

XCVIII.

1778 35. 19

DISSERTATIO INAUGURALIS IVRIDICA
DE
EXCEPTIONE AD IVS
TERTII PERTINENTE
PLANE INVUTILI,

Q V A M

EX DECRETO ILLVSTRIS ICTORVM ORDINIS
IN ALMA ET PERANTIQVA ELECTORALI ACADEMIA ERFVRTENSI
PRAESIDE

FACVLTATIS IVRIDICAE DECANO

Dn. RVD. CHRIST. HENNE, ICTO
EMINENTISSIMI A. CELSISSIMI PRINCIPIS ELECTORIS
MOGVNTINI CONSILIARIO REGIMINIS, FACVLTATIS
IVRIDICAE ET IVDICII PROVINCIALIS ASSESSORE, CO-
DICIS ET IVRIS FEVDALIS PROFESSORE
PVBLICO ORDINARIO

AD GRADVM DOCTORIS IN VTROQVE IVRE LEGITIME
CONSEQVENDVM

IN AVDITORIO IVRIDICO COLLEGGI ANSELMINI

D. XX. IVLII MDCCLXXVIII.

ERVDTORVM EXAMINI PVBLICO SVBMITTIT

A V C T O R

CAROLVS DIENEMANN,

LOESNICENSIS

ADVOCATVS SAXON. ELECTORALIS IMMATICVLATVS.

ERFORDIAE, STANNO HENR. RVDOLPH, NONNII
ACADEMIAE A TYPIS.

1778
(XVIII B)



CONSPECTVS DISSERTATIONIS.

- §. I. **Q**uis sit tertius.
- §. II. Qui in alterius ex contrahentibus jus successit non est tertius.
- §. III. Quod ulterius declaratur.
- §. IV. Qui ad alterius nexum moralem accedit, eatenus non est tertius.
- §. V. Res inter alios acta aliis non nocet.
- §. VI. Transactio, iuramentum, Principis rescriptum, restitutio in integrum tertio non nocent.
- §. VII. Contra tertium datur exceptio.
- §. VIII. Enumerantur exempla ad exceptiones de jure tertii pertinentia.
- §. IX. In oppignoratione feudi, in interdicto uti possidetis & in exceptione spoliū jus tertii non potest allegari.
- §. X. In contractibus commodati, pignoris ac depositi allegatio juris tertii non valet.
- §. XI. In correalibus obligationibus jus tertii neminem juvat.
- §. XII. Qui pro minore 25. annis fidejussit, est exors beneficii restitutionis in integrum. Sctum Vellejanum tertio non prodest.
- §. XIII. Alius pro alio non compenfat.
- §. XIV. Ius protimifcos pactitium & jus retractus legale excludunt exceptionem de jure tertii.



DISSERTATIO DE EXCEPTIONE AD IVS
TERTII PERTINENTE PLANE
INVILI.

§. I.

Quis sit tertius.



Ad contrahenda, mediante facto personali obligatorio, ut pacto, contractu, quasi contractu, delicto, quasi delicto, jura & obligationes duae omnino requiruntur personae, quarum altera obligationem in se recipit, altera jus inde acquirit. Hae duae autem perso-

personae pro variis conventionum formis vario modo defini ac dilatari queunt. Nam aut loco conventionis simplicis seu unilateralis, in qua unus solus obligationem, alter solus jus recipit, conventio reciproca seu bilateralis initur, qua utrique, sed diverso respectu jus, utrique obligatio acquiritur; aut ab una vel ab utraque parte plures accedunt personae, quae simul sumtae intuitu illius negotii, quod geritur, unam tantum efficiunt partem; & talis concursus vel ab initio, sive plures principaliter, sive minus principaliter ad unam obligationem, unumve jus accedant, vel ex postfacto contingere potest, si quis nimirum deinceps vel per modum uniuersalem vel singularem in ejs, qui nexui cuidam inerat, locum succedit. Qui igitur hinc modis ad obligationem iusve concurrunt, illi ad alterutram partem pertinere, & nexui obligatorio inesse dicuntur; qui vero nullo plane modo ad res inter alias actas concurrunt, is proprie *tertius* dicendus, & ab omni inter alios contracto iure & obligatione excludendus erit,

§. II.

Qui in alterius contrahentis jus successit, non est tertius.

Non igitur putandus est tertius, qui in unius ex contrahentibus jus successit. Qui enim titulo uniuersali succedit, ille personam antecessoris repraesentat, & non modo omnia illius iura, quae non cum ejus persona exspirarunt, acquirit, sed etiam ejus facta praestare tenetur, §. 7. *per quas pers. cuique adquir. l. 8. & l. 37. D. de adquir. heredit. l. ult. §.*

14. C. de jure delib. Qui titulo singulari succedit, per pactum nimirum vel contractum, is quidem non potest eatenus plus juris aut obligationis in ea re habere, quam auctor habuit, l. 54. de D. R. l. 71. §. fin. de legar. l. at certe tantum juris aut obligationis in ea re habebit, quantum auctor transferre voluit aut potuit, & sic etiam auctorem suum repraesentabit. Equidem nonnunquam videtur talis successor singularis plus juris esse consecutus, quam ipse ejus auctor habuit, ut quam auctor rem alii locatam vendiderit, quo casu emtor, (nisi aliud pacto placuerit, vel nisi conductor per hypothecam sibi in re conducta constitutam prospexerit, vel a filco conduxerit, l. fin. in f. D. de jure fisci, vel res conducta per judicis sententiam alii domino adjudicata fuerit l. 8. §. 1. de reb. auctor. jud. poss.) postulare potest, ut vacua ipsi tradatur rei emtae possessio, utque sic locatio conductio dissolvatur, quam venditor ante hunc initum contractum sine justa causa dissolvere non poterat. Sed ne sic quidem venditor dici potest plus juris in emtorem transtulisse, quam ipse habuit; quum enim ipsi permittatur rei suae alienatio, ejusque consecutarium sit locationis conductionis ante initae dissolutio, majus quippe jus vincit debilius, salvo interim jure conductoris ad id, quod interest, agendi, quumque ipsi locatori etiam aliis sub conditionibus, quae continuationi contractus locationis ab ipsis legibus habentur contrariae, (ut si locator rem reficere cogatur l. 3. C. loc. cond. l. 35. & 27. D. eod.) dissolvere contractum liceat, hinc emtor dici non potest plus juris esse consecutus, quam ejus auctor habuit. Ceterum utrum
emtor

