



Jacob Karsten

De Differentiis Hypothecariae Actionis Contra Ipsum Principalem Debitorem Et Contra Tertium Possessorem Institutae : Dissertatio Inauguralis Juridica

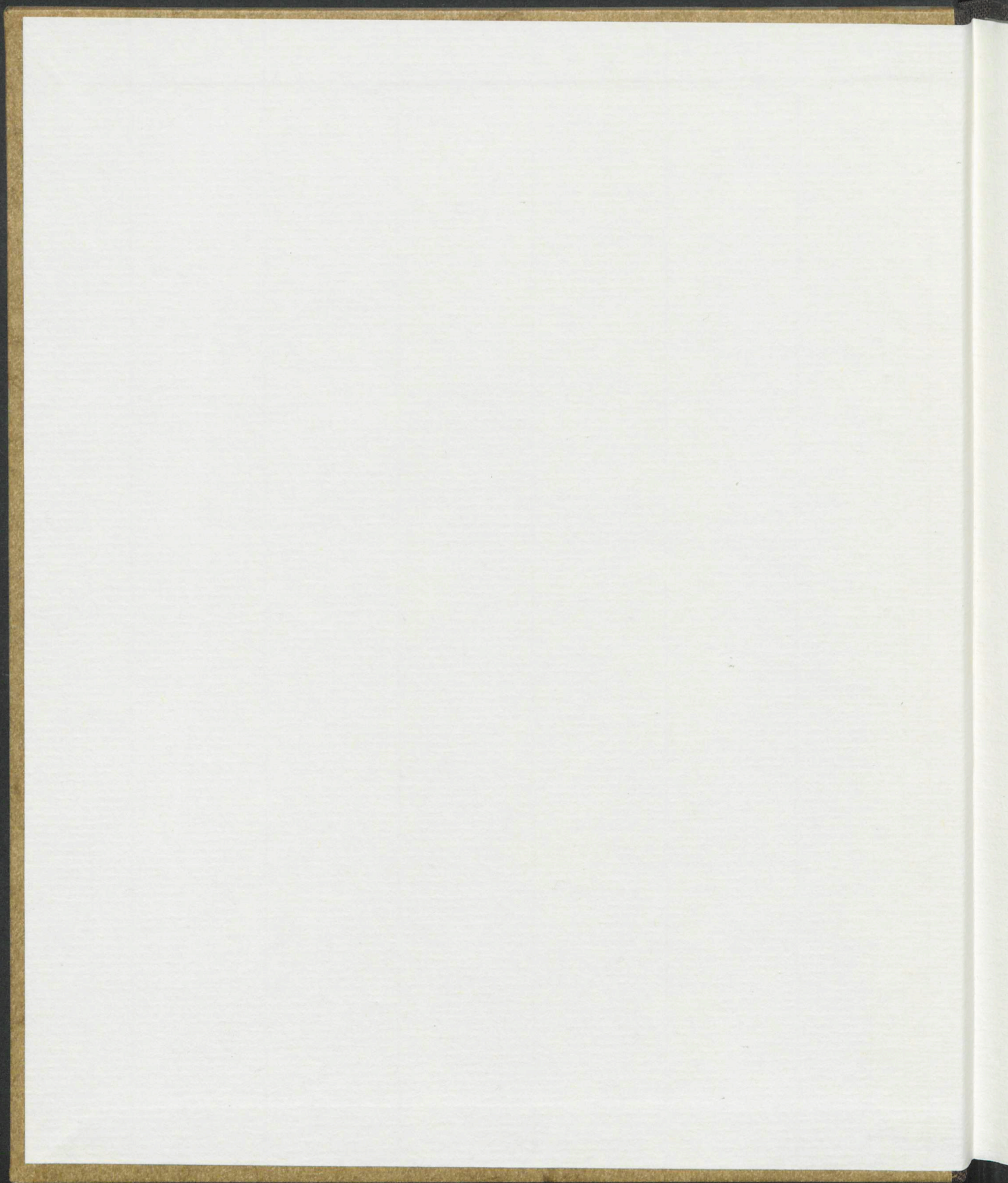
Rostochii: Adler, 1806

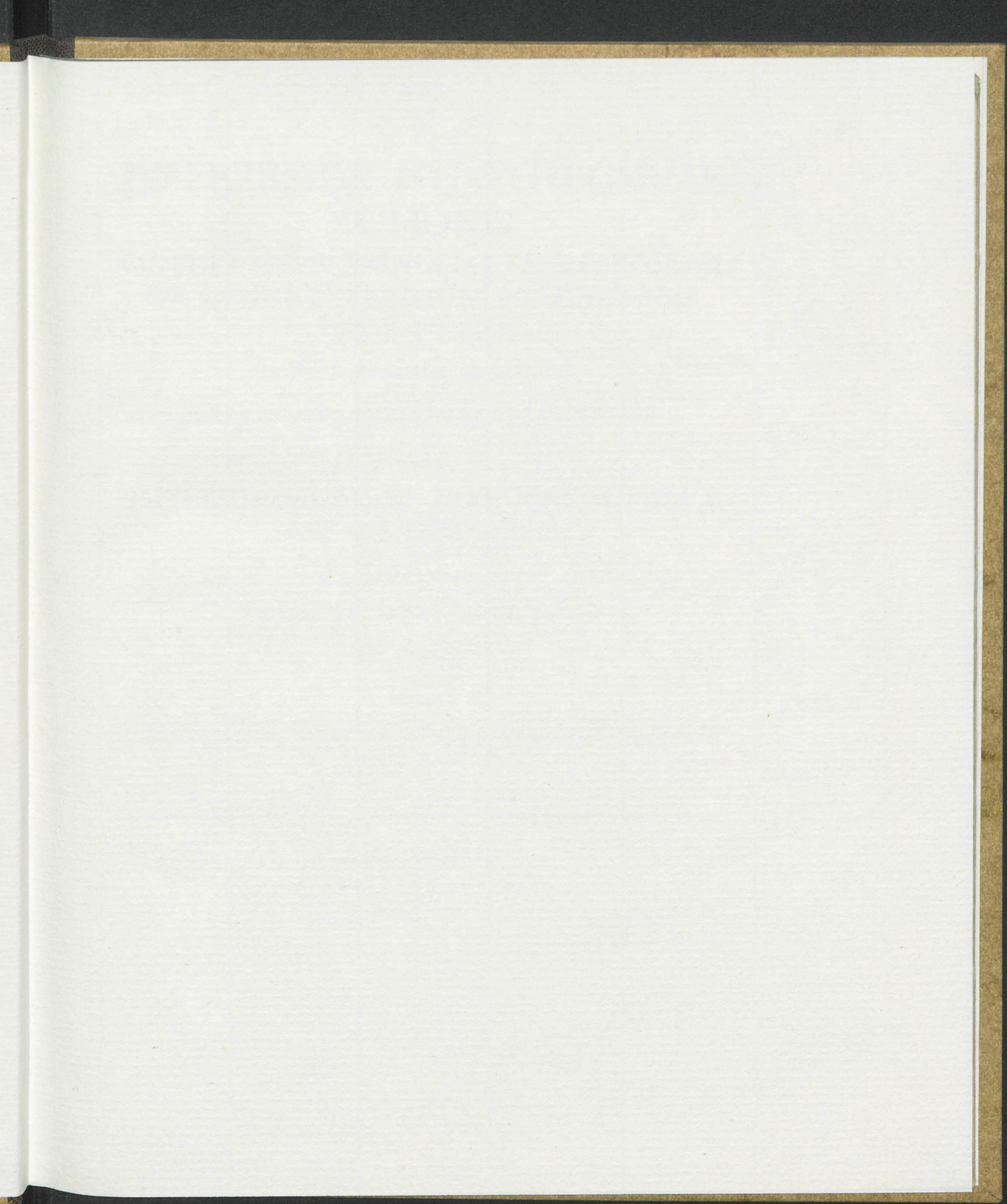
<http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1005142300>

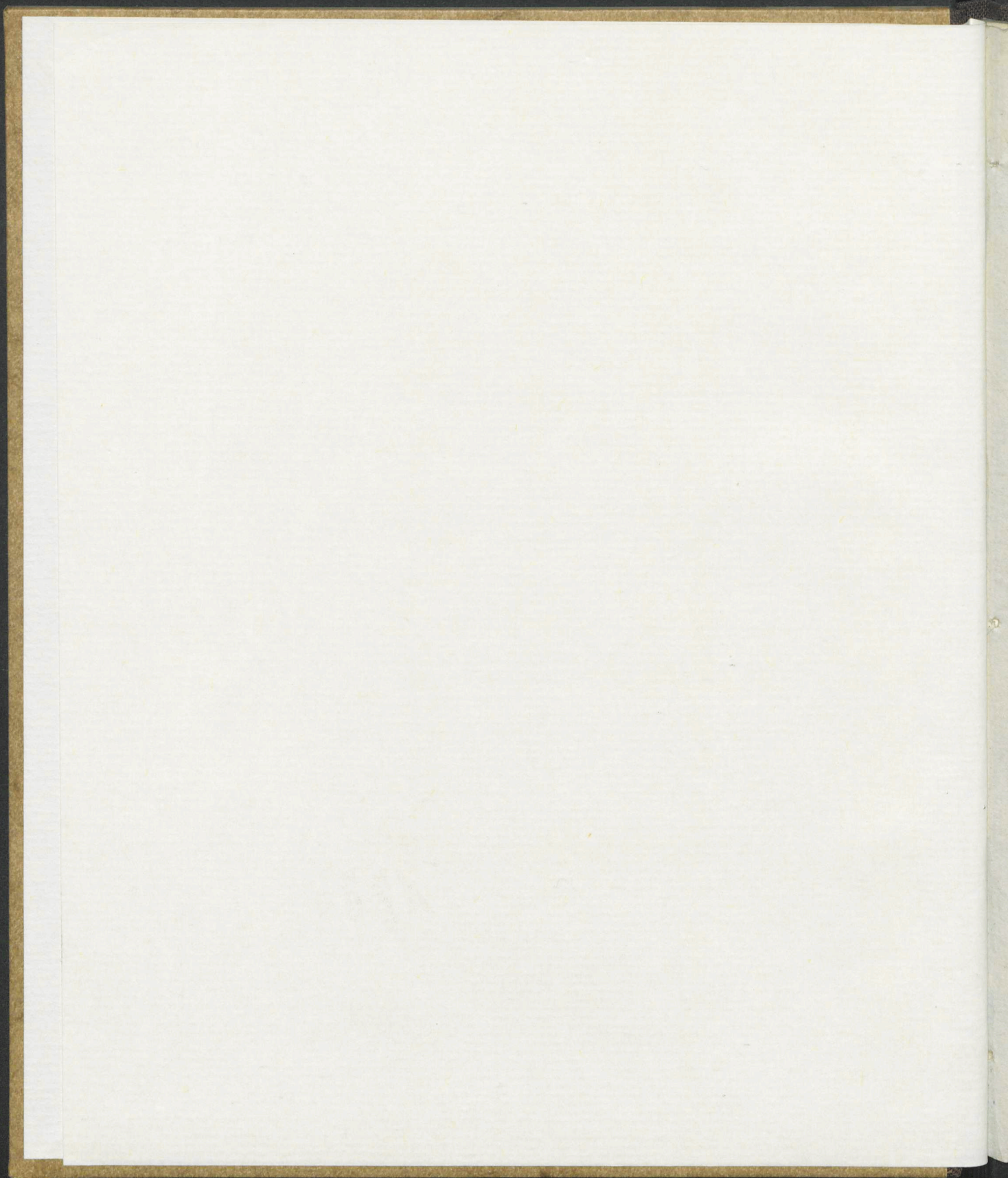
Druck Freier  Zugang  OCR-Volltext

RU jurist. 1806

Karsten, J. C. G.







