

Seclio 2. Membr. 2. §. 14. quod remedium non tantum datur domino pro tuenda libertate fundi, & avertenda servitute, & ea propter cum actione negatoria cumulari potest, Cothmann. *Vol. 4. Resp. 1. n. 19.* sed etiam datur pro tuenda, quasi possessione servitutis, sicuti supra adductum. Porro huc pertinet interdictum de *Itinere actuque privato*, de quo dictum *Secl. 2. Membr. 2. §. 14.* de *Aquæ ductu*, vid. *supr. Membr. 2. §. 15.* de *rivis*, *d. Membr. 2. §. 16.* de *fonte d. Membr. 2. §. 12.* unde repeti possunt illa, quæ ad defensionem servitutum pertinent. Imo & interdictum recuperandæ possessionis pro servitutibus competere, patet ex illis, quæ dicta *Membr. 2. §. 19.* vid. *L. 3. §. 13. 14. 16. 17. ff. de vi & vi arm.* singula vero hic repetere necessarium non est.

*Quid si
servitus
tantum
promissa?*

§. X. Supponunt autem hæc remedia petitoria & possessoria, servitutum jam constitutam esse; quod si vero tantum promissa sit, non reali iudicio, sed actione personali experiendum contra illum, qui servitutum nobis constituere voluit, ut hanc nobis præstet: qualis autem hoc casu nobis actio competat, facile inquiri potest ex natura illius negotii, mediante quo servitus nobis promissa: Ergo vel agendum ex vendito, vel ex stipulatu, vel etiam actione præscriptis verbis, si forte contractus innominatus intercesserit, ad consequendam quasi possessionem servitutis, vel etiam si per ultimam voluntatem relictus usufructus, actioni ex testamento locus erit, *L. 1. §. 2. ff. si servit. pet. L. 2. ff. eod.*

MEMBRUM V.

De Jure Pignoris, & Actionibus inde oriundis.

§. I.

Restat ultima species juris in re, scil. ipsum pignus, quod vel pro contractu pignoratitio capitur, & ita producit actionem personalem, scil. pignoratitiam, directam & contrariam, de quibus actum est *Secl. 1. Membr. 5. §. 30. & seqq.* vel pro ipso jure

jure ex pignore constituto oriundo, & ita producit actionem in rem, scil. hypothecariam, quæ actori probe distinguendæ sunt, nam quandoque etiam in jure nostro confunduntur. *L. 3. §. 3. ff. ad exhib. L. 41. ff. de pignor. act.* Illa autem, quæ pignoratitia dicitur, datur debitori, soluto debito, contra ipsum creditorem, ad restituendum pignus; hypothecaria vero datur creditori, debito nondum soluto, contra debitorem, aut qualemcunque pignoris possessorem, ad consequendam possessionem pignoris, donec de debito satisfactum *L. 17. ff. de pignor. L. 66. pr. ff. de evict.*

§. II. Cum autem actio hypothecaria ex constituto pignore nascatur, actor hanc actionem in judicium deducturus, ante omnia sollicitus sit, ut jus pignoris docere valeat, ita tamen, ut in libello tantum allegetur, & postmodum injuncta probatione plene probetur. Constituitur autem pignus vel per legem, quod alias tacitum appellatur; vel per hominem, & quidem vel privatum vel judicem. Circa species legalis vel taciti pignoris curiosus esse debet advocatus, ut illas in promptu habeat: Multas enim hic sibi fingunt legalis hypothecæ species practici, quæ nullo jure fundatæ, cum tamen pro regula hic tenendum sit: Tacente lege, nullum tacitum pignus fingendum esse; unde cessante legis, addo, vel statuti, quod vim legis habet, dispositione, cessat hypotheca tacita, Bachov. *de Pignor. Lib. I. cap. 9. n. 4.* Carpz. *P. 1. Const. 24. def. 15. & seq.* Jus enim speciale certis tantummodo casibus constitutum, ne quidem ob paritatem rationis ad casus similes extendendum. Negusant. *de pignor. P. 2. Membr. 4. n. 102.* singulas autem species jure expressas hic enumerare operæ pretium non est, colligi illa poterunt ex *Tit. ff. in quib. caus. pign. tac. contrab.* Hoc tantum observandum, hypothecas quasdam tacitas generales esse, omnia debitoris bona afficientes, Bachov. *de Pignor. Lib. I. cap. 10.* alias speciales, certa tantum debitoris bona stringentes, quas recenset Bachov. *d. L. I. cap. 11. 12. & 13.* quæ in formandis libellis probe attendenda sunt, ne contra possessorem illorum bonorum actio moveatur, qui res nobis obligatas

Hypothecæ jus probandum.

