



DISSERTATIO INAUGVRALIS IVRIDICA
DE
DOMINIO MERCIVM
INTERVENIENTIBVS LITERIS
RECOGNITIONIS TRANSMISSARVM MOTO
CONCVRSV CREDITORIBVS
CEDENTE,

16
176
176
176

QVAM
RECTORE MAGNIFICENTISSIMO
POTENTISSIMO PRINCIPE AC DOMINO
DOMINO
GEORGIO III.

MAGNAE BRITANNIAE, FRANCIAE ET HIBERNIAE REGE,
DEFENSORE FIDEI,
BRVNSVICENSIVM AC LVNEBVRGENSIVM DVCE,
S. R. I. ARCHITHESAVRARIO ET ELECTORE.

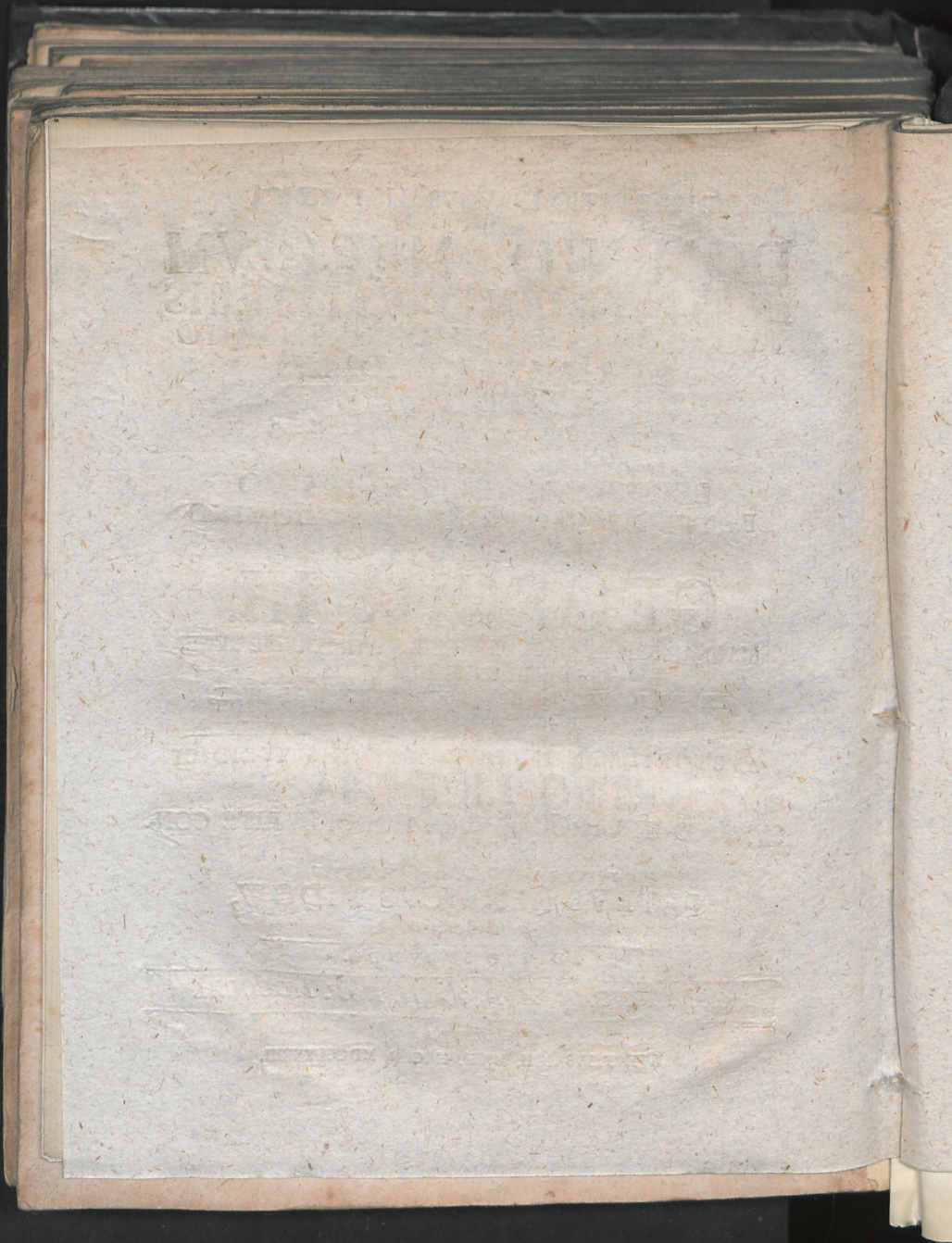
AVCTORITATE INCLYTI ORDINIS IVRIDICI
PRO LICENTIA
SVMMOS IN VTROQVE IVRE HONORES RITE CON-
SEQVENDI
PVBLICE DISQVISIONI SVBMITTIT
PETRVS HENRICVS WIDOW,

HAMBVRGENSIS.

EDITIO SECVNDA.

GOETTINGAE, A. D. XXIII. NOV. MDCCLXI.

ERFORDIAE,
SVMPTEBVS IOH. MICH. HAGEN, MDCCLXXXIII.





DISSERTATIO INAUGURALIS IVRIDICA
DE
DOMINIO MERCIVM
INTERVENIENTIBVS LITERIS RECOGNITIONIS TRANSMISSARVM MOTO
CONCVRSV CREDITORIBVS
CEDENTE.

SECTIO I.
DE DOMINIO IN EMTIONE PER MANDATARIVM
ADQVIRENDO.

§. I.
DE ADQVISITIONE DOMINII OBSERVATIONES QVAEDAM
GENERALES.



nanquam ex simplici naturali ratione declaratio perspicua domini de re sua in alterum transferenda, cum acceptatione alterius coniuncta, ad alienationem domini sufficere, adeoque traditione praecise opus non esse videatur, li-



cet ea alias recte rationi omnino conveniat *a*); leges civiles tamen ad evi-
 tandas lites ex incertitudine dominiorum oriundas non nudis pactis, sed
 traditionibus & usufruptionibus dominia rerum transferri voluerunt *b*).
 Hinc leges Romanae ex contractibus, alias ad dominium transferendum
 idoneis, ante traditionem tantum ius ad rem nasci, hac autem insecuta
 ius in re constitutum esse docent, modo quosdam casus exceperis, ubi ex
 sola legis dispositione absque omni traditione dominium transfertur *c*).
 Nihil autem, si iuris naturalis principia sequamur, interest, sive quis ipse
 rem sibi traditam accipiat, sive alius ipsius nomine possessionem illius rei
 adprehendat, cum perinde sit, per se quis faciat, an per alium *d*). Ro-
 mani quidem, olim per extraneam personam nihil acquiri posse statuen-
 tes, successu tamen temporis publica utilitatis commercique causa, reli-
 cta rigida hac subtilitate, ex constitutione SEVERI Imperatoris *e*), & iam
 antea auctoritate prudentum *f*), vicariam acquisitionem admiserunt, ut
 per liberam personam, veluti per procuratorem, principaliter possessio,
 & per hanc etiam dominium, si dominus fuerit, qui tradidit, vel usufru-
 pto, si dominus non sit, acquireretur non solum scientibus, sed etiam
 ignorantibus, quia dato mandato nescit dominus, quo tempore procura-
 tor possessionem acquiraturus sit *g*). Igitur hodie certe, sicuti alteri per
 alterum obligatio quari potest, ita etiam dominium per alium acquiri
 posse nullum dubium est *h*). Quomocunque autem quis sive ipse, sive
 per alium, dominium adeptus sit, de momento acquisiti domini determinando
 multum saepe agitur. Magni inprimis momenti haec questio est
 excitato creditorum concursu, maxime intuitu earum rerum, quae a debi-
 tore, brevi antequam foro cederet tempore, comparatae sunt, ubi quidem
 venditores, qui extra concursum eas res vindicare cupiunt, se fidem em-
 toris non securos, aut saltem ad illam habendam dolose inductos esse, illi
 contra,

a) Vid. H. GROTIUS de I. B. & P. libr. II. cap. VI. §. I. & cap. VIII. §. 25. FEN-
 DENDORF I. N. & G. Libr. IV. c. 9. §. 5. sq. Add. HERTIYS in Diss. de con-
 ventionib. domini translativis §. 15. *b*) L. 20. C. de pact. *c*) vid. BRUN-
 NEMANN ad L. cit. 20. C. *d*) conf. H. GROTIUS de I. B. & P. Libr. III. cap. VI.
 §. 9. *e*) Quae extat in L. 1. C. de acq. & ret. poss. *f*) L. 41. D. de usurpat. &
 usufru. *g*) §. 5. I. per quas person. cuique acquir. conf. HUBERVS Praelection.
 ad Inst. Libr. II. tit. IX §. 6. *h*) STRYK, usu mod. L. II. Tit. 14. §. 12. & L.
 XVII. Tit. 1. §. 6.

contra, qui curam bonorum gerunt, dominium in obæratum translatum fuisse, adeoque ad omnes creditores æquali iure pertinere, quacunq; ratione propugnare student, & ad removendam fraudis suspicionem damna subita & fatalia debitori oborta allegare solent. Quodsi hic merces aliunde advehi curavit, pretiumque nondum solutum est, transmissio literarum recognitionis *z*) novum sæpenumero affert dubium, liceatne nempe mittendi post transmissas literas recognitionis, debitore interea bonis cedente, per transmissionem *secundi connoſſementi* aliter de mercibus disponere, easque aliis addicere? Optandum quidem foret, ut eiusmodi lites, interdum diuturniores, sola æquitatis ratione definiri possent, præsertim si neutra pars ab omni æquitatis specie prorsus destituta videatur; ubi autem non contingit pactis & transactionibus controversiam dirimere, eo accuratius tunc, quid leges consuetudinesque ferant, dispiciendum est.