DE
DIFFERENTIIS HYPOTHECARIAE
ACTIONIS
CONTRA IPSUM PRINCIPALEM DEBITOREM
ET CONTRA TERTIUM POSSESSOREM
INSTITUTAE.

DISSERTATIO INAUGURALIS JURIDICA

QUAM

AMPLISSIMO ORDINI JURECONSULTORUM
ACADEMIAE ROSTOCHIENSIS

PRO GRADU

DOCTORIS UTRIVSQUE JURIS

RITE OBTINENDO

OBTULIT

JACOBUS CHRISTIANUS GUSTAVUS KARSTEN,
BÜTZOVIENSIS.

ROSTOCHII,
LITTERIS ADLERIANIS.
MDCCCVI.

1806

DE
DIFFERENTIIS HYPOTHECARIAE
ACTIONIS
CONTRA IPSUM PRINCIPALEM DEBITOREM
ET CONTRA TERTIUM POSSESSOREM
INSTITUTAE

DISSERTATIO MAGISTRALIS JURIDICA

QUAM

AMPLISSIMO ORDINI IURISCONSULTORUM
ACADEMIAE ROSTOCKENSIS



DOCTORIS

JACOBUS CHRISTIANUS GUSTAVUS KARSTEN

ROSTOCKII

LITTERIS ACADEMICIS

MDCCLXXV

Debitor enim hypothecarius, postquam creditori in securitatem crediti jus in sua re concessisset, eo consilio, ut id eousque habeat, donec debitum esset solutum, palam fatetur, hoc unicum debitum, de quo inter creditorem et debitorem tantum quaestio est, hypothecae causam dare: quid vero hoc debitum tertio obest? Certe quidem, cum tertius in comparanda re hypothecae obnoxia, de dominio huius rei deminuto consensisset, ex consensu obligatur; praeterea vero, licet illud jam diu detritum huc referatur: „auctorem suo successori plus juris conferre non posse, ac ipse habuit“, praesumitur tamen, hanc juris in re deminuti qualitatem ab auctore fuisse allegatam; tunc autem, cum venditor, qui non dolose rei vendendae hypothecae nexum tacuit, de hac rei qualitate emtorem inscium relinquat, nihilominus tamen b. f. emtor creditori hypothecario cedere condemnabitur. Num juris analogia tale quidquam unquam alias admittit? Equidem valde dubito! (*)

In contractu emtionis venditionis sanioris juris est, ut, postquam res duobus vendita fuisset, secundo emtori nulla actio competat contra priorem emtorem et rei possessorem, sed solus venditor ab eo est conveniendus (Hommel Rhaps. quaest. obs. 883. n. 1.): quid est, quod impedit creditorem hypothecarium, quominus unicum solummodo debitorem principalem conveniat, plane omisso tertio possessore, immo si debitor non solvendo esset. Sed cum legi obtemperandum sit, simul creditoribus prospectum est, ne casu fortuito praerogativis suis, quas in rem habent, priventur, et ita jus hypothecarium publicis proclamationibus praediorum aut bonorum immobilium in judiciis causam dedit, ut novus rei possessor sciret, quae jura venditoris creditores in hac re sibi asseruissent.

(*) Recte docet Feuerbach (über actio in rem u. actio in personam in ejusd. civilist. Vers. p. 215.) omne id jus reale esse, de quo leges ita statuunt; utcumque igitur erit, jus hypothecarium creditori jus praebet reale in bonis debitoris, licet accessorium sit juris personalis.

II. De natura et indole actionis hypothecariae.

§. I.

Licet hypotheca non solum per pactum, quod contrahentes adstrinxerit, sed etiam juris dispositione et iudicis pronunciato constituatur, omne tamen illud principale, quod hypothecae causam dat, obligationi cuidam debitoris innititur, et ideo juris personalis speciem praebet, ut recte Gajus observat: „contrahitur hypotheca per pactum conventum, quum quis paciscitur, ut res ejus propter aliquam obligationem sint hypothecae nomine obligatae.“ L. 4. de pign. et hyp. Hanc legem non absonam esse, sed fundamentum totius nostrae disquisitionis de hypothecaria actione praebere, liquet. Merito hanc legem laudemus et utique illi consentiamus: voluntaria enim hypotheca cum per pactum contrahatur, totum genus necessariarum hypothecarum per factum, obligationem personalem efficiens, comparatur, aut ut Bachovii verbis utar: „si initio nulla obligatio principalis adsit, nec pignoris obligatio constitui et consistere potest. (*)

Non itaque plus virium hypothecis necessariis (aut, ut dicuntur, tacitis) tribuitur quam voluntariis, nec obstat auctoritas *Africani* l. 44. §. 1. de damno inf., nec *Westphal* (***) quidquam contrarii docet, cum in ibid. citt. legg. 2. 3. §. 1. de reb. eor. qui sub tut. de majore facultate magistratus super res pupillares ratione tutoris, sermo sit, non autem in genere de hypothecis publicis disseratur,

§. 2.

Notandum est etiam, quod facta quaedam per se dominium diminuant, quod personae in rebus suis competit, ita ut invito domino res hypothecae supponantur. Regulariter autem liberum arbitrium domini de hac sui juris diminutione statuit, in utroque autem casu non plus juris domino auferitur, quam quod revera ipsi competit, quo fit, ut in quaestione de jure creditoris in rebus hypotheca oneratis tempus factae constitutionis respiciatur; tunc autem,

(*) de pign. et hyp. L. 2. c. 1.

(**) vom Pfandrechte. §. 126.

cum debitor illa sui juris deminutione non sufficiat creditori ratione debiti, personali adeo actione recte erit experiendum, quod vero contra rei oppignoratae possessorem, qua talem, locum non invenit.

§. 3.

Hanc juris hypothecarii indolem legislatores semper ante oculos habuisse ex legibus de hac re latis apparet; quamvis enim juris realis praerogativam hypothecis tribuant (quod ideo haud perperam instituerunt, ut creditoribus bene consulerent. §. ult. Inst. *quibus mod. re contr. obl.*) nullo tamen loco juris hypothecarii qualitatem adjectitiam negligunt, (*) quae vera est ratio et fundamentum, cui differentiae innituntur quasi Servianae actionis contra debitorem principalem et contra tertium rei hypothecatae possessorem institutae.

In his vero actionum distinctionibus, juris universalis et communis notissimas regulas sunt secuti legislatores (**). Congruum est enim, debitorem immediate cogi posse a creditore, ut aut negotium, quod est primum et principale, quodque inter creditorem et debitorem sanxit obligationem, impleat, aut sin minus hoc fecerit, in securitatem hypothecam restituat; a tertio vero nihil nisi implementum ejus, quod jus hypothecae desiderat, quaeri potest. Cum ergo contra debitorem actionis personalis cum reali cumulatio habeat locum, contra tertium unica tantum hypothecaria actio admittitur ad id, ut rem oppigneratam tradat. Deinde facta hypothecae constitutio et momentanea possessio rei creditori praebet validum fundamentum suae actionis contra debitorem, dum tertius e contrario etiam desideret probationem, hanc hypothecae constitutionem recte fuisse perfectam, ita quidem, ut ipse tertius propterea

(*) Hoffacker princ. jur. R. G. §. 1169. — Inde etiam in litis aestimatione contra ipsum debitorem tanti leges creditorem jurare statuunt quanti vere debetur, contra tertium autem pluris. l. 16. §. 4. de pignor.

(**) Regula enim est, illum quocum gestum erat, potissimum teneri, unde actio Pauliana contra tertium possessorem locum non habet. L. 9. quae in fraud. credit. Hoffacker l. c. III. §. 4592.

teneatur. Cum denique negotii principalis implementum praecipue desideretur, cumque hypotheca ob id sit constituta, ut negotium perficiatur, aequissime leges recentiores desiderant, tertium non ante debitorem compelli ut restituat rem. Postremo quod ad praescriptionem acquisitivam attinet, haud absurdum est et regulis juris omnino convenit, quod is qui jure dominii rem possidet, exceptione praescriptionis ordinariae tutus sit et post 10 aut 20 annos actorem diuturne silentem repellat, licet creditori jus integrum remaneat contra debitorem principalem. (*)

§. 4.

Actionem hypothecariam a legibus civilibus ad id introductam esse, ut res hypothecae supposita a quocunque eam possidente avocetur, sat et abunde in scriptis DDtorum est repetitum, neque minus constat, hanc actionem realem antiquitus ignotam fuisse. Tunc adeo creditor pignoratitius actionem pignoratitiam contrariam non habuit ad pignus a debitore possessum avocandum, sed unice ad id, ut damnum ei resarciatur, haec actio erat constituta, quo jure hodie adhuc utimur. Quæri tamen solet, quid sit, quod secundum §. 7. l. *de act.* Justinianus de pignoris et hypothecae identitate quoad actionem hypothecariam, constituit? Marcianus enim, cum l. 5. §. 1. *de pign. et hyp.* inter pignus et hypothecam nominis sonum tantummodo interesse, dixisset, Just. hanc declarationem intuitu actionis hypothecariae limitat, et vera quidem haec limitatio! pignus enim et hypotheca indistincte a quocunque possessore per hanc actionem a creditore avocatur (**). Hanc itaque avocationem Justinianus respexit et ita pignoris et hypothecae identitas justa est; utrumque enim per unum idemque genus actionis vindicatur, ut adeo interdictum Salvianum et

(*) Sunt ergo differentiae huius actionis intuitu personae rei, tum externae, tum internae; illae ad cumulationem actionis cum pluribus diversi generis spectant, hae autem propriam et veram indolem actionis intuitu beneficii ordinis, probationis et praescriptionis concernunt.

(**) Böhmer Inst. L. 4. tit. 4. §. 7.

hypothecario et pignoratitio creditori competat, neutiquam vero pignus hypothecae equiparatur intuitu sententiae quam DD. defendunt, puta eam, secundum quam actionis hypothecariae et pignoratitiae appellationem in legibus temere confundi, quod veritati alienum est: leges enim, quas cl. *Thibaut* (*) allegat, nil probant, nam in leg. 41. de pign. act. Ulpianus de vero pignore et actione pignoratitia contraria loquitur; l. 3. §. 3. *ad exhibendum* argute inter pignoratitiam et hypothecariam distinguit, sola mentione de iis actionibus facta, quibuscum actio ad exhibendum rite cumulari potest. l. 9. pr. *quibus mod. pign. solvitur* Modestinus palam de vera pignoratitia actione contraria loquitur; constat enim, emtori non contra emtorem sed contra venditorem agere licere, cum vero ob insequentem emtionem prior contractus pignoratitius sit interruptus et vera intercedat emtio venditio, Ictus statuit, non e contractu pignoratitio (actione pignoratitia contraria) sed ex emtionis contractu contra Titium venditorem agere debere.

