



3, 429
447
1764, 2
20
DISSERTATIO INAUGURALIS IURIDICA
DE
IVRE RETENTIONIS
IN
CONCURSU CREDITORVM
QVAM
ASSISTENTE NVMINIS DIVINI GRATIA
EX DECRETO
AMPLISSIMI IURECONSULTORVM ORDINIS,
IN
ACADEMIA CHRISTIAN-ALBERTINA
PRAESIDE
SAMANDO CHRISTIANO DORN, D.

ACADEMIAE PRO-CANCELLARIO
CAESAREÆ CELSITVDINI A CONSILII STATVS, IURIS PVBLICI
ET FEVDALIS PROFESSORE ORDINARIO ET FACVLTA-
TIS IURIDICÆ PRIMARIO ET H. T. DECANO,

PRO LICENTIA

SVMOS IN VTROQVE IVRE CONSEQVENDI HONORES
DIE III. NOVEMB. ANNO MDCCLXIV.

PVBLICO ERVDITORVM EXAMINI SVBMITTIT
AVCTOR

CAROLVS ANDREAS HOEFER.

KILONII, LITTERIS GOTTF. BARTSCHII,
ACAD. TYPOGR.

INSTITUTIONE

IVAE REFORMATIONIS

CONGRESSVS CHRISTIANVM

ASSERTVS

ANNO DOMINI MDCLXXII

IN CANTONIA CHAMBERG

AVGVSTO CHRISTIANO BORN D.

PRO LICENTIA

PER O. LICENTIA

PER O. LICENTIA

CAROLVS AVGVSTVS HOLLER

PER O. LICENTIA

PER O. LICENTIA





DISPUTATIO JURIDICA INAUGURALIS
DE
JURE RETENTIONIS IN CONCURSU
CREDITORUM.

CAPUT PRIMUM
DE RETENTIONE GENERATIM.

§. I.

Retentionis, de qua agere constituimus,
non ita planam & expeditam esse in
jure materiam, ut actum agere videa-
mur, notum est omnibus, quibus, leges civi-
les novisse, curae fuit. Etenim in romanarum
legum libris universis, uti omnis positivae juris
pruden-

prudentiae sanioris praecipuo fonte, non reperitur titulus singularis, aut integrum caput, in quo omnia, saltem pleraque, aut praecipua, congrua huic materiae tractandae, congeſta, ordineque luculento propoſita obveniant. Diſperſae potius & diſcerptae quaſi ſub variis titulis ſe nobis exhibent de retentione, ejuſque jure, paſſim laciniae, quas ſi omnes & ſingulas exquirere, riteque connectere velit quiſquam iſtane laudem mereretur non ſolum, ſed operam quoque gratam praestaret juris cultoribus, illis praesertim, qui in addiſcendis juris praecceptis vehementer deſudare haud geſtiunt.

§. II.

Retentionis nequidem expreſſa ſemper fit mentio, ubi eam competere, adparet, quem ad modum *l. 3. §. ſin. D. de pignor. & hypoth.* Eadem ratione jure exerceri videtur retentio contra coheredes, qui de induſtria in judicium eviſtionis non venerunt. *l. 62. §. 1. D. de eviſt.*

Nec

Nec dubitandum est, eum, qui in alieno solo aedificavit, sumtuum causa habere jus retentionis, *l. 14. D. de doli mal. & met. except.* Idem censendum puto, circa legatum, incertae personae relictum & per errorem solutum, siquidem illud in retentione quidem, non vero in petitione, esse, constat per *§. 25. J. de Legat.* Non minus qui negotium debitoris absentis gessit, & pignora citra emtionem pecunia sua liberavit, utilem Servianam actionem sibi dari frustra desiderat, possessione tamen, id est, retentione, securus est. *l. 1. pr. D. quib. mod. pignus vel hypoth. solv.* Quae exempla, hujus rei demonstrandae gratia, adduxisse, sufficiat. E contrario alibi passim sparsimque vocabulum retentionis expressum offendimus, uti *l. 19. §. 2. D. de hered. petit.* quippe quae res clare designat, in quibus possessor retentionem habet, non etiam petitionem. Non minus *l. 14. §. 1. D. communi divid.* propter impendia,

in fundum facta, si communi dividendo
 iudicio agatur, aequitate iudicii retineri posse
 fundum statuitur. Praeter ea *l. 33. D. de condict.
 indeb.* cum, qui, cum existimaret, se heredem
 esse, insulam hereditariam fulsisset, nullo alio
 modo, quam per retentionem, impensas servare
 posse, declarat. Porro *§. 37. J. de Action.* reten-
 tio expresse nominatur, in causa dotis repeten-
 dae, obque eam dotis repetitionem minui,
 constituitur. Quod ipsum retentionis jus in
 hac causa licet mutatum & imminutum quo-
 dammodo sit a JUSTINIANO per *l. un. §. 5. C.
 de rei uxor. act.* attamen penitus sublatum non
 est, sed restrictum saltem ad retentionem
 solam, propter impensas necessarias in rem
 dotalem factas, quarum naturam ex *l. 5. D. de
 imp. in rem dotal. fact.* & *l. 56. §. fin. D. de
 jure dot.* accuratius perspicere licet.

§. III.

Mirum] videri utique poterat, quare ma-
 teriae juris, tam late patenti, in conquirendis
 ordi-

ordinandisque legum libris, nullus honos attributus sit speciatim, cum alia tamen non solum, sed interdum etiam historiae juris puncta, usus forte exigui, haud perfunctorie proposita reperiamus. Ejus rei ratio paulo altius repetenda.

