, cum
 debitoris res seu pignus simpliciter committitur in vi-
 cem debiti, eique pleno & absoluto iure acquiritur,
 seu a debitore transfertur ad creditorem. Ergo nec
 vesti-

a) *Emblemat. Tribonian. ad h. l.*

b) *In Eumonia Romana, ad h. l. p. 732.*

c) FRANC. BALDVINVS in *Vita Papiniani*, hæc verba: IV-
 STO PRETIO TVNC AESTIMANDAM, adscribit PAPI-
 NIANO, quo libellos agente SEVERVS & ANTONINVS
 ita rescripserint, iustissimum pactum, quo lex commissoria
 corrigeretur, approbantes.

d) *Comm. ad L. un. C. Theod. de commissor. rescind. p. 255.*

vestigium Fidei, nec emblemata Triboniani in hoc loco vere later, qui propterea ex numero Emblematarum a WISSENBACHIO congestorum expungendus erit: nec nos ei diutius immorabimur.

§. XXV.

Vestigium Fidei in L. 23. §. 1. D. de pignorib.

Manifestum vero pignoris fiduciarum vestigium apparet in L. XXIII. §. 1. D. de pignorib. quae desumpta est ex MODESTINI Libro III. Regularum. Quod enim ibi tradit Iurisconsultus: *Pignoris obligatio etiam inter absentes recte ex contractu obligatur*: a) id omnino ad pignoris, quod ex contractu traditione rei constituitur, differentiam a pignore sub Fiducia contracto pertinet. Hoc enim non nisi inter praesentes fieri poterat, cum & mancipatio & in iure cessio, tanquam actus legitimi, praesentiam personarum contrahentium & solennia verba, tantum inter praesentes pronunciari solita, b) requirerent. At e contrario nudi pignoris obligationem etiam inter absentes, per nuncium, epistolam, procuratorem contrahi, MODESTINUS docet, translationem domini per mancipationem, vel in iure cessionem pignoris fiduciarum, diserte opponens obligationem ex contractu. Nec proinde pro verbis, ex contractu, reponendum erit ex conventionem, cum V. C. GER. NOODT, c) illud: ex contractu: incogitantia MODESTINI tribuente.

§. XXVI.

Vestigium Fidei in L. 12. pr. D. de distr. pign.

Eodem modo naturam pignoris a Fiducia diversam notat TRYPHONINUS in L. XII. pr. D. de distr. pign. quae est ex eius Libro VIII. Disputationum, ubi:

- a) Delocatione hac: *Obligatio obligatur*, vid. CL. BUKERUS de latinit. Iurisc. vet. p. 331.
- b) §. 12. Inst. de inutil. stipulat. L. 1. pr. & §. 1. D. de verb. oblig. L. 123. pr. D. de Reg. Iur. vid. GER. NOODT Observ. Lib. II. c. 8.
- c) Comment. ad D. t. de pignor. & hypoth. p. 434

ubi: *Rescriptum est*, ait, *ab Imperatore, libellos agente PAPINIANO, creditorem a debitore pignus emere posse: quia in dominio manet debitoris.* Attigimus iam differentiam hanc inter pignus nudum & quod sub Fiducia mancipatum, in Exercit. I. §. XVIII. Scilicet cum dominium non possit, nisi ex una causa, contingere, & quod nostrum iam est aut proprium, magis aut amplius nostrum fieri, ac proinde rei propriæ emptio consistere nequeat, a) creditori vero res fiduciaria iam per mancipationem aut cessionem in iure acquisita sit, fieri non potest, ut debitor creditori Fiduciam vendat: pignus econtra, quoniam in dominio creditoris non est, ei utique potest a creditore vendi & in solutum dari. b) Quare fallitur CL. SALMASIVS, c) dum verba PAVLI, *Fiduciam creditori a debitore vendi posse negantis*, explicat de nudo pignore, atque ex datione in solutum, d) cuius mentionem fecimus, effingit dominium a Principe impetratum, prout accurate monuit V.C. ANT. SCHVLTINGIVS, e) atque simul removit scrupulos, a GVIL. MASIO f) injectos, qui quidem in eadem opinione videtur harere cum IAC. RAEVARDO, g) Fiduciam vi & potestate fiduciaræ mancipationis ad creditorem pleno domini iure pertinuisse, pariter negante, ut propterea creditori, si fiduciariam rem distrahere non posset, opus fuerit Principa-

