

DISSERTATIO IVRIDICA
DE
RETENTIONE PIGNORIS
TAM OB EADEM
QVAM OB DIVERSA, 1780.2.

ANNVENTE NVMINE DIVINO,
EX
CONSENSV AMPLISSIMI ORDINIS IVRECONSVLTORVM,
IN ACADEMIA ROSTOCHIENSI,

P. 192
PRAESIDE
DOMINO
D. WALTER VINCENT WIESE,
IVR. PROF. PVBL. ORD. FACVLT. IVRID. SEN.
ET P. T. DEC.

PROMOTORE SVO LONGE HONORATISSIMO,
ANNO MDCCLXXX, DIE XXI. MARTII,
PVBLICO IN AVDITORIO

HORA CONSVETA
DEFENDET
AVTOR ET RESPONDENS
IOHANN CHRISTIAN SCHROEDER,
ROSTOCHIENSIS.



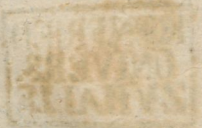
ROSTOCHII,
TYPIS ADLERIANIS.

DISSEMINATIO IN REBUS
DE
RETENTIONE PIGNORIS
FAM. OB RADER
QVAM OB DIVERSA

ANNUENTE NUNTIUM DIERUM
IN REBUS PIGNORIS
IN REBUS PIGNORIS

D. WALTER VINCENT WILSON

ROMOTORE SVO LONGE HONORATISSIMO
ANNO MDCCCLXXXII
TABLE OF THE ACTS



JOHANN CHRISTIAN SCHROEDER
BOSTON

506



SENATVI SPLENDIDISSIMO

INCLYTAE

CIVITATIS ROSTOCHIENSIS,

VIRIS

MAGNIFICIS, EXCELLENTISSIMIS,

AMPLISSIMIS, CONSVLTISSIMIS,

ATQVE PRVDENTISSIMIS,

DOMINIS

CONSVLIBVS,

SYNDICIS,

SENATORIBVS,

PROTONOTARIO ET

SECRETARIO,

CIVITATIS PATRIBVS OPTIME MERITIS

ET

PATRONIS SVIS, OMNI, QVO PAR EST,

CVLTV COLENDIS.



SEN A TVI SPENDISSIMO

INCLITAE

CIVITATIS HOC, STATVS

QVIDQVID EST

LABORIS ACADEMICI,

IN

DEBITAE SVAE VENERATIONIS ET REVERENTIAE

MONVMENTVM,

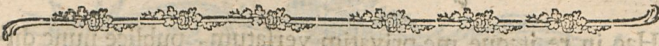
SACRVM ESSE CVPIT

TANTORVM VIRORVM

cultor obsequiosissimus

IOHANN CHRISTIAN SCHROEDER.





CANDIDO LECTORI
SALVTEM!

Necredas hic invenire specimen summae eruditionis, et
opus ingenio et labore viri in iure periti confectum;
falleris sane, et nimium honoris in me imbecillum confers.
Est a tirone tantum elaborata dissertatio, quae hic prostat,
a tirone, qui dum primos tantum academicos superavit
annos, quidquid vires valeant, in lucem edere conatur.
Sed nonne taxabis, quod conatus scribendi me iuvenem
iam capiat, qui iuris inconsultum ipse me profiteor? Nonne
me culpabis, dum publica specimina exhibeo, quae exhi-
bere viri tantum est doctissimi? Sed reddam tibi rationes
tuo submittendas iudicio. Per biennium in patria academia
studio iuris invigilavi, et quantum pro viribus meis fieri po-
tuit, theoreticam iuris ideam mihi comparare operam dedi,
sed admodum studia mea promovit excellentissimus Dom.
Praeses, qui ceteris suis praelectionibus addidit exercitium
disputatorium, quod et mihi, et qui huic mecum interfue-
runt commilitonibus, ansam praebuit, tam elaborandi
theses nonnullas iuridicas, quam de elaboratis disceptandi.

A 2

Hac

Hac in re itaque me privatim versatum, publice nunc dissertationem exhibere, et publico in auditorio eam defendere, excitavit excellentissimus Dom. Praeses, maximopere colendus, dum ipsi innotuit, me ad Academiam Georgiam-Augustam modo profecturum esse. Haec est unica et genuina ratio, quae ad implendum nonnullas paginas, et ad submittendum impletas placido tuo examini, me impulit ac permovit. Ast abest omnis pruritus scribendi, et quaevis appetitio autorem salutari. Accipe itaque hanc disputationem bonam in partem, nec suffoca rigori censura, studendi germina, quae in pectore seminata, hic primum dehiscere incipiunt. Non deerunt quidem, quae merito censurae subiacent; ast cum recenseri non solent, nisi scripta doctorum, ego sane iudicium iusto acrius timere non possum, qui ordini eruditorum nulla adhuc ratione me annumerare sustineo, quum amplum iuris campum nondum pervasi, sed a limine istum tantum salutavi, in posterum vero, volente Deo, proprius accessurus. Si itaque has paginas perlustrans deteges, quae minus placent, memor esto iuvenilis ardoris, et memor exiguae peritiae, quam mihi comparare hucusque potui. Meliora forsan exhibebit aetas maturior et experientia sollertior. Vale faveque.



DE
RETENTIONE PIGNORIS,
TAM OB EADEM
QVAM OB DIVERSA.

§. I.

Introductio.



Admodum haesitavi in eligendo materiam, sed multum agitatus in retentione pignoris animus haesit; qua de re ante me equidem iam scriptum est, partim vero hanc materiam invenio non exhaustam, partim tali modo non tractatam, quali de ea agere mecum constitui. Sine ulteriori introductione itaque statim ad rem ipsam me conferam; primum vero generalia quaedam de pignore praemitturus ero, quorum applicatione in sequentibus carere non possum.

§. 2.

§. 2.

De trino pignoris et hypothecae significatu.

Vox *pignus*, uti inter omnes constat, in triplici sumitur sensu; modo enim denotat contractum realem, quo in significato ad quatuor contractus reales refertur, modo rem oppignoratam, modo ius in re, et quartam speciem iuris in re exhibet. Sed de hypotheca procul dubio aliter erit sentiendum, quam inter *pignus* et hypothecam permultas quaerunt differentias iuris DD; sed me iudice in eodem triplici sensu sumitur vox *hypothecae* a), quo vocem *pignoris* accipi iam scimus; sumitur enim pro contractu pignoratitio in l. 1. §. 1. ff. de pactis, et in l. 4. ff. de pign. et hypoth. pro re oppignorata in l. 7. ff. de distr. pign. et pro iure in re fere ubique, ut exempla allegare superfluum esset. Si itaque hypothecae idem est significatus, qui est pignori, haec quoque verba pro se invicem substituere licebit, et hinc inde prono alveo fluit, *pignus* et hypothecam amplius non differre quam sono vocis b).

a) Conf. BOEHMER in diss. de diverso pignoris et hypothecae iure §. 2.

b) l. 5. §. 1. ff. de pign.

§. 3.

De differentiis inter pignus et hypothecam allegari solitis.

Investigamus attamen differentias, quas inter *pignus* et hypothecam vulgo volunt intercedere DD. Primum enim perhibent, quod hypotheca nudo pacto constitui possit, *pignus* vero non nisi accedente traditione. Sed quum haec verba pro se invicem substituere licet, de hypotheca tradenda et de pignore nudo pacto contrahendo bene quoque dici potest, dum et hypotheca plerumque traditur per instrumenta, in quibus constituta est, et *pignus* nudo pacto contrahere licet a). Addunt porro, quod *pignus* a creditore, hypotheca autem a debitore naturaliter possideatur. Quum vero res oppignorata modo *pignus* modo hypotheca appellatur, phrasin improbare nequeo, qua creditor dicatur hypothecam, et debitor *pignus* possidere, quamvis negare
non



non possim, multum interesse, utrum a debitore, an a creditore res oppignorata naturaliter possideatur, maxime secundum Ius Lubecense et Rostochiense, secundum quod creditor, qui pignora tenet, semper securus est, nec moto concursu credita proferi tenetur *b*). Deinde et differentiam in eo quaerunt, quod ex hypotheca detur actio hypothecaria realis, ex pignore pignoratitia personalis; haec vero differentia iterum per substitutionem verborum evanescit. Accedit adhuc, quod ex pignore (si hac voce rem oppignoratam a creditore naturaliter possessam designare vis,) quoque oriatur actio hypothecaria, si forsan creditor eius possessionem amiserit *c*); sicuti ex hypotheca (dum rem oppignoratam a debitore naturaliter possessam hac voce accipis,) actio pignoratitia quoque datur debitori, qui, posteaquam hypothecaria actione conventus creditori possessionem hypothecae concessit, hypothecam, debito soluto, repetere vult. Plures adhuc pignoris et hypothecae proferuntur differentiae, in eo consistentes, quod pignori pactum antichreticum adiici possit, non hypothecae; quod possessor pignoris ad culpam levem teneatur, a qua vero creditor hypothecarius immunis sit; quod vasallus, qui sine consensu domini feudum pignori dat, feloniam sit reus, non vero si hypothecam constituit; quod furtum possessionis a debitore committi possit, qui pignus dedit, minime autem ab eo, qui hypothecam contraxit. Sed hic ratio differentiae in diversa pignoris et hypothecae natura sita non est, sed potius in possessione naturali rei oppignoratae, quae modo apud creditorem, modo apud debitorem est. Quum ergo differentiae, quas allegant, nullius sunt momenti, et hypotheca et pignus inter se revera non differunt, ab uno quoque ad alterum argumentum trahi potest *d*). Si itaque in statuto quodam speciali, constitutio pignoris sub poena amissionis prohibita est, tunc quoque hypothecam constituere interdictum erit, quia de nexu pignoratitio lex est accipienda, nisi aperte contrarium ex ratione legis colligi possit; nam et hic semper cavendum est, ne a pignore vere tradito ad non traditum concludatur. Praeterquam et hic moneretur, ad contrahendam obligationem pignoratitiam minime opus esse expressa pignoris vel hypothecae mentione, nam et verba aequipollentia hic sufficiunt, modo appareat, debitorem consensisse, ut res sua creditori securitatem praester.

B

a) l.

- a) l. 1. pr. ff. de pign. act. et l. 2. C. de remiss. pign.
 b) Conf. Ius Lub. P. 3. tit. 4. et Ius Rostoch. Lib. 3. tit. 4. art. 11.
 c) §. 7. I. de Actionib.
 d) l. 7. pr. ff. de distract. pign. ibiqu. Gorbofr.

§. 4.

Divisio pignoris praemittitur.

Constitutio pignoris sive hypothecae vel niritur fide publica, vel privata; in casu priori pignus appellatur publicum, in posteriore privatum; id quod iterum vel testamentarium a), vel conventionale est, prouti consensu unius vel plurium contrahitur. Pignus publicum, si voluntate parrium contrahitur, voluntarium audit, si non, necessarium; illud vel constituitur in iudicio b) apud acta consensu debitoris, vel coram tribus testibus masculis c), et vocatur quasi publicum sive testimoniale. Pignus necessarium vel a lege constituitur, vel a iudice; illud legale d), hoc iudiciale nominatur, et est vel praetorium, vel iudiciale in specie; priori iudex coercet contumacem in non comparendo vel non cavendo, posteriori rem iudicatam exequitur. Praeterea pignus vel unam tantum rem, vel omnia afficit bona, prius dicitur speciale, posterius generale, et iterum est vel simpliciter, si omnia bona debitoris indistincte obligantur; vel secundum quid, si pignus tantum omnia bona eiusdem generis afficit.

- a) l. 26. ff. de pign. act. Dubitarunt nonnulli, an in testamento quoque pignus constitui possit, cum pignus sit contractus, contractus autem in testamento celebrari nequeat; sed admodum errarunt, nam constitutio pignoris, quae fit in testamento, non fit per modum contractus, sed ultimae voluntatis et legati; et hoc eodem modo accidit, ac in correis, qui aequae in testamento ac in conventionione constitui possunt.
- b) Hanc constitutionem coram iudice incompetente fieri posse, nemo dubitabit, cum est actus voluntariae iurisdictionis merae, et iudicis auctoritas hic solummodo adhibetur, ut fides sit eo minus suspecta; altioris autem indaginis est quaestio, an haec constitutio a iudice in propria causa et coram propriis actis valeat? quod affirmo cum BERGERO in diss. de potestate personae publicae in se ipsam Th. 29. seq.; duo hic casus occurrunt, vel bona alterius iudici oppignorantur, vel eius bona alteri; sed in utroque, fit ne iudex creditor an debitor, non causae cognitio sed iudicis auctoritas requiritur, quam et in re propria semper interponere licet, si id, de quo agitur, voluntariae est iurisdictionis merae; omnis quoque fraus hic aberit, modo ab actuario oppignoratio publicis actis rite interatur.
- e) Sunt

- c) Sunt et qui hic testimonium feminarum admittere voluerunt, dum non solemnitate sed veritatis causa testes hic adhiberi dicunt; huic autem sententiae calculum adlicere nequeo, quae aperte vim inferit legi *ii. C. qui pot. in pign.*
- d) Hoc a nonnullis iterum in purum et mixtum dividitur, quorum prius sola lege et nullo plane facto eius praecedente, in cuius bonis competit, constitui perhibent, posterius praeter legem facto hominis tacite contrahi, ut per illationem in praedium urbanum. Sed haec distinctio merito negligitur, prouti sine omni usu practico est; quinimmo *COCCEII* in *Iure Controv. Lib. XX. tit. 1. qu. 4.* defendit, quod in casu locati praedii urbani, pignus non ex facto illationis, sed ex sola lege oriatur, cum factum tantum sit conditio, sine qua lex non disponit,

§. 5.