§. IV.

Primo loco observatu dignum est, retentionem antiquo jure romano poni tanquam remedium consequendi debiti naturalis, cujus non est petitio, seu, quod idem, non datur actio, legibus civilibus concepta & praescripta. Quemadmodum enim obligatio naturalis mera alio vinculo, nisi aequitate & pudore quasi naturali, non sustinetur: ita nullam esse eo nomine actionem civilem, manifesto consequitur. Semel iterumque leges, quas antea §. II. citavimus, speciatim id declarant, imprimis vero Pomponius in *l. si. D. de condict. indeb.* regulam quasi generalem statuit, dum,
 ex



ex quibus, inquit, causis retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus, ea, si solverimus, repetere non possumus. Album nobis calculum adjicit JAC. CUJACIUS *Observat. lib. XVIII. c. X.* Itaque, cum debita, quorum causa retentionem exercemus, naturali nexu solo sustineantur, eorumque non detur consecutio, nisi facto retentionis interveniente, quod ipsum naturali aequitati subnititur; jam puto, in promptu esse rationem, cur in libris juris romani huic titulo singularis locus non fuerit adsignatus, sed ejus mentio tantum interspersa passim, ubi ferebat occasio. Uno amplius exemplo rem illustrare liceat. In personam servilem nullam cadere obligationem, ULPIANUS *l. 22. pr. D. de R. J.* asserit. At vero PAULUS naturaliter etiam servum obligari, luculenter adfirmat *l. 13. D. de condict. indeb.* Quo nomine, aut qua actione, quaeso, a servo exigendum id, quod promiserat. Inane
crit

erit nomen, nisi forte manumittatur, aut ejus nomine solutionem quis polliceatur. Accidat alterum, eveniat utrumque: nihilominus semper deficit petitio creditori, neque tamen denegatur retentio, si aut ipse servus ex peculio, aut alius ejus nomine, solverit, aut pignus saltem pro eo dederit *cit. l. 13.*

§. V.

Animadvertendum porro est, retentionis atque compensationis inter se quandam, immo magnam esse similitudinem. Ipsa enim retentio, quamvis non sint termini ad compensandum habiles, tamen alia de causa vix ac ne vix quidem, exercetur, quam ut debiti cum credito fiat contributio, quem actum compensationis nomine insignimus. *l. 1. D. de compens.* Etiam, quod natura debetur, venire in compensationem, docet *l. 6. eod.* eadem plane ratione, qua debitum naturale tantum reten-

B

tione

tionem obtinetur. Quid, quod utraque aequitati naturali originem debeat, &, utriusque remedio submoveatur is, qui dolo petit; siquidem, qui aequitate defensionis infringere actionem potest, doli exceptione tutus est. *l. 8. pr. D. de dol. mal. § met. except. § l. 12. eod.* In utraque adhibenda requiritur debitum non minus reciprocum, quam liquidum, ob similitudinem rationis in *l. f. C. de compens.* propositae, ita, ut omnis deductio, reputatio, retentio, compensationis vicem quodammodo sustinere videatur. VULTEIUS *in cons. Marpurg. Vol. 1. c. 24. n. 286.* Licet enim prae compensatione majorem praestet in eo utilitatem retentio, quod in rebus plane diversis exerceri possit, cum compensatio locum non habeat, nisi in rebus ejusdem naturae, *arg. l. 4. C. cit. tit.* Compensationi contra amplior effectus tribuendus sit, quod ipso jure a die statim, quo utrimque debetur, ratione

ratione quantitatis concurrentis, debitum, obligationemque tollat, *d. l. 4.* cum retentio saltem exceptionem pariat, & remedium quasi praeparatorium juris sui obtinendi praebeat: eae tamen & si quae aliae sunt utriusque differentiae, non impediunt, quin in juris civilis commentariis retentionis materia titulo compensationis plerumque subnectetur.

§. VI.

Sublatis illis, quae olim obtinuerunt, juris romani tricis, & juris prudentia ad aequi bonique sensum magis, quam ad captiosas quaestiones, fallacesque formulas, adcommodata, nihil jam interest, ex quo obligationis genere, naturali, an civili, retentionis jus derivetur, neque impedit quidquam, quo minus eo utamur, sive in promptu sit, sive deficiat, actio, ad rem nobis debitam consequendam. Itaque retentionem esse, statuimus, remedium legitimum,

B 2

quo



quo creditorem exigentem, eundemque debitorem nostrum ex causa probata, compellimus, ut nobis vicissim satis faciat. Creditorem simul debitorem nuncupavimus, ea significatione, qua in *l. 108. de V. S.* debitor intelligitur is, a quo invito pecunia exigi potest. Cum vero retentionis jus non solum in iis, quae pecunia numerata, seu moneta signata, solvuntur, locum habeat, sed ad alia quoque praestandorum genera, quae ad debita reciproca qualicunque modo referri possunt, extendatur: necesse est, ut pecuniae vocabulo non solum pecuniam numeratam, sed etiam omnia corpora, quippe quae appellatione pecuniae veniunt, complectamur, quod *l. 178. eod.* approbat. Creditoris autem vocem pari modo late, uti in *l. II. eod.* occurrit, accipiendam esse, *ILL. LEYSERUS Med. ad P. Spec. 175. M. II.* jam admonuit. Quibus rite praemissis, & is, quem recenset vir *ILL. l. c.* casus, de apocha in formula consueta exhibenda,

da, & reliqui omnes, ubi retentioni datur occasio, descriptioni nostrae non detrahent.