Hoffacker (**) alias leges allegat, in quibus actionem hypothecariam promiscue pignoratitiam appellari, contendit: 1) l. 7. §. 12. *comm. divid.*, in qua de divisione pignoris inter creditores loquitur Ulpianus; qua facta, et uni ex creditoribus pignore adsignato, *licentia*, inquit, *tamen non denegetur debitori, debitum offerre et pignus suum luere. Idemque dicitur et si possessor pignoris litis aestimationem pignoratitiam in rem agenti offerat*; vox autem *pignoratitiam*, hic ad rem, quam creditor persequitur, non ad actionem, qua utitur, determinandam pertinet; licet non desint a Florentina lectione recedentes et *pignoratitia loco pignoratitiam* legentes; 2) l. 22. de pign., ubi *Modestinus* ita: „Si Titio, qui rem meam ignorante me creditori suo pignori obligaverit, heres extitero, ex post facto pignus directo quidem non convalescit, sed utilis pignoratitia dabitur creditori; quibus verbis quominus contrariam pignoratitiam actionem subintelligamus nil impedit. (***)

(*) System der Pandecten. I. §. 880.

(**) l. c. II. p. 402. §. 1231.

(***) *Westphal* l. c. §. 115.

§. 5. *Leges perpetuo actionem hypothecariam et pignoratitiam*

probe distinguunt. Utraque enim ut actio in rem et in personam discernitur. Interdum quidem hypothecaria nonnullas actionis in personam virtutes induere videtur, siquidem contra ipsum debitorem movetur. Idque potissimum inde evenit, quod partim contra debitorem simul quoque ex obligatione recte agatur, partim ipsa oppignoratio licet per se injusta, tamen inter ipsum et creditorem juris effectum non careat. Notissimum est, *pignus rei alienae inter contrahentes valere*, licet neque domino noceat, neque contra tertium possessorem ex illo agendum sit. Ita Imperatores Diocletianus et Maximianus rescripserunt: „Quae praedium in filios a se titulo donationis translatum creditori suo, se magis contrario pignoratitio obligat iudicio, quam quidquam dominis noceat; quum Serviana etiam actio declarat evidenter, jure pignoris teneri non posse, nisi quae obligantis in bonis fuerint, et per alium rem alienam invito domino pignori obligari non posse certissimum est.“ — Haec omnia sequens tractatio uberius illustrabit.

III. Actio hypothecaria contra debitorem tantum pluribus actionibus cumulatur, quae conjunctio contra tertium possessorem haud ita procedit.

§. 6.

Contra tertium possessorem creditor nil nisi ipsum jus in rem persequi potest, contra debitorem principalem autem, cum hac petitione aut alternative aut in subsidium ea omnia urgeri possunt, quae jure crediti s. in personam creditori competunt. Hanc regulam confirmat Nov. 4. c. 2. his verbis:

contra principales et existentes apud eos res sive personalibus sive hypothecariis, mox sive ambabus uti voluerint: omnem ei damus licentiam quae dudum a nobis data est et viam et ordinem in aliis personis casibusque sancitum,

Quae quum ita sint, in primis iam adparet,

- 1) quod debitor principalis recte conveniatur ad praestandum usuras, nec non
 - 2) ad resarciendum expensas;
- quod tamen quatenus in tertio possidente locum habeat, jam videndum.

§. 7.

Ad 1) Usuras quod attinet, si contra debitorem agatur, unice tantum ad id respiciendum est, an obligatio ad illas praestandas reo incumbat, quae si dubio caret, perinde erit, utrum ipsum hypothecae jus usuras quasque attingat, nec ne. Recte igitur debitor principalis de usuris praestandis convenitur, nullo respectu habito, utrum ante perfectam oppignorationem, an post illam, usurarum stipulatio sit inita, ita ut usuras creditor recte urgeat, ex aliquo, quodcumque sit, capite, tum ex lege tum ex pacto debitas, adeo si hypotheca nec expresse ad praestandas usuras fuerit constituta, tamen ad earum resarcitionem creditor de re sibi obligata debitorem ad peram et saccum executit, cum et pro totius debiti complexu hypotheca constituitur (*), et inter debitorem et creditorem valeat pactio adjectitiae qualitatis pactum hypothecarium illustrans, qua prior contractus vi majori contrahentes stringat et creditor in rem sibi jam hypothecae obligatam plus juris adquirat, cum in omnibus negotiis paciscentium voluntas respiciatur (**).

§. 8.

Longe aliter autem se res habet, si creditor contra tertium agat, quippe qui, cum actio in personam debitoris instituenda, illum non teneat, usuras quoque non praestat, nisi ex proprio facto ad eas praestandas obligetur, aut pignoris constitutio ita sit ab initio comparata, ut expresse usurarum causa data sit hypotheca, sicuti optime hanc quaestionem explicat *Weber* (**).

(*) arg. L. 1. §. 3. de pign. et hyp.

(**) L. 9. C. quae res pignori, add. *Weber* Erörterung der Frage: Ob und in wie fern das Pfandrecht sich außer dem Kapital auch auf Zinsen u. s. w. erstreckt, in seinen Versuchen über das Civiltrecht. pag. 151. u. s. w. 191. u. s. w.

(***) L. c. §. 25. *Hoffacker* l. c. II. §. 1169.

§. 9.

Ad 2) Optime explicat *Weber* l. c. §. 17. necessarias expensas cum creditor pignoratitius in pignore fecisset, debitorem ad resarciendum esse compellendum, et pignus eo usque esse retinendum, donec expensae redditae fuerint; his sumtibus enim omissis res oppignorata plane periisset et creditor se ipse fefellisset. Haec de pignore proprie sic dicto observasse sufficiat. In hypothecis, ab ipso debitore possessis, de impensarum restitutione quaestio vix oriri potest. Necessarii enim sumtus, quibus res ita conservetur, ut creditori securitatem praebere possit, per se jam ad onus debitoris pertinent. Utiles et voluptuosos suo nomine et periculo in re sua fecit debitor. Nunquam igitur propter impensas in rem factas debitor sorti solvendae quidquam deducere, nec plus exigere poterit, quam ut, hypotheca distracta, superfluum pretii, quod sortis et accessio- num summam excedit, ipsi a creditore restituatur (*), quo contentus esse debet.

§. 10.

Secundum l. 29. §. 2. *de pign.* tertius b. f. possessor cum creditore merito sumtus in compensationem confert, quos ad domum exustam exstruendam fecerat. Cum ergo sumtus in restitutione aedium adhibiti, resarciantur, recte inde colligimus, omnes expensas necessarias, secundum juris communis regulas, tertio possessori resarciri debere. De utilibus et voluptuosis notissimae regulae valent (**).

(*) L. ult. §. 4. C. de jure dom. impetr. *Westphal* l. c. §. 199.

(**) L. 37. 38. 48. de R. V. — Africanus quidem in L. 44. §. 1. *de damn. infecto*, singularia quaedam profert de sumtuum restitutione, quae tamen nostris principiis haud aliena: asserit enim, eum, qui a praetore in damnosae rei possessionem missus, recte a creditore sumtuum restitutionem desiderare, quod illi vero non concedit, qui ut emtor rem sibi comparavit, hic enim rem bene asservatam a venditore accipiat, nec re, cuiusvis sit conditionis, contentus esse debeat, quasi dixerit auctor: in omni casu dum expensae a creditore non restituuntur, debitorem conveniat possessor, quod est vero irregulare et contra juris analogiam, nec regula Africani ratihabenda, quoniam ad praestandam evictionem debitor quidem

§. II.

Fructus exstantes ex hypotheca percepti, a debitore principali jure recentiore restituuntur, tum illi, qui ante litis contestationem adfuerunt, cum ei, quos lite contestata perceperat; quod idem valet de tertio b. f. possessore (*); uterque enim hoc casu possessor est considerandus, nullo respectu debiti principalis.

Solummodo autem fructus exstantes tantum in computum veniunt, quoniam illi unice in securitatem crediti accipi possunt. Ideo contra tertium b. f. possidentem et debitorem de fructibus consumptis nulla disputatio, contra m. f. possessorem vero actio competit de dolo ad *omnem causam* restituendam. Regulam de huiusmodi generis vindicatione cit. L. 22. praebet, nec quidquam de majori creditoris hypothecarii jure, etiam fructus consumptos postulandi in cit. L. 3. ita scriptum est ut *omnes* fructus e re perceptos persequi possit. Restitutionem fructuum consumptorum desiderare, creditori ergo haud concedo, rationibus autem, quibus innixus *Voet* h. t. §. 3., minus adsentio, qui jus pandectarum cum jure Codicis confundit, quod perperam; placent autem admonitiones, quas profert *Westphal*(**), e quibus in pignore stricte sic dicto, creditor isque pos-

tertio possidenti sit adstrictus, minime autem ad restitutionem sumptuum, quos ex mero suo arbitrio in rem adhibuerat emtor. *Westphal* §. 134. 158.

(*) L. 1. C. de distr. pign. L. 3. C. in quib. caus. pign. L. 22. C. R. V. hae leges de pignoris indole generaliter loquuntur, statuentes, fructus e re frugifera perceptos cum ipsa re simul esse obligatos. Jure Pandectarum creditori vix licet fructus exstantes de tertio b. f. possessore revocare; leges enim L. 1. §. 2. L. 16. §. 4. de pign. de iis tantum disponunt fructibus, qui aut ob pactum antea initum, aut de his, qui post litis contestationem percepti sunt; hi enim de tertio b. f. possidente recte petuntur, salva regula Pauli in L. 48. R. V. secundum quam a b. f. possessore fructus percepti adhuc exstantes non restituuntur.

(**) §. 17. — L. 1. C. de distr. pign. et L. 18. de pign. act. huc non referri possunt, cum utraeque tantum pignus stricte sic dictum respiciant, quo etiam referenda sunt quae *Cocceji* habet J. C. h. t. qu. 9.

essor rei obligatae jus habet in illos fructus, qui post factam oppignorationem nascuntur. In hypothecis quidem omnes fructus e praedio, creditori cedunt, postquam fundo hypotheca erat imposita, sed exstantes solummodo ex juris analogia vindicantur, quo fit, quod intuitu fructuum exstantium tantummodo jus hypothecarium valeat (*).

§. 12.

Licet quasi Serviana actio, contra debitorem instituta, actionibus personalibus cumuletur, ipsa tamen, ut actio in rem ad id potissimum est comparata, ut creditor rem sibi obligatam, quam vero in possessione non habet, a debitore, legitimo modo, in securitatem suam revocaret. Hypothecaria enim actio, cum recentiori tempore creditoribus data esset, non ad analogiam vetustioris pignoratitiae est composita, nec generatim cum actione in personam, cui jungitur, confundenda est, et ideo recte docent, qui monent, ipsam actionem hypothecariam *per se* non ad solutionem debiti principalis tendere (**).

§. 13.

Actionem personalem ad solvendam sortem, cum hypothecaria conjungi posse, uno ore omnes consentiunt scriptores. Vetustiores quidem leges hanc cumulationem plane ignorant; formulae enim actionis personalis cum illis in actione reali cumulationem non tolerarunt, sed Justinianus aequitatem et jus naturae cum sequeretur, hac de re legem supra allatam in nov. 4. cap. 2. ferre haud dubitavit.

§. 14.