De retentione pignoris.

Inter ea, quae creditori ratione pignoris competunt, quoque referendum est ius retentionis, de quo hic loci speciatim erit agendum. Est vero retentio remedium ex lege competens, vi cuius rem alterius, a nobis rite possessam, tam diu ei denegare possumus, donec nobis satisfecerit. Ad hanc retentionem legitime exercendam requiritur, 1) ut res sine vitio ad retinentem pervenerit a); 2) ut debitum sit certum et liquidum, hoc est ut constet, quid, quale, et quantum debeatur b); 3) ut adsit lex, quae retentionem permittat. Qui enim sine lege retentionem exercet, sibi ipsi ius dicit, cum morosum debitorem ad solvendum compellit, ius suum contra invitum persequitur, et denegatam debiti solutionem sine iudice extorquet c). Quae si ad pignora applicas, facili negotio perspicias, quando hoc possit retineri, si saltim id notas, quod legitima pignoris constitutio sit conditio, sine qua pignus nunquam retineri possit, quod porro pignus modo ob diversa modo ab eadem retineatur.

a) *MEYVUS P. 9. D. 43.*

b) *LEYSER in med. ad ff. sp. 175. m. 3. et 4.*

c) Exinde quoque sequitur, ut leges, quae retentionem permittunt, ad casus non expressos non sint extendendae; qui enim ius sibi ipsi dicit, vim inferit, vis autem a lege vocatur, quoties quis id, quod deberi sibi putat, non per iudicem efflagitat *l. 13. ff. quod met. caus.* Quid vero magis saluti publicae contrariatur, quam impune vim exercere iniustam? si ergo princeps e. g. ius retentionis in debito puro et liquido permittit, ad



conditionatum et illiquidum lex non est extendenda. Qui contrarium asserunt, provocant ad l. 12. ff. de vi et vi armat. quae retentionem generaliter permittere videtur; hos vero iam refutavit Heister in dist. de Iure Retentionis §. 30. schol. 2.

§. 6.

Quodnam pignus retinere licet.

Priusquam vero ulterius progredior, inquirere adhuc lubet, utrum in omni, an in quadam tantum pignoris specie retentioni locus sit; ut ego opinor, retentio in omni pignore legitime constituto locum sibi vindicat, sive pignus sit publicum, sive privatum; sive necessarium, sive voluntarium; sive traditum, sive non traditum. De pignore non tradito dubitari videtur, dum, quae quis non habet, retinere nequit; lubenter equidem largiar, ipsam rem oppignoratam retineri non posse, attamen res mea falsa est; creditori enim competit ius in pignore, licet traditum non sit, et hoc ius creditoris durat, quamdiu debitor non solvit; retinet ergo ius in pignore, donec solutione debitoris tollitur, et si vocem pignus pro iure in re assumis, quod licet per §. 2. bene quoque de creditore, retentionem in pignore non tradito exercente, dicere potes. Porro et in pignore legali sive tacito retentio locum habet, uti exemplum occurrit in illatis conductoris, quae retinere licet; item in uxore, quae bona mariti tam diu retinet, usque dum dos ipsi restituta sit. Denique in pignore iudiciali retentio datur, ut et in praetorio, itemque in arresto, quod a nonnullis hic refertur.

§. 7.

Pignus retineri nequit, cuius possessio ex alia causa translata est.

Neminem sibi ipsi causam possessionis mutare posse, notum est, quam quod notissimum. Si itaque rem alterius ex alio quodam contractu e. g. ex locato conducto possideo, et postea in eius bonis pignus obtineo, ita ut quoque haec res mihi oppignoratur, rem conductam in pignus ipsemet mutare nequeo; si enim hoc facerem, pignus propria autoritate occuparem, quod verum

tum est ^{a)}, adeoque nec rem conductam retinere licebit, cum possessio vitiose translata est. Rem adhuc exemplo illustrabo; pupillus titulo commodati tenet rem pretiosam a Titio; post aliquod tempus Titius creatur tutor pupilli, qui hoc modo pignus tacitum in omnia bona Titii nasciscitur; attamen pupillus rem commodatam, ut oppignoratam retinere nequit, si forsan Titius, tutelam prave administrando, de bonis suis eum fraudet, et ab illo commode suum consequi nequeat pupillus; semper enim ut commodatarius possidet, nec causam commodati in pignoris causam ipsemet mutare valet, adeoque nulla ex pignore illi competit exceptio, quam Titio commodatum reposcenti opponere possit. Pupillus omnino quidem gaudet iure pignoris in re commodata, minime vero exinde colligendum est, ut quoque iure retentionis in re ipsa commodata polleat; res enim ut pignus tradita non est, quod necessario requiritur.

^{a)} l. 13. ff. quod met. caus.

§. 8.

An redemptioni pignoris praescribi possit?

Pignus tam diu retinetur, donec reluitur, id quod debitori semper integrum est, cum luitio pignoris praescriptioni minime subiacet ^{a)}; creditor enim ante solutionem a debitore factam pignus nullomodo praescribere potest ^{b)}, bene tamen per distractionem impedire, ne debitori luitio amplius pateat. Dum ergo redemptioni pignoris praescribi plane non potest, exinde sequi videtur, ut reluere pignus sit res merae facultatis; ast quum res merae facultatis omnibus communes sunt, et quae ex contractu pendunt, ad iura omnibus communia referri nequeunt, et ego sane luitionem pignoris pro re merae facultatis habere non possum.

^{a)} l. 10. et 12. C. de pign. act.

^{b)} Quinimmo et post solutum debitum LEYSERVS *sp.* 155. m. 9. et *sp.* 462. m. 19. creditori denegat praescriptionem, quia semper ut creditor possidet, et causam possessionis ipsemet mutare nequit.



§. 9.

Pignus ob eadem potest retineri, hinc ob usuras et impensas.

Si quis cum effectu pignus reluere vult, primario totum debitum exsolvere debet, ante cuius integram expletionem, actio pignoratitia non datur ^{a)}; at hoc quoque soluto, attamen creditor ei potest opponere retentionem, et primum quidem ob eadem, sive ob talia debita, quae cum re oppignorata connexa et propter eam contracta sunt; hinc forte soluta, ob usuras datur retentio pignoris ^{b)}, et solutione sortis cum usuris praestita, ob impensas in rem oppignoratam factas, iterum retentio potest exerceri; sicuti enim creditor ad culpam levem tenetur, et, id quod boni patris familias est, pignus conservare, et eius deteriorationem omni quo potest modo avertere debet, pro qua diligentia merito indemnitas servandus est, hinc pro impensarum restitutione ei largitae sunt leges retentionem ^{c)}. Cave tamen, ne ob alias impensas retentionem creditori concedas, nisi ob necessarias et utiles; tantum enim abest, ut ob voluptuarias pignus retineat, ut ne quidem harum refusionem a debitore exigere possit; si tamen sine rei corruptione id, quod voluptuarii impendit, tollere potest, hoc licet, ne cum ipsius damno debitor locupletior fiat. Si vero debitor pacto sibi prospexit, ut ipso invito et inscio creditori non liceat, ne minimum quidem in pignus impendere, et creditor hoc non obstante quid impendit, consensu debitoris non adhibito, distinguendum est, utrum impensae fuerint necessariae, an modo utiles; in casu posteriori retentio non competit, cum ne quidem sumtus harum impensarum ei sunt restituendi; in casu priori non obstante hoc pacto, retentioni locus erit; debitor enim impensas necessarias prohibere nequit ^{d)}, cum et sua et reipublicae interest, ut res existentes conserventur.

^{a)} Hoc adeo verum est, ut, si a pluribus oppignoratio facta est, pignus ad effectum repetitionis pro parte non liberetur, sed potius usque ad totam solutionem retentio exerceri possit, conf. SCHOEPFER in *Synops. Iur. Priv. Lib. XX. tit. 6. §. 2. et BOEHMER in tract. de Action. S. 2. C. 8. §. 35. n. 3.*

^{b)} l. 8. §. 5. ff. de pign. act.

^{c)} c. l.

^{d)} LEYSER *Sp.* 156. m. 4.

§. IO.

*Ob damna occasione pignoris data retentioni
locus est.*

Si forsan dolo vel culpa debitoris ^{a)} creditor e re oppignorata damnum passus sit, illi quoque retentio non erit deneganda; nam ad hoc damnum refarciendum illi data est actio pignoratitia contraria, et in quantum competit actio contraria, in tantum ceteris paribus, quoque competit retentio ob eadem ^{b)}.

a) Creditor tenetur ad culpam levem, quum contractus pignoratitius aequaliter in utriusque contrahentis commodum tendit. Sunt quidem, qui ad culpam levissimam creditorem obligare volunt ex arg. legis 13. §. 1. ff. de pign. act., sed parum concinne: conf. MENKEN in tract. de Actio- nib. Forens. S. 2. C. 2. Memb. 5. §. 8.

b) l. 18. §. f. ff. commodati.

§. II.

An retentio pignoris ob diversa aequa sit?

Si debitor ea quoque debita solvere vult, quae cum pignore connexa sunt, fieri tamen potest, ut pignus ob debitum non connexum, quod ei nullo modo inhaeret, retineatur. Antequam vero ex legibus hoc deducam, de nihilo non erit, adhuc examinare, an quoque aequum sit, pignoris retentionem ob diversa permittere, cum eo ipso retinenti vis et potestas datur sibi ius dicendi (§. 5.). Attamen quantum ego video, retentio ob diversa aequitati convenit, cum 1) nostra omnino interest, rem potius retinere, quam actione persequi ^{a)}, 2) illi, cui actio datur, multo magis exceptio sive defensio conceditur ^{b)}; accedit 3) quod iure Romano alicui quidem exceptio, sed non actio data fuerit, quod, uti notum est, tunc contingebat, si nudo pacto alicui quid promissum fuit, cui in lege retentio permittebatur ^{c)}.

a) l. 59. ff. de furtis; inde proverbium vulgare: *in manibus ist gut latein.*

b) l. 156. §. 1. ff. de R. I.

c) l. 51. ff. de cond. indeb.

§. 12.

§. 12.

An retentio pignoris ob diversa licita sit et lege permissa?

Licet aequum sit, retentionem pignoris ob diversa permittere, attamen iniustum erit, sine expressa legum permissione eam exercere (§. 5.). Lex autem non deficit, ad quam retinens provocare possit; sic adest *l. un. C. etiam ob chirogr. pecun.* quae retentionem pignoris ob diversa permittit; quamvis multum inter se contendant DD. utrum secundum mentem meam haec lex sit accipienda, cuius sensum plane pervertunt, et an non magis secundum *l. II. §. 3. ff. de pign. act. et l. 3. C. de luit. pign.* pronuntiandum sit, quippe quae leges pignoratitiam actionem admittunt, simulac id solum est, in quod pignus obligatum fuit. Sunt iterum, qui credunt *l. un. C. etiam ob chirogr. pec. derogare l. II. §. 3. ff. de pign. act.* quibus verum *l. 3. C. de luit. pign.* obstabit. Sunt et qui leges citatas in eo conciliare intendunt, quod existiment, *l. un. C. de casu loqui si duplex fors in pignus credita sit, in l. II. §. 3. ff. autem de una sorte et de usuris sermonem esse.* Sunt qui adhuc aliter sentiunt, qui verum me iudice egregie fallunt, et legislator sequenti modo commode potest salvari.

§. 13.

Quomodo retentio pignoris ob diversa a lege permissa sit?

