

7
PROLVSIO ACADEMICA:

DE

ACTIONE HYPOTHECARIA LE-
GATARIIS EX L. I. C. COMM. DE LE-
GAT. CONTRA COHEREDES COMPE-
TENTE NON IPSO IVRE

DIVISA:

QVA

PRAELECTIONES

PER INSTANS SEMESTRE AESTIVVM
INSTITVENDAS

PVBELICE INDICIT

HERMANNVS BECKER

LL. D. ET P. P. O.

LITTERIS RÖSENIANIS.

18

Greifw 1768, 3

7

PROVISIO ACADEMICA

ACTIONE HYPOTHECARIA ET
GATARIIS EX L. C. COMM. DE LR.
GAL. CONTRA COHEREDES COMM.
TENTE NON IPSO TYRE
DIVISA

OTA

PRAELECTIONES
PER INSTANS SEMESTRE AESTIVUM
INSTITUTAS

LYBICE INDICIT

HERRMANNVS BECKER

LE. D. P. R. O.

LITTEAE PUBLICE





Quae de communibus Ictorum opinionibus, i. e. de doctrinis ab omnibus vel pluribus ICTis, de sensu legis eiusque efficacia, traditis, de quibus conferri meretur STRVV. *de communi doctor. opinion. et STRVCK. in V. M. pand. tit. de legib. et consu. §. 13.* vulgo feruntur, et circumferuntur sententiae tot, tantisque inuolutae deprehenduntur difficultatibus, contradictionibus, disceptationibus, tam theoreticis, quam practicis, ut vix ac ne vix secure nauigaret, et portum peteret, qui hifce clauum dirigendum committere vellet.

Sunt, qui cum STRVVIO *l. c.* non facile ab iis recedendum esse contendunt, prouocantes ad rationem, quod obseruantiam constituerent iudicalem, quae si lex plane deficiat, vel dubia sit, vim habet, et habere debet, vsualis interpretationis, et iuris consuetudinarii. Quam sententiam admitto, quatenus in casu eiusmodi communis opinionis vel lex nulla addit positua per se, aut per argumentum, aut per analogiam iuris, rem ipsam, de qua sermo est, determinans; aut lege quidem, sed dubia et ambigua existente, argumenta interpretationis legitima hanc explicationem verborum legalium fulciant, et consensus legislatoris accedat aut expressus, aut tacitus, hanc explicationem corroborans. Hifce autem requisitis deficientibus, *suffultus L. 39. D. de legib. quae expres-*



se disponit, quod id, quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus non obtinere debeat, hanc Struuianam sententiam non satis fundatam iudico, sed potius cum STRYCKIO *l. c.* contendo, eiusmodi communes Ictorum opiniones, tunc legem plane facere non posse, quam in decidendo index sequi teneatur, aliis praecipue rationibus, ex primis principis iurisprudentiae, et analogia legitima legum deductis stipatus, quae in contrariam eum trahunt opinionem.

Caute itaque ICTus in determinandis iuribus atque obligationibus in casibus ad decidendum obuiis eiusmodi communes opiniones tractare debet, prouide de illis, earumque rationibus et fundamentis circumspicere, sollicite secundum verba legis, eiusque analogiam, eas examinare tenetur, antequam aliorum fortunas rationibus decidendis exinde deductis committeret, ne forsitan erroribus exauctoritate oriundis circumductus contra iustitiam ipse erraret.

Non enim solummodo dantur communes opiniones contra communes opiniones. Non solummodo, idque saepe numero, coeae auctoritas Carpzouii, Meuii, aliorumque virorum alias maximo numero celeberrimorum, contra ipsam Carpzouii et Meuii intentionem, immo contra ipsa eorum verba alio in loco proposita, et incuria ad legantium, qui absque legitimo examine rationum verba eorum ad suam utilitatem trahunt, retrahuntque, sententiam quandam a Carpzouio, Meuiio, aut alio ex specialibus rationibus adductam, in regulam mutat generalem et vniuersalem, quae tandem coeae amore superstitionis, si ita dicere fas sit, iuridicae cantata et recantata, tractu temporis, et studio eorum, qui in defendenda sententia vnus alterum exscribunt, in communem degenerat, inuito licet ipso Carpzouio et Meuiio, opinionem. Sed et praeterea decies atque centies verba legis, extra nexum naturalem et legitimum erepta, et contra intentionem legislatoris dissoluta, distensaque, quem errorem alii, in horum proposita, lege ipsa haut euoluta, quasi iurantes, inciti ipsi sequuntur, originem illi subministrant, atque produciunt communem Ictorum opinionem, sententias ad minimum gignunt Ictorum plurimorum, de explicanda intentione legali, quae ab aliis in foro repetuntur, contra veram ipsius legislatoris intentionem, et legitimam dispositionem.

Viuidum

Viuidum huius ultimae positionis exemplum nobis suppeditat doctrina ICtorum, et sententia de natura et indole actionis hypothecariae per *L. 1. C. comm. de legat. legatariis et fideicommissariis*, stabilita generali hypotheca tacita in omnes res hereditarias a defuncto relictas, ab imperatore Iustiniano concessae, quam pluribus coheredibus, aut collegatariis legato quodam oneratis existentibus, quando contra unum eorum, rei hereditariae oppignoratae possessorem instituitur, non ad totam summam, integrum legatum, sed pro rata solummodo hereditaria competere contendunt fere omnes, in quantum eos euoluere mihi licuit, omnes prouocantes ad verba finalia *L. adl. quando nomotheta dicit: In omnibus autem huiusmodi casibus, ubi scilicet per verba antecedentia huius constitutionis legatariis et fideicommissariis tacita hypotheca in rebus hereditariis, a testatore relictis, et hinc actio realis hypothecaria contra heredes possessores conceditur, in tantum et hypothecaria unum quemque conueniri volumus, in quantum personalis actio aduersus eum competit.* Hinc argumentantur. Si verum est, sicuti verum esse verba adlegata ipsa docent, quod actio haec hypothecaria, quae ex hac lege legatariis et fideicommissariis honoratis conceditur contra heredes vel legatarios legato exsoluendo oneratos, quatenus rem possident hereditariam in pignore hoc tacito et legali comprehensam, licet ea contra alium extraneum possessorem rei hereditariae huius pignoris onere obligatae, ad solidum competat, intuitu totius legati, tamen solum competat, in quantum actio personalis contra eum competit; iam autem actio personalis contra coheredem, vel collegatarium, legato exsoluendo oneratum, solummodo pro rata hereditaria institui possit; sequitur etiam actionem hanc hypothecariam legatario vel fideicommissario, licet illi contra tertium possessorem rei ad hereditatem spectantis, ad solidum, integrum legatum persequendum, ea competat, contra ipsum tamen coheredem, vel collegatarium oneratum, rei hereditariae possessorem, solummodo pro rata hereditaria, vel legati competere posse. Et hinc deducunt communem omnium opinionem, quod actio haec hypothecaria contra coheredem, vel collegatarium oneratum, rei hereditariae per actionem persequendae possessorem, competens, non nisi pro rata hereditaria institui possit, ita ut rata hac a possessore conuenio praestita, ratione residui coeteros coheredes, vel collegatarios, aliarum rerum hereditaria-



ditiarum possessores in separato, per actionem hanc hypothecariam, ex legali illo pignore generali oriundam, conuenire debeat legatarius agens honoratus, non autem, soluta hac sua rata, coheredem vel collegatarium oneratum primo loco conuentum, tanquam possessorem hypothecae, et rei oppignoratae, cogere possit ad integram rem cedendam, aut totum integrum legatum soluendum.

Hanc esse communem opinionem Ictorum, testantur verba eorum, quos hac de re euoluere mihi licuit. Ita enim HVBER, in *praesect. ad D. tit. de pignor. et hypoth. §. 8. in f.* ad probandam suam sententiam, quod actio hypothecaria in se sit diuidua, inter alia argumenta plura, et sequentibus verbis suam exponit sententiam: *Denique non esse indiuiduam actionem hypothecariam patet inde, quod hypothecaria, quae datur legatario aduersus heredes in petendis legatis, semper diuidua sit, et contra singulos pro partibus hereditariis competat: L. 1. vers. in omnibus: sub f. C. comm. de legat. Cuius versiculi hunc esse sensum, non quem FABER. Dec. 48. err. 29. vult, quasi hypothecaria non detur contra tertium possessorem, probat Sande, L. 3. tit. 12. def. 23. Clarius adhuc hac de re mentem exponit Vinn. in Comment. ad Inst. tit. de legat. §. 2. verb. et per hypothecariam. Ita enim loquitur: Illud in transitu monere non inutile visum, actionem hypothecariam, quam Iustinianus pro legatis, aut fideicommissis concessit, ex constitutione ipsius inter plures heredes ipso iure diuisam esse: d. L. 1. C. comm. de legat: Quod speciale est, et contra ordinariam naturam actionis hypothecariae, quae alias semper indiuidua est, contra L. 65. D. de euict. introductum. Ac proinde hoc non obtinebit in hypotheca aut pignore expresso, quod testator legati, aut fideicommissi nomine constituit. L. 26. de pignorat: act. cum in dubio credendum sit testatorem se conformare voluisse ad ius commune. L. vit. C. de verb. signif. Atque hinc intelligimus, etiam post hanc constitutionem Iustiniani ad huc vtiliter pignus testamento constitui. Add. Christmaeus Vol. 4. dec. 47. n. 3. et 4. Donellus tamen nihil in hoc putat esse singulare in d. L. 1. n. 1. Repetit solum, absque omnibus tamen rationibus adductis, hanc sententiam, quod actio haec hypothecaria contra plures heredes, vel collegatarios non in solidum, sed pro rata saltim hereditaria competat: GVNDEL. in discursu ad pand. tit. de legat. §. 10. Immo Vinnium supra adl. verbotenus exscribit BERGER in *Oecon. iur.* Lib.*

