







1743.

1. Brauns, Carolus Adolphus: De usus pectus parentum in bonis liberorum Tum de jure Romano quam Germanico geminis fundamentis. 2 Inempl.
2. Brokes, Henricus: Programma praemissum: De jure postliminii hostibus reditis et in patriam redeuntibus non competente, cum . . . professionem juris sibi deman-
datam . . . aggraderetur
3. Buderus, Christianus Gottlieb: De commissariis Imperialibus in causis feudales
4. Buderus, Christianus Gottlieb: De fonte juris Rethorici
5. Buderus, Christianus Gottlieb: De judiciis duo decim. viz abibus populorum Septentrionalium et Germaniae.
6. Buder, Christianus Gottlieb, prolocutus fac. jur. Tenensis: De verbi: Reich territorialis adscripti significatione (subque hoc argumentis ad Nos. in angustiam . . . Joannis Christ. Friedmann Hummelii . . . invitata.

1743.

7. Dietmarus, Dr. Wilhelms: De iudice pedaneo.
8. Engen, Dr. Rudolphus: De honorificis sanctorum
juribus & Sumpt. 1743.
9. Heimbürgius, Dr. Corp.; Fac. jur. exdecimus: De iuris
dictione in vasallum nonnullis investituram jure laicali
co competente. Programma, dissertationi in ang.
Christoph Gunt. Ludov. Boecklen. . . praemissum.
10. Heimbürgius, Dr. Corp.: Programma: De iudice appel-
lationis post introductionem desertae; & disser-
tationi in ang. Matth. Christoph Groll. Boecklenici
. . . praemissum.
11. Heimbürgius, Dr. Corp.: De iuris communis et Germa-
nici differentia in doctrina de fideicommissis.
12. Heimbürgius, Dr. Corp.: Programma: De compressio-
ne iuris lignandi; dissertationi in ang. H. G.
nesti Schroeteri . . . praemissum.

1743-

13^a =^l Hessefeld, Jo. Augustus: De hypotheca nobilitatis
2 Exempl. 1743 = 1759

14. Locher, Gottlieb Fridemann: De titulo Comitis Pala-
tini Saxoniae is lateris Frederici et Augusti

15. Schubertus, Joannes Imbertus: De gradibus prothobitis
secundum jus naturae.

1744.

1. Brokes, Henricus: De austriacis Serenissimum
Mansue Landgraviatum.

2. Kuehner, Gethardus Christianus: Ad l. 7 pr. §
de dolo malo parca commentatur, . . . Fructibus
Georgio Thies . . . , quum demandatum tibi pro
fervoris ~~in~~ ~~manus~~ ~~auspicaretur~~, fausta
quavis adprecatum.

1744.

3. Schen, Gzechel : De ecclesia collegiata equestri
Cumburgensi in Circulo Franconico prope Melanen
Saxonum.

1745/136
16

DISSERTATIO IVRIDICA

DE

**HYPOTHECA
MOBILIVM**

QVAM

PRAESIDE

IO. AVGVSTO HELLFELD D.

ICTO AC PROF. PVBL. ORDIN.

CONSIL. AVL. SAXON. CVRIAE PROVINC. ET FACVLT. IVR. ADSESS.
VT ET COLL. SCAB. SENIORE GRAVISSIMO

IN ILL. ICTORVM ORDINIS AVDITORIO

D. APR. CIOIDCCXXXIII.

DEFENDET

IOANNES ANDREAS HOFFMANN

TAMBACO - GOTHANVS.



IENAE LITTERIS SCHILLIANIS.

CIOIDCCLVIII.

1788

HYPOTHECA
MORILLIA

IO. AVONSTO HILFED L.

IN IL. ...
ORDIN. ...
D. ...

COARTE AN ...

...

...





SVMMARIA.

CAP. I.

DE REBVS MOBILIBVS ET QVAE
ILLIS ACCENSEANTVR.

- §. I. *Dubium saepe est, quae-
nam res sint mobiles.*
- §. II. *Definitio rerum mobi-
lium earumque denomina-
tio apud Germanos.*
- §. III. *Definitio rerum im-
mobiliu earumque di-
uisio.*
- §. IIII. *Quomodo per cobae-
sionem res fiant immobiles.*
- §. V. *Quae res per destina-
tionem immobilium natu-
ram recipiant.*
- §. VI. *Exempla rerum per
cobaeisionem immobilium.*
- §. VII. *Exempla rerum per
destinationem immobilium.*
- §. VIII. *Pharmacopolia an
ad res mobiles seu ad im-
mobiles sint referenda.*
- §. VIII. *Taberna res mo-
bilis interdum quoque res
immobilis est. Immobiles
vero sunt die Balbier-Pe-
rouquier-Stuben.*
- §. X. *Testamenta et pacta
interdum res mobiles fa-
ciunt immobiles.*
- §. XI. *Alii plures, et quas-
libet fere res pretiosas,
immobilibus connumerant.*
- A 2 §. XII.

§. XII. Iura quaedam mobilia, alia immobilia sunt.

§. XIII. Nomina mobilibus accensentur, licet vel maxime hypotheca aut pactum anticreticum accesserit.

§. XIII. Immobilis vero est pecunia, pro qua res sub retrovenditionis lege est emta.

§. XV. de annuis redditibus, ad quam classem sint referendi, tractatur.

§. I.

Res a Ictis diuidi in mobiles & immobiles constat inter omnes, non aequae vero expeditum est, quatenam ad mobilem, quatenam ad immobilem referri debeant species. Varias exinde apud Germanos praesertim oriuntur controuersiae, quibus decidendis vastum Iustiniani corpus interdum haud sufficit. Ne tamen incerta plane in hac iuris materia lege viamur, prouinciarum quarundam in statutis vberius est sancitum, quae mobilem quaeue immobilem denominatione comprehendantur. (a) Nos vt distincte cognoscamus, quae in oppignoratione iure iudicentur mobilem, de accurata earum notione formanda erimus solliciti. (b)

(a) GVNDLING. *digestis* p. 100. FORNER. ad L. 242. de V. S.

(b) De amplissimo vsu distinctionis in res mobiles & immobiles vid. BOEHMER. *iur digestor.* Lib. I. tit. VIII. n. 14.

§. II.

Res MOBILES sunt, quae de loco in locum possunt moueri vel se ipsas mouent, nisi lex vel conuentio

uentio obstat. Apud Germanos varii sunt termini, quibus mobilium denotant notionem. Veniunt enim nomine *der Fabrnüß*, *fabrenden Habe*, *fabrenden Güter*, *bewegl. Habe*, *des Eigentums* (a) aliisque denominationibus. Recentiores vero Germani, *die Fabrnüß*, *fabrende Habe*, *fabrende Güter* distinguunt a mobilibus et sub his generatim omnia, quae de loco in locum vel se mouent aut mouentur; sub illis autem utensilia et suppellectilem domesticam, minime vero omnis generis mobilia intelligunt. (b)

(a) HERT. *Respons.* T. II. dec. 775. n. 1.

(b) BERGER. *oecon. iuris* lib. II. tit. 1. §. 6. not. KLOCK. *consil.* Vol. III. consil. 125. n. 36. seqq. BOEHMER. *consult.* T. II. P. II. consil. 791. qu. 1. n. 1. Nonnunquam res mobiles a se mouentibus distinguuntur L. 1. pr. ff. de *aedil. edicto* L. 30. pr. C. de *iur. dot.* plerumque tamen sub mobilium appellatione et se mouentia continentur L. 1. D. de *rer. vind.* L. 15. §. 2. D. de *re iudicata.*

§. III.

Res IMMOBILES sunt, quas de loco in locum moueri impossibile est. Duplici autem modo fieri potest, vt res de loco in locum moueri sit impossibile. Sunt enim quaedam res sua natura ita comparatae, vt in alium locum transferri nequeant, aliae vero sua quidem natura moueri possunt, sed ex singulari legum dispositione immobilium iure censentur (a). Sic sua natura horti, agri &c. ex legis vero dispositione lecti in diuersorio sunt immobiles (b).

A 3

(a) Inde

- (a) Inde STRUVIUS in *Syntagmate iuris civilis* lib. I. Tit. 8. §. 83. res immobiles in naturaliter et civiliter tales recte diuidit.
- (b) BERGER. *electa disceptat. forens.* lib. 46. obs. 2. p. 1470. HEIGIUS lib. II. qu. 15.

§. III.

Ex dispositione legis res moueri prohibentur variis ex causis, praecipue vero ob cohaesionem et destinationem. (a) *Cohaesione* res immobiles fiunt quatenus res mobiles immobili ita coniunguntur, vt partem rei immobilis conficiant et absque notabili dispendio separari nequeant. Nos igitur cohaesionis voci latiore tribuimus significatum, quam ab aliis quibusdam fieri solet. Apud Saxones ad immobilia ratione contractuum et successionis referunt *was Nied Erd und Nagel fest ist*. Sed haec regula variis adhuc subest controuersis.

- (a) Sunt qui sola cohaesione res immobiles fieri asserunt, nec destinationem admittunt, at contra expressos textus in L. 17. §. 2. ff. de *assigne emti & venditi* L. 242. §. ult. de V. S. Ex quibus patet nihil interesse siue res cohaereant siue separatim existant, dummodo rite destinatae sint. BERLICH. III. concl. 30. n. 22. LAVTERBACH. ad D. de *act. emti venditi* §. 1. n. 15. BERGER. *elect. discept. forens.* tit. 46. obseru. 2. p. 1470.

§. V.

Destinatione autem res mobiles immobilium naturam recipiunt, dum eo comparantur animo, vt rei immobili perpetuum praestent vsum, eique actu
eo

eo animo inferantur. (a) Inde nec solus animus, quo ad perpetuum rei immobilis usum res comparatur, nec sola eius illatio, sed illatio, eo demum animo facta, ut res mobilis perpetuum rei immobili praestet usum, destinatione rem mobilem facit immobilem (b).

(a) L. 17. §. 7. D. de actione emti venditi L. 242. §. ult. D. de V. S. L. 26. D. de instructo et instrumento legato.

(b) L. 17. §. 11. et L. 18. D. de actione emti venditi.

§. VI.

Sic cohaesione immobiles res sunt castella plumbea, opercula, tegulae, ferae, fornaces, aliaque plura. Deinde ex eorum numero, quae cohaesione fiunt immobilia, sunt quoque fructus pendentes (a), qui tamen Saxonum iure peracta cura et cultura perceptorum, atque adeo mobilium iure habentur (b).

(a) L. 44. D. de rei vindicat.

(b) BERGERI in oeconom. iur. lib. II. tit. I. §. 7. HER-
TIVS Resp. n. 403. Afferunt hoc ob textum Land-
rechts Libr. II. art. 58.

§. VII.

Innumerae deinde res sunt, quae per destinationem immobilium naturam consequuntur. Sic machinae et tormenta bellica in fortalitiis (a), suppellex et lecti ad publica diuersoria destinati (b), ferae et pisces in viuariis, stagnis, et alueis ad id repositae,

tae, vt multiplicentur et crescant vsumque adferant (c), stercus in fundo stercorendi agri causa comparatum (d), pali in vineis (e) aliaque plura ex rebus mobilibus destinatione fiunt immobilia. Minus recte vero illi sentiunt, qui putant pecuniam, emtioni immobilium destinatam, rem esse immobilem (f) aut immobilium naturam retinere pecuniam ex immobilibus redactam (g).

(a) SCHILTER. *exercitat. ad Pand.* III. §. 23. p. 85.

(b) Idem ibidem. BERGER. *electa discept. forens.* tit. XXXVI. obs. 2. p. 1470.

(c) BESOLD. *thesaurus iur. pract.* voce *Fabrniß.*

(d) L. 17. §. 2. D. *de actione emti.*

(e) L. 17. §. fin. 2. eodem.

(f) SCHILTER. *exercit.* loco cit. ibique allegatus GAILLIUS obs. XI. n. 5.

(g) In solis enim iudiciis vniuersalibus pretium succedit in locum rei.

§. VIII.

Sed quorsum pharmacopolia et merces ad eorum vsum comparatae? Magnae de illis iam ab antiquis inter Ictos versantur controuersiae (a), et sunt, qui ad res immobiles (b), sunt, qui ad mobiles (c) illa referunt, rursus vero alii, media incedentes via inter merces in apotheca et ipsum apothecae ius, imo et instrumenta in apotheca necessaria distinguunt, et ius ac instrumenta apothecae ad immobiles, merces vero ad mobiles res referunt (d). Ex horum sententiis, quae nobis arrideant, paucis hic expo-

exponere licebit. Prae ceteris distinguendum esse censemus, vtrum pharmacopolii ius priuilegio certae domui ita sit destinatum, vt illi cohaereat et ad quoslibet transeat possessores, an potius ex priuilegiati arbitrio pendeat, ad quaslibet aedes illud transferendi: Posteriori casu pharmacopolium et sic quoque merces in pharmacopolii vsum comparatas esse mobiles, vix poterit dubitari, quemadmodum et priori casu dubio caret, pharmacopolii ius, aedibus ita destinatum, vt illis cohaereat et ad quoslibet transeat possessores, ad res immobiles pertinere (e), an vero idem de mercibus sentiendum, sibi inuicem Icti contradicunt? Qui negant, merces in apothecis ad res immobiles esse referendas, argumentum praecipue ex VLPIANI (f) hisce verbis petunt: *mercis appellatio ad res mobiles tantum pertinet*, et deinde vrgent, merces non eo comparari animo, vt perpetuo in aedibus maneant, sed potius vt rursus vendantur. Nihilominus tamen nobis eorum placet sententia, qui putant, et merces in pharmacopoliis, certis aedibus ex destinatione cohaerentibus, rerum immobilium recipere naturam. Possunt enim merces vel in complexu et vniuersitate, vel in se et singulae considerari. De hoc casu VLPIANI verba proprie sunt intelligenda, et verum est, merces quotidie moueri, et vt mouerentur esse comparatas. Secus vero de mercibus in apothecis sentiendum. Hae enim vniuersitatem quandam constituunt, et in vniuersitate debent considerari. Haec autem mercium vniuersitas eo comparata est

B

animo,

animo, ut rei immobili, iuri nempe pharmacopolii certis aedibus destinato, perpetuum praestet usum eiusque actu eo animo est illata, & sic immobilium natura ob destinationem aestimatur (§. 5.). Et licet singulae merces quotidie vendantur, & quam maxime eo animo, ut vendantur, sint comparatae, tamen nec vniuersitas venditur, nec ut vendatur, comparata est. Insuper omnis vniuersitatis ea est ratio, ut licet exinde aliquid vendatur, vel mutetur, tamen vniuersitas maneat: Recte igitur ALFENVS (g) neque in hoc solum euenire, ut partibus commutatis eadem res esse existimetur, sed et in multis ceteris rebus. Nam et nauem, si adeo saepe refecta esset, ut nulla tabula eadem permaneret, quae non noua fuisset, nihilominus eandem nauem esse existimari. Quod si quis putaret partibus commutatis aliam rem fieri: Fore ut ex eius ratione nos ipsi non iidem essemus, qui abhinc anno fuissetus &c.

