

2

2

DISSERTATIO IURIDICA INAUGVRALIS
DE
DIVERSO
PIGNORIS
ET
HYPOTHECÆ
IVRE

IN REGIA FRIDERICIANA
INDVLTV
INCLYTI IURISCONSVLTORVM ORDINIS
PRAESIDE

DN. IVSTO HENNINGIO *Böhmer*

IC. COM. PALAT. CAES. POTENTISS. REGI BORVSS.
A CONSIL. AVL., PROFESS. IVRIS ORDIN.
ET h. r. DECANO

PRO LICENTIA
SVMMOS IN VTROQVE IVRE CAPESSENDI HONORES
IN AVDITORIO MAIORI
H. L. C.

DIE XIH. AVG. A. MDCCXVIII.
PVBLICO EXAMINI SVBIECTA

A
WILHELMO PHILIPPO A FLODROFF
MEVRENSI.

H. ALAE MAGDEBVRGICAE, typis GRVNERIANIS 1725.



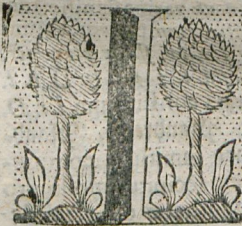
DISSERTATIO INAUGURALIS
DE

**DIVERSO PIGNORIS
ET HYPOTHECAE
IVRE**

CAP. I.

De eodem pignoris & hypo-
thecæ iure.

§. I.



Nter communes hominum nexuos Non recte il-
illud quoque non raro occurrit, la, quæ inter
quod eas res, quæ in quibusdam tan- se in quibus-
tum conveniunt, pro iisdem statim dam conveni-
absolute habeant, communi nomi- unt, pro iis-
ne insigniant, & temerarium ab uno dem, haben-
ad alterum argumentum trahant. Ut tur.
alia non tangam, deprehendi id im-
primis etiam fieri solere in causis ius pignoris & hypothecæ con-
cer-

A

2 CAP. I. DE EODEM PIGNORIS

cernentibus, ubi usus loquendi communis & quotidianus utramque & *pignoris* & *hypothecæ* appellationem in generali significatione fere confundit, ut pro synonymis hæc duo in ipsis LL. Romanis sæpissime habeantur *l. 1. D. de pignor.* quæ quamvis in pluribus conveniant, in multis tamen etiam adhuc differunt. Equidem id non adeo inconueniens esse videtur, postquam iure Romano diferte asseritur *pignus* & *hypothecam sonu nominis* tantum differre *l. 5. §. 1. D. de pignor.* ideo, quod *pignus latina*, *hypotheca* vero *græca* vox sit; verum id tantum admitto, si in *latiori significato* pro synonymis usu vulgari accipiuntur, ubi sæpe confunduntur, vid. BRISSONIVS de *verb. signif. voce hypotheca: si strictiorem* & singulis proprium significatum intuemur, maxima differentia inter ius utrumque re vera invenitur, quæ in praxi quoque semper attendenda, quam etiam agnoscit Imperator in *§. 7. l. d. action.* & specialius eruit GODOFRED. in *not. ad cit. l. 5. lit. k.* Operæ igitur pretium me esse facturum, duxi, si in utilitatem *scholæ* non tantum, sed etiam *fori*, in quo admodum frequens de pignoribus auditur disputatio, paulo maiori cura in diuersa utriusque iura inquirerem simulque, ut differentia eo rectius cognosci possint, hoc capite præmitterem, in quibus una eademque iura tam pignori quam hypothecæ sint tributa.

Diversa acceptio pignoris & hypothecæ.

§. II. Recipit vocabulum *pignoris* varios significatus denotat enim quandoque ipsum *contractum* pignoratitium *§. fin. l. quib. mod. re contr. obl. & l. 1. pr. ff. de pign. act.* quandoque *rem* pignori datam *d. §. fin. l. 3. 4. l. 13. D. h. t.* frequenter etiam *ius* in re oppignorata constitutum *l. 1. D. in quib. caus. pign.* Germanice; *Wandscht, Pfandschilling.* Quod si in sensu latiori sumitur, comprehendit etiam *hypothecam*, quæ itidem accipitur modo pro ipsa *conventionione*, ex qua isthæc hypothecæ obligatio descendit, *l. 1. §. fin. de pact. l. 4. de pign. & hypoth.* modo pro re hypothecæ supposita *l. 7. in f. de distract. pign.* modo pro
iure

iure hypothecæ, quod creditor ex obligatione habet. Describitur vero utrumque & *pignus* & *hypotheca*, quatenus conveniunt, quod sit *ius in re debitoris, creditori in securitatem crediti constitutum*, ex quo sequi videtur, minus recte differentiam inter hæc duo quæri, cum quæ definitionibus conveniunt, eadem esse videantur. Sed multum adhuc reuera interesse, utrum *hypotheca*, an *pignus* constituatur, vel ex eo patet, quod hoc sine *interueniente traditione* concipi non possit, *l. 238. §. 1. D. de V. S.* illa autem *nuda conventionione* contrahatur, *l. 4. D. de pignor. & hyp.* ex quo diverso constituendi modo plura alia diversa iura promanant. Quo magis ergo omnis eulterur confusio, distinctius utriusque conceptus ita formandus est, ut *PIGNUS* dicatur *ius in re a debitore creditori per traditionem constitutum in crediti securitatem*, *HYPOTHECA* vero *ius in re per nudam conventionem a creditore in crediti securitatem acquisitum possessione rei penes debitorem manente* *l. 1. l. 4. de pignor.* Hoc formato conceptu, facile constat, in quibusdam *pignus* & *hypothecam* convenire, in multis vero etiam differre.

§. III. *Propria natura & indoles pignoris & hypothecæ*, in qua (1) conveniunt, hæc est, ut non dominium sed aliud *ius in re* creditor nanciscatur, ut de credito suo reddatur securus, debitor vero *dominus* permaneat. Ipsius *iuris in re* ratio potissimum ex effectibus cognoscitur, qui in his tribus, in iure *persequendi, retinendi & distrahendi* consistunt. Hinc recte concludunt, tam *pignus* quam *hypothecam* manere *in bonis debitoris* & intuitu creditoris tantum *ex bonis* esse, ut dicitur in *l. 2. §. 22. d. vi bon. rapt. adeoque non creditori sed debitori perire, salvo debito. l. 9. C. de pign. act.* Quamvis itaque *proprie dicta & plena alienatio* non fiat per *pignoris & hypothecæ* constitutionem, ad eam tamen via panditur, adeoque regulariter quando res vendi vel alienari prohibetur, obligari non potest *per l. fin. C. de reb. alien. non aliqñ.* Vbi generaliter asseritur, quod

An conveniant ratione definitionis.

Tam pignus quam hypotheca manet in bonis debitoris.

Interim utrobique quædam alienatio fit.

prohibita alienatione per *legem, testamentum, vel pactum, hypothecæ & pignoris nexus penitus prohibitus sit, nisi expressa permissio doceatur, vel diversitas rationis ostendatur l. 24. D. de pignor. conf. l. f. §. 2. C. commun. de leg. aub. res. que. eod. KNIPSCHILD de fideic. famil. c. XI. §. 4. SANDE de prohib. rer. alien. c. 1. §. 3. §. 49. Hac de causa ut plurimum iura, maioris certitudinis gratia, expressè cauerunt, sub prohibita alienatione etiam contineri hypothecam & pignus, nec in sola generali alienationis prohibitionem acquirunt, vti constat ex l. 1. §. 2. Comm. de leg. ibi: satis absurdum est, & irrationabile, rem quam in suis bonis pure non possidet, eam ad alios posse transferre vel hypothecæ pignorisve nomine obligare. conf. l. fin. C. de pact. Sic etiam in alienatione bonorum immobilium; ad pupillos vel minores spectantium idem constitutum est, vt sine iudicis decreto in alterum transferri aut hypotheca aut pignore affici non possint, l. 1. D. de rebus eor. l. 7. §. 3. D. cod. tit. NEGVSANT. de pign. p. 2. m. 3. n. 48. sqq. quod etiam expressè cautum circa alienationem fundiotalis in pr. l. quib. alien. lic. vel non. Fluit porro (II)*

Vtrumque
ius tertio credi
di potest.

ex natura pignoris & hypothecæ hæc quoque conuenientia, quod possit tertio cedi ius in pignore vel hypotheca constitutum, sine principalis actionis cessione l. 40. de pig. action. Inde quando creditori chirographario legatur hypotheca vel pignus, quod defunctus aliunde habet, sine principalis actionis cessione, pro eo, quod testator ei debet ius istud competens cedenti cessum videtur, sicuti pignus alii creditori pignori dari potest. l. 2. C. si pign. pignor. dat. si. MERLIN. de pign. & hypoth. l. 4. tit. 5. 7. 126. n. 7. Neque vero pignus tantum, cuius possessionem habet creditor, alteri cedi potest, sed etiam hypotheca. Sic enim qualitas illa pignoratitia rei inhæret, vt pariter a alia iura a principali causa separari & in alium transferri possit. Vltorius natura utriusque (III) hanc quoque conuenientiam suggerit, quod *retentus*, ex statuto competens, in pignore exerce-

In neutro
ius retractus
locum habet.

ri non possit, MERLIN, *l. c. q. 187. n. 18.* quod etiam de *hypotheca* dicendum est. Ratio enim iuris retractus statuarii in eo posita est, ut vicini aut alii, quibus illud indulgetur, facultatem accipiant, rem soluto pretio repetendi, in aliorum possessionem translata, adeoque non alias præsupponit alienationes, quam quæ sunt pretio interueniente, & translata ipsa proprietate in alium. Eo minus autem in *hypotheca* ius istud exerceri potest, cum quidem in pignore possessio ad creditorem transeat, quæ in *hypotheca* penes debitorem manet.

§. IV. Quia pignus & hypotheca datur in *securitate crediti*, inde (IV) quoque hæc convenientia fuit, quod utrumque ius præsupponat *existentiam debiti* alicuius præcedentis, & creditor pignori suo incumbere possit. Proinde a) obligatio pignoratitia, tanquam accessoria, subsistere nequit, si obligatio principalis vitio nullitatis laborat, aut propter tenatus Consult. Macedonium & Vellejanum &c. inefficax est, *l. 2. quæ res pig. vel hypoib.* quod tam in pignore quam in *hypotheca* obtinet. *l. 4. D. de pignor. NEGVSANT. l. c. P. 3. Memb. 1. n. 8. 9.* Denique quamuis ß) creditor pignori suo incumbere possit, inde tamen creditori haud permittitur priuata occupatio *hypothecæ*, vel *pignoris*, cuius possessionem amisit, *l. 3. l. 22. § per, de pign. act. l. n. C. de pign. act. l. 3. C. de pignor.* cum nemo sibi met ipsi ius dicere possit, *l. 13. quod met. caus.* in quo rursus *pignus* & *hypotheca* paria & eadem iura habent. Facultas tamen occupandi tam pignus, cuius possessio amissa, quam *hypothecam* quandoque integra est creditori, si per pactum inuasio concessa est, debitorque non resistit, *l. 3. C. de pignor. l. pen. C. de pign. act.* VOET. *ad D. de pign. §. 21.* aut si debitor de fuga est suspectus, MERLIN. *l. c. P. 4. t. 3. q. 104.* de quo speciatim plenius agit STRVV. *de vind. priuar.* Quodsi debitor resistit, iudicis auxilio opus est, qui ex hoc pacto executione utroque casu procedere potest, *cit. l. 3.* Denique

nique γ) tam pignus quam hypotheca non incipit, antequam debitum principale natum fuerit, licet vel maxime pignus vel hypotheca antea constituta sit. *l. 4. in f. D. que res pign. l. 1. D. qui pot. in pign. l. 11. pr. eod.*

Vtrobique
consensus
desideratur.

§. V. Præterea quoque (V) in eo conveniunt, quod tam in pignoribus quam hypothecæ constitutione (si tacitum, judiciale, & prætorium pignus excipias) consensus desideretur, quamvis sola destinatio non sufficiat *l. 4. que res pign.* Illæ enim tantum nexu pignoris & hypothecæ subiciuntur, in quæ creditor consensus, *l. 1. §. 1. de pign. act.* adeoque surrogatio rei vnus in locum alterius, invito creditore, fieri nequit, vt putat NEGVSAnt. *de pignor. p. 3. m. 1. n. 21.* Sicuti nec creditor, invito debitore, aliud surrogare potest *l. 26. §. 2. de pign. cum vnus pro alio solui aut præstari non possit, l. 2. §. 1. D. si cert. per. nemoque compelli queat, vt obligationem in re aliqua sibi constitutam mutet. l. 47. §. 2. D. mandat.* Nec provocari potest ad regulam, quod tibi non nocet, & alteri prodest, concedi debet, quæ si universalis foret, & vbique applicari posset, quævis officia humanitatis in necessitatem essent mutanda, & ius perfectum alteri tribuerent. Hoc enim certum expeditumque est, regulam adductam fluere ex officiis humanitatis, quæ aliquando in certis causis, ex legis determinatione, in necessitatem transeunt, præsertim si fauor agriculturæ id postulat, at generalis regula inde minime extrui nequit, vt Dn. PRAES, in *introd. ad Digest. tit. de aq. & aqu. plu. arc. §. 9.* ostendit, conf. MERLIN. *cit. n. l. 4. t. 4. q. 122.* Cumque hic creditoris verletur commodum, eademque ratio sit in pignore & hypothecæ quoad idoneitatem rei obligate, non magis rei hypothecatae loco alia potest substitui, quam pro re pignorata idonea, minus idonea, invito creditore, dari. Volente creditore surrogatio tam in pignore, quam hypothecæ admittitur, qualiscunque demum res substituta sit. Vnde facile decidi potest questio, vtum beneficium *l. 2. C. de resc.*

resc. vend. creditori profit, quando talis res substituta est, quæ nec ad dimidium valoris rerum earum, quæ ante obligatæ fuerant, accedit. *ULPIANVS in l. 9. §. 3. D. de pign. act. creditori satisfactum videri, quoties, ut ipse voluit, sibi cauit, licet in hoc deceptus sit conf. l. 5. in f. l. 13. quib. mod. pign. vel hypoth. solu.* Id quod optimam rationem habet; læsio enim circa surrogationem pignoris est quidem non levis præiudicii, creditor tamen deceptus potest, relicta quaestione de pignore, adhuc principalem actionem personalem intentare *l. 28. D. de reb. cred.* aut pignoratitia actione contraria indemnitate suam adversus debitorem quærere, si malitiose debitor in hoc versatus est, doloque eum decepit, *l. 9. pr. D. de pignor. act. NEQVS. l. c. P. 5. memb. 1. n. 42.* De hypotheca idem quoque hic dicendum esse, satis apparet, dum diuersitatis ratio, ratione læsionis ultra dimidium nulla dari potest.

§. VI. Conueniunt quoque (VI) in eo, quod regulariter, qui pignus contrahere nequit, nec hypothecam constituere valet. Constat vero ex principiis iuris ciuilibus, ius in re in alterum transferri non posse, nisi ab eo, qui ipse est dominus, liberamque suarum rerum habet administrationem, cum alienandi facultate coniunctam. Vnde sequitur, quod pupilli vel minores nec pignus nec hypothecam constituere possint, licet etiam autoritas tutoris in re immobili accefferit, sine magistratus decreto, *§. 2. l. quib. al. licet vel non. l. 1. pr. D. quæ res pignor. obligar. non poss. nisi obligatio sit necessaria pro defensione causæ pupilli in iudicio. l. fin. C. de administrat. tut. NEQVSANT. l. c. P. 2. memb. 3. n. 77.* Nec obstat, quod debitoris in bonis maneat res pignoratæ & hypothecæ. Occasionem enim, qua ad alienationem deueniri potest, ius ciuile quoque remouere voluit, & quo minus impuberes eiusmodi, a tutoribus bonis immobilibus priuentur, prospexit. Quandoque tamen alius, qui non est dominus, hypothecam & pignus

Qui pignus dare nequit nec hypothecam potest.

gnus dare potest, procurator scilicet, mandatum speciale habens, *l. 58. l. 60. §. fin. mand. l. n. §. fin. l. 20. pr. de pign. act. l. 16. §. 1. l. 21. pr. de pign.* vel etiam is, qui habet generale cum libera, §. 42. *l. d. rer. diuis. vt procurator reipublicæ vel Principis*, qui a lege mandatum cum libera habere dicitur, *l. 12. C. de transact.*, vel etiam procurator priuati facultatem cum libera habens. *arg. l. 58. D. de procurai.* Item is, qui mandatum generale sine claufula *cum libera* accipit, domino in more habente, pignoris & hypothecæ constitutionem in eodem contractus mandati genere *l. 12. D. de pign. action.* MERLIN *l. 2. t. 3. q. 101. n. 1. sequ.* Sufficit quoque ad pignoris & hypothecæ constitutionem *dominium factum*, inde bonæ fidei possessor non tantum hypothecam potest concedere, sed etiam ius pignoris in creditorem transferre *l. 14. D. qui potior.* Instar domini enim est, quamdiu in bonâ fide manet *arg. l. 39. §. 1. D. de hered. pet.* Ex eodem fundamento usufructuarius quoque facultatem percipiendi emolumenta ex re seruiente pignori vel hypothecæ subiicere potest. *l. 11. §. 2. l. 12. §. 2. de pign. & hyp. l. 2. C. d. vsufr. l. 1. C. de pignor.* Obligatur enim hac ratione non *iple fundus*, seu ejus *proprietas*, sed tantummodo *ius vtendi fruendi*, quod a debitore quoque vendi potest. Nec obstat, quod vsus fructus alteri cedi & vendi non possit, §. 3. *l. de vsufr.* ergo nec obligari: *l. 9. §. 1. de pign.* venditio enim ita fieri potest, vt commoditas ad vitam usufructuarii in alterum transferatur, licet ipsum ius usufructus nec vendi nec obligari possit. *l. 12. §. 2. de vsufr. & quemad. qui vt.* NEGVSANT. *l. c. P. 2. m. 3. n. 9. MULLER ad Struu. Exerc. 26. th. 5. li. 3.*

Qui acquire-
re potest pi-
gnus ille et-
iam hypothec-
cam.

§. VII. Conueniunt quoque (VII) in acquirendo, Acquiri enim potest pignus & hypotheca ab eiusmodi personis, quibus permillum est, in ciuitate ius in re tenere. *l. 24. de pign. & hypoth.* Inde quæstio nascitur, an extraneo seu non subdito possit pignus vel hypotheca constitui, si statutum prohibet, ut bona in non subditum alienen-
tur

ET HYPOTHECAE IVRE.

eur? Pro affirmatiua quidem est BALDVS *ad l. fin. n. i. C. de bon. alien. non alienand.* quia alias nimis restringeretur facultas contrahendi inter ciues forenses, & statuta dicantur esse stricti iuris, quæ de casibus similibus ad similia extendi non possunt. Plures tamen abeunt in contrariam sententiam, quod in *l. fin. C. de reb. alien. non alien.* dicitur, *alienationis* appellatione etiam venire hypothecæ & pignoris constitutionem, & quod in *l. i. §. 2. quæ res pign.* nec hic extensio, vt quidem arbitrantur, sed potius simplex statuti declaratio fiat, quia pignoris vel hypothecæ constitutio comprehenditur iam sub ipsa *alienationis* prohibitione & alienatione prohibita in statutis omnis ætus prohibitus censetur, per quem alienatio sequitur. MERLIN. *l. c. l. 2. Tit. l. q. 42. n. 18.* Priorem tamen sententiam præferendam esse arbitror, & quidem ex *ratione statuti*, quæ hæc est, ne res in extraneum transferatur. id quod non fit per *hypothecæ* vel *pignoris* constitutionem. Simile quid in iure Romano cautum est, quo hæc decisio prorsus illustratur. Apud Romanos olim magistratibus maioribus in prouinciis, quibus præerant, non licebat, rem in commercio existentem emere, durante officio *l. 46. de contr. emt. vend.* pignus tamen aut hypothecam acquirere non impediebantur, cum, debitore non solvente, ex pretio rei aliis distractæ, creditum suum consequi possent. Ait ICtus *in l. 24. de pign. in quorum finibus emere quis prohibetur, pignus accipere non prohibetur.* Hæc decisio etiam recte applicatur ad casum statuti, quo cauetur, ne extraneus intra fines territorii res immobiles emat. De iudæis constat, quod eis in plurimis locis prædia iure *dominii* possidere non liceat. Vid. Diff. Dn. PRAESID. *de caut. iudæor. toleranti.* Item *de iur. sacro & prof. circa infidel. Sect. 2. §. 15.* Ast pignoris & hypothecæ constitutio ea propter iis non videtur interdicta, quamuis, an hic aliqua differentia inter *pignus* & *hypothecam* constitui debeat, *capite seq. examinandum* sit.