Secundum hujus legis dispositionem actionum istarum combinationem admittendam esse, si *contra debitorem* agatur, liquet; verba autem legis tum cumulationem actionum, cum earum institutionem successivam permittunt. Recte igitur *Mercurialis*

(*) Thibaut l. c. §. 863. Hoffacker II. §. 1168.

(**) Weber l. c. §. 24. n. 49.

Merlinus (1), *Bachovius* (2), *Böhmer* (3), *Brunnemann* (4), *Huber* (5), *Berger* (6), *Stryk* (7), *Erxleben* (8), aliique cumulationem istam in uno libello, hac forma ut reus aut soluat aut rem creditori tradat, defendunt. Sed non minus recte se habet eorum sententia, qui in uno libello petitionem alternativam non modo admittendam esse ajunt, sed adeo successive et hypothecariam et personalem actionem instituendam esse contendunt, relicto creditori libero de hac re disponendi arbitrio. Ita docent *Westphal* (9) et *Mevius* (10), qui tamen hanc successionem arg. L. 41. de O. et A. et L. 19. de inoff. test., minus recte argumentari videtur.

§. 15.

Per se autem liquet, actionem in personam plane cessare, si creditori ex hypothecae distractione in totum satisfactum fuerit, et pariter quoque actioni quasi Servianae non amplius locum esse in reo, ab actione in personam penitus et per rem judicatam absoluto, quum pignus tanquam ius accessorium sine debito principali consistere nequeat.

§. 16.

Dantur quidem nonnulli casus, in quibus hypothecae persecutionem creditor habet, personali actione jam cessante. „Intelligere debes“, sunt verba L. 2. C. de luit. pign. „vincula pignoris durare personali actione submota“; id quod praeter speciem, quam praecedens constitutio prima *ibid.* refert, in quibusdam aliis quoque contingere

- (1) tr. de pign. et hyp. L. 5. T. 2. quaest. 60.
- (2) de pign. et hyp. L. 3. C. 18. §. 1.
- (3) de act. §. 101.
- (4) de cumulat. act. S. 2. C. 2. §. 1—4.
- (5) Pand. h. t. n. 8.
- (6) Oec. J. L. 2. T. 5. §. 13. n. 2.
- (7) us. mod. L. 20. T. 5. §. 2.
- (8) de pign. §. 312.
- (9) §. 279.
- (10) dec. p. 8. dec. 189.

a Jureconsultis observatum est (*). Verum enim verò nullibi in hisce omnibus exceptio quaedam a regula, quod pignus, debito principali *plane* cessante, consistere haud possit, deprehenditur. Valet potius haec regula sine omni exceptione, licet obligatio principalis ad mere naturales tantum pertinere, et tunc, ut verba cit. leg. indicant, vincula pignoris personali *actione* — non *obligatione* — submota durare possint (**). Id autem dubio caret, si tale quid forte acciderit, cumulationem actionum, de qua hactenus mentionem fecimus, locum tunc non habere, sed creditori nil nisi hypothecae persecutionem superesse. (***)

§. 17.

Cum actio hypothecaria contra tertium instituta, sit mera actio realis, quae possessorem tantum qua talem attingit, nullam tolerat cumulationem; constat enim, extraneos propter debitum principale non esse conveniendos. Concedunt autem Jcti, quod tertius, si velit, debitum solvere, et pignus liberare possit, et L. 16: §. 3. de pign. et hyp. in probationem allegare solent, sed minus recte, ut opinor (†); verba enim: „in vindicatione pignoris quaeritur, „an rem de qua actum est, possideat is, cum quo actum est“ debitorem potius indigitant, ut non opus sit, plura disserere. Melius autem L. 12. §. 1. quib. mod. pign. huc refertur, cum Paulus obligatione *cuiuscunque* possessoris creditores removeri, aiat. Fateamur autem, hac lege naturam quasi Servianae haud immutari, sed hypothecae persecutionem contra tertium possessorem unice per hanc institutam actionem intendi. Nam utut *possit* tertius, qui rem tenet, solvendo debito se ab actione liberare; tamen non *debet* solvere. Indeque agere contra illum ita non licet.

(*) Voet comm. ad Pand. Tit. de pign. §. 19. Westphal vom Pfandrecht §. 9.

(**) Weber von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 104. ibique cit. DD.

(***) Rivinus de rite form. lib. in act. hypoth. §. 5. 6.

(†) novissime hanc legem male attulit Wittich einfaches System des heutigen Civilrechts, I. p. 131. §. 45.

Petitio alternativa, quae ex contractu contra tertium possessorem instituitur, qui promiserat, se facta debitoris praestitutum, jure meritoque defenditur (*), regulam vero non mutat, ille enim possessor sensu juridico non pro extraneo est habendus et debitoris personam revera repraesentat. Alias autem petitio alternativa semper obligationem alternativam supponit, quae tamen tertio possessori minime incumbit. Nec ista petitio contra illum ex cap. 5. X. de pign., ad quod DD. provocare solent, defendi poterit, quum ipsa, quae ibi occurrit, pontificis decisio formam actionis institutae diserte tanquam justam haud confirmet, potius intactam illam relinquat, et in favorem dotis generatim tantum definiat, reum mulieri ad restitutionem *dotis* esse condemnandum, quatenus de bonis fratris sui (mariti) noscitur possidere.

Petitio ergo in Serviana actione, mea quidem opinione, ad id dirigatur, ut possessor cogatur, jus actoris agnoscere et praedium restituere, debito nondum soluto. Usu quidem forensi, libellus alternative concludens ex aequitate per nobile iudicis officium servatur, ut recte annotat Rivinus §. 36. et Leyser severe contendit, legibus tamen et juris analogia aegre defenditur.

IV. Modus probandi differt, si contra debitorem et si contra tertium possessorem agitur.

§. 18.

Cum e sola hypothecae constitutione creditor jus contra debitorem acquirat, sufficit, si in agendo contra principalem debitorem probatur:

- 1) rem a debitore possessam vel in ejus bonis fuisse, tempore factae opignerationis, quod vero praesumitur, postquam sufficienter probatum est,
- 2) rem a debitore datam fuisse in hypothecae nexum(**). Quae utraque probatio contra extraneum altioris indaginis est.

(*) Rivinus l. c. §. 9. Vid. quoque *Hommel* rhaps. quaest. obs. 606.

(**) L. 41. de pign. act.

§. 19.

In instituenda actione hypothecaria probari debet, reum *nunc* esse possessorem.

Quod sequitur ex ipsa actionis indole; quae cum in rem sit, in illum tantum dirigi potest, qui dominium creditoris rei detentione imminuere conatur, quapropter haec probatio desideratur, nullo respectu utrum contra debitorem principalem an contra tertium possessorem agatur. Onus probationis creditori vero sublevatur, si ex universali hypotheca res quaedam individua et singularis avocatur, tunc enim universitatis facta hypothecae datio solummodo est probanda, nullo respectu omnis cujuscunque partis sigillatim habendo. L. 15 §. 1. de pign. et. hyp. Merlini tr. l. c. L. 5. Tit. 1. quaest. 68.

§. 20.

Creditor probare debet, tempore factae hypothecae constitutionis a debitore hypothecario rem fuisse possessam, vel in ejus bonis eandem fuisse.

Cum enim in vetustiore pignoratitio contractu, ille necessario ipsam rem in bonis habere debuerit, qui eam in alium contulit, consentanea fuit constitutio, quod nemo jus proprietatis alteri cuidam concedere possit in rem, quam revera non habuit, qui hoc conatur, fraudulentè agit et in suam infamiam disputat, unde haec probatio contra debitorem perfacilis est, et factae hypothecae dationis affirmatio sufficit (*). Difficilius autem contra tertium possessorem probatur, rem hypothecae fuisse rite subjectam, cum possessori exceptio competat, debitorem tempore factae hypothecae dationis rem in bonis non habuisse, quod actor probare debet (**).

Actori probationem incumbere, reum esse verum possessorem hypothecae ab ipso revocandae, facile claret; cum vero actori contigisset, alteram de his quaestionibus indubitata reddidisse, alterius probatio in poenam adversarii negantis diutius non desideratur, ob Nov. 18. (**).

(*) L. 3. pr. de pign. et hyp.

(**) *Schmid* Klagen und Einreden §. 491. *Westphal* §. 270. 272.

(***) *Westphal* §. 273.

§. 21.

Debitorem hypothecarium juste rem hypothecae supposuisse, fiat probatio.

Rem unamquamque, quae in commercio est, rite oppignorari et hypothecae dari posse, constat (*), libera enim in re sua manet debitori disponendi facultas, neque jus ei denegatur, dominium suum intuitu hujus rei imminuendi; si autem alienam rem possidet, nullum sibi competit de ea dominium et nulla igitur dominii imminutio per hypothecae constitutionem locum invenit (**). Cum autem illae res alienae subjungantur hypothecae, ipse debitor hoc impugnare nequit, sed creditor recte exigit, ut amissa re, debitor aliam in ejus locum offerat et in illa hypothecam constituat (***). Praeterea non expresse desideratur ut merum dominium competat debitori, sufficit in hypothecae constitutione b. f. possessio (†).

§. 22.

Cum vero ex hoc in re aliena concesso jure hypothecario creditor plenum non habeat dominium, consentaneum esse videtur, illam rem alienam juri hypothecario non ita suppositam esse, ut creditor a quocunque possessore eam possit vindicare. Ea propter tertius possessor recte utitur exceptione, rem non rite hypothecae fuisse subjectam; contra illum enim creditori ex hypothecae constitutione utique jus non competit in re aliena, nisi sub conditione, si debitoris facta fuerit (††). Quod idem valet de rebus eorum, qui plenam non

(*) L. 9. §. 1. de pign. L. 1. §. 2. quae res pign.

(**) L. 6. et ult. C. si aliena res pign. L. un. C. si communis res pignori data sit.

(***) *Hoffacker* §. 1175. In contractu pigneratio stricte sic dicto, rerum alienarum oppignoratio secundum L. 12. §. 1. de distr. pign. permissa est, unde creditor a debitore pretium rei evictae recte repetit. *Westphal* §. 109.

(†) L. 18. de pign. *Leyser* Sp. 224. m. 3 & 4. *Cocceji* h. t. qu. 12.

(††) L. 16. §. 7. de pign. L. 5. C. si alien. res. *Hoffacker* §. 1172.

habent facultatem statuendi, ut pupilli, quibus non licet dominium suum imminuere (L. 1. pr. quae res pign. datae oblig. non possunt); insecuta autem ratihabitione debitoris majorenitatem adepti, valida haec hypothecae constitutio habetur.

§. 23.

In omnibus his negotiis, quae non ab initio sunt corroborata, creditori non directa sed *utilis* competit actio hypothecaria (*), ut *Faber* (Err. Pragm. dec. 63. err. 1.) recte annotat, aegre tamen exinde deducitur, debitorem principalem, si contra eum agitur, necessario dominum esse debere, quod leges non respiciunt, sed hoc tantum emanat: in hypothecis contrahendis negotium perpetuo et ab initio rite peractum esse debere, cum tempus, quo facta est hypothecae datio, semper respiciatur (**).

§. 24.