emtor immediate & proprio jure conductorem ejicere possit, an ab auctore suo tantum postulare possit, ut vacuum rei possessionem, aut nisi hoc fiat, interesse praestet, leges diserte non definiunt. Posterius quidem analogiae juris consentaneum esse videtur SCHAVMBVRGIO in *comp. Juris Digesti. tit. loc. cond. §. 23. at l. 25. §. 1. D. loc. cond. venditori sequens suppeditat consilium: Qui fundum fruendum vel habitationem alicui locavit, si aliqua ex causa fundum, vel aedes vendat, curare debet, ut apud emtorem quoque eadem pactione & colono frui & inquilino habitare liceat: alioquin prohibitus is ager cum eo ex conducto. Quum igitur colonus vel inquilinus dicatur prohiberi, hoc sane non videtur intelligendum esse de ipso venditore, quippe cui suadetur, pacto emtorem obstringere, quominus conductorem prohibeat. Ex hac igitur lege fluere videtur omnino emtoris facultas locationem conductionem dissolvendi. Praxis certe, quam etiam agnoscit SCHAVMBVRG. l. c. hoc jus emtori concedit, modo conductori ad migrandum aliquod temporis spatium relinquat MEY. P. 5. Decis. 339. Hoc autem per se intelligitur, quod etiam l. allegata, nec non l. 24. §. 4. loc. cond. clare disponit, conductorem cedere coactum, adversus venditorem actione conducti, reparationem damni quod incurrit, postulare posse.*

§. III.

Continuatio.

Sed unde paullum digressi sumus, ad semitam revertimus. Diximus auctorem tantum juris in successorem per

per pactum transferre, quantum transferre voluit ac potuit. Hujus rei notabilis occurrit dispositio in l. 17. §. 5. D. de pactis: Pactum conventum cum venditore factum si in rem constituitur, secundum plurimum sententiam & emtori prodest; & hoc jure nos uti Pomponius scribit. Secundum Sabinum autem sententiam etiam in personam conceptum est & in emorem valet; qui hoc esse existimat, etsi per donationem successio facta sit. Quid sit pactum in rem inve personam conceptum, docet l. 7. §. 8. D. de pact. pactorum quaedam in rem sunt, quaedam in personam. In rem sunt, quotiens generaliter paciscor, ne petam; in personam, quotiens ne a persona petam, id est, ne a Lucio Titio petam. Pactum igitur in rem hereditibus prodest, & his omnibus, quos liberari paciscentis interest. l. 21. §. 5. D. eod. His enim data exceptione pacti non tam ipsis constituitur, quam ei, qui pactus est; ut puta pactum rei fidejussori prodest; quoniam rei principaliter interest, fidejussorem liberari, ne mandati vel negotiorum gestorum teneatur; ideoque quibus casibus fidejussor regressum adversus rem non habet, ut cum fidejussit donandi animo, cum pro re sua, pro invito & vetante, pactum rei fidejussori non prodest. CUIAC. ad l. 21. §. 5. D. de pact. Pactum autem in personam conceptum emtori quidem & donatario etiam prodest, vi legis 17. §. 5. D. de pact. cum hac tamen restrictione, quamdiu venditor aut donator vivit, arg. l. 21. pr. D. de pact. junct. l. 19. §. 1. eod. ibi PAVLLVS: Item si filium familias pactus fuerit, ne a se petatur, proderit ei, & patri quoque, si de petulo conveniatur, & heredi patris, vivo filio. Post mortem vero filii nec patri nec heredi ejus; quia

quia personale pactum est. Sicut idem obtinet, quum fructuarius usufructum vendidit, l. 8. §. 2. de peric. & comm. rei vend. Cum usufructum mihi vendas, interest, utrum jus utendi fruendi, quod solum tuum est, vendas, an vero in ipsum corpus quod tuum sit, usufructum mihi vendas; non priore casu, etiamsi statim morieris, nihil mihi heres tuus debebit, heredi autem meo debebitur, si tu vivis; posteriore casu heredi meo nihil debebitur, heres tuus debebit. vid. BRUNNEMANN. Comm. ad Pandect. lib. 2. tit. 14. ad l. 17. n. 6.

§. IV.

Qui ad alterius nexum moralem accedit, eatenus notus est tertius.

Praeter hos, qui in alterius jus universum aut rem singularem succedunt, dantur & alii eodem inter se vinculo morali obstricti, quos proinde hoc intuitu recte pro una persona, neutiquam vero pro tertio habueris. Tales sunt dominus & procurator, exercitor, institor; municipium & actor; minor, furiosus similesque & curator; pupillus & tutor; pater & filiusfamilias. l. 11. §. 7. & 8. D. de exc. rei judic. duo rei debendi vel credendi l. 2. D. de duob. reis constit. l. 31. §. 1. de novat.; fidejussor & debitor, l. 21. §. ult. D. de exc. rei jud.; creditor & debitor ratione rei oppignoratae, intuitu tertii, qui forte litem de ea movit, ubi tamen notanda est distinctio, quam proponit d. l. 11. §. ult.: Item si rem, quam a te petierat, Titius pignori Sejo dederit, deinde Sejus pignoratitia adversus te utatur; distinguendum erit, quando pignori dedit Titius; & si quidem antequam peteret,