Legem *un. C. etiam ob chirogr. pecun.* si accurate perpendis, expressis verbis cautum invenies, non simpliciter retentionem pignoris ob diversa licitam esse, sed eo tantum casu, si creditor summam, in quam ipsi pignus obligatum fuit, a debitore acceptare non vult, ni simul quoque id, quod aliunde debet, solvat; tunc enim tam diu competit retentio, usque dum debitor una de omni aere alieno creditori satisfecit, et haec est genuina mens legis unice allegatae, cuius verba subiungere necesse duco. *Si in possessione fueris constitutus, nisi ea quoque a debitore tibi redatur, vel offeratur, quae sine pignore debetur, eam restituere propter exceptionem doli mali non cogeris.* Iure enim contendis, debitores eam solam pecuniam, cuius nomine ea pignora obligaverunt, offerentes, audiri

audiri non oportere, nisi pro illa etiam satisfecerint, quam mutuum simpliciter acceperunt. Si vero creditor pecuniam, quam pro pignore debitor offert, acceptat, pignus amplius retineri nequit; soluto enim eo, in quod datum fuit, tota quoque pignoris obligatio extincta est, et omne ius creditoris in pignus desinit, ita ut tunc sine causa possideat ^{a)}, et de hoc casu sermo est in l. 11. §. 3. ff. de pign. act. et in l. 3. C. de huius pign. Duo enim casus hic distinguendi sunt; vel creditor acceptat pecuniam, quam pro solo pignore debitor offert, vel acceptationem recusat, donec et alia sua debita simul offerat. In casu posteriori, pignus creditor retinere et debitorem exceptione doli mali repellere potest; debitor enim vult, ut creditor servet promissa a sua parte et pignus ex contractu restituat, aut ipse debitor promissis a sua parte stare non vult, cum solutionem debiti chirographarii non praestat, merito ergo illi obstat doli mali exceptio. In casu priori, retentio evanescit, cum pignus liberatum est, et debitor actione pignoratitia directa eius restitutionem exigere valet ^{b)}, cui exceptionem retentionis creditor opponere nequit, dum retentio lege non est munita; accedit adhuc, quod acceptatione solius debiti pignoratitii beneficio legis unice renunciaisse videatur.

^{a)} Haec distinctio, quamvis ex verbis legis abunde liqueat, a plurimis tamen negligitur, qui retentionem pignoris indistincte ob diversa admittunt, conf. BOEHMER in *Intrad. in Ius Dig. tit. de pign. §. ult.* LEXSER *sp.* 175. m. 7. et LUDOVICI in *diff. de retentione ex diversa etiam causa competente*; sed e contrario egregie eam exposuit de COCCHEII in *Iure Controv. Lib. XX. tit. 1. qu. 17.*

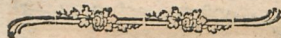
^{b)} Idem obtinet, si loco pignoris quis fideiussorem accipit, tunc enim pignus statim repeti potest, quod ab omni nexu pignoratitio liberatum est, et sine causa a creditore possidetur.

§. 14.

An res aliena pignori data retineri possit?

Iam ad ulteriorem iuris retentionis in pignore explicationem progredior, et primum examinaturus sum, quaenam res oppignorata ob diversa retineri possit. In re aliena, consentiente domino, pignus bene potest constitui, et oppignoratio aequae valida est, ac si res propria debitoris in pignus obligatur ^{a)}, ergo

C et



et iidem effectus, qui huic pignori inhaerent, pignori in re aliena, consensu domini constituto, attribuendi sunt, hinc et ob diversa contra debitorem retinere licebit; et si ipse dominus, cuius consensu obligatum est, pignus reluere veller, ipsi idem ac cuilibet tertio, qui pro debitore solveret, exceptio retentionis ob alia debita debitoris obstaret; quinimmo creditor ne quidem liberationem pignoris, quamvis totam, a tertio, invito et inscio debitore, acceptare debet, cum praestita aut oblata debiti solutione, debitor semper actione pignoratitia eum convenire potest; at si quoque debitor in redemptione pignoris a domino facienda consentit, attamen creditori salva manet retentio. Ponamus vero casum, quod debitor rem alienam ea conditione oppignoraret, si sua facta fuerit *b*); tunc creditor ante conditionem existentem nulla retentione se tueri valer, cum ne ius quidem in re oppignorata consequutus est, quod adhuc sub conditionis eventu suspensum fuit; nec ullam tale pignus praestat securitatem, quum domino vindicanti nulla fere opponi potest exceptio, nisi forsan ob impensas, si in bona fide constitutus est creditor; simulac vero debitor dominium rei pignori datae acquirit, creditor et securus erit, et exceptione retentionis ob diversa munitus. Idem porro dicendum est, si inscio domino et creditore, res aliena a debitore obligatur, qui postea eius dominium impetrat, cum huic semper obstat regula, quem de evictione tener actio, hunc agentem repellit exceptio. Si citra voluntatem domini res aliena oppignoratur, hoc non obstante, datur retentio ob diversa contra debitorem, qui propriam turpitudinem pro se allegare nequit; attamen creditorem ignorasse oportet, rem esse alienam; si enim insciens eam accipit, vitiose possessionem pignoris consequitur *c*), hinc et retentioni locus esse non potest. Ceterum hic quoque notari meretur, quod, si debitor, qui rem alienam pignori posuit, postea eam reluere cupit, reluitio ex hac ratione a creditore recusari nequeat, quod rei dominus non sit *d*), contractus enim pignoratitius obligat contrahentes, non habita domini rei oppignoratae ratione, sunt autem primarii huius contractus effectus, ut debitor pignus redimere, creditor autem, soluto debito, illud reddere teneatur, hinc sub praetextu domini alieni retentio locum invenire nequit. De remediis, quae domino competunt, rem suam ab alio oppignoratam recuperandi, res ita se habet.

Si

Si nempe cum suo consensu oppignoratio facta est, actione pignoratitia utili agere potest ^{e)}, aut valide illi creditor opponet exceptionem retentionis ob debita oppignorantis tam pignoratitia quam chirographaria, in quam retentionem quoque dominus, eo ipso quod debitori concesserit, rem suam oppignorare, concessisse videtur. Si contra voluntatem domini res oppignorata est, vindicationi locus erit, cui retentionem creditor opponere nequit. Si vero dominus putat, pignus in re sua, sine ipsius consensu constitutum valere, et ad rem suam recuperandam pignus ipsemet luit, solvendo id, in quod oppignoratum fuit, hanc summam a creditore condictione indebiti reperere nequit ^{f)}; dedit quidem ex errore, sed in iure erravit, et error iuris nocet. Supponitur tamen, creditorem tempore oppignoracionis nescivisse, rem esse alienam; si enim hoc scivit, et a domino nihilominus luitionem accipit, summam solutam condictione furtiva dominus potest reperere ^{g)}. Supponitur porro, creditorem tempore reluitionis facti compertum habere, rem a non domino fuisse obligatam, et reluctantem verum eius dominum esse.

- a) Si mulier ab alio res suas pignori tradi patitur, effectu destituta erit oppignoratio, si deficit renunciatio S. C. Velleiani l. 32. §. 1. ff. ad S. C. Vell.; aut auth. si qua mulier C. ad S. C. Vell. si a marito res uxoris in pignus obligatae sunt l. 5. C. ad S. C. Vell.
- b) l. 16. §. 7. ff. de pign.
- c) Quinimmo qui sciens rem alienam pignori accipit, furti tenetur, conf. Gothofr. ad l. 36. ff. de cond. indeb.
- d) l. 9. §. 4. ff. de pign. act.
- e) Conf. MENKEN in tract. de Actionib. Forens. S. 2. C. 2. Memb. 5. §. 4.
- f) l. 36. ff. de cond. indeb.
- g) cit. l. 36. ff. de cond. indeb.

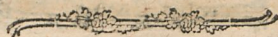
§. 15.

De re in tantum aliena.

Quando a debitore res quaedam obligatur, cuius dominium illi tantum pro parte, pro parte aliis competit, vel horum quoque consensum in oppignoracionem adhibuit, vel non. Si prius, valide pignus constitutum est, et retineri omnino licet. Quid vero? num licebit ob unius tantum oppignorantis debita aliunde orta

C 2

pignus



pignus retinere, an ob debita omnium pignoris dominorum? Mihi hoc casu distinguendum videtur, num debitor nomine interessentium comuni, an unice tantum suo nomine pignus dedit et contraxit. In casu priori, ob cuiuslibet condominorum debita diversa pignus retineri licebit, cum horum quivis pro parte debitor est, et *lex un. alleg.* indistincte contra debitorem retentionem ob diversa admittit; alioquin etiam iam scimus, quod uno solvente pignus a retentione non liberetur *a*). In casu posteriori, vel condomini expresse oppignorationem eorum nomine prohibuerunt, quamvis ob commodum commune eam nomine solius oppignorantis cupide desiderarint, et tunc saltem contra solum contrahentem retentio ob diversa competit, contra condominos enim, quos ignorat, eam exercere plane impossibile est *b*); vel condomini iusserunt rem omnium nomine oppignorare, et tunc certe dolose agit contrahens, qui nihilominus rem proprio nomine pignori tradit, quippe post solutionem integram a contrahente praestitam creditor equidem amplius pignus retinere nequit, ast si postea condominos cognoscit, quorum aliunde quoque creditor est, actione doli mali contrahentem convenire potest ad consequendum id quod interest, adeo ut, si hic solvendo non est, restitutione in integrum gaudeat creditor *c*). Haec de casu si condomini in oppignorationem consenserunt; sed restat adhuc de eo quoque differere, si quis rem, cuius tantum pro parte dominus est, sine condominorum consensu pignori tradit; et tunc contra pignorantem valide pignus potest retineri, quum si eam ex fundamento deficientis consensu condominorum impedire vellet, propriam turpitudinem allegaret; praeterea pro parte hic rite constitutum est pignus, quum debitor contrahens pro parte quoque dominus est, hinc et condominis agentibus obstat exceptio retentionis pro parte in pignore ob debita contrahentis competentis, et non aliter quam per solum de communi dividendo iudicium pars condominorum ab omni retentionis nexu liberanda esset.

a) Confer. dicta ad §. 9. in not. a.

b) Ast si creditor hoc casu comperiret, quis praeterea rei dominus sit, retentionem contra condominos equidem exercere non posset, quibuscum non contraxit, bene tamen condominos actione doli mali convenire ad reparandum damnum, quod inde passus est.

c) Si

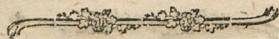
- e) Si ante reuentionem a debitore factam creditor quoque cognosceret condominos, una cum eo quod ad horum mentem oppignoratio communi nomine facta non sit, attamen retentione contra condominos non gauderet, quippe quibuscum contractus pignoratitius celebratus non est.

§. 16.

De re per mandatarium obligata.

Res aliena porro a mandatario oppignoratur, qui vi mandati eam in pignus obligat, quaeritur ergo, quid hoc casu circa ius retentionis iustum sit? Si mandatarius nomine alterius rem pignori dat, res dubio caret, tunc enim ob debita mandantis retentione datur; sed non adeo clarum est, si rem mandantis proprio nomine obligat mandatarius; tunc enim vel in hoc consentit debitor sive mandans, vel non. Si prius, mandatarius loco debitoris est, qui per mandatum quasi constituitur dominus rei oppignorandae; iubendo enim mandatarium, rem tanquam suam proprio nomine obligare, mandans eo ipso in consequentias consentit, quae tunc, si a mandatario res mandantis ut propria oppignoratur, necessario eveniunt, hinc quoque ob mandatarii debita diversa creditori retentio non est deneganda ^{a)}, praeter hunc enim creditor alium debitorem nec noscit nec agnoscit. Si posterius, cum nempe citra mandantis voluntatem mandatarius rem proprio nomine pignori apponit, retentio quidem ob debita mandatarii non vero mandantis locum inueniet, cum mandante enim contractus pignoratitius initus non est; at dolose hic egit mandatarius, hinc ab utroque, qui inde damnum sentit, conveniri potest, a creditore actione pignoratitia contraria, et a mandante actione mandati directa.

- a) Cum regressu mandantis adversus mandatarium res ita se habet; aut enim mandatarius tempore oppignorationis creditori iam aliquid debuit, vel minus; si illud, vel mandantem de hoc debito certiore fecit, vel non fecit. Hoc casu actione doli mali tenetur mandatarius. Illo casu mandans sibi imputet, si damnum inde sentit. Si vero mandatarius tunc, quum rem mandantis pignori dedit, creditori ex nullo capite obligatus fuit, et postea eius debitor factus est, iterum distinguendum est, utrum dolose egerit, nec ne, et in illo non in hoc casu conveniri potest a mandante.



§. 17.