E

cipa-

- a) §. 10. *Inst. de Legat.* §. 14. *Inst. de Action. L. 14. §. 2. D. de except. rei iud. L. 159. D. de Reg. Iur. L. 4. C. de contr. empt.*
 b) L. 20. §. ult. *D. de pignor. act. L. 7. §. 6. D. de donation. int. vir. §. ux. L. 13. C. de pignorib. §. hypoth.*
 c) *De modo Usurarum c. 13.*
 d) *In d. l. 13. C. de pignorib.*
 e) *Ad PAVLI Sent. Lib. II. Tit. 13. §. 3.*
 f) *Singular. Opinion. Lib. III. c. 1.*
 g) *De Auctorit. Prudent. c. 5.*

cipali rescripto ad plenum eius dominium impetrandum fidemque remanicipationis extinguendam.

§. XXVII.

*Fiducia
vestigium
in L. 9. §.
2. D. de
supell. le-
gat.*

Nobile & elegans est, quod iam lequitur, vestigium Fiduciae in L. IX. §. 2. D. de Supellect. legat. quae est ex Libro VII. Responsorum PAPINIANI. Verba eius sunt: Supellectili sua omni legata, acceptum argentum pignori non continebitur, quia supellectilem suam legavit, utique si non in usu creditoris id argentum voluntate debitoris fuit, sed propositum propter contractus fidem & restituenda rei vinculum. Sensus PAPINIANI est: Si testator omnem suam supellectilem legavit, eo legato non etiam contineri, quae pignori accepta est, ne quidem, si in eius usu fuit voluntate debitoris; quia non ideo, quod in eius usu esset, eius fuit: sed si dominium quoque debitoris voluntate accepit, ut fit in Fiducia, legata omni sua supellectile, etiam pignori acceptam contineri, quem in modum iam C. VIA CIVIS a) ista verba de Fiducia intellexit, & plenius exposuit GER. NOODT, b) qui etiam pro verbis: si non in usu creditoris c) id argentum voluntate debitoris fuit, legit: Si non iuris creditoris &c. ita, ut ius nihil aliud sit, quam

- a) Ad PAPINIANI Responsores. libr. VII. ad b. l. Conf. SCHVLTING. ad PAVLI Sent. Lib. II. Tit. 13. §. 6.
b) Observation. Lib. II. c. 10. ubi SALMASII sententiam circa intellectum huius loci refellit.
c) Alias haec verba nodum neunt, quem nemo solverit. Pignus enim, quo creditor utitur suo periculo, voluntate debitoris, intelligi non potest, quamvis eiusmodi pignoris dominium quasi translatum esse in creditorem patet V. C. IAN. A COSTA ad §. 2. Inst. quib. mod. re contr. oblig. cum nulla iuris auctoritate tale quid nitatur, nec usus & periculum rei alicui per se conciliare aliquod dominium possint: uti monet SCHVLTING. l. c.

quam dominium, a) & sic planissima sententia existat : *Supellestiale sua omni legata, acceptum argentum pignori non contineri : utique si creditor dominium pignoris non accepit, contracta Fiducia : nam si hoc sit, magis creditoris esse ; adeoque Fiduciam eo legato contineri, pignus non contineri, quippe quod est debitoris, tanquam repositum, b)* sive ut CUIACIUS legit, *oppositum, ut NOODTIVS optime, depositum propter contractus fidem & restituendæ rei vinculum, seu, quæ ISIDORI c)* locutio est, *propter rem creditam.*

§. XXVIII.

