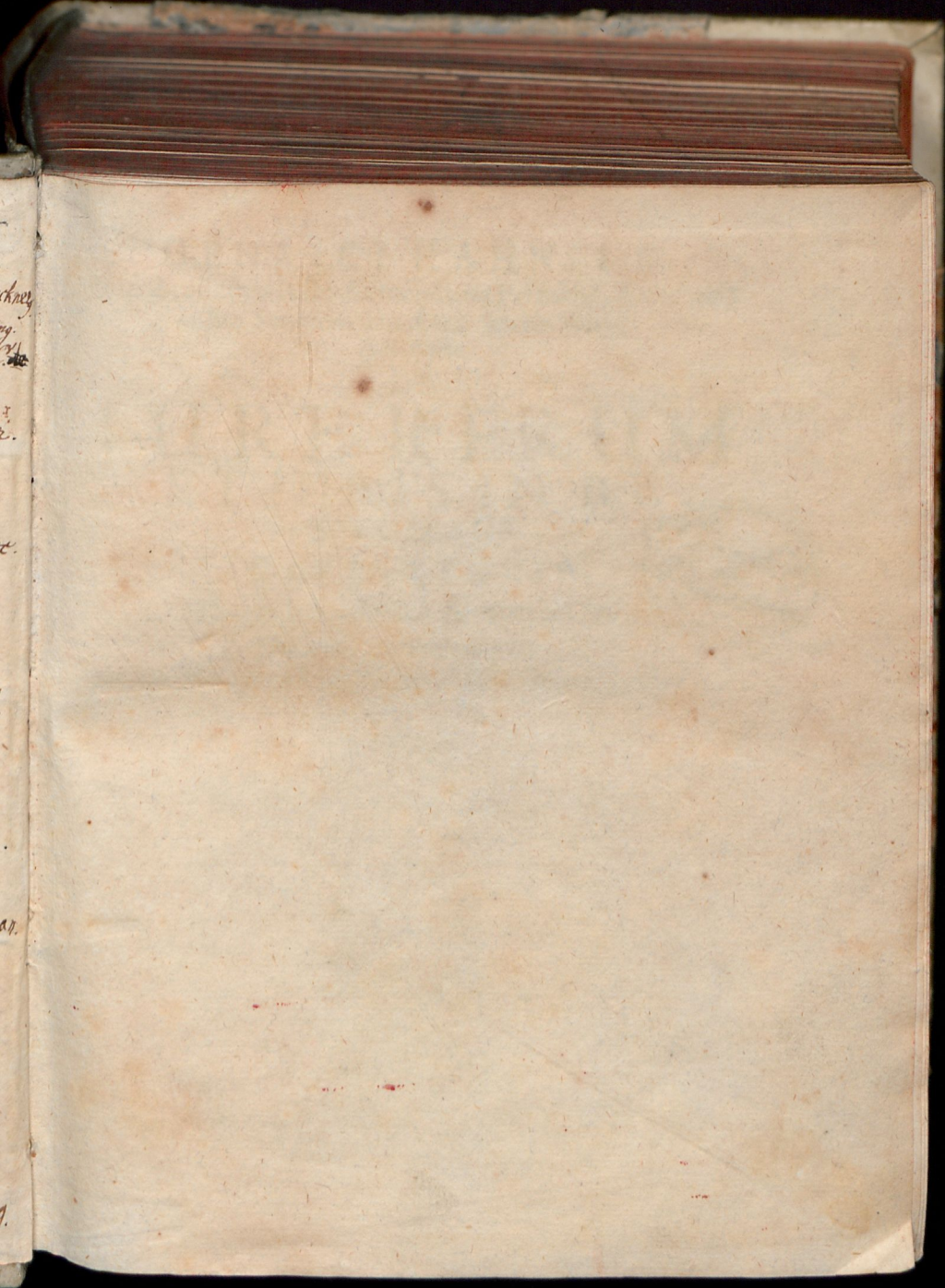


1. De Jure rerum, et Juris in re. specieb. P. Henr. Hahnig. Art.
2. De Jure Apostolorum P. Andr. Goeckshede, R. Moorde.
3. De Libello in actione Hypothec. rite formando P. J. F. Riving. R. H. Heekney.
4. De Redintegratione Circulorū P. R. J. R. M. C. Lyncker; R. D. W. P. Spring.
5. De facito pignore locatoris in rebz Conductoris illatis, occas. s. 5. C. de Locat. P. G. H. Brückner. R. J. M. Stockig.
6. Henr. locceji Collationes Juridicae ad Fr. G. A. Struvium.
7. De natura et interpretatione sponsionū P. F. Ludovici. R. A. L. Hammer.
8. De captatoris Institutionibz P. C. Thomae sig. R. H. Thomae.
9. De Jure circa actus imperfectos P. H. Loccej. R. J. H. W. W. W.
10. De Compensatione Debitorū publ. P. F. C. Harprecht. R. G. A. Haroe.
11. De eo quod justum est durante Justitio P. J. H. Böhmer. R. G. W. W. W.
12. De causis ad Cameram Imperii non appellabili. P. J. S. Struck. R. J. S. Struck.
13. De Investitura abusiva P. S. Struck. R. J. H. W. W. W.
14. De incerta Ambiguo tū decisione. P. S. Struck. R. J. S. Hartfchel.
15. De causa incidente. P. S. Struck. R. J. S. Hartfchel.
16. B. Luderi Menckeni Paradoxiomena Juris admericula per Indicem proposita.
17. De jure precum publicarū. P. J. H. Böhmer. R. Fried. à Sallern.
18. De Divortio propter insidias vitae fructus. P. S. Struck. R. E. P. Memminger.
19. De eo quod justum est circa lucrum publ. P. J. H. Böhmer. R. H. Loebman.
20. De sponsalibz de furto et de praesenti. P. Ideo. J. G. Frofe.
21. De origine ac progressu Processus Inquisitorii contra Sagas. P. C. Thomae sig. R. J. P. Pfen.
22. De Concubinato. C. Thomae sig.
23. De Matrimonio illustri ex ratione status. P. J. C. W. W. W. R. J. M. Auerbach.
24. Absolutio a juramento. R. J. H. Pott. R. J. G. de Werdeck.
25. Resolutio observantiae canonicae. Zach. G. W. W. W.
26. De Bigamiae praescriptione. P. C. Thomae sig. R. G. W. W. W.
27. De privatis Legatorū sacris. R. J. H. Böhmer. R. G. W. W. W.



ckney
19
21

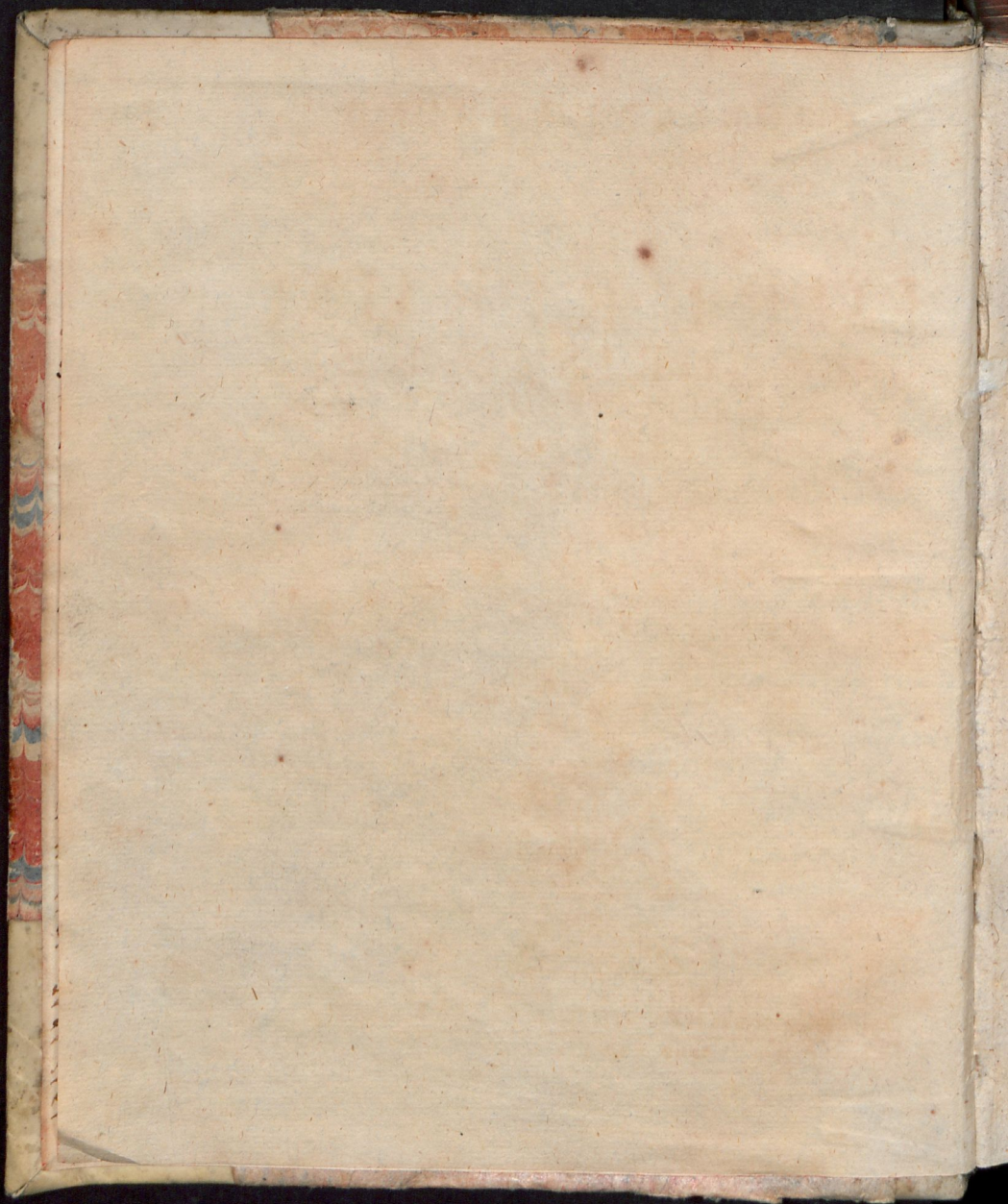
7
2.

t.

17.

1.





3.

DISPUTATIO JURIDICA.

De

LIBELLO

IN

ACTIONE HYPO-
THECARIA RITE
FORMANDO

Quam

Consensu Illustris Jctorum Ordinis
in ACADEMIA LIPSIENSI
defendent

P R A E S E S

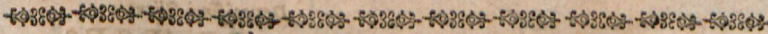
D. JOH. FLORENS RIVINUS

&

R E S P O N D E N S

M. JOH. FRID. HOECKNERUS.

Ad diem 17. Jun. M DCCVI.



L I P S I A E,

Literis ANDREAE ZEIDLERI.

ILLUSTRIBUS atq; EX-
CELLENTISSIMIS

DNO. J A C O B O
BORNIO

ICTO; POTENTISSIMI REGIS POLO-
niarum & Electoris Saxoniae in Sanctiori Senatu, &
summo Provocationum Judicio Consiliario Intimo, Facultatis Juri-
dicae in Academia Lipsiensis Ordinario, Decretalium Professore Publico
Academiae Decemviro, Capituli Martisburgensis Canonico, Curiae
supremae Electoralis Ducalisq; Assessori, Consistorii Directori,
Scabinatus Seniori, atq; Reip. Lipsiens. Consuli.

NEC NON

DNO. BERNARDO
ZECHIO

EJUSDEM POTENTISSIMI POLONIARUM REGIS
& Electoris Saxoniae in Sanctiori Senatu ut & finium
Regundorum, Rerumq; ad Cameram Imperialem
Spectantium Consiliario

DOMINIS SUIS GRATIOSIS

Dissertationem hanc humillime
offerunt

Devotissimi Clientes

PRAESES

&

RESPONDENS.

B. C. D.



Incidit non ita pridem in manus nostras, Disputatio, de Libello Alternativo in Actione Hypothecaria admittendo, Praeside DN. SIMONE HENRICO MUSAEI, INSTITUTIONUM nec non JURIS NATURAE & GENTIUM PROFESSORE PUBLICO Kiloni habita; In cujus perlectione valde mirati sumus intemperantiam calami, quem in illos, qui in Actione Hypothecaria, juxta ejus naturam atque indolem, libellum alternativè concipiendum non esse statuunt, inconsideratè nimis stringit Author, dum horum rationes pro coeco quodam rabulariae instinctu habet, easque primà saltem specie momentosas ac subtiles, reapse vero crassas, judicat. Ceterum cum in Academiis sancta semper ac salva debeat esse dissentendi libertas, nec aegrè ferendus, qui sine praeconceptà opinione, solo veritatis amore, momenta quaestionum, quae in utramque partem allegari solent, modestè perscrutatur; Integrum & nobis erit, controversiae hujus fundamenta, secundum genuinum Juris Civilis aequè ac Canonici intellectum sub examinis incudem revocare, ut postmodum appareat, cui maxime opinioni sit subscribendum: In eo amicè cum Authore *d. Diss. §. 6.* conspirantes, quod solida Theoria & Praxis incorrupta, hic nulla inter se pugna committi debeant. Ratos jubeat Divina Clementia conatus nostros!

Th. I.

Alternativum libellum, ob incertitudinem, & obscuritatem, quam inducit, in judiciis non esse admittendum, constans atque perpetua JCorum ex *L. 7. §. 4. ff. de Injur. est* opinio.

opinio. Verum cum haec ratio adaequata tantummodò sit, quando alternatio factum respicit, quod certum dicere debet ac potest Actor, WOLF. ADAM LAUTERBACH *in colleg. Theor. Pract. Tit. de Edendo ib. 21.* non etiam si petitum libelli alternè informatum; Inde causa rejectionis tunc quaerenda potius erit, in ejus ineptitudine, si non rite petatur juxta naturam Actionis institutae B. CARPZOV. *in Proceff. Tit. 6. art. 1. n. 39.* quamvis vel maximè nullam pariat obscuritatem aut incertitudinem, sed judex certam ferre sententiam possit, non obstante petiti alternatione,

II.