Lib. 2. tit. 4. §. 29. n. 3. addito praeiudicio ex scriiniis Fac. Wittenb.
 ex m. Maio 1690. Idem illud tanquam singulare ex L. 1. C. comm.
 de legat. in hac actione hypothecaria contra ipsos heredes vel legatarios
 instituenda defendit LAVTERBACH. in Coll. theor. pract. tit. de legat.
 §. 45. pronocans ad BRUNNEM. ad L. 1. C. adl. et FRANTZK. ad
 D. tit. de pignor. n. 37. Immo non alienus ab hac sententia quodam-
 modo videtur VOET. ad pand. tit. in quib. causis. pign. vel hypoth. tacite
 contrah. §. 21. quando scribit: Notandum interim ius plane singulare
 huius hypothecae a lege datae. Nam cum vulgo pignoris causa indivi-
 dua sit, sic ut in casu, quo plures debitores, vel plures unius debitoris
 heredes sunt, aduersus eos singulos in solidum hypothecaria agi possit,
 si pignus possideant, vii tit. 4. tractabitur, hic ex aduerso placuit Iu-
 stiniano, non ultra unum quemque hypothecaria conueniendum esse, quam
 quatenus actio personalis aduersus eum moueri potest. D. L. 1. in f. C.
 SANDE decis. FRISIC. Lib. 3. tit. 12. def. 23. Ant. FABER ad C. lib. 6.
 tit. 23. def. 1. et 7. Ita porro idem ille VOET. l. c. ad tit. de legat. in
 L. 30. 31. et 32. §. 91. Nam etsi plures heredes legato onerati sint, res,
 quae singulis ex h. redate obtulerunt, tantum eatenus pro legatis de-
 vindicantur, quatenus singuli ex voluntate defuncti onus legati agnosce-
 re, ac ferre tenentur, et necdum soluerunt. Denique si vnus ex pluri-
 bus heredibus integri legati praestatione oneratus sit, non aliae res in-
 telligi debent hac hypotheca legali affectae, quam quae ad heredem gra-
 uatum a defuncto peruenerunt, non item aliae, quae coeteris grauati
 coheredibus quaestitae sunt. Quorum omnium ea ratio est, quod actione
 personali ad praestandum legatum, vel fideicommissum, conuenire non
 potest, nisi, qui a testatore grauatus est, ac quatenus necdum paruit
 voluntati testatoris, nec pro his, qui soluendo non sunt, coheredes coe-
 teros onerari oportet. L. 33. D. de legat. 2. actio vero hypothecaria,
 quae pro legatis ex lege competit, non ultra datur contra heredem,
 quam quatenus actione personali compelli posset ad legatorum praestatio-
 nem, cum imperator de hac legali hypotheca, pro legatis competente,
 defuerit: IN OMNIBVS HISCE CASIBVS (quibus sc. actio pro legatis
 datur) IN TANTVM ET HYPOTHECARIA VNVMQVEMQVE CONVE-
 NIRE, IN QVANTVM ET PERSONALIS ACTIO ADVERSVS EVM COM-
 PETIT: L. 1. in f. C. comm. de legat. sicut autem personalis actio non
 potuit competere in casibus superioribus aduersus heredes, qui non sunt
 grauati,

grauati, aut quatenus non sunt grauati, aut voluntatem testatoris pro sua parte iam impleuerunt, quippe aut nunquam nata, aut per solutionem iam sublata, ita nec hypothecaria actio pari passu ambulans cum personali, legatario aduersus tales permittenda fuit. Non sine ratione tamen dico, consentientem videri VOET. l. c. communi illi opinioni. Nam, an reuera, et simpliciter consentiens sit, valde ad huc dubium manet, sicuti et ex subsequentiis patebit.

Addunt adhuc, qui hanc communem opinionem ICtorum, de natura ac indole singulari huius actionis hypothecariae contra vnum ipsum ex pluribus coheredibus, aut collegatariis grauatis, possessorem rei hereditariae ad legalem hanc generalem hypothecam pertinentis, instituendae, defendere sagunt, ad probandam et fulciendam hanc suam explicationem nouae Iustinianae constitutionis in d. L. i. C. obviae, praeterea et textum §. 2. *Inst. de legat.* vbi ipse imperator ad hanc suam constitutionem prouocando, dicit, *perpensum modum huius constitutionis* ex ipso eius tenore cognosci posse. Hinc concludunt, *perpensum* hunc, ac *trutinatum* modum, et pensitatos limites huius legatariis et fideicommissariis ex clementia imperatoris concessae hypothecae legalis, et ex inde descendens, aduersus ipsos heredes et legatarios grauatos, possessores rerum hereditariarum actionis hypothecariae, deprehendi in ipsis illis verbis constitutionis supra iam adlegatis, *quod in omnibus huius castibus* (quibus haec actio hypothecaria scilicet datur contra ipsos heredes et legatarios defuncti, praeter actionem personalem) *in tantum et hypothecaria illa actione vnusquisque conueniri possit, in quantum et actio personalis contra eum competit:* et ex inde deducunt consequentiam, limitatam hanc naturam huius actionis hypothecariae, contra ipsos heredes et legatarios concessae, in eo consistere, quod non ultra ratam hereditariam detur, et inter plures coheredes seu collegatarios simul grauatos ipso iure diuisa sit, ita vt vnus eorum conuentus propter possessam rem hereditariam a legatario vel fideicommissario honorato, offerendo suam ratam se ab actione instituta liberare, et actorem quoad residuam quantitatem legati ad separatam contra coeteros coheredes et collegatarios delegare possit.

Sit autem, quicquid sit, circa hanc, licet communem, explicationem horum verborum legalium, et inde, licet ab omnibus ICtis
 fere

fere vniuersimiliter deductam consequentiam, ad determinandam singularem naturam huius actionis, tamen non possum non, quin illam minime pronam, adaequatam, et verae intentioni legislatoris consentaneam, dicerem, sed potius verba haec extra contextum, et connectionem cum antecedentibus, et subsequenter detorta contra voluntatem nomothetae, iudicarem. Quodnam meum quale quale iudicium vt eo clarius probare possem, analysin totius legis et constitutionis praemittere, operae pretium esse autumo.

Erant nempe olim iure veteri romano, sicuti notum est, quam quod notissimum, et verba tam ipsius huius *L. i. C. adl. initialia*, quam textus §. 2. *I. de legat.* satis docent, quatuor diuersa genera legatorum, per vindicationem scilicet, per damnationem, sinendi modo, et per praecptionem, quae non formulis solummodo verborum, quibus in testamento relinquebantur, sed et ipso effectu, et quoad actiones legatario exinde competentes, maxime differebant. In legato per vindicationem, sub formula: *do: lego: sumito: capito: habeto:* hinc verbis praecipientis, directis, solemnibus, et imperatiuis legalibus, relicto dominium rerum, non fungibilium tempore et testamenti factio- nis, et mortis, ad testatoris proprias ex iure Quiritium pertinentium, aut fungibilium quidem, quae tamen ad minimum tempore mortis in eius dominio erant, specificè legatarum, a tempore aditae hereditatis ad legatarium ipso iure transibat, qui itaque legatum, seu rem specificè legatam, per actionem in rem, non ab herede solum, sed quoque a tertio forsitan possessore, vbi eam inueniebat, semper et omni casu ipso iure vindicabat, ita vt nulla antecedens traditio, aut missio in rem, necessaria esset legatario ad producendam hanc actionem realem. Sicuti autem legata per praecptionem, formulis verborum: *heres praecipito: praecipuam accipito,* relicta, inter solos coheredes obtinebant, extraneo autem, non heredi, eiusmodi legatum relinqui non poterat, et sic coheres legatarius rem eiusmodi relictam a coheredibus per actionem familiae eriscundae petebat: ita legata per damnationem, formulis verborum: *heres damnas esto dare: dato, facito: eum dare, facere iubeo:* relicta intuitu rerum quarumlibet, etiam quae non erant testatoris; et sinendi modo, per formulam: *heres sinito legatarium sumere, vel habere:* relicta, intuitu rerum propriarum testatoris vel heredis, solum actionem personalem ex testamento, contra heredem

