



9

*P. 5. 68.
Pri. 9. num. 55.*

DISSERTATIO IURIDICA INAUGURALIS
DE

1747/3

18

**BENEFICIO EXCVSSIONIS
POSSESSORI HYPOTHECAE SPECIALIS
NON COMPETENTE**

P. 194

QVAM
ILLVSTRIS IVRECONSULTORVM ORDINIS
AVCTORITATE

PRAESIDE
**FRANCISCO CAROLO
CONRADI**

SERENISSIMO BRVNOVICENSIVM AC LVNEBVRGENSIVM
DVCI A CONSILIIIS AVLICIS ANTECESSORE IN ACADEMIA
IVLIA CAROLINA ORDINIS IVRECONSULTORVM
SENIORE ET H. T. DECANO

**PRO LICENTIA
SVMOS IN VTROQVE IVRE HONORES
CAPESSENDI**

IN IVLEO MAIORI

AD D. XXI. SEPTEMBRIS MDCCXXXVII.
HORIS CONSVETIS ANTE ET POST MERIDIEM
PVBLICAE DISQVISIONI

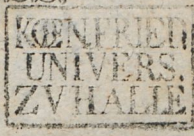
SVMITTIT

HENRICVS CHRISTOPHORVS REDEKER
HAGA SCHAUMBVRGICVS.



HELMSTADII

TYPIS PAVLI DIETERICI SCHNORKII, ACAD. TYPOGR.





DE
BENEFICIO EXCVSSIONIS
POSSESSORI HYPOTHECAE SPECIALIS
NON COMPETENTE.

I.
IVS NATVRALE HYPOTHECARVM.



Res ipsa loquitur, creditorem, qui sine pi-
gnore fidem habere noluit, magis pi-
gnus, quam debitoris personam spe-
ctasse, eoque securitatem crediti sibi
quaesuisse. Vere non minus, quam
argute MARTIALIS *Lib. XII. Epigr. 25.*
agrum oppignoraturn pro se spondere, et creditorem
non sibi, sed praedius suis, fidem habere dixit:

non

A 2

Quum

*Quum rogo te nummos sine pignore, non habeo,
inquis,*

Idem si pro me spondet agellus, habes.

Quod mihi non credis, veteri, Thelesine, sodali,

Credis colliculis arboribusque meis.

Quumque valde incommodum sit debitoribus, mutuum pecuniam sumentibus, statim decedere possessione rerum suarum, quibus creditori caueatur: vsu exigente et humanis necessitatibus inualuit, vt fundi, aedes, agri adsignentur, ex quibus, solutione non facta, suum nancisci possit creditor, et quae sine traditione obligata sint ipsi maneantque, etiamsi debitor in alium transfulerit rem obligatam. HYPOTHECAE vocabulum in hoc pignoris genere receptum est, ad significandum, rem, licet non traditam, tamen ὑποτεθεισῶν, *suppositam* creditori esse, h. e. pignoris nexu, cum ipsa re ad quemlibet possessorem transeunte, deuinctam. Etenim, secundum naturalem rationem, tale ius ipsi rei inhaerens solo etiam consensu et pactione induci posse, constat. PVFENDORE *de Iur. Nat. et Gent. Lib. V. c. 10. §. ult.* SCHILTER. *Exercit. ad Pandect. XXXIII. §. 2.* Perill. L. B. de WOLFF *Iur. Nat. Part. V. §. 1143. seqq.*

II.

ACTIO HYPOTHECARIA IVRE PRAETORIO
INTRODVCTA.

Non

Non tamen tulerunt veteres iuris Quiritium regulae, ut ex hypotheca, nudo pacto constituta, supereretur in rem actio adversus quemcunque possessorem: quum creditor non posset rem suam dicere, pignori nuda conventionione obligatam. Itaque, ut creditor dominium, ex eoque in rem actionem, confereretur, oportebat rem ei ex iure Quiritium mancipari, aut apud Praetorem in iure cedi, contracta fiducia, i. e. addito pacto, ut res, debito persoluto, remaniparetur. Illo deinde iure, quod Praetor supplendi et corrigendi iuris civilis gratia, propter utilitatem publicam, introduxit, pignorum quoque ius ad naturalem simplicitatem reuocavit. Etenim quum fiducia illa mancipatio et in iure cessio plurimum incommodi haberet, ceu docte animadvertit GER. NOODT *Observ. Lib. II. c. 3. et Comm. ad Pand. p. 432.* receptum est, ut, quemadmodum, fiduciaria mancipatione aut cessione in iure facta, poterat creditor pignus, quasi dominus, iure civili vindicare, ita, si res nudo pacto esset obligata, ius in re atque facultatem haberet creditor rem sibi obligatam a quocunque possessore repetendi, quamdiu non solutum esset debitum, neque pro eo satisfactum. SERVIO, quisquis ille fuerit, aequitatis consultissimo Praetori, hoc debetur, qui Edicto promissit, servaturum se hypothecas, nuda conventionione in rebus coloni inuectis, inductis, illatisque constitutas.

tutas. Vnde ACTIO SERVIANA substantiam cepit, ad
persequendas res illas pro mercedibus fundi obliga-
tas: cuius ad exemplum, *l. 1. C. de precar.* ACTIO
QVASI SERVIANA a Iureconsultis formata, qua cre-
ditores pignora hypothecae quascunque persequen-
rentur, inde HYPOTHECARIA vocata, §. 7. *Inst. de Act.*

III.

LIBERVM CREDITORI FVIT AGERE CONTRA PI-
GNORIS POSSESSOREM, NON EXECVSSO
DEBITORE.

