





24
DISPUTATIO INAUGURALIS IURIDICA

SISTENS QVAESTIONEM:

AN ACTIO PIGNORATITIA DIRECTA
CONTRA TERTIVM POSSESSOREM
INSTITVI QVEAT?

Pri. 15. num. 0

16

1777,5

QVAM

P. 208
AVCTORITATE AMPLISSIMI ET ILLUSTRIS ICTORVM
ORDINIS

PRAESIDE

VIRO EXCELLENTISSIMO AC CONSULTISSIMO

DOMINO

CHR. NIC. SCHLICHTKRULL,

I. V. D. ET PROF. PVBL. ORD. IN REG. ACAD. GRYPHICA, REG. CONSIST.
ADSESSORE ET FACVLTATIS IURIDICAE p. t. PRO-DECANO

PRO

OBTINENDIS SVMMIS IN VTROQVE IVRE
HONORIBVS

D. XVI. IVN. MDCCLXXVII.

PVBLCO ERVDITORVM EXAMINI SVBIICIET

DAVID WILHELM WARNEKROS, SVNDENS.

Reg. Acad. Syndicus et S. R. Tribun. Advocatus,

GRYPHISWALDIAE,

LITTERIS A. F. RÖSE, REG. ACAD. TYPOGR.



DISPUTATIO IN ACADEMIA IURIDICA

SISTENS QUARANTONEM

AN ACTIO PIGNORATITIA DIRECTA
CONTRA TERTIUM POSSESSOREM

INSTITUTI GRATIA

—————

CVAM

AUCTORITATE IMPERII ET ILLUSTRISSIMO IUSTITIAE
ORDINE

P R A E S I D E

VIRO EXCELLENTISSIMO AC CONSULTISSIMO

DOMINO

CHR. NIC. SCHLICHTKRULL

PH. D. ET IUR. PUBL. ORD. IN REG. ACAD. GYMNASII IUR. CONSERV.
ABDITORUM ET FACULTATIS IURIDICAE P. A. IUR. - DECANO

1820

OPTINENDIS SVMMIS IN VTROVQVE IURE
HONORIBVS

D. CAL. IAN. MDCCCXXVII

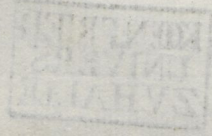
PUBLICO ERUDITORVM EXAMINI SVBICIT

DAVID WILHELM WARRNEKROS, SVBDENS

Reg. Acad. Syndicus etc. N. T. Iur. Advocatus

GYMNASIALIAE

LEIPZIG A. N. IUR. - REG. ACAD. DECANO



SERENISSIMO AC CELSISSIMO
PRINCIPI AC DOMINO
DOMINO
FRIDERICO WILHELMO,

SACRAE REGIAE MAIESTATIS
REGNIQUE SVECIAE
SENATORI EMINENTISSIMO,
POMERANIAE SVECICAE AC RVGIAE PRO-PRINCIPI,
SVPREMO EXERCITVS SVECICI DVCI,
CANCELLARIO ACADEMIAE GRYPHICAE
MAGNIFICENTISSIMO,
EQVITI AVRATO ET COMMENDATORI OMNIVM
ORDINVM REGIORVM,

SACRI ROMANI IMPERII PRINCIPI
DE HESSENSTEIN,

HEROI SAGO ET TOGA INCOMPARABILI,
MVSARVM MAECENATI INDVLGENTISSIMO,

DOMINO SVO GRATIOSISSIMO

IN TESSERAM DEVOTISSIMAE
SVBIECTIONIS

INAVGVRALEM HANC DISSERTATIONEM
GRATIAE

CLEMENTISSIMI DOMINI SVI

SE SVBMISSE COMMENDATVRVS

PAT, DICAT, DEDICAT

SENATORI EMINENTISSIMO
ROMERANAE SVBICAE AC RVGIAE PRO-PRINCIPIS
SVPTIMO EXERCITVS SVBICIS DVCI
CANCELLARIO AC ACADEMIAE GEYERICAE
MAGNIFICENTISSIMO
EQUITI AVARATO ET COMMENDATIONI OMNIVM
ORDINVM REGIORVM

SACRI ROMANI IMPERII PRINCIPIS

DE HESSENSTEIN

HEROI SAGO ET TOGA INCOMPARABIL

MIRABILIS MAJESTATI INDVLTENTISSIMO

devotissimus

DAVID WILHELM WARNERROS.



INSTITVTI RATIO.

Multas inter controuersias, quae ex diuersis legum non satis perspicuarum interpretationibus ortum traxerunt, haud leuis momenti mihi videtur quaestio: an actio pignoratitia directa contra tertium possessorem institui queat nec ne? Summae auctoritatis Icti hanc vel illam sententiam amplexi sunt, et vtraque sententia defensores inuenit. Propositum fuit initio, licet id forte gloriosius dictum videri possit, periculum facere, diuersas has opiniones conciliandi, cum vero multiplices officii mei labores huic consilio exequendo impedimento fuerint, illud in praesenti quidem mihi, non autem omnino seponam aut missum faciam, sed differam potius in aliud opportunius tempus, quo majus otium nancisci possim, pauloque minus distrahar. Nunc tantummodo

actionem pignoratitiam tanquam personalem, hinc non contrarium instituendam, exponere et leges in contrariam sententiam allegatas pro viribus ræis enodare conatus sum, quare beneuolum lectorem, hoc quicquid est, quod praesenti libello offertur, vt serena fronte accipiat et aequi bonique consulat, rogo.

§. I.

Omnia pacta serio et deliberato animo inita super rebus, de quibus facultas disponendi competit, iure naturali sunt perfecte obligatoria, ita vt media cogendi adhiberi possint ad implementum obligationis a promittente consequendum. Ius ciuile posituum vero contrarium haud raro statuit ac statuere potest, cum ex mero legislatoris arbitrio pendeat, licet negandum non sit, potestatem mutandi ac plane tollendi praecepta iuris naturalis restringendam tantummodo esse ad ea, quae sunt I. N. permisiui ac hypothetice praeceptiui (*). Potissimum ad haec referuntur pacta, quae arbitraria supponunt facta et inde ad I. N. hypothetice praeceptiuum pertinent, quibus ius ciuile stricte dictum omnem vim obligatoriam perfectam ademit, et quidem ex non vituperanda causa, quod faciles in promittendo sint homines et sapissime minus consulto se adstringant, ideoque ius ciuile nudo pacto nullam actionem tribuit, sed iis solummodo, quae causam habent ciuilem (**). et quae inde contractus audiunt.

(*) L. 6. ff. de iustit. et iure, vti apparet ex intercessionibus mulierum.

(**) Causa variis in iure habet significatus, hic denotat rationem a lege approbatam s. modum paciscendi a iure ciuili approbatum, hinc pactum in specie causa est destitutum et iure ciuili per se non validum, ita, vt actionem producere possit.

§. II.

§. II.

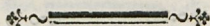
Causa civilis diuersa esse potest, quare pro diuersitate eius diuersi oriuntur contractus. Sunt enim contractus nominati, innominati et quasi contractus; hi ex ficto consensu, illi ex implementi acceptatione et isti ex forma, nomine ac cognominata actione nascuntur. Contractus innominati sunt reales (*), requirunt enim rei traditionem ad perfectionem, non vero omnes nominati huius naturae sunt, sed pro forma a lege assignata differunt, nam perficiuntur aut solo consensu, aut rei traditione, aut scriptura aut verbis solemnibus, et contractus consensuales, reales, litterales aut verbales vocantur.

(*) L. 1. §. 2. ff. de rerum permutat. L. 5. pr. ff. de praescript. verbis.

§. III.