B

non

non oportet ei nocere exceptionem; nam & ille petere debuit, & ego salvam habere debeo pignoratitiam actionem; sed si postea quam petit, pignori dedit, magis est, ut noceat exceptio rei iudicatae. Nempe si debitor creditori suo rem pignori dedit jamdum litigiosam, & sententia contra debitorem fuit pronunciata, tunc frustra creditor pignoratitiam contra victorem movebit, quia eadem sententia est submotus, qua & ipse debitor, cum quo eandem gerit personam. Notari autem meretur, hoc loco, ut & aliis in locis, in l. 3. §. 3. D. ad exhib. l. 13. de condict. indeb. l. 41. D. de pign. act. VINN. Comment. ad Inst. lib. 3. tit. 15. §. 4. n. 3. hypothecariam actionem abusive pignoratitiam nominari; Quamvis enim non desint, qui omne inter hypothecariam & pignoratitiam actionem discrimen tollant; quamvis non desint alii prohi ICTi, qui pignoratitiae, licet personali, adversus tertium pignoris possessorem locum concedant, & Jus Canonicum in c. 6. X. de pign. act. imo Jus Romanum in l. 65. de rei vind. l. 2. C. si pignus pignor. dat. l. 3. C. si vendit. pign. agatur, huic sententiae favere videatur: haec sententia tamen solido destituitur fundamento; repugnat enim naturae actionis personalis, & clarae definitioni in l. 27. & l. 40. §. 2. D. de pign. act.; & alleg. c. 6. interprete SCHILTERO exerc. ad Pand. 26. §. 10., commodius de rei vindicatione intelligitur, & eadem actio per alleg. l. 65. de rei vind. & l. 2. & 3. C. si vend. pign. locum habet, si creditor pignus plane alienavit; quod si creditor pignus ulterius oppignoraverit, idque fecerit sciente & consentiente debitore, hic actioe pignoratitia utili a secundo creditore rem suam, debito soluto

soluto, repetere poterit, l. 2. C. si pign. pignor. l. 27. D. de pign. act. quia nimirum consensu suo ad factum creditoris rem denuo oppignorantis concurrat & sic jus personale adquisivit; sed etsi non consenserit, poterit tamen actione a primo creditore cessā rem suam, soluto debito, recuperare l. 40. §. 2. D. de pign. act. l. 7. pr. de distract. pignor.

§. V.

Res inter alios acta aliis non nocet.

Definivimus, quis proprie dicendus sit tertius, quis non. Ex his nunc intelligi potest, quum nemo sit laedendus, rem inter alios actam tertio nocere non posse, l. 74. D. de D. R. l. Hinc qui incuntur contractus, semper salvo jure tertii valere debent, & a magistratu non nisi cum restrictione, seu expresse posita, seu tacite subintellecta, confirmantur: *Iedoch jedermanniglich an seinen Rechten ohne Schaden.* Quemadmodum nullum jus adquiri potest cum damno tertii, ita nec renunciatio ab alio facta tertio nocere potest, l. penult. C. de pact. Carprozov. P. 2. Dec. 157. n. 10. Sententia, quae in rem judicatam abiit, jus facit inter partes, & litigantes tanquam lex obstringit, l. 65. §. 2. D. ad SC. Trebell.; tertio autem nullum praedictum facit, l. 63. D. de re judic. l. 1. & 2. C. quibus res jud. non noc. Hinc si post sententiam bona quaedam ceperit apparitor judicati exsequendi causa, & tertius deinde, tanquam dominus, eorum subhastationi se opposuerit ac vicerit, debitor, qui in illa lite oppositionis non intervenit, non impeditur, quo minus ea ab illo, qui in lite oppositionis vicit, vindicare queat,

B 2

arg.

arg. l. 15. §. 4. *D. de re judic. Ant. Matthaeus de auction. l. 1. c. 11. n. 93. Voet. Comment. ad Pandect. tit. de re judic. n. 29.* Huc quoque pertinet l. 1. *D. de except. rei jud.:* Cum res inter alios judicatae nullum aliis praedictum faciant, ex eo testamento, ubi libertas data est, vel legato agi potest, licet ruptum vel irritum aut non justum dicatur testamentum; nec si superatus fuerit legatarius, praedictum libertati fit. In hac lege, (cujus verba, ubi libertas data, vel legato agi potest, HALOANDER ita emendat, ut commodiorem sensum fundant, legit nimirum, ubi libertas data vel legatum, agi potest, quam lectionem quibusdam bonae notae codicibus confirmari testatur b. GEBAYER ad h. l. in nova splendidaque recensione Corporis Juris Civilis, Gotting. 1776.) tractatur de ea specie, si in uno eodemque testamento uni legatum quoddam relictum, alteri libertas data, legatarius egerit contra heredem ad praestandum legatum, heres autem exceperit, testamentum ruptum esse, & vicerit, an nunc ei, cui data libertas, obstet exceptio rei judicatae? quod quidem ob l. 8. §. pen. *D. de inoff. test.* statuendum videtur, sed tamen in nostra l. 1. negatur; cujus decisionis hanc BRUNNEMANNVS in *Comment. ad h. l.* adfert rationem, quia hic non principaliter de testamento actum, sed de legato, ex cujus vi testamentum non dependet. Concurrat hic etiam maximus favor libertatis; quamvis enim testamento manumissus, ita demum fiat liber, si testamentum valeat & ex eo adita sit hereditas, l. 23. pr. *D. de manumiss. testam.* Libertatem tamen omnibus fere rebus favorabiliorem esse docet GAIUS in l. 122. *D. de reg. jur.* & proinde antiquos Legumlatore multum libertatis favore etiam contra com.

73
communes regulas statuiffe monet IUSTINIANVS §. ult. 1. de donat. Inter quos excellere Divi Fratres & postea MARCVS solus, cujus praeter alia exstat memorabile Rescriptum in tit. 1. de eo cui libertatis causa bona addicuntur. WESTENBERG Divus Marcus dissert. 38. Quamvis igitur sententia submotus fuerit legatarius jure communi tantum fruens, res tamen judicata ei qui singulari favore nititur ob stare nequit; quod & videmus fieri, si placet causae aliquid legatum in testamento, tunc enim corruente licet testamento, corruentibusque aliis legatis in illo testamento relictis, nihilominus legatum ad piam causam, quod ordinarias sollemnitates Juris Civilis non requirit, sed solum aperta atque indubia testatoris voluntate sustinetur, subsistit. c. 11. X. de testam. STRYCK de cautel. testament. c. 12. quo spectat etiam praesudicium apud CARPZOV P. 3. Const. 3. def. 40. *Ob nun wohl durch das letzte Testament die im vorigen letzten Willen der Testirerin beyden Bruedern vermachte Legata zugleich mit aufgehoben worden, so bleib es doch bey den andern beyden der Kirchen und Christoph Goebels Toechterlein verordneten Legaten, gestalten Sachen nach, weil aus allen Umstaenden zu vermuthen, daß solche beyde Legata die Testirerin in dem letzten Testament nicht revociren wollen, nochmals billig.* Commemorantur quidem a Juris interpretibus casus nonnulli excepti, in quibus nimirum sententia inter alios lata aliis nocere debeat, quorum nonnulli recensentur in l. 63. D. de re jud. Sed si tertii notionem ita, ut supra definivimus, accipiamus, etiam in hisce casibus, in quibus scilicet is, cui sententia praesudicat, non fricte dicendus est tertius, sua regulae generali vis constabit