§. VII.

Haud ita facilis expedita videtur quaestio: utrum retentio in debitis tantum connexis locum habeat, an in aliis etiam non connexis, exerceri possit? ad connexa sola eam restrinxerat GAILLIUS, cui contradixerat LAUTERBACHIUS, procul LEYSERUS hunc diffensum refert *Spec. cit. Med. V.* GAILLII sententiam amplexi sunt Jcti Marpurgenses, testante GOEDDAEO C. xxiv, n. 284. Vol. I. Consil. Marp. CARPZOVII opinionem in eo secutus, de LUDEVIG, quae quidem opinio ante CARPZOVIUM adeo ignota non fuit; retentionem loco executionis privatae haberi, censet; CONS. HALL *L. III. Conf. 59. n. 5.* quod si supponamus, dubitandum omnino foret, num retentionis jus in connexis tantum-

B 3

modo

modo competeret, siquidem ad executionem faciendam sufficit, demonstrasse, certum esse debitum, idemque liquidum, debitorem autem contumacem. Verum huic rationi insigne robur tribuendum non esse, satis apparet, quare, missa illa, id tantum volumus notatum, neque causae, neque debiti reciproci perspici nexum, inter debitum alterum, pro cuius securitate pignus datum, & alterum, cuius persecutio solo chirographo nititur. Soluta pecunia, cuius causa constitutum erat pignus, exhiberi id oportet, attamen jure retinetur, donec ratione mutui quoque chirographarii creditori fuerit satis factum. *L.un. C. etiam ob chirogr. pecun. pign. ret. poss.* Motum ea propter ILL. LEYSERUM putamus, ut retentioni in debitis connexis *regulariter* locum esse, statuerit.

§. VIII.

Propter aequitatem naturalem ab initio jure romano retentionem concessam & adprobatam esse,

esse, antea exposuimus, ita, ut, licet ex pacto nudo jure civili non detur actio, concedatur tamen retentio, *l. i. §. 17. D. ad L. Falcid. l. 10. C. de pact.* Contrarium reperimus in legatario, qui, hereditate jacente, legatum propria auctoritate occupavit, siquidem illi non permittitur retentio contra heredem, ad restituendum sibi legatum interdicto utentem, quia legatario non deficit actio ad consequendum legatum, ideoque dolus forte heredis ipsi nocere nequit. Sed neque actio deficit creditori ad consequendum mutuuum chirographarium, nihilominus retinet pignus, quod pro eo debito obligatum non erat, eo usque, donec hujus quoque respectu ipsi satisfactum fuerit. per *l. un. C. cit. tit. etiam ob chir. &c.* Neque chirographario creditori dolus debitoris obesse poterit, quia mutuam pecuniam simpliciter, scilicet, sine constituto pignore, accepit, id quod ex chirographo dato quovis momento demon-

demonstratur: quam ob rem, mutuum simplex liberatione pignoris simul extinctum esse, non potest adferere, multo minus persuadere. Connexum inter se non praecise esse debere utrumque debitum, §. *praec.* monuimus, praeterea, soluto debito, cujus causa constitutum erat, pignus statim jure repetitur: *l. ii. §. 3. D. de pignorat. act.* attamen nostro casu per *d. l. un. C. ex lege retinetur.*

§. IX.

Mirum circa hujus legis rationem reperio Dd. dissensum. Quibusdam, pignus tempore prius constitutum esse, ejusque contemplatione mutuum simplex postea dedisse creditorem, placet, in qua opinione est H. DONELLUS *Tr. de pignor. & hypoth. c. 6.* quid autem opus tum erat chirographo? contra NEGUSANTIUS *de pign. & hyp. p. s. m. 4. n. 2,* chirographarium debitum prius, pignus autem loco securitatis licet specificè traditum non fuerit pro primo

primo credito, post ea constitutum esse opina-
 tur. Attamen pignus sine omni conventionem
 vix concipitur. Quid, quod, ubi traditum non
 est pro credito, pignus plane non meretur ap-
 pellari. Denique CARPZOVIVS *P. II. C. 25.*
def. 25. jus retentionis locum habere, censet, si ve
 chirographarium debitum, ante si ve post con-
 tractum pignus, extiterit. In aliam partem ab it
 BRUNNEMANNUS *comment. in Cod. ad banc*
l. iii.; quippe qui supponit, non velle debitorem
 stare promissis, nec mutuum chirographarium
 solvere, propter eaque competere creditori
 pignoris retentionem. Optime hac ratione
 appareret debitoris dolus, ob quem jure retine-
 retur pignus. Sed dubito, an propositum do-
 losum in reluendo pignore statim declaraverit,
 quin potius sedulo dissimulasse debitorem, opi-
 namur. Quod si dissimulaverit, an propter
 suspicionem solam, & si forte solvendi mutui
 chirographarii dies vel nondum venit, pignus,
 nexu liberatum alias, tamen retinendum?

C

§. X.

§. X.