*Quando pignus pluribus obligatum ob diversa retineri
possit?*

Fieri potest, ut debitor unam rem licite pluribus pignora-
tione nexu obliget, et tunc oritur quaestio, cuinam comperat ius
retentionis? Alioquin beatus habetur possessor, cuius in pari
caussa melior est conditio, aut in pignore alia obtinet regula, ni-
mirum qui prior est tempore, potior est iure ^a). Interim probe
distinguendi sunt casus sequentes. Si creditor unam rem duo-
bus oppignorat, vel illi simul tradit, cui primo eandem obligat,
vel non tradit. Si prius, secunda pignoris constitutio fit vel primo
creditore pignus adhuc possidente, vel non. Illo in casu contra
debitorem principalem a priore creditore retentio ob diversa
omnino potest exerceri, qua vero statim destitutus erit, si cre-
ditor posterior iure offerendi utitur, quo et ipso priore creditore
invito uti valet ^b), licet huic ius praelationis in pignore compe-
tat; posterior enim creditor offerens priori debitum pignora-
tium, chirographaria debita debitoris principalis nec exsolvere nec
offerre tenetur, sicuti expressis verbis cautum invenimus in *l. un.
cit.* Quod in secundo creditore locum non habet, nec enim necessitas ei
imponitur, chirographarium etiam debitum priori creditori offerre.
Hoc in casu, si nimirum primus creditor possessionem pignoris
amittit, et pignus iterum ad debitorem redit, hoc vel creditore
consentiente vel eo invito factum est; si illud accidit, remissum
censetur pignus ^c), ni de voluntate constet contraria, quippe si
ad festivitates vel alios usus solennes reddidit, ex tali enim restitu-
tione remissio inferri nequit; in casu verum simpliciter restitu-
tionis factae, ius quoque pignoris remississe creditor praesumi-
tur ^d), et debitori liberam dedisse potestatem, rem denuo cum
effectu oppignorandi, ita ut secundus creditor omnino reten-
tione rei oppignoratae privatur, eamque debitor recuperat, sive
bona sive mala fide, iterumque alteri creditori pignori tradit, hic
retentione contra debitorem se defendere valet; in utroque enim
casu oppignoratio rite facta est, et res ad novum creditorem valide
pervenit, quamvis in alterius praedictum, modo ipse novus
creditor

creditor in bona fide constitutus sit; ast etiam tunc illi ius retentionis non proderit, simulac a primo creditore hypothecaria actione convenitur e), quippe qui ius potius habet, quod per novam traditionem pignoris secundo creditori factam illi adimi nequit f), hinc et potentiori cedere debet novus creditor, salvo tamen regressu contra debitorem ipsum. Sin autem primo creditori pignus non traditum est, sed secundo debitor id tradidit, tunc aut primo creditori competit pignus generale aut speciale; si illud, secundus creditor contra debitorem retentione tutus est, et primum creditorem hypothecaria agentem exceptione excussionis repellit, usque dum debitor adhuc habet, in quod excussio fieri possit; si hoc, adversus debitorem iterum pignus retinere licebit, quamvis stellionatus reus sit g); dolose enim agentibus leges nunquam succurrunt; ast primo creditori agenti, hoc casu nil opponere potest, nisi forsitan exceptionem consensus in ulteriorem oppignorationem.

a) l. 12. §. f. ff. qui potior. in pign.

b) l. 1. C. qui pot. in pign.

c) l. 3. ff. de pact. l. 7. C. de remiss.

d) Hic velim notes, quod creditor, si modo in novam oppignorationem consentiat, non pignus sed solam prioritatem remittat. *LEXER* p. 233. m. 3.

e) Ad ductum §. 7. I. de Actionib.

f) l. 12. §. f. ff. qui potior. in pign.

g) l. 3. §. 1. ff. de Stellionat.

§. 18.

An instrumentis oppignoratis retentio ob diversa competat?

Per oppignorationem instrumentorum res ipsa, de qua instrumenta agunt, oppignorata censetur a); oritur hic ratione iuris retentionis quaestio, an instrumento oppignorato retentioni ob diversa locus sit? et duo sunt potissimum casus, qui hic occurrunt; instrumenta enim vel nomen, vel rem quandam continent. Licitum esse rem sibi debitam oppignorare, inter omnes constat, debitor enim qui hoc agit, eo ipso creditori nomen cedit b), cuius securitas in facultate exigendi debitum consistit c), quin-

quinimmo cessione nominis creditori nomen tradit, cedere enim in iuribus idem est, ac tradere in corporalibus *d*). Retentio ob diversa in nomine oppignorato creditori ex nullo capite potest abnegari, quae vero ita exercetur, ut exactionem nominis debitori tam diu denegat creditor, donec omnia solvat debita, hinc si creditor nomen exigit, exspirat ius retentionis *e*), quamvis id quod exacto nomine praeter debitum pignoratitium accipit, cum debito chirographario compensare possit *f*). Instrumenta debendi creditor iure pignoris retinere nequit, cum non instrumenta, sed nomen in iis contentum obligatum est; sed quum illorum, ad probandam nominis cessionem, indiget, sine causa certe ea non possidet, ut et conditione repeteri nequeant, hinc quoque creditori licebit instrumenta tam diu retinere, quamdiu nomen retinet, et quidem in vim tantum probationis non vero pignoris. In casu altero, si non de actione, sed de re quadam corporali instrumenta agunt, iterum legitime facta est pignoris constitutio. Casus tunc accidit, si per instrumentum contractus emti venditi fundus emtus oppignoratur *g*); retentio enim ob diversa hic aequae ac in eo casu exerceri potest, si in instrumento debendi creditor res suas pignori ponit. Quomodo autem haec retentio exerceri potest; infra §. 32. exponere locus erit. Instrumenta in utroque casu tam diu retineri possunt, quamdiu pignus retinetur.

a) LEYSER *sp.* 223. *m.* 4.

b) Per text. express. l. 7. *C. de hered. vend.*

c) Cautus hic sit creditor, ne debitor cedens spem suam fallat, hinc debitorem cessum hac de oppignoratione, reddat certiore, quo ipso illi facultas admittitur, cedenti solutionem praestandi.

d) LEYSER *sp.* 527. *m.* 1.

e) Item exspirat, si dies venit, et debitor cessus solutionem vel praestat vel offert.

f) Nec lex Anastasiana obstat, quum creditor cessionarius minime fraudulentus egit, qui nomen summae maioris in pignus accepit, maiorem enim tantummodo sibi procuravit securitatem, quam procurare omnino licet; praeterea quaevis fere res oppignorata summam crediti excedere solet.

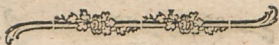
g) Hac de re in terminis loquitur l. 2. *C. quae res pign.* et conf. BRYNNE-MANN *ad h. l.*

§. 19.

*An in re debitoris mei debitoris mihi competat retentio
ob diversa?*

Debitoris mei debitorem, meum non esse debitorem, regula perquam vulgata est, ^{a)} ast cum grano salis intelligenda; spectat enim solummodo obligationem personalem, nec ad bona debitoris mei debitoris pertinet, quae mihi omnino obligata sunt; id enim, quod mihi debetur, quoque meum est, quod ergo meo debitori debetur, quoque suum est, hinc si id, quod suum est, mihi obligavit, et debitoris sui bona mihi oppignorata sunt ^{b)}. Attamen ut hic distinctionem facias oportet; pignus enim, quod a meo debitore mihi constituitur, vel generale est, vel speciale; si prius, omnia eius bona et totum eius patrimonium mihi obligatum est, sub quo et nomina comprehenduntur, hinc in hoc quoque casu id, quod debitori meo debetur, revera mihi pignori constitutum est; si posterius, iterum vel singulam rem, vel nomen in securitatem crediti dedit debitor; si illud, nil ad me attinet, quod debitori meo debetur, cum ultra rem oppignoratam ius pignoris non extenditur; si hoc, mihi ut cessionario, modo pignus in bonis debitoris mei debitoris competit, modo non competit, prouti nominis obligatio, vel pignoratitia, vel nude chirographaria est. Positis his, prono quoque alveo fluit, debitorem mei debitoris valide mihi pignus constituere posse, si debitor meus omnia sua bona aut nomen mihi obligavit; in utroque enim casu verum debitum praexistit, cui pignus accedere potest. Pari modo ex antedictis iam apparet, quid hic circa retentionem iuris sit; si enim in bonis debitoris mei mihi competit pignus generale, et debitor mei debitoris mihi pignora dedit, ea contra eum omnino retinere possum, usque dum id quoque solvit, quod sine pignore debet; ast ob debita principalis mei debitoris hoc casu retentionem exercere nequeo; simulac enim debitor mei debitoris omne solvit, quod mihi debet, pignoratitia actione contra me agere valet, nec exceptione retentionis me defendere possum, cum pignus minime pro eo dedit, quod suus creditor mihi debet, sed pro eo, quod ipsemet de suo debet; nec ipse debitor meus principalis hoc pignus mihi obligavit, sed eo duntaxat me securiorem reddidit,

D



didit, ad id consequendum, quod per suum debitorem solvi voluit. Idem dicendum, si in casu nominis a meo debitore mihi oppignorati, debitoris mei debitor pro debito in nomine contento mihi pignora dar, tunc enim contra debitoris mei debitorem, ast non contra debitorem principalem datur retentio ob diversa.

a) l. 44. ff. de condit. indeb.

b) Si ulteriorem huius asserti probationem desideras, vid. COCCRYM in Iure Controv. Lib. 44. tit. 7. qu. 7. qui plena manu hac de re egit.

§. 20.

Pignus valide retinetur ob diversa, cuius possessio actione hypothecaria acquisita est.

Creditor, qui hypothecaria actione pignus sibi constitutum persequitur, eiusque naturalem possessionem obtinet, plerumque quidem pignus distrahit; quod si vero pignus est res frugifera, et creditor ex fructibus solutionem sibi comparare intendit, quaeritur, an quoque hoc pignus ob diversa retineri possit? Rationes pro negativa me plane fugiunt, cum omnia hic adsunt, quae ad legitimam pignoris retentionem requiruntur. Praeterea ad casum pignoris constitui, post institutam actionem hypothecariam demum traditi, ipsa l. un. cit. spectare videtur, verbis: *si in possessione fueris constitutus*. Equidem hic fere semper, invito debitore, pignus traditur, ast exinde vitium oriri nequit, cum per iudicem suppletur, quod debitor facere recusat, et constitutio legitime cum consensu debitoris facta est, licet, eo invito, postea pignus traditum sit.

§. 21.

An distracto pignore retentio adhuc locum inveniat?

Facultas pignus distrahendi ad ea quoque iura pertinet, quae creditori in re oppignorata concessa sunt, et haec distractio duplici modo expediri potest, vel iudicialiter, vel extrajudicialiter. Si per iudicem creditor pignus vult distrahi, rem oppignoratam in iudicium exhibet, cum petito de distrahendo, si post factam denunciationem debitor intra terminum a iudice praefigendum pignus

pignus non reluit; quod si debitor nunc solvere cupit, retentio ob diversa creditori deneganda non est, quamvis in iudicio pignus depositum sit, modo creditor tempore depositionis haec debita diversa iudici insimul indicaverit ^{a)}; hoc enim omisso, retentioni ob diversa renunciasse videtur. Si vero debitor iussum iudicis de reluendo pignore et solvendo debito negligit, pignus distrahitur, et index ex pretio redacto creditori satisfacit. In distractione extraiudiciali ipse creditor accipit pretium, et sibi met ipsi solvit, primum id, quod in pignus creditur, et deinde id, quod aliunde debitor debet; hinc creditor hyperocham retinere dici nequit, bene tamen ex hyperocha sibi solutionem debiti chirographarii praestare. Distracto pignore, sive iudicialiter, sive extraiudicialiter, et aut soluto pretio, aut praestita securitate pro solvendo pretio, omnia iura creditoris in re oppignorata expirant ^{b)}, ita ut quoque retentio evanescat. Exemplo rem illustrabo. Immobile debitoris pignori mihi traditum est, debitor pignus non luit, et ego iudicalem impetro distractionem; emtor deponit pretium in iudicio, et traditionem immobilis postulat, frustra tunc ad ius retentionis convolare; emtori enim e momento subhaftationis iam ius est quaesitum in re emta et iudicialiter addicta, in qua ex eodem momento omnia mea iura soluta sunt; nec obicere possum, mihi pretium nondum solutum esse, hoc enim distribuere iudicis est.

^{a)} Quo facto, iudicis est debitori intra terminum praefixum solutionem debiti tam pignoratitii quam chirographarii sub poena distractionis iungere.

^{b)} LEYSER *sp.* 236, m. 3.

§. 22.

Quid iuris circa retentionem ob diversa, si plures res pignori traditae sunt?

Si plures res pignori appositae sunt, hoc vel una vice, vel diversis temporibus factum est; illo in casu, omnes res simul possunt retineri, donec et debita diversa soluta sunt; causa pignoris est enim individua, nec creditor, qui pro parte solutionem accipit, partem pignoris reddere tenetur ^{a)}; hoc in casu, plura revera pignora constituta sunt, quae confundi non debent, hinc si debitor

D 2

unum

unum pignus reluere vult, creditor ei quidem potest opponere retentionem ob diversa, minime vero ob debita alia pignoratitia *b)*; de eo enim sat securus est creditor, pro quo pignora possidet; unica tamen adest exceptio, si nimirum reliqua pignora minus idonea sunt, et securitati satis non consulunt, tunc enim ob debita ex his pignoribus datur quoque retentio *c)*. Constat enim, quod si pignoris valor ad explendam summam crediti non sufficit, id quod ex pretio in pignore redacto solvi nequit, pro debito chirographario habeatur, licet in pignus creditum sit; ob debita autem chirographaria permissum est, retentionem exercere.