S. VI.

*Transactio, iusjurandum, Principis rescriptum, restitutio
in integrum tertio non nocent.*

Quum transactio non majorem habeat vim, quam res
judicata, illa quoque tertium obstringere, eive ullum detri-
mentum inferre nequit. *Quare transactio quae inter here-
dem & matrem defuncti facta est, neque testamentum
rescissum videri potest, neque manumissis vel legatariis actiones
suae ademptae. Quare quidquid ex testamento perunt, scriptus
heredem convenire debent, qui in transactione hereditatis aut ca-
vit sibi pro onere hereditatis, aut si non cavit, non debet negli-
gentiam suam ad alienam injuriam referre. l. 3. D. de transact.*
Quod confirmatur lege 14. cod. quae dat utiles actiones in
heredem quoque legitimum, cum quo transegit scriptus;
dat autem creditoribus tantum, non legatariis aut fideicom-
missariis, quia inter utrosque luculenta intercedit disparitas.
Legatarii enim cum legitimo experiri nequeunt, quia non ni-
si ex testamento eis debetur, cum scripto igitur in solidum
experiantur. Quia tamen alia debita a defuncto contracta
a quibuslibet heredibus debentur, creditores in successionis
incerto cum utroque recte experiantur, pro parte in trans-
actione adscripta; experiantur vero non recto jure, sed uti-
libus actionibus, quia certum omnino non est, quis jure he-
res sit. *CVIAC. ad d. l. 3.* Iusjurandum assertorium idque
voluntarium sive sit extrajudiciale sive judiciale, transactio-
nis & rei judicatae vim habet, *l. 2. & 17. pr. D. de jurejur-*
*ac proinde eadem ratione tertio obesse nequit; promissori-
um quum sit negotii principalis accessorium ejusque natu-
ram sequatur, hinc in tertii detrimentum itidem valere ne-
quit*

85

quit *c. 19. X. de jur.* Imo Principis rescripta si utilitatem publicam *l. fin. C. si contra jus vel utilit. privatum* ve tertii jus quaesitum laedant, valore destituuntur, *LYNK. dec. 1299. GAIL, L. 2. obs. 76. OLEARIJ dissert. de exceptione jus tertii concernen. te c. 1. §. 2. Abasv. FRITSCH conclus. pract. de jure tertii concl. 8, 9, 10, 11.* Nam principis privilegia non praesumuntur tertio jus suum auferre *MENOCH. de praesumpt. L. 2. praesf. 9.* Quam ob rem etiam in dubio privilegia ita sunt interpretanda, ut tertio jus suum quaesitum saluum maneat. *STRYCK de jure privileg. contra privil. c. 1. n. 13.* Restitutio in integrum, quum ex naturali aequitate profluat *l. 1. D. de min.* nullam debet iniquitatem nullamque laesionem tertii involvere. *c. 8. de rescript. in 6.* Hinc si minor amiserit jus simultaneae investiturae, ac interim hypotheca tertio cum domini consensu fuerit in feudo illo constituta, deinceps minor restituatur in integrum, hypotheca illa legitime constituta non debet ob defectum consensu agnati minoris impugnari, sed valorem suum retinebit, quoniam illa tantum minori restituuntur, quae ex laesione ipsa amisit; sed illa hypotheca non fluxit ex amissione simultaneae investiturae, & dubium fuit, an etiam deferatur aliqua successio agnato. *CARPZ. dec. 76. BRUNNE-MANN ad l. 24. §. 4. D. de minor. n. 10.*

§. VII.

Contra tertium datur exceptio.

At quemadmodum tertio factis aliorum nulla inferri laesio potest, eique proinde datur exceptio rei inter alios actae: ita etiam nullum inde emolumentum sibi arrogare potest, si facta aliorum ad ipsos invicem tantum pertineant.

Hinc

Hinc tertius sive ex aliorum factis aliquid in se juris derivare & inde actionem instituere velit, exceptione rei inter alios actae itidem repellitur, sive obligationem suam, aliorum iura allegando, subterfugere velit, exceptione ad jus tertii pertinente nullatenus juvatur. Alia omnia autem censere debemus, si quis minime ex factis aliorum, ad se non pertinentibus, sed ex jure proprio agat aut excipiat; eatenus enim non est tertius, sed jus proprium persequitur aut defendit. Sic exceptiones reales, quippe quae rei cohaerent, omnibus quorum interest competunt, *l. 7. §. 1. D. de except.* Et generatim omnibus quorum interest dari exceptionem docet *l. 15. C. de non numer. pec.* & BRUNNEMANN *ad h. l.* Ita etiam exceptiones, quae jus agentis vel totum vel pro parte excludunt, a quovis allegari possunt MEY. *P. 4. Dec. 284.* ZANG. *de except. P. 3. c. 26. n. 236.* Hinc si Titius rei vindicationem instituat, is a quo petitur recte exceptionem opponere potest, rem de qua agitur esse alienam, quia haec non tam est exceptio de jure tertii, quam de non jure agentis, TESSAVR. *decis. 4. n. 8.* HILLIG. *ad Donell. L. 20. c. 7. lit. D. nor.* Ita & conductor, quem emtor vult expellere, potest opponere exceptionem nullitatis & vitii contractus; imperfecta enim venditio pro non facta habetur, nullamque producit alienationem *l. 55. D. de contrah. emt.* quae tamen ad expellendum conductorem necessario requiritur. Imo aliquis propter suum interesse se opponere potest executioni contra condemnatum institutae *l. 15. §. 4. D. de re jud.* si hoc summarie & intra breve tempus semiplene saltem probare velit ABASV. FRITSCH *conclus. pract. de jure tertii n. 36. tom. 2. opusc. pag. 366.* Denique

que notandum, si cui *propter alios*, seu occasione aliorum jure disponente remedium quoddam datum, eum hoc jure tanquam suo uti posse, nec intuitu aliorum tanquam tertium considerandum esse *l. 10. §. fin. de bon. poss. contr. tab. PECK ad c. 75. de R. l. in 6. n. 8. BRVNNEMAN. ad l. 4. §. 3. D. si serv. vindic.*

§. VIII.

