





1718.

1. Alberti, Michael: De dysenteria cum peccetibus et purpura complicata.
2. Alberti, Michael: De medicina quaedam efficaci in usibus naturae exacerbatis.
3. Alberti, Michael: De vomitu cruento.
4. Alberti, Michael: De epilepsia.
5. Bode, Henricus, de: De officio praetoris restaurando, ad hactenus processum hodiernum.
- 6^{a, b} Boechmerus, Justus Henricus: De diverso sponsalium et matrimonii jure. 2 exempl.
- 7^{a, b, c} Boechmer, Justus Henricus: De diverso pygum et hypothecae jure. 3 exempl. 1718, 1734: 1745.
- 8^{a, b, c, d} Boechmerus, Justus Henricus: De hypotheca feudali expressa. 4 exempl. 1718, 1731: 1754.
- 9^{a, b, c} Boechmer, Just. Henricus: De jure principum protestantium circa solemnia matrimonii ecclesiastica. 3 exempl. 1718: ~~1730~~ 1734.

Typis CHRISTIANI HENCKELII, Acad. Typ.



[Faint, illegible handwriting in a cursive script, likely a list or account book.]



18
7
DYSENTERIA

CAUSAE TECHNIS ET

SYMP. CURACIA

PROFICUITO

AVV. M. MICHAELI ALBERTI

AVV. M. MICHAELI ALBERTI

AVV. M. MICHAELI ALBERTI

AVV. M. MICHAELI ALBERTI

AVV. M. MICHAELI ALBERTI

AVV. M. MICHAELI ALBERTI

AVV. M. MICHAELI ALBERTI

AVV. M. MICHAELI ALBERTI

AVV. M. MICHAELI ALBERTI

AVV. M. MICHAELI ALBERTI

AVV. M. MICHAELI ALBERTI

AVV. M. MICHAELI ALBERTI

AVV. M. MICHAELI ALBERTI

Typis CHRISTIANI HENCKELII, Acad. Typ.



1717.

12^o Gumblingeris, Nicolaus Hieronymus: Dissertatio juridica, qua
doctrina vulgaris in aetate a feminis, quam a viris, requi-
rens caritatem . . . sub onere revocatur. 3. Aufl. 1717,
1731 u. 1736

77.
10
1718, 7 b

DISSERTATIO IVRIDICA INAVGVRALIS
DE
DIVERSO
PIGNORIS
ET
HYPOTHECÆ
IVRE

IN REGIA FRIDERICIANA
INDVLTV
INCLYTI IVRISCONSVLTORVM ORDINIS.
PRAESIDE

DN. IVSTO HENNINGIO *Söhmer*

IC. COM. PALAT. CAES. POTENTISS. REGI BORVSS.
A CONSIL. AVL., PROFESS. IVRIS ORDIN.
ET h. t. DECANO

PRO LICENTIA

SVMOS IN VTROQVE IVRE CAPESSENDI HONORES
IN AVDITORIO MAIORI

H. L. C.
DIE XIII. AVG. A. MDCCXVIII.

PVBLYCO EXAMINI SVBIECTA

A
WILHELMO PHILIPPO A FLODROFF
MEVRENSI.

H. ALAE MAGDEBVRGICAE, cypis GRVNERIANIS 1725.

4

UNIVERSITÄT JARICA INVAER LIS
DE
DIVERSO
PIGNORIS
ET
HYPOTHECAE
LIBRE
IN REGIA BRITANNICA
PROFESSOR
INCLYTICUS
D. HENNINGO
PRO LICENTIA
SYMPOS IN TROOVE IURE CANTABRIGI HONORE
IN REGIA BRITANNICA
EXAMINATVS
WILHELMO PII IIII
DE VESTRO
DEBENTIS OMNIA GRAVIA





DISSERTATIO INAUGURALIS
DE
DIVERSO PIGNORIS
ET HYPOTHECAE
IVRE.

CAP. I.
DE EODEM PIGNORIS ET
HYPOTHECAE IVRE.

§. I.



Inter communes hominum naevos illud quoque non raro occurrit, quod eas res, quæ in quibusdam tantum conueniunt, pro iisdem statim *absolute* habeant, communique nomine insigniant, & temerarium ab vno ad alterum argumentum trahant. Ut alia non tangam, deprehendi, id imprimis etiam fieri solere in causis ius pignoris & hypothecæ

Non recte illa, quæ inter se in quibusdam conueniunt, pro iisdem habentur.

A

con-

concernentibus, ubi usus loquendi communis & quotidianus utramque & *pignoris* & *hypothecæ* appellationem in generaliori significatione fere confundit, ut pro synonymis hæc duo in ipsis LL. Romanis sæpissime habeantur; *l. i. D. pignor.* quæ quamvis in pluribus conveniant, in multis tamen etiam adhuc differunt. Equidem id non adeo inconueniens esse videtur, postquam iure Romano diserte asseritur, *pignus* & *hypothecam sonu nominis* tantum differre, *l. 5. §. i. D. de pignor.* ideo, quod *pignus* *latina*, *hypotheca* vero *græca* vox sit; verum id tantum admitto, si in *latiori significatione* pro synonymis usu vulgari accipiuntur, ubi sæpe confunduntur, vid. BRISSONIVS *de verb. signif. voce hypothecæ*: si *strictiorem* & singulis proprium significatum intuemur, maxima differentia inter ius utrumque re vera intuenitur, quæ in praxi quoque semper attendenda, quam etiam agnoscit Imperator in *§. 7. l. d. actio. & specialius* eruit GODOFRED. in *not. ad cit. l. 5. lit. k.* Operæ igitur pretium me esse facturum, dum, si in utilitatem *scholæ* non tantum, sed etiam *fori*, in quo admodum frequens de pignoribus auditur disputatio, paulo maiori cura in diuersa vtriusque iura inquirerem, simulque, ut differentiae eorum rectius cognosci possent, hoc capite præmitterem, in quibus vna eademque iura tam pignori quam hypothecæ sint tributa.

Directa acceptio pignoris & hypothecæ.

§. II. Recipit vocabulum *pignoris* varios significatus. Denotat enim quandoque ipsum *contractum* pignoratitium *§. fin. l. quib. mod. re contr. obl. & l. i. pr. ff. de pign. act.* quandoque *rem* pignori datam, *d. §. fin. l. 3. 4. l. 13. D. b. i.* frequenter etiam *ius* in re oppignorata constitutum. *l. i. D. in quib. caus. pign.* Germanice: *Hfandrecht*, *Hfandschilling*. Quod si in sensu latiori sumitur, comprehendit etiam *hypothecam*, quæ itidem accipitur modo pro ipsa *conuentione*, ex qua isthæc hypothecæ obligatio descendit; *l. i. §. fin. de pact. l. 4. de pign. & hypoth.* modo pro re hypothecæ supposita; *l. 7. in f. de distr. act. pign.* modo pro

1492

ET HYPOTHECAE IVRE.

3

iure hypothecae, quod creditor ex obligatione habet. Describitur vero utrumque & *pignus* & *hypotheca*, quatenus conveniunt, quod *litius in re debitoris, creditori in securitate crediti constitutum*, ex quo sequi videtur, minus recte differentiam inter hæc duo queri, cum, quæ definitionibus conveniunt, eadem esse videantur. Sed multum adhuc reuera interesse, utrum *hypotheca*, an *pignus* constituatur, vel ex eo patet, quod hoc sine *interueniente traditione* concipi non possit, l. 238. §. 1. D. de V. S. illa autem *nuda conventionione* contrahatur, l. 4. D. de pignor. & hyp. ex quo diversis constituendi modo plura alia diversa iura promanant. Quo magis ergo omnis euitetur confusio, distinctus utriusque conceptus ita formandus est, ut *PIGNUS* dicatur *ius in re a debitore creditori per traditionem constitutum in crediti securitatem*; *HYPOTHECA* vero *ius in re per nudam conventionem a creditore in crediti securitatem acquisitum possessione rei penes debitorem monente*. l. i. l. 4. de pignor. Hoc formato conceptu, facile constat, in quibusdam *pignus* & *hypothecam* convenire, in multis vero etiam differre.

§. III. Propria natura & indoles pignoris & hypothecæ, in qua (1) conveniunt, hæc est, ut non dominium, sed aliud *ius in re* creditor nanciscatur, ut de credito suo reddatur securus, debitor vero *dominus* permaneat. Ipsius *iuris in re* ratio potissimum ex effectibus cognoscitur, qui in his tribus, in iure *persequendi, retinendi & distrahendi* consistunt. Hinc recte concludunt, tam *pignus* quam *hypothecam* manere *in bonis debitoris*, & intuitu creditoris tantum *ex bonis* esse, ut dicitur in l. 2. §. 22. d. vi bon. rapt. adeoque non creditori, sed debitori perire, salvo debito. l. 9. C. de pign. act. Quamvis itaque *proprie dicta & plena alienatio* non fiat per *pignoris & hypothecæ* constitutionem; ad eam tamen via patitur, adeoque regulariter, quando res vendi vel alienari prohibetur, obligari non potest per l. fin. C. de reb. alien. non alien. ubi generaliter asseritur, quod

A 2

pro-

An conveniant ratione definitionis?

Tam pignus quam hypotheca manet in bonis debitoris.

Interim utrobique quedam alienatio fit.

prohibita alienatione per *legem, testamentum, vel pactum, hypothecæ & pignoris nexus penitus prohibitus sit, nisi expressa permissio doceatur, vel diuersitas rationis ostendatur l. 24. D. de pignor. conf. l. f. §. 2. C. commun. de leg. auib. res que. eod. KNIPSCHILD de fideic. famil. c. XI. §. 4. SANDE de prohib. rer. alien. c. 1. §. 3. §. 49. Hac de causa vt plurimum iura, maioris certitudinis gratia, expresse cauerunt, sub prohibita alienatione etiam contineri hypothecam & pignus, nec in sola generali alienationis prohibitione acquieuerunt, vti constat ex l. 1. §. 2. comm. de leg. ibi: *satis absurdum est, & irrationabile, rem, quam in suis bonis pure non possidet, eum ad alios posse transferre vel hypothecæ pignorisue nomine obligare. conf. l. fin. C. de pact.* Sic etiam in alienatione bonorum immobilium, ad pupillos vel minores spectantium, idem constitutum est, vt sine iudicis decreto in alterum transferri aut hypotheca aut pignore affici non possint, l. 1. D. de rebus eor. l. 7. §. 3. D. eod. tit. NEVSANT. de pign. p. 2. m. 3. n. 48. seqq. quod etiam expresse cautum circa alienationem fundi dotalis in pr. I. quib. alien. lic. vel non. Fluit porro (II) ex natura pignoris & hypothecæ hæc quoque conuenientia, quod possit tertio cedi ius in pignore vel hypotheca constitutum, sine principalis actionis cessione. l. 40. de pig. action. Inde quando creditori chirographario legatur hypotheca vel pignus, quod defunctus aliunde habet, sine principalis actionis cessione, pro eo, quod testatori debet ius istud competens cedenti cessum videtur, sicuti pignus alii creditori pignori dari potest. l. 2. C. si pign. pignori dai. sit. MERLIN. de pign. & hypoth. l. 4. tit. 5. q. 126. n. 7. Neque vero pignus tantum, cuius possessionem habet creditor, alteri cedi potest, sed etiam hypotheca. Sic enim qualitas illa pignoratitia rei inhaeret, vt pariter ac alia iura a principali causa separari & in alium transferri possit. Vltius natura vtriusque (III) hanc quoque conuenientiam suggerit, quod *retractus*, ex statuto competens, in pignore exerce-*

Vtrumque ius
tertio cedi
potest.

In neutro ius
retractus lo-
cari habet.

ET HYPOTHECAE IVRE.

ri non possit, MERLIN. *l. c. q. 184. n. 18.* quod etiam de *hypotheca* dicendum est. Ratio enim iuris retractus statuarii in eo posita est, ut vicini aut alii, quibus illud indulgetur, facultatem accipiant, rem soluto pretio repetendi, in aliorum possessionem translata, adeoque non alias præsupponit alienationes, quam quæ sunt pretio interueniente, & translata ipsa proprietate in alium. Eo minus autem in *hypotheca* ius istud exerceri potest, cum quidem in pignore possessio ad creditorem transeat, quæ in *hypotheca* penes debitorem manet.

§. IV. Quia pignus & hypotheca datur in *securitate* *rem crediti*, inde (IV) quoque hæc conuenientia fuit, quod utrumque ius præsupponat *existentiam debiti* alicuius præcedentis, & creditor pignori suo incumbere possit. Proinde a) obligatio pignoratitia, tanquam accessoria, subsistere nequit, si obligatio principalis vicio nullitatis laborat, aut propter fenatus Consult. Macedonianum & Velleianum &c. inefficax est, *l. 2. quæ res pig. vel hypoth.* quod tamen in pignore quam in *hypotheca* obtinet. *l. 4. D. de pignor. NEGVSANT. l. c. P. 3. Memb. 1. n. 8. 9.* Deinde quamuis b) creditor pignori suo incumbere possit, inde tamen creditori haud permessa est priuata occupatio *hypothecæ*, vel *pignoris*, cuius possessionem amisit, *l. 3. l. 22. §. per. de pign. act. l. 11. C. de pign. act. l. 3. C. de pignor. cum nemo sibi met ipsi ius dicere possit, l. 13. quod met. causf.* in quo rursus pignus & *hypotheca* paria & eadem iura habent. Facultas tamen occupandi tam pignus, cuius possessio amissa, quam *hypothecam*, quandoque integra est creditori, si per pactum in ualio concessa est, debitorque non resistit, *l. 3. C. de pignor. l. pen. C. de pign. act. VOET. ad D. de pign. §. 21.* aut si debitor de fuge est suspectus, MERLIN. *l. c. P. 4. t. 3. q. 104.* de quo speciatim plenius agit STRVV. *de vind. priuar.* Quod si debitor resistit, iudicis auxilio opus est, qui ex hoc pacto *executiuè* utroque casu procedere potest. *cit. l. 3.* Denique

creditor
ob amissionem
debiti

Utrobique
præsupponitur
existentia
debiti.

nique γ) tam pignus quam hypotheca non incipit, antequam debitum principale natum fuerit, licet vel maxime pignus vel hypotheca antea constituta sit. *l. 4. inf. D. quæ res pign. l. 1. D. qui pot. in pign. l. 11. pr. eod.*

Utrobique
consensus de-
sideratur.

§. V. Præterea quoque (V) in eo conveniunt, quod tam in pignoribus quam hypothecæ constitutione (si tacitum, iudiciale, & prætorium pignus excipias) *consensus* desideretur; quamvis sola destinatio non sufficiat. *l. 4. quæ res pign.* Illa enim tantum nexu *pignoris* & *hypothecæ* subii-
ciuntur, in quæ creditor consentit, *l. 1. §. 1. de pign. ad.* adeoque surrogatio rei unius in locum alterius, inuito cre-
ditore, fieri nequit, ut putat *NEGVSANT. de pignor. p. 3. m. t. n. 21.* sicuti nec creditor, inuito debitore, aliud surrogare potest, *l. 26. §. 2. de pign. cum vnum pro alio solui aut præstari non possit, l. 2. §. 1. D. se cert. per. nemoque compelli queat, ut obligationem in re aliqua sibi constitutam mutet. l. 47. §. 2. D. mandat.* Nec prouocari potest ad regulam, quod tibi non nocet, & alteri prodest, concedi debet, quæ si uni-
uersalis foret, & ubique applicari posset, quæuis *officia humanitatis* in necessitatem essent mutanda, & *ius perfectum* alteri tribuerent. Hoc enim certum expeditumque est, regulam adductam fluere *ex officio humanitatis*, quæ aliquando in certis causis, ex legis determinatione, in necessitatem transeunt, præsertim si *sanor agricultura* id postulat; ast generalis regula inde minime extrui nequit, ut *DN. PRAES. in introd. ad digest. tit. de aq. & aqu. plu. arc. §. 9.* ostendit. conf. *MERLIN. cit. tit. l. 4. r. 4. q. 12.* Cumque hic creditoris verberetur commodum, eademque ratio sit in *pignore* & *hypothecæ* quoad idoneitatem rei obligatæ, non magis rei hypothecæ loco alia potest substitui, quam pro re pignoratæ idonea, minus idonea, inuito creditore, dari. Volente creditore surrogatio tam in *pignore*, quam *hypothecæ* admittitur, qualiscunque demum res substituta sit. Vnde facile decidi potest quæstio, utrum beneficium *l. 2. C. de resci.*

ET HYPOTHECAE IVRE.

7

resc. vend. creditor pro fit, quando talis res substituta est, quæ nec ad dimidium valoris rerum earum, quæ ante obligatæ fuerant, accedit? *VLPIANVS in l. 9. §. 3. D. de pign. act. creditor satisfactum* videri, ait, quoties, ut ipse voluit, sibi cavuit, licet in hoc deceptus sit *conf. l. 5. in f. l. 13. quib. mod. pign. vel hypoth. solu.* Id quod optimam rationem habet; lætio enim circa *surrogationem pignoris* est quidem non levis præiudicii, creditor tamen deceptus potest, relicta quæstione de pignore, adhuc principalem actionem personalem intentare *l. 28. D. de reb. cred. aut pignoratitia actione* contra indemnitatem suam aduersus debitorem querere, si malitiose debitor in hoc versatus est, doloque eum decepit. *l. 9. pr. D. de pignor. act. NEQVS. l. c. P. 5. memb. 1. n. 42.* De hypotheca idem quoque hic dicendum esse, satis apparet, dum diuersitatis ratio, ratione læsionis vitra dimidium, nulla dari potest.

§. VI. Conueniunt quoque (VI) in eo, quod *regu-* lariter, qui *pignus* contrahere nequit, nec *hypothecam* constituere valeat. Constat vero ex principiis iuris ciuilibus in re in alterum transferri non posse, nisi ab eo, qui ipse est dominus, liberamque suarum rerum habet administrationem, cum alienandi facultate coniunctam. Vnde sequitur, quod pupilli vel minores nec *pignus* nec *hypothecam* constituere possint, licet etiam autoritas tutoris in re immobili accesserit, sine magistratus decreto, §. 2. *l. quib. al. licet vel non. l. 1. pr. D. quæ res pignor. obligar. non poss. nisi obligatio sit necessaria pro defensione causæ pupilli in iudicio, l. fin. C. de administrat. tut. NEQVSANT. l. c. P. 2. memb. 3. n. 77.* Nec obstat, quod debitoris in bonis manent res pigneratæ & hypothecæ: occasionem enim, qua ad *alienationem* deueniri potest, ius ciuile quoque remouere voluit, & quo minus impuberes eiusmodi a tutoribus bonis immobilibus priuentur, prospexit. Quandoque tamen alius, qui non est dominus, *hypothecam* & *pignus*

Qui pignus dare nequit, nec hypothecam potest.

deceptus in
pignus pignus
etiam est
pignus



gnus dare potest, procurator scilicet, mandatum speciale habens, *l. 58. l. 60. §. fin. mand. l. 11. §. fin. l. 20. pr. de pign. act. l. 16. §. 1. l. 21. pr. de pign.* vel etiam is, qui habet generale cum libera, *§. 42. l. de rer. diuis.* vt procurator reipublicæ vel principis, qui a lege mandatum cum libera habere dicitur, *l. 12. C. de transact.*, vel etiam procurator priuati facultatem cum libera habens. *arg. l. 58. D. de procurat.* Item is, qui mandatum generale sine clausula *cum libera* accipit, domino in more habente, pignoris & hypothecæ constitutionem in eodem contractus demandati genere. *l. 12. D. de pign. action.* MERLIN. *L. 2. t. 3 q. 101. n. 1. sequ.* Sufficit quoque ad pignoris & hypothecæ constitutionem *dominium factum*, inde bonæ fidei possessor non tantum hypothecam potest concedere, sed etiam ius pignoris in creditorem transferre. *l. 14. D. qui potior.* Instar domini enim est, quamdiu in bona fide manet. *arg. l. 39. §. 1. D. de hered. pet.* Ex eodem fundamento usufructuarius quoque facultatem percipiendi emolumenta ex re seruiente pignori vel hypothecæ subiicere potest. *l. 11. §. 2. l. 13. §. 2. de pign. & hyp. l. 2. C. d. usufr. l. 1. C. d. pignor.* Obligatur enim hac ratione non ipse fundus, seu eius *proprietas*, sed tantummodo *ius vendi fruendi*, quod a debitore quoque vendi potest. Nec obstat, quod vsus fructus alteri cedi & vendi non possit, *§. 3. l. de usufr.* ergo nec obligari; *l. 9. §. 1. de pign. venditio* enim ita fieri potest, vt commoditas ad vitam usufructuarii in alterum transferatur, licet ipsum ius vsusfructus nec vendi nec obligari possit. *l. 12. §. 2. de usufr. & quemad. quæ vt.* NEGVSANT. *l. c. P. 2. m. 3. n. 9.* MULLER *ad Struu. Exerc. 26. lb. §. lit. β.*

Qui acquirere potest pignus, ille etiam hypothecam.

§. VII. Conueniunt quoque (VII) in acquirendo. Acquiri enim potest pignus & hypotheca ab eiusmodi personis, quibus permittum est, in ciuitate ius in re tenere. *l. 24. de pign. & hypoth.* Inde questio nascitur, an extraneo seu non subdito possit pignus vel hypotheca constitui, si statutum prohibet, ne bona in non subdicitum alienentur?