Tacita hypotheca præter legem non fingenda.

non possidet. Caterum ex hoc pignore legali actionem hypothecariam nasci apparet ex *L. 1. C. commun. de legat. & §. 2. Inst. de legat.*

Hypotheca simplici conventionione constituitur.

§. III. Constitutio pignoris ab homine fit vel per conventionem, vel per testamentum; Conventio quidem, præcipue nuda, ejus efficaciam non est, ut jus quoddam in re nobis acquirat, per *L. 3. ff. de Obl. & Act. L. Traditionibus 20. C. de pact. ad constituendam tamen hypothecam sufficit, L. 4. ff. de pignor. quod mediante auctoritate Prætoria fieri potuit, unde jure honorario ex pignoris pacto nasci actio dicitur *L. 27. §. 2. ff. de pact. modo tamen paciscens, vel dominus, vel domini mandato instructus fuerit, L. fin. C. de rebus alien. & L. 1. C. si alien. res pign. dat. unde actor iterum & hic quoque attendat, an jus oppignorandi habuerit debitor, alioqui frustra instituitur hypothecaria actio; quamvis interdum hypotheca ab initio minus legitime constituta, ex postfacto convalescere potuerit, per *L. 22. ff. de pignor.***

Depignore in testamento constituto.

§. IV. Testamento pignus constitui posse, apparet ex *L. 20. ff. de pignor. act. & L. 12. ff. de aliment. legat.* Cum enim rei suæ plenum dominium testamento transferre possit, nil verat, quo minus aliud jus in sua re alteri constituere testamento valeat, ex qua Jus agendi actione reali eo validius nascitur, quo certius est, legem ipsam pro omni illo, quod ultima voluntate relictum est, hypothecam concedere. Potest autem hoc casu ex testamento agere creditor, ut heres rem, quam pignoris loco esse voluit testator, præstet, Bachov. *Tr. de Pignor. Lib. 1. cap. 3. n. 1.*

Pignus Judiciale.

§. V. Per Judicem constitutum pignus vel in specie appellatur Judiciale, quod in causa judicati constituitur post sententiam latam, in bonis debitoris, qui sententiæ parere recusat, per pignorum captionem, vel permissionem *L. 2. 3. C. si in caus. judicat. L. 7. C. quæ res pignor. L. 13. C. de eviction.* Nam quod in nostris Judiciis vulgo judiciale dicitur, quod scil. in judicio a debitore constitutum, vel judicialiter confirmatum, hoc conventionale est & manet, quamvis ob accedentem auctoritatem Judicis, cui æquiparatur subscriptio a tribus testibus facta, hypothecæ simplici

simplici conventionali præferatur, per *L. Scripturas 11. C. qui pot. in pign.* Prætorium autem pignus est, quod ante iudicatum ad coercendum debitoris contumaciam per missionem ex primo decreto constituit Prætor, *L. 6. ff. de Pignor. act. & L. 10. §. 1. ff. de acquir. vel amitt. poss.* De qua materia agitur a Dd. in *Tit. de damn. infect.* Inter utrumque autem hoc pignus in effectu parum interesse videtur, quia immissio utrobique fit tantum securitatis causa, nec iudicatum præcedens, rem novo quodam vinculo afficit, Bachov. *Tr. de pignor. Lib. 1. cap. 3. n. 4. in med.*