Haec origo, haec ratio iuris in re competentis cre-
ditori, *l. 19. pr. D. de damn. inf.* et actionis de pi-
gnore iure honorario pacto nascentis, *l. 17. §. 2. D. de
pact.* quae proinde, vt natura actionis in rem postu-
lat, aduersus quemlibet possessorem datur. Neque
distinguit Praetor, vtrum creditor personali actione
prius egisset aduersus debitorem, an vero hypotheca-
ria actione statim peteret rerum a debitore pignora-
turum possessorem. Fuit itaque relictum arbitrio et
electioni creditoris, an, solutionem differente debi-
tore, ipsum prius conuenire et excutere, an posses-
sorem hypothecaria actione pulsare mallet. Liberum
hoc illi fuisse, non solum ex eo intelligitur, obser-
uante FRANC. BALDVINO *de pignor. et hypoth. c. 14.*
quod SCAEVOLA in *l. 19. D. qui pot. in pign. memi-
nit*

nit creditoris hypothecarii, qui quum posset debitoris heredes idoneos conuenire, fundi tamen oppignorati possessorem impetiit: sed euidentissime appareret ex rescriptis Imperatorum DIOCLETIANI et MAXIMIANI, quibus id iuris certi esse, declarant. Ita enim illi in l. 14. C. de pignor. et hypoth. Distractis a debitore pignoribus, creditores potestatem habere, virumne personali obligatos sibi, an pignora possidentes in rem actione conuenire velint, non est incerti iuris. Et in l. 24. C. eod. Persecutione pignoris omissa, debitores actione personali conuenire creditor urgeri non potest. Iidem in l. ult. C. de oblig. et act. rescripserunt: Est in arbitrio vestro, personali debitoris heredes actione, an eum, qui ab his distracta sibi tradita pignora tenet, in rem Seruiana, si non longi temporis praescriptione munitus sit, an utrosque conueniatis. Ita vero omnino et naturalis et ciuilis ratio iubebat: quoniam, hypotheca constituta, vt diximus, magis rei, quam debitori, creditur, et rei creditori suppositae obligatio transit ad quemuis possessorem, neque causa pignoris mutatur, quum res creditoribus obligata alienatur, l. 4. C. de euict. imo natura hypothecariae actionis ita poscit, vt, si creditore non remittente pignus, debitor ea, quae illi obnoxia sunt, venundedit, integrum et promptum creditori ius sit ea persequi, l. 1. C. de precar.

III.

DVBIA EX L. X. C. DE PIGNOR. ET HYPOTH. ET
EX L. XXXXVII. D. DE IVR. FISCO
REMOVENTVR.

Non obstat, quod in l. 10. C. de pignor. et hypoth. iidem, quos paulo ante nominauimus, Imperatores rescriserunt: *Debitorum praesentes prius denunciationibus conueniendi sunt. Igitur si conueni debito satis non fecerint, persequenti tibi pignora seu hypothecas, quas instrumento specialiter comprehensas esse dicis, competentibus actionibus Reclor prouinciae auctoritatis suae auxilium impartiri non dubitabit.* Humanitatis tantum et vrbانيتatis eas denunciations esse, non necessitatis, nisi dies non statuta fuerit ad soluendum, recte ACCVRSVS notauit. Aliud quippe est, nude tantum denunciare debitori, vt soluat, eumque interpellare, vt constituatur in mora, citra quam vt hypothecaria actione res auocetur, vtique non fuit permittendum, aliud excutere prius debitorem instituta actione personali, quam ad pignoris possessorem deueniri possit. Idemque in tacita hypotheca non minus, quam expressa, obtinuisse, contra ANT. FABRI argutias de Errorib. pragmat. Decad. V. err. 9. docet BACHOVIVS de pignor. et hypoth. Lib. III. c. 17. n. 1. Quod vero, si fiscus persequeretur hypothecam, ex decreto Imperatoris placuit, prius debitorem eiusue heredes conueniri debere, in reliquum, possessorem omnem, referen-
te

te PAVLO in *l. 47. D. de iur. fisc.* id benignitate Principis, fisco suo ne ius quidem commune tribuentis, vt *sub bono Principe malam plerumque fisci causam esse*, PLINIUS in *Paneg. c. 36.* dixit, contra regulas iuris ita decretum esse, haud obscure significat ipse PAVLVS in *d. l. aequum putasse Imperatorem*, dicens. Hoc igitur ius fisci, vt BALDVINVS in *Iustiniano, ad Nouell. IIII.* et NOODT *comment. ad Pand. p. 441.* obseruant, prorsus singulare fuit: quod male ad iuris antiqui regulam refert CUIACIUS in *exposit. Nou. IIII.* quam semper secutum esse fiscum, priuatos autem eo iure vti desuisse contendit, sine omni iuris auctoritate, imo contra manifestam iuris auctoritatem.

V.

LIBERA QUOQUE ELECTIO FUIT, SI FIDEIUSSORES
PRAETER PIGNORA DATI.

Solent saepe creditores, ne pignore quidem contenti, accipere fideiussores praeter rem sibi obligatam, dum curant, vt diligentius sibi cautum sit. Et tum quoque, si cui *praedibus praediisque*, secundum veterem formulam, cautum esset, libera olim fuit electio conueniendi reum principalem, vel fideiussores, vel possessores hypothecarum, nisi aliud conuenisset, *l. 2. et 5. C. de fideiuss.* vel simul eodem tempore, in solidum, aut diuisis actionibus, *l. vii. C. de oblig. et act. l. 3. §. vii. D. de duob. reis, l. 13. §. 4. D. de pignor. sudis*