B

§. VIII.

Conueniunt
pignus & hy-
potheca in
obiecto.

§. VIII. Conuenientia porro (VIII.) deprehenditur in obiecto. Res enim, in quibus pignus & hypotheca constituitur, debent esse in commercio, & ita in bonis debitoris, vt de iis habeat disponendi facultatem. *l. 6. C. si res alien. pign. dat. sit. l. 6. C. quæ res pign. oblig. poss.* Hac de causa sicuti res litigiosa pignori non potest dari, ita hypothecæ quoque subiici nequit; finis enim primarius vtriusque, qui est *securitas*, propter dubium litis euentum, hic deficit, & lite pendente, nihil est innouandum, quo alterius conditio reddi potest deterior *l. 1. §. vlt. D. quæ res pign. dar. poss. MERLIN. c. 1. l. 2. q. 38. LAVTERBACH. ad tit. quæ res pign. §. 3. Speciatim pignoris contractus in instrumentis, ad agriculturam destinatis, inter quæ sunt etiam boues, inire non potest. *l. 7. §. 8. C. quæ res pign. oblig. poss.* quia favor agriculturæ, qui admodum magnus est in iure, hoc non admittit, vt quis impediatur in agrorum suorum vsu & reip. quoque vtili cultura, qua de causa nec hypothecæ constitutio iis in rebus licita esse potest. *NEGVSANT. l. c. P. 2. m. 2. n. 49.* Res enim, quæ pignori dari nequeunt, hypothecæ regulariter exemptæ sunt. *l. 11. §. 3. D. de pign.* Ex supraadductis porro fluit, in re aliena hypothecam non magis constitui posse, quam pignus *l. 6. C. si res alien. pign. detur.*, nisi dominus consenserit; *l. 26. §. 1. de pignor. & hypoth.* vtrumque tamen conualescere ex post facto, si debitor dominium illius acquirat. *HARPR. conf. 70. n. 309.* Quin quod nec bona fideicommissio per vltimam voluntatem subiecta, pignori vel hypothecæ dari possint, maxime si alienatio expresse prohibita est, *MERLIN: l. c. l. 2. q. 6. n. 1. KNIPSCHILD de fideic. famil. c. XI. l. 4.* adeo vt ne quidem veniant in hypotheca tacita vel legali propter rationem *l. 3. §. 2. C. Commun. de legatis & fid. Satis absurdum & irrationabile est, rem, quam in suis bonis non pure possidet, eam ad alios posse transferre, vel hypothecæ pignorisve nomine obligare, vel manumittere, vel alienam spem decipere.* Res incorporales in commercio esse quoque dicuntur: inde dubi-*

dubium non est, quin *usufructus* tam pignori quam hypothecæ dari possit, cum possit etiam locari. *l. u. §. 2. de pignor.* Seruitutum *realium* diuersa est ratio. Quamuis enim prædia cum seruitutibus tam pignori quam hypothecæ dari possint, non tamen, an seorsim pignus vel hypotheca in iis constitui possit? expeditum est. Attendendam esse differentiam inter seruitutes *urbanas* & *rusticas*, plurimi constituerunt, ita ut rusticæ seruitutes tantum possint nexui pignoratitio subiici, *l. 12. D. de pignor.* urbanæ vero non item propter *l. u. §. fin. de pignor.* ubi ita: *iura prædiorum urbanorum pignori dari non possunt, igitur nec conuenire possunt, ut hypothecæ sint.* Nec præter rationem hanc diuersitatem inductam esse, putant, cum reipublicæ interstet, ne ciuitas deformetur, & ædificia reddantur inutilia, quod maxime fieri posset per constitutionem pignoris vel hypothecæ in prædiorum urbanorum seruitutibus, propter vltus varietatem creditoris, vel eius, cui eandem seruitutem venderet creditor. MERLIN. *de pign. l. 2. t. 1. q. 25.* Ad enucleandam hanc controuersiam ante omnia monendum est, in *cit. l. 12.* non quæri de oppignoranda seruitute iam constituta, sed de seruitute demum constituenda, ut hæc tamdiu loco pignoris alteri concedatur in re debitoris, quamdiu pecunia nondum exsoluta est. Illa a debitore sine prædio creditori oppignorari non potest, quatenus debitor ipse eam in ædes alienas exercendi ius habet. Eiusmodi enim ædibus vel fundo inhærens seruitus constituta ab iis separari & in alium transferri nequit. *l. 86. de V. S. l. 33. §. 1. D. de S. P. R. l. 44. loc.* Hæc vero concedi potest creditori in securitatem crediti a debitore, cuius fundus antea liber erat a seruitute. Quæ cum ita sint, eorum opinio in iure fundata non est, qui differentiam inter seruitutes *urbanas* & *rusticas* hic quærent, adeoque communis hæc opinio, ad quam hic prouocant dissentientes, tanquam ad aliquod palladium, communis error & figmentum Doëtorum omnium

ratione deftitutum, iure meritoque vocatur. *Lex enim cit. 11.* oppignorationem feruitutum *urbanorum* prædiorum ex nulla alia ratione reprobat, quam quod feruitutes tales a prædiis separari non possint, quæ etiam in *feruitutibus rusticis* locum habet. Equidem tantum *urbanorum* prædiorum MARTIANVS in *cit. l. 1.* mentionem facit, restrictiue tamen non loquitur, cum eadem ratio quoque in *rusticis* militet. Similiter in *l. 12. cit.* ratio dubitandi inde defumebatur, quod feruitus talis reuera ad tempus esset constituta, cum tamen omnes feruitutes sua natura deberent esse perpetuæ *l. 4. pr. de feruit. l. 28. de feruit. præd. urb. verum* postquam hæc subtilitas, vt ad tempus feruitutes constitui nequeant, a prætoribus ipsis reiecta est *l. 4. cit.* nec in praxi iam olim hoc obseruatum fuit *l. 9. de S. P. R. l. 2. comm. præd.* recte tale pactum admissum fuit. Nec utilitas publica hoc loco obstat: Sunt enim tantum quædam feruitutes, quarum natura non patitur propter deformitatem ciuitatis & ædificiorum, vt ad tempus constituentur, v. g. oneris ferendi, tigni immittendi, proiciendi & protegendi feruitus; sed inde ad omnium feruitutum urbanarum species argumentari, satis inconueniens est. Nec PAVLVS referendo in *l. 12. de pignor.* feruitutes vtplurimum prædiis rusticis inferuientes excludere voluit feruitutes *urbanas*, inprimis cum eadem rationes in feruitutibus *urbanis* locum habeant, quæ in *rusticis*. Quin imo cum æque *urbana* ac *rustica* feruitutes precario concedi possint, *l. 3. D. de precario*, vbi GAIVS hæc exempla habet, *veluti si me precario rogaueris, vi per fundum meum ire vel agere tibi liceat, vel, vi in te-ctum vel in aream ædium mearum stillicidium vel tignum in parietem immissum habeas.* Cur eo, quo dixi modo, etiam pignori non possent obligari, cum propter licitam renocationem in precario vsus quoque maxime temporarius sit. Vid. DN. THOMAS. *Disp. de Seruitut. stillicid. §. 10. seqq.* Porro specialius *res dotales immobiles* pignoris nexu obstringi

non posse, manifesti iuris est, quia maritus eas, matrimonio dissoluto, restituere debet, & oppignoratio proxima ad alienationem via dicitur. *pr. l. quib. alien. lic. vel non.* Imo licet alias *rei aliene* obligatio subsistat, si is, cuius interest, consenserit, in *rerum dotialium* tamen oppignoratione mulieris consensus nihil operatur, quia in favorem mulierum id vel ideo constitutum, ne maritus consensum vxoris suæ quibusvis artibus machinationibusque extorquere, aut saltem persuasionibus elicere conetur. *l. vn. C. §. 15. de rei vxor. act.* Idem dicendum est de *hypotheca* simplici, quippe quæ rem ita afficit, vt etiam post restitutionem contra vxorem possit intentari actio; *pr. l. quib. alien. lic. vel non. l. 23. de O. & A. §. 1. l. de Action.* Imo nec vxor ipsa *hypothecæ* vel *pignori* rem dotalem constante matrimonio, subficere potest, quippe quod in mariti præiudicium verge- ret. MERLIN. *L. 2. T. 1. q. 18. n. 12. de pignor. & hypoth.* Intelligenda tamen hæc omnia sunt de fundo dotali *inæstimato* in dotem dato; æstimato enim in dotem data res immobilis potest alienari, aut oppignorari, etiam sine mulieris consensu, nam per *æstimationem* efficitur res viri propria. *l. 10. de iur. dot. l. 1. C. Commun. vtr. Iudic.* MERLIN. *l. c. q. 19. n. 2. seqq.* NEQVSANT, *de pignor. p. 2. m. 2. n. 59.*

§. IX. Etiam (IX) in modo constituendi quædam de- Conueniunt
prehenditur conuenientia inter pignus & hypothecam. in modo con-
Vt enim ius in re variis modis constitui potest, ita quoque stituendi,
pignoris & hypothecæ constitutio fit, vel per *actus inter vi-*
uos, vel, per *ultimam voluntatem*; Illud fit vel per consen-
sum *expressum* aut *tacitum* *l. 3. l. 4. 10. in quib. caus. pig. vel*
hypoth. tac. contr. HERTIVS *de hypoth. conuent. tacita*; vel
a *iudice*, vnde est, quod ad pignoris conuenientialis confi-
tutionem nemo cogi possit, & quod hypothecam alicui
concedere etiam sit liberæ voluntatis, nisi iudex eam ex
iusta causa imperet. *l. 14. §. 1. D. de constitur. pec. l. 9. D. qui*
B 3 *fatid.*

fatid. cog. VOET. ad D. tit. de pignor. n. 1. Similiter inde fluit, quod pignoris constitutio in dubio præsumi nequeat, sed potius aliquando, circumstantiis id fundentibus, magis datio in solutum, si res simpliciter pro debito tradita. conf. HERTIVS *de pignor. tacit. convention.* Eadem præsumtio etiam de hypothecæ constitutione a legibus reicitur. MERLIN. *de pignor. & hyp. L. 2. Tit. 3. q. 94. n. 8.* Quia vero absentes per literas suum consensum quoque declarare possunt, & præsentia contrahentium in pignoris constitutione non præcise requiruntur, *L. 23. §. 1. D. de pignor. & hypoth.* illa etiam expediri potest per scripturam, imo per epistolam, in quibus dies & consul deest, *L. 34. §. 1. D. de pign. & hypoth.* vel per nuncium, & multo magis hypotheca, cum *nudo pacto* absoluat, resque hypotheca penes debitorem maneat, DONELL. *de Hypoth. c. 6. p. 200.* Et quidem de iure communi simplex contrahentium consensus, ut constituatur *pignus & hypotheca*, est sufficiens, nec scriptura requiritur, TERP. *Decis. P. 3. D. 501. l. 13.* CARPZ. *P. I. C. 28. def. 122.* aut magistratus autoritas, *L. 1. D. de pact. l. 1. D. de pignor. act.* ARNOLD. VINN. *ad l. §. 7. de action. n. 12.* Vnde tam in pignore quam hypotheca subsequens ratihabitio sufficit, si tertius rem talem obligavit, *L. 16. §. 1. de pignor. & hypoth.* Sed ius Saxonicum, aliorumque locorum, iudicis confirmationem, sub cuius iurisdictione *immobiles res* sitæ sunt, præcise requirit, tam in *oppignoratione* quam *hypotheca*, siue generalis siue specialis constituatur, *Ordin. iudic. Saxon. Tit. 46. §. 2. CARPZ. P. 2. C. 23. def. 1. seqq.* LAVTERBACH *ad tit. de pignor. & hypoth. §. 46.* & quamvis in *hypothecæ & pignoris constitutione* diversitas rationis adesse videatur, quod in illa quidem creditores & emtores decipi, & iustam allegare ignorantiam possint; non æque in hac: idem ius tamen in utroque iure obtinere liquet ex iis, quæ tradit CARPZ. *l. 1. def. 5.* cuius ratio forsitan hæc est, quod etiam *pigna-*

ris constitutio inclinet ad alienationem, quæ in rebus immobilibus ex iuris Saxonici dispositione fieri nequit absque iudiciali approbatione, obseruante EODEM *cit. l. def. l. n. 3.* Inde inferitur, nec Comites, nobiles, aliasue illustres personas bonorum immobilium oppignorationem extra iudicium absque nullitatis vitio suscipere posse, idque propter identitatem rationis, tum ne res pluribus obligentur, creditoresque decipiantur; tum quia alienatio quædam hic concurrere videtur. MARTIN. *Comment. Porenf. Tit. 46. n. 28.* CAREZ. *Part. 2. Const. 23. Def. l. n. 10.* & II. BERLICH. *Part. 2. Conclus. 29. n. 7.* Equidem de modo constituendi pignus quædam adhuc inter DD. lis est, aliis contententibus, pignus hoc ipso pro tradito habendum esse, quod debitor aliquam rem pignori dare, promiserit, aliis vero negantibus, nudam promissionem de pignore tradendo vel constituendo sufficere. Prioris sententiæ patroni imprimis sunt MANTICA *de tacit. & ambig. conuent. l. II. t. 3. n. 14.* BACHOVIVS *de pignoribus l. I. C. 3. R. 3.* Posterioris vero GABRIEL MVDAEVS *tr. de pignor. rubr. quomodo hypothec. contrahat. n. 4. 5.* & LAVTERBACH. *tr. de pignore §. VI. n. 35.* Sed facile constat, calculum posteriori sententiæ addendum, & MVDAEO, inter ICTOS præ aliis accurato, accedendum esse, cum pignus referatur ad contractus reales, qui nudo consensu non perficiuntur; sed ad suam perfectionem traditionem rei adhuc desiderant. §. *vl. i. quib. mod. re contrahit. oblig.* Vnde indefinita & indeterminata promissio v. g. erit tibi hypotheca aliqua seu pignus, nequidem hypothecæ constitutionem producit, multominus pignoris per l. II. §. 2. D. *qui potior. in pign. vbi dicitur*; Si colonus conuenit, ut inducta in fundum, illata ibi nata, pignori essent. & antequam inducat, alii rem hypothecæ nomine obligauerit, tunc deinde eam in fundum induxerit, potior erit, qui specialiter pure accepit, quia non ex conuentione priori obligatur, sed ex eo, quod INDUCTA res est.

Reuera

Reuera enim in tali indefinita locutione adest tantum *promissum de hypotheca constituenda*, vel *de pignore tradendo*, qualia pacta, contractus ineundi preparatoria, ad agendum obligationem non pariunt. HARPPECHT. *Respons. 92. n. 205. seq.* Quandoque tertius quoque pro alio, v. c. qui conductor est, pignora dat, vel hypothecam concedit, pro eo tempore, quod conductioni per contractum est præfinitum. Quod si *vero* renouatio conductionis inter contrahentes fiat, finita prima conductione, pignoris a tertio constituti repetitio non aliter inducitur, quam si expressus consensus pignorantis accesserit, quippe qui ulterius non obligatur, quam quousque ab initio consensit, *L. 13. §. 1. loc. cond.* cum factum alterius tertio obesse non possit, *l. 27. pr. in f. de procur. l. 9. §. ult. l. 10. de iurci. l. 155. D. de R. iur. & nemo ultra intentionem suam obligetur, quæ dirigit omnes actus.* Eodem modo nec hypotheca per *iacitam reconductionem* prorogari potest, cum sit stricti iuris, & locator sibi impurare debeat, si diutius, quam cautum est, conductorem patitur in re locata permanere *l. 7. C. de locat. cond.* MERLIN. *de pignor. & hypoth. l. 3. t. 1. q. 39. n. 5.*

Conueniant
pignus &
hypothec. in
modis tol-
lendi.

§. X. In modis quoque tollendi (X) adest conuenientia inrer *pignus & hypothecam*. Tollitur pignus variis modis, imprimis vero principali obligatione sublata, aut causa cessante, ob quam constitutum est. MERLIN. *l. c. l. 4. t. 5. q. 133.* Inde dissoluitur pignus 1) si debitor creditori satisfecerit, tam quoad sortem, quam vsuras, *l. 5. 6. 13. D. quib. mod. pign. vel hypoth. solu. l. 18. qui pot. in pign. hab. l. vn. C. etiam ob Chirogr. pec. pign. ten.* quo modo hypotheca etiam definit, *arg. l. 5. §. 1. de pign.* Satisfieri autem dicitur creditori non solum per veram solutionem sed etiam per *depositionem* pecuniæ realem. LAVTERBACH. *de pign. & hypoth. §. 4.* hoc posito pignus & hypotheca etiam liberatur per *solemnem & legitimam debiti obligationem*,

nem, obfignationem & depositionem, *arg. l. 6. quib. mod. pig. solu. l. 19. C. de vsur. l. fin. C. de luit. pignor.* MERLIN. *de pignor. l. 5. t. 1. q. 44. n. 26.* HARPRECHT. *Conf. 70. n. 150.* Sola condemnatio debitoris non sufficit, adeoque tum pignus quam hypotheca subsistit. *l. 13. §. 4. de pignor. & hypoth. 2)* dissoluitur per *satisfactionem* a creditore acceptam tam pignus quam hypotheca. BALDWIN. *de hypoth. C. 20. 3)* per *remissionem* ve *expressam* *l. 8. §. 1. seqq. h. TERPAT. Decis. P. 3. Tit. 509. c. 5.* vel *tacitam* vt: si creditor subscribat instrumento venditionis super re oppignorata confecto, ita enim pignus & hypotheca remissa censetur, nisi quis expresse hanc clausulam adiecerit: *Nir und meinen Erben und Nachkommen ohne Schaden.* BRUNNEMANN. *ad D. l. 8. n. 14. quib. mod. pign.* HARPRECHT. *Respons. 23. n. 303. 304.* 4) Extinguitur tam pignus quam hypotheca, si actio personalis contra debitorem propterea extincta est, quia debitor delatum sibi iuramentum super credito praestitit, litemque ita finiuit. *l. 13. D. quib. mod. pign. vel hyp. solu. ibi: si deferente creditore iuravit debitor, se dare non oportere, pignus liberatur, quia perinde habetur, ac si iudicio absolutus esset.* NEGVSANT. *de pign. P. 6. m. 2. n. 10.* Hypotheca 5) corrui, si contractus invaliditas detegitur & hypothecam constituens ex errore & falsa causa contractum celebrauit eique hypothecam adiecit. *l. 25. de pign. & hypoth.* Ita enim error & falsitas actui consensum adimit, obligationemque inuvalidam reddit. *arg. l. 5. §. 14. de reb. eor. qui sub tutel. vel cur. sum.* Et quis dubitaret, quin etiam pignus nullum sit, vbi principalis obligatio, cui accessit, vires nullas habet? 6) pactum de non petendo pignus & hypothecam quoque ope exceptionis tollit. *l. 5. D. quia. mod. pign. & hyp. solu. l. 17. §. 2. de pact.* Si ad tempus pactum de non petendo debitori factum est, durante pacto, hypothecaria actio suspenditur, nisi debitor incipiat post tale pactum suspectus fieri. NEGVSANT. *l. c. n. 9.* MERLIN. *l. 5. t. 1. q. 44. n. 4. 7)* le-