Restat ex Pandectis L. XLV. de Reg. Iur. quæ *Vestigia* est ex VLPIANI Libro XXX. ad Edictum, in qua *Fiducia* *in L. 45. D. de Reg. Iur.* vestigia iam animadvertit IAC. GOTHOFREDVS. *Neque pignus, ait VLPIANVS, neque depositum, neque precarium, neque emptio, neque locatio rei suæ consistere potest. Privatorum conventio iuri publico non derogat.* Equidem GOTHOFREDVS tantum postremam legis partem pacto fiduciario aptandam censet, nimirum conveniri non posse, ut creditor Fiduciam pleno iure acquirat, sic, ut hyperocham restituere non cogatur : quemadmodum vice versa, si inter creditorem & debitorem convenerit, ut Fiduciam vendere non liceat, ex tali conventionione actio nasci non

E 2

pot-

- a) Ut apud PAVLUM Sent. Lib. I. Tit. 13. §. 7. *Eas res, quas quis iuris sui esse putat, petere potest : & Lib. II. Tit. 12. §. 1. Deponere possumus apud alium id, quod iuris nostri est vel alieni : & in L. 2. C. de reb. alien. non alienand.*
 b) In exemplari Florentino est : *propositum.* Sed pignus non proponi, aut reponi dicitur, verum deponi, ut apud PAVLUM L. 36. D. de condict. indeb. & Sent. Lib. II. Tit. 5. §. 1. & in rubrica 4. eiusd. libri, *de commodato, & deposito pignore fiduciave, ubi SCHVLTINGIVS.*
 c) Lib. V. Originum c. 25.
 d) Commentar. in Tit. D. de Reg. Iur. ad h. l.

potest. a) Sed & primam quoque partem, seu principium huius textus ad fiduciarium pignus pertinere, non dubitamus, cum illo *Libro trigesimo ad Edictum VLPIANVS*, ut ex coniunctis locis b) noscitur, de pignoribus egerit, atque ex hac regula iuris id omnino consequatur, quod *PAVLVS in Sententiis receptis* docet, & ad quod respicere *TRYPHONINVM* supra vidimus, c) *debitorem creditori Fiduciam vendere non posse*: quia scilicet non magis emptio, quam depositum, aut precarium, aut conductio (quod nomen in textu reponendum est pro *locatione*) rei suae consistere potest. Imo vero postremam legis partem huic sententiae optima ratione sic aptare licet: *privatorum conventionem iuri publico non derogare*, adeoque, etiam si per suppositam personam creditor pignus suum, (id est sub Fiducia sibi mancipatum) invito debitore comparaverit, emptionem non videri, & ideo quandocunque lui posse: *ex hoc enim*, ut *PAVLVS* d) inquit, *causa pignoris vel Fiduciae finire non potest*: quae ipsa verba nihil aliud, quam ius publicum fiduciarium pignoris & regulas iuris, quod nemo rei suae possit esse emptor, e) nec eiusmodi commentitiae venditionis callidum inventum subsistere debeat, f) manifeste respiciunt.

§.XXIX.

a) Vid. supra §. XIII.

b) L. 22. & 24. D. de pign. act. L. 3. D. de leg. commissor.

c) §. XXIII.

d) *Sent. Lib. II. Tit. 13. §. 4.*e) *SENECA de Benefic. Lib. V. c. 10. Numquid non demens videbitur, qui aliquid vendidisse sibi se dicit: quia venditio alienatio est, & rei suae iurisque sui in alium translatio.*f) L. 9. D. de reb. cor. qui sub tutel. L. 10. C. de distr. pign. L. 1. Cod. Theod. de integr. restitution. L. ult. C. si advers. vendition. Vid. *CYRACIUS & SCHULTINGIUS ad PAULI Sent. l. c.*

§. XXIX.