Si adeo creditor sciverit, rem ab initio non rite hypothecae datam fuisse, difficilior contra possessorem creditori actio conceditur et facilior possidenti retentio est (***). Quod cum contra debitorem principalem sit statutum, qui ob vinculum pacti intervenientis ad implendum tenetur, merito fit a minori ad majus conclusio, et fateamur ergo: tertium possessorem exceptionem doli generalis juste opponere posse. Contra autem, si creditor ignoraverit, rem pignori datam fuisse alienam, recte utilem actionem, si res postea debitoris facta fuerit, concedit *Hoffacker* (§. 1172.)

(*) L. 5. C. si al. res.

(**) L. 16. §. 1. de pign. *Westphal* §. 270. n. 300.

(***) L. 1. pr. de pign. Legis verba per se quidem clara, actori remedium denegant et ex sententia *Thibaut* (Pandectensystem §. 361. n. 6.) et *Westphal* l. c. huic creditori omnino non permittitur in foro agere. *Voetius* autem (T. III. L. 15. Tit. 3. n. 4. p. 653.) opinatur, verbum *difficilior* actionem non opprimere, sed graviori integritatis probationi innixam desiderare actionem. Minus prospere *Westphalium* refutare *Voetii* sententiam opinor, cum L. 42. de *usurp.* et L. penult. de *fund. dor.* nihil luminis afferre contendat.

§. 25.

Creditor ergo nonnunquam a debitore principali ab agendo repellitur. Majori autem securitate defenditur possessor extraneus, qui debito principali haud adstrictus, recte utitur exceptione non rite constitutae hypothecae; quae sane vera exceptio non est, sed tantum negatio intentionis actoris, quae reo magis prospicit. (*)

§. 26.

Superest adhuc quaestio: num dominus, postquam heres factus est, hypothecam agnoscere debeat, quam defunctus ejus rei imposuerat? Duae exstant leges de hac quaestione, L. 22. de pign. et L. 41. pr. de pign. act., quae pure quidem negant, ex postfacta heredis substitutione priori invalido contractui vires acquiri; nihilominus autem L. 22. cit. actionem *utilem* pignoraticiam admittit, L. 41. autem plane nullam concedit actionem creditori, nisi dolose egerit heres. Ingenue quidem *Westphal* (1), *Balduin* (2), *Donellus* (3), legem priorem de pignoris stricte sic dicti virtutibus interpretantur, posteriorem autem de vera hypotheca statuere sentiunt.

Auctor Voetius autem L. 1. §. 9. de postulando. L. 8. de collat. §. 2. J. de usu. L. 53. de judiciis allegat, quae omnino quidem testantur, verba: *vix, aegre, difficiliter*, actioni judiciali non obstare; h. l. autem ratio legum L. 15. §. 1. de pign. L. 16. §. 7. eod. L. 3. §. 1. *qui pot. in pign.* L. 5. C. si *aliena res*, nostram sententiam probant, haec enim leges illi tantum creditori utilem concedunt actionem, cui res illa sub conditione est obligata: si debitor postea dominium rei acquisiverit, nec vetant, contra malum possessorem secundum juris analogiam quidquam adversi statui. Papirianum in L. 8. de collat. bon. ita his verbis usum fuisse ac in Leg. 1. de pign., jure asserit *Westphal*.

(*) *Zanger* de except. P. III. c. 26. n. 2.

(1) §. 115.

(2) de pign. c. 12.

(3) de pign. c. 7.

Quaerendum est autem, num hi domini heredes facti, revera debitores hypothecarii sunt aestimandi, ita ut, si ad tertium res venisset, creditor, postquam ab illo sit repulsus, contra heredem habeat regressum? Secundum juris analogiam (qua ei, contra quos utiles actiones admittuntur, certo respectu eis equiparantur, qui stricto jure in obligatione sunt) illos dominos quasi veros debitores existimemus, et ideo contra ipsos actionem hypothecariam cum personalibus cumulatam moveamus (*), et sufficit, creditorem probavisse, rem in proprietate esse heredis, quam defunctus in hypothecae nexum dederat. (**).

V. Lex Justiniana de beneficio excussionis.

§. 27.

Secundum jus Digestorum et nonnullas Codicis leges, creditori permissum fuit, salva electione et debitorem principale actione personali, et reali possessorem hypothecae convenire. (***) Aequitas quaedam legislatoribus suasisse videtur, ut hanc veniam concederent,

(*) Höpfner Comment. §. 1091.

(**) Apertam antinomiam legg. citt. denuo a cl. Thibaut §. 862. affirmatam. Hoffacker §. 1172. et alii Jcti negantes conciliare regulas legum intendunt, respicientes domini consensum, qui si denegatur, invalida est obligatio, quod fit autem inscio domino absque sua expressa denegatione, justum esse contendunt. Haec quidem conciliatio, licet leg. 41. haud satis congrua, nostrae opinioni non est aliena, cum id potissimum affirmet; dominum, obligantis heredem factum, omnino esse tenendum, illo unico casu excepto, si hypothecae datione expresse denegata, defunctus nihilominus tamen obligaverat rem. Videtur autem hoc non intendi per verba legis 41.: „sed si convenisset de pignore, ut ex suo mendacio arguatur, improbe resistit, quominus utilis actio moveatur.“ Verba ut & ct. de mendacio defuncti non intelligo, sed potius de falsa pronuntiatione, qua dominus eluserat creditorem, propterea ipse dominus superstes ob fraudem suam condemnatur et creditori est actio concedenda.

(***) L. 14. 24. C. de pign. L. ult. D. de O. & A.

dum creditori interdum magis prospicit, opulentum et divitem principalem debitorem adoriri, quam pignoris possessorem, qui cum vix praedium parata pecunia comparasset, tenui familia laborans, praedio excepto nihil praeterea in bonis habuerit^(*); interdum autem, actione contra egenum debitorem amissa, creditor tunc contra possessorem securus se convertit (L. 8. C. de pign.). Ob hanc autem a legibus concessam electionem, infelices rei a lubitu creditorum pendebant. Justa ergo et juris analogiae consentanea est illa Justiniani constitutio, creditorem antea principalem debitorem personali actione adoriri debere, donec tertium convenerit possessorem. Conceditur ergo per Nov. 4. c. 2. et auth. hoc ita L. 14. C. de pign. et hoc si L. 24. *eod.* tertio hypothecae possessori beneficium excussionis, et quidem pure, ut opinor, licet Doctorum sententiae inter se pugnent (**).

§. 28.

Verba legis sunt: „sed neque ad res debitorum quae ab aliis detinentur veniat prius, antequam transeat viam super personalibus contra mandatores et fidejussores et sponsores: sicque ad res veniens principalis debitoris, sive ab alio detineantur, et detinentes eas conveniens, si neque inde habuerit satisfactionem, tunc veniat adversus res fidejussorum et mandatorum et sponsores: idem enim est dicere vel si quosdam habuerint homines ipsis sibi met obligatos et qui hypothecariis actionibus sibi teneri possint. - - Et non solum hoc in creditoribus dicimus, sed etiam si quis emerit aliquid ab aliquo deinde acceperit eum quem vocat confirmatorem et moveatur in aliquo venditionis conventio contra venditorem facta: non adversus confirmatorem mox emtor accedat, sed adversus venditorem prius et sic ad confirmatorem et tertio loco contra detentorem.“

(*) per L. 9. pr. de dist. pign. adeo contra debitorem principalem regressus erat creditori apertus, si pignus venundatum, creditori de principali debito non satisfacit. L. 3. C. de pign.

(**) De beneficio excussionis longe disputat *Merlinus* l. c. L. 5. Tit. 2. quaest. 71.

In hac lege, qua beneficium ordinis personale, ut vocat Leyser (Spec. 225. med. 4.), creditori hypothecario conceditur, neutiquam rei oppigneratae indoles respicitur nec utrum sit universitas an res singularis, utrum generalis hypotheca an specialis, nec utrum tacite an expressis verbis contracta sit hypotheca, sed utut res sit, possessori non erit evincenda, nisi prius debitor ob principale debitum fuerit excussus. Rerum enim universitate hypothecae data, cum pars sit in bonis debitoris, pars autem extraneo fuerit tradita, nihilominus tamen unice contra debitorem ad rerum integram massam restituendam creditor agit, tum res ipsas, quae exstant, vindicando, tum earum rerum, quae absunt, pretium petendo. Cum enim illius universitatis oppignoratio nullam nisi specialem praebet hypothecam, omnes et singulas res quasi Serviana actione creditor petit, et quidem secundum regulam prius debitorem et actione reali et personali convenit; cum autem excusso debitore creditori non fuerit satisfaciendum, in possessores reliquarum et singularum rerum se convertens inde luitionem hypothecae desiderat; merito autem excipiuntur casus in L. 34. de pign. determinati, tunc enim debitor, si fortasse res singulas alienasset, ad solvendum debitum actione personali unice coërcetur, nisi per pactum quidquam alieni sit constitutum.

§. 29.

In hypotheca generali creditori quidem jus in omnia debitoris bona est concessum, ea autem cum reservatione universali, ne plus e debitoris patrimonio creditor petat, quam ad sibi satisfaciendum sufficiat (*), hic igitur unam tantum et distinctam partem bonorum debitoris prosequitur, quam quidem ad capessendam ultimum adhibet auxilium (**). Praeterea autem, licet creditori jus eligendi esset permissum suoque arbitrio permissum, quamne rem potissimum excutere vellet, ordo tamen aliquis in hypotheca generali erat

(*) L. I. C. de jure dom.

(**) L. 68. R. V. L. 21. §. 3. de pign.

praescriptus, secundum quem creditor sibi rem eligeret e bonis debitoris (*).

§. 30.

Cum autem juxta generalem hypothecam res quaedam sit specialiter obligata, leges electionem plane liberam creditori non concedunt, sed hypothecam specialem prius excutere jubent, donec ad generalem eatur, unde possessori exceptio ordinis *realis* competat (**).

Haec ordinis exceptio *realis* licet juri civili maxime convenerit, tamen a doctoribus olim temere est dubitatum, an debitori principali hoc beneficium sit concedendum, nec ne? Leges inter debitorem et tertium possessorem non distinguunt, sed nude disponunt, debitore solutionem detrectante, creditorem res specialiter sibi obligatas solenniter vendere posse, ut appareat, an ex pretio pignoris creditori satisfieri possit? sin minus, caetera bona legitimo modo in solutionem petuntur. Verba per se jam clara et perspicua, ipsi debitori hanc exceptionem concedunt, ut argute demonstrat *Weber* (***) .

§. 31.

Quaerendum est autem: num principali debitori omnino concedendum sit hoc beneficium, ita ut creditorem adeo ad tertium rei hypothecatae possessorem compellat? Praeunte igitur *Webero* videamus, ane aliter se res habeat, si

1) debitor res specialiter obligatas, una cum iis, quae sub generali hypotheca comprehenduntur, possideat? aliter vero

(*) L. 15. §. 2. R. J. — L. 8. de distr. pign. vix huc referrem, si de hypothecis proprie sic dictis sermo est. Merito autem creditor generalis rem alii specialiter obligatam prius excutit, quam aliam rem ex hypotheca generali eligit. *Pufendorf* Obs. IV, Obs. 127. p. 239 §. 2.

(**) *Weber* l. c. §. 1. *Hoffacker* §. 1191 & 1192. — L. 2. C. de pign. L. 9. C. de distr. pign.

(***) Vom pignore subsidiario tacito in dessen Vers. über das Civilrecht, p. 115.