B

et

et hypoth. Quin et variandi facultas ei fuit, atque, vno electo, ad alium transeundi, l. 23. et 25. l. ult. C. de fideiuss. l. 56. D. mand. Nouo demum iure, constitutionibus Principum, id inductum esse, putat CUIACIUS. Legem enim antiquam, cuius meminit IUSTINIANVS in Nouella IIII. pr. fuisse, ait, quae prius conuenire iusserit debitorem pecuniae creditae, quam accessiones. Verustissimam eam legem, conicit, esse legem XII. tabularum: quoniam CICERO ad Attic. Lib. XII. epist. 14. et 17. demonstrat, sponsorem i. e. fideiussorem conueniri non posse, si reus locuples sit, et Lib. XVI. epist. 15. moneat, sponsores Dolobellae, si appellentur, litem non contestaturos, quo facto illi, Dolobella existente locuplete, liberentur. Verum enim vero, quum legibus XII. tabularum aduersus pignoris possessorem tertium nulla fuerit actio, Seruiano Edicto demum introducta, sane constat, nihil in tabulis Decemuiralibus caueri potuisse, de principali reo excutiendo, antequam ad pignoris possessorem veniretur. Imo vero nec fideiussoribus fauere passus est priscus iuris Quiritium rigor, qui fidem in negotiorum contractibus, maximeque in pecuniae mutuatitiae usu atque commercio, sanxerat, vt ait SEX. CAECILIUS Iureconsultus apud GELLIVM Noct. Attic. Lib. XX. c. 1. Et notum est vetus illud: Sponde, noxa praesto est. Rectius forsitan legem Petilliam Papiariam de obaeratis, anno V. C. CCCCXXXVII. latam, dum ea debitoribus subue-

subuenit, *vt pecuniae creditae bona eorum, non corpus obnoxium esset*, teste LIVIO *Lib. VIII. c. 28.* miseriam quoque fideiussorum alleuasse, et, *vt debitor pecuniae creditae prius excuteretur, cauisse, ad eamque legem antiquam IVSTINIANVM respexisse, non sine specie dicetur.* Neque vero IVSTINIANVS memorat legem veterem, quae debitorem ante pignoris possessorem conuenire iusserit: sed tantum illud ius antiquum reduxit, *dict. Nou. c. I.* *vt debitor principalis prius, quam fideiussores, mandatores, sponsores conueniantur, modo debitor sit praesens, aut fideiussor absentem debitorem intra datum a iudice tempus arcessat iudicioque sistat: quum alias acerbum sit, creditorem mittere alio, quum possit mox intercessorem, aut mandatorem, aut sponsorem exigere.*

VI.

QVOD MUTATVM A IVSTINIANO, ET VT DEBITOR
ET FIDEIVSSORES ANTE PIGNORVM POSSESSORES
EXCVTIANTVR, CONSTITVTVM IN
NOVELLA IIII.

Quae quum ita sint, non ius antiquum reuocauit, sed nouum plane introduxit, dum in *Nouella IIII. c. 2.* constituit Imperator, *vt prius agatur personali actione aduersus debitorem et accessiones, fideiussores, mandatores, sponsores, quam hypothecaria intendatur aduersus extraneos possessores hypothecarum, et prius agatur aduersus extraneos possessores*

rerum fideiussoris, sponforis, aut mandatoris. Cuius constitutionis ratio utique fuit, quod aequitas poscere videbatur, ut illi prius excuterentur, cum quibus actum et contractum fuit, quam conveniantur rerum oppignoratarum possessores, qui non sic obligati sunt creditoribus, ut fideiussores dati, quique imprudentes fortasse in rerum obnoxiarum possessionem, inde in pignoris obligationem inciderunt. Et movent sane verba *Novellae* generalius concepta: *Sed neque AD RES DEBITORYM, QVAE AB ALIIS DETINENTVR, veniat prius, antequam transeat viam super personalibus contra mandatores, et fideiussores, et sponfores: sicque AD RES VENIENS PRINCIPALIS DEBITORIS, SIVE AB ALIO DETINEANTVR, ET DETINENTES EAS CONVENIENS: ut hoc beneficium nouae constitutionis quorumlibet pignorum possessoribus propositum intelligamus, neque vel illis accedamus, qui de sola hypotheca generali Imperatorem, quum hanc legem ederet, sensisse, autumant, vel illis adsentiamur, qui ad solum casum, vbi fideiussores praeter hypothecas dati sint, *Novellae* dispositionem restrictam esse, non vero ad casum omissum, vbi tantum pignora contractui accesserunt, eam pertinere volunt.*

VII.

QVIBVS POSSESSORIBVS BENEFICIUM EXCVSSIONIS DATVM SIT.

Datum

Datum igitur fuit hac lege beneficium excussionis possessoribus rerum, siue in genere, siue specialiter oppignoratarum, suo scilicet nomine possidentibus, ac proinde animo et adfectione sibi habendi eas tenentibus, *l. 3. §. 3. l. 41. l. 46. D. de acquir. vel amitt. poss.* vt hic intelligendos esse κατέχοντες, *detinentes*, quos Imperator dicit, ratio iuris ostendit. Qui enim tantum vt commodatarii, depositarii, conductores, et si qui sunt similes, rem detinent, in possessione tantum alieno nomine sunt, *l. 9. l. 10. §. 1. l. 18. pr. D. de acquir. vel amitt. poss.* et actione reali pulsati, auctore suo nominato, lite in totum eximuntur, *l. 2. C. ubi in rem act.* nec proinde excussionis auxilio opus habent. Sicut nec illi, qui non suo, sed debitoris nomine, instar procuratoris pignori incumbit, haec exceptio competit; quoniam debitori ipsi non datur, aduersus quem siue personali, siue hypothecaria, siue ambabus actionibus vti voluerit creditor, agere omnino ei liberum porro esse voluit IUSTINIANVS. Vnde manifestum est, neque secundo creditori, rem obligatam tenenti, exceptionem hanc proficere, quippe qui imaginem debitoris principalis obtinet, eique possidet, *l. 7. §. 2. C. de praeser. 30. vel 40. annor.*

VIII.

IDEM BENEFICIUM POSSESSORI SPECIALIS HYPOTHECAE NEGATIVUM IN NOVELLA CXII.