B oneratum



oneratum instituendam, legatario tribuebant. Conf. hic, qui omnia, licet breuibus, tamen dilucide exponit HEINECC. in *element. iur. ciu. secundum ord. inst. §. 603 et 604 ibique adl.* Nullum itaque in his legatis per damnationem, aut sinendi modo relictis ius reale s. in ipsam rem legatam, multo minus pignoris ius in reliquas res hereditarias, ergo nec hypothecaria actio contra heredem, vel extraneum, rerum hereditariarum possessorem, sed sola, et vnica actio personalis ex testamento, et quidem si plures coheredes, vno eodemque legato grauari, contra quemlibet eorum pro rata, per *L. 33. pr. D. de legat. 2.* iure veteri romano anteiustiniano, competeat legatario. Nec obstant hic verba Papiniani in *L. 4. §. 1. D. de separat.* quae legatariis in genere causam pignoris adiudicant, quia monente iam VINNIO in *comment. ad Inst. tit. de legat. §. 2. ad verb. et per hypothecariam*, ipsa verba *L. adl. i. L. 1. §. 3. D. eod.* docent, hanc sententiam Papiniani acceptandam esse de specie pignoris praetorii, quod iure separationis creditores hereditarii in bonis defuncti habent, et post hos in eo, quod superest, legatarii, qui separationem impetrauerunt, non per se, sed per impetratum beneficium separationis.

Et quidem in legatis per damnationem, aut sinendi modo, pure relictis, quia dies eorum in legatis ad heredes transmissibilibus statim a momento mortis cedebat, et a tempore aditae hereditatis veniebat *L. 5. §. 1. D. quand. dies legat. L. vn. §. 1 et 5. C. de caduc. toll.* in mere personalibus autem a momento aditae hereditatis et cedebat, et veniebat: *L. 2. 3. 8 et 9. D. quand. dies legat. L. vn. §. 2. D. quand. dies usufr. leg. L. vn. §. 6. C. de caduc. toll.* et hinc legatarius statim adita hereditate per actionem personalem ex testamento experiri poterat contra heredem, satis quoque securum reddebat legatarium in legati perceptione sola haec actio personalis ex testamento, licet alia actio realis illi non competeret, multo minus hypothecaria. In legatis autem ex die, vel sub conditione relictis, quia eorum dies pendente die vel conditione nec cedebat, nec veniebat, et donec existat, legatum manebat penes heredem, hinc facile contingere poterat, vt voluntas testatoris in legato relinquendo declarata, et spes legati legatario adquisita, per dilapidationem bonorum ab herede factam interverteretur, duplex securitatis remedium veteres leges romanae anteiustinianae concedebant, et introducebant in fauorem et vltimarum voluntatum, et legatario-
rum.

rum. Aut enim ipsi testatori permitteretur in testamento suo, ad eo magis firmandam suam ultimam voluntatem in fauorem legatariorum disponentem, et eo melius fulciendam legatariis donatam spem adquirendi legatum, ius pignoris expressis verbis constituere legatariis, vel generale, in omnibus a se relictis rebus hereditariis, vel speciale intuitu certae alicuius rei ad heredem peruenientis, per *L. 26. D. de pignorat. act. L. 1. C. comm. de legat.* ibique verba: *cum enim iam hoc iure nostro increbuit, licere testatori hypothecam rerum suarum in testamento, quibus voluerit dare, add. L. 12. D. de aliment. vel cibor. legat. quo in casu, existente postea die vel conditione, legatarius legatum petebat non solum per actionem personalem ex testamento ab ipso herede, sed et illi licebat actione hypothecaria uti contra extraneum non solum, sed et ipsum heredem, rerum in testamento oppignoratarum possessorem, ut legati sui particeps actu fiat, et illud adquirat. Aut, si haec oppignoratio expressa a testatore in ultimo elogio legato non adscripta, leges romanae veteres legatariis dabant facultatem ab herede exigendi satisfactionem, se, conditione existente, vel veniente die, legata bona fide praestitutum esse. *L. 1. pr. et §. 2. D. ut legat. seu fideic. seruand. quae si, exacta a legatariis, non praestabatur ab herede, legatarii mittebantur a praetore in bona hereditaria, licet etiam minima res solum modo legata sit: L. 5. §. 5. seqq. D. ut in poss. legat. L. ult. D. eod. non vero in ipsius heredis bona, nisi dolo fecerit, quo minus res in causa hereditaria maneat, vel etiam per sex menses ab herede in satisfactione, seu ipsa praestatione legati, cessatum fuerit: L. 5. §. 14-17. D. eod. Quae missio in bona hereditaria a praetore facta, legatariis missis ius pignoris praetorium, et hinc quoque actionem hypothecariam concedebat contra quemlibet possessorem rei hereditariae, iure pignoris huius praetorii affectae, et extraneum, et heredem, testante *L. 5. pr. D. eod. L. 3. et 5. C. eod. quae tamen actio hypothecaria non competebat, nisi actu ventum fuerit in possessionem: L. 26. §. 1. D. de pignorat. act.***

Ita res sese habebat cum legatariis, et postea quoque fideicommissariis, quibus legata relicta erant per damnationem, aut sinendi modo, absque pignore expresso a testatore in testamento constituto, et ad hanc dispositionem iuris veteris quoque se refert imperator in verbis initialibus *d. L. 1. C. comm. de legat.* quando dicit: *cum hi, qui legatari*

tis vel fideicommissis honorati sunt, personalem actionem, plerumque (i. e. excepto legato per vindicationem relicto, ubi et praeterea actio rei vindicatoria competit, aut per praecceptionem constituto, ubi ipsa actio familiae erciscundae iam securum reddebat legatarium) habere noscuntur: quis vel vindicationis, vel finendi modo, aliorumque generum legatorum subtilitatem prono animo admittat, quam posteritas optimis rationibus usu nec facile suscepit, nec inextricabiles circuitus laudavit? quis in rem missionis scrupulosus utatur ambagibus. His ipsis claris atque perspicuis suis verbis legislator satis dilucide exponit rationem sese mouentem ad publicandam et promulgandam subsequenter suam nouam constitutionem, ut praecisissis inextricabilibus et scrupulosis ambagibus iuris veteris, meliori et breuiori via satis securum reddat quemlibet legatarium et fideicommissarium in percipiendum et acquirendo legato a testatore relicto. Sublato enim dominio quiritorio per *L. vii. C. de nud. iur. quirit. toll. et L. vii. C. de vsucup. transf.* sublata ipsa solemnitate verborum formulari in dispositionibus vltimarum voluntatum, per *L. 15. C. de testament.* quae est ipsa illa constitutio, ad quam prouocat textus §. 2. *Inst. de legat.* quando penitus sublata esse solemnitate huiusmodi verborum ex constitutionibus principum asseritur; cessabant ipsa illa legata per vindicationem, per damnationem, finendi modo, aut per praecceptionem relicta, ac in omnibus omnino legatis, nisi species quaedam singularis testatori propria pure legata, cuius dominium recta via transibat, et ipso iure, a tempore mortis ad legatarium: *L. 19. §. 1. D. quomadm. seruit. amitt. L. vlt. D. de seruit. legat. L. 30. D. de legat. 2. L. 64. de furt.* et hinc eam vindicabat legatarius; aut nisi propter legatum legatario vel fideicommissario pignus expressum in testamento adscriptum, aut per impenetratam a magistratu immissionem in bona hereditaria, ad heredem oneratum spectantia, pignus praetorium aduersum, quibus in casibus actio hypothecaria legatario prospectum erat, sola obtinebat actio personalis ex testamento contra heredem oneratum ad legatum persequendum. Sed saepe numero species testatori propria legatario vel fideicommissario in testamento pure relicta culpa heredis interibat, et sic vindicatio eius cessabat, licet pretium et aestimationem rei legatarius vel fideicommissarius propter culpam concurrentem exigeret. Raro testator ipse pignus expressum in testamento legato seu fideicommissio adiciebat.