Ex contractu oritur obligatio (§. 1.) quae est necessitas a lege imposita, seu, vt cum lege loquamur, vinculum iuris, quo necessitate adstringimur alicujus rei soluendae (*). Qui obligationem suam delectat, ad eam implendam per media coactiua, quae in statu civili actiones sunt, compellitur. Actio est remedium jus suum in iudicio persequendi, quae persecutio multifarie tam in modo proponendi quam exercendi fieri potest, inde innumera fere actionum diuersitas adest. Omnes earum species enumerare, a scopo proposito alienum est, quasdam tamen nominare mihi e re videtur. Summa diuisio actionum in duo genera diducitur, sunt enim aut in rem aut in personam. Qui agit cum eo, qui sibi obligatus est, habet actionem in personam siue personalem, qui vero cum eo agit, qui nullo jure sit; est obligatus, de re tamen controuersiam mouet, instituit actionem

in



in rem seu realem (**). Dantur quoque actiones, quae partim ex jure reali, partim ex jure personali nascuntur, uti hereditatis petitio et judicia divinatoria, quae mixtae vocantur, et actiones, quae ex jure non reali aduersus quemlibet rei possessorem diriguntur, uti actio ad exhibendum et actio Pauliana, actionum in rem scriptarum nomine veniunt. Alia actionum diuisio est in directas, vtilis et in factum, Actio instituenda enim aut in jure expresso et in ipsis legum verbis fundata est, aut in ejus interpretatione extensua. In priori casu habes actionem directam, et in posteriori fundamentum hujus interpretationis est vel ratio legum vel aequitas. Haec vocatur actio in factum, illa utilis (* *). Cum porro actiones personales ex obligatione personae fluant, et obligatio ex contractu oriatur, actiones aut eo tendunt, ut pars contrahens satisfaciat obligationi, quae ab initio ex ipso contractu nascitur, aut quae per accidens postea superuenit. Prior actio directa, posterior contraria nominatur.

(*) p. I. de Obligat. hinc jus et obligatio sunt correlata,

(**) §. 1. I. de Action.

(* *) Ignotum nemini est, jure Romano antiquiori formulas solemnes a Praetore constitutas esse, ne quis ratione actionis erraret, et quae necessario in foris adhiberi debebant. Accidente ergo casu, ad quem formula accurate et directo secundum verba applicari poterat, dicebatur actio directa. Cum vero postea jurisprudentia humanior in foro inualuit per interpretationem et aequitatem, ortum inde traxisse videntur actiones vtilis et in factum, quia saepius evenire poterat, ut verba ob circumstantias in negotio obuinentes ad formulam haud directo applicari possent, et durius esset, ideo causa cadere, cum paritas rationis vel aequitas formulae applicationem suaderet. Abrogatis hinc formulis actiones directae et vtilis hodie in effectu conueniunt, et praeter diuersitatem in personis ordinarie ad idem tendunt L. 47. §. 1. ff. de negot. gest. Boehmer de Action. Sect. 1. Cap. 3. §. 54 & 58.

§. IV.

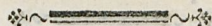
§. IV. de hys, quibus dicitur in §. IV.

Contractus reales rei traditionem ad perfectionem requirunt (§. II.), ad quos praeter alia pignus refertur, cui triplex est significatus. Sumitur nempe 1) pro ipsa re oppignorata, 2) pro iure reali in securitatem crediti constituto et 3) pro contractu pignoratitio. Constitutio pignoris pro iure reali sumi duplici modo fieri potest, 1) si creditori res in securitatem crediti traditur, et tunc dicitur pignus in specie tale, ein handhabendes Pfand, 2) si res non traditur, creditori vero per conventionem ius reale conceditur, et hoc casu adest hypotheca. Vtrumque, ut primo intuitu patet, plane inter se differt. Pactum enim de concessio iure reali sine traditione seu de constituta hypotheca producit actionem hypothecariam siue quasi Servianam contra quemlibet rei oppignoratae possessorem ad id, ut res pignori obligata tradatur, et tandiu apud creditorem maneat, donec de debito plene fuerit satisfactum (*). Cum ergo hac actione de re controversia moveatur, realis est (§. praec.) et pignoris persecutio creditori in rem parit actionem, prout L. 17. ff. de pignor. et hypoth. expresse pronunciat, cui nullo modo obflare potest, hanc actionem quandoque in iure pignoratitiam vocari (**), cum indoli actionis hypothecariae plane contrarium sit, vnicuique eam tanquam personalem considerari, nec lex deficiat, quae illam pignoratitiam in rem vocet, et per consequentiam a pignoratitia in personam distinguat (***)

Pignus in specie sic dictum vero constituitur per contractum pignoratitium, qui est contractus realis, quo res in securitatem crediti ea lege creditori traditur, ut eam soluto debito in specie restituat. Restitutio rei pignori datae primaria ergo creditoris obligatio est, et

B

quidem



quidem soluto debito, quod plenarie in debita qualitate et quantitate tam quoad sortem, quam quoad usuras et expensas fieri debet (†). Haec obligatio ab initio contractus adest, et inde actio pignoratitia directa ad satisfaciendum huic obligationi debitori contra creditorem datur; qui actionem ex obligatione ortam instituit, habet actionem personalem (§. pr.), hinc actio pignoratitia directa personalis est, et ab actione hypothecaria, ut contrarie oppositum, differt, cum insuper haec a creditore, illa vero a debitore, instituitur.

(*) L. 16. §. 3. ff. de pign. et hypoth.

(**) L. 3. §. 3. ff. ad exhib. L. 19. et 30. §. 1. ff. de except. rei iudic. Brunnem. in Comment. ad alleg. L. 19. et 30. pignoratitiam in his legibus hypothecariam esse probat, quod quoque Mevius Part. 4. Decis. 277. evincit.

(***) L. 7. §. 12. ff. de commun. divid.

(†) L. 11. §. 3. ff. de pignor. act. L. 18. ff. qui potior. in pign.

§. V.

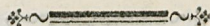
Creditorem ad restituendam rem pignori datam soluto debito obligatum esse ex Spho praeced. constat, quamvis haec non unica creditoris obligatio sit. Nam aliae ei incumbunt ante solutionem debiti, aliae post solutionem. Ante solutionem obligatus est ad rem debita diligentia custodiendam, hinc ad praestandam culpam levem et ad reddendas de fructibus ex re pignerata frugifera perceptis rationes, nisi res in antichresin sit data et fructus sint incerti. Soluto debito eius est, de damnis datis respondere, rem in specie, et si forsitan ob moram debitoris distracta sit, hyperocham restituere. Nobis hic tantummodo res est de restitutione rei pignoris nexui subiectae, quam

quam primariam creditoris obligationem diximus, quia res ei in securitatem crediti traditur, extincto autem debito nec amplius creditum existit, nec securitate indiget.

§. VI.

Hicse praesuppositis me ad quaestionem propositam decidendam accingo. Fieri enim potest, ut res oppignorata non amplius apud creditorem, cui pignori est data, existat, quippe qui eam alii pignori dederit, aut vendiderit, aut alio modo in tertium transtulerit, debitor vero debitum solvere paratus est, et pignus reluere intendit. Si ergo creditor praedictae obligationi suae, rem in specie restituendi, satisfacere nequit, quaeritur, qua actione iura debitori ad recuperandam rem suam succurrant. Dubium enim nullum est, quin debitor ad reluendum se accingens restitutionem pignoris a creditore suo mediante actione pignoratitia directa urgere possit (per praeced.), quae tamen, si non plane effectu destituta esset, difficilioris persecutionis foret, cum debitor eventum litis a creditore contra huius creditorem aut singularem rei possessorem motae expectare debeat, qua cunctatione quibusque ambagibus ei haud leve damnum forsitan cum iactura rei coniunctum inferri posset, nec debitor praestatione interesse contentus rem suam pignoratam in specie restitutam velit, unde in controversiam venit, an debitor relicto creditore suo, qui rem non amplius possidet, actionem pignoratitiam directam adversus tertium rei possessorem instituire queat.