- (a) Argumenta, quae ex vtraque parte afferri possunt, vid. apud BERGER. in *electis discept. forens.* tit. XLVI. obs. 1.
- (b) CASTILLO P. I. *controv. iur. quotid.* c. 38. n. 126. FRANZKIVS *comm. ad Pandectas de actione emti & venditi* 205. COLER. *decis.* 286. n. 164. LAUTERBACH. *tit. de act. emti.*
- (c) HEIGIVS P. II. qu. 15. BERLICH. P. II. *concl.* 29. n. 37. 38. 39. 40. BERGER. *electa disceptat. forens.* tit. 46.
- (d) ILLUSTR. de LEYSER *in meditat. ad Pandectas* sp. 26. medit. 4.
- (e) Iura enim mobilium vel immobilium naturam ex indole rei, cui cohaerent, recipere, patet ex §. 12.
- (f) L. 66. de V. S.
- (g) L. 76. ff. de iudiciis.

§. IX.

Idem quoque de mercibus in taberna est sentiendum. Est enim taberna ex concessione seu privilegio principis, aut certis aedibus adstricta, aut ex arbitrio mercatoris, vbiunque velit, potest transferri. Priori casu merces ad immobilia, posteriori ad mobilia referuntur (a), quod etiam de molendinis est dicendum (b). Eadem quoque ratio videtur *de re Balbier- und Perruquier-Stuben*. At cum haec iura ad certum plerumque restricta sint districtum, in quo exerceri possunt, illa ex communi fere doctorum sententia ad res immobiles referuntur (c).

(a) BERLICH. P.III. conc. 30. n. 21. cui adferit BERGER. *electis disc. forens.* T.I. tit. 51. n. 2.

(b) BERLICH. P.III. conc. XXX. n. II. 12. 13. ibique allegati plures. BERGER. *elect. disc. for.* P.I. tit. 46. obf. 2. n. I. p. 1471.

(c) BERGER. *Electa disc. for.* tit. LI. obf. 3. n. 2. p. 1556.

§. X.

Deinde et testamentis et conventionibus interdum mobilibus immobilium tribuitur natura. Sic inter illustres pactis familiae et testamentis haud raro constitutum in actis publicis observamus, ut bibliothecae, numophylacia, cimeliarchia aliaque mobilia in residentiis maneant, quae proinde ex mobilibus fiunt immobilia (a).

(a) SCHILTER. *Exercitat. ad Pand.* IV. §. 20.

§. XI.

Sunt deinde qui mobilium numero plura eximunt, et ad immobilium classem quaeuis mobilia pretiosa referunt (a). Hi tabernas mercatorias, librarias, amplas bibliothecas, typographica prela atque similia pro immobilibus venditant et possessorem a cautione pro reconuentione et expensis liberant. In suas trahunt partes legem XXII. pr. C. de *admin. tut.* qua pretiosa mobilia immobilibus comparantur: sed cum in adducta lege haec comparatio solummodo tutoris fiat respectu, & nulli in legum textibus haec comparatio ulterius extendatur, satis patet, minus recte immobilium naturam mobilibus adscribi pretiosis. Hinc recte SCHILTER (b). *Neque enim, quod eadem dispositio legis de pretiosis aliisque mobilibus aequae ac de immobilibus pupillorum fertur, propterea pretiosa ad classem immobilium pertinent, verum eam ob rem, quod huiusmodi res, etsi sua natura mobiles sint, non tamen omnes a frugi patre familias simul ac semel distrabi soleant, adeoque cum regulariter securus esse possit, et sat cautionis in his habeat, quantum ad processum reconuentionis requiritur, igitur iam rerum possessio actorem a satisfactione liberat, CARPZOV. 15. Def. 19. BERLICH. decis. 292. DIETHERRVS in contin. thesauri Besold voce *fabrende und bewegliche Güter* (b).*

(a) In *Exercitat. ad Pand. IV. §. 24.*

(b) Addatur BERGER, *elect. discept. for. tit. 39. p. 1008.*

§. XII.

Diuisio in res mobiles et immobiles proprie ad res pertinet corporales. Incorporales enim nec se mouent nec mouentur. Romano igitur iure tertia, a mobilibus et immobilibus diuersa, constituitur species, iurium nempe et actionum (a). Sed apud Germanos haud raro euenit, vt vniuersum hominis patrimonium in mobilia et immobilia diuidi et ad hanc diuisionem iura et actiones reduci sit necesse (b). Quamobrem doctores de formandis regulis, quarum auxilio iura et actiones ad mobilium vel immobilium classem possint referri, cogitarunt. Et primo quidem cum iura rebus inhaerent, ob inhaesionem ex rei, cui inhaerent, indole, iura vel mobilia vel immobilia dicuntur (c). Deinde cum actiones ad rei cuiusdam consecutionem tendant et huiusmodi res sint vel mobiles vel immobiles, itidem Doctores exinde actiones, quatenus ad rem mobilem consequendam tendunt, mobiles, quatenus vero res immobiles prosequuntur, illas immobiles dicunt (d). Prioris regulae fundamentum est cohaesio, posterioris vero vulgata iuris regula: *qui actionem habet ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur*. Contraria huic legi videtur alia (e) nempe *minus est in actione quam in re*; sed facile hi textus conciliantur. Minus enim est in actione, si res ratione possessionis et retentionis consideratur. Idem vero est in actione si vel dominii vel iuris respectu res consideratur. Idem enim ius, idem dominium est, licet rem possideat (f). Cum igitur

B 3

ratione

ratione dominii et iuris idem sit ac si dominus rem consequendam tendentibus, rem considerari posse ac si eandem possideremus. Et proinde si res, quando illam possidemus, mobilis esset, actio quoque mobilis, si res vero immobilis, actio quoque immobilis esset.

(a) L. 7. §. 4. D. de peculio. L. 75. §. 2. de re iudicata. L. 70. §. 1. de legat.

(b) Apud quosdam Germaniae populos regulae obtinent. Maritus est haeres mobilis, non valet oppigneratio immobilium nisi iudicialis, res mobiles dotalia a marito alienari possunt aliaeque, et inde omnino quaestio oriri potest, quorsum iura et actiones debeant referri.

(c) BERGER. in oeconom. iuris Lib. II. tit. I. §. 8. BOEHMER digestor. Lib. I. tit. VIII. n. 43. SCHILTER. exercitat. ad Pand. IV. §. 21. WEHNER. thesaur. sub voce *fabrende Hab.*, aliique plures.

(d) L. 15. de regulis iuris.

(e) L. 204. eodem.

(f) IAC. GOTHOFREDVS in comment. ad tit. de regulis iuris p. 73.

§. XIII.

Ad res igitur mobiles pertinere nomina, eo minus habet dubium, quo magis est expeditum, pecuniam quam maxime esse mobilem. Maiori vero dubio res inuoluitur, si in maiorem nominis securitatem in re immobili hypotheca constituitur, vel pactum accedit antichreticum. Cohaerent enim tam in hypotheca, quam in pacto antichretico, ius et actio rei immobili, et ad rem immobilem tendunt

dunt consequendam conferuandamque, ac proinde facile pro immobilibus possunt haberi. Sed cum hypotheca aequae ac pactum antichreticum sint obligationis personalis accessoria (a), et principaliter ad securitatem pecuniae debitae, tanquam rei mobilis conceduntur, facile patet, hypothecam et pactum antichreticum tanquam accessoria naturam principalis negotii participare, et cum negotium de re mobili pecunia nempe sit contractum, hypothecae quoque et pacta antichretica sunt mobilia (b).

(a) HAHN *ad Wesenbec.* tit. de R. D. n. 4. CARPZOV. III. 12. 14. BERGER. *elect. discept. for.* n. I. tit. 51. p. 1556.

(b) LEYSER. *meditat. ad Pand.* spec. 26. n. 3.

§. XIII.

Aliud vero de re, retrouentionis lege emta, erit dicendum. Licet enim non desint, qui putant, huiusmodi res mobilia iure esse iudicandas, suaeque opinionis rationem vulgatam iuris regulam: *conditionem et euentum contractuum ad initii tempus esse reducendam*, potissimum afferant; minus tamen vera haec est sententia. Vera enim emtio, sub retrouentionis pacto facta, est emtio venditio, dominium in emtorem transferens; emtori quoque nec ius nec actio ad pecuniam a venditore repetendam competit. Imo nec conditionatus est huiusmodi contractus, cui proinde regula: *conditio seu euentus contractus ad tempus initii est referendus*, applicari nullo modo poterit (a).

(a) Pro-

16 *Cap. I. De rebus mobilibus et quae illis accenseantur.*

- (a) Prolixe hanc quaestionem, rationes affirmantium aequae ac negantium adducens, adstruit. BERLICH. P. III. concl. XXX. n. 27. seqq.

§. XV.

Ex regulis paragrapho XII. allatis, facile quoque cognoscitur, quorum annui referendi sint redditus, de quibus ICti in sententias abeunt diuersas. Aut enim eorum dies iamdum venit, aut nondum venit. Priori casu redditus tanquam pecunia considerantur debita, et mobilibus annumerantur (§. 13.), posteriori vero probe est distingendum, an ex mobili seu immobili re praestentur, et rursus, si ex mobili dantur, an omni modo mobilis seu potius per destinationem immobilis sit res. Hoc casu immobiles, illo vero mobiles sunt redditus. Ad annuos vero redditus non pertinent *die Tage-Zeiten*. Quae enim dum debentur, pecunia iamdum debita est, haec vero rebus mobilibus accenseantur. Et licet ob rem debeantur immobilem, tamen res immobiles in pecuniam iam est redacta et inde mobilium iure censendi quoque sunt annui redditus.

- (a) Quod et Saxonico iure obtinet ob textum *im Landrecht* lib. III. art. 76. fine.
- (b) MOLLER. *in comm. ad constit. Saxon.* P. III. const. 21. n. I. seqq. BERLICH. P. III. concl. XXXI. n. 9. p. 826.

CAP. II.

CAP. II.

DE HYPOTHECA GENERATIM EX
PRINCIPIIS ROMANORVM
ET GERMANORVM.

SVMARIA.

- | | |
|--|--|
| §. I. <i>Definitio hypothecae
variaeque de hypothecis
axiomata.</i> | §. VIII. <i>Apud Francos, Lon-
gobardos aliasque gentes
fiduciae vestigia obseruan-
tur.</i> |
| §. II. <i>Conuenientia pignoris
et hypothecae.</i> | §. X. <i>Minime vero apud Ger-
manos, quos tamen oppi-
gnorando dominium trans-
tulisse ex chartis monstra-
tur.</i> |
| §. III. <i>Differentia pignoris
ab hypotheca.</i> | §. XI. <i>Idem monstratur ex
speculis Sueuico et Saxo-
nico.</i> |
| §. IIII. <i>Etymologia vocis
pignus.</i> | §. XII. <i>Quod tamen negant
Schilterus et Potgiesser.</i> |
| §. V. <i>Hypothecae sunt iuris
naturalis.</i> | §. XIII. <i>Iure Rom. praetor
creditorem pigneratitium
fingit dominum, eique ius
reale tribuit.</i> |
| §. VI. <i>Ast melius in statu
naturali sibi consulunt, qui
possessionem rei oppigno-
randae sibi tradi volunt,
quod haud raro in statu
quoque civili factum est.</i> | §. XIII. <i>Cum iure romano
frequens hypothecae usus
in Germania cepit.</i> |
| §. VII. <i>Prout apud Roma-
nos ex contractu fiduciae
patet.</i> | §. XV. <i>Pigneratio cum alie-
natione conuenit.</i> |
| §. VIII. <i>Indoles contractus
fiduciae exponitur.</i> | |

C

§. I.

§. I.

HYPOTHECA est ius reale, creditori in securitatem crediti absque traditione constitutum. Ex quo haec fluunt axiomata 1) hypotheca constituitur in securitatem crediti: 2) traditio ei accedere non debet: 3) illa ius reale tribuit.

§. II.

Multi quidem sunt modi, quibus hypothecae a pignoribus non differunt, ast in eo praecipue inter se conueniunt, vt et pignora et hypothecae in creditoris securitatem constituantur (a). Inde non solum pignoris haud raro denominatione hypotheca venit (b), sed quoque MARCIANVS (c) affirmare non dubitat, inter pignus et hypothecam, tantum nominis sonum differre et ipse IVSTINIANVS (d) fatetur: Inter pignus et hypothecam, quantum ad actionem hypothecariam attinet, nihil interesse. Nam de qua re inter debitorem et creditorem conuenit, vt sit pro debito obligata, utique hac appellatione venit.

(a) BOEHMER. diff. de diuerso pign. et hypothecae iure cap. I.

(b) L. I. pr. de pignor. actione.

(c) L. 5. §. I. D. de pign. et hypoth.

(d) Instit. §. 7. de actionibus.

§. III.

Ast multae tamen supersunt hypothecae et pignoris differentiae, quas cum vberius et distincte satis exposuit BOEHMER. in disert. de diuerso pignoris

vis et hypothecae iure, nos illis non immoramur. Hoc tantum monuisse sufficit, in eo hypothecam a pignore differre, quod hoc in securitatem crediti tradatur, illius vero possessio penes debitorem maneat (a). Inde et apud Germanos diuersae pignoris et hypothecae sunt denominationes, dum illud in immobilibus *ein Unterpfind*, in mobilibus *ein Handhabend Pfind*, hanc vero *eine Pfind-Verschreibung* appellare soleant (b). Licet alii hanc vocum differentiam non obseruent.