adiciebat. Potius nonnumquam ipse testator cautionem legatorum
 nomine praestandam heredi remittebat, et hinc eo ipso pignus praetori-
 um per immisionem in res hereditarias impetrandum impediatur.
L. 12. L. 18. pr. D. ut legat. seu fideicommissi. seruandor. L. 1. pr. D.
L. 2 et 7. C. ut in poss. legat. omnibus itaque hisce casibus, et hinc
 plerumque legatariis et fideicommissariis sola actio personalis relinque-
 batur, quae tamen eos non satis securos reddebat in actuali adquisitio-
 ne legati. Immo et in ipso pignore praetorio, per immisionem in
 bona hereditaria legatariis et fideicommissariis constituendo, *multae et*
scrupulosae ambages in rem missionis insuperabilibus vexis et difficulta-
 tibus praegrauabant impetrantes, immo saepe in totum oblabant.
Restius hinc, ac melius legatariis ac fideicommissariis honoratis con-
 sultum fore, *consecrat imperator, in rem quidem missionem penitus abo-*
leri, loco eius autem, ne ipse radicata ex testamento acquirendi in-
 terueretur personis honoratis, et sola actione personali illis relicta,
 dubia redderetur, *omnibus tam legatariis, quam fideicommissariis unam*
naturam imponere, et non solum personalem actionem praestare, sed et
in rem, quatenus eis liceat eandem res, siue per quodcumque genus legati,
siue per fideicommissum fuerint derelictae, vindicare in rem actione insti-
tuenda, quando scilicet species testatori propria pure relicta, et hinc
 dominium ipso iure translatum, *et insuper*, non in hoc casu solum,
 sed et in omnibus omnino legatis et fideicommissis, *utilem seruiciam*
i. e. hypothecariam super his, quae fuerint derelictae, in res mortui, i. e.
 res hereditarias a deiuncto relictas, et in heredem translatas, *praestare.*
 Licet enim alias hypotheca non, nisi a domino, regulariter constitui
 possit, ad minimum eius praecedente consensu, tamen ad seruandam
 dispositionem vltimarum voluntatum, et propter fauorem earum
 in legibus sat notabilem, ut vltimis dispositionibus hominum, tanquam
 sacris elogiis, exacte satisfiat, nec defraudentur in illis honorati spe si-
 bi adscripta, aut praegrauentur in modo acquirendi commoda a testa-
 tore donata, *iure romano veteri non solum iam increbuit, licere testato-*
ri hypothecam rerum suarum in testamento, per expresse insertam clau-
 sulam, quibus voluerit dare: sed et praeterea iterum nouellae constitu-
 tiones in multis casibus et tacitas hypothecas introauerunt, vnde nec
 abs re est, etiam imperatorem in praesenti casu hypothecariam donare
 actionem, quae etiam nullo verbo praecedente possit ab ipsa lege induci.

Idque eo magis, quia non in praedictum domini, seu testatoris, sed ad sustinendum vitium eius elogium tendit tacita haec legibus introducta hypotheca. Si enim testator ideo legata vel fideicommissa reliquit, ut omnimodo personae ab eo honoratae ea percipiant, eo ipso iam apparet, praefatas actiones contra res testatoris esse instituendas, licet etiam testator hypothecam in testamento non constituerit, ut omnibus modis voluntati eius satisfiat, et praecipue, cum talia sint legata, vel fideicommissa, quae pijs actibus sunt deputata. Immo, quia hoc tacitae voluntati ipsius testatoris consentaneum videbatur, et haec disponit imperator non tantum, si ab herede fuerit legatum derelictum, vel fideicommissum, sed et si a legatario vel fideicommissario, vel alia persona, quam, quia honorata est a testatore, et lucrum in illam translatum, quod non acquirere valet, nisi et voluntatem testatoris agnoscat, gravare fideicommissum possumus, fideicommissum cuidam relinquatur. Nec hoc in casu; et propter hanc hypothecam tacitam ac legalem in rebus hereditariis ad oneratum peruenientibus, cum ratione queri potest oneratus heres aut legatarius, cum enim non aliter valet, nisi aliquid lucri adferat ei, a quo derelictum est, nihil est grave, etiam adversus eum non tantum personalem, sed etiam in rem, et hypothecariam extendere actionem in rebus, quas a testatore consecutus est. Quod, ut eo clarius exponat, et probatum det nomotheuta nosser, rationem ulteriorem ad legat, quia haec hypotheca legalis et tacita, legatariis et fideicommissariis honoratis per novam hanc legem immediate constituta, et actio exinde praeter actionem personalem profluens hypothecaria contra heredem vel legatarium ipsum concessa, non res ipsas heredis vel legatarii afficit, easque pignoris iure gravat, sed datur solummodo contra eum, quatenus res, a defuncto testatore in eum collatas, et titulo lucratiuo translatas, possidet, non autem quatenus res possidet proprias, et hinc contra gravatum heredem vel legatarium eatenus tantum locum inuenit, quatenus ex hereditate defuncti res accepit, et ex ipsa hac testatoris ultima voluntate iam sic, etiam non concessa actione hypothecaria, personali actione conveniri potest. Eum in finem imperator suae constitutioni adiecit verba finalia: *In omnibus autem huiusmodi casibus in tantum et hypothecaria vnumquemque conveniri volumus. in quantum personalis actio adversus eum competit: i. e. quatenus rem possessam, propter quam, et ad quam persequendam actio haec hypo-*

hypothecaria contra eum instituitur, tanquam heres defuncti testatoris, non aliunde adquisiuit: *et hypothecam esse, non ipsius heredis, vel alterius personae, quae grauata est fideicommisso, rerum, sed tantummodo earum, quae a testatore ad eum peruenerint.*

In explicatione itaque adaequata, et verae intentioni legislatoris consentanea, verborum huius constitutionis imperatoriae: *In omnibus autem huiusmodi casibus in tantum et hypothecaria vnumquemque conueniri volumus, in quantum personalis actio aduersus eum competit: minime ea disiungenda sunt, et extra contextum separanda a proxime subsequenti: et hypothecam esse non ipsius heredis, vel alterius personae, quae grauata est fideicommisso, rerum, sed tantummodo earum, quae a testatore ad eum peruenerint.* Id quod si rite obseruetur, aut fallor egregie, aut naturali quoque consequentia exinde fluit, intentionem nomotheutae in verbis adductis, quibus hanc actionem hypothecariam contra heredem, vel legatarium oneratum non ultra competere tradit, quam in quantum actio personalis aduersus eum competit, non eo directum fuisse, ut indolem huius actionis hypothecariae realis contra essentialem naturam hypothecae, et hypothecariae actionis, restringeret, et, licet hypothecaria sit haec actio legatariis ac fideicommissariis honoratis per ius pignoris legalis nouiter constitutum concessa, hinc detur ad traditionem rei oppignoratae a reo possessae, donec intuitu totius debiti satisfactum sit: *L. 16. pr. §. 3 et 4. D. de pignor. et hypoth.* tamen heredibus ac legatariis oneratis, per hanc actionem pulsatis ius concederet, ut instituta quamuis iam actu hac actione reali, tamen solutione suae ratae hereditariae se liberare possint a traditione rei oppignoratae a se possessae, et ratione residui ex legato debiti actorem delegare ad alium coheredem vel collegatarium eodem legato vel fideicommisso grauatum. Quod ante actionem hypothecariam contra se tanquam possessorem rei hereditariae motam illi liceat, solutione voluntaria ratae suae se, ac res sibi ex hereditate delatas liberare ab hoc onere pignoratitio legali, et exinde oriunda actione hypothecaria, concedo quidem *VOETIO in comment. ad D. tit. de legat. §. 41.* quia tunc pro sua parte iam ante actionem motam voluntatem testatoris impleuit, et hinc iam ante actionem motam nexus pignoratius intuitu rerum sibi ex hereditate delatarum sublatus est. Sed minime hoc obtinet actione hac hypothecaria contra se in iudicio iam actu mo-

ta.



ta, ubi ex principiis iurisprudentiae generalioribus notissimis longe alia rerum facies se exferit, et ius auctori per electionem et actionem actu motam semel quaesitam non iterum eo invito tolli potest. Perpensum quidem modum, uti verba §. 2. *Inst. de legat.* habent, i. e. restrictam qualitatem huius hypothecae per novam legem introductae, et actionis exinde permanens hypothecariae in ipso tenore huius constitutionis ponere voluit nomenclator, sed non eo modo restrictam qualitatem, non ea ratione perpensum modum, sicuti communis opinio in forum contra voluntatem legislatoris irrepens, ex verbis adductis, extra contextum tortis fingere studet. Eo potius duntaxat tendunt verba legislatoris saepius iam adlegata, ad eum finem solummodo dirigitur intentio nomenclatoriae hisce verbis determinata, ut i) praecaueat, ne forsitan hoc pignoris taciti ius nova hac lege, loco veteris missionis in bona hereditaria, scrupulosis et maximis ambagibus involutae, introductum, et ex favore ultimarum voluntatum omnibus indistincte legatariis et fideicommissariis in securitatem sibi relictorum concessum, contra intentionem legislatoris extenderetur adversus creditores ipsos defuncti testatoris tam, quam, in respectu ad res heredis et legatarii proprias, adversus ipsius heredis creditores. Hincque dicit, hanc actionem hypothecariam non ultra competere, seu ius hoc pignoratitium hac actione persequendum a legatariis ac fideicommissariis honoratis adlegari non posse ulterius, quam in quantum actio personalis contra heredem vel legatarium oneratum competit, quae actio personalis prius non nascitur, nisi antea omnibus defuncti testatoris creditoribus plene satisfactum sit ex massa hereditatis, et ultra vires hereditatis in se, aut ut in fraudem suorum creditorum, rebus et bonis hereditariis forsitan dilapidatis, ex propriis bonis legata heres praestet, contra heredem non datur. Hinc rationem thesicos antea generaliter positae legislator ipsis verbis addit: *quia haec hypotheca non est ipsius heredis, aut alterius personae, quae gravata est fideicommissum, verum, sed tantummodo earum rerum, quae a testatore ad personam oneratam pervenerunt.*