Si nostram hac de re sententiam proferre licet, in decisione GORDIANI *l. un. C. extensionem juris antiqui circa retentionem adhibitam esse, statuimus, ita, ut non solum obligationis naturalis causa, cujus §. 4. e Digestis exempla dedimus, ubi actione destitutus erat retinens, sed etiam propter debitum civile, cujus gratia civilis actio parata est, exerceri possit. Singularis plane ea videtur constitutio, neque similis alia in libris juris romani reperitur. Sola illam aequitate niti putamus, adeo, ut stricto juri quodammodo detrahat, causamque mutatae propria auctoritate possessionis, contra *l. 33. §. 1. D. de Usurp. & usuc.* probet. Attamen manifesta apparet aequitatis ratio, ubi creditori jus retinendi rem debitoris, cujus forte conventio difficilis alias & sumtuosa foret, sive causa connexa & cohaerens sit, sive minus, tribuitur, modo vitio non laboret possessio rei
reten-*

retentae. Similis est ratio in *l. 12. D. de vi & v. a.*, ubi propter justam & *probabilem* causam possessor, contra domini voluntatem, possessionem continuans, non peccat. Itaque concludimus, retentionem pignoris, nexu jam soluti, pro alio mutuo chirographario ex *l. un. C.*, non esse singulare privilegium, ad hunc casum solummodo restringendum, sed extensionem potius juris retinendi, ad alios quoque casus, ob similem aequitatis rationem, adcommo-
dam. Nobiscum consentire videretur MEVIUS *P. II. Dec. 114.* ubi hanc *l. un. C.* etiam *eo extendi censet, ut, cui ob unam causam retentio competit, ei etiam ex alia, donec debitum solvitur, retinere liceat*; nisi sibi mox contradiceret, dum *P. cad. Dec. 309. n. 10.* retentionem ex alia causa ejus, quod ex alia restitui debet, in jure improbatam esse, adfirmat per *l. 25. §. 1. D. sol. matrim. quem. d. p.* Sed disparilitas utriusque luculente patet, ut verbis parcere

possimus. BERGERUS vero in *Oec. J. L. III. Tit. XV. p. 883. not. 9.* nostrae sententiae adstri-
pular, posita generali regula: Quoties debi-
tum, cujus nomine species retinetur, est liqui-
dum, toties jus retentionis indistincte locum
habet.

§. XI.

Secundum hanc regulam judicatum arbi-
tratur casum, qui memoratu dignus videtur.
Titius debebat ex mutuo chirographario 50 so-
lidos Maevio, debebat idem Sempronio 30,
cujus debiti causa pignus dederat. Profectus
erat Titius, rebus secum ablatis; miserat paulo
post Maevio 30 ut pignus a Sempronio lueret,
sibi que statim exhiberet. Luit pignus Mae-
vius, sed retinet; quod aegrae ferens Titius,
illum convenit ad restitutionem pignoris, quod
mandati occasione acceperat. Hic autem,
demonstrando debitum ex chirographo, retenti-
onem



tionem sibi competere contendit. Dies quidem nondum venerat solvendi mutui, attamen, quod Titius interea domicilium forumque mutaverat, neque fidejussorem reperiebat, jure retinere Maevium, pronuntiatum est.

§. XII.

Multo latius patere jus retentionis quam pignoris, omni sane dubio caret. Etenim praeter pignus, & sine eo, rem debitoris retinere licet; etiamsi utrumque misceri videatur in iis casibus, in quibus leges tacitam hypothecam constituunt, cujusmodi locatori tribuitur in bonis a conductori illatis, donec locationis merces solvatur. Inprimis in cessione generali alterum quid praestet, jam paucissimis dispiciendum, ubi acturi sumus



CAP. II.

DE

JURE RETENTIONIS IN CONCORSU
CREDITORUM.

Moto creditorum concursu parem esse omnium conditionem constat, *l. 6. §. 7. D. quae in fraud. cred.* ideoque bona cedentis, quocunque titulo veniant, omnibus censei quasi communia, nec quidquam, tamquam suum speciatim, adserere posse quemquam, donec lis de jure uniuscujusque decisa fuerit. Suspendi igitur jura hypothecae, pignoris specialis, retentionis, eousque, concludimus, remque seu speciem, licet summo jure retentam, non tollere aut excludere curam creditorum communem. Attamen eadem cura communis jura, bono titulo quaesita, plane non interimit, sed ita tantum dirigit, ne reliquis noceatur.

§. XIII.

Securitas creditoris, quam dato pignore consequitur, in eo praesertim consistit, ut possessio



sessio rei oppignoratae in ipsum transferatur. In hoc utique pignus, & nuda retentio, jure facta, conveniunt, siquidem possessione rei retentae creditor non minus securus redditur, idque tum maxime, ubi supponere licet, interesse debitoris, ut rem suam recuperet. Quapropter nuda ejusmodi retentio etiam quasi pignus appellatur in *l. 13. §. 8. D. de act. emti & v.* Ceterum, praeter solam nudamque possessionem, mera retentio jus singulare non tribuit in re possessa, ideoque in concursu creditorum possessori parum aut nihil utilitatis praestat, quin potius exhibere rem debet curatorum communi, & post ea debiti sui loco congruo inter reliquos creditores periculum subire. Etenim, praeter possessionem, neque ex conventionione cum cedente, neque ex lege, quidquam juris adquisivit, ex quo credito suo rem detentam speciatim surrogari, contendere possit. Neque jus retentionis, sive velis contra concredito-

tores,

tores, five contra curatorem communem, in concursu aeque locum habet, atque contra primum debitorem, propter *l. un. C. etiam propter*. Dolus enim, si in debitore vel solum praesumatur, non praesumendus est in iudice, cujus tamen auctoritate in concursu creditorum omnia peraguntur. Neque par omnium conditio patitur, ut unus, qui mere possidet, rem subtrahat curae communi, utilemque administrationem in ea excludat. Denique necessitatem offerendi, concreditoribus non imponere meram nudamque retentionem, ex adductis manifesto consequitur. Cum vero possessio civilis rata appellatur propter ea praesertim, quod animo quoque exerceri atque continuari possit, etiamsi actu corporali rei non incumbamus, aut possessionem adeo celemus: *l. 6. pr. D. de acquir. v. a. p.* Retentio non minus illam imitari, animoque continuari poterit, quare rei, olim nude retentae, at cum reservatione juris cura-

curatori communi post ea exhibitae, non tolli plane & interim jus statuendum, modo illud in progressu litis, insignem utilitatem secum ferret.