ET HYPOTHECAE IVRE.

tur? Pro affirmatiua quidem est BALDVS ad l. fin. n. 1. C. de bon. alien. non alienand. quia alias nimis restringeretur facultas contrahendi inter ciues & forenses, & statuta dicantur esse stricti iuris, quae de casibus similibus ad similia extendi non possint. Plures tamen abeunt in contrariam sententiam, quod in l. fin. C. de reb. alien. non alien. dicatur, alienationis appellatione etiam venire hypothecae & pignoris constitutionem, & quod in l. 1. §. 2. quae res pign. evidens argumentum pro hac sententia adferatur, nec hic extensio, vt quidam arbitrantur, sed potius simplex statuti declaratio fiat, quia pignoris vel hypothecae constitutio comprehenditur iam sub ipsa alienationis prohibitione, & alienatione prohibita in statutis omnis actus prohibitus censetur, per quem alienatio sequitur. MERLIN. l. c. l. 2. Tit. l. q. 42. n. 18. Priorem tamen sententiam praefendam esse arbitror, & quidem ex ratione statuti, quae haec est, ne res in extraneum transferatur, id quod non fit per hypothecae vel pignoris constitutionem. Simile quid in iure Romano cautum est, quo haec decisio prorsus illustratur. Apud Romanos olim magistratibus maioribus in prouincijs, quibus praeebant, non licebat, rem in commercio existentem emere, durante officio; l. 46. de contr. em. vend. pignus tamen aut hypothecam acquirere non impediebantur, cum, debitore non solente, ex pretio rei alijs distraetae, creditum suum consequi possent. Ait Ictus in l. 24. de pign. in quorum finibus emere quis prohibetur, pignus accipere non prohibetur. Haec decisio etiam recte applicatur ad casum statuti, quo cauetur, ne extraneus intra fines territorij res immobiles emat. De iudaeis constat, quod eis in plurimis locis praedia iure dominij possidere non liceat. Vid. Diss. Dn. PRAESID. de caut. iudaeor. tolerant. Item de iur. sacro & prof. circa infidel. Sect. 2. §. 15. Aft pignoris & hypothecae constitutio eapropter iis non videtur interdicta, quamuis, an hic aliqua differentia inter pignus & hypothecam constitui debeat, capite seq. examinandum sit.

B

§. VIII.



Conueniunt
pignus & hy-
potheca in ob-
iecto.

§. VIII. Conuenientia porro (VIII) deprehenditur in *obiectio*. Res enim, in quibus pignus & hypotheca constituitur, debent esse in commercio, & ita in bonis debitoris, ut de iis habeat disponendi facultatem. *l. 6. C. si res alien. pign. dar. fir. l. 6. C. quae res pign. oblig. poss.* Hac de causa sicuti res litigiosa pignori non potest dari, ita *hypotheca* quoque subici nequit; finis enim primarius utriusque, qui est *securitas*, propter dubium litis euentum, hic deficit, & lite pendente, nihil est innouandum, quo alterius conditio reddi potest deterior. *l. 1. §. ult. D. quae res pign. dar. poss. MERLIN. c. 1. l. 9. 38. LAVTERBACH. ad tit. quae res pign. §. 5.* Speciatim pignoris contractus in *instrumentis*, ad agriculturam destinatis, inter quae sunt etiam boues, iniri non potest. *l. 7. 8. C. quae res pign. obl. poss.* quia fauor agriculturae, qui admodum magnus est in iure, hoc non admittit, ut quis impediatur in agrorum suorum usu & reip. quoque utili cultura, qua de causa nec *hypotheca* constitutio iis in rebus licita esse potest. *NEGV SANT. l. c. P. 2. m. 2. n. 49.* Res enim, quae pignori dari nequeunt, hypotheca regulariter exemptae sunt. *l. n. §. 3. D. de pign.* Ex supra adductis porro fluit, in *re aliena* hypothecam non magis constitui posse, quam pignus, *l. 6. C. si res alien. pign. detur.*, nisi dominus consenserit. *l. 26. §. 1. d. pignor. & hypoth.* vtrumque tamen conualescere ex post facto, si debitor dominium illius acquirat. *HARPER. cons. 70. n. 309.* Quid? quod nec bona fideicomisso per ultimam voluntatem subiecta, pignori vel hypotheca dari possint, maxime si alienatio expresse prohibita est, *MERLIN. l. c. l. 2. q. 6. n. 1. KNIPSCHILD de fideic. famil. c. XI. l. 4.* adeo ut ne quidem veniant in hypotheca tacita vel legali propter rationem *l. 3. §. 2. C. Commun. de legatis & fid.* *Satis absurdum & irrationabile est, rem, quam in suis bonis non pure possidet, eam ad alios posse transferre, vel hypotheca pignori uel nomine obligare, vel manumittere, vel alienam spem decipere.* Res incorporales in commercio esse quoque dicuntur inde dubi-

dubium non est, quin *ususfructus* tam pignori quam hypothecae dari possit, cum possit etiam locari *l. u. §. 2. de pignor.* Seruitutum *realium* diuersa est ratio. Quamuis enim praedia cum seruitutibus tam pignori quam hypothecae dari possint, non tamen, an seorsim pignus vel hypotheca in iis constitui possit? expeditum est. Attendendam esse differentiam inter seruitutes *urbanas* & *rusticas*, plurimi constituerunt, ita ut *rusticae* seruitutes tantum possint nexui pignoratitio subiici, *l. 12. D. de pignor.* *urbanae* vero non item propter *l. u. §. fin. de pignor.* ubi ita: *iura praediorum urbanorum pignori dari non possunt, igitur nec conuenire possunt, ut hypothecae sint.* Nec praeter rationem hanc diuersitatem inductam esse, putant, cum reipublicae interfit, ne ciuitas deformetur, & aedificia reddantur inutilia, quod maxime fieri posset per constitutionem pignoris vel hypothecae in praediorum urbanorum seruitutibus, propter vsus varietatem creditoris, vel eius, cui eandem seruitutem venderet creditor. MERLIN. *de pign. l. 2. t. 1. q. 25.* Ad enucleandam hanc controuersiam ante omnia monendum est, in *ci. l. 12.* non quaeri de oppignoranda seruitute iam constituta, sed de seruitute demum constituenda, ut haec tamdiu loco pignoris alteri concedatur in re debitoris, quamdiu pecunia nondum exsoluta est. Illa a debitore sine praedio creditori oppignorari non potest, quatenus debitor ipse eam in aedes alienas exercendi ius habet. Eiusmodi enim aedibus vel fundo inhaerens seruitus constituta ab iis separari & in alium transferri nequit. *l. 86. de V. S. l. 33. §. 1. D. de S. P. R. l. 44. loc.* Haec vero concedi potest creditori in securitatem crediti a debitore, cuius fundus antea liber erat a seruitute. Quae cum ita sint, eorum opinio in iure fundata non est, qui differentiam inter seruitutes *urbanas* & *rusticas* hic quaerunt, adeoque communis haec opinio, ad quam hic prouocant dissentientes, tanquam ad aliquod palladium, communis error & figmentum Doctorum omnium

ratione destitutum, iure meritoque vocatur. *Lex enim cit. ii.* oppignorationem seruitutum *urbanorum* prædiorum ex nulla aliaratione reprobatur, quam quod seruitutes tales a prædiis separari non possint, quæ etiam in *seruitutibus rusticis* locum habet. Equidem tantum *urbanorum* prædiorum MARTIANVS in *l. cit.* mentionem facit; restrictiue tamen non loquitur, cum eadem ratio quoque in *rusticis* militet. Similiter in *l. 12. cit.* ratio dubitandi inde desumebatur, quod seruitus talis reuera ad tempus esset constituta, cum tamen omnes seruitutes sua natura deberent esse perpetuæ. *l. 4. pr. de seruit. l. 28. de seruit. præd. urb.* Verum postquam hæc subtilitas, ut ad tempus seruitutes constitui nequeant, a prætoribus ipsis reiecta, *l. 4. cit.* nec in praxi iam olim obseruata est; *l. 9. de S. P. R. l. 2. comm. præd.* recte tale pactum admissum fuit. Nec utilitas publica hoc loco obstat. Sunt enim tantum quædam seruitutes, quarum natura non patitur propter deformitatem ciuitatis & ædificiorum, ut ad tempus constituentur, v. g. oneris ferendi, tigni immittendi, proiciendi & protegendi seruitus; sed inde ad omnium seruitutum *urbanarum* species argumentari, satis inconueniens est. Nec PAVLVS referendo in *l. 12. de pignor.* seruitutes, ut plurimum prædiis rusticis inseruientes, excludere voluit seruitutes *urbanas*, in primis cum eadem rationes in seruitutibus *urbanis* locum habeant, quæ in *rusticis*. Denique cum æque *urbane*, ac *rustice* seruitutes precario concedi possint, *l. 3. D. de precario* vbi GAIVS hæc exempla habet, *veluti si me precario rogaueris, ut per fundum meum ire vel agere tibi liceat, vel, ut in tectum vel in arcam ædium mearum stillicidium vel tignum in parietem immissum habeas*: quare eo, quo dixi, modo etiam pignori non possent obligari, cum propter licitam reuocationem in precario vsus quoque maxime temporarius sit. Vid. DN. THOMAS. *disp. de seruitut. stillicid. §. 19. seqq.* Porro specialius *res dotales immobiles* pignoris nexu obstringi non

ET HYPOTHECAE IVRE. 13

non posse, manifesti iuris est, quia maritus eas, matrimonio dissoluto, restituere debet, & oppignoratio proxima ad alienationem via dicitur. *pr. l. quib. alien. lic. vel non.* Imo licet alias *rei alienae* obligatio subsistat, si is, cuius interest, consenserit; in *rerum dotalium* tamen oppignorazione mulieris consensus nihil operatur, quia in fauorem mulierum id vel ideo constitutum, ne maritus consensum vxoris suae quibusuis artibus machinationibusque extorquere, aut saltem persuasionibus elicere conetur. *l. vn. C. §. 15. de rei vxor. act.* Idem dicendum est de *hypotheca* simplici, quippe quae rem ita afficit, vt etiam post restitutionem contra vxorem possit intentari actio. *pr. l. quib. alien. lic. vel non. l. 23. de O. & A. §. 1. l. de action.* Imo nec vxor ipsa *hypotheca* vel *pignori* rem dotalem, constante matrimonio, subicere potest, quippe quod in mariti prauiudicium vergeat. MERLIN. *L. 2. T. l. q. 18. n. 12. de pignor. & hypoth.* Intellegenda tamen haec omnia sunt de fundo dotali *inestimato* in dotem dato; aestimato enim in dotem data res immobilis potest alienari, aut oppignorari, etiam sine mulieris consensu, nam per *aestimationem* efficitur res viri propria. *l. 10. de iur. dot. l. 1. C. Commun. vir. iudic.* MERLIN. *l. c. q. 19. n. 2. seqq.* NEVSANT. *de pignor. p. 2. m. 2. n. 59.*

§. IX. Etiam (IX) in modo constituendi quaedam deprehenditur conuenientia inter pignus & hypothecam. Vti enim ius in re variis modis constitui potest, ita quoque *pignoris & hypothecae* constitutio fit, vel per *actus inter vivos*, vel, per *ultimam voluntatem*; Illud fit vel per consensum *expressum* aut *tacitum*, *l. 3. l. 4. 16. in quib. caus. pig. vel hypoth. tac. contr.* HERTIVS *de hypoth. conuent. tacita*; vel a *iudice*. Vnde est, quod ad pignoris conuenientialis constitutionem nemo cogi possit, & quod hypothecam alicui concedere etiam sit liberae voluntatis, nisi iudex eam ex iusta causa imperet. *l. 14. §. 1. D. de constitut. pec. l. 9. D. qui satisd.*

Conueniunt in modo constituendi.

B 3



fatisd. cog. VOET. *ad D. tit. de pignor. n. 1.* Similiter inde fluit, quod pignoris constitutio in dubio praesumi nequeat, sed potius aliquando, circumstantiis id suadentibus, magis datio in solutum, si res simpliciter pro debito tradita. conf. HERTIVS *de pignor. tacit. convention.* Eadem praesumptio etiam de hypothecae constitutione a legibus reicitur. MERLIN. *de pignor. & hyp. L. 2. tit. 3. q. 94. n. 8.* Quia vero absentes per litteras suum consensum quoque declarare possunt, & praesentia contrahentium in pignoris constitutione non praecise requiritur, *l. 23. §. 1. D. de pignor. & hypoth.* illa etiam expediri potest per scripturam, imo per epistolam, in quibus dies & consul deest, *l. 34. §. 1. D. de pign. & hypoth.* vel per nuncium, & multo magis hypotheca, cum *nudo pacto* absolvatur, resque hypothecata penes debitorem maneat. DONELL. *de hypoth. c. 6. p. 200.* Et quidem de iure communi simplex contrahentium consensus, ut constituantur *pignus & hypotheca*, est sufficiens, nec scriptura requiritur, TERP. *Decis. P. 3. D. 501. l. 13. CARPZ. P. 1. C. 23. def. 122.* aut magistratus auctoritas. *l. 1. D. de pact. l. 1. D. de pignor. act.* ARNOLD. VINN. *ad l. §. 7. de action. n. 12.* Vnde tam in pignore quam hypotheca subsequens rati habitio sufficit, si tertius rem talem obligavit. *l. 16. §. 1. de pignor. & hypoth.* Sed ius Saxonicum, aliorumque locorum, iudicis confirmationem, sub cuius iurisdictione *immobiles res* sitae sunt, praecise requirit, tam in *oppignoratione* quam *hypotheca*, siue generalis siue specialis constituitur, *Ordin. indic. Saxon. tit. 46. §. 2. CARPZ. P. 2. C. 23. def. 1. seqq.* LAVTERBACH. *ad tit. de pignor. & hypoth. §. 46.* & quamvis in *hypothecae & pignoris constitutione* diversitas rationis adesse videatur, quod in illa quidem creditores & emtores decipi, & iustam allegare ignorantiam possint; non aequè in hac: idem ius tamen in utroque iure obtinere, liquet ex iis, quae tradit CARPZ. *tit. l. def. 5.* cuius ratio forsitan haec est, quod etiam *pignoris*

ET HYPOTHECAE IVRE.

§

res constitutio inclinet ad alienationem, quae in rebus immobilibus ex iuris Saxonici dispositione fieri nequit absque iudiciali approbatione, obseruante EODEM. *cit. l. def. l. n. 3.* Inde inferitur, nec comites, nobiles, aliasue illustres personas bonorum immobilium oppignorationem extra iudicium absque nullitatis vitio suscipere posse, idque propter identitatem rationis, tum ne res pluribus obligentur, creditoresque decipiantur: tum quia alienatio quaedam hic concurrere videtur. MARTIN. *Comment. Forens. tit. 46. n. 28.* CARPZ. *Part. 2. Const. 23. def. l. n. 10. & n. BERLICH. Part. 2. conclus. 29. n. 7.* Equidem de modo constituendi pignus quaedam adhuc inter DD. lis est, aliis contendentibus, pignus hoc ipso pro tradito habendum esse, quod debitor aliquam rem pignori dare, promiserit; aliis vero negantibus, nudam promissionem de pignore tradendo vel constituendo sufficere. Prioris sententiae patroni imprimis sunt MANTICA *de tacit. & ambig. conuent. l. 11. 2. 3. n. 14.* BACHOVIVS *de pignoribus l. 1. C. 3. R. 3.* Posterioris vero GABRIEL MVDAEVS *tr. de pignor. rubr. quomodo hypothec. contrahat. n. 4. 5.* & LAVTERBACH. *tr. de pignore §. VI. n. 25.* Sed facile constat, calculum posteriori sententiae addendum, & MVDAEO, inter ICTOS prae aliis accurato, accedendum esse, cum pignus referatur ad contractus reales, qui nudo consensu non perficiuntur, sed ad suam perfectionem traditionem rei adhuc desiderant. §. *vl. l. quib. mod. re contrahit. oblig.* Vnde indefinita & indeterminata promissio v. g. erit tibi hypotheca aliqua seu pignus, nequidem hypothecae constitutionem producit, multo minus pignoris per l. *u. §. 2. D. qui potior. in pign. vbi dicitur: Si colonus conuenit, vi inducta in fundum, illata, ubi nata, pignori essent, & antequam inducat, alii rem hypothecae nomine obligauerit, tunc deinde eam in fundum induxerit, potior erit, qui specialiter pure accepit, quia non ex conuentione priori obligatur, sed ex eo, quod INDVCTA res est.*

Reuera

Reuera enim in tali indefinita locutione adest tantum *promissum de hypotheca constituenda*, vel *de pignore tradendo*, qualia pacta, contractus ineundi preparatoria, ad agendum obligationem non pariunt. HARPPRECHT. *Respons. 92. n. 105. seqq.* Quandoque tertius quoque pro alio, v. c. qui conductor est, pignora dat, vel hypothecam concedit, pro eo tempore, quod conductioni per contractum est praefinitum. Quod si vero renouatio conductionis inter contrahentes fiat, finita prima conductione, pignoris a tertio constituti repetitio non aliter inducitur, quam si expressus consensus pignorantis accesserit, quippe qui ulterius non obligatur, quam quousque ab initio consensit, *l. 13. §. 11. loc. cond. cum factum alterius tertio obesse non possit, l. 27. pr. in f. de procur. l. 9. §. vlt. l. 10. de iurei. l. 155. D. de R. Iur. & nemo ultra intentionem suam obligetur, quæ dirigit omnes actus.* Eodem modo nec hypotheca per *tacitam reconductionem* prorogari potest, cum sit stricti iuris, & locator sibi imputare debeat, si diutius, quam cautum est, conductorem patitur in re locata permanere. *l. 7. C. de locat. cond. MERLIN. de pignor. & hypoth. l. 3. t. 1. q. 39. n. 5.*

Conueniunt
pignus & hypo-
theca in mo-
dis tollendi.

§. X. In modis quoque tollendi (X) adest conuenientia inter *pignus & hypothecam*. Tollitur pignus variis modis, imprimis vero principali obligatione sublata, aut causa cessante, ob quam constitutum est. MERLIN. *l. c. l. 4. t. 5. q. 133.* Inde dissoluitur pignus, 1) si debitor creditori satisfecerit, tam quoad sortem, quam vsuras, *l. 5. §. 6. 13. D. quib. mod. pign. vel hypoth. solu. l. 18. qui pot. in pign. hab. l. vn. C. etiam ob chirogr. pec. pign. ten.* quo modo hypotheca etiam definit. *arg. l. 5. §. 1. de pign.* Satisfieri autem dicitur creditori non solum per veram solutionem, sed etiam per *depositionem* pecuniæ realem. LAVTERBACH. *de pign. & hypoth. §. 4.* Hecposito, pignus & hypotheca etiam liberatur per solennem & legitimam debiti obligationem,

nem, obfignationem & deponitionem, *arg. l. 6. quib. mod. pig. folv. l. 19. C. de usur. l. fin. C. de luit. pignor.* MERLIN. *de pignor. L. 5. t. 1. q. 44. n. 26.* HARPRECHT. *Conf. 70. n. 50.* Sola condemnatio debitoris non sufficit, adeoque tum pignus quam hypotheca subsistit. *l. 13. §. 4. de pignor. & hypoth.* 2) dissoluitur per *satisfactionem* a creditore acceptam tam pignus quam hypotheca. BALDWIN. *de hypoth. C. 20. 3)* per *remissionem* vel *expressam* *l. 8. §. 1. segg. h. TERPAT. Decif. P. 3. Tit. 509. c. 5. vel tacitam* vt: si creditor subscribat instrumento venditionis super re oppignorata confecto, ita enim pignus & hypotheca remissa censetur, nisi quis expresse hanc clausulam adiecerit: *Mir und meis Erben und Nachkommen ohne Schaden.* BRUNNEMANN. *ad D. L. 8. n. 14. quib. mod. pign.* HARPRECHT. *Respons. 93. n. 203. 304.* 4) Extinguitur tam pignus quam hypotheca, si actio personalis contra debitorem propter ea extincta est, quia debitor delatum sibi iuramentum super credito praestitit, litemque ita finiuit. *l. 13. D. quib. mod. pign. vel hyp. solu. ibi: si deferente creditore iuravit debitor, se dare non oportere, pignus liberatur, quia perinde habetur, ac si iudicio absolutus esset.* NEGVSA NT. *de pign. P. 6. m. 2. n. 10.* Hypotheca 5) corrumpitur, si contractus invaliditas detegitur & hypothecam constituens ex errore & falsa causa contractum celebrauit eique hypothecam adiecit. *l. 25. de pign. & hypoth.* Ita enim error & falsitas actui consensum adimit, obligationemque inuvalidam reddit. *arg. l. 5. §. 14. de reb. eor. qui sub tutel. vel cur. sunt.* Et quis dubitaret, quin etiam pignus nullum sit, ubi principalis obligatio, cui accessit, vires nullas habet? 6) pactum de non petendo pignus & hypothecam quoque ope exceptionis tollit, *l. 5. D. quia. mod. pign. & hyp. solu. l. 17. §. 2. de pact.* Si ad tempus pactum de non petendo debitori factum est, durante pacto, hypothecaria actio suspenditur, nisi debitor incipiat post tale pactum suspectus fieri. NEGVSA NT. *l. c. n. 9.* MERLIN. *L. 5. t. 1. q. 44. n. 4. 7)* legitima