Cum DD. hac in controuersia de vera explicatione horum verborum legalium res mihi est, qui absque analogia iuris ex sola auctoritate suam interpretationem defendunt. Optima itaque ratione hanc meam explicationem corroborare possum verbis

verbis ipsius doctoris, quem ex sua parte alias adlegare solent. Ita enim ipse *VOETIVS l. c. tit. in quib. caus. pign. tac. contrah. §. 21.* haec verba controuersa sequentibus exponit. *Non ea vis est huius hypothecae, quod tum legatarii, tum fideicommissarii exercere possint praelationis ius in bonis defuncti aduersus defuncti ipsius creditores, cum in aperto sit, et veteri et nouo iure nec legata nec fideicommissa praestanda esse, nisi postquam omnes dimissi fuerint defuncti creditores - - sed potius quod creditoribus heredis anteponendi sint, in defuncti rebus, si forte ita obaeratus sit, ut bona defuncti, mixta bonis heredis, non suffectura sint acri alieno defuncti, et heredis, ac legatorum obligationi. Unde sicut legatarii omnibus postponendi sunt defuncti creditoribus, ita ex aduerso omnibus heredis, aut restituere rogati creditoribus, licet hypotheca generali expressa, vel legali munitis, potiores sunt, quippe quibus nihil ex patrimonio defuncti cedere debet, quamdiu inde legatariis ac fideicommissariis satisfactum non est. - - Sed quia heredis ipsius bona hoc pignoris legalis vinculo legatariis deuincta non sunt, iuxta finalia verba *L. 1. adl. non dubium* videtur, quin et, quantum ad illa bona attinet, omnibus heredis creditoribus, tam hypothecariis, quam chirographariis priuilegiatis postponi debeant, concursuri tantum cum simplicibus chirographariis, tanquam qui et ipsi tantum simplices personales creditores sunt, heredem quippe ex quasi contractu, aditione hereditatis, sibi habentes obligatum.*

Non satis certe scio, an et in hac mea explicatione verborum contentientem adlegare possim *DONELLVM in comment. ad L. 1. C. adl.* Ad manus non habeo *Donellum*, et has meditationes conscribens bibliotheca tam publica, quam priuata destitutus, eum ipsum consulere non possum. Si tamen hariolari mihi liceat, ex verbis *VINNII in comment. ad Inst. tit. de legat. §. 2. in f. vbi* contendens de singulari indole huius actionis hypothecariae, quod illa inter plures coheredes eodem modo, vt actio personalis, ipso iure diuisa sit, denique addit: *DONELLVS tamen nihil in hoc putat esse singulare: in d. L. 1. n. 12.* eum tanquam contentientem eatenus colligo, quia scilicet hoc non singulare est, sed ex natura actionis hypothecariae per se fluit, quod ultra obiectum pignoris extendi non possit.

Eum in finem porro 2) legislator haec verba, saepius adducta, de quorum adaequata interpretatione nobis sermo est, constitutioni

C

suae

suae inferuit, vt ostenderet, hoc pignus legale, in fauorem vltimarum voluntatum, et omnium omnino legatariorum ac fideicommissariorum, nouiter per legem introductum, extendi non debere ad omnes omnino res hereditarias a defuncto relictas, sed ad eas potius solum restringendum esse ex intentione nomothetae constituentis res hereditarias, quae ad ipsum heredem vel legatarium, huius legati solutione grauatum, ex defuncti legantis hereditate peruenerunt, hincque haec actio hypothecaria, legatariis et fideicommissariis honoratis concessa, contra coeteros heredes et legatarios non grauatos, et solutione huius legati non oneratos plane locum non inuenire, licet etiam possideant res hereditarias eiusdem defuncti testatoris, quia contra eos ex hoc legato actio personalis ex testamento non datur. Iterum in hac mea vltiori explicatione verborum consentientem inuenio VOET. l. c. tit. de legat. §. 41. quando scribit: *Si vnus ex pluribus heredibus integri legati praestatione oneratus sit, non aliae res intelligi debent hac hypotheca legali affectae, quam quae ad heredem grauatum a defuncto peruenerunt, non item aliae, quae coeteris grauati coheredibus quaestiae sunt. Quorum omnium ea ratio est, quod actione personali ad praestandum legatum vel fideicommissum conueniri non potest, nisi qui a testatore grauatus est - - nec pro his, qui soluendo non sunt, coheredes coeteros competit, non vltra datur contra heredem, quam quatenus actione personali compelli possit, ad legatorum praestationem: cum imperator de hac legali hypotheca, pro legatis competente, definiert, IN OMNIBVS HISCE CASIBVS (quibus scilicet actio pro legatis datur) IN TANTVM ET HYPOTHECARIA VNVMQVEMQVE CONVENIRI, IN QVANTVM, ET PERSONALIS ACTIO ADVERSVS EVM COMPETIT: L. 1. in f. C. comm. de legat. Sicut ergo personalis actio competere non potuit in casibus superioribus aduersus heredes, qui non sunt grauati, aut quatenus non sunt grauati, - - quippe numquam nata - - ita nec hypothecaria actio, pari passu ambulans cum personali, legatorio aduersus tales permittenda fuit.*

Denique et 3tio imperator verbis illis saepius citatis, constitutioni suae insertis, hunc perpensum modum suae nouae constitutionis, et hypothecae legalis nouiter introductae, indicare laborat, ne haec hypotheca legalis, et actio exinde profluens hypothecaria extenderetur contra

contra eos coheredes et collegatarios grauatos, qui ante institutam et motam in iudicio a legatariis et fideicommissariis honoratis hanc actionem hypothecariam proprio iam motu, et libenter pro sua parte voluntati testatoris legantis paruerunt, solutione suae ratae intuitu legati eam impleuerunt, et hac soluta sua rata iam ante motam actionem res hereditarias sibi delatas a nexu pignoratitio huius hypothecae legalis liberauerunt, sed potius haec actio hypothecaria, quia tunc contra soluentem pro sua parte actio personalis ex testamento non amplius competit, licet etiam possideat res hereditarias sibi delatas, et olim hoc nexu pignoratitio deuinctas, sed iam solutione liberatas, contra eum in futurum non obtineat, et ille solum coheres vel collegatarius, qui pro sua parte nondum satisfecit legato iniuncto, et hinc adhuc tenetur actione personali ex testamento, ergo et pari passu ambulante actione hypothecaria, conueniri possit. Et hanc explicationem verborum ipse admittit VOETIVS l. c. ita mentem exponens: *Quorum omnium ea ratio est, quod actione personali ex testamento ad praestandum legatum, vel fideicommissum, conueniri non potest, nisi qui a testatore grauatus est, ac quatenus necdum paruit voluntati testatoris, nec pro his, qui soluendo non sunt, coheredes coeteros onerari oportet - - actio vero hypothecaria, quae pro legatis ex lege competit, non ultra datur contra heredem, quam quatenus actione personali compelli posset ad legatorum praestationem. - - Sicut ergo personalis actio non potuit competere in casibus superioribus aduersus heredes, qui - - - voluntatem testatoris pro sua parte iam impleuerunt, quippe - - per solutionem iam sublata, ita nec hypothecaria actio, pari passu ambulans cum personali, legatario aduersus tales permittenda fuit.*

Dum autem VOETIVS l. c. ut eius verba ipsa eum in finem a me ex charta in chartam conscripta, dilucide docent, has verborum legalium adductas explicationes ipse admittat, eamque intentionem a legislatore coniunctam concedat, nescio quo factum sit, quod nihilo tamen minus hic acutissimus legum romanarum scrutator, et exaltatissimus solidioris iurisprudentiae doctor, in castra descenderet Vinnii, Huberi, aliorumque illos sequentium, cumque his contra omnem analogiam iuris, et notissimas regulas hermeneutices iuridicae, singularem huius actionis hypothecariae, contra grauatos coheredes vel collegatarios

legatarios competentis, naturam defenderet, quasi per se, et ipso iure inter plures coheredes et collegatarios, eodem legato grauatos, tamen diuisa sit. Hoc enim a Voetio factum esse probabiliter ad minimum videtur ex verbis eius *in tit. ex quib. causis. pign. §. 21. in f. supra iam adlegatis*. Et quidem non miror HVBERVVM *in praelect. ad D. tit. de pignor. et hypoth. §. 8. in f.* hanc sententiam defendentem, quippe qui l. c. in genere pro diuiduitate actionis hypothecariae per se, et sua natura, ex fiscalis licet, et plane non ad rhombum quadrantibus rationibus, militat. Sed magis miror VINNIVM *in Comment. ad Inst. tit. de legat. §. 2. ad verb. et per hypothecariam*: qui licet admittat, et ex L. 65. D. de euiction. probet, actionem hypothecariam per ordinariam suam naturam esse indiuiduam, tamen hic ad exceptionem singularem intuitu huius specialis actionis hypothecariae verba imperatoris detorquere laborat. Et eo magis hac in sententia recedere a communi Ictorum opinione in exponenda et interpretanda hac clausula legi iudica, analogiae iuris consentaneum, ex sequentibus rationibus, iudico.