2) si extraneus specialis sit hypothecae possessor.

Primo casu, secundum legis expositionem, debitori hoc beneficium non esse denegandum, apparet (*); citt. legg. cum unice quidem hunc casum respexerint et ideo nil incerti reliquerint intuitu ipsius, de altero tamen nil statuunt; quapropter nov. 4. c. 2. est consideranda, quae utique tertio possidenti beneficium ordinis concedit, unde debitor principalis antea est excutiendus quam ad extraneum eatur possessorem, ut igitur hoc casu debitor non gaudeat beneficio. Ita sponte ratiocinaremur, si unice nov. 4. respiceremus, et jure meritoque stateremus, in speciali hypotheca debitorem prius esse excutiendum, donec a tertio possessore res posset vindicari, ut jam supra memoravi; disposuit autem Justinianus in Nov. 112. id, quod difficultati ansam praebet, his verbis:

si autem hoc (creditoris satisfactionem) debitor non fecerit: damus licentiam creditori, qui rem venditam suppositam habet, eandem rem vindicare, donec ei satis pro debito fiat.

Legislator quidem jussisse videtur, debitorem non esse excutiendum sed potius a tertio rem esse statim avocandam, ut putant *Gothofredus* (1), *Huber* (2), *Böhmer* (3), *Mevius* (4), recte tamen sententia contraria defenditur, secundum quam, in dicta novella hypothecae specialis non generatim mentionem factam esse, contenditur, sed eatenus tantum, quatenus debitor hypothecam post litem a creditore sibi motam alienaverat, sicuti argute docet *Westphal* (5), cui assenserunt *Hoffacker* (6) et *Erxleben* (7).

(*) conf. quae cl. *Weber* et *Hoffacker* l. c. docent, quae nunc repetere supersedeo, ne in re perspicua nimis longus sim; aperte a veritate aberrant, qui contrarium defendunt, ut *Leyser* sp. 225. m. 6.

(1) ad nov. 112. c. 1.

(2) Digr. ad Pand. 20. 1. 9.

(3) de act. §. 112. n. 2. β.

(4) decis. p. 2. dec. 286. n. 5.

(5) §. 278.

(6) §. 1235.

(7) §. 318.

Debitori quidem conceditur, rem istam obligatam alienare, ita tamen ut satisfaciatur creditori, sin autem hoc minus fiat, tunc emptori non liceat, rei possessionem retinere, sed cedat illam creditori. Sic ergo in favorem creditoris hypothecarii hoc statutum est, ut rem directe vindicet, nec actionem suam omittat donec principalis debitor excussus fuerit, neque possessori ullum remedium relinquat, nisi actionem personalem contra debitorem. Licet ergo hoc singulare in rebus, de quibus actio hypothecaria jam mota est, sit sancitum, regula nov. 4. c. 1. tamen manet in agendo contra extraneum, nec mutilata nec limitata intuitu rerum specialiter obligatarum.

§. 32.

Monet quidem *Voetius* (*), ordinis s. excussionis beneficio locum non esse relinquendum, si tertius sciens pignoris vinculum pignus nihilo minus emerit, quum jura deceptis, non item scientibus, subvenire ac parcere soleant, nec si tertius comparaverit demum rem obligatam post litem de re obligata contra debitorem jam inchoatam, — quod utrum sciens an ignorans fecerit, secundum Novellae citatae tenorem perinde erit habendum. — Et haec cum illo in contrarium disputare nolo. Sed quod generatim addit auct. acutissimus, cessare ordinis beneficium, simulac res specialiter pignori obligata a tertio possideatur, probare nequeo, quum regula n. 4. c. 2. per insequentem constitutionem nov. 112. haud sublata, sed id tantum definitum sit, ne sub praetextu rei litigiosae facultas rem obligatam alienandi debitori penitus auferatur.

§. 33.

Hypothecae tertio possessori recte quidem beneficium ordinis personale denegatur, cum certo constet, debitorem non amplius solvendo esse (**). Eadem ratio locum habet, si debitoris fidejussores bonis lapsi fuerint, qui autem ipsi a creditoribus prius non excutiendi sunt, quam debitor principalis se non solvendo esse declaraverat (**).

(*) III. p. 666. L. 20. Tit. 4. n. 3.

(**) *Erleben* §. 319.(***) *Hellfeld* J. F. §. 1908. *Huber* h. t. n. 9. *Brandenburg* D. de fidejussorum beneficio excussionis §. 6.

§. 34. Hoc quidem beneficium excussionis tertio possessori in omnibus hypothecarum generibus jure meritoque conceditur, ut jam supra monui. Contra fiscum vero, qui ob debitum tributum in rem agit, tertius rei possessor hoc beneficium ordinis male allegat, cum fiscus directe ipsam rem jure suo persequatur, nec personae excussione movendus sit. L. 5. §. 2. de cens.

VI. De praescriptione actionis hypothecariae.

§. 35. Cum notissimi juris sit, Servianam actionem contra tertium possessorem institutam secundum regulas praescriptionis acquisitivae ordinariae excludi, contra debitorem autem principalem extraordinaria praescriptione extingui, quaeri solet causa legislatorem movens, ut ita sanciverit et sortem utriusque personae distinxerit.

Hommelius (*) hanc distinctionem quidem irregularem nuncupat, eamque vehementer contra legislatoriae prudentiae regulas in omnibus simplicitatem suadentes valde impingentem. Haec vero ratio minus justa, si penitus eam perscrutaris, et omnino displicere videntur, quae obs. 519. n. 12. disserit. Merito enim id respicitur, quod leges in hypothecis ita caveant, ut inter debitorem et creditorem hypothecae nexus potissimum sit validus; ita facile apparet, legistatores rite hanc ordinationem fecisse, cum praeterea jure veteri esset sancitum, Servianam contra tertium institutam, sicuti personalem actionem, nullo tempore praescribi. L. 7. pr. C. de praescr. 30. v. 40. annor.

§. 36.

Justinianus autem, cum vitam Servianae contra tertium institutae intra limites juri veteri congruas finiisset, praescriptionem longissimi temporis intuitu debitoris principalis admisit et ita statuit: *jubemus hypothecarum persecutionem quae rerum movetur gratia, vel apud debitores consistentium vel apud debitorum heredes, non*

(*) rhaps. quaest. VI. p. 76. obs. 720.

ultra quadraginta annos, ex quo competere coepit, prorogari *Et.*
 L. 7. §. 1. de praescr. 30. v. 40. annor. Cum ergo jus vetus jussisset,
 actionem hypothecariam contra tertium institutam triginta annos
 durare, nihil in hac re mutavit imperator, ne utramque actionem, jure
 veteri intuitu suae extinctionis distinctam, aequipararet.

§. 37.

Haec quidem intra longissimum tempus actionis hypothecariae
 extinctio non per se quidem plurimos Jctos mirum in modum
 stupefactos reddidit, sed comparatio inter L. 1. §. 1. C. de ann. praescr.
 et L. 3. C. de praescr. 30. v. 40. ann. has regulas vituperare Doctoribus
 causam praebuit; actiones enim personales intra 30 annos aboleri,
 hypothecariam vero 40 annos durare imperatores jusserunt: quid
 autem, cur obligatio accedens potius adstringat debitorem, quam
 ipsa principalis obligatio? Cur obligationi principali et adjectitiae
 simul in uno eodemque momento non praescribitur? Videmus
 scilicet, in hac lege praescriptionis extinctivae mentionem fieri, de
 qua recte docet *Weber* (*), quod per se obligationem firmam et satis
 stabilitam nec tollat, nec actori auferat facultatem alio quocunque modo
 jus suum persequendi. Creditor hypothecarius ergo, qui post 30 annos
 actione personali convenerit debitorem, exceptione praescriptionis
 merito repellitur, omni vero jure non privatur, et si contra debitoris
 personam minus prospere egerit, intuitu bonorum ejus auditur. Si
 haec praecepta servaveris, non perversa imperatoris constitutio, sed
 juri communi consentanea tibi videbitur (**).

§. 38.

Contra debitorem non ex hypotheca solum, sed etiam ob
 nexum personalem jus competit creditori, quod vero secus intuitu
 tertii possidentis, qui enim, postquam praescriptione acquisitiva res
 facta fuerit *sua*, jure domini actiones quoque creditoris res vindicaturi
 repellit, si nimirum creditor intra longi temporis spatium 10. vel 20

(*) Syst. Entw. der Lehre v. d. natürl. Verbindlichkeit. §. 91. 92.

(**) *Weber* l. c. §. 110.

annorum, differentia rerum mobilium et immobilium hic ommissa, tacuerit (*), ut *Gordianus* generaliter sanxit in leg. 1. si adv. cred.

§. 39.

His vero id contrarium esse videtur, quod L. 7. pr. de praescr. 30. vel. 40. ann. dictum est. Auctores quidem legum antinomiam haud concedunt, quapropter cit. leg. 7. reliquis aptare censent, cum statuunt, quod imperator h. l. possessorem malae fidei respexerit, quod vero minus placet: videtur enim Justinianus id operae pretium haud duxisse, denuo repetere statutum Gordiani de praescriptione actionis hypothecariae contra tertium institutae. De jure veteri animus fuit loquendi et ideo praescriptionis tricennalis mentionem fecit, nihil autem de illa jussit aut statuit. In hac lege enim unice de actione contra ipsum debitorem principalem instituta disseritur, et verbis dispositivis itaque indigitatur quid juris sit; de actione autem contra extraneum movenda lex nihil disponit, enarratio enim, quae est in principio legis, verbis enunciativis prolata, nil juris statuit, nec valenti juri derogat.

§. 40.

Tali modo ergo in ordinem digeruntur regulae de praescriptione, intuitu actionis hypothecariae:

- 1) actio hypothecaria contra ipsum debitorem instituta, 40 annis expirat. L. 7. §. 1. de praescr. 30. v. 40. annor.
- 2) si contra tertium possessorem est instituta, hic ipse possessor:
 - a) praescriptione acquisitiva innititur.
 - b) praescriptionis extinctivae exceptionem actori opponit.

Ad a) Hoc casu distinguatur:

- aa) Possessor rem usucaptam antequam hypotheca fuerat imposita, finito tempore legitimo, tanquam propriam acquirit, et actorem exceptione dominii repellit. (*Hellfeld J. F.* §. 1105. n. 2.)

(*) *Faber Cod.* L. 7. Tit. 9. def. 1.

- bb) Usucapione vero post rei hypothecam impositam demum impleta, possessor dominium quidem nanciscitur, sed cum onere hypothecae, quocum res transit, et male contra creditorem hypothecarium praescriptionis exceptionem allegat. L. 44. §. 5. de usurp. et usucap. L. 12. pro emtore. L. 2. pr. pro herede. L. 1. §. 2. de pign. L. 7. C. eod. (*).
- cc) Cum autem diuturno silentio creditor hypothecarius rem usucaptam post 10 annos inter praesentes et 20 inter absentes non repetiisset, actori exceptio praescriptionis recte opponitur. L. 1. 2. C. si adv. credit. praeser. L. 12. C. de praeser. longi temp. L. 14. C. de O. & A. *Westphal* §. 247.
- Ad b) solo temporis lapsu actio hypothecaria post 30 annos expirat, tunc ergo jus hypothecarium propterea pro consumpto est ducendum, quia creditor exceptione praescriptionis repellitur. L. 7. et. arg. §. 2. C. de praeser. 30. v. 40 ann. L. 3. eod. *Thibaut* l. c. §. 1217.