B 3

Hoc

Hoc modo *infractam esse*, vt *BALDVINVS l.c.* ait, *vim hypothecae*, habebant omnino, quod non iniustis querelis dolerent creditores. Illis praesertim aegre fiebat, qui in creditum euntes ad res certas respexerant, easque specialiter ac nominatim pignoris nexu sibi obligari curauerant. Horum itaque in gratiam *IUSTINIANVS*, septimo ferme anno post *Novellam IIII.* editam, oblata occasione, dum *de litigiosis* nouam constitutionem promulgabat, vim hypothecae specialis magis atque magis confirmauit. Statuit enim in *Nou. CXII. c. I.* vt, si res aliqua creditori nominatim et specialiter obligata sit, quam deinde vendiderit debitor, possit creditor, quum de pretio ipsi non fuerit satisfactum, statim, etiam non excusso debitore, rem illam actione hypothecaria persequi. Hac dispositione illud, quod de reo principali prius excutiendo in *Nou. IIII.* sanxerat, ad casum restrinxit, vbi aduersus generalis hypothecae possessorem actio intentatur, specialis autem hypothecae possessori idem beneficium negauit: ne ius creditoris ex alienatione rei specialiter obligatae vlllo modo deterius fiat. Ita enim edixit: *Ab hoc autem litigiosi vocabulo hypothecas separari decernimus, et in his hanc distinctionem tenere: vt siquidem SPECIALES RES, mobiles, vel immobiles, aut se mouentes NOMINATIM fuerint hypothecae suppositae, liceat quidem debitori eas, cui et quando voluerit, vendere: hoc tamen, vt ex pretio earum usque ad*

ad debiti quantitatem satisfaciat creditori. Si autem hoc debitor non fecerit, damus licentiam creditori, qui rem venditam suppositam habet, eandem rem VINDICARE, donec ei satis pro debito fiat.

VIII.

HYPOTHECAE SPECIALIS ET GENERALIS
RATIO DIVERSA.

Mouerat IUSTINIANVM humanitatis ratio, vt in *Nov. IIII.* extraneos pignorum possessores iuaret ordinis beneficio, quo muniti creditorem, hypothecaria aduersus se agentem, remittere possent ad debitorem et fideiussores. Mouebat nunc aequitas, faciens pro creditore, qui speciali pignoris nexu rem certam sibi suppositam ac deuinctam habet. Hanc igitur persequendi et vindicandi facultas non debebat illi difficilior reddi per alienationem a debitore susceptam. Etenim ipsa naturalis ratio distat, rem certam, a creditore specialiter electam, ac nominatim in crediti securitatem ei obligatam, arctiori nexu deuinctam esse, quam debitoris bona generaliter et perfusorie oppignorata. Vnde regula interpretibus iuris celebrata, *pignus speciale magis adficere rem, quam generale.* Sane arctioris nexus effectum animaduertimus in rerum obligatarum alienatione: quae si suscipitur a debitore sciente in rebus specialiter oppignoratis, furtum fit intuitu creditoris, *l. 19. §. vii. l. 66. D. de furt. et stellionatus committitur, l. 3. §. i. D. de stellion.*

stelligerum, quod secus est in pignore generali, *per d. l. 66.* Hinc etiam venit, quod specialis oppignoratio serui impedit manumissionem, non vero generalis hypotheca bonorum, *l. 29. D. qui et a quib. manum. l. 2. 3. C. de seruo pign. dat. manum.* Accedit, quod alienatione rei specialiter oppignoratae magis noceatur creditori, rem aliam sibi obligatam non habenti, quam debitor teneat; in generali autem hypotheca omnia debitoris bona deuincta sint, unde, si vna vel altera res fuerit distracta, adhuc de reliquis a debitore possessis hypothecaria ipsi debitori possit moueri. Atque illud ipsum est, quo conditio creditoris deterior fieret per beneficium excussionis, dum alienatione rei specialiter oppignoratae ablata ei est electio, vtrum personali actione debitorem conuenire, an statim rem sibi obligatam persequi velit: vbi, si ad excutiendum debitorem, imo et fideiussores, remitteretur, non sine molesto circuitu et sumtu suum repetere cogeretur: id quod cum iure per specialem hypothecam quaesito vix consistere potest.

X.

MENS NOVELLAE CXII. C. I. PLANIVS

EXPOSITA.

Vt vero de mente Imperatoris in *Nov. CXII. c. i.* certius constet, ipsam sanctionis seriem et contextum diligentius expendamus. Quum, quid efficeret

rem



rem litigiosam, nondum satis definitum appareret, statuit IUSTINIANVS, litigiosam rem esse, de cuius dominio quaestio inter petitem et possidentem mouetur, vel per iudicialem citationem, vel per preces Principi oblatas iudicique insinuatas, et per eum reo notas factas. Quumque in *l. ult. C. de litigios.* a poena in alienationem rei litigiosae constituta liberos pronunciaffet eos, qui vel dotis nomine, vel ante nuptias donationis, vel transactionis, aut diuisionis rerum hereditariarum factae, vel per legati, vel per fideicommissi causam litigiosas res dederint vel acceperint: adiicit nunc, si reus pendente lite moriatur, eius heredes libere posse diuidere: hanc enim diuisionem pro alienatione non intelligi. Addit porro de re litigiosa legata, litis euentum legatario relictum, neque ab herede quid ultra praestandum esse. Deinde vero ab illa, quam definiuit, *litigiosi* appellatione separat *hypothecas*: de quibus sicut olim rescriptum fuit in *l. 2. C. de distract. pign. Creditorem, qui hypothecae seu pignori rem sibi nexam vendidit, litigiosam rem non videri vendere,* et in *l. 1. C. de litigios.* *Quum creditor pignus vendit, non posse videri litigiosae rei emtionem contrahi, etsi debitor contradicat, ne venditio perficiatur:* ita nunc decernitur, licere debitori res hypothecae suppositas, cui et quando voluerit, vendere, sic tamen, vt ex pretio earum vsque ad debiti quantitatem satisfaciat creditori. Diserte vero hanc distinctionem inter specia-