Ardua et gravis controversia est, de qua Doctores et Icti clarissimi passim disceptarunt, quamvis nemo praeter Ioh. Fridem. Schneiderum, quondam Profess. Halensem, in dissert. de incompetencia actio-



nīs pignoratiōis contra tertium habita Halae 1705, hanc materiam, quantum sciam, separata opera exposuerit, nam studia et labores Wernheri (*) et Leyseri (**) huc non referam. Sunt enim, qui hanc actionem debitori denegent, alii qui eam concedant, alii secundum ius civile illam non instituendam esse defendant, bene vero secundum ius Canonicum et praxin vniuersalem. Ab utraque parte argumenta pro tuenda, quam sibi elegerunt, sententia, et de qua convictos se esse contendunt, in medium proferuntur, nec desunt leges, quae huic vel illi sententiae patrocinium praebent aut saltem praebere videantur.

(*) in Observat. 2. Part. 3. Tom. 3.

(**) in meditat. 5. Specim. 155.

§. VII.

In eo omnes conveniunt, actionem pignoratitiam directam ex contractu originem ducere, quod non solum ex praecedentibus indubitate constat, sed et iuri scripto consentaneum est (*). Actiones vero ex contractu sunt personales, nec personas contrahentium egrediuntur (**), sed ossibus eorum, qui se invicem obligarunt, inhaerent, nec rem afficere possunt (***), ideoque in singularem possessorem neque transeunt, neque contra extraneum pignoris possessorem competunt (†), inde recte se habet conclusio, actionem pignoratitiam directam ex contractu pignoratitio, qui solummodo contrahentes, nempe debitorem et creditorem, obligat, prognatam esse personalem, ac proinde illi tantum contra hunc, minime vero contra tertium competere posse, ex quo, prout mihi videtur, quilibet facile intelligere potest, hanc actionem adversus tertium non instituendam esse.

(*) L. 20.

(*) L. 20. C. de distract. pignor. §. fin. I. quibus modis re contrahitur, L. 1. §. 6. ff. de obligat. et action.

(**) L. 25. §. 1. ff. de obligat. et act.

(***) L. 31. §. 1. ff. de contrah. emt. vendit.

(†) L. 2. C. si adversus credit. praeser. oppon. Modest. Pistor. Consil. 13. n. 22.

§. VIII.

Interim tamen dubium exurgere potest, annon actio pignoratitia directa sit in rem scripta, cuius indoles ea est, ut, licet ex iure non reali oriatur, nihilominus adversus quemlibet rei possessorem dirigi possit (§. III.). Antequam vero hoc dubium resolvam, necessarium duco, argumenta eorum, qui actionem pignoratitiam contra tertium admittunt, propius perlustrare. Desumunt ea partim ex iure civili, partim ex iure canonico. Quod ad ius civile attinet, provocat inprimis L. B. de Wernher l. c. ad L. 13. ff. de pignor. actione, quam legem et reliquas, quae pro tuenda hac sententia allegantur, curatius perpendere ac enodare operae pretium erit. Verba huius legis sunt: *Si cum venderet creditor pignus, convenerit inter ipsum et emtorem, ut, si solverit debitor pecuniam pretii emtori, liceret ei recipere rem suam, scripsit Iulianus et est rescriptum, ob hanc conventionem pignoratitius actionibus teneri creditorem, ut debitori mandet ex vendito actionem adversus emtorem, sed et ipse debitor aut vindicare rem poterit, aut in factum actione adversus emtorem agere.*

Creditori in casum morae facultatem rem sibi pignori datam distrahendi competere iure decisum est, cum haec conditio contractui pignoratitio in casum non oblato pretii tacite insit, modo haec distractio servato iuris ordine fiat, de quo infra §. XXI. vberius agam. De

hoc casu autem lex non loquitur, sed de eo, ubi extra casum morae creditor rem sibi oppignoratam vendidit, et emtioni venditioni expresse pactum de restituendo aut retrovendendo annexit. Hoc casu si debitor rem restituere non tantum intendit, sed debitum iam soluit, et proinde extincto nunc credito restitutionem rei vrgere potest, quaeritur, quam actionem instituire possit, cum creditor rem non amplius possideat, nec eam statim restituere queat. Existente hoc casu hac lege cautum est, debitori tres actiones competere. Priorem instituit aduersus creditorem, posteriores duas vero aduersus tertium nempe emtorem. Prior actio est pignoratitia, eius effectus, vt creditor ei mandet ex vendito actionem contra emtorem, licet per se cum actione pignoratitia non conuenire videatur, vt mediante illa creditor ad cedendum iura cogatur. Secundo succurritur debitori rei vindicatione, vi cuius rem suam a quolibet possessore repetit. Hae duae actiones ad probandam sententiam, pignoratitiam actionem aduersus tertium institui posse, plane nihil conferunt, cum prima ex vendito nascatur et cessio creditoris fundamentum agendi sit, altera vero a pignoratitia prorsus aliena dominio nitatur. Delectus harum actionum procul dubio debitoris arbitrio relictus est, qui ob incommoda, quibus hae actiones circumseptae sunt, non haestabit, ad melius pinguiusque remedium confugere. In priori enim actione ad exceptiones, quae cedenti obstant, respondere debet, et in secunda domini probatione, quae magnae difficultatis et, vt aiunt, diabolica est, oneratur. Superest ergo tertium remedium, nempe actio in factum aduersus emtorem instituenda, quae actio sola esse potest, in qua sedes actionis pignoratitiae directae contra tertium inueniatur, inde quaestio mo-

venda

venda est, qualis sit haec actio. Aliam, quam pignoratitiam actionem, commode intelligi haud posse, asserit Weruher l. c. et quia directo aduersus emtorem tanquam tertium, eum quo nullum debitori negotium intercessit, competere nequeat, esse actionem pignoratitiam vtilem, quae saepe in iure actionis in factum nomine veniat, uti appareat ex L. 9. ff. ad Leg. Aquil. L. 11. §. 1. ff. de dolo malo, et L. 47. §. 1. ff. de negot. gest.

§. IX.

Hoc argumento autem me non adduci fateor, ita ut concedam, actionem pignoratitiam sub nomine actionis in factum intelligi. Quamvis enim lubenter largiar, casus in citata L. 9. ad L. Aquil. enumeratos tales esse, qui actionem ex L. Aquil. vtilem producant, cum damna contineant, quae corpori aut non corpore sint data, et Lex Aquilia triplici modo, scilicet actione directa, vtili et in factum damnatum vindicet; Legem 11. §. 1. de dolo malo tamen non de actione vtili explicaverim, cum actio praetoria in factum detur in casibus, ubi actioni de dolo locus non sit, (*) et posterior Lex plane nihil ad rem pertinens contineat. Sed quid inde pro firmanda illa sententia fiat, non video. Neminem enim fugit, consequentiam a casu ad casum admodum fallere, quare lex allegata 9. ad L. Aquil. nulla profecto ratione ad hanc controversiam dirimendam valere, nec aliquid in hac causa probare potest. Silet insuper L. 13. ff. de pign. act. profus de actione pignoratitia contra tertium, quem non hac actione, sed rei vindicatione aut actione in factum experiri vult, quae posterior actio variae significationis est. Nam praeter alios significatus denotat actionem praetoriam, quae eius est effectus, ut ea actione