Iam in Codice Imperialium Constitutionum, a quo *Fiduciae vestigia* sicut Constitutiones superfluas & inusitatas repetita *vestigia* praelectione separavit IMP. IVSTINIANVS, a) ita *quedam in Codice* exigua tantum Fiduciae quaedam vestigia in illo relicta. *IVSTIN.* Equidem tres priores Constitutiones Tituli *de pignoratitia Actione*, quæ singula de fructibus ex pignore perceptis in sortem imputandis & superfluis restituendis, & danis a creditore reparandis tractant, æque nudo pignori, ac fiduciario conveniunt, ut proinde non sit, cur illis immoremur. Rescriptum vero DIOCLETIANI & MAXIMIANI in L. IX. eius Tituli utique differentiam nudi pignoris a Fiducia declarat ab initio, verbis: *Pignus in bonis debitoris permanere, ideoque ipsi perire, in dubium non venit*: quam diversitatem eiusque rationem iam satis explicatam dedimus. Prorsus denique de servis sub Fiducia mancipatis agere videtur IMP. ALEXANDRI Rescriptum, L. II. C. Si vendito pignore agatur, Aemiliano datum in hæc verba: *Servos, quos nullo iure a creditore venisse dicis, pater tuus, vel tu, si hereditas eius ad te pertinet, a possessoribus petere potes. Quodsi usucapri sunt, petat pater tuus pretium eorum a creditore, qui non iure eos vendidit.* Et acute monuit CVIACIVS, b) in huius Rescripti secunda parte haud temere omissa esse verba: *vel tu*, quæ sunt in prima parte posita: *pater tuus, vel tu a possessoribus petere potes.* Nimirum pertinet Rescriptum ad eum casum, quando pignus fiduciarium non iure, i.e. omisiss, quæ fieri debent, denunciationibus a creditore venditum. Tunc enim, ut supra c) ex PAVLO vidimus, heredibus debitoris, qui ratam

E 3

ven-

a) *Const. de emendat. Cod. D. Iustiniani, & secunda ei. editione, §. 3. 4.*

b) *Observation. Lib. VII. c. 26.*

c) §. XII.

venditionem non fecit, actio adversus creditorem non datur. Quare Imperator rescripsit, si propter usucapionem a possessoribus completam rei vindicatio locum habere nequeat, pretium petere posse debitorem a creditore, qui non iure vendidit, non item debitoris heredem, cui rescribitur: sed huic in prima Rescripti parte concedit rei vindicationem, quæ creditorem ab emptore suo conventum evictionis præstandæ necessitati subiicit: quippe ad pignoris evictionem tunc deum non tenetur creditor, quando iure venditionem suscepit. a)

§. XXX.

*Fiducie
mentio in
Legibus
Lango-
bardorum.*

Cum in Codice Theodosiano extaret Fiducia Constitutione ARCADII & HONORII firmata: b) mirandum non est, eam apud illos populos saltem nomine tenus cognitam & in Legibus eorum commemoratam esse, qui Codici Theodosiano tantum auctoritatis & honoris detulerunt, ut huius usum non modo con-
cesserint provinciis Romanis a se occupatis, sed etiam ex eo haud pauca in consuetudines legesque suas adsciverint. Hinc enim est, quod in Legibus Langobardorum habetur de Fiducia in *Lege CLXXIV. ROTHARIS REGIS*: c) *Ipse autem, qui garathinx suscepit ab illo, quicquid reliquerit donator in diebus obitus sui, habeat licentiam in suum dominium recolligere, & debitum creditoribus solvere, & ab aliis requirere, ET QVOD IN FIDUCIAE NEXV POSITVM EST, REDDAT, ET REQVIRAT REM IN FIDUCIAE NEXV*

- a) L. u. §. 16. D. de action. empt. L. 1. & 2. C. creditor. evi-
sion. pignor. non debet.
b) L. 9. C. Th. de infirm. his quæ sub Tyrann. Valeat omnis
mancipatio Tyrannicis facta temporibus - - pignoris atque
Fiduciae obligatio perseveret.
c) Apud MYRATORIVM, *Rer. Italic. Scriptor. Tomi I. Par-
te II. Alias est Legum Langob. Lib. II. Tit. XV. lxx 3.*