C



gitima nouatio tollit liberatque pignus, l. 18. D. de nouation.
 l. n. §. 1. de pignor. act. quod intelligi debet de casu, quo
 prior obligatio ex contrahentium voluntate sublata est. Se-
 cus est, si nouatio priori obligationi accedit: Sic si litis conte-
 statio facta a debitore in actione hypothecaria, pignus in ne-
 xu nihilominus manet, adeo, vt si debitor condemnatus est,
 ante satisfactionem pignus non extinguatur. l. 29. D. de no-
 uat. Nouatio enim necessaria, quæ fit per litis contestatio-
 nem, vel sententiam, primam obligationem non extinguit,
 sed alios effectus ei addit. BALDWIN. de Hypothec. c. 20.
 TEPAT. decis. Part. 3. tit. 509. c. 8. Eadem conditio est hypo-
 thecæ quæ itidem desinit per voluntariam, non vero ne-
 cessariam nouationem. NEGVS. de pignor. P. 6. m. 3. n. 2. 8)
 Extinguitur pignus per confusionem & compensationem debiti
 principalis; si v. g. creditor heres debitoris vel hic credito-
 ris vel tertius vtriusque fuerit factus; tunc enim principa-
 lis obligatio vna cum accessoris perit. l. 4. qui potior. in pign.
 l. 9. §. 3. de pignor. act. l. n. §. 2. sqq. eod. Idemque in hypo-
 theca obtinet, cum nemo a se ipso aliquid exigere aut securi-
 tatem de credito, quod ipsi sibi debet, desiderare possit.
 9) Per alienationem pignoris, consensu creditoris factam, ius
 in re censetur remissum, non ipsum debitum. l. 4. §. 1. quibus
 mod. pign. vel hyp. quod etiam de hypotheca dicendum, TE-
 RAT. Decis. 509. c. 1. si legitima requisita, a legibus desidera-
 ta, concurrunt, quæ aliquot dissertationibus de remission.
 tac. hypoth. & pign. explicuit ill. DN. THOMASIVS. Eundem
 effectum consensus quoque in rei hypothecæ alienatione
 habet, cum nulla diuersitatis ratio dari possit. FELIN. Consil.
 20. n. 4. TEPAT. l. c. c. 6. 10) Interitus rei oppignoratæ quo-
 que soluit tam pignus quam hypothecam, l. 8. pr. quib. mod.
 pign. l. hyp. quatenus in totum perit. Extinctis ædibus in
 area tam pignus quam hypotheca remanet. l. 29. §. 2. D. de pig-
 nor. & hypoth. Sed an idem dicendum sit de rei mutatione?
 Distinguendum esse puto inter mutationem domini interitum

tum inferentem, & rei principali obligatæ tantum aliquid detractentem, seu adiciendum: quin priori casu pignus finatur, dubium non est, e. g. si ex ligno pignore dato navis facta sit; hic enim specificanti cedit res eiusque dominio subiicitur *l. 18. §. pen. de pignor. act.* vbi dicitur: *Si quis cauebit, ut silua sibi pignori esset: nauem ex ea materia factam non esse pignoris, Cassius ait: quia aliud sit materia, aliud navis, & ideo nominatim in dando pignore adiciendum esse ait: queque ex silua facta, natae sint.* Posteriori vero casu mutatio pignus non liberat nec hypothecam soluit, licet vel maxime ædes oppignoratæ destructæ fuerint, & in earum area hortus aut vinea planteretur. *l. 16. §. 2. l. 29. §. 2. de pignor. & hyp. ibi: domus pignori data exusta est eamque aream emit Lucius Titius & extruxit, quæsitum est de iure pignoris? Paulus respondit pignoris persecutionem perseverare.* MULLER. ad Stru. Exercit. 26. §. 49. lit. k. 11.) Præscriptio quoque tollit pignus pro diuersitate possessorum diuersimode. Potissimum quæstio de pignoris præscriptione versatur circa casus sequentes. Præscribitur enim pignus 1) vel a tertio bonæ fidei possessore, si creditor forsan possessionem eius amisit, & tertius b. f. & iusto titulo illam acquisiuit; hic enim intra 10. vel 20. annos dominium sibi acquirit, & ius, tam debitoris, quam creditoris in pignus hac ratione extinguitur. *l. 1. §. 2. C. si aduers. credit. l. 7. l. ult. de O. & A.* Eodem modo de hypothecæ ius expirat, si tertius possessor rei hypothecatae possessionem iusto titulo nactus fuerit, & per decennium inter presentes, per viginti vero annos inter absentes quiete rem possederit. NEGVSAnt. de pign. p. 6. m. 2. n. 1. MERLIN. cit. tr. L. V. t. 1. q. 21. n. 6. 2) vel a male fid. possessore, qui licet longo tempore præscribere non possit, potest tamen de iure civili longissimo, vel triginta annorum spatio pignus vel hypothecam liberare. *l. 7. C. de præscript. 30. vel 40. ann.* Quodsi vero creditor posterior ab ipso debitore hypothecam consecutus fuerit, quadraginta anni

anni, donec debitor adhuc in vita est, ad præscriptionem & pignoris & hypothecæ sunt necessarii: post mortem debitoris 30. anni sufficiunt. *l. c. §. 2. de præscr. 30. vel 40. ann. NEGVSANT. l. c. 3)* Vel a debitore ipso contra creditorem: hoc casu certi iuris est, pignus liberari, si creditor illud post restitutionem (animo forsan repetendi & sic ad tempus factum) apud debitorem 40. annos reliquerit; potuisset enim creditor actione *hypothecaria* pignus repetere, quod si neglexerit, post 40. annos hypothecariæ actioni præscriptum est *l. 7. §. 1. C. de præscr. 30. vel 40. ann.* In *hypothecæ* præscriptione itidem 40. annorum spatium attenditur per *cin. l. 7.* quia inter pignus & hypothecam quantum ad *actionem hypothecariam* nihil interest. *§. 7. l. de Action. MERLIN. l. c. n. 23.* Alia omnino est quæstio: vtrum creditor ita possit pignus præscribere contra debitorem, vt ei non amplius sit integrum pignus luere? sed facile constat, pignus & hypothecam hic quoque conuenire, creditoremque iuri pignoris luendi nullo tempore præscribere posse, quamdiu pignus non negat. *GAIL. 2. Obs. 18.* Alieno enim nomine sic possidet, nullumque vsucapionis vel præscriptionis initium facere potest. *Pr. l. de vsuc. l. 2. C. de præscr. 30. vel 40. ann.* Denique 12) pignus & hypotheca tollitur extincto iure debitoris, quod in re habuit *l. 31. D. pignor. & hypoth.*

Conueniunt
pignus & hypo-
theca ra-
tione distra-
ctionis.

§. XI. Præterea (XI) ratione *distraktionis* pignus & hypotheca conueniunt, quod vel indicat rubrica in digestis posita *de distraktionem pignorum & hypotheca.* Videlicet inter alios pignoratitii iuris effectus hic quoque refertur, vt creditori integrum sit, pignus vendere, si debitor in mora est constitutus, pignorisue liberationem detrectat. Competit ei hæc potestas ex *iure*, quod habet in re, & *sine*, seu securitate, ratione debiti ipsi constituta *l. 1. C. de pact. pignor.* Olim quidem & plurimum in pignore contrahendo nominatim de eius vendendi potestate paciscebantur contrahentes;

ET HYPOTHECAE IVRE. 21.

tes, l. 4. pr. D. & l. 4. C. de pign. act. ne trina denunciatōne opus esset. PAVL. lib. 2. sent. l. 1. §. 1. Sed hoc correctum est, vt, licet vel maxime nihil expresse fuerit conuentum, illud tamen iuri pignoris inesse crederetur l. f. §. 1. C. de iur. domin. impetr. l. 4. verb. sed & si D. de pign. act. & pignoris distractio, inuito etiam debitore, fieri possit. l. 2. C. debit. vendit. pign. imped. non poss. l. 7. §. 1. de reb. eor. qui sub tut. l. 1. §. 1. de distract. pignor. & hyp. Nec diuersum in hypothecca obtinet, cuius distractio itidem creditori indulta est, si suauiter consequi non possit, cum eadem utrobique addit ratio l. 14. C. de distract. pign. Sed in modo distractendi maxima inter pignus & hypotheccam deprehenditur differentia, cum alter pignus alienari soleat, quam hypothecca, de qua in cap. II. dicendi locus erit. Fluit quoque ex fine pignoratōnis, quod pignus vendendi iuri per pactum expressum renunciari haud possit, & pactum eiusmodi pro non adiecto habeatur, idque non tantum propter creditoris ius in pignore quaesitum, sed etiam propter utilitatem publicam, ne alias admodum difficulter, qui nummos crederent, inuenirentur, & indigentium inopia auxilio necessario egeret, magnaue commercio, quo salus publica alitur, deficiente fide inferretur clades. l. 4. D. de pignorat. act. vel contr. Et quis negaret, etiam hypotheccam simplicem securitatis causa vnice constitui? qua de causa si venditio rei obligata fieri haud posset, omnem omnino vim & efficaciam illa amitteret, & consequenter pactum hypotheccae adiectum, ne vendatur, naturae eius prorsus repugnat. MERLIN. cit. tr. L. V. Q. 25. n. n. 12. Atque haec distractendi pignus vel hypotheccam potestas creditori etiam tunc competit, si vel maxime pars debiti soluta sit, & quaedam pars debiti, quantacunque sit, adhuc debeatur vel a debitore vel ab heredibus eius; totum enim pignus pro indiuiso tamdiu in nexu est, quamdiu creditori nondum plene est satisfactum. l. 6. C. de distract. pign. l. 8. §. si vnus D. de pignorat. act.

natio prohibita est, nisi præter sortem integram etiam usuræ creditori fuerint restituta, quia eadem hic militat ratio, quæ in pignore. TERAT. Decis. P. 3. tit. 508. MERLIN. de pignor. l. 4. T. 3. q. 95. n. 33.

In modo distrahendi quoque conveniunt,

§. XII. Ipsa distractio bona fide fieri debet, l. 9. C. de distr. pign. l. 3. C. si pign. vend. adeoque ipse creditor nec pignus nec hypothecam emere potest, ne quidem per substitutum, l. 10. C. de distr. pign. An vero fideiussor a creditore etiam emere pignus queat? quæritur. Et dubium non est, quin fideiussor si non potius, saltem idem ius cum extraneo habere debeat, & consequenter pignus acquirere queat, imprimis cum iura fideiussoris indemnitati admodum faueant, & alias, pro ea consequenda, creditor cogi queat, ut, postquam solvere paratus est, iura sua & sic etiam pignora hypothecasque cedat. l. 14. mandat. l. 53. D. eod. l. 20. eod. Hac de causa etiam a iudice impetrare potest, ut conventus a creditoribus titulo emtionis prædium creditori pignori datum suscipiat, l. 26. pr. de pign. l. 2. D. distract. pignor. Nec obstat argumentum, quod contrariæ sententiæ patroni ex l. 1. C. de dolo evincere conatur. Aiunt imperatores: si fideiussor a creditore pignus emere oblata quantitate sortis & usurarum, tibi dominium cum fructibus, quos bona fide percepit, consultius restituat, ne fidei ruptæ gratia de dolo possit actio exerceri. Loquitur enim lex 1) tantum de eo, quod est consultius, ne fideiussor doli suspensionem incurrat, non autem præcise disponit, iubet, aut indistincte constituit. 2) Adest in cit. l. casus, ubi non tam emtio formalis videbatur facta, quam solutio sortis & usurarum, ut ipsa verba indicant, cuius nomine creditor fideiussori pignus dimiserat, quo ipso non tam rem ipsam fideiussori vendidisse, quam ius suum celsisse videbatur. Sed nec huc commode referri potest l. 59. §. 7. D. mandat. tradens: fideiussorem, qui rem pignoris iure obligatam a creditore emit, mandati iudicio conveniunt ab herede debitoris

ET HYPOTHECAE IVRE. 23

ris oblato omni debito restituere cum fructibus cogendum. neque habendum simili extraneo: cum in omni contractu bonam fidem prestare debeat. Præsupponit hic textus, æque ut prior, fideiussorem soluisse sortem cum vsuris, hoc ipso pro-
 prie non contrahitur *emptio*, sed potius *cessio*, adeoque si fi-
 deiussoꝝ pignus retinere vellet, sine dubio contra bonam
 fidem ageret, id quod potissimum rationes in *cit. text.* ad-
 ductæ indicant. Ratio enim *cit. l. 59.* hæc est: CVM IN
 OMNI CONTRACTV BONAM FIDEM PRAESTARE DEBEAT & in *l.*
cit. l. NE FIDEI RVPTAE GRATIA DE DOLO POSSIT ACTIO EX-
ERCERI. Ergo si talis deest *cessio*, si creditor curauit, vt iu-
 stum pretium pignoris constituatur, & fideiussoꝝ aperte, non
 animo *soluendi* debitum, sed *numerandi* pretium, quod b. f.
 constitutum est, pecuniam soluerit, *emptio* subsistit, nec fi-
 deiussoꝝ compelli potest, vt rem cum fructibus restituat.
 CABALIN. *de vsur. q. 49. n. 341. & quæst. 29. 245. ESCO-*
 BAR. *de ratiocin. comput. 17. n. 4.* Sed videndum, an in
hypotheca quoque idem ius fideiussori sit asserendum?
 Hoc eo minus in dubium vocari potest, quo certius est,
 nullam diuersitatis rationem hic allegari posse. Imo cum
hypothecæ regulariter iudicialiter vendantur, vt *cep. sq.*
 ostendam, eo minor ratio dubitandi hic concurrere potest,
 cum etiam ipse creditor pignus sub hasta emere non pro-
 hibetur. MERLIN. *de pignor. l. 4. Tit. 2. q. 71.* Non
 tantum vero distractio pignorum est concessa, si vni cre-
 ditori res est obligata, sed etiam si pluribus pignus in soli-
 dum eodem tempore obligatum est. A quolibet enim ex
 iis pignoris venditio valide suscipitur per *l. 16. §. 8. de pi-*
gnor. ibi: sed si simul illi & illi, si hoc actum est, vterque re-
ste in solidum ager, si minus, vnusquisque pro parte. Et se-
 cundum hanc correalis obligationis naturam hypothecam
 quoque quilibet ex pluribus creditoribus in solidum alie-
 nare potest post moram debitoris, vt fiat occupantis con-
 ditio melior. Sicuti enim singuli in solidum aduersus ex-
 traneum



traneum Seruiana uti possunt, ita quoque singuli effectus huius actionis gaudere debent. *l. 10. D. de pignor.* Equidem NEGVSA NT. *P. 6. m. l. n. 34.* putat, non competere creditoribus pluribus in solidum venditionem hypothecæ, quod absurdum foret, duos emtores eiusdem rei fieri dominos in solidum; Verum eiusius, qui alterum sibi præuenire passus est, non amplius attenditur, sed præoccupantis, sicut alias possessoris in pari causa conditio est melior, & sic qui prius hypothecam vendidit, præfertur alteri, qui alii posteriori loco eam vendidit. De *hypotheca* id indubium esse videtur, quia hic præfertur is, qui possessionem impetrauit. Sed de pignore maior ratio dubitandi, quod scilicet pluribus datum est, quia illud *coniunctim & pro indiuiso* non vero *in solidum* possident, cum plures eandem rem *in solidum* possidere non possint *l. 2. §. 5. de acquir. vel omit. poss.* ergo illud quoque non nisi coniunctim vendere possunt in solidum; facilius vero singuli pro rata, de quo *cap. sq.* dicendi locus erit.

Contentien-
tia in pactis.

§. XIII. Natura pignoris & hypothecæ potest quoque per *varia pacta* mutari, in quo rursus (XII) conuenientia quædam deprehenditur. Prouer vero illi, vel *licita* vel *illicita* sunt, ita possunt valide & cum effectu pignori adici, vel inualide, seu sine effectu. Sic *a)* valet pactum, ut pignoris interitus debitorum liberet, si casu fortuito, & sine dolo vel culpa debitoris interitus secutus fuerit *l. 6. C. de pignor. act.* cum quilibet *extra ordinem* casum fortuitum speciali pacto in quouis contractu suscipere queat *l. 23. de R. I.* Eodem modo quoque *hypotheca* constitui potest, ut creditor nihil petere possit, si res hypothecata perierit. Fuit enim in creditoris arbitrio ita pacisci, v o e r. *ad D. l. 20. l. 2. n. 21.* Aliud quoque *β)* addi potest pactum, vi cuius creditor ex pensionibus *pignoris* creditum possit recipere, quod itidem *hypotheca* valide adicitur. *l. 20. D. de pignor. & hyp.* Porro *γ)* & hoc pactum subsistit, ut creditor nec non

ET HYPOTHECAE IVRE.

non fideiussor soluens debitum, pignus iusto pretio habentem; idemque creditor, qui nudam tantum hypothecam consecutus est, pacisci potest. *l. i. C. de pactis pignor. l. 16. §. vlt. D. de pignor. & hypoth. ibi: potest ita fieri pignoris datio hypothecae. l. vlt. D. de contrab. emi.* Quod si creditor pignus vendiderit, illud potest δ) fieri hoc pacto, *ut liceat sibi reddere pecuniam & pignus recipere.* Quæritur ergo, an si paratus sit debitor reddere pecuniam, conferat *qui id possit?* Affirmat id ipsum ICius in *l. 7. pr. de distr. pign. & hyp.* additque, *agi posse cum creditore, ut si quas actiones habeat, eas cedat debitori.* Idem quoque in hypotheca obtinere, statim subiicit: *Sed quod IULIANUS scribit in pignore, idem & circa hypothecam est.* Similiter ϵ) tam in pignore quam hypotheca valet hoc pactum, *ne liceat debitor hypothecam vendere vel pignus*, hoc effectu, ut utroque casu alienatio & venditio nulla sit, *l. cit. 7. in fa. quæ alias, salvo iure pignoris, valere posset, ad minimum ut translatum esset dominium. NEQVSANT. de pignor. m. p. 2. n. 5.* Illud vero pactum ζ) ut creditor, intra certum temporis spatium debito non soluto, pignus retinere vel hypothecam rem sibi asserere possit, iura non admittunt, quod *lex commissoria* dicitur, *l. vlt. C. de pact. pign.* nec distinguunt, utrum ab initio statim in pignoris constitutione ea lex sit adiecta, an ex interuallo. Potuit enim inopia debitoris durans propter exactionem creditoris acerbitorem & instantissimam debitori ex postfacto quoque extorquere eiusmodi pactum, & ob spem melioris fortunæ ante tempora legis commissoriæ ipsum inducere, ut tale pactum iniret. VOET. *ad D. Tit. de pignor. & hyp. n. 25.* Præterea alia adhuc ratio suadet, ut hoc pactum in pignoribus non valeat, quia pignora eo non dantur animo, ut dominium profus in creditorem transferatur, *l. 35. §. 1. D. de pignor. act.* sed tantum, ut securus sit creditor; quin quod ad dominii translationem contractus venditionis similisque

D

domi-



dominii translativus necessarius est. *l. 1. C. de fundo dotal.*
 ANTON. FABER. *Cod. L. 3. Tit. 22. def. 1.* Accedit quoque
 recessus imperii, *de an. 1577.* vbi itidem legis commissoriae
 prohibitio renouata est. *von Zuden und ihren Wucher* &
 und dieweil. Hypothecæ quoque lex illa non magis ad-
 scribi potest, quam pignori, cum eadem ratio, quæ in pi-
 gnore militat, in hypotheca quoque adsit, & licet creditor
 rem, hypothecæ obnoxiam non possideat, posset tamen
 vi huius pacti possessionem, & per hanc dominium a iu-
 dice impetrare, præterlapso termino, si pactum illud in hac
 materia haud esset reprobatum a LL. Vulgo confunditur
 hac cum *lege commissoria* aliud pactum *n) de cedendo pigno-*
re vel hypotheca cum debitore initum, nisi intra certum tem-
 pus pecunia mutuo accepta restituatur. Fundatur illud
 in *l. 1. C. de pact. pign.* cuius sunt verba hæc: *qui pactus*
est, nisi intra certum tempus pecuniam, quam mutuam accepit,
solueret, cessurum se creditoribus, hypothecæ venditionem non
contraxit. Sed id comprehendit, quod iure suo creditor in adi-
piscendo pignore habiurus erat. Communi itaque iure cre-
ditor hypothecam vendere debet, rem creditor permittere, sed
apparet ex his, aliud esse pignoris venditionem creditor per-
mittere; & aliud pignus quasi emptum illi adjudicare. Pri-
us dicitur hypothecæ cesso, estque nihil aliud, quam pote-
stas, creditor facta, vt liceat sine denunciatione pignus vel
hypothecam vendere; minime vero, vt creditor illud ha-
beat emtionis iure, pretio cum debito compensato, cum
si vel maxime verba pacti dubiam admisissent interpretatio-
nem, in sensu legali merito accipienda fuere. Non itaque
etiam hoc denotat, vt creditor in solutum sit datum pro
pretio arbitrio boni viri determinando, sicut putat BRUN-
NEMANN. ad l. 1. cit. in qua sententia quoque versantur
CARPZ. L. 5. Resp. 12. n. 11. 18. & RICHTER, ad l. n. 5. cum
multis aliis. Neque enim id ex verbis adductis liquido
fluit, adeoque creditor illud non sibi pro iusto pretio re-
 tinere

tinere, sed aliis b. f. vendere tenetur. Interim pactum tale θ) non reprobatur adeoque tam pignori, quam hypothecae valide adijcitur, cum, eo non obstante, debitori adhuc integrum sit, pignus luere, sibi que recipere *arg. l. 45. D. de solution. VOET. l. c. n. 26.* Proinde hoc legi commissoriae admodum simile pactum ab illa sollicite discernendum venit, cuius species refertur in *l. 10. §. vii. D. de pignor.* *Potest ita fieri pignoris datio, hypothecaeque, ut, si intra certum tempus non sit soluta pecunia, iure emtionis possideat rem iusto pretio tunc aestimandam, hoc enim casu videtur quodammodo conditionalis esse venditio.* In proptulato est, tale pactum potius constituere venditionem conditionalem, quam pactum commissorium, & ab initio statim id agi, ut, debitore certo die non solvente, res creditori tanti sit emta, quanti iustum pretium eius erit die praestituto. Hinc per illud pignus pleno iure non committitur creditori, & acquiritur, vel a debitore transfertur, ut sit in pacto commissorio. Recte igitur & hoc pactum pignoris, adijcitur pignori aequae ac hypothecae, per *l. cit. 10. §. vii.*