§. VI. Jam ad actiones ex pignore resultantes progredior, ubi Prætor in §. 7. *Inst. de action.* primo proponit actionem Servianam, deinde quasi Servianam. Serviana specialem casum respicit, certoque tantum creditori proficit, quia datur locatori prædii rustici, qua res coloni sibi pignoris jure pro pensione obligatas, contra quemcunque possessorem persequitur, quæ partim ex legali sive tacita nascitur, Lauterb. *ad tit. ff. de pignor.* hinc eandem actionem etiam extendunt ad locatorem prædii urbani. Sed forte rarior hujus actionis mentio fieri solet in foro: Nec apparet, quid illa opus sit, postquam quasi Serviana ad omnes creditores extensa, nisi forte dixeris, quasi Servianam illa posteriorem esse; ideoque Prætozem ab initio singulare quoddam jus locatoribus indulgisse, quod postea per interpretationem prudentum tractum est ad omnes creditores; unde etiam utilis Serviana dicitur, *L. 1. §. 2. ff. de pignor. & L. 1. pr. ff. quibus mod. pign. solv.* Imo ad exemplum Servianæ utilem hanc actionem competere cœpisse, dicit Imp. Gordianus *L. 1. C. de precar.* quæ omnia exemplo sunt, antiquiorem esse actionem Servianam ipsa quasi Serviana.

§. VII. Verum cum utraque illa actio in Jure nostro non raro indifferenter hypothecaria dicatur, uti videre est ex *L. 3. §. 3. ibi: Serviana sive hypothecaria, ff. ad exhibend. & omnibus aliis creditoribus Serviana applicetur, per L. 3. pr. L. 7. 18. 21. ff. de pignor. L. fin. C. de obl. & action.* hypothecariæ actionis appellationem retinebimus, quæ datur creditoribus hypothecariis omnibus

Pignus
Prætorium.

Actio Serviana.

Hypothecaria actio.

Quid hic probandum? omnibus, contra quemvis possessorem hypothecæ, ad ejus possessionem consequendam, donec creditum nobis solutum. Constat E. hic debet actori, uti supra jam dictum, de jure pignoris legitime constituto, quod quidem, si contra ipsum debitorem agat, levi via efficiet: Debitor enim exceptionem minus legitimæ oppignorationis opponere nequit, cum propriam turpitudinem allegaret, Hahn. *ad Wesenb. tit. de pignorat. act. n. 6.* Si vero contra tertium hypothecaria sit instituenda, attendendum actori erit, an tertius ille causam a debitore habeat, an non? Priori casu sufficit, si creditor probet, rem tempore constitutæ hypothecæ fuisse in bonis debitoris; non enim plus juris prætere potest possessor, quam ejus antecessor, *L. 3. ff. de pignor. Gail. L. 2. obs. 26. n. 2. Meier Colleg. Argent. tit. de pignor. th. 23.* Casu autem posteriori tertius, qui rem bona fide & justo titulo possidet, creditori hypothecaria agenti, quæstionem dominii referre potest, *Gail d. l. n. 5. Bachov. ad Treutl. Vol. 2. Disp. 1. th. 7. lit. H. & Tr. de action. Disp. 3. th. 38. lit. A.*

Contra quem detur?

§. VIII. Ratione rei, contra quem actio hypothecaria instituenda, attendat actor, an ille rem pignoris jure obligatam possideat; Omnis enim actio in rem supponit possessionem adversarii, nisi tamen dolo possidere desierit, *L. 16. §. 3. ff. de pignor.* Verum ne ab hoc possessore repellatur exceptione nondum excussi principalis, quod beneficium ipsi jure novissimo indultum, per *Nov. 4. cap. 3. & Auth. Hoc si debitor C. de pignor.* prius debitorem excutiat actione ordinaria, vel de probatione, ipsum non solvendo esse, sollicitus sit, aut etiam annon res illa, quam actione hypothecaria petit, ipsi specialiter obligata; hoc enim casu possessorem hypothecæ specialis, excussionis exceptionem opponere non posse per *Nov. 112. cap. 1. usu fori recepta sententia est, Carpz. Lib. 2. Resp. 72. & P. 2. Consl. 13. def. 18. Berlich. P. 2. Conclus. 24. num. 72.* quamvis hanc sententiam late impugnet *Franzck. Lib. 1. Resol. 12. n. 11.*

Præscriptio hypothecaria.