Talis Libellus quoad petitum Alternativus, an locum inveniat in Actione Hypothecaria, sub quà non quasi-Servianam saltem, quae ita specialiter salutatur §. 7. & 31. *J. de Action.* sed etiam Servianam intelligimus; quarum illà locator praedii rustici de rebus coloni, quae pignoris jure pro mercibus fundi ipsi tenentur, hanc vero quilibet Creditor de rebus oppignoratis contra quemcunq; possessorem expeditur, haud leviter inter Doctores disceptatur. Affirmativam tueri satagit Author dictae disputationis; sed negativam legibus ac firmissimis rationibus esse innixam, nec non in foro receptam ex subsequentibus constabit.

III.

NE vero Andabatarum more pugnam incamus, pro ritè formando controversiae statu Tria praemittimus. Primum: Litem non esse de cumulata actione reali cum personali, ubi alternativè, ut Reus vel debitum solvat, vel pignus actori, donec ipsi satisfactum, exhibeat, peti posse, ultrò concedimus. Haec cumulatio commodè fit contra ipsum Debitorem, intuitu cujus cum duplex concurrat obligatio, una quidem personalis, ex praecedente ipsius contractu, altera Realis, quae ex jure pignoris constituto provenit, *L. 24. C. de Pignor. & Hypoth.* non potest non duplex quoq; produci actio, ubi in arbitrio Creditoris erit, an solà personali experiri,

periri, & si eâ electâ suum plenè non fuerit consecutus, realem intentare, DAVID MEV. P. 8. Dec. 189. aut hanc cum illâ, in uno eodemq; libello cumulare velit. Textus est expressus in *Novell. IV. c. 2.* verb. *contra principales tamen & existentes apud eos res sive personalibus, sive hypothecariis, mox sive ambabus uti voluerit, omnem ei damus licentiam*: Quid vero duarum actionum conjunctione opus esset, si ex naturâ folius hypothecariae reus alternative condemnari posset? Videantur de hac cumulatione DYNUS MUXELLANUS in *Reg. Jur. Pontif. 20. n. 16. & 23.* BARTOL. *ad d. Nov. n. 11. & ad L. 16. ff. de Exception. n. 3. & L. 3. C. de Edendo n. 18.* BALDUS in *L. 14. C. de Oblig. & Action.* JOH. PETR. DE FERRARIIS in *Practica Tit. de forma libelli in Actione Hypothecar. fol. 375. & 389.* NICOL. DE SPINELIS *ad §. Item Serviana J. de Action. vers. Quaero ulterius.* JOH. MARIA RIMALDUS *ad d. l. 3. C. de Edend.* LUDOVIC. BOLOGNINUS in *Interpretationibus Juris novis, editis Bononiae An. 1495. ad Tit. ff. de distract. pignor. qui allegat ALEXANDR. DE IMOLA vol. 5. consil. 100.* eumq; sequitur JOH. FRANC. RIPA *ad Rubr. ff. de Pignor. & Hypoth. n. 17.* JOAN. SICHARD *ad L. 24. C. de Pignor. n. 1.* GUIDO PAPA *Decis. Gratianop. quaest. 108. & ad eam P. MATTHAEI & STEPHAN. RANCHINUS.* NICOL. BOERIUS *Decis. 334.* & plures Dd. ab ipso allegati. ANTON. NEGUSANT. *de Pignor. & Hypoth. part. 8. m. 2. n. 6.* JOACH. MYNSINGER *cent. I. Obs. 58.* ANDR. GAILIUS *Lib. 2. obs. 26. n. 4.* JOH. ZANGER *de Exception. part. 2. cap. 19. n. 29.* JOH. OLDENDORP *de Action. Class. 3. act. 10. affin. remed. 3.* JLICO UMMIUS *ad Proccess. Disp. 6. th. 15. n. 71.* CAMILLUS BORELLUS *Decis. tit. 49. n. 83.* WILHELM LUDWELL *ad §. 7. J. de Action. n. 9.* MERCUR. MERLINUS *de Pignor. & Hypoth. lib. 5. tit. 2. quaest. 60. n. 1.* B. CARPZOV. *Lib. 2. resp. 53. n. 35.* LAUTERBACH in *colleg. ad ff. tit. de pign. & hypoth. th. 76.* ANTON. MARIA BERTOLUS *ad Nonium Acoftam de Privileg. Credit. Part. 2. artic. 5.*

n. 12. CHRISTIAN. LANGE *Isag. ad Process. Jur. cap. 34. n. 164.*
 BURCHARD. BARDILI *Concl. Forens. Exercit. 39. tb. 23.*
 JOACH. CHRISTIAN KOCH *in Prax. Forens. Germ. p. 207.*
 Ex quâ cumulatione, non potest non prodire petitum libelli
 alternativum. Et tale admiserunt Dn. Scabini Lipsiensis
 M. Februar. 1690. in causa **Veit Bogels** contra **Catharinem**
Arnoldin ad Praetorium Annabergense : Nec non M. Se-
 ptembr. 1702. in causa **Daniel Adams** / contra **Annen Dia-**
rien Kraufin / an das Ober-Ruffseher-Amt zu Eisleben.
 Ubi in rationibus decidendi: **Obwohl angeführet werden**
indochte / daß das Libell nicht bestehen könne / in Betrach-
tung darinnen alternative entweder auf Bezahlung derer
geklagten Forderungen / oder Abtretung derer dafür ver-
hypothecirten Grundstücken geberthen. D. a. d. Actio
hypothecaria und personalis contra debitorem gar wohl
in einem libello cumuliret werden können. So ist von
uns gesprochener massen billig erkannt. vide DN. RIVIN:
ad Ord. Process. Saxon. Tit. V. Enunc. 35.

IV.

EAdem ratio est in Debitoris Heredibus, siquidem contra
 hos quoq; actionem & personalem & realem, si de-
 tinent res pignoris jure obligatas, competere ex *L. 2. C. si u-*
nus ex plurib. hered. elucefcit. Et personalis quidem, quia
 heres una eademq; persona cum defuncto dicitur *Nov. 48.*
in praef. BLAS. ROBLES SALZEDO *de Repraesent. Lib. I. c. 2.*
n. 3. & lib. 2. c. 2. n. 3. eumq; repraesentat *Decif. Rot. Roman. 41.*
 annexa Acoftae *Tract. de Privil. Credit. n. 16.* Realis verò, quod
 rem possideat, FRANCISC. BALDUINUS *de Pignor. & Hy-*
pothec. cap. 14. Idq; procedit absq; discrimine; sive sit consti-
 tuta exprella, sive tacita hypotheca. JOH. BAPTIST. COC-
 CINUS *Decif. Rot. Roman. 1507. n. 61.* JOACH. SCAYNUS
Decif. Rotae Bononicns. 41. n. 2.

V. Haec

V.

HAEC cumlatio tamen incongrua erit, si unus saltem ex pluribus heredibus in specie conveniatur à creditore in solidum, ut aut solvat debitum, aut tradat praedium, quod in divisione bonorum adeptus erat. Cum enim intuitu actionis personalis nomina sint ipso jure divisa, ita ut quilibet heredum non nisi pro sua, quam in hereditate habet, portione condemnari possit. *L. I. C. si certum petat.* Econtra pignoris causa sit individua, *L. 65. ff. de Eviction. L. 1. & 2. C. si unus ex plurib. hered.* JOH. OTTO TABOR. *Relat. Argent. 65. n. 8.* GEORG FRANZKIUS *Lib. I. Resol. 12. n. 66.* CARL. DE MEAN *ad Jus Civil. Leodiens. observat. 213. n. 4.* DN. JOH. HEINRIC. BERGER. *in Elect. Discrpt. Forensf. Tit. 5. obs. 9.* ita ut creditor unius rei oppignoratae possessorem in solidum convenire possit, licet plura bona oppignorata à diversis possideantur PETR. PHILIP. CORNELIUS *vol. 3. Conf. 237. n. 3.* nec amittat actionem ob integrum debitum continuatam, licet alter correorum ob desertionem probationis fuerit absolutus DN. BERGER. *l. c. p. 169.* nec etiam cogi queat, à pluribus possessoribus per partes suum consequi, MAR. GIURBA, *observ. 94. n. 3.* nec ipsi in hypothecaria, Exceptio plurium litis Consortium cum effectu objici MEV. *part. 7. Decis. 402.* DN. RIVINUS *in Specim. Except. cap. 9. n. 8.* Quin potius pluribus in actione hypothecaria condemnatis, quilibet etiam teneatur in solidum, adeo ut licet unus solvat suam debiti partem, non tamen absolvatur, CARL. RUBEUS DE BLUXETO *in Tract. de Confusione Jur. defunct. & hered. cap. 3. §. 1. n. 276.* ANTON. FABER *in Rational. ad L. 8. §. 2. ff. de pign. act.* nisi consentiente actore. Inde ignorantiam proderet suam advocatus, qui integram debiti solutionem intendens personalem & hypothecariam uno libello conjungere aude- ret. Exceptio est in causa Legati, ubi hypotheca est divisibilis, ex speciali Juris dispositione in *L. 1. C. commun. de Legat.* JACOB MENOCHIUS *conf. 1052. n. 7.* JOH. BRUNNEMAN

cent.

cent. I. Decif. 44. COCCINUS Decif. Rot. Roman. 1452. n. 9.
JOH. à SANDE Decif. Frific. Lib. 3. Tit. 12. def. 23. Beat. BARTH.
LEONHARD. SVENDENDORFFER, (quem superiori anno
vivi ereptum ipsa Themis luget) de Action. successor. artic. 4.
§ 7. pag. 220.

VI.

SEd & alii emergere possunt casus, quibus ne quidem con-
tra Debitorem ejusve heredes personalis cum hypothecaria
cumulari, adeoq; alternè petitum informari poterit. Quid-
si enim possessor hereditatem adire nolit, aut aliter constet,
eundem non esse heredem PAUL CASTRENSIS *conf.* 447.
Quid si pluribus existentibus heredibus solvat ratam debiti,
qui possidet hypothecam? JACOB CUJACIUS *Lib. 5. obs.* 32.
Quid si Creditor non iniquitate causae, sed culpâ suâ, actione
personali institutâ, litem amiserit, fortè, quia non rite
formavit libellum, vel judicium, non ut par erat, observa-
vit. *Idem in Paratitl. Codic. de Luition. pignor.* DIONYS. GO-
THOFRED. *ad L. 2. C. de Luition. pignor. lit. d.* PAUL. BU-
SIUS *ad L. 1. § cum praedium ff. de pignor. & hypothec. n. 6.*
seq. AMAD. ECKOLT *in compend. ff. tractat. tit. quib. mod.*
pign. §. 2. n. 2. Quid si actioni personali jam jam praescrip-
tum. Certum siquidem est, quod quamvis pereat actio
personalis triginta annorum spatio *l. 3. C. de praescript. 30.*
vel 40. annor. maneat tamen hypothecaria *L. 2. C. de Luit.*
pignor. ibiq; GOTHOFR. lit. e. ad quadraginta an-
nos, contra debitorem ejusve heredes *l. 7. §. 1. C. de*
praescript. 30. vel 40. annor. BALDUS *Vol. 3. conf. 4.* NI-
COL. VIGELIUS. *in Method. Jur. Civil. part. 5. tit. 17. cap. 12.*
n. 60. JOAN CROTUS *Repetit. in cap. cum tamen X. de Usur.*
n. 32. NICOL. EVERHARD *conf. 6. n. 29.* JAC. CANCE-
RIUS *var. Resolut. part. 3. cap. 1. n. 205.* PETR. GILCKENIUS
de Usucap. part. I. cap. 4. n. 19. JOH. JACOB. WISSENBACH
ad ff. Disp. 40. lib. 20. n. 35. Quod nullâ ratione à Justiniano
con-

constitutum ait BERTRAND ARGENTRAEUS in *Consuet. Britanniae artic. 273. cap. de hypoth. praescript. n. 20.* Cautus proinde caufarum Patronus, antequam pro consequendo Clientis debito formet libellum, sedulo disquirat, an forte acti-
oni personali obstet tricennalis praescriptionis Exceptio, quod si nondum quadraginta anni praeterlapse, hypothecaria Principali creditum in salvo conservare possit. HUBERTI siquidem GIPHANII opinio ad *l. 2. C. de Luitione pignoris* quam recitat WISSENBACH *l. c.* nempe quod regulariter 30. annis finiatur actio personalis, hoc vero casu hypothecaria quoad durationem sit exaequata, vix ac ne vix quidem, utpote lege destituta, applausum invenit. Multominus HUGONIS DONELLI, qui vim textui infert. in *Comment. ad d. L. 2.* atque particulam NON intrudit, ac putat *l. 7. §. 1. C. de praescript. 30. vel 40. annor.* accipiendam solum esse de eo casu ubi prius personali actum est, aut debitor debitum denuo agnovit. Communem doctrinam, hypothecariam per decem annos ultra personalem durare, secutus est Senatus Appellationum Dresdenensis in causa Haubold Heinrichs von Star-
schedel/ contra August Döringen/ licet enim Actor hypothe-
cae constituta & a reo possessa mentionem injiceret, quoniam tamen petitum saltem ad condemnationem solutionis crediti dirigeret, Reus ad propositam actionem respondere haud tenebatur *Termino sivo 1676.* ubi in Protocollo: Weil hier nur de praescriptione tricennali die Frage/ indem Kläger nicht eigentlich actionem hypothecariam angestellet. Ob er wohl der hypotheck und dero Besitzer gedencet/ so hat er doch nicht insonderheit ihm in die hypotheck zu verhelffen ge-
beten/ sonst ihm mit der Quadragenaria noch wäre zu helffen gewesen. Paria quoque fata expertus *Anno subsequen-
ti Termino Trinitatis D. W. C. M.* contra Lib. Baron de Re-
chenberg: Dasß Weßl. auff die Klage sich einzulassen nicht schuldig; Es könte und wolte denn Kl. die Interruptionem praescripti-

B

scripti-

scriptionis besser als geschehen/beybringen etc. Quæ sententia, quamvis actor per modum leuterationis urgeret, hypothecariam non nisi 40. annis finiri, qui ab An. 1645. usque 1677. nondum præteriti essent *Termino Martini*, eò quod petitum tenderet non ad immissionem in rem oppignoratam, sed ad condemnationem personalem, confirmata fuit.