gitima nouatio tollit liberatque pignus, *l. 18. D. de nouation. l. u. §. 1. de pignor. act.* quod intelligi debet de casu, quo prior obligatio ex contrahentium voluntate sublata est. Secus est, si nouatio priori obligationi accedit: Sic si litis contestatio facta a debitore in actione hypothecaria, pignus in nexu nihilominus manet, adeo, ut si debitor condemnatus est, ante satisfactionem pignus non extinguatur. *l. 29. D. de nouat.* Nouatio enim necessaria, quæ fit per litis contestationem, vel sententiam, primam obligationem non extinguit, sed alios effectus ei addit. BALDVIN. *de Hypothec. c. 20. TERAT. decis. Part. 3. iii. 509. c. 8.* Eadem conditio est hypothecæ quæ itidem desinit per *voluntariam*; non vero *necessariam* nouationem. NEGV. *de pignor. P. 6. m. 3. n. 2. 8)* Extinguitur pignus per *confusionem & compensationem* debiti principalis; si v. g. creditor heres debitoris vel hic creditoris vel tertius vtriusque fuerit factus; tunc enim principalis obligatio vna cum accessoria perit. *l. 4. qui prior. in pign. l. 9. §. 3. de pignor. act. l. u. §. 2. sqq. eod.* Idemque in hypotheca obtinet, cum nemo a se ipso aliquid exigere aut securitatem de credito, quod ipsi sibi debet, desiderare possit. 9) Per alienationem pignoris, *consensu creditoris* factam, ius in re censetur remissum, non iptum debitum. *l. 4. §. 1. quibus mod. pign. vel hyp. quod etiam de hypotheca dicendum, TERAT. Decis. 509. c. 1.* si legitima requisita, a legibus desiderata, concurrunt, quæ aliquot dissertationibus *de remission. tac. hypoth. & pign.* explicuit ill. Dn. THOMASIVS. Eundem effectum consensus quoque in rei hypothecaræ alienatione habet, cum nulla diuersitatis ratio dari possit. FELIN. *Consil. 20. n. 4. TERAT. l. c. c. 6.* 10) Interitus rei oppignoratæ quoque soluit tam pignus quam hypothecam, *l. 8. pr. quib. mod. pign. l. hyp. quatenus in totum perit.* Extingitur ædibus in area tam pignus quam hypotheca remanet. *l. 29. §. 2. D. de pignor. & hypoth.* Sed an idem dicendum sit de rei mutatione? Distinguendum esse puto inter mutationem dominij interitum

tum inferentem, & rei principali obligatæ tantum aliquid detrahentem, seu adicientem: quin priori casu pignus finitur, dubium non est, e. g. si ex ligno pignore dato navis facta sit; hic enim specificanti cedit res eiusque dominio subiicitur *l. 18. §. pen. de pignor. act.* vbi dicitur: *Si quis caueat, ut filua sibi pignori esset: navem ex ea materia factam non esse pignoris, Cassius ait: quia aliud sit materia, aliud navis, & ideo nominatim in dando pignore adiciendum esse ait: quæque ex sylva facta, natae sint.* Posteriori vero casu mutatio pignus non liberat nec hypothecam solvit, licet vel maxime aedes oppignoratæ destructæ fuerint, & in earum area hortus aut vinea plantetur. *l. 16. §. 2. l. 29. §. 2. de pignor. & hyp. ibi: domus pignori data exusta est eamque aream emit Lucius Tuius & extruxit, quæsum est de iure pignoris? Paulus respondit pignoris persecutionem perseverare.* MULLER. ad Stru. Exercit. 26. §. 49. lit. k. 11.) Præscriptio quoque tollit pignus pro diversitate possessorum diversimode. Potissimum quæstio de pignoris præscriptione versatur circa casus sequentes. Præscribitur enim pignus 1) vel a tertio bonæ fidei possessore, si creditor forsan possessionem eius amisit, & tertius b. f. & iusto titulo illam acquisiuit; hic enim intra 10. vel 20. annos dominium sibi acquirit, & ius, tam debitoris, quam creditoris in pignus hac ratione extinguitur. *l. 1. 2. C. si aduers. credit. l. 7. l. ult. de O. & A.* Eodem modo hypothecæ ius expirat, si tertius possessor rei hypothecatæ possessionem iusto titulo nactus fuerit, & per decennium inter præsentem, per viginti vero annos inter absentem quiete rem possederit. NLEVSANT. de pign. p. 6. m. 2. n. 1. MERLIN. cit. tr. L. V. t. 1. q. 21. n. 6. 2) vel a male fid. possessore, qui licet longo tempore præscribere non possit, potest tamen de iure civili longissimo, vel triginta annorum spatio pignus vel hypothecam liberare. *l. 7. C. de præscript. 30. vel 40. ann.* Quodsi vero creditor posterior ab ipso debitore hypothecam consecutus fuerit, quadraginta

anni, donec debitor adhuc in vita est, ad præscriptionem & pignoris & hypothecæ sunt necessarii: post mortem debitoris 30. anni sufficiunt. *l. c. §. 2. de præscr. 30. vel 40. ann. NEGVSANT, l. c. 3)* Vel a debitore ipso contra creditorem: hoc casu certi iuris est, pignus liberari, si creditor illud post restitutionem (animo forsitan repetendi & sic ad tempus factum) apud debitorem 40. annos reliquerit; potuisset enim creditor actione *hypothecaria* pignus repetere, quod si neglexerit, post 40. annos hypothecariæ actioni præscriptum est *l. 7. §. 1. C. de præscr. 30. vel 40. ann.* In *hypothecæ* præscriptione itidem 40. annorum spatium attenditur per *ci. l. 7.* quia inter pignus & hypothecam quantum ad *actionem hypothecariam* nihil interest, §. 7. *l. de Action. MERLIN. l. c. n. 23.* Alia omnino est quæstio: vtrum creditor ita possit pignus præscribere contra debitorem, vt ei non amplius sit integrum pignus luere? sed facile constat, pignus & hypothecam hic quoque conuenire, creditoremque iuri pignoris luendi nullo tempore præscribere posse, quamdiu pignus non negat. *GAIL. 2. Obs. 18.* Alieno enim nomine sic possidet, nullamque vsucapionis vel præscriptionis initium facere potest, *Pr. l. de vsuc. l. 2. C. de præscr. 30. vel 40. ann.* Denique 12) pignus & hypotheca tollitur extincto iure debitoris, quod in re habuit *l. 31. D. pignor. & hypoth.*

Conueniunt
pignus & hypo-
theca ratio-
ne distra-
ctionis.

§. XI. Præterea (XI) ratione *distractionis* pignus & hypotheca conueniunt, quod vel indicat rubrica in digestis posita de *distractione pignorum & hypothecæ*. Videlicet inter alios pignoraticii iuris effectus hic quoque refertur, vt creditori integrum sit, pignus vendere, si debitor in mora est constitutus, pignorisue liberationem detrectat. Competit ei hæc potestas ex *iure*, quod habet in re, & *sine*, seu securitate, ratione debiti ipsi constituta *l. 1. C. de pact. pignor.* Olim quidem & plurimum in pignore contrahendo nominatim de eius vendendi potestate pacificebantur contrahentes,

tes, *l. 4. pr. D. & l. 4. C. de pign. act.* ne trina denunciacione opus esset, *PAVL. lib. 2. sent. l. 1. §. 1.* Sed hoc correctum est, ut licet vel maxime nihil expresse fuerit conuentum, illud tamen iuri pignoris inesse crederetur *l. f. §. 1. C. de iur. domin. impetr. l. 4. verb. sed & si D. de pign. act.* & pignoris distractio, inuito etiam debitore, fieri possit. *l. 2. C. de iur. vendit. pign. imped. non poss. l. 7. §. 1. de reb. eor. qui sub tut. l. 1. §. 1. de distraction. pignor. & hyp.* Nec diuersum in hypotheca obtinet, cuius distractio itidem creditori indulta est, si suum aliter consequi non possit, cum eadem utrobique adfit ratio *l. 14. C. de distract. pign.* Sed in modo distrahendi maxima inter pignus & hypothecam deprehenditur differentia, cum aliter pignus alienari soleat, quam hypotheca, de qua in *cap. II.* dicendi locus erit. Fluit quoque ex fine pignorationis, quod pignus vendendi iuri per pactum expressum renunciari haud possit, & pactum eiusmodi pro non adiecto habeatur, idque non tantum propter creditoris ius in pignore quaesitum, sed etiam propter *utilitatem publicam*, ne alias admodum difficulter, qui nummos crederent, inuenirentur, & indigentium inopia auxilio necessario egeret, magnaque commercio, quo salus publica alitur, deficiente fide inferretur clades. *l. 4. D. de pignorat. act. vel contr.* Et quis negaret, etiam hypothecam simplicem securitatis causa vnice constitui? qua de causa si venditio rei obligatae fieri haud posset, omnem omnino vim & efficaciam illa amitteret, & consequenter pactum hypothecae adiectum, ne vendatur, naturae eius prorsus repugnat. *MERLIN. cit. in L. V. Q. 95. n. n. 12.* Atque haec distrahendi pignus vel hypothecam potestas creditori etiam tunc competit, si vel maxime pars debiti soluta sit, & quaedam pars debiti, quantacunque sit, adhuc debeatur vel a debitore vel ab heredibus eius; totum enim pignus pro indiuiso tamdiu in nexu est, quamdiu creditori nondum plene est satisfactum. *l. 6. C. de distract. pign. l. 8. §. si vnus D. de pignor. act.* Quocirca nec hypothecae alienatio

natio prohibita est, nisi præter sortem integram etiam usuræ creditori fuerint restitutæ, quia eadem hic militat ratio, quæ in pignore. TEPAT. *Decis. P. 3. tit. 508.* MERLIN. *de pignor. L. 4. T. 3. q. 95, n. 33.*

In modo distrahendi quoque conveniunt,

§. XII. Ipsa distractio bona fide fieri debet, l. 9. C. de distr. pign. l. 3. C. si pign. vend. adeoque ipse creditor nec pignus nec hypothecam emere potest, ne quidem per substitutum, l. 10. C. de distr. pign. An vero fideiussor a creditore etiam emere pignus queat? quæritur. Et dubium non est, quin fideiussor si non potius, saltem idem ius cum extraneo habere debeat, & consequenter pignus acquirere queat, imprimis cum iura fideiussoris indemnitati admodum faueant, & alias, pro ea consequenda, creditor cogi queat, ut, postquam solvere paratus est, iura sua & sic etiam pignora hypothecasque cedat. l. 14. mandat. l. 53. D. eod. l. 20. eod. Hac de causa etiam a iudice impetrare potest, ut conventus a creditoribus titulo emtionis prædium creditori pignori datum suscipiat, l. 26. pr. de pign. l. 2. D. distract. pignor. Nec obstat argumentum, quod contrariæ sententiæ patroni ex l. 1. C. de dolo evincere conantur. Aiunt imperatores: si fideiussor a creditore pignus emerit oblata quantitate sortis & usurarum, tibi dominium cum fructibus, quos bona fide percepit, consilius restituet, ne fidei ruptæ gratia de dolo possit actio exerceri. Loquitur enim lex 1) tantum de eo, quod est consilius, ne fideiussor doli suspensionem incurrat, non autem præcise disponit, iubet, aut indistincte constituit. 2) Adest in cit. l. casus, ubi non tam emtio formalis videbatur facta, quam solutio sortis & usurarum, ut ipsa verba indicant, cuius nomine creditor fideiussori pignus dimiserat, quo ipso non tam rem ipsam fideiussori vendidisse, quam ius suum celsisse videbatur. Sed nec huc commode referri potest l. 59. §. 1. D. mandat. tradens: fideiussorem, qui rem pignoris iure obligatam a creditore emit, mandati iudicio conventum ab herede debitoris

vis oblato omni debito restituere cum fructibus cogendum. neque habendum simili extraneo: cum in omni contractu bonam fidem præstare debeat. Præsupponit hic textus, æque ut prior, fideiussorem soluisse sortem cum vsuris, hoc ipso proprie non contrahitur *emptio*, sed potius *cessio*, adeoque si fideiussor pignus retinere vellet, sine dubio contra bonam fidem ageret, id quod potissimum rationes in *cit. text.* adductæ indicant. Ratio enim *cit. l. 59.* hæc est: CVM IN OMNI CONTRACTV BONAM FIDEM PRAESTARE DEBEAT & in *l. cit. l. NE FIDEL RVPTAE GRATIA DE DOLO POSSIT ACTIO EXERCERI.* Ergo si talis deest *cessio*, si creditor curauit, ut iustum pretium pignoris constituatur, & fideiussor aperte, non animo *soluendi* debitum, sed *numerandi* pretium, quod b. f. constitutum est, pecuniam soluerit, *emptio* subsistit, nec fideiussor compelli potest, ut rem cum fructibus restituat. CABALIN. *de vsur. q. 49. n. 341. & quest. 29. 245. ESCOBAR. de ratiocin. comput. 17. n. 4.* Sed videndum, an in *hypotheca* quoque idem ius fideiussori sit asserendum? Hoc eo minus in dubium vocari potest, quo certius est, nullam diuersitatis rationem hic allegari posse. Imo cum *hypothecæ* regulariter *iudicialiter* vendantur, ut *cap. sq.* ostendam, eo minor ratio dubitandi hic concurrere potest, cum etiam ipse creditor pignus sub hasta emere non prohibeatur. MERLIN. *de pignor. l. 4. Tit. 2. q. 71.* Non tantum vero *distractio* pignorum est concessa, si vni creditori res est obligata, sed etiam si pluribus pignus in solidum eodem tempore obligatum est. A quolibet enim ex iis pignoris venditio valide suscipitur per *l. 16. §. 8. de pignor.* ibi: *sed si simul illi & illi, si hoc actum est, vterque recte in solidum agat, si minus, vnusquisque pro parte.* Et secundum hanc *correalis* obligationis naturam *hypothecam* quoque quilibet ex pluribus creditoribus in solidum alienare potest post moram debitoris, ut fiat occupantis conditio melior. Sicuti enim singuli in solidum aduersus extraneum

non

traneum

traneum Seruiana vti possunt, ita quoque singuli effectum huius actionis gaudere debent. *l. 10. D. de pignor.* Equidem NEVSANT. *P. 6. m. l. n. 34.* putat, non competere creditoribus pluribus in solidum venditionem hypothecæ, quod absurdum foret, duos emtores eiusdem rei fieri dominos in solidum; Verum eiusus, qui alterum sibi præuenire passus est, non amplius attenditur, sed præoccupantis, sicut alias possessoris in pari causa conditio est melior, & sic qui prius hypothecam vendidit, præferatur alteri, qui alii posteriori loco eam vendidit. De *hypotheca* id indubium esse videtur, quia hic præfertur is, qui possessionem impetrauit. Sed de pignore maior ratio dubitandi, quod scilicet pluribus datum est, quia illud *coniunctim & pro diuiso* non vero *in solidum* possident, cum plures eandem rem *in solidum* possidere non possint *l. 3. §. 5. de acquir. vel omitt. poss.* ergo illud quoque non nisi *coniunctim* vendere possunt in solidum; facilius vero singuli pro rata, de quo *cap. sq.* dicendi locus erit.

Conuenien-
tia in pactis.

§. XIII. Natura pignoris & hypothecæ potest quoque per *varia pacta* mutari, in quo rursus (XII) conuenientia quædam deprehenditur. Prout vero illa vel *licita* vel *illicita* sunt, ita possunt valide & cum effectu pignori adici, vel inualide, seu sine effectu. Sic α) valet pactum, ut pignoris interitus debitorum liberet, si casu fortuito, & sine dolo vel culpa debitoris interitus secutus fuerit *l. 6. C. de pignor. act.* cum quilibet *extra ordinem* casum fortuitum speciali pacto in quouis contractu suscipere queat *l. 23. de R. l.* Eodem modo quoque *hypotheca* constitui potest, ut creditor nihil petere possit, si res hypothecata perierit. Fuit enim in creditoris arbitrio ita pacisci, *VOET. ad D. L. 20. §. 1. n. 21.* Aliud quoque β) addi potest pactum, vi cuius creditor ex pensionibus *pignoris* creditum possit recipere, quod itidem *hypothecæ* valide adicitur. *l. 20. D. de pignor. & hyp.* Porro γ) & hoc pactum subsistit, ut creditor nec
non

non fideiussor soluens debitum, *pignus* iusto pretio habere-
 atentum; idemque creditor, qui nudam tantum *hypotheca*
 consecutus est, pacisci potest. *l. i. C. de pactis pignor.*
l. 16. §. vii. D. de pignor. & hypoth. ibi: *potest ita fieri pi-*
gnoris datio hypothecae. l. vii. D. de contrab. emt. Quod si
 creditor *pignus* vendiderit, illud potest δ) fieri hoc pacto,
ut liceat sibi reddere pecuniam & pignus recipere. Quaeri-
 tur ergo, an si paratus sit debitor reddere pecuniam, conse-
 qui id possit? Affirmat id ipsum *ICIVS* in *l. 7. pr. de*
dist. pign. & hyp. additque, *agi posse cum creditore, ut si quas*
actiones habeat, eas cedat debitori. Idem quoque in *hy-*
potheca obtinere, statim subiicit: *Sed quod IULIANVS scri-*
bit in pignore, idem & circa hypothecam est. Similiter ϵ)
 tam in *pignore* quam *hypotheca* valet hoc pactum, *ne li-*
ceat debitor hypothecam vendere vel pignus, hoc effectu, ut
 utroque casu alienatio & venditio nulla sit, *l. cit. 7. in f.*
 quae alias, salvo iure *pignoris*, valere posset, ad minimum
 ut translatum esset dominium. *NEQVSANT. de pignor. m.*
p. 2. n. 5. Illud vero pactum ζ) ut creditor, intra certum
 temporis spatium debito non soluto, *pignus* retinere vel
hypothecam rem sibi asserere possit, iura non admittunt,
 quod *lex commissoria* dicitur, *l. vii. C. de pact. pign.* nec di-
 stinguunt, utrum ab initio statim in *pignoris* constitutione
 ea *lex* sit adiecta, an ex intervallo. Potuit enim inopia
 debitoris durans propter exactionem creditoris acerbio-
 rem & instantissimam debitori ex postfacto quoque ex-
 torquere eiusmodi pactum, & ob spem melioris fortunae
 ante tempora legis commissoriae ipsum inducere, ut tale
 pactum iniret. *VOET. ad D. Tit. de pignor. & hyp. n. 25.* Prae-
 terea alia adhuc ratio suadet, ut hoc pactum in *pignoribus*
 non valeat, quia *pignora* eo non dantur animo, ut domi-
 nium prorsus in creditorem transferatur, *l. 35. §. i. D. de pi-*
gnor. act. sed tantum, ut securus sit creditor; quin quod ad
 dominii translationem contractus venditionis similisque
 D
 domi-

dominii translativus necessarius est. *l. 1. C. de fundo dotat.*
 ANTON. FABER. *Cod. L. 8. Tit. 22. def. 1.* Accedit quoque
 recessus imperii, *de an. 1777.* vbi itidem legis commissoriae
 prohibitio renouata est *iii. von Juden und ihren Wucher S.*
und dieweil. Hypothecæ quoque lex illa non magis ad-
 scribi potest, quam pignori, cum eadem ratio, quæ in pi-
 gnore militat, in hypotheca quoque adsit, & licet creditor
 rem, hypothecæ obnoxiam non possideat, posset tamen
 vi huius pacti possessionem, & per hanc dominium a iu-
 dice impetrare, præterlapso termino, si pactum illud in hac
 materia haud esset reprobatum a LL. Vulgo confunditur
 hac cum *lege commissoria* aliud pactum *4) de cedendo pigno-*
re vel hypotheca cum debitore initum, nisi intra certum tem-
 pus pecunia mutuo accepta restituatur. Fundatur illud
 in *l. 1. C. de pact. pign.* cuius sunt verba hæc: *qui pactus*
est, nisi intra certum tempus pecuniam, quam mutuam accepit,
solueret, cessurum se creditoribus, hypothecæ venditionem non
contraxit. Sed id comprehendit, quod iure suo creditor in adi-
piscendo pignore habiturus erat. Communi itaque iure cre-
ditor hypothecam vendere debet, rem creditori permittere, sed
apparet ex his, aliud esse pignoris venditionem creditori per-
mittere; & aliud pignus quasi emtum illi adiudicare. Pri-
us dicitur hypothecæ cessio, estque nihil aliud, quam pote-
stas, creditori facta, vt liceat sine denunciatione pignus vel
hypothecam vendere, minime vero, vt creditor illud ha-
beat emtionis iure, pretio cum debito compensato, cum
si vel maxime verba pacti dubiam admisissent interpretatio-
nem, in sensu legali merito accipienda fuere. Non itaque
etiam hoc denotat, vt creditori in solutum sic datum pro
pretio arbitrio boni viri determinando, sicut putat BRUN-
NEMANN. ad l. 1. cit. in qua sententia quoque versantur
CARPZ. L. 5. Resp. 12. n. n. 18. & RICHTER. ad l. n. 5. cum
multis aliis. Neque enim id ex verbis adductis liquido
fluit, adeoque creditor illud non sibi pro iusto pretio re-
 tinere

tinere, sed aliis b. f. vendere tenetur. Interim pactum tale θ non reprobatur adeoque tam pignori, quam hypothecae valide adiicitur, cum, eo non obstante, debitori adhuc integrum sit, pignus luere, sibi que recipere *arg. l. 45. D. de solution. VOET. l. c. n. 26.* Proinde hoc legi commissoriae admodum simile pactum ab illa sollicitate discernendum venit, cuius species refertur in *l. 10. §. vii. D. de pignor. Potest ita fieri pignoris datio, hypothecaeque, ut, si intra certum tempus non sit soluta pecunia, iure emtionis possideat rem iusto pretio tunc aestimandam, hoc enim casu videtur quodammodo conditionalis esse venditio.* In propatulo est, tale pactum potius constituere *venditionem conditionalem, quam pactum commissorium*, & ab initio statim id agi, ut, debitore certo die non solvente, res creditori tantum sit emta, quanti iustum pretium eius erit die praestituto. Hinc per illud pignus pleno iure non committitur creditori, & acquiritur, vel a debitore transfertur, ut sit in pacto commissorio. Recte igitur & hoc pactum pignoris, adiicitur pignori aequae ac hypothecae, per *l. cit. 16. §. vii.*