(a) § 7. Inst. de actionibus L. 9. §. 2. D. de pignoratitia actione.

(b) POTGIESER de natura et indole pignoris cap. I. §. 10.

§. III.

Alii quoque, differentias hypothecae et pignoris tradentes, hoc in mobilibus solum, illam vero in immobilibus constitui putant. Hinc originem vocis pignus a *pugno*, quo verbo clausa denotatur manus, deducunt (a), quia pignora manu plerumque tradi soleant. Sed rectius alii (b) ab antiquo verbo *pago*, quod idem ac *obligo* significat, pignoris etymologiam deducunt, et ipse IUSTINIANVS (c), plerumque quidem, ast non semper, pignus rerum mobilium esse distincte affirmat.

(a) CAIVS L. 238. de V. S. *Pignus appellatum a pugno, quia res, quae pignori dantur, manu traduntur. Inde etiam videri potest, verum esse quod quidam putant, pignus proprie rei mobilis constitui.* BRISSONIVS de V. S. voce *hypotheca*.

C 2

(b) ME-

(b) MENAGIVS amoenit. iur. ciuil. c. 39. voce pignus. vossivs in *etymologico* voce pignus.

(c) §. 7. I. de *actionibus*.

§. V.

Non ciuili solum sed naturali quoque iure pignora et hypothecae constituuntur. Et de pignore quidem res dubio caret, dum innumera in hanc rem exempla in historiarum existent monumentis, et recta cuique ratio permittat, possessionem rei suae in alium transferre, illique ius quoddam in illa concedere. Plura autem circa hypothecam mouentur dubia, et sunt non pauci, qui illas inutiles esse, sibi persuadent. Sic PVFFENDORFFIVS: (a) *Inter eos, qui in libertate naturali inuicem viuunt, nuda hypothecae sunt inutiles. Nam ubi vtro debitor soluere reuerit, vi vtrique et armis inuadenda erit possessio hypothecae. Atqui etiam citra adsignationem hypothecae inter tales quaelibet bona debitoris inuadere licebit.* In eandem transferunt sententiam GVDNLING. (b) et POTGIESER (c) alique plures. Sed licet ex sola obligatione debitoris absque hypotheca ius sit creditori debitum exigendi et non soluente debitore eius bona inuadendi, hoc tamen non aduersus tertium sese exerit possessorem. Inde hypothecae in statu naturali in eo omnino vtilis est, quod aduersus tertium rei obligatae possessorem ius quoddam producat. Quod autem aduersus tertium quoque possessorem in statu naturali hypothecae sese exerant effectus, sic demonstro: Hypothecam concedens,

dens, alicui ius concedit possessionem rei obligatae occupandi. Ius, quod alicui concessi, absque eius consensu illi adimere non possum. Ergo ius, occupandi rei possessionem, creditori concessum, absque consensu eius adimere debitori liberum haud est. Ponas igitur debitorem in alterum rem transferre, in qua hypothecam creditori constituit, hac translatione creditori ius suum interuertere nequit, quod proinde, re licet ad tertium translata possessorem, adhuc durat. Si ius, re licet ad tertium possessorem translata, adhuc durat; satis patet, tertio licet possidente, creditorem tamen rei possessionem occupare posse et sic hypothecae ius et aduersus tertium sese exserere possessorem. Inde non defunt inter eos, qui in libertatis naturalis statu uiuunt, hypothecarum exempla. Sic in pace inter Gallum et Hispanum anno 1668. inita aquisgrani art. fin. haec est formula: *Ont promis et promettent sous obligations de tous et chacuns les biens et etats, presens et auenir.* Eadem clausula inserta paci Pirenaeae art. fin. Expressius hypotheca constituitur in litteris ratificationis du traité de Neutralité entre les Duché et Comte de Bourgogne de l'an 1511. ubi verba: *Le tout promettons en fois et parole de Roi et sous l'obligation et HYPOTHEQUE de tous et chaquin nos biens &c.* In pace Osnabrugensi Art. 16. §. 12. status Reginae Sueciae promittunt Guarantiam sub hypotheca omnium suorum bonorum (e).

(a) *Iure Nat. et Gent.* Lib. V. cap. X. §. 16.

(b) In *Schediasm. de iure oppignorati territorii* §. 60.

- (c) *In tr. de indole et natura pignoris* cap. I. § XI.
 (d) HEINECCIUS *elem. iur. Nat. et Gent.* S. 371.
 (e) Plura Exempla vide apud HERTIVM in notis ad Puffendorffii locum citat.

§. VI.

Sed haud nego, melius sibi in statu naturali consulere, qui rem tam mobilem, quam immobilem, sibi obligatam possidere, quam in debitoris manibus relinquere malunt. Nam negante solutionem debitore, non aliud quam belli superest remedium. Cuius cum incertus sit euentus, suae magis prospiciunt securitati, qui aut rei dominium reuocabile, aut saltim eius possessionem in se transferri curant. Inde obseruamus, ipsos in statu ciuili viuentes populos in oppignerandis rebus, non ius quoddam, sed rerum possessionem, imo earum dominium haud raro transtulisse.

§. VII.

Sane apud Romanos antiquiori tempore, et ante praetorium edictum, nec hypothecae vllius erant effectus, nec pignora ius reale tribuebant. Nunquam enim ex nudis pactis valida oriebatur obligatio, nec contractus realem producebant obligationem, sed ex sola possessione creditori pignoratitio securitas enascebatur, tamdiu durans, quam ipsam rem possideret oppignoratam (a). Inde Romani suae magis consulturi securitati, non solam rei possessionem, sed ipsum rei Dominium reuocabile

bile in securitatem crediti sibi solemnī mancipationis ritu aut in iure cessione tradi voluerunt (b). Inciderunt igitur in fiduciaē contractum, de quo, cum variae sint doctorum sententiae, pauca hic adii cere placet.

(a) VINNIUS ad Instit. lib. III. tit. 6. §. 8. SCHULTING. in notis ad Pauli receptar. sentent. lib. II. tit. XIII. p. NOODT. observ. lib. II. c. VIII. et in comment. ad Pandectas lib. XX. tit. I.

(b) PAVLVS receptarum sententiarum lib. II. XIII. §. 3. ISIDORVS originum libro V. cap. 25. fiducia est, cum res aliqua sumendae pecuniae mutuae gratia vel mancipatur, vel in iure ceditur, inde res mancipi cessione in iure oppignerabantur. NOODT commentario ad D. de pignori- bus et hypothecis p. 436.

§. VIII.

Est igitur fiducia contractus, quo alterius fidem nobis stipulamur. Adhibebatur praesertim hic contractus in mancipatione, ideoque est mancipationis accessorius (a). Mancipatione enim rerum mancipi dominium in alterum plene et pure transcribatur, illudque obseruatis mancipationis solemnibus transibat, licet ex contrahentium intentione nec statim, nec pure, transire deberet, et vel maxime aliter inter eos pacto esset conuentum. Inde, qui volebant, ne pure ne vere, ne irreuocabiliter mancipatione transfret Dominium, sibi hoc conuentionibus paciscabantur, et vt inualidae huiusmodi conuentiones valerent, contractu fiduciae sibi stipulabantur alterius fidem, vtque inter bonos bene agatur conuentaque seruentur (b). Idem fiduciae contra-
ctus

Etus in constituendo adhibebatur pignore. Adhibitis enim in oppignorando mancipationis solemnibus, vere et irrevocabiliter transibat in creditorem Dominium. Quod tamen cum debitor soluto debito remancipari vellet, per fiduciae contractum sibi stipulabatur (c) rei oppignoratae retraditionem.

(a) BOETHIUS lib. III. *com. ad Topic.* Ciceronis his verbis: *Fiduciam accipit cuicumque res aliqua mancipatur, ut eam mancipanti remancipet, veluti si quis tempus dubium timens amico potenti fundum mancipat, ut ei eum, cum tempus, quod suspectum est, praeteriit, reddat. Haec mancipatio fiduciaria nominatur, id circo quod restituendi fides interponatur.*

(b) Sic in emancipatione fiduciae contractus trinae adiciebatur liberorum venditioni eum in finem, ne dominium filii mancipationis ritu in se translatum emtor retineret, sed remanciparet patri. In hereditatibus, antiquiori tempore ritu mancipationis transferendis, fiduciae contractus accedebat, ut familiae emtor hereditatem heredi manciparet.

(c) NOODT *observat.* lib. II. cap. 7. et 8. GVDLING. *de iure oppignorati territorii* §. STRAVCH. *de oppignor. rerum imp.* cap. II. §. 1.

§. VIII.

Non apud Romanos solum, sed apud alias quoque gentes, per fiduciae contractum, in creditorem rei oppignoratae dominium transiisse, variis demonstrari potest exemplis. Sic in *Longobardorum legibus* infiduciatio et infiduciare occurrit, his verbis (a): *Si infans, dum infra aetatem est, res suas cui-
cunque*

cunq̄ue vendiderit aut infiduciauerit et postea cum in legitimam aetatem peruenerit, chartam ipsam secundum legem irrumpere voluerit et in rebus ipsius introire non habeat potestatem, qui emit aut infiduciauit, quae dederit, acquirendi &c. Apud Francos fiduciae usum fuisse, haecce capitularium monstrant verba (b): *Simili modo nullam habeat potestatem quolibet modo alienandum, neque infiduciandum neque venundandum &c.*

(a) *Leges Luitprandi* Lib. VI. cap. 5. seu ex *Lindebrogiana* edit. Lib. II. tit. 29. c. 2.

(b) BALVZIVS in adpendice ad capitul. cap. V. n. 9. p. 1375.

§. X.

Imo sunt, qui apud ipsos Germaniae populos, et Saxones praesertim fiduciae vestigia obseruasse, sibi persuadent (a). Et licet horum opinio ex nimio, quo in ius Romanum feruntur, amore profuixisse videatur, negari tamen nequit, apud Germanos ex pignoratitio contractu reuocabile in creditorem transisse dominium. Testantur hoc innumerae ex medio aeuo ad nostra tempora seruae chartae, iam a STRAVCHIO (b), GVNDLINGIO (c), THOMASIO (d) et in actis Lindauiensibus collectae. Hisce duo adhuc addidit exempla PERILL. von MEIER (e) quae translata ex pignoratione dominii expresse faciunt mentionem. Nobis vnicum modo hic subiungere satis erit. Ludouicus III. Rom. imperator Iohanni Cluensi comiti ciuitatem imperii Duisburg per tabulas Men. Kal. Sept. 1347. pro X. marcarum millibus pignori subiicit eique has dedit litteras: *Nos Ludouicus quartus Romanorum*

D

impe-

imperator semper Augustus ad vniuersorum nostrum et imperii fidelium notitiam volumus peruenire, quod nos spectabili viro Ioanni Comiti Cliuensi fideli nostro dilecto ob remunerationem suorum seruitiorum nobis vt in antea praestandorum dare promissimus decem millia marcarum puri argenti et pro eisdem decem millibus marcis sibi et heredibus suis obligauimus et praesentibus OBLIGAMVS NOMINE PIGNORIS oppidum nostrum Duisburg, super summam qua idem oppidum sibi prius fuerat obligatum, ita quod ipse et heredes sui dictum oppidum cum omnibus honoribus, iuribus, iurisdictionibus redditibus, proventibus et obuentionibus et vniuersis pertinentiis frui debeant et tenere donec ab eis per nos vel nostros successores Rom. imp. seu reges pro dictis decem millibus Marcarum et pecuniae pro qua prius obligatum, omnino solutum fuerit et redemptum. Theloneum etiam situm sub nemore Duisburg, quod progenitores a Romanis imp. tenuerunt omni iure, quo ipsis concessum est, sibi concedimus ipsamque infeudauimus et praesentibus inuestimus de eodem, volentes tamen, quod per praedicti obligationem et thelonei infeudationem minime derogetur nec praecudicium aliquod generetur iuri comitis Adolphi et collateralis suae, quoad vitam ipsorum. In cuius rei testimonium praesentes literas nostras conscribi, et maiestatis nostrae sigillo iussimus consignari. Dat. Monaci prima die mensis Septembr. Anno millesimo tricentesimo, quadragesimo septimo. Regni nostri anno tricesimo tertio, imperii vero viceesimo. Ex hac charta patet 1) contractum de quo illa est concepta, esse pignoratitium, quod ex verbis colligitur: praesentibus obligamus nomine pignoris oppidum nostrum Duisburg.

burg. 2) Ex hoc contractu facultas, omnem ex re
utilitatem percipiendi, in creditorem pignoratitium
transfertur, quod monstrant verba: *ita, quod ipse
et heredes sui dictum oppidum cum omnibus honoribus,
iuribus, iurisdictionibus, redditibus, prouentibus obuentio-
nibus et vniuersis pertinentiis frui debeant.* 3) Ex hac
charta pignoratitia ipsa possessio cum proprietate
transfertur, quod verba docent: *quod ipse et heredes
sui oppidum cum omnibus honoribus - - FRVI debeant
et TENERE.* Tenere enim in pignoratitiis contra-
ctibus non nudam possessionem, sed coniunctam
possessioni proprietatem denotat. Inde et in aliis
diplomatibus possidere et tenere seu habere distin-
guuntur et separatim vtraeque voces ponuntur. Sic
Ludouicus Bauarus in p. Frisiam orientalem
MCCCXXXIX. pro XXXX. Marcarum millibus
Rainaldo II. Geldriae Duci oppignorauit. In cuius
oppignorationis litteris (g) haec sunt verba: *Ter-
ram vulgariter Oostfrieslandt muncupatam (ei) pro qua-
draginta millibus marcarum argenti titulo pignoris obli-
gauimus et praesentes obligamus per te tuosque heredes
cum suis iuribus, vsibus, redditibus et pertinentiis vni-
uersis TENENDAM, HABENDAM et pacifice POSSI-
DENDAM tandiu quousque terra eadem per nos vel
successores nostros Romanorum imperatores pro quadra-
ginta millibus marcarum argenti praescripti absoluta fue-
rit vel redempta.* Simili modo Adolphus in p. 1297.
Gerlaco de Breuberg, eius filio, ciuitatem Mole-
bach pro quatuor marcarum millibus oppignorat,
vbi in diplomate (b) haec sunt verba: *Ciuitatem Mo-
sebach cum Christianis, Iudaeis, villis, pascuis, pratis ne-*

moribus, aquis, aquarum decursibus, iurisdictionibus et suis pertinentiis, siue sint in ciuitate siue extra ciuitatem, et monetam in Hallis, cum omni utilitate sua, iuribus et pertinentiis obligamus; habendas et HABENDA, POSSIDENDAS et POSSIDENDA.