§. IX. Habet quoque actio hypothecaria in hoc singularitatem aliquam, quod non ad instar aliarum actionum præscribatur,

batur, ad quæ fatalia actori probe respiciendum: Sedes autem hujus præscriptionis est in *L. cum notissimi 7. C. de præscript. 30. ann.* Res breviter ita se habet; aut pignus possidetur a tertio, aut ab ipso debitore, aut ab alio concreditore. Si tertius possideat, attendendum, an ille titulum & bonam fidem possessionis habeat, an non. Sin illud, inter præsentem decem, inter absentes vero 20. annis uti dominium acquirit, ita quoque jus oppignorantis elidit, & sic ab actione hypothecaria securus erit, *L. 1. C. Si advers. credit. præscript. oppon. & ibi Dd. L. fin. C. de Obl. & action.* Si vero titulo vel bona fide destitutus, per 30. annos durabit hypothecaria, *d. L. 7. C. de præsc. 30. ann.* Merlin. *de Pignor. Lib. 5. qv. 21. num. 6.* Si autem contra debitorem agatur, per 40. annos extenditur actio, *d. L. 7. §. 1.* quod idem quoque obtinet, si alius creditorum pignus possederit, vivente scil. debitore communi; eo autem mortuo, tricennaria præscriptio sufficit, *d. L. 7. §. 2. Francisc. Sarmient. Select. Interpret. Lib. 2. cap. 9. numer. 2. & seqq.*

§. X. Inter possessoria remedia creditoribus competentia *Salviana* refertur *interdictum Salvianum*, quod creditori conceditur ad *num in-* possessionem pignoris citissime consequendam, quod quidem *terdi-* recte tantum locatori prædii rustici, contra colonum concedi- *ctum.* tur; utiliter tamen etiam ad locatorem prædii urbani pertinet, Menoch. *adipisc. poss. Remed. 3. n. 51.* imo a Dd. ad omnes creditores extenditur, quam extensionem desumunt *ex L. 1. C. de precar. ibi: conductorem debitoremve, Perez. in Comment. Cod. ad d. tit. n. 14.* Cæterum hoc Salvianum interdictum in eo commodius esse dicunt actione Serviana sive hypothecaria, quia hæc petitoria est; illa possessoria, & sic in Salviana leviores probationes admittuntur; in hypothecaria enim docendum, rem oppignoratam tempore contractus in bonis debitoris fuisse, Mascard. *de Probat. Conclus. 456. Gail. Lib. 2. obs. 26.* Hic vero tantum nude rem a debitore detentam fuisse, *arg. L. 1. §. 1. ff. de Salvian. interd. Statil. Pacificus Tr. de Salvian. Interd. Inspect. 3. cap. 3. num. 13. Petr. Gregor. Tholof. in Syntag. Lib. 21. cap. 10. n. 11. Menoch. d. l.*

An contra n. 161. Sed an contra tertium possessorem detur interdictum tertium detur? Salvian. graviter disputatur. Affirmat hoc de utili interdicto Perez. *ad tit. Cod. de precar. n. 14.* Sed Bachov. *de Pignor. Lib. 3. cap. 20.* hoc restringit ad tertium possessorem, qui causam a debitore habet; Perezii tamen sententiam in foro receptam esse asserit Fachin. *Lib. 8. Controv. 92. in fin.* ego hanc fori sententiam non aliter admitto, quam si tertius possessor, qui causam a debitore non habet, titulum in continenti probare non possit: alias enim, ubi titulus cum possessione concurrat, non alio, quam ordinario, processu contra tertium experiendum. Hinc utile est, Salvianum interdictum cum actione hypothecaria conjungere, ob generalem Dd. rationem, quod possessorium adipiscendæ cum iudicio petitorio cumulari possit. Menoch. *Rem. adipisc. poss. 3. n. 160.* Conferantur quæ dicta *Secl. I. Membr. 6. §. 46.*

An Salviano obstat exceptio excussionis?