non



non solum dominia revocentur, verum etiam actiones restaurentur (**). Licet ergo haec actio eundem habeat effectum, quam pignoratitia, et ad restituendam rem tendat, ab illa tamen diuersa nec vna eademque esse potest, quales multae in iure actiones occurrunt, quae ad idem tendunt et nihilominus distinctas suas notiones habent. Exemplo sit actio hypothecaria et condictio ex mutuo, vtraque actio ad extinguendum debitum dirigitur, sed alias admodum diuersa est, cum haec personalis, illa vero realis sit. Ad infringendam sententiam contrariam accedit in hoc casu pactum inter creditorem et tertium initum de restituendo seu de retrovendendo emtioni venditioni adiectum, quo nec res afficitur nec pignus in ea constituitur, cum ne ob conventum quidem pretium res emtori pignori obligetur (***) . Quamuis certa enim sit regula iuris: alteri per alterum non acquiri posse actionem, emtor tamen cum creditore venditore pactus promissis stare obligatus est, et debitoris quoque interest, cum de re sua hoc pactum sit initum. Si ergo debitor creditori venditori solvit, et hic emtori pretium, pro quo rem emit, restituit, emtor secundum legem contractus ad restituendum est obligatus. Fac vero emtorem huic obligationi satisfacere nolle, iniustum tunc foret, rem et pretium retinere, potius aequitas non solum suaderet, sed strictum ius quoque, vt rem restitueret, exigeret, multo magis haec obligatio emtoris foret, si debitor ei pecuniam pretii soluerit, et emtor nihilominus restitutionem renuere vellet. Quare actio in factum a Praetore debitori concessa est praeter actiones in dicta lege praescriptas, vi cuius ad restituendum compelli potest. Ad quod accedit, alicui per alterum vtilem in factum acquiri actionem, quoties super rebus
 illius

illius, cui paciscitur, pactum inierit (†) nisi placeret sententia Goed-
 daei in Consiliis Marpurgens. Consil. 28. num. 336. qui statuit, ad-
 missa solutione tacite emtorem pignoris pactum cum creditore vendi-
 tore factum repetiisse ac renouasse, a quo tempore coeperit negotium
 inter emtorem et debitorem do vt facias h. e. restituas rem tibi vendi-
 tam, ex quo contractu nascatur actio in factum s. praescriptis verbis
 (††). Amplectaris ergo hanc vel illam sententiam, certissimum mi-
 hi est, actionem in factum, de qua citata lex disponit, actionem pi-
 gnoratitiam vtilem non esse.

(*) L. 28. ff. de doio malo.

(**) L. 14. ff. quae in fraud. creditor.

(***) Wesembec. Consil. 39. n. 6.

(†) L. 68. ff. de procur. et defensor. L. 8. C. ad exhibend.

(††) L. 5. §. 2. ff. de praeser. verbis.

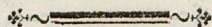
§. X.

Altera lex, ex qua probare cupiunt, actionem pignoratitiam
 contra tertium competere, est L. 40. §. 2. D. de pignor. act. quae
 huius tenoris est: *soluta pecunia creditor possessionem pignoris, quae
 apud eum corporalis fuit, restituere debet, nec quicquam amplius prae-
 stare cogitur; itaque si medio tempore pignus creditor pignori dederit,
 domino solvente pecuniam, quam debuit, secundi pignoris neque perse-
 cutio dabitur neque retentio relinquatur.*

Creditori rem pignoris nexu sibi obligatam pignori dare licere
 ex tot. Tit. C. si pignus pignori detur, constat, sed eo solum effectu,
 vt ius secundi creditoris vterius non duret, quam primi creditoris,
 cum resolutio iure dantis resoluatur ius accipientis (*), hinc laudatus
 Wernerher l. c. hanc legem ita explicat, vt eo casu, quo rem sibi oppi-

C

gnora-



gnoratam creditor rursus tertio pro maiori summa pignori dedit, huic retentio denegetur, si nempe a primo debitore soluto debito actione pulsatus fuerit, ex quo concludere vult, actionem pignoratitiam contra tertium locum habere.

(*) Schaumburg ad Struvii Jurisprud. forens. L. 3. T. 7. Aphor. 3.

§. XI.

Sed consequentia inde fluens mihi non satis patet, nam casus in praedicta lege propositus primo eo tendit, ut debitor creditum solvens ope actionis pignoratitiae directae restitutionem rei oppignoratae exigere possit, id quod scopus huius actionis et obligatio creditoris est. Si vero apud eum corporalis possessio pignoris non amplius est, quia alteri rem pignori dedit, et debitor nihilominus hac actione liberationem a creditore suo petit, hac lege disponitur, creditorem nulla alia obligatione adstringi, quam pignus ut restituar. Hoc ergo casu, quo creditor pignus pignori dedit, et soluto a debitore debito rem restituit, speciali conventionione, quam instituire velit debitor contra creditorem secundum, non opus est, siquidem contractus pignoratitius inter debitorem et creditorem primum solutione ex illa, et restitutione rei ex hac parte facta desit, et solutio omne ius pignoris, quod secundus habuit creditor, tollit, quare nec retentionis, si res postea forsan ad eum pervenerit, nec persequutionis facultas huic tribui potest (*). Fac autem secundum creditorem rem pignori datam suo debitori seu creditori primo restituere nolle, debitori actio pignoratitia contra primum creditorem competit, ita, ut soluto debito restituar rem aut eius restitutionem procuret. Si vero casum legis hunc subsumo, creditorem pro maiori summa rem tertio pignori dedisse, debitor suo creditori
nil

nil amplius soluere tenetur, quam debitam pecuniam, qua soluta rem restituere debet. Restitutio vero fieri nequit, quia primus creditor rem non amplius possidet, et tunc duo casus in hac lege occurrunt. Secundus enim creditor rem pignoratam adhuc possidet, vel non. Priori casu retentio pro maiori summa illi denegatur, et posteriori persecutio pignoris contra debitorem primum. Nam huius nil interest, pro qua summa primus creditor secundo rem pignori dederit. Si ergo creditor secundus rem possidet, debitor contra eum actionem in rem instituere potest, quae uti ex §. IX. patet, rei vindicatio est, qua instituta retentio secundo creditori denegatur, qui aduersus suum debitorem, creditorem primum, personalem actionem habet (**). Debitor enim, qui rem oppignoratam tantummodo in securitatem crediti tradit, dominio huius rei non priuatur, sed dominus manet (***), quare ei omnia remedia ex dominio profluentia salua sunt, et per consequentiam quoque rei vindicatio ei competere debet. Hac instituta ex dispositione L. 40. §. 2. de pign. act. creditori secundo exceptione retentionis, quae alias, donec sibi satisfactum fuerit, creditori conceditur (†), non succurritur, quia debitori nihil negotii obligatorii cum eo est, sed rem suam pignoris nexu solutione facta liberatam repetit, et creditor causam suam ab alio habet, a quo, ut indemnis praestetur, actione pignoratitia contraria exigere potest (§. III.). Sed nec persecutio pignoris creditori secundo datur, quod nihil aliud sibi vult, quam actionem hypothecariam creditori alias non denegandam hoc casu, vbi creditori primo debitum solutum, in secundo creditore cessare. Actio enim hypothecaria datur creditori contra rei oppignorate possessorem, eo consilio, ut res pignori data cum

fructibus et accessionibus, donec de debito plene fuerit satisfactum, tradatur (§. IV.), quae tamen actio eo minus institui potest, quo iniustius foret, debitum licet soluerit, ad tradendam tamen rem suam sine omni causa debitorem compelli, cum resolutio iure dantis resolvatur ius accipientis. In hac memorata lege ergo nullum vestigium actionis pignoratitiae contra tertium exstare, liquido constat, sed solummodo agi de vindicatione pignoris respectu tertii patet (††).

(*) Bachov. de pign. et hypoth. L. 5. Cap. 19. n. 3.

(**) Schilter in Praxi Iur. Romani Exerc. 26. §. 11.

(***) L. 35. §. 1. ff. de pign. act. L. 9. C. cod.

(†) L. 1. pr. ff. de pign. et hypoth.

(††) Möllenbec. in Thes. iur. civilis L. 13. Tit. 7. n. 54.

§. XII.