§. XIV.

Quodsi vero retentio non nuda solum meraque rei possessione nititur, sed alio quoque jure, ex conventionione, contractu, aut lege adquisito sustinetur, tum majori quandoque commodo, eam in concursu creditorum vestitam deprehendimus. Equidem dubitari poterat, num jus in bonis cedentis omnibus creditoribus commune, & communis eorum cura, per curatorem, ipsorum consensu constitutum, gerenda, jure retentionis tolli possit, in tantum, ut una alterave res, aut fundus eximatur, & separatim habeatur, quin potius omnia & singula bona debitoris, & quae bonorum nomine veniunt, contribuenda, & in communem massam inferenda sint, singulari cujuscunque jure integro incolumique servato?

D

§. XV.

§. XV.

Enimvero legem, conventionem aut contractum supposuimus, ut retentioni in concursu creditorum locus esset. Itaque propter legem expressam, uxor in bonis mariti cedentis retentionis jure utique gaudet, usque dum dotem revera numeratam seu illatam consequatur integram. Quae enim *omnem* habet praerogativam, & contra quam *nemo* creditorum mariti, qui vel anteriores sunt, potio-rem causam per hypothecam vindicare potest, uti declarat *l. 30. C. de jur. dot.* ea speciali constitutione a reliquorum omnium communione exempta est, neque accidere potest, ut jus ipsius, concreditorum impetitionibus, reddatur dubium. Quamvis enim, de hypothecis solum tacitis, tempore prioribus, hanc legem disponere, quidam, BALDI auctoritate forte commoti, statuerint; contrarium tamen animi sensum testati sunt ob generalia legis verba, Judi-
ces

ces in suprema Imp. Camera, uxoriq̄ue jus retinendi propter dotem illatam, contra creditores, hypothecca non solum tacita, sed etiam expressa anteriore munitas, competere pronuntiarunt, id quod refert MYNSINGER in *Observ. Imp. Cam. Cent. IV. obs. 13.*

§. XVI.

Habet utique haec retentio eum effectum, quem illi in definitione nostra §. 6. attribuimus, scilicet, ut uxor ea adhibita, obtineat id, quod sibi praecipue debetur, seu, quod idem est, ut creditores mariti, eosdemque suos debitores, compellat, ut sibi vicissim satisfaciant. Itaque conclusionum loco elicere fas erit, 1) Non posse uxorem retentionis jure amplius uti, quam ad securitatem dotis, ejusque fructuum, sufficiat. Sin igitur mariti obaerati bonis ea superentur, reliqua ad massam communem redigere compellitur. 2) Imponi concreditoribus

D 2

necessi-

necessitatem offerendi, si malint, ut uxor retinens cedat, &, omiſſa detentione, omnia mariti bona creditorum adminiſtrationi mere ſubjiciat: &, ſi oblata a creditoribus ſecuritas fuerit idonea, cedere uxorem omnino debere, quia finem, retentione adhibita ſibi propoſitum, obtinuit, quo facto, retentionis jus ceſſat. GAILLIUS *Obſervat. L. II. Obſ. 92. n. 12.* Conf. MEVIUS *P. IV. Dec. 308.* Ut tamen ea propter uxor non obtineat potius jus, quam quod antea habebat, ſed inter reliquos Creditores ſecundum privilegium in legibus illi datum ſit collocanda & exſpectare neceſſum habeat, an maſſa bonorum ſufficiat, ut juxta ordinem, in ſententia prioritatis praecſcriptum, ſpem ſibi facere poſſit, ut aliquid conſequatur. Reliqua, quae huic materiae tractandae plerumque adduntur, omittimus, utpote a propoſito noſtro aliena.

§. XVII.

Propter impenſas, in rem locatam factas, ſi quidem ejus commodi augendi gratia factae ſint, retineri poſſe fundum a conductore, e

l. 20. D. de acquir. v. a. p. arguimus. Quodsi
 accidat, ut ante finitum locationis terminum
 bonis cedat locator, nonne contra creditores
 retentionis jure uti poterit conductor, donec
 de impensis sibi satisfaciatur? Quis dubitaret?
 Ubi porro, ipso adhuc possidente, fundus de
 novo locandus, utrum melior sit causa jure
 retinentis, & hoc titulo possidentis, quam cu-
 jusvis alterius, adfirmando decidit, MEVIUS,
P. IV. D. 308. & concludit, possessori retinenti
 prae ceteris offerendam esse conditionem. At
 vero obligationem creditorum ad offerendum,
 egregii commodi participem facere possiden-
 tem, non est opus, ut argumentis speciosis
 evincamus. Aequae enim justaeque condi-
 tiones oblatae id omne simul efficiunt, cujus
 causa retentio introducta, jureque approbata
 est, & quod illius ope tandem consequi cona-
 mur, videlicet, ne, titulis nominum irritis,
 inani spe eludamur, rei que familiaris detrimen-
 tum patiamur.