Enumerantur exempla ad exceptionem de jure tertii spectantia.

Nunc exempla quaedam perlustremus, in quibus tertius frustra ab aliorum juribus auxilium petit. Et primo quidem omnino irritum erit auxilium, si ipse alius, ad cujus jus provocatur, omni tali jure sit destitutus. Ut si unus ex coheredibus praesentibus divisionem rerum hereditariarum velit impedire ob eam solum rationem, quod aliquis coheredum sit absens. Quum enim rerum communio sit mater rixarum, & proinde quisque eam dissolvi cupiens fundatam habeat intentionem, neque unus ex sociis aut coheredibus divisionem prohibere valeat *l. 2. §. pen. l. 43. D. fam. ercise.* hinc multo minus tertius ex coheredibus impedire poterit divisionem legitime & non clam suscipiendam. Absens etiam non indiget auxilio alieno, huic enim si forte divisione fuerit laesus, actione familiae erciscundae jam satis est prospectum. Ita etiam si emphyteuta forte domino emphyteuseos per triennium canonem non solverit, dominusque actione privatoria non instituta mortuus fuerit, & nunc emphyteuta contra tertium fundi emphyteutici possessorem moveat actionem, possessor ad excludendum emphyteutam minime poterit praetextu non soluti per triennium canonis uti. Domino qui-

C

dem

dem competit actio privatoria contra emphyteutam, canone per triennium non soluto, sed tamen privatio non ipso jure irrogatur; quum enim domino volenti liceat emphyteutam a praediis emphyteuticariis repellere *l. 2. C. de jure emphyteut.*, eidem volenti quoque licebit juri suo renunciare, quod posterius factum praesumitur, si nulla a domino mentis suae significatione facta, dominus vel emphyteuta decesserit, quo ipso omne jus privatorium simul extinctum putatur, ita ut actio privatoria nec ab heredibus nec contra heredes institui possit *l. 7. C. de revoc. donat. CARPZOV. P. 2. c. 38. d. 9.* Plane, nullo igitur jure a tertio possessore emphyteutae exceptio non soluti per triennium canonis obmoveri poterit.

§. IX.

In oppignoratione feudi, in interdicto uti possidetis & in exceptione spoliis jus tertii non potest allegari.

Sed et si tertius ad cuius jus provocatur, sit revera illo jure instructus, nihilo magis tamen is, qui illud allegavit, inde juvabitur. Ut si vassallus feudum oppignoraturus non quidem domini sed tamen agnatorum consensum in oppignorationem impetraverit, tunc agnati postea succedentes non possunt a sua obligatione sub eo praetextu recedere, quod dominus in oppignorationem non consenserit. *STRYCK. us. mod. ff. L. 20. §. 3.* Idem juris erit, si vice conversâ non quidem agnati sed dominus in oppignorationem feudi consenserit, nunc autem feudo ad dominum reverso hic ob defectum consensus agnatorum hypothecam agnoscere nolit. In utroque casu oppignoratio feudi intuitu ejus qui non consensit, non est vali-

valida, ob 2. Feud. 55. & 8. §. penult. in f. Is tamen qui consensit, factum suum ipse impugnare minime poterit. In interdicto quoque uti possidetis ad tertii jus non attenditur. Hoc est interdictum retinendae possessionis rerum immobilium; ubi nimirum inter duo disceptatur, uter in possessione sit, is vincit in hoc interdicto, qui iuste & sine vitio, nec vi, nec clam, nec precario ab adversario possidet, & proinde adversarius, qui ait, possidentem non quidem a se, sed a tertio quodam rem vi, clam vel precario accepisse, hac exceptione ad jus tertii pertinente plane non suffulcitur, quoniam in hoc interdicto qualiscunque possessor, hoc ipso quod possessor est, plus juris habet, quam turbator qui non possidet, ut expresse statuitur in l. 1. §. 9. D. uti possid. Quod ait Praetor in interdicto nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero possidetis, hoc eo pertinet, ut si quis possidet vi, aut clam, aut precario, si quidem ab alio, profit ei possessio, si vero ab adversario suo, non debeat eum propter hoc, quod ab eo possidet, vincere, has enim possessiones non debere proficere palam est. Quod idem confirmatur l. 53. D. de adq. vel amitt. poss. Ius Canonicum spoliatum ante omnia restitui jubet, c. 5. X. de restitut. spoliat. quae restitutio tam actione quam exceptione spolii urgeri potest; attamen haec exceptio spolii frustra opponitur actori de spolio tertii, ut & liberis spoliantis, si hi nimirum non ex persona patris sed potius jure proprio contra spoliatum agant, BERGER oecon. juris lib. 4. tit. 18. n. 13. unde intelligi potest, exceptionem spolii non curari etiam in possessorio summariissimo, quum tertius liquido jure suo intervenit, usque dum huic satisfactum fuerit. id. *ibid.* n. 12.



§. X.

In contractibus commodati pignoris ac depositi allegatio juris tertii non valet.