- a)* *l. 19. ff. de pign.* Hoc §. 13. contradicere videtur, ubi retentionem non aliter admittendam esse dictum est, quam si creditor pecuniam pro debito pignoratitio non aliter acceptat, ni simul etiam id, quod aliunde debetur, offeratur; sed res mea salva est; solutionem totius debiti pignoratitii creditor non debet acceptare, qui retentionem exercere vult, quia tunc actione pignoratitia debitor pignus repetere potest; quum vero haec actio non competat, nisi debito in totum soluto, partem solutionis creditor bene potest acceptare, et nihilominus uti retentione ob diversa.
- b)* *Conf. l. un. C. etiam ob chirog.* verbis: *nisi ea quoque a debitore tibi reddatur vel offeratur (pecunia,) quae sine pignore debetur.*
- c)* *conf. BRUNNEMANN ad l. un. cit. n. 11.*

§. 23.

An secundus creditor pignus ob diversa retinere possit?

Creditor pignus sibi obligatum iterum alii potest oppignorare, ita ut in regula secundus creditor omnia iura primi creditoris in re oppignorata consequatur. Dixi in regula, nam in retentione iam exceptio adest. Duplici autem modo retentio secundi creditoris accidere potest. Eam enim vel contra debitorem, vel contra primum creditorem exercere vult; illo in casu, non datur per verba expressa *l. 40. §. 2. ff. de pign. act. secundi pignoris*, neque persecutio dabitur, neque retentio relinquatur; et debitor, simulac primo creditori solvit *a)*, pignus a suo creditore iterum obligatum, actione pignoratitia seu potius rei vindicatione *b)*, dum in dominio se fundat, reperere potest; resolutum enim iure dantis, resolvitur ius accipientis. Hoc in casu, si primus creditor secundo reliquionem pignoris offert, ab hoc omnino pignus

pignus potest retineri ob ea, quae sine pignore primus creditor debet. Primus vero creditor, licet rem sibi oppignoratam iterum pignori dederit, attamen contra debitorem, ob subsistentem contractum pignoratitium et continuatam possessionem civilem, retentionem ob diversa potest exercere. Cautea itaque pro creditore primo est, ut a debitore sibi promitti curet, ne hic creditoris creditori solvat, quod alias debitori integrum est c).

Præter dictum casum secundi creditoris, omnis creditor, qui modo sine vitio possessionem pignoris acquirit, retentione ob diversa se defendere valet, sive sit privatus, sive fiscus, sive persona moralis, quibus eadem circa retentionem iura sunt d).

a) Secundo creditori solvere non tenetur, bene tamen ei solvere potest, l. 6. ff. de doli mali et met. except. ibique Gothofr. et tunc nequidem totam summam creditori exsolvere debet, si hic dolose minus in pignus credit, quam ipse debet, et hoc quidem ob generalem rationem legis Anastasianae, conf. LEXSER *sp. 155. m. 7.* Porro si primus creditor in maius pignus obligavit, debitor pignus vindicare potest, si modo quod ipse debet solvit, conf. BRUNNEMANN *ad l. 1. C. si pign. pign. datur n. 11.* et creditori secundo de eo, quod minus accepit, regressus contra debitorem primum erit.

b) Conf. BOEHMER *de Actionib. S. 2. C. 8. §. 33. n. g.*

c) STRYK *in Caut. Cont. S. 4. C. 1. §. 3.*

d) Quid? si quis affirmaret, a debitore quoque retentionem pignoris exerceri posse, nugari videtur; sed audiatur tamen: Mevius pignus tradit Sempronio, qui cum peregre abijt, id apud Mevium deponit; Mevius culpa Sempronii damnum ex deposito sentit, et quum Sempronius rediens pignus repetit, Mevius opponit exceptionem retentionis ob damna culpa Sempronii data; qua cum certe audiendus erit, quod et ego lubenter concedo, si modo rursus concedis, retentionem minime ex iure pignoris sed ex deposito competere.

§. 24.

An et quatenus a successore creditoris retentio ob diversa exerceri possit?

Successori creditoris pro diverso modo succedendi diversa quoque competunt iura, merito itaque distinguendum est inter successorem universalem, qui in omnia bona antecessoris succedit, et singularem, qui in pignus tantum succedit. Ille ob omne, quod antecessori debetur, tam ex pignore quam sine pignore,

retentionem exercere potest; heres enim post aditam hereditatem repraesentat personam defuncti, et exinde illius quoque creditor est, cui defunctus crediderat. Et quod adhuc magis est, heredi ob id, quod ipsi debetur, retentionem denegare non possum, cum per aditionem hereditatis creditor pignoratitius in pignoribus a defuncto relictis evasit, et ex permisso legis quilibet creditor pignoratitius pignus retinere potest, ob id quod sine pignore ipsi debetur. Si vero defunctus plures reliquit heredes, omnes pignus retinere possunt, tam ob id quod defuncto, quam ob id quod singulis debetur, quum credita et debita inter coheredes ipso iure divisa sunt, et coheredum quisquis pro sua parte creditor pignoratitius est; itaque tantum ob partem sibi prorata competentem de eo, quod defuncto debetur, ob omne autem quod sibi sine pignore debetur, retentione uti valet quilibet heres. Facta autem divisione et addicto pignore uni coheredum in specie, hic unice, exclusis ceteris, retentionem ob id, quod sibi aliunde debetur, exercet ^{a)}, licet tantum ob partem eius, quod debitor defuncto debuit, eam exercere possit, nisi illi quoque integrum debitoris debitum in divisione addictum esset. Successor singularis pignus ob diversa retinere nequit, nec ob id, quod antecessori, nec ob id, quod sibi sine pignore debetur. Prius concludo ex argum. *l. 40. §. 2. ff. de pign. act.* ubi creditor titulo pignoris, qui est singularis titulus, in tertium pignus transfert, cui retentionem exercere interdictum est. Posterius per se iam patet, dum successor pignus obligatum non est; nec enim successor singularis per successionem in ius auctoris ius retentionis, quippe quod ad iura personalissima, creditori tantum concessa, pertinet, consequutus est, nec antecessoris personam repraesentat. Porro et hic debitor non aequè dolose agit, ac si ipsi creditori debita chirographaria solvere noller, qui bis fidem suam sequutus est, et bis ei creditit; successor enim chirographaria tantum credidit debita, haud vero pignoratitia; denique creditor et successor magis in dolo versari videntur, dum ad producendum ius retentionis ob diversa successionem moliti sunt, et hinc arctius debitorem obligare volunt, quam ex natura contractus iam obligatus est. Praeterea perquam inutilis successor pignoris translatio erit, cum desiciente denuncatione debitor successor solvere nullo modo obligatur, qui, simul ac ipsi creditori solutio.

solutionem praestitit, actione pignoratitia contra eum experitur; ast denunciatione facta et agnitione a parte debitoris subsecuta, statim cum priori creditore omnis nexus pignoratitius tollitur, et successor singularis eius in locum ita succedit, ut non solum ob id, quod ex pignore sed quoque ob id, quod sine pignore sibi debetur, retentionem ob diversa exercere possit ^{b)}.

a) Conf. SCHAYMBG. *Compend. Dig. Lib. 10. Tit. 2. §. 7. v. fin.*

b) Applicata haec ad cessionem et videbis, deficiente agnitione debitoris, retentionem ob diversa cessionario nunquam competere.

§. 25.

An contra fideiussorem, qui pignori accedit, retentio ob diversa exerceri possit?

Si pro uno debito creditor pignora et fideiussorem accepit, et contra fideiussorem ad debiti solutionem agit, hic creditori agenti valide opponet exceptionem cedendarum actionum, nimirum ut creditor, priusquam solvat fideiussor, in hunc transferat pignora et actiones suas personales et reales, et antequam hoc factum sit, fideiussor ad solvendum compelli nequeat ^{a)}; hinc inde quoque fluit, creditorem, qui a fideiussore sibi praestari vult solutionem debiti, retentionem ob diversa exercere non posse, quum a fideiussore nil antequam solvitur, quam cessione pignoris facta. Probe hic tamen distinguendum est inter debita sine accessione fideiussoris contracta vel pignoratitia, vel chirographaria; si enim creditor in idem pignus, cui fideiussor accessit, adhuc praeter accessionem fideiussoris, quidquid credidit, fideiussor solutionem offerens, haec quoque debita offerre tenetur, dum creditor pignus cedere non obstrictus est, antequam in totum liberatur, hinc quoque usque ad praestationem horum debitorum pignoratitiorum contra fideiussorem datur retentio; si vero id, quod sine accessione fideiussoris creditum est, tantum est debitum chirographarium, fideiussori solutionem debiti pignoratitii offerenti retentio pignoris nullo modo potest opponi ^{b)}, quippe retentio ob debita chirographaria unice tantum contra debitorem competit. Fideiussor, qui soluto debito, et cessione

a creditore facta, pignus possidet, contra debitorem retentionem ob diversa exercere nequit, cui ut successori singulari retentio concessa non est, nisi agnitio a parte debitoris accesserit.

a) *l. 2. C. de fideiuss. et mand.*

b) BRUNNEMANN *ad l. 2. C. de fideiuss. et mandat.*

§. 26.

De retentione contra filiumfamilias, qui mutuum accepit.

Si filiusfamilias mutuum pecuniam accipit, et pro credito pignora dat, obligatio pignoratitia ipso iure nulla est, ita ut rem oppignoratam statim vindicare possit. Ast si paterfamilias factus pignora dedit pro mutuo, quod ut filiusfamilias accepit, vel pignora rata habuit, quae ut filiusfamilias constituit, obligatio omnino subsistit ^{a)}, attamen retentio non datur ob ea, quae ut filiusfamilias adhuc aliunde debet, cum tantummodo pro quantitate pignoris debitum exsolvere tenetur ^{b)}. Verum enim vero hoc merito sequenti modo restringendum est. Primum retentionem ob eadem creditori denegare iniquum foret, cum ob ea tantum exercetur, quae ratione pignoris illi debentur, et quae actione pignoratitia repetere potest. Porro et ipsa retentio ob diversa tunc admitti debet, si paterfamilias factus pro mutuo, in statu filiusfamilias debita contraxit; tunc enim cessat ratio S. C. et regula communis applicatur, contra debitorem pignus ob diversa retineri posse. Denique et tunc retentio ob diversa locum inveniet, si plura debita, quamvis a filiofamilias contracta, adsunt, in quibus S. C. Maced. cessat, quippe si pro paterfamilias dolose se gessit; si debita chirographaria ut paterfamilias denuo agnovit; si pecunia credita in rem suam versa est; si alias res, quam nummos debet, modo non sit in fraudem legis, et q. f. r.

a) *l. 9. pr. ff. ad S. C. Maced.*

b) *l. c.*

§. 27.

Num contra eum retentio exerceri possit, qui pro alio pignora dedit?

Iam supra §. 14. de casu dictum est, si cum consensu domini quis rem alterius pignori dat; sed longe aliter se res habet, si ipse tertius pro meo debito rem suam in pignus obligat, et hoc duobus modis contingere potest; vel enim tertius pignora, quae pro meo debito constituit, obligationi meae chirographariae insuper addit, velleorum constitutione eandem plane tollit *a)*. Priori in casu, fideiussio concurret, dum ad maiorem creditori comparandam securitatem, tertius per pignora pro me intercedit, et ipsemet ex pignore solvere promittit, si obligationi meae non satisfaciam; manet itaque debitum meum, manetque chirographarium uti antea, nec pignoribus alterius in pignoratitium transformatur, obligatio autem fideiussoris, quae in subsidium competit, pignoratitia est *b)*. Iam exinde liquet, quid de retentione hic dicendum sit; contra me enim plane exerceri non potest, cum ex pignore non debeo, aut contra tertium fideiubentem pignus retinere omnino fas erit, et non modo ob mea debita vel a me vel a fideiussore praestanda, sed quoque ob ipsius fideiussoris debita chirographaria; fideiussor enim re vera est debitor pignoratitius, cum ex pignore solvere promittit, licet sint debita alterius, hinc et restitutionem pignoris desiderare nequit, antequam et id solvit, quod proprio nomine debet; haec vero retentio tunc statim expirat, si ipsemet mea debita exsolvo; nam soluto, eo, in quod obligatum est, pignus liberatur, et actione pignoratitia a fideiussore repeti potest. Posteriori in casu, si nimirum pignoribus suis tertius meam plane tollit obligationem, delegatio subest, hinc inde et persona debitoris et tota debiti natura mutatur; expromissor enim in locum meum succedit, et debitum antea nude chirographarium transit in pignoratitium. Retentio pignoris contra me nequam datur, cum nec ex pignore et nequidem sine pignore debeo; obligatio enim mea in totum sublata est *c)*, quam in se expromissor suscepit; aut contra expromissorem retentioni omnino locum relinquo, quippe qui per delegationem contractum iniiit pignoratitium, cuius hic est

E

effectus,

effectus, ut ob debita debitoris tam pignoratitia quam chirographaria pignus retineatur, hinc in casu delegationis non tantum ob debita mea, quae per expromissionem iam debita expromissoris pignoratitia facta sunt, quam ob debita quoque expromissoris aliunde orta, competit pignoris retentio. In utroque casu, tam si fideiubendo, quam si delegando, pro debito meo tertius pignora ponit, maior in creditorem transfertur securitas, et meum promovetur commodum; attamen in delegatione melior est creditoris conditio, dum solutione mea retentionem ob diversa evertere nequeo, et ego quoque maius lucrum exinde haurio, dum obligatio mea in totum expirat.