§. XIII. Exponendum (XIII) adhuc est, in quibus praeterea pignus & hypotheca eosdem producat effectus. Primus est, quod creditor tam pignoris possessionem, quam nudam hypothecam habens ius suum persequi possit, & quidem vel remedio *possessorio* vel *petitorio*. Illud eligens videtur *interdicto Saluiano l. i. C. de precar.* Competit vero non tantum creditoribus hypothecariis, sed etiam pignoratitiis, si possessionem pignoris amiserunt, eamque a debitore repetunt *l. i. D. de interdict. Salu. DN. PRAES. introduct. in ius Dig. de Saluian. interdict. §. i. STRYCK. de action. inuestig. Sect. II. m. §. 10.* Rem ipsam oppignoratam si petunt creditores, petitoria remedia adhibent, & quidem in specie *actionem hypothecariam*, qua non pignus tantum, sed hypothecam quoque persequuntur. Licet enim pignoris possessio fuerit tradita, contingere tamen potuit, ut postea

In effectibus quoque ut plurimum conueniunt.

amissa sit. *l. 13. §. 3. de pignor.* Inde recte dicitur, inter pignus & hypothecam, quantum attinet ad actionem hypothecariam, differentiam nullam intercedere per §. 7. *l. de action.* ibi: *Quasi Serviana autem est, qua creditores pignora hypothecasque, persequuntur. Inter pignus vero & hypothecam quantum ad actionem hypothecariam attinet nihil inter est.* Hac de causa etiam hæc actio dicitur pignoris vindicatio *l. 16. §. 3. D. de pign. & hyp.* quæ etiam datur contra eum, qui dolo desit possidere. *cit. l. VINN. ad l. §. 7. n. u. STRVV. S. l. C. ex. 26. th. 39. & MULLER. ad eundem lit. V.* Alter effectus est, quod hypotheca operetur æque ius in re debitoris ac quidem pignus, quod supra iam observaui. *conf. l. 30. de noxal. act. l. 19. pr. de damno inf. l. 18. §. 2. de pignor. act. l. 12. C. de distr. pign.* Tertius effectus est, quod in creditorum concursu pignus privilegiatum habens in eandem classem locumque collocetur, in quam venit hypotheca privilegiata, & quod simplex possidens pignus in classem tertiam ad simplicem hypothecam habentes transferatur. *l. 19. C. qui potior. in pignor. & GODOFRED. ibid. in not.* Inde sicuti is, qui in refectioem ædium credidit pecuniam, habet hypothecam privilegiatam, *l. 1. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacit. contr. l. 5. 6. D. qui potior. in pign.* ita & idem creditor possessionem eius domus vel pignoris nactus, eodem gaudet privilegio & iure. Nec enim pinguius ius habet pignus, quam hypotheca in concursu creditorum, adeo ut cum utrumque æque ius in re producat, posterior creditor, qui pignus in re alteri hypothecæ iam obnoxia accepit, prioritatem prætereendere non possit. *l. 2. pr. qui pot. in pign. l. 2. & 4. C. qui pot. in pign. hab.* Quartus effectus est, ut creditor reddatur securus per pignoris possessionem ratione crediti sui, *l. 238. §. 1. de V. S. & licet possessio eius reuertatur ad dominum vel alium quemcunque, creditoris tamen ius in re illa saluum nihilominus manet, & res cum onere transit suo. l. 12. 17. C. de distr. pign. l. 15. C. de pignor. & hy-*

Et hypoth. l. 8. §. vi. C. de secund. nupt. Eundem effectum producit *hypotheca*, quæ creditorem itidem securum præstat, & quamvis hypothecarius creditor rei possessionem non habeat, ei tamen iura satis prospexere, ne fraudari suo iure possit: sed ut res in hypotheca quidem speciali *expressæ*; in generali vero *omnes & singula* specialiter non exceptæ (*v. l. 6. §. de pign. & hypoth.*) ita afficiantur, ut alienari aliter non possint, nisi cum onere pignoris ipsis inherente. *l. 2. D. qui potior. l. 6. C. eod. l. unic. C. rem alien. gerent.* Nec aliud obtinet, si in *rebus mobilibus* hypotheca fuerit constituta, quamvis minus consultum sit, hypothecam in iis constituere, cum facile dispergi, consumi & in loca distantia transferri queant, quo ipso ius persequendi fit difficillimum. Equidem ait Ictus in *L. 238. §. 2. de V. S. unde etiam videri potest verum esse, quod quidam putant, pignus PROPRIE rei mobilis constitui.* Verum per vocem PROPRIE minime excludit hypothecam in re mobili, quippe quam natura hypothecæ omnino admittit, sed id tantum demonstravit, quoad *originem* olim tantum pignus in re mobili constitutum fuisse, de qua differentia *cap. seq.* dicendi locus erit. Effectus alii partim iam expositi sunt, partim referendi capiti sequenti.

§. XIV. Quæ adductæ sunt convenientiæ pignoris & hypothecæ in *aliodialibus*, indubie obtinent. Sed nihil obstat, quo minus pleraque etiam ad *materias feudales* applicari queant, in quibus etiam pignus & hypotheca ad plurima conveniunt. Agite, paucis etiam de his *rebus feudali* amus. Ante omnia præmitto, ex nexu, qui inter dominum & vasallum deprehenditur, vasallitico potissimum sequi, ut vasallo de bonis feudalibus disponendi potestas liberis sit adempta. Hac de causa in vasalli potestate positum haud est, vel directo vel per indirectum aliquid ex re feudali alienandi, aut in alium transferendi, nisi dominus in id consenserit, &, siquidem feudum est *antiquum*, agnatorum

consensus quoque accesserit, 2. F. 52. siue agatur de re tota siue de parte alienanda 2. F. 38. 2. F. 55. 2. F. 9. §. donare. Huic consequens est, vt nec pignus in re feudali constitui queat, sine domini consensu 2. F. 55. vbi FRIDERICVS I. in campis Ronchalicis ita disponit: *Sancimus, vt nulli liceat feudum totum vel partem aliquam vendere, vel pignorare, vel quocunque modo distrabere, seu alienare, seu pro anima iudicare sine permissione illius domini, ad quem feudum spectare dignoscitur.* Sed nec hypothecam valere in feudalibus bonis, irrequisito domini directi consensu, manifestum est. Licet enim res, hypotheca constituta, apud debitorem maneat; transfertur tamen per eam in alterum ius in re, adeoque, si hypotheca simpliciter valeret, fieri posset, vt, debitore non soluente, ad rei distractionem perueniendum esset, quod, ne eueniat, constitutum est, vt nec hypothecae feudalis res subici queat STRVV. *Syn. iur. Feud. c. 13. §. 7. n. 4.* BERLICH. 2. C. 29. n. 74. Nec obstat, quod hypotheca saltem possit aliquem effectum habere, quamdiu vivit oppignorans eiusque descendentes, adeoque hypotheca sine domini consensu contracta quodammodo valeat; hoc enim licet admitti queat, non inducit tamen securitatem plenam, sed tantum ad tempus aliquod, B. STRYCK *de caut. cont. S. 2. c. 4. §. 4. 6. 7.* & in primis quoad *fructus feudales*, respectu quorum etiam conceditur immissio in feudum. Ceterum si consensus a domino interpositus est, tam in pignore quam in hypotheca, tunc id operatur, vt dominus adstringi postea queat, deuolutione feudi secuta, id debiti vsurarumque solutione liberare ab onere reali, hoc si non fecerit, creditori competit ex iure, quod habet in re, facultas retinendi & distrahendi feudum & quidem ideo, quia dominus in pignus consentiens, in omne id, quod regulariter exinde fluit, consentisse, & sic pignoris alienationem permisisse videatur, arg. 20 F. 13. ibi: *Si vero cum domini consensu alienaverit, stabilis permaneat alienatio.* STRVV. *Syn. iur. Feud. c. 13. §. 7. n. 7.* In oppigno-

pignoratione vero *fructuum* seu *commoditatum* ex feudo
 prouenientium domini consensus non requiritur; referuntur enim omnia, quæ ex re proueniunt feudali, inter res
 allodiales & subiiciuntur liberæ vasalli dispositioni. STRVV.
l. c. c. 12. §. 7. n. 1. sqq. NEGVSANT. *de pign. P. 2. m. 2. n. 48.*
 Facilius quoque ipsi domino potest vasallus feudum pigno-
 ri dare, C. I. X. *de feud.* quis in fauorem domini oppignora-
 tio feudi prohibita est, quo non exclusus videtur casus, qui
 domino est fauorabilis. Præterea quoque hoc modo res
 ad dominum seu naturam suam reuertitur, inde de eiusmodi
 oppignorationis validitate non est dubitandum. Imo
 si alii etiam, quam domino, hypotheca concedatur in rem
 feudalem, & id factum sit in domini fauorem, propter ean-
 dem rationem hypotheca talis subsistit. MERLIN. *de pi-
 gnor. l. 2. t. 1. Q. 10, n. 22.* NEGVSANT. *l. c. n. 44.* Idem ad-
 mitto, si feudum diuiduum vni ex pluribus dominis fuerit
 oppignoratam, vel hypothecæ suppositum; sic enim, reli-
 quis etiam non contententibus, feudi obligatio subsistit,
 quorum nullum hic vertitur præiudicium, cum omnes
 partem suam liberam habeant. NEGVSANT. *l. c. n. 45.*
 Quin etiam tunc oppignoratio & hypothecæ datio vasallo
 relicta sit libera de eo dispositio, de quo vasallus etiam *inter
 vivos* disponere illudque alienare, & sic pignoris loco cre-
 ditori tradere sine domini consensu potest; minus enim
 adhuc est, pignoris datio, quam alienatio, quæ tamen eo in
 casu permittitur. STRVV. *Syn. iur. Feud. c. 2. §. 13.* Hypo-
 thecæ eo facilius subiici potest *hereditarium* feudum domi-
 no inconsulto, cum ita tantum ius in re constituatur credi-
 tori, possessione apud debitorem manente, vt ex eius fructi-
 bus adhuc seruitia præstare, seu onera feudalia satis commo-
 de sustinere queat. MERLIN. *l. c. n. 29.*

Quoad feuda
imperii idem
obtinet,

§. XV. De feudis imperii & eorum obligatione similiter contenditur: vtrum illa sine imperatoris consensu oppignorari possint? Equidem haud nego, admodum inconueniens esse, facultatem vasallorum *maiorum seu statuum imperii* metiri secundum libertatem restrictam quorumuis aliorum humiliorum & minorum vasallorum in feudis; interim tamen nec immensa nullisque finibus circumscripta potestas iis attribui potest. Hac de causa iam ab antiquissimis temporibus hoc temperamentum vniuersa Germaniae praxis fere recepit, vt quilibet imperii status vnam vel alteram partem sui feudi e. g. certam praefecturam, vulgo ein Amt, pignoris loco creditori libere sine imperatoris vel imperii consensu tradere queat, principatus vero, comitatus integri vel dynastiae neque alienari neque pignoris nexu affici debeant. Nec obstat, quod iure feudali Longobardico vasallis licitum non sit, quicquam alienare, sine praescito & consensu domini: 2. F. 52. & 55. ius enim feudale commune ad vasallos Longobardicos in hoc, vt in aliis casibus, facilius applicari potest, quam ad status imperii, quorum conditio tractu temporis immutata & in maiorem libertatem, altiorumque locum euecta, adeoque maxime diuersa est a vasallorum eorum statu, de quibus disponitur Longobardicum. Quamuis itaque principes alique status imperii sint vasalli, gaudent tamen sua praeminentia singulari, & maiori in rebus suis libertate, sicut egregie demonstrauit FRANZKIVS in consilio quodam MSC. cuius potiora excerptit STRVV. *Syn. iur. Feud. c. 14. §. 29. 5.* Es giebet auch die gemeine praxis, daß Churfürsten und andere hohe Stände des Reichs bey Aufnehmung gewisser Geld-Summen auf theils ihre Ämter, wenn sie gleich derselben possession auf die creditores transferiren, bey der Käyserl. Maj. specificum consensum auszubringen nicht von nöthen haben, wie solches der Referent apud GYLMANN. tom. 4. *Symphor. vol. 3. part. 1. n. 00. notabiliter ausführet. conf. & consil. Argentor. 30. n. 11. vbi idem asseritur.* &c. Post pauca addit;

Addit: Und wenn dieses in solchen Stücken also genau von denen Fürstl. Successoribus wolte betrachtet und disputiret werden, so würden dergestalt in dem Heil. Röm. Reiche über alle Masse viel und grosse Irrungen entstehen, und mancher ehlicher Mann, der nicht allein in solchen und dergleichen Fällen seinem Landsfürsten getrauet, gewaltig zu kurz kommen, sondern auch in der Warheit denen Churfürsten und Ständen die Hände überaus sehr in ihrer Landes-Administration gebunden werden, daß sie zu Deroselben Besten weder ichtwas am Gelde in ihren Nöthen aufnehmen, noch auch wohl, und zwar um so viel desto weniger verdiente Leute, wegen ihrer getreuen Dienste, remuneriren könnten. Dieweil aber das *contrarium ex praxi Imperii* von vielen langen Jahren hero mit gutem Success zu der Landes Wohlfahrt practiciret worden, so wird man viel weniger dasjenige mit Fug zu difficultiren haben, was *titulo oneroso*, wie im gegenwärtigen Fall geschehen, *acquiriret* worden. Ex his simul constat, *hypothecæ* constitutionem Imperii statibus multo magis liberam esse, cum illi, qui plus potest, id, quod minus est, non debeat esse ademptum. HARPRECHT *Respons. 66. n. 72.* ZIEGLER. *de iur. maiest. L. 1. c. 4. §. 28.* ITTER. *de feud. imper c. 23. §. 5.* B. STRYCK. *de obligat. feud. conf. munit. c. 2. n. 10.*

§. XVI. Feudis affinia sunt fideicommissa familiarum Conueniunt illustrium, tam *testamento*, quam *inter viuos* constitutorum, *pignus & quae posteriora*, vocantur *fideicommissa conuenientia*, de hypotheca quibus ex professo agit Dn. HARPER. *de fideic. conuent.* Inter etiam in fideicommissis familiarum. Illustris hoc ipsum potissimum iniuri solet per pactum de non alienandis bonis in extraneum, quod saepe tam late concipi solet, vt comprehendat etiam *acquirenda*, so wol die Güter, die wir aniezo haben, oder noch künfftig überkommen mögen, vbi potissimum quaestio nascitur: an *pignoris & hypothecae* datio in eiusmodi bonis valeat? Equidem de iure Romano quin valere debeat, nullus dubito. Quod enim Vtrumque in his valet de ad *pignus* attinet, notum est, pactum non afficere rem ipsam, iure Romano

E

h. 2.

l. 2. pr. de pollicit. adeoque his, quorum interest, non alienari vel oppignorari talia bona, non competere *realem* actionem contra tertium pignoris possessorem, sed tantum actionem *personalem* contra eum, qui contra datam fidem pignori rem dedit. Nec in *simplici hypothecae* constitutione aliud obtinet, cum pactum inter alios inritum aliis non praeiudicet, adeoque hypothecaria agenti non possit obiici exceptio *pacti*, quod ipsum nec stringit, nec concernit. Neque tale pactum *nullitatem alienationis* operatur, sed tantum obstringit paciscentem, ne rem alienet, sed fidem datam servet; interim tertio b. f. possessori non obest. BACHOV. *de action. D. 4. 16. 19.* GAIL. *l. 2. obs. 16. n. 5.* SCHILT. *ex. 40. §. 49.* RICCIUS *dec. 471.* Equidem si in *traditionibus* rerum tale pactum adiiicitur, h. e. si eo tempore, quo in alium transfertur, pactum de non alienando additur, illud plus operari, facile concedo per *l. 48. de pact.* & imprimis per *l. 5. C. si mancip. ita venier.* quia hac traditione non libera potestas, sed ius *limitatum & restrictum* in alterum translatum est, & conditio, sub qua alienatio facta, cohaeret rei, quae eius alienationem impedit, id quod his verbis in *cit. l.* exprimitur: *neque enim conditio, quae personae eius cohaesit, immutari factio eius, qui ea lege comparavit, potest.* Sed diversa est ratio intuitu illorum bonorum, quae singuli iam possident, quae olim pleno iure acquisiverunt, & quibus in acquisitione a tradente talis lex non est praescripta. Ratione horum tale pactum idem operari nequit respectu tertii possessoris. Equidem in *l. f. C. de reb. alien. non alien.* pacto tali hic effectus tribuitur, ut omnis alienatio sit *prohibenda*, quod facile admitto, si is, quem ex *cit. l. 5.* supposui casum, adsit, h. e. si tale pactum inter contrahentes traditioni adiectum sit; de eo enim textum commode intelligi posse, suadent verba: *Si pactio contrahentium h. e. qui contractum, quo res alienatur, inierunt, hoc admiserit.* Imo si etiam de illo casu, quem in quaestione supposui, lex loqueretur, id tamen tantum inde colligi

colligi possit, alienationem esse *prohibendam*, h. e. eos, quorum interest, interuenire & *prohibere* posse, ne alienatio fiat; factam autem reuocare eosdem posse, minime asseritur; nec enim omne, quod prohibitum, est ipso iure nullum, quin quod contrarium in *l. 61. de pact.* asseratur, vbi dicitur *nemo paciscendo efficere potest, ne inuito vicino praedium alienet*, h. e. vt alienatio sit nulla, quamuis pactum inter paciscentes aliquem effectum habere possit. Vnde recte distinguit HERTIVS *diss. de pact. ne domin. rem suam alien.* §. 17. inter pacta *constitutiva & reservatiua*: illa ait, non efficiunt rem, sed personam tantum adstringunt & obligationem constituunt: hæc vero, quibus sibi quis reservat ius competens in ipsa traditione, alienationem prorsus impediunt, & ita ex iure reservato reuocari res alienata potest & quidem actione reali, quia tantum sub hac conditione dominium est translatum, ne res alienetur: hac conditione deficiente, dominium, quod implicite in hoc casu sibi reservauit alienans, cuiuscumque & effectus suos exerit, cum qualemcunque legem quilibet suæ rei dicere queat. *l. 20. §. 1. de pact. dotal.* Nec contrarium euincitur ex *l. 7. inf. de distr. pign.* vbi constitutioni pignoris vel hypothecæ hæc lex adiecta: *ne liceat debitori rem vendere.* Nam 1) pactum hoc ipsi pignoris dationi adiectum est, & sic quodammodo ad casum in *l. 48. de pact.* expressum pertinet, & quamuis 2) non illi, cui traditur, hæc lex sit imposita, salua tamen est creditori actio realis ex pignore vel hypotheca contra quemuis possessorem, & denique 3) dicitur; *nullam esse venditionem*, vt emtor ex illa agere non possit, ad implendum contractum creditore interueniente; non vero dicitur, nullam alienationem ad hunc effectum, vt ne quidem translatum sit dominium *MYDÆVS ad tit. de pignor. & hypoth. rubr. de pact. pign. n. 18.* HERTIVS *cit. l. n. 11.* Equidem in contrariam ab it sententiam HARPRECHT. *de fideic. conuent. i. §. 65. n. 9. lq.* sed seruetantum autoribus Dd. pugnat, quorum tamen ingentem

numerum quoque in contrarium antea adduxerat, quos etiam in scenam producit MARTIVS § 16. Adeoque si Dd. sententiis pugnandum esset, persuasissimum habeo, insignem cohortem, & nostra sententia stantem, in aciem produci posse; verum rationum ponderibus, non autoritatibus, pugnandum esse noui. Interim quia tali fideicommissio conuentionali eo casu, quo simpliciter bonorum omnium alienationem paciscentes prohibent, in effectu *ius succedendi pactitium* constituitur, quod moribus *ius hereditarium* tribuit, imo id potissimum intenditur, facilius concedo, etiam hodie successores in hoc fideicommissio propter *ius hereditarium* pacto quaesitum bona reuocare posse a creditoribus. Quia vero hoc casu non sunt successores *singulares*, sed *uniuersales* & pactum hodie in his casibus idem operatur, quod testamentum, h. e. *ius hereditarium*, quod sua natura titulum uniuersalem constituit, non aliter ea reuocare possunt, quam debito soluto, h. e. pignus & hypothecam luere tenentur, vt alii heredes, quorum vicem & statum sustinent, vid. B. STRYK. *diff. 8. de success. ab int. c. 7. §. 44.* Proinde si res esset prorsus alienata, ne quidem rem reuocare possunt, quod factum defuncti, vt *heredes uniuersales*, praestare teneantur. IDEM *cit. tr. diff. 7. c. 1. §. 7.* Qui dissentiunt, notione *pacti* decipiuntur, quod de iure Romano titulum *singularem* vnice constituit, id quod tamen satis incongrue ad *ius Germanicum* & hodiernam praxin transferunt. Incongnita erat *successio conuentionalis*, nec pacto *ius hereditarium* ordinarie constituebatur, adeoque non poterat non, qui pacto quid acquirebat, dici singularis successor. Interim eam admittebant rationem, vt etiam is, qui hereditatem emerat, aliove titulo singulari acquisiuerat, heredis loco esset, eiusque onera subiret, *l. 2. §. 8. & 18. D. de hered. vel act. vendit. l. 9. D. commun. praed. multo magis* ergo id admittendum erit moribus nostris, quo per pacta *ius hereditarium* alteri

teri

teri quaeritur. cui non possunt non inesse onera hereditaria in eo consentientia, ut 1) factum defuncti praestet, 2) aes alienum defuncti soluat.