S. II.

PROPOSITUR CASVS.

Non quidem infrequentes sunt casus, ubi de *dominio bonorum, fientor brevi interiecto spatio foro cesserit*, disputatum est. Cum tamen diversæ res circumstantes diversas decidendi rationes subministrant, ulteriori disquisitione non omnino indignam fore iudicavi sequentem eamque planè singularem eiusmodi litis speciem.

Caius Hamburgi mandat Scio Liburni degenti, ut ibi suo nomine & periculo certam mercium quantitatem emat, & nauclero nominatim determinato tradat, quocum de transvehendis mercibus contraxerit k). Scium præterea curare iubet, ut, navi hisce mercibus nondum plene onerata, aliæ merces, Mentonæ comparandæ, nauclero eo profecturo ibidem illico tradantur. Cum hi mercatores eo tempore mutui creditores & debitores

A 3

essent,

z) Inter plures, qui de hoc argumento speciatim scripserunt, novissimos allegasse sufficiet, Consultiss. SLYTERVM, Ampliss. Senat. Hamb. Secretarium, diss. inaug. de traditione mercium per literas recognitionis, & Consultiss. BENTZEL diss. inaug. de litteris recognitionis præsertim duplicibus. *k*) Quando ad merces transportandas, inprimis per averſionem, navis locatur conducitur, instrumentum hac de conventionem confectum vocatur *Certe partie*. Originem nominis explicat Langenbeck *Annert. fiber das Hamburg. Schiff und See-Recht* P. II. T. XV. S. 143. formulamque exhibet in *Adiunct.* ad d. T. Lit. B. p. 158.



essent, mercium Liburni emendarum pretium rationibus Caii imputatum, pars tamen pretii mox ad Seium remissa est. Mercium, Mentonæ comparandarum, pretium Caius Titio cuidam, mercatori Gallo, solvendum committit, literis cambialibus a Titio transmittendis promte vicissim satisfacturus. Seius Liburni merces coemit, naucleroque tradit, transmissis literis recognitionis ad Caium nominatim simpliciterque directis; reliquas etiam merces Mentonæ ope Mævii comparari curat, cui summa cambii, pro consequendo pretio missi, a Titio statim solvitur. Connossementa de his mercibus signata, quibus significabatur, eas mandato Seii, nomine tamen & periculo eius ad quem pertinerent, mitti, sine ulla reservatione a Titio Liburnum, ad ea ulterius expedienda, sunt transmissa. Ante vero quam navis, mercibus onusta, atque connossementum, Liburni signatum, Hamburgum advenirent, moritur Caius obstratus. Modo igitur creditorum concursu ii, qui curam bonorum susceperant, transmissas quidem recognitionis literas accipiunt, cambiales autem literas a Titio in Caium conscriptas, interposita protestatione remittunt. Seius Liburni de hoc fato mox certior factus, retentum alterum connossementum una cum literis recognitionis Mentonæ confignatis ad alium mercatorem Hamburgensem transmittit, eumque omnes merces in suam custodiam recipere iubet. Post adventum navis, mandatario Seii cum curatoribus bonorum de recipiendis mercibus certante, tandem convenit, ut ille salvo tamen partium iure eas reciperet, venderetque, pretio inde redacto ad depositum iudiciale deferendo. Quæ pactione vix inita Titius per mandatarium intervenit, merces sua pecunia comparatas sibi vindicaturus.

§. III.

STATVS CONTROVERSIAE.

Facile ex iam dictis colligitur, omnino de hac quæstione agi: *num* dominium mercium eo tempore, cum Hamburgum delata fuerunt, in Caium translatum fuerit? Si enim translatum, per eum in creditores transit, adeoque pretium ex mercibus venditis redactum eodem iure ad universos creditores pertinebit, quo ad accipiendas merces in eius locum successissent. Dominio autem in eum non translato, cum merces nullam partem massæ bonorum fecerint, separationi locus erit, ubi tamen tunc quaeritur,

§§

7

ritur, num Scius *omnes*, an saltem *Liburni coemtas*, Titius vero reli-
quas *merces Alentouæ comparatas* vindicare possit?

§. IV.

TRACTATIONIS RATIO.

Ad hanc controversiam dirimendam primo ex principiis iuris com-
munis domini in Caium translationem adstruere conabor, deinde, quid
circa literas recognitionis notandum, & imprimis, an & quando per trans-
missum secundum connoſſementum prius revocare liceat, examinabo;
tertio denique loco, de iure Titii dispecturus, quo ordine inter credito-
res collocandus sit, qui ad rem aliquam emendam pecuniam credidit, in-
quiram.

§. V.

DOMINIUM QUOMODO PER MANDATARIUM AC-
QUIRATUR.

Acquisitionem tam possessionis quam domini per procuratorem, tu-
ratorem, curatoremve fieri posse nemo dubitabit *l*). Requiritur autem non
solum, ut procurator mandato ad dominium acquirendum instructus sit,
sed necesse etiam est, ut nomine mandantis res accepta, idque specialiter, cum
procuratori traderetur, actum fuerit, ut mandans dominus fieret *m*). Ubi hoc
animo procuratori res tradita est, etiamsi ille forte quasi sibi adquisiturus
acceperit, mandatori tamen acquireretur *n*). Aliud ergo dicendum est, si
mandatarius suo nomine nactus fuerit possessionem, non cum ea mente, ut
operam duntaxat suam accommodaret *o*). Igitur si non præcise id actum in
rei traditione, ut mandantis fieret, huic non prius acquiratur, quam si
procurator ipsi tradiderit *p*). Quemadmodum autem hæc omnia de procu-
ratore intelligenda sunt, ita facile patet, per negotiorum gestorem, sponte sua
emen-

l) L. 1. §. 20. D. de acquir. vel amitt. poss. L. 13. §. 1. L. 59. D. de acquir. rer. dom.
m) L. 13. pr. L. 20. §. 2. D. de acquir. rer. dom. coh. ERN. COTHMANNI Con-
sili. ac Consult. Vol. III. Resp. 40. n. 10. sq. LAYTERBACH in Coll. Theor.
Pract. ad D. L. XXI. T. 1. §. 60. *n*) L. 13. in fin. D. de donat. L. ult. C.
si quis alteri vel sibi. *o*) L. 1. §. 20. D. de acq. vel amitt. poss. *p*) L. 59. D.
de acq. rer. dom. vid. HERTII Disp. de oblig. mandant. & mandat. contem-
plat. tertii §. 4.

ementem, nihil nobis adquiri, nisi emtionem ratam habuerimus q). Ceterum in quovis casu circumspiciendum est, quid mandatarius vi mandati agere debuerit. Quodsi ergo mandatum expressum de emendo adest, & mandantis nomine emtio contracta, statuendum omnino est, simulac dominus, in mandantem dominium transferre volens, procuratori rem tradiderit, per hunc mandanti dominium statim acquisitum esse.

§. VI.

FIDE DE PRETIO HABITA, RES VENDITA ET TRADITA
STATIM EMPTORIS FIT.

Ex hisce principiis unice si iudicare liceret, facili negotio totius litis prævideri posset decisio. Sicuti enim acquisitio dominii per emtionem mandatarii facta extra omnem controversiam tunc posita est, cum constat de pretio ipsi satisfactum esse, ita e contrario pretio nondum soluto res non adeo expedita videri potest, cum & summe æquitatis, & bonæ fidei, inter mercatores maxime attendenda, ratio mandatarium prius indemnem omnino præstari iubeat. Quidquid interim dubitationis hic forte subnasceatur, sive generatim mandatarium, ad alterius quidem petiti, sua tamen pecunia, ementem, in locum venditoris succedere existimes, donec pretium ipsi restitutum fuerit r), sive credas, præcipue inter mercatores non adeo stricte verbis mandati inhaerendum, sed potius ex æquo & bono, a quo quisque merces venditas receperit, spectandum esse s); eandem tamen manere decisionem sequentibus ostendam, etiamsi emtionem inter Cautum & Scium proprie initam, ideoque negotium hoc ex regulis emti venditi metiendum arbitreris. Cerrissimi quidem iuris est, dominium rei venditæ tunc in emptorem transire, si aut pretium solutum, aut satis eo nomine factum sit t). Neque negari potest, solam traditionem dominii translationem nondum arguere, quia sub tacita conditione pretii statim recipiendi in dubio contractum intelligitur, neque venditor prius dominio se abdicasse censendus est. At vero in hoc contractu singulariter receptum,

q) L. 24. D. de neg. gest. L. 42. §. 1. D. de acquir. vel univ. poss. cons. COTTMANN l. c. n. 13. 1q. r) Similem, in casu ubi mandatarius suo nomine suisque nummis emerat, & de pretio in creditum abire noluerat, decisionem exhibet ENGVA P. I. Dec. 235. p. 241. 1q. s) Vid. MEVIVS R.V. Dec. 174. n. 2. t) L. 19. D. de contrab. emt. §. 41. l. de rer. divif.

ceptum, ut etiam fide de pretio sine ulla satisfactione habita, dominium in emtorem statim transferatur *u)*. Quomodo itaque venditor, fide de pretio non habita, extra concursum creditorum iure domini res venditas ubique vindicare potuisset, ita, si fidem emtoris secutus sit, neque aliter securitati suae consuluerit, neque dolus emtoris intercesserit, non nisi cum reliquis creditoribus chirographariis de consequendo pretio certabit *x)*.