- (a) GVDNLING. *de iure oppignorati territorii* §. 75.
STRAVCH. *de oppignor. rerum imperii* c. 2.
- (b) Diff. *de oppignor. rer. imperii* cap. X.
- (c) Diff. *de iure oppignorati territorii* §. 86--93.
- (d) Diff. *de usu practico accur. distinct inter emtionem cum pacto de retrouendendo et contractum pignoratitium.*
- (e) in *Tractat von der Rechtmäßigkeit des sechsten Zins-Thalers* p. 36. §. 15.
- (f) Has vide ap. du MONT *corps diplomatique* tome I. partie II. p. 243. et BITMAR. *cod. diplomatico ad Tischenmacheri annales Cluiat* p. 6. n. 15.
- (g) Sunt hae litterae apud PONTANVM *historia Geldriae* lib. VII. p. 229.
- (h) Exstat hoc diploma apud IOANNIS in *Tabulario* p. 392.

§. XI.

Non chartae solum, sed ipse quoque speculator Saxo de consuetudine, qua oppignoratione Dominium transferebatur, vberius testatur. Sic inter ceteros, quibus Dominia transferuntur, modos, speculator Saxo quoque refert oppignorationem, verbis (a). *Ein iegl. Mann mag seines Gutes mit Rechtenig oder lofs werden, als ob er es verkaufft, versetzt oder auflöst.* Et deinde eo minus dubitari potest, ex pignoratitio contractu dominium transi-

transire, cum omnes domini effectus iure Germanorum in creditorem transferantur pignoratitium. Is enim rei proprietatem, ius de re disponendi, eamque alienandi facultatem accipit, imo casum, quem regulariter non nisi dominus fert, in se suscipit. Proprietatem in pignoratitium transire creditorem, praeter textum speculi Saxonici hic adductum, et chartae testantur, ex quibus antecedenti paragrapho, hoc vberius deduximus. Rem oppignoratam alienare potuisse creditorem, non exinde solum patet, quod debitores in chartis sibi expresse stipulentur, ne res alienentur oppignoratae, sed ex speculo quoque monstrari potest Saxonico (b): *Welch Mann einem andern leihet sein Pferd oder Kleider, oder andere sabrende Hab, oder versetzt, oder zu welcher Weis die aus seinen Geweren mit seinem Willen kommt, verkauft sie denn der, der sie in Geweren hat, oder verszt er sie fürbas oder verspielet er sie, oder wird ihme gestohlen, oder abgeraubt, iener der sie diesen verliehen oder versetzt hat, der mag davon keine Forderung haben, sondern allein wieder den, dem er sie liebe oder versetzte. De casu, quem in re oppignorata ferre debet creditor, sunt verba iuris prouincialis Saxon. (c). Was man aber dem Manne leihet oder einsetzt, das soll er unverderbt wiederbringen, oder soll es gelten nach seinen Würden. Stirbet aber ein Pferd oder ein Vieh in der Versazung, ohne ienes Schuld, der das unter ihm hatte, beweist er das, und thut auch darzu schwören, er gilt es ihm nicht, er hat aber sein Geld verlobren, da es ihm versazt stund, ihr Gelübde stünde dann anders.*

D 3

(a) Sächsfl.

- (a) *Sächsl. Land-Recht* Lib. II. Art. 24.
 (b) *Land-Recht* Lib. II. Art. 60.
 (c) *Land-Recht* Lib. III. Art. 5. Haec tamen dispositio iure Saxonico electorali per constitutionem Augusti est sublata, quam vide P. II. const. 26. Iure Saxonico communi quid obtineat vide apud STRYK. *vsu moderno* ad tit. I. libr. XX. §. 4. et 5.

§. XII.

Non quidem desunt, qui negant, ex pignore in creditorem transiisse dominium. Et inter hos praecipui sunt SCHILTERVS (a) et cel. POTGIESER (b). Quorum tamen argumenta, cum iam ab aliis sint refutata (c), nos non morantur. Quod et nostri instituti ratio non permittit.

- (a) In *Exercitat. ad digesta* XXV. §. 4. seqq.
 (b) In *tr. de pignore iuris Germanici* cap. 2. §. 6.
 (c) GVDLING. *de iure oppignorati territorii* §. 76. seqq. cel. van MEIERN. *von der Rechtmäßigkeit des sechsten Zins Thalers* §. 14. seqq.

§. XIII.

Diximus apud Romanos antiquiori tempore nec pignus nec hypothecam ius produxisse reale, sibi que creditores aut per cessionem in iure, aut per fiduciae contractum prospexisse (§. 7. et 8.). Vterque vero modus cum subtiles admodum desideraret solemnitates (§. 8.), nescio qui praetor, ad imitationem Seruii praetoris, ex sola conventionē ius aduersus quemlibet rei oppignoratae possessorem dedit (a). Et ex hoc demum tempore distinctio

ctio in hypothecam et pignus in republica innotuit Romana, simulque hypotheca aequae ac pignus iuris realis tribuit valorem. Innititur vero hoc ius praetorium fictione, qua praetor creditorem quoad ius persequendi dominum fingit eius realem actionem, seu vindicationem, alias non nisi domino competentem, concedit (b).

(a) NOODT *comment. ad Pandectas* de pignoribus et hypothecis.

(b) MARANI *paratitla digestorum* tit. de pignoribus et hypothecis. Patet hoc ex §. 7. *Inst. de actionibus* ibi enim inter actiones ex fictione praetoria ortas, recensetur quoque hypothecaria. Huc quoque spectat L. 16. D. de *servitutibus*.

§. XIII.

Apud Germanos medio tempore vix quendam hypothecae usum inuenimus, qui etiam non adeo magnus esse potuit, cum Germani omne ius in armis haberent positum. Frequens vero hypothecarum in Germania usus innotuit ex quo Romanum ius in Germaniae penetrauit fora. Hoc enim iure recepto, sicut plura iuris patrii immutata sunt capita, ita quoque natura et indoles pignorum in Germania usitatorum, ad iuris Romani normam est accommodata. Exinde vero varii practicorum errores suam trahunt originem.

§. XV.

Tandem pignora aequae ac hypothecae in securitatem crediti a debitore constituuntur, ad id
vt

vt creditor solutione non praestita hypothecam pariter ac pignus vendat, et solutionem inde consequatur. Recte proinde leges oppignationem viam ad alienationem esse affirmant, eademque in pignore constituendo, quae in alienando adhiberi volunt requisita et solemnia (a). Inde, vbi alienatio in iudicio fiat necesse est, ibi quoque hypotheca seu pignus, nonnisi iudicialis accedat auctoritas, validum est. Porro cum eadem in oppignatione sint obseruanda, quae in alienatione, illi qui alienare nequeunt, oppignorandi quoque facultate haud gaudent. Quae in rerum pupillarum (b), fundique Dotalis (c) alienatione necessaria sunt, requiruntur etiam eorum in oppignatione.

(a) L. fin. C. de rebus alien. non alienandis.

(b) L. i. D. de rebus eorum qui sub tut. l. 7. §. 3. eod.

(c) Princ. Inst. quibus alienare licet.

CAP. III.

DE HYPOTHECA MOBILIVM EX
IVRIS ROMANI PRINCIPIS.

SVMMARIA.

- §. I. Hypothecae locus est in §. III. Verba L. 34. D. de mobilibus. pignoribus et hypothecis et ex illis consecraria.
- §. II. Ast non adeo magna §. IV. Qui textus unicus creditor inde securitas non est de hypotheca mobilium. enascitur, inde Galli illam non admittunt.

§. V.

- §. V. Quae de hypotheca generaliter in legibus definiuntur de mobilium quoque hypothecis valeant necesse est.
- §. VI. Diverſae ſpecies mobilium hypothecae recenſentur ſimulque de uniuerſitate obligata agitur.
- §. VII. Ad mobilium hypothecas nominum quoque ſpectat hypotheca, de qua legum textus adducuntur.
- §. VIII. Ex illis conſectaria.
- §. VIII. Hypothecae dari poſſunt inſtrumenta agriculturae, ſerui bouesque aratorii aliaque agriculturae inſtrumenta.
- §. X. Ad mobilium hypothecae ſpecies ſpectant hypothecae tabernarum.
- §. XI. Aliarumque plurimum rerum.
- §. XII. Diuiſio hypothecarum in generales et ſpeciales eiusque effectus.
- §. XIII. Diuiſio in iudiciales et extraiudiciales earumque effectus. Hypotheca, trium teſtium fide dignorum ſubſcriptione munita, iisdem cum iudiciali gaudet effectibus.
- §. XIII. Haec praefertentia tamen ex ſola deſiptione duorum vel trium teſtium non enaſcitur.
- §. XV. Mobilium hypotheca iudicialis praefertur indiftincte extraiudiciali.
- §. XVI. Ex mobilium hypotheca datur hypothecaria actio.
- §. XVII. Quae aduerſus tertium quoque poſſeſſorem locum habet,
- §. XVIII. Et adhuc competit, re licet mutata.
- §. XVIII. Eadem quoque realis actio ex hypotheca nominum oritur.
- §. XX. Aſt conſultius foret ex mobilium hypotheca hanc actionem plane denegare.

E

§. I.

§. I.

Hypotheca est ius in securitatem crediti alicui in re quadam absque traditione constitutum (Cap. II. §. I.). Omnes igitur res, quae crediti praestare possunt securitatem, pignori quoque dari possunt, et inde in rebus immobilibus non solum, sed quoque in mobilibus pignus et hypothecam constitui expeditum est (a).

(a) De mobilium hypotheca licet expressum non habemus textum, et iuris tamen ratione satis pateret, illam iuri convenire Romano.

§. II.

Hoc tamen negari nequit, non adeo magnam esse securitatem, quae creditori ex hypotheca in re mobili constituta, enascitur. Facile enim res mobiles non solum alienantur, sed in dissita quoque loca transferuntur, quo ius hypothecae plane redituri inefficax. Inde et apud Gallos non dubitatum solum, an hypotheca in mobilibus consistere possit, sed quoque plane negatum est eam in mobilibus subsistere. De qua re MORNACIVS (a), quod hypothecam nempe constitui in mobilibus adeo dubium apud nos fuerat, usque ad tempora Boerii, ut scribat ad consuetud. Bituric. tit. 6. fin. decisione singulari iudicatum fuisse in senatu, nullam esse hypothecam in mobilibus.

(a) In comm. ad Pand. ad L. 34. D. de pign. et hypothecis.

§. III.

§. III.

Iure Romano varia sunt hypothecae mobilium exempla, ad quae prae ceteris spectat L. 34. D. de pignoribus et hypothecis, cuius haec sunt verba: *Cum tabernam debitor creditori pignori dederit, quaesitum est, utrum eo facto nihil egerit, an tabernae appellatione merces, quae in ea erant, obligasse videatur? et si eas merces per tempora distraxerit, et alias comparauerit, easque in eam tabernam intulerit et decesserit; an omnia, quae sibi deprehenduntur, creditor hypothecaria actione perere possit, cum et mercium species mutatae sint, et res aliae illatae?* respondit: *Ea, quae mortis tempore debitoris in taberna inuenta sunt, pignori obligata esse videntur.* Duplex in hoc textu agitur quaestio, primo: an consistere possit hypotheca in taberna, tanquam re mobili? et deinde: an in mercibus, in locum venditarum comparatis, et tempore factae oppignorationis in taberna nondum existentibus, ius hypothecae quoque competat? Vtrumque affirmat Ictus. Ex quo colligi potest: 1) subsistere in rebus mobilibus hypothecam; et 2) vniuersitate quadam oppignorata, creditori ius hypothecae non competere, in rebus singulariter ex vniuersitate alienatis; illud tamen competere 3) in rebus in locum alienatarum comparatis, licet tempore oppignorationis nondum in taberna existentibus.

§. IIII.

Sunt, qui putant, hunc textum esse vnicum, qui de hypotheca mobilium in iuris Romani corpore

existeret. Sic enim MORNACIVS ad hanc legem: *Vnicus fere hic textus est, quo probari potest ex iure civili, hypothecam etiam constitui in mobilibus.* Sed minus recte. Nusquam enim in legibus ex numero eorum, quae hypothecae dari possunt, mobilia excluduntur, ubique potius illa includuntur (a). Et annon hypothecae ius illi negari potest, cui competit actio hypothecaria? Hanc vero ex mobilibus competere patet ex Paragr. 7. *Inst. de actionibus* (b).

(a) L. 6. 7. D. de pignoribus et hypothecis L. I. D. de distra-
ctione pignorum.

(b) HUBER. ad Pandectas lib. XX. tit. I.

§. V.

Valide igitur in mobilibus hypotheca constituitur (§. 3. et 4.) et inde, quae de hypothecis generaliter in iure nostro definiuntur, ad mobilium quoque hypothecas tamdiu spectare necesse est, donec alia de mobilium hypotheca monstretur legum dispositio. Iam vero nusquam in legibus nostris dispositio occurrit, qua de constitutione hypothecae mobilium, de eius effectibus et actione aliud, quam de hypothecis in genere sancitum deprehendimus, ac proinde hypotheca eodem modo constituitur in mobilibus ac in immobilibus, effectus iuris realis ac inde descendente realem actionem hypothecae mobilium aequae ac immobilium producit, eademque in perfequendis mobilium hypothecis ubique legum est dispositio, quae in immobilibus.

(a) HUBER. praefectio. ad Pand. de pignoribus et hypothecis §. 3.

§. VI.

§. VI.