C lem

lem et generalem hypothecam constituit Imperator, vt, si res singulares, mobiles vel immobiles, vel se mouentes, nominatim hypothecae suppositae fuerint, quas debitor vendiderit, nec tamen ex earum pretio satisfecerit creditori, qui hypothecam in re vendita habet, licentia ei sit, eandem rem vindicandi, donec de debito ei satisfiat. De generalibus autem hypothecis postea subiicit, eas multo magis litigiosi appellatione non contineri, sed earum actiones secundum priorum legum constituta examinari debere, ac proinde reum principalem prius excutiendum esse, quam aduersus possessorem hypothecaria agatur. Hac inter specialem et generalem hypothecam distinctione constituta, secundum quam *in fine cap. i.* huiusmodi certamina terminari iterum iubet, quum in hypotheca speciali *vindicandi* licentiam creditori, adeoque statim aduersus emtorem pignoris hypothecaria experiendi, permiserit, ex parte reduxit ius vetus, de quo supra diximus, nimirum, vt distracto pignore specialiter obligato creditor electionem haberet, vtrum personaliter obligatos sibi, an pignus possidentem in rem actione conuenire vellet, *l. 14. C. de pign. et hypoth.* Iam igitur et ratio patet, quam habuit Imperator, vt in hac nouella constitutione *de litigiosis* ista, quae exposuimus, de speciali hypotheca sanxerit: et quum non ius omnino nouum sit, quod ibi statuit, facile intelligitur, quare id statuerit sine praefamine et correctionis mentione

tione, quibus alias iura a se noue ordinata commendare solet. Sane etiam in *Nouella IIII. c. 2.* sine sollemni apparatu, ac velut obiter, mutationem illam iuris veteris, vt reus principalis et fideiussores ante pignora discuterentur, introduxerat.

XI.

REFELLVNTVR INTERPRETES, QVI NOVELLAM
CXII. AD HYPOTHECAM LITIGIOSAM
RESTRINGVNT.

Nihil itaque causae est, quare a simplici, quam secuti sumus, *Nouellae CXII.* interpretatione deflectamus, et, quod in contrariam partem euntes agunt, illam cum *Nouella IIII.* in concordiam reducere allaboremus. Hanc operam qui nauant, dum specialis etiam hypothecae possessori extraneo beneficium excussionis saluum atque illibatum mansisse contendunt, omnes aliquid *Nouellae CXII.* addunt, quod non omissurus fuerat Imperator, si tale quid mente agitasset. Illi enim vel cum **IACOBO DE RAVENNA** et **ALBERICO ROSATA** supponendum esse dicunt, excussum iam debitorem principalem: vel cum **IOHANN**E Glossatore, quem sequitur **DONELLVS** *comment. ad l. 14. C. de pign. et hypoib.* *Nouellam CXII.* accipiunt de casu speciali, quando debitor vendidit rem, lite contra se contestata, atque ita rem litigiosam: vel cum **CVIACIO** illam exponunt de casu,

quo cum debitore personali actione creditor egit, qui deinde, quum debitor lite pendente pignus venderit, etiam aduersus emtorem pignoris agere possit actione hypothecaria. Praestantissimus Nouellarum interpres, CVNR. RITTERSHVSIVS *Iur. Iustin. Part. III. c. 2. n. 34.* vbi haec sententiarum diuortia recenset, in illa CVIACII explicatione merito desiderat probationem eius, quod de personali actione debitori prius intentata dixit, ipse vero expositionem IOHANNIS et DONELLI suam facere non dubitat. Sed et huius interpretamenti meliorem, quam a DONELLO datur, probationem iure postulamus. Faterur ipse, Imperatorem in *Nou. CXII.* qua parte agit de hypothecis alienatis, nihil exprimere, quo tempore alienatae sint, vtrum controuersia de his aduersus debitorem mota, an vero non mota: ait tamen, de iis agi, quae, mota aduersus debitorem controuersia, postea alienatae sunt, cum ex instituto IVSTINIANI satis intelligi, tum ex exceptione, quam priori disputationi subiecerit. Institutum eius esse, tota illa constitutione agere de rebus litigiosis, quamobrem de hypothecis agentem etiam de iis intelligendum esse, quatenus litigiosae videri possint. Prius autem ab eo definitum esse litigiosum, *de quo lis possessori mota erat:* deinde excipi ab ea definitione hypothecas. Non vero posse exceptionem dici, nisi quae verbis et finibus definitionis contineatur. Verum enim vero, vt argu-

men-

mento ex rubrica *de litigiosis* ducto, quod parum valere, nemo nescit, haud immoremur, ex illa, quam atulimus, Nouellae explanatione apparet, non hoc sanxisse Imperatorem, vt a definitione rerum litigiosarum, de quibus lis possessori mota, et quae propterea alienari prohibitae sunt, exceptae esse debeant hypothecae, vt illas, etsi litigiosas, vendere liceat debitori: sed hypothecas a definitione litigiosarum rerum eum omnino separasse, tanquam ad illam haud pertinentes. Litigiosam rem definiuit, *de cuius DOMINIO controversia mota est.* At, actione hypothecaria aduersus debitorem instituta, certe quaestio de dominio rei oppignoratae non est inter creditorem et debitorem: ergo hypotheca litigiosa finibus definitionis rei litigiosae non continetur. Imo vero, quod IUSTINIANVS ait, licere debitori res hypothecae specialiter suppositas vendere *cui et QUANDO voluerit*, h. e. lite sibi a creditore iam mota, vel ante, id manifesto indicio est, vindicandi licentiam quoque creditori vtroque casu dari. Quare firmissimo stant talo, quae olim HENR. HAHNIVS, acutissimus Iureconsultus, huius Academiae honos, in *Observ. theor. pract. ad Wesenb. comment. in Dig. tit. de distract. pignor.* disputavit, parum facere, siue specialis hypotheca vendita sit ante litem, siue post litem a creditore debitori motam: et licet ponatur, Nouellam CXII. forte accipiendam esse de casu, quo

lis mota fuerit, tamen rationem decisionis in eo singularem nullam esse, sed in hoc positam, quod alienatione specialis hypothecae conditio creditoris longe reddatur deterior, quam si fuisset generalis: haec ratio vero quum pro tali creditore semper militet, siue lis de hypotheca mota sit iam ante, aut pendeat inter debitorem et creditorem, siue non; inde etiam utroque casu creditori electionem concedi, agendi contra eantem possidentem, minime excusso debitore principali. Accedunt argumenta, a BRUNNEMANNO ad l. ult. C. de oblig. et act. interpretationi restrictivae opposita: nimirum non apparere rationem, cur creditor, pignore alienato, postquam lis debitori mota personalis, statim posset agere contra successorem singularem, nec quo iure, lite in iudicio pendente super ipso debito, vel super hypotheca, cogeretur debitor ex pretio satisfacere creditori, et quomodo daretur actio contra tertium, quum tamen lis de actione personali, vel iure hypothecae nondum sit finita.