In obligationibus quoque personalibus jus tertii neminem a sua obligatione liberat. In commodato obligatio commodatarii eo redit, ut rem finito usu restituat bona fide nec restitutionem ullo sub praetextu subterfugiat *l. fin. C. de commod. l. 20. de acquir. vel amitt. poss.* Ab hac obligatione eum nequidem exceptio dominii proprii, *ob. l. 4. §. 19. eod.* multo minus dominii tertii competentis liberat. Hinc directa datur commodati actio etiam furi vel praedoni, quippe quorum interest, rem sibi restitui, quo ipsi eam vero domino reddant *l. 14. & 16. D. commod.* Aliud omnino dicendum, si prae done hac actione experiente ipse verus dominus rem suam vindicans interveniat; quum enim eam ob causam praedoni haec actio concedatur, ut tandem res furtiva ad dominum redeat, hunc praedoni postponi iniquum foret arg. *l. 31. §. 1. D. depositi.* Ita etiam se res habet, quum quis alteri rem ea sub conditione commodato dederit, ut eam vero domino restituat; quamvis enim jure stricto, quo alii per alium non acquiritur jus, nulla inde nasceretur domino commodati actio, ob aequitatis tamen rationem, quae rem domino reddi suadet, utilis concessa est *l. penult. C. ad exhib.* Cujus rei ratio quum sit magis civilis quam naturalis, (neque enim naturaliter quidquam impedit, alium per alium fieri locupletiores,) *VLR. HVBER. praelect. ad Inst. Lib. 3. tit. 20. n. 6. in fin.* quumque moribus hodiernis nemo dubitet, vel pacificando, vel le-

gem



gem dicendo, vel stipulando, alterum alteri cavere posse, atque ita subtilitatem Jurisprudentiae Romanae esse sublatam, WISSENBACH. *ad tit. Pand. de pactis reb. 18.*; hinc in specie proposita dominum directa commodati experiri posse adparet.

Quod de commodato demonstravimus, idem ob rationis paritatem ad pignus adcommodari potest. Quamvis enim res propriae tantum pignori obligari posse dicantur in *l. 20. D. de pigner. act.* & quamvis *vl. 2. D. cod.* is nihil agat, qui rem alienam pignori accepit, hoc tamen eo tantum valet, ut jus in re in detrimentum veri domini, qui rem suam oppignorari nescit vel non consentit, hoc modo constitui nequeat. FRANTZK. *ad tit. D. de pign. act. n. 30.* At nihilo minus res aliena eatenus oppignorari potest, ut contractus inter debitorem & creditorem valeat, atque debitori, debito soluto, actio pignoratitia competat *l. 9. §. 4. de pign. act.* creditor autem conventus exceptionem: *tu non es dominus*, quippe ad jus tertii pertinentem frustra opponat. STRYCK *us. mod. Pand. Lib. 20. tit. 3. §. 4.* Potest autem hoc modo res aliena pignori dari etiam a fure aut praedone, & deinceps actione pigneratitia reperti, quia videlicet ejus interest eam sibi reddi, ut domino restituatur. *l. 22. §. 2. D. de pign. act.* Idem juris est in deposito, nam & si praedo vel fur deposuerint, recte depositi agunt *l. 1. §. 39. D. de pos.*; atque ita exceptio domini deficientis deponenti nequidquam objicitur; quo ipso tamen justiori veri domini petitioni, quum ea in continenti liquido probari potest, jura nihil detractum volunt, *l. 31. §. 1. D. de pos.* *Incurrit*

hic & alia inspectio, an bonam fidem inter eos tantum, inter quos contractum est, nullo extrinsecus adsumto, aestimare debeamus, an respectu etiam aliarum personarum, ad quas id quod geritur pertinet: exempli loco, latro spolia, quae mihi abstulit, posuit apud Sejum inficium de malitia deponentis, utrum latroni an mihi restituere Sejus debeat? Si per se dantem accipientemque intuemur, haec est bona fides, ut commissam rem recipiat is qui dedit; si totius rei aequitatem, quae ex omnibus personis, quae negotio isto continguntur, impletur, mihi reddenda sunt, cui facto scelestissimo adempta sunt. Et probo hanc esse justitiam, quae suum cuique ita tribuit, ut non distrabatur ab ullius personae justiore reparatione.

S. XI.

In correalibus obligationibus jus tertii neminem juvat.

In correalibus debitis, si ab uno plurium debendi reorum stipulator acceptaverit oblatam sponte debiti partem, non praesumitur inter reliquos suam divisisse actionem, aut tacitum inisse pactum de reliquis nonnisi pro parte virili conveniendis, arg. l. 18. C. de pact. ANT. FABER Cod. lib. 8. tit. 27. defn. 9. VOET. ad D. lib. 45. tit. 2. n. 4. & hinc unus ex reliquis correis in solidum conventus de jure tertii excipit, si ratae suae solutione vult liberari. Ita etiam, si ex pluribus correis debendi unus novatione l. 31. §. 1. D. de novat., aut pacto de non petendo, aut legato, l. 3. §. 3. D. de liberat. legat. & l. 33. D. de pact. aut judicis sententia, pro sua persona obligationi exemptus fuerit, hoc reliquis correis non prodest; multum enim interest, utrum res ipsa sol-

solvatur, an persona tantum liberetur. VOET. l. c. n. 5. Quod etiam locum habebit, si quilibet cor- reorum stipulatori chirographum dederit & hic uni chirographum suum restituerit; chirographi enim re- stitutionse creditor tacite promississe videtur se debitum non petiturum l. 2. §. 1. D. de pact. Aliud autem statuendum videtur, si unum tantum ab omnibus correis chirogra- phum creditor habeat, idque uni ex correis restituerit, tunc enim, quia pactum de non petendo simpliciter conceptum in rem, non in personam, esse creditur, l. 7. C. de remiss. pign. id reliquis correis si non ipso jure, certe per modum exceptionis prodesse debet. Dissentit OLEARIVS in diff. de exceptione jus tertii concernente cap. 2. §. 6.

§. XII.

Qui pro minore fidejussit, est exors beneficii restitutionis. Sicutum Vellejanum tertio non prodest.