Sic enim a) illa explicatio verborum huius nouae constitutionis, qualem praesupponit communis Ictorum opinio, quae exinde deducere studet singularem huius actionis hypothecariae, contra ipsum coheredem vel collegatarium grauatum concessae, indolem, vi cuius contra plures ex aequo grauatos ipso iure diuisa sit, impingit contra ipsum essentialem conceptum actionis hypothecariae, quam tamen, praeter personalem ex testamento, concedere voluit imperator, hanc constitutionem promulgando, et hinc contraria manet omnibus principiis generalioribus interpretationis iuridicae. Sicuti enim in dubio credendum est, testatorem, ita et legislatorem, se verbis suis et dispositionibus conformare voluisse ad ius commune, et naturalem verborum atque actionum significatum et indolem: argumento *L. vii. C. de verbor. signif.* ita et verba legis nouae et correctoriae semper per regulas hermeneuticas eo modo interpretanda manent ex solidioris iurisprudentiae principiis, vt, quantum fieri possit, minimum recedatur a regula iuris communis, et natura actionum regulari: *argt. L. 43. pr. D. de vulg. et pupill. substit. cap. 8. x. f. de privileg.* nec ius singulare contra regulam iuris communis introductum vnquam in dubio admittit praesumendum restrictiua legis nouae correctoriae interpretatio, quam

corroborat *L. 14. D. de legib.* Iam autem, id quod notissimum est, natura atque essentia actionis hypothecariae in eo consistit, quod datur creditori pignoratitio contra possessorem rei oppignoratae, ad tradendam integram rem oppignoratam, donec de toto et integro debito satisfactum sit. Hinc totam afficit rem, hypothecae nomine constitutam, ita ut fundus hypothecae datus, etiam si forsan alluvione maior factus sit, tamen totus obligetur: *L. 16. D. de pignor. et hypoth.* et in vindicatione pignoris possessor, actione hypothecaria pulsatus, aut omnem pecuniam solvere, aut integram ac totam rem restituere teneatur: *d. L. 16. §. 3. D. eod.* immo pignoris persecutio in rem ipsam pariat creditori actionem: *L. 17. D. eod.* ut, qui pignori plures res accipit, non cogatur unam liberare, nisi accepto uniuerso, quantum debetur: *L. 19. D. eod.* Immo magis id adhuc elucebit ex ipsis verbis *L. 65. D. de euit.* quae expresse pignori *indivisam causam* tribuunt. Aut itaque haec verba constitutionis Iustinianae in *L. 1. C. adl.* vi quorum actio hypothecaria, legatariis et fideicommissariis honoratis indistincte, et contra dispositionem veteris iuris romani, aduersus plures coheredes aut collegatarios, solutione unius eiusdemque legati grauatos concessa, in tantum solum contra grauatum heredem et legatarium locum habere debet, in quantum et personalis actio aduersus eum competit, alia, et quidem supra determinata triplici ratione, interpretanda manent, non autem in eum sensum trahenda sunt, quasi actio haec hypothecaria contra plures coheredes, vel plures collegatarios simul grauatos ipso iure diuisa sit; aut aperte recederetur in explicatione horum verborum, contra omnem iuris analogiam, ab ipso ideali, et essentiali conceptu huius actionis hypothecariae, et ita fieret, ut imperator, qui legatariis et fideicommissariis honoratis, abolita propter scrupulosas ambages veteri missione in bona hereditaria, concedere voluit per correctionem iuris veteris actionem hypothecariam, re rectius pensitata eam non concederet, et loco intentionis, per abolitionem veteris in bona missionis meliorem reddendi eorum conditionem, magis eam deteriore redderet, nomen sistens actionis, quae non competeret. Immo tunc vtique ad hoc quoque pignus legale nouiter introductum quadrarent verbo MARCIANI ICI in *L. 16. §. 3. inf. de D. pignor. et hypoth.* Nam si tanti solum condemnatus esset, quantum pro sua parte deberetur, quid prodesset in rem actio, cum et in personam agen-



do, in primis adhibito beneficio separationis, *idem consequeretur.*

Inmo multo magis adhuc b) certior fio, de restringenda horum verborum *d. L. 1. C.* interpretatione ad casus supra a me adlatos, minime gentium autem extendenda ad eum casum, quod et haec actio, licet in se hypothecaria, ex singulari sua indole, contra plures coheredes vel collegatarios simul grauatos ipso iure diuisa esse debeat, quando confidero ipsorum dissentientium sententiam de eo casu, vbi eiusmodi res hereditaria, pignoris huius legalis generalis obligatione deuincta, ab vno coheredum, in quem dominium eius, et possessio in diuidenda hereditate transfertur, per alienationem in tertium extraneum possessorem translata, et tunc contra hunc tertium possessorem, non autem contra ipsum heredem, a legatario, vel fideicommissario honorato ad persequendum suum legatum haec actio hypothecaria instituitur. Id enim, quod fieri possit, euincit ipso *VOETIVS l. c. tit. de legat. §. 42.* Idem tunc illud remedium, ex eodem illo legalis pignoris generalis iure, in hac *L. 1. C. cit.* introducto, originem ducens, admittunt contra tertium possessorem indiuisam habere causam, quod tamen contra ipsum heredem possessorem ipso iure diuisum esse contendere volunt. Nullam hic rationem differentiae adaequatam perspicere valeo. Et si verum sit, quod indubie verum est, et a nemine contradicatur, quod res hereditaria ab vno heredum alienata ad tertium non nisi cum suo onere, iam tempore alienationis imposito, non autem cum maiore, transeat, sequitur quoque necesse est, quod actio haec hypothecaria, quae contra coheredem alienantem ipsum, propter diuisam pro rata hereditaria pignoris causam, ipso iure diuisa, et pro rata solum competit, etiam contra tertium extraneum possessorem, in quem cum sua, non autem grauiori causa translata est res, propter eandem illam diuisam manentem pignoris causam, ipso iure diuisa esse debeat, et pro rata hereditaria alienantis solum institui possit. Quod tamen ipsi omnes, communi contrariae opinioni addicti, defendere non satagunt, et hinc in iure singulari absque lege sibi ficto, iterum ius singulare fingere tenentur.

Novam c) rationem memet mouentem, ne accederem castris communis huius Ictorum opinionis, ipse *VOETIVS l. c. tit. de legat. §. 42.* licet inuitus, mihi suppeditat. Nam ipse Iustinianus in *d. L. 1. C.*

C. comm. de legat. monet, pignus hoc legale generale nouiter constitutum ideo a se introductum esse, ut legatarii sine scrupulosis missionis in rem ambagibus, tamen eodem modo, eadem ratione, ac per in rem missionem veterem, possint esse securi. Ut itaque, binis, hoc pignus legale in locum veteris missionis in rem abolitae succederet. Iam autem antea ex missione in possessionem legatorum nomine missus consequebatur ius pignoris praetorii pleni atque completi in rebus, in quas missus erat, hereditariis. *L. 3. C. ut in possess. legat.* ita ut missus postea urgente iudex providere deberet, ut post acceptum pignus satisfiat voluntati defuncti: *L. 5. C. eod.* et hinc legatum integrum, non autem pro rata hereditaria solum, praestetur, cum omnibus fructibus et expensis. In primis quia tunc illo, contra quem missio impetrata fraudationis causa latitante, praetor iubebat vendi bona missa. *L. 7. §. 1. D. quib. ex caus. in possess.* et tunc ad exemplum edicti bonorum poterat possessionem impetrare, et non prohibebatur tempore transactionis venditionem rerum postulare a competente iudice: *L. 9. C. de bon. auct. iud. possid. et venum.* Nec legatarius, qui per missionem impetratam plures pignori res acceperat, cogebatur vnani liberare, nisi accepto vniuerso, quod debebatur: *L. 19. D. de pign. et hypoth.* hinc integro accepto legato cum fructibus atque expensis, non autem parte solum pro rata hereditaria accepta. Eodem modo ergo et hodie, post *L. 1. C. cit.* legatarius persequitur hoc pignus legale generale, loco missionis in rem a Iustiniano introductum, et monente ipso imperatore cum veteri missione in rem, abscissis solum scrupulosis ambagibus, pari passu coetoroquin quoad effectum ambulans, et instituta semel contra vnum coheredum grauatorum, qui possidet rem oppignoratam ex pignore generali ab actore electam, hypothecaria hac actione, ipsam integram rem legatarius agens persequitur, nec eam liberare tenetur, nisi vniuerso legato accepto, non autem solutione pro parte hereditaria facta, licet etiam alias haec actio hypothecaria in tantum solum obtineat, et afficiat res hereditarias, in quantum actio personalis competit, hinc coetorum heredum non grauatorum res hereditarias, uti et res hereditarias eorum coheredum grauatorum, qui iam ante motam hanc actionem hypothecariam solutione suae ratae voluntatem testatoris in exsoluendo legato impleverunt, sicque suas res ab onere pignoris liberauerunt, propter cessantem tunc vtroque casu actionem



actionem personalem ex testamento, non adficiat, nec contra eos locum habere possit.