- a) Ex verbis contractus colliges, utrum pignora alterius uni tantum ex meis debitis accedant, unumque tollant; an pluribus accedant, pluraque tollant; verba enim dant legem contractui.
- b) Fideiussor hic quoque provocatione *ex l. si contendat 28. ff. de fideiuss.* sibi consulere potest, non tamen aliter hoc remedium competit, quam si provocans exceptionem habet, quae provocato non agente peritura esset.
- c) Quinimmo et me invito liberatio contingit; *conf. в о н и м е к in Intr. in Jus Dig. P. 2. p. 494. §. 8.*

§. 28.

An contra caventem detur retentio ob diversa?

Debitum diversum, ob quod pignus retinendum erit, vel liquidum est, vel non. Si illud, et debitor ad luendum pignus se offert, et pro eo, quod sine pignore debet, cautionem praestare vult, non audiendus est; is enim, cui parata solutio debetur, cautionem recipere non tenetur a), et minus sane offert, qui pro pecunia cautionem offert b), hinc et contra cavere volentem hoc casu datur retentio ob diversa c). Si hoc, et debitor cautionem offert, ne pignus ob diversa retineatur, caventi pignus merito restituendum est; retentio enim est instar compensationis, quae ob illiquida non datur d); pro illiquidis enim, donec liquida sunt, nil amplius quam securitas debetur, quae in cautione praestatur e); hinc quoque sequitur, ut in quaestione, an cautio retentionem tollat? ante omnia ad debiti qualitatem et certitudinem respiciendum sit, ex quibus diiudicari potest, utrum cautio admittenda sit, nec ne. Nec sufficit, ad debitum illiquidum efficien-

ciendum, ut debitor liquiditatem neget, sed nihilominus datur retentio, si debitum talibus instrumentis nitiatur, quae nuda negatione non infirmantur. Praeterea si per creditorem non fiat, quo minus debiti liquidi natura elucescat, sed potius per debitorem factum est, quod exceptio liberationis non admodum clara sit, pro liquido debitum habetur *f*), et retentionem creditor exercere valet, quamvis cautio oblata sit.

a) *l. 4. §. 3. ff. de re iud.*

b) *l. 5. §. 1. ff. de statu lib.*

c) Exceptio est in pignore antichretico, in quo fructus non usuras solum, sed etiam sortem absorbent; licet enim hic debitum aliunde ortum liquidum sit, cautione praestita retentio tamen non datur ante redditas rationes de fructuum perceptione; nam verosimile est, exinde ipsi iam satisfactum esse, et si forsan quid desit, per cautionem creditori satis prospicitur, *MEVIUS P. 8. D. 437.*

d) *LEYSER sp. 178. m. 4.*

e) Nec admittenda est cautio iuratoria, quippe quae non aliter locum invenit, quam si alia praestari nequit, aut melius creditori prospectum non sit; hic vero per ipsam rem caveri potest, hinc cautio iuratoria a retentione non liberat. *MEVIUS P. 9. D. 41.*

f) *MEVIUS P. 3. D. 369.*

§. 29.

Num contra successorem debitoris retentio detur ob debita antecessoris?

Cum ius in pignore ad ius reale pertinet, in re oppignorata unice quoque securitas creditoris fundata est. Si enim debitor in tertium iura transfert, quae in pignore illi competunt, hoc fit vel titulo universali, vel singulari; si prius, successor universalis in locum antecessoris succedit, cuius cum debita idem ac credita acquirat, retentionem quoque admittere debet, quam ob debita chirographaria antecessoris creditor exercet; si vero posterius, singularis quidem successor ea tantum iura obtinet, quae in pignore autor habebat, hinc non nisi ad solvendum debitum pignoratitium obligatur. Attamen exinde colligi nequit, in casu successionis singularis creditorem retentione ob diversa destitutum esse; sic enim fraudi debitorum adjuvaretur, qui per translationem pignoris in alium titulo singulari a retentione

se liberare possint; immo ipsa lex *un. C. cit.* inanis foret, et beneficium retentionis in ea concessum evanesceret, si per successionem alterius in pignus, durior conditio creditoris evenire posset, hinc, ut ego quidem opinor, creditori licet, quoque successorem singularem ad reluitionem se offerentem exceptione retentionis repellere, donec et id offert, quod aliunde antecessor debet; res enim cum onere transit, et quae debitori obstat exceptio, successori quoque obstabit, quum nemo melioris conditionis esse debet, quam auctor fuit, a quo ius in eum transivit *a)*; aliter autem erit sentiendum, si consensu creditoris in successorem pignus translatum est; tunc enim *l. un. cit.* intuitu antecessoris renunciasse videtur *b)*.

a) l. 175. §. 1. ff. de R. I.

b) Exinde iam patet, quod cessione pignoris a debitore facta, contra cessionarium detur retentio ob debita diversa cedentis, cum cessionario eadem obstant exceptiones, quae cedenti opponi possunt; haec vero retentio expirat, simulac creditor in cessionem consentit. Sic et in delegatione cessat ius retentionis ob debita debitoris delegantis; delegatio enim semper fit consentiente creditore; praeterea delegatione prior obligatio placet perimitur, hinc quoque retentio tanquam accessorium prioris obligationis tollitur (§. 27).

§. 30.

In pignore legali cessat retentio ob diversa.

Retentionem in omni pignore legitime constituto locum habere, supra §. 6. traditum est; hoc tamen indistincte ad retentionem ob diversa applicari nequit; sic enim iam pignus legale excipitur, quod ob diversa retinere non licet *a)*, sive sit traditum et in naturali possessione creditoris, sive non; ipsa enim *l. un. C.* saepius cit. requirit, ut ipse creditor pignus obligaverit, verbis: *debitores tam solam pecuniam, cuius nomine, ea pignora obligaverunt, offerentes, audiri non oportere.* Iam in pignore legali oppignoratio non fit a debitore, sed a lege, hinc et in eo merito cessat retentio ob diversa *b)*, et non aliter admittenda erit, quam si ab ipso debitore obligatio pignoris facta sit, quum et iam aliunde scimus, leges, quae de retentione disponunt, ad casus non expressos non esse extendendas. Accedit praeterea, quod pignus legale
fit

fit necessarium, et siue consentiat debitor siue dissentiat, ex nuda legis dispositione oriatur, si tale quid egerit, quod ad casus pignoris legalis pertinet. Sic et in casibus pignoris legalis, quos supra §. 6. numeravi, ubi quidem retentio locum invenit, exsultat retentio ob diversa, hinc nec locator mercede et debitis, ratione locationis ortis, solutis, amplius illata ob alia debita potest retinere, quam in illicito versatur, dum sine legis permissione retentionem exercet; nec uxor, dote restituta, bona mariti potest retinere. et q. s. r.

a) MEVIUS P. 2. D. 114.

b) Contrarium tuetur MENKEN in diss. de retentione pignoris ob aliud debitum. C. 2. th. 4. cui vero sententiae ob expressam legis dispositionem calculum adiacere nequeo.

c) (§. 5. u. c.)

§. 31.

Pignus iudiciale nequit retineri ob diversa.

Porro et in pignore iudiciali, licet creditori tradito, proscripta est retentio ob diversa, ex eadem ratione l. un. C. cit. quae, ut debitor ipsemet pignus obliget, expressis verbis cavet; ast in iudiciali pignore obligatio contra debitoris voluntatem decernitur, hinc et missus in possessionem retentionem ob diversa exercere nequit; praeterquam immissio non fit unice in securitatem crediti, sed aequae ad praeparandam futuram distractionem. In arresto, ex eadem ratione cessat retentio ob diversa, dum non a debitore, sed a iudice hoc pignus constitutum est.

§. 32.

Pignus non traditum ob diversa retineri potest.

Iam supra §. 6. dictum est, quod in pignore non tradito, res ipsa oppignorata equidem retineri non possit, bene tamen ius in pignore retinere liceat; iam ergo inquirendum erit, num ius in pignore non tradito ob diversa quoque retineri possit? IVST. HEN. BOEHMER in diss. de diverso pignoris et hypothecae iure §. 23. defendit, in pignore non tradito, quod hypothecae vocat, retentioni ob diversa locum non esse, quia retentio ei non datur, qui

qui rem nunquam habuit, et quia soluto debito, ius pignoris non traditi expirat. Huic autem sententiae subscribere non possum, quam nulla lege munitam invenio, et placet magis contraria. Primo enim lex, quae retentionem ob diversa permittit, inter pignus traditum et non traditum non distinguit, nec nostrum est distinguere, ubi legis distinctio deficit ^a). Porro ratio legis ad utrumque quadrat; est enim ratio in eo posita, ut fraudi debitorum non succurratur, qui aperte in dolo versantur, dum, ut creditor servet promissa et remittat pignus, desiderant, aut ipsimet quam promiserunt, debiti chirographarii solutionem, praestare recusant, et aequae sane dolose agit debitor, qui, debitis chirographariis non solutis, remissionem pignoris non traditi, quam traditi postulat. Deinde creditor re vera possidet pignus, licet traditum non sit, et in eius possessionem re ipsa constitutus est; possessio enim, vel naturalis est, vel civilis, et in pignore non tradito creditori sane possessio civilis denegari nequit, nec ulla lege cautum invenio, ad retentionem possessionem naturalem requiri; sed naturali excellit magis civilis possessio, ita ut ea quidem, sed non hac deficiente constitutio pignoris subsistere possit. Denique et haec mea opinio omni Ictorum autoritate destituta non est, nimirum mecum convenit celeb. Ictus BRYNNEMANN in *Comment. in Codicem ad l. un. etiam ob chirograph. pec. n. 11.* Nullus itaque amplius dubito, quin et in pignore non tradito retentioni ob diversa locus sit, modo id notes, quod iam supra dictum est, quod, si de retentione pignoris non traditi sermo est, pignus pro iure in re sumatur, hinc et hic, uti alias, per denegationem retraditionis rei oppignoratae retentio exerceri nequit, sed mutatis mutandis, retentio ob diversa hic in denegatione remissionis iuris in re usque ad integram solutionem consistit. Attamen et hic caveat creditor, ne per acceptance[m] solius debiti pignoratitii retentio ob diversa evanescat, huius enim debiti solutione accepta ius in re statim expirat, et res oppignorata ab omni nexu pignoratitio ipso iure liberatur; quin immo et debitor instrumenta debendi, si quae dedit, conditione sine causa repetere potest, licet adhuc creditori aliunde quid debeat. Quum ergo pignus non traditum aequae ac traditum ob diversa retineri potest, qua retentionem durior conditio debitoris non evadit, qui pignus non traditum constituit, et creditori
ad

ad dimittendam hypothecam agenti possessionem pignoris cedere tenetur. Porro et creditor, cui res pignori tradita est, eam debitori reddere potest, modo hoc cum expressa protestatione de non remittendo iure pignoris fiat, et retentione ob diversa pari ac antea modo gaudebit.

a) l. 8. ff. de public. in rem act.

§. 33.

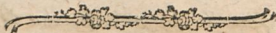
An in pignore generali retentioni locus sit?

Si pignus generale alicui constituitur, huic vel speciale simul adiungitur, vel minus. In illo casu dubitari nequit, quin retentioni ob diversa locus non sit; in hoc casu iterum rationes pro neganda retentione ob diversa desunt, dummodo non vitiose sed cum consensu debitoris pignoris constitutio facta est, cum lex absque ulla distinctione inter pignus generale et speciale retentionem ob diversa largitur; praeterquam ex §. anteced. patet, quod non referat, num ex pignore res quaedam tradita sit, nec ne, hinc quoque deficiens traditio in pignore generali retentionem impedire nequit; attamen hic cavendum est, ne ob debita, pro quibus creditor iam pignora habet, retentio exerceatur (§. 22).

§. 34.

An pignus testamentarium retineri possit?