XII.

CONFVTVR EXPOSITIO NOVELLAE DE POSSESSORE FRAVDIS PARTICIPE.

Haud magis siue verbis siue menti Nouellae conuenit sententia eorum, qui supponendum esse, aiunt, casum, vbi tertius, sciens pignoris vinculum, pignus nihilominus emerit, neque operam dederit,

vt

vt ex pretio creditori satisfieret. Huius interpretationis, quam *Additio glossae ad Auth. Hoc si debitor*, tribuit modernis, patronum et BACHOVIVS *de pignorib. et hypoth. Lib. III. c. 17.* egit, et GE. FRANTZKIVS *Var. Resolut. Lib. I. resol. 12.* causam late peroravit: qui quum multos celebriorum Ictorum in adfensum traxerit, tum vero in primis WERNHERVS eandem sententiam propugnauit *Observat. Forens. Part. I. obs. 130.* ac deinde peculiari dissertatione *de beneficio ordinis sine excussionis possessori extraneo aduersus creditorem, sine ex generali sine speciali hypotheca agat, contra spuriam Nou. CXII. c. i. interpretationem, competente.* Mirari omnino conuenit, WERNHERVM tanta fiducia agere, vt ad sensuum fidem prouocet, quo lectori, Nouellam de casu isto diserte loqui, persuadeat. Ita enim *Obseru. l. c.* inquit: *Vbi illud primo manifestum est, dictam Nouellam, quatenus a priori recedit, eamque corrigit, ceu ius exorbitans, strictissime interpretandam, nec ultra casum, de quo expresse disponit, proferendam esse. Atqui ex conspectu illius ad oculum cuius patet, non de omni possessore hypothecae specialis in ea sermonem esse, sed de solo entore, qui non id egit, vt ex pretio creditori satisfieret, atque adeo qualitatem pignoris rei emtae inhaerentem sciuit. Quam quidem, quum fraudulenter e-gisse, adeoque in dolo versari videatur, iuris beneficio indignum esse, in aprico est. Citra hunc igitur casum, quem memorata Nouella complectitur, subsistendum in regula*

Nou.

Nou. III. *quae cuius indistincte pignoris possessori exceptionem excussionis indulget.* Aut auctoritati perspicacis et eximii Iureconsulti, aut oculis suis diffidere oportet lectorem, si requirat in Nouella, qua de agimus, *casum*, quem ille dicit, ibi *expressum et ad oculum cuiuscunque patentem.* Non eo processerat FRANTZKIVS, vt *casum* de emtore pignoris conscio et fraudis particeps in Nouella expressum esse adsereret, sed tantum ex eo, quod Imperator iusserit, de pretio rei venditae creditori satisfieri, intulerat cum BACHOVIO, emtori simul hanc obligationem imponi, vt curet pecuniam peruenire ad creditorem: quod si factum non sit, emtorem quasi in fraudem illius mercatum videri, atque ob id protinus creditori actionem hypothecariam aduersus emtorem permitti. Enimvero dixerat SICHARDVS in *l. 14. et Auth. Hoc ita C. de pignor. et hypoth. in fin.* vitium litigii quidem proprie non contrahi, quando pignus post litem a creditore motam alienatur, sed aliquo tamen modo adfici pignus, et ideo in odium alienantis rem, quae in iudicium deducta est etiam sub nomine pignoris, constitutum esse, vt creditor tunc habeat electionem agendi contra tertium, non excusso debitore. Apparebat facile, hanc sententiam pugnare cum Nouella, in qua diferte negatur, controuersiam de hypotheca impedire alienationem proprietatis: quare etiam BACHOVIVS *l. c.* explicationem Nouellae de casu rei venditae post

post litem contra debitorem motam, prorsus impro-
bavit. Clarebat porro, alienati pignoris odium, si
quod foret, redundare debere in ipsum debitorem,
qui alienavit, non in emtorem, qui hypothecae pos-
sit esse ignarus: ne alteri per alterum iniquior condi-
tio inferatur. Non itaque alia succurrebat ratio pro-
babilis, ob quam actio hypothecaria statim aduersus
emtorem rei oppignoratae competere diceretur,
quam si dispositio haec Nouellae exponeretur de em-
tore, qui nexum hypothecae sciens, rem compara-
uerit, nec tamen curam gesserit, vt ex pretio solue-
retur creditori. Verum sicut huius rationis, ab inter-
pretibus tantum excogitatae, nullum vestigium in
Nouella comparet, ita nullum quoque idoneum ar-
gumentum adfertur, quare illa de solo emtore, non de
alio ex quocunque titulo possessore, intelligenda sit.
Etsi igitur venditionis tantum in Nouella mentio fiat,
valet tamen in ceteris alienationibus aequitatis et re-
ctae interpretationis regula, quae, vt CICERO *Topic.*
c. 4. ait, *in paribus causis paria iura desiderat.*

XIII.

EXPLICATIO NOVELLAE CXII. PROPOSITA
CONFIRMATVR.