§. XVIII.

Bona cessa in concursu creditorum vicem
 cedentis quodammodo subire, adserimus potius

D 3

ferio,

ferio, quam juris fictione persuademus. Neque enim exigi nomina, neque debita expungi, neque deduci rationes, deprehendimus, nisi cedentis titulo, jure & obligatione. Quemadmodum vero omnes, quos sibi obstrinxit, ut stent promissis, postulamus, ita vicissim eos, quibus se obligavit, indemnes praestare tenemur. Quare a conductore praedii pactam cum cedente mercedem, quotannis flagitare, fas est; at injustum foret, mutati domini simulatione, quasi inter creditores & conductorem nihil convenisset, eum velle extemplo contractu exuere, & e fundo expellere. Non hoc solum, sed altero etiam casu, si pendente concursus processu, creditores praedium venderent, conductorem jure retinere arbitramur possessionem usque eo, quoad sibi de damno, oblatis aequis conditionibus, caveatur: nisi forte ipse cedens jus vendendi liberum stipulatus fuerit.

§. XIX.

§. XIX.

Ea quidem, quae adhuc recensuimus, exempla retentionis in concursu creditorum, non a solo meroque retinendi jure, uti jam ante declaravimus, sed ab expressa partim lege, partim e legum ratione, aut e contractu, altero retentionem vel confirmante, altero illi saltem ad stipulante, proficisci patet. Quod autem ad nudam conventionem attinet, qua retentionem non minus, etiam in concursu creditorum, effici posse, §. 14. posuimus, id exemplo amplius illustrare, operae erit pretium. Mercator in mercibus, ipsius curae, scilicet ut vendantur, commissis, retentionem jure exercet, moto concursu creditorum contra committentem, quam primum literarum cambialium, a cedente ad ipsum directarum, solutionem expendit: wann er trassirte Wechsel-Briefe bezahlet hat. Non intercessit inter utrumque expressa conventio, non emtae sunt merces, non datae in solutum,

solutum, non addictae, neque pignus in eis constitutum est. Alter fidem alterius secutus, literarum cambialium nomina in se recepit, & extinxit. Quonam jure, ut reliquos creditores vincat, ipsi succurritur? Non putamus hoc fieri ob tacitam hypothecam, utpote ad quam constituendam legis requiritur auctoritas. Praeterea obesse videtur §. 41. *J. de rerum divis.* vi cuius arguere licet, quod is, qui fidem alterius solam, missa re, secutus est, actione tantum personali jus suum persequi possit & debeat.

§. XX.

Esse quaedam singularia mercaturae, quam emtionem venditionem negotiatoriam quoque dicunt, nemo ignorat. Maxime singularis occurrit usus, negotiis gerendis adhiberi solitus, Handlungs usance, quem probe novisse omnes decet mercatores, licet ejus rationem saepius reddere nesciant aliam, quam morem receptum & probatum. Ad ejusmodi usum omnino refer-

refertur, quod is, qui alteri merces ad distra-
 hendum concredidit, paulo post, quam illae
 in ejus custodiam venerunt, literarum cambia-
 lium solutionem ab eo desideret, sive merces
 missas jam vendiderit, sive integrae & intactae
 jaceant. Ita agitur, quia moris est, quem
 nemo mercator sequi renuit. Nobis, quibus
 non congruit, morem seu usum, rationi repu-
 gnantem, aut sine ratione receptum, probare,
 officii instar, incumbit, ut in consuetudinis
 rationem altius inquiremus. Itaque videtur
 tacito consensu inter mercatores convenisse, ut
 merces concreditaee pretii, argento signato ex-
 pensae, vicem sustinerent. Hoc ubi supponi-
 mus, mirum non amplius videtur, quod is,
 qui cambio satisfecit, in concursu creditorum,
 quod ad merces sibi missas, omnibus praefera-
 tur; si quidem eas plane retinet, quoad id,
 quod sibi debetur, consecutus fuerit integrum,
 nec quidquam prius, neque magis, restituere
 tenetur, quam quod eam summam forte exce-
 dit.

E

dit.

dit. Ita disponit Ord. Proc. Sax. rec. Tit. IV.
 §. I. Ista quidem specialis seu provincialis
 tantum lex est, attamen, similem casum in aliis
 emporiis extra Saxoniam eodem modo decisum
 iri, non dubitamus. Forma & modus, quem
 in conficiendis rationum libris mercatores ubi-
 que observant, nobis persuadet, esse utique
 eam, quam dedimus, usus rationem. Namque
 in illis a capite ad calcem non apparet titulus
 quidam praecipuus, praeter titulum *accepti*,
 cui e regione in plaga proxima respondet titulus
expensi, debet und credit. Ex quo consequi
 arbitramur, non statui discrimen inter pecu-
 niam mutuam, cambialem, assignatam, &
 inter merces emtas venditas, permutatas, ad
 distrahendum datas, sed omnia (excepto de-
 posito, cui inter rationes mercatorias locus
 non est) sibi invicem indistincte substitui, &
 in subducendis rationibus compensatione pro-
 miscue exaequari: propter eaque merces, licet
 inentas

inemptas & extantes, loco pretii, earum distra-
 ctione accepti, aestimari, & pro cambio so-
 luto ante omnes retineri.

§. XXI.