Constitui igitur potest hypotheca mobilium in mercibus, certis per privilegium aedibus non destinatis (§. 9. C.I.) valet hypotheca mercium, quae in apotheca sunt (§. 8. C.I.). Valorem quoque habet hypotheca librorum, bibliothecarum, gregis ovium, suppellectilis aliarumque innumerarum rerum mobilium vel se mouentium. Cum deinde mobilium hypothecae idem ius sit ac aliarum hypothecarum, sequitur, ut quoque aduersus tertium quemcunque rerum oppignoratarum possessorem, excusso principali debitore, ius et adionem producant. De vniuersitate vero obligata, veluti bibliotheca, grege ovium, taberna &c. notandum est, quod, re singulari ex illa vniuersitate alienata, aduersus tertium possessorem nulla competat actio. Quae tamen locum habet aduersus vniuersitatis obligatae tertium possessorem (§. 3.). Quae vero postea vniuersitati accesserunt merces, licet oppignorationis tempore in vniuersitate non existentes, obligationis quoque subsunt nexui.

§. VII.

Non igitur est, ut iura, quae de hypothecis generaliter constituuntur, huc prolixè transcribamus, cum in vulgaribus quoque iuris compendiis vbique sint obuia. Hic paucas solummodo mobilium hypothecae species, quarum iura quibusdam dubia mouent, exponere animus est. Ad hanc vero prae primis classem nominum refero hy-

pothecam. Hanc, licet ex personali obligatione reale ius dari admodum dubium videatur, leges probant clarae. Sic imperator ALEXANDER (a): *Nomen quoque debitoris pignorari et generaliter et specialiter posse, iam pridem placuit. Quare si debitor is satis non fecerit, cui tu credidisti, ille, cuius nomen tibi pignori datum est, nisi, cui debuit, soluit, nondum certior a te de obligatione tua factus, vtilibus actionibus satis tibi facere, usque ad id, quod tibi deberi a creditore eius probaueris, compellatur, quatenus tamen ipse debeat.* Cum quo consentit PAVLLVS (b) et imperatores DIOCLETIANVS ET MAXIMINIANVS (c).

(a) L. 4. C. de rebus, quae pignori obligari possunt.

(b) L. 18. D. de pignoratitia actione.

(c) L. 7. C. de haereditate vel actione vendita.

§. VIII.

Nominum igitur hypothecam constitui leges permittunt (§. 7.) proinde quoque, quae generaliter de hypotheca constituuntur, tamdiu de nominum valent hypotheca, quam demonstrari nequit, aliam circa nominum hypothecam legum esse dispositionem. Iam vero nullam inuenies legem, qua ratione constitutionis, effectus, seu actionis, differentia inter hypothecam in genere et nominum hypothecam constituatur, ideoque, quae generaliter de hypotheca constituenda leges praecipunt, in nominum quoque hypotheca locum inueniant necesse est. Quemadmodum igitur hypotheca sola conuentione absque traditione constituitur (§. 1. et

13.

13. C. II.), ita quoque in nominum hypotheca, ut chirographum tradatur, non est necesse. Imo et debitoris necessario haud desideratur consensus, qui tamen inscio se constituta hypotheca, soluto debito, non tenetur creditori hypothecario (a). Inde melius omnino sibi consulunt, qui et chirographi traditionem, et consensum exigunt debitoris (b).

(a) Obcitatum L. 4. C. de rebus, quae pignori obligari possunt. Neque enim soluto nomine, qui hypothecam in illo haber constitutam, aduersus debitorem nominis iure reali agere potest, dum debitor rem oppignoratam nomen, scilicet, praestita solutione amplius haud possideat, neque personalis locum habet actio, quippe quae aduersus tertium, qualis est debitor nominis oppignerati, non datur.

(b) Vberiore de hac materia tractationem inuenies in ILL. IO. TOB. HOFFMANNI Seren. Saxo-Gothani a consiliis aulicis diss. de hypotheca nominum.

§. VIII.

Huc quoque agriculturae instrumenta, seruos agricultores, boues aratorios aliaque ad agriculturam pertinentia, refero. His, licet inter varia eaque magna priuilegia (a), ius Romanum hoc quoque indulgeat, ne pignoris causa de possessionibus abstrahuntur simulque in violatores huius priuilegii quadrupli restitutionis, infamiae aliamque arbitriam statuatur poenam (b); non tamen exinde consequi puto, hypothecam plane non in huiusmodi rebus constitui posse. Ex ipsa enim tam seuerae prohibitionis ratione, quae non alia est, quam tri-

tributorum ex pignoratione agriculturæ instrumentorum oriunda retardatio (c), satis colligi potest, non pignori quidem, ast hypothecæ tamen tunc dari posse agriculturæ instrumenta, si exinde non impediretur agricultura et tributorum illatio. Inde toties agriculturæ instrumentorum hypothecæ suum producit effectum, quoties distractis prædiis, dominus instrumenta, nec ad agros colendos adhibet, nec venditis prædiis, tributa pendet. Ut in concursu creditorum, quo sane reliquis præferretur, qui huiusmodi hypothecam haberet. Ast nullius plane esset effectus huiusmodi instrumentorum hypothecæ, quamdiu illis ad agros colendos debitor adhuc vteretur (d).

(a) De his egit KRESS. in dissertat. de privilegiis agriculturæ.

(b) L. 7. et 8. vt et Authentica Agricultores C. quæ res pignori obligari possunt.

(c) L. 7. citata: Executores a quocunque iudice dati ad exigenda debita ea quæ ciuilitèr possuntur, seruos aratores aut boues aratorios aut instrumentum aratorium pignoris causa de possessionibus non abstrahant. Ex quo tributorum illatio retardatur.

(d) Tunc enim executio in huiusmodi instrumenta eorumque ablatio fieri non possèt. Ob L. 6. 7. ast qui auctoritates amant, euoluant KRESS. de privilegiis agriculturæ. Sectio II. §. 19. n. XXX. quo conseruatum præiudiciorum allegatum inueniet cumulum.

§. X.

Mobilibus quoque accensentur tabernæ tam librariæ, quam aliæ mercatoriae bene instructæ (a)
et

et inde in illis mobilium hypothecae esse locum, vix est, quod dubitemus. Vtrum vero venditis, quae in taberna oppignorationis tempore erant, mercibus, hypothecae ius adhuc duret, quaeri potest? Et ei adhuc locum esse recte affirmat SCAEVOLA (b). Conuentione enim de taberna oppignoranda, quaedam vniuersitas est oppignorata, haec vero manet, sensim licet mutatis partibus (c). Inde in taberna quoque venditis licet omnibus mercibus tempore oppignorationis existentibus, tamen in reliquis in venditarum locum comparatis ius hypothecae adhuc durat. Idem quoque de grege ouium erit dicendum (d). Aliud vero esset, si singulae res conuentione hypothecae essent constitutae, quale exemplum habet Modestinus de mancipiis oppignoratis (e).

(a) L. 66. D. de Verb. Sign.

(b) L. 34. D. de pignor. et hypoth.

(c) L. 77. D. de iudiciis.

(d) L. 13. pr. D. de pignoribus et hypothecis.

(e) L. 26. §. 2. eod.

§. XI.

Dantur adhuc plures hypothecarum, quae in mobilibus constituuntur, singulares species. Sic apud Romanos in seruis recte hypotheca constituebatur (a), quae et hodie in hominibus propriis valet (b). Adficiebantur quoque hypothecae nexu antiquiori Romanorum iure liberi, quorum tamen op-

F

pigno-

pignoratō postea grauissimis prohibita est (c) poenis. Singulare oppignorationis exemplum apud Aegyptios obtinet, qui cadauera parentum condita oppignorabant, et ei, qui illis neglectis non expunxerat nomen, honesta sepultura denegabatur (d). Apud nos vsu inualuit, vt hypothecae quoque salaria constituantur. Sed consultius foret, si hic ea obtinerent, quae de ludis gymniciis Romani disposuerunt (e) *spem eorum praemiorum, quae pro athleticis pensanda sunt, priuata pactione pignerari, minime admittendum est: et ideo, nec si generale pactum de omnibus bonis pignore obligandis interuenerit, tenetur.*

- (a) L. 26. §. 2. D. de pignor. et hypothecis.
 (b) BOEHMER, de statu hominum propriorum in Germania.
 (c) L. 5. D. et L. 6. C. quae res pignori obligari &c.
 (d) DIODORVS SICVL. bibliothecae lib. I. 93.
 (e) L. 5. C. quae res pignori obligari. vide quoque Meuii decisio. p. VII. decis. 271.

§. XII.

Ne tamen diutius variis inhaereamus speciebus hypothecae mobilium recensendis, ad eam hypothecae diuisionem progredimur, qua in generales et speciales diuiduntur. *Generalis hypotheca dicitur, quae omnia omnino bona obligantur, specialis vero est, ubi certa solum bonorum pars obligationis nexui subiicitur.* Generalis hypotheca anterior praeferenda est speciali posteriori, sed interdum utraeque et generalis et specialis connectuntur et tunc generalis subsidiaria censetur, et non nisi speciali excussa, suos habet

habet effectus (a). Cum igitur generalis hypotheca omnia adficiat bona, illa in mobilibus quoque iuris realis producat effectus necesse est. Ast sunt quaedam res, quas generalis non adficit hypotheca, quales sunt; vestes quotidianae, instrumenta agriculturae, opificiaria, bibliothecae aliaeque res quotidiani usus, quasue probabiliter quis oppignorare noluit (b).

(a) STRYER. de cautel. contr. §. 2. c. 4. §. 17. BOEHMER. digest. Libr. XX. i. 6.

(b) L. l. C. qua res pignori et L. 6. D. de pignoribus et hypothecis.

§. XIII.

Omnis autem hypotheca vel in iudicio vel extra illud constituitur. Et quidem ex Romanorum principiis pandectarum iure hypotheca extra iudicialis aequae ac in iudicio constituta, non solum aduersus tertium quemlibet rei obligatae se exserit possessorem, sed quoque in iudicio constituta, nulla gaudet praeferebantia praeferebantia extra iudiciali (a). Cum vero extra iudiciales hypothecae variis subsint fraudibus, facileque calliditate debitoris dies mutari, et in fraudem anteriorum creditorum possit proferri; bene ab imp. LEONE (b) est sancitum, ut hypothecae publice constitutae praeferantur extra iudicialibus, nisi haec omni fraudis careant suspitione, quod est, si probatae atque integrae opinionis trium vel amplius virorum subscriptione iisdem idiochiris contineantur.

(a) L. i. D. de pactis. L. i. D. de pignor. actione.

(b) L. XI. C. qui potiores in pignore.

§. XIII.

Ratio praeferentiae hypothecae in iudicio constitutae prae extrajudiciali est fraus (a), quae in extrajudicialibus in detrimentum anteriorum creditorum adhiberi potest (§. 13.). Et inde volunt doctores (b), cessante omni fraudis suspitione priuatae quoque hypothecae eosdem cum publica esse effectus. Hinc si ex depositione duorum testium instrumenti tabulis haud subscriptorum, omni tamen exceptione maiorum, de tempore ac veritate hypothecae constitutae constet, hanc hypothecam, publica priorem scriptura, anteferendam esse affirmant. Sed minus recte hi sentiunt, quae enim clara satis lege determinata sunt, doctorum eueri non debent interpretatione. Lex vero, ut omni fraudis suspitione hypotheca careat, non duorum testium depositionem, sed maiorem certitudinem, talemque desiderat, quae ex trium vel plurium testium subscriptione oritur. Inde recte BRUNNEMANN (c) *An hoc in iudiciis nostris obtineat in concursibus creditorum dubito? Nam nec hoc ius allegatum aut obtentum memini.*

(a) BRUNNEMANN. ad Codicis L. 2. qui potiores in pignore. PEREZ. ad codicem tit. de his, qui potiores in pignore n. 25. 26. 27.

(b) MANTICA cap. 24. n. 5. seqq. TIRAQUELL. de retract. conuent. §. 1. Q. 7. n. 59.

(c) Ad cod. L. II. qui pot. in pign.

§. XV.

Nulla iure Romano circa mobilium et immobilium hypothecam est differentia (§. 5.). Inde eo minus dubitari potest, in mobilibus quoque hypothecam vel in iudicio vel extra iudicium constitui, iudicialeque praeferrī extraiudiciali, nisi haec testium trium vel plurium subscriptione sit munita. Iure igitur Rom. in concursu creditorum iudicialis hypotheca, siue in mobilibus siue in immobilibus, sit constituta, praefertur extraiudiciali indistincte.

§. XVI.

Hypothecam res aequae mobiles ac immobiles adficere, iam §. 5. monuimus, et inde quoque idem ius in hypothecis mobilium ac immobilium obtinet. Iam vero ex hypotheca immobilium actio competit Seruiana, eaque realis, aduersus quemlibet rei possessorem sese exserens, et proinde quoque ex mobilibus actio competit realis aduersus quemlibet earum possessorem. Nusquam enim in iure contrarium est sancitum. Ergo ubique quae de hypothecae actione generaliter constituuntur ad mobilium quoque hypothecam sunt adplicanda.

§. XVII.

Ex mobilium hypotheca iure Romano hypothecaria datur actio (§. 16.). Illam adhuc hodie doctores concedunt, si aduersus ipsum debitorem eiusue dirigatur heredes, aut negant, illi aduersus tertium rei mobilis pignorate possessorem esse lo-

cum. De ieorum sententiā haec sunt HUBERI verba (a): *quando res mobiles a tertio possidentur, hodiernis fere gentium moribus obtinuit, eam per hypothecariam actionem non posse auocari, quo pertinet regula frequens fori Gallici, et aliorum; Les meubles n'ont point de suite, id est, mobilia non habent sequelam, idque propter ingens incommodum, quod ex eiusmodi persequutionibus in mercaturam inueberetur, qua de re vid. inter alios MORNAC. ad l. 34. GROTI. l. 2. Introd. c. 48. n. 34. FABR. ad tit. C. de SCto Trebell. num 89. Nec apud nos quidem frequens huius actionis hypothecariae usus apparet, nec ita vulgo opinatur, eum, qui rem mobilem pignori obligatam iustitiae titulo acquisitam tenet, a priori creditore cogi posse ad cedendum. Ast receptum apud nos ius Romanum est seruandum, quatenus eius abrogatio, moribus patriae facta, non potest monstrari. Romanorum igitur iure cum excusso principali debitore actio hypothecaria etiam ex mobilium detur hypotheca aduersus quemlibet rei possessorem (§. 16.), nostro quoque iure haec actio aduersus quemlibet sese exferit possessorem, nisi aliud patriae legibus sanctum monstratur.*

(a) Praelectionibus ad Pandectas Lib. XXI. §. 10.