§. XIII. Exponendum (XIII) adhuc est, in quibus praeterea pignus & hypotheca eosdem producat effectus, quosque ut plurimum conveniunt. Primus est, quod creditor tam pignoris possessionem, quam nudam hypothecam habens ius suum persequi possit, & quidem vel remedio possessorio vel petitorio. Illud eligens videtur *interdicto Saluiano l. 1. C. de precar.* Competit vero non tantum creditoribus hypothecariis, sed etiam pignoratitiis, si possessionem pignoris amiserunt, eamque a debitore repetunt *l. 1. D. de interdict. Salu. DN. PRAESES. introduct. in ius Dig. de Saluian. interdict. §. 1. STRYCK. de action. inuestig. Sect. II. m. 5. §. 10.* Rem ipsam oppignoratam si petunt creditores, petitoria remedia adhibent, & quidem in specie actionem hypothecariam, qua non pignus tantum, sed hypothecam quoque persequuntur. Licet enim pignoris possessio fuerit tradita, contingere tamen potuit, ut postea

amiffa fit. *l. 13. §. 3. de pignor.* Inde recte dicitur, inter pignus & hypothecam, quantum attinet ad actionem hypothecariam, differentiam nullam intercedere per §. 7. *l. de actio. ibi: Quasi Serviana autem est, qua crediiores pignora hypothecasque, persequuntur. Inter pignus vero & hypothecam (quantum ad actionem hypothecariam attinet) nihil interest.* Hac de causa etiam hæc actio dicitur pignoris vindicatio *l. 16. §. 3. D. de pign. & hyp.* quæ etiam datur contra eum, qui dolo desit possidere. *cit. l. VINN. ad l. §. 7. n. n. STRV. S. I. C. ex. 26. ib. 39. & MULLER. ad eundem lit. V.* Alter effectus est, quod hypotheca operetur æque ius in re debitoris ac quidem pignus, quod supra iam observavi. *conf. l. 30. de noxal. act. l. 19. pr. de damno inf. l. 18. §. 2. de pignor. act. l. 12. C. de distr. pign.* Tertius effectus est, quod in creditorum concursu pignus privilegiatum habens in eandem classem locumque collocetur, in quam venit hypotheca privilegiata, & quod simplex possidens pignus in classem tertiam ad simplicem hypothecam habentes transferatur. *l. 19. C. qui potior. in pignor. & GODOFRED. ibid. in not.* Inde sicuti is, qui in refectionem ædium credidit pecuniam, habet hypothecam privilegiatam, *l. 1. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacit. contr. l. 5. §. 6. D. qui potior. in pign.* ita & idem creditor possessionem eius domus vel pignoris nactus, eodem gaudet privilegio & iure. Nec enim pinguius ius habet pignus, quam hypotheca in concursu creditorum, adeo ut cum utrumque æque ius in re producat, posterior creditor, qui pignus in re alteri hypothecæ iam obnoxia accepit, prioritatem prætereendere non possit. *l. 2. pr. qui pot. in pign. l. 2. & 4. C. qui pot. in pign. hab.* Quartus effectus est, ut creditor reddatur securus per pignoris possessionem ratione crediti sui, *l. 238. §. 1. de V. S.* & licet possessio eius revertatur ad dominum vel alium quemcunque, creditoris tamen ius in re illa saluum nihilominus manet, & res cum onere transit suo *l. 12. 17. C. de distr. pign. l. 15. C. de pignor. & hy-*

92
 & hypoth. l. 8. §. ult. C. de secund. nupt. Eundem effectum
 producit *hypotheca*, quæ creditorem itidem securum præ-
 stat, & quamvis hypothecarius creditor rei possessionem
 non habeat, ei tamen iura satis prospexere, ne fraudari suo
 iure possit: sed vt res in hypotheca quidem speciali ex-
 presse; in generali vero omnes & singula specialiter non
 exceptæ (v. l. 6. sqq. de pign. & hypoth.) ita efficiantur, vt
 alienari aliter non possint; nisi cum onere pignoris ipsis
 inhærente. l. 2. D. qui potior. l. 6. C. eod. l. vnic. C. rem alien-
 gerem. Nec aliud obtinet, si in rebus mobilibus hypothe-
 ca fuerit constituta, quamvis minus consultum sit, hypo-
 thecam in iis constituere, cum facile dispergi, consumi &
 in loca distita transferri queant, quo ipso ius persequendi
 fit difficillimum. Equidem ait Ictus in L. 238. §. 2. de V. S.
 unde etiam videri potest verum esse, quod quidam putant, pi-
 gnus PROPRIE rei mobilis constitui. Verum per vocem
 PROPRIE minime excludit hypothecam in re mobili, quippe
 quam natura hypothecæ omnino admittit, sed id tantum
 demonstrat, quoad originem olim tantum pignus in re
 mobili constitutum fuisse, de qua differentia cap. seq. dicen-
 di locus erit. Effectus alii partim iam expositi sunt, partim
 reservandi capiti sequenti.

§. XIV. Quæ adductæ sunt convenientiæ pigno-
 ris & hypothecæ in *aliodialibus*, indubie obtinent. Sed
 nihil obstat, quo minus pleraque etiam ad *materias feudales*
 applicari queant, in quibus etiam pignus & hypotheca quo-
 ad plurima conveniunt. Agite, paucis etiam de his vide-
 amus. Ante omnia præmitto, ex nexu, qui inter domi-
 num & vasallum deprehenditur, vasallitico potissimum fe-
 qui, vr vasallo de bonis feudalibus disponendi potestas libe-
 rs sit adempta. Hac de causa in vasalli potestate positum
 haud est, vel directo vel per indirectum aliquid ex re feuda-
 li alienandi, aut in alium transferendi, nisi dominus in id
 consenserit, & siquidem feudum est antiquum, agnatorum

Convenientiæ
 pignus vel
 hypotheca
 etiam in ma-
 teria feudali-

consensus quoque accesserit, 2. F. 52. siue agatur de re tota siue de parte alienanda 2. F. 38. 2. F. 55. 2. F. 9. §. donare. Huic consequense est, vt nec pignus in re feudali constitui queat, siue domini consensu 2. F. 55. vbi FRIDERICVS I. in campis Ronchalicis ita disponit: *Sancimus, vt nulli liceat feudum totum vel partem aliquam vendere, vel pignori dare, vel quocunque modo distrahere, seu alienare, seu pro anima iudicare sine permissione illius domini, ad quem feudum spectare dignoscitur.* Sed nec hypothecam valere in feodalibus bonis, irrequisito domini directi consensu, manifestum est. Licet enim res, hypotheca constituta, apud debitorem maneat; transfertur tamen per eam in alterum ius in re, adeoque, si hypotheca simpliciter valeret, fieri posset, vt, debitore non solvente, ad rei distractionem perueniendum esset, quod, ne eueniat, constitutum est, vt ne hypothecae feudalis res subici queat STRVV. *Syn. Iur. Feud. c. 13. §. 7. n. 4.* BERLICH. 2. C. 29. n. 74. Nec obstat, quod hypotheca saltem possit aliquem effectum habere, quamdiu viuit oppignorans eiusque descendentes, adeoque hypotheca sine domini consensu contracta quodammodo valeat; hoc enim licet admitti queat, non inducit tamen securitatem plenam, sed tantum ad tempus aliquod, B. STRYCK *de cau. cont. S. 2. c. 4. §. 4. 6. 7.* & inprimis quoad *fructus feudales*, respectu quorum etiam conceditur immissio in feudum. Ceterum si consensus a domino interpositus est, tam in pignore quam in hypotheca, tunc id operatur, vt dominus adstringi postea queat, de uolutione feudi secuta, id debiti & furarumque solutione liberare ab onere reali, hoc si non fecerit, creditori competit ex iure, quod habet in re, facultas retinendi & distrahendi feudum & quidem ideo, quia dominus in pignus consentiens, in omne id, quod regulariter exinde fluit, consensisse, & sic pignoris alienationem permisisse videatur. *arg. 2. F. 13. ibi: Si vero cum domini consensu alienaverit, stabilis permaneat assignatio.* STRVV. *Syn. Iur. Feud. c. 13. §. 7. n. 7.* In oppigno

pignoratione vero *fructuum* seu *commoditatum* ex feudo
 provenientium domini consensus non requiritur; referun-
 tur enim omnia, quæ ex re proveniunt feudali, inter res
 allodiales & subiiciuntur liberæ vassalli dispositioni. STRVV.
l. c. c. 12. §. 7. n. 1. sqq. NEGVSANT. *de pign. P. 2. m. 2. n. 48.*
 Facilius quoque ipsi domino potest vassallus feudum pigno-
 rari dare, C. I. *de feud.* quia in fauorem domini oppignora-
 tio feudi prohibita est, quo non exclusus videtur casus, qui
 domino est fauorabilis. Præterea quoque hoc modo res
 ad dominum seu naturam suam reuertitur, inde de eiusmodi
 oppignorationis validitate non est dubitandum. Imo
 si alii etiam, quam domino, hypotheca concedatur in rem
 feudalem, & id factum sit in domini fauorem, propter ean-
 dem rationem hypotheca talis subsistit, MERLIN. *de pi-
 gnor. l. 2. t. 1. Q. 10, n. 22.* NEGVSANT. *l. c. n. 44.* Idem ad-
 mitto, si feudum diuiduum vni ex pluribus dominis fuerit
 oppignoratam, vel hypothecæ suppositum; sic enim, reli-
 quis etiam non contentientibus, feudi obligatio subsistit,
 quorum nullum hic vertitur præiudicium, cum omnes
 partem suam liberam habeant. NEGVSANT. *l. c. n. 45.*
 Quin etiam tunc oppignoratio & hypothecæ datio vassallo
 relicta sit libera de eo dispositio, de quo vassallus etiam *intes-*
 vivos disponere illudque alienare, & sic pignoris loco cre-
 ditori tradere sine domini consensu potest; minus enim
 adhuc est, pignoris datio, quam alienatio, quæ tamen eo in-
 casu permixta est. STRVV. *Synt. iur. Feud. c. 4. §. 13.* Hypo-
 thecæ eo facilius subiici potest *hereditarium* feudum domi-
 no inconsulto, cum ita tantum ius in re constituatur credi-
 tori, possessione apud debitorem manente, vt ex eius fructi-
 bus adhuc seruitia præstare, seu onera feudalia satis commo-
 de sustinere queat. MERLIN, *l. c. n. 29.*

Quoad feuda
imperii idem
obtinet.

§. XV. De feudis imperii & eorum obligatione simili-
ter contenditur: vtrum illa sine imperatoris consensu oppi-
gnorari possint? Equidem, haud nego, admodum inconue-
niens esse, facultatem vasallorum *maiorum seu statuum impe-*
rii metiri secundum libertatem restrictam quorumvis alio-
rum humiliorum & minorum vasallorum in feudis; inte-
rim tamen nec immensa nullisque finibus circumscripta po-
testas iis attribui potest. Hac de causa iam ab antiquissimis
temporibus hoc temperamentum vniuersa Germaniae pra-
xis fere recepit, vt quilibet imperii status vnam vel alteram
partem sui feudi e. g. certam praefecturam, vulgo ein Amt,
pignoris loco creditori libere sine imperatoris vel imperii
consensu tradere queat, principatus vero, comitatus integri
vel dynastiae neque alienari neque pignoris nexu affici de-
beant. Nec obstat, quod iure feudali Longobardico vasallis
licitum non sit, quicquam alienare, sine praecitu & consensu
domini: 2. F. 52. & 55. ius enim feudale commune ad vasal-
los Longobardicos in hoc, vt in aliis casibus, facilius appli-
cari potest, quam ad status imperii, quorum conditio tractu
temporis immutata & in maiorem libertatem, altioremque
locum euecta, adeoque maxime diuersa est a vasallorum co-
rum statu, de quibus disponitur Longobardicum. Quam-
uis itaque principes aliique status imperii sint vasalli, gau-
dent tamen sua praeminentia singulari, & maiori in rebus
suis libertate, sicut egregie demonstrauit FRANZKIVS in con-
silio quodam MSC. cuius potiora excerptit STRVV, *Synn. Iur.*
Feud. c. 14. §. 29. 5. Es giebet auch die gemeine praxis, daß
Churfürsten und andere hohe Stände des Reichs bey Aufneh-
mung gewisser Geld-Summen auf theils ihre Aemter, wenn sie
gleich deroselben possession auf die creditores transferiren, bey
der Käyserl. Maj. specificum consensum auszubringen nicht
von nöthen haben, wie solches der Referent apud GYLMANN, *tom.*
4. Symphor. vol. 3. part. 1. n. 90. notabiliter ausführ. conf. &
consil. Argensor. 30. n. 11. vbi idem asseritur. &c. Post pauca
addit:

ET HYPOTHECAE IVRE. 33

Addit: Und wenn dieses in solchen Stücken also genau von den Fürstl. Successoribus wolte betrachtet und disputiret werden, so würden dergestalt in dem Heil. Röm. Reich über alle Masse viel und grosse Irrungen entstehen, und mancher ehelicher Mann, der nicht allein in solchen und dergleichen Fällen seinem Landsfürsten getrauet, gewaltig zu kurz kommen, sondern auch in der Warheit denen Churfürsten und Ständen die Hände überaus sehr in ihrer Landes Administration gebunden werden, daß sie zu Derselben Besten weder ichtwas am Gelde in ihren Nöthen aufnehmen, noch auch wohl, und zwar um so viel desto weniger verdiente Leute, wegen ihrer getreuen Dienste, remuneriren könnten. Diweil aber das contrarium ex praxi Imperii von vielen langen Jahren hero mit gutem Succels zu der Landes Wohlfahrt practiciret worden, so wird man viel weniger dasjenige mit Zug zu difficultiren haben, was titulo oneroso, wie im gegenwärtigen Fall geschehen, acquiriret worden. Ex his simul constat, *hypotheca* constitutionem Imperii statibus multo magis liberam esse, cum illi, qui plus potest, id, quod minus est, non debeat esse ademptum. HARPRECHT *Respons. 66. m. 72.* ZIEGLER. *de iur. maiest. L. 1. c. 4. §. 28.* ITTER. *de feud. imper. c. 23. §. 5.* B. STRYCK. *de obligat. feud. conf. munir. c. 2. n. 10.*

§. XVI. Feudis affinia sunt fideicommissa familiarum Conueniunt illustrium, tam testamento, quam inter vivos constitutorum, pignus & quae posteriora, vocantur *fideicommissa conuenionalia*, de hypotheca etiam in fideicommissis familiae. Inter quibus ex professo agit Dn. HARRER. *de fideic. conuent.* Inter Illustres hoc ipsum potissimum iniri solet per pactum de non alienandis bonis in extraneum, quod saepe tam late concipi solet, vt comprehendat etiam *acquirenda*, so wol die Güter, die wir anieho haben, oder noch künfftig überkommen mögen, vbi potissimum quaestio nascitur: an *pignoris* & *hypothecae* datio in eiusmodi bonis valeat? Equidem de iure Romano quum valere debeat, nullus dubito. Quod enim ad pignus attinet, notum est, pactum non afficere rem ipsam. l. 2.

Vtramque in his valet de iure Romano

l. 2. pr. de pollicit. adeoque his, quorum interest, non alienari vel oppignorari talia bona, non competere *realem* actionem contra tertium pignoris possessorem, sed tantum actionem *personalem* contra eum, qui contra datam fidem pignori rem dedit. Nec in simplici *hypothecae* constitutione aliud obtinet, cum pactum inter alios initum aliis non praevaleat, adeoque hypothecaria agenti non possit obiici *exceptio pacti*, quod ipsum nec stringit, nec concernit. Neque tale pactum *nullitatem alienationis* operatur, sed tantum obstringit paciscentem, ne rem alienet, sed fidem datam servet; interim tertio b. f. possessori non obest. BACHOV. *de action. D. 4. th. 19.* GAIL. *l. 2. obs. 16. n. 5.* SCHILT. *ex. 40. §. 490.* RICCIUS *dec. 471.* Equidem si in *traditionibus* rerum tale pactum adiicitur, h. e. si eo tempore, quo in alium transfertur, pactum de non alienando additur, illud plus operari, facile concedo per *l. 48. de pact.* & in primis per *l. 5. C. si mancip. ita venier.* quia hac traditione non libera potestas, sed ius *limitatum & restrictum* in alterum translatum est, & conditio, sub qua alienatio facta, cohaeret rei, quae eius alienationem impedit, id quod his verbis in *cit. l.* exprimitur: *neque enim conditio, quae personae eius cohaesit, immutari facta eius, qui ea lege comparavit, potest.* Sed diversa est ratio intuitu illorum bonorum, quae singuli iam possident, quae olim pleno iure acquisiverunt, & quibus in acquisitione a tradente talis lex non est praescripta. Ratione horum tale pactum idem operari nequit respectu tertii possessoris. B- quidem in *l. f. C. de reb. alien. non alien.* pacto tali hic effectus tribuitur, ut omnis alienatio sit *prohibenda*, quod facile admitto, si is, quem ex *cit. l. 5.* suppositi casum, adsit, h. e. si tale pactum inter contrahentes traditioni adiectum sit; de eo enim textum commode intelligi posse, suadet verba: *Si pactio contrahentium h. e. qui contractum, quo res alienatur, inierunt, hoc admisserit.* Imo si etiam de illo casu, quem in quaestione suppositi, lex loqueretur, id tamen tantum inde colligi

colligi possit, alienationem esse *prohibendam*, h. e. eos, quorum interest, interuenire & *prohibere* posse, ne alienatio fiat; factam autem reuocare eosdem posse, minime asseritur; nec enim omne, quod prohibitum, est ipso iure nullum, quin quod contrarium in *l. 6. de pact.* asseratur, vbi dicitur: *nemo pacificando efficere potest, ne inuito vicino praedium alienet*, h. e. ut alienatio sit nulla, quamuis pactum inter pacificantes aliquem effectum habere possit. Vnde recte distinguit HERTIVS *diff. de pact. ne domin. rem suam alien.* §. 17. inter pacta *constitutiuia* & *reseruatiuia*: illa ait, non afficiunt rem, sed personam tantum adstringunt & obligationem constituent: hæc vero, quibus sibi quis reseruat ius competens in ipsa traditione, alienationem prorsus impediunt, & ita ex iure reseruato reuocari res alienata potest & quidem actione reali, quia tantum sub hac conditione dominium est translatum, ne res alienetur: hac conditione deficiente, dominium, quod implicite in hoc casu sibi reseruauit alienans, reuiuiscit. & effectus suos exserit, cum qualemcunque legem quilibet suæ rei dicere queat. *l. 20. §. 1. de pact. dotal.* Nec contrarium euincitur ex *l. 7. inf. de distr. pign.* vbi constitutioni pignoris vel hypothecæ hæc lex adiecta: *ne liceat debitori rem vendere*. Nam 1) pactum hoc ipsi pignoris dationi adiectum est, & sic quodammodo ad casum in *l. 48. de pact.* expressum pertinet, & quamuis 2) non illi, cui traditur, hæc lex sit imposita, salua tamen est creditori actio realis ex pignore vel hypotheca contra quemuis possessorem, & denique 3) dicitur; *nullam esse venditionem*, ut emtor ex illa agere non possit, ad implendum contractum creditore interueniente; non vero dicitur, nullam alienationem ad hunc effectum, ut ne quidem translatum sit dominium *MV. DEYS adit. de pignor. & hypoth. rubr. de pact. pign. n. 18.* HERTIVS *cit. l. n. u.* Equidem in contrariam abit sententiam HARPRECHT. *de fideic. conuent. n. §. n. 9. sqq.* sed fere tantum autoribus Dd. pugnat, quorum tamen ingentem



numerum quoque in contrarium antea adduxerat, quos etiam in scenam producit MERITVS § 16. Adeoque si Dd. sententiis pugnandum esset, persuasissimum habeo, insignem cohortem, a nostra sententia stantem, in aciem produci posse; verum rationum ponderibus, non autoritatibus, pugnandum esse noui. Interim quia tali fideicommissio conuentionali eo casu, quo simpliciter bonorum omnium alienationem paciscentes prohibent, in effectu *ius succedendi pactitium* constituitur, quod moribus *ius hereditarium* tribuit, imo id potissimum intenditur, facilius concedo, etiam hodie successores in hoc fideicommissio propter *ius hereditarium* pacto quaesitum bona reuocare posse a creditoribus. Quia vero hoc casu non sunt successores *singulares*, sed *uniuersales* & pactum hodie in his casibus idem operatur, quod testamentum, h. e. *ius hereditarium*, quod sua natura titulum uniuersalem constituit, non aliter ea reuocare possunt, quam debito soluto, h. e. pignus & hypothecam luere tenentur, vt alii heredes, quorum vicem & statum sustinent, vid. B. STRYK. *diff. 8. de success. ab int. c. 7. §. 44.* Proinde si res esset prorsus alienata, ne quidem rem reuocare possunt, quod factum de functi, vt *heredes uniuersales*, praestare tenentur. IDEM *cit. tr. diff. 7. c. 1. §. 7.* Qui dissentiunt, notione *pacti* decipiuntur, quod de iure Romano titulum *singularem* vnice constituit, id quod tamen satis incongrue ad ius Germanicum & hodiernam praxin transferunt. Incongnita erat *successio conuentionalis*, nec pacto *ius hereditarium* ordinarie constituebatur, adeoque non poterat non, qui pacto quid acquirebat, dici singularis successor. Interim eam admittebant rationem, vt etiam is, qui hereditatem emerat, aliove titulo singulari acquisiuerat, heredis loco esset, eiusque onera subiret, *l. 2. §. 8. & 18. D. de hered. vel act. vendit. l. 9. D. commun. praed.* multo magis ergo id admittendum erit moribus nostris, quo per pacta *ius hereditarium* alteri

teri quaeritur. cui non possunt non inesse onera hereditaria in eo consistentia, vt 1) factum defuncti praestet, 2) aes alienum defuncti soluat.