Denique et d) monente iterum expressis verbis in *d. L. 1. C.* imperatore Iustinianus nomotheuta eo minus dubitabat, eo magis commouebatur ad inducendum, nullo licet verbo praecedente, ex ipsa lege hoc pignus tacitum generale, et donandam legatariis et fideicommissariis quibuscunque hanc actionem hypothecariam contra ipsum heredem et legatarium grauatum, hinc et contra plures coheredes et collegatarios grauatos, quia et iure iam veteri romano anteiustiniano testatori licebat hypothecam rerum suarum in testamento dare, quibus voluerit. Ad instar itaque, ad exemplum, ad imitationem huius hypothecae expressae legatariis et fideicommissariis honoratis a testatore in testamento ratione legatorum constitutae, et hanc tacitam ac legalem hypothecam introducebat legislator, quae ergo et, donec aliquid expresse doceatur correctum et in contrarium restrictum, in dubio autem non praesumendum, cum ipsa illa a testatore expresse constituta pari passu ambulat, atque ex intentione legislatoris ambulare debet. Iam autem VINNIUS in *comment. ad Inst. l. c.* ipse concedit, singularitatem hanc, quod actio hypothecaria contra heredes plures grauatos ipso iure diuisa sit, et pro parte hereditaria contra singulos possessores rerum hereditarium solummodo competat, in pignore expresso a testatore constituto non obtinere et potius credendum esse, testatorem se conformare voluisse ad ius commune et naturam pignoris: *argum. L. ult. C. de verb. signif.* Ergo et hoc, donec probetur expressa correctio in lege hac in parte facta, nec in actione hypothecaria obtinere debet, quae ex tacito et legali pignore a Iustiniano introducto oritur. Nec in contrariam hic, ad probandam hanc expressam correctionem, cum legali ratione prouocari potest ad verba legis in contrarium adlegari solita. Qui enim hoc facit, reuera circulum committeret in probando, et re rectius perpenfa, verba haec adlegata ita esse explicanda, probaret exinde, quia haec verba ita explicari debent.

Hic itaque ex rationibus supra adductis, his ex argumentis, si quid in me iudicii, quod alias iudico, quam sit exiguum, lat sufficientibus commotus non possum adfentire adductae communi Ictorum opinioni, eamque cum lege ipsa in toto contextu sumta, aut analogia iuris conciliare non valeo sententiam, quod haec actio hypothecaria ad
per-

persequendas res tacite oppignoratas legatariis et fideicommissariis honoratis contra ipsos coheredes et collegatarios grauatos competens, inter plures coheredes aut collegatarios, quorum nemo voluntati testatoris in exsoluendo legato huc dum paruit ipso iure diuisa sit, ita vt vnus eorum actione hac hypothecaria contra se, tanquam possessorem rei ad pignus generale tacitum et legale pertinentis, mota solutione ratae suae rem possessam liberare, et ratione residui actorem ad separatam actionem contra coeteros coheredes aut collegatarios, similiter huius legati onere grauatos, repellere possit, licet concedam eam actionem, quia vnumquemque solummodo conueniri posse in tantum vult imperator, in quantum actio personalis contra eum competit, in tantum solummodo contra vnumquemque heredum aut legatiorum obtinere, in quantum ex testamento contra eum per actionem personalem legatarius agere potest, ita, vt nec contra alios heredes aut legatarios, solutione huius legati plane non grauatos, aut contra grauatos quidem, sed qui ante actionem hypothecariam motam res hereditarias sibi delatas solutione suae ratae iam a nexu pignoratio liberauerunt, aut denique propter res ipsius heredis, numquam detur.

Nec infocundam, aut non pragmaticam hanc obseruationem quis dicebit, quando assero, obseruationem hanc mihi suppeditasse discursum amicum cum amico habitum de casu in actis forensibus obuio, vbi plures coheredes immobiles res hereditarias omnes, sola rata pecuniaria pro suis partibus contenti, vni coheredi in diuidenda hereditate extrajudicialiter cedebant, et postea moto concursu contra eum coheredem, cui bona immobilia hereditaria omnia cessa erant, pium corpus in termino liquidationis profitebatur legatum in defuncti patris testamento sibi relictum, et prouocando ad ius separationis pignus hoc legale vrgebat, et iam quaestio oriebatur, an pium corpus contentum esse debeat in concursu cum solutione ratae, reseruato regressu ratione residui contra coeteros coheredes, qui, si non essent non soluendo, ad minimum maxime difficiles erant conueniendo, ita, vt hypothecae persecutioni exceptio excussionis non obstaret.

Ipsam autem hoc exemplum et satis docebit, qua cautela solidioris iurisprudentiae cultori opus sit in diiudicandis communibus sic dictis Ictorum opinionibus; qua sollicita cura et in docendo et in discendo praecauere debeat praeciudicium auctoritatis, quod, omissa debita

D

ipsum

ipsarum legum ponderatione, in deuias insensibiliter deducere potest, et errores in decidendis obuiis causis vere pragmaticos, quantaque diligentia themidis sacerdoti opus sit in hisce scopulis euitandis. Eoque magis operae pretium duxi praemittendi hunc praeliminarem discursum principali meo fini hisce paginis dicato.

Propensissima enim POTENTISSIMI REGIS SVECORVM voluntas, et clementissimum REGIAE MAIESTATIS decretum, subiectissima veneratione, quousque spiritus hos meos regit artus, pioque pectore a me venerandum, gratiosissime memet vocando ad Gryphicas musas, munus publici docentis, et professoris iuris ordinarii, in hac musarum sede indulgentissime mihi demandando, et officium simul concedidit publice pragmatice exponendi cupidae legum iuuentuti, quae in hac nostra academia themidis militia stipendia faciunt, legitimae scientiae sacra. Hoc igitur publicum munus gratiosissime in me collatum exigit a me, vt, quousque vires sufficiant, eo intenderem meos labores, quo, quantum humeri valeant, solidioris iurisprudentiae veritates naturali et systematico ordine exponentur illis, qui sacris iustitiae in republica se dicare, eumque in finem academicis studiis se praeparare cupiunt, vt Deo et reipublicae in posterum vtiliter inferuire valeant.

Iam autem omnes, qui ex ICtorum cohorte de methodo tractandi iurisprudentiam meditationes exposuerunt, inter quos pro praesenti nostro scopo maxime conspicuos hic adlegare sufficit MARG. ANT. MVRETVM in oratione: *de doctoris officio, deque modo iurisprudentiam docendi*: Vol. I. orat. 17. edit. Kapp. HINR. CHRIST. L. B. DE SENCKENBERG in *dissertat. de iurisprudentia, certa methodo tractanda*: Giess. 1742 vt et tr. *de methodo iurisprudentiae*: Francof. ad Moen. 1756 edito IOH. STEPH. FÜTTER in *prodomo de methodo vniuersae iurisprudentiae priuatae, speciatim iuris germanici*: praemisso eius conspectui iuris germanici priuati, nouo *systemate tradendi*: vt et in *dem neuen Versuch einer juristischen Encyclopädie und Methodologie* Gött. 1767. et qui viam ab his stratum colere incepit EBERH. HABERNICKEL in *comment. praelimin. de methodo vniuersi iuris priuati, quo per germaniam vtimur*: praemissa suis *element. iur. rom.* Gött. 1757. in 4to edit. in eo conueniunt, succinctisque rationibus probant, quod iurisprudentiae pertractatio, quo ad solidam eius cognitionem perueniatur,

tur, ita fieri debeat, vt praesupposito solido fundamento, in studiis fundamentalibus, ipsa iurisprudentia positua diuidatur in partes suas naturales et necessarias, nec vlla pars illius exponatur, nisi antea iam satis imbuto studiis tam subsidiariis, quam iis scientiis, quae fundamenta suppeditant veritatibus in hac parte iurisprudentiae tractandis necessaria; vt autem simul methodus pura praefereuda maneat methodo per differentias, et hinc singula iura, Icto in Germania scitu necessaria sigillatim exponantur, eaque ex ratione primus locus vindicetur iuri romano, quippe cuius ad intelligentiam nullum aliud requiritur iuris positui studium; tunc demum, via interim per historiam germaniae pragmaticam parata, hoc exciperent patria iura, seu quod vocant ius germanicum: et denique tertium locum occupet ius canonicum, idque praesupposita, quantum satis est, historia ecclesiastica, speciatim hierarchiae romanae, sic tractandum, vt legitimum systema solius proprie sic dicti iuris canonico pontificii, vti adhuc inter catholicos valet, formetur, et iterum seorsum tractetur ius evangelicorum ecclesiasticum. Quo facto postremo omnium loco componi posset iurisprudentia communis tam publica quam priuata, quae hodiernum in Germania valet. Et licet deficientibus haecenus systematibus atque compendiis secundum regulas huius methodi elaboratis, docente ipso PÜTTERO in cit. *Encyclopaedia et Methodologia*: §. 172 et 173, non omnia hic pro statu cursus academici in iurisprudentiae cultura haecenus recepti, satis exacte quidem obseruari possint, eo tamen laborandum manet docentibus, vt et pro praesenti rerum statu omnia indices magis magisque ad hunc finem perducantur.