NEXV POSITAM. Et in LVITPRANDI REGIS Legum Libro VI. Lege V. a) *Si infans, dum infra etatem est, res suas cuiusque vendiderit, aut INFIDV- CIAVERIT, & postea quum in legitimam etatem per- venerit, chartam ipsam secundum legem irrumpere vo- luerit, & in rebus ipsius introire, non habet potestatem qui emit, aut INFIDVCIAVIT, qui dederit, requi- rendi. Quia quando comparavit, aut INFIDV CIA- VIT, tunc debuit prospicere; quia puer ipse infra eta- tem erat, & contra legem faciebat. Propterea consti- tutum est, ut qui intra etatem fuerit, minime vendere aut INFIDVCIARE possit. Et talem causam eum habere dicimus, qui emit, aut INFIDVCIAVIT, qua- lem & ille habere videtur, qui de servo, aut aldione emere aut INFIDVCIARE dignoscitur. Prior Lex loquitur de donatione universitatis, sive omnium bo- norum, b) & donatario sicut facultatem credita exi- gendi, & quod sub Fiducia nexu positum reluendi at- tribuit, ita obligationem debita solvendi, & quod sub Fiducia nexu positum est, reddendi imponit. In alte- ra Lege *insiduciare* tam active, quam passive, tam de minore suam rem Fiducia obligante, quam de credi- tore eam accipiente dici videmus.*

§. XXXI.

Sed vero, licet in illis Langobardorum Legibus *Fiducia* pariter ac in Capitularibus Regum Francorum c) & char- ^{nomen pi-} ^{gnus mu-} ^{tis} ^{dum apud}

a) Apud eundem. Est alias *Lib. II. Tit. XXIX. lex 2.*

b) Talem donationem enim notat verbum *garathinx*, ex Ger- manico *gar*, *prorsus, omnino, omne*, & Longobardica vo- ce *Thinx*, *donatio*, compositum. Vid. DV FRESNE in *Glossar. v. Garathinx.*

c) *Capitula data Presbyteris*, apud STEPH. BALVZIVM in *Append. ad Capitularia, cap. 9.* Nullam habeat potestatem quolibet modo alienandum, neque INFIDVCIANDVM, ne- que venundandum.

Langobardos & Francos notavit.

tis antiquis a) extare videamus nomen *Fiducia* & verbum *infiduciare*: minime tamen *Fiduciam* Romanorum, i. e. pactum mancipationibus pignoris causa factis adiectum, Langobardis, aut Francis, aut aliis gentibus Germanicis receptam fuisse inde colligemus. Neque enim difficiles istas mancipationum solennitates vel Langobardis vel aliis originis Germanicae populis placuisse atque in leges vel usum eorum ivisse usquam apparet: quin potius sicut *mancipationis* b) nomen venditioni publicae, sive *auctioni* apud Langobardos inditum noscimus, ita *Fiducia* nomen cuicunque pignori applicatum esse, rectius dicetur: id quod etiam promiscuus fere verborum *Pignoris* & *Fiducia* usus apud Interpretem Sententiarum PAULI & apud Auctorem incertum *Consultationis Veteris* haud parum confirmat. Ac ne quem suspensum teneat auctoritas GYNDLINGII, c) non dissimulabimus, eum praesidii suae sententiae querendi causa excitasse Legem ROTHARIS CLXXXIII. d) sed in qua non, ut Vir Celeberrimus exhibuit, *VENDERE ET LOCO PIGNORIS*, verum: *VENDERE AUT LOCO PIGNORIS ponere* legitur: adeoque non venditio pignoris causa facta, sed oppignoratio venditioni opposita in hac lege memoratur. e)

§. XXXII.

- a) Charta Sicardi Principis Beneventani in Chronico S. Sophiae: *Res illas - - quas Allo liber homo infiduciavit, aut in pignus tenuit a servis nostri Palatii.* In charta anni MLIII. apud PURICELLVM: *In beneficium dare, sive per pignus infiduciare.* Vid. DV FRESNE in Glossar. v. *infiduciare*.
- b) In Lege ROTHARIS CCXXX. ubi vid. MVRATORIUS. Conf. DV FRESNE, v. *mancipata*.
- c) *Sched. de iur. oppignor. territor. §. 75.*
- d) Alias Leg. Longobard. Lib. II. Tit. XV. lex 2.
- e) Multo minus in *Libris Feudorum* aliquod *Fiducia* Romanae vestigium querendum est, quamvis tale quid I. F. 29. de

§. XXXII.