Tertia lex, quem Leyler Spec. 155. medit. 5. allegat, est L. 2. C. si pignus pignori datum sit, quae sequenti modo se habet: *Si creditor possessionem, quae a parentibus tuis pignoris iuri fuerat obligata, non vendidit, sed alii creditori pignori dedit, examinata fide veri, poteris eam soluto eo, quod ex hac causa creditori debetur, intercessu Praefidis provinciae recuperare.* Hanc legem debitori actionem pignoratitiam contra secundum creditorem, cui primus pignus iterum obligavit, aperte concedere affirmat, rationes huius asserti tamen non addit. Brunnemann in Comment. ad hanc legem sententiae Leyleri adstipulatur, iunctis rationibus, quia debitor solvens primo seu suo creditori pignus a nexu, quo secundo creditori obstrictum est, liberat, ex quo concludit, pignus actione pignoratitia repeti posse a secundo creditore, licet ei nihil, sed primo tantum creditori, solutum sit.

§. XIII.

§. XIII.

Quae lex mihi tamen eius momenti non esse videtur, ut ex ea colligi possit, actionem pignoratitiam contra tertium locum habere. Nam plane nihil aliud hac lege disponitur, quam ut debitor soluto debito rem. creditori oppignoratam, et ab eo alteri pignori datam recuperare possit, cui creditorem primum resistere non posse, per se est clarum, non vero diserte loquitur allegata lex, an debitor restitutionem rei a primo aut secundo creditore exigere possit, et cum prius naturae rei et legibus magis consentaneum sit (§. VII.), quia, si ambigua vox est legis, ea potius accipienda est significatio, quae vitio caret (*); mihi non persuasum habere possum, hanc legem aliquid ceteris legibus contrarium statuere velle. Quid quod? nihil impedit, quo minus haec lex rei vindicationem, quae iuxta praecedentia in legibus debitori contra secundum creditorem conceditur, admittat, id quod vox recuperare confirmat, quae indicat, rem suam in potestatem suam redigere, hinc rei vindicationem involvit. Nec intercessus Praefidis provinciae contrarium quid statuere potest, cum, licet maius in provincia imperium haberet omnibus post principem (**), ei tamen non permissum esset, contra leges scriptas iudicare et genus actionum intervertere, quare ex dispositione huius legis actionem pignoratitiam directam contra tertium minime concedere possum, nec ratio Brunnemanni me, ut id statuam, movere valet. Dubium enim nullum subest, quin una solutione simul pignus ab utroque nexu liberetur, exinde vero nequaquam colligi potest, debitorem actionem personalem contra secundum creditorem, qui obligatus ei nec est, nec cui quidquam solvit, instituire posse.

(*) L. 19. ff. de legibus etc.

(**) L. 4. ff. de officio praefidis.

§. XIV.

Quarta lex, quem Leyfer l. c. pro stabilienda sua sententia allegat, est L. 3. C. si vendito pign. agatur. Quae lex ita se habet: *Si uxor tua Praefidi provinciae probauerit, cum aureos triginta deberet, seruos suos amplioris pretii per gratiam aureis viginta creditorem vendidisse, eumque soluendo non fuisse, iubebit emtores, recepto pretio restituere seruos.* Cum haec lex emtores seruorum oppignoratorum damnet, ut eos recepto pretio debitori restituant, manifestum actionis pignoratitiae, quae contra tertium se exserat, documentum ea contineri putat.

§. XV.

Sed hac in lege sententia illa nullum praesidium inuenit, nam primum in illa genus actionis contra emtores haud exprimitur, quare ex rationibus in §phis praecedentibus adductis non temere actio pignoratitia assumi potest, deinde casus hac lege expressus, qui debitorem in mora soluendi supponit, nullo modo ad hanc actionem referri potest, sed ab ea admodum est diuersus. Emtor enim seruorum oppignoratorum aperte doli et fraudis conscius est, quod verba: per gratiam i. e. per collusionem, dilucide demonstrant, dolus vero et fraus nemini prodesse debet, et iura opitulantur deceptis non decipientibus, hinc colligere fas est, debitori remedium subsidiarium, minime vero actionem pignoratitiam, contra emtores competere. Id quod clarius adhuc patet ex L. 7. C. de distract. pignor. iuncta cum L. 1. C. si vendito pign. agatur. In priori enim lege casus deciditur, si creditor vel
vendidit

venditor pignoris dolose in venditione egerit, tunc actio realis seu rei vindicatio contra possessorem pignoris non datur (*), nam ex fraude et dolo auctoris non contra possessorem pignoris, sed auctorem ipsam est agendum (**), ideoque creditor actione pignoratitia ad interesse est conueniendus, nisi probauerit debitor 1) creditorem per gratiam et dolum rem maioris pretii minori vendidisse pretio, 2) emtorem fuisse fraudis participem, 3) creditorem non esse solvendo ac 4) debitorem ut offerat pecuniam debitam cum usuris; tunc enim emtor tenetur restituere rem oppignoratam cum fructibus perceptis ac percipiendis, aequae ac alius quicumque malae fidei possessor (***), et de hoc casu disponitur in L. 1. C. si vendito pign. agatur. Si enim de bonis creditoris non possit satisfieri, et emtor fraudis particeps, hinc in mala fide sit, ad restituendum adigi potest, et quidem non ope actionis pignoratitiae, sed in subsidium ex interdicto fraudatorio (†). Insuper datur haec actio tanquam remedium subsidiarium, si scilicet creditor seu venditor pignoris non sit solvendo. Actio ergo in lege §pho praecedente allegata ne minimum quidem, nedum manifestum actionis pignoratitiae documentum est.

(*) Bruunem. ad L. 7. C. de distract. pignor.

(**) L. 10. C. de rescind. vendit.

(***) Brunnemann I. c.

(†) Idem ad L. 1. C. si vend. pign. agatur.

L. 96. pr. ff. de solut. et liberat.

§. XVI.

Expositis his vtrinque rationibus extra omnem dubitationis aleam positum mihi videtur, leges allegatas, nec praeter has alias noni, probandum non probare, quare certissimum est, secundum ius civile actio.



actionem pignoratitiam non dari aduersus tertium, id quod etiam permulti, quibus tamen contraria sententia arridet, vltro concedunt, qui eam vero ob causam ad ius Canonicum confugiunt, et ex eo hanc actionem contra tertium admittendam esse contendunt. Pro-
 vocant ad c. 6. X. de pignoribus et aliis cautionibus, quod ita se ha-
 bet: *cum contra G. ciuem Anagnium super quibusdam possessionibus, quas quondam pater tuus pro certa quantitate pecuniae obligauerat, et ipsius creditoris heredes praedicto G. pignoraerant, mouisses in no-
 stra praesentia quaestionem, legitime probauissi, quod ex earum pro-
 uentibus tantum fuerat tam ab eodem G. quam ab aliis, qui eas tenuerant, a tempore quo fuerant obligatae, perceptum, quod fructus sortis poterant adaequari; Nos igitur attendentes, quod in talibus perceptio fructuum in solutione sortis accedat, cum secundum Canonicas sanctiones fructus restitui et in sortem debeant computari, considerantes etiam, quod possessiones ipsae iam extenuassent penitus totum onus et debitum annullassent, ipsas tibi restituendas esse decreuimus, et te per nuucium nostrum in possessionem induci fecimus corporalem.*

Huic legi Wernher ac Leyser omne pondus tribuunt, et in illa actionem pignoratitiam fundatam esse defendunt, indeque colligunt, eam contra tertium possessorem locum habere. Rationes has esse existimant, quod omnia, quae in hac lege traduntur, ad hanc solam actionem commode applicari queant. Idcirco enim pignus repetitum dicitur, quod fructus ex fundo antichretico percepti totum debitum exhausserint, quo ex sententia Wernheri indicatur, pignoratitiam actionem in iudicium deductam fuisse, cum eo nitatur fundamento, quod debitum solutum vel alio modo exstinctum sit (*), et Leyser
 perhi-

perhibet, quod ea, quae de probatione suscepta subiicit pontifex, factis indicent, non aliam, quam hanc, institutam fuisse actionem, cum in hoc capitulo nihil de probatione dominii dicatur, quae necessaria esset, si rei vindicationem mouisset actor. Sed actor in eo legitime probauit, quod ex praedii obligati proventibus tantum fuerit a possessoribus perceptum, ut fructus sorti possint adaequari, quae probatio actioni pignoraticiae conuenit, in qua actori probandum est, se reo satisfecisse vel soluto vere debito vel compensatione fructuum perceptorum (**). Ultima ratio in aequitate ponitur, quae utique suadeat, ut succurratur debitori, qui bona fide debitum soluerit, ne in re sua persequenda difficultate probandi dominii implicetur.