In fidejussionibus is, qui pro minore fidejussit, non potest exceptionem minoris aetatis opponere, solius enim minoris personae beneficium restitutionis in integrum est indultum. l. 13. pr. de minor. l. 1. 2. C. de fidejuss. min. AHASV. FRITSCH. de jure tert. concl. 30. COCCENII diff. de jure tertii §. 47. Quod heredi minoris, ob unitatem personae Nov. 48. praefat. conceditur beneficium restitutionis, non idem competit fidejussori. Imo fidejussor eam potissimum ob causam adhibetur ab eo, qui cum minore contrahit, ut certiorum securitatem praestet, quam a minore, ab restitutionis metum, expectare non potest, LAVERRACH Coll. pract. lib. 4. tit. 4. n. 20. Quamvis enim alias extincto debito principali, accessorium etiam dissolvatur, hoc tamen tantum

tum obtinet, si debitum principale ex jure communi, non si per privilegium certis tantum personis indultum resolvitur, *l. fin. D. de duob. reis l. 68. D. de R. Jur.* Caeterum quod *ULPIANVS* in *l. 3. §. 4. D. de minor. scribit, restitutionem minoris interdum solere fidejussori prodesse*, de ea specie intelligendum est, ubi concurrente adversarii dolo minor laesus *l. 2. C. de fidejuss. min.*, vel fidejussor pro minore quidem intercesserit, sed non qua tali, verum ut aliam personam sustinenti *l. 51. D. de procurator. l. 89. D. de acquir. vel omitt. hered.*

Senatusconsultum quoque Vellejanum & auth. si qua mulier tertio non profunt. Quamvis enim hoc S. C. mulierum heredibus *l. 7. C. ad SC. Vell.*, fidejussoribus *l. 7. §. 1. D. de except.* & qui mandato mulieris obligationem in se receperunt, *l. 6. D. ad SC. Vell.* succurrat, quum hi omnes unam quasi eum muliere gerant personam, ejusque proinde juribus & exceptionibus gaudeant, tertius tamen jurium muliebrium exfors omnino erit, ut diserte praecipitur in *l. 48. pr. D. de fidejuss. LEYSER medix. ad ff. tom. 3. spec. 169. med. 6*, qui rem praecedente confirmat.

§. XIII.

Alius pro alio non compensat.

Compensationis tanquam brevi manu solutionis fundamentum est mutuum debitum & creditum, quod se invicem, ita ut in arithmetica quantitas positiva & negativa, destruit, hoc autem cogitari non potest nisi inter eundem creditorem & debitorem, hinc debitum tertii in compensationem venire omnino nequit *l. 15. §. 1. D. de compensat. l. 9.*

l. 9. C. eod. alias debitoribus daretur occasio debiti exactio-
nem variis modis eludendi. *MEV. P. 7. dec. 262.* Ita igitur
exceptio juris tertii quoque est invalida, si quis dicat, sol-
vere volo, si alii mihi solvant, nec non si pars victa cui ju-
dex ipse debet, solutionem ob id debitum deneget; nam li-
cet magistratus injuste suum debitum non solvat, juste ta-
men creditori cum effectu jus dicit, alius est respectus per-
sonae qua debet, alius qua jus dicit; sic etiam Princeps juste
condemnat eum, qui pro se fidejussit, injuste vero eum so-
lutione debiti non liberat. *MEV. P. 5. dec. 209.* BRUNNEM.

Comment. ad Pandect. l. 4. §. pen. si serv. vind. Iam supra
autem §. 4. monuimus, eum qui cum creditore vel debitore
certo respectu pro una persona habetur, non posse dici ter-
tium. Hinc fidejussori ex debitoris persona *l. 4. §. 5. D. de
compens.* heredi ex persona defuncti, socioque ex persona
focii *l. 10. D. de duob. reis* compensatio competit; Tutor
quoque, qua talis, si convenitur ex persona pupilli, id quod
sibi debetur recte compensat, si vero actionem movet, ei de-
bitum proprium non obstat *l. 23. D. de compens.* Marito
etiam id, quod uxoris suae debitori debet, mutua compensa-
tione solvere licet, saltem compensationem illam non debitor
uxoris, sed uxor tantum si ipsius interfit impedire potest.
Nam maritus, cui ex moribus totius fere Germaniae ususfru-
ctus bonorum uxoris competit, satisfactionem quae uxori
praestatur tanquam causam sibi propriam spectare potest;
ea quippe definiente *VLPIANO l. 1. §. 11. D. quando appel-
land.* est causa propria, cujus emolumentum vel damnum
ad aliquem suo nomine pertinet, *MEV. P. 2. dec. 217, n. 2.*

D

cui

cui ad stipulatur LEYSER *med. ad ff. spec. 174. med. 4.* qui tamen Collegarum suffragiis victus non ex animi sententia, sed secundum auctoritatem LAVTERBACHII *in Colleg. Pand. lib. 16. tit. 2. §. 9.* contrarium statuere pronuntiare coactus fuit. Ex dictis adparet, feminae vice versa compensationem ex persona mariti non competere, sicut & eidem exceptio rei iudicatae ex persona mariti non datur. BERGER *oecon. Iur. lib. 4. tit. 22. §. 5. not. 6.* Porro etiam cedens & cessionarius pro una persona habentur, & quae illi opponi possunt exceptiones in rem vel factum, possunt & huic; non autem personales, ut exceptio doli, quae ex persona cedentis, siquidem cessio titulo oneroso facta *l. 4. §. 29. Et 31. D. de dol. mal. Et met. exc.*, cessionarium non tangit. Hinc exceptio compensationis, quae cedens submoveri poterat, facta cessione etiam cessionario recte in debitum vulgaribus opponitur; in cambio autem indossato exceptio compensationis aut solutionis, quae cedenti objici poterat, cessionario, tanquam exceptio ex obligatione tertii petita, plane non nocet. *Mand. Elect. Saxon. de a. 1699. Erklærung der Leipziger Handels- und Wechsel-Ordnung. wie es in Wechsel-Sachen in puncto exceptionis compensationis Et solutionis zu halten.*

§. XIV.

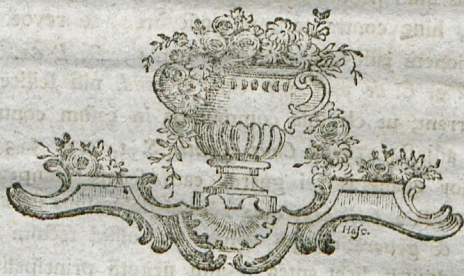
Ius protimiseos Et retractus excludit exceptionem de jure tertii.