§. XI. Hæc vero præcipua circa interdictum Salvianum consideratio est, an, si quis hoc remedio experiatur contra tertium possessorem, exceptio excussionis opponi possit a possessore? Affirmativa ex eo probabilis est, quod Nov. 4. quæ beneficium excussionis induxit, longe recentior sit interdicto Salviano; Cum ergo generatim possessori pignoris excussionis seu ordinis beneficium indulserit, etiam dabitur hoc, sive Serviana actione, sive Salviano interdicto experiatur creditor. Jason. *ad §. Item Serviana, n. 94. Inst. de action.* Negativam vero sententiam, scilicet exceptionem excussionis in hoc interdicto opponi non posse, probat Menoch. *adipisc. poss. Rem. 3. n. 179.* subjecta ratione, quod exceptio illa sit altioris indaginis, & hinc ad petitorium, non ad possessorium, pertineat. Hic enim prius inquirendum, annon principalis sit solvendo, ut cum effectu excuti possit, Addat. Vincent. Carocius *Tr. de Excuss. bon. l. 2. qu. 31.* ubi hanc opinionem receptam dicit, & prolixè illam persequitur rationes pro & contra adducendo & n. 5. subjicit, admissa hac opinione, actionem hypothecariam penitus inutilem reddi, cum nemo tam stolidus foret, qui in vindicando pignore illam non seligeret actionem, quæ ipsum ab excussione debitoris liberaret. Ad hoc tamen responderi

sponderi posset, reconventioni adhuc locum superfuturum. Et posteriorem hanc sententiam, si vera est practicorum opinio, interdictum Salvianum utile cuiusvis creditori dari, admittendam puto, ob privilegium iudicis possessoris omnibus commune, de non admittendis exceptionibus altioris indaginis.

§. XII. Porro pro creditoribus remedium possessorium ex *L. 3. C. de pignor. format Menoch. Rem. adipisc. poss. 5.* si scilicet creditori a debitore concessa facultas in casum non soluti debiti propria auctoritate ingrediendi, vel occupandi bona; Quamvis enim hæc confessio a crimine violentiæ occupantem quidem creditorem absolvat, non tamen justam reddit possessionem, nisi auctoritate Judicis accedente. Quapropter argum. illius Legis creditori concedunt implorationem officii Judicis, ad consequendam bonorum possessionem debitoris, quæ pignoris loco obligata; vid. Brunnem. *Comment. Cod. ad d. L. 3.* Achill. *Personal. Tr. d. adipisc. possess. n. 291.* Coler. *de Proc. Execut. P. 1. cap. 5. n. 14.* & *P. 3. cap. 5. n. 29.* Carpz. *Lib. I. Resp. 5.* Sed an remedium hoc etiam extendendum contra tertium pignoris possessorem? Et verior videtur opinio, quam adducit Menoch. *Rem. 5. adipisc. poss. n. 115.* licentiam hanc ingrediendi ex pacto debitoris esse, & sic non stringere tertium. Sed regeri posset: Per hoc pactum tacite hypothecam creditori esse constitutam; ad quod qualiacunque verba sufficiant, arg. *L. fin. C. que res pign. dar. non poss.* vid. Brunnem. *Cent. 1. Decif. 77.* Franzk. *ad tit. ff. de pignor. n. 44.* Quod si ita se habet, contra tertium possessorem non per implorationem Judicis ex *d. L. 3. C. de pignor.* sed actione hypothecaria experiendum.

§. XIII. Atque hæc quidem, quæ huc usque dicta, ad hypothecam legalem & conventionalem pertinent. Ad pignus vero judiciale vel Prætorium per immissionem quæsitum, hæc actiones non extendendæ; immissiones enim illæ fiunt rei servandæ causa: Ergo qui semel in possessionem missus, habet quidem remedium interdicti, *ne vis fiat ei, qui in possess. minus,* sed si hanc possessionis suæ servandæ rationem non habuerit,

De potestate ingrediendi.

An contra tertium competat?

Quid in pignore Prætorio?

sibi imputare debet. Ne tamen omni remedio destituantur, *Remedium* noviter ipsis succurrendum censuit Justinianus in *L. ult. C. de um L. ult. Prætor. pignor.* ubi creditori in prætorio pignore recuperandæ de Prætor possessionis remedium concedit, quocumque etiam modo possessionem amiserit, sive culpa, sive non, sive etiam fortuito casu; quod remedium ad instar aliorum possessoriorum tantæ auctoritatis esse asserit Menoch. *Rem. 12. recup. poss. n. 4.* ut exceptio excussionis opponi nequeat. Plura quæ ad praxin *d. l. ult. C. de prætor. pignor.* pertinent, exposuit Menoch. *d. Remed. 12.* Hoc obiter addo, mirum esse, quod Prætor pro hypotheca legali & conventionali dederit actionem Servianam & quasi Servianam, pro suo autem pignore nullam dederit; Remedium enim *d. l. fin.* civile est a Justiniano introductum, non Prætorium.