CAP. II.

DE

IVRE HYPOTHECAE ET PIGNORIS DIVERSO.

§. I.

EXpositis iis, in quibus *pignus* & *hypotheca* praecipue conveniunt, accedo iam ad thema huius dissertationis principale, ostensurus differentias utriusque capitales, fontesque aperturus, unde ex utriusque diversa natura & indole alia atque alia iura derivantur. Sat multae adductae sunt convenientiae; verum differentiarum quoque non minor est numerus, ut vel inde facile constet, pignus ab hypotheca sedulo adhuc esse discernendum. Sicur autem omnino conveniens est, ut res diversae diversis insigniantur nominibus; ita quoque pignus & hypotheca satis congrue & appellatione & significatione sunt distincta & a se invicem separata, ut eo rectius quidvis seorsim considerari, & ex propriis suis iuribus diiudicari queat.

§. II. Pignus quid proprie denotet, vel ex *vocis* derivatione constat, unde olim notabilis deducta fuit differentia. Pignus dici a *pugno*, olim observavit CALVS in l. 238. §. 2. de V. S. quia res, quae pignori dantur, manu traduntur. Inde infert: *Vnde etiam potest videri, verum esse, quod quidam putant, pignus proprie rei mobilis constitui.* Olim tantum pignus in re mobili consistebat hypotheca in immobili.

E 3

rigini

rigini hoc consentaneum esse, & hoc intuitu vocem proprie ICtum adhibuisse, censet SCIPIO GENTILIS *lib. singul. orig. voc. pignus*; sed originis rationem non tradit. Magis rem acu tetigisse videtur GRAVIN. in *orig. iur. civil. lib. 2. §. 78.* aiens: *pignoris nota erat manus compressio, unde ICtus ait, pignus dictum a pugno.* Hinc apparet, pignus proprie ad res mobiles pertinere. Ea forsitan de causa etiam passim pignoris depositi sit mentio apud PAVLUM *lib. 2. sent. iii. 5. §. 1. & lib. 5. tit. 26. §. 4. l. 36. D. de condict. indeb.* vt non inepte IUSTINIANVS in §. 7. l. de action. asserere videatur, pignoris appellatione proprie rem contineri, quae simul etiam traditur creditori, maxime si mobilis sit. Quamuis vero cum SALMASTO de *mod. usur. c. 13.* MENAGIVS, *amæn. iur. civ. c. 39.* CAIL. derivationem vt falsam & ineptam, rejiciat, id tamen ad minimum negare nequit, primordiallyter pignus ex aliis causis in rebus mobilibus tantum constitutum fuisse, vt multa ICtorum loca arguunt. Neque enim res immobiles commode pignori tradi posse credebantur. Hæc sua natura fructus ferunt, quos tamen ex natura contractus percipere non poterat creditor, quæ vnice securitatem creditoris pro credito intendebat; nec initio pignus antichreticum notum fuisse videtur. Fiducia potius vetustissimis temporibus adhiberi solebat, quando res immobiles in securitatem essent dandæ. Erat fiducia contractus, quo res creditori mancipabatur, vel in iure cedebatur, vt, soluta ad diem pecunia, remanciparetur, non soluta, creditori pleno iure committeretur. Transferabatur in hoc contractu dominium, & vi eius fructus possessor percipere poterat. PAVL. *lib. 2. sent. iii. 13. §. 2.* GVTHERIVS *lib. 3. de iur. man. c. 2.* SCHVLTING. in *iurispr. antei. p. 282. seq.* Erat ergo fiducia pignoris ius affine, quo intuitu sæpe coniunguntur apud PAVLUM *l. 6. sent. iii. 26. §. 4.* magnopere tamen differebant. Tandem vt etiam sine mancipatione & fiducia res immobiles possent obligari, pactum hypothecæ
 Præ

Praetor intuitu earum introduxit, ne pignoris causa nimis arcte concluderetur. Ita ergo Icti, qui differentiam inter *pignus* & *hypothecam* constituere, non errarunt, sed *primordia iuris antiqui* retulerunt & praxin antiquorum temporū enarrarunt. Haec primordia vero ibi non subsisterunt, ubi in ceperunt, sed praxi forensi latius extensa sunt, ut ex multis liquet. Inualuit paulisper etiam *actum antichreticum* l. 33. d. pign. act. l. ii. §. i. de pignor. quo introducto, etiam res immobiles pignori datae sunt, & ita tandem differentia ratione *obiecti* sublata, admissumque, ut pignus tam in re *mobili* quam *immobili* constitui posset, l. 8. §. j. D. de transact. l. 2. §. f. de relig. l. 39. d. pign. act. & similiter quoque hypotheca in utraque re valeret.

§. III. Haec quae dicta sunt, eo magis illustrabuntur, si originem & rationem hypothecarum intuemur. Hypotheca derivatur a Graeco verbo *ὑποθήκω*, quod *supponere* & *obligationi subicere rem* significat, quod quidem non solum de *rebus immobilibus*, sed etiam *mobilibus* praedicari potest. In has enim aequè potest creditori ius in re constitui, ac in immobiles; si tamen id quod *consuetum* est, intuemur, facile apparet, non adeo secure id fieri propter facilem translationem rerum mobilium in alium, & eas recuperandi difficultatem. Est itaque hypotheca in sensu nativo *ius reale in re debitoris constitutum in securitatem debiti, sed citra traditionem, ut res per conventionem nudam obligetur, & in nexu constituatur*. Id ipsum vero ex naturali ratione deduci non potest, uti quidem pignoris causa. Haec ex sua natura securitatem operatur, adeoque quod *traditur* alicui in *debiti securitatem*, apud omnes gentes hunc habuit effectum, ut ratione debiti securitatem operari posset, & sic etiam ante omnes leges civiles iam in praxi & observantia fuit. Eius exemplum extat in codice sacro Gen. 38. v. 17. ubi Thamar a Iuda focero suo pignoris loco petierat eius anulum, baculum, cingulumque, usque dum promissam mercedem consequere-

CUR

tur, adeoque recte pignoris electio iuris naturalis esse dicitur GROTIUS de I. B. & P. L. 2. C. 12. §. 13. n. 1. quamvis negari non possit, eius originem non esse ex hominis erga hominem beneficentia, sed ex diffidentia in personam, & quia credunt, satius esse pignori incumbere, quam in personam agere. l. 25. de R. I. Hypotheca vero non aequè in ratione naturali fundata est, nec aliunde venit, quam ex iuris civilis inventionem & dispositionem. Ante eius determinationem vix concipi potuit, quomodo alicui possit dari securitas in re, quam non possidet, quae ei non traditur; cum tamen omnis securitas primario inde, quod quis rem teneat, derivanda sit. Ignotum igitur iure gentium fuit, quid esset hypotheca, quosue produceret effectus? ficut egregie ostendit ROCCA *Disput. select. c. 72. n. 20. sqq.* docetque, illud esse figmentum iuris civilis Romani, adeoque vix esse, ut inter gentes rudera eius sint apparitura. Sane in statu naturali viventibus hypothecae plane inutiles videntur, cum securitatem, absque possessione non habeant, sed ad eius consecutionem bellum gerere aut vi hypothecam occupare teneantur, quod etiam ob debitum gerere possent, si vel maxime nulla esset hypotheca constituta. Nam non solutio debiti est iusta causa belli, & ex hac etiam rerum occupatio per se fluit, ut adeoque conventio hypothecae videatur esse superflua. Maiorem utilitatem ex tali conventionem habere possunt, qui in civili statu viunt, quippe qui communem iudicem in republica habent, hypothecaeque possessionem nancisci per eum possunt, si iure civili hic effectus nuda conventioni tributus, ut ius in re operetur. ROCCA *disp. sel. c. 72. n. 23.* Illustrabo id verbis PUFENDORFII, qui lib. V. de iur. nat. & gent. c. 10. n. 16. ita differit: *Solent ius Romanum distinguere inter pignus specialiter sic dictum, & hypothecam; quorum illud constituitur rei additione, haec autem constat nuda assignatione boni alicuius potissimum immobilis, ex qua, solutione non facta, suum nancisci possit creditor.*
Nam

Nam res mobiles nuda hypotheca obligari inconueniens est, cum facile possint remoueri, & sic creditor nequeant securitatem prestare. Circa hanc distinctionem notandum, illam vtiliter locum posse habere inter ciues eiusdem reip. Nam cum frequens urgeat necessitas mutuum sumere, huius solutio saepe in diem solet differris; neque semper ea rerum mobilium copia sit, quae sufficiens praestare pignus queant: inde durum nimis foret, statim ad traditionem rerum immobilium, puta aedium aut fundorum adigi. Conf. etiam Exod. 22, 26. 27. Deuter. 24, 6. Iob. 22, 6. 24, 3. Prov. 20, 16. l. 6. 7. D. de pignor. Igitur sufficiebat rem immobilem designari, qua creditor caveatur; quae neque auferri, & in quam per iudicem immisio semper obtineri possit. Ast inter eos, qui in libertate naturali inuicem viuunt, nuda hypothecae sunt inutiles. Nam ubi vltro debitor soluere renuerit, vi vique & armis erit inuadenda possessio hypothecae. Atqui etiam circa assignationem hypothecae inter tales quaelibet bona debitoris inuadere licebat. Addit tamen B. HERTIVS de pign. conuent. tacito §. 1. postquam locum PVFENDORFFII adduxit: potior nobis videtur ratio, ut dominum ita & ius in re sine traditione vera vel quasi, etiam secundum ius naturale non possit constitui.

§. IV. Inde per se fluit, principem tollere ius illud posse, nec eo ipso agere contra ius naturae vel gentium. Quae enim mera iuris ciuilibus inuenta sunt, omnemque suam causam ei debent, legislatoris voluntate tolli & abrogari possunt. ROCCA l. c. c. 131. n. 36. Non aequae facile pignoris contractus tolli potest, quippe quem necessitas humani generis & indigentia produxit, & quo res publica carere non potest. Interim legislatoris vtrique est, hoc negotium specialius determinare, ne humanitatis regulae nimis ex diffidentia & creditorum duritie laedantur. Notatu sane digna est diuina dispositio de pignoribus, qua eorum rigorem temperauit, sine dubio eam ob rationem, quod optime hominum indigentiae conscius esset, cognitumque haberet, naturali

Hypothecam
princeps ple-
ne tollere
potest non
aeque pignus.

turali rationi admodum conforme esse, aliorum mentes tōnaciores per *realem* rerum *traditionem*, & talem securitatem ad pecuniam credendam commovere. Deprehenditur ipsa diuina dispositio in republica iudaica, in specie vero *Exodi* 22. v. 26. 27. vbi statutum videtur fuisse inter Hebraeos, vt creditor debitori vestem oppignoratam, vel alia utensilia, quibus interdiu carere non poterat, restituat singulis diebus, & quidem si in veste consistebat pignus, vsui diurno inferuente, oriente sole illa singulis diebus erat reddenda; si vero nocturno vsui erat destinata, occidente sole ad debitorem vt reuerteretur, curare debeat *Hahn. ad Wesl. l. 13. Tit. 7. n. 7.* De hypotheca nihil decernitur, quippe quae tunc temporis fuit ignota, adeo vt nulla eius vestigia in sacris appareant.

Differentia
ab eius indole
& natura
petita.

§. V. Naturam *pignoris* si intuemur, inter *contractus* iuris gentium illud locum suum obtinere, in confesso est, & quidem inter *contractus* reales, qui non aliter, nisi *rei traditione* perficiuntur, qua de causa pignus necessario in creditorem transire debet, tamdiu, donec pecunia fuerit reddita restitutaque. *l. 138 §. 2. de V. S. §. 4. l. quib. mod. re contr. obl.* Hypotheca vero est *pactum praetorium*, quo res penes debitorem manet, & creditori in illam *ius reale* solummodo promittitur, & ex singulari iuris praetorii dispositione eidem acquiritur, vt propter qualitatem rei hypothecatae inditam non soluto debito contra quemuis eius possessorem agere queat. Praetores demum huic pacto vim tribuisse notum est. De iure ciuili talis conventio non tantum *nuda* erat, & ita *sine omni effectu*, sed etiam praeterea securitatem nullam creditori praestare posse videbatur. Ipsa promissio erat *nuda voluntatis declaratio*, quae etiam in conuentione de reddendo debito occurreret, & praeter *obligationem personae* alium haud producebat effectum. Vt *ius in re* in alterum transferretur, *traditione* opus erat, quae hic deficiebat. Quin quod securitas, si quae creditori tribuenda, per *rei traditionem* facienda videbatur, quod etiam *ius ciuile* optime perspexit.

spexit. Praetores tandem tali conuentioni, sine traditione interpositæ, extra ordinem, & contra rationem iuris ciuilis, plenam efficaciam attribuere, vt *effectus pignoris* haberet. Equidem si verum fateri licet, in effectu hodie non amplius est differentia inter *pacta & contractus*, cum hodie ex *pacto* quolibet detur valida actio, sicuti ex contractu, SCHULTER. *prax. iur. Rom.* VOET. *ad D. L. 2. Tu. 14. n. 9.* & consequenter nec dici potest, hodie *pignus & hypothecam* differre ratione consensus, quo constituuntur. In eo tamen vtique discrimen occurrit insigne, quod hypotheca, creditori concessa, nihil aliud contineat, quam *ius quoddam fictum*, seu *intelle-ctuale*, in re alterius per iuris Romani dispositionem introductum & determinatum; *pignus* e contrario in specie *dictum*, nihil *ficti* in se habet, sed reuera existit in manibus creditoris, vt ille ei incumbere queat in debiti securitatem MERLIN. *l. c. L. 4. q. 181.* Hac de causa non adeo errare videntur, qui, quod traditur, *verum*: hypothecam vero *fictam* *pignus* appellant, ROCCA *disp. select. c. 72. n. 23.* quia in illo adest realis securitas, non item in hac, sed multis ambagibus adhuc opus est, vt quis tandem, pretio non soluto, possessionem rei sibi obligatæ consequatur, vnde tandem securitatem plenam & realem nanciscitur.

§. VI. Est ergo primaria differentia, vnde tot diuersa iura fluunt, in eo quaerenda, quod in pignore *possessio vera* in creditorem transferatur, eaque, saluo quamuis iure domini, a debitore ita abeat, vt etiam furtum eius committere possit. §. 10. *Inst. de obligationib. quæ ex delict. nascuntur.* In hypotheca possessionem debitor retinet cum omnibus iuribus & commodis, quibus creditor hoc casu destituitur. Equidem iam supra *Cap. 1. §. 3.* obseruavi, de Iure Romano *pignus in bonis debitoris manere*, nec, translata possessione, simul transferri dominium. Quia tamen, vt PAVLVS in *l. 1. §. 1. de acquir. vel amitt. possess.* ait, *dominium ex naturali possessione capitur*, ita plurimi effectus tam *dominio* quam *possessioni* cohærent,

Transit vera
possessio in
pignore non
in hypo-
theca.