CAP. II.

DE

IVRE HYPOTHECAE ET PIGNORIS DIVERSO.

§. I.

EXpositis iis, in quibus *pignus* & *hypotheca* praecipue conueniunt, accedo iam ad thema huius dissertationis principale, ostensurus differentias vtriusque capitales, fontesque aperturus, vnde ex vtriusque diuersa natura & indole alia atque alia iura deriuantur. Sat multae adductae sunt conuenientiae; verum differentiarum quoque non minor est numerus, vt vel inde facile constet, pignus ab hypotheca sedulo adhuc esse discernendum. Sicut autem omnino conueniens est, vt res diuersae diuersis insigniantur nominibus; ita quoque pignus & hypotheca satis congrue & appellatione & significatione sunt distincta & a se inuicem separata, vt eo rectius quiduis seorsim considerari, & ex propriis suis iuribus diiudicari queat.

Progressus ad thema dissertationis.

§. II. Pignus quid proprie denotet, vel ex *vocis* deriuatione constat, vnde olim notabilis deducta fuit differentia. Pignus dici a *pugno*, olim obseruauit CALVS in l. 238. §. 2. de V. S. quia res, quae pignori dantur, manu tractantur. Inde infert: *Vnde etiam potest videri, verum esse, quod quidam putant, pignus propria rei mobilis constitui.* Olim tantum pignus in re mobili consistebat hypotheca in immobili;

E 3

rigini



rigini hoc consentaneum esse, & hoc intuitu vocem proprie Ictum adhibuisse, censet SCIPIO GENTILIS *lib. singul. orig. voc. pignus*; sed originis rationem non tradit. Magis rem acu tetigisse videtur GRAVIN. *in orig. iur. civil. lib. 2. §. 78.* aiens: *pignoris nota erat manus compresso, unde Ictus ait, pignus dictum a pugno.* Hinc apparet, pignus proprie ad res mobiles pertinere. Ea forsan de causa etiam passim pignoris depositi fit mentio apud PAVLUM *lib. 2. sent. tit. 5. §. 1. & lib. 5. tit. 26. §. 4. l. 26. D. de condic. indeb.* ut non inepte IUSTINIANUS in *§. 7. l. de action. assere* videatur, pignoris appellatione proprie rem contineri, que simul etiam traditur creditori, maxime si mobilis sit. Quamvis vero cum SALMASIO *de mod. usur. c. 13.* MENAGIVS, *amæn. iur. civ. c. 39.* CAILL. derivationem ut falsam & ineptam, reiciat, id tamen ad minimum negari nequit, primordialiter pignus ex aliis causis in *rebus mobilibus* tantum constitutum fuisse, ut multa Ictorum loca arguunt. Neque enim *res immobiles* commode pignori tradi posse credentur. Hæc sua natura fructus ferunt, quos tamen ex natura contractus percipere non poterat creditor, quæ vnicæ securitatem creditoris pro credito intendebat; nec initio pignus antichreticum notum fuisse videtur. Fiducia potius vetustissimis temporibus adhiberi solebat, quando *res immobiles* in securitatem essent dandæ. Erat fiducia contractus, quo res creditori mancipabatur, vel in iure cedebatur, ut, soluta ad diem pecunia, remaniparetur, non soluta, creditori pleno iure committeretur. Transferebatur in hoc contractu dominium, & vi eius fructus possessor percipere poterat. PAVL. *lib. 2. sent. tit. 13. §. 2.* GYTHERIUS *lib. 3. de iur. man. c. 2.* SCHVLTING. *in iurispr. antei. p. 282. seq.* Erat ergo fiducia pignoris ius affine, quo intuitu sæpe coniunguntur apud PAVLUM *l. 6. sent. tit. 26. §. 4.* magnopere tamen differebant. Tandem ut etiam sine mancipatione & fiducia res immobiles possent obligari, pactum hypothecæ

Præ-

ET PIGNORIS DIVERSO.

39

Praetor intuitu earum introduxit, ne pignoris causa nimis arcte concluderetur. Ita ergo ICI, qui differentiam inter *pignus* & *hypothecam* constituere, non errarunt, sed *primordia iuris antiqui* rerulerunt & praxin antiquorum temporū enarrarunt. Haec primordia vero ibi non subsisterunt, ubi inceperunt, sed praxi forensi latius extensa sunt, ut ex multis liquet. Inualuit paulisper etiam *pactum antiebraeum* l. 33. d. *pign. act.* l. ii. §. 1. de *pignor.* quo introducto, etiam res immobiles pignori datae sunt, & ita tandem differentia ratione *obiecti* sublata, admissumque, ut pignus tam in re *mobili* quam *immobili* constitui posset, l. 3. §. 5. D. de *transact.* l. 2. §. f. de *relig.* l. 39. d. *pign. act.* & similiter quoque hypotheca in utraque re valeret.

§. III. Haec quae dicta sunt, eo magis illustrabuntur, Hypotheca
 si originem & rationem hypothecarum intuemur. Hypo- iuris mere
 theca derivatur a Graeco verbo *ὑποθήκω*, quod *suppone-* ciuilis in-
 re & *obligationi subicere rem* significat, quod quidem uentum est;
 non solum de *rebus immobilibus*, sed etiam *mobilibus* praeci- pignus vero
 dicari potest. In has enim aequè potest creditori ius in in ratione
 re constitui, ac in *immobilibus*; si tamen id quod *consultum* naturali
 est, intuemur, facile apparet, non adeo secure id fieri pro- fundatum;
 pter facilem translationem rerum mobilium in alium, & eas recuperandi difficultatem. Est itaque hypotheca in
 sensu natio *iuris reale in re debitoris constitutum in securi-*
tatem debiti, sed citra traditionem, ut res per conventionem
nudam obligetur, & in nexu constituatur. Id ipsum vero
 ex *naturali ratione* deduci non potest, uti quidem *pignoris*
 causa. Haec ex sua natura securitatem operatur, adeoque
 quod *traditur* alicui in *debiti securitatem*, apud omnes
 gentes hunc habuit effectum, ut ratione debiti securita-
 tem operari posset, & sic etiam ante omnes leges ciuiles
 tam in praxi & obseruantia fuit. Eius exemplum exstat
 in codice sacro *Gen. 38. v. 17.* ubi Thamar a Iuda foc-
 ero suo pignoris loco petierat eius annulum, baculum, cin-
 gulumque, vsque dum promissam mercedem consequere-
 tur

tur, adeoque recte pignoris electio iuris naturalis esse di-
 citur GROTIO *de l. B. & P. L. 2. C. 12. §. 13. n. 1.* quamuis ne-
 gari non possit, eius originem non esse ex hominis erga ho-
 minem beneficentia, sed ex diffidentia in personam, & quia
 credunt, satius esse pignori incumbere, quam in personam
 agere. *l. 25. de R. l.* Hypotheca vero non aeque in *ratio-
 ne naturali* fundata est, nec aliunde venit, quam ex *iuris
 civilis* inuentione & dispositione. Ante eius determinati-
 onem vix concipi potuit, quomodo alicui possit dari se-
 curitas in re, quam non possidet, quae ei non traditur; cum
 tamen omnis securitas primario inde, quod quis rem te-
 neat, deriuanda sit. Ignorum igitur iure gentium
 fuit, quid esset hypotheca, quosue produceret effectus? si-
 cut egregie ostendit ROCCA *Disput. select. c. 72. n. 20. §. 9.*
 docetque, illud esse figmentū iuris civilis Romani, adeoque
 vix esse, vt inter gentes rudera eius sint apparitura. Sane in
 statu naturali viuentibus hypothecae plane inutiles viden-
 tur, cum securitatem, absque possessione non habeant, sed
 ad eius consecutionem bellum gerere aut vi hypothecam
 occupare teneantur, quod etiam ob debitum gerere pos-
 sent, si vel maxime nulla esset hypotheca constituta.
 Nam *non solutio debiti* est iusta causa belli, & ex hac etiam
 rerum occupatio per se fluit, vt adeoque *conuentio hypothe-
 cae* videatur esse superflua. Maiorem vtilitatem ex tali
 conuentione habere possunt, qui in *ciuili statu* viuunt, quip-
 pe qui communem iudicem in republica habent, hypothecaeque possessionem nancisci per eum possunt, si iure ciui-
 li hic effectus nudaee conuentioni tributus, vt ius in re opere-
 tur. ROCCA *disp. sel. c. 72. n. 23.* Illustrabo id verbis PUFENDORF-
 FI, qui *lib. V. de iur. nat. & gent. c. 10. n. 16.* ita differit: *Sol-
 tet ius Romanum distinguere inter pignus specialiter sic dictum,
 & hypothecam: quorum illud constituitur rei traditione, haec
 autem constat nuda assignatione boni alicuius potissimum immo-
 bilis, ex qua, solutione non facta, summi nancisci possit creditor.*
 Nam

ET PIGNORIS DIVERSO. 41

Nam res mobiles nuda hypotheca obligari inconueniens est, cum facile possint remoueri, & sic creditori nequeant securitatem prestare. Circa hanc distinctionem notandum, illam vtiliter locum posse habere inter ciues eiusdem reip. Nam cum frequens urgeat necessitas mutuum sumere, huius solutio saepe in diem solet differris; neque semper ea rerum mobilium copia sit, quae sufficiens prestare pignus queant: inde durum nimis foret, statim ad traditionem rerum immobilium, puta aedium aut fundorum adigi. Conf. etiam Exod. 22, 26, 27. Deuter. 24, 6, 10. 22, 6, 24, 3. Prov. 20, 16, l. 6, 7. D. de pignor. Igitur sufficiebat rem immobilem designari, qua creditori caveatur; quae neque auferri, & in quam per indicem immisso semper obtineri possit. Ast inter eos, qui in libertate naturali inuicem viuunt, nuda hypothecae sunt inutiles. Nam ubi vltro debitor soluere renuerit, vi vtiq; & armis erit inuadenda possessio hypothecae. Atqui etiam cura assignationem hypothecae inter tales quae libet bona debitoris inuadere licebat. Addit tamen BERTIUS de pign. conuenit. tacito §. 1. postquam locum PVENDORFII adduxit: potior nobis videtur ratio, ut dominum ita & ius in re sine traditione vera vel quasi, etiam securum ius naturale non possit constitui.

§. IV. Inde per se fluit, principem tollere ius illud posse, nec eo ipso agere contra ius naturae vel gentium. Quae enim mera iuris ciuili inuenta sunt, omnemque suam causam ei debent, legislatoris voluntate tolli & abrogari possunt. rocca l.c.c. 131. n. 36. Non aequae facile pignoris contractus tolli potest, quippe quem necessitas humani generis & indigentia produxit, & quo res publica carere non potest. Interim legislatoris vtiq; est, hoc negotium specia- lius determinare, ne humanitatis regulae nimis ex diffidentia & creditorum duritie laedantur. Notatu sane digna est diuina dispositio de pignoribus, qua eorum rigorem temperauit, sine dubio eam ob rationem, quod optime hominum indigentiae conscius esset, cognitumque haberet, natura-

Hypothecam princeps plene tollere potest non aequae pignus.

F naturalia



turali rationi admodum conforme esse, aliorum mentes tenaciores per *realem* verum *traditionem*, & talem securitatem ad pecuniam credendam commouere. Deprehenditur ipsa diuina dispositio in republica iudaica, in specie vero *Exodi 22. v. 26. 27.* vbi statutum videtur fuisse inter Hebraeos, vt creditor debitori vestem oppignoratam, vel alia vtenilia, quibus interdiu carere non poterat, restituat singulis diebus, & quidem si in veste consistebat pignus, vsui diurno in serui-ente, oriente sole illa singulis diebus erat reddenda; si vero nocturno vsui erat destinata, occidente sole ad debitorem vt reuerteretur, curare debeat *HARR. ad Wes. L. 13. Tit. 7. n. 7.* De hypotheca nihil decernitur, quippe quae tunc temporis fuit ignota, adeo vt nulla eius vestigia in sacris appareant.

Differentia
ab eius indole
& natura
petita.

§. V. Naturam *pignoris* si intuemur, inter *contractus* iuris gentium illud locum suum obtinere, in confesso est, & quidem inter *contractus reales*, qui non aliter, nisi *rei traditione* perficiuntur, qua de causa pignus necessario in creditorem transire debet, tamdiu, donec pecunia fuerit reddita restitutaque. *l. 138 §. 2. de V. S. §. 4. h. quib. mod. re contr. obl.* Hypotheca vero est *pactum praetorium*, quo res penes debitorem manet, & creditori in illam *ius reale* solummodo promittitur, & ex singulari iuris praetorii dispositione eidem acquiritur, vt propter qualitatem rei hypothecatae indicant non soluto debito contra quemuis eius possessorem agere queat. Praetores demum huic pacto vim tribuisse notum est. De iure civili talis conventio non tantum *nuda* erat, & *ita sine omni effectu*, sed etiam praeterea securitatem nullam creditori praestare posse videbatur. Ipsa promissio erat *nuda voluntatis declaratio*, quas etiam in conuentione de reddendo debito occurrebet, & praeter *obligationem personae* alium haud producebat effectum. Vt *ius in re* in alterum transferretur, *traditione* opus erat, quae hic deficiebat. Quin quod securitas, si quae creditori tribuenda, per *rei traditionem* facienda videbatur, quod etiam *ius civile* optime perspexit.

ET PIGNORIS DIVERSO. 43

Ipexit. Prætores tandem tali conventioni, sine traditione interpositæ, extra ordinem, & contra rationem iuris ciuilib, plenam efficaciam attribuere, vt effectus pignoris haberet. Equidem si verum fateri licet, in effectu hodie non amplius est differentia inter *pacta & contractus*, cum hodie ex pacto quolibet detur valida actio, sicuti ex contractu, SCHILTER. *prax. iur. Rom. VOET. ad D. L. 2. Tit. 14. n. 9.* & consequenter nec dici potest, hodie *pignus & hypothecam* differre ratione consensus, quo constituuntur. In eo tamen vtique discrimen occurrit insigne, quod hypotheca, creditori concessa, nihil aliud contineat, quam *ius quoddam fictum*, seu *intellectuale*, in re alterius per iuris Romani dispositionem introductum & determinatum; pignus e contrario in specie *fictum*, nihil *ficti* in se habet, sed reuera existit in manibus creditoris, vt ille ei incumbere queat in debiti securitatem MERLIN. *l. c. L. 4. q. 181.* Hac de causa non adeo errare videntur, qui, quod traditur, *verum*: hypothecam vero *fictum pignus* appellant, ROCCA *disp. select. c. 72. n. 23.* quia in illo adest realis securitas, non item in hac, sed multis ambagibus adhuc opus est, vt quis tandem, pretio non soluto, possessionem rei sibi obligatæ consequatur, vnde tandem securitatem plenam & realem nanciscitur.

Transit vera possessio in pignore non in hypotheca.

§. VI. Est ergo primaria differentia, vnde tot diuersa iura fluunt, in eo quærenda, quod in pignore *possessio vera* in creditorem transferatur, eaque, saluo quamuis iure dominii, a debitore ita abeat, vt etiam furtum eius committere possit. *S. 10. Inf. de obligationib. quæ ex delict. nascuntur.* In hypotheca possessionem debitor retinet cum omnibus iuribus & commodis, quibus creditor hoc casu destituitur. Equidem iam supra *Cap. 1. §. 3.* obseruaui, de Iure Romano pignus *in bonis debitoris* manere, nec, translata possessione, simul transferri dominium. Quia tamen, VEPAVLVS *in l. 1. §. 1. de acquir. vel amit. possess. ait, dominium ex naturali possessione cæquit*, ita plurimi effectus tam *dominio* quam *possessioni* cohæ-



Imo iure
Germanico
ius domini
simile trans-
fertur.

rent, vt ipsemet creditor ius quoddam dominio simile in pignore habere videatur, prout infra per varios iurum effectus declarabitur. Quod si paulo propius *iuris Germanici* placita intuemur, adhuc insigniorem inter pignus & hypothecam notabilioremque deprehendimus differentiam, maxime si res immobiles, fundi, castra, tractusque terrarum pignori subiecti sunt, cuius possessorem einen Pfand-Schilling's Inhaber appellare solent, & cui ius quoddam potentius, experientia teste, tribuitur, BESOLD. in thesaur. pract. voce Pfand-Schilling. MARTIN. VRAN. volum. 2. consil. 56. n. 1. B. STRYCK. in V. n. iii. de pignorat. act. §. 7. Illustr. Dn. THOMAS. de Vsu Pract. distinct. inter emt. cum pact. retrovend. & contract. pignorat. STRAVCH. de oppignor. rer. imper. Vt paucis rem complectar, quam prelaudati autores, & inrer illos quoque Exc. Dn. GYNDLING. diff. de iur. oppignor. territ., plena manu explicuerunt, Germani ad primordia rerum & iurium respexerunt, considerantes, ipsa dominia ex naturali possessione cepisse, & inde inferentes, per traditionem pignoris, maxime antichretici, ius quoddam domini in creditorem transire debuisse. Habet ergo ius Germanicum hec singulare pro iure Romano, quod creditori rem oppignoratam possidenti, concedat dominium quoddam vile illius rei, vi cuius fructus ex illa natos percipere & suos facere possit. Debet hoc dominium vile originem suam non iuri Saxónico solum, sed etiam Suetico, estque sic reuera iuris Teutonici. Conueniunt in eo ambo specula, tum Saxonicum tum Sueticum, vt ius dominio simile in creditorem transeat, idque obtinuisse per totam Germaniam, vel inde constat, quod antiqua Diplomata de hoc iure adhuc loquantur, & praxis imperii recentior cum antiquo conspiret. Conf. Sachsen-Spiegel L. 3. art. 64. Schwaben-Spiegel L. 1. c. 108. Aliis hoc testimonis exornat STRAVCH. de oppignoration. rerum imp. c. 10. §. 34. Docet etiam praxis seculi 13. & 14. vt & antiquorum temporum, quod posses-

possessoribus pignorum in Germania semper permillum fu-
 erit ex rebus immobilibus oppignoratis, quas dixere einen
 PfandSchilling, omnes fructus percipere, sine vlla rationum
 redditione, vsque dum fors iterum soluta fuerit, vt probant
formulæ Marculphi & Sirmondicæ, apud Ill. Dn. THOMAS.
diff. de usu Paact. distinct. inter. emt. cum paact. de retrouen-
dend. & contractu pignor. c. 2. §. 28. sq. nec sublatum est illud
 ius per iurisprudentiam Romanam in foris Germaniæ post-
 ea receptam. Licet enim quidam interdum fuerint, qui
 secundum ius Romanum rationes de bonis in antichresin
 datis petierint a creditoribus, alii tamen, & quidem rerum
 Germanicarum peritiores, iuxta praxin antiquam iuris Ger-
 manici a rationibus reddendis eos liberarunt, contende-
 runtque, pignus eiusmodi Germanorū magis esse in effectu
emtionem cum pacto de retrouendendo, quam pignus cum pa-
 cto antichretico, cum fructus omnes sine rationum reddi-
 tione suos faciat creditor, nec in sortem quid computare te-
 neatur. Inde etiam est, quod multis istis admodum fami-
 liare sit, asserere, oppignoraciones huiusmodi cum retrouen-
 ditionibus in effectu eadem iura habere, id quod tamen tan-
 tum intelligendum est respectu habito ad ius Romanum, non
 Germanicum. Inualuit enim tandem mos hic loquendi, op-
 pignoraciones & vendiciones esse vnum idemque, quia iure
 consulti academici, introducto in Academia iure Iustini-
 anico, oppignoracionibus hinc ob effectum ex iure Germa-
 nico identitatem applicuerunt *iura retrouenditionis*, & inde
 argumenta traxerunt, quæ rectius ex antiqua & genuina
 natura oppignoracionum Germanicarum petere potu-
 issent. Interim, hac non obstante, incommoda argu-
 mentandi ratione, simmutata permansit antiqua oppigno-
 racionum natura, sicut profitentur Icti celeberrimi WE-
 SEMBE C. *consil. 173. 199. 309. n. 6.* BESOLD. *thesaur. pract.*
voce Pfandschaften. L. B. DE LYNKER. *Resp. 148. n. 67.* HER-
 TIVS de superioritate territoriali §. 65. STRAVCH. de oppi-
 gnorat.