(*) L. 9. §. 2. ff. de pignor. act.

(**) L. 1. C. de pign. act.

§. XVII.

Quamuis vero hoc capitulum iuris Canonici praecipuum argumentum ad probandum, actionem pignoraticiam contra tertium competere, suppeditare debeat, non tantum tamen ponderis mihi habere videtur, ut me de sententia, quam haecenus tuitus sum, deducere valeat. Ius enim Canonicum in terris Protestantium non ex auctoritate conditoris sui viget, sed ex receptione aut retentione superioris in territorio suo (*), quare cum extra causas ecclesiasticas nullibi in imperii constitutionibus ad iuris canonici sanctiones expresse ablegemur, ex hoc iure decisionis suae fundamentum, posthabita dispositione iuris ciuilibus, repetens continuam eius obseruantiam docere debet, cum in concursu iuris ciuilibus et canonici illud omnino praefendum sit (**). Donec ergo obseruantia non probetur, c. 6. X. de pign.

D

perpe-

perperam ad demonstrandam sententiam contrariam allegatur, nec praeterea facile contrarietas iuris canonici et ciuillis, cum sit odiosa, introduci debet (***) .

(*) Ziegler in Prooem. ad Lanceloti Instit. iuris Canon. §. 55.

(**) Stryck in discursu praelim. de vsu et auctoritate iuris Romani in foris Germaniae §. 37.

(***) Goeddaeus in Consil. Marpurg. Vol. 1. Consil. 28. quaest. 14. num. 335.

§. XVIII.

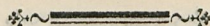
Nulla vero respectu ad dicta in §pho praecedente habito, potissimum est eueniendum, an citata iuris Canonici dispositio praesentis controuersiae decisionem contineat, ac clare perspicueque hanc litem dirimat. Et hoc quidem frustra in ea quaeri existimauerim. Nam in hoc capitulo non tam agitur de restitutione pignoris, utpote de qua obiter tantum quaestio mouetur, quam de fructuum perceptione rei in antichresin datae, eorumque in fortem imputatione, unde restitutio rei antichreticae iuberetur, quia ex fructibus creditori pro sorte erat satisfactum (*), nec quaestio primaria ibi est, an contra possessorem detur, sed an pignus liberum sit perceptis iam ad modum debiti fructibus (**). Nemini enim est ignotum, ius canonicum ex iure diuino male intellecto, ex intempestino zelo et praepiudicata opinione, vsuras damnare (***), antichresin vero creditori concedere ius loco vsurarum fructus rei oppignoratae percipiendi, quare antichresis quoque iure Canonico interdicta est. Omne enim lucrum, qualecunque sit, ex mutuo vel simili contractu capiendum prohibet, quocirca creditor fructus pignoris suos facere nequit, quippe qui non in eius

sed

sed debitoris commodum cedunt (†). Hanc autem prohibitionem c. 6. X. de pign. tanquam lex posterior c. 4. X. de usuris ceu priori derogans quodammodo sustulit, ac fructuum ex re antichretica perceptionem eorumque in sortem imputationem permisit. Statuit ergo tantummodo hoc capitulum, creditorem seu illum, qui ab eo causam habet, si tot ex pignore perceperit fructus, ut satisfactum sit sorti, debitori pignus restituere debere, quae obligatio creditoris seu tertii, qui ab eo causam suam habet, ex parte debitoris ius inuoluat, ut cuius restitutionem pignoris vrgere, et si forte denegetur obligatio, actionem contra tertium instituere possit. Quenam vero actio sit instituenda; allegata lex plane reticet, cum neque genus actionis neque modus agendi exprimat, hinc actio pignoratitia, tanquam actio personalis, temere assumi nequeat. Licet enim ex sententia aduersariorum ea, quae in hoc capitulo traduntur, ad hanc solam actionem commode applicari queant, haec tamen ratio mihi prorsus insufficientis esse videtur, cum in obscuris eam semper sequi oporteat sententiam, quae iuri scripto magis sit consentanea. Conuenit vero iuri scripto, actionem personalem contra tertium non competere, quare de actione pignoratitia contrarium statui nequit. Insuper nec desunt aliae actiones, ad quas hoc capitulo praescripta commode applicari possunt. Exemplo sit rei vindicatio, quae, cum in iure ciuili sit praescripta, ad dicta huius capituli quoque commode transferri potest. Primus enim creditor, possessiones sibi obligatas, alii obligauit, qui ei creditum soluit; secundus hic creditor vero ex praedii prouentibus tot fructus percepit, ut sorti possint adaequari, hinc secundo quoque creditori creditum est solutum, et cum utriusque sit satisfactum, et inde debitoris

D 2

obliga-



obligatio extincta, pignoris ius quoque extinguitur. Hoc casu primus creditor, cum quo debitor contractum pignoratitium inuit, ad restitutionem rei oppignoratae est obligatus, sed rem non amplius possidet, et per consequentiam restitutio ei est impossibilis. Debitor vero eum in ius vocare non vult eum in finem, vt pignus liberet, vel actiones contra illum, qui pignus tenet, ei cedat, sed directo a possessore rem restitutam poscit, cum quo nullum negotium obligatorium intercessit. Quaeritur igitur, annon ex hoc capitulo iuris Canonici rei vindicatio contra secundum creditorem institui queat? id quod vtiq; affirmandum censeo. Quamuis enim fundamentum rei vindicationis dominio nitatur, cuius probatio saepenumero magnae difficultatis est, haec tamen difficultas in casu pignoris non adest. Nam pignus in securitatem crediti traditur, hinc eius dominium in creditorem non transit, sed penes debitorem manet. Probatio ergo domini saltem putatiui hoc casu difficilis non est, cum debitor mediante demonstratione primi creditoris quam facillime docere possit, rem huic pignori esse datam, et secundo creditori rursus oppignoratam, ex quo statim apparet, secundum creditorem rem quidem possidere, est tantummodo naturaliter, i. e. absque animo rem sibi habendi, quare ad restituendum soluto debito est obligatus. Debitum vero iam solutum est, cum debitor probauit, ex prouentibus rei pignorateae tantum a creditore esse perceptum, vt fructus forti aequales possint censerri, quae probatio non absolute et vniuersimodum in actione pignoratitia locum habet, sed, prout casus in capitulo hocce prepositus est, in rei vindicatione incidenter tractatur et commode ad hanc actionem applicari potest. Mihi itaque satis quidem ex his manifestum esse videtur,

nec

nec ex dispositione Iuris Canonici nec huius capituli actionem pignoratitiam directam contra tertium institui posse. (*)

(*) Schneider de incompetencia actionis pignoratitiae contra tertium
Cap. 3. §. 4.

(**) Cocceji Ius controvers. Lib. 13. Tit. 7. quaest. 14.

(***) c. 4. X. de vfuris.

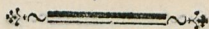
(†) c. 1. 2. §. X. de vfuris. I. H. Boehmeri Instit. iuris canon. Lib. 5.
Tit. 19. §. 3.