§. VII.

VNDE CONSTET FIDEM DE PRETIO HABITAM ESSE.

Cum fides de pretio data novum factum contineat, quod a natura contractus alienum, hinc eam in dubio non praesumendam, sed ab allegante regulariter probandam esse, communiter fere statuunt *y)* Facile quidem de eo constare poterit, si expresse inter contrahentes de ea habenda convenerit. Interea, quin fidem etiam tacite habitam esse ex variis factis & iudiciis colligere liceat, nemo dubitabit. Sic parte pretii soluta, eaque ab altero accepta, de residuo creditum fuisse haud ambiguum est *z)*. Verum etiam si nullo soluto pretio venditor solutionem non urgeat, quaecumque dilatio ad solvendum concessa fidei habitae indicium praebet *a)*. Inter mercatores, praesertim qui mutui creditores & debitores sunt, aut qui fide habita contrahere solent, facilius saepe huius litis decisio est. Quodsi enim hi hominibus ab se emere consuevis merces aliquas sine ulla reservatione domum miserint, eaeque ibi acceptae, pretiumque in libros rationum a venditore relatum sit, omnino fides habita videtur, dominiumque translatum *b)*. Alioquin ex sola mercium traditione, quae ante pretii solutionem & absque domini reservatione ignoto cuicumque emtori facta est, minus recte *MEVIVS c)* colligere videtur, emtori statim fidem esse habitam. Cum enim in emtione venditione traditio mercium cum in finem fiat, ut emtor ex sua parte solutione pretii contractum adimpleat,

B

tan.

- u)* ll. cc. MEVIVS P. IV. Dec. 206. not. 2. *z)* L. 5. §. 18. D. de Trib. act.
y) conf. SCHILTER Exercitat. ad D. 30. §. 31. BERGER in Oeconom. Iuris p. 183. STRYK in Disp. de Fide habita cap. 4. n. 2. Vol. III, Disp. Francof. D. 19.
z) BOEHMERI Consult. & Decis. tom. 2. part. I. resp. 336. n. 6. *a)* STRYK loc. cit. n. 35. sq. *b)* Ita iudicatum esse refert HUBER. Praelection. ad D. L. 18. T. 1. §. 12 in fine conf. STRYK usu mod. L. 18. T. 1. §. 13. *c)* P. IV. Dec. 206. & Dec. 286. n. 3.



tantum abest, ut in dubio ex qualibet traditione fides de pretio habita elici possit, ut potius tradens dominium non nisi pretio soluto transferre voluisse censendus sit *d)*. Hinc etiam, ad omnem dubitationem tollendam, cautelam suppeditat SCHILTERVS *e)*, ut venditor in instrumento se non prius, quam integrum pretium solutum fuerit, dominium rei traditae in emtorem translatum velle declaret *f)*.

§. VIII.

DE DOLO EMTORIS, TRANSLATIONIS DOMINII IMPEDIMENTO.

Quemadmodum venditor, fidem emtoris secutus, omne ius, quod ipsi in re vendita competebar, plenumque dominium per traditionem in emtorem transtulit, ita, si hic venditorem ad contractum in eundem fidemque habendam dolose induxit, dominium rei venditae & traditae nequam acquirat *g)*. Contractus enim bonae fidei, quibus dolus causam dedit, ipso iure nulli sunt *h)*; cumque tali casu dolus causam habendae fidei dederit, merito haec pro non habita, neque res tradita, sed potius fraudulenter ablata censetur *i)*. Traditio ergo non obstante, siquidem nullus iustus titulus praecessit, venditor, moto postea creditorum concursu, res extantes recte vindicabit, omnibus aliis creditoribus praefendus; quin etiam eas tanquam res furtivas a quocunque possessore, qui in illis plus iuris acquirere non potuit, non oblato quoque pretio repetere licebit *k)*. Difficilis autem hic exoritur quaestio de probatione deli, & quantum temporis spatium, posteaquam emtor obaeratus foro cessit, ad illum arguendum sufficiat. Hoc certum est, etiam illum a dolo liberari, cui calliditas

&

d) conf. praeter STRYK. *Disp. cit.* n. 13. sq. HAHN *ad WESENB.* L. 18. T. 1. p. 496. LAVTERBACH. in *Coll. Th. Pr.* L. 19. T. 1. § 5. HUBER. *Prael. ad I. L. II. T. 1.* §. 55. *e)* *loc. cit.* §. 75. *f)* Plura de fidei habitae probatione & praesumptione reperiuntur apud STRYK. *l. c.* cap. 4. Vid. etiam P. MÜLLERS *ad STRVV.* *Ex.* 23. §. 108. *not.* a. & Consult. SLVTER *Diff. Supra alleg.* §. 19. *g)* Elegans de eiusmodi fraude in pignore recipiendo species habetur in L. 3. D. *de pig. alt.* Ceterum praedictis rem confirmat RICHTER P. II. *Dec.* 87. p. 237. sq. *h)* L. 7. *pr. D. de dolo malo* L. 13. §. 3. D. *pro socio.* Hanc sententiam contra dissentientes tuerit ANT. PEREZ *Praelect. in Cod. tit. de dolo malo* n. 5. sq. *i)* GAIL L. II *observ.* 15. n. 8. sq. *k)* L. 2. §. 23. C. *de rei vindicac.* Pluribus de rei vindicatione contra tertium possessorem eiusque limitatione egit Consult. SLVTER *Diff. cit.* §. 21.

& animus alterum decipiendi obiiici nequit, licet fatuam facti sui rationem reddat *l*). Hinc est, quod dolus non praesumatur, sed ex indiciiis perspicuis probandus sit *m*). Plurimi quidem dolum inde colligi volunt, si emtor statim post venditionem, vel non diu postea solvendo esse desierit *n*). Enim vero, meo qualicumque iudicio, id solum, quod emtor iam tempore contractus facultatibus lapsus fuerit, nisi accedant aliae praesumptiones fraudis evidentes, ad arguendum dolum vix sufficiet *o*); multo minus solus eventus absque fraudulento consilio probationem fraudis sufficientem reddet, dominique translationem impedire poterit *p*). Fieri enim potest, ut quis, quantumvis afflictis rebus suis, bona fide & absque animo alterum laedendi ad rem emendam accedat, iusta credulitate & spe probabili adductus, se mox tantum ea re lucraturum esse, ut non solum pretium implorere, sed & rebus suis admodum consulere possit. Nec, si eventus improvisus hanc spem sefellerit, aut alia damna fatalia lucrum deinde interverterint, statim praesumere licet, ab initio dolose egisse emtorem. Quid? quod aliae res circumstantes accedere possunt, quae praesumptionem doli si non excludant, certe infirmant, si nempe debitor tempore contractus adhuc multa feliciter susceperit negotia, ita ut communi hominum opinione maxima ei fides tributa, isque eo tempore eius conditionis fuerit, ut diligens paterfamilias alias crediturus fuisset *q*). Et sicuti improbi decoctores, qui fortissimas fraudis suspiciones a se amovere nequeunt, nullum favorem merentur, ita aequitas iis subvenire iuber, qui ex incolumi statu ad tristem fortunam subito sunt deiecti, fortunae vitio, non suo decoquentes *r*). Hinc nec mercatorum, cum foro cesserunt, libris indistincte

B 2

- l*) L. 12. §. 3. D. de liber. causa. *m*) L. 18. §. 1. D. de probat. L. 10. C. de resc. vend. L. 6. C. de dolo malo. *n*) Vid. e. g. CARPZOV. in *Iurisprud. For.* P. I. Conf. 28. def. 18. MEVIUS P. VI. Dec. 193. BERGER in *Oecon. Iur.* p. 183. *o*) Ita respondisse Ord. Viremb. testatur WERNHER *Sel. Obseru. for.* T. I. P. IV. obs. 226. *p*) Vid. BRUNNEMANN ad L. 10. D. Quae in fraud. credit. n. 3. & ad l. 3. D. de pig. act. conf. WERNHER T. I. P. III. obs. 62. *q*) L. 111. in fin. D. de condit. & demonstr. vid. BOEHMER *Conf. Es.* Dec. 1. z. p. 1. resp. 318. n. 23. Ob eandem rationem STAT. HAMB. P. II. Tit. 12. art. 7. mandatarium, alterius iussu merces fide habita vendentem, si emtor postea facultatibus lapsus sit, non obligari volunt, modo tempore emtionis eius conditionis fuerit, ut & alii diligentes mercatores ipsi fidem fuissent habituri. *r*) Ad decoctores fraudulentos & demerarios quinam referendi, & quomodo, in illos animaduertendum, illi vero, qui adversa fortuna ad inopiam pervenerunt, sublevandi sunt, docet die. Neue Hamburg, Jalitten Ordnung, art. 101. 1699.



ea fides denegari potest, quam alias mores & statuta *f)* illis tribuunt, sed ad vitam & mercaturam antea factam respiciendum, investigandumque, casu an culpa debitor ad inopiam redactus sit *f)*; cumque sola paupertas fidem haud demat, merito reiicienda eorum sententia, qui distingui cupiunt, num quis eo tempore, quo solvendo aeri alieno par fuit, an cum iam esse desit, in libro suo aliquid inscripserit. Ceterum quantum spatium temporis ad arguendum fraudem requiratur, utpote iure communi non definitum, nisi statuto determinatum sit, iudicis prudentis arbitrio relinquendum erit. *Statuta Hamburgensia u)* illi, qui obaerato, & statim post triduum vel quattriduum fugienti, aut decoquenti, conditionem eius ignorans habita fide de pretio mercem vendidit, & tradidit, in iis apud debitorem adhuc extantibus ius praelationis prae omnibus aliis creditoribus tribuunt *x)*. Hic vero articulus, cum fraudulentum mox decoquendi consilium supponat, ad casum nostrum applicari nequit, quandoquidem Casium non dolose in mercibus emendis egisse, & transmissa dimidia fere pretii pars, & excusatae ipsius rationes satis ostenderunt.