Si in testamento creditori suo pignus constitui iubet testator, nil obstat, quo minus retineatur ob id, quod sine pignore defunctus debeat a). Quid vero? si creditor ob id, quod heres debet, pignus retinere vult; obstat illi quod in debita heredis pignus non obligatum sit, sed elidit hanc exceptionem per regulam iuris, quod cum defuncto heres pro una habeatur persona; quid ergo? Ego in favorem creditoris litem dirimerem; nam per aditionem heres succedit in omnes obligationes defuncti, tam activas quam passivas, hinc et e momento aditae hereditatis heres ipse debet, quod testator debuit; si ergo hic pro eo, quod ipse debet, suo creditori pignus constitui vult, in hoc pignore ipsemet



met heres pro debitore pignoratitio habendus est; dum autem contra hunc datur retentio ob diversa, consequens est, ut ob debita heredis pignus testamentarium bene possit retineri ^{b)} nec refert, utrum debita heredis tempore delatae hereditatis iam adfuerint, an postea contracta sint; nam in utroque casu ipse heres debet ex pignore, et contra debitorem indistincte retentio concessa est, sive sit ob debita antiqua, sive ob nova. In casu plarium heredum defunctus vel uni in specie pignoris dationem praecepit, vel minus; si illud, ob debita huius heredis unice datur retentio ob diversa, quia solus ex pignore obligatus est, dum coheredes ob onere pignoratitio liberavit testator; si hoc, omnes obligantur, ut pignorationem curent, et ea facta contra omnes coheredes creditori competit retentio ob diversa et propria debita coheredum, quae et post divisionem durat, dum obligationes pignoratitiae ad ea pertinent, quae dividi nequeunt ^{c)}.

a) Conf. (§. 24)

b) Nec audienda est antithesis, quod pro suo tantum debito et non pro debitis alterius pignus testamentarium obligari voluit testator; defunctus enim prohibere nequit, ne heres in sua debita succedat, et ipse debeat, quod ille debuit, quamvis disponere possit, ut hac tantum conditione creditori pignus constituatur, si retentionem ob debita heredis exercere non velit, et tunc certe aliter sentiendum erit.

c) Conf. BOEHMER in *Introd. in Ius Dig. P. 1. p. 278. §. 7.*

§. 35.

De qualitate debiti, ob quod pignus retineri potest.

Iam supra monitum est, retentionem esse odiosam, et leges, quae de ea disponunt, merito restrictivè interpretandas esse, et hoc quoque ad *l. un. C. cit.* applicari debet, quae quidem retentionem pignoris ob diversa concedit, minime vero ob quaevis debita diversa, sed solummodo ob pecuniam chirographariam, seu mutuo datam, ut ex rubrica legis cit. et toto eius tenore patet; hinc et omnis retentio, quam quis ob alia debita, excepta pecunia chirographaria exercet, reprobanda est. Probe tamen mens legis ponderari debet. Retentio pignoris ob diversa equidem secundum verba legis unice ob pecuniam sine pignore creditam permittitur; at sub voce pecuniae legislator comprehendit

dit

dit omnes res, quae in patrimonio sunt, a) hinc et ob omne id, quod quis sine pignore ex patrimonio suo credidit, permiffa est retentio. Sunt ergo duo requisita debiti diverfi; primum, ut res debitori fit credita; secundum, ut in patrimonio creditoris fuerit b); et his praesuppositis, omnes casus, qui huc pertinent, citra pulverem potes diiudicare. Hinc retentio, quae ob diversa exercetur, datur ob res emtas, commodatas, locatas, ob id quod actione negotiorum gestorum repeti potest c), quod in rem]versum est, ob operas locatas, cet. Neutiquam vero ob id, quod lusu perditum est, nec ob lucrum cessans, ob damna aliunde data, ob indebite solutum et non restitutum, nec ob res promiffas, stipulatas, iniuste retentas, spolio detortas, furto ablatas, nec ob poenas ex contractu vel delicto debitas, nec ob res ex iure cesso pro debitore solutas d), et q. f. r.

Qui ergo aliquid debet extra casum crediti, pro alia pecunia credita bene pignora dare potest creditori suo, nec periculum est, ut ob diversa pignus retineatur; et qui aliquid in pignus credidit, cuius valor summam crediti excedit, bene ex patrimonio plures res credere potest, et in pignore securus erit.

a) l. 5. pr. ff. de V. S.

b) Attamen uti in retentione in genere, ita et hic necessario requiritur, ut debitum diversum sit liquidum et certum; ubi enim plane non constat, an debitum adsit, seu non liquet, quale et quantum debetur, et res potius altioris indaginis est, retentio pignoris ob diversa locum non habet. Praeterea adhuc necesse est, ut debitum diversum, ob quod pignus retinendum est, tempore oblatae restitutionis iam sit exigibile. Ob debita enim conditionata et in diem, pignus retineri nequit, cum antequam dies venit, debiti solutio exigi non potest. Unicus tantum excipitur casus, si nempe de dilapidatione debitor suspectus est, tunc enim ob debita conditionata et in diem quoque exercere licet retentionem pignoris, conf. BRUNNEMANN ad l. un. C. n. n. Ob id, quod creditori alio loco sine pignore debetur, retentio omnino datur; atamen non nisi ob solum debitum, minime vero ob damnatum, quod ex non solutione in loco certo et determinato passus est creditor, ad quod reparandum conditione de eo, quod certo loco debetur, agere potest. Denique non refert, utrum debita chirographaria ante pignoris constitutionem, an postea contracta sint, cum ad constitutionem retentionis nulla conventio requiritur, et lex immediate facultatem retinendi producens, inter debita nova et antiqua non distinguit.

c) Retentio enim non est remedium subsidiarium, ut, ubi actione mihi consultum sit, eam exercere non possem, sed potius mea interest, rem retinere, quam ea restituta debitum actione persequi.

F

d) Si

a) Si debitor communis Caio debet ex pignore, Sempronio sine pignore, et Sempronius haec sua debita chirographaria Caio cedit, pro parata licet pecunia, hic tamen ob haec debita ex iure cello orta pignus nequit retinere; Caius equidem creditur, sed non creditur debitori quod necessario requiritur. Si vero Caius solvit ad iussum debitoris, vel hac solutione debitoris negotia utiliter gessit, retentioni omnino locus erit; conf. MANKEN in diff. de retentione pignoris ob aliud debitum. Cap. 3. tb. 8.

§. 36.

Ob debita socii et correi datur retentio.

In societate universali omnia communia sunt, tam credita, quam debita, et alter socius contrahens alterum obligat, hinc quoque ex oppignoratione ab uno facta et alter tenetur; pignus itaque ab eo datum, qui in societate universali est, ob debita diversa tam ipsius contrahentis, quam socii eiusdem, valide retinetur. In societate generali vel particulari aliter se res habet; hic enim socius extra societatem contrahens alterum nullo modo obligat, hinc in oppignoratione ab uno facta, ob debita alterius retentio plane locum non invenit. Sin autem socius qualis contrahit, et potestatem ab altero socio accepit, nomineque totius societatis contractum init a), alter socius ex hoc contractu omnino obligatur; horum requisitorum alterutro autem deficiente, deficit quoque obligatio socii non contrahentis. Sin itaque pignus ab uno socio iussu reliquorum et nomine totius societatis constitutum est, pignus ob debita omnium sociorum retinendum erit, nec distingui debet inter debita diversa, quae qua socii, et quae non qua tales contraxerunt, ob utraque enim pignus retineri potest.

Quando ratione pignoris duo se correaliter obligarunt, ob debita alterius idem ac in sociis retentioni locus erit; uterque enim correat debitor est, cum creditor fidem unius sequi, et aliter credere noluit, quam omnibus aequaliter obligatis. Solvens itaque debitum, pignus aliter liberare nequit, quam si id quoque solvit, quod correat sine pignore debet; huius enim debita revera quoque sua sunt; cessat hic quoque beneficium divisionis correat alioquin competens, quum obligatio pignoratitia individua est, et uno solvente pignus non liberatur.

a) LEYSER, p. 185, m. 1.

§. 37.

An ob debita filii pignus, a patre datum, retineri possit, et v. v.?

Vulgatum est, patrem et filium pro una persona haberi ^{a)}, sed non ita accipiendum est, ut pater ex facto filii teneatur, et eius debita exsolvere cogi possit. Quoad obligationes enim pater cum filio pro una persona non habetur ^{b)}; nam filius citra iussum patris contrahens, illum non obligat, nisi ex versione in rem. Applices haec, quaeso, ad contractum pignoratitium et videbis, quid hic circa retentionem iustum sit. Pignus enim a patre datum ob debita filii retineri potest, si huius debita iussum patris contracta, vel si quidem contra suam voluntatem facta, aut in rem suam versa sunt. In utroque enim casu ipse pater tenetur, cum ob haec debita filii conveniri potest; sed his casibus exceptis, nullatenus datur retentio in pignore paterno ob debita filii.

Pignora, quae filius constituit, vel ob mutuum, vel ob alia debita ponuntur. In priori casu, obligatio pignoratitia plane invalida est, ita, ut ne ob eadem quidem retineri possit, sed vindicationi locus sit ^{c)}. In casu posteriori, contra filium valide retinetur, aut nunquam ob debita patris, quae filium non obligant, nisi heres patris extiterit, tunc enim liceret pignus a filio constitutum ob debita patris retinere.

a) Ad matrem hoc non pertinet, quippe quae iure romano liberos in potestate non habet.

b) de COCCERII in *Iure Controv.* Lib. 1, tit 6, qu. 19.

c) Vid. supra §. 25.

§. 38.

An ob debita successoris retentioni locus sit?

Cum res transit cum onere, debitoris successor singularis aequae ac universalis ad luendum pignus et ad solvendum debita chirographaria antecessoris obligatur, prout prolixius §. 29. demonstratum est, et ad integram usque hanc solutionem contra successorem datur retentio. Sed nunc in quaestionem incidit: an quoque ob debita successoris retentio exerceri possit? Me in-

dice, hic distingui debet inter successorem singularem et universalem. De universali primum equidem hoc negandum viderur, quum nec contractus pignoratitius cum hoc successore initus sit, nec hic in oppignorationem consenserit, quod in quocunque creditore pignoratitio requiritur. Haec autem dubia parum valent. Heres enim per additionem hereditaris pignora a defuncto constituta rata habet, et hoc sane idem est, utrum id, quod alter fecit, ut suum agnoscat, an ipse faciat ^{a)}. Deinde heres, ad quem omnes defuncti obligationes perveniunt, ex contractu cum defuncto inito conveniri potest, cuius in locum prorsus succedit; hinc non refert, cum herede contractum non esse. Accedit denique, quod heredi aequae ac ipsi debitori obiter exceptio doli mali, dum debitis antecessoris oblati retraditionem pignoris postulat successor, et ipse, quae creditori exsolvere promissit debita, solvere non vult; hinc inde colligo, ut ob debita successoris universalis retentio omnino exerceri possit. Contractum autem obtinet in debitis successoris singularis; hic enim valide obiciet, quod contractus pignoratitius cum ipso initus non sit; obstant ei equidem eadem exceptiones, quae contra antecessorem comperebant, cum res cum onere transit, hinc et usque dum huius debita successor solvit, pignus omnino retinendum est; attamen exinde non sequitur, ut et ob id, quod ipse successor singularis debet, pignus retinere liceat. Hic enim in locum antecessoris, ita non succedit, ut huius contractus tanquam suus considerandus sit. Excipio attamen casum, si a parte creditoris agnitio accessit, tunc enim prior debitor plane liberatur, et contractus pignoratitius inter successorem et creditorem agnoscentem denuo initus censetur.

^{a)} In pignore testamentario maior adhuc adest ratio, cum ipse heres pignus constituit (§. 34.)

§. 39.

De debitore plures gerente personas.

Prouti in uno homine plures adesse possunt personae, ita recte inferur, actum in una persona gestum alteram non obligare. Sic habes exemplum in *l. 22. ff. de his quae ut indign.* Constat enim, quod, qui querelam inofficiosi testamenti instituit, et

et causa cadit, omnia emolumenta in testamento relicta perdat; aut in cit. lege tutori legata, sibi qua privato relicta, capere permittitur, quamvis pupilli nomine de inofficioso testamento questus et devictus sit; duas enim tutor hic gessit personas. Sic et tres et plures in uno homine adesse possunt personae, et ob facta unius reliquae non tenentur ^{a)}, ita ut ex contractu pignoratitio, quem in una persona quis inicit, in altera conveniri non possit. Hinc inde prono quoque alveo fluit, pignus in una persona datum ob debita in altera contracta, retineri non posse, quamvis utriusque debitor unus idemque homo sit.

^{a)} Ratio, ut ego opinor, in muneribus publicis latet, quae quis gerit; hinc optime concilianda cum hac thesi sunt dicta in §. 36. de sociis, quippe quorum status nullum infert munus publicum, adeoque retentio contra eos semper exercetur, sive qua socii, sive extra societatem debita contraxerint; Itemque exinde patet, quod supra §. 16. de mandatario prolatum est.

§. 40.

De iuribus in pignore retento.

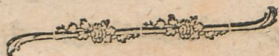
Iura creditoris in pignore eadem sunt post retentionem, quam quae antea fuerunt. Nam licet retineatur, remanet tota pignoris natura, cum retentio tantum per recusationem oblatae solutionis debiti pignoratitii exercetur ^{a)}; itaque hac recusatione facta, creditor pignus potest distrahere, ex eo agere, sicuti quoque ad culpam levem tenetur, cetera. A parte debitoris, omnia quoque eadem sunt, uti antea; licet enim illi adhuc retentionem ulteriorem tota debiti solutione impedire, et deinde actione pignoratitia agere, porro et furtum possessionis committit, si pignus retentum aufert, cetera.