HVV 2
§. XVII.

Actio hypothecaria ex mobilium quoque hypotheca aduersus tertium competit possessorem (§. 17.) sed ponas hunc rem in aliam mutasse formam, an adhuc quasi Seruianae actioni erit locus?
et

et affirmatiua verior videtur. Non enim de forma, vt pignori fit, conuenit, sed de re seu materia, quae qualis fiat, pignori tenetur (a). Afficit quoque pignus non formam solum rei oppignoratae, sed omnes eius partes ideoque etiam materiam (b). Probat hoc MARCIANVS (c): *Si res hypothecae data, sunt eius verba, postea mutata fuerit, aequè hypothecaria actio competit, veluti de domo data hypothecae et horro facta. Item si de loco conuenit et domus facta sit. Idem de loco data deinde vineis in eo positis.* Et licet alias in rebus specificatis distinguendum sit, an in pristinum redigi possint statum, nec ne, ac priori casu res domino materiae, posteriori vero specificanti sit adiudicanda (d), pignus tamen specificatione seu mutatione pignoris non adimitur, dum materiae cohaeret.

(a) NOONT ad Lib. XX. tit. I. p. 43f.

(b) L. 113. de Reg. iur.

(c) L. 16. §. 2. D. de pignoribus et hypothecis.

(d) §. 25. Inst. de Rer. diuis.

§. XVIII.

Mobilium hypothecae species est hypotheca nominum (§. 7). Inde ex illa eadem, quae ex ceteris hypothecarum speciebus, datur actio, hypothecaria nempe, vel quasi seruiana (§. 16.). Nec captanda sunt verba, dum in legibus *utiles actiones* creditori, cui pignus obligatum, aduersus debitoris debitorem dari constituitur. Est enim semper utilis actio hypothecaria seu quasi seruiana, quippe inuen-

inuenta ad similitudinem hypothecariae seu seruinae actionis (a), quemadmodum igitur excusso principali debitore (b), aduersus quemlibet rei pignorate possessorem hypothecaria tendit actio, ita quoque ex nominum hypotheca, non aduersus debitoris debitorem solum sed aduersus tertium quoque nominis possessorem conceditur actio. Aduersus ipsum debitoris debitorem si actio instituitur, non personali sed reali esse agendum, non solum iuris ratio, sed quoque doctorum praeiudicia confirmant, quae ex BORNII dissertatione adduxit CEL. HOFFMANN (c): *Nunmehr aus denen Acten so viel zu befinden, daß Beklagter das producirte Document zu recognosciren nicht schuldig, es ist aber der Kläger, actione hypothecaria dieselben (nempe debitoris debitorem) zu belangen unbenommen.* Duae vero in instituenda hac actione aduersus tertium distinguendae sunt quaestiones. Primo, an aduersus tertium de chirographo oppignorati nominis extradendo actio institui? deinde, an facta a debitore ex cessione vel assignatione nominis pignorati solutione, solum a tertio vindicari possit? Priorem casum habet HUBER (g) *Titius vir nobilis ordinis militaris ductor tempore secundi belli Anglicani dederat prouinciae mutuo duo millia florenorum: Hanc obligationem cesserat secundo, secundus eam cesserat tertio. Tertio deinde mortuo, nec soluendo reperto, quartus creditor eius, princeps eorum, qui postpositi nihil acceperant, supremæ curiæ senator D. Gerardus Adius egit hypothecaria aduersus tertium possessorem obligationis 2000. florenorum, ut eam sibi tanquam priori hypothecario creditori,*

ri, traderet, aut suum debitum solueret. Cum alter se opponeret, ratione praedicta, curiae sententia prima repulsus est actor, sed per reuisionem sententia reformata, quartus suum ius hypothecae obtinuit. Quod non obtinisset, si curia de pignore mobilium rerum, quibus obligationes accensentur aduersus tertium uti non posse credidisset. Cum quo conuenit BOEHMERVS (c). Weil aber dennoch kein Zweifel, quod etiam nomina tam in specie quam in genere hypothecae dari possunt.

L. 13. §. 2. D. de pignor. et hypoth.

L. 18. pr. D. de pignorat. actione.

Welches ius so lange in saluo bleibt, als die Schuld noch nicht eingetrieben ist, wenn sie gleich cediret werden solte; dabero wir mit denen ICTIS Wittenbergensibus darinnen eins sind, das, wenn ante cessionem auf solche nomina creditores generalem vel specialem hypothecam überkommen haben solten, dieselben das ius perfequendi hypothecam suam contra praesentem eius possessorem wohl gebrauchen können. Similem casum tractat ILL. HOFFMANN (f). Sed soluto nomine pignorato, quaenam creditori competat actio, maior erit dubitatio. Et recte distinguendum putant, vtrum debitor, sciens nomen hypothecae esse, soluat, aut in ignorantia fuerit? Si debitor non ignorat hypothecae constitutionem, et nihilominus soluit, in dolo est, doloque possidere desit. Qui dolo possidere desit, pro possessore ex iuris fictione habetur, et sic omnino debitor, qui sciens nomen oppignoratum soluit, actione reali conueniri potest,

G

vt

vt rursus solutionem praestet. Ignorans vero si soluit, aut ipsi creditori suo, debitori creditoris pignoratitii, soluit, aut tertio. Si ipsi creditori vel debitori pignoratitio solutionem praestet, ab obligatione liberatur, et creditor pignoratitius non nisi debitorem suum conuenire poterit. Aliud vero dicendum, si tertio solutum est nomen. Casum huncce fingamus. Caius Iauoleno centum dat mutuo, deinde in hoc mutuo hypothecam Meuius constituit, rursus vero cessionem seu assignationem in idem mutuum dat Paulo. Qui exigens a Iauoleno debitum solutionem accipit, et quaeritur, vtrum Meuius, quippe qui anteriorem constitutionem habuit hypothecam, vtili hypothecaria aduersus Paulum experiri possit, ad id vt pecuniam sibi solutam reddat aut soluat. Et omnes fere negant, soluto debito creditori nominis hypothecario, quoddam ius superesse reale. Nomen pignorum solutione extinctum, et extincta re, quae pignori fuit, non nisi personalem aduersus debitorem actionem superesse dicunt. At liceat et nobis de re tam ardua nostram proponere sententiam, quae si cui forsitan non placet, sciat, illam et nos omnimodo haud probare. Romani dum semel et in nominibus hypothecam constitui permiserunt, voluerunt sane, vt illi in omnibus quoque effectus hypothecae tribuantur. Sane eos hoc voluisse fortissima inde oritur praesumptio, quod contrarium nusquam sancitum inueniamus et standum sit regulae, nisi exceptio probetur. Inde quoque voluerunt, vt ex nominum hypotheca ius oriatur reale. Si in
tri-

tribuendo huiusmodi iure reali Romani ad so-
lum nomen, et non potius ad id, quod est in no-
mine, respexissent, fieri vix potuisset, vt ex iure
personali realem concederent actionem. Hoc vero
cum factum sit, videntur Romani id potius respe-
xisse, quod est in nomine, id est pecuniam. Igi-
tur in nominum hypotheca reale ius non nomini,
sed quantitati pecuniae, quae est in nomine, cohae-
ret. Et exinde sequitur, vt aduersus eum, ad quem
huiusmodi quantitas transit, actio quoque conce-
denda sit realis. Nec aequitati huiusmodi ius con-
trariatur. Ius enim semel alicui concessum nullo
modo illi debet aut potest interuerti.

(a) CUIACIUS ad Iulii Pauli Lib. 29. seu L. 18. D. de
pignorat. actione vide quoque L. 1. pr. et §. 2. de pign.
et hypothecis.

(b) Excussionis exceptionem hic quoque locum habere con-
tra Bartolum asserit CUIACIUS ad L. 18. de pignorat.
actione et HOFFMANN. in dissert. de hypotheca nominum
Cap. I. §. 29. rationem desumunt ex L. 4. C. quando
fiscus vel priuat. qua fisco ius in debitorum debitores con-
ceditur, sed excusso demum principali debitore.

(c) In diss. Laud. §. 24.

(d) Ad D. tit. de pignor. et hypoth.

(e) Consult. et decis. tom. II. p. 1. decis. 353. n. 31. et 32.

(f) In saepe laudata dissertatione Parte practica prins.

(g) L. 4. C. de rebus, quae pignore dari.

§. XX.

Quae de mobilium aequae ac nominum hypo-
theca diximus, nostro adhuc obtinent iure. Ast non
G 2 nego,

nego, commerciis vtilitatie reipublicae hasce non conuenire dispositiones, consultiusque fore, si mobilium nominumque hypothecae iuris realis denegarentur effectus. Factum hoc apud Gallos, de quibus MORNACIVS (a): *Seruatur vbique Gallicorum axioma vulgatissimum, quo dicitur. Que les meubles n'ont point de suite par hypothèque.*

(a) *Comment. ad Pandect. L. 34. de pignor. et hypoth.*

CAP. III.

DE HYPOTHECA MOBILIVM EX
PRINCIPIIS IVRIS GERMANICI ET
PRAESERTIM SAXONICI.

SUMMARIUM.

- | | |
|--|---|
| §. I. Hypothecarum frequens
usus in Germania coepit
recepto iure Romano. | §. VI. De effectibus arresti
et immissionis ratione mo-
bilium. |
| §. II. Variarum hypothecarum
in mobilibus species apud
Germanos recensentur. | §. VII. De effectibus arre-
sti ratione fructuum pen-
dentium. |
| §. III. Hisce accensendum est
obstadium. | §. VIII. Iudicialis hypothe-
ca sic auctoritate iudicis
compe- |
| §. IIII. Differentiae Iuris
Germanici in hypothecis
mobilium ac immobilium. | |
| §. V. In mobilibus Hypothecae | |

- competentis ideoque talis rem; in mobilibus uxori non est, quae coram tribus testibus constituta. §. XIII. omnibus tacitam hypothecam habentibus praefertur.
- §. VIII. Differentiae iuris Germanici et Romani ratione magistratum in constituendis hypothecis. §. XV. Inde quaeritur, quomodo uxor conuentionali posteriorem hypothecam habens sit locanda, si tertia antiquior conuentionali simul adsit hypotheca.
- §. X. Oppignoratio mobilium iudicanda est ex usu fori, cui persona oppignorans subest. §. XVI. Quomodo conuentionalis mobilium hypotheca in concursu cum generali sit collocanda.
- §. XI. In concursu creditorum mobilium hypothecarii distinguendi sunt ab iis, quibus immobilia oppignorata. §. XVII. Omnia, quae superiori capite de hypotheca mobilium sunt dicta, valent tamdiu, quam contrarium ex iure patrio probari nequit.
- §. XII. Ex quibusnam bonis solutionem accipiant, qui in prima et secunda creditorum classe sunt?
- §. XIII. Conuentionalem hypothecam habens antero-

§. I.

Ex Latio in patriam redimus, ibique, licet hypothecae iuris naturae fundamento non destituantur, eartum tamen antiquiori tempore usum inuenimus fere nullum, quippe qui adeo magnus esse haud potuit. Illis enim temporibus, quibus Germani omnes mortalium fide superabant (a), nec pignoribus nec hypothecis opus erat; ex quo vero

pristina Germanorum simplicitate extincta pro fide fraus inoleuerat, absque rei pignorate traditione non adeo magna creditoris futura fuisset securitas, quippe quae media aetate, moribus ita receptis, ex iure in armis posito pependisset omnis. Quisnam vero armorum incerto euentui suas fuisset crediturus pecunias? Inde et in rerum monumentis veterum vix quoddam hypothecarum obseruamus vestigium, licet multa oppignorationum translato dominio factarum inueniamus exempla. Qui igitur frequens apud nos hypothecarum est usus, ex illo demum tempore coepit, quo ius Romanum infelici sidere in nostra penetravit fora.

(a) TACITVS *Annal.* lib. XIII. cap. 54.

§. II.

Ante quam ius Romanum Germani reciperent, immobilium, nedum mobilium hypothecae, fere erant ignotae (§. I.); hoc vero iure semel introducto, in mobilibus quoque hypothecae valide constitui, et vniuersalis iuris Romani receptio et usus fori satis probant. Valent proinde in nostris foris hypothecae nominum, mercium, animalium, valent instrumentorum agriculturae oppignorationes, valent quae in hominibus propriis et qui his equiparantur Iudaeis, aliisque innumeris rerum mobilium speciebus, in commercio existentibus, securitatemque praestantibus, constituuntur hypothecae. Non igitur est, vt huc prolixè transcribamus, quae iam superiore capite de mobilium hypotheca

ex

ex iuris Romani principiis differimus, ea solummodo hic addimus iuris patrii principia, quae a Romanis recedunt iuribus.

§. III.

Quemadmodum vero apud Romanos, nec vxorum nec liberorum, nec liberorum hominum valebat oppignoratio, ita et apud nos eadem obtinet dispositio (§. 2.). Hoc tamen singulare est, quod et liber homo corpus suum apud Germanos oppignorare et in illo hypothecam constituere possit. Fit hoc in obstagio *dem Einlager dem Eintritt* (a), quod definiendo *POTGIESERO* (b) est pactum, quo debitores aut eius fideiussores in casu non factae solutionis tempore praescripto obstringunt se creditori, quod moniti ab ipso vel eius heredibus, vel soli vel cum comitatu, totidemque equis, quot in tabula cautionis expressi in locum assignatum sint venturi, nec inde discessuri, donec Creditori plenissime satisfactum fuerit. Habes hic ius creditori in corpore debitoris absque traditione in securitatem crediti constitutum, et sic hypothecam (§. 1. C. II.). Idem huius iuris, ac hypothecae est effectus. Quemadmodum enim non facta iusto tempore solutione, creditori ins est possessionem hypothecae in securitatem crediti arripiendi, ita in obstagio quoque exigere potest creditor, vt debitor in locum se conferat assignatum, ibique tandiu maneat, donec solutionem praestiterit. Frequens antiquiori tempore in omni fere Germania erat obstagii visus, in speculo quoque Saxonico adprobatus (c), est abusu factum est, vt pactum in se optimum apud Saxo-

Saxones non solum (d), sed publica quoque lege (e) abrogaretur, quod tamen penes Holfatos adhuc in usu est, quibusue etiam eius usus legibus imperii publicis est confirmatus,

(a) De quo TABOR et SCHILTERVS singularibus scriptis erudite egerunt, ast vincit hos POTGIËSER in *comment. de obſtag.* annexo tractat. de iure pignoris.