§. XIX.

Dubium adhuc restat, annon actio pignoratitia directa sit in rem scripta, cuius indoles ea est, vt, licet ex iure non reali ortum trahat, aduersus quemlibet rei possessorem tamen institui queat (§. VIII.). Multi ad probandam sententiam, actionem pignoratitiam contra tertium competere, hoc defendunt, et ad allegatum c. 6. X. de pignoribus prouocant, in quo decernitur: creditorem vel illum, qui ab eo causam habet, ad restituendum obligatum esse, et debitori tanquam domino rei possidendae potestatem fieri debere, et quidem ex eorum sententia ope actionis pignoratitiae, quae tamen vt actio personalis aduersus tertium dirigi non posset, nisi sit in rem scripta, et inde quoque colligere student, hanc esse actionem in rem scriptam, quia per constitutionem pignoris res afficiatur ac pignus ius quoddam reale sit.

§. XX.

Hoc vero dubium facili negotio refutari potest. Nam primum petitio principii est, quod allegatum c. 6. X. de pignor. de actione pignoratitia loquatur, cuius contrarium ex antea dictis constat. Deinde actio in rem scripta ideo sic appellatur, quod de re solum, de qua agi-



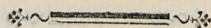
tur, sine designatione vllius personae, ad quam actionis verba dirigantur, scripta sit (*). Id quod vero hic locum non habet, cum actio pignoratitia directo in personam dirigatur, nempe creditorem, cum quo debitor contractum iniit, et actio in rem scripta insuper ex lege detur, quae expresse huic vel illi casui singularem qualitatem tribuit, vt ex iure non reali contra quemlibet rei possessorem institui queat, prout ex actione ad exhibendum et ex actione Pauliana apparet. Nulla vero expressa lex exstat, quae actionem pignoratitiam directam hac qualitate induat. Et denique ex constitutione pignoris, qua res afficiatur, et inde, quia pignus ius reale sit, non sequitur, actionem inde enatam realem aut minimum in rem scriptam esse. Concedo enim pignoris conuentionem rem afficere et pignus ius reale esse, sed solummodo quoad actionem hypothecariam, non vero quoad pignoratitiam personalem (**), nec argumentum ab actione pignoratitia tanquam rei persecutoria ad actionem realem seu in rem scriptam ductum omni vitio caret, cum quidem triti sit iuris, omnem actionem realem esse rei persecutoriam, non tamen vice versa valeat, omnem actionem rei persecutoriam esse realem aut saltem in rem scriptam, caeteroquin omnes actiones personales rei persequendae causa comparatae reales aut in rem scriptae forent, quod claris legibus aduersatur (***). Inde actionem pignoratitiam in rem scriptam non esse liquet.

(*) L. 7. et 42. §. 2. ff. de noxal. action.

(**) §. 7. l. de Actionibus.

(***) §. 17. l. de Action.

§. XXI. Certissimum itaque ex supra declaratis est, actionem pignoratitiam directam contra creditoris creditorem non competere, si nempe primus creditor rem sibi pignori datam alteri oppignorauerit. Si vero creditor rem oppignoratam vendiderit aut tertio dono dederit, quaeritur, an in hoc casu creditor hanc actionem ad rem suam recuperandam instituire queat. Quod ad venditionem pignoris attinet, ius Romanum creditori facultatem distrahendi pignus nullibi denegat, sed potius expresse concedit, modo non pro lubitu nec tumultuarie, sed seruatō iuris ordine eam peragat, cum in alienationibus pignorum leges certum praescribant modum. Quando enim distractio pignoris locum inuenire debet, distinguendum est, an tempus, a quo mora debitoris initium cepit, pacto sit determinatum, nec ne. Priori casu lapsus temporis s. diei solutioni praefixae debitorem in mora constituit, in posteriori vero momentum interpellationis effectum morae coniunctum habet (*). Existente ergo mora, vel ex hoc vel ex illo capite, creditori rem oppignoratam vendere licet (**), ita tamen vt distractio non ex sua voluntate pendeat, sed denunciatio praecedere debeat. Discernendum potius est, an creditor et debitor de distractione pacti sint, nec ne. Si posterius, debitori propositum rem distrahendi semel denunciandum, et postea biennium est expectandum (**). Si vero prius, tunc expresse aut ita conuenit, vt vendatur, aut sic conuenit, ne vendatur pignus. Si conuenit, vt vendatur, creditori nulla praecedente denunciatione distractio pignoris permilla est (†). Si vero conuenit, ne vendatur, videatur forte, ac si haec conuentio distractionem impediāt, cum pacta diligentissime sint seruanda. Quia
vero



vero huiusmodi conventio fini pignoris repugnat, cui tacite conditio rem distrahendi, si creditum non solvatur, inest, et oppignoratio proxima via ad alienationem est; non obstante hac conventionem vendi quidem potest, sed non nisi praecedente trina per congrua intervalla denunciatione (†). Si ergo debitor has denunciations non attendit, nec creditum solverit, pignus, licet contradicat, vendi potest. Distractionem ergo pignoris in casibus demonstratis licitam esse apparet. Si vero omnis debitoris mora deficiat, aut denunciatio omissa sit, ac creditor nihilominus rem vendat, alienatio nulla est, nec in emtorem transfertur dominium, sed debitor oblato pretio rem vindicare potest (††).

(*) L. 28. ff. de Obligat. et action. L. 12. C. de contrah. et committ. stipulat.

(**) L. 8. 11. et 14. ff. L. 6. C. de distract. pign.

(**) L. 4. C. de distract. pign. L. 3. §. 1. C. de iur. dom. impetr.

(†) §. 1. l. quibus alienare licet.

(††) L. 4. ff. de pignor. action.

(†††) L. 2. C. si vend. pign. agatur. L. 65. ff. de rei vindic.

Celeberr. Hellfeld in Jurispr. forens. §. 1099.

non ex iam voluntate pendens sed denunciatio praecedere debet.

§. XXII.

Venditio pignoris et quidem voluntarii, de quo hic sermo est, in casibus sypho praecedente adductis rite et quodammodo solemniter fieri debet, si certe creditor actiones ex neglectu formalium enatas evitare cupiat. Nam non suam sed rem debitoris ex eius consensu alienat, sicque negotium alienum ex domini voluntate peragit. Hinc creditor distrahens debitoris mandatarius habetur. Exinde sequitur, ut creditor sit, rem iusto pretio vendere. Nam per se iam in emtione

emtionem venditionis iustum pretium, quod aequale pretio rei venditae fit, requiritur, hinc bona fide sine vlla collusionem cum emtore iuxta modum conuentum vendere debet (*). Si creditor huic non obtemperat, actioni pignoratitiae locus est, et quidem aut creditor fraudulenter egit, aut emtor. In priori casu haec actio instituitur contra creditorem (§. XV.), et in posteriori emtor ad restituendum tenetur ex interdico fraudatorio, vti itidem ex Spho XV. patet. In emtione venditione pignoris ergo haud existere potest casus, qui actionem pignoratitiam directam admittat contra tertium.

(*) L. 4. 7. 9. 10. C. de distr. pignor. L. 14. ff. de pign. act. L. 3. C. si vend. pign. agatur. Hellfeld 1. c. §. 1100.

§. XXIII.

De donatione pignoris a creditore facta vix differendum videtur. Licet enim donationem rei oppignoratae tanquam rei alienae non plane irritam iudicem, cum oppignoratio euentualem contineat alienationem, quae donationi quoque insit, et iura donationem rerum alienarum ad effectum vsucapiendi admittant; actio pignoratitia tamen contra donatarium inde non esurgit, cum non competat, nisi prius soluto vel realiter oblato debito. Si ergo debitor ad reluendum paratus sit, restitutionem rei a creditore donante ope actionis pignoratitiae exigit, cum quo solummodo negotium obligatorium ei intercessit, nec vlla res illi est cum donatario, nisi debitor rem restitutam aliter consequi non possit. Et tunc rei vindicatio aut actio in factum contra donatarium secundum praecedentia instituenda erit.