De actione Pauliana.

§. XIV. Demum ad hunc locum Paulianam actionem quoque refero, ex §. 6. *Inst. de action.* quamvis quæ hic proponitur, potius Revocatoria dicenda; quia Pauliana, cujus mentio fit in *L. 38. §. In Faviana 4. ff. de usur.* in eo differt, quod hæc in personam, Revocatoria autem in rem sit, vid. Ludwell. *Comm. Inst. ad d. §. 6.* cum tamen utraque ob alienationem in fraudem creditorum factam competat, ut alienata revocentur, utramque hic conjungemus. Referimus autem Revocatoriam ad materiam pignoris, quia regulariter hæc actio non datur, nisi post immisionem, bonis a creditoribus possessis, *d. §. 6. Inst. de action. L. non est mirum 26. ff. de pignorat.* Unde illam ex jure pignoris per immisionem quæsito competere asserit Hahn. *de Jur. rer. conclus. 20.* & Donell. *ad d. §. 6. Inst. de action.* Pauliana vero datur, etiamsi quid alienatum fuerit, antequam bona a creditoribus possessa. *L. 15. & 17. §. 1. ff. que in fraud. credit.* Ludwell. *cit. l. num. 5. & 6.* Unde illa revocatoria sc. datur contra quemvis possessorem, sive fraudis particeps sit, sive non; Pauliana vero tantum contra fraudis participem; *L. 6. §. 8. ff. que in fraud. credit.* Non desunt tamen, qui utramque actionem pro una reputantes, causam ejus ex ficto dominio deducunt, quasi res nunquam cen-

cenferetur alienata, Lauterbach. *ad tit. ff. que in fraud. credit.* quamvis in effectu inter se convenient.

§. XV. Id adhuc subjiendum pro actore jus pignoris persequente, quod, cum actio hypothecaria sit ordinaria, & inde etiam exceptiones altioris indaginis admittat, Carpz. *Proc. tit. 22. art. 11. num. 73. & seqq.* attendendum ipsi esse, præsertim in foro Saxonico, annon omnia hujus actionis requisita, præsertim in facto consistentia, probare possit per instrumenta; tunc enim executive ad recognitionem agere potest, per resolutionem gravaminum Sereniss. Electoris Sax. *de anno 1661. tit. von Justiciens Sachen.*

Quando
hic exe-
cutivæ
agi possit?

§. XVI. Coronidis loco notamus, si nomina quoque creditori oppignorata sint, nullum dubium esse, vi hujus pignoris contra debitorem debitoris actionem nasci, quæ utilis actio dicitur in *L. 4. C. quæres pignor. dar. pess.* Qualis autem illa sit, controvertunt. Bachov. *tr. de Pign. lib. 2. c. 8. num. 2.* eam utilem actionem personalem esse dicit, quod & ante eum probavit Donnell. *in Comment. Cod. ad L. 2. quando fisc. vel privat. num. 7.* sed securius puto, utilem hypothecariam ibi intelligi, Joh. a Sande *Lib. 3. Dec. tit. 12. def. 24.* Carpz. *P. 3. Dec. 258. n. 2.* ubi an hoc casu excussio principalis debitoris præcedere debeat, exponit, & pro negativa decidit; quamvis ibi casum de pignore specialiter obligato proponat: Si enim vi hypothecæ generalis experiatur, nulla ratio est, quare non & excussionis exceptio sit admittenda. Conf. Franzk. *lib. 1. Resol. 12. n. 71.* Hodie, etiamsi nomen oppignoratum sit, plerumque mediante arresto proceditur, & per mandatum de non solvendo, debitoris debitor constringitur, ne solvat immediato creditori, de qua materia pluribus videantur Dd. *ad tit. Cod. quando fisc. vel priv.* Conf. Disp. Illustris Saxonix Jcti & Consilarii intimi Dn. Jac. Bornii *de Actione creditoris adversus debitorem debitoris.*

Quid si
nomina
quoque
sint oppi-
gnorata?