§. IX.

RESERVATIO DOMINII VEL HYPOTHECAE IN RE VENDITA QVID EFFICIAT.

Ad evitandas, quae de fide habita & dominio translato oriri possunt, controversias pactum de dominio rei venditae & traditae ad plenam solutionem

s) Vid. STAT. HAMB. P. I. Tit. 30 art. 6. sq. *f)* MEVIUS ad *Ius Lub.* L. V. Tit. 6. art. 4. *in additam.* Idem monet IO. LVC. STEIN in den gründlichen *Abhandlungen des Lübbischen Rechts*, P. IV. L. V. tit. 6 §. 171. *u)* P. II. Tit. 5. art. 3. Hos tamen dies non determinative positos esse, sed paucorum dierum numerum completi, ideoque ad similes casus recte extendi Interpretes censuerunt. vid. COTHMANN V. III. Resp. 40. n. 52. sq. *Iure Lubecensi* L. III. Tit. 6. art. 1. quatuor hebdomadam spatium praefinitum est, & quod de fuga statutum, ad quamvis aliam decoctionem seu cessionem honorum referendum esse existimat MEVIUS ad *h. a. n.* 32. in fin. *Alia statuta* assertit STRYK in *Disp. cit.* c. 4. n. 24. & c. 5. n. 31. *x)* Noviori iure provisum, ut quodcumque 14 diebus antequam de decoctione publice constitit, vel accepto pretio, vel fide habita, obaerato venditum est, sive is iam tempore emtionis fugam meditatus, sive demum interiectis hisse diebus se solvendo debito imparem declarare coactus fuerit, quatenus apud debitorem adhuc extat, vindicare, aut aliorum translatum arrecto constringere creditori liceat; ulteriusque definitum est, quando decoctio in commune nota esse censetur. *Neue Fall, Ordn.*, art. 24.

tionem reservando *y*) maxime prodesse antea dictum est, quippe quod venditorem ratione pretii omnino securum praestat. Ut autem venditor hoc pacto omnibus reliquis emtoris creditoribus praefatur, facile intelligitur, reservationem hanc *z*), priusquam dominio se abdicarit, ideoque ante traditionem, vel saltem in ipso traditionis actu, adiciendam esse *a*). Eadem ratio hypothecae in re vendita constitutae, si venditor omnes creditores, etiam hypothecarios antiquiores, qui hypothecam generalem in emtoris bonis iam consecuti sunt, antecedere cupit *b*): hypotheca enim ex intervallo constituta subsistit quidem a tempore conventionis, sed posterioribus hypothecis duntaxat potior est. Non tamen hypothecae nomine absolute opus esse, sed verba aequipollentia sufficere existimant, modo animum securitatem realem efficiendi satis demonstrant *c*). Utrum reservatio domini emtionem conditionalem reddat, periculumque rei venditae, quod alias emtione perfecta in emtorem transit, ad venditorem revolvat, quod inter alios *HUBERVS d*) praecipue defendit, plurimi autem rectius negant, his, cum ab aliis abunde iam satisfactum sit *e*), diutius immorari nolo. Quid autem haec domini reservatio in securitatem venditoris proprie efficiat, in id adhuc paulo accuratius inquirere operae praetium esse duco, cum plures hac in re dissentiant. Quidam enim *f*) statuunt, dominium hic reservatum intelligi non ordinarium, quod emtori tribuunt, sed sub-

B 3

dia-

- y*) Pactum hoc apud Romanos minus frequentatum, adeoque ex moribus recentioribus potius, quam ex iure Romano originem trahere, contendit *SCHILTER EX.* ad *D.* 30. §. 56. & 76. Sed ei responderunt *HERTIVS* in *Disq. de reservat. domin. vel hypothec. in re vendit.* Sect. I. §. 1. vol. II. op. tom. 3. p. 156. *LEYSER Meditat.* ad *D.* spec. 479. med. §. 1. *F. WAHL* in *Diff. de validit. & effectu reservat. dom. & hyp. in securitat. residui pret.* §. 21. seqq. ubi hanc quaestionem ob dissensus ratione periculi praestandi haud inutilem esse iudicat.
- z*) Quando & quibus modis haec reservatio facta censeatur, late explicat *BERLICH P. I. concl.* 64. n. 43. sq. *a*) *LAVTERBACH* in *Coll. Th. Pr. L.* 18. T. 3. §. 27. *b*) *FRVNNEMANN de Proc. Conc. Cred.* c. 5. §. 13. *c*) *Perill. PFENDORF Observ. iur. univers.* T. 1. obs. 212 n. 2. Cautiones quasdam in formulis reservationis utiles exponit *WAHL diff. cit.* §. 40. *d*) in *Praelect. ad D. L.* 18. T. 1. §. 12. in fin. & T. 6. §. 5. in fin. & §. 8. *e*) *Vid. praeter LAVTERBACH l. c.* §. 26. & *Consult. SLYTERI diff. saepe cit.* §. 22. in primis *BERGER in Elekt. Discept. For.* p. 1386. sq. & *WAHL l. c.* §. 37. sq. qui rationibus & praecidiis veritatem sententiam confirmavit. *f*) *Vid. BERGER loc. cit.* p. 1382. seqq. *HERTIVS diff. cit.* S. I. §. 7. *vid. tamen §. 15. In eadem sententiam abit ENGAV P. I. Der.* 341. p. 352.



diarium saltem, in securitatem scilicet creditoris, adeoque perinde esse, utrum dominium, an hypothecam venditor sibi reservavit; unde illum reservati dominii nomine subhaftationem morari non posse concludunt, nec ipsi rei vindicationem, sed hypothecariam tantum actionem concedunt. Verum enim vero, nisi speciali lege pactum hoc reservati dominii cum pacto, quo hypotheca reservatur, exaequatum sit, magnam inter utrumque intercedere crediderim differentiam. Venditor enim, qui in re vendita simpliciter verbisque directis dominium sibi retinuit, seque ante pretii solutionem illud dimittere nolle satis declaravit, is, donec pretium solutum, adeoque conditio, quae dominii translationem hactenus suspendit, impleta fuerit, ipso iure dominium continuat. Igitur moto creditorum concursu res extantes iure retenti dominii vindicat *g*), proinde nec concursui immiscendus, quippe qui excitatur circa bona ipsius debitoris, non in bonis alterius domini; praeterea nullus tertius quidpiam iuris ab emtore in re quadam consequi potuit, quae ante solutionem pretii in dominium debitoris non transfuit. Neque tamen iniqua eorum videtur sententia, qui creditoribus optionem relinquunt, pretiumne rei venditae venditori, persolvere, an tentare velint, num illa distracta maius forte pretium obtineri possit, quod lucrum ad creditores tunc pertinebit, ut tamen vindicans sumtus subhaftationis, si ipse hanc non arget, suscipere non debeat *h*). Ceterum, si non discretis verbis dominium, sed hypotheca tantum reservata, plurimi quidem, dominio hoc pacto in emtorem translato, venditorem concursum sequi eiusque finem expectare debere existimant, quantum iure separationis sibi ex re ita vendita satisfaciatur, adeoque hac ratione reliquis creditoribus, quibus in bonis emtoris hypotheca qualiscunque est constituta, praefendus sit *i*). Optime rebus suis consulat venditor, qui principaliter quidem dominium, sed in subsidium & ad maiorem securitatem coniunctim etiam hypothecam, sive in ipsa re vendita, sive in bonis emtoris reliquis, sive in utrisque sibi reservabit *k*); quod si enim re vendita non amplius

g) Ita communiter fere Dd sentiunt, vid. e. g. MEYER P. VI. D. 197. n. 3. 4. LAUERBACH *loc. cit.* §. 25 LEYSER *l. c.* ibiq. alleg. *h*) Struben Rechts-
 liche Besenten n. 33 p. 60. *i*) HERTIVS *diff. cit.* §. II. §. 11. & 15. *k*) Nec
 sanae rationi, nec iuris analogiae repugnare, quod venditori in una eademque re
 praeter verum dominium in eius securitatem generalem hypothecae ius, adeoque
 iuxta rei vindicationem hypothecaria actio electivae competere possit, exemplo le-
 gatorio

amplius existente inanis, vel alias difficilis foret rei vindicatio, utiliter hypothecaria actione experiri licebit. In primis semper respiciendum erit, quid inter partes actum fuerit, utrum dominium simpliciter reservatum, an vero ex adiectis verbis clausulæ apparet, fuisse animum, hypothecam duntaxat specialem reservandi, virtute cuius venditor, ratione pretii sibi debiti, in re vendita aliis emtoris creditoribus praeponatur.