gnorat. *ver. imper. c. 10. §. 33.* WEHNER. *Observ. Pract. verb. Pfandschafft.* B. STRYCK. *vs. m. ad. ii. de pignor. act. ci. l.* Hinc ille, qui tenet castrum per contractum pignoratitium, vulgo Pfandschafft, non tantum facit fructus suos, secundum totius fere Alemanniae consuetudinem generalem, sed etiam alios effectus dominii in eo exercet, quod confirmat GYLMANNVS, *tom. 4. p. 1. 41. n. 14. iniquiens: secundum consuetudinem Germaniae receptum est, interueniente pacto, de lucrandis fructibus pignoris, maxime ubi castra & ciuitates pignorate sunt, easdem cedere credito-ri.* Non obscure quoque dominium vtile in *Instr. pac. Westph. Art. V. §. 26.* adscribitur creditori, cum debitori tribuatur dominium directum, quod fieri non potuisset propter correlatiuorum & indolem & rationem, nisi iuris fuisset Germanici, vt creditor etiam haberet dominium aliquod vtile bonorum oppignoratorum. Putat quidem ICERUS celeberrimus, IO. STRAVCHIVS, in dissertatione allegata, ius illud creditoris nihil aliud hodie esse, quam quod Romanis olim fuerit *fiducia*, de qua in Codice Theodosiano vestigia supersunt. Sed si vel maxime quaedam conuenientia in ea deprehenditur cum pignore Germanico; minime tamen credendum est, Germanos iura sua a *fiduciario contractu* Romanorum mutuasse, quamuis hactenus in eo conueniant, vt sicuti fiducia Romanorum dominium quoddam in creditorem transferat cum fructuum perceptione; ita per oppignorationem Germanorum iudem dominium & fructus in creditorem transeant, vt iam antea monui. Repetenda potius sunt iura pignorum ex institutis Germanorum pristinis, cum, quae domi nata sunt, quae propriam rationem habent, aliunde peti haud debeant. Conf. ill. DN. THOMAS. *in noi. ad cit. STRAVCHII Dissertationem.* Dominium vero istud vtile creditoribus haecenus vindicatum in oppignorationibus, minime iis tribui potest, qui hypotheca tantum in debitoris gaudent bonis

ET PIGNORIS DIVERSO. 47

bonis immobilibus. Illi enim hypothecarii creditores nec possessionem, nec aliud ius, ratione fructuum percipiendorum consecuti sunt, hinc solo iure reali tantum contenti esse debent, quod ex iure Romano in Germania receptum est, vi cuius in concursu suam peculiarem locum obtinent; extra eum vero ius persequendi hypothecam habent contra quemvis possessorem. Haec de conceptu pignoris & hypothecae diverso. De specialioribus effectibus infra agendi locus erit.

§. VII. Quaerunt quidam etiam differentiam inter pignus & hypothecam quoad personas acquirentes. Permissum enim esse nonnullis hypothecam acquirere aiunt, quibus pignora habere non licet. Sic prohibentur forenses in quibusdam locis per statutum bona stabilia acquirere, qui consequenter a pignorum, in rebus immobilibus consistentium, possessione quoque arcantur, quod talis pignoris acquisitio sub eiusmodi statuto comprehendendi videtur; sed hypothecam esse eiusmodi creditoribus interdictam, nemo asserere audet. ROCCA, *disput. iur. select. cap. 139. n. 18. sqq.* Eiusmodi enim statuti interpretatio vim inferret legislatori seu eius auctori, cuius intentio eo tantum fuit directa, ne bona ab aliis quam propriis subditis possiderentur. Tetigi iam *c. anteq. §. 7.* istam observationem, & asserui, alienatione in forenses prohibita, non statim censei pignoris vel hypothecae constitutionem interdictam. Vnde potius mens statuti penitus est consideranda. Sitam late illud patet, ut omnis possessio rerum immobilium forensibus sit interdicta, ut ne quidem praedia conducere possint, nec immobilia sub pignore antichretico accipere queunt, quamvis iis hypotheca constitui queat. Ceterum si statuti ratio tantum translationem domini in forenses prohibet, tunc obtinet *l. 24. de pign. de qua dixi cit. l. p. 1.* Inde quaeritur, an iudaei possint pignus habere in rebus immobilibus? Equidem constat inter

De differentia quoad personas acquirentes.

non obomul
de pignoris
inter



inter omnes, quod bona immobilia non magis possidere possint, quam eis concessum est, ad honores & dignitates adspirare. Habentur in tota fere Germania quodammodo pro infamibus & peregrinorum instar, adeo ut iuris communis in vniuersum participes non sint, maxime in quantum hoc illis prodesse posset ad ampliandam & stabiliendam eorum potentiam seu libertatem sibi vindicandam, id quod potissimum statuta dererminant. Quamobrem nec res immobiles pignoris antichretici nexu affectas possidere possunt iis in locis, vbi nec praedia conducere possunt. Reuera enim in antichresi praeter *pignus* de iure Rom. tacita quaedam latitat *locatio*, l. 14. C. de *usur.* adeoque qui conducere praedia prohibetur, nec iure antichretico illa possidere possunt. Militibus interdicta est locatio praediorum rusticorum in l. 31. C. *locat.* similiter clericis locatio praediorum secularium Nov. 123. c. 6. An ergo possunt iure antichretico possidere praedia rustica? Equidem simplicem hypothecam in talia praedia acquirere non prohibentur: at a *pignore antichretico* merito arcentur, quia in eo eadem si non maior ratio est, quae in locatione prohibita occurrit. Quid vero si iudaeis specialim permillum, ut possint mutuum dare sub pignoribus & tamen praediorum rusticorum conductio eis interdicta sit? Illam permissionem hoc casu temperandam & limitandam esse crederem, ut non extendi debeat ad pignus antichreticum rerum immobilium, cum lex generalis ex *speciali* exceptionem accipiat. Extra hunc casum, si conductio iis non est interdicta, sed tantum simplex honorum acquisitio, merito accedo sententiae *ROCCAE*, cit. l. facultatem foenerandi sub pignoribus iudaeis concessam etiam ad immobilia extendendam esse, quamuis *MERLIN.* de *pign.* lib. 1. tit. 3. qu. 16. dissentire videatur.

In modo constituendi est diuerfitas.

§. VIII. Ante omnia differentia insignis deprehenditur in modo constituendis. Hypotheca, quibuscumque verbis, etiam

ET PIGNORIS DIVERSO.

etiam absque scriptura, solo consensu, contrahitur, imo in eius constitutione magis contrahentium mens, quam verba inspiciuntur, l. 4. D. de pign. & hypoth. vt voluntas tacita etiam sufficiat, si aliunde certum sit, quales res debitor in securitate velit esse obligatas. HARPPRECHT Respons. 93. n. 12. adeoque de voluntate eorum certo constare debet. l. 11. C. quae res pign. l. 8. C. qui pot. in pign. Ex temporis cursu constitui nunquam potest; licet enim creditor per longum tempus vel longissimum teneat instrumentum, hypothecam tamen per id sibi constitutam esse, asserere nequit. MERLIN. L. 1. q. 33. n. 2. HAHN. ad Wesenb. L. 20. tit. 1. n. 4. Pignus vero nudo consensu non contrahitur, sed rei traditione, & ita quoque diuersum adest obligandi fundamentum. Ait Imperator in §. 4. quib. mod. re contrah. obl. creditor quoque, qui pignus accepit, re obligatur, adeoque antequam rem accepit, non adest obligatio, nec pignus contractum. Proinde si sub poena, pignus in quadam re constitui prohibitum est, illa locum habere nequit, antequam pignori accepta sit. Ait Ictus in l. 5. quae res pign. creditor, qui sciens filium famil. a parente pignori accepit, relegatur. Quid si tantum consensus de pignore dando inita? poenae locus non erit, cum sola destinatio nec pignus nec hypothecam constituat. l. 4. eod. l. 11. pr. qui potior. in pign. Hinc errat WESENBECCUS, existimans, nuda conuentione pignus constitui, & contractibus consensualibus annumerandum esse. Nec obstat, l. 1. D. de pignoratit. act. vbi Ictus ita: pignus contrahitur non sola traditione, sed etiam nuda conuentione, & si non traditum sit. Vox pignoris enim hoc loco non denotat contractum, sed accipitur pro iure reali pignoratitio, quod vel traditione constituitur, vel per nudam conuentionem. Apertius hoc probat l. 4. §. 5. de vsucap. non mutat vsucapio superueniens pro emtore vel herede, quo minus pignoris persecutio salua sit. Vi enim usufructus vsucapi non potest, ita persecutio pignoris quae nulla societate dominii coniungitur, sed sola conuentione

con-



constituitur, vsucapione non perimitur. De persecutione pignoris seu iure reali hoc loco sermo est, quod nuda conventionione etiam constitutum fuit. Persecutio enim est effectus iuris realis & sola conventionione, idem denotat, quod in l. 1. c. nuda conventio, nec dici potest, quod contractus non perimatur vsucapione, sed potius ius reale. Imo ne quidem assertum WESENBECHII accipi potest de nuda hypothecae conventionione, quam etiam MERLINUS de pign. l. 1. qu. 6. n. 2. contractum innominatum dicit, & alibi contractum consensualem; nam, ut recte obseruat HERTIVS de pign. convent. tacit. §. 2. contractuum consensualium ea est in dolo, ut uterque contractantium ex iis obligetur; hypothecae autem constitutio utraque ex parte obligationem non producit, neque ex ea creditor aut debitor obligatur haecenus, ut actio personalis inde nascatur: unde per nudum pactum hypothecam constitui, recte Romani dixerunt. Pignus utique contractum constituit, indeque nascitur obligatio bilateralis, & actio personalis tam directa quam contraria. Ex pacto hypothecae nulla personalis actio fluit, sed per illud ius in re producit, ex quo realis, hypothecaria scilicet, fluit. Nec dici potest, hodie tamen ex pacto de pignore dando adesse actionem personalem, & tale pactum ad minimum hypothecam constituere; nam pactum de pignore dando adhuc separandum ab hypothecae conventionione. Videndum utique in omni negotio, qua intentione aliquid agatur. l. 7. §. 12. de pact. Cui promittitur datio pignoris, noluit esse contentus hypotheca, & ita alter ex promisso suo obligatur hodie ad pignus, quod specialiter promissit, dandum. At qui hypotheca contentus esse voluit, ex illa promissione non agit actione personalis, sed demum reali, si debitor in mora est.

Hypotheca
etiam tacite
constituitur.

§. IX. Praeterea vero non expresso consensu tantum constituitur hypotheca, sed inducitur etiam ex tacita voluntate, veluti ex designatione a debitore creditori eum in finem facta, ut creditor sciat, ex qua re satisfactionem consequi

ET PIGNORIS DIVERSO.

54

sequi possit, si debitum non fuerit debito modo solutum, si vel maxime *de hypotheca* expresse non facta fuerit mentio, sicut etiam fieri solet, si testator iusserit, ut legatum ex hac vel illa re praestetur; hoc enim casu res illa in specie est obligata. *l. 1. C. Comm. legat. & fideicom.* NEQVSANT. *de pign. p. 2. m. 4. n. 104.* Nec dici potest, quod *nudae demonstrationis* gratia designatio loci adiecta sit; haec enim esset superflua, nisi etiam id operaretur, ut res ipsa afficeretur, & vel vendi, vel in solutum adiudicari possit creditori. MERLIN. *L. 2. Tit. 3. q. 91.* HERTIVS *cit. l. §. 6.* Similiter ex illa formula: *fide & periculo rerum ad me pertinentium, vel per earum rerum exactiorem satisfieri tibi promitto*, non pignus sed hypotheca constituitur iuxta *l. f. C. quae res pign. oblig. poss.* Quamvis enim hypothecae non facta sit mentio, *iustum tamen est, voluntates contrahentium magis quam verborum conceptionem inspicere*, ut ait Imperator in *cit. l. f.* Variæ alia exempla subiicit B. HERTIVS *cit. l. quae naturam hypothecae diuersam a pignore demonstrant.*

§. X. Veniamus ad res, in quibus pignus vel hypotheca constitui potest, ratione quarum maxima diuersitas occurrit. Nam aliae pignori dari, hypothecae vero subiici non possunt; rursus aliae hypothecae supponi, sed pignori dari nequeunt. Sic prohibitum non est, omnia bona, tam praesentia quam futura, hypothecae subiicere, *l. 1. D. de pign. & hyp. l. fin. C. quae res pign. oblig. poss. l. 15. de pignor. l. 34. §. 2. eod.* adeo, ut futurorum bonorum expressio in instrumento obligationis nequidem necessaria sit, sed iam subintelligatur, si vel haec clausula tantum addit: *fide & periculo rerum ad me pertinentium, vel per earum exactiorem satisfieri tibi promitto*, quia contrahentium mens semper praeualet verborum sono. *l. 9. C. quae res pign. oblig. poss.* B. STRYK. *V. M. L. 20. tit. 1. §. 15.* Pignoris loco dari tantum possunt praesentia, minime futura; horum enim traditio per rerum naturam est impossibilis, quae tamen in pignore

In obiecto quae differunt.

gnore est necessaria. Quid? quod ne quidem *praesentia omnia* pignori dari possint, quia debitor se ita possessione omnium bonorum abdicare teneretur, quo ipso in extremam egestatem prolaberetur non tantum, sed fructu crediti priusretur. Idem est dicendum de fructibus pendentibus & foetibus futuris animalium, DONELL. *de pignor. C. 7.* quilibet actu nondum sint, sperantur tamen certo, hinc ius reale interim alii in iis constitui potest, per hypothecam; at in *pignus* non cadunt. Eadem ratione hypothecam constituere potest eventus lem debitor, licet nulla adhuc habeat bona: pignus non potest, nisi qui rei oppignorandae possessionem iam habet. MERLIN. *L. 2. q. 1. n. 2.* Sunt etiam, quae pignus recipiunt, non hypothecam, ex institutis civitatum quarundam peculiaribus. De Aegyptiis narrat, quod admodum conservatori corporum parentum suorum defunctorum studuerint, eaque saepe pignori quoque dederint, ut possessionem eorum in promptu semper haberent, & mutuum, iis pignoris loco datis, facilius acciperent. Sed hypothecae hoc in casu usus nullus erat. Sine dubio enim cadauera parentum pro *carissimis* habebantur *pignoribus*, quorum derelictio in manibus creditoris non tantum nefas habebatur, sed quorum nimis longa detentio etiam debitori noxia poterat esse, eique notam impietatis inurere; unde fiebat, ut creditores illa non in manibus debitoris relinquerent, sed securitatis gratia in possessione habere desiderarent. BALDUIN *de pign. p. m. 235.* Eodem fere modo viii homines in Hispania pignori dari possunt, ut creditor inferiant, ad servitiaque parati sint, usque dum satisfactum fuerit creditori. MERLIN. *L. 2. t. 1. q. 50. n. 45.* Sed hypothecam in eos nemo sibi acquirit, imprimis cum liber homo alias in commercio non sit, *l. 6. C. quae res pign. obl. poss. vel non.* & servitia magis quam hominis corpus oppignorata videantur, quia illorum datur aestimatio, non vero corporis, ut fere in servis Romanis contingit, qui pro dotium animi ratione vel agilitate in servitorum praestatione maiori

tori vel minori pretio vendebantur. DN. PRAESES *not. ad Insti. L. 1. tit. 3. lit. d.* Verum id inter nos vsum habere vix poterit, dum nemo huius generis pignora recipere aut creditori dare possit.

§. XI. Ut ilior longe est haec quaestio, an pignus in re ecclesiae constitui possit? Equidem certum est, res ecclesiae immobiles alienari non posse, nisi solennibus quibusdam adhibitis; alienationem vero omnem actum comprehendere, per quem ad translationem dominii siue in totum siue pro parte, similisque iuris in re deuenitur, *l. 14. C. de S. S. eccl. c. 5. X. de reb. eccl. alien. vel non.* adeoque nec in rebus ecclesiasticis pignoris constitutionem valere posse. CORVIN. *de person. & benefic. eccl. Tom. II. L. 7. tit. 4.* Ne igitur creditor iure suo cadat, solennia in bonorum ecclesiasticorum alienatione necessaria adhibere debet. Sed generali hypothecae bona ecclesiae subiicere non est interdictum, etiamsi nullae solennitates fuerint adhibitae. *Neg. 7. c. 6. in fin.* Per hypothecam enim generalem possessio non transit in creditorem, nec res tam stricte afficitur, quam per specialem. Conf. DN. PRAESES *in iur. eccl. Profess. L. 3. tit. 16. §. 35.* Porro prohibita quoque est rusticis oppignori instrumentorum rusticorum, adeo, vt creditor ea accipiens infamiam incurrat, extraordinariaque poena afficiatur iuxta *authent. agriculores. C. queres pignor. oblig. & l. 7. 8. eod.* quae omnia in fauorem agriculturae introducta sunt, ne instrumentis ablati inculti agri iaceant. Extenditur hoc privilegium quoque ad eum casum, si pignora capienda sunt rei iudicatae exequendae causa, per *l. cit. 7. 8.* nisi contingat, vt rusticus praeter illa instrumenta nihil habeat. STRYK *V. M. L. 20. tit. 1. §. 16.* Hypothecae vero etiam illa instrumenta possunt subiici, & sub generali comprehendantur, si vel *expresse* eorum facta mentio, vel alia bona non habeat debitor, quam talia instrumenta. *vid. §. 6. de pign. & hypoth.* Alias enim si ad agriculturam pertinen-

In re ecclesiae
constitui potest
hypotheca, non
pignus.

Quae differenti-
a etiam in
aliis occurrit.

nentia relinquenda essent absolute & simpliciter rusticis obaeratis, competenciae beneficium iis indulgeretur, quod leges tamen nullibi disposuerunt. Huc etiam respicit *ordinatio process. Saxon. tit. 39. §. 5.* his verbis: Daß man alles Werkzeuges, so einer zu seiner Kunst, Handthierung oder täglichen Arbeit bedürfftig, auch der Pferde, Ochsen, Schaafe, des Saamens und anders, was man zum Ackerbau nothwendig haben muß, verschone, und dasselbe ehe nicht angreiffe, es sey denn an andern fahrenden oder liegenden Gütern auch aus denen Schulden so viel nicht vorhanden, daß sich der creditor darinnen erhohlen könne. Aliorum locorum ordinationes adducit MARTIN. *ad ord. proc. Sax. Tit. 39. §. 5. n. 12.* ubi in sequentibus communem praxin adducit, & multis autoribus comprobat. Itaque instrumenta rustica omnino comprehendendi sub hypothecae nexu possunt, & gaudent tantum *ordinis* beneficio, ne ad ea, nisi in subsidium, deveniantur.

*In feudali-
bonis quoque
discrimen est
inter pignus
& hypothe-
cam.*

§. XII. Quod ad *feudum* attinet, notum est, quod vasallus sine domini consensu nihil quicquam suscipere possit, quod ad *alienationem* eius tendit. Hinc illud hypothecae subiicere vel pignori aliter dare nequit, nisi requisito domini consensu, 2. F. 55. Equidem olim vsque ad dimidiam partem vasallus feudum oppignorare poterat, sine permissione domini. 1. F. 5. Sed eiusmodi oppignoratio valebat tantum, donec feudum domino aperiebatur, quo facto creditor tenebatur domino feudum gratis restituere, 1. F. 5. in fin. quia ius creditoris resoluitur, iure debitoris desinente. III. Dn. THOM. *diff. de causis prohib. alienat. feud. §. 21.* Sed haec ita obtinuerunt *iure Longobardico veteri*. Constitutio LOTHARII Imperatoris partis quoque alienationem interdixisse videtur in 2. F. 38., quo cauetur, vt, si vasallus contra *constitutionem* LOTHARII regis beneficium alienauerit, si totum, perdat totum, si partem, perdat partem & ad dominum reuertatur. STRVV. *Syntagm. l. F. c. 13. §. 9. n. 7.* In praxi quoque (sub

(sub limitatione tamen, quae c. 1. §. 16. adducta) itidem vafallus, siue totum feudum siue eius partem alienauerit, vel alteri pignoris loco tradiderit, illo a domino priuatur, & feloniam committere dicitur, adeo vt etiam dominus, ante *ca sum aperturas*, statim totum feudum, vel partem alienatam, aut oppignoratam possit repetere, sicut prouisum in 2. F. 55. Videtur enim Vafallus dominum contempsisse, eius consensum non requirendo. 2. F. 24. in fin. Ill. Dn. THOMAS. de feud. alienab. §. 4. In hoc tamen insignis differentia ab hypothecca cernitur. Quae enim antea de feloniam & priuatione feudi dicta sunt, de eo saltem intelligi possunt casu, si feudum oppignoratum creditori etiam fuerit traditum, & vafallus hoc modo *perfecerit* alienationem, quantum in se fuit, vti eleganter scribit ANDR. DE ISERN. de prohib. feudor. alien. per Frideric. n. 20. per traditionem, quantum in se est, Vafallus transfert ius, quod habet, faciendo totum, quod potest scil. tradendo. conf. ROSENTHAL. de feud. c. 9. concl. 12. n. 3. Ill. Dn. THOMAS. l. c. §. 13. minime vero delinquit, qui hypothecam in feudo constituit, qua feudum in creditoris possessionem non abit. Fluxisse hanc diuersitatem non tam *ex iure Romano*, quam ex principiis *iuris Germanici*, a Longobardis in nonnullis retenti, non inepte iudicat Ill. Dn. THOMAS. cit. l. cum secundum haec alienationem formalem contineat, quae in hypothecca deficit. Addi tamen etiam haec ratio *ex iure Romano* posset, quod deficiente traditione, nec translata in alium possessio feudi fit, adeoque nullum praeiudicium dominus sentiat, quod ei imminere videtur, si res irrequisito eius consensu in alium translata.

nam sine consensu domini qui pignori feudum dat, feloniam committit

non qui hypothecam constituit iur.