§. 41.

Minorennis aetatis creditoribus nulla nisi longissimi temporis currit praescriptio. Salva iisdem igitur actio contra tertium possessorem etiam post X vel XX annorum decursum manet (**). Contra praescriptionem vero XXX annorum nec restitutionis in integrum beneficio fruuntur. L. 3. et 4. C. de praeser. 30. vel 40. ann. (***)

§. 42.

Differentiam actionis quasi Servianae contra tertium et contra ipsum debitorem institutae respiciunt etiam verba leg. 6. pr. quib. mod. pign. solv.: „liberatur pignus, sive solutum est debitum, sive

(*) Regula Gordiani in cit. L. 7. optime probat quae *Westphal* §. 246. praeclare docet, quod magni scilicet intersit inter acquisitionem ipsius rei obligatae et jus e quo rei libertatem contra quemcunque contendimus. Conf. Preussisches Landrecht p. 1. Tit. 20. §. 249.

(**) L. 5. C. in quib. causis rest. in integr.

(***) *Thibaut* System des Pand. R. §. 1231.

eo nomine satisfactum. Sed et si tempore finitum pignus est, idem dicere debemus. " Recte monet *Leyser* (sp. 234.), morosum debitorem per certi temporis lapsum ita ab obligatione sua, debitum solvendi, nec se liberare, neque rem hypothecatam posse retinere; bene autem tertius possessor hanc legem sibi allegat, et in hypotheca ad tempus constituta, actorem tempore finito agentem merito repellit (*).

De actione hypothecaria contra creditorem instituta.

§. 43.

Dicendum est denique de creditoribus contra quos creditores actione hypothecaria agunt. Qui cum debitorum nomine possideant, (***) revera ac ipsi debitores intuitu rei oppignoratae ab actore conveniuntur, unde:

1) actio hypothecaria contra creditorem intra 30 annos non expirat; recte quidem in L. 7 §. 2. de praescr. 30 v. 40 ann. Justinianus jubet, actionem contra creditorem a creditore submotam, intra 40 annos expirare, irregulariter tamen distinguit, utrum debitor communis inter vivos sit, nec ne: priori casu intra 40, posteriori autem intra 30 annos vult praescribi actioni, si per hocce temporis spatium post mortem debitoris creditor rem possederit, e contrario autem creditor secundus 40 annis opus habeat ad actionem prioris excludendam, si tempus possessionis suae post mortem debitoris illi spatio conjungeret, quo durante vita debitoris aut ipse creditor aut debitor continuaverat possessionem. Non sufficiunt quidem rationes, e quibus legi suae adminiculum petit, sed tacendum est nobis et submittendum.

§. 44.

2) Creditor non habet beneficium excussionis personale, quamvis benef. ord. reale illi sicuti et debitori non sit denegandum (***) .

(*) *Hellfeld* §. 1105. n. 3.

(**) L. 33. §. 4. de usurp. et usuc. L. 10. §. 1. de acq. v. amittenda poss. L. 35 §. 1. de pignorat. act. L. 21. §. 2. de pign. *Savigny* das Recht des Besitzes. S. 231.

(***) *Hoffacker* §. 1207.

Prius autem ideo creditori haud concedendum esse videtur, quia Nov. 4. late interpretari non licet, cum in hac novella tertii possidentes quidem nominentur, non autem illi, qui oppignoratam rem possident et debitoris principalis personam sustentant; quum vero nactus sit actor rem oppignoratam, reus idem exigere potest quod fieri debet inter plures creditores, si posterior anteriori debitum offert, exinde in hac actione jura prioris creditoris actoris secundo creditori victo jure meritoque ceduntur (*).

• 45.

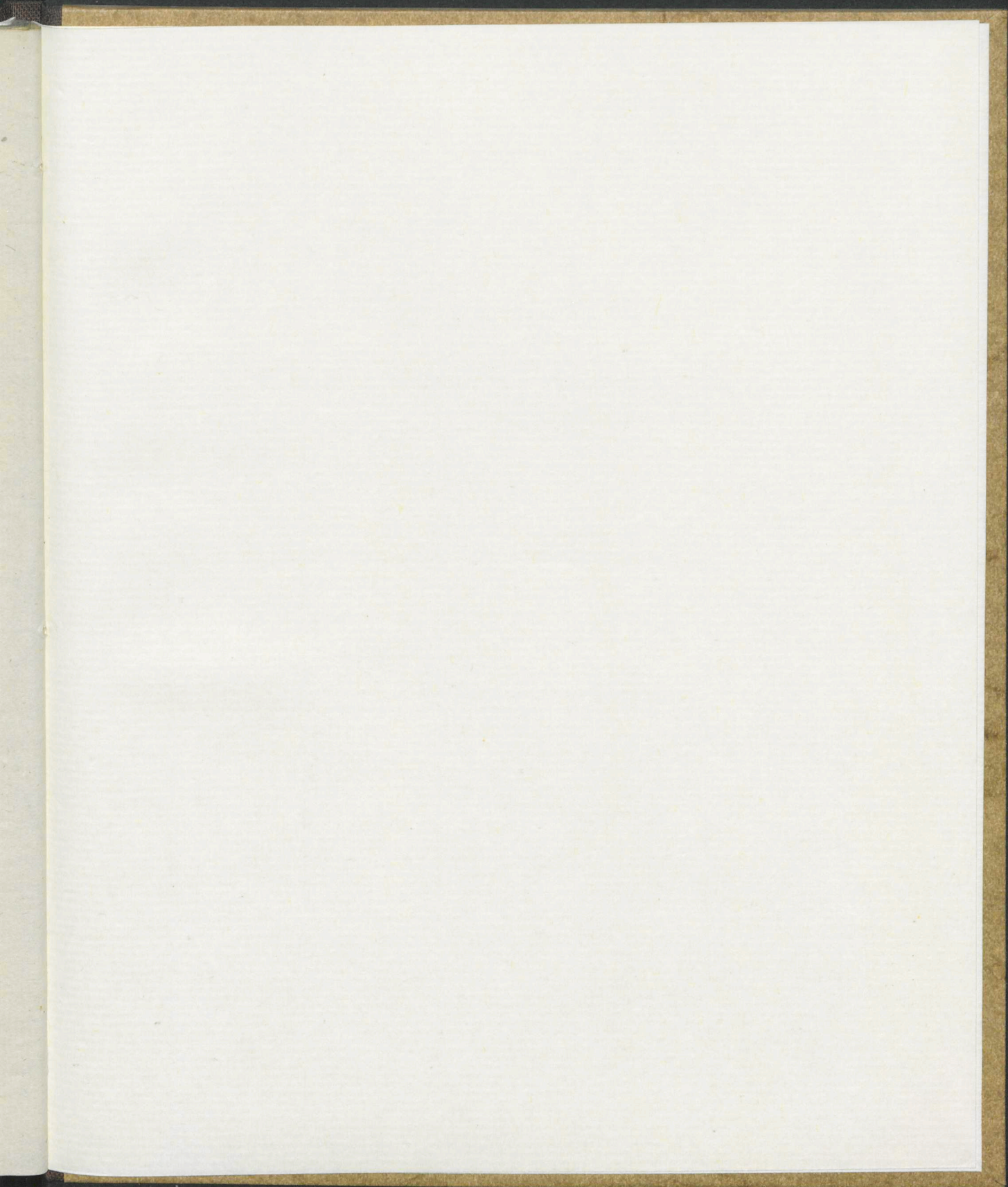
3) Petitio alternativa contra creditorem vero non admittitur, quapropter aliter contra creditorem agatur quam contra ipsum debitorem; quamvis enim proprio nomine haud possideat creditor, plus tamen juris ab eo avocari nequit, quam in eum est translatum; rem quidem accepit sed cum onere, meliori itaque creditori cedere debet, plaris autem contra eum non est petendum, postquam praestantioris creditoris juri intuitu rei hypothecatae cesserat.

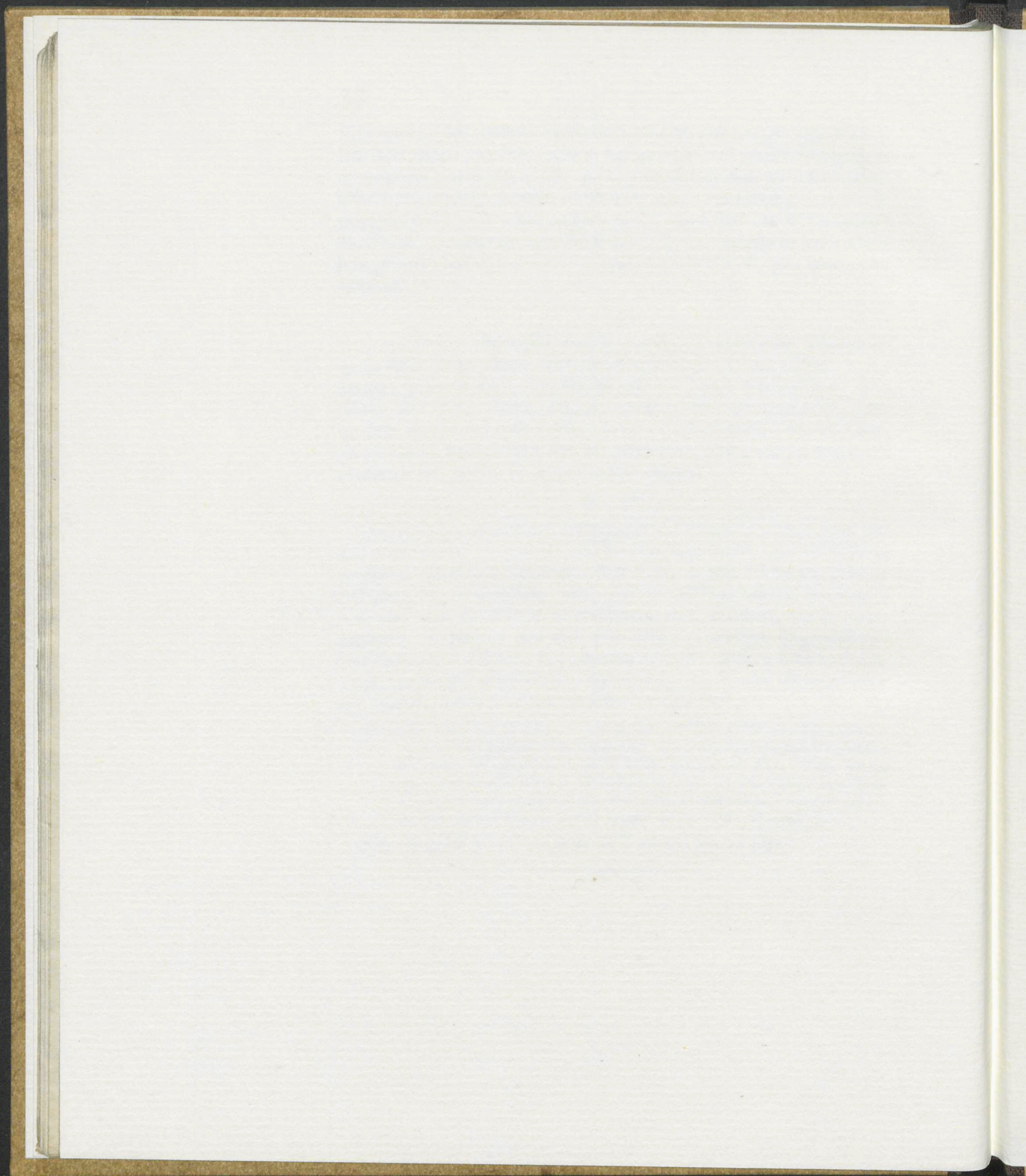
§. 46.