Imo iure
Germanico
ius domini
simile trans-
fertur.

rent, vt ipsemet creditor ius quoddam dominio simile in pignore habere videatur, prout infra per varios iurium effectus declarabitur. Quod si paulo propius *iuris Germanici* placita intuemur, adhuc insigniorem inter pignus & hypothecam notabilioremque deprehendimus differentiam, maxime si res immobiles, fundi, castra, tractusque terrarum pignori subiecti sunt, cuius possessorem einen Pfand-Schilling's Inhaber appellare solent, & cui ius quoddam potentius, experientia teste, tribuitur, BESOLD. in thesaur. pract. voce Pfand-Schilling. MARTIN. VRAN. volum. 2. consil. 56. n. 4. B. STRYCK. in V. m. ii. de pignorat. act. §. 7. Illustr. Dn. THOMAS. de Vsu Pract. distinct. inter emt. cum pact. reuouend. & contract. pignorat. STRAVCH. de oppignor. rer. imper. Vt paucis rem complectar, quam præludati autores, & inrer illos quoque Exc. Dn. GVDLING. diff. de iur. oppignor. territ., plena manu explicauerunt, Germani ad primordiärerum & iurium respexerunt, considerantes, ipsa dominia ex naturali possessione cœpisse, & inde inferentes, per traditionem pignoris, maxime antichretici, ius quoddam domini in creditorem transfere debuisse. Habet ergo *ius Germanicum* hoc singulare pro *iure Romano*, quod creditori rem oppignoratam possidenti, concedat *dominium quoddam vile* illius rei, vi cuius fructus ex illa natos percipere & suos facere possit. Debet hoc *dominium vile* originem suam non iuri Saxonico solum, sed etiam Sueuico, estque sic reuera *iuris Teutonici*. Conueniunt in eo ambo specula, tum Saxonicum tum Sueuicum, vt ius dominio simile in creditorem transeat, idque obtinuisse per totam Germaniam, vel inde constet, quod antiqua Diplomata de hoc iure adhuc loquantur, & praxis imperii recentior cum antiquo conspiret. Conf. Sachsen-Spiegel L. 3. art. 64. Schwaben-Spiegel L. 1. c. 108. Aliis hoc testimoniis exornat STRAVCH. de oppignoration. rerum imp. c. 10. §. 34. Docet etiam praxis seculi 13. & 14. vt & antiquorum temporum, quod posses-

possessoribus pignorum in Germania semper permillum fuerit ex rebus immobilibus oppignoratis, quas dixere einen Pfand Schilling, omnes fructus percipere, sine vlla rationum redditione, vsque dum fors iterum soluta fuerit, vti probant *formule Marculphi & Sirmondica*, apud Ill. Dn. THOMAS. *diss. de vsu Pacti. distinct. inter. emt. cum pact. de retrouuend. & contractu pignor. c. 2. §. 28. sq.* nec sublatum est illud ius per iurisprudentiam Romanam in foris Germaniæ postea receptam. Licet enim quidam interdum fuerint, qui secundum ius Romanum rationes de bonis in antichresin datis petierint a creditoribus, alii tamen, & quidem rerum Germanicarum peritiores, iuxta praxin antiquam iuris Germanici a rationibus reddendis eos liberarunt, contenduntque, pignus eiusmodi Germanorū magis esse in effectu *emtionem cum pacto de retrouuendo*, quam pignus cum pacto antichretico, cum fructus omnes sine rationum redditione suos faciat creditor, nec in fortem quid computare teneatur. Inde etiam est, quod multis Ictis admodum familiarē sit, asserere, oppignorationes huiusmodi cum retrouenditionibus in effectu eadem iura habere, id quod tamen tantum intelligendum est respectu habito ad ius Romanum, non Germanicum. Inualuit enim tandem mos hic loquendi, oppignorationes & venditiones esse vnum idemque, quia iure consulti academici, introducto in Academiis iure Iustini-aneō, oppignorationibus hūc ob effectum ex iure Germanico identitatem applicuerunt *iura retrouenditionū*, & inde argumenta traxerunt, quæ rectius ex antiqua & genuina natura oppignorationum Germanicarum petere potuissent. Interim, hac non obstante, incommoda argumentandi ratione, simmutata permansit antiqua oppignorationum natura, sicut profitentur Icti celeberrimi WESSEMBEC. *consil. 173. 199. 309. n. 6.* BESOD. *thesaur. pract. voce Pfandschafften.* L. B. DE LYNKER. *Resp. 148. n. 67.* HER-ALIX. *de superioritate territoriali §. 65.* STRAVCH. *de oppignorat.*

gnorat. *rev. imper. c. 10. §. 33.* WEHNER. *Obseru. Pract. verb. Pfandschafft.* B. STRYCK. *vs. m. ad tit. de pignor. act. cit. l.* Hinc ille, qui tenet castrum per contractum pignoratitium, vulgo Pfandschafft, non tantum facit fructus suos, secundum totius fere Alemanniae consuetudinem generalem, sed etiam alios effectus dominii in eo exercet, quod confirmat GYLMANNVS, *tom 4. p. 1. 41. n. 14. in-quiens: secundum consuetudinem Germaniae receptum est, interueniente pacto, de lucrandis fructibus pignoris, maxime ubi castra & ciuitates pignorate sunt, easdem cedere creditori.* Non obscure quoque dominium vtile in *Instr. pac. Westph. Art. V. §. 26.* adscribitur creditori, cum debitori tribuatur *dominium directum*, quod fieri non potuisset propter correlatiuorum & indolem & rationem, nisi iuris fuisset Germanici, vt creditor etiam haberet dominium aliquod vtile honorum oppignoratorum. Putat quidem ICeus celeberrimus, 10. STRAVCHIVS, in dissertatione allegata, ius illud creditoris nihil aliud hodie esse, quam quod Romanis olim fuerit *fiducia*, de qua in Codice Theodosiano vestigia supersunt. Sed si vel maxime quaedam conuenientia in ea deprehenditur cum pignore Germanico; minime tamen credendum est, Germanos iura sua a *fiduciario contractu* Romanorum mutasse, quamuis haecenus in eo conueniant, vt sicuti fiducia Romanorum dominium quoddam in creditorem transferat cum fructuum perceptione; ita per oppignorationem Germanorum itidem dominium & fructus in creditorem transeant, vt iam antea monui. Repetenda potius sunt iura pignorum ex institutis Germanorum pristinis, cum, quae domi nata sunt, quae propriam rationem habent, aliunde peti haud debeant. *Conf. ill. Dn. THOMAS. in not. ad cit. STRAVCHII Dissertationem.* Dominium vero istud vtile creditoribus haecenus vindicatum in oppignorationibus, minime iis tribui potest, qui hypotheca tantum in debitoris gaudent bonis

bonis immobilibus. Illi enim hypothecarii creditores nec possessionem, nec aliud ius, ratione fructuum percipiendorum consecuti sunt, hinc solo *iure reali* tantum contenti esse debent, quod ex iure Romano in Germania receptum est, vi cuius in concursu suum peculiarem locum obtinent; extra eum vero ius persequendi hypothecam habent contra quemvis possessorem. Haec de conceptu *pignoris & hypothecae* diverso. De specialioribus effectibus infra agendi locus erit.

§. VII. Quaerunt quidam etiam differentiam inter pignus & hypothecam quoad *personas acquirentes*. Permissum enim esse nonnullis hypothecam acquirere aiunt, quibus pignora habere non licet. Sic prohibentur *forenses* in quibusdam locis per statutum bona stabilia acquirere, qui consequenter a pignorum, in rebus immobilibus consistentium, possessione quoque arcentur, quod talis pignoris acquisitio sub eiusmodi statuto comprehendi videtur; sed hypothecam esse eiusmodi creditoribus interdictam, nemo asserere audeat. *rocca. disput. iur. select. cap. 139. n. 18. sqq.* Eiusmodi enim statuti interpretatio vim inferret legislatori seu eius auctori, cuius intentio eo tantum fuit directa, ne bona ab aliis quam propriis subditis possiderentur. Tetigi iam *c. antec. §. 7.* illam observationem, & asserui, alienatione in forenses prohibita, non statim censei pignoris vel hypothecae constitutionem interdictam. Vnde potius mens statuti penitus est consideranda. Sitam late illa patet, ut omnis possessio rerum immobilium forensibus sit interdicta, ut ne quidem praedia conducere possint, nec immobilia sub pignore antichretico accipere queunt, quamvis iis hypotheca constitui queat. Ceterum si statuti ratio tantum translationem dominii in forenses prohibet, tunc obtinet *l. 24. de pign. de qua dixi cit. l. p. 1.* Inde quaeritur, an iudaei possint pignus habere in rebus immobilibus? Equidem constat
inter

De differen-
tia quoad
personas ac-
quirentes.

inter omnes, quod bona immobilia non magis possidere possint, quam eis concessum est, ad honores & dignitates aspirare. Habentur in tota fere Germania quodammodo pro infamibus & peregrinorum instar, adeo ut iuris communis in vniuersum participes non sint, maxime in quantum hoc illis prodesse posset ad ampliandam & stabiliendam eorum potentiam seu libertatem sibi vindicandam, id quod potissimum statuta determinant. Quamobrem nec res immobiles pignoris antichretici nexu affectas possidere possunt iis in locis, vbi nec praedia conducere possunt. Reuera enim in antichresi praeter *pignus* de iure Rom. tacita quaedam latitat *locatio*, l. 14. C. de *vsur.* adeoque qui conducere praedia prohibetur, nec iure antichretico illa possidere possunt. Militibus interdicta est locatio praediorum rusticorum in l. 31. C. *locat.* similiter clericis locatio praediorum secularium Nov. 123. c. 6. An ergo possunt iure antichretico possidere praedia rustica? Equidem simplicem hypothecam in talia praedia acquirere non prohibentur: ast a *pignore antichretico* merito arcentur, quia in eo eadem si non maior ratio est, quae in locatione prohibita occurrit. Quid vero si iudaeis speciatim permittum, ut possint mutuum dare sub pignoribus & tamen praediorum rusticorum conductio eis interdicta sit? Illam permissionem hoc casu temperandam & limitandam esse crederem, ut non extendi debeat ad pignus antichreticum rerum immobilium, cum lex generalis ex *speciali* exceptionem accipiat. Extra hunc casum, si conductio iis non est interdicta, sed tantum simplex bonorum acquisitio, merito accedo sententiae *ROCCAE. cit. l. facultatem foenerandi sub pignoribus Iudaeis concessam etiam ad immobilia extendendam esse, quamuis MERLIN. de pign. lib. 1. tit. 3. qu. 16. dissentire videatur.*

In modo constituendi est
digerfitas.

§. VIII. Ante omnia differentia insignis deprehenditur in modo constituendi. Hypotheca, quibuscumque verbis, etiam

etiam absque scriptura, solo consensu, contrahitur, imo in eius constitutione magis contrahentium mens, quam verba inspiciuntur, l. 4. D. de pign. & hypoth. ut voluntas tacita etiam sufficiat, si aliunde certum sit, quales res debitor in securitatem velit esse obligatas, HARPRECHT Respons. 93. n. 12. adeoque de voluntate eorum certo constare debet, l. 11. C. quæ res pign. l. 8. C. qui pot. in pign. Ex temporis cursu constitui nunquam potest; licet enim creditor per longum tempus vel longissimum teneat instrumentum, hypothecam tamen per id sibi constitutam esse, asserere nequit, MERLIN. l. 1. q. 33. n. 2. HAHN. ad Wesen. L. 20. tit. 1. n. 4. Pignus vero nudo consensu non contrahitur, sed rei traditione & ita quoque diuersum adest obligandi fundamentum. Ait Imperator in §. 4. quib. mod. re contrah. obl. creditor quæque, qui pignus accepit, re obligatur, adeoque antequam rem accepit, non adest obligatio, nec pignus contractum. Proinde si sub pœna pignus in quadam re constitui prohibitum est, illa locum habere nequit, antequam pignori accepta sit. Ait ICtus in l. 5. quæ res pign. creditor, qui sciens filium famil. a parente pignori accepit, relegatur. Quid si tantum conuentio de pignore danda inita? pœnæ locus non erit, cum sola destinatio nec pignus nec hypothecam constituat, l. 4. eod. l. 11. pr. qui potior. in pign. Hinc errat WESENBECIUS, existimans, nuda conuentione pignus constitui, & contractibus consensualibus annumerandum esse. Nec obstat l. 1. D. de pignoratit. act. ubi ICtus ita: pignus contrahitur non sola traditione, sed etiam nuda conuentione, & si non traditum sit. Vox pignoris enim hoc loco non denotat contractum, sed accipitur pro iure reali pignoratitio, quod vel traditione constituitur, vel per nudam conuentionem. Apertius hoc probat l. 44. §. 5. de vsucap. non mutat vsucapio superueniens pro emitore vel herede, quo minus pignoris persecutio salua sit. Ut enim usufructus vsucapi non potest, ita persecutio pignoris, que nullo societate domini coniungitur, sed sola conuentione

G

con-

Hypotheca
etiam tacite
constituitur

constituitur, usucapione non perimitur. De persecutione pignoris seu iure reali hoc loco sermo est, quod nuda conventionione etiam constitutum fuit. Persecutio enim est effectus iuris realis, & sola conventionione, idem denotat, quod in l. 1. cit. nuda conventio, nec dici potest, quod contractus non perimatur usucapione, sed potius ius reale. Imo ne quidem assertum WESENBECII accipi potest de nuda hypothecæ conventionione, quam etiam MERLINUS de pign. l. 1. qu. 6. n. 2. contractum innominatum dicit, & alibi contractum consensualem; nam ut recte observat HERTIVS de pign. convent. tacit. §. 2. contractum consensualem ea est indoles, ut uterque contrahentium ex iis obligetur; hypothecæ autem constitutio utraque ex parte obligationem non producit, neque ex ea creditor aut debitor obligatur hactenus, ut actio personalis inde nascatur: unde per nudum pactum hypothecam constitui, recte Romani dixere. Pignus utique contractum constituit, indeque nascitur obligatio bilateralis, & actio personalis tam directa quam contraria. Ex pacto hypothecæ nulla personalis actio fluit, sed per illud ius in re producitur, ex quo realis, hypothecaria scilicet, fluit. Nec dici potest, hodie tamen ex pacto de pignore dando adesse actionem personalem, & tale pactum ad minimum hypothecam constituere; nam pactum de pignore dando adhuc separandum ab hypothecæ conventionione. Videndum utriusque in omni negotio, qua intentione aliquid agatur. l. 7. §. 12. de pact. Cui promittitur datio pignoris, noluit esse contentus hypothecæ, & ita alter ex promisso suo obligatur hodie ad pignus, quod specialiter promissit, dandum. At qui hypothecæ contentus esse voluit, ex illa promissione non agit actione personalis, sed demum reali, si debitor in mora est.

Hypotheca
etiam tacite
constituitur.

§. IX. Præterea vero non expresso consensu tantum constituitur hypothecæ, sed inducitur etiam ex tacita voluntate; veluti ex designatione a debitore creditori eum in finem facta, ut creditor sciat, ex qua re satisfactionem consequi

sequi possit, si debitum non fuerit debito modo solutum, si vel maxime *de hypotheca* expresse non facta fuerit mentio, sicut etiam fieri solet, si testator iusserit, ut legatum ex hac vel illa re praestetur; hoc enim casu res illa in specie est obligata. *l. 1. C. Comm. legat. & fideicom. NEGVSANT. de pign. p. 2. m. 4. n. 104.* Nec dici potest, quod *nudas demonstratio* gratia designatio loci adiecta sit; haec enim esset superflua, nisi etiam id operaretur; ut res ipsa afficeretur, & vel vendi, vel in solutum adiudicari possit creditori. MERLIN. *L. 2. Tit. 3. q. 91. HERTIVS cit. l. §. 6.* Similiter ex illa formula: *fide & periculo rerum ad me pertinentium, vel per earum rerum exactiorem satisfieri tibi promitto*, non pignus sed hypotheca constituitur iuxta *l. f. C. quae res pign. oblig. poss.* Quamvis enim hypothecae non facta sit mentio, *iustum tamen est voluntates contrahentium magis quam verborum conceptionem inspicere*, ut ait Imperator in *cit. l. f.* Varia alia exempla subiicit B. HERTIVS *cit. l.* quae naturam hypothecae diuersam a pignore demonstrant.

§. X. Veniamus ad *res*, in quibus pignus vel hypotheca constitui potest, ratione quarum maxima diuersitas occurrit. Nam aliae pignori dari, hypothecae vero subiici non possunt; rursus aliae hypothecae supponi, sed pignori dari nequeunt. Sic prohibitum non est, omnia bona, tam praesentia quam futura, hypothecae subiicere, *l. 1. D. de pign. & hyp. l. fin. C. quae res pign. oblig. poss. l. 15. de pignor. l. 34. §. 2. eod.* adeo, ut futurorum bonorum expressio in instrumento obligationis nequidem necessaria sit; sed iam subintelligatur, si vel haec clausula tantum addit: *fide & periculo rerum ad me pertinentium, vel per earum exactiorem satisfieri tibi promitto*, quia contrahentium mens semper praeualet verborum sono. *l. p. C. quae res pign. oblig. poss.* B. STRYCK. *V. M. L. 20. tit. 1. §. 5.* Pignoris loco dari tantum possunt *praesentia*, minime *futura*; horum enim traditio per rerum naturam est impossibilis, quae tamen in pignore

In obiecto quoque differunt.

§. 2. similiter promittitur pignore

gnore est necessaria. Quin quod ne quidem *praesentia omnia* pignori dari possint, quia debitor se ita possessione omnium bonorum abdicare teneretur, quo ipso in extremam egestatem prolaberetur non tantum, sed fructu crediti priuaretur. Idem est dicendum de fructibus pendentibus & foetibus futuris animalium, DONELL. *de pignor. C. 7.* qui licet actu nondum sint, sperantur tamen certo, hinc ius reale intetum alii in iis constitui potest, per hypothecam; *ost in pignus* non cadunt. Eadem ratione hypothecam constituere potest euentualē debitor, licet nulla adhuc habeat bona: pignus non potest, nisi qui rei oppignorandae possessionem iam habet. MERLIN. *L. 2. q. 1. n. 2.* Sunt etiam, quae pignus recipiunt, non hypothecam, ex institutis ciuitatū quarundam peculiaribus. De Aegyptiis narrant, quod admodū conseruationi corporū parentum suorū defunctorum studuerint, eaque saepe pignori quoque dederint, vt possessionem eorum in promptu semper haberent, & mutuum, iis pignoris loco datis, facilius acciperent. Sed hypothecae hoc in casu vsus nullus erat. Sine dubio enim caduera parentum pro *carissimis* habebantur *pignoribus*, quorum derelictio in manibus creditoris non tantum nefas habebatur, sed quorum nimis longa derentio etiam debitori nociua poterat esse, eique notam impietatis inurere, vnde fiebat, vt creditores illa non in manibus debitoris relinquerent, sed securitatis gratia in possessione habere desiderarent. BALDWIN. *de pign. p. m. 235.* Eodem fere modo viui homines in Hispania pignori dari possunt, vt creditori inferuiant, ad seruitiaque parati sint, vsque dum satisfactum fuerit creditori. MERLIN. *L. 2. t. 1. q. 50. n. 45.* Sed hypothecam in eos nemo sibi acquirit, inprimis cum liber homo alias in commercio non sit, *l. 6. C. quae res pign. obl. poss. vel non* & seruitia magis quam hominis corpus oppignorata videantur, quia illorum datur aestimatio, non vero corporis, vt fere in feruis Romanis contingit, qui pro dorum animi ratione vel agilitate in feruitiorum praestatione maiori

iori vel minori pretio vendebantur. DN. PRAESES *not. ad Instit. L. 1. tit. 3. l. d.* Verum id inter nos vsam habere vix poterit, dum nemo huius generis pignora recipere aut creditori dare possit.

§. XI. Vtilior longe est haec quaestio, an pignus in rebus ecclesiae constitui possit? Equidem certum est, res ecclesiae immobiles alienari non posse, nisi solennibus quibusdam adhibitis; alienationem vero omnem actam comprehendere, per quem ad translationem domini siue in totum siue pro parte, similisque iuris in re deuenitur, *l. 14. C. de S. S. eccl. c. 5. X. de reb. eccl. alien. vel non* adeoque nec in rebus ecclesiasticis pignoris constitutionem valere posse, *CORVIN. de person. & benefic. eccl. Tom. II. L. 7. tit. 4.* Ne igitur creditor iure suo cadat, solennia in bonorum ecclesiasticorum alienatione necessaria adhibere debet. Sed generali hypothecae bona ecclesiae subiicere non est interdictum, etiamsi nullae solennitates fuerint adhibitae. *Nou. 7. c. 6. in fin.* Per hypothecam enim generalem possessio non transit in creditorem nec res tam stricte afficitur, quam per specialem. *Conf. DN. PRAESES. in iur. eccl. Protest. L. 3. tit. 16. §. 35.* Porro prohibita quoque est rusticis oppignoratio instrumentorum rusticorum, adeo, ut creditor ea accipiens infamiam incurrat, extraordinariaque poena afficiatur iuxta *authent. Agricultores. C. quae res pignor. oblig. & l. 7. §. eod.* quae omnia in fauorem agriculturae introducta sunt, ne instrumentis ablatis inculti agri iceant. Extenditur hoc privilegium quoque ad eum casum, si pignora capienda sunt rei iudicatae exequendae causa, per *l. cit. 7. §. nisi contingat*, ut rusticus praeter illa instrumenta nihil habeat. *STRYCK. V. M. L. 20. tit. 1. §. 16.* Hypothecae vero etiam illa instrumenta possunt subiici, & sub generali etiam comprehenduntur, si vel *expresse* eorum facta mentio, vel alia bona non habeat debitor, quam talia instrumenta. *vid. l. 6. d. pign. & hypoth.* Alias enim si ad agriculturam pertinen-

In re ecclesiae constitui potest hypotheca non pignus.

Quae differentia etiam in aliis occurrat.

nentia relinquenda essent absolute & simpliciter rusticis obaeratis, competentiae beneficium iis indulgeretur, quod leges tamen nullibi disposuerunt. Huc etiam respicit *ordinatio process. Saxon. tit. 39. §.* his verbis: Daß man alles Werkzeuges, so einer zu seiner Kunst, Handthierung oder täglichen Arbeit bedürfftig, auch der Pferde, Ochsen, Schaaf, des Saamens und anders, was man zum Ackerbau nothwendig haben muß, verschone, und dasselbe ehe nicht angreiffe, es sey denn an andern fahrenden vder liegenden Gütern auch aus denen Schulden so viel nicht vorhanden, daß sich der creditor darinnen erhohlen könne. *Aliorum locorum ordinationes adducit MARTIN. ad ord. proc. Sax. Tit. 39. §. 5. n. 12. vbi in sequentibus communem praxin adducit, & multis autoribus comprobat. Itaque instrumenta rustica omnino comprehendendi sub hypothecae nexu possunt, & gaudent tantum ordinis beneficio, ne ad ea, nisi in subsidium, deueniatur.*

In feudalibus bonis quodque discrimen est inter pignus & hypothecam.