(b) l. c. cap. III. §. 3.

(c) Lib. II. art. V.

(d) Per *constitut. Auguſti elect.* de anno 1572. quae est P. II. conſtit. XXI.

(e) *Ordinatio politica* de anno 1577. tit. 7. von wucherl. *Contracten*, quibus annectitur clauſula. *Da auch einige Verſchreibung hinförters darauf geſtellet würde, ſoll die Leiſtung als nunmehr iure publico verboten, an ihr ſelbſt nichtig, und demnach kein Burg noch Schuldner zu leiſten, noch auch den Wirtben, da auf ihn mit der Thae geleistet, etwas zu bezahlen verbunden ſeyn.*

(f) Prout in *instrumento pacis Weſtphalicae* art. VIII. §. indaganda, itemque R. I. de anno 1654. §. 172. est factum.

§. III.

Quamvis vero hypothecae iuri Romano suam debeant originem, varia tamen, recepto semel earum iure, patriae quoque leges constituerunt. Sic ex iuris Romani dispositione iudicialis hypotheca, siue in mobilibus siue in immobilibus sit constituta, indistincte hypothecae praesertur extraiudiciali (§. 13. C. III.). Sed alia est hypothecae ratio apud Germanos et Saxones praesertim, penes quos immobilium hypo-

hypotheca iudicis auctoritatem ad valorem suum requirit, mobilium vero hypotheca absque iudicis consensu conualefcit eundemque cum iudiciali habet effectum (a). Varias huius dispositionis sunt causae, quae partim ex aequitatis ratione, partim ex iuris patrii sunt indole. Iure enim Germanico oppignoratio non solum est via ad alienationem (§. 15. C. II.), sed ipsum oppignorando in creditorem transit dominum (§. 10. C. II.). Inde quae in alienationibus adhibentur solemnitates, ad validam quoque pignorum et hypothecarum exiguntur constitutionem. Iam vero ex Germanorum, praesertim Saxonum, principiis non sola titulata traditio, sed accedens iudicialis resignatio, plene validam reddit immobilium alienationem (b). Ergo et ad pignus seu hypothecam in immobilibus valide constituendam, iudicialis accedat resignatio necesse est. Aliam insuper rationem, cur iudicialis auctoritas in immobilium oppignoratione accedat necesse est, legislator Saxo tradit P. II. Const. 23. verbis, *und dieses hat vernünftige Ursachen, damit ein Gut nicht vielen versetzt, und also die Leute betrogen werden.* Sed hanc rationem non vnicam esse, vel exinde patet, quod haec dispositio solum de immobilibus, non vero de mobilibus condita sit, cum mobilia tamen maioribus subsint fraudibus.

(a) Sic enim elector Constit. XXIII. P. II. fine *Fabrus und bewegl. Güther mögen auch auf Sächsischem Boden ohne dergleichen Insinuation iemant zum Unterspfand wohl verscrieben werden*, vide quoque I. P. S. lib. I. Art. 52.
H et

et ibi glossam. Consentit quoque ordin. iudic. Gothana p. 1. c. 18. §. 9. Welche aber ausdrückl. Verpfändung haben, wenn sie solche auf habender Hab oder an aufstehenden Schulden oder nominibus haben, ist die Verpfändung kräftig, obgleich keine Solennität darbey vorgangen. Aber unbewegl. Güther sollen landübl. Sächsischen Rechten nach, vor der Obrigkeit und Gerichten, darinnen solche gelegen, verpfändet und daselbst insinuiret oder Gunst und Consens darüber aubracht werden, wiedrigensfalls dergl. Verpfändung nicht kräftig seyn. Eadem dispositio iisdem verbis in ordin. Process. Henacensi p. 186. occurrit. Quam etiam habet ordin. Proc. Magdeb. c. 49. classe 3. §. 47.

(b) SCHILTER. exercit. ad Pandect. XXXIII. p. 4. CARPZOV. lib. II. CXXIII. def. I. et 14. STRYCK. usu mod. Pand. XX. tit. I. §. 13.

§. V.

In Saxonia hypotheca mobilium extraiudicialis eosdem habet effectus ac iudicialis (§. 4.). Inde in concursu ratione mobilium non alia hypothecae iudicialis prae extraiudiciali et huius prae illa praefereantiae est ratio, quam sola temporis prioritas. Qui igitur prior est tempore, potior quoque est iure. Hinc hypotheca extraiudicialis anterior praefertur in mobilibus recentiori iudiciali (a).

(a) MOLLER lib. I. fem. 3. CARPZOV. P. II. const. 23. def. 9. et lib. 4. Resp. 41. n. 5. MEVIUS ad ius Lubec. lib. III. tit. 4. art. 1. n. 17. RICHTER. de privilegiis credit. c. 4. dist. 2. n. 130. MARTINI Proc. tit. 46. §. 1. n. 11.

§. VI.

§. VI.

In Saxoniam mobilium hypotheca extraiudicialis habet eundem cum iudiciali valorem (§. 4.). Iudicialis hypothecae speciebus accensetur arrestum, ex quo omnes iudicialis pignoris nascuntur effectus. Est vero arrestum vel generale vel speciale. Hoc quoad mobilia ius haud tribuit maius, quam conventionale pignus (§. 4.). Illud, ut omnia debitoris bona, sic mobilia quoque afficit, at in illis creditor praesertentia praesertit iis, qui conventionali gaudent pignore, non nascitur, potius antiquius extraiudiciale pignus in mobilibus arresto praesertitur nouiori (a). Idem quoque de immessione iudiciali est dicendum, quippe quae pignoris iudicialis habet effectus.

(a) *Ordin. process. Saxon. elector. tit. 51. §. 7. cum qua consentit ordin. Processus Saxo. Gothan. P. I. c. 19. §. 11. id. ordin. Iudiciaria Magdeburgica c. 48. §. 16.*

§. VII.

Ex iuris Romani dispositione fructus pendentes accessionis iure pro parte fundi habentur, ideoque immobilium iure censentur. At Saxorum iure culturaeque percepta habentur, ac mobilibus accensentur (§. 6. C. I.). Quicumque igitur in mobilibus hypothecam habet extraiudicalem, ille et in fructibus iis, quibus iudicialis, at posterior est hypotheca, merito praesertitur (§. 4.) (a).

H 2

Quod

Quod etiam de arreſto eſt dicendum (§. 5.), aſt contrariam ſententiam tuetur N. de BERGER. (b).

(a) MARTINI *comment. ad Proceſſ.* p. 453.

(b) BERGER, *Electa diſceptat. for.* P. I. p. 1559.

§. VIII.

Nomina proprie nec ad mobiles nec ad immobiles res poſſunt referri (§. 13. C. I.), aſt quoties de oppignorandis quaeritur eſt nominibus, illa mobilium cenſentur iure; valideque extra iudicium oppignorantur (a). Ea de cauſa clara in Saxonia Electorali eſt diſpoſitio hiſce verbis: *Ferner die nomina oder auſenſtehende Schulden belangend, hat es keinen Zweifel, daß dieſelben, quoad actionem perſonalem und ſoweit ſie auch perſönlich Zuſpruche ſtehen, ohne Solennität ſo wohl als die ſabrende Habe verpfändet werden können.* Conſentit ordinatio proc. Gothan. verb. *welche aber ausdrückliche Verpfändung haben, wenn ſie ſolche an auſenſtehenden Schulden oder nominibus haben, iſt die Verpfändung kräftig, obgleich keine Solennität darbey vorgegangen.* Idem in foro Lubecenſi obſervari auctor eſt MEVIVS (d). Nomina igitur in Saxonia valide oppignorantur, et cum ius Romanum, niſi patriae leges contrarientur, in noſtris valeat foris, ſatis patet, omnia, quae de nominum hypotheca et exinde deſcendenti actione capite ſuperiori dicta ſunt, in noſtris quoque foris obtinere.

(a) MOLLER. *ad conſtit. elector.* 23. n. 35. HERLICH. P. II. *concl.* 29. n. 20. CARPZOV. *ad conſtit.* 23. *deſin.* 7. MARTINI *proceſſus* T. I. 46. §. 6. n. 45.

(b) Or.

- (b) *Ordin. Processus Saxon.* tit. 46. §. 6.
(c) P. I. c. 18. §. 19.
(d) *Ad lus Lubecense* art. I. n. 22.

§. VIII.

Iure Romano apud quemcunque magistratum siue competentem siue incompetentem valide hypotheca constituebatur, illaque iudicialis hypothecae habebat effectus (a). Ast fecus apud Germanos, praesertim Saxones. Hi enim eadem in oppignoratione ac in alienatione obseruari voluerunt solennia (§. 15. C. II.) ac proinde vt in alienatione sic in pignore vel hypotheca constituenda iudicis adhiberi voluerunt auctoritatem competentis. Competens vero intelligitur, sub cuius iurisdictione bona immobilia sunt sita (b). Inde hypothecae ius enasci proprie haud potest, si non apud iudicem competentem, sed coram tribus solum testibus hypotheca est constituta (c), licet Romano iure hypotheca trium testium praesentia munita eiusd. cum iudiciali erat valoris (§. 13. C. III.). Hoc ius confirmatum videmus in ordinatione elector. process. Saxon. T. XXXVI. §. 2. ast iuris Doctores nimio, quo ius Romanum colunt, amore capti, praeserentiam quidem iudicialibus hypothecis prae illis, quae coram tribus testibus factae sunt, concedunt: ast hanc tamen tanquam hypothecam considerant, et pro ratione aetatis collocant huiusmodi hypothecarios, cum alias promiscue cum chirographariis sint collocandi (d). Imo sunt, qui priuatam ac conuen-

tionalem hypothecam praefendam omnino chirographariis minus recte censent (e).

- (a) Sufficit enim Romano iure, publica fide oppignorationem fieri L. II. C. *qui potiores in pignore*. Hanc vero fidem quilibet habet magistratus LEXSER. *meditat. spec.* 230. n. 3. et 4.
- (b) Ordinatio iud. Saxon. tit. XLVI. §. 2. *Unbewegl. Güter sollen vermöge Landübl. Sächst. Rechte und obgedachter Constitution von der Obrigkeit und Gerichten, darunter sie gelegen, verpfändet und dafelbst insinuiet oder Gunst darüber ausgebracht werden, sonst ist dergl. Verpfändung unkräftig. Consentiant ordinat. proc. Gothana P. I. c. 18. §. 9. Ifenacensis p. 187. Ius Lubecense lib. III. tit. 4. art. I. ord. proc. Anhaltina tit. 178. ob wir wohl.*
- (c) Ratione heredum quidem huiusmodi hypotheca, coram tribus testibus constituta, valida est, ast hi non hypothecae, sed heredum iure obligantur. Contra creditores vero huiusmodi hypotheca nullius est effectus. Ordin. Proceff. Saxon. tit. XLVI. §. 2. *sonst ist solche Verpfändung nicht kräftig, iedoch wird solches allein gegen den andern Gläubiger verstanden, die Erben aber d.ß, welcher es ohne Insinuation verpfändet, haben solches der Ur-sach halber nicht anzufechten, sondern scynd deren Pfand Schilling nichts minder zu erstuten schuldig. Ordinat. Proceff. Gothana l. c. et Ifenacens. l. c. eadem habent.*
- (d) Dubitarunt I Cui Electorales Saxon. de sensu constir. XXIII. et ordin. iud. tit. 46. *vrum praeferenda sit huiusmodi hypotheca chirographariis, quam dubitationem tollit decif. 60. ibi: so ordnen und sezen wir, daß einer solche Hypotec in unbewegl. Gütern nach den Priuilegiatis gesetzt, und allein den Chirographariis vorgefetzt, und weiter nicht extendiret werden soll. LEXSER. meditat. sp. 230. n. V.*

n. V. et VI. ordinatio process. Gothana ad quartam classem, quo personaliter privilegiati occurrunt, hosce hypothecarios reicit P. I. Cap. 18. §. 10. quod etiam factum in ord. iud. Ifenac. tit. XXVIII. Imo ordinationes quoad verba in collocandis creditoribus penitus conueniunt.

(e) RICHTER. *de privilegiis creditorum* Cap. V. n. 39. hanc tueretur sententiam. Ast contra expressos legum tam Elector. quam Ducat. textus, quippe qui hypothecam, nisi iudicialiter insinuata sit, respectu creditorum inuadendam declarant. ordin. Elect. §. 46. §. 2. ord. proc. Goth. P. I. Cap. 18. §. 9. et Ifenac. l. c.

§. X.

Variant in mobilium hypotheca Germaniae iura, dum in quibusdam prouinciis ex iuris Rom. dispositione iudicialis oppignoratio extraiudiciali indistincte et sic in mobilibus quoque praefertur, in aliis vero locis iudicialis insinuatio praefertentiae effectum in mobilibus haud operetur. Inde forsitan, cum mobilia oppignorata ex diuersis sint territoriis, dubitari possit, quo iure eorum oppignoratio sit iudicanda? Ast cohaerent omnino mobilia ex certa iuris regula ossibus personae domini (a) ideoque recte in quolibet sint territorio e persona creditoris aestumantur, et iure illius territorii iudicantur, cui subiectus est eorum dominus, nisi destinata sint ad certum locum. Si igitur creditores in locis commorantur, quibus mobilium oppignoratio iudiciali haud indiget insinuatione, nominum aliorumque mobilium, licet in alio

alio sint territorio, oppignoratio iudicialiter fiat
neceffe haud est (b).