§. X.

VENDITOR RATIONE RESIDVI PRETII QVEM LOCVM INTER CREDITORES OCCVPET.

Venditor, donec integrum pretium receperit, retinere quidem rem venditam quasi pignoris iure potest *l*). Postquam autem fidem emtoris secutus per traditionem omni sese privavit dominio, consequens est, ut in re vendita potior deinceps causa sit creditorum hypothecariorum, cum ex vendito personalis tantum actio ad consequendum pretium nascatur, nisi venditor expressa pignoris conventionem sibi prospexerit *m*). Tacita enim hypotheca venditori in re vendita iure civili non competit *n*), nec deficit solum legis dispositio, sine qua illa admitrenda non est, sed discrete potius, siquidem in creditum abiit venditor, in tributum vocatur *o*). Quaeritur autem, num venditori intuitu pretii residui privilegium personale ante meros chirographarios tribuendum sit *p*), an vero sine ullo privilegio ac praerogativa inter ceteros chirographarios creditores sit collocandus *q*)? At, nisi ex aequitate venditori in re vendita idem privilegium, quod deponenti in re deposita, non amplius extante, competit, concedere velis, stricto iure denegandum potius esse viderur. Quae enim

garatio desumpto illustrat WAHL *diff. cit.* §. 35. & 46. qui ceteroquin in eo a communiori opinione discedit, quod, quibuscunque verbis, vel sub dominio, vel hypothecae nomine, sigillatim, vel coniunctim, reservatio fiat, semper verum dominium, vel saltem instar eius habendum esse statuat. *l*) L. 13. §. 8. *D. de adion. emt. & vend.* *m*) ANT. FABER in *Cod. L. 8. Tit. 7. def. 6.* *n*) Statuta quaedam, quibus venditori in re vendita ipso iure hypotheca reservatur, recenset WAHL *diff. cit.* §. 304. *o*) L. 5. §. 18. *de Trib. act.* LAVTERBACH in *Comment. ad D. L. 20. T. 2. §. 85.* *p*) Id statuunt MEVIUS P. VI. D. 193. n. 8. BRUNNEMANN *de Proc. Conc. Cred. c. 5. §. 62.* quem sequitur WERNHER T. II. P. IX obs. 122. & T. I. P. V. obs. 41. *q*) Ita sentiunt MÜLLER *ad STRUV. EX XXIII. §. 108. not. a. n. 27.* STRYK *in not. ad BRUNNEM. l. c. & LUDOVICI Einl. zum Concurs. Proceß. c. 10. §. 59.* qui de communiori praxi testantur.



enim leges ^{r)}) argumenti loco hic adduci solent, ei nominatim, qui ad navem emendam, fabricandam, vel instruendam creditur, vel ob navem venditam petat, privilegium assignant, quod ad alias res venditas non aequè transferri poterit ^{s)}).

SECTIO II.

DE EFFECTV TRANSMISSIONIS SECVNDA- RV M LITERARVM RECOGNITIONIS.

§. XI.

RATIO DICENDORVM.

Ea, quae hactenus protuli, argumenta sufficient, spero, ad ostendendum, dominium mercium, in Caium translaturum, nunc ad universos ipsius creditores pertinere, siquidem Seius partim tantum mandatum de emendo habuit, partim eum de pretio fidem dedisse inde constat, quod illud in rationes retulerit, partemque pretii transmissam acceperit. Praeterea voluntatem suam, ut merces Caio traderentur, per transmissionem *connossementum* abunde declarans, ipsa quoque earum possessione sese abdicavit per traditionem nauclero factam, qui, & ex locato, & ex mandato ad eas Caii nomine recipiendas obligabatur. Quodsi ergo ius in eas merces ex antecedente conventionione, inter remittentem & acceptantem inita, dependet & diiudicandum est, satis patet, dominium illarum, si non statim a momento, quo Caii nomine emtae, eiusque mandatario traditae fuerunt, certe ab eo tempore ipsi acquisitum esse, quo mandatarius parte pretii accepta, & fide de residuo habita, nulla adiecta reservatione, merces nauclero tradidit, & Caio per *connossementum* addidit. Illud vero mihi hoc loco disquirendum superest, an, & quando liceat mittenti, cui de pretio nondum satisfactum, si per famam, aut alio modo, de mutato rerum accipientis statu certior sit, per *secundum connossementum prius missum* revocare aliumque accipiemem constituere? Ad hanc quaestionem diiudicandam nonnulla quidem,

^{r)} L. 26. § 24. D. de reb. aut. iud. possid. ^{s)} conf. omnino PFENDORF T. III. *Obf. iur. univ.* 70, p. 198.

quæ circa literas recognitionis jure saltem consuetudinario observantur, repetenda erunt, reliqua autem, quæ de *connossementorum* fine, requisitiis, formulis, & obligationibus inde oriundis notari merentur, eo securius hic præterire licebit, quo uberius ab aliis, qui ex instituto de hac materia scripserunt, hæc omnia jam pertractata sunt 1).

§. XII.

QVAEDAM DE IVRE CONSVETVDINARIO CIRCA LITERAS RE-
COGNITIONIS EXPONVNTVR.

Literæ recognitionis sunt documentum a nauclero, vel ejus mandato, signatum, quo proficitur, merces in eo designatas navi suæ impositas esse, quas secundum conventionis legem illi, ad quem mittuntur, in formula denominatum, postquam de naulo ipsi satisfactum fuerit, sese traditurum sub hypotheca bonorum, & inprimis navis ipsius, promittit. Si in instrumento recognitionis pondus qualitasve mercium exprimitur, nauclerus, ut securitati suæ consulat, plerumque adscribit, se genus pondusque mercium ignorare. Instrumenti hujus tria regulariter unius tenoris conscribi solent exempla, quorum unum apud mercatorem, merces mittentem, remanet, alterum ad eum, cui merces destinatae sunt, transmittitur, tertium nauclerus retinet 2). Exemplis illis inter se discrepantibus, illud, quod alius, quam producentis manu extensum est, fide dignum censetur. 3) Principaliter quidem *connossementa* probationi inserviant, nauclerum merces in navem recepisse, unde hic ad merces ei, cui mittuntur, tradendas obligatur; consuetudo tamen inter mercatores invaluit, ut possessor harum literarum, etiam ante, quam navis in portum venerit, eas vendere, vel pignoris loco in alium transferre, & hoc modo ius, quod in merces habet, alteri cedere possit. Deinde observandum est, in quibusdam connossementis *nominatim* determinari personam, cui merces tradendae sint, quibus hic effectus tribuitur, ut, illis semel transmissis, mit-

C

tentia

1) conf. Consultiff. SLYTERI & RENTZEL *diff. supra citat.* ubi plures de hoc argumento scriptores allegatos invenies. 2) vid. Langenbeck *Hamb. Schiff- und Seerecht* p. 143. formulam instrumenti exhibens in *Adjunct. lit. A. p. 157.* Plura lura Nau. allegat WEDDERKOP in *Introdukt. in Jus Nav.* L. III. T. 3. §. 27. in not. 3) *Surland Grundsätze des Europ. See-Rechts.* §. 253. WEDDERKOP l. c.

renti regulariter non liceat, de mercibus aliter disponere; secus, si id non simpliciter factum, ubi mittenti liberum est, dummodo adhuc res integrā sit, per transmissum alterum *connoſſementum* alium constituere, cui traditio mercium sit facienda. An generatim transmissioni literarum recognitionis vis *symbolicae* mercium *traditionis* recte attribuat, & an saltem ea, quae de licita illarum alienatione oppignorationeque dixi, supponant necessitatem, *symbolicam traditionem, per connoſſementum peractam* statuendi, de eo inter omnes non convenit. Sicuti vero argumenta, quae in utramque partem afferuntur, ab aliis iam abunde discussa sunt y); ita pro scopo meo satius esse duco investigasse, quaenam leges consuetudinesve hucusque obtinuerint, & quomodo in recentioribus similibusque casibus pronuntiatum fuerit, cum horum decisio optima sane consuetudinis inrerpres sit. Ad haec autem si respexeris, id certe comprobatur intelliges: *non licuisse hactenus mittenti, per transmissionem secundi connoſſementi de mercibus, ad locum destinatum nondum delatis, aliter disponere, postquam fide de pretio habita, nullaque addita reservatione, per transmissum primum connoſſementum, mentem suam, ut personae denominatae traderentur, diserie declaravit z).*

§. XIII.

y) Consultit. RENTZEL *diff. alleg.* §. 23. seqq. z) Ad haec illustranda liceat casus quosdam breviter reperere, quos sicutus pertractavit Consultit. SLYTER *diff. cit.* §. 24. sq. In primo, quem adduxit, casu venditor, nullo connoſſemento merces quidem ad emtorem transferendas curaverat, sed, *fidem de pretio non habens*, statim pro eo consequendo transmissit literas cambiales, quibus certo tempore satisfaciendum erat, quasque emtor etiam acceptaverat. Cum vero emtor ante solutionem, quae ad *perfectiorem* negotii requirebatur, bonis cederet, merito permissum fuit venditori, ut merces emtori nondum traditas iure domini vindicaret. Alter casus, qui in *diff. cit.* priori subiungitur, cum nostro per omnia fere convenit. Venditor nauclero certam papyri quantitatem, ad emtorem perferendam, transmissis literis recognitionis commiserat. Accidit autem, ut emtor ante adventum navis bonis cederet. Venditor, de eo certior factus, *secundum connoſſementum* ad alios mercatores mittit, eosque merces occupare iubet. Causa demde in iudicium deducta, *secundi connoſſementi*, quod ante traditas merces advenerat, nulla ratio habita, sed cum venditor *fidem emtoris*, quae tempore emissionis optima & spectatissima fuerat, *secutus*, mercesque simpliciter transmissae essent, decretum: das bewandten Umständen nach der Supplicanten Mandats das an Excitatum verkaufte Papier ante omnes creditores zu vindiciren nicht befugt, vielmehr der aus diesem Papier gelösete Werth ad massam concursus zu bringen, und Supplicanten das selbst ihrer Forderung zu proſtitiren angewiesen werden.