§. XII. Quod ad feudum attinet, notum est, quod vassallus sine domini consensu nihil quicquam suscipere possit, quod ad alienationem eius tendit. Hinc illud hypothecae subiacere vel pignoraliter dare nequit, nisi requisito domini consensu, 2. F. 55. Equidem olim usque ad dimidiam partem vassillus feudum oppignorare poterat, sine permissione domini, 1. F. 5. Sed eiusmodi oppignoratio valebat tantum, donec feudum domino aperiebatur, quo facto creditor tenebatur domino feudum gratis restituere, 1. F. 3. in fin. quia ius creditoris resoluitur, iure debitoris desinente. III. DA. THOM. *diss. de causis prohib. alienat. feud. §. 21.* Sed haec ita obtinuerunt iure Longobardico veteri. Constitutio LOTHARII Imperatoris partis quoque alienationem interdictae videtur in 2. F. 38., quo cauetur, vt, si vassallus contra constitutionem LOTHARII regis beneficium alienauerit, sitotum, perdat totum, si partem, perdat partem & ad dominum reuertatur. STRVV. *Syntagm. 1. F. c. 13. §. 9. n. 7.* In praxi quoque (sub

(sublimitatione tamen quæ c. 7. §. 16. adducta) itidem vassallus siue totum feudum siue eius partem alienauerit, vel alteri pignoris loco tradiderit, illo a domino priuatur, & feloniam committere dicitur, adeo vt etiam dominus ante casum a pertura, statim totum feudum, vel partem alienatam, aut oppignoratam possit reperere, sicut prouisum in 2. F. 55. Videtur enim Vassallus dominum contempsisse, eius consensum non requirendo 2. F. 24. in fin. Ill. Dn. THOMAS. defend. alienab. §. 4. In hoc tamen insignis differentia ab hypotheca cernitur. Quæ enim antea de feloniam & priuatione feudi dicta sunt, de eo saltem intelligi possunt casu, si feudum oppignoratum creditori etiam fuerit traditum, & vassallus hoc modo perfecit alienationem, quantum in se fuit, vt eleganter scribit ANDR. DE ISERN. de probib. feudor. alien. per frideric. n. 20. per traditionem, quantum in se est, Vassallus transferit ius, quod habet, faciendo totum, quod potest scilicet tradendo. conf. ROSENTHAL. de feud. c. 9. concl. 12. n. 3. Ill. Dn. THOMAS. l. c. §. 13. minime vero delinquit, qui hypothecam in feudo constituit, qua feudum in creditoris possessionem non abit. Fluxisse hanc diuersitatem non tam ex iure Romano; quam ex principiis iuris Germanici, a Longobardis in nonnullis retenti, non inepte iudicat Ill. Dn. THOMAS. cit. l. cum secundum hæc alienationem formalem contineat, quæ in hypotheca deficit. Addi tamen etiam hæc ratio ex iure Romano posset, quod deficiente traditione, nec translata in alium possessio feudi sit, adeoque nullum præiudicium dominus sentiat, quod ei imminere videtur, si res irrequisito eius consensu in alium translata.

§. XIII. Secundum hæc supposita textus obscuriores iuris Longobardici explicari possunt. Ait compilator l. F. 5. pr. Si vero pignore plus medietate obligauerit (vassallus) ira, vt TRANSACTUM permittat, vel dolo hoc egerit, amissione feudi multabitur. Varie interpretantur commentatores vocem *transactum*, ostendente Ill. Dn. THOMASIO cit. l. §. 12. que

nam sine consensu domini qui pignori feudum dat feloniam committit

non qui hypothecam constituit

Inde illustrantur textus obscuriores.

quæ tamen ex *stylo mediæ ævi* satis lucis accipere potest. Secundum hunc *transactare* significat *possessionem aut rem in alium transferre*, ceu demonstrat, Dn. FRESNE in *Glossar. med. & infim. latin. vocet transactare*, & plenius exornat Dn. THOMAS. *cit. l.* Adeoque pignus *transactum* significat pignus, cuius *possessio vel dominium* ad creditorem est translatum, & ad hoc demum restringenda pœna felonix commistæ. Alius locus æque obscurus occurrit 2. *Feud. 8. §. vlt.* vbi compilerator dicit: *Nam nec pignus, quod consultum dicitur, fieri potest in feudo.* Æque hic disputatur, quid sit *pignus consultum*? HOTTOMANNVS ad eum *text.* ait posse intelligi pignus cum *pacto antichretico*, quod ita optime consultatur creditori; aut cum *lege commissoria*, vt videtur BITSCHIO ad 1. *F. 5. & 2. F. 8.* Alii vt RHETIVS, ad 1. *F. 5. p. 248.* & STRV V. *S. Iur. Feud. c. 13. §. 7. n. 1.* textum ita corrigendum esse putant, vt pro *consultum* legatur; *constitutum*, quæ sententia præferenda est. Vocabulum *consultum* enim congruum non habet sensum; ast *constitutum* commode denotat pignus, quod non est traditum, sed *nuda conventionione* contractum. Est hæc significatio vocis *constituere*, vt adhibeatur, si quid *nude conuentum* expeditumque est inter partes sine rei traditione, adeoque *constitutum* hoc loco idem significat, quod Græco idiomate dicitur *hypotheca*, vbi *sine traditione* res feudalís pignoris nexu afficitur. Itaque id prohibitum dicitur in *cit. text.* 2. *Feud. 8.* in hypotheca, quod alias etiam interdicitur debitori vasallo in *pignore*. Id tamen intelligi debet cum hoc discrimine, quod hypothecam sine domini consensu *constituens* non æque feloniam committat & feudum amittat, sicutis, qui pignori illud tradidit: STRV V. *l. c. §. 2. n. 5.* NEGVSANT. *de pign. p. 2. m. 2. n. 47.* Eiusmodi enim ius in re subsistit in præiudicium vasalli, & eius descendentiũ & definit, si feudum domino ex aliqua causa fuerit apertum, STRYK *de cautel. Contr. 2. c. 4. §. 13.* BORCHOLT. *commentar. in consuetud. feud. c. VIII. n. 62.* Hinc recte dicitur, quod aliena-

alienatione sub pœna prohibita pœnam non incurrat hypothecam constituens.

§. XIV. Dissolvitur pignus & hypotheca iisdem fere modis, inde ratione *dissolutionis* non potest magnum adduci discrimen inter hanc & illud. Aliquod tamen occurrit in eo, quod creditor pignus restituens debitori id remisisse credatur, & *tacita remissione* nexus pignoratitius dissolvatur. *l. 3. de pact.* Necesse tamen est, ut ratio alia redditi pignoris allegari non possit; si enim constat, pignus redditum fuisse, quia debitor eo ad festiuitates vel alias ob causas opus habuerat, remissio ex *restitutione* inferri non potest, sed commoditas tantum concessa videtur. BRUNNEMANN. *ad l. 3. D. de pact.* Nec aliud est dispositum in *l. 9. C. de remissione pign.* ubi ita: *Nam si recepta a creditore mancipia, quæ pignori fuerant data, hac mente socero tuo tradidisti, ut pignoris vinculum tuum dissolvatur: obligatio semel extincta restaurari non potest.* Docet enim *textus cit.* solummodo, quid denotet redditio pignorum, & quid præsumi possit ante contrarii probationem. conf. WISSENBACH. *ad D. thes. 16. de pact.* HYBER. *prælect. ad D. L. 20. i. 6.*

§. 1. In hypotheca eiusmodi præsumptio non potest capi, neque *tacita remissio* ex *restitutione* rei hypothecate argui; nondum enim tradita fuit creditori, ergo nec restitui potuit, aut remissio hypothecæ exinde præsumi. Præterea dissolvitur quoque pignus quandoque per *fructuum perceptionem* ex *oppignorata* re. Pignore enim creditori tradito, quod fructus fert, is tenetur de iure Romano eos quotannis, in quantum legitimas excedunt vsuras, in sortem computare, ut ea diminuatur, *l. 3. C. de pign. act. l. 9. C. de pign.* & si tandem per deminutionem istam tota sublata est, liberatur & dissolvitur pignus, & quidem ipso iure. *l. 1. C. de distract. pign.* Obtenent hæc non tantum in *fructibus perceptis*, sed etiam in *percipiendis*, seu qui a creditore, secundum eius conditionem & statum honeste

Discrimen
ratione dis-
solutionis.

H

per-

percipi potuerunt *l. 3. cit. NEGVSANT. P. 5. m. 5. n. 1. 2.* quæ tamen de iure Romano, vt docet LAVTERBACH *de antiobres*, multa declaratione indigent. Hodie secundum principia iuris Germanici rarius contingit, vt hoc modo debitum absorbeat, cum, prout supra dictum est, creditor interim fructus suos faciat, nec de iis rationem reddere teneatur. Porro non fructus solum, sed *deterioratio* quoque rei pignoratæ, quæ culpa leui vel dolo creditoris fit, fortem extenuat, vel ipsum pignus soluit, si æstimeretur deterioratio tanti, quantum est ipsum debitum. De hypotheca idem asseri non potest. Quæstio enim de *fructibus* incidere non potest, nec illa de *rei ipsius deterioratione*, quia in hypotheca res penes debitorem manet, qui ex ea fructus percipit iure dominij, & de deterioratione quoque nemini tenetur. Denique sunt quidam modi alij, qui vni- ce pignori conueniunt, non hypothecæ, veluti *abusus*, si creditor res pignori datas dolo malo tractauit, vt dicitur in *l. 24. in f. de pign. act.* quo casu illico pignus soluitur, non æque hypotheca, qua abuti creditor nequit, nisi propria auctoritate eam occupando.

Lex consti-
tuit hypo-
thecam, non
pignus.

§. XV. Porro lex in multis casibus *hypothecam taci- tam* creditoribus indulget, pignus nunquam. Sic legata- rio tribuitur ius reale seu hypotheca in omnibus defuncti bonis, donec legatum ei fuerit ab herede solutum, §. 2. *l. in fin. delegat. l. 1. C. commun. de legat.* non tamen in re ipsa legata, in qua habet dominium, res autem propria nemini potest esse pignori per *l. 45. de R. I.* Legatarius vero aliter *pignus* habere nequit, quam si testator in securitatem legati ei rem quandam ante mortem suam tradiderit, vtea tamdiu vtatur, donec quantitas legata forsan fuerit soluta. Vnde sæpius latius sese extendit *hypotheca tacita*, quam *pignus*, quod tantum *speciale* est, cum hypotheca tacita vt plurimum generalis sit.

§. XVI.

§. XVI. Accedo ad effectus primarios, qui *pignori ex possessione* tribuuntur, sed hypothecae denegandi sunt; *possessione* enim uti in iure peculiare suos habet effectus, ita quoque magna diuersitas iurium deprehenditur in *pignore & hypotheca* quoad *possessionem*; adeo ut quamuis de iure Romano pignus dicatur manere in *bonis debitoris*, creditori tamen pignoratitio ex *possessione translata* plures tribuantur effectus, qui alias ipsi cohaerent *dominio*. Non repetam, quae antea de *immobilium rerum pignore* iam adducta sunt, cuius etiam fructus interim percipit, adeo ut vel ipsam rem debitori locare queat, *l. 37. de pign. act.* & instar domini quodammodo in eo agat. Id tantum addo, quia creditor fructus percipit, quia pignus possidet, & quidem *suo nomine*, licet non *animo domini*, haecenus eum obligari, ut pignus sibi traditum reficiat, ut saluum & illibatum post debiti solutionem ad dominum reuerti possit. Accedit, quod circa pignus officio boni patris familias fungi, seu leuam culpam praestare §. 4. *l. quib. mod. re contrah. obl. l. 13. §. 1. de pign. act.* adeoque omnia facere debeat, quae ad *conservationem pignoris* pertinent, salua tamen facultate impensas necessario & utiliter in pignus factas repetendi, *l. 8. pr. l. 25. de pign. act.* de quibus ut plurimum graues suboriri solent lites, dum aliter *necessariae*, aliter *uiles* aestimantur. Haec refectio vero hypothecam habenti non incumbit, quippe quae possessorem sequitur; inde & illae lites ambiguae de *impenfarum liquidatione* cessant, quae admodum fora fatigant, & plus damni quam lucri habent.

§. XVII. Tribuitur vero creditori, in quem pignus translatum est, certo respectu possessio *naturalis* & rursus alio respectu *ciuilis*, cum etiam *verus possessor* dicatur. MERLIN. *de pign. l. 1. t. 1. q. 6. n. 3.* Et quamuis alias creditor pignus non *animo domini* possideat, *l. 13. pr. D. de usucap. l. 36. D. de acquir. end. vel amit. poss.* effectus tamen *ciuilis possessionis*, qua sibi certo modo pignus possidere dicitur, etiam habet.

H 2

vt

De effectibus primariis, ex possessione pignoris redundantibus.

Hinc est illud

vt possit *remedio possessionis retinendae* vt aduersus perturbantem & possessionem impediendam, MEY, P. 5. dec. 94. MERLIN. de pign. L. 4. q. 104. n. 9. id quod alias nudis detentoribus non licet, sed tantum iis, qui sibi possident, sicuti creditor, L. 3. §. 8. vii possid. Licet enim debitor rem talem adhuc possidere dicatur, L. 36. de acq. vel amit. poss. id tamen tantum quoad certos effectus intelligendum est, veluti quoad vsucapionem, L. 1. §. 15. eod. & vitandam satisfactionem L. 15. §. 2. qui satisd. cog. non item quoad alios, vt Ictus in cit. L. §. 15. euidenter indicat; neutra vero possessio neque civilis neque naturalis adscribi potest creditori, qui hypotheca tantum contentus fuit, hinc nec *remedium possessorium*, possessionis retinendae causa, in vsu suum trahere vel adhibere potest. Admodum inconueniens esset, si eius retentionem quis peteret, cuius possessionem nondum est nactus. Praeterea in pignore, prout supra dictum, debitori competit *pignoratitia actio* pro pignore recuperando, si debitor soluendo debitum, illud a nexu liberauit. Sed hypothecae intuitu actio illa intentari non potest & ne opus quidem erit actione inter debitorem & creditorem, si solutio facta, & res obligata in creditoris manus nunquam venerit, vt in hypotheca contingit. Lite enim nulla existente, frustra de actionis genere instituitur quaestio, & solutio facta, ipso iure tollitur qualitas illa rei inhaerens. Porro quia creditor pignus possidet, etiam *actio ad exhibendum* tenetur. Huius remedii ea est natura, vt contra quemuis possessorem possit adhiberi, sicuti reliquae in rem scriptae actiones, adeoque contra creditorem rem pignoratam possidentem competit, quotiescunque actoris interest, vt ei fiat rem videndi & explorandi copia. L. 3. §. 7. & vlt. D. ad exhibendum. Dicitur enim creditor rem possidere *naturaliter & civiliter*, si traditio oppignoratae rei quoque accesserit. L. 16. D. de vsucap. L. 37. D. de acq. poss. MERLIN. l. c. L. 1. t. 1. q. 6. n. 3. Et quidem competit, siue creditor rem adhuc possideat, & ita possit

Et speciali-
bus iuribus.

possit exhibere, siue dolo fecerit, quo minus exhibere queat; *l. 9. D. ad exhibend.* nam semper pro possessore habetur, qui fecit dolose, quo minus possideret. *l. 27. §. 3. de R. V. & l. 52. eod.* Contra creditorem hypothecarium eam frustra adhiberi, facile constat; ille enim omni & naturali & civili destituitur possessione, quippe quae apud debitorem manet, si res hypothecae solummodo supponitur.

§. XVIII. Pignoribus quandoque adiicitur *factum antichreticum*, unde creditor rem eo modo oppignoratam possidens *antichreticus* vocatur, peculiarique prae aliis creditoribus hypothecariis habet iura, ut facilius ex iis, quae iam supra monita sunt, colligi potest. Fluunt vero illa maxime ex iure dominio vtili simili, creditori competente in rem oppignoratam. *l. v. de usur. D. 9. n. 6.* Dominium enim plenum, quod antea solus habebat debitor, per *antichresin* constitutum ita quodammodo diuisum videtur, ut debitor *dominium directum* retinere dicatur, utilitas vero ex praedio, seu quod *dominium vtile* dicitur, in creditorem transeat. Quae etiam est ratio, quod creditor, expressam antichresin habens a rationum redditione liberetur, maioresque in effectu usuras, quam alias licitum est, percipiat. *HUBER. in Praelect. ad ff. L. 20. t. 1. §. 14. VOET. ad D. L. 20. t. 1. §. 24.* Neque enim huc pertinet *l. 3. C. d. pign. act.* quae loquitur de casu, quo fructus in sortem imputandi sunt. Distingui tamen ab eo adhuc debet *vtile vasalli dominium*, per quod res potest immutari, & ad vasalli usum aptari, si per illud deterior non fiat. *STRVV. Syntag. iur. Feud. C. 13. §. 3. n. 1.* Idem enim non licet facere antichretico creditori, qui re, sicuti est, debet uti. Dominium hoc vtile, quod vasallorum vtili dominio quodammodo respondet, si ex moribus Germanicis aestimatur, in primis in oppignorationibus terrarum imperii, si creditor earum possessionem nanciscitur, sese exferit, in quibus plus iuris habet, quam alius creditor in pignore priuato, adeo ut *STRAUCHIVS in diss. de oppign. rer. imper.*

Inde pignori
addi potest
factum anti-
chreticum.

§. 32. asserat, oppignorationes imperii pignus non proprie constituere *antichreticum*, sed magis *dominium vile*, quod tamen intelligendum, si cum iure Romano hoc pignus conferatur. Alias nihil impedit, quo minus *antichreticus* dici possit, quia natura *pignoris Germanici* exuberantior est, quam Romani. Vnde iure hoc omnes redditus percipit, nec unquam rationes reddit, aut in fortem, quod superest, imputat. Praeterea quoque per traditionem iurisdictionis alias ad fundam spectantis exercitium etiam acquirit. Iurisdictionis enim concessa est, ubi territorium uniuersale alicuius directioni subiicitur, *l. imperium §. 1. de iurisdic.* in primis cum iurisdictione in fructibus etiam computetur, & ad creditorem tamdiu pertineat, donec pignus ad dominum reuertatur. vid. WEHNER *Obs. Pract. voce Pfandschilling*. Imo spectat quoque ad eundem possessorem pignoris exercitium iuris patronatus, FINCKELI HAVS *de iur. patron. c. 5. n. 11. sqq.* STRAVCHII *diff. allegat. §. 45. 46. 48.* cum aliis iurium territorialium effectibus, adeo ut etiam ius circa sacra, aliaque inde dependentia exercere possit, quod plenius deducit & illustrat Excell. DN. GYNDLING. *de iure oppign. territor.* Deficit vero hoc ius singulare cum omnibus effectibus in hypothecario creditore, si vel maxime in totam aliquam praefecturam, ein Amt, hypothecam consecutus fuerit. Antichreticus enim semper est effectus possessionis.

Eriam possessor antichreticus cum domino iura habet de iure Romanc.