Dari quidem posse plures casus, praeter re-
 censitos, ubi jus retentionis in concursu credi-
 torum competit, non negamus, quos tamen,
 brevitatis & compendii necessitate adacti, in
 praesenti praetermittimus; id saltem retulisse
 amplius sufficiat, tacitam hypothecam, in bonis
 a creditore bono titulo possessis, ipsa lege consti-
 tutam, haud exigui momenti aestimandam esse,
 quo facilius retentio exerceatur, qua de re ele-
 ganter differit NEGUSANT. *de pign. & hypoth.*
P. II. membro 3., in primis, si hypotheca expressa
 judiciali, & forte tempore priore, ipsius juri non
 detrahatur. Facilius impetrari, adeoque crebrius
 offendi possessionem pignoris in re mobili, omni
 contradictione exemptum esse, censemus; quare
 plerosque de jure pignoris traditi & possessi,
 sollicitos observamus. Verum enim vero in

E 2

hujus

hujus rei disceptatione iterum in partes diversas abeunt, aliis, possidentem, moto creditorum concursu, pignus traditum sine discrimine reliquis creditoribus omnibus jure anteire, eamque ob causam, donec ipsi ex asse satisfactum fuerit, retinere posse, contendentibus: aliis, ejusmodi possessorem prae ceteris frui jure praecipuo, negantibus, quippe quem, pignus potius exhibere, massaeque communi inferere, oporteat, pronuntiant: rursus alii unam alteramue sententiam variis limitationibus restringunt: alii denique, mediam quasi viam incedentes, pignori tradito & possessio justam auctoritatem, legitimumque commodum inhaerere, concedunt, dummodo in hoc negotio aequa omnium ratio habentur.

§. XXII.

Ne actum agere videamur, in enumerandis Dd. opinionibus diversis aut contrariis prolixioram operam haud impensuri, elegantem
 Consul-

Consultiff. SCHMIDII dissertationem (*) non commendare non possumus, qui singulorum ea de re judicia recensendo, omnium rationes, legibus depromtas, examinavit. Æquitatem cum mediocritate optime conjungere videtur ILL. LEYSERUS, statuens, creditorem, pignus possidentem, illud retinere, si quidem appareat, ipsi aut alium non anteponi, aut eum saltem inter praecipuos collocari: at possessionem ipsi non prodesse adversus alios creditores, antiquiore hypotheca munitos: *Med. ad Pand. Spec. 231. med. 2. & Spec. 486. med. 1.* Quidquid circa hanc rem leges romanae definiant, si vel decidendis causis maxime idoneum, & bonis rationibus suffultum esset, in Germania minus sufficeret, propter mores patrios, & quae ex

E 3 iis

(*) *de jure retentionis circa pignus, post motum concursum in tantum cessante, hab. Jenae, 1759. Cui addendus*

JO. FLORENS RIVINUS in *diff. de jure pignor. mot. concursu* & JO. HENRIC. MEIERUS *de eo, quod moto Credit. concurs. circa pign. in cujus possess. justum est.*

iis successu temporis natae sunt, leges, provin-
 ciales aut statutarias, ubique obvias, &, quod
 ad creditorum concursum attinet, a romanis
 non minus saepe recedentes, quam inter se dif-
 fidentes: e quibus coronidis loco, ea praecipue
 paucissimis ponderare animus est, quae in Sta-
 tuto Hamburgensi hac de re ordinantur.

§. XXIII.

Veteres Germanos, priusquam leges roma-
 nae illis innotescerent, hypothecas conventio-
 nales ignorasse, a pluribus jam observatum est.
 Prima forte, ni fallor, earum mentio fit in CA-
 PITULAR. CAROLI M. *lib. II. c. 29.* (*) Pi-
 gnus autem constitui haud aliter solebat, nisi
 vera traditione rei in manum creditoris. In-
 vecto paulatim jure romano, seu eo saltem ad-
 mixto, cum pignore germanico hypotheca
 quoque romana misceri coepit. Quaedam
 tamen vestigia moris antiqui circa jus pignoris
 passim

passim deprehendimus, quo pertinet insigne
 discrimen effectus, a pignore vere tradito &
 possesso, aut non possesso, derivatus. Primum,
 pignus constitutum, *P. III. Tit. IV. Art. 5.*
 STAT. LUBEC. ein handhabend Pfand ap-
 pellatur, eique specialis praerogativa expresse
 tribuitur, scilicet, ut is, qui pignus sibi tradi-
 tum vere possidet, a nemine possit depelli,
 neque possessionem ulli cedere cogatur. In
 STATUTO quidem HAMBURGENSE eadem
 dispositio clavis verbis non continetur, verum
 eandem tamen mentem, paremque sensum esse
 non dubitamus, quia *P. II. Tit. IV. Art. 2.* pos-
 sessioni praecipuum aequae jus addicitur. Ob-
 servatu dignum est, primo, possessionem pi-
 gnoris ab ejus traditione aestimari, qua facta,
 creditor illud possidere censetur, sive rem pi-
 gnori datam in suam custodiam receperit, sive
 illam in aedibus debitoris reliquerit. Ab hoc
 enim actu creditor pignus suum omni, quo li-
 buit,