Remota itaque *Nouellae CXII.* ad casum vel hypothe-
cariae, vel personalis actionis debitori motae, et
ad casum emtoris fraudulentum, restrictione, manife-
stum

D

stum est, posteriori hac sanctione in hypotheca speciali derogatum esse *Novellae IIII*. Neque profus deest iuris noue sanciti indicium in verbis: *DAMVS LICENTIAM creditori eandem rem vindicare*: quae sane ius, per legem anteriorem haud competens creditori, hac lege datum significant. Accedit differentiae inter specialem ac generalem hypothecam noue constitutae diser-
ta et geminata mentio, cum in verbis: *in his hanc distinctionem tenere*, tum in fine capituli: *et haec quidem de litigiosis, et speciali nec non generali hypotheca disposui-
mus, ut iam nulla de his in iudiciis dubitatio generetur: sed secundum distinctionem huiusmodi certamina termi-
nentur*. Equidem non negant dissentientes, nouum ius hic propositum, et distinctionem inter speciales et generales hypothecas constitutam esse: negant autem, factum hoc esse ideo, ut creditori facultas sit, rem speciatim obligatam vindicandi a possessore tertio, non excusso debitore. Aiunt igitur, quum antea pignus a debitore distrahi potuerit, lite per creditorem ipsi mota, utramque quidem hypothecam, tam specialem, quam generalem, ratione rei oppignoratae a vitio litigiosi exemptam, differentiam tamen hanc constitutam esse, ut res specialiter obligatae non aliter distrahi possint, quam si ex pretio earum creditori satisfactum fuerit; at distractio vnus alteriusue rei, generali hypothecae suppositae, indifferenter valeat. Ita cum *FRANTZKIO cit. resol. n. 30. Nouellae* men-
tem

tem explicant STRUVIUS in *Euolut. controuers. ad Synt. iur. ciu. Exercit. XXVI. §. 38.* et BERGERVS *Resolut. Lauterbach. ad tit. de pignor. qu. 2.* Ius itaque nouum a IVSTINIANO hac Nouella introductum in eo consistere existimant, quod rei specialiter oppignoratae alienatio, post litem debitori a creditore motam, nunc prohibita et inualida sit, nisi creditori ex pretio satisfiat, et quod propterea creditor eam ab emtore recta vindicare possit. Sed prohibitionem hanc in textu plane non videmus expressam. Potius permittit Imperator debitori, rem hypothecae suppositam alienare, quod antea quoque licebat, *l. 9. C. de pign. l. 10. C. de remiss. pign. l. 12. C. de distract. pign.* admonet tantum, vt, quod bona fides postulat, ex pretio integrum debitum soluat: alias licentiam dat creditori, rem venditam, quam hypothecae suppositam habet, vindicare, donec ei satis pro debito fiat. Quod autem de hypothecis a *litigiosi* vocabulo separandis praemisit, id non alia mente factum, quam vt dubitationem tolleret, ane creditoris denunciatio, debitori, ne rem pignori sibi obligatam distrahat, vel his, qui ab eo volunt comparare, facta, litigiosae rei vitium forte inducat. Similiter olim dubitatio, ane denunciatio et contradictio debitoris, ne venditio perficiatur, rei pignori obligatae, tanquam litigiosae, venditionem impediret, sublata fuit rescripto, quod iam supra memorauimus, Imperatorum SEVERI et ANTONINI in *l. 1. C. de litig.*

eademque plenius decisa in l. 2. C. debitorem vendit. pignor. imped. non posse, vbi GORDIANVS rescripsit: Debitoris denunciatio, qui creditori suo, ne sibi rem pignori obligatam distrahat, vel his, qui ab eo volum comparare, denunciat, ita demum efficax est, si vniuersum tant sortis, quam vsurarum offerat debitum creditori; eoque non accipiente, idonea fide probationis (ita vt oportet,) depositum ostendat. Nam si vel modicum de sorte, vel vsuris, in debito perseueret, distractio rei obligatae non potest impediri: neque ea ratione emtor, tamesi sciat interpositam a debitore creditori denunciationem, malae fidei sui possessor. Quod ibi definitur, debitorem tunc demum impedire posse distractionem, si vniuersum, tam sortis, quam vsurarum debitum offerat creditori, ad id respiciens IUSTINIANVS statuit, debitori venditionem rei speciatim obligatae tunc omnino liberriam esse et cum plenissima securitate emtoris fieri, si ex pretio rei venditae satisfiat creditori: hoc autem non factu, licentiam dedit creditori rem sibi hypothecae suppositam vindicandi, plane sicut possidente adhuc debitore statim hypothecaria agere poterat creditor. Differentiae inter specialem et generalem hypothecam ab Imperatore constitutae ratio, iam a nobis exposita, quod illa sit arctiori nexu deuincta, et quod illius alienatio magis noxia sit creditori, verbo, *natura specialis hypothecae*, vt bene dixit GOTHOFREDVS in not. ad hanc Non. penitus intelligetur, si cogitamus,
hypo-

hypothecam rerum singularum, nominatim pignoris nexui suppositarum, quodammodo successisse in locum fiduciae pignorum, imo et nomen huius, glossis Graecolatinis et monumentis eius aevi testantibus, adsumpsisse, postquam usus fiduciae cum mancipationis et in iure cessionis sollemnitatibus euanuerat. Et ad hanc specialis hypothecae prae generali praerogatiuam alludere verbum, *vindicare*, quo IUSTINIANVS vtitur, acute obseruauit TESSAVRVS in *Decif. Ll. n. 6.* quasi ex speciali hypotheca dominium in creditorem translatum videatur, adeoque, data vindicandi licentia, excludi prorsus omnem excutiendi prius debitoris necessitatem.

XIII.

AEQVITAS CESSANTIS EXCVSSIONIS IN HYPOTHECA SPECIALI VINDICATVR.