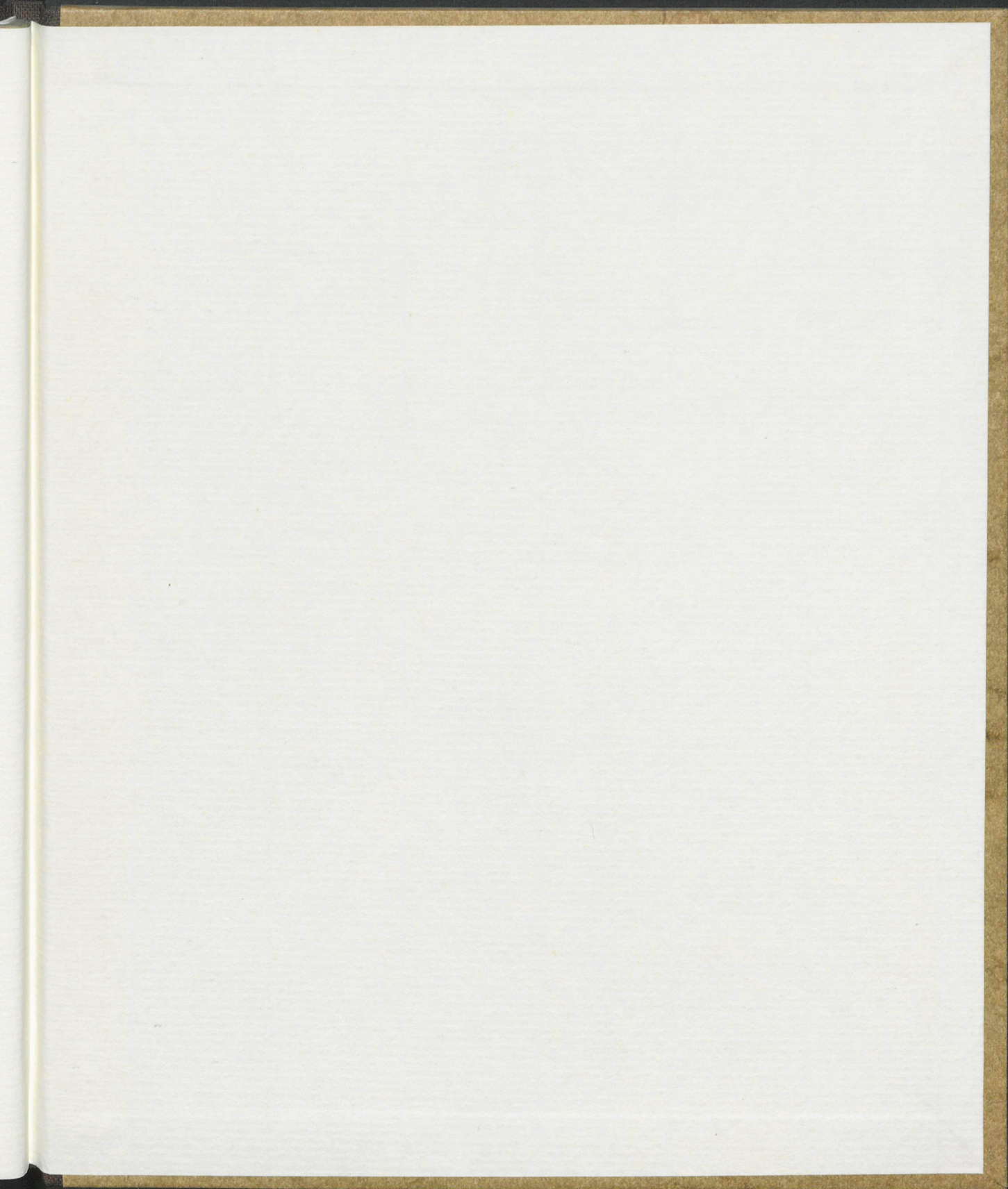
4) In probatione actor obligatur ad demonstrandum, rem sibi obligatam fuisse. Cum unicum factum hypothecae constitutionis et probatio, dominium debitori competiisse, contra debitorem stabilit actionem hypothecariam, idem valet de actione contra creditorem instituta; cum enim actor, se creditorem esse, docuisset, reo incumbit probatio, se potiore jure rem possidere, si uterque litigantium ab uno eodemque debitore hypothecam accepit; si vero haec probatio a reo omittitur, actor vincit, nec refert, quod prior de hypotheca convenerit, quam posterior traditam acceperit (**).

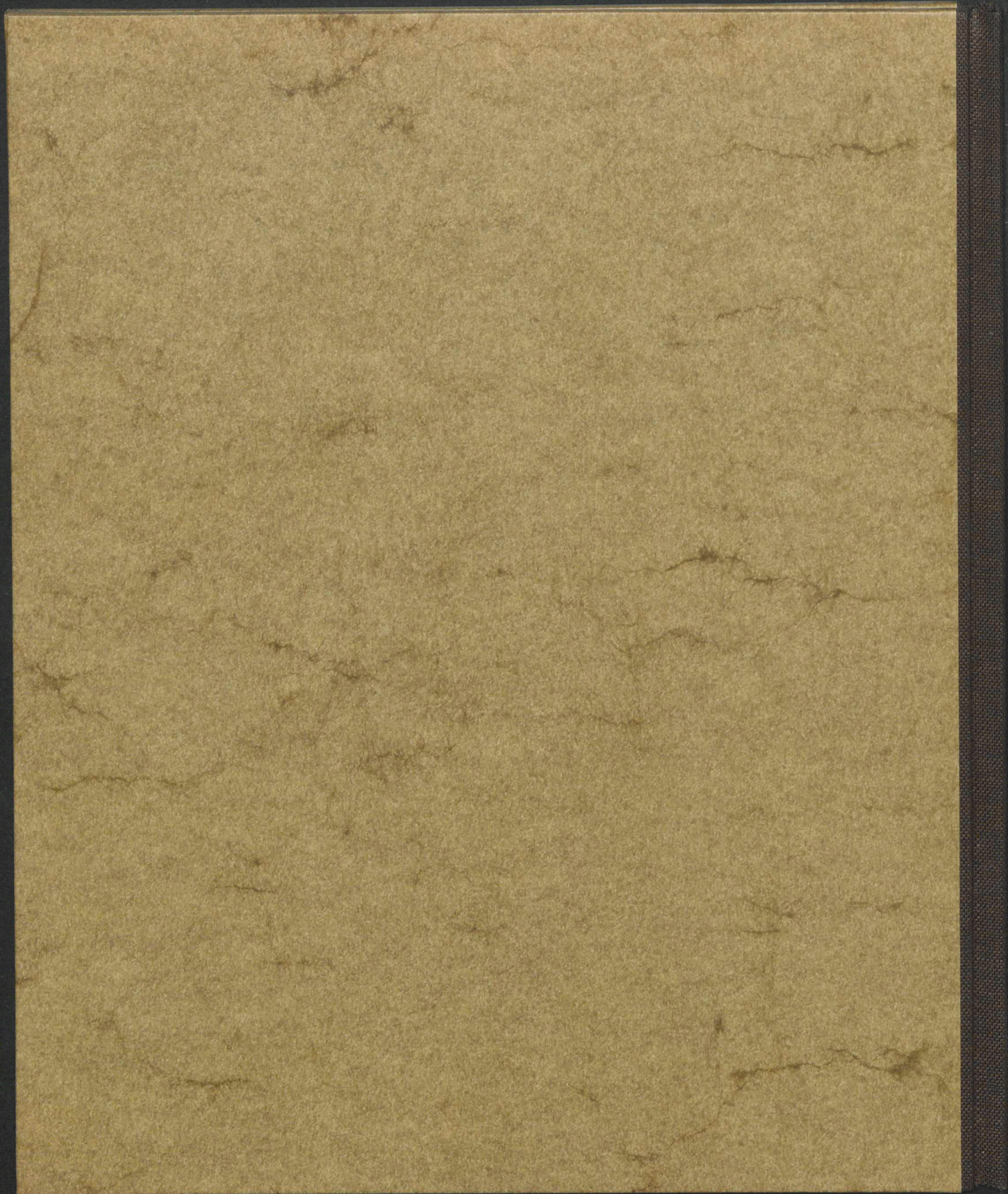
(*) *Westphal* l. c. §. 268. — In genere quidem creditori hypothecario beneficium cedendarum actionum competit, nullo respectu intuitu personae rei; fundatum est in L. 19. qui pot. in pign. Cum autem hoc beneficium directe ex indole actionis hypothecariae non fluat, nec suppeditet exceptionem, sed novo tantum actori novum agendi fundamentum firmet, silens transit in hoc meo specimine.

(**) *Westphal* §. 271. L. 12. pr. et §. fin. qui pot. in pign.









us autem ideo creditori haud concedendum esse videtur, quia Nov. 4. e interpretari non licet, cum in hac novella tertii possidentes quidem videntur, non autem illi, qui oppignoratam rem possident et de prioris principalis personam sustentant; quum vero nactus sit actor rem oppignoratam, reus idem exigere potest quod fieri debet inter plures creditores, si posterior anteriori debitum offert, exinde in hac actione a prioris creditoris actoris secundo creditori victo jure meritoque vincuntur (*).

• 45.

3) Petitio alternativa contra creditorem vero non admittitur, imo propter aliter contra creditorem agatur quam contra ipsum debitorem; quamvis enim proprio nomine haud possideat creditor, plus in rem juris ab eo advocari nequit, quam in eum est translatum; rem enim idem accepit sed cum onere, meliori itaque creditori cedere debet, prioris autem contra eum non est petendum, postquam praestantioris creditoris juri intuitu rei hypothecatae cesserat.

§. 46.

4) In probatione actor obligatur ad demonstrandum, rem sibi hypothecatam fuisse. Cum unicum factum hypothecae constitutionis et probationis, dominium debitori competisse, contra debitorem stabilitatem probationem hypothecariam, idem valet de actione contra creditorem constituta; cum enim actor, se creditorem esse, docuisset, reo incumbit probatio, se potius jure rem possidere, si uterque litigantium ab eodem eodemque debitore hypothecam accepit; si vero haec probatio reo omittitur, actor vincit, nec refert, quod prior de hypotheca intervenit, quam posterior traditam acceperit (**).

(*) *Westphal* l. c. §. 268. — In genere quidem creditori hypothecario beneficium cedendarum actionum competit, nullo respectu intuitu personae rei; fundatum est in L. 19. qui pot. in pign. Cum autem hoc beneficium directe ex indole actionis hypothecariae non fluat, nec suppeditet exceptionem, sed novo tantum actori novum agendi fundamentum firmet, silens transiit in hoc meo specimine.

(**) *Westphal* §. 271. L. 12. pr. et §. fin. qui pot. in pign.