E

§. XXIV.

Tandem adhuc aequitas et praxis vniuersalis allegatur ad probandum, actionem pignoratitiam directam contra tertium institui posse. Quod ad aequitatem pertinet, non diffiteor, praecipuam iustitiae ac aequitatis, quam stricti iuris, rationem esse (*), hoc autem de eo casu tantum intelligitur, si factum, de quo lis orta est, vel non expressam, vel admodum dubiam legis decisionem habeat. In hac vero controuersia expressae et clarae leges adsunt (**), hinc aequitas ad eam decidendam nihil confert, sed iuri scripto est obtemperandum, cum alias aequitas cerebrina foret, quae sine lege et temeraria dicitur, nec a iudice, quem sequi decet legem, non cerebrum, attendi debet (***). Quamuis enim actio in factum ob aequitatem a Praetore sit introducta et hinc dubium oriri posset, aequitatem non insuper habendam esse; hic tamen de aequitate in se considerata nulla existit controuersia, sed in quaestionem tantum venit, an ex mera aequitate actio pignoratitia directa contra tertium dari possit, id quod merito negatur et negandum utique est, cum sit actio mere personalis. Actionem praetoriam in factum vero instituendam iura, ut supra demonstrauimus, permittunt. Quod ad praxin vniuersalem huius sententiae attinet, Icti magna admodum auctoritate, inter quos eminent Mevius (†), quem aut legem allegare fere idem esse perhibetur, eam testantur. Cum vero imprimis iuri sit standum, quod praescribit, actionem ex contractu oriundam esse personalem nec dari contra tertium possessorem, nullibi exceptionem huius regulae in actione pignoratitia statuit. Praxis legibus et analogiae iuris contraria quoque non praesumitur, inde dubia euadit, praesertim cum maxima pars

Docto.

Doctorum et Ictorum eam negent (††). Tutius ergo erit, secundum leges iudicare, et in praxi dubia iura scripta sequi.

(*) L. 8. C. de iudiciis.

(**) L. 17. ff. de pignor. act. arg. L. ult. C. si vend. pign. agatur.

(***) Mevius P. I. Decif. 208. nuu. 10.

(†) in Decif. 342. Part. 5.

(††) I. H. Boehmer Consultat. Tom. 2. P. 1. Resp. 286. ibique allegati Doctores. Lynker in Analect. ad Struv. Tit. de pignor. act. Lauterbach in Collegio Pract. Lib. 13. Tit. 7. §. 16. Hahn ad Wesenb. Tit. de pign. act. num. 7. Schilter in Praxi iur. Rom. Exercit. 26. §. 8. feqq. Berger in Suppl. ad Elect. discept. for. P. 1. pag. 99. et P. 2. pag. 202. Hellfeld in Iurispr. forens. §. 875. aliique quos enumerare longius esset.

§. XXV.

Regula ergo firma ac iuri consentanea est, actionem pignoratitiam directam contra tertium non posse institui. Cum vero nulla regula tam firma, quae non admittat exceptionem, casus quoque incidere possunt, qui actionem hanc contra tertium permittant, si alias hi nomen exceptionum a regula mereantur. Talis est, si tertius cum creditore sit vna persona. Haeres enim personam defuncti repraesentat, et eius facta praestare tenetur, hinc per se est clarum, contra haeredem actionem pignoratitiam posse institui. Idem obtinet in cessionario, qui in locum cedentis succedit, et eadem habetur persona, ita vt totum ius cedentis consequatur et inde iure cedentis vtatur. Porro contra tertium haec competit actio, si creditor ex mandato debitoris rem oppignorauerit. Nam mandatarius mandantis negotia gerit, et eius personam repraesentat. Si ergo creditori creditum exigenti debitor soluere et ob inopiam pignus reluere nequeat,



queat, et ei mandet, pignus alteri pignori dare, contra secundum creditorem, cum quo alias nullum inuit negotium obligatorium, actio pignoratitia institui potest. Creditori primo enim haec actio contra secundum tanquam suum creditorem competit, negotium vero, quod inter illos intercessit, ex mandato debitoris est gestum, quare actio mandatario competens, si conuenienter egerit, mandanti competit. Hos casus Celeberr. Hellfeld in Iurispr. torenf. §. 875. breuissime tractationi materiae de pignoratitia actione adiungit. Alii forsitan inueniri possunt, quos alio opportuniori tempore latius discutere ac enodare proposui. Haec enim materia accuratori disquisitione haud indigna mihi videtur, cum ea neglecta facile confusio actionum oriatur, et forum dubium reddatur, si debitor haesitare debeat, vtrum actionem pignoratitiam in foro domicilii contra creditorem, an in foro rei sitae, si res oppignorata sit immobilis, contra tertium pignoris possessorem instituere debeat.

TANTVM.





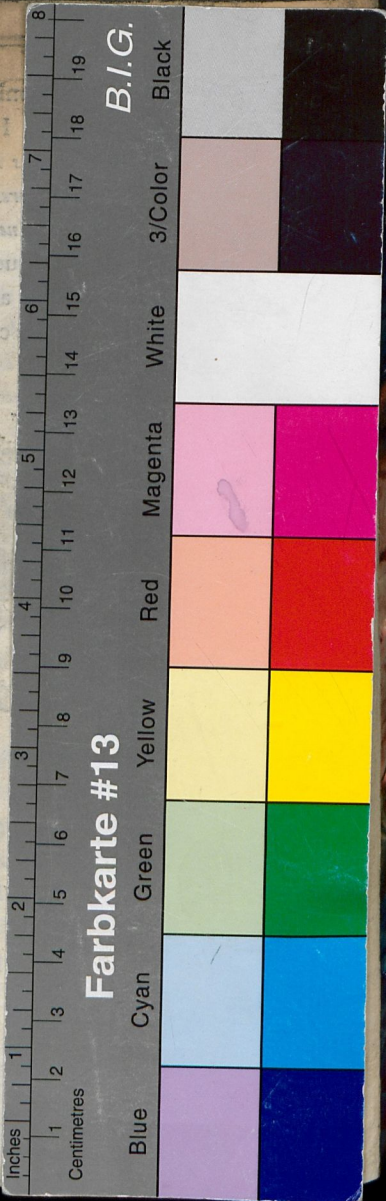


ULB Halle
005 372 003

3







24

DISPUTATIO INAUGURALIS IURIDICA
SISTENS QVAESTIONEM:
AN ACTIO PIGNORATITIA DIRECTA
CONTRA TERTIVM POSSESSOREM
INSTITVI QVEAT?

Pri. 15. num. 0

16

1777, 5

P. 208

QVAM
AVCTORITATE AMPLISSIMI ET ILLUSTRIS ICTORVM
ORDINIS
PRAESIDE
VIRO EXCELLENTISSIMO AC CONSULTISSIMO
DOMINO
CHR. NIC. SCHLICHTKRULL,

I. V. D. ET PROF. PVBL. ORD. IN REG. ACAD. GRYPHICA, REG. CONSIST.
ADSESSORE ET FACVLTATIS IURIDICAE p. t. PRO - DECANO

PRO
OBTINENDIS SVMMIS IN VTROQVE IVRE
HONORIBVS

D. XVI. IVN. MDCCLXXVII.

PVBLCO ERVDITORVM EXAMINI SVBIICIET
DAVID WILHELM WARNEKROS, SVNDENS.
Reg. Acad. Syndicus et S. R. Tribun. Advocatus.

GRYPHISWALDIAE,
LITTERIS A. F. RÖSE, REG. ACAD. TYPOGR.