Atque haec ipsa, inter specialem et generalem hypothecam, differentiae ratio confirmat aequitatem negati in illa beneficii excussionis aduersus institutam pignoris vindicationem. Parum valet, quod obiiicitur, aequitati aduersari, tertium possessorem ignorantem, ob alienum debitum, re possessa spoliari prius, quam exploratum sit, anne dissoluendo credito sufficientes vires debitoris. Sane ius, creditori in re nominatim obligata quaesitum, facit, vt nulla inferatur iniuria possessori, dum ille vtitur pignoris persecutio-
ne, statim in rem agendo, *l. 17. D. de pignor. et vindican-*

D 3

do

do rem iure pignoris ad se speciatim pertinentem, ubi eam inuenit: quamuis possessor non exiguo incommodo adficiatur, dum possessione cedere cogitur. Potest enim ab ea cedendi necessitate sese liberare, soluendo creditori, l. 16. §. 3. D. eod. tit. ac solutum, cum eo quod interest, ab auctore suo repetere. Imo poterat, quum rem compararet, vel cautionem poenae nomine, si quis pignoris nexus esset, ab auctore suo exigere, vel creditores edictis propositis citandos curare, eoque securam sibi ab hypothecariae actionis periculo possessionem efficere. Nullum vero prorsus fauorem meretur debitor, qui rem pignori oppositam alienauit, neque ex pretio creditori satisfecit, si deinde a possessore non solum ad pecuniam, quam soluit, refundendam, sed etiam ad damna refarcienda ac lucrum interceptum praestandum, conueniatur. Mirari conuenit, GVNDLINGI-VM in *Singular. de beneficio excussionis capit. c. 5. §. 9.* debitoris causa se in primis commotum profiteri, vt nec in speciali hypotheca denegandum existimauerit possessori excussionis beneficium. *Iura enim, ait, aere oppressis fauent: et ingens vero damnum facerent, si excussione omissa, deinde quoque refundendum haberent, quod ob actionis hypothecariae vim incommodumque vel expendendum fuit, vel etiam amissum.* Iura quidem alieno aere oppressis fauent, sed non decipientibus, qualis est debitor fraudis et in creditorem, et in emtorem rei obligatae, reus: neque damnum sua culpa sentientibus leges auxilium impertiuntur.

XV.

XV.

ADSENSVS PRAESTANTIVM IVRIS INTERPRETVM
ET VSVS FORENSIS.

Quod itaque melius et aequius est, non iudicabimus ex multitudine auctorum: commendationem tamen sententiae his, quas explicauimus, rationibus munitae addere licebit a suffragiis illustrium Iureconsultorum et ab usu forensi. Et CUIACIVM quidem, tanquam adstipulantem *Obserrat. Lib. VIII. c. 19.* frustra excitatum esse CARPZOVIO, verissime monuit FRANTZKIVS, nosque illum inter antesignanos aduersae partis memorauimus. Sed eximiam nobis auctoritatem in primis praestant FRANC. BALDVINVS, solertissimus legum a IVSTINIANO conditarum interpretis, in *comment. ad Nou. IIII. et CXII.* et DION. GOTHOFREDVS, spectatissimum in scholis et foro nomen, *not. ad Nou. CXII.* Quid? quod perspicacissimus VLR. HVBERTVS contrariam sententiam, quam in *Position. ad tit. Pand. de pignor. et hypoib. n. 13.* amplexus fuerat, postea in *praelection. ad eund. tit. n. 9.* haud obscure deseruit, *nec aliam Caesaris ipsius reuera mentem esse videri*, pronunciauit. Animum quoque in adsensum omnino procliuem declarauit IO. VOET *comment. in Pand. tit. qui pot. in pign. n. 3.* Factum hinc est, ut BERGERVS etiam, defensa prius aduersa opinione, *resolut. Lanterbach. l. c.* tamen transferit in hanc partem, *re accurate perpensa, et haud leuibus permotus*
momen-

momentis, vt ait, dissenfum indicans a collegis in *Electis Discept. for. tit. 44. obs. 2. n. 1. eaque rationum momenta in primis ICtos Helmstadienses in pererudito responso apud HAHNIUM ad Wesenbec. de distract. pign. n. 1. repraesentasse.* Vfu fori iam olim receptam esse hanc sententiam, omnes vno ore fatentur cum STRYKIO *de inuestig. act. sect. 2. m. 5. §. 8. et de constit. et persecut. pignor. §. 39. idemque EX TESSAVRI cit. decis. 51. BERLICHII conclus. P. II. c. 24. n. 67. seq. CARPZOVII Lib. II. Resp. 72. et Iurisprud. for. P. II. Const. 18. def. 18. MEVII P. II. decis. 286. n. 5. et P. V. decis. 363. n. 2. BRVNNEM. Cent. I. decis. 47. aliisque, intelligitur. Morem secundum eam pronuntiandi, a decessoribus traditum, laudatum ab Ill. DE LEYSER *Medit. ad Pand. Specim. 225. coroll. 2. Ordo Iureconsultorum Helmstadiensium, non exemplis, sed lege et ratione adductus, hodieque seruat, et in hunc modum hoc ipso anno semel iterumque iudicauit.**





HELMSTEDT, Diss., 1745-47

ULB Halle
004 599 888

3



f

TA → DL

Nov 17 19 Stück verknüpft





B.I.G.

Farbkarte #13

9

P. 194

P. 5. 68.
Pri. 9. num. 55.

174713

18

DISSERTATIO IURIDICA INAUGURALIS
DE
BENEFICIO EXCVSSIONIS
POSSESSORI HYPOTHECAE SPECIALIS
NON COMPETENTE

QVAM
ILLVSTRIS IVRECONSULTORVM ORDINIS
AVCTORITATE
PRAESIDE
FRANCISCO CAROLO
CONRADI

SERENISSIMO BRNOVICENSIVM AC LVNEBVRENSIVM
DVCI A CONSILIIIS AVLICIS ANTECESSORE IN ACADEMIA
IVLIA CAROLINA ORDINIS IVRECONSULTORVM
SENIORE ET H. T. DECANO
PRO LICENTIA
SVMMOS IN VTROQVE IVRE HONORES
CAPESSENDI

IN IVLEO MAIORI
AD D. XXI. SEPTEMBRIS MDCCXXXVII.
HORIS CONSUVETIS ANTE ET POST MERIDIEVM
PVBLICAE DISQVISIONI

SVMITTIT
HENRICVS CHRISTOPHORVS REDEKER
HAGA SCHAUMBVRGICVS.



HELMSTADII
TYPIS PAVLI DIETERICI SCHNORRII, ACAD. TYPOGR.