buit, tempore apprehendere, inque suam domum inferre potuit, secundum sententiam JCtorum Helmstadiensium apud LEYSERUM in *Med. ad. P. Spec.* 223. *med. 2.* quamvis JUS LUBECENSE *art. V. & VI.* hoc saltem tunc approbasse videatur, quando debitor in possessione ejus rei vel manet, vel eam recipit. Deinde notamus, facto debitoris vel doloso ubi ejusmodi possessione creditor excidit, jus etiam pignoris possessi, des handhabenden Pfandes, dissolvi, quia illud a tertio, qui ejus possessionem bona fide nactus est, recuperare nequit. Num tam amplo, tamque eximio jure possessionem pignoris extra concursum creditorum solummodo ornatam, suspicari licet, in concursu autem frustra ad illud provocari? quin potius ejusmodi pignus, modo sit ein handhabend Pfand, in concursu a possessore summo jure retineri, eumque a nemine concreditorum de jure & posses-

possessione pignoris sui posse depelli, licet non ex Jure Romano, tamen ex statuto judicamus, quod hac ratione! omnem dissentum, contradictionem, altercationem, quae alias juris romani partim dispositione non adeo clara, partim ejus calumnia, in causis exhibitionis, sive retentionis pignorum oriri et ali solet, praecidit; quod ad jura hypothecarum legum romanarum auctoritatem adprobando.

(*) vid. JOACH. FRICCIUS *de differ. Juris Rom. & Germ. circa pign. in manus traditum.*

§. XXIV.

Denique e P. II. Tit. V. Art. 3. STAT. HAMB. elici potest alius casus, ubi juri retentionis sine omni dubio locus erit. Venditori, qui bona fide merces tradidit emtori dolose decepto, et paulo post aufugienti, moto creditorum concursu, primus ante omnes locus adsignatur, ad recuperandas merces traditas, in aedibus fugitivi adhuc exstantes. Quodsi forte venditae, sed nondum traditae fuerint, idque manifesto constaret (quod facillime evenire potest

F

test

test in emporiis, ubi emtiones venditiones mercium opera distractorum, jure jurando obstrictorum, geschworne Mäckeler, peraguntur) tum utique dominium earum mercium in emtorem translatum foret. Emtiones enim venditiones, distractorum publicorum interventu celebratae, ratae sunt, adeo, ut ab iis resilire non liceat alteri contrahentium; immo, parata pecunia emi dicuntur vulgo, quorum pretium elapso mense integro demum solvitur. Si igitur reliqui creditores eas merces, uti bona decoctoris fugitivi, ad massam, quam dicunt, communem revocare contenderent, multo minus essent audiendi, quippe eas venditor retineret facilius, quam recuperaret. Sed, si decoctor eas iterum statim vendidisset tertio, hunc autem ad primum venditorem, ut ab illo traderentur, remisisset, et is traditionem adeo pollicitus esset ante fugam impostoris: numne et eo casu retinere posset? jure posse putamus. Istud tamen negotium, uti creditorum concursum non tangens, amplius excutiendum neque permittit temporis angustia, nec rei exigit necessitas.

✻ ✻ ✻

SERIES CONTENTORUM.

Retentionis materiam ordine cohaerenti in libris jur. rom.
non tradi §. 1.

Neque expresse ubique nominari, ubi de ea agitur. §. 2.

Quare id eveniat? §. 3. 4.

Ejus doctrinam hodie plerumque addi titulo de compens.
§. 5.

Definitio retentionis §. 6.

An in reciprocis debitis, inter se connexis, tantum locum
habeat? Quod negatur. §. 7. 8.

Dissensus circa rationem l. un. C. etiam ob chir. deb. §. 9.

Eam sola aequitate niti. §. 10.

Casus ita judicatus. §. 11.

Transitio ad concursum creditorum §. 12.

Meram retentionem, sine alio titulo, in concursu credi-
torum nihil operari §. 13.

Etiamsi non interimatur ejus jus §. 14.

Exemplum retentionis in concursu competentis ex legis
dispositione §. 15.

Ejus effectus. §. 16.

Aliud exemplum retentionis ex lege §. 17.

Item

Item propter contractum. §. 18.

Ejusmodi exemplum propter nudam conventionem. §. 19.

Quaedam singularia de usu mercatorum. §. 20.

Dissensus de retentione pignoris in concursu creditorum.

§. 21.

Continuatur remissive. §. 22.

Quid de retentione pignoris ordinet Statutum Hamburgense. §. 23. 24.



ULB Halle
001 601 61X

3



TA-→OL





3, 424
447
1764, 2
20
DISSERTATIO INAUGVRALIS IVRIDICA
DE
IVRE RETENTIONIS
IN
CONCVRSV. CREDITORVM
QVAM
ASSISTENTE NVMINIS DIVINI GRATIA
EX DECRETO
AMPLISSIMI IVRECONSVLTORVM ORDINIS,
IN
ACADEMIA CHRISTIAN-ALBERTINA
PRAESIDE
AMANDO CHRISTIANO DORN, D.

ACADEMIAE PRO-CANCELLARIO
CAESAREÆ CELSITVDINI A CONSILII STATVS, IVRIS PVBLICI
ET FEVDALIS PROFESSORE ORDINARIO ET FACVLTA-
TIS IVRIDICÆ PRIMARIO ET H. T. DECANO,

PRO LICENTIA
SVMOS IN VTROQVE IVRE CONSEQVENDI HONORES
DIE III. NOVEMB. ANNO MDCCLXIV.

PVBLICO ERVDITORVM EXAMINI SVBMITTIT
A V C T O R
CAROLVS ANDREAS HOEFER.

KILONII, LITTERIS GOTTFR. BARTSCHII,
ACAD. TYPOGR.