§. XIII. Secundum haec supposita textus obscuriores iuris Longobardici explicari possunt. Ait compilerator 1. F. 5. pr. Si pro pignore plus medietate obligaueris (vafallus) ita, vt TRANSACTVM permittat, vel dolo hoc egerit, amissione feudi multabitur. Varie interpretantur commentatores vocem *transactum*, ostendente ill. Dn. THOMASIO cit. l. §. 12. quae

Inde illustrantur textus obscuriores.

quae tamen ex *tylo medii aevi* satis lucis accipere potest
 Secundum hunc *transactare* significat *possessionem aut rem*
in alium transferre, ceu demonstrat DN. FRESNE in *Glossar.*
med. & infim. latin. voce transactare, & plenius exornat DN.
 THOMAS. *cit. l.* Adeoque *pignus transactum* significat pi-
 gnus, cuius *possessio vel dominium* ad creditorem est transla-
 tum, & ad hoc demum restringenda poena feloniam commi-
 ssae. Alius locus aequè obscurus occurrit 2. *Feud. 8. §.*
ult. vbi compilator dicit: Nam nec pignus, quod consultum
dicitur, fieri potest in feudo. Aequè hic disputatur, quid sit
pignus consultum? HOTTOMANNVS ad eum *text.* ait, posse in-
 telligi pignus cum *pactio antichretico*, quod ita optime con-
 sultatur creditori; aut cum *lege commissoria*, vt videtur
 BITSCHIO ad 1. *F. 5. §. 2. F. 8.* Alii vt RHETIVS. *ad*
1. F. 5. p. 248. & STRVV. 1. Sur. Feud. c. 13. §. 7. n. 1.
 textum ita corrigendum esse putant, vt pro *consultum*
 legatur; *constitutum*, quae sententia praeferranda est:
 Vocabulum *consultum* enim congruum non habet sensum;
 aut *constitutum* commode denotat pignus, quod non est tra-
 ditum, sed *nuda conuentione* contractum. Est haec signifi-
 catio vocis *constituere*, vt adhibeatur, si quid *nude conuentum*
expeditumque est inter partes sine rei traditione, adeoque
constitutum hoc loco idem significat, quod Graeco idiomate
 dicitur *hypotheca*, vbi *sine traditione* res feudalis pignoris
 nexu afficitur. Itaque id prohibitum dicitur in *cit. text.*
 2. *Feud. 8.* in hypotheca, quod alias etiam interdicitur debi-
 tori vasallo in *pignore*. Id tamen intelligi debet cum hoc
 discrimine, quod hypothecam sine domini consensu con-
 stituens non aequè feloniam committat & feudum amittat,
 sicut is, qui pignori illud tradidit. STRVV. *l. c. §. 9. n. 5.* NE-
 GVSANT *de pign. p. 2. m. 2. n. 47.* Eiusmodi enim ius in re
 subsistit in praerudicium vasalli, & eius descendencium, &
 definit, si feudum domino ex aliqua causa fuerit apertum.
 STRYK. *de cautel. Contr. 5. 2. c. 4. §. 13.* BORCHOLT *commentar.*
in consuetud. feud. c. VIII. n. 62. Hinc rectè dicitur, quod,
 aliena.

ET PIGNORIS DIVERSO. 397

alienatione sub pœna prohibita pœnam non incurrat hypothecam constituens.

§. XIV. Dissolvitur pignus & hypotheca iisdem fere modis, inde ratione *dissolutionis* non potest magnum adduci discrimen inter hanc & illud. Aliquod tamen occurrit in eo, quod creditor pignus restituens debitori id remisisse credatur, & *tacita remissione* nexus pignoratitius dissolvatur. *l. 3. de pact.* Necesse tamen est, ut ratio alia redditi pignoris allegari non possit; si enim constat, pignus redditum fuisse, quia debitor eo ad festiuitates vel alias ob causas opus habuerat, remissio ex *restitutione* inferri non potest, sed commoditas tantum concessa videretur.

BRUNNEMANN. *ad l. 3. D. de pact.* Nec aliud est dispositum in *l. 9. C. de remissione pign.* ubi ita: *Nam si recepta a creditore mancipia, quæ pignori fuerant data, hac mente socero tuo tradidisti, ut pignoris vinculum tuum dissolvatur: obligatio semel extincta restaurari non potest.* Docet enim *textus cit.* solummodo, quid denotet redditio pignorum, & quid præsumi possitante contrarii probationem. conf. WISSENBACH, *ad D. ibel. 16. de pact.* HYBER. *prælect. ad D. L. 20. r. 6.*

§. 1. In hypotheca eiusmodi præsumtio non potest capi, neque *tacita remissio* ex *restitutione* rei hypothecæ argui; nondum enim tradita fuit creditori, ergo nec restitui potuit, aut remissio hypothecæ exinde præsumi. Præterea dissolvitur quoque pignus quandoque per *fructuum perceptionem* ex *oppignorata* re. Pignore enim creditori tradito, quod fructus fert, is tenetur de iure Romano eos quotannis, in quantum legitimas excedunt vsuras, in sortem computare, ut ea diminuat, *l. 3. C. de pign. act. l. 9. C. de pign.* & si tandem per *deminutionem* istam tota sublata est, liberatur & dissolvitur pignus, & quidem ipso iure. *l. 1. C. de distract. pign.* Obtenent hæc non tantum in fructibus *perceptis*, sed etiam in *percipiendis*, seu quia creditore, secundum eius conditionem & statum honeste

Discrimen ratione dissolutionis.

H per-



percipi potuerunt *l. 3. cit. NEGVSANT. P. 5. m. 5. n. 1. 2.* quæ tamen de iure Romano, vt docet LAVTERBACH *de anticbresi*, multa declaratione indigent. Hodie secundum principia iuris Germanici rarius contingit, vt hoc modo debitum absorbeatur, cum, prout supra dictum est, creditor interim fructus suos faciat, nec de iis rationem reddere teneatur. Porro non fructus solum, sed *deterioratio* quoque rei pignoratæ, quæ culpa leui vel dolo creditoris fit, sortem extenuat, vel ipsum pignus soluit, si æstimetur deterioratio tanti, quantum est ipsum debitum. De hypotheca idem asseri non potest. Quæstio enim de *fructibus* incidere non potest, nec illa de *rei ipsius deterioratione*, quia in hypotheca res penes debitorem manet, qui ex ea fructus percipit iure domini, & de deterioratione quoque nemini tenetur. Denique sunt quidam modi alii, qui vniuersæ pignori conueniunt, non hypothecæ, veluti *abusus*, si creditor res pignori datas dolo malo tractauit, vt dicitur in *l. 24. in f. de pign. act.* quo casu illico pignus soluitur, non æque hypotheca, qua abuti creditor nequit, nisi propria auctoritate eam occupando.

Lex constituit hypothecam, non pignus.

§. XV. Porro lex in multis casibus *hypothecam tacitam* creditoribus indulget, pignus nunquam. Sic legatario tribuitur ius reale seu hypotheca in omnibus defuncti bonis, donec legatum ei fuerit ab herede solutum, §. 2. *l. in fin. delegat. l. 1. C. commun. de legat.* non tamen in re ipsa legata, in qua habet dominium, res autem propria nemini potest esse pignori per *l. 45. de R. l.* Legatarius vero aliter pignus habere nequit, quam si testator in securitatem legati ei rem quandam ante mortem suam tradiderit, vt ea tamdiu vtatur, donec quantitas legata forsan fuerit soluta. Vnde sæpius latius sese extendit *hypotheca tacita*, quam pignus, quod tantum *speciale* est, cum hypotheca tacita vt plurimum generalis sit.

§. XVI.

§. XVI. Accedo ad effectus primarios, qui pignori ex De effectibus
possessione tribuuntur, sed hypothecae denegandi sunt; *pos-* primariis, ex
sessio enim ut in iure peculiares suos habet effectus, ita *possessione*
 quoque magna diversitas iurium deprehenditur in *pignore* pignoris re-
 & *hypotheca* quoad *possessionem*; adeo ut quamvis de iure *dundantibus.*
 Romano pignus dicatur manere in *bonis debitoris*, credi-
 tori tamen pignoratitio *ex possessione translata* plures tribu-
 antur effectus, qui alias ipsi cohaerent *domino*. Non re-
 petam, quae antea de *immobilitum rerum pignore* iam addu-
 cta sunt, cuius etiam fructus interim percipit, adeo ut vel
 ipsam rem debitori locare queat, *l. 37. de pign. act.* & instar
 domini quodammodo in eo agat. Id tantum addo, quia
 creditor fructus percipit, quia pignus possidet, & quidem
suo nomine, licet non *animo domini*, hactenus eum obligari,
 ut pignus sibi traditum reficiat, ut saluum & illibatum post
 debiti solutionem ad dominum reverti possit. Accedit,
 quod circa pignus officio *boni patris familias* fungi, seu le-
 vem culpam praestare §. 4. *l. quib. mod. re contrab. obl. l. 13.*
 §. 1. *de pign. act.* adeoque omnia facere debeat, quae ad *con-*
servationem pignoris pertinent, salva tamen facultate impen-
 sas necessario & utiliter in pignus factas repetendi, *l. 8. pr.*
l. 25. de pign. action. de quibus ut plurimum graues suboriri
 solent lites, dum aliter *necessariae*, aliter *utiles* aestimantur.
 Haec refectio vero hypothecam habenti non incumbit,
 quippe quae possessorem sequitur; inde & illae lites am-
 biguae de *impensarum liquidatione* cessant, quae admodum
 fora fatigant, & plus damni quam lucri habent.

§. XVII. Tribuitur vero creditori, in quem pignus De possessio-
 translatum est, certo respectu *possessio naturalis* & rursus a- nis in pigno-
 rio respectu *civilis*, cum etiam *verus possessor* dicatur. *re* qualitate.
 LIN. *de pign. l. 1. §. 6. n. 3.* Et quamvis alias creditor pi-
 gnus non *animo domini* possideat, *l. 13. pr. D. de usucap. l. 36.*
D. de acquir. vel amitt. poss. effectus tamē *civilis possessionis*,
 quae sibi certo modo pignus possidere dicitur, etiam habet,
 H 2 vt

vt possit remedio possessionis retinendae vt aduersus perturbantem & possessionem impediendam, MEV. P. 5. dec. 94. MERLIN. de pign. L. 4. q. 104. n. 9. id quod alias nudis detentoribus non licet, sed tantum iis, qui sibi possident, sicuti creditor, l. 3. §. 8. vt possid. Licet enim debitor rem talem adhuc possidere dicatur, l. 36. de acq. vel amitt. poss. id tamen tantum quoad certos effectus intelligendum est, veluti quoad vsucapionem. l. 1. §. 15. eod. & vitandam satisfactionem l. 15. §. 2. qui satisd. cog. non item quoad alios, vt Ictus in cit. l. §. 15. euidenter indicat; neutra vero possessio neque civilis neque naturalis adscribi potest creditori, qui hypothecae tantum contentus fuit, hinc nec remedium possessorum, possessionis retinendae causa, in vsum suum trahere vel adhibere potest. Admodum inconueniens est, si eius retentionem quis peteret, cuius possessionem nondum est nactus. Praeterea in pignore, prout supra dictum, debitori competit pignoralitia actio pro pignore recuperando, si debitor soluendo debitum, illud a nexu liberauit. Sed hypothecae intuitu actio illa intentari non potest & ne opus quidem erit actione inter debitorem & creditorem, si solutio facta, & res obligata in creditoris manus nunquam venerit, vt in hypotheca contingit. Lite enim nulla existente, frustra de actionis genere instituitur quaestio, & solutione facta, ipso iure tollitur qualitas illa rei inhaerens. Porro quia creditor pignus possidet, etiam actione ad exhibendum tenetur. Huius remedii ea est natura, vt contra quemuis possessorem possit adhiberi, sicuti reliquae in rem scriptae actiones, adeoque contra creditorem rem pignoratam possidentem competit, quotiescunque actoris interest, vt ei fiat rem videndi & explorandi copia. l. 3. §. 7. & vlt. D. ad exhibendum. Dicitur enim creditor rem possidere naturaliter & civiliter, si traditio oppignoratae rei quoque accesserit. l. 16. D. de vsucap. l. 37. D. de acq. poss. MERLIN. l. c. L. 1. t. 1. q. 6. n. 3. Et quidem competit, siue creditor rem adhuc possideat, & ita possit

Et specialibus iuribus.

ET PIGNORIS DIVERSO.

61

possit exhibere, siue dolo fecerit, quo minus exhibere queat; *l. 9. D. ad exhibend.* nam semper pro possessore habetur, qui fecit dolose, quo minus possideret, *l. 27. §. 3. de R. V. C.* *l. 52. eod.* Contra creditorem hypothecarium eam frustra adhiberi, facile constat; ille enim omni & naturali & civili defuitur possessione, quippe quae apud debitorem manet, si res hypothecae solummodo supponitur.

§. XVIII. Pignoribus quandoque adicitur *pactum antichreticum*, unde creditor rem eo modo oppignoratam possidens *antichreticus* vocatur, peculiariaque praec aliis creditoribus hypothecariis habet iura, ut facilius exiis, quae iam supra monita sunt, colligi potest. Fluunt vero illa maxime ex iure dominio vtili simili, creditori competente in rem oppignoratam. *LVCA de vsur. D. 9. n. 6.* Dominium enim plenum, quod antea solus habebat debitor, per *antichresin* constitutum ita quodammodo diuisum videtur, ut debitor *dominium directum* retinere dicatur, utilitas vero ex praedio, seu quod *dominium vtile* dicitur, in creditorem transeat. Quae etiam est ratio, quod creditor, expressam antichresin habens a rationum redditione liberetur, maioresque in effectu vsuras, quam alias licitum est, percipiat. *HVBER. in Praelect. ad ff. L. 20. §. 1. §. 14. VDET. ad D. L. 20. §. 1. §. 24.* Neque enim huc pertinet *l. 3. C. de pign. act.* quae loquitur de castu, quo fructus in sortem imputandi sunt; Distingui tamen ab eo adhuc debet *vtile vasalli dominium*, per quod res potest immutari, & ad vasalli vsum aptari, si per illud deterior non fiat. *STRVV. Synag. iur. Feud. C. 13. §. 3. n. 1.* Idem enim non licet facere antichretico creditori, qui re, sicuti est, debet uti. Dominium hoc vtile, quod vasallorum vtili dominio quodammodo responderet, si ex moribus Germanicis aestimatur, in primis in oppignoracionibus terrarum imperii, si creditor earum possessionem nanciscitur, sese exferit, in quibus plus iuris habet, quam alius creditor in pignore priuato, adeo ut *STRAVCHIVS in diff. de oppign. rer. imper.*

Inde pignori
addi potest
pactum anti-
chreticum.

§. 32. asserat, oppignorationes imperii pignus non proprie constituere *antichreticum*, sed magis *dominium vile*, quod tamen intelligendum, si cum iure Romano hoc pignus conferatur. Alias nihil impedit, quo minus *antichresis* dici possit, quia natura *pignoris Germanici* exuberantior est, quam Romani. Vnde iure hoc omnes reditus percipit, nec vitiam rationes reddit, aut in fortem, quod superest, imputat. Praeterea quoque per traditionem jurisdictionis alias ad fundum spectantis exercitium etiam acquirit. Iurisdic-tio enim concessa est, ubi territorij universale alicuius directioni subiicitur, *l. imperium §. 1. de iurisdic.* in primis cum iurisdic-tio in fructibus etiam computetur, & ad creditorem tandiu pertineat, donec pignus ad dominum reuertatur. vid. WEHNER *Obs. Pract. voce Pfandschilling.* Imo spectat quoque ad eundem possessorem pignoris exercitium iuris patronatus, FINCKELTHAVS *de iur. patron. c. 5. n. 11. sqq.* STRAVGHII *disf. allegat. §. 45. 46. 48.* cum alijs iurium territorialium effectibus, adeo ut etiam ius circa sacra, aliaque inde dependentia exercere possit, quod plenius deducit & illustrat Excell. DN. GYNDLING. *de iure oppign. servitor.* Deficit vero hoc ius singulare cum omnibus effectibus in hypothecario creditore, si vel maxime in totam aliquam praefecturam, ein Amt, hypothecam consecutus fuerit. Antichresis enim semper est effectus possessionis.

Etiam possessor antichreticus paria cum domino iura habet de iure Romano.

§. XIX. Ceterum etsi iure Romano in antichresi creditor dominium tale, quod iure Germanico habet, non consequatur, in pluribus tamen creditor antichreticus cum domino paria iura habet. Creditor ei, qui in praedictum praedii oppignorati aedificat, novum opus nunciare potest, ut opus destruat, vel cautionem praestet, *l. 9. D. de noui op. nunciat.* DN. PRAESES *Introdukt. in ius Dig. L. 39. tit. 1. §. 6.* id quod alias tantum domino praedii concessum, *l. 1. §. 19. l. 3. §. 3. de nou. oper. nunc.* adeo ut ne quidem usufructuarius proprio nomine opus novum nunciare possit, *l. 1. §. 20. l. 2. eod.*

Hy.

ET PIGNORIS DIVERSO.

Hypothecario certe hoc ius competere nequit. Licet enim omnibus iis nouum opus nunciare sit permiffum, qui ius in re, in cuius præiudicium ædificatur, habent, *l. 1. §. 19. l. 3. §. 3. de nou. oper. nunc.* fupponendum tamen est, vt etiam fimul habeant poffeffionem, & quidem ciuilem, feu vt fibi poffideant. SCHILTER *ex 42. §. 9.* vti textus allegati ostendunt. Similiter actio confefforia & negatoria tantum datur domino. *l. 2. §. 1. l. 4. §. 7. si feruit. vendic. l. 1. pr. l. 5. §. 1. si vsufr. petat.* Ait VLPPIANVS in *cit. l. 1.* Hec autem in rem actio confefforia nulli alii quam domino fundi competit: Seruitutem enim nemo vindicare potest, quam is, qui dominum in fundo vicino habet, cui feruitutem dici debet. Similiter in *cit. l. 2. pr.* dicitur; quod negatoria competat domino, qui negat. Et tamen in *l. 16. de feruitutib. vtilis peritio feruitutis etiam datur illi, qui fundum pignori accepit, quod etiam confirmatur l. vn. in fin. de remiff. & l. 9. de nou. oper. nunciat.* Nihil notius est, quam actionem finium regundorum dari inter dominos agrorum vicinorum. Et tamen etiam inter eos, qui iure pignoris poffident, competere potest. *l. 4. §. 9. fin. regund.* Condictio furtiua foli domino competit, *l. 1. de condict. furtiu.* & tamen is quoque cui pignori res data est, condictione agit, si ea fubrepta est. *l. 12. in f. de condict. furti.* Similiter æque creditor, qui pignus accipit, damni infecti cautionem exigere potest, ac dominus, quod contra MARCELLVM VLPPIANVS defendit in *l. 11. de damnoinf.* Imo etiam inter eos, qui pignori acceperunt, datur vtile communi diuidendo iudicium. *l. 7. §. 6. 12. 13. commun. diu.*

§. XX. Differt etiam pignus ab hypotheca ratione temporis, quo initium eius ftatuendum est. Hypotheca eo tempore conftituta cenfetur, feu ex eo momento, quo originem habuit principale debitum, feu contracta est obligatio. *l. 1. pr. qui pot. in pign.* Quod si enim negotium aliquod incipere est celebratum fub hypotheca bonorum, ftatim incipit, *l. 5. l. 13. §. fin. ff. de pignor.* NEGVSANT. *de pign. P. 8. m. 3. n. 5.*

Ratione initii differentia est inter pignus & hypothecam.