(a) MEVIUS dec. P. II. 100. I. MARTINI ad Proc. Sax.
tit. 46. §. I. n. 24. et cum his omnis ICTorum turba.

(b) CARPZOV. Ipr. for. P. II. conf. 23. def. 10. MAR-
TINI l. c.

§. XI.

Iure igitur Saxonico probe in concursu credi-
torum mobilium hypothecarii distinguendi sunt ab
illis, qui in immobilibus hypothecam habent con-
stitutam. Hi nisi iudicis auctoritate firmatam ha-
beant hypothecam, aut in hypothecariorum classe
plane non collocantur, aut saltem omnibus etiam
posterioribus postponuntur hypothecariis (§. 8.).
Illi vero licet conuentionalem solum habeant hy-
pothecam, a iudice non confirmatam, nihilomi-
nus tamen in hypothecariorum locantur classem,
et pro ratione aetatis illis, qui iudiciale habent pi-
gnus omnino praeferuntur in mobilibus (§. 4. et 5.).
Inde pecunia ex mobilibus redacta in concursu se-
cernenda est ab illa, quae ex immobilibus proue-
nit, et in hac, qui pignora habent iudicialia, indi-
stincte reliquis praeferuntur, ex illa vero pro ratio-
ne aetatis omnes hypothecam siue iudicalem siue
extraiudicalem habentes, solutionem accipiunt.
Idem quoque de arrestantibus et in bona missis est
dicendum, quippe qui in mobilibus promiscue
cum illis, qui conuentionales habent hypothecas
pro aetatis ratione locantur (§. 6.).

§. XII.

§. XII.

In concursu ratione mobilium antiquior extrajudicialis hypotheca praefertur nouiori iudiciali. (§. 5.) Inde euenit, vt, qui conuentionales solum habent hypothecas antiquiores, ex mobilibus solutionem exigant, sicque his interfit curate secernantur, quae ex mobilibus soluuntur ab illis, quae ex immobilibus praestentur. Iam vero hypothecarii, nisi simul personaliter sint priuilegiati, in tertia demum collocantur classe, iisque qui in prima et secunda sunt praeferuntur. Et inde quaestio oritur, de quibusnam rebus, de mobilibus seu immobilibus extinguenda sint eorum credita, qui primam et secundam occupant classem? Circa hanc quaestionem distinguendum puto inter iura et hypothecas certae rei immobili cohaerentia, et illa quae nulli certae immobili cohaerent rei. Priori casu iniquum foret hypothecam, et ius in alterius mutare praeiudicium et solutionem in re mobili quaerere, quae tamen ex immobili esset praestanda. Posteriori vero ex mobilibus solutio omnino erit praestanda. Iura enim volunt, vt, quamdiu mobilium sufficiunt, ex his, nisi aliter fit conuentum, soluatur, et his demum deficientibus, in immobilia fiat executio (a).

(a) Ordin. Process. Sax. Elect. Ordin. Process. Saxo-Gothana. Ifenacensis. BERGER. *Elect. disceptat. forensium.* MARTINI *Processus* tit. 39. §. 5. n. 7.

§. XIII.

Cum in mobilibus hypothecarii ratione actatis collocentur, parumque interfit, siue in iudicio siue extra illud hypotheca sit constituta, quaestio oritur, an in mobilibus conuentionalem anteriorem habens hypothecam, praefertatur vxori dotem postea illatam repetenti? Et iure quidem Romano vxoribus ratione dotis in mariti bonis non tacita solum hypotheca, sed praeferentia quoque praefertur omnibus, anteriorem licet hypothecam siue expressam siue tacitam habentibus, mariti creditoribus est concessa, ideoque omnibus, conuentionalem solum hypothecam habentibus, praefertur vxor. At Saxonum iure vxor solummodo anterioribus mariti creditoribus, quibus tacita constituta est hypotheca, minime vero illis, qui expressam habent, praefertur. Sic enim ordin. proc. vetus Saxo Elector. tit. 43. verbis: *Die Ebeweiber haben zu recht wegen ihres eingebrachten Ehe-Geldes oder Heyrath-Gutes, nicht allein eine stillschweigende Verpfändung in ihres Ebemannes Güter, sondern auch darüber ex personali priuilegio ein solch ius praelationis, das sie damit denen Gläubigern, die von ihnen stillschweigende Verpfändung erlangt, aber gleichwohl nicht, so zuvor ausdrückl. Pfandrecht haben, vorgehen, darum soll sie auch ihres Heyrath-Gutts, vor allen andern Gläubigern, so nicht ältere ausdrückl. hypothecas haben, befriediget werden (a). Eadem quoque habet ordin. processus Gothana (d): Die Ebeweiber, welche vor allen andern Gläubigern so vor ihnen stillschweigende Ver-*

Verpfändung erlangt, nicht aber von denen so ältere ausdrückl. hypothecas haben, befriediget werden. Ordinatio processus Ilenacensis vt in pluribus, sic hic quoque idem ac Gothana verbis disponit. Vxor igitur iure Saxonico illis non praefertur qui expressam anteriorem habent hypothecam. Hypotheca mobilium conuentionalis anterior est hypotheca expressa nihilque interest siue iudicialis siue extraiudicialis sit, anterior. Ergo vxor, in mobilibus hypothecam conuentionalem anteriorem habentibus, postponitur Saxonum iure (f). Huc spectat responsum apud PHILIPPI (g) verbis: *Ob nun wohl eure Tochter wegen ihres eingebrachten Guths sich des iuris tacitae hypothecae in ihres Mannes des Schuldners Gütern zu gebrauchen befugt: dieweil aber dennoch bemeltes studiosi conuentionalis hypotheca älter ist, so wird er auch seiner Forderung wegen von den Mobilien vor eurer Tochter eingebrachten Gute billig befriediget.*

(a) L. 12. C. qui potiores in pignore. l. 7. C. de rei uxoriae actione.

(b) Vtrum vxor illis, qui anteriorem expressam habent hypothecam, sit praeferenda, vetus est controuersia. Plerique captantes verba l. c. licet sint anterioris temporis privilegio vallati, putant illam solummodo tacitam habentibus praeferri. Ast generalia sunt legis verba: *potiora iura contra omnes mariti creditores.* Illaque non restringuntur persequentia, quod L. vii. C. de rei uxoriae actione magis probat, ibi enim verba: *simili modo intelligi factam stipulationem et hypothecam ex utraque parte, quasi fuerit scripta, satis producant, pro expressa*

pressa habendam esse vxoris hypothecam, et sic anterioribus etiam expressis esse praefendam.

- (c) Recentiori iure nullam praeferentiam vxoribus competere ratione dotis, nisi iudiciali in bonis mariti habeant hypothecam, testantur constitutionis recentioris verba apud BERGER. *electa disceptat. forens.* tit. 43. observ. 6. fine.
- (d) P. I. c. 18. §. 8. n. 2.
- (e) Tit. XXVIII. §. 8.
- (f) MARTINI *Comment. in Proc.* tit. 46. §. I. n. 12. PHILIPPI *obl.* 2. n. 17. CARPZOV. P. I. *Const.* 28. *def.* 67. et *lib.* 4. *resp.* 41. n. 5.
- (g) *Obl.* 2. *ad decis.* *elect.* 60. n. 24.

§. XIII.

Idem quoque de reliquis tacitam habentibus hypothecam est dicendum. Ea enim huiusmodi hypothecarum est ratio, vt concurrentes cum expressis antiquior expressa praefatur nouiori tacitae. Inde quoque ratione mobilium, cum parum interfit siue iudicialiter siue extraiudicialiter sint oppignorata, expresse constituta anterior hypotheca praefertur tacitae posteriori. Hinc in mobilibus anteriorem hypothecam habens praecedit pupillum in rebus tutoris, filium in bonis paternis, ecclesiam et ciuitates in bonis administratorum tacitam habentes hypothecam (a).

(a) Illustrat rem responsum apud PHILIPPI *obl.* II. *ad decis.* 60. n. 24. p. 957. *In derselben bewegl. Gütern aber*

aber werdet ihr, dafern gemelte eure Obligation eber gegeben ist, als der Schuldner zum Contributions-Einnehmer, angenommen worden, der Bürgersehrift billig praefertirt und vorgeetzt.

§. XV.

In concursu ratione mobilium conventionales aequae ac expressae iudiciales seu tacitae promiscue secundum prioritatem aetatis locantur (§. 4.). Praefertur quoque conventionalis anterior hypotheca in mobilibus vxori dotem repetenti (§. 13.). At cum vxor omnibus tacitam habentibus hypothecam praeferatur, eiusmodi euenire potest casus: quo creditor antiquiorem conuentionali tacitam habeat hypothecam, deinde ratione aetatis hypotheca sit conuentionalis in mobilibus, tandemque vxor ratione dotis veniat. Et hoc casu dubitari posset annon vxor, omnes hypothecam tacitam habentes, praecedens, creditorem conuentionali hypotheca antiquiorem habentem praecedere debeat, et sic quoque conuentionali in mobilibus hypotheca sit praeferenda. Expressa lege haec quaestio non est decisa. In electorali Saxoniam de decisione est agitatam, rationesque, quomodo dubia resolui possit quaestio, hasce habet BERGER. (a): *Beym 43. Titul §. Die Ebeweiber, will sich in dem Fall, da nach Ordnung der Zeit erstlich ein creditor hypothecarius tacitus, hernach ein expressus, denn das Ebeweib wegen der Mitgiffi concurriren, diese Schwierigkeit hervor thun, ob so dann, das Ebeweib beyden, oder der erstere*
I 3 *gleich-*

gleichwie der miltlere, also auch dem Ebeuweibe vorzuziehen: Ob nun wohl die erste Meinung mit dem fauore dotis unterstützt wird, da besonders das denen Weibern zu gute desfalls geordnete Vorzugs-Recht, in denen gemeinen Rechten unterschiedener Doctorum Meinung nach, ohne Unterschied, also auch in denen nach Ordnung der Zeit vorgehenden hypothecariis expressis statt hat, folgendes es das Ansehen gewinnen will, als ob es um so viel destomehr in obigem Fall bey angezogenen gemeinen Rechten sein Bewenden haben müßte:

Nachdem aber gleichwohl angeregtes priuilegium praelationis insgemein allein auf die der Zeit nach vorherstehenden Hypothecarios tacitos eingeschräncket wird, also allerdings stricte und dem Tertio unbeschadet, demnach allein von dem Fall, da hypothecarii anteriores eiusdem generis et ordinis, also nur taciti vorhanden, zu verstehen; So sind wir schlußig worden, die letztere Meinung, das das Ebeuweib, in solchem Fall, denen übrigen nachzusetzen, in alleruntertänigster Devotion in Vorschlag zu bringen, quae contra hasce rationes ab ordinibus sint monita habet quoque BERGER. (b).

(a) *Electa disceptat. for. tit. 43. nota 1.*

(b) *Electa disceptat. for. l. c.*

§. XVI.

Concurrunt quoque hypothecam contentionalem in mobilibus habentes, cum illis, quibus generalis

neralis omnium bonorum eaque anterior constituta est hypotheca. Huiusmodi generali hypothecae aut specialis est subiuncta aut non. Priori casu, si specialis hypotheca in immobilibus est, in immobilibus quoque, minime vero ex mobilibus solutionem exigere potest creditor, et non nisi ab immobilibus exclusus ad mobilia habet regressum (a). Posteriori vero casu tamen ex mobilibus, quam ex immobilibus creditum potest repeti, et dum creditor antiquiorem habet generalem hypothecam, in mobilibus quoque illi, qui conuentionalem posteriorem habet, est praefendus.

(a) Ordin. processus Sax. Elector. Tit. 39, §. 6. et ad eam MARTINI ibique allegati.

§. XVII.

Tandem cum in nostris foris ius Romanum tandiu valeat, donec moribus patriis contrarium probatum monstretur: satis patet, omnia, quae superiore capite tertio a nobis dicta sunt, tandiu valere donec contrarium iuribus patriis sancitum monstretur.



NOBILISSIMO DOCTISSIMOQVE
R E S P O N D E N T I
P R A E S E S.

Quoties temporum me subit recordatio praeter-
lapsorum, inter cetera, quae mihi grata acci-
derunt, est quoque illud tempus quo TV in gymna-
sio, quod Gothae floret, commorans mihi innotu-
isti. Mirifice enim indefessam, qua dies noctesque
litteris incubuisti, diligentiam sum admiratus, sin-
ceritasque TVA et virtutis studium non interrup-
tum singularem in TE excitarunt amorem. Cum
deinde in hac Salana, cognitis ex mea institutione
primis iuris principiis, ductu celeberrimorum do-
ctissimorumque virorum, qui nostram ornant atque
ornarunt academiam, BVDERI, ESTORIS, HEIM-
BVRGII, ENGAVII &c. per quinque fere annos in
addiscenda iurisprudencia nunquam non interrupto,
pergeres studio, non potui non exinde quam maxi-
me delectari. Quid igitur est, quod mihi magis gra-
tum magisque exoptatum accidere potuisset, quam
TIBI studiorum rationem patriae publico reddentem
specimine in cathedra comes praeseseque existere?
Gratulor TIBI inde de egregio hocce TVAE erudi-
tionis documento, summumque numen obtestor, vt
TVIS conatibus felices semper velit largiri progres-
sus, quo tandem praemia diligentiae indefessae con-
sequaris. Vale.

❧❧❧ (o) ❧❧❧





ULB Halle
005 039 770

3







1743, 1136
16

DISSERTATIO IVRIDICA
DE
HYPOTHECA
MOBILIVM

QVAM
PRAESIDE
IO. AVGVSTO HELLFELD D.
ICTO AC PROF. PVBL. ORDIN.
CONSIL. AVL. SAXON. CVRIAE PROVINC. ET FACVLTV. IVR. ADSESS.
VI ET COLL. SCAB. SENIORE GRAVISSIMO
IN ILL. ICTORVM ORDINIS AVDITORIO
D. APR. CIOIDCCXXXIII.
DEFENDET
IOANNES ANDREAS HOFFMANN
TAMBACO - GOTHANVS.



IIENAE LITTERIS SCHILLIANIS.
CIOIDCCLVIII.