§. XIII.

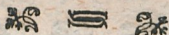
AD CASVM PRAESENTEM APPLICANTVR.

Quodsi iam ex hisce principiis, quae consuetudine firmata, & in similibus casibus normam decidendi praebuerunt, iudicandum est, quid de casu praesenti, praesertim de *duplicibus conuossentis* statuendum sit, facile apparet. Etenim in literis recognitionis is, ad quem merces perferendae essent, *expressè* denominatus erat, nullaque adiecta clausula. Mittentem vero de residuo pretio fidem habuisse antea ostendi, nec per cambia transmissa contrarium testatus est. Postquam ergo dominium mercium statim a tempore transmissi conuossenti traditionisque nauclero factae in Caium transferat, mittens nullo amplius iure gaudebat, vi cuius, per alterum *conuossentum*, prius *missum* revocare, & tertium quendam ad occupandas merces substituere posset. De mercibus vero Mentonae comparatis dubium subnasci posset, quod literae recognitionis Seii *nominatim* meminissent. Verum mentem mittentis non fuisse, ut Seius sibi haberet merces, sed tantum ut mandantis nomine eas acciperet, verba instrumenti: *merces mandato Seii mitti, nomine tamen & periculo eius, ad quem pertinerent*, satis indicant. Praeterea sicuti merces, Liburni emtas, eo potissimum argumento usus, quod sua pecunia maximam partem comparatae essent, sibi vindicare studebat, ita per se intelligitur, nullum ipsi unquam ius competitivisse in merces, plane tertii cuiusdam impensis coemtas, de cuius iure mox dicendum erit. Ceterum cum non solum emtio, Caii nomine contracta, sed etiam verba in *conuossentio* adhibita id actum esse ostendant, ut Caius per traditionem, mandatario factam, dominus fieret, eo tutius hic applicanda recurrunt, quae supra de dominio in emtione per mandatarium acquirendo exposui. Literae ergo recognitionis omnino ad Caium transmittendae fuissent, neque Seio licebat aliter disponere de mercibus, eo tantum sine ad ipsum missis, ut illas ad eum, cui destinatae erant, perferendas curaret.

§. XIV.

LEGES RECENTIORES HAC DE RE QUID DISPONANT.

Leges recentiores, ut aequissimo modo eiusmodi licibus obviam iretur, neque *partis pretii solutae*, neque *fidei de pretio habitae*, rationem amplius



amplius haberi volunt, sed venditori aut mittenti, cui de pretio nondum satisfactum, permittunt, ut *indistincte* per transmissionem *secundi connoſſementi* merces, dummodo ante ceſſionem bonorum nondum vere traditae, aut *primum connoſſementum* in tertium iam translaturum, oppignoratumve fuerit, repetere poſſit a). Cum vero leges *ad praeteritum* trahi nequeant, nec novior de decoſtoribus ordinatio ad caſum, qui multo ante eius promulgationem accidit, applicari poteſt, inprimis cum *illam* non modo *legem explicatoriam*, ſed principaliter etiam *correctoriam* eſſe, ipſius cum antiquioribus legibus comparatio doceat. Nova ergo hac lege non obſtante ſalva manebit decifio, quae principiis legibusque antehac obſervatis innititur.

SECTIO III.

QVO LOCO INTER CREDITORES COLLOCANDVS SIT, QVI AD REM EMENDAM PECVNIAM CREDITIT.

§. XV.

SECUNDVM IVS ROMANVM.

Supereſt, ut quidnam iuris Titio ratione mercium, ipſius pecunia emtarum, compeiat, diſquiram, num ad rem emendam credens, in re

a) Neue Falliten Ordnung de 31. Aug. 1753. Art. 25. §. 1. Sind Waaren auß der Fremde von einem Falliten verſchrieben, die von demſelben überall nicht, oder nicht völlig bezahlt ſind, und der Verſender erfähret immittelſt, daß die Waare, zu Waſſer oder zu Lande, annoch unterweges iſt, entweder durch das Gerücht, oder durch ſeine mit Proiect zurückgekommene Wechſel-Briefe, des Falliti ſchlechte Umſtände; ſo mag derſelbe durch Ueberſchickung des zweiten Connoſſements, oder durch Stellung anderweltiger Ordre, dieſe Waaren, in ſo ferne ſie noch nicht in des Falliti würtliche Gewahrſam gekommen, und falls das Connoſſement von ihm nicht ſchon weiter an andre transportiret worden, ebenfallß wieder zu ſich nehmen, und ſoll das zweite Connoſſement, oder die zuletzt ertheilte Ordre, dem erſten Connoſſement, welches der Debitor hat, wenn er gleich die Aſſurance auf die Waare beſorgt hätte, ohne Wiederſpruch vorgezogen werden.

emta dominium, an tacitam hypothecam privilegiatam, an vero personalem saltem actionem consequatur, primum ad Iuris Romani, deinde Hamburgensis normam examinaturus. Certissimum est Iure Romano rem pro pecunia mea comparatam meam non fieri, neminemque rem, suis numeris ab alio emtam, ab emtore vindicare posse, sed nudam personalem actionem ad repetendam pecuniam competere *b)*, nisi privilegio quodam aliud obtineat, uti in minoribus, quibus utilis rei vindicatio pro rebus, per tutorem vel curatorem proprio nomine ex pecunia pupillari emtis, data est *c)*. Neque tacita hypotheca, quam leges illi, qui ad aedificii collapsuri restitutionem, vel collapsi restitutionem pecuniam mutuam dedit, in aedificio restituito concedunt *d)*, ad quosvis, qui ad alias res reficiendas aut conservandas, vel qui ad novi aedificii constructionem, vel illius aliarumve rerum emtionem pecuniam crediderunt, recte extenditur *e)*. Tacita enim hypotheca in iure singulari fundatur, ubi de casu ad casum applicatio eo minus fieri potest, quo certius constat, specialem rationem in illa dispositione subesse. Accedit, leges ei, cuius pecunia res comparata est, nisi specialiter vel generaliter hanc sibi obligaverit, hypothecam discrete denegasse *f)*. Hisce quidem legibus derogatum videri posset per *Novellam* 97. cap. 3. *g)*, ubi restitio & emtio coniunguntur, ac de utriusque hypotheca mentio occurrit. Sed iamdudum a multis *h)* observatum est, Iustinianum, qui in ista *Novella* ad privilegia a legibus data provocat, de credito in emtionem ius novum condere noluisse, sed antiquum duntaxat confirmasse, adeoque hanc *Novellam* non de tacitae hypothecae concessione & acquisitione, sed de iure & privilegio praelationis, supposita hypotheca, lege vel conventionem constituta, intelligendam esse; praeterea, qui ad emendam rem creditur, hic tantum comparatur cum muliere dotem repetente.