Quorsum vero hæc? Nimirum ut intelligatur ^{Conven-} tandem differentia inter Fiduciam, quam exposuimus, ^{tionis Fi-} ducta Ro- Romanorum, & fiduciarium pactum, quod est Iuris ^{manorum} Gentium, usu exigente & humanis necessitatibus tale ^{similes, ab} quid suadentibus, apud plerasque Germaniæ, imo Eu- ^{illa non} ropæ gentes ab antiquo usitatum ac in diversis negotiis ^{repeten-} & contractibus receptum. Translationem enim do- ^{da.} minii temporariam sicut necessitates variæ sapius extorquent: ita pactum de restituenda atque interea fideliter curanda re hoc modo alienata servandum, periculum vero & infortunium rei in dominium alterius translata ad accipientem pertinere, dictamen rationis humanæ iubet. Ut propterea frustra sint Viri Docti, qui omnes alienationes sub pacto de restituendo fieri solitas ac inde venientem periculi & casus fortuiti præstationem in Germania a) & Gallia b) a Fiducia Romanorum repetere voluerunt, & verissime SHILTE- RVS domesticæ Saxonum prudentiæ legislatoriæ adscripserit illud Fiduciæ simile IVRIS SAXONICI c) placitum de dominio ac periculo pignoris & commodati. d) Imo vero Germani olim in pluribus negotiis

F

fidem

de feudo dato lege commissoria, deprehendisse sibi visus sit CUIACIUS ad h. t. fiduciam sub lege commissoria intelligi putans.

- a) STRAVCHIVS de Oppignorat. rer. Imper. c. 5. §. 13. SPI- TZIUS de Oppignorat. Iur. Part. II. c. 4. §. 8. GUNDLINGIUS cit. sched. §. 74. Hic tamen dubitanter.
- b) GUIL. BYDÆVS Annotation. ad Pand. fol. 19.
- c) Ius Sax. Provinc. Lib. II. art. 24 & art. 60.
- d) Optime indicat CL. POTGIESER l. c. §. 16. Inde tamen firmiter non sequitur, Germanos in pignore suo Fiduciam Romanam imitari voluisse. Id tanto conspectius est, quod clarius constat, Germanorum contractum pignoratitium a Fiducia Romanorum in multis diversum esse. In pignore Ger-

fidem restituendi in temporario dominio excoluerunt; sed quæ omnia fuerunt moris atque instituti mere Germanici: & huc pertinent tutela legitima, eaque fructuaria, a) itemque cura bonorum absentis, b) feuda oblata, c) feuda fiduciaria a pignoratitiis diversa, d) & investitura atque possessio vicaria. e) Vnde frequens in chartis vetustis Germanorum formula: *Ad fidelem manum tenere*. f) Quis autem hæc iura, hodieque

Germanico omnes fructus & proventus creditori cedunt, quod in Fiducia secus erat, ubi in sortem imputabantur, eamque minuebant. Itaque potius tenendum erit, istiusmodi contractum inventum esse proprium Germanorum. Qui aliter sentiunt, eos oportet stupiditatem gentis nostræ profiteri, quasi ex propria ratiocinatione eiusmodi contractum formare haud potuisset, sed opus habuerit eundem a Romanis mutuo sumere, & in mores suos transferre.

- a) Quam luculenter exposuit DN. DE LÜDEWIG singulari Dissertatione de Tutela fructuaria.
- b) De qua PRAESES in programme Lipsiensi, quo cura feudi absente Vasallo successoribus in feudo proximis affecta.
- c) Vid. HERTIVS de Feudis oblati part. II. §. 32.
- d) Vid. SCHILTER. Comment. ad Ius Feud. Alem. c. XCVII. §. 1. seq. GYNDLING. cit. sched. §. 89.
- e) Qualis investitura vicaria sit provasallo, dem Lehn-Träger, non tantum in feudis, de qua actum in Dissert. Vitembergenſi de Provasallis, sed etiam in bonis feudo vicinis, & ubi traditio bonorum immobilium iudicialis adhuc obtinet, in allodiis liberis. Investitura provasalli haud raro coniuncta est cum vicaria feudi possessione, ut in feudo tutelari & feudis universitatum. Vid. dicta Dissert. §. 12. 19. & 24.
- f) Dabimus insigne formulæ huius exemplum e reliquiis, quas possidemus, Diplomatarii Vetro-Cellenſis, cuius iacturam SCHLEGELIVS & KNAVTHIVS in historia inelyti illius monasterii haud parum doluerunt. Sunt vero literæ Reinhardi & Theodorici de Honsberg, qui se villam suam Abbati & conventui vendidisse testatum facientes, & solutum sibi pretium confessi, sese dominio utili prorsus abdicant, vi-

que Germanis maximam partem usitata, putet a Fiducia Romanorum arcessenda, nisi qui, rerum Romanarum & patriarum parum rectis notionibus aduersus, ex eorum sit censu, qui minima similitudine decepti nil nisi mera instituta Romana ubique in Germania vident, &, quod suspicantur, vigilantes somniant.

vicaria tantum vasallagii functione retenta. Nos Reinhardus de Honsberg, nec non Theodericus iunior filius Friderici militis dicti de Honsberg in presenti pagina publice recognoscimus & fatemur, quod venerabili Dno Cunrado Abbati in Cella sancte Marie & ipsius conventui unanimi cum consensu & bona voluntate nostra rite & rationabiliter villam nostram, que ad sanctum Michaelem dicitur, sitam circa villam Erhwigisdorf cum omnibus iuribus & consuetudinibus, utilitatibus ac aliis attinentiis ad presatam villam pertinentibus pro centum sexagenis latorum grossorum vendidimus perpetuo possidendam, & memorate centum sexagene a Dno Abbate & conventu Monasterii predicti nobis totaliter sunt persoluite. In presata igitur villa omnimodis nichil iuris ac proprietatis nobis reservamus, nec reservare volumus, nisi ad ipsius Abbatis & conventus instantivam petitionem iura feudalia, que teutonice dy leyn dicuntur, sine doli vel alicuius mali admixtione fideliter in manibus nostris sive ad fidelem manum tenere volumus, nichilque nobis iuris vel consuetudinis in eadem villa conservando, sed prenominato Abbati & conventui ad possidendum, gubernandum, utfruendum tam diu, donec a Dno Marchione appropriacionem seu incorporacionem sepe nominate ville valeant obtinere. Et pro eadem incorporacione consequenda & optinenda presatum Abbatem & conventum coram Dno Marchione nostris amicorumque nostrorum precibus fideliter promittimus adiuvari. Ut igitur &c. Anno Dni MCCCXLVIII. V. die mens. Februarii. Vernacula formula: In treuen Händen tragen, in literis investiturarum saepius occurrit. Vid. Cl. LVNIGII Corp. Iur. Feud. Germ. T. II. p. 1075. & p. 1273. Inter formulas meierdingicas hodieque est: Sich eine treue Hand setzen lassen. Vid. Conf. I. W. GERICKEN Spicilegium ad SCHOTTELI Tr. de Singularib. Germ. iurib. in Append. 3. p. 184.

ADDENDA.

I. Iam ante SALMASIVM, quem IAC. GOTHOFREDVS notavit, (vid. *Exercit. I. §. II. not. d*) FOPPIVS AB AEZEMA *Dissert. Iur. Civ. Lib. I. c. 22.* Fiduciam putavit a fide dictam pro pignore: quia creditor accepto pignore confidentior reddatur, & quasi pignus fidem illam, quæ debitori non habita fuit, creditori præstet, *L. 12. §. fin. D. de furt. quare & ROETHIVM*, quod in *Commentar. in Topic. Ciceronis* falsam Fiduciæ descriptionem dederit, & GVIL. BVDAEVIVS, quod sit eam secutus, reprehendit, ac *Fiduciam nihil aliud esse*, pronuntiat, *quam fidem pignoris*.

II. Mira sunt, parumque cohærentia, quæ FRANC. HOTMANNVS ad *Orat. Cic. pro Q. Rosc. Com. c. 6.* commentus est de Fiducia: *Esse contractum, quo fidem alterius secuti, rem ei aliquam simulandi tantum causa mancipamus.* Fiduciam igitur, ut mox subiicit, tum dare dicimur, quum eius fidem, qui nobis iure civili obligari non potest, sequimur. Rectius vero de Fiducia pignoris sentit, ubi differentiam eius a lege commissoria pignorum exposuit contra CUIACIVM, *Epitom. in Pand. Lib. XX. §. 7. seq.* eoque loco etiam observavit, Fiduciam post CONSTANTINI Constitutionem, qua lex commissoria sublata, permanuisse ad ARCADII & HONORII ætatem.

III. Quod ANDR. TIRAQUELLVM & FRID. TAVEMANNVM de locis CICERONIS pro *Rosc. Com. c. 6. & pro Cecina c. 3.* observasse diximus *Exercit. I. §. XV.* FRANC. BALDVINVS iam animadvertit, depositum a CICERONE sub nomine Fiduciæ intelligi, *Cateches. Iur. Civ. Cap. 4. §. 34.* Confer. GVDLINGIANA *Part. II. Obs. 8. §. 5.* ubi GRAEVIVS, in not. ad *Orat. pro Q. Rosc.* contra sentiens, merito notatur.

IV. Verbum *Fiduciare* in loco TERTVLLIANI de *Idololatria c. 23.* *Pecuniam de ethnicis mutantes, sub pignoribus fiduciari, iurati cavent*: utique pignus sub Fiducia mancipatum significat, non pignus nudum, ut IAC. PAMELIO videtur, qui tamen recte legit: *mutantes sub pignoribus fiduciatis.* Vulgarem lectionem secutus est CHRISTOPH. COLERVS in *Parerg. libr. sing. c. 25.*



Helmstädt, Diss., 1732-33

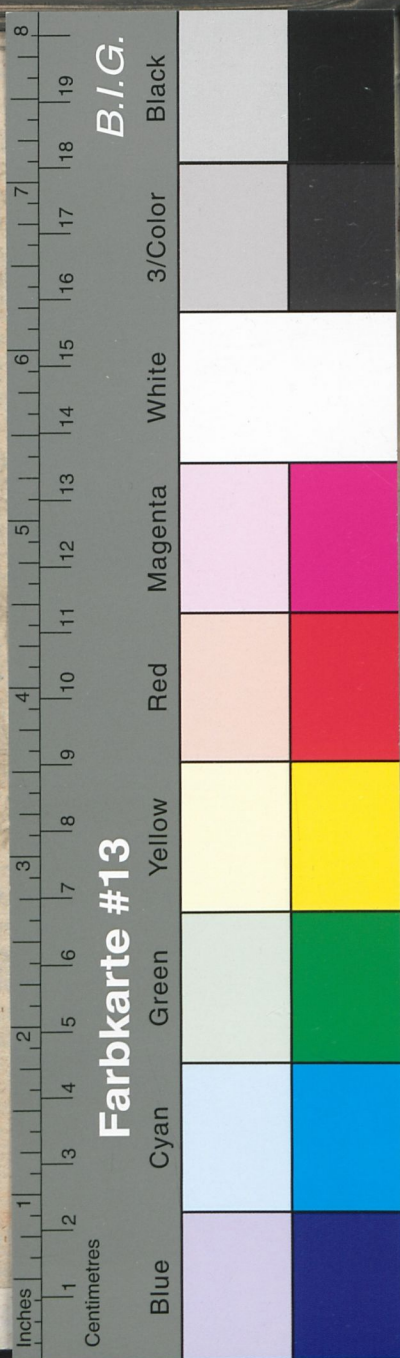
ULB Halle
004 335 554

3



7
5b.

VD 18



16.

Bi. 21. num. 3

1733, 1. 11

DE
PACTO FIDVCIAE
EXERCITATIO II.

QVAM
PRAESIDE
D. FRANCISCO CAROLO CONRADI
IN ACADEMIA IVLIA PROF. PVBL. IVR.
ORDIN.
IN IVLEO MAIORI
A. D. AVGVSTI MDCCXXXIII.
AD DISPV TANDVM PVBLICE PROPONET
FRIDERICVS BENEDICTVS KVBEL
HALBERSTADIENSIS.

HELMSTADII,
TYPIS PAVLI DIETERICI SCHNORRII
ACAD. TYPOGR.