Ius protimiseos pacto quaesitum, nec non jus retractus lege vel consuetudine certis personis ob quasdam qua-

qualitates concessum etiam varia suppeditant ad jus ter-
 tii pertinentia. Nempe jus protimiseos, ut alia contra-
 ctu acquisita, in heredes transmitti, vendi cedi que potest
l. 9. D. de probation. CARPZOV. P. 2. const. 32. def. 20.
 hinc si quidam heredum redimere nolint, reliquis adcre-
 cet illud redimendi jus, quod quum illis dubium reddere
 extraneus emtor vel alius velit, is certe de jure tertii
 contra eos excepturus esset *ANT. FAB. Cod. lib. 3. tit. 25.*
defin. 9. BERLICH part. 2. concl. 40. n. 71. Ipsum au-
 tem jus illud protimiseos, utpote pactitium quum sit per-
 sonale, hinc contra tertium possessorem ad revocandam
 alienationem jam factam allegari non potest. *l. 61. D. de*
pact. l. 2. C. de pact. int. emt. & vend. nisi scilicet alia
 concurrant, ut clausula commissoria in casum contraven-
 tionis adjecta *STRYCK Caut. Contr. S. 1. c. 3. §. 33.* aut
 possessor qualitatis rei gnarus eam sciens comparaverit
WERNH. P. 2. Obs. 425. quia nemini dolus suus debet pro-
 desse, & generatim qui dolum vel aliud factum impu-
 tabile admittit, licet antea intuitu negotii principalis fue-
 rit tertius, nunc intuitu hujus facti obligationem contra-
 hit & eatenus desinit esse tertius, (vid. quae supra §. 4.
 diximus) *LEYSER med. ad Pand. sp. 239. med. 2.* Quod
 deinde ad jus retractus legale attinet, cedi illud quidem
 non potest, sed contra tertium possessorem, modo justo

id

id tempore fiat, in usum vocari potest. STRYCK *de success. ab int. diff.* 6. c. 4. §. 48. Quodsi proximus agnatus eo non utatur, idque proinde ulterior adversus extraneum adhibeat, fundatam intentionem habebit, nec a possessore hac exceptione: tu non es proximus agnatus, quippe ad jus tertii pertinente, qua alienos vult agros rigare suis sitientibus, repelli poterit.



ULB Halle
007 368 429

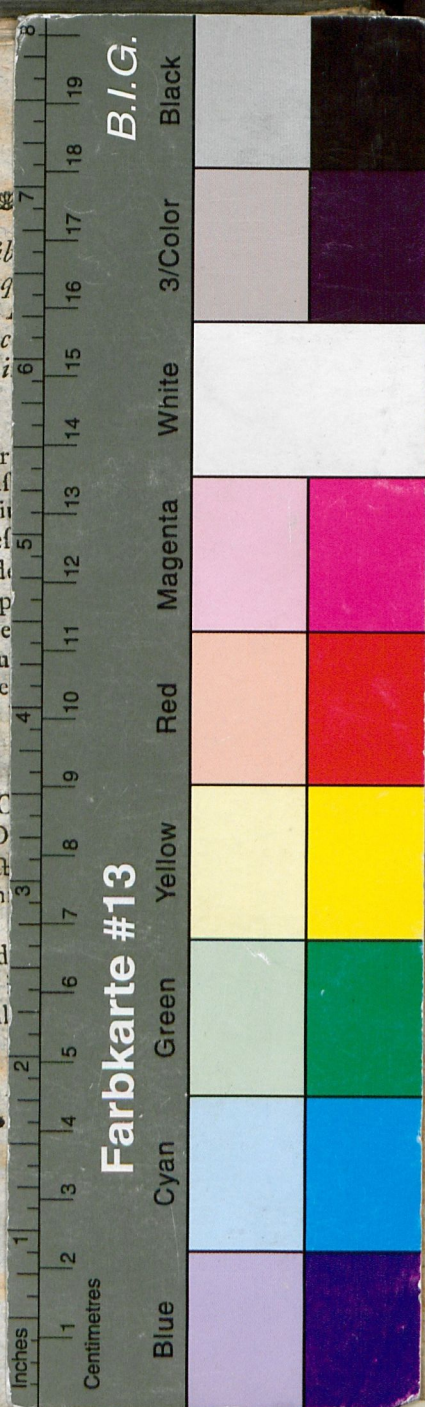
3



v. 78







XCVIII.

1778

35.

13

DISSERTATIO INAUGURALIS IVRIDICA
DE
**EXCEPTIONE AD IVS
TERTII PERTINENTE
PLANE INVUTILI,**

Q V A M

EX DECRETO ILLVSTRIS ICTORVM ORDINIS
IN ALMA ET PERANTIQA ELECTORALI ACADEMIA ERFVRTENSI
PRAESIDE

FACVLTATIS IVRIDICAE DECANO
Dn. RVD. CHRIST. HENNE, ICTO
EMINENTISSIMI AC CELSISSIMI PRINCIPIS ELECTORIS
MOGVNTINI CONSILIARIO REGIMINIS, FACVLTATIS
IVRIDICAE ET IVDICII PROVINCIALIS ASSESSORE, CO-
DICIS ET IVRIS FEVDALIS PROFESSORE
PVBLICO ORDINARIO

AD GRADV M DOCTORIS IN VTROQVE IVRE LEGITIME
CONSEQVENDVM

IN AVDITORIO IVRIDICO COLLEGGII ANSELMINI

D. XX. IVLII MDCCLXXVIII.

ERV DITORVM EXAMINI PVBLICO SVBMITTIT

A V C T O R

CAROLVS DIENEMANN,

LOESNICENSIS

ADVOCATVS SAXON. ELECTORALIS IMMATRICVLATVS.

ERFORDIAE, STANNO HENR. RVDOLPH, NONNII
ACADEMIAE A TYPIS.

1778
(XCVIII B)