C 3

b) L. 21. C. de probat. L. 1. 6. ult. C. si quis alteri vel sibi. *c)* L. 2. D. quand. ex fact. tut. L. 3. C. arbitrium tutelae. Plures exceptiones vide apud HAHN ad WESEN. D. L. VI. T. 1. p. 312. & VOETIVM in Comment. ad D. eod. tit. n. 21. *d)* L. 24. §. 1. D. de reb. aut. iud. poss. L. 1. D. in quib. caus. pign. quas illustrent VOETIVS in Comment. ad D. L. 20. T. 2. §. 28. & PUFENDORF T. 111. Obs. 154. §. 1. *e)* LAVTERBACH in Coll. Th. Pr. L. 20. T. 2. §. 79. seqq. & L. 42. T. 5. §. 46. *f)* L. 17. C. de pign. L. 7. C. qui pot. in pign. L. 5. §. 17. D. de Trib. act. *g)* unde sumta *Ausb. Quo iure C. qui pot. in pign.* *h)* MÜLLER ad STRVV. Ex. 26. §. 14. n. o. VOETIVS l. c. §. 29. LAVTERBACH L. 20. T. 2. §. 80. BRUNNEM. in Proc. Conc. Cred. cap. 5. §. 40. LEYSER Spec. 226. *Med.* II. §. Sp. 485. *M.* 3.

rente. Respicendum ergo ad privilegia a legibus data; & constat inprimis ex *L. 7. C. Qui potiores in pignore*, eum, cuius pecunia res emta est, omnibus anteferri, modo res eius pecunia vere comparata probetur, eademque ipsi statim, & specialiter pignori obligata fuerit. Expressam hanc de pignore conventionem, ut posterior creditor priori potior existat, aliae quoque leges exigunt *i*); sola utilitas, quam alii creditoribus pecunia mutuatica praebet, nullum ius praelationis tribuit *k*). Ratio autem, cur pactum specialis hypothecae statim adiiciendum, ideoque ipsam rei emtae traditionem praecedere debeat, procul dubio haec est, quod, quamprimum per traditionem dominium rei absque pignoris onere in emtorem transit, eius antiquiores creditores, quibus hypotheca generalis legalis, vel conventionalis, in omnibus bonis emtoris etiam futuris iam constituta est, statim in ipsa re noviter emta ius acquisiverunt, vi cuius ei anteponendi erunt, cui post traditionem res emta in securitatem crediti specialiter obligata est *l*). Quodsi autem res hypothecae onere iamiam affecta emtori traditur, anteriores creditores, hypothecam generalem habentes, conqueri non possunt, ullam se ex praelatione posterioris creditoris pati iniuriam. Poterat enim, qui ad rem emendam credidit, legem, quam velle, adicere, sine qua non erat contracturus, nec aliis creditoribus pignoris causam praebiturus *m*). Ubi vero creditor in re, sua pecunia emta, neque initio contractus, neque postea, hypothecam sibi legitimo modo constitui curavit, personalis tantum actio ad debitum petendum superest. Anne vero saltem inter chirographarios praelationis privilegio gaudebit? Communiter quidem id statuitur, *arg. L. 26. & 34. D. de reb. auct. iud. possid. n*). Verum enim vero hoc magis ex aequitatis, quam iuris ratione defenditur, cum privilegium personale ei, qui in navem emendam credidit, concessum, non indistincte extendendum esse videatur ob *L. 5. §. 17. D. de Tribut. act.* quae expressè ait: *sicet hae, (merces) quae existant, ex unius creditoris pecunia sint comparatae; dicendum erit, omnes in tributum venire, nisi fuerint creditori pigneratae o*).

§. XVI.

- i*) *L. 5. §. 6. D. qui potiores in pignore.* *k*) *Stauben Rechtliche Bedenken.* n. 58. p. 151. *l*) *conf. WERNHER Sel. Observat. For. Tom. I. P. III. obs. 45. & P. V. obs. 188. Tom. II. P. VII. obs. 58. & 249. n. 4. §. m) ANT-FABER in Cod. lib. 8. Tit. 8. def. 10. n. 4. q. n) vid. MEVIUS P. IV. Dec. 312. LAUTERBACH in C. T. P. L. 42. Tit. 5. §. 57. o) conf. LEYSER Spec. 487. Med. 6.*



§. XVI.

SECYNDVM IVS HAMBVRGENSE.

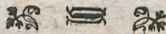
Quemadmodum Iure Romano solum creditum ad rem emendam nullum neque praelationis, neque hypothecae ius tribuit, ita nec Iure Hamburgensi melior eiusmodi creditoris est conditio. *Statuta* enim generatim ei, qui mutuum dat ad aedificationem, vel refectionem & conservationem domus, navis, aliorumve bonorum, tacitam in iisdem hypothecam concedunt *p)*, eumque, modo probaverit, necessarium, & in hunc usum versum fuisse mutuum, omnibus antiquioribus hypothecariis creditoribus anteferri iubent *q)*. Pariter quidem eum, qui ad *emtionem* domus, navis, aliorumve bonorum, pecuniam creditur, in illa re emta omnibus aliis creditoribus, qui iam antea hypothecam consecuti, exceptis tantum hypothecis coram Senatu constitutis, et in libro publico consignatis *r)*, anteponi volunt, diserte autem hanc conditionem adiciunt, *ea lege mutuum datum esse, ut creditori in bonis, sua pecunia emtis, hypotheca constitueretur s)*. Ubi itaque eiusmodi creditor *expressè* de hypotheca sibi non prospexit, nullo praecipuo iure gaudens, inter simplices chirographarios referendus erit, qui, nulla temporis habita ratione, inter se pro rata cuiusque debiti quantitate concurrunt *t)*.

§. XVII.

ACTIONIS, PER SOLVTIONEM DEBITI EXTINGTAE, CESSIO
NULLA.

Restat iam quaestio, num Titius, postquam in solutione mercium expressa hypothecae constitutione sibi non consuluerat, actionem adhuc a venditore, cui pro emtore pretium numeraverat, sibi cedi curare, adeoque ex iure cesso deinde venditae merces sibi vindicare poterit? In proposito quidem casu cessio vel

p) P. II. Tit. 4. art. 14. *q)* P. II. Tit. 5. art. 8. *r)* haec enim iuxta *cit. Tit. art. 1.* indistincte omnibus aliis, etiam privilegiatis hypothecis, praefertuntur, in quo *Ius Hamburg. a Lubecensi* differt. Vid. *MEYER* ad L. III. Tit. I. art. 12, n. 64. *s)* P. II. Tit. 5. art. 7. *t)* *ibid.* art. 17.



vel propterea forte iam invalida fuisset, quod cedens mercium istarum dominium nunquam adeptus erat, quippe quas alieno tantum nomine & mandato coemerat transmiseratque. Sed fac, cedentem verum dominum ipsumque venditorem fuisse. Neque tamen cessio, diu post solutionem facta, quidquam efficiet, quae necessario vel ante, vel ad minimum in ipsa solutione, quando cedentis actio adhuc durat, perficienda fuisset. Sunt quidem, qui existimant, illi, qui pro alio solvit, post factam etiam solutionem, licet tum nihil de eo conventum sit, actiones a creditore cedi, cessionariumque illis adversus debitorem, cuius nomine solvit, valide uti posse, ut adeo ipsi solutioni cessio quaedam & translatio iurium adhaerere videatur. Verumtamen rectius omnino plurimum sentiunt, statuentes, nisi ante solutionem facta sit cessio, aut in solvendo conventum, ut actiones cederentur, cessionem, post aliquod intervallum subsecutam, omni effectu destitui. Cum enim statim per solutionem debiti omne ius agendi, quod creditori adversus debitorem competebat, extinguitur, apparet, post solutionem creditori nihil iuris superesse, quod cedi possit. Clare loquitur *L. 76. D. de Solut:* "Si post solutum *sine ullo pacto* omne, quod ex causa tutelae debeatur, actiones *post aliquod intervallum* cessae sint: *nihil ea cessione actum, cum nulla actio superfuerit*; quod si *ante solutionem* hoc factum est, vel *cum convenisset, ut mandarentur actiones*, tunc solutio facta esset, mandatum subsecutum est: *salvas esse mandatas actiones*: cum novissimo quoque casu *pretium magis mandarum actionum solutum, quam actio, quae fuit, perempta videatur*." Hanc etiam sententiam non tantum in fideiussore, sed iuxta adductam legem in omnibus aliis casibus, ubi solvens pro alio huic nullo nexu obligatur, magis adhuc locum habere, docet WERNHERVS *u)*, qui simul dissentientibus occurrit, usumque forensem celeberrimorum Iure-Consultorum testimonio confirmavit,

§. XVIII.

AN ET QUATENUS CONSENSUS MAIORIS PARTIS CREDITO-
RUM RELIQUOS OBLIGET.

Absolutis iis, quae de causa principali dicenda erant, antequam ad
con-

n) *Sel. Observat. For. T. I. P. I. obs. 172.* Adde HUBERVM in *Praelect. ad D. Lib. XVII. Tit. II. §. 9. & PFENDORF. Tom. I. Observat. 130. pag. 334.*

conclusionem pergam, iuvat duas adhuc quaestiones, alteram de efficacia consensus maioris partis creditorum, alteram de fori in concursu competentia examinare, ad quas idem quoque casus pertractatus occasionem quandam praebuit, cum, licet obiter, in disceptationem quodammodo vocatae fuerint. Primo itaque loco, *an, & quando consensus maioris partis creditorum ad reliquos obligandos sufficiat*, diquiram. Rectae quidem rationi alias nihil convenientius est, quam pacta, inter alios inita, tertio non consentienti haud obesse. At vero, cum in dissensu creditorum iudex singulorum voluntatem sequi nequeat, ipsa fere rei necessitas iubet, ut consensus plurium creditorum reliquos etiam obliget. Suadet id praeterea in pactis remissioris difficultas integrum debitum consequendi, ne, per dissensum pauciorum, interea unusquisque creditorum parte sua carere cogatur *x*). Hinc leges Romanae iubent, ut, si creditores in unum convocari, communi consensu non declaraverint, quota parte debiti contenti sint, tunc Praetor decreto suo maioris partis voluntatem sequatur *y*). Maior autem pars pro modo debiti, non pro numero personarum aestimanda; nisi aequales sint in cumulo debiti, ubi demum plurium numerus creditorum praefendus est *z*). Pactum tamen plurium creditorum sicuti illis, qui hypothecas non habent, nocet, ita ne hypothecariis etiam creditoribus obsit, diserte cautum est *a*). Multo minus ergo iis nocebit, qui, iure domini rem vindicantes, quoscunque creditores antecedunt *b*). Uti vero hypothecarii ad remittendam partem debiti ex reliquorum consensu non obligantur, si tamen pars maior creditorum debitori indulgeat inducias moratorias, hypothecarios id neque impedit, quo minus durante hac dilatione quinquennali suum creditum reperere possint *c*); modo tamen illis non consentientibus idonea securitas super debiti solutione praebetur *d*). *Statuta Hamburgensia e*) circa inducias quidem iuris communis principia sequuntur, sed alioquin neminem invitum transactione, a reliquis quodcumque creditoribus ineunda, obstrictum teneri volunt, liberam cuique adversus de-