3. n. 5.; Sin vero conditio adiecta fuerit, ad quam obligatio suspensa est, illa ante conditionem existentem non nascitur, & consequenter hypotheca tunc quoque vires capit per l. 9. §. 5. de pignor. ibi: *Si sub conditione debiti nomine obligata sit hypotheca, dicendum est ante conditionem non recte agi, cum nihil interim debeatur.* MERLIN. de pign. l. 5. tit. 2. q. 63. n. 1. § 99. Facile hinc liquet, quid dicendum sit de hypotheca pro dote initio, an incipiat a tempore contracti, an vero a tempore dissoluti matrimonii? Discernenda est hypotheca ab actione hypothecaria. Illa statim a tempore matrimonii initi capit initium. NEVSANT l. c. n. 1. Hæc vero eo tempore, quo coniugium dissoluitur, vel alias dos repeti potest, competit: retrahitur enim conditio postea existens ad diem contractus initi, & inde initium hypothecæ constituendum est, id quod insignem usum in concursu creditorum habet, quando creditores iuxta prioritatem temporis sunt collocandi l. 9. §. u. D. qui potior. in pign. hab. Pignorum diuersa est ratio & causa; quamuis enim quis destinauerat rem pignori dare, non tamen ante incipit, quam data & accepta est. l. 4. qui res pignor. l. n. in f. l. n. pr. qui pot. in pign. hab. Videlicet pignus refertur inter contractus reales, qui non perficiuntur, nisi rei traditione. Vnde res ab eo tempore qualitatem pignoratitiam induit, ex quo eius possessio in creditorem est translata.

An ab vno ad alterum argumentum trahi queat.

§. XXI. Porro in eo etiam quidam quærunť differentiam, quod non semper argumentum a pignore ad hypothecam trahi queat, adeoque lex vel statutum de pignore disponens non facile trahi debeat ad hypothecam, tum quod sint diuersa, tum quod statutum striete sic interpretandum, quod ex hypothesi eorum, qui in hac hæresis sunt, variis exemplis illustrat MERLINVS de pignor. lib. 1. tit. 1. q. 4. ipse tamen cit. l. 3. in contrariam abiecit sententiam, quod pignus ab hypotheca non adeo differat, & quod promiscue in iure accipiantur. Neutri sententiæ subscribendum esse censet.

ET PIGNORIS DIVERSO.

65

seo, sed potius ex *ratione legis* iudicandum esse arbitror, an a pignore quoque ad hypothecam argumentum trahendum sit, quod ipse MERLIN. *cit. l. in f.* non diffitetur. Proinde si ratio statuti etiam ad hypothecam quadrat, merito quoque de ea debet intelligi. Quod si itaque prohibitum est, pignus constituere sub poena *amissionis* rei ipsius vel alia, ille poenam non incurrit, qui hypothecam in ea re concedit, sicut etiam vasallus propter hypothecam feudo non priuatur, bene tamen si pignori creditori dedit, uti supra ostensum. ROCCA. *l. c. c. 150. n. 47.* Similiter si sub poena tenator prohibuisset oppignorationem fideicommissi, illa non trahenda esset ad hypothecam, quamuis ipsa hypotheca in praecidium eorum, quibus fideicommissum restituendum, haud valeret. MERLIN. *c. l. n. 16.* Alia addere superfedeo, cum hinc inde exempla, quae *rationem diversitatis* arguunt, adducta sint.

§. XXII. Certi alius iuris est, quod debitor pignus suum semper reluere, vel rem hypothecae suppositam soluendo liberare possit, ita ut nequidem pactum in contrarium valeat. Sed in *imperii pignorationibus*, denen Reichs-Pfandschafften, occurrit discrimen inter pignus & hypothecam *ratione reuisionis*. Status enim illius temporis, quo instrumentum pacis Westphalicae componebatur, postulat, ut quibusdam hoc daretur, ne liceret res imperii oppignoratas reluere, prout verba *Instrument. Pac. Art. 5. §. 20. in f.* docent; Quod ad oppignorationes imperiales attinet, cum in capitulatione Caesarea dispositum reperiat, quod Electus Romanorum Imperator, Electoribus, Principibus, ceterisque Statibus immediatis imperii eiusmodi oppignorationes confirmare, atque illos in eorundem tranquilla & quiete possessione defendere ac manuteneere debeat; conuenit, hanc dispositionem, donec consensu Electorum, Principum & Statuum alter statutum fuerit, obseruandam esse, atque propterea ciuitati Lindaw, nec non Weisenburgo in Noricis reddita sorte oppignorationes imperiales ipsi ademptas illico & plenarie resti-

Dantur pignora quae relui non possunt, quod hypothecis applicari nequit.

iuendas. Idem iam antea in *capitulatione Caroli s. art. 50* est promissum: Wir sollen und wollen *re. re.* Denen Ständen, samt der Reichs-Ritterschafft, ihre Regalia und Obrigkeiten, Freyheiten, Privilegien, Pfandschafften *re.* auf gebührendes Ansuchen ohne einige Weigerung und Aufenthalt in guter beständiger Form confirmiren und bestättigen, sie auch dabey als erwählter Römischer König handhaben und schützen, *re. re.* *Sequentium Imperatorum capitulationes, ut FERDINANDI I. RVDOLFI II. MATTHIÆ, FERDINANDI II. FERDIN. III. Regis Romanorum FERDIN. IV. LEOPOLDI, IOSEPHI & CAROLI VI. eadem repetunt, possessoresque tueri promittunt in rerum oppignoratarum possessione, quatenus scilicet pignoris loco datæ sunt ante prohibitionem reuocacionis STRAVCH. diss. de oppignoracionibus rerum imperii, thes. 38. SCHWEDER. iur. publ. Part. spec. Sect. 1. c. 23. §. 5. De hypotheca vero nihil dispositum vsquam reperitur in legibus imperii vel capitulationibus Cæsareis, inde debitores res imperii hypothecæ ante instrumentum pacis subiectas reluere, vel potius liberare non vetantur.*

Ius retinendi
pignori co-
heret, non
hypothecæ.

§. XXIII. Habet creditor præter alia iura, ius quoque pignus *retinendi*, vsque dum debitum fuerit solutum; hinc eius ratione emergit noua differentia, quod creditor cui debitor ex variis causis debet, pignus etiam propter alia debita, quam pro quibus illud constitutum est, possit retinere, indeque ob debitum chirographarium se etiam securum reddere. *l. vn. C. etiam ob chirogr. pec. pign. retin. posse. STRVCK. V. M. L. 20. t. 5. §. 5.* Ad hypothecam vero hoc trahi nequit, sed debito soluto, propter quod constituta est hypotheca, illa ipso iure expirat. Retentio enim illi dari non potest, qui rem nunquam habuit, nec vllibi dispositum reperitur, quod creditor hypothecam habens in re certa, illam retineat vel persequi possit propter aliud debitum chirographarium. Quin potius hoc loco illud obtinebit, quod hypotheca dicatur stricti iuris & non extendatur ad ea, de quibus cogitatum non est. Alias retentio pignoris quoque creditori conceditur, si impensas in rem oppi-

ET PIGNORIS DIVERSO. 67

oppignoratam fecerit, melioremque reddiderit. Potest enim, forte cum usus licet soluta, nihilominus rei restitutionem denegare, usque dum *necessaria* impensae sint restituta, id quod de *usuibus*, in quantum domino utilitatem praebent, etiam intelligendum, si debitorem non nimis grauant. *l. 25. de pign. act.* Ast in hypotheca quaestio haec Domitiana est, cum rei hypothecatae possessionem debitor retineat, & ita de impensis in hypothecam factis moueri nequeat quaestio, nisi ex post facto hypotheca in pignus conuersa fuerit.

Differentia ratione distractionis.

§. XXIV. Diuersa etiam iura habent pignus & hypotheca, quoad *distraktionem* rei obligatae. Vti vero vltimum debet esse refugium distractio & alienatio rei debitoris, ita quaedam obseruanda veniunt, quae demonstrant *bona fide* eam esse susceptam. Inde prohibetur creditor emere pignus conuentionale, adeo, ut ne alium quidem interponere possit, per quem rem acquirat, ut disponit *l. 10. C. de distract. pign.* Obuiam ire voluerunt imperatores per illam legem fraudibus creditorum, ni hi pignus vilissimo pretio vendendo debitorem decipiant. Vbi ergo omnis suspicio fraudis exular, vbi creditor non tam procurator in rem suam, quam in rem debitoris videtur, iniquum haud est, eum eiusdem iuris cum extraneo creditore censerit. *l. 2. C. si causi iudicati pign. capt. sit. ROCCA. Disp. iur. select. C. 153. n. 26. seqq.* In hypotheca scilicet creditori non interdictum est, emere rem hypothecae suppositam, ut aperta diuersitatis ratio demonstrat. Creditor enim propria auctoritate illam alienare non potest, quia adhuc a debitore ipso possidetur, & ab alio sine iudicis autoritate in alterum transferri non potest. Inde necesse est, ut vel ab ipso debitore vel a iudice sub hasta vendatur res hypothecae subiecta, quo casu creditor potior est extraneo. Praeter bonam fidem in pignoris distractione requiritur etiam *solemnitas*, quae in eo consistit, ut si pignus extrajudicialiter vendendum sit, debitor semel denunciatur, adhibitis testibus, rem oppignoratam iri venditum, nisi de-

Distraktionem rei obligatae

de-



debitum solvatur. *l. vi. §. i. C. de iur. dom. imp. l. 4. C. de distractione pign. STRYCK. V. M. L. 20. r. s. §. 6.* Vnica haec denunciatio tamen non sufficit, ubi pactum de pignore non alienando fuit adiectum, sed trina tunc debet adhiberi, & post ultimam denunciationem biennium adhuc expectari, antequam pignus distrahatur. *STRVV. Syntagm. iur. Civil. Exerc. 26. d. 44. DAMHOVDER. de subbasta. c. 3. n. 39. NEVSANT. P. 6. m. i. n. 4. MYBER. Praelect. ad D. L. 2. i. 4. n. 6.* In hypotheca tamen magna hic adest diuersitas, in ea enim non sufficit nuda extrajudicialis denunciatio, sed iudex aduendus, ab eoque petendum, vt, debitore prius ad soluendum condemnato, & praeterlapso quadrimestri spatio, quod condemnatis praestitutum est, *l. 2. D. de re iudic.* immisso in hypothecam fiat. Hac facta postea impiorandus iudex, vt res hypothecae obnoxiae hastae subiiciantur *l. 14. C. de distract. pignor.* adeoque hypotheca non aliter, quam *autoritate iudicis* distrahi potest. Aliquando etiam vendi potest pignus, nulla plane praecedente interpellatione, si ab initio fuerit pactum adiectum, vt, certo die solutione non facta, creditor illud alienandi facultate gaudeat, *TEPAT. Decis. T. 502.* id quod in hypotheca iterum fieri nequit, cum eius constitutio creditori possessionem haud tribuat, & nemo sine facto iudicis possessionem hypothecae occupare queat.

Differentia
ratione va-
riorum effe-
ctuum.

§. XXV. Alios effectus producit pignus, alios hypotheca. Hinc eorum ratione occurrit diuersitas, (1) quod illud operetur, vt creditor sit plene securus, & non tam facile pecunia sua queat defraudari, cum pignus possideat; haec vero quandoque possit fieri inuulsi, in primis si in rebus mobilibus est constituta, illaque inter plures sparsae, vel alias consumtae sunt, cum mobiles facilius consumantur & in alios spargantur quam hypotheca. *NEVSANT. de pign. p. i. n. 6.* (2) Quod ratione praescriptionis & respectu satisfactionis quidem pro possessore non habeatur creditor pignus tenens, *BRVNNEMANN. ad l. 15. D. qui satisd. cog.* bene tamen ratione possessionis, eiusque effectuum. *Quare & pignus creditori illud tribuit, vt possit commodo remedii*

ET PIGNORIS DIVERSO.

69

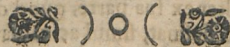
medii possessorii gaudere, interdictoque *vi possidetis* agere
 contra eum, qui eius possessionem turbat. MEV. p. 5. dec. 94.
 Sed eum effectum hypotheca non habet, cum hypothecata
 res in creditorem non transferatur, illeque alio nisi petito-
 rio remedio propter rem obligatam *vi* non possit. (3) Pi-
 gnus etiam id operatur, ut creditor sibi remedio *spolii* con-
 sulere possit, si ex possessione rei oppignoratae etiam ab ipso
 debitore, proprio ausu deiectus est. HARPRECHT *Consultat.*
 20. n. 9. Eandem facultatem creditori dat interdi-
 ctum *de vi & vi armata*, quippe quo omni possessori & civili
 & naturali, imo etiam nudo detentori contra iniuste deici-
 entem experiri licet L. 1. §. 9. *de vi & vi armat.* l. 14. 18. eod.
 Sed hoc strictius est, & violentiam praesupponit, cum reme-
 dium spolii seu ex C. *redintegranda* 3. C. 3. Q. 1. cuicumque,
 qui quomodoocunque possessione privatus est, detur, de quo
 plenius agit DN. PRAESES *ir. iur. Eccles. Protestant.* L. u. tit. 13.
 §. 7. *segg.* Sed parem effectum hypothecae adscribi non
 posse, facile patet. Non enim extendi potuit *canon. cit.* ad
 non possidentes, seu ius tantum in re habentes. Quare &
 hypotheca creditori non tribuit actionem spolii, si debitor
 forsitan exciderit possessione, nec eius facile interest, quis
 rei hypothecae suppositae possessionem habeat. (4) Si de-
 bitor pignus creditori aufert, furtum committit per §. 10. l.
de oblig. quae ex del. nasc. vbi dicitur: *aliquando etiam rei*
suae furtum quis committit, veluti si debitor rem, quam pigno-
ris causa dedit, subtraxerit. Tale vero quid in hypotheca
 contingere non potest. (5) Pignus vasallo liberationem a
 seruitis praestat, si ipsi domino directo rem feudalem pi-
 gnori dederit; percipit enim ipse dominus ita fructus ex
 feudo, ideoque seruitia, quae propter fructuum perceptio-
 nem exhibentur, ab eo postulare nequit, propter naturam
 conditionalium obligationum, quae in vasallo etiam occur-
 rit, eoque tendit, ut ex sua parte nemo obligetur ad faci-
 endum, nisi & alter ex sua parte, quod debet, fecerit, seu
 ut vnus obligatio definat, simul ac causa eius cessare inci-
 pit.

pit. SCHNEIDEWIN. *de feud. Part. 5. n. 107.* De hypotheca domino directo constituta, iterum aliud dicendum est. Nam, cum vasallus, hypotheca concessa, in possessione persistat, fructusque percipiat, sicut ante obligationem rei, æquum omnino est, ut servitia etiam domino præstet. (6) Hypotheca in re aliena constituta sciente creditore, si vel maxime postea debitor dominus fiat, non dat creditori ius agendi; possidenti autem pignus in re aliena constitutum eo casu datur retentio. *L. 1. pr. de pign. & hyp.* Confirmatur ergo pignus rei alienæ a creditore sciente acceptæ, sed non hypotheca. GOTHOFRED. *ad cit. l. iii. c. (7)* Si duo pariter de hypotheca pascantur, ut utrique in solidum sit obligata, melior inter eos est, qui prius possessionem postea accepit. *l. 10. de pign. & hypoth.* Si duobus eodem tempore pignus datum sit, neuter potest habere præaltero prærogativam, dum utrique pignus datum fuerit, prout supra iam §. 12. *inf.* observavi.

Differunt
denique ra-
tione excep-
tionis ex-
cussonis.

§. XXVI. Restat adhuc exponendum, quatenus pignus & hypotheca quoad exceptionem excussonis diversa iura habeant. Certum utique est, quod hypotheca simplex creditori ius quidem tribuat conveniendi possessorem quemcumque actione hypothecaria, si rem hypothecæ subiectam possideat, & creditor suum creditum a debitore consequi nequeat; sed tamen non aliter, nisi principali excusso debitore. *Auth. Hoc si debitor. C. de pignor. & hypoth.* Pignus vero, quod traditum est creditori, si casu fortuito possessionem amisit, repeti potest, eadem actione hypothecaria a quocumque possessore, principali debitore tamen non excusso. NEGVANT. *l. c. p. i. n. 7. MERLIN. l. c. l. i. q. 2. n. 14.* Obligate enim rei possessor in priori casu possessionem a debitore habuit, qui est dominus, & in alium potuit transferre dominium, salvo iure hypothecæ; cum in posteriori casu possessor rei pignorate nullam causam a domino, sed tantum modo a creditore, & quidem inuito, habeat, hinc principalis debitor actione antea pulsari non potest. NEGVANT. *p. 8. m. 1. n. 18.* Atque hoc eo magis procedit, si remediis possessoris creditor agit, quibus hæc exceptio opponi nequit. Sed hæc de diversis pignoris & hypothecæ iure adduxisse sufficiant. Indicaui tantum fontes, unde hæc promanant, a quibus ad alia facile fieri poterit progressus.

F I N I S.







ULB Halle

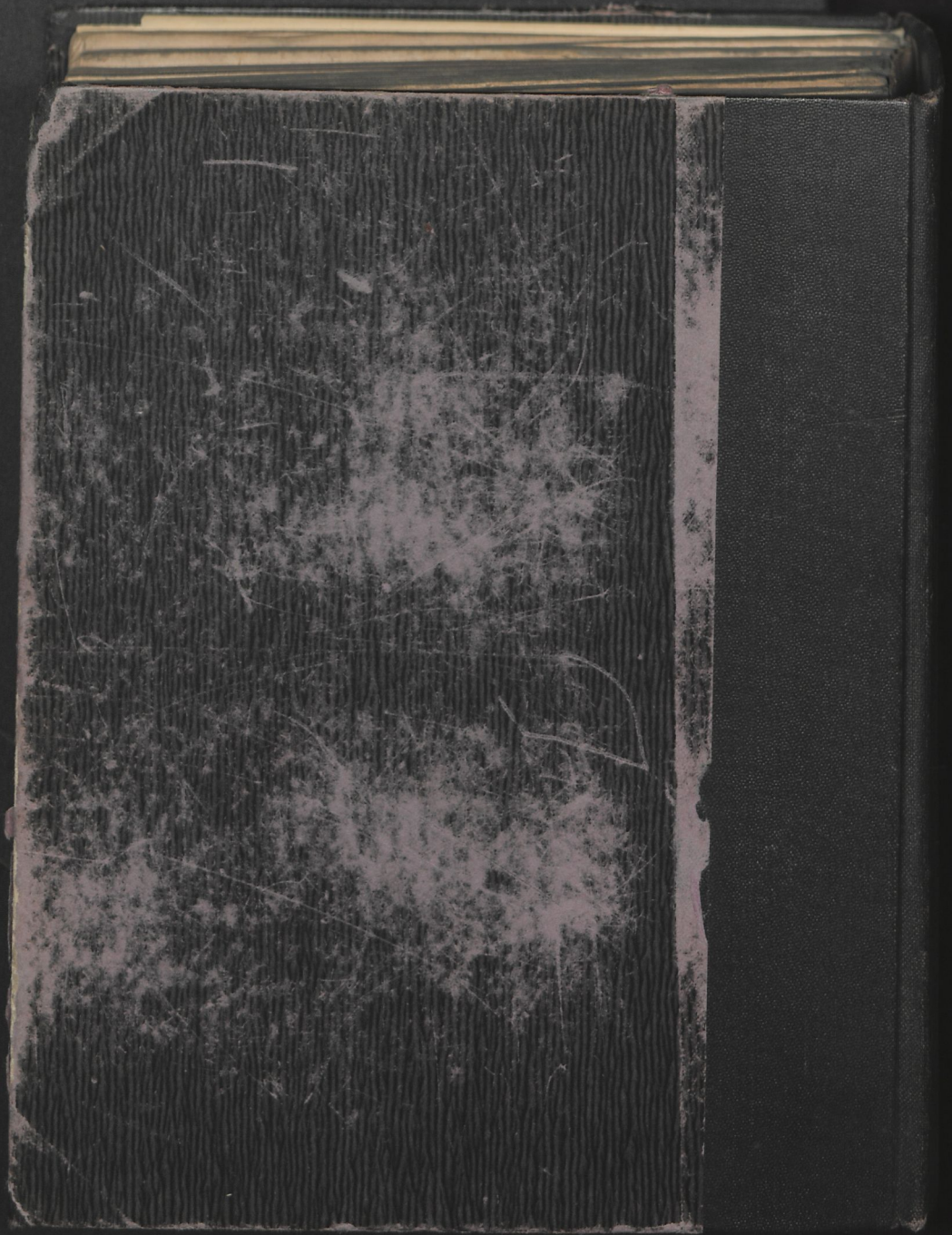
3

002 186 993



sb







DISSERTATIO IVRIDICA INAVGVRALIS
DE
DIVERSO
PIGNORIS
ET
HYPOTHECÆ
IVRE

IN REGIA FRIDERICIANA
INDVLTU
INCLYTI IVRISCONSVLTORVM ORDINIS.
PRAESIDE

DN. IVSTO HENNINGIO *Höhmer*
IC, COM. PALAT. CAES. POTENTISS. REGI BORVSS.
A CONSIL. AVL., PROFESS. IVRIS ORDIN.
ET h. t. DECANO

PRO LICENTIA
SVM MOS IN VTROQVE IVRE CAPESSENDI HONORES
IN AVDITORIO MAIORI
H. L. C.

DIE XIII. AVG. A. MDCCXVIII.
PVBLICO EXAMINI SVBIECTA
A

WILHELMO PHILIPPO A FLODROFF
MEVRENSI.

H. ALAE MAGDEBVRGICAE, typis GRVNERIANIS 1725.