V II.

Dubitari quidem posset, an hæc jure Saxonico obtineant, cum per *artic. 29. lib. I. LandR.* duæ tantum expressæ repertiantur præscriptionum species; Annalis & Tricennalis eum additamento saxonico, quibus omnia jura & actiones terminantur; Verumenimverò per hanc Juris Saxonici dispositionem, non sunt sublata singulares illæ præscriptiones, Jure civili excogitatae & inventæ. *CARPZ. lib. I. Resp. 35. n. 12. seq. MATH. BERLICH. Concl. 8. part. 2. n. 18. seq.* Inde Dn. Scabini Lipsiensis M. Decembr. 1668. à Joh. Sigemund. Neumanno consulti, sequentem in modum versus Dresdam de Jure responderunt: *Wollet ihr berichtet seyn / ob die Actio Hypothecaria, contra ipsum debitorem vel ejus heredes de Jure Saxonico, und in diesem Lande durch Verfließung 31. Jahr 6. Wochen 3. Tage oder aber nach Verlauff 40. Jahren præscribiret werde. Ob nun wohl nach Sachsen-Recht alle Schulden nach Verlauff 31. Jahr 6. Wochen und 3. Tage præscribiret werden. d. a. d. in Rechten und zwar in L. 7. §. quamobrem 1. C. de præscrip. 30. vel 40. annor. dissals absonderlich verordnet / daß die Actio Hypothecaria contra Debitorem ipsum & heredem ejus, anderer gestalt nicht / als nach Verlauff 40. Jahren verjähren solle / welche Verjähren denn / so wenig als andere Præscriptiones singulares nach bewährter Rechts-Lehrer Meynung in Sächsischen Rechten auffgehoben. So ist auch die Actio Hypothecaria anderer gestalt nicht / als nach Verlauff 40. Jahren / wann die Hypothec nicht an den dritten Besizer gelanget / sondern*
an

annoch bey dem Debitore unndessen Erben zu finden/durch die
Præscription auffgehoben B. N. B.

I I X.

Porro quod Fidejussorem pignus possidentem attinet, cum
& hic simul personaliter creditori sit obligatus, ita ut actio-
ne tam reali quàm personali conveniri possit BARTOL. *ad L.*
24. C. de pignor. n. 4. contra eum quoque hypothecariam per-
sonali actioni adjungere licebit. Ita factum esse coram Senatu
Appellationum Dresdensi *Termino sivo 1702.* in causa des
Churfürstl. Sächsis. Steuer-Procuratoris contra Fr. Mariett
von Klengel refert. DN. RIVINUS *ad Ordinat. Proc. Sax. l. c.*
sicuti e contra Fidejussor actionem personalem mandati con-
trariam, cum hypothecaria cumulare potest ANTON HE-
RING *de Fidejussoribus cap. 25. n. 152.* ubi responsum Acade-
miæ Aldorffinæ *consil. 104.* in princip. recitat.

I X.

Est præterea casus, quando etiam contra Tertium pos-
sessorum, alternativa petitio proponi potest; si scilicet
is, qui fundum hypothecatum à debitore emit, in contra-
ctus Instrumento, personalem venditoris obligationem in
se suscepit; Cum enim per agnitionem debiti, accedat
factum possessoris proprium, quod obligationem producit,
eumque verum debitorem constituit, hinc non solum post-
ea creditor solutionem urgere, sed & in uno libello simul
immissionem in fundum oppignoratum & quidem in Ele-
ctoratu Saxoniam, si omnia libelli capita in continenti per
Documenta liquidò probari queunt, disponente ita §. 8. *Resol.*
Gravam. de Anno 1661. Tit. Von Justitien Sachen/ median-
te processu summario petere poterit, si modo initio actionis
in promptu sint omnia Documenta, ut editionem eorum pe-
tere

tere non opus habeat. Egregiè rem illustrat Responsura
Dn. Scabinorum Lipsiens. M. Jul. 1689. an Fr. Dorotheen von
Zaubenheim Erben zu Kölkka. Hat euer Mutter / Fr. Anna
Dorothea von Zaubenheim in An. 1682. Fr. Sophien Mag-
dalenen von Altmannshofen 1200. Fl. um Landübliche Ver-
zinsung gegen Verpfändung ihres Ritter- Gutts Schirlen
vorgestreckt/ und es hat nach ihrem Absterben ihr Lehns-Folger
Hans Ulrich von Altmannshofen besagtes Gut in An. 1687.
an Ditten von Dießkau verkauffet / welcher obige Schuld-Post
zubezahlen übernommen; Nachdem er nun seithero keine Rich-
tigkeit getroffen / seydt ihr anitz wider ihn klagbah zu wer-
den / die Vollstreckung der Hülffe in das verschriebene Unter-
pfand zu suchen/ und zu dem Ende auff die Haupt- Obligati-
on sub A. zu samt den Churfürstlichen Sächsischen gnädigsten
Consens sub B. dann ernannten von Dießkau Rauff- Brieff
und Specification der angewiesenen Schulden sub C. & D.
auch ein Schreiben/ darinnen er um Stundung angefochet sub
E. euch zu beziehen und deren Recognition zu fordern geson-
nen. D. N. W. Alle facta libelli aus angezogenen Docu-
menten zu erhärten / in welchem Fall auch in Hypothecaria
actione schlechter dinges auff recognition der Documenten
geklaget werden kan / aus denen Urkunden sub C. & D. auch/
daß der von Dießkau personaliter obligiret / zuerkennen / also
das Petikum dergestalt wie in dem beygelegten Libell sub sig.
C. geschehen / wohl eingerichtet werden mögen. D. a. d. euren
Berichte nach / ihr die Urkunden sub C. & D. nicht in Händen
habt / derer Documenten Edition hingegen nur in Processu
Ordinario bey dem Beweis gesucht werden kan / diese beyde auch
zwischen euch und den von Dießkau nicht auffgerichtet / diesem-
nach pro communibus nicht zu achten / und der Vekl sie zu ediren
nicht gehalten; Hiernächst aus dem Document sub E. was
euch der von Dießkau schuldig / und ob er darinnen von der aus
der Obligatio sub A. herrührenden Schuld- Forderung rede
deutlich nicht zu erkennen; In übrigen aus denen Documen-
ten

ten sub A. u. B. die Richtigkeit der Schuld/ und daß solche auff dem Gutsh Schirlen unterpfändlich hafte/genungsam zu ersehen/ in dergleichen Fällen/ und da ein Stück Gutsh zum Unterpfand wegen einer gewissen Schuld=Post specialiter dem Creditori eingesezet/ auch contra Tertium Possessorem, wann er gleich bey Erlangung des Gutshes solche Post nicht übernommen/ actione hypothecaria so fort und ohne vorhergehende Excus- sion wider den Schuldner selbst/ verfahren werden kan. So hat zwar die Klage sub C. wider den von Dießkau dergestalt/ wie sie anbracht/ nicht statt/ im Fall aber unläugbar/ daß er nannter von Dießkau Schirlen besizet/ ist auch actionem hypotheca- riam wider ihn anzustellen/ und nur der beyden Documenten sub A & B. recognition, und daß nach deren Erfolg/ Befl. zu Abtretung des Unterpfandes/ bis ihr wegen des Capitals der 1200. fl. davon auffgelauffener Intresse und Unkosten vergnü- get/ angehalten werden möge/ zu suchen unbenommen B. N. W. Quodsi igitur deficiat instrumentum vendicionis in quo solu- tionis præstationem in se recepit emtor, satius est solam in- stituere hypothecariam. Ita Senatus Appellationum in cau- sa George Heinrichs von Lockewin/ contra George Carln von Carl- wih/ cui summa 3000. fl. in partem pretii imputata erat, instituta summariter actione hypothecaria definitivam ferebat sen- tentiam *Term. Hyemal. 1697.* Daß die producirten Documenta nunmehr pro Recognitis, und Befl. pro confesso & convi- cto zu halten/ derowegen Er. K. L. Principaln das halbe Theil des Ritter-Gutshs Zickendorff samt dessen Pertinentien / solange bis derselbe wegen derer libellirten 3000. fl. Capital nebenst dem In- teresse moræ, und veruhrsachten Unkosten befriediget/ als sein ihm verschriebenes Unterpfand abzutreten schuldig B. N. W.

X.

Alterum quod præmonendi sumus, respicit Tolerantiam Alibelli Alternativi in actione hypothecaria, non quidem in hunc effectum, ut Judex in condemnatione petiti actoris sequi debeat, sed potius, ut in eo refectet atque omittat quod incongruum, inutile ac superfluum. Equidem notissimus est Doctorum rigor, qui libellum ineptum, parte etiam non monente ex officio à iudice reiiciendum, dentibusque lace-

randum esse existimant, apud B. CARPZOVIVM in *Process. Jur. Tit. 6. art. 1. n. 36.* Secundum quem in causâ per octo, & quod excurrit, annos in iudicio agitâ, & ad finem perdu-
ctâ Reum ab actione hypothecaria alternativè formatâ, abso-
lutum fuisse refert, DN. BERGER *ad d. Tit. V. in supplem. pag. 1770.* Non tamen aded repugnandum esse videtur, si quis
hancce sententionandi duritiem temperandam putet, ut si ab
initio litis ineptitudo non animadversa, postea sub finem ejus,
multis ac magnis sumtibus impensis, neglecto ejusmodi vitio
Judex, de meritis causæ ex actis certus, definitivè pro actore
pronunciet, prout in genere de ineptis libellis docent AB-
BAS PANORMITANUS in *cap. Examinata 15. X. de Ju-
dic. n. 20.* JOH. FICHARDUS *Vol. 2. consf. 31. num. 4. seq.*
ARNOLD DE REYGER *ad proc. Judic. Disp. 3. th. 9.*
HELFR. ULRIC. HUNNIUS in *Encycloped. Jur. part. 2.
tit. 9. cap. 2. n. 35.* & Dd ab ipso allegati, UMMIUS de *Disp.
VI. th. 15. n. 71.* cum enim ad officium Judicis pertineat, diri-
mere lites ac præcavere, ne una ex alterâ seratur, *L. II. C. de
Reb. Credit.* Et quæ in rem præsentem faciunt, retinere,
reliqua rejicere CASP. ZIEGLER. in *Dicastic. concl. 4. §. 4.*
ac potius superfluitatem tolerare, ut verba nihil operentur,
quàm inducere iniquitatem AYMON. CRAVET-
TA *Consf. 70. num. 29.* qualis vix evitanda si absolvatur, ob
petitum ex parte ineptum, reus ab actione, prout ea instituta,
& ita actor luat pœna. n ignorantix ab Advocato præditæ; indè
nulli dubitamus quin libellus ejusmodi vitiosus tolerari que-
at. Imprimis si in fine libelli appositæ clausulæ: *Omni melio-
ri modo & forma peto jus & justitiam administrari, desuper
nobilissimum judicis officium imploro. de quarum effectu vi-
de Recesf. Imper. August. de Anno 1551. §. 31.* Ordinat, Proc. Sax.
Tit. 5. §. Nachdem man &c. CELSUS HUGO in *Tractat.
Clausul. sub clausula Libellorum* GEORGE OBRECHT *Disp. 29.
de forma actionis n. 625. seq.* BRUNNEM. *de proc. Civil. cap. 5. n. 3.*
DN. BERGER in *Programmat. annexo Resol. LL. Obstant. p. 91.*

XI.

XI.

Hinc nequaquam necesse habemus, ut in arenam descendamus cum illis, qui libellum alternativum in hypothecariâ sustineri posse putant. Faciunt hoc præprimis Doctores ad cap. 5. X. de Pignor. ubi Pontifex Innocentius III. Episcopo Aquinati committit, ut mulieri, quæ æstimationem dotis instantius sibi petebat, contra mariti fratrem, aut inductionem in possessiones quæ mariti fuerant, eatenus condemnaret ad restitutionem dotis, quatenus de bonis reum possidere constet; Ita **ANTONIUS DE BUTRIO, BONO-**
NIENSIS n. 4. Nota, alternative posse concludi, ut dos restituatur vel in in possessionem inducatur; Et sic ubi unum est in obligatione, & alterum in facultate solvendi PROCEDAT libellus alternativus. Clariora sunt verba **JOANNIS IMMOLENTIS:** *Nota practicam libelli pro restitutione dotis, quando agitur contra tertium possidentem res hypothecatas pro dote, quod alternative POSSIT concludi, ut dos restituatur, vel ut inducatur in possessionem ipsius rei hypothecata possesse per istum tertium contra quem agitur. Ex his habes, quod si unum est in obligatione, & aliud in facultate solvendi PROCEDAT libellus alternativus & TOLERATUR dicta incertitudo in libello & exsurgit alternativa ex eo, quod pendeat à potestate conventi. Nec alienus ab hac sententia est ABBAS PANORMITANUS,* quem diversis cognominibus modo **NICOLAUM SICULUM,** modo **NICOLAUM DE THUDISCHIS** allegant, dum num. 4. scribit: *Nota practicam formandi libellum pro dote ex parte Mulieris, cum agit pro sua dote contra possidentem bona mariti sibi pro dote tacite obligata. Nam POTEST formare libellum alternativum, videlicet petendo illa bona sibi tradi tanquam obligata, vel quod possessor debeat sibi satisfacere pro dote; ET CREDO, quod sufficiat, petere primum tantum, ex quo agit hypothecariâ actione, sed secundum non est in obligatione, sed in facultate possessoris, quia quilibet tertius possessor conventus, ab eo qui habet hypothecariam potest illum*

illum excludere offerendo debitum suum. Unde ad exuberantem cautelam voluit iste, in libello deducere illam partem alternativam que est in facultate. Ex hoc & ex textu infero, quod quando unum est in obligatione & alterum in Facultate solvendi non vitia- tur li bellus, si ambo deducantur alternativè in libello. Similiter ex Recentioribus AUGUSTINUS BARBOSA, LISITANUS in collectan. ad h. c. n. 5. Libellus alternativus admittitur, ubi unum est in obligatione & aliud in solutione. Et HENR. ANTON GRANNA - NIETO in Catena Jur. ad h. cap. n. 5. Licet regulariter libellus alternativus non admittatur, tamen ubi unum est in obligatione & aliud in facultate solvendi SUSTINETUR. Huc referimus quoq; ADRIAN. GYLMANNUM, qui quamvis Symphorem Tom. II. part. 3. tit. 2. voto. 3. n. 8. non neget in actione hypothecariâ valere libellum alternativum, tamen mox subiungit: In formâ sententiæ condemnationem debere fieri ad traditionem rei pignoratæ, non ad debiti solutionem. Et Voto 2. n. 16. Ad rectè in libello petit sibi possessionem rei pignoratæ tradi; Donec sibi solvatur. Condemnatio debet fieri ad traditionem possessionis rei pignoratæ, non ad debiti solutionem, quamvis in hypothecariâ procedat etiam libellus alternativus. Eandem sententiam fovent ANTON. PEREZ in C. Tit. de Edendo n. 5. ANTON PINELLUS ad L. 2. C. de Rescind. vendit. p. 3. c. 3. n. 5. & 8. NICOL. MOZZIUS de Contract. tit. quib. caus. annull. em. n. 27. BERNH. GRAEVEUS ad Pract. Camer. Imperial. Lib. I. Concl. 63. n. 11.

XII.

Tertio in antecessum probè notandum alternativam petitionem esse tantum formaliter talem, scilicet explicite disjunctivam, & in restitutionem pignoris aut debiti solutionem verbis expressis directam, nec eam pro virtuali ac implicitâ habendam, si actor petat: Donec debitum fuerit solutum pignus restitui. Licet enim particula *Donec* vel maxi-

maxime involvat conditionem resolutivam seu ut loquitur cum BARTOLO *ad L. 1. ff. de Condit. & demonstrat. n. 15.* CARDINAL. TUSCH. *lit. D. concl. 271. n. 6.* extinctivam, ab hac tamen ad alternativam petitionem aut condemnationem nequaquam firma ducitur consequentia; ut taceam dictam particulam, non semper importare conditionem sed potius terminum temporis TUSCHUS *d. Concl. 271. n. 1.* BARBOSA *de diction. usu frequentior. 93.* JOH. à FELDE *in Tract. de scientia Interpret. part. 1. lib. 2. p. 207. verb. durationem indefinitam.* CHRISTOPH PHILIP RICHTER *de Signif. Adverbior. lit. D. n. 29.* CHRISTOPH. BESOLDUS *in Thesaur. Pract. lit. B. n. 60.* JOH. STRAUCH. *in Lexic. Partic. Jur. Voc. Donec. n. 2.*

XIII.

DE hoc communi concludendi modo in actione hypothecaria ad traditionem bonorū pignoris nexu obligatorum, ut retineantur donec fuerit satisfactum. Notanter scribit BARTOLUS *ad L. 2. C. si unus ex plurib.* Illud quod possessor debitorum solvendo possit retinere rem, non est ex natura hypothecaris, que nudam possessionem avocatur, sed ex quadam potestate possessori concessa; ideo consultius est, quod concludatur isto modo: *Peto eum mihi condemnari ad tradendam possessionem dictæ rei retinendam in causam pignoris pro prædicta quantitate, Donec mihi integrè satisfiat.* Et *ad. L. 41. ff. de pignor. act. n. 12.* Consuetudo communis est, quod concludatur sic: *Peto possessorem cogi ad tradendam possessionem dictæ rei, detinendam in causam pignoris, pro quantitate prædicta, donec mihi fuerit satisfactum, qui libellus optime procedit.* Item HERMANNUS BARENSIS *de formandis libellis in Tract. Tractat. Tom. III. p. 11. libell. 17.* *Peto ut dictum fundum pertinere ad actorem jure hypothecæ per sententiam declaretis, & ad restituendum fundum condemnatis & condemnatum ad restituendum juris remediis compellatis*
C
Sub

Subjungens sententiam: *Condemnamus reum ad restituendum fundum, actori tamdiu tenendum, donec de predictis 10. libr. sibi fuerit plenarie satisfactum.* Et hanc libelli formam tradunt non pauci Doctorum *ad §. 7. J. de Action.* JOH. DE PLATEA, ANGELUS DE ARETIO, JASON MAYNUS *num. 125.* OBRECHT *Disp. 29. de form. Action. num. 488. seq.* JOH. SCHNEIDEWEIN *num. 90.* OLDENDORP *d. class. 3. art. 10. quod veniat in banc act.* quam & nos æque ac eam *mox §. 16.* tradendam, naturæ actionis hypothecariæ optime convenire asserimus. Approbaverunt quoque eandem Domini Consilarii Electorales Saxonici, quibus Anno 1679. Dresdam evocatis Revisio Ordinationis Processus Judiciarii in Electoratu Saxonie clementissimè demandata fuit, Tit. V. in verbis: *Hiernechst werden die Advocaten insgesamt erinnert/bey Abfassung des Klage-Libells zu förderst das genus actionis mit behörigen Fleiß zu untersuchen / auff den Sedem materiae in denen beschriebenen Rechten das Absehen zu richten / daraus die ad instruendam causam nöthigen Subsidia auffzusuchen / und das Klage-Libell, mit Hindansetzung aller undienlichen Umstände und Clausuln, förmlich / kürzlich / bündig und schlüsslich / also und dergestalt // damit fürnehmlich das medium concludendi nebenst dem petito geschickt vorgestellt werden möge / einzurichten.* *J. E. in actione hypothecaria contra Tertium possessorem, nach Erzählung des facti, nach Art und Eigenschaft verührter Klage / das petitem nicht wie zeithero zum öfftern angemercket worden alternativè, auff die Bezahlung der Schuld oder Abtretung der hypothec, sondern auff diese Maaße / das Befl. biß Kl. der libellirten Forderung halber vollständig befriediget / das verpfändete Guth ihm abzutreten / und einzuräumen schuldig / zu formiren.*

XVI.

Hisce præmissis liquet, quæstionē tantummodo esse de libello in actione hypothecaria secundum propriam ipsius natu-

naturam conficiendo, an rectè actor in conclusione verbis expressis condemnationem, ut reus vel solvat debitum, vel pignus exhibeat, à iudice petat. Quoniam autem summa omnium actionum divisio, juxta § 1. *J. de Action.* & *L. 25. pr. ff. de O. & A.* in duo genera deducitur, ut sint aut in rem, aut in personam, Et illæ quidem rem saltem sequantur, ac præstationum personalium penitus sint ignaræ, atque ita comparatæ, ut quandoque cum eo agendum, qui nullo prorsus personali vinculo nobis obstrictus; Hæ vero quas personales dicimus, ex facto quodam obligatorio, sive id sit licitum, sive illicitum descendant, nec dentur mixtæ, EVERARD BRONCHORST *Enantioph. cent. 4. assert. 31.* LUDWEL *Exercit. Justin. 18. th. 1. lit. g.* B. SVENDENDOERFF. *de Action. forens. Expos. general. cap. 2. §. 28.* ut nempe Jus in re & obligatio, eadem vi, eodemque effectu in unam speciem actionum influere possit DN. BERGER *in Resol. LL. Oblant Tit. fam. hercisc. qu. st. 1.* Cuilibet vero actori, qui jura sua in iudicium deducere intendit, incumbat necessitas, ut non solum in genus actionis, qua experiri cupit, sed & ejus genuinam indolem inquirat, ac quamvis nomen exprimere haud teneatur, *cap. 6. X. de Judic.* ALEX. DE IMMOLA *ad l. 1. ff. de Edendo n. 33.* HEINR. HAHN. *ad W. scnb. h. t. n. 7.* SVENDEND. *ad proc. Fibig. lit. m. p. 275.* DN. SAM. STRYCK *de Action. investig. Sect. 1. membr. 1. §. 1. & in Usu Modern. ff. Tit. de Edendo th. 1.* conveniens tamen formet libelli petitum, nec ei quicquam, quod aut superfluum, aut planè damnosum sit, admisceat: Hinc circumspecta consideratione opus habet Creditor, non modo in electione actionis, an solam hypothecariam an personalem instituere, an ambas uno libello conjungere ipsi expediat, sed etiam in formatione libelli, ut electa hypothecaria, eam saltem pro consequenda re oppignorata concipiat

XV.

ITalibellum in actione hypothecaria proponendum esse, jam olim docuerunt, ROFFREDUS BENEVENTANUS

C 2

NUS

NUS, qui floruit Anno 1215. in *Tractat. libellor. part. 1. de Actione Quasi Serviana: Vobis conqueror, reum detinere rem mihi obligatam à Titio debitore meo pro 10. libr. quas ipsi mutuavi: Inde peto rem illam mihi restitui. Ita recte concipitur libellus, ita probatur.* **GUIDO** super *Instit. Tit. de Action.* qui libellus casibus legum **VIVIANI & FRANCISC. ACCURSII** in fine subjunctus. *Dico contra N. quod ipse detineat equum, quem mihi obligavit pro 10. libris, proponendo contra ipsum hypothecariam. Peto dictum equum mihi tradi, vel ipsum ad restitutionem equi condemnari.* **ODOFREDUS** de libellis formandis *Cap. 6. & 7.* peto rem illam ratione *Possessionis* mihi restitui. **GVILIELM DURANDUS** in *speculo juris* quod *An. 1271.* edidit. inde **SPECULATOR** vocitatus *Lib. 4. part. 3. de locato n. 25.* libellum *Servianæ* ita proponit: *Peto rem qua mihi pro pensione fundi à Colono obligata, à reo possidente ratione debite pensionis restitui; Quasi Servianæ verò, sive reus sit debitor, sive alius: Peto rem pignori obligatam mihi restitui.* **BALDUS** super *Instit. Tit. de Action. §. Item Servianæ* Creditorem contra extraneum sic formare libellum jubet: *Dico contra talem, quod cum debitor meus in causam mutui mihi obligaverit ex hypotheca pro predicto debito, domum positam in illo loco, quam dictus conventus tenet vel possidet, & quam dictus debitor meus tempore dictæ obligationis tenebat & possidebat cum titulo & bona fide; Quare peto possessorem dictæ domus mihi hypothecata vestra sententia condemnari, ad assignandam vel tradendam mihi possessionem dictæ domus.* **NICOLAUS DE SPINELIS** *Neapolitanus ad. d. §. 7. de Action. §. quaro nono.* Formabis libellum sic in hypothecariâ: *Quia Titius obligavit mihi talem rem, quam possidebat titulo & bonâ fide tempore obligationis, quam tamen Sejus possidet: Ideo contra Te ago, ut mihi rem restituas. Et certe, si quis contra possessorem hypothecæ, qui simul personaliter obligatus non est, accuratum edere libellum velit, non alia, quam quæ §. 13. & 15. exhibita fuit, uti poterit forma.*

uti lepra leprosum concomitatur, in alium transfertur JOSEPH. PETR. ACTOLINUS *Resolut. Forensf. 119. n. 2.* sed personalis actio de subjecto in subjectum non transit, NEGUSANT. *d. tract. p. 2. membr. 3. n. 32.* neque fundum sequitur *L. 81. §. 1. ff. de contrab. emtione: L. 1. §. 16. ff. ad Scf. Trebellian.* ANTON QVETTA *conf. 62. n. 3.* EVERHARD *conf. 147. n. 1.* nec ultra personas obligatas se extendit JOSEPH. ALTOGRAD *controv. 49. n. 29.* Hinc contra ejusmodi tertium Possessorem petitum, alias ex coadunata actione personali cum hypothecaria resultans locum habere nequit.

XVII.

ET hæc sententia non solum in Theoria obtinet, ut putat GOSWINAB ESBACH. *ad Carpz. P. I. Const. 2. def. 9.* Sed tam altas in foro, præsertim Saxonico Electorali, radices egit, ut DN. BERGERUS *in supplement. Elect. Discept. Forensf. ad Tit. 5. pag. 1778.* omnes, qui concipiendis libellis operentur, moneat ac hortetur, ut seposita illorum doctrina, qui contra tertium possessorem in actione hypothecaria alternative peti posse existimant. stylo forensi se accomodent, eumque diligentius attendant, ne animadverso tandem vitio, libellum tanquam ineptum rejici, atque adeo ea quæ retro acta sunt, irrita fieri sero nimis sentiant. Ita Summum Appellationum Judicium, quod Dresdæ viget, in causa Joh. George Starckens und Conf. contra Hr. Hans Friedrichen Frey Herrn von Burckersroda Erben cum actor concluderet in libello: *Dasß Weßl. von denen Kauff: Geldern des Lotterischen Hauses die Köhlerische Verlassenschaft zu befriedigen schuldig/wiedrigen Falls würde Kl. immittiret zc. rejiciebat libellum tanquam ineptum Term. astivo 1695.* inserta Protocollo decidendi ratione: *Weil tertius Possessor personaliter nicht obligat, so kan er auch zur Bezahlung nicht condemniret werden/und gehet in hypothecaria disfalls das petitum alternativum nicht an.* Idem etiam placuerat *Term. astiv. An. 1679.* in causa Eleonoren Horen
nint

nint contra Valentin Schäßern und Cons. Daß Beßl. auch auff diese Klage/ inmassen sie anbracht / sich einzulassen nicht schuld ig. B. N. W. Rationes hujus sententiæ, in Protocollo adnotata, merentur, ut integrè apponantur. Die Conclusion ist inept, indem Actio Hypothecaria angestellet/ und in conclusionē wie in actione personali gebeten/daß Beßl. als Besizer des Guthes Crack an die auff solchem Guthē jure hypothecæ verschriebene rückständige 1987. fl. Capital Kl. zu bezahlen schuldig/ wiederigen Falls würde ihr dazu billig verholffen etc. Da hingegen Kl. auff das Pfand bloß gehen und bitten sollen/ daß das hypothecirte Guth ihm eigeräumet / und so lange/ biß er wegen seiner Anforderung bezahlet/ darinnengelassen werden möchte/ Kläger will es zwar salviren und sagt es wäre gnung daß er in libello der Hypothec und seines ihm daher zustehenden Rechts erwehnet / aber es ist nicht gnung / und wird die Conclusio inepta dadurcht nich sustinirt.

XIIX.

Adem quoque sententia placet Dn. Scabinis Lipsiensibus qui An. 1671. Mens. Febr. ad consultationem Johann Melchior Dedekinds nach Dschatz inter alia ita responderunt &c. bevorab wenn nicht idem nexus obligationis oder eadem actio wie allhier sich ereignet/ indem euwen eigenen Anführen nach/ der von Pflug wider den vorigen Besizer des Guthes Mersdorff Christ. von Holzendorff nicht bloß hypothecariè sondern zugleich personaliter geklaget/ welche actio wider den von Star Schedel als tertium possessorem so Pflügen neque ex contractu noch quasi Contractu obligiret ist/ gar nicht statt hat etc. Similiter iidem M. Maj. 1700. an die Gräffl. Mannsfeldische Råthe zu Eisleben in causa Gottfried Ernstes Menzels und Conf. contra Johann Georgen und Conf. ubi in decidendi rationibus. Hiernechst und wenn contra tertium Possessorem hypothecariè geklaget werden soll/ das Peticum nach Urth und Eigenschaft derselben / auff Abtretung des verpfändeten Grundstückes/ so

so lange biß Kläger daraus befriediget/ eingerichtet werden muß/
 keines weges aber Bekl. da er personaliter nicht obligirt / auff
 Bezahlungen der Forderung / wie doch hier von Kl. geschehen/
 belanget werden mag/ diesemnach die ineptitudo libelli vor Au-
 gen ic. Et M. Septembr. 1703. an Andreen. Hansen/ Anspannern zu
 Galbitz. Ob wohl einige Doctores in denen Gedancken stehen /
 daß die Actio hypothecaria auch contra Tertium Posses-
 sorem alternative eingerichtet werden könne. D. a. d. Frie-
 drich Kivsten und dessen Erben/ Christinen Gerahlin nie-
 maln personaliter verbunden gewesen / sondern sie bloß als
 Besizere desjenigen Stückes / darein sie durch die gerichtlich
 vollstreckte. Hülfße ein dinglich Recht überkommen / von ihr
 belanget werden mögen / also nicht zu sehen / wie das pe-
 titum libelli auff ein mehrers / als so weit sie ex possessione
 obligirt/ nemlichen auff Abtretung des Grund-Stückes einzur-
 richten sey/ ic. So ist die Klage wider die ieszige Besizerin nicht
 alternative, sondern bloß auff Abtretung derer verhofftenen
 Stücke / bis Kläger daraus befriediget / einzurichten. V.
 N. W.

XIX.

JAm videamus argumenta, quæ à Dissidentibus pro ad-
 struendo libello alternativo afferri solent, & quidem ju-
 xta seriem in Disputatione Kiloniensi observatam. Ordit-
 ur autem illius Author telam *ib. 7.* ab eo, quod petitio
 debiti à natura hypothecæ & actionis hypothecariæ ablu-
 dere nequeat, quoniam hæ præter nexum realem pigno-
 ris ipsum debitum, ejusque solutionem essentialiter con-
 notent. Sive enim definiatur hypotheca cum **HAHNIO**
in Diss. de Pignor. & hypoth. ib. 4. quod sit jus in bonis debi-
 toris creditori pro securitate debiti constitutum, sive et-
 iam cum **BICCIO** *in Colleg. Jur. Argentor. enucl. tit. de Pignor.*
n. 5. quod sit res, quæ pro debito in crediti securitatem obliga-
 tur, donec quod debetur sit exsolutum; semper debitum ingre-
 di definitionem, ut ne quidem hypotheca vel hypotheca-
 ria

ria actio sine illo concipi queat, sed obligationem personalem hypotheca semper præsupponat, licet propria conventionione constituatur. Cum proindè actor rem sub hoc formali, qua pignoris nexu devincta prosequatur, hinc etiam sub eodem formali petere possit. Huic argumento, ne minima quidem inest vis & efficacia demonstrandi, id quod est in quaestione, scilicet in actione hypothecaria alternativè esse petendum. Nam propositio major. *Quicquid in actione essentialiter connotatur, id est, definitionem ita ingreditur, ut actio sine eo concipi nequeat, illud in conclusione libelli alternative peti potest.* Omni probatione destituitur, nec omne, quod in definitione deprehenditur, intrat Libelli petendum. Quidli enim quis subsumat, v.g. de actione de servo corrupto utili, quam interpretes arg. *L. 14. §. 1. ff. de servo corrupt.* ibiq. BRUNNEMAN n.3. GEORG. ADAM STRUVIUS in *Syn- tagm. Jur. Civil. Ex. XV. lib. 50.* concedunt marito contra corruptentes animum atque mores uxoris, quod hæc actio non possit concipi sine corruptione uxoris. Ergo hæc ingreditur debeat petendum, Reumque alternative condemnandum, ut aut uxorem incorruptam, aut damnum officio Judicis æstimandum præstare debeat, quod est absurdum, posterius enim tantum venit ex natura hujus actionis, LAUTERBACH. in *Colleg. Theor. Pract. h. t. §. 9. & 10.* Si vero per Verba: *Petitionem debiti non abluere ab hypothecaria*, hoc saltem intendit Author Disputationis, non esse absonum si in petito mentio debiti atque solutionis injiciatur, id ipsi quidem ambabus largimur manibus, sed tunc hoc argumentum non ferit thesin. Quis enim unquam asseruit in Conclusionem hypothecariae omittendum esse debitum, pro quo accessit pignus? quin potius contrarium evincunt non modo formulæ: *Donec actori solutum debitum vel aliter satisfactum.* Daß Beklagter das libellirte Interpfand Klägern / so lange / biß er der rückständigen 1000. fl. Capital Zinsen und Unkosten halber gänglich vergnügt / abzurteilen / schuldig / sed etiam aliæ possessionem

propter quantitatem prædictam esse tradendam : Daß Weßl. wegen derer libellirten 1000. fl. Capital Zinsen und Unkosten das zum Unterpfande hauffende Haus einzuräumen schuldig. Ita B. SVENDENDORFF. *de Action. Successor. p. 217. ex L. 12. ff. de alim. legat. hypothecariam ita concludit: Daß Weßl. Ihm das libellirte Unterpfand zu seinen jährlichen Unterhalt einzuräumen, auch alle Schäden und Unkosten zu erstatten schuldig.*

XX.

ALterum opinionis suæ præsidium collocat Author *Disput. 2b. §. in L. 13. §. 4. ff. de pignor. & ex verbis: suas conditiones habet hypothecaria actio, id est, si soluta est pecunia, aut satisfactum est, quibus cessantibus tenet, constare ar- tumat, restitutionem pignoris Creditori exigenti non absolute, sed ex hypothesi & conditionatè deberi; & sic nul- lam apparere rationem, cur non possit actioni hypothe- carie conditio ista annexi, petique ut possessor, quippe nec absolute obligatus, debito demum non soluto, seu donec fuerit solutum ad restitutionem pignoris condemne- tur, aut quod reapse eodem recidit, vel debitum solvere, vel hypothecam restituere cogatur, cum limitatæ causæ sit proprium, limitatum producere effectum. Ceterum loquitur lex allegata saltem de duratione actionis, ejus- que remotione, non de ejus natura & intentione, ANT. FABER *in Rational. ad L. 4. §. 3. ff. de in diem addict. §. ad L. 13 §. 1. ff. ad Sc. Vellejan.* B. SVENDENDORFF. *ad Eckolt. Tit. de Edendo §. 4.* Est enim natura hujus actio- nis, ut rem tantum persequatur, tandiu tamen duret, donec debitum sit solutum, aut aliter creditori satisfac- tum, VINCENT. DE FRANCHIS *Decif. 119. n. 23.* Solu- tio autem non est in obligatione, sed libero possidentis arbitrio relicta, qui si velit, retenta rei possessione, se ab obligatione reali, exsolutione debiti liberare potest, sed ad eam invitus compelli nequit, ANTON CAPYCIUS *Decif. Neapolit. 41. n. 3. seq.* Firmum proinde remanet, hypothe-*

pothecariam esse actionem realem redimibilem, quæ caufative evincit rem, nempe si non solvatur debitum. CYRIACUS *contr. Forens.* 489. n. 31. Certum etiam est, quod Possessor, solutione debiti facta, se liberare possit, sed causa hujus rei non est quærenda in possessoris obligatione, sed quod soluto debito principali non possit non tolli atque extinguui pignoris persecutio, tanquam accessoria obligatio. HAHN & MALCOMES. *ad Wesenb. Tit. de Edend. n. 4.* ac liberato pignore inefficax reddatur hujus actionis causa, BACHOV. *de pignor. lib. 3. cap. 12. n. 8.* ipsaque actio inutilis relinquitur. MESA *Var. Resol. lib. 1. c. 49. n. 16.* ut proinde à se invicem probè discernenda, quæ sunt in obligatione ab iis, quæ tantum in solutione. Neque ob hanc possessori competentem electionem actio limitata dicenda, cum Reus præcise & absolute maneat obligatus ad restitutionem pignoris, quamdiu debitum sive ab ipso, sive ab alio non est exsolutum. Hoc autem præstito, quod pignus retinere possit, id non ex actionis indole, sed ex accidenti contingit, BACHOV. *ad Treutler. d. Disput. 4. th. XI. B. nec valet consequentia à Facultate rei se liberandi, ad Jus actoris eam liberationem petendi.* Ita Exceptio cessionis bonorum competit quidem illis, qui fortunæ vitio, absque dolo, nequitia, profusione, culpaque latiori, bona perdiderunt *Resol. Gravam. de Anno 1661. von Justizien. Sachen* §. 78. DN. RIVINUS *in specim. Except. Dilat.* c. 40. n. 1. ad evitandas carceris molestias, pœnasque decoctorum. Quis vero creditorem adstringet, ut contra ejusmodi Debitorem agendo, alternative petitum dirigere debeat, ut vel solvat, vel bonis cedat?

XXI.

Tertio dicit Autor Disputationis, Hypothecæ restitutionem ab Actore non primario, nec per se, sed secundario & propter aliud peti, nempe in subsidium debiti principalis, cui accessorius pignoris nexus ceu fundamento innititur, & ut ex pignore distracto debitum consequatur, non ut ab

eodem perpetuo retineatur. Sed quid inde? Fatemur hypothecam propter debitum peti; *Res enim hypotheca dari possunt, pro quacumq; obligatione, sive mutua pecunia datur, sive dos sive emtio vel venditio contrahatur, vel etiam locatio & conductio vel mandatum, & sive pura est obligatio, vel in diem & sub conditione, & sive in presenti contracta, sive etiam precedat, sed & futurae obligationis nomine dari possunt, sed & non solvenda omnis pecunia causa, verum etiam de parte ejus, & vel pro civili obligatione, vel honoraria, vel tantum naturali, verba sunt MARCIANI in L. 5. pr. ff. de Pignor.* Concedimus etiam hypothecas esse accessiones L. 43. ff. de solut. & principali causa non subsistente, plerumq; ne ea quidem qua sequuntur locum habere L. 178. ff. de R. 7. Largimur praterea felicem forte actorem futurum, si brevi manu potius a possessore hypotheca, quam per longiores ambages debitum suum assequatur. Negamus autem debiti consecutionem esse finem actionis hypothecariae, canonemq; vulgatum, propter quod aliud intenditur illud magis intenditur, hujus esse in presenti materia, efficaciam, ut firmissime inferri possit petitioni alternativa seu rei obligatae, seu debiti, locum esse ex natura hypothecariae. Nam non eadem, sed diversa hic ratio est causae principalis & accessorii, quam limitationem in verbo PLERUMQUE suggerit *all. L. 178.* ad quam vide PHILIP. DECIUM n. 3. Quamvis enim personalis obligatio huic juri reali occasionem praebuerit, quin constitui non poterit, sine principali obligatione JO. DOMINICUS GAITUS *de Credito. cap. 4. quest. 7. n. 584. & quest. 10. n. 1155.* cum accessionis locum obtineat, JOH. WAMESIUS, *Consil. Jur. Canon. 499. n. 4.* subsistit tamen post nativitatem suam ex proprio suo fundamento, quod quidem fortius est, quam erat prius, cum jus in re creditorem reddat tutiorem, quam si personam saltem habeat obligatam §. 4. *J. quib. mod. re contrab. obligat. L. 25. ff. de R. 7.* in tantum ut extincta quoq; actione personali, remaneat salva hypothecaria. Prater exempla supra *ib. 6.* adducta,

ducta, idipsum patefcit etiam in Creditore debitori suo per fideicommissum succedente, ubi quidem confusione extincta personalis actio, hypothecaria verò salva remansit, *L. 59. ff. ad SCt. Trebell.* qua de re fusè ROLANDUS à VALLE de *Inventario, vers. an actio hypothecar. in vol. 8. Tractatum part. 2. fol. 195.* JOSEPH de SESE in *Decis. Arragon. Vol. 1. Decis. 46. n. 12.* FRANCISC. MILANENSIS *Lib. 1. Decis. 13. n. 9.* TUSCHUS *Lit. H. concl. 52.* JOH. PETR. SURDUS *Consil. 7. n. 20.* GRATIANUS *Discept. 204. n. 23.* VINCENT. de FRANCHIS *Decis. 80. n. 12. & Decis. 518. n. 2.* MENOCH. *consil. 89. n. 153.* JOAN CEPHALUS *Lib. 3. consil. 393.* JOH. BAPTISTA ASIINIUS de *Execut. §. 7. cap. 74.* ANTONIUS de AMATO *Forens. Jur. Resol. 56. n. 10.* Cum ergò diversissimæ sint naturæ petitio debiti & actio hypothecaria, ita ut hæc ex jure in re, illa ex jure ad rem oriatur, quod posterius deficit in possessore pignoris personaliter non obligato, hinc vitiosa est illatio ab avocatione possessionis ob debitum, quæ primarius finis est actionis hypothecariæ *L. 66. pr. ff. de Evict.* ad debiti petitionem quod consequitur saltem Creditor per indirectum, vel ex optione Reo concessa, vel etiam ex fructibus pignoris hujusq; distractione, sapius enim ea obliquè & in consequentiam licent quæ directò obtineri haud poterant, TABOR in *Theaur. Axiomat. Barbof. cap. 60. verb. indirecte.*

XXII.

Ejusdem farinae est quarta ratio, quantitatem debitam in ipso pignore latere & eminenter contineri, nec ab eo esse diversam, sed arctissimè connexam ac morali æstimatione eandem arg. *L. 88. ff. de V. S.* alternativè igitur Actorem eam à Reo petere posse. Nam in *d. l. 88.* dicitur quidem illum qui prædia habet centum aureorum, intelligi habere centum aureos, utpote quos exinde reficere liceret, sed exindè non conficitur in actione hypothecariâ pignus aut quantitatem debitam alterne posse exigi à Possessore.

Quintò, actionis hypothecariæ indoli maxime alternati-
 vam petitionem congruere deducere conatur ex eo, quod
 simpliciter rem, subinde valore suo quantitatem debiti exce-
 dentem, petens, plus iusto petere, & in fraudem *L. fn. C. de
 pact. pignor.* quæ legi commissoria in pignoribus & hypothe-
 cis locum relinqui vetat, agere, ac usurariæ pravitati immine-
 re videtur. Verum enim vero quilibet, cui Lex Commissoria
 in pignoribus nota est, haud ignorat ejus memoriam ab Im-
 peratore Constantino abolitam esse, ne Creditores iniqui pro
 modico quandoq; are, si ad diem solutum non esset, bona
 pretiosiora sibi haberent, id est ea perpetuo jure apud Credi-
 tores remanerent, & sub hac Commissoria lege ne quidem
 comprehendi conditionalem pignoris venditionem, ut si intra
 tempus certum non sit soluta pecunia, jure emtoris possideat
 rem iusto pretio tunc æstimandam creditor *L. 16. §. f. ff. de
 Pignor.* Cum proinde Creditoris hypothecariæ agentis inten-
 tio non sit, ut perpetuo jure rem oppignoratam pro suo debito
 retineat, sed saltem ut ipsi possessio tamdiu concedatur, do-
 nec ex fructibus aut etiam ex distractione publicaq; venditio-
 ne rei oppignoratae, debitum suum una cum usuris & expen-
 sis plenariè fuerit consecutus; Inde nequidem dici potest, plus
 iusto petere creditorem, qui rei oppignoratae licet pretiosio-
 ris possessionem simpliciter petit, aut viam aperiri Legi com-
 missoriæ, vel etiam imminere periculum usurariæ pravitatis.
 Licet enim vel maxime valor hypothecæ duplum debitæ
 quantitatis excedat, creditor tamen non integram pignoris
 æstimationem accipit, sed tantum, quantum ipsi debetur. Imo
 interdum si pretium in alienatione non ascendat summam
 sortis, usurarum ac fructuum, à possessore personaliter non ob-
 ligato residuum petere nequit, quod posset si quantitas de-
 bita ita arctè cum pignore connexa esset, ut obstructus ad u-
 num, morali æstimatione obligatus ad alterum quoq; sit cen-
 sendus.

Sextum argumentum depromptum à Jure offerendi, juxta *L. 12. §. 1. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solvit.* cuilibet possessori competente. Auctori Disputationis praeiit GALLIUS *Lib. 1. obs. 62. n. 8. & 9. Libellus hoc modo alternativè conceptus: peto illum condemnari ad traditionem rei obligatæ, vel ad solvendum debitum valet: potest enim in Actione hypothecaria possessor rem retinere & litis estimationem creditori offerre.* Sed quænam quæso est consequentia à *posse ad debere*. Potest quidem reus oblatione solutionis extinguere ac removeere actionem hypothecariam, de quo jure offerendi, si forma rei oppignoratæ mutata ac pretiosior facta, an deductis meliorationibus fiat vide AZO in *summa ad Tit. C. de Pignor. n. 14.* HEINRIC. CARDINALIS HOSTIENSIS in *summa Lib. 3. Tit. de Pignor. n. 8.* DIDAC. COVARRUVIAS *Tom. II. Var. Resol. Lib. 1. cap. 8.* ALEX. TRENTACINQV. *Var. Resol. Lib. 30. Res. 30. n. 9.* MESA *Var. Res. Lib. 1. c. 49.* BERTOLUS ad Acoſtam *de privil. credit. part. 3. art. 1. n. 105. seq.* sed condemnari nequit ex natura hypothecariæ, ut etiam debeat solvere; Nec omne, per quod actio intenta removetur, ingredi debet Libelli petiturum, aliàs sequeretur, inserendam quoque esse oblationem, quæ fieri potest à quolibet pro reo etiam invito ac ignorante *pr. f. quib. mod. tollit obligat. L. 53. ff. de solut.* *Dasß Wehl. oder ein ander das libellirte Capital nebenst Interessen und Unkosten zu bezahlen/oder jener das zum Unterpand verschriebene Haus- & Lägergut abzutreten schuldig.* Et quid opus est hac expressione in petito libelli, cum hanc facultatem offerendi debitum habeat reus, etiam simpliciter condemnatus ad rem restituendam, quod mente perpetuò tenendum tradit BARTOLUS ad *L. 58. ff. de solut. n. 6.* ALBERT GALLEOTTI in *Margaritâ aurea cap. 39. n. 56.*

Putat præterea septimo Auctor Disputationis cessare in creditore simpliciter vindicandi pignoris causam & rationem: Si

Si enim is debitum ab hujus possessore consequeretur, nulla pro isto amplius indigeret securitate, nec ipsius magis interesset rei obligatæ possessionem nancisci, quam accipere creditum; cum illius detentio hoc soluto extinctoq; jure, nihil amplius operetur. Nolumus hic urgere, quod interdum omnino interfit creditoris contra Debitorem ipsi aliis nominibus chirographariis devinctum, si instituta sola hypothecaria sine personali fundum hypothecatum obtineat, ob jus retentionis ex *L.un. C. etiam ob Chirogr. pign. ven. poss.* sed in præsentî sufficiat, quod cuilibet ad oculum pateat infirmissima, ne dicam inepta hæcillatio, ubi norma ac forma libellandi merienda, non secundum actionis instituendæ naturam, sed secundum interesse actoris. Quasi vero non eveniret sæpius, ut actor haud petere queat id, quod ipsius magis interfit. Exempli loco sistimus venditorem rei suæ recuperandæ cupidum, si in actione ex *L.2. C. de R.V.* ob enormissimam læsionem contractus dissolutionem tanquam sibi magis proficuum tantummodò perat. vide *DN. RIVIN. ad Ord. Proc. Sax. Enunc. 31. Tit. V.* Cum enim hic utrumq; sit electivè in obligatione emtoris, an id quod deest justo pretio supplere, an fundum, recepto suo pretio restituere velit, inde Venditor plus peteret, si ad unum saltem alternativorum pro suo interesse dirigeret libelli petitum, nec judicis sententia purè concepta citra nullitatem subsisteret, vid. *FRANCISC. de ZABARELLIS, ANDREAS BARBARIAS, ANTON de BUTRIO, JOH. IMMOLENSIS, PANORMITANUS & JOH. ANDREAS NOVELTA ad cap. cum dilect. 3. x. de Emt. & vendit.*

XXVI.

Similiter etiam possessoris actione hypothecariâ conventionem obligationem ex dispositione Juris esse alternativam, clarissimè evinci posse putat Author Disputationis, quod Octavum ejus est argumentum, ex *L. 16. §. 3. ff. de pignor. L. 2. C. si unus ex plur. hered. & cap. 5. x. de pignorib.* sed forte fallitur. Nam ex *d. l. 16.* ubi Aelius Marcianus dicit, *in vindicatione pignoris absolvendum*

dum esse possessorem. si aut pecuniam solvat, aut rem restituat, si vero
necurum horum faciat, condemnandum, nihil aliud inferri po-
test, quam quod possessor hypotheca, si solvat debitum, aut ce-
datre pignorata, evitet condemnationem; Hanc autem debe-
re fieri eodem modo ut possessor, vel pecuniam solvat, vel rem
restituat, nullibi asseritur, quin potius condemnatione in
tantum, quantum debetur, non debere fieri, si hypothecarie ag-
atur, inuunt verba hujus §.ultima: *si tanti condemnatus esset,*
quantum deberetur, quid produceret in rem a Etio, cum & in perso-
nam agendo idem consequeretur. Et certe dolendum est, periisse
injuria temporum Marciani librum singularem ad hypothe-
cariam formulam, nec ullam Pandectarum legem exinde de-
cerptam, (quas omnes huc atq; illuc dispersas summo studio
collegit JACOB LABITUS in *Indice suo, p. m. 501.*) perspicue
tradere, quomodo fuerint concipiendi libelli in actionibus
hypothecariis, ita enim factum ut ipsius verba quilibet Docto-
rum pro suo modulo interpretaretur. Sic BARNABAS BRISO-
NIUS de *formul. & solenn. prop. Rom. verb. Lib. 5. pag. 441. edit.*
Francof. ex allegata L. 16 reum in actione hypothecaria si pos-
sideret aut pecuniam solvere, aut rem restituere olim damna-
tum scribit. E contra DIONYSIUS GOTHOFREDUS ad *dict. l.*
lit. g. exinde colligit, condemnationem fieri debere, ut posses-
sor rem restituat, eaq; pignoris jure à Creditore retineatur. Ut
proinde mirari liceat, quod Autor Disputationis rectissime à
Gothofredo annotata pro sua allegare sententia voluerit.

XXVII.

Nec luculentius petitionem in actione hypothecaria qua
tali alternative esse concipiendam confirmat *d. L. 2 C.*
si unus ex plurib. hered. Nam primo notanter dicitur in textu:
pignoris vindicationem non personam obligare sed rem se-
qui. Erubescat ergo Author Disputationis dum *ib. 14.* contra
expressa hujus legis verba fingit, possessoris actione hypothe-
caria conventi obligationem ex dispositione Juris esse alterna-
tivam. Si enim persona non est obligata intuitu hypothecariae,
quæ pignus vindicat, qua ratione dici potest possessorem con-

E

ventum

ventum debere debitam pecuniam solvere; nisi forte quis obligationem & facultatem aliquid faciendi vel omittendi pro Synonymis habere velit, cum tamen non confundenda ea, quæ ab alterius arbitrio dependent, cum illis quæ sunt in ipsius obligatione, ac id demum intelligitur DEBERI quod ab invito exigere potest, L. 108. ff. de V. S. BRISSON de solut. & liberat. lib. 1. p. 246. edit. Lugdun. nec id sit in obligatione, quod in libero debitoris arbitrio consistit BALDIUS Vol. 5. consil. 194. Deinde nemo sibi persuaderi patietur, Imperatores voluisse definire petitum actionis hypothecariæ, sed potius casum de pluribus debitoris heredibus, qui diversi possidentes res multas pignoris jure obligatas, quod inter hos instituta personali actione, scindatur debitum pro ea quam in hereditate habent parte, sed in hypothecaria nisi conventus per redditionem totius debiti rem pignoratam, quam detinet, liberare velit, ea cedere debeat: *Dass Vell wegen der ganzen Schuld derer von seinem Vater bey Klägern erborgeten 1000 fl. diesen das libellirte Haus abzutreten schuldig.* Quæ ergo hic specialiter de heredibus, qui eodem quo defunctus Debitor modo tenentur, dicta, ad alias personas neutiquam extendenda. Nec obstat actionem hypothecariam sibi perpetuò constare, nec conditione personæ contra quam competit, facillè mutari posse, Nam respondetur: Manet utiq; natura hujus actionis una eademq; sive agatur contra Debitorem ejusve heredes, vel etiam tertium Possessorem, ad nudam possessionem avocandam. Ratio autem quare hic conveniantur heredes, ut vel debitum reddant, vel re opignorata cedant, non à qualitate personæ dependet, sed à concurrente personali obligatione, de qua supra th. 4. seq.

XXIIX.

Restat ut videamus textum juris Canonici productum ex cap. 5. X. de Pignor. Licet enim in terris Protestantium nostra parum intersit, quid à Pontificibus in hoc passu constitutum cum non aliunde suum habeat valorem, quam ex voluntate Principis in suo territorio tolerantis. ZIEGLER. de Orig. & increm. Jur. Canonic. §. 68. Attamen cum Authores

res

rēs Decretalium in jure Civili fuerint versatissimi, & in dubio inter hæc duo jura, Civile & Canonicum nulla statuenda sit differentia arg. *Nov. 83. cap. I. & cap. X. de Nov. oper. nunc.* CONRAD RITTERSHÜSIUS in *pr. de diff. Jur. Civil. & Can.* THEOD. REINKING *de Regim. Secul. & Eccles. Lib. 2. cl. 2. cap. 7. n. 14.* Hinc haud abs re erit, paucis etiam inquirere, an secundum Jus Canonicum libello alternativo in hypothecaria sit locus? Hic diffidendum non est, communiter Doctores affirmativam tenere, Ita ANDREAS BARBATIUS *ad d. cap. n. 5.* Nota practicam formandi libellum ex parte mulieris, quando agit pro sua dote contra possidentem bona mariti tacite obligata, quod possit formari Libellus, videlicet petento illa bona sibi tradi tanquam obligata, vel quod possessor debeat sibi satisfacere pro dote, & sic libellus alternativè conceptus isto casu procedit. Videantur & alii Commentatores quorum verba supra *th. XI.* recitata. Sed si paulo penitius inspiciantur, haud obscure loquuntur de tolerantia saltem libelli alternativivi in actione hypothecaria, quod possit sustineri qua de re nulla nobis est controversia. Approbamus enim omnino distinctionem Doctorum, ubi statuunt PROCEDERE POSSE libellum alternativum, quando unum est tantum in obligatione, & aliud in facultate solvendi conf. ANTON. BURGOS HISPANUM in *Repetit. cap. cum dilect. X. de Emt. & vendit. u. 65.* MARIAN. SOCINUM *ad cap. 2. X. de Libelli oblat. n. 74.* ut in actione nostrâ hypothecaria vid. *supr. th. XI.* Econtra si utrumque est in obligatione, libellum DEBERE ESSE alternativum ut in actione *L. 2. C. de R. V. BUTRIO ad cap. 9. X. de Elect. n. 4.* Priori casu non obstat pluris petitio, si sine alternatione actor pure petat id, quod est in obligatione, & omitat ea, quæ sunt in potestate solvendi. Posteriori autem, plus petit causa si alternativam negligat SCHNEIDEWEIN *ad Inst. T. de Actione §. si quis agens verb. plus autem n. 8.* Ubi proponit regulam universalem in libellis concipiendis observandam ex ANGELO & JASONE, quod incidat in pœnam plus petentium, qui non concludit alternativè, si alternativa adest obligatio *vid. supr.*

th. 25. Nec aliud voluisse Pontificem *d. cap. 5.* ex eo apparet, quod admiserit quidem libellum alternativum mulieris, sed non mandaverit alternativam condemnationem, quin potius saltem ad restitutionem dotis eatenus, quatenus Reus de bonis debitoris noscatur possidere, quod jam olim observavit. BARBATIUS *ad h. cap. n. 5. verb. Papa hic non sententionavit alternative, & tamen libellus fuit alternative conceptus.*

XXIX.

Subnectit denique Nonam rationem Autor Disputationis *in th. 15.* quod Sententia condemnatoria contra reum actione hypothecaria conventum, nisi nullitatis vitio laborare velit, alternativè sit concipienda; Triplicemque formulam proponit, Unam ex SUENDENDORFFERO. Daß Weßl. seines Vorwendens ungeachtet das libellirte Unterpand Klägern so lange/biß er der rückständigen 1000. Fl. Capital und auffgelaußenen Zinsen gänglich vergnüget und bezahlet/ abzutreten schuldig. Alteram: Daß Weßl. die libellirte Hypothec einzuräumen und abzutreten schuldig. Es wolte denn selbiger die darauff haffende Schuld innerhalb einer Sächsis. Frist bezahlen. Et Tertiam: Daß Weßl. die libellirte Hypothec abzutreten/ oder die darauff haffende Schuld zu bezahlen schuldig und gehalten. Ceterum hic Currus ut in Proverbio est, bovem trahit ac præpostere ex modo pronunciandi quæ natura actionis sit ejusque formula concluditur. Tralatitium enim est, potestatem Judicis non posse ultra id, quod in Judicium deductum est, excedere *L. 18. ff. commun. divid.* sed ipsum debere axacte observare causas petendi & sequi actionem, quam actor instituit, atque ita secundum acta & probata ferre sententiam libello, quantum ad causas petitas, conformem, JASON. *ad §. curare 32. J. de Action. n. 32.* ZIEGLER *in dicast. Conclus. 44. §. 10.* Quamvis ergo feratur Sententia alternativa contra possessorem hypothecæ, eam tamen latam esse ex natura hypothecariæ actionis firmiter inferre haud licet, & falsum est sententiam, nisi alternativam, in hypothecaria ipso jure esse nullam, quin potius nulla est, si præter intentionem

nem

nem actoris solam hypothecariam instituentis, alternative proferatur. Praeterea quod primam SVENDENDORFFERI formulam attinet, adducit illam tanquam alternativam ac aequipollentem ei, quae disjunctive condemnat Reum, vel ad solvendum debitum, vel ad tradendam possessionem, Sed hoc B. SUENDENDORFFERO nunquam ne quidem per Somnium in mentem venit, utpote qui strenue negat libellum alternativum in hypothecaria locum habere, vide *ad Process. Fibig. lit. K. pag. 273.* & prolixè supra *th. 12. seq. ostensum*, hanc formulam pro implicite alternativa non esse habendam. Nec secunda videtur referri posse inter alternativas, utpote quae reum condemnat purè ad traditionem possessionis, ejusque arbitrio saltem relinquit, an quantitatem debitam solvere velit, quæ verba semper virtualiter insunt sententiæ simpliciter restitutionem rei oppignoratae reo injungenti, vide *supra th. 24. in fine.* Ita ANGELUS DE PERUSTO Baldi frater *ad L. 2. C. si unus ex plurib. hered. admittit conclusionem, ut Reus restituat rem hypothecatam, sed Debitori dabitur optio, utrum velit rem restituere, vel debitum solvere.* Et ANGELUS de ARETIO *ad S. item. Serniana 7. l. de Action.* postquam posuit regulam. Hypothecariam avocare tantummodo possessionem, in fine triplicem exhibet concludendi modum his verbis: *Contra extraneum sic forma libellum; Dico contra Sejum, quod mutuaverim Titio 100. pro quibus mihi obligavit domum, vel omnia bona sua, & per consequens etiam domum, quam Sejus de presenti tenet, quæ tempore prædicta meæ obligationis erat in bonis dicti Titii debitoris mei: quare peto Sejum vestra Sententia condemnari ad assignandam & tradendam nudam possessionem dictæ domus detinendam in causam pignoris pro quantitate dictorum 100. donec fuerit mihi satisfactum. Procederet etiam libellus, si diceret creditor, & peteret in Conclusionem declarari dictum domum sibi obligatam esse & Titium possessorem condemnari ac cogi ad restituendam possessionem. Potest & alio modo concludi, videlicet. Quare peto Titium condemnari, ut possessionem dictæ domus restituat, vel data sibi optione totum debitum mihi*

solvat. Quæ ultima verba videntur quidem esse alternativa, sed videntur saltem, revera autem propter optionem datam, alternativa non sunt. Judex enim non injungit possessori solutionem eodem modo, prout rei oppignoratæ cessionem, sed saltem in altero membro declarat beneficium sese liberandi possessori competens, Quodsi, ex ipsa Autoris Disputationis hypothese, sententia alternativa præsupponat obligationem alternativam, in qua Sententia fundatur, non poterit alternative condemnari tertius Possessor, cum sicuti Debitor, neque ex Conventione, nec ex Legis dispositione alternative sit obligatus. Alternativa siquidem obligatio, prout definitur à DN. BERGERO in *Disputatione de Sententia alternativa Vitemberge Anno 1700 habita tb.3.* Tunc dicitur, quando plura quidem debentur, sed unum tantum præstandum. Reus autem in hypothecaria nudam pignoris possessionem debet, quæ mediante sententia ab ipso avocatur. FABER in *Rational. ad l. 41. ff. de Pignor. act.* Ergo hæc simplex tantummodo, aut quæ simplici æquipollet, esse potest. Econtrà rejicienda ultima, quæ reo injungit simul debiti solutionem, deficientem in eo tali obligatione. Authores quas *in fine tb.15.* miratur Author Disput. quod præstationem reo alternativam incumbere statuunt, nec tamen actori petitionem alternativam permittant, cum tamen petitio Actoris & præstatio rei sint correlata, ita ut uno sublato & alterum tolli necesse sit, non nominat, sed veremur de duplici possessorum obligatione eos loqui. Illis certè, qui largiuntur, licentiam tertio Possessori competere solvendi pecuniam, & si nolit, eum debere restituere pignus, id imputari nequit, cum non præsumantur confundere licentiam cum necessitate solvendi. Si ad utrumque præstandum alternè obligatus esset possessor, sicuti in actione. *L. 2. C. de R. V.* nullum esset dubium, quin & Actor alternè petere possit ac debeat, quoniam vero hic unum saltem est in obligatione, alterum in liberrima præstandi aut non præstandi facultate, hinc necessario alterna petitio cessat.

R Emotis rationibus, quibus opinionem suam quasi sepimento quãdam obvallare voluit Author Disputationis, superest, ut videamus, quam acriter pugnet, vibretque tela in eos, quos ad certamen provocat. Et primo quidem loco DN. RIVINUM, quem Parentem veneror, adoritur verbis sat asperis ac immodestis, dum assertum ejus ex *Specimine Exceptionum Forensium cap. 25.* prima specie momentosum ac subtile, reapse autem crassum judicat, Eumque confusionis arguit; Sed temerarias hæc insultationes generoso contemptu negligit DN. RIVINUS, Saniori aliorum judicio relinquens, an rem tetigerit acu Antagonista. Dixerat DN. RIVINUS i. e. *alternativum libelli petitum admitti, in hypothecaria actione, si contra Debitorem conjungatur cum personali, non etiam si ea contra tertium possessorem proponatur: adjuncta ratione; quod dicta actio in se & sua natura sit pure realis.* Hanc positionem cum formaliter, secundum leges boni Disputatoris, destruere & aperto Marte pugnare non auderet Adversarius, elabi tentat prolixã duarum observationum professione, quæ tamen Statum controversiæ vix attingunt; Observandum ducit. I.) Plurima ratione hypothecæ speciali legis dispositioni tribuenda, utpote quæ nunc pactum hypothecæ supra naturæ vires sic attollat, ut etiam pignore non tradito Jus in re actionemque realem pariat, ansam certe ad hunc effectum præducendum ignobiliorem, nisi à lege elevaretur. Nunc iterum jus hoc reale ita restringat & limitet, ut non possit non effectum post se trahere limitatum. Pignus enim esse jus reale non absolutum, sed relativum, cujus ratio formalis in respectu ad Jus personale consistat, cum autem entia relativa debilius sint naturæ quam absoluta; longe quoque debilius esse Jus pignoris, quam Jura realia absoluta Dominii & Servitutis, quod ne ipse quidem HAHNIUS in *Traçtatu de Jure Rerum tb. 19. n. 2.* diffiteretur; Actionem proindè hypothecariam ex hoc peculiari Juris realis genio profluentem, non simpliciter, sed conditionatè & ex hypothesi non soluti vel oblati debiti rem, adeoque alternativè vel hanc vel solutionem persequi. Inspergit huic discursui præterea Duc. Unum. Pignus nihilominus esse Juris in re speciem, Alterum. Ne illud quidem, quod actio realis præstationum personalium prorsus nescia sit, universale esse. Sed si hæc omnia in formam Syllogismi reduci debeant, quis quæso erit medius terminus ad destruendam thesin supra recitatam? Profecto nulli negavit. DN. RIVINUS a) quædam singularia circa pignus occurrere, quæ ceteris Juris in re speciebus non sunt communia, nec b) quod pignus debilius sit naturæ quam reliqua jura realia; Exindè tamen non

con-

convincitur, hoc singulare pignori ex Legis dispositione inesse, ut non aliter nisi alternativè peti possit, neq; etiam, quod ex imbecilliori pignoris naturâ irregularitatem actionis hypothecariæ quoad petitum colligere liceat. Sicuti verò pro defensione facit, quod pignus sit species juris in re, ita quamvis concedatur, cum ipse Imperator id innuat in §. 20. *I. de Action.* quasdam actiones reales non videri esse ignaras præstationum personalium, attamen cum Serviana & Quasi Serviana habeantur saltem pro realibus in *præced. §. 7. l. b. 1.* tribus Judiciis in *d. §. 20.* expressis annumerari nequeunt. Quam aptè autem remedium, *L. 2. C. de R. V.* pro declarandâ regulâ de actionibus realibus adducatur cuilibet, nisi talpâ cœcior sit, ad oculum patet.

XXXI.

Altera observatio, quod à Jure personali pignus ita dependeat, ut tanquam accessorium sine obligatione principali ne ad momentum quidem esse, vel subsistere possit, ex allegata *L. 5. pr. ff. de pignor. & hypoth.* haud probatur, cum tradat saltem, pro quibus obligationibus res pignoriari possint; *Nec L. 2. ff. de pecul. Legat. & L. 19. ff. de dolo malo,* quæ regulam saltem de accessoriis exhibent, hic rectè applicantur per supra deducta *ch. 21.* Imò si vel maximè hæc concedantur, quod in præjudicium veritatis fieri nequit, non tamen pro medio termino haberi possent ad probandam alternationem in petito hypothecariæ: Sicuti nec hæc illatio procedit: In arbitrio Possessoris est per oblationem debiti non modo obligationem, sed etiam Jus reale intuitu illius competens dissolvere: Ergo alternativè contra Possessorem petendum. Nec etiam illa: Jus fecit possessori liberandi pignoris potestatem: Ergo circumscripsit jus hoc reale certis limitibus, ut sine alternatione res oppignorata peti nequeat. In fine hujus §. subjungit Author judicium suum: RIVINUM confundere petitionem alternativam, quæ per hypothecariam urgetur, & simplicem, quæ in actione personali contra debitorem instituitur. Extra controversiam enim esse, solam personalem contra debitorem institui posse, nec cum hac hypothecariam concurrere, si pignus Debitor non possideat. Tandemq; concludit: Erit itaq; actio hypothecaria contra quemcunque instituat, semper æque realis, nec ad præstationem personalem tendet, quatenus est realis, sed quatenus est realis limitata, cum possessor electionem habeat ex juris dispositione, velint pignus dimittere, an debitum solvere, rectissimè hypothecariam intentans libellum alternative concipiet, cum limitata causa, limitatum producat effectum. Judicent nunc illi,

Quæris

Quis meliori luto finxit precordia Titan,

num jure imputatur hic confusio DN. RIVINO ? qui nullibi negavit, solam personalem contra Debitorem institui posse, nec affirmavit eam semper cum hypothecaria concurrere: Annon potius improbanda intempestiva Adversarii subtilitas, qui actionem hypothecariam contra quemcumque instituat, concedit semper esse æque realem, nec ad personalem præstationem tendere, quatenus est realis, quatenus autem esset realis limitata, propter electionem possessoris velint hypothecâ cedere vel debitumolvere, sine alternatione peti haud posse.

XXXII.

Deinde reprehendit Author Disputation. in specie HAHNIUM & LAUTERBACHIUM quod *ex L. 66. ff. de Evict.* colligant actorem in hac actione posse tantum simpliciter pignus persequi, non etiam simul alternativè solutionem petere. Ceterum quod HAHNIUM attinet, hic textus *in obs. ad Wes. Tit. de Edendo n. 4.* ne quidem ab ipso est allegatus, LAUTERBACHIUS vero argumento *b. l. usus in concl. Forens. Exerc. VII. th. 14. & in coll. Theor. Pract. ad ff. d. r. §. 21.* se clarius explicat *ad Tit. ff. de Pignor. th. 76.* quod per nudam possessionem intelligenda ea, quæ est sine proprietate. Quamvis ergo propositio exclusiva non excludat subordinata & connexa, non tamen solutio debiti videatur esse subordinatum quid, aut connexum restitutionis hypothecæ, sed potius contrarium, quod pignus penitus tollit & extinguit.

XXXIII.

Taxat tertio BACHOVIVM, quod putet possessorem pignoris non contraxisse, adeoque cum non sit ex conventionem obligatus, nec ratione debiti à Tertio contracti conveniri posse, ac operosè deducit, obligationem oriri non solum ex conventionem & delicto, sed etiam ex variis caularam figuris, iuxta *L. 1. pr. ff. de O. & A.* In specie vero de hypothecaria asserit, obligationem non ex conventionem, sed ex detentionem pignoris & Lege oriri, ita ut Possessor non directè sed per indirectum, quatenus detinet rem obligatam, non absolutè, sed ex hypothesi retinenda rei, in qua Actori Jus pignoris constitutum, sit obligatus; Cum enim res ad illum cum suo onere & pignoris nexu transferret, æquum esse, ut si retinere rem velit, eam isto nexu liberet, debitumque in cujus securitatem obligata fuit, creditori persolvat; inde ex juris dispositione ortam alternativam possessoris obligationem ejus esse naturam, ut utrumque peti possit, non copulativè & simul, sed disjunctivè & sub electione hunc in modum: peto vel restitutionem pignoris vel solutionem debiti, si pignus retinere malis, utrum tu velis. Hæc primo ad spectu factis speciosa apparent. Verum si accuratius considerentur, evidenter constabit, secundum ea quæ huc usque proposita, possessorem hypothecæ non esse personaliter obligatum ad solutionem debiti ab alio contracti; nec ex detentionem pignoris provenire obligationem propriè sic dictam, sive juris vinculum, quo necessitate

F

tate

tate quadam adstringeretur Possessor ad solvendum debitum; neque eiusmodi obligatione nasci ex assilientia legum, quarum expressam hoc passu dispositionem extare, nondum probatum dedit Author Disputationis. Salva proinde manet thesis Bachoviana, quam B. SVENDENDÖRFF. *ad Fibig. l. c.* his verbis expressit: *Possessor qui nihil contraxit, ex debitoris obligatione conveniri nequit.*

XXXIV.

Quarto declinare satagit Autor Disputationis argumentum *ex L. 6. §. 1. ff. de Re jud.* desumptum, quod in forma potest ita efferri: Ubi unum est in obligatione, alterum in facultate solvendi à lege tributa, ibi ad prius saltem condemnatio dirigenda; Vel ut loquitur BARTOLUS *ad b. l. si unum est in obligatione*, aliud in solutione, illud solum petetur, quod est in obligatione. Atqui in hypothecaria sola pignoris restitutio est in obligatione in solutione vero oblatio debiti. Ergo hæc alternativè in petitionem & condemnationem venire nequit, sed sola pignoris restitutio. Respondet Author Disput. (1.) ex allegatà lege demonstrari non posse libellum alternativum in actione noxali non obtinere, vel illa conventum non esse alternativè condemnandum, ut potius contrarium ex casu ibi proposito de decem aut noxæ dedere condemnato, luculenter appareat; Inde Dd. communiter statuere in actionibus noxalibus libellum alternativum non solum admitti, sed etiam necessarium esse, quod sine poenâ plus petitionis omitti non possit. (2.) ibidem agi non de actione noxali, sed de actione iudicati ex causa noxali; Hæc ad actionem hypothecariam, tum quia realis, tum quia inter servum & damni æstimationem non talis proportio, qualis inter nexum pignoris & debitum, nec similis accessorii ad principale habitudo nullo modo, cum à diversis malè fiat illatio, applicari posse. (3.) Absurdum esse, si quis dixerit, pignoris restitutionem esse in obligatione & in solutione solutionem; non enim hic agi de debito, quod lex alio modo, quam in pecunia solvere permiserit. Desideramus hic iterum formalem applicationem ad argumentum propositum. Ut enim taceamus, haud extra dubium esse, an in actione noxali alternativè concludi possit, cum dissentientes deprehendamus JOH. DE PLATEA *ad Rubric. de noxali action.* PARNORM. *Vol. 1. conf. 88.* ANG. DE ARETIO *ad §. prætere a 31. l. de Action.* Jaf. *ad d. §. n. 67.* BARENSEM *in Tract. de formandis Libellis libell. 87. in Tract. Tract. Tom. 3. part. 2.* TUSCH. *concl. 313. n. 12. Lit. L.* SCIPIO GENTILIS *de Div. & Individ. oblig. cap. 9. p. m. 60.* PAUL. CHRISTIN. *Decis. Belgic. 188. vol. 2. n. 1.* aliosque; Imprimis verò nos arripit sententia WISSENBACHII *Disp. 21. ad Tit. ff. de noxal. action. n. 24.* eiusque Discipuli ULRICI HUBERI *in prælect. ad tit. Inst. de nox. act. n. 2. & de offic. Judic. n. 5.* æstimationem propriè esse in obligatione, noxæ deditioem in præstatione, utrumque sententia quidem inferendum, sed æstimationem damni principaliter, noxæ deditioem per consequentiam; Ita ut directè quidem secundum propriam actionis naturam reus condemnatur, ut damnum sarciat, officio tamen Judicis si-

raul

mul contineatur, ut Reus noxæ deditio liberetur §. 1. *I. de offic. judic. conf.*
 GEORG. DAVID. LOCAMER. *ad pr. I. de noxal. act. lit. c. & DN. BER-*
 GER. *in Program. Resol. LL. obst. annexo pag. 906. seq.* Daß Weßl. den von
 seinem Knechte gethanen Schaden an 10. fl. daserne er besagten Knecht
 Klägern auszuantworten nicht gemeynet, denselben zubezalen schuldig. Ni-
 hilominus tamen Major propositio *ex d. l. d. §. 4. salva remanet; Nec quic-*
quam in contrarium operari potest, quod multis modis à se invicem diffi-
rant actio judicati ex causa noxali & hypothecaria, sufficit in eo convenire,
quod in utraque unum tantummodo sit in obligatione, alterum in solutione,
id est, ut explicat BRUNNEM. ad d. l. n. 4. quod pro re debita potest solvi,
licet peti non possit. Adde COLLEG. JUR. ARGENTORAT. Tit. de solut.
§. 9. Quod restat in civile videtur, absurditatis aliquem insimulare, qui dixe-
rit pignoris restitutionem esse in obligatione, & in solutione id est in potestate
solvendi, debiti refusionem, cum id ipsum analogiæ Juris nequaquam ad-
versetur.

XXXV.

Pergit quartò Author Disputationis, postquam sub finem TH. 18. in hæc
 verba eruperat: Quid opus est verbis, cum *L. 16. §. 3. ff. de Pignor. reo* hoc
 vel illud eligendi potestatem fecerit, ejusque maximè interfit, ne hoc legis
 beneficio spoliatur. Quoties vero reo electio competit ejusque interest sen-
 tentiam alternativè pronounciari, toties libello alternativo locum relinqui
 testatur CARPZ. *P. r. C. XI. def. 7. allegatam legem 16. pro clypeo, ad ex-*
ceptiendos adversæ partis ictus firmissimo venditare, tentatque refutare BA-
CHOVIVM qui dixit fieri ex accidenti, quod ob solutionem debiti absolva-
tur Possessor, cum & alio solvente extinguatur pignoris obligatio. At non
reprehendendus ob id BACHOVIVS; cum solutio à quocunque demum fiat
destruat hypothecariam, ac proindè illam ad naturam atque essentiam ejus
pertinere, vix ac ne vix quidem dici potest. Accedit quod regula: Quoties
reo competit electio, toties sub periculo plus petitionis oportet conclusi-
onem libelli esse alternativam, vera saltem sit, si eligendi facultatem habeat
Reus circa duo, quorum utrumq; est in obligatione disjunctivè, BUTRIO ad
cap. 9. X. de Elect. n. 4. PANORMITAN. ad cap. 3. X. de Emr. & Vendit. n. 10. si au-
tem ad unum tantum est obligatus, alterum vero potest, si velit, præstare, tunc
potius plus petere Actorem, qui id in Libello ponit, ad quod reus non est ob-
strictus ZABARELL. ad cap. cum dilect. 3. X. de Emr. & Vend. §. secundo oppo-
no. de SPINELIS ad d. §. Item Serviana 7. de Actio. Solutionem autem pecuniæ
non esse in obligatione, sed tantum in facultate, supra est ostensum, atque
communiter ab illis quoque conceditur, qui in hypothecaria alternativam
conclusionem admittunt vid. BALDUS Vol. 1. Conf. 25. BUTRIO, IMMO-
LENSIS, PANORMITANUS ad cap. 5. X. de pignor. n. 4. De cetero imper-
tinenter adductum testimonium CARPZOVII, ut pote qui d. l. cum THOM.
GRAMMATICO Decis. Neapol. 68. n. 2. & BERLICHIO Parr. 1. Concl. 28.

n. 37. agit de mutatione Libelli alternativi, quod purè concipi nequeat possit
litis contestationem, per quam reo jus quaesitum, ut litem coeptam prosequi
teneatur actor.

XXXVI.

TAndem Autor Disputat. BACHOVIVM pro fundatore sententiae singu-
laris, quam huc usque impugnavit, habet, eique ipsum BACHOVIVM
opponit, ratus se invenisse, non quod pueri in faba, Ceterum sicuti resolutio
quæstionis proposita affirmativa, vix ac ne vix quidem Privilegium antiquita-
tis ex pervertuta Judiciorum observantia & communi Dd. calculo præten-
dere potest, ut putat Author Disput. *ib. 4.* siquidem ex Ciceronis *Epistola ad
familiares. 56. Lib. 13* ubi scribit: *Philotes Alabandensis hypothecas Clusio de-
dit; hæ commissæ sunt. Velim cures, ut aut de hypothecis decedat easque Pro-
curatoribus Clusii tradat, aut pecuniam solvat*: haud dicitur, ipsius quemlibet
possessorem pignoris instituta actione hypothecaria, ut aut hypotheca cede-
ret, aut debitum solveret, adigi potuisse: Loquitur enim de ipso debitore
quod & observavit BRISSONIUS *de formul. & solen. Pop. Rom. verb. lib. 5.
pag. 442. edit. Francof.* de quo nullum est dubium quin ab eo solutio debiti
aut hypothecæ cessio per actionem personalem & hypothecariam, sive insti-
tuentur cumulativè sive electivè, procurari poterint. Nec evincunt *L. 12.
§. 1. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. & l. 16. §. 3. ff. de pignor.* Ictus Julium Pau-
lum & Ælium Marcianum, quorum ille in suis responsis, & reliquis com-
mentariis magis solitus fuit, sequi strictum jus & artem ac regulam Juris, quam
in super habito stricto jure inclinare ad benignitatem NIC. HENELIUS *de
Vet. Jctis cap. 29. n. 4.* Hic verò ipse causas in auditorio publico acitaverit,
l. 1. §. ult. in fin. ff. ne de stat. desunct. alternativum libellum in hypothecaria
approbasse. Neque etiam *ex L. 2. C. si un. ex plurib.* Sub Imp. Dioclet. &
Maximiano in confinio seculi tertii & quarti Libellum alternativum in acti-
one Hypothecaria usitatum fuisse manifestum est; Ita *ἐπιτομή* commit-
titur, si fundatio sententiæ negativæ adferibitur BACHOVIO, quam ut alia
taceamus, sub initio seculi decimi tertii in ROFFREDO BENEV. & subsequen-
tibus temporibus in GUIDONE, ODOFREDO, SPECULATORE, BALDO, de SPINELIS aliisque deprehendimus, sua tamen laude non de
fraudandus BACHOVIVUS, qui in resutando TREUTLERO, existimanti ita
agendum esse, ut res restituatur, vel pecunia solvatur, ea congestis argu-
menta ab aliis jam olim adducta, quibus Pragmaticorum vulgus, qui ex igno-
ratione Juris ait, aut cedat, aut solvat, ANTON MORNAC. *ad l. 17. & 41.
ff. de pignor.* erudiri potest, secundum artem juris in hypothecaria alternativè
non esse concludendum. In Tractatu autem *de Action. D. 3. rh. 32.* respexit
officium Judicis, qui, cum utile per inutile non vitietur, ex æquitate, post ha-
bito Juris rigore admittere debeat libellum alternativè concludentem;

Quæ duo inter se haud pugnant, sed sunt compatibilia.

F I N I S.

97692

01 A 6583

ULB Halle

003 093 182

3

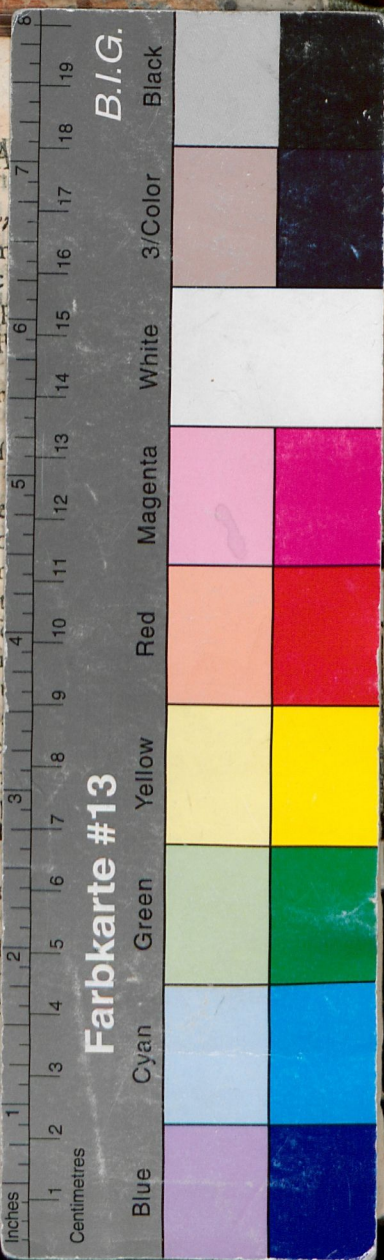


5b.

~~WDA~~







3.
DISPUTATIO JURIDICA.
De
LIBELLO
IN
ACTIONE HYPO-
THECARIA RITE
FORMANDO

Quam
Consensu Illustris J^Ctorum Ordinis
in ACADEMIA LIPSIENSI
defendent
P R A E S E S
D. JOH. FLORENS RIVINUS
&
R E S P O N D E N S
M. JOH. FRID. HOECKNERUS.
Ad diem 17. Jun. MDCCVI.

—————
L I P S I A E,
Literis ANDREAE ZEIDLERI.