D

bitorem

x) CARPZOV. *Part. II. Const. 22. def. 27. sq.* *y*) *L. 7. §. ult. D. de pact.* *z*) *L. 8. & 9. eod.* *a*) *L. 10. pr. D. de pact.* *b*) BRVN-
NEMANN ad *L. cit.* 10 n. 12 sq. *c*) *L. fin. C. qui bon. ced. poss. Dissentit BRVNEM. l. c. n. 10.* Sed vid. PFENDORF. *T. II. Observ. 164. P. 533.* *d*) *L. 4. C. de precib. Imper. offer.* *e*) *P. I. Tit. 43. art. 9. 10.*



bitorem iuris sui persecutionem relinquentes *f*). Iam vero aliter dispositum est. Novissimae enim leges, quodeunque a *maiori creditorum*, coram commissione convocatorum, *parte* in commodum massae bonorum constituitur, validum esse iubent *g*). Vota autem generatim non ex numero personarum, sed ex quantitate debiti indistincte, exclusis usuris, merienda; non computatis tamen creditoribus privilegiatis, & iure domini res vindicantibus *h*), quippe quos conventio, cum obaerato ineunda, plane non tangit *i*). Ceterum, quod ad hanc attinet, creditoribus in tres classes divisus, aequissimum semper inter hypothecarios primae, & secundae classis, & inter hos, chirographariosque, servari volunt discrimen, ita quidem, ut, si creditoribus primae classis quadraginta, secundae triginta, & chirographariis viginti pro centum, vel statim, vel saltem intra annum solvi possit, pactum cum obaerato necessario ineundum sit; quodsi vero tantum dari nequeat, tres quartae partes creditorum suffragiis suis reliquos etiam ad paciscendum obligent, quibus tum pro portione commemorata solvendum est *k*).

§. XIX.

DE FORO CONCURSUS, ET SECUNDVM CIVIS LOCI LEGES DE PRAELATIONE CREDITORVM IVDICANDVM SIT.

Cum generatim actor forum rei sequatur, & in concursu complexus plurium actionem, a creditoribus adversus eundem debitorem institutarum, adsit, competentiam fori non ex creditorum, sed debitoris persona aestimandam esse perspicitur. Sine dubio autem ordinarie forum domicilii competens erit, quoniam illud omnibus petitionibus & actionibus, tam realibus, quam personalibus, convenit, & eatenus forum generale recte dicitur *l*). Neque etiam dubium est, quin statuta & leges domicilii normam praebent decidendi controversias inter creditores exortas;

f) Idem statuit *Ius Lubecense* Lib. III. Tit. I. art. 13. cf. *MEYER ad h. a. n. 15.*
sq. g) *Neue Fassiten Ordnung*, art. 21. n. 2. *h*) *art. 4.* *i*) *art. 22. 23.*
k) *art. 47. 48. 49 50.* *l*) *LUDOVICI Einl. zum Concurs Proceß*, cap. I.
 §. 10. 11. *LEXER Spec. 72. Med. 5. 6.*

exortas; quamvis bona debitoris mobilia alibi sita sint, quia mobilia sequuntur personam, & in successione mobilia, licet alibi sitorum, statuta quoque domicilii attendantur *m*). Quodsi vero forum contractus alibi fuerit, aliaque ibi leges obtineant, recte, mea quidem sententia, distinguit LEYSERVS *n*), an de contractu ipso eiusque solemnibus quaeratur, ubi iura fori contractus spectanda, an vero de collocaione creditorum inter se agatur; nam tunc omnino iura fori concursus respicienda erant, cum praeterea vix fieri possit, ut iudex iura fori, in quo singuli contraxerunt; saepe invicem contraria, in iudicando sequatur. Ceterum, quod ex Iure Romano *o*) statuunt, concursum pro iudicio universalis etiam hoc effectu habendum esse, ut illo excitato litis pendentia inducatur, quae omnium creditorum causas, tanquam connexas, ad se trahat, haec quidem doctrina uti ratione bonorum, in eodem territorio sitorum, usum habere potest, ita eandem in diversis territoriis, si princeps, sub cuius iurisdictione bona sita sunt, cognitionem extero iudici permittere nolit, exceptionem pari per se intelligitur *p*).

§. XX.

CONCLUSIO.

Cum, quae hactenus exposui, maximam partem thematis ipsius definitionem iam contineant, opus non erit, quae dicta sunt, ad casum propositum longius applicare. Dominio mercium in Caium, eoque ipso in universos creditores translato, pretium, ex mercibus venditis redactum, partem massae bonorum constituit. Nulla ergo separatione locum habente, Seius pariter atque Titius ad concursum iustissime ablegandi, & inter chirographarios collocandi erunt. Ceterum quod ad eas merces, quae Titii pecunia comparatae erant, spectat, si quis forte in eo

D 2

adhuc

m) CARPZOV. P. I. *Const.* 28. *def.* 9. BRVNNEM. *Proc. Conc. Cred.* cap. 5. §. 68. *n*) *Spec.* 478. *Med.* 10. *cf.* *Spec.* 73. *Med.* 3. *o*) L. 6. §. 7. *in fin. D. Quae in fraud. credit.* *p*) *conf.* VOETIVS *in Comm.* ad D. L. 20. T. 4. §. 12. PVEENDORF. *Tom. 1. Observ.* 217 p. 145. Ubius hanc materiam tractat, & non usum huius doctrinae in diversis Germaniae regionibus ostendit I. F. WARL *in Diss. de Iudice in Concursu Creditorum competente.*



adhuc haeserit, quod literis cambialibus statim transmissis se fidem de pretio non habuisse ostenderit, quibusque cum satisfieri non potuerit, dolose forte ad credendum inductus fuisse videatur; facillime responderi poterit, sicuti de dolo, quae supra dicta sunt, hic repetere non attinet, ita ratione fidei habitae id tantum monendum esse, Titium; eo, quod suis nummis comparatae sint, mercium illarum dominum nequiquam factum esse. Plane ut in repetenda pecunia, quae ipso facto, in emtionem scilicet mercium, credita est, aliis creditoribus anteponeretur, statim in his mercibus dominium vel hypotheca reservanda fuissent. Eiusmodi autem reservationem neque ex literis recognitionis, ad Seium, tanquam mandatarium Caii, *simpliciter* transmissis, neque aliunde, ullo modo factam esse apparet. Sed haec, qualiacunque sint, argumenta liceat nunc firmare benevole mecum communicata Sententia AMPLISSIMI SENATVS HAMBVRGENSIS, publicata d. 2. Iun, 1760.:

In Concursu Creditorum — — erkennet E. C. Rath zu Recht: daß die im Niedern Gerichte am 8. Nov. 1745. abgegebene Findung dahin respective zu reformiren und zu confirmiren sey; daß das Geld, welches sowohl aus den zu Mentone als in Livorno für den Excitatum B. eingeladenen Waaren gelöst worden, als ad massam gebdrig, dem Concurs zu adjudiciren, Intervenientium Gesuch aber keine Statt habe, vielmehr deren Principalis d. V. gleich H. & C. mit der ibrigen Forderung in der künfftig abzugebenden Sententia prioritatis inter chirographarios zu collociren, die ferners verursachte Gerichts: Kosten jedoch, mit und nebst den vorigen aus bewegenden Ursachen gegen einander aufzuheben, und übrigen die Sache zu fernerer Ausübung an das Niedern Gerichte zu remittiren,







ULB Halle 3
007 662 920



W18







DISSERTATIO INAUGURALIS IVRIDICA
DE
DOMINIO MERCIVM
INTERVENIENTIBVS LITERIS
RECOGNITIONIS TRANSMISSARVM MOTO
CONCVRSV CREDITORIBVS
CEDENTE.

16
176
176156
176

QVAM
RECTORE MAGNIFICENTISSIMO
POTENTISSIMO PRINCIPE AC DOMINO
DOMINO
GEORGIO III.
MAGNAE BRITANNIAE, FRANCIAE ET HIBERNIAE REGE,
DEFENSORE FIDEI,
BRVNSVICENSIVM AC LVNEBVRGENSIYM DVCE,
S. R. I. ARCHITHESAVRARIO ET ELECTORE.

AVCTORITATE INCLYTI ORDINIS IVRIDICI
PRO LICENTIA
SVMMOS IN VTROOQE IVRE HONORES RITE CON-
SEQVENDI
PVBLICE DISQVISIONI SVBMITTIT
PETRVS HENRICVS WIDOW,

HAMBVRGENSIS.

EDITIO SECVNDA.

GOETTINGAE, A. D. XXIII. NOV. MDCCLXI.

ERFORDIAE,
SVMP TIBVS IOH, MICH, HAGEN, MDCCLXXXIII.