^{a)} Conf. §. 12. Reprehendenda phrasim non est, retentio unius pignoris plus quam semel potest exerceri; nam quoties debitor pignoratitium debitum offert, et creditor eius acceptationem denegat, toties retentio exercetur.

§. 41.

Quomodo tollatur retentio pignoris ob diversa?

Tollitur ius retentionis ob diversa: 1) toto debito soluto,
2) totali pignoris interitu, 3) extincto iure constituentis,
4) re-



4) Remissione pignoris, 5) lapsu temporis ^{a)}, 6) praescriptione pignoris ^{b)}, 7) distractione legitime facta. Hos modos uberius hic exponere superfluum duco, dum singularia circa retentionem non constituunt, et in compendiis plena manu tractati sunt; sed dictis his modis solvendi ius retentionis accedunt: 8) cessio bonorum a debitore facta; tunc enim creditor pignus ad massam conferre tenetur ^{c)}, et diversimode collocatur cum pignore et cum debito chirographario; 9) limitatio ad unam causam patitiam; tunc ob aliam denegatur retentio ^{d)}; 10) pactum a retentione ob diversa liberans; quisquis enim iuri pro se introducto renunciare potest; 11) acceptatio solius et totius debiti pignoratitii (§. 13. et §. 22. n. a.); 12) exactio nominis oppignorati (§. 18.); 13) cautio in casu debiti diversi illiquidi oblata (§. 28.); 14) exercitium iuris offerendi a creditore posteriori (§. 17.); 15) actio contra fideiussorem instituta, qui exceptionem cedendarum actionum opponit (§. 25.); 16) acceptatio fideiussoris in locum pignoris (§. 13. n. b.); 17) solutio ab ipso debitore facta, si fideiussor pignora dedit, qui aliunde adhuc debet (§. 27.)

a) l. 13. §. 11. ff. locat. cond.

b) Ius retentionis debitor usucapere nequit, quum in eius possessione constitutus non est.

c) LEYSER sp. 231. m. 1.

d) l. 11. §. 3. ff. de pignor. act. ibique GOTHOFRED.



PRAENOBILISSIMO ATQVE DOCTISSIMO
DOMINO RESPONDENTI,

S. P. D.
PRAESES.

Sic iuvat ire! Ita TE hodie, AMICE SVAVISSIME!
sed non solum TE, verum duo inter nostros hodie etiam opponen-
tes alloqui possum. Certavimus adhuc, cum quarto commilitone, iam
negotiis practicis impedito, inter privatos parietes, non disputando solum,
sed etiam elaborando et perorando tam scholastica, quam forensia, tam
theoretica, quam practica. Sollertissimum mihi fuistis consortium, et
indefessum auditorium in auscultandis praelectionibus meis academicis,
quas ex necessitate utilitateque vestra eo lubentius adornavi, quo maiori
cuilibet docenti est gaudio, diligentes modestosque secum ducere commi-
litiones, quorum mores in tirocinio non solum eluxerunt, sed tironibus
etiam subsequenter tam bonum exhibuerunt exemplum, ut modestia
studiosae nostrae iuventutis, tam a Proceribus nostris, quam a civibus
et exteris, singulari eaque digna praedicata sit laude.

Inter primos huius virtutis effectus numerari licet praesens erudi-
tionis tuae specimen publicum, cui hoc unicum tantum addere placet, quod
TIBI ob angustiam temporis desecit. Casus nempe exstant adhuc
plures, quam a TE allegati, iuxta ius Lubecense et Rostochiense, qua
pignus eiusque retentionem tam ob eadem, quam ob diversa, adhuc la-
tiores, et a iure communi aberrantes, quos coronadis loco paucis hic
notare mihi liceat. Sic thesis tua §. 23. adducta de pignore a creditore
iterum oppignorato, per art. 4. Tit. 4. Lib. 3. iuris Lubecensis et Rosto-
chiensis hanc patitur mutationem, ut pignus, consentiente debitore alior-
sum translatum aut mutatum, non retentionem solum, sed etiam domi-
nium possessoris intuitu primi debitoris efficiat. Verbis germanicis ita
expositus est hic casus: Verstatter aber derjenige, welcher die Wie-
derlösung hat, das das verfertzte Gut an andere Oerter gebracht,
oder sonst verwandelt, oder veraendert werden möge, so hö-
ret die Wiederlösung auf. Sicuti hoc singulare intuitu debitoris
sancitum est, ita simile quid intuitu creditoris pignoratitii primi in his
verbis reperies articuli subsequentis 5. verstattet dann derjenige, dem
das Gut verpfändet war, das dasselbe an andere Oerter gebracht,
oder sonst verwandelt, oder verändert, und also aus seinem
Gewehr komt, so ist es nicht mehr sein Pfand.

Porro asserto tuo in §. 41. quod retentio pignoris cesset existente
creditorum concursu, repugnat, uti iam observasti in §. 3. n. b. art. 11.
Tit.

Tit. 4. Lib. 3. ubi retentio pignoris etiam in concursu creditorum usque ad redemptionem est permissa, ita ut nec nomen prosteri, nec concursui se immiscere opus sit creditori pignoratitio.

Pari modo necessitas reddendarum rationum de fructibus perceptis in pignore antichretico rei immobilis a TE §. 28. n. c. defensa, cessat hic Rostochii iuxta articulum 12. modo allegati tituli nostri iuris statutarii. Similiter contra vindicationem rei alienae inscio et invito domino pignori datae, de qua §. 14. et sqq. egisti, et contra vindicationem rei pro alio debito pignoris nexu obligatae §. 27. a TE adductam, militant ambo nostra axiomata: Hand muß Hand warten, und da Iemand seinen Glauben gelassen, da muß er ihn wieder suchen, in Part. 3. Tit. 2. art. 1. et 2. iuris Rostochiensis adducta, et specialiter in disputatione mea de rei vindicatione iuris Lubecensis uberius exposita.

Tandem thesis tua maxime controversa §. 35. exposita, num retentio pignoris ob sola debita per contractum chirographarium inita, an etiam ob alia citra contractum orta, locum inveniatur, in articulo 14. allegati iuris Rostochiensis ita est decisa, ut ad omnia debita, aut uti germanice sonat, alle seine Forderungen, absque ulla restrictione et limitatione extendatur retentio pignoris.

Praeter hos adductos iuris statutarii casus, alias defendisti theses iuris communis, a mea alienas sententia, in quibus fato te relinquam tuo, licet praesidis officii in disputando memor esse, non deero.

Hic praemissis mihimetipsi gratulor, in TE nunc hodie commilitationem publice exhibere posse, qui intra biennium tantos, me duce, fecerit studiorum progressus, ut multos fere superes, qui post quinquennale solitum studii iuridici cursum aut officia iam ambire student publica, aut summos in iure nostro honores cupiunt. Gratulor porro patriae et reipublicae litterariae de spe optimi civis et eruditissimi quondam viri nunc publice data. Gratulor parentibus TVIS unicum filium morigerissimum, et senectutis certissimum solamen. Gratulor denique musarum sedi Göttingae florenti novum solertemque alumnum in TE mox recipiendum. Ibidem certe numerum conterraneorum dignitate fama ac industria inclytorum ita augebis, ut Megapolitanorum et Rostochiensium memoria adhuc magis beetur, quam tunc temporis iam fieri solebat, quum ante viginti quinque annos meum studiorum cursum Göttingae absoluebam, et postea magis magisque fuit beata. Abi hinc sub clypeo SVMMI NVMINIS, et absens quoque recordare tam fautorum quam amicorum TVORVM hic relictorum. Vale faueque. Dabam Rostochii, d. XXI. Martii, anno MDCCLXXX.

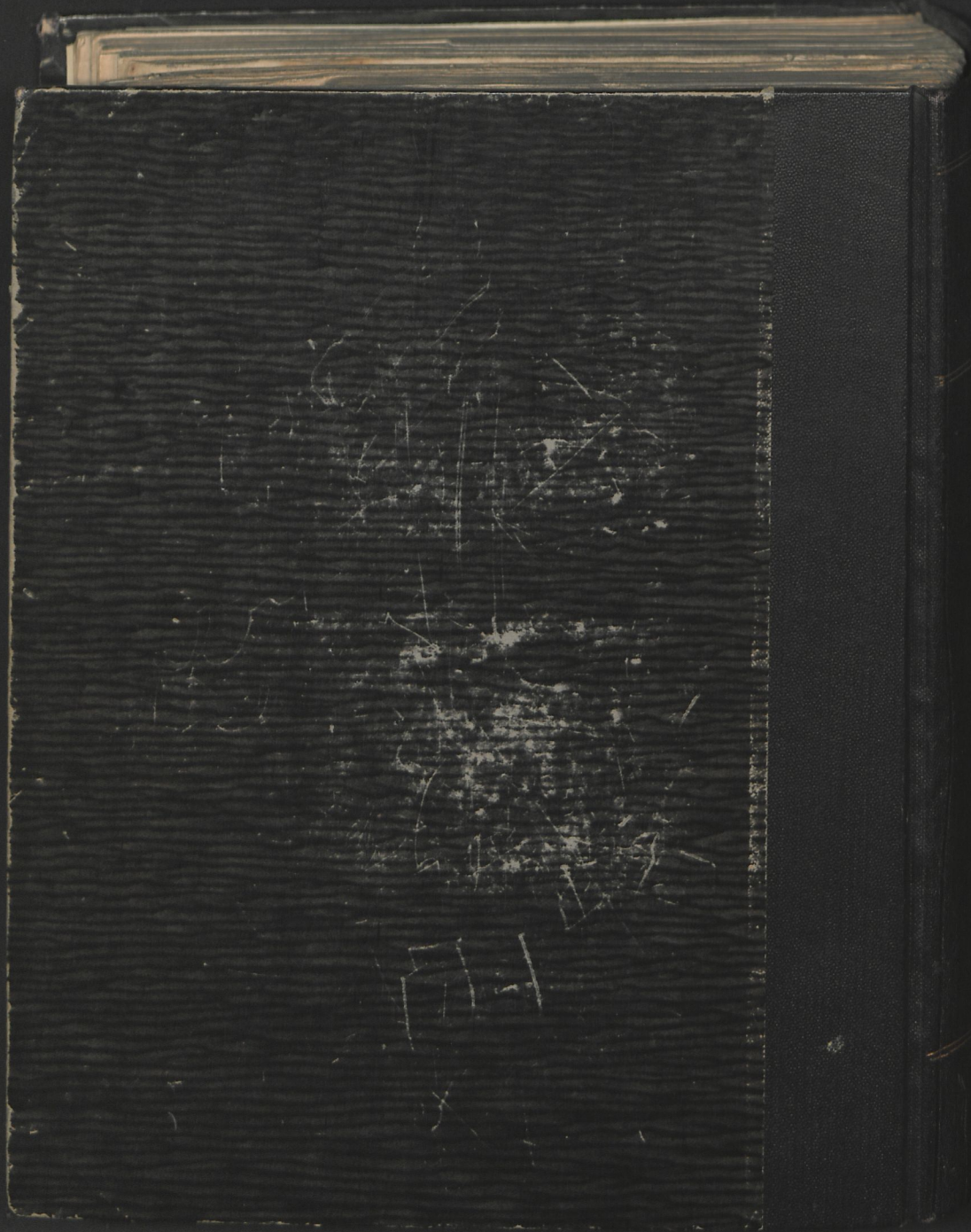


ULB Halle
004 517 601

3



TA → OL **f**
nur 1+8 verknüpft



Inches

Centimetres

Farbkarte #13

B.I.G.

Blue

Cyan

Green

Yellow

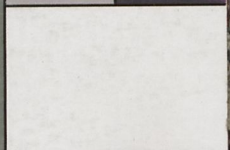
Red

Magenta

White

3/Color

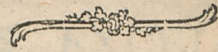
Black



P. 192

6

DISSERTATIO IVRIDICA
 DE
 RETENTIONE PIGNORIS
 TAM OB EADEM
 QVAM OB DIVERSA, 1780.2.



QVAM
 ANNVENTE NVMINE DIVINO,

EX
 CONSENSV AMPLISSIMI ORDINIS IVRECONSVLTORVM,
 IN ACADEMIA ROSTOCHIENSI,

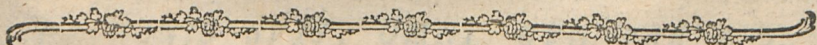
PRAESIDE
 DOMINO
 D. WALTER VINCENT WIESE,
 IUR. PROF. PVBL. ORD. FACVLT. IVRID. SEN.
 ET P. T. DEC.

PROMOTORE SVO LONGE HONORATISSIMO,
 ANNO MDCCLXXX, DIE XXI MARTII,
 PVBLICO IN AVDITORIO

HORA CONSVETA

DEFENDET
 AVTOR ET RESPONDENS

IOHANN CHRISTIAN SCHROEDER,
 ROSTOCHIENSIS.



ROSTOCHII,
 TYPIS ADLERIANIS.