Vt et igitur ex mea qualiquali parte pro modulo ingenii satisfaciam meo officio, cupidae legum in hac nostra mularum sede iuuentuti, meos labores, ea, qua par est, quaque decet obseruantia, offero, et quidem per instans semestre aestiuum eum in finem

Inno, singulis diebus Mercurii et Saturni, hora pomeridiana 2da ad 3tiam publice explicabo Götting. *Antec.* IOH. STEPH. PÜTTERS *neuen Versuch einer Juristischen Encyclopädie und Methodologie*; ex edit. 1767 in 3vo facta, quo praegestum quendam accipiant generalem de vero complexu iurisprudentiae, eiusque nexu cum, et differentia ab aliis studiis et partibus eruditionis, cognitionem sibi parant, de scientiis, quae legum cultori necessariae, subsidia illi offerunt, eumque exornant, et nexum omnium disciplinarum discant, quae ad solidiorem iurisprudentiae cognitionem et methodum eas tractandi spectant. Ne autem in ipsa pertractatione iurisprudentiae positinae, et expositione



fitione singulorum iurium deficiens cognitio terminologiae, et generalissimorum principiorum obstacula moueat illis, qui singulas iam partes iurisprudentiae colendas sibi proponunt

Ido: his publicis laboribus priuatim addam per instans semestre aestiuum, et quidem hora 8^{vo} ad 9^{nam} matutina per singulos dies hebdomadis laboribus destinatos explicationem Hall. Antec. DAN. NETTELBLADT *Systematis elementaris vniuersae iurisprudentiae positivae communis imperii romano germanici, vsui fori accommodati*, vt loco collegii institutionalis intuitu totius iurisprudentiae positivae sit, simul autem et satisfaciat illis, qui non ex professo iurisprudentiae sacris se dicere, sed cursu generali contenti esse cupiunt. In cuius tamen systematis explicatione modum, et rationem adducendam, ne hoc systema secundum methodum per differentias elaboratum ordini puro tractandi separatim singula iura sigillatim confusionem pariat, ipsis praelectionibus referuo. Praeterea et hoc semestre aestiuum instans, deo volente, destinatum erit

Initio: expositioni iuris romani, eumque in finem hora matutina 9^{na} ad 10^{am} singulis sex diebus hebdomadalibus, et hora pomeridiana 2^{da} ad 3^{iam} diebus Lunae, Martis, Iouis, et Veneris, exceptis diebus Mercurii atque Saturni, offero priuatas praelectiones in EBERH. HABERNICKEL *elementa iuris romani*, et quidem eorum nouiore editionem in 8^{uo} diuulgatam. Ne autem forsitan illis, qui exantlatis iam coeteris partibus iurisprudentiae, expositionem iuris priuati, quo hodie vtimur in germania exigunt, deficiat manu ductio praeterea haece laboribus iungam

IVto manu ductioem in ius priuatum, quod adhuc in Germania obtinet, commune, explicando IOH. AVG. HELFELD *iurisprudentiam forensis, secundum pandectarum ordinem*, quibus laboribus in singulis sex diebus per hebdomadem horam matutinam 10^{am} ad 11^{decimam}, et pomeridianam, exceptis iterum diebus Mercurii et Saturni, 3^{iam} ad 4^{tam}, Deo auxiliante, dicaui.

Coeterarum autem partium iurisprudentiae positivae expositionem subsequenter semestribus referuo, et deo volente, vni post alteram meos labores destinaui. Pro hac vice autem summum numen suppliciter imploro, velit clementia sua laboribus meis assilire, vt vergant in sui nominis gloriam, reipublicae vtilitatem, et ciuium nostrorum studiis se dicentium commodum, quos, vt praesentia sua meam excitare velint seriam intentionem meo officio satisfaciendi, ea qua decet obseruantia inuito, amicitiae et fauori eorum de meliori memet commendando. Initium autem laborum faciam tempore in hac academia post festum finitum consueto. Publ. ipso festo paschat.

A. O. R. MDCCCLXVIII.



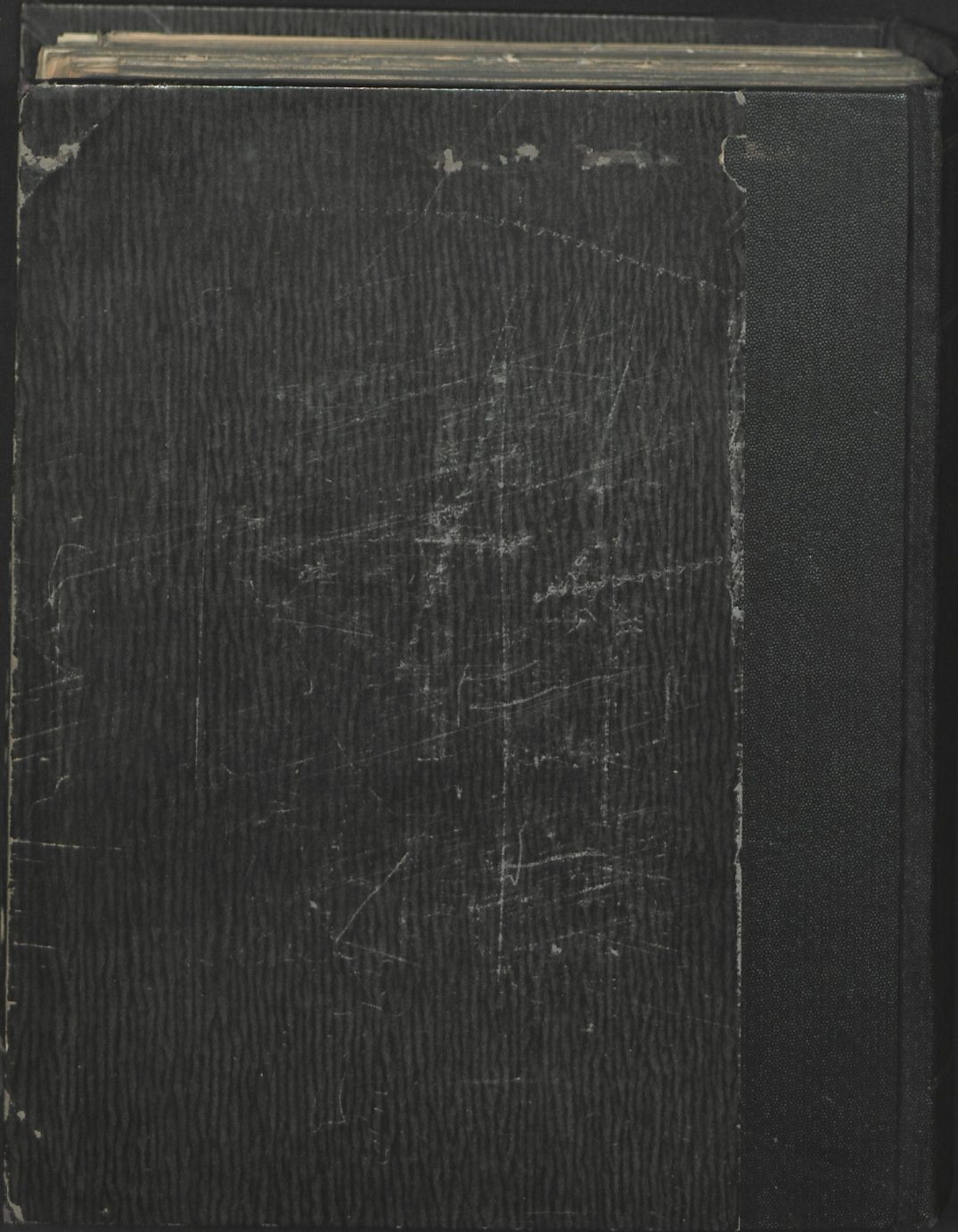
Greifswald, Diss., 1762-63

ULB Halle

3

005 372 011







PROLVSIO ACADEMICA:

7

DE

ACZIONE HYPOTHECARIA LE-
GATARIIS EX L. I. C. COMM. DE LE-
GAT. CONTRA COHEREDES COMPE-
TENTE NON IPSO IVRE

18

DIVISA:

Greifw 1768, 3

QVA

PRAELECTIONES
PER INSTANS SEMESTRE AESTIVVM
INSTITVENDAS

PVBlice INDICIT

HERMANNVS BECKER

LL. D. ET P. P. O.

LITTERIS RÖSENIANIS.