§. XIX. Ceterum etsi iure Romano in antichresi creditor dominium tale, quod iure Germanico habet, non consequatur, in pluribus tamen creditor antichreticus cum *domino* paria iura habet. Creditor ei, qui in praedictum praedicti oppignorati aedificat, nouum opus nunciare potest, ut opus destruat, vel cautionem praestet, *l. 2. D. de noui op. nunciat.* DN. PRAESES *Introdukt. in ius Dig. L. 39. tit. 1. §. 6.* id quod alias tantum domino praedicti concessum, *l. 1. §. 19. l. 3. §. 3. de nou. oper. nunc.* adeo ut ne quidem usufructuarius proprio nomine opus nouum nunciare possit, *l. 1. §. 20. l. 2. eod.*

Hy-

Hypothecario certe hoc ius competere nequit. Licet enim omnibus iis nouum opus nunciare sit permillum, qui ius in re, in cuius præiudicium ædificatur, habent, *l. 1. §. 19. l. 3. §. 3. de nou. oper. nunc.* supponendum tamen est, vt etiam simul habeant possessionem, & quidem *ciuilem*, seu vt sibi possideant. SCHILTER *ex 42. §. 9.* vt textus allegati ostendunt. Similiter actio confessoria & negatoria tantum datur domino. *l. 2. §. 1. l. 4. §. 7. si seruit. vendic. l. 1. pr. l. 5. §. 1. si vsusfi. petat.* Ait VLPPIANVS in *cit. l. 1.* Hec autem in rem actio confessoria nulli alii quam domino fundi competit: *Seruitutem enim nemo vindicare potest, quam is, qui dominum in fundo vicino habet, cui seruitutem dici debet.* Similiter in *cit. l. 2. pr.* dicitur; quod *negatoria competat domino, qui negat.* Et tamen in *l. 16. de seruitutib. vtilis petitio seruitutis etiam datur illi, qui fundum pignori accepit, quod etiam confirmatur l. vn. in fin. de remiss. & l. 9. de nou. oper. nunciat.* Nihil notius est, quam actionem finium regundorum dari inter dominos agrorum vicinorum. Et tamen etiam inter eos, qui iure pignoris possident, competere potest. *l. 4. §. 9. fin. regund.* Condictio furtiua soli domino competit, *l. 1. de condict. furtiu.* & tamen is quoque cui pignori res data est, conditione agit, si ea subrepta est. *l. 12. in f. de condict. furt.* Similiter æque creditor, qui pignus accipit, damni infecti cautionem exigere potest, ac dominus, quod contra MARCELLVM VLPPIANVS defendit in *l. 11. de damnoinf.* Imo etiam inter eos, qui pignori acceperunt, datur vtile commune diuidendo iudicium. *l. 7. §. 6. 12. 13. commun. diu.*

§. XX. Differt etiam pignus ab hypotheca ratione temporis, quo initium eius statuendum est. Hypotheca eo tempore constituta censetur, seu ex eo momento, quo originem habuit principale debitum, seu contracta est obligatio. *l. 1. pr. qui pot. in pign.* Quod si enim negotium aliquod pure est celebratum sub hypotheca bonorum, statim incipit, *l. 5. l. 13. §. fin. ff. de pignor.* NEQVSANT. *de pign. P. 8. m. 3. n. 5.*

Ratione initii differentia est inter pignus & hypothecam.

3. n. 5.; Sin vero conditio adiecta fuerit, ad quam obligatio suspensa est, illa ante conditionem existentem non nascitur, & consequenter hypotheca tunc quoque vires capit per *l. 13. §. 5. de pignor.* ibi: *Si sub conditione debiti nomine obligata sit hypotheca, dicendum est ante conditionem non recte agi, cum nihil interim debeatur.* MERLIN. *de pign. l. 5. tit. 2. §. 63. n. 1. § 77.* Facile hinc liquet, quid dicendum sit de hypotheca pro dote iniitio, an incipiat a tempore contracti, an vero a tempore dissoluti matrimonii? Discernenda est hypotheca ab actione hypothecaria. Illa statim a tempore matrimonii initi capit initium. NEGVSANT *l. c. n. 1.* Hæc vero eo tempore, quo coniugium dissoluitur, vel alias dos repeti potest, competit: retrotrahitur enim conditio postea existens ad diem contractus initi, & inde *iniitium hypothecæ* constituendum est, id quod insignem vsu in concursu creditorum habet, quando creditores iuxta prioritatem temporis sunt collocandi *l. 2. §. u. D. qui potior. in pign. hab.* Pignoris diuersa est ratio & causa; quamuis enim quis destinauerat rem pignori dare, non tamen ante incipit, quam data & accepta est. *l. 4. qui res pignor. l. 1. in f. l. u. pr. qui pot. in pign. hab.* Videlicet pignus refertur inter contractus reales, qui non perficiuntur, nisi rei traditione. Vnde res ab eo tempore qualitatem pignoratitiam induit, ex quo eius possessio in creditorem est translata.

An ab vno ad alterum argumentum trahi queat.

§. XXI. Porro in eo etiam quidam quærent differentiam, quod non semper argumentum a pignore ad hypothecam trahi queat, adeoque lex vel statutum de pignore diffinens non facile trahi debeat ad hypothecam, tum quod sint diuersa, tum quod statutum strictè sit interpretandum, quod ex hypothesi eorum, qui in hac hæresi sunt, variis exemplis illustrat MERLINVS *de pignor. lib. 1. tit. 1. §. 4.* ipse tamen *cit. l. 8.* in contrariam abit sententiam, quod pignus ab hypotheca non adeo differat, & quod promiscue in iure accipiantur. Neutri sententiæ subscribendum esse censeo,

leo, sed potius ex *ratione legis* iudicandum esse arbitror, an a pignore quoque ad hypothecam argumentum trahendum sit, quod ipse MERLIN. *cit. l. in f.* non dissiterit. Proinde si ratio statuti etiam ad *hypothecam* quadrat, merito quoque de ea debet intelligi. Quod si itaque prohibitum est, pignus constituere sub poena *amissionis* rei ipsius vel alia, ille poenam non incurrit, qui hypothecam in ea re concedit, sicut etiam vasallus propter hypothecam feudo non priuatur, bene tamen si pignori creditori dedit, uti supra ostentum. *ROCCA. l. c. c. 150. n. 47.* Similiter si sub poena statutor prohibuisset oppignorationem fideicommissi, illa non trahenda esset ad hypothecam, quamuis ipsa hypotheca in praedictum eorum, quibus fideicommissum restituendum, haud valeret. *MERLIN. c. l. n. 16.* Alia addere superfedeo, cum hinc inde exempla, quae *rationem diuersitatis* arguunt, adducta sint.

§. XXII. Certi alias iuris est, quod debitor pignus suum semper reluere, vel rem hypothecae suppositam soluendo liberare possit, ita ut nequidem pactum in contrarium valeat. Sed in *imperii pignorationibus*, denen Reichs Pfandschaften, occurrit discrimen inter pignus & hypothecam *ratione reuolutionis*. Status enim illius temporis, quo instrumentum pacis Westphalicae componebatur, postulat, ut quibusdam hoc daretur, ne liceret res imperii oppignoratas reluere, prout verba *Instrument. Pac. Art. 5. §. 26. in f.* docent: *Quod ad oppignorationes imperiales attinet, cum in capitulatione Caesarea dispositum reperitur, quod Electus Romanorum Imperator, Electoribus, Principibus, ceterisque Statibus immediatis imperii eiusmodi oppignorationes confirmare, atque illos in eorundem tranquilla & quieta possessione defendere ac manutenere debeat, conueniunt, hanc dispositionem, donec consensu Electorum, Principum & Statuum aliter statutum fuerit, obseruandam esse, atque propterea ciuitati Lindaw, nec non Weisenburgo in Noricis reddita sorte oppignorationes imperiales ipsis ademptas illico & plenarie restitu-*

Dantur pignora quae reui non possunt, quod hypothecis applicari nequit.

tuendas. Idem iam antea in *capitulatione Caroli s. art. 5.* est promissum: Wir sollen und wollen 2c. 2c. Denen Ständen, samt der Reichs-Ritterschafft, ihre Regalia und Obrigkeiten, Freyheiten, Privilegien, Pfandschafften 2c. aufgebührendes Ansuchen ohne einige Weigerung und Aufenthalt in guter beständiger Form confirmiren und bestättigen, sie auch dabey als erwählter Römischer König handhaben und schützen, 2c. 2c. *Sequentium Imperatorum capitulationes, ut FERDINANDI I. RVDOLFI II. MATTHIÆ, FERDINANDI II. FERDIN. III. Regis Romanorum FERDIN. IV. LEOPOLDI, IOSEPHI & CAROLI VI. eadem repetunt, possessoresque tueri promittunt in rerum oppignoratarum possessione, quatenus scilicet pignoris loco datæ sunt ante prohibitionem reuisionis STRAVCH. diss. de oppignoracionibus rerum imperii, thes. 38. SCHWEDER. iur. publ. Part. spec. Sect. I. c. 23. §. 5. De hypotheca vero nihil dispositum vsquam reperitur in legibus imperii vel capitulationibus Cæsareis, inde debitores res imperii, hypothecæ ante instrumentum pacis subiectas reluere, vel potius liberare non vetantur.*

Ius retinendi
pignori co-
hæret, non
hypothecæ.

§. XXIII. Habet creditor præter alia iura, ius quoque pignus *retinendi*, vsque dum debitum fuerit solum; hinc eius ratione emergit noua differentia, quod creditor, cui debitor ex variis causis debet, pignus etiam propter alia debita, quam pro quibus illud constitutum est, possit retinere, indeque ob debitum chirographarium se etiam securum reddere. *l. vn. C. etiam ob chirogr. pec. pign. retin. posse. STRVCK. V. M. L. 20. t. 5. §. 5.* Ad hypothecam vero hoc trahi nequit, sed debito soluto, propter quod constituta est hypotheca, illa ipso iure expirat. Retentio enim illi dari non potest, qui rem nunquam habuit, nec vllibi dispositum reperitur, quod creditor hypothecam habens in re certa, illam retineat vel persequi possit propter aliud debitum chirographarium. Quin potius hoc loco illud obtinebit, quod hypotheca dicatur stricti iuris & non extendatur ad ea, de quibus cogitatum non est. Alias retentio pignoris quoque creditari conceditur, si impensas in rem oppi-

oppignoratam fecerit, melioremque reddiderit. Potest enim, forte cum usus licet soluta, nihilominus rei restitutionem denegare, vsque dum *necessaria* impensæ sint restituta, id quod de *vilibus*, in quantum domino utilitatem præbent, etiam intelligendum, si debitorem non nimis grauant. *l. 25. de pign. act.* Ast in hypotheca quæstio hæc Domitiana est, cum rei hypothecæ possessionem debitor retineat, & ita de impensis in hypothecam factis moueri nequeat quæstio, nisi ex post facto hypotheca in pignus conuersa fuerit.

§. XXIV. Diuersa etiam iura habent pignus & hypotheca, quoad *distractionem* rei obligatæ. Vti vero vltimum debet esse refugium distractio & alienatio rei debitoris, ita quædam obseruanda veniunt, quæ demonstrant *bona fide* eam esse susceptam. Inde prohibetur creditor emere pignus conuentionale, adeo, vt ne alium quidem interponere possit, per quem rem acquirat, vt disponit *l. 10. C. de distract. pign.* Obuiam ire voluerunt imperatores per illam legem fraudibus creditorum, ni hi pignus vilissimo pretio vendendo debitorem decipiant. Vbi ergo omnis suspicio fraudis exultat, vbi creditor non tam procurator in rem suam, quam in rem debitoris videtur, iniquum haud est, eum eiusdem iuris cum extraneo creditore censerit. *l. 2. C. si caus. iudicari pign. capt. su. rocca. Disp. iur. select. C. 153. n. 26. seqq.* In hypotheca scilicet creditori non interdictum est, emere rem hypothecæ suppositam, vt aperta diuersitatis ratio demonstrat. Creditor enim propria auctoritate illam alienare non potest, quia adhuc a debitore ipso possidetur, & ab alio sine iudicis auctoritate in alterum transferri non potest. Inde necesse est, vt vel ab ipso debitore vel a iudice sub hasta vendatur res hypothecæ subiecta, quo casu creditor potior est extraneo. Præter bonam fidem in pignoris distractione requiritur etiam *solemnitas*, quæ in eo consistit, vt si pignus extrajudicialiter vendendum sit, debitori semel denuncietur, adhibitis testibus, rem oppignoratam iri venditum, nisi

Differentia
ratione di-
stractionis.

debitum soluatur. *l. ult. §. 1. C. de iur. dom. imp. l. 4. C. de distract. pign. STRYCK. V. M. L. 20. 15. §. 6.* Vnica haec denunciatio tamen non sufficit, vbi pactum de pignore non alienando fuit adiectum, sed trina tunc debet adhiberi, & post ultimam denunciationem biennium adhuc expectari, antequam pignus distrahatur. *STRVV. Syntagm. Iur. Civil. Exerc. 26. d. 44. DAMHOVDER. de subhaestat. c. 3. n. 39. NEGVSANT. P. 6. m. 1. n. 4. NYBER. Praelect. ad D. L. 2. 1. 4. n. 6.* In hypotheca tamen magna hic adest diuersitas, in ea enim non sufficit nuda extrajudicialis denunciatio, sed iudex adeundus, ab eoque petendum, vt, debitore prius ad soluendum condemnato, & praeterlapso quadrimestri spatio, quod condemnatis praerogatum est, *l. 2. D. de re iudic.* immissio in hypothecam fiat, Hac facta postea implorandus iudex, vt res hypothecae obnoxiae haetae subiiciantur *l. 14. C. de distract. pignor.* adeoque hypotheca non aliter, quam *autoritate iudicis* distrahi potest. Aliquando etiam vendi potest pignus, nulla plane praecedente interpellatione, si ab initio fuerit pactum adiectum, vt, certo die solutione non facta, creditor illud alienandi facultate gaudeat, *TEPAT. Decis. T. 502.* id quod in hypotheca iterum fieri nequit, cum eius constitutio creditori possessionem haud tribuat, & nemo sine facto iudicis possessionem hypothecae occupare queat.

Differentia
ratione va-
riorum effe-
ctuum,

§. XXV. Alios effectus producit pignus, alios hypotheca. Hinc eorum ratione occurrit diuersitas, (1) quod illud operetur, vt creditor sit plene securus, & non tam facile pecunia sua queat defraudari, cum pignus possideat; haec vero quandoque possit fieri inutilis, inprimis si in rebus mobilibus est constituta, illaque inter plures sparsae, vel alias consumtae sunt, cum mobiles facilius consumantur & in alios spargantur quam hypotheca. *NEGVSANT. de pign. p. 1. n. 6.* (2) Quod ratione praescriptionis & respectu satisfactionis quidem pro possessore non habeatur creditor pignus tenens, *BRUNNEMANN. ad l. 15. D. qui satisd. cog.* bene tamen ratione possessionis, eiusque effectuum. Quare & pignus creditori illud tribuit, vt possit commodo remedium

medii possessorii gaudere, interdistingue *vii possidetis* agere
 contra eum, qui eius possessionem turbat. MEV. p. 5. dec. 94.
 Sed eum effectum hypotheca non habet, cum hypothecata
 res in creditorem non transferatur, illeque alio nisi petito-
 rio remedio propter rem obligatam uti non possit. (3) Pi-
 gnus etiam id operatur, ut creditor sibi remedio *spoli* con-
 sulere possit, si ex possessione rei oppignoratae etiam ab ipso
 debitore, proprio ausu deiectus est. HARPRECHT *Consultat.*
 20. n. 9. Eandem quidem facultatem creditori dat interdi-
 ctum *de vi & vi armata*, quippe quo omni possessori & civili
 & naturali, imo etiam nudo detentori contra iniuste deici-
 entem experiri licet *l. 1. §. 9. de vi & vi armat. l. 14. 18. eod.*
 Sed hoc strictius est, & *violentiam* praesupponit, cum reme-
 dium spoli seu *ex C. redintegrandi 3. C. 3. Q. 1.* cuicumque,
 qui quomodocumque possessione privatus est, detur, de quo
 plenius agit Dn. PRAESES *tr. lur. Eccles. Protestant. l. u. tit. 13.*
§. 7. seqq. Sed parem effectum hypothecae adscribi non
 posse, facile patet. Non enim extendi potuit *canon. cit. ad*
 non possidentes, seu ius tantum in re habentes. Quare &
 hypotheca creditori non tribuit actionem spoli, si debitor
 forsan exciderit possessione, nec eius facile interest, quis
 rei hypothecae suppositae possessionem habeat. (4) Si de-
 bitor pignus creditori aufert, furtum committit per *§. 10. l.*
de oblig. quae ex del. nasc. ubi dicitur: *aliquando etiam rei*
suae furtum quis committit, veluti si debitor rem, quam pigno-
ris causa dedit, subtraxerit. Tale vero quid in hypotheca
 contingere non potest. (5) Pignus vasallo liberationem a
 servitiis praestat, si ipsi domino directo rem feudalem pi-
 gnori dederit; percipit enim ipse dominus ita fructus ex
 feudo, ideoque servitia, quae propter fructuum perceptio-
 nem exhibentur, ab eo postulare nequit, propter naturam
 conditionalium obligationum, quae in vasallo etiam occur-
 rit, eoque tendit, ut ex sua parte nemo obligetur ad fa-
 ciendum, nisi & alter ex sua parte, quod debet, fecerit, seu
 ut unus obligatio desinat, simul ac causa eius cessare inci-
 pit,

pit. SCHNEIDEWIN, *de feud. Part. 5. n. 107.* De hypotheca, domino directo constituta, iterum aliud dicendum est. Nam, cum vasallus, hypotheca concessa, in possessione persistat, fructusque percipiat, sicut ante obligationem rei, æquum omnino est, ut servitia etiam domino præstet. (6) Hypotheca in re aliena constituta sciente creditore, si vel maxime postea debitor dominus fiat, non dat creditori ius agendi; possidenti autem pignus in re aliena constitutum eo casu datur retentio. *l. 1. pr. de pign. & hyp.* Confirmatur ergo pignus rei alienæ a creditore sciente acceptæ, sed non hypotheca, GOTHOFRED. *ad cit. l. iii. c. (7)* Si duo pariter de hypotheca paciscantur, ut utrique in solidum sit obligata, melior inter eos est, qui prius possessionem postea accepit. *l. 10. de pign. & hypoth.* Si duobus eodem tempore pignus datum sit, neuter potest habere præ altero prærogatiuam, dum utrique pignus datum fuerit, prout supra iam §. 12. *inf.* observavi,

Differunt
denique ra-
tione excep-
tionis ex-
cussonis,

§. XXVI. Restat adhuc exponendum, quatenus pignus & hypotheca quoad exceptionem excussonis diversa iura habeant. Certum utriusque est, quod hypotheca simplex creditori ius quidem tribuat conueniendi possessorem quemcumque actione hypothecaria, si rem hypothecæ subiectam possideat, & creditor suum creditum a debitore consequi nequeat; sed tamen non aliter, nisi principali excusso debitore, *Aurb. Hoc si debitor. G. C. de pignor. & hypoth.* Pignus vero, quod traditum est creditori, si casu fortuito possessionem amisit, repeti potest, eadem actione hypothecaria a quocunque possessore, principali debitore tamen non excusso. *NEGVSANT. l. c. p. 1. n. 7. MERLIN. l. c. l. 1. g. 2. n. 14.* Obligata enim rei possessor in priori casu possessionem a debitore habuit, qui est dominus, & in alium potuit transferre dominium, salvo iure hypothecæ; cum in posteriori casu possessor rei pignorata nullam causam a domino, sed tantum modo a creditore, & quidem inuito, habeat, hinc principalis debitor actione antea pulsari non potest. *NEGVSANT. p. 3. m. 1. n. 18.* Atque hoc eo magis procedit, si remedium possessoriis creditor agit, quibus hæc exceptio opponi nequit. Sed hæc *de diuerso pignoris & hypothecæ iure* adduxisse sufficiant. Indicaui tantum fontes, vnde hæc promanant, a quibus ad alia facile fieri poterit progressus.

F I N I S.





00 A 6320

ULB Halle 3
002 928 531



56.

VD18

Rito ✓

VD17







2

2

DISSERTATIO IVRIDICA INAVGVRALIS
DE
DIVERSO
PIGNORIS
ET
HYPOTHECÆ
IVRE

IN REGIA FRIDERICIANA
INDVLTV
INCLYTI IVRISCONSVLTORVM ORDINIS
PRAESIDE
DN. IVSTO HENNINGIO *Höbmer*
IC. COM. PALAT. CAES. POTENTISS. REGI BORVSS.
A CONSIL. AVL., PROFESS. IVRIS ORDIN.
ET h. t. DECANO

PRO LICENTIA
SVMOS IN VTROQVE IVRE CAPESSENDI HONORES
IN AVDITORIO MAIORI
H. L. C.

DIE XIH. AVG. A. MDCCXVIII.
PVBLICO EXAMINI SVBIECTA
A

WILHELMO PHILIPPO A FLODROFF
MEVRENSI.

HALAE MAGDEBVRGICAE, typis GRVNERIANIS